

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI



YÜKSEK LİSANS TEZİ

Can YÖNEY

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

HAZİRAN 2018

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI



YÜKSEK LİSANS TEZİ

Can YÖNEY

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

HAZİRAN 2018

ÖNSÖZ

Bu çalışma, akademik dünyaya attığım ilk adım olan yüksek lisans öğrenimim neticesinde ortaya çıkmıştır. Bu tez çalışmasının ortaya çıkmasında çok sayıda kişinin katkısı olmuştur. Bunların başında da değerli hocam ve danışmanım Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal gelmektedir. Tez yazım sürecinin tamamında değerli vaktini bana ayırıp bana yardımcı olan, hem tezime hem de benim üzerimde fazlasıyla emeği bulunan hocama şüphesiz çok şey borçluyum. Kendisine bir kez daha şükranlarımı sunuyorum.

Aynı şekilde, tez süreci boyunca her anlamda bana yol gösteren, konuyla ilgili her türlü sorumda değerli zamanını ayırıp bana yardımcı olan ve tez jürimde yer alarak beni onurlandıran Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı'ndan değerli hocam Prof. Dr. Sibel Özel'e de büyük bir teşekkürü bir borç bilirim.

Değerli hocam Prof. Dr. Ziya Akıncı'ya da tez jürisinde yer almayı kabul ettiği ve tezimi detaylı bir şekilde inceleyerek değerli görüşlerini benimle paylaştığı için çok teşekkür ederim. Ayrıca, kendileriyle aynı anabilim dalında görev yaptığım için kendimi çok şanslı saydığım ve tez yazım süreci boyunca bana yol gösteren kıymetli hocalarım Doç. Dr. Mustafa Erkan, Doç. Dr. Hatice Selin Pürselim ve Dr. Öğ. Üy. H. Akif Karaca'ya da teşekkür ediyorum. Tez çalışmam boyunca çeşitli konularda fikir alışverişinde bulunduğum sevgili meslektaşlarım Ar. Gör. Kazım Çınar ve Ar. Gör. Ayşenur Öztürk'e de ayrıca teşekkür ederim.

Elbette son olarak da hayatımın boyunca her daim yanımda olan ve beni hep destekleyen annem Betül Yöney ve babam Adnan Yöney'e de ayrıca minnettarım.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
RESUME.....	vii
ABSTRACT	xiii
ÖZET	xviii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: TÜRK HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KANUNLAR İHTİLAFI KURALI VE YABANCI HUKUK KAVRAMLARI ..	6
I. Genel Olarak	6
II. Kanunlar İhtilafı Kuralı Kavramı ve Bu Kuralların Uygulanmasına Dair Yaklaşımlar	7
A. Kanunlar İhtilafı Kavramı	7
B. Kanunlar İhtilafı Kurallarının İşleyişi	9
C. Kanunlar İhtilafı Hukukunun Varlık Sebepleri	11
D. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Gözettiği Menfaatler	16
E. Kanunlar İhtilafı Hukukunun Anayasal Egemenlik İlkesiyle İlişkisi	18
F. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasında Tercih Edilen Sistemler ..	21
1. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Re'sen Uygulandığı Sistem	22
2. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Tarafların Talebi Üzerine Uygulandığı Sistem	24
3. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasında Karma Sistem	27
G. AB Hukukunda Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Değerlendirme ve Öneriler	31
III. Yabancı Hukuk Kavramı ve Uygulanmasına Dair Yaklaşımlar	36
A. Yabancı Hukuk Kavramı	36
B. Yabancı Hukukun Niteliği	39
1. Genel Olarak	39
2. “Vakıa” ve “Hukuk” Kavramları	40
3. “Vakıa” ve “Hukuk” Kavramları ile Yabancı Hukuk Arasındaki İlişki ..	42
C. Yabancı Hukukun Niteliği Konusunda Kabul Gören Sistemler	43
1. Yabancı Hukukun “Hukuk” Olarak Uygulandığı Sistem	43
2. Yabancı Hukukun “Vakıa” Olarak Uygulandığı Sistem	47
3. Yabancı Hukukun Uygulanmasında Karma Sistem	52
D. Yabancı Hukukun Uygulanması Esnasında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar	54

IV. Türk Hukukunda Kanunlar İhtilafı Kuralları ve Yabancı Hukukun Uygulanması	59
A. 1330 tarihli Muvakkat Kanun Döneminde	59
B. 2675 ve 5718 Sayılı MÖHUK Döneminde	61
İKİNCİ BÖLÜM: YABANCI HUKUKUN TESPİTİ	64
I. Genel Olarak	64
II. Yabancı Hukuk ve <i>Iura Novit Curia</i> İlkesi	64
A. <i>Iura Novit Curia</i> İlkesi	64
B. Kanunlar İhtilafı Kuralları ve <i>Iura Novit Curia</i> İlkesi Arasındaki İlişki ...	67
C. Yabancı Hukuk ve <i>Iura Novit Curia</i> İlkesi Arasındaki İlişki	68
III. Bağlama Noktalarının Tespiti	70
A. Genel Olarak	70
B. Yabancılaşma Unsuru ve Bağlama Noktalarının Tespitinde İzlenecek Yöntem	71
C. Bağlama Noktalarının Tespit Edilememesi	74
IV. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespiti	75
A. Genel Olarak	75
B. Yabancı Hukukun “Hukuk” Olarak Uygulandığı Sistemde	76
1. Karşılaştırmalı Hukukta	76
2. Türk Hukukunda	81
a) Hâkimin Sahip Olduğu İmkânlar	81
b) Taraflardan Yardım İstenebilmesi	85
C. Yabancı Hukukun “Vakıa” Olarak Uygulandığı Sistemde	88
D. Konuya İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler	91
1. Genel Olarak	91
2. Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi ...	93
3. Türkiye Cumhuriyeti’nin Taraf Olduğu İki Taraflı Antlaşmalar	98
E. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespiti Konusunda Değerlendirme ve Öneriler	100
1. Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Bünyesindeki Çalışmalar ...	101
2. AB Bünyesinde Gerçekleştirilen Çalışma ve Yapılan Öneriler	103
3. Diğer Değerlendirme ve Öneriler	106
V. Yabancı Hukukun Tespitinde Önem Taşıyan Bazı Hususlar	112
A. Yabancı Hukukun Hangi Zaman Aralığında Yürürlükte Olan Hükümlerinin Uygulanacağıın Tespiti	112
B. Yabancı Hukukun Başka Bir Hukuka Atıf Yapması	116
VI. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespit Edilememesi	119
A. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespit Edilememesi Kavramı	119
B. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespit Edilemediği Sonucuna Hangi Noktada Varılması Gerektiği	121
C. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespit Edilememesinin Sonuçları	124

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI ESNASINDA KARŞILAŞILAN BAZI SORUNLAR..... 130

I. Kanunlar İhtilafı Kuralları ve Yabancı Hukukun Uygulanmasının Üst Yargı Mercilerince Denetimi 130

- A. Genel Olarak 130
- B. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasının Üst Yargı Mercilerince Denetimi..... 132
- C. Yabancı Hukukun Uygulanmasının Üst Yargı Mercilerince Denetimi ... 134

II. Yabancı Hukukun Anayasaya Aykırılığı 142

- A. Yabancı Hukukun Kendi Anayasasına Aykırılığı..... 142
- B. Yabancı Hukukun *Lex Fori*'nin Anayasasına Aykırılığı 145

III. Yabancı Hukukun Uygulanmasına Engel Teşkil Eden Mekanizmalar 152

- A. Usule İlişkin Meselelerde *Lex Fori*'nin Uygulanması 152
- B. Kamu Düzenine Aykırılık 155
- C. Doğrudan Uygulanan Kurallar 160
 - 1. Genel Olarak 160
 - 2. *Lex Fori*'nin Doğrudan Uygulanan Kuralları 162
 - 3. Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları 163

SONUÇ..... 166

KAYNAKÇA 170

ÖZGEÇMİŞ..... 180

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJIL	: American Journal of International Law
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz./bkz.	: Bakınız
BYIL	: British Yearbook on International Law
C.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HLR	: Harvard Law Review
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICLQ	: International and Comparative Law Quarterly
İBBGK	: İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
İsviçre MÖHK	: İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
K.	: Karar
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MJECL	: Maastricht Journal of European and Comparative Law
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
OJEU	: Official Journal of the European Union
R.G.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
v.	: Versus
Y.	: Yıl
YPIL	: Yearbook of Private International Law

RESUME

Dans le cas où un événement ou une transaction juridique ne concerne qu'un seul pays, il n'y aura pas de discussions concernant le droit applicable. Cependant, il ne sera pas toujours semblable à cette première présomption. Le fait que la migration, le commerce international et les relations transnationales augmentent de jour en jour, il est maintenant fréquent de rencontrer des événements et des transactions juridiques qui concernent plus d'un système juridique. Dans ces circonstances, il est nécessaire de déterminer quel droit régit ces relations et les différends qui en découlent.

Toutefois, la détermination de ce droit n'est pas en soi suffisante pour résoudre le problème. Il est également nécessaire que le juge détermine les règles pertinentes de ce droit et applique ces règles en l'espèce, même si ces règles sont intrinsèquement étrangères au juge. Fait intéressant, la mise en œuvre de ce sujet très important et essentiel du droit international privé n'a pas fait l'objet de discussions universitaires de façon suffisante. En fait, ce problème n'est pas seulement particulier au droit turc. L'application du droit étranger est considérée comme un sujet important dans le monde entier, mais elle reste encore rarement examinée, peut-être en raison de sa nature problématique. Dans notre thèse, nous essaierons d'expliquer ce sujet en discutant de ses différents aspects.

Le premier point à examiner par un juge pour résoudre un différend avec un élément étranger est de déterminer quel droit devrait être le droit applicable. La solution acceptée dans la compréhension juridique moderne est de rattacher ces relations au droit auquel elles ont le lien le plus étroit. Cette activité de rattacher les événements ou les transactions juridiques à un système juridique est réalisée par des règles juridiques nommées comme les règles de conflit de lois. Dans leur fonction de rattacher les événements juridiques aux systèmes juridiques, les règles de conflit de lois utilisent divers faits comme facteurs de rattachement. Ces faits sont déterminés

en fonction de la nature des événements juridiques à rattacher en l'espèce à un droit particulier.

La nécessité d'appliquer les règles de conflit de lois et les droits étrangers peut être remise en question dans tous les types d'événements juridiques comportant un élément d'extranéité. En fait, les juges peuvent éprouver cette question lorsqu'ils sont confrontés à diverses questions telles que les obligations contractuelles, les délits civils, le mariage ou la succession. Par conséquent, des sujets tels que la nature des règles de conflit de lois et des droits étrangers dans un système juridique et la manière dont le contenu du droit étranger applicable doit être établi et ces règles sont appliquées sont en effet des questions véritablement importantes.

Le premier point à souligner à cet égard est la nature des règles de conflit de lois dans un système juridique. Il convient tout d'abord de noter que les règles de conflit de lois ne font pas l'objet d'un traitement uniforme dans le monde entier. Il y a en effet trois systèmes principaux dans l'application des règles de conflit de lois. Le premier système est appliqué dans les pays suivant ou influencés par le système de droit romano-civiliste. Dans ce système, les règles de conflit de lois sont considérées comme contraignantes pour le juge et devraient être appliquées d'office, comme les autres règles de droit interne. Par conséquent, le juge n'est en principe pas lié par l'intention des parties concernant l'application des règles de conflit de lois. Le droit turc est également un adepte de ce système. D'autre part, le deuxième système est accepté dans les pays suivant ou influencés par la tradition de la « common law », comme le Royaume-Uni. Selon ce système, les règles de conflit de lois ne sont pas considérées comme des règles contraignantes pour le juge et ne peuvent être appliquées que si au moins une partie le souhaite. Les juges n'appliquent pas d'office les règles de conflit de lois et résolvent les différends en vertu de la *lex fori*. Dans le troisième et dernier système, l'application des règles de conflit de lois dépend de la nature de l'affaire en cause. Par conséquent, dans certains cas, le juge devra appliquer les règles de conflit de lois d'office, mais dans d'autres cas, l'application de ces règles sera soumise à l'invocation des parties. Comme ce système fournit une solution à mi-chemin entre les deux autres, il est connu comme le système hybride. En outre, ces différences dans le traitement des conflits de lois peuvent poser des problèmes aux instruments internationaux, comme les règlements de l'Union européenne, visant à

créer une uniformité dans ce domaine en atteindre leurs objectifs. Pour tenter de résoudre ce problème, de nombreux commentateurs demandent une application uniforme des règles de conflit de lois européennes.

Un autre point important à cet égard est la nature du droit étranger dans un système juridique. De même que le traitement des règles de conflit de lois, il n'y a pas d'uniformité dans le monde dans l'application du droit étranger. Il y a en effet trois systèmes principaux appliqués autour du monde. Dans un groupe de pays, le droit étranger est considéré comme un « droit » de la même manière que le droit interne. Dans ce système, dans le cas où les règles de conflit de lois prévoient un droit étranger pour régir une relation, le juge est tenu de déterminer le contenu du droit étranger et de l'appliquer d'office. Le droit turc est l'un des systèmes juridiques qui suivent ce concept. Dans le deuxième groupe, en revanche, les droits étrangers sont acceptés comme des faits à prouver par les parties. Dans la doctrine du fait, la responsabilité de prouver le contenu du droit étranger incombe aux parties et les juges n'ont pas le droit d'agir d'office, même s'ils sont pleinement conscients du contenu du droit applicable. Enfin, le troisième système est connu comme le système hybride et consiste en des pays qui adoptent une approche différente des deux systèmes principaux. Il n'est pas possible d'établir des caractéristiques communes pour les pays suivant ce système, car le seul point en commun dans ces pays est qu'aucun d'entre eux ne peut être inclus dans les deux autres.

Il est important de souligner que la nature des règles de conflit de lois dans un système juridique est directement liée à la nature du droit étranger dans le même système. Les pays prévoyant l'application obligatoire des règles de conflit de lois sont généralement les pays suivant la doctrine du droit et présupposant l'application d'office du droit étranger. Toutefois, dans les pays qui acceptent la doctrine du fait, les règles de conflit de lois et l'application du droit étranger dépendent généralement du fait qu'elles sont invoquées par au moins une partie. L'harmonie entre ces deux reste valide dans de nombreux pays, dont la Turquie. Mais, dans certains pays, le système est différent de cette règle générale. Cette différence découle probablement de la présence de systèmes hybrides dans l'application des règles de conflit de lois et du droit étranger.

Le principe de *iura novit curia*, qui signifie que le juge connaît le droit, n'est pas largement accepté en matière de droit étranger, même dans les pays acceptant la doctrine du droit. À la lumière de cette réalité, les méthodes à utiliser pour déterminer le contenu du droit étranger applicable deviennent un sujet important. Dans la doctrine du droit, le rôle actif à cet égard est donné au juge. D'un autre côté, dans la doctrine du fait, ce sont les parties qui ont la responsabilité principale. En conséquence, dans la doctrine du droit, la détermination du contenu du droit étranger applicable peut être réalisée par différentes méthodes qui seront choisies par le juge. Ceux-ci comprennent l'utilisation des connaissances personnelles du juge, de la recherche sur le droit étranger en examinant d'office les manuels et les décisions juridiques étrangères, de la consultation avec le Ministère de la justice, des missions diplomatiques ou des institutions d'experts, des mécanismes créés par des accords bilatéraux ou multilatéraux ou des experts. Néanmoins, il n'y a en général pas d'obstacle particulier empêchant les parties d'aider les tribunaux à déterminer le contenu des droit étrangers. Dans la doctrine du fait, les parties essaient de prouver le contenu du droit étranger applicable à la satisfaction du juge. Dans ce système, la méthode dominante est de recourir à des témoins experts.

À notre avis, la détermination du contenu du droit étranger est l'élément le plus essentiel dans le domaine de l'application du droit étranger. À cet égard, l'augmentation des institutions telles que l'Institut Max Planck de droit privé comparé et international et l'Institut suisse de droit comparé ou l'expansion de la zone d'impact de ces institutions existantes peut être un développement important. À cet égard, la création et / ou l'augmentation du nombre de tribunaux spécialisés en droit étranger peut également constituer une solution. Même si les conventions internationales telles que la Convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger, la Convention de Montevideo et la Convention de Minsk n'ont pas été activement utilisées jusqu'ici, nous sommes d'avis que ces conventions constituent un modèle important pour la solution de ce problème. Un nouveau système de coopération internationale prévoyant une méthode plus simple pour accéder à l'information actuelle sur le droit étranger pourrait être utile à l'avenir. En outre, nous pensons que la mise en place de nouveaux instruments de coopération judiciaire prévoyant une communication directe entre les juges constitue également un pas dans la bonne direction. Nous pensons que la croissance mondiale de l'accès à

Internet est également un développement à prendre en compte. Il peut être également possible que la Conférence de La Haye de droit international privé et peut-être l'Union européenne jouent un rôle plus actif dans ce domaine à l'avenir, car ces deux organisations semblent être conscientes des problèmes existants.

Après avoir déterminé les règles de droit étranger à appliquer en l'espèce, le principe essentiel à suivre dans la phase où le droit étranger est à appliquer est d'appliquer le droit étranger de la même manière qu'un juge dans son propre pays aurait. Des problèmes comme le comblement des lacunes, les règles d'interprétation, la hiérarchie des règles (par exemple en cas de conflit entre une disposition d'une réglementation nationale et une convention internationale) et l'inconstitutionnalité d'une règle juridique doivent être réglés conformément aux règles du pays d'origine, au lieu de la mentalité juridique du *forum*.

Pour que le droit international privé atteigne ses objectifs, il est nécessaire de garantir l'exactitude des décisions rendues par les tribunaux en leur permettant d'être examinées par les tribunaux supérieurs. Il n'y a pas de discussions à ce sujet concernant les règles de conflit de lois. Comme les règles de conflit de lois sont des règles de droit interne contraignantes dans la mesure où elles ont un caractère contraignant pour le juge, il est admis que l'application de ces règles peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Cependant, il n'y a pas d'uniformité dans le monde en ce qui concerne le contrôle judiciaire des erreurs commises lors de l'application de la loi étrangère. Dans de nombreux pays, dont la Turquie, une telle révision est autorisée, mais dans certains pays, le contrôle par la plus haute juridiction n'est pas autorisé.

En outre, il existe en droit international privé certains mécanismes affectant l'application du droit étranger. Le premier est l'application de la *lex fori* dans les questions de procédure. Comme les règles de procédure sont des règles liées au droit public et qui assurent l'uniformité et l'égalité, elles sont toujours régies par la *lex fori*, quelle que soit le droit régissant le fond de l'affaire. Un autre mécanisme de ce type est l'ordre public. En conséquence, un droit étranger ne peut être appliquée dans un forum que dans le cas où elle ne viole pas l'ordre public de la *lex fori*. Le dernier mécanisme affectant l'application du droit étranger est les lois de police. Ces règles s'appliquent directement par leur nature, indépendamment du fait que la *lex fori* ou

une loi étrangère gouverne la relation. Ces règles s'appliquent directement par leur nature, indépendamment du fait que la *lex fori* ou une loi étrangère gouverne une relation. Ils limitent l'applicabilité de la *lex causae* dans le cas où ils doivent être appliqués. Étant donné que la *lex causae* doit être appliquée dans son ensemble, y compris ses lois de police, les règles susmentionnées doivent être comprises comme les lois de police de la *lex fori* ou d'un pays tiers.



ABSTRACT

In case a legal event or transaction concerns only a single country, there will be no discussions regarding which the governing law. However, things will not be always similar to this first presumption. The fact that migration, international commerce and transnational relationships increase day by day, it is now a frequent event to encounter legal events and transactions that concern more than one legal system. Under these circumstances, it is necessary to determine which law governs these relationships and disputes arising therefrom.

However, the determination of this law is not by itself sufficient to solve the problem. It is also necessary for the judge to ascertain the relevant rules of this law and to apply these rules to the case at hand, even though these rules are inherently foreign to the judge. Interestingly, the implementation of this highly important and essential topic of private international law has not been made subject to sufficient academic discussion. In fact, this problem is not only particular to Turkish law. Application of foreign law is deemed an important subject in the entire world, yet it still remains seldomly examined perhaps due to its problematic nature. In our thesis, we shall try to explain this subject by discussing its different aspects.

First point to be examined by a judge in resolving a dispute with a foreign element is to determine which law should be the governing law. The accepted solution in modern understanding is to connect these relationships with the law to which they have the closest connection. This act of connecting legal events to a legal system is realized through legal rules known as conflict of laws rules. In their function of connecting legal events to legal systems, conflict of laws rules use various facts as connecting factors. These facts are determined in accordance with the nature of the legal events to be connected in the case at hand to a particular law.

The need to apply conflict of laws rules and foreign laws may come into question in all kinds of legal events carrying a foreign element. In fact, judges can

experience this issue when they are faced with various issues such as contractual obligations, torts, marriage or succession. Therefore, subjects such as the nature of conflict of laws rules and of foreign law in a legal system and how the applicable foreign law is to be ascertained and applied are indeed highly crucial matters.

The first point to be emphasized in this regard is the nature of the conflict of laws rules in a legal system. It should firstly be noted that conflict of laws rules are not subject to uniform treatment around the world. There are indeed three main systems in the application of conflict of laws rules. The first system is applied in the countries following or influenced by the civil law system. In this system, conflict of laws rules are considered to be binding upon the judge and should be applied *ex officio*, similar to other domestic law rules. Therefore, the judge is in principal not bound by the parties' intent regarding the application of conflict of laws rules. Turkish law is also a follower of this system. The second system, on the other hand, is accepted in the countries following or influenced by the common law tradition, such as the United Kingdom. According to this system, conflict of laws rules are not considered to be binding rules for the judge and can only be applied if at least a party wish so. Judges shall not apply conflict of laws rules *sua sponte* and resolve disputes pursuant to the *lex fori*. In the third and the final system, the application of the conflict of laws rules depend on the nature of the case at hand. Therefore, in some cases judge will have to apply conflict of laws rules *ex officio*, yet in some other cases, the application of these rules will be subject to the parties' invocation. As this system provides for a midway solution between the other two, it is known as the hybrid system. As a separate note, these differences in treatment of conflict of laws may pose problems for international instruments, such as European Union regulations, aiming to create uniformity in this field in reaching their goals. As an effort to solve this problem, various commentators call for uniform application of European conflict of laws rules.

Another point carrying importance in this regard is the nature of foreign law in a legal system. Similar to the treatment of conflict of laws rules, there is no uniformity around the world in the application of foreign law. There are indeed three main systems applied around the globe. In one group of countries, foreign law is considered to be "law" in the same way as domestic law. In this system, in case

conflict of laws rules indicate that a foreign law is to govern a relationship, the judge is obliged to ascertain the content of foreign law and apply it *ex officio*. Turkish law is one of the legal systems that follow this concept. In the second group, on the other hand, foreign laws are accepted as facts to be proven by the parties. In the “fact” doctrine, the responsibility to prove the content of foreign law is upon the parties and judges are not entitled to act *sua sponte*, even in the event that they are fully aware of the content of the applicable law. Finally, the third system is known as the hybrid approach and consists of the countries carrying a different approach than the other the two main systems. It is not possible to set forth common features for the countries following this system, because the only common ground in these countries is that none of them can be included within the other two.

It must be emphasized that the nature of conflict of laws rules in one legal system is directly connected to the nature of foreign law in the same system. The countries providing for the mandatory application of conflict of laws rules are generally the countries following the “law” doctrine and presupposing the *ex officio* application of foreign law. In the countries accepting the “fact” doctrine, however, generally both conflict of laws rules and the application of foreign law depend on whether they are pleaded by at least a party. The harmony between these two remains valid in many countries including Turkey; however, the system in some countries is different than this general rule. This difference probably arises due to the presence of hybrid systems in the application of both conflict of laws rules and foreign law.

The principle of *iura novit curia*, which means that judge knows the law, is not widely accepted when it comes to foreign law, even in the countries accepting the “law” doctrine. In light of this reality, the methods to be utilized in determining the content of the applicable foreign law becomes an important subject. In the “law” doctrine, the active role in this regard is given to the judge; on the other hand, in the “fact” doctrine it is the parties that have the main responsibility. Accordingly, in the “law” doctrine, determination of the content of the applicable foreign law can be realized by different methods to be chosen by the judge such as usage of judge’s personal knowledge, research on foreign law by examining *ex officio* foreign textbooks and legal decisions, making inquiries to Ministry of Justice, diplomatic

missions or expert institutions, utilizing the mechanisms created by bilateral or multilateral agreements or having recourse to experts. On the other hand, there is generally no particular obstacle in this system preventing parties from assisting courts in determining the content of foreign laws. In the “fact” doctrine, parties try to prove the content of the applicable foreign law to the satisfaction of the judge. In this system, the prevailing method is to have recourse to expert witnesses.

Determination of the content of foreign law is in our opinion the key element in the topic of application of foreign law. In this regard, the augmentation of institutions such as Max Planck Institute of Comparative and International Private Law and Swiss Institute of Comparative Law or the expansion of the impact area of these existing institutions may be an important development. In this regard, creating and/or increasing the number of courts that are expert in foreign law may also be a solution. Even though international conventions such as European Convention on Information on Foreign Law, Montevideo Convention and Minsk Convention have not been actively used so far, we are of the opinion that these conventions set forth an important model for the solution of this problem. A new international cooperation system providing for an easier method to access up-to-date information on foreign law may be a useful development in the future. Moreover, we believe that setting up of new judicial cooperation instruments providing for direct communication between judges shall also be an accurate step. We are of the opinion that the worldwide growth in internet access is also a development to be taken into account. It may also be possible for The Hague Conference on Private International Law and perhaps the European Union to play a more active role in this field in the future, as both organizations appear to be aware of the problems therein.

After determining the rules of foreign law to be applied in the case at hand and moving on the phase where these rules are to be applied, the main principle to bear in mind is to apply foreign law in the same manner as a judge in its own country would. Problems such as filling of gaps, rules of interpretation, hierarchy of rules (e.g. whether superiority should be given to a provision of a domestic regulation or of a conflicting international convention) and unconstitutionality of a legal rule should be resolved in accordance with the rules established in the country of origin, instead of the legal mentality of the *forum*.

In order for private international law to reach its goals, it is necessary to guarantee the correctness of the decisions to be rendered by courts by allowing them to be reviewed by higher courts. There are no discussions in this regard concerning conflict of laws rules. As conflict of laws rules are binding domestic law rules as far as they carry a binding nature for the judge, it is accepted that application of these rules can be subject to judicial review. However, there is no uniformity around the world regarding the judicial review of errors committed during the application of foreign law. In many countries, including Turkey, such review is allowed, yet in some countries review by the highest court is not permitted.

Furthermore, there are certain mechanisms in private international law affecting the application of foreign law. First one is the application of the *lex fori* in procedural issues. As procedural rules are rules that are connected to public law and that provide uniformity and equality, they are always governed by the *lex fori* regardless of the law governing the merits of the case. Another such mechanism is public order. Accordingly, a foreign law can only be applied in a *forum* in case it does not violate the public order of the *lex fori*. The last mechanism affecting the application of foreign law is the overriding mandatory rules. Overriding mandatory rules are of a nature which allows them to be applied regardless of whether the *lex fori* or a foreign law governs a relationship and they limit the applicability of *lex causae* in the event their scope of application comes into question. Since the *lex causae* shall be applied as a whole including its overruling mandatory rules, the aforementioned rules should be understood as the overriding mandatory rules of either the *lex fori* or a third country.

ÖZET

Bir hayat ilişkisi yalnızca tek bir ülkeyi ilgilendiriyorsa, bu ilişkinin hangi hukuka tabi olacağı konusunda herhangi bir tartışma söz konusu olmaz. Ancak bu durum her zaman bu şekilde karşımıza çıkmayacaktır. Her geçen gün göç hareketlerinin, uluslararası ticaretin ve sınır aşan ilişkilerin artması karşısında, özel hukuka tabi hukuki olay ve işlemlerin birden fazla hukuk sistemini ilgilendirmesi artık sıklıkla karşı karşıya kalınabilen bir husus haline gelmiştir. Bu durumda bu ilişkilerin ve bunlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların hangi hukuka tabi olacakları konusunun çözüme kavuşması gerekmektedir.

Ancak bu hukukun tespitiyle de sorun çözülmemektedir. Tespit işleminin ardından uygulanacağı tespit edilen hukukun somut olayda uygulanacak kurallarının tam olarak tespit edilmesi ve özü itibarıyla hâkime yabancı nitelikteki birtakım kuralların somut olayda uygulanması gerekmektedir. Aslında milletlerarası özel hukukun gerçek anlamda uygulanması bakımından çok önemli ve temel bir mesele olan bu konunun ne şekilde hayata geçirileceği üzerinde çok fazla tartışma yapılmamıştır. Üstelik bu sorun sadece Türk hukukuna has da değildir. Yabancı hukukun uygulanması faaliyeti, tüm dünyada önemini koruyan; ancak belki de sorunlu yapısı nedeniyle üzerinde yeteri kadar değerlendirme yapılmamış bir konudur. Tez çalışmamızda bu konu, farklı noktalarına değinmek suretiyle ele alınmaya çalışılmıştır.

Yabancılık unsuru barındıran özel hukuk ilişkilerinin çözümlenmesi noktasında ilk ele alınması gereken husus, bunların tabi olacakları hukuk sisteminin belirlenmesi konusudur. Günümüzde bu konuda kabul gören çözüm, bu ilişkilerin kendileriyle en sıkı ilişkili olan hukuka tabi olmaları yönündedir. Özel hukuka tabi hayat ilişkilerinin kendileriyle en sıkı ilişkili hukuka tabi kılınmaları, kanunlar ihtilafı kuralları denen hukuk kurallarının yardımıyla gerçekleşmektedir. Kanunlar ihtilafı kuralları, bir hayat ilişkisini belli bir hukuk sistemine bağlayan nitelikte düzenlemeler

olduklarından, bağlama kuralları olarak da adlandırılmaktadır. Kanunlar ihtilafı kuralları, özel hukuka tabi hayat ilişkilerini bir hukuk sistemine bağlarken bağlama noktası olarak adlandırılan maddi vakıalar kullanırlar. Bu vakıalar, hangi hukuka bağlanacağı sorusu cevaplanmaya çalışılan hayat ilişkisinin niteliğine göre tespit edilmektedir.

Kanunlar ihtilafı kurallarının ve bu doğrultuda yabancı hukukların uygulanma ihtiyacı, yabancılık unsuru barındıran her tür özel hukuk ilişkisinde karşımıza çıkabilmektedir. Sözleşmesel ilişkilerden haksız fiillere, evlenmeden miras uyuşmazlıklarına kadar pek çok hususta, hâkimlerin yabancı hukukun tespiti ve uygulanması meselesiyle karşı karşıya kalmaları mümkündür. Bu nedenle de kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukukun bir ülkede ne şekilde görüldüğü ile kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili yabancı hukukun ne şekilde tespit edileceği ve uygulanacağı, oldukça önem taşıyan konulardır.

Bu kapsamda ilk önem taşıyan nokta, kanunlar ihtilafı kurallarının bir hukuk sistemindeki konumudur. Dünya genelinde kanunlar ihtilafı kurallarının aynı muameleye tabi tutulmadıkları görülmektedir. Gerçekten de karşılaştırmalı hukukta kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında tercih edilen üç ana sistem bulunmaktadır. Bu sistemlerden ilki, Kıta Avrupası hukuk geleneğini izleyen ülkelerde uygulanmaktadır. Bu sisteme göre, kanunlar ihtilafı kuralları tıpkı iç hukuktaki diğer hukuk kuralları gibi hâkim tarafından re'sen uygulanması gereken hukuk kurallarıdır. Bu durumda tarafların kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını isteyip istememesinin, hâkim için kural olarak herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Türk hukukunda da uygulama bu yöndedir. Diğer bir sistem ise başta İngiltere olmak üzere Anglosakson hukuk geleneğini izleyen ülkelerde uygulanmaktadır. Bu anlayışa göre, kanunlar ihtilafı kuralları kural olarak bağlayıcı kurallar olarak görülmemekte ve ancak tarafların talebi üzerine uygulanabilmektedir. Hâkimlerin taraflardan bu yönde bir talep gelmediği müddetçe, kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulaması söz konusu olmaz ve uyuşmazlık *lex fori*'ye göre çözümlenir. Son sisteme göre ise kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı, dava konusu uyuşmazlığın niteliğine göre belirlenmektedir. Bu durumda bazı uyuşmazlıklar bakımından kanunlar ihtilafı kuralları hâkim tarafından re'sen uygulanırken, bazı uyuşmazlıklar bakımından ise bu kuralların uygulanması

tarafların talebine bağlıdır. Bu sistem, diğer iki sistemin ortasında bir çözüm yolu öngördüğünden, karma sistem olarak anılmaktadır. Belirtmek gerekir ki kanunlar ihtilafı kurallarının uygulamasında karşımıza çıkan bu sistem farklılıkları, yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları getiren AB hukuku düzenlemeleri gibi uluslararası düzenlemelerin de amaçlarına ulaşmaları bakımından sorun yaratabilmektedir. Bu durum, AB hukukunda kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında yeknesaklık sağlanması gerektiği yönünde yorumlara sebebiyet vermektedir.

Bu kapsamda önem taşıyan diğer nokta ise yabancı hukukun bir hukuk sistemi içerisindeki konumudur. Tıpkı kanunlar ihtilafı kurallarında olduğu gibi, yabancı hukukun uygulanması bakımından da dünya üzerinde bir yeknesaklık bulunmamaktadır. Farklı hukuk sistemlerindeki uygulamalar incelendiğinde, genel olarak üç farklı sistem bulunduğu görülmektedir. Bir grup ülkede yabancı hukuk tıpkı iç hukuk gibi “hukuk” olarak görülmektedir. Bu sistemde kanunlar ihtilafı kuralları yabancı bir hukuku işaret ettiği takdirde hâkimin bu hukukun içeriğini re’sen araştırması ve tespit ettiği kurallar ışığında bu hukuku re’sen uygulaması gerekmektedir. Türk hukuku da bu anlayışı takip etmektedir. İkinci grupta yer alan ülkelerde ise yabancı hukuk kuralları taraflarca ispatlanması gereken maddi vakıalar olarak görülmektedir. “Vakıa” doktrinini kabul eden ülkelerde yabancı hukukun içeriğinin tespiti, tarafların sorumluluğundadır ve hâkimin bu konuda şahsi bilgisi olsa dahi re’sen herhangi bir adım atması mümkün değildir. Son sistem ise diğer iki sistemden farklı özellikler taşıyan ülkelerin dahil olduğu ve karma sistem olarak adlandırılan anlayıştır. Bu sistemde yer alan ülkelerdeki anlayışın özelliği, diğer iki sisteme dahil edilememeleridir ve bu sisteme dahil olan ülkelerin tümü bakımından ortak olan özelliklerden bahsetmek mümkün olamamaktadır.

Belirtmek gerekir ki aslında bir hukuk sisteminde yabancı hukuk kurallarının tabi olduğu statü ile kanunlar ihtilafı kurallarının tabi olduğu statü doğrudan bağlantılıdır. Kanunlar ihtilafı kurallarının re’sen uygulandığı ülkeler aynı zamanda yabancı hukukun da “hukuk” olarak görüldüğü ve re’sen uygulandığı ülkelerdir. Yabancı hukukun “vakıa” olarak kabul edildiği ülkelerde de hem kanunlar ihtilafı kurallarının hem de yabancı hukukun uygulanması, tarafların talebine bağlı olarak gerçekleşmektedir. Bu ikili arasındaki uyum, Türkiye’nin de aralarında bulunduğu pek çok ülkede geçerli olsa da, bazı ülkelerdeki anlayış, bu genel kuralın dışına

çıkılmaktadır. Bu durumun nedeni hem kanunlar ihtilafı kuralları hem de yabancı hukukun uygulanmasında karma sistemlerin varlığı olsa gerektir.

Hâkimin hukuku bildiği anlamına gelen *iura novit curia* ilkesi, yabancı hukukun “hukuk” olarak kabul edildiği sistemlerde bile yabancı hukuklara ilişkin olarak yaygın bir biçimde kabul edilmemektedir. Bu gerçek karşısında, kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği yabancı hukuk kurallarının içeriğinin ne şekilde tespit edileceği de önem taşıyan bir konu olmaktadır. Yabancı hukukun “hukuk” olarak görüldüğü ülkelerde bu konuda aktif rol hâkime aitken; “vakıa” olarak görüldüğü ülkelerde bu husustaki esas sorumluluk tarafların üzerindedir. Buna göre, yabancı hukukun “hukuk” olarak görüldüğü ülkelerde yabancı hukukun içeriğinin tespiti, hâkimlerin şahsi bilgisini kullanmaları veya re’sen yabancı doktrin ve içtihatları araştırmaları yoluyla yahut Adalet Bakanlıkları, dış temsilcilikler, uzman kuruluşlar, yabancı hukuka dair bilgi edinme imkânı sağlayan iki veya çok taraflı milletlerarası sözleşmeler veya bilirkişilere başvurmak suretiyle gerçekleştirilebilmektedir. Öte yandan, bu sistemi uygulayan ülkelerde de tarafların hâkime yardımcı olmaları önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Yabancı hukukun “vakıa” olarak uygulandığı sistemde ise hâkimler, taraflarca uygulanacak hukukun içeriği konusunda yeterli derecede bilgilendirilmeye çalışılmaktadır. Bu sistemde ağırlıklı olarak kullanılan yöntem ise uzman bilirkişilerin görüşlerine başvurmaktır.

Yabancı hukukun içeriğinin tespiti, kanımızca yabancı hukukun tespiti ve uygulanması konusunun en çok önem taşıyan unsurudur. Bu kapsamda Max Planck Karşılaştırmalı ve Uluslararası Özel Hukuk Enstitüsü ve İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü gibi bu konuda mahkemelere yardımcı olacak kurumların sayısının artmasının veya bu kurumların etki alanlarının genişlemesinin önemli bir adım olabileceğine inanıyoruz. Bu doğrultuda, yabancı hukuk konusunda uzmanlaşmış mahkemelerin artması da bu bir çözüm yolu olabilir. Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa Sözleşmesi ve bu Sözleşme temel alınarak hazırlanan Montevideo Sözleşmesi ve Minsk Sözleşmesi gibi yabancı hukuka dair bilgi edinme imkânı tanıyan milletlerarası sözleşmeler, günümüze değin çok aktif bir şekilde kullanılmamış dahi olsalar, kanımızca bu sorunun çözümünde önemli bir model teşkil etmektedir. Bu konuda ilerleyen dönemlerde daha geniş katılımlı ve daha hızlı

ve kolay bir şekilde güncel bilgiye erişim imkânı tanıyan sözleşmelerin hazırlanması, isabetli bir adım olabilir. Ayrıca, doğrudan yargı makamları arasında irtibat kurulmasını öngören işbirliği sistemlerinin artışı da kanımızca isabetli bir gelişme olacaktır. Günümüzde internetin yaygınlaşması da bu konuda getirilecek çözüm önerilerinin göz önünde bulundurulmasında fayda bulunan bir gelişmedir. Bu konunun aslında önemli bir sorun olduğunun bilincinde olan Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın ve belki de AB'nin bu konuda daha aktif bir rol oynaması da ilerleyen dönemde beklenebilecek bir gelişmedir.

Somut olayda uygulanacak kuralları tespit edilen bir yabancı hukukun uygulanması aşamasına geçildiğinde ise dikkate alınması gereken temel husus, yabancı hukukun ait olduğu hukuk sisteminde ne şekilde uygulanıyorsa yine o şekilde uygulanması yönündeki gerekliliktir. Boşlukların doldurulması, izlenilecek yorum yöntemleri, bir kanunla uluslararası sözleşmenin çatışması halinde üstünlüğün hangi norma verileceği, bir hukuk kuralının o sistemin anayasasına aykırılığı iddiası gibi meselelerin *forum* ülkesinin hukuk anlayışına göre değil, ait oldukları ülkedeki anlayışa göre çözümlenmesi gerekmektedir.

Yabancı hukukun uygulandığı davalarda doğru karar verilebilmesinin temini ve bu kapsamda bu davalar sonucunda verilen kararların üst yargı mercilerince denetlenebilmesi, milletlerarası özel hukukun amaçlarına gerçek anlamda ulaşabilmesi için şarttır. Kanunlar ihtilafı kuralları bakımından bu konuda tartışmalı bir nokta bulunmamaktadır. Kanunlar ihtilafı kuralları, hâkim için uygulanması gerekli olduğu ölçüde bağlayıcı nitelik taşıyan iç hukuk kuralları olduğundan, bunların doğru uygulanıp uygulanmadığının üst yargı mercilerince denetlenebileceği kabul edilmektedir. Yabancı hukukun uygulanması sırasında yapılan hatalar bakımından ise dünya genelinde bir yeknesaklık yoktur. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu çoğu ülkede bu denetimin yapılabilmesine izin verilse de, bazı ülkelerde bu kararlar en üst yargı mercii olan temyiz makamlarınca denetime kapalıdır.

Ayrıca, milletlerarası özel hukukta yabancı hukukun uygulanmasına etki eden bazı mekanizmalar da mevcuttur. Bunlardan ilki, usule ilişkin meselelere *lex fori*'nin uygulanmasıdır. Usule ilişkin kurallar hem kamu hukukuna ilişkin olmaları hem de yeknesaklık ve eşitlik amaçlarına hizmet etmeleri nedeniyle, esasa uygulanacak

hukuktan bağımsız olarak her daim *lex fori*'ye tabidir. Bu mekanizmalardan bir diğeri, kamu düzenidir. Buna göre, bir yabancı hukuk ancak *lex fori*'nin kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurmama şartıyla uygulanabilir. Yabancı hukukun uygulanmasına etki eden son husus ise doğrudan uygulanan kurallardır. Uygulanan hukukun *lex fori* veya yabancı bir hukuk olmasından bağımsız olarak uygulama alanı bulan bu müdahaleci nitelikteki kurallar, *lex causae*'yı uygulama alanına giren konular bakımından sınırlamaktadır. Burada bahsi geçen kurallar, *lex fori*'nin ve hukuku uygulanan yabancı devletten farklı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarıdır; zira *lex causae*, zaten doğrudan uygulanan kuralları da dahil olmak üzere bir bütün olarak uygulanır.



GİRİŞ

Özel hukuka tabi uyuşmazlıkların yalnız bir ülkeyi ilgilendirmesi halinde o uyuşmazlıklara hangi hukukun uygulanacağı herhangi bir soru işareti yaratmayacaktır. Bu durumda hâkim, bağlı bulunduğu hukuk sisteminin maddi hukuk kurallarına göre önündeki uyuşmazlığı çözecektir. Ancak tarafların farklı ülkelerin vatandaşı olması, mutad meskenlerinin farklı ülkelerde olması, sözleşmesel uyuşmazlıklarda ifa yerinin farklı bir ülkede olması gibi bir hayat ilişkisine yabancılık unsuru katan bazı unsurlar mevcutsa, bu türden bir ilişkinin hangi hukuka tabi olacağı tartışmalı hale gelmektedir. Başta milletlerarası ticaret ile göç hareketlerinin artmasının yer aldığı birtakım sebeplerle yabancılık unsuru barındıran işlem ve ilişkilerin her geçen gün artması da bu meselenin önemini artırmaktadır.

Çağdaş milletlerarası özel hukuk anlayışında yabancılık unsuru barındıran işlem ve ilişkilerin, kanunlar ihtilafı kuralı adı verilen kurallar vasıtasıyla kendileriyle en sıkı ilişkili olan hukuka tabi olacakları kabul görmektedir. Kanunlar ihtilafı kuralları, hukuki işlem ve ilişkileri, bunlarla en sıkı irtibata sahip olduğu düşünülen bazı maddi vakılardan hareketle belirli bir hukuk sistemine bağlayan kurallardır. Peki kanunlar ihtilafı kuralları bu görevlerini yerine getirirken, yabancı hukuk ne şekilde tespit edilecek ve hangi ilkeler ışığında uygulanacaktır?

Bu soru, çok farklı düzlemlerde karşımıza çıkabilmektedir. Zira kanunlar ihtilafı kurallarının ve bu doğrultuda yabancı hukukların uygulanma ihtiyacı, yabancılık unsuru barındıran her tür özel hukuk ilişkisinde mevcuttur. Gerçekten de sözleşmesel ilişkilerden doğan borç ilişkilerinden haksız fiillere, evlenmeden miras uyuşmazlıklarına kadar pek çok hususta kanunlar ihtilafı doğabilmekte ve hâkimlerin yabancı hukukun tespiti ve uygulanması meselesiyle karşı karşıya kalmaları söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle, kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukukun bir ülkede ne şekilde görüldüğü ile kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili yabancı hukukun ne şekilde tespit edileceği ve uygulanacağı, oldukça önem taşıyan konular

olmaktadır. Zira milletlerarası özel hukukun en temel konularından biri olan kanunlar ihtilafı hukukunun gerçek anlamda işleyebilmesi, doğrudan bu konuların ne şekilde çözümleneceğinin bilinmesine bağlıdır.

Bu konunun bir yargı sistemi içerisinde taşıdığı önemi görmek bakımından dikkate alınabilecek bir veri, yabancılık unsuru barındıran ve yabancı hukukun uygulanmasını gerektiren uyuşmazlıkların, yargı içerisindeki ağırlığıdır. Türkiye’de bu konuya ilişkin yapılmış herhangi bir araştırma bulunmasa dahi konuya ilişkin olarak dikkate alınabilecek bir istatistik, İsviçre’de ortaya çıkmıştır. İsviçre Adalet Bakanlığı’nın Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Bürosu¹ tarafından 2007 yılında kendilerine yollanan ankete verdiği cevaba göre, 2006 yılında İsviçre yargı makamları nezdinde başlatılan medeni ve ticari nitelikteki yargı işlerinin %2’sinde yabancı bir hukukun uygulanması gerekmiştir². Bu oran ilk bakışta yüksek gibi görünmeyebilir. Ancak yabancılık unsuru barındırıp çeşitli vasıtalarla hâkimin hukukuna (*lex fori*) göre çözümlenen uyuşmazlıklar da göz önünde bulundurulursa, bu oranın hiç de azımsanmayacak seviyede olduğu görülebilecektir.

Üstelik günümüzde kanunlar ihtilafı kuralları ile yabancı hukukun uygulanması, sadece yargı makamlarını ilgilendiren bir konu da değildir. Zira yabancılık unsuru barındıran özel hukuk ilişkileriyle muhatap olan noterler, tapu ve nüfus müdürlükleri, ticaret sicilleri, belediyeler gibi makamların da kanunlar ihtilafı kuralları ile yabancı hukuku uygulaması gereken durumlar söz konusu olabilmektedir³.

¹ Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, 1893 yılında Tobias Asser’in öncülüğünde milletlerarası özel hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla kurulmuş ve merkezi Lahey’de bulunan bir hükümetler arası örgüttür. Konferans’ın an itibarıyla, 82 ülke ve AB’den oluşmak üzere toplam 83 üyesi bulunmaktadır. Milletlerarası özel hukukun yeknesaklaştırılması bakımından oldukça aktif bir örgüt olan Konferans’ın bünyesinde, Türkiye’nin de taraf olduğu pek çok milletlerarası sözleşme hazırlanmıştır. Bu sözleşmelere örnek olarak Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi, Hukuki veya Ticari Konularda Adli veya Gayriadli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair Sözleşme ve Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme verilebilir. Konferans’a dair detaylı bilgi için bkz. <https://www.hcch.net/en/home> (Erişim Tarihi: 19.05.2018).

² http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd09ch.pdf (Erişim Tarihi: 23.01.2018), s. 7. Aynı ankete Türkiye’nin verdiği cevapta ise söz konusu soruya, bu konuda herhangi bir veri bulunmadığı gerekçesiyle net bir cevap verilmemiştir. Türkiye’nin cevabı için bkz. https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff_pd09tr.pdf (Erişim Tarihi: 22.05.2018).

³ Dünya üzerinde çok az sayıda ülkede yargı dışı makamlarca yabancı hukukun uygulanması halinde izlenilmesi gereken yöntemlere ilişkin genel kurallar konulduğu ifade edilmektedir. Bu sınırlı sayıda ülkeye örnek olarak Estonya ve İspanya verilmektedir. Doktrinde bu konunun henüz önemi tam olarak kavranabilmiş bir konu olmadığı ve bu nedenle bu konuda izlenen ana akımların neler olduğunu tespit etmenin dahi mümkün olmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle çalışmamızda ağırlıklı olarak yargı

Bu konu, AB hukuku bakımından da oldukça önem arz eden bir konudur. Günümüzde AB mevzuatı bünyesinde başta Roma Tüzükleri olarak bilinen Roma 1⁴, Roma 2⁵ ve Roma 3⁶ Tüzükleri olmak üzere, AB Miras Tüzüğü⁷, AB Aciz Usulü Tüzüğü⁸ ve AB Nafaka Tüzüğü⁹ gibi yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları içeren çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. AB'ye üye ülkelerde yabancı hukukun ne şekilde uygulandığı (veya uygulanmadığı), söz konusu yeknesak kuralların uygulama alanına da doğrudan etki edecek niteliktedir.

Ayrıca, milletlerarası özel hukuk ve karşılaştırmalı hukuk alanında çalışmalar yürüten kurumların sayısının gün geçtikçe artması da bu konunun önemini göstermektedir. Bu kurumların başında, ülkelerinde yabancı hukukların uygulandığı uyuşmazlıklarda yargı makamlarına ciddi desteklerde bulunan Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü¹⁰ ile İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü¹¹ gelmektedir¹². Ayrıca, ülkemizde de İstanbul Üniversitesi

makamlarınca kanunlar ihtilafı kuralları ile yabancı hukukun uygulanması üzerinde durulacaktır. Öte yandan, bu konuya dair hukuki düzenleme yapmış olan az sayıdaki ülkede idari makamlara yargı makamlarına nazaran yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda daha geniş bir takdir yetkisi tanındığı ve buna ilişkin prosedürlerin daha gayriresmî kanallarla izlediği belirtilmektedir. AB ülkeleri nezdinde yargı dışı makamlarca yabancı hukukun uygulanması konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Carlos Esplugues / José Luis Iglesias / Guillermo Palao / Rosario Espinosa / Carmen Azcárraga, "General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe", **Application of Foreign Law**, Ed. Carlos Esplugues, José Luis Iglesias, Guillermo Palao, Münih, 2011, s. 3-94, s. 79-90.

⁴ Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593/2008 sayılı Tüzük (OJEU, L 177/6, T. 04.07.2008).

⁵ Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 864/2007 sayılı Tüzük (OJEU, L 199/40, T. 31.07.2007).

⁶ Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında 1259/2010 sayılı Tüzük (OJEU, L 343/10, T. 29.12.2010).

⁷ Mirasa İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Resmî Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair 650/2012 sayılı Tüzük (OJEU, L 201/107, T. 27.07.2012).

⁸ Aciz Usulü Hakkında 2015/848 sayılı Tüzük (OJEU, L 141/19, T. 05.06.2015).

⁹ Nafaka Yükümlülükleri Konusunda Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Söz Konusu Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin 4/2009 sayılı Tüzük (OJEU, L 7/1, T. 10.01.2009).

¹⁰ Max Planck Enstitüleri, Alman fizikçi *Max Planck*'ın adıyla anılan, Almanya merkezli bağımsız bir araştırma kuruluşudur. Bünyesinde, aralarında hukukun farklı dallarına ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, seksenden fazla sayıda araştırma enstitüsü bulunmaktadır. Bu enstitülerden bir tanesi de Hamburg'da yer alan Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü'dür. Bu Enstitü'ye dair ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.mpipriv.de/en/pub/news.cfm> (Erişim Tarihi: 22.02.2018).

¹¹ İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü, merkezi Lozan'da bulunan ve İsviçre federal hükümeti bünyesinde kurulmuş bir kurumdur. İsviçre'de yabancı hukuka dair bilgi edinilmesi konusunda kilit bir role sahip olduğu ifade edilen bu kurum; mahkemeler, idari makamlar, avukatlar ve diğer ilgililere yabancı hukuklara dair bilgi ve hukuki görüş sunmak amacıyla 1978'de kurulmuştur. Kuruma ait kütüphanede çeşitli hukuk sistemlerine dair 700.000 civarında eser ve 30 civarı çalışan bulunduğu

Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi¹³ ile İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi¹⁴ isminde aynı aktiflikte olmamakla beraber, aynı amaca hizmet eden iki merkez mevcuttur.

Tüm bu nedenler ışığında rahatlıkla söylenebilir ki yabancı hukukun tespiti ve uygulanması konusu milletlerarası özel hukukun en çok önem taşıyan noktalarından bir tanesidir. Ancak bu denli önem taşıyan bir konu, bir yandan da oldukça problemlili bir yapıdadır. Öyle ki, *Lando*'nun da ifade ettiği gibi, dünya genelinde hâkimler yabancı hukuku uygulamaktan pek de hoşlanmamaktadırlar¹⁵. Dünyanın dört bir yanında kanunlar ihtilafı alanında kodifikasyon hareketlerinin gerçekleştiği ve yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları ihdas edildiği bir dönemde yabancı hukukun uygulanmasına karşı hâlâ mesafeli bir yaklaşım bulunması, kanımızca oldukça ilginçtir. Bu çalışmanın hazırlanması altında yatan nedenlerin başında da milletlerarası özel hukukun en temel noktalarından biri olan bu konunun, bu şekilde tartışmaya açık bir konumda olması gelmektedir. Ayrıca, oldukça ilgi çekici ve temel bir konu olmasına karşın, Türk hukukunda bu konu hakkında hazırlanmış çalışmaların az sayıda olması da tez konusu olarak bu konunun seçilmesinde etkili olmuştur.

Çalışmamızın ilk bölümünde ilk olarak kanunlar ihtilafı kavramı, kanunlar ihtilafı kurallarının yapısı, işlevi, varlık nedenleri ve çeşitli hukuk sistemlerinde bu

ifade edilmektedir. Enstitü'ye dair detaylı bilgi için bkz. <https://www.isdc.ch/> (Erişim Tarihi: 23.03.2018).

¹² Yabancı hukuklara dair güncel bilgilere erişimi olan benzer kuruluşlara örnek olarak Londra'da yer alan British Institute of International and Comparative Law, Atina'da yer alan Hellenic Institute of International and Foreign Law, Moskova'da yer alan Institute of Legislation and Comparative Law, Lahey'de yer alan International Legal Institute ve TMC Asser Institute ile Washington DC'de yer alan Law Library of Congress verilmektedir.

¹³ Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi; milletlerarası hukuk, uluslararası ilişkiler ve milletlerarası özel hukuk konularına giren meseleleri yakından takip etmek, bu konularda araştırmalar yaparak yayınlamak ve devlet kurumlarına yardımcı olacak alanlarda çalışmalar yapmak amacıyla kurulmuş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde bir merkezdir. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni de bu merkezin faaliyetleri arasında yer almaktadır. Merkezin internet sayfası için bkz. <http://hukuk.istanbul.edu.tr/tr/content/merkezler-icerik/milletlerarası-hukuk-ve-milletlerarası-munasebetler-arastırma-ve-uygulama-merkezi> (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

¹⁴ Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi; hukuki inceleme ve araştırmalarda karşılaştırmalı hukukun bir bilim dalı olarak gelişimine katkıda bulunmak amacıyla kurulmuş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde bir merkezdir. Merkezin internet sayfası için bkz. <http://hukuk.istanbul.edu.tr/tr/content/merkezler-icerik/mukayeseli-hukuk-arastırma-ve-uygulama-merkezi> (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

¹⁵ Ole Lando, "Lex Fori in Foro Proprio", *MJECL*, C. 2, S. 4, 1995, s. 359-375, s. 371.

kurallara atfedilen hukuki nitelik ele alınmaya çalışılmıştır. Bunun ardından, yabancı hukuk kavramı, karşılaştırmalı hukukta yabancı hukuk kavramının ne şekilde sınıflandırıldığı ve yabancı hukuk uygulanırken uyulması gereken ilkeler meselelerine temas edilmiştir. İkinci bölümde ise yabancı hukukun uygulanabilmesi için somut olaya uygulanması gereken kurallarının ne şekilde tespit edileceği hususu çeşitli tartışmalı konulara da temas edilerek incelenmeye çalışılmıştır. Son bölümde ise yabancı hukukun uygulanması faaliyeti gerçekleştirilirken sıklıkla karşılaşılan bazı sorunlara değinilmiştir. Bu çerçevede yabancı hukukun uygulandığı uyuşmazlıklar sonucu verilen kararların üst yargı mercilerince denetlenip denetlenemeyeceği, yabancı hukuk kurallarının anayasaya aykırılığı iddiası, yabancı hukukun uygulanmasına etki eden mekanizmalar gibi hususlar ele alınmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM: TÜRK HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KANUNLAR İHTİLAFI KURALI VE YABANCI HUKUK KAVRAMLARI

I. Genel Olarak

Bir hukuk sisteminde yabancı hukukun ne şekilde uygulandığı, doğrudan o sistemde yabancı hukukun hangi statüye tabi tutulduğuna bağlıdır. Yabancı hukukun tespiti ve uygulanması faaliyetinin en başından en sonuna kadar, yabancı hukuka tanınan bu statünün etkilerini görmek mümkündür. Kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen veya tarafların talebi üzerine uygulanması, yabancı hukukun içeriğini tespit etme esas sorumluluğun hâkimin veya tarafların üzerinde olması, *iura novit curia* ilkesinin yabancı hukuk bakımından geçerli olup olmadığı ve yabancı hukukun uygulandığı davalar sonucu verilen kararların üst yargı mercilerince denetime tabi olup olmayacağı hususlarının tamamı, kural olarak yabancı hukukun niteliğine bağlı olarak tespit edilmektedir.

Bu nedenle, çalışmamızın ilk bölümünde öncelikli olarak yabancı hukukun uygulanması faaliyetiyle doğrudan bağlantılı olan kanunlar ihtilafı kurallarına ve bu kuralların uygulanmasına ilişkin yaklaşımlara değinilecek; ardından yabancı hukukun niteliği bakımından hâkim olan yaklaşımlar ele alınmaya çalışılacaktır. Anmış olduğumuz diğer hususlara ise çalışmamızın yabancı hukukun tespiti konusunu ele alacağımız ikinci ve kanunlar ihtilafı kuralları ile yabancı hukukun uygulanması faaliyeti esnasında karşılaşılan bazı sorunlara değineceğimiz üçüncü bölümünde değinilmeye çalışılacaktır.

II. Kanunlar İhtilafı Kuralı Kavramı ve Bu Kuralların Uygulanmasına Dair Yaklaşımlar

A. Kanunlar İhtilafı Kavramı

Sadece tek bir ülkeyi ilgilendiren hayat ilişkileri bakımından, bu ilişkileri düzenleyecek hukuk kurallarının tespiti herhangi bir soru işareti doğurmayacaktır. Örneğin, iki Türk vatandaşının İstanbul’da evlenmeleri halinde bu ilişkinin Türk hukukuna tabi olacağı konusunda herhangi bir tartışma söz konusu olamaz. Ancak bu özel hukuka tabi ilişkilerin birden fazla ülkeyi ilgilendirmesi durumunda bu ilişkilerin tabi oldukları kuralların tespiti, ilk ihtimalden farklı kurallara bağlanmak durumundadır. Örneğin, Türkiye’de yaşayan bir Suriye vatandaşının reşit olup olmadığına hangi hukuka göre karar verilecektir? Yahut Avusturya vatandaşı bir kişi ile Alman vatandaşı eşinin Türkiye’de boşanmaya karar vermeleri durumunda, bu boşanma davası hangi ülkenin kurallarına göre çözülecektir? İlk ihtimalde kişinin Türkiye’de yaşaması söz konusu olayı Türk hukukuna; kişinin vatandaşlığı ise Suriye hukukuna yaklaştırmaktadır. İkinci ihtimalde ise tarafların vatandaşlıkları nedeniyle Avusturya ve Alman hukuklarının, davanın açıldığı yer nedeniyle ise Türk hukukunun olayla bir bağlantı bulunmaktadır.

Bu iki ihtimalde olduğu gibi özel hukuka tabi ilişkilerin birden fazla hukukla bağlantılı olmaları, bu ilişkilerin hangi hukuka tabi olacaklarını tespit ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Aynı olaya uygulanma ihtimali bulunan birden fazla hukuk sisteminin içinde bulunduğu çatışma halini çözmek için kullanılan kurallara “kanunlar ihtilafı kuralları”; bu kuralların oluşturduğu hukuk dalına ise “kanunlar ihtilafı (hukuku)” veya “milletlerarası özel hukuk” adı verilmektedir¹⁶.

¹⁶ A. V. Dicey / J. H. C. Morris, **The Conflict of Laws**, Ed. Lawrence Collins, C. 1, 12. Bası, Londra, 1993, s. 3; Geoffrey Chevalier Cheshire / Peter North / James Fawcett, **Private International Law**, Ed. James Fawcett, Janeen M. Carruthers, 14. Bası, Oxford, 2008, s. 3-4; Pierre Mayer, **Droit International Privé**, 5. Bası, Paris, 1994, s. 67; John O’Brien, **Smith's Conflict of Laws**, 2. Bası, Londra, 1999, s. 3-4; Daniel Guttman, **Droit International Privé**, 3. Bası, Paris, 2002, s. 1; K. Lipstein, **Principles of the Conflict of Laws, National and International**, Lahey, 1981 (**Principles**), s. 1; J. G. Collier, **Conflict of Laws**, 3. Bası, 2001, s. 3; Adrian Briggs, **The Conflict of Laws**, 3. Bası, Oxford, 2013, s. 1; Nihal Uluocak, **Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul, 1971, s. 1; Erdoğan Göğür, **Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı**, 4. Bası, Ankara, 1977, s. 1-2; Vedat Raşit Seviğ, **Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları)**, 2. Bası, İstanbul, 1974, s. 2; Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Bası, İstanbul, 2017 (**DHH**), s. 3; Aysel Çelikel / Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 5; Gülören Tekinalp / Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Bası, İstanbul, 2016, s. 17; Cemal Şanlı / Emre Esen / İnci Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası,

Kanunlar ihtilafı kuralları, birden fazla hukuk sisteminden hangisinin somut olaya uygulanacağını tespit işlevini görse de, hiç şüphesiz ait olduğu hukuk sisteminin iç hukuk kuralı niteliğindedir¹⁷. Dolayısıyla kanunlar ihtilafı kurallarının birden fazla devletin hukuk kurallarının uygulama alanını tayin eden rolü, bu kuralların devletler üstü nitelikte milletlerarası hukuk ilkeleri olmalarından kaynaklanmamaktadır¹⁸.

Öte yandan, iç hukuk kuralı niteliği taşımakla beraber; kanunlar ihtilafı kurallarını maddi hukuk kurallarından farklılaştıran nokta, bu kuralların maddi hukuk kurallarının aksine bir hayat ilişkisini doğrudan çözüme ulaştırmayıp, bu ilişkiye uygulanacak hukuk kurallarının tespitiyle yetinmeleridir¹⁹. Bu kuralların uygulanması tek başlarına somut olay hakkında maddi sonuçlara ulaşılması için yeterli değildir ve uygulanacak hukukun tespiti sonrası somut uyuşmazlığın nihai çözümü, tespit edilen hukuk sisteminin öngördüğü kurallara göre ayrıca gerçekleşecektir. Bu nedenle, kanunlar ihtilafı kurallarının soyut kurallar oldukları belirtilmektedir²⁰. Ayrıca, kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettikleri kurallar arasında herhangi bir öncelik ilişkisi kurmaması ve bu kapsamda örneğin *lex fori* ile yabancı hukuk sistemleri arasında bir ayırım gözetmemesi nedeniyle, bu kuralların taraf tutmayan kurallar oldukları da ifade edilmektedir²¹.

İstanbul, 2018, s. 5-6; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, Ankara, 2017, s. 9-10; Süheyla Balkar Bozkurt, “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış”, **GSÜHFD**, S. 2011/1: Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, s. 141-196 (**Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kurallar**), s. 152.

¹⁷ Dicey / Morris, s. 3; Çelikel / Erdem, s. 14; Nomer, **DHH**, s. 10; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 1-2; Cheshire / North/ Fawcett, s. 3; O’Brien, s. 4; Balkar Bozkurt, **Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kurallar**, s. 152; Lipstein, **Principles**, s. 44; Ziya Akıncı, “The Public Policy Concept in Conflict of Laws”, **Argumentum**, Y. 3, S. 27, 1992, s. 429-434, s. 429.

¹⁸ Nomer, **DHH**, s. 10; Çelikel / Erdem, s. 14.

¹⁹ Cheshire / North/ Fawcett, s. 8; Guttmann, s. 3; Lipstein, **Principles**, s. 2; Çelikel / Erdem, s. 15; Nomer, **DHH**, s. 9; Doğan, s. 147; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 6; Balkar Bozkurt, **Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kurallar**, s. 154; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 19; Nuray Ekşi, “Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması – Mukayeseli Bir İnceleme –”, **Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 1, 2014, s. 3-96 (**Yabancı Hukuk**), s. 8.

²⁰ Mayer, s. 84; Balkar Bozkurt, **Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kurallar**, s. 154.

²¹ Balkar Bozkurt, **Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kurallar**, s. 155; Mayer, s. 84. Öte yandan, Fransız doktrininde bu hususa katılmayan yazarlar da mevcuttur. Bu görüşe göre, kanunlar ihtilafı kurallarının tam olarak tarafsız olmadığını gösteren iki nokta vardır. Bunlardan ilki, kanunlar ihtilafı kuralları kanun koyucularca tayin edilirken kullanılan bağlama noktalarıdır. Belirli bir bağlama noktasının seçimi, diğerlerini seçmeme yönünde bir tercih anlamına gelmektedir ve bu da kanunlar ihtilafı kuralının her sonuca eşit mesafede olmadığını gösterir. İkinci olarak ise bazı kurallar “*favor testamenti*” gibi ilkeleri korumakta ve dolayısıyla belirli bir sonucun sağlanmasını hedeflemektedir. Bu türden düzenlemelerin de her hukuka eşit mesafede olduğu söylenemez. Bu görüş için bkz. Yvon

B. Kanunlar İhtilafı Kurallarının İşleyişi

Kanunlar ihtilafı kuralları, yabancılık unsuru barındıran hayat ilişkilerinin hangi hukuk sistemine tabi olacağı sorusunun cevaplanmasında rol almaktadır. Bu kurallar, bu soruyu cevaplarken her hayat ilişkisinin niteliğine göre farklı maddi vakıaların yardımını almaktadır. Bu vakıalar, söz konusu hayat ilişkisinin hangi hukuk sistemiyle bağlantılı olduğunu tespiti yarayan olgulardır. Kanunlar ihtilafı kurallarını var eden bu iki kavrama, milletlerarası özel hukuk terminolojisinde bağlama konusu ve bağlama noktası (*connecting factor*) adı verilmektedir. Bağlama konusu, bağlanma faaliyetinin temelini oluşturan hayat ilişkisi kategorilerini ifade etmek için kullanılırken²²; bağlama noktası²³ terimi ise bu hayat ilişkisini bir hukuk sistemine bağlamak için en elverişli veri olduğu düşünülen maddi vakıayı anlatmak için tercih edilmektedir²⁴.

Örneğin, MÖHUK m. 9 şu şekildedir: “*Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir*”. Ehliyete ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı olan bu hükümde “hak ehliyeti” ile “fiil ehliyeti”, hâkimin önüne gelen olayda hangi hukuka bağlanacağı sorusu cevaplandırılmaya çalışılan husus, yani bağlama konusudur. “İlgilinin milli hukuku” yani kişinin tabiiyetinde bulunduğu ülkenin hukuku ise ilgilinin ehliyetinin tabi olduğu hukuk sistemidir. Kişinin vatandaşlığı bir vakıadır ve somut olay bakımından da bu hayat ilişkisinin tabi olacağı hukuk sistemiyle bağlantısını sağlayan bağlama noktasıdır.

O halde yabancı hukukun uygulanabilmesi, bir uyumsuzlukta yabancılık unsuru barındıran bir hayat ilişkisi yani bağlama konusu bulunmasına ve bu hayat ilişkisiyle en yakın bağlantılı olgu olduğu düşünülen bağlama noktasının yabancı bir ülkeyi işaret etmesine bağlıdır. Bu durumda bağlama noktalarının neye göre tayin edildiği de oldukça önem kazanmaktadır. Zira bir hukuki ilişkinin tabi olduğu hukuk, o

Loussouarn, “La règle de conflit est-elle une règle neutre?”, **Droit International Privé: Travaux du Comité Français de Droit International Privé**, C. 2, 1981, s. 43-68.

²² Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 19, dn. 2; Nomer, **DHH**, s. 96; Çelikel / Erdem, s. 61; Doğan, s. 167; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 28.

²³ Bağlama noktası kavramı yerine bağlama sebebi veya bağlama kriteri terimleri de kullanılabilir.

²⁴ Dicey / Morris, s. 30; Collier, s. 11; Nomer, **DHH**, s. 96; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 28; Çelikel / Erdem, s. 61; Balkar Bozkurt, **Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kurallar**, s. 153; Briggs, s. 27.

ilişkinin tüm çerçevesini belirlemektedir. Belirtilmelidir ki bağlama noktaları, ilintili oldukları hayat ilişkisinin niteliğine göre tespit edilmektedir²⁵. Her hayat ilişkisi, ait olduğu hukuk alanı ve bu alanın güttüğü öncelikler çerçevesinde hukuk sistemlerine bağlanmaktadır. Bu durumda, borçlar hukukunu ilgilendiren bir mesele için tayin edilecek bağlama noktası ile aile hukukuna ait bir konu için kullanılacak bağlama noktası, elbette birbirinden farklı olacaktır.

Bağlama noktaları olarak tercih edilen vakıalar, ilgilendirdikleri hayat ilişkisinin “ağırlık noktasını teşkil eden” veya onu “karakterize eden” hususlardır²⁶. Bu çerçevede, farklı hukuk sistemlerinde farklı kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmakta olsa da kanunlar ihtilafı kurallarında sıklıkla tercih edilen bağlama noktalarına ilişkin birtakım örnekler vermek mümkündür. Örneğin, kişiler, aile ve miras hukukuna ait ilişkiler bakımından vatandaşlık, yerleşim yeri ve mutad mesken, şekil konusunda işlemin yapıldığı yer (*locus regit actum*), haksız fiil bakımından fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yer, aynı haklar bakımından malın bulunduğu yer (*lex rei sitae*), sözleşmeler bakımından tarafların seçimi kanunlar ihtilafı kurallarında sıklıkla tercih edilen bağlama noktalarıdır²⁷.

Hukukun her alanında olduğu gibi kanunlar ihtilafı kurallarıyla bir hukuka bağlanma faaliyeti esnasında da kavramların ne şekilde yorumlanması gerektiği önem taşımaktadır. Zira bu faaliyetin gerçekleşebilmesi için bir meselenin hangi bağlama konusu ya da bağlama noktası bünyesinde görülmesi gerektiği sorusunun cevaplanabilmesi gerekmektedir. Bu konuyu milletlerarası özel hukuk bakımından ilginç kılan nokta, bu kavramların farklı hukuk sistemlerinde farklı kategoriler içerisinde yorumlanabilmesi ihtimalidir. Örneğin, yerleşim yeri Türk hukuku ile İngiliz hukukunda aynı anlama gelmek zorunda olmadığı gibi, zamanaşımı kavramı bir hukuk sisteminde maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak görülürken, bir diğerinde usul hukukuna ait kabul edilebilir. Bu durumda bu kavramların hangi hukuk ışığında yorumlanacağı meselesi, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması

²⁵ Çelikel / Erdem, s. 62; Nomer, **DHH**, s. 105; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 28; Doğan, s. 167.

²⁶ Nomer, **DHH**, s. 105.

²⁷ MÖHUK'taki kanunlar ihtilafı kurallarında tercih edilen bağlama noktalarının sınıflandırılması için bkz. Çelikel / Erdem, s. 65-67; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 28-43; Doğan, s. 170-179.

bakımından büyük önem kazanmaktadır²⁸. Görülebileceği üzere, bu yorum ihtiyacı hem bağlama konuları hem de bağlama noktaları bakımından geçerlidir.

Bu konu, milletlerarası özel hukukun başlıca kavramlarından bir tanesi olan vasıflandırma meselesiyle çözümlenmektedir²⁹. Milletlerarası özel hukukta vasıflandırma meselesi ilk kez Alman *Kahn* ile Fransız *Bartin* tarafından ortaya atılmıştır. Bağlama konularının vasıflandırılması, karşılaştırmalı hukukta çokça tartışmalara konu olmuştur³⁰. Bu konuda ileri sürülmüş farklı görüşler mevcut bulunmakla beraber; günümüzde gerek Türk doktrini gerekse de karşılaştırmalı hukukta en yaygın kabul gören yaklaşım, bu işlemin *lex fori*'ye göre yapılması gerektiği yönündedir³¹. Bağlama noktalarının yorumlanması ise bağlama konularının aksine tartışma yaratmamış bir meseledir ve kabul edilen görüşe göre kanunlar ihtilafı kuralını koyan hukuka, yani *lex fori*'ye göre yapılmalıdır³².

C. Kanunlar İhtilafı Hukukunun Varlık Sebepleri

Dünya üzerinde çok sayıda devlet ve doğal olarak da hukuk sistemi bulunmaktadır. Bu durum aslında devletlerin egemenliğinin getirisi olan ve kaçınılmaz bir durumdur. Bu durumda birden fazla hukuk sistemini ilgilendiren özel hukuk ilişkilerinin varlığı, bunların bağlantılı olduğu hukuklardan hangisine tabi olacağını belirlemeyi önemli hale getirmiştir. Aslında hukuk sistemleri arasında yeknesaklık sağlama yönünde her geçen gün daha fazla adım atılıyorsa da³³; şu aşamada milyarlarca insanı tek bir hukuki birlik altında toplamak mümkün

²⁸ Nomer, **DHH**, s. 96.

²⁹ Dicey / Morris, s. 34; Collier, s. 13-14; Cheshire / North / Fawcett, s. 42; Nomer, **DHH**, s. 97; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 49-50; Çelikel / Erdem, s. 62; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 34; Doğan, s. 179. Aslında vasıflandırma, yalnızca milletlerarası özel hukuka özgü bir faaliyet değildir. Hatta aslında hukuki bağlamı dışında ele alınırsa "*insan zihninin normal bir fonksiyonu*" olarak dahi nitelenebilir (Çelikel / Erdem, s. 74). Hukuki bağlamı içerisinde ele alındığında ise vasıflandırma, bir olay veya ilişkinin hangi hukuk kuralını ilgilendirdiği ve onu harekete geçirdiğini tespit etmek için bu olay veya ilişkinin niteliğinin tespiti faaliyeti olarak tanımlanabilir (Çelikel / Erdem, s. 74; Doğan, s. 179).

³⁰ Vasıflandırma konusunda tercih edilen sistemlere dair ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel / Erdem, s. 79-88.

³¹ Dicey / Morris, s. 44; Cheshire / North / Fawcett, s. 43; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 51; Nomer, **DHH**, s. 100; Çelikel / Erdem, s. 79; Collier, s. 15-16; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 35; Briggs, s. 15; Doğan, s. 183; O'Brien, s. 95.

³² O'Brien, s. 95; Nomer, **DHH**, s. 107; Çelikel / Erdem, s. 88; Dicey / Morris, s. 31; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 44; Briggs, s. 27-28; Collier, s. 12-13.

³³ UNIDROIT, UNCITRAL gibi kurumların faaliyetleri ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (*CISG*) gibi yeknesak kurallar öngören uluslararası sözleşmelerin artması, özel hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması konusunda önemli işlev görmektedir.

görünmemektedir. Bu nedenle, birbirinden farklı içerikteki hukuk sistemlerinin bir ahenk içinde uygulama alanı bulabilmesi yönünde bir ihtiyaç doğmuştur. Milletlerarası özel hukukun (veya kanunlar ihtilafı hukukunun) ortaya çıkması da esasen bu ihtiyacı giderme hedefinin bir sonucudur³⁴.

Gerçekten de zaman içerisinde insanlar ve devletlerin birbiriyle daha fazla etkileşime geçmesi ve her türlü insan etkileşiminde söz konusu olduğu gibi burada da sonuç olarak hukuki ihtilafların doğmaya başlaması, her türlü hayat ilişkisini tek bir hukuka tabi kılmanın doğru olmadığını göstermiştir. Günümüzde dış ticaretin ve küreselleşmenin her geçen gün gelişmesi, göç olaylarının sıklaşması³⁵, ulaşımın gittikçe kolaylaşması gibi nedenler, yabancılık unsurlu uyuşmazlıkların sayısını önceki dönemlere göre iyice arttırmaktadır³⁶. Diğer yandan, birden fazla devletin bu türden uyuşmazlıklara kendi hukukunu uygulama arzusu bu ihtilafların hangi hukuka göre çözümleneceği konusunu tartışmaya açmıştır.

Günümüzde geçerli olan modern kanunlar ihtilafı anlayışı, yabancılık unsuru içeren ve özel hukuka tabi hayat ilişkilerinin, her halükârda mahkemenin hukuku gibi tek bir hukuka göre değil, söz konusu hayat ilişkisiyle en yakın ilişkili olduğu düşünülen hukuk tarafından çözümlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Ancak

³⁴ Cheshire / North / Fawcett, s. 10-11; Çelikel / Erdem, s. 11-12; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 5.

³⁵ Aşağıda daha detaylı ele alınacağı üzere, Almanya’da yabancı hukuklara dair bilgi edinme faaliyetinde Max Planck Enstitüsü önemli bir rol oynamaktadır. Göç hareketlerinin yabancı hukukunu uygulanması üzerindeki ortaya koymak bakımından da Enstitü’nün her yıl yayımladığı faaliyet raporlarının ortaya konduğu veriler dikkat çekicidir. Enstitü’nün paylaştığı verileri derleyen *Remien*’in aktardığı bilgilere göre, 2004-2012 yılları arasında Enstitü, yabancı hukuklara dair toplam 563 görüş vermiştir. Bu 9 yıllık süreçte hakkında en çok görüş hazırlanan hukukların, toplam 80 görüş ile Almanya’ya çok göç veren Doğu ve Güneydoğu Avrupa ülkelerinin hukukları olduğu görülmektedir. Benzer bir şekilde, bu süreçte Türk hukukuna ilişkin olarak da toplam 17 görüş hazırlanmıştır. Söz konusu verilerin derlendiği tablo ve konuya dair ayrıntılı bilgi için bkz. Oliver Remien, “Germany: Proof of and Information About Foreign Law – Duty to Investigate, Expert Opinions and a Proposal for Europe”, **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, C. 26, 2017, s. 183-220, s. 186-187.

³⁶ Shaheeza Lalani, “Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study”, **MJECL**, S. 20, 2013, s. 75-112 (**Content**), s. 76; Barry J. Rodger / Juliette Van Doorn, “Proof of Foreign Law: The Impact of the London Convention”, **ICLQ**, C. 46, S. 1, 1997, s. 151-173, s. 159; Jinske Verhellen, “Access to Foreign Law in Practice: Easier Said Than Done”, **Journal of Private International Law**, C. 12, S. 2, 2016, s. 281-300, s. 295; Yuko Nishitani, “Treatment of Foreign Law: Dynamics Towards Convergence? – General Report”, **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, C. 26, 2017, s. 3-60, s. 4, 10-11.

uluslararası hukukun gelişimine bakıldığında, tarihin her döneminde yaklaşımın bu doğrultuda olmadığı görülecektir³⁷.

Aslında yabancılık unsuru barındıran ilişkilerde farklı bir usul izlenmesi gerektiği, Roma hukukundan beri var olan bir yaklaşımdır. Roma hukukunda Romalıların kendi aralarındaki ilişkilere *ius civile* uygulanmaktayken, Romalılar ile Roma vatandaşı olmayanlar arasındaki ilişkiler *ius gentium*'a tabiydi³⁸. Daha sonraki dönemlerde ise Cermen kavimlerin Roma İmparatorluğu'nu istilasını ile birlikte, kavimlerin nereye giderlerse gitsinler kendi hukuklarına tabi olacakları görüşü kabul görmüş; yani kanunların şahsiliği anlayışı benimsenmişti³⁹. Ancak Orta Çağ'ın başlangıcıyla bu yaklaşım değişmiştir. Ülkeselliği öne çıkaran bu yeni yaklaşım, uyuşmazlıkların her durumda mahkemenin kendi hukukuna göre çözülmesi gerektiğini ve bunun devletlerin kendi toprakları üzerindeki egemenliğinden kaynaklandığını kabul etmekteydi⁴⁰.

Bu anlayışın zayıflaması, İtalya'da bağımsız şehir devletlerinin ortaya çıkması ve gelişmesiyle gerçekleşebilmiştir. Bu şehir devletleri arasında ticari ilişkilerin gelişmesi ve buna bağlı olarak hukuki uyuşmazlıklar doğması, kanunlar ihtilafı tartışmasını yeniden tetiklemiştir⁴¹. Bu dönemde “postglassatorlar” (“kommentatorlar”) tarafından geliştirilen “statüler teorisi”, kanunlar ihtilafı hukukunun başlangıcı olarak nitelenmektedir⁴². Bu teorinin en önemli temsilcileri olarak 16. yüzyılda yaşamış olan Fransız hukukçular *Dumoulin* ve *d'Argentré* gösterilmektedir. Bunu izleyen süreçte günümüz modern kanunlar ihtilafı kurallarının temelini attığı kabul edilen kişi ise 19. yüzyılda yaşamış olan Alman *Savigny* olmuştur. *Savigny*, hukuki ilişkilerin tabi olacakları hukukun bu ilişkilerin niteliklerine göre tespit edilmesi gerektiğini ortaya koyarak günümüzde özellikle de

³⁷ Milletlerarası özel hukukun tarihi gelişimine dair ayrıntılı bilgi için bkz. Alex Mills, “The Private History of International Law”, *ICLQ*, C. 55, S. 1, 2006, s. 1-49.

³⁸ Çelikel / Erdem, s. 47; Mills, s. 5-6.

³⁹ Mayer, s. 42; Çelikel / Erdem, s. 47; O'Brien, s. 11; Lipstein, **Principles**, s. 3-4.

⁴⁰ Lipstein, **Principles**, s. 4; O'Brien, s. 11; Çelikel / Erdem, s. 47; Mayer, s. 44.

⁴¹ O'Brien, s. 11; Çelikel / Erdem, s. 48; Mayer, s. 46; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 22, dn. 54; Doğan, s. 148.

⁴² Lipstein, **Principles**, s. 9; Doğan, s. 149; Nomer, **DHH**, s. 51; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 22, dn. 54.

Kıta Avrupası'nda hâkim olan kanunlar ihtilafı anlayışının gelişimine büyük katkıda bulunmuştur⁴³.

Milletlerarası özel hukukun kısaca ele aldığımız bu tarihi gelişimi sonucunda modern dönemde yabancı hukukun uygulanması ihtiyacını açıklamaya yönelik bazı görüşler ileri sürülmüştür. Bu doğrultuda özellikle daha yakın dönemlerde ileri sürülen iki görüşe değinmekte fayda olduğu kanaatindeyiz. Bu görüşlerden ilki, 17. yüzyılda Hollanda doktrininde ortaya çıkan ve en önemli temsilcisi *Huber* olarak gösterilen milletlerarası nezaket (*comity* veya *comitas gentium*) teorisidir. Anglosakson doktrininde de büyük bir ilgi gören bu anlayışın ABD'deki en önemli temsilcisi olarak *Story* gösterilmektedir. Bu teori, hukukun ülkeselliği ilkesinden hareketle, yabancı hukuku uygulamak yönünde bir zorunluluk bulunmadığını ve bu faaliyetin kaynağının olsa olsa devletlerin birbirlerine karşı izledikleri milletlerarası nezaket kuralları olabileceğini temel almaktadır⁴⁴. Ancak bu anlayışın kabulünün önünde ciddi bir engel bulunmaktadır. Zira bu ilke kabul görmüş olsaydı, iyi ilişkisi bulunmayan veya savaş içerisinde bulunan ülkelerin birbirlerinin hukuklarını uygulamayı reddedebileceği sonucunu da kabul etmek gerekirdi⁴⁵. Ancak günümüzde yabancı hukukun uygulanmasının devletlerin birbirleriyle olan ilişkilerinden bağımsız olduğu konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır⁴⁶. Bu nedenle, günümüzde milletlerarası nezaket tek başına yabancı hukukun uygulanmasının gerekçesi olarak kabul edilmemektedir⁴⁷.

Değinmek istediğimiz bir diğer teori ise özellikle 20. yüzyıl Anglosakson doktrininde taraftar toplayan kazanılmış haklar (*vested rights* veya *acquired rights*) teorisidir. İlk olarak Hollandalı hukukçular tarafından geliştirildiği belirtilen bu doktrin, ilerleyen dönemlerde ise özellikle İngiliz *Dicey* ve Amerikalı *Beale* tarafından kabul görmüştür. Milletlerarası nezaket doktrinine benzer şekilde bu doktrin de hukuk kurallarının ülkeselliğinden hareket etmektedir. Buna göre, hukuk kuralları ancak geçerli oldukları hukuk sisteminde bağlayıcı kurallar bütünü olarak

⁴³ Lipstein, **Principles**, s. 21-22; Çelikel / Erdem, s. 51; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 22, dn. 54.

⁴⁴ Lipstein, **Principles**, s. 15; Nomer, **DHH**, s. 53; Mills, s. 28; Mayer, s. 52; Doğan, s. 151.

⁴⁵ Dicey / Morris, s. 6; Cheshire / North / Fawcett, s. 5; O'Brien, s. 9; Ergin Nomer, **Davada Yabancı Kanun**, İstanbul, 1972 (**Yabancı Kanun**), s. 29.

⁴⁶ Cheshire / North / Fawcett, s. 5; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 28-29.

⁴⁷ Cheshire / North / Fawcett, s. 5; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 28.

uygulanabilirler⁴⁸. Bu görüşü kabul eden yazarlar, yabancı hukukun uygulanmasını ise yabancı bir hukuka göre kazanılmış olan bir hakkın adaletin sağlanabilmesi amacıyla başka ülkelerde de tanınmasına ve bu hakka geçerlilik kazandıran hukukun bu nedenle başka ülkelerde de uygulama alanı bulması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır⁴⁹. Buna göre, bir hukuk sisteminde geçerlilik kazanan bir hak, başka hukuk sistemlerinde de geçerliliğini korumalıdır. Zira aslında yabancı hukuk gerçek anlamda uygulanmamakta, sadece o hukuka göre doğan hak korunmaktadır. Bu teoriye yönelik getirilen temel eleştiri, yalnızca önceden kazanılmış hakların bir başka ülkedeki konumunu ele alması ve örneğin henüz ortada kazanılmış bir hak bulunmayan ve yeni bir durumun yaratılmasının talep edildiği bir davada yabancı hukukun hangi gerekçeyle uygulanacağını ortaya koyamamasıdır⁵⁰. Ayrıca, bir hakkın yabancı bir hukuk sisteminde kazanıldığını tespit etmek için öncelikle hangi hukukun uygulanacağını tespit etme zorunluluğu bulunması da bu teorinin kendi içinde çelişkili olduğu şeklinde yorumlanmaktadır⁵¹. Bu nedenle, bu görüş de önemli sayıda yazar tarafından yabancı hukukun uygulanması ihtiyacını açıklamaktan uzak görülmekte⁵² ve hatta bu teoriye ihtiyaç da olmadığı kabul edilmektedir⁵³.

Bu iki görüşün ileri sürdüğü görüşlerin aksine, günümüzde özellikle Kıta Avrupası hukuk geleneğini izleyen modern kanunlar ihtilafı anlayışında yabancılık unsuru barındıran ilişkiler için en sıkı ilişkili hukukun ve bu kapsamda gerektiğinde yabancı hukukun uygulanması, bu durumun daha adil olması veya bir başka ifadeyle bu yolla milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin (veya adaletinin) sağlanması arzusuyla açıklanmaktadır⁵⁴. Bu görüşünün temelini *Savigny*'nin 19. yüzyıldaki

⁴⁸ Nomer, **DHH**, s. 10; Cheshire / North / Fawcett, s. 24; Elliott E. Cheatham, "American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility", **HLR**, C. 58, S. 3, 1945, s. 361-394, s. 367-368; Esra Dardağan, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, 2000, s. 114.

⁴⁹ Cheatham, s. 365-366; Cheshire / North / Fawcett, s. 24; Çelikel / Erdem, s. 54; Nomer, **DHH**, s. 10; Dardağan, s. 114; Henri Batiffol / Paul Lagarde, **Traité de Droit International Privé**, 8. Bası, Paris, 1993, s. 526.

⁵⁰ Lipstein, **Principles**, s. 25; Batiffol / Lagarde, s. 526; Cheshire / North / Fawcett, s. 25; Çelikel / Erdem, s. 54; Dardağan, s. 115.

⁵¹ Mills, s. 34-35, dn. 232; Cheshire / North / Fawcett, s. 25; Nomer, **DHH**, s. 10.

⁵² Lipstein, **Principles**, s. 24; Cheshire / North / Fawcett, s. 26; Çelikel / Erdem, s. 54; Nomer, **DHH**, s. 10; Dardağan, s. 114.

⁵³ Nomer, **DHH**, s. 10.

⁵⁴ Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 18-19; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 29; Çelikel / Erdem, s. 34; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 25; Doğan, s. 164-165; Faruk Kerem Giray, "Milletlerarası Özel Hukuk Adaletinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8-9, S. 1-2: Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 2011-2012, s. 555-577, s. 556; Tuğçe Nimet Yaşar, "Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması", **MHB**, C. 33, S. 2, 2013, s. 75-114, s. 83; Mustafa Erkan, "Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı

görüşlerinin attığı kabul edilmektedir⁵⁵. *Savigny*'e göre, hukuki ilişkilerin bağlı olduğu bir “oturma yeri” veya “merkez” (“*Sitz*”, “*seat*”) mevcuttur. Bu oturma yerleri, hukuki ilişkilerin niteliğine göre tespit edilecektir. Her hukuki ilişkinin tabi olacağı hukuk da bağlı bulunduğu oturma yerine göre tayin edilmelidir⁵⁶.

Gerçekten de devletlerin kendi ülkelerinde adaleti tesis etme arzu ve ihtiyaçları, şüphesiz hukukun bir dalı olan milletlerarası özel hukuk alanını da kapsamaktadır. Milletlerarası özel hukukta adaletin temini, her hayat ilişkisi için o ilişkinin niteliğine göre en yakın irtibatı sağlayacak olan objektif bağlanma noktasının tespit edilmesi ve bu bağlama noktalarının yabancı bir ülkeyi işaret etmesi halinde *lex fori* yerine tespit edilen hukukun uygulanması yoluyla sağlanabilecektir⁵⁷. Gerçekten de eğer kanunlar ihtilafı kuralları olmasaydı, hâkimler önlerine gelen her uyuşmazlıkta, tarafların kimliği veya uyuşmazlık konusuna hiç bakmaksızın, kendi maddi hukuklarını uygulayacaktı. Bu şekilde bir yaklaşım hem tarafların beklentisi hem de somut olayın niteliği bakımından isabetsiz sonuçlara yol açabilirdi⁵⁸.

D. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Gözettiği Menfaatler

Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması, her somut olayda farklı yapıdaki kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla gerçekleştirilebileceğinden, bu hedef doğrultusunda çeşitli menfaatlerin karşılanması söz konusu olabilmektedir. İlgili hayat ilişkisinin niteliğine göre bu menfaatlerden biri veya birkaç tanesinin söz sahibi olması mümkün olabilmektedir. Çalışmamızın bu bölümünde kısaca bu menfaatlerin neler olduğuna değinilmeye çalışılacaktır.

Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken”, **Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu**, Ankara, 2016, s. 543-555 (**Yabancı Hukuk**), s. 546; Ilaria Pretelli / Shaheza Lalani, “Switzerland: The Principle Iura Novit Curia and the Role of Foreign Law Advisory Services in Swiss Judicial Practice”, **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 375-393, s. 386.

⁵⁵ Rodger / Van Doorn, s. 154; Nishitani, s. 7; Sibel Özel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **MHB**, C. 22, S. 2: Ergin Nomer’e Armağan, 2002, s. 577-617 (**Sözleşmesel İlişkide Objektif Bağlama**), s. 580.

⁵⁶ Mills, s. 34-35; Çelikel / Erdem, s. 52; Lipstein, **Principles**, s. 22; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 22, dn. 54. “Oturma yeri” kavramı da bu bağlamda en iyi bağlantı için bir metafor görevi görmektedir (Özel, **Sözleşmesel İlişkide Objektif Bağlama**, s. 580).

⁵⁷ Nomer, **DHH**, s. 15; Giray, s. 556-557; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 546; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 59; Aysel Çelikel, “Devletler Özel Hukukunun Konusuna Giren Uyuşmazlıklarda Anayasal Denetim”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 8, 1991, s. 209-224, s. 209.

⁵⁸ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 30; Dicey / Morris, s. 5; Cheshire / North / Fawcett, s. 4; Çelikel, s. 209; Giray, s. 556.

Kanunlar ihtilafı kurallarının gözettiği menfaatlerin başında şüphesiz taraf menfaati gelmektedir⁵⁹. Özellikle de tarafların şahsi statüsünü ilgilendiren uyuşmazlıklarda adaletin tecelli etmesinin, bu uyuşmazlığın söz konusu kişinin menfaatlerine en uygun olduğuna inanılan hukuk sistemine bağlanması yoluyla sağlanabileceği düşünülmektedir⁶⁰. Kanunlar ihtilafı sisteminin ön planda tuttuğu ikinci temel menfaat ise işlem menfaatidir⁶¹. Birden fazla hukuk sistemini ilgilendiren bir özel hukuk ilişkisinde bir ülkede yapılan işlemlerin yapıldığı ülke dışında da geçerli olabilmesine olanak tanıyacak bağlama kurallarıyla düzenlenmesi, özellikle milletlerarası ticaret bakımından çok önemlidir⁶². Bu nedenle de hem ehliyet hem de şekil meseleleri bakımından bir işlemin geçerliliğinin gözetilmesi önem taşımaktadır. Bu menfaatle ulaşılması hedeflenenin, işlem güvenliği ilkesi olduğu ifade edilmektedir⁶³.

Korunması arzulanan üçüncü menfaat ise düzen menfaatidir⁶⁴. Gerçekten de, hukuk kuralları bir bütünün parçası olduklarından, birbirleriyle uyum içerisinde olmalıdırlar. Bu durum, milletlerarası özel hukuk bakımından da geçerlidir. Bu menfaatin milletlerarası özel hukuk bakımından ilk boyutu, milletlerarası karar ahengidir⁶⁵. Bir davanın dünyanın hangi ülkesinde görülürse görülsün kendisiyle en irtibatlı hukuka göre çözümlenmesi ve bu sayede bir konuda farklı devlet mahkemelerince verilen kararlarda uyum bulunması, milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına hizmet edecektir⁶⁶. Benzer şekilde, kanunlar ihtilafı kurallarının varlığı ve bu sayede uyuşmazlıkların kendileriyle en sıkı bağlantılı ülkenin hukukuna bağlanmaları, bir ülkede verilen kararların başka ülkelerde tanınması ve tenfizi bakımından da herhangi bir sorun çıkmamasını temin edecektir⁶⁷. Farklı ülkelerde verilen kararların birbirleriyle ahenk içinde olmaları yanında, aynı hukuk sistemi

⁵⁹ Dicey / Morris, s. 5; Nomer, **DHH**, s. 15; Rodger / Van Doorn, s. 152; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 27; Doğan, s. 153; Trevor C. Hartley, "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", **ICLQ**, C. 45, S. 2, 1996, s. 271-292, s. 273.

⁶⁰ Nomer, **DHH**, s. 15-16; Doğan, s. 154.

⁶¹ Çelikel / Erdem, s. 35; Nomer, **DHH**, s. 17; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 27; Doğan, s. 154.

⁶² Çelikel, s. 209; Çelikel / Erdem, s. 35.

⁶³ Nomer, **DHH**, s. 17; Doğan, s. 154-155; Çelikel / Erdem, s. 35.

⁶⁴ Nomer, **DHH**, s. 17; Hartley, s. 273; Doğan, s. 155.

⁶⁵ Nishitani, s. 17; Rodger / Van Doorn, s. 152; Çelikel / Erdem, s. 37; Doğan, s. 156; Nomer, **DHH**, s. 18.

⁶⁶ Çelikel / Erdem, s. 38; Nomer, **DHH**, s. 18; Doğan, s. 156.

⁶⁷ Çelikel, s. 209; Doğan, s. 158; Gerhard Dannemann, "Establishing Foreign Law in a German Court", **German Law Archive**, 1994, <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=377> (Erişim Tarihi: 27.11.2017), 27. ve 28. dn. arası.

içerisinde kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca farklı hukuklara tabi tutulabilen özel hukuk ilişkileri sonucu verilen kararların da bir ahenk içerisinde olmaları gerekmektedir⁶⁸. Milli karar ahengi olarak anılan bu hedefe ulaşılabilmesi için evlilik, soybağı, velayet, nafaka gibi birbiriyle bağlantılı hayat ilişkileri bakımından aynı veya benzer bağlama kuralları tercih edilmesinin isabetli bir adım olacağı düşünülmektedir⁶⁹.

Milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti bakımından önem taşıyan dördüncü menfaat, maddi hukuk (veya maddi özel hukuk) menfaatidir⁷⁰. Kimi durumlarda milletlerarası özel hukukun diğer menfaatleri, maddi hukukta öngörülen düzen karşısında ihmal edilir ve maddi hukukta öngörülen çözüm ile bu çözümün koruduğu menfaate üstünlük tanınır⁷¹. Bu durumda, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan yabancı hukuk, *lex fori*'nin kamu düzenine aykırıysa, bu kuralın uygulanması engellenir. Milletlerarası özel hukukta önem atfedilen son menfaat ise devlet otoritesinin menfaatidir⁷². Şöyle ki, kimi hallerde dava konusu uyuşmazlığın devletin doğrudan uygulanan kuralları ile düzenlediği konulara ilişkin olması söz konusu olabilir. Böyle bir ihtimalde, devlet otoritesinin menfaatinin, diğer menfaatler karşısında üstün tutulması gerekecektir⁷³.

E. Kanunlar İhtilafı Hukukunun Anayasal Egemenlik İlkesiyle İlişkisi

Bir toplumda geçerli olacak hukuk kurallarını sevk edebilme yetkisi, belli bir toprak parçası üzerinde egemenlik sahibi olmayı gerektirir. Dolayısıyla egemen devletler, kendi ülkelerinde geçerli olacak hukuk kurallarını koyabilme konusunda tek başına yetkilidirler⁷⁴. Acaba kanunlar ihtilafı kuralları dolayısıyla egemen bir ülkede yabancı bir ülkenin hukukunun uygulanması, ülke egemenliğiyle çelişen bir husus olarak değerlendirilebilir mi? Yahut farklı bir egemen gücün yasama organının

⁶⁸ Çelikel / Erdem, s. 39; Doğan, s. 157; Nomer, **DHH**, s. 18.

⁶⁹ Çelikel / Erdem, s. 39; Doğan, s. 157.

⁷⁰ Nomer, **DHH**, s. 18; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 28; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 28.

⁷¹ Nomer, **DHH**, s. 18; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 28; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 28.

⁷² Çelikel / Erdem, s. 37; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 27-28; Nomer, **DHH**, s. 20; Doğan, s. 159; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 28; Rodger / Van Doorn, s. 152.

⁷³ Nomer, **DHH**, s. 20; Çelikel / Erdem, s. 37; Doğan, s. 159; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 27-28; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 28.

⁷⁴ Mayer, s. 78; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 26; Henry Harfield, "Extraterritorial Application of Law", **AJIL**, C. 64, S. 4, 1970, s. 130-135, s. 131.

yapmış olduğu işlemler olan yasaların uygulanması, bunları uygulayan ülkenin yasa koyucusu bakımından bir yetki devri olarak nitelendirilebilir mi?

Dünya hukuk sistemlerinin gelişim süreci incelendiğinde bu soruya net bir cevap verilmekte zorlandığı dönemler olduğu görülmekteyse de 21. yüzyıl itibarıyla bu sorunun cevabı şüphesiz olumsuzdur⁷⁵. Zira ilk olarak, bir devlette yürürlükte olan hukuk düzeni, ancak o ülke içerisinde yalnızca hukuk olma vasfıyla bağlayıcılık kazanabilmektedir. Bu durumda yabancı hukuku uygulayan hâkim, bu faaliyeti kendi ülkesinde sahip olduğu bağlayıcılığı veya yabancı kanun koyucunun emri nedeniyle gerçekleştirmemektedir⁷⁶. Aynı şekilde, gerektiği durumda yabancı hukuk kurallarını uygulama yönünde bir milletlerarası hukuk kuralı bulunduğu da savunulamaz⁷⁷. Aksine, hâkimlerin gerektiğinde farklı devletlerin hukuklarını uygulaması, kendi tabi oldukları hukuk düzeninin kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla o yabancı hukuka uygulanabilirlik bahşetmesi neticesinde gerçekleşmektedir⁷⁸. Dolayısıyla yabancı hukuku uygulayan hâkim, bunu aslında kendi bağlı olduğu hukuk kurallarının bir gereği olarak yapmaktadır. O halde, *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yabancı hukuku uygulamak, hâkim için kendi hukukunun emrettiği bir işlemi gerçekleştirmekten ibarettir. Bu durumda da yabancı bir hukuka bağlayıcılık kuvveti kazandıran güç, *lex fori*'nin kendi hukuk kurallarından başkası değildir.

İkinci olarak, uluslararası hukukun gün geçtikçe devletlerin hukuk sistemleri üzerindeki etkisini arttırması, kanunlar ihtilafı hukuku bakımından da dikkate alınması gereken bir gelişmedir. Devletler, maddi hukukları içerisinde pek çok konuda düzenleme yetkisini uluslararası hukuka bırakabilmekte ve uluslararası

⁷⁵ Konuya ilişkin olarak Türk hukuku çerçevesinden ayrıntılı bir inceleme için bkz. Tolga Şirin, “Kanunlar İhtilafı ve Anayasa Yargısı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 6, S. 22, 2015, s. 361-393, s. 365-370.

⁷⁶ Mayer, s. 66; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 27, 37; Doğan, s. 205.

⁷⁷ Elbette kanunlar ihtilafı kuralı içeren milletlerarası sözleşmeler de bulunmaktadır ve bu sözleşmelere taraf olan devletler yabancı hukuk kurallarını uygulama konusunda bir uluslararası taahhüt altına girmektedir. Ancak bu ihtimalde de devletlerin kendi rızalarıyla akdettikleri sözleşmelerin getirdiği bir bağlayıcılık söz konusudur. Dolayısıyla yabancı hukukun uygulanması konusunda devletlerin milletlerarası hukuktan kaynaklanan herhangi bir yükümlülüğü bulunduğu söylenemez (Mayer, s. 78; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 27; Lipstein, **Principles**, s. 63; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 59; Doğan, s. 205).

⁷⁸ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 27, 37; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 59; Doğan, s. 205; İlyas Arslan, “Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı ile Yabancı Hukukun İçeriğinin Temin Edilmesi Arasındaki İlişki”, **MHB**, C. 37, S. 2, 2017, s. 60-94, s. 75.

sözleşmelere atıf yapabilmektedir⁷⁹. O halde uluslararası sözleşmeler yoluyla uluslararası hukukun ulusal hukuklara her geçen gün daha fazla etki ettiği bir düzende, doğrudan egemen gücün kendi yasa koyucusu tarafından hazırlanmamış kuralların o devlette uygulanması bir sorun olarak görülmemelidir⁸⁰.

Son olarak ise bir hukuk düzeninin kanunlar ihtilafı kurallarıyla egemenliğini sınırladığı da geçerli bir iddia olmayacaktır⁸¹. Bu iddia, olsa olsa kanunlar ihtilafı kuralları *lex fori*'nin hangi hallerde uygulanmayacağını göstermekle yetinip, *lex fori* yerine hangi hukukun uygulanacağını göstermeseydi haklı bir iddia olabilirdi⁸². Hâlbuki kanunlar ihtilafı kuralları hâkimlere hangi hukukun hükümlerini uygulaması gerektiğini de göstermektedir. O halde burada bir sınırlama değil, kanun koyucunun bilinçli olarak farklı bir hukukun uygulanması yönünde hâkime yol göstermesi söz konusudur.

Kaldı ki, milletlerarası özel hukukun yabancı egemen güçlerin eylem ve işlemlerine kendi ülkelerinde yürürlük tanıdığı tek durum, yabancı hukukun uygulanması da değildir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi de egemen bir gücün yargı organının yaptığı işlemlerin, farklı bir egemen gücün hukuk düzenine aktarılması faaliyetidir⁸³. Her iki sistem de kamu düzeni müdahalesi, doğrudan uygulanan kurallar, tanıma ve tenfiz engelleri gibi koruma mekanizmalarıyla, yabancı egemen güçlerin eylem ve işlemlerine yürürlük tanımının yaratabileceği muhtemel sorunları en aza indirgeyecek şekilde tasarlanmıştır. Bu nedenle milletlerarası özel hukukun bu iki temel kurumunun, anayasal egemenlikle çeliştiği iddiası isabetsiz bir iddia olacaktır.

O halde tüm bu nedenler göz önünde bulundurulduğunda, yabancı hukukun uygulanması faaliyetinin herhangi bir şekilde egemenliği sınırladığı savunulamaz⁸⁴. Öte yandan, burada bir egemenlik sınırlandırması bulunmasa da, egemen bir devletin

⁷⁹ Örneğin, 1982 Anayasası'nın 15/1, 16, 38/son, 42/son, 90/son, 92/1 ve 125/1 maddeleri açıkça uluslararası hukuka atıf yapmakta; m. 90 hükmünde ise yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu vurgulanmaktadır (Şirin, s. 367-368).

⁸⁰ Şirin, s. 367.

⁸¹ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 31.

⁸² Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 31-32.

⁸³ Şirin, s. 363.

⁸⁴ Cheshire / North / Fawcett, s. 4; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 7, 16; Şirin, s. 368.

hukuk kurallarının farklı bir egemen devletin yargı sisteminde uygulanabilmesi hiç şüphesiz insanlığın ilerlediğinin bir göstergesidir⁸⁵.

F. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasında Tercih Edilen Sistemler

Hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlıkta yabancı bir hukuku uygulayabilmesi için öncelikle ilgili kanunlar ihtilafı kuralının somut olayda yabancı bir hukukun uygulanmasına olanak tanınması gerekmektedir. Bu durumda yabancı hukukun uygulanabilmesi, kanunlar ihtilafı kuralları ile doğrudan bağlantılı hale gelmektedir. Bu nedenle de yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin anlayışı ortaya koymadan önce, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında hâkim olan yaklaşımların ortaya konması gerekmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması konusunda temelde üç farklı yaklaşım izlenmektedir⁸⁶. Bunlardan ilki, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması zorunlu kurallar olarak kabul edilip re'sen uygulandığı sistemdir. İkincisi, kanunlar ihtilafı kurallarının hâkim bakımından uygulanması zorunlu kurallar olarak görülmediği ve ancak taraflarca bu yönde bir talep gelirse uygulandığı sistemdir. Sonuncusu ise ilk iki sistemin özelliklerini bir araya getiren ve kanunlar ihtilafı kurallarının bazı uyuşmazlıklar bakımından re'sen, bazıları bakımındansa seçimlik olarak uygulandığı karma sistemdir.

Esasında kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen ya da talep üzerine uygulanması, söz konusu hukuk sisteminde yabancı hukukun hukuk veya vakıa olarak kabul edilmesiyle doğrudan bağlıdır⁸⁷. Örneğin, kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulayan ülkeler, geleneksel olarak yabancı hukuku da hukuk olarak kabul eden

⁸⁵ Jürgen Basedow, “The Application of Foreign Law – Comparative Remarks on the Practical Side of Private International Law”, **Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe**, Ed. Jürgen Basedow & Knut Benjamin Pißler, Max Planck Private Law Research Paper No. 14/17, Tübingen, 2014, s. 85-97 (**Application of Foreign Law**), s. 96.

⁸⁶ Nishitani, s. 12-15; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 18-21; Lalani, **Content**, s. 78-79; Swiss Institute of Comparative Law, **The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future**, JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4, Synthesis Report with Recommendations, Avis 09-184, Lozan, 2011, s. 15-16.

⁸⁷ Öyle ki *Lalani*, kanunlar ihtilafı kuralları ile yabancı hukukun uygulandığı sistemleri ayrı ayrı sınıflandırmak yerine, bu ikisini aktif yaklaşım, pasif yaklaşım ve karma yaklaşım şeklinde tek bir sınıflandırmaya tabi tutmanın daha isabetli olacağını savunmaktadır. Bu yaklaşım için bkz. *Lalani*, **Content**, s. 77-78.

lkelerdir⁸⁸. Dolayısıyla bu sistemlerde hâkimler, hem kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulamakla, hem de bu kuralların işaret ettiği yabancı hukukun içeriğini re'sen araştırıp, somut uyuşmazlığı bu kurallara göre çözmekle yükümlüdürler. Aynı şekilde, kanunlar ihtilafı kurallarını tarafların talebi üzerine uygulayan hukuk sistemleri de geleneksel olarak yabancı hukuku vakıa olarak gören sistemlerdir⁸⁹. Bu sistemlerde çoğunlukla hem kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması hem de bu kuralların işaret ettiği yabancı hukukların uygulanması, tarafların bu yönde talepte bulunmasına bağlıdır. Kanunlar ihtilafı kurallarını kendiliğinden uygulamayan hâkim, tarafların talebi üzerine bu kuralları uygulasa dahi bunların işaret ettiği yabancı hukuku uygulamak için de yine tarafların aktif rol oynamasını beklemektedir⁹⁰.

Bu kapsamda aşığıda ele alınacak olan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına ilişkin sınıflandırmalar ile yabancı hukukun niteliği konusundaki sınıflandırmaları bir bütün halinde değerlendirmek, bu ayrımlardan diğerini de mutlaka göz önünde bulundurmak gerekmektedir.

1. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Re'sen Uygulandığı Sistem

Günümüzde çoğunluğunu Kıta Avrupası hukuk sistemini kabul eden lkelerin oluşturduğu bazı lkelerde⁹¹ kanunlar ihtilafı kuralları re'sen uygulanmaktadır⁹². Kanunlar ihtilafı kurallarının mahkemelerce re'sen uygulandığı hukuk sistemlerinde, tarafların bu kuralların uygulanması yönünde bir talepleri bulunup bulunmamasının doğacak sonuç bakımından teorik olarak herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu sistemde görev yapan bir hâkim, bir uyuşmazlıkta yabancılık unsuru olduğunu tespit ettiği durumda, kanunlar ihtilafı kurallarını kendiliğinden uygular ve bu kuralların işaret ettiği hukuku tespit eder⁹³.

⁸⁸ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 19; Lalani, **Content**, s. 78.

⁸⁹ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 19; Lalani, **Content**, s. 79.

⁹⁰ Genel kural bu yönde olmakla beraber, zaman içerisinde hem kanunlar ihtilafı kuralları hem de yabancı hukukun uygulanması bakımından ana sistemlerin dışına çıkan karma sistemlerin ortaya çıkması, bu ikilinin sınıflandırılmasının ayrı ayrı ele alınmasını kanımızca daha isabetli kılmaktadır.

⁹¹ Almanya, Arjantin, Avusturya, Estonya, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Japonya, Polonya, Portekiz, Romanya, Tunus, Türkiye, Venezuela, Yunanistan. Bkz. Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 18-19; Nishitani, s. 12, dn. 50.

⁹² Nishitani, s. 12; Swiss Institute of Comparative Law, s. 15; Lalani, **Content**, s. 78; Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 86.

⁹³ Swiss Institute of Comparative Law, s. 15; Nishitani, s. 12; Lalani, **Content**, s. 78; Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 86.

Kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanması ve bu şekilde bir uyuşmazlığın yabancı bir ülkeyle daha sıkı bağlantılı olduğunun tespit edilmesi halinde *lex fori*'ye göre değil söz konusu yabancı hukuka göre çözümlenmesinin, kanunlar ihtilafı kurallarının amaçlarına ulaşması bakımından faydalı olacağı düşünülmektedir⁹⁴. Bu durumun etkisini özellikle de kişi, aile ve miras hukuku gibi taraf menfaatinin ön planda olduğu uyuşmazlıklarda hissetmek mümkündür.

Öte yandan, her durumda kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanmasının uygulamada zorluklara yol açabilmesi karşısında, her türlü kanunlar ihtilafı kuralının re'sen uygulanması da eleştirilmektedir. Bu çerçevede olası bir çözüm olarak taraf iradesine atfedilen önemin artırılması önerilmektedir⁹⁵. Bu sayede, irade serbestisinin sınırlandığı alanlar olabildiğince azaltılacak ve taraflara davanın her aşamasında açık veya zımni şekilde *lex fori* lehine hukuk seçimi yapma imkânı tanınacaktır⁹⁶. Bu doğrultuda sıklıkla karşımıza çıkabilecek bir ihtimal, hukuk seçimine imkân tanınan hallerde, tarafların dava sırasında iddia ve savunmalarını *lex fori*'ye göre yapmasıdır. Kanımızca tarafların uyuşmazlığın yabancılık unsuru barındırdığının ve yabancı bir hukuka tabi olabileceğinin bilincinde olmaları halinde, bu şekilde bir tavır, *lex fori* lehine zımni bir hukuk seçimi olarak kabul edilebilir⁹⁷. Alman içtihatlarında da bu anlayışın kabul gördüğü belirtilmektedir⁹⁸.

Yabancı hukuku “hukuk” olarak gören ülkelerin çoğunda, kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bu hukuklardan bir tanesi de Türk hukukudur. MÖHUK m. 2/1, açık bir şekilde hâkimin Türk kanunlar

⁹⁴ Dannemann, 27. ve 28. dn. arası; Nishitani, s. 12.

⁹⁵ Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 551; Nishitani, s. 45.

⁹⁶ Fransa ve İsveç gibi ülkelerde uygulanan usul hukuku sözleşmelerinin (*procedural agreement*) de bu amaçla kullanılabilmesi düşünülebilir (Nishitani, s. 45). Bu konuya dair açıklamalarımız için bkz. aşağıda Birinci Bölüm, II, F, 3. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasında Karma Sistem.

⁹⁷ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 266; Dardağan, s. 230; Aslı Bayata Canyaş, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2011, s. 110-121, s. 113. Aynı yönde bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. İsviçre Federal Mahkemesi, T. 24.06.1955, BGE 81 II 175 (www.swisslex.ch).

⁹⁸ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 49-50, dn. 121; Dannemann, 4. dn. civarı; Hartley, s. 276; Rainer Hausmann, “Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis”, **The European Legal Forum**, S. 2008/1, Münih, 2008, s. 1-14, s. 3. Ancak bu yaklaşımın her zaman ortada gerçek anlamda bir hukuk seçimi yapma iradesi bulunmayabileceği gerekçesiyle Alman doktrininde eleştirildiği de ifade edilmektedir (Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 49-50, dn. 121; Hartley, s. 276; Dannemann, 4. ve 5. dn. arası). Zira Hausmann’a göre, hâkimlerin bu şekilde bir sonuca varabilmeleri için öncelikle davayı aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde tarafları bu tavırlarının zımni hukuk seçimi etkisini doğuracağı yönünde uyarması gerekmektedir (Hausmann, s. 4).

ihtilafı kurallarını re'sen uygulayacağından bahsetmektedir. O halde Türk hukukunda önüne yabancılık unsuru barındıran bir uyuşmazlık gelen hâkim, kendi iç hukukunun bir parçası olan kanunlar ihtilafı kurallarını tarafların bu yönde bir talebi olsun veya olmasın re'sen uygulamakla yükümlüdür⁹⁹.

Türk hukukuna benzer şekilde, kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulayan ülkelerden bir diğeri de Almanya'dır¹⁰⁰. Önüne gelen uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunduğunu tespit eden Alman hâkiminin, tarafların bu yönde bir talebi olsun veya olmasın kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulaması gerekmektedir.

İsviçre'de de kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰¹. Aslında İsviçre MÖHK'ta yalnızca yabancı hukukun içeriğinin re'sen araştırılacağı yönünde bir düzenleme bulunmakta, kanunlar ihtilafının uygulanmasına ilişkin ise bir açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak İsviçre doktrininde taraflar kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını talep etmeseler dahi İsviçre mahkemelerince kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanması gerektiği oybirliğiyle kabul edilmektedir¹⁰².

2. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Tarafların Talebi Üzerine Uygulandığı Sistem

Çoğunluğunu Anglosakson ülkelerin oluşturduğu bazı hukuk sistemlerinde¹⁰³ kanunlar ihtilafı kuralları mahkemelerce re'sen uygulanacak kurallar olarak görülmemekte ve ancak tarafların talebi üzerine uygulanmaktadır¹⁰⁴. Bu sistemde kanunlar ihtilafı kuralları, iç hukukun diğer kurallarından farklı bir konumda görülmekte ve hâkim için bağlayıcı olmayan kurallar olarak kabul edilmektedir¹⁰⁵.

⁹⁹ Türk hukukunda kanunlar ihtilafı kuralları ile yabancı hukukun uygulanması konusundaki açıklamalarımız için bkz. aşağıda Birinci Bölüm, IV, B. 2675 ve 5718 sayılı MÖHUK Döneminde.

¹⁰⁰ Remien, s. 184; Nishitani, s. 12, dn. 50.

¹⁰¹ Pretelli / Lalani, s. 388; Elanor Cashin Ritaine, "Le Juge Suisse Confronté au Droit Étranger", **Swiss Review of International and European Law**, S. 2015/1, s. 33-55, s. 39.

¹⁰² Pretelli / Lalani, s. 388; Cashin Ritaine, s. 39; Nishitani, s. 12, dn. 50; Lalani, **Content**, s. 77, dn. 6.

¹⁰³ ABD, Avustralya, Birleşik Krallık, Güney Afrika, Güney Kıbrıs, İrlanda, İsrail, Lüksemburg, Malta, Yeni Zelanda. Bkz. Nishitani, s. 15, dn. 69; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 19; Lalani, **Content**, s. 77, dn. 8.

¹⁰⁴ Rodger / Van Doorn, s. 153; Nishitani, s. 15; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 19; Swiss Institute of Comparative Law, s. 16.

¹⁰⁵ Swiss Institute of Comparative Law, s. 16; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 19; Nishitani, s. 15; Urs Peter Gruber / Ivo Bach, "The Application of Foreign Law: A Progress Report on a New European Project", **YPIL**, C. 11, 2009, s. 157-169, s. 168.

Yukarıda da anıldığı üzere, bu sistem, ağırlıklı olarak yabancı hukukun vakıa olarak görüldüğü ülkelerde karşımıza çıkmaktadır.

Bu sistemi tercih eden ülkelerin başında İngiltere gelmektedir¹⁰⁶. İngiliz hukukunda kanunlar ihtilafı kuralları hâkimler için bağlayıcı kabul edilmemekte; bu kuralların uygulanabilmesi, ancak tarafların bu yönde bir talepte bulunması halinde söz konusu olabilmektedir¹⁰⁷. Öte yandan, bunun için tarafların ortak hareket etmesi gerekli değildir; taraflardan bir tanesinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını istemesi yeterlidir¹⁰⁸. İngiltere’de bu sistemin tercih edilmesi, İngiliz usul hukukunda taraflarca getirilme ilkesinin katı bir şekilde uygulandığı taraf hâkimiyeti sistemi (*adversary principle*) ile açıklanmaktadır¹⁰⁹.

Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının seçimlik bir yapıya sahip olması, tarafların yabancı bir hukukun uygulanması bakımından herhangi bir menfaatleri bulunmadığı durumlarda kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmamasını tercih etmelerine neden olmaktadır. Örneğin, *lex fori*’nin kendisi bakımından daha avantajlı hükümler içermesi halinde davacı yan, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını büyük ihtimalle istemeyecek yahut *lex fori*’nin somut uyuşmazlıkla ilgili hükümlerin yabancı hukukla benzer sonuçlar öngörmesi durumunda iki taraf için de usul ekonomisi bakımından yabancı hukukun uygulanması arzu edilmeyecektir¹¹⁰.

Bu sistemin avantajı olarak taraf iradesine daha fazla üstünlük tanınması gösterilmektedir¹¹¹. Ancak bu avantaj karşısında, sisteme yönelik bazı eleştiriler de

¹⁰⁶ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 14; Hartley, s. 291; Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 87, Nishitani, s. 15, dn. 69; Swiss Institute of Comparative Law, s. 16; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 78.

¹⁰⁷ Hartley, s. 291; Nishitani, s. 15; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 14; Swiss Institute of Comparative Law, s. 16; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 78; Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 87.

¹⁰⁸ Swiss Institute of Comparative Law, s. 16; Cheshire / North / Fawcett, s. 111; Hartley, s. 282; Nishitani, s. 15.

¹⁰⁹ Hausmann, s. 5-6; Rodger / Van Doorn, s. 153; Nishitani, s. 15; Swiss Institute of Comparative Law, s. 10. Bağlama noktalarının tespiti ile yabancı hukukun tespiti ve uygulanması faaliyeti bakımından da etkisini sıkça gösteren bu anlayış, taraflarca getirilme ilkesinin katı ve geniş bir uygulama alanına sahip olduğu bir uygulama öngörmektedir. Gerçekten de, İngiliz usul hukukunda hâkimler dava malzemelerinin yargılamaya getirilmesi bakımından genel olarak pasif bir rol oynamakta ve taraflarca sunulan belgelere göre kararlarını vermektedirler. Bu uygulama, vakıalar ve bunları ispatlamak için ortaya konan deliller için geçerli olduğu gibi, hukuki sebepler ve İngiliz hukukunda hâkim için bağlayıcı nitelikte olan yargı kararları bakımından da geçerlidir (Hausmann, s. 5-6; Swiss Institute of Comparative Law, s. 10).

¹¹⁰ Hausmann, s. 6; Hartley, s. 273, 292; Briggs, s. 8-9; Nishitani, s.22.

¹¹¹ Rodger / Van Doorn, s. 153.

mevcuttur. Bu sisteme yönelik getiren temel eleştiri, kanunlar ihtilafı kurallarını diğer hukuk kurallarından ayırarak onlara zorunlu olmayan bir nitelik tanınması ve bu nedenle de kanunlar ihtilafı kurallarını anlamsız kılmasıdır¹¹². Bu görüşe göre, kanunlar ihtilafı kurallarının bir kısmının taraf iradesine üstünlük tanıyarak hukuk seçimi yapılmasına izin vermesi, bir kısmının buna izin vermemesi, ancak kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanması halinde anlam ifade etmektedir. O halde kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması yönünde bir talepte bulunulmaması nedeniyle doğrudan *lex fori*'nin uygulanması, taraflar bakımından *lex fori* yönünde zımni bir hukuk seçimi anlamına gelmekte ve esasen hukuk seçimine imkân tanımayan uyuşmazlıklar bakımından bir anlamda kanunun arkasından dolanılması sonucunu doğurmaktadır¹¹³. Bu durumun yaratacağı sorunlar, özellikle kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının ihmal sonucu talep edilmemesi durumunda belirginleşecektir. Zira bu sistem, ihmal sonucu kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması talep edilmediğinde, buna iradi bir hukuk seçimiyle aynı sonucu bağlamaktadır. Bu durum, taraflar arasında eşitsizlik yaratabilecek ve hak kayıpları doğmasına neden olabilecektir¹¹⁴. Ayrıca, kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanmaması, *forum-shopping*'i de teşvik eden bir faktör olarak görülebilir¹¹⁵.

Belirtmek gerekir ki İngiliz hukukundaki bu anlayışın pratik önemi, kendisini daha çok sözleşmesel nitelikli uyuşmazlıklar bakımından gösterecektir¹¹⁶. Zira İngiliz sisteminde özellikle aile hukuku alanında çoğu uyuşmazlıkta zaten doğrudan İngiliz hukuku uygulanmaktadır¹¹⁷. *Lex fori*'nin daha geniş bir uygulama alanı bulmasına yol açan bu anlayışın, bu tür uyuşmazlıklarda yetki ve uygulanacak hukukun birbirine koşut olmasıyla ilgili olduğu ifade edilmektedir¹¹⁸. Örneğin, bir boşanma davasında İngiliz mahkemeleri somut uyuşmazlık bakımından yetkili olduklarını tespit ettiklerinde uyuşmazlığı kendi hukuklarına göre çözmekte, kendilerini yetkili bulacak bir bağlantı bulamadıklarında ise davayı reddetmektedirler. Dolayısıyla, esasen yabancı hukukun dünya genelinde (hem de genellikle hukuk seçimine izin verilmeden) en sık uygulama alanı bulduğu kişiler ve aile hukuku uyuşmazlıklarında yabancı hukukun uygulanması kural olarak kabul

¹¹² Rodger / Van Doorn, s. 155; Gruber / Bach, s. 167.

¹¹³ Gruber / Bach, s. 167.

¹¹⁴ Gruber / Bach, s. 167.

¹¹⁵ Swiss Institute of Comparative Law, s. 19; Gruber / Bach, s. 167.

¹¹⁶ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 87.

¹¹⁷ Collier, s. 361; Dicey / Morris, s. 4; Dannemann, 27. dn. civarı.

¹¹⁸ Dicey / Morris, s. 4; Dannemann, 27. dn. civarı; Nomer, **DHH**, s. 8, dn. 7; Çelikel / Erdem, s. 141.

edilmemektedir. Bu durum, kanunlar ihtilafı kuralları ve dolayısıyla yabancı hukukların uygulama alanını da zaten kendiliğinden oldukça daraltmaktadır¹¹⁹.

3. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasında Karma Sistem

Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında karşılaşılan son sistem, ilk iki sistemin de etkilerini taşıyan karma sistemdir. Günümüzde Fransa, İsveç ve Finlandiya’da uygulanan sistemler, karma sistem olarak nitelenmektedir¹²⁰. Bu ülkelerde takip edilen ve diğer iki ana sistemin dışında kalan anlayışta kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanma şekli, uyuşmazlığın niteliğine göre tespit edilmektedir¹²¹.

Karma sistem olarak nitelenen anlayışın günümüzdeki en ünlü temsilcisi, Fransız hukukudur. Fransız hukukunda kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması, açık bir kanun hükmüyle düzenlenmemiş; Fransız Yüksek Mahkemesi’nin (*Cour de Cassation*) içtihatlarıyla şekillenmiştir¹²². Bu hukukta an itibarıyla uygulanmakta olan sisteme göre, kanunlar ihtilafı kurallarının tabi olacağı rejim, uyuşmazlık konusunun niteliğine bağlı olarak tespit edilmektedir¹²³. Dava konusu uyuşmazlık, üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulabilecek bir hakka ilişkinse (*droit disponible*), kanunlar ihtilafı kuralları kural olarak tarafların talebi üzerine uygulanmaktadır¹²⁴. Öte yandan, hâkimlerin gerekli gördükleri durumlarda takdir yetkisini kullanarak

¹¹⁹ Dannemann, 27. dn. civarı.

¹²⁰ Nishitani, s. 13; Swiss Institute of Comparative Law, s. 16.

¹²¹ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 21; Nishitani, s. 13; Swiss Institute of Comparative Law, s. 17.

¹²² Hartley, s. 278; Sabine Corneloup, “France – The Evolving Balance Between the Judge and the Parties in France”, **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 157-181, s. 158.

¹²³ Corneloup, s. 159; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 21; Swiss Institute of Comparative Law, s. 16; Hartley, s. 279; Hausmann, s. 4-5; Nishitani, s. 13; Mayer, s. 130. Yazarlarca Fransa’da uzunca süre kanunlar ihtilafı kurallarının seçimlik olarak öngörüldüğü ve tarafların talebi üzerine uygulandığı aktarılmaktadır. Günümüzde artık terk edilmiş olan bu uygulamanın 1959 tarihli *Bisbal* kararına dayandığı ifade edilmektedir. *Cour de Cassation* tarafından verilmiş olan bu kararda, kanunlar ihtilafı kurallarının kamu düzenine ilişkin olmadığı, yabancı hukukun uygulanmasının tarafların bu yöndeki talebine bağlı olduğu ve kanunlar ihtilafı kuralları ile bu kurallar uyarınca yetkili yabancı hukuku re’sen uygulanmadığı bir kararın salt bu gerekçeyle üst yargı mercilerince bozulamayacağı kabul edilmiştir. Karar için bkz. Bisbal, *Cour de Cassation*, Première chambre civile, T. 12.05.1959, aktaran Batiffol / Lagarde, s. 531.

¹²⁴ Guttman, s. 95-96; Corneloup, s. 159; Nishitani, s. 13; Hausmann, s. 4-5; Hartley, s. 279; Mayer, s. 131; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 21; Swiss Institute of Comparative Law, s. 16-17.

kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama yetkileri de mevcuttur¹²⁵. Sözleşmeden doğan borçlar, haksız fiil gibi sözleşme dışı sorumluluk halleri, miras uyumsuzlukları, aynı haklar gibi meselelerin üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir olduğu belirtilmektedir¹²⁶. Öte yandan, eğer uyumsuzluk konusu, üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyen bir hakka (*droit indisponible*) ilişkinse, bu durumda hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulaması gerekmektedir¹²⁷. Üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulamayan haklara verilen tipik örnekler ise kişiler ve aile hukuku meseleleridir¹²⁸. İsveç ve Finlandiya'da kabul edilen anlayışın da Fransa'daki uygulamaya oldukça benzediği ifade edilmektedir¹²⁹.

Bu sistem, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir ve edilemez nitelikteki haklar arasındaki kâğıt üzerinde pek de karmaşık görünmeyen ayrımı yapmanın, fiiliyatta her zaman çok kolay olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹³⁰. Bu durumun ilk sebebi, yargı kararlarının bu konuya olan tavrının değişebilmesidir. Gerçekten de bu ayrım önceleri dava konusu hayat ilişkisinin niteliğine göre yapılırken; daha yakın tarihli yargı kararlarında doğrudan dava konusu talebe göre yapılmaya başlanmıştır. Örneğin, boşanan eşler arasındaki nafaka taleplerinin aile hukukuna ilişkin olmakla beraber, maddi nitelik taşıması nedeniyle üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir nitelikte görüldüğü belirtilmektedir¹³¹. Bu ayrımı yapmayı zorlaştıran bir diğer husus ise hukuk anlayışındaki değişikliklerin kanunlar ihtilafı kurallarına da yansımalarıdır. Örneğin, geleneksel olarak serbestçe tasarruf edilebilir nitelikte görülen sözleşmeler hukukunda başta tüketici ve işçileri koruyucu niteliktekiler olmak üzere emredici kurallar artmaktadır. Aynı şekilde, kural olarak serbestçe tasarruf edilebilir nitelikte görülmeyen bir aile hukuku meselesi olan boşanmaya uygulanacak hukukun Roma

¹²⁵ Guttman, s. 95; Corneloup, s. 162; Nishitani, s. 13.

¹²⁶ Hausmann, s. 5; Hartley, s. 279; Corneloup, s. 161; Nishitani, s. 13.

¹²⁷ Nishitani, s. 13; Swiss Institute of Comparative Law, s. 16; Mayer, s. 130; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 21; Corneloup, s. 159; Guttman, s. 94; Hartley, s. 279; Hausmann, s. 4. 1990'lı yıllarda serbestçe tasarruf edilemeyen hakların yanı sıra, yabancı hukukun bir uluslararası sözleşme gereği uygulandığı durumlarda da hâkimlerin kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulaması gerektiği kabul edilmekteydi. Bu durumda dava konusu, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir nitelikte olsa dahi, kanunlar ihtilafı kuralının kaynağı gereği kanunlar ihtilafı kuralının hâkimce re'sen uygulanması gerekmekteydi (Hartley, s. 279, Corneloup, s. 163; Nishitani, s. 16). 1990-1999 arasında devam eden bu uygulamanın daha sonra terk edildiği belirtilmektedir (Corneloup, s. 163, dn. 35).

¹²⁸ Hartley, s. 279; Hausmann, s. 5; Nishitani, s. 13; Corneloup, s. 160-161; Swiss Institute of Comparative Law, s. 17.

¹²⁹ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 21; Nishitani, s. 13; Swiss Institute of Comparative Law, s. 17.

¹³⁰ Corneloup, s. 167-168; Swiss Institute of Comparative Law, s. 17.

¹³¹ Corneloup, s. 161.

III Tüzüğü'nde sınırlı bir şekilde de olsa taraflarca belirlenebilmesine izin verilmektedir¹³².

Ayrıca, ağırlıklı olarak karma sistemi izleyen ülkelerde karşımıza çıkan ilginç bir uygulamaya da değinmekte fayda görüyoruz. Gerçekten de, çoğunluğunu kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında karma sistemi izleyenlerin oluşturduğu bazı ülkelerde kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmaması yönünde taraflara yargılama sırasında bir tür usul hukuku sözleşmesi ("*procedural agreement*") yapma imkânı tanınmaktadır¹³³. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu imkân kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında karma sistemi izleyen ülkelerin tamamında (Finlandiya, Fransa ve İsveç) tanınmakla beraber, yalnızca bu ülkelere has bir yöntem değildir¹³⁴. Zira kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulandığı Avusturya, Belçika, Danimarka, Macaristan ve Tunus'ta da bu yola başvurulabilmektedir¹³⁵.

Bu sözleşmenin temel işlevi, uyuşmazlıktaki yabancılık unsurundan taraflarca feragat edilmesi ve uyuşmazlığın yerel nitelikte bir uyuşmazlığa dönüşmesidir¹³⁶. Uyuşmazlıkların yerel niteliğe kavuşması yoluyla da hâkimlerin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamalarına engel olunmaktadır. Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmaması sonucu uyuşmazlıklar, doğal olarak *lex fori*'nin maddi hukuk kurallarına tabi olmaktadır. Bu sözleşme aracılığıyla *lex fori*'ye başvurulması bir zorunluluk olup, tarafların *lex fori* dışında farklı bir ülkenin hukukunu seçmelerine izin verilmemektedir¹³⁷. Ayrıca, bu sözleşme, isminden de anlaşılabilceği üzere yalnızca yargılama sırasında yapılabilmektedir¹³⁸. Görülebileceği üzere bahsi geçen usul hukuku sözleşmesi yöntemi, kanunlar ihtilafı kurallarında öngörülen hukuk seçimi imkânının yerini almamakta ve fakat bunlara ek olarak taraflara kanunlar

¹³² Nishitani, s. 13-14; Corneloup, s. 168.

¹³³ Nishitani, s. 13; Corneloup, s. 165; Swiss Institute of Comparative Law, s. 19; Jürgen Basedow, **The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws**, 2015 (**Private Ordering**), s. 277.

¹³⁴ Bu uygulamanın karma sistemi izleyen ülkelerin tamamında kabul edilmesi ve aslında işlevleri itibarıyla kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanmasıyla tam olarak bağdaşmaması karşısında, bu konuya bu başlık altında yer vermeyi daha uygun bulduk.

¹³⁵ Nishitani, s. 14; Swiss Institute of Comparative Law, s. 19-20.

¹³⁶ Swiss Institute of Comparative Law, s. 20; Corneloup, s. 165-166; Nishitani, s. 14.

¹³⁷ Swiss Institute of Comparative Law, s. 20; Corneloup, s. 165-166; Nishitani, s. 14.

¹³⁸ Corneloup, s. 165; Swiss Institute of Comparative Law, s. 19; Basedow, **Private Ordering**, s. 277. Fransız hukukunda ilk dönemlerde bu sözleşmelerin yalnızca açık bir şekilde yapılabileceği kabul edilmekteyken, günümüzde zımnî bir sözleşmenin bulunması da yeterli görülmektedir. Bu kapsamda, tarafların iddia ve savunmalarını kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği hukuk yerine *lex fori*'ye dayandırmaları, taraflarca zımnî bir usul hukuku sözleşmesi yapıldığı şeklinde yorumlanabilecektir (Guttmann, s. 91; Corneloup, s. 165).

ihtilafî kurallarının imkân tanımadığı hallerde de *lex fori*'ye başvurabilme imkânı sağlamaktadır.

Fransız hukukunda bu imkân, yalnızca üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir nitelikteki davalarda kullanılabilir¹³⁹. Bu konularda zaten kanunlar ihtilafî kuralları kural olarak re'sen uygulanmıyor olsa da, hâkimlerin takdir yetkilerini kullanarak bunları uygulama yetkileri hâlâ saklı olduğundan, bu sözleşme vasıtasıyla kanunlar ihtilafî kurallarının uygulanmasına kesin olarak engel olunmaktadır¹⁴⁰. Belçika, İsveç ve Tunus'ta da uygulama bu yöndedir¹⁴¹. Macaristan'da ise dava konusunun niteliği bakımından bir ayrıma gidilmeksizin, her türlü hukukî ilişki bakımından bu yöneme başvurulabildiği belirtilmektedir¹⁴².

Bu yöntemin, tarafların kanunlar ihtilafî kurallarının işaret ettiği hukuk yerine, uyumsuzlukla en sıkı bağlantıya sahip ve taraf menfaatlerine en uygun olduğuna inandıkları hukuk olan *lex fori*'nin uygulanmasını isteyebilecekleri düşüncesine dayandığı kabul edilmektedir¹⁴³. Bu tür sözleşmelerin, özellikle tarafların hukuk seçimi yapmasına izin verilen konularda başvurulması halinde usul ekonomisi ve esneklik sağlama gibi yararları olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁴. *Corneloup*'ya göre, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir nitelikte bir konuyu düzenlemesine karşın hukuk seçimine imkân tanımayan veya kaçış kloxuna yer vermeyen kanunlar ihtilafî kuralları söz konusu olduğunda, bu sözleşme vasıtasıyla *lex fori*'nin uygulanması sağlanabilecektir¹⁴⁵. Yazara göre, bu sözleşme ayrıca kamu düzeni müdahalesine başvurmaksızın yabancı bir hukukun uygulanmasından vazgeçilmesi olanağını da sağlamaktadır. Bu durumda yabancı hukukun uygulanmasından daha “diplomatik” bir şekilde kaçınılabilmektedir¹⁴⁶.

¹³⁹ Corneloup, s. 166; Nishitani, s. 14; Basedow, **Private Ordering**, s. 277; Swiss Institute of Comparative Law, s. 19.

¹⁴⁰ Corneloup, s. 166.

¹⁴¹ Nishitani, s. 14.

¹⁴² Nishitani, s. 14; Swiss Institute of Comparative Law, s. 20.

¹⁴³ Guttman, s. 90.

¹⁴⁴ Corneloup, s. 166; Nishitani, s. 14.

¹⁴⁵ Corneloup, s. 166.

¹⁴⁶ Corneloup, s. 166.

G. AB Hukukunda Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasına İlişkin Değerlendirme ve Öneriler

Kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin farklı sistemler çalışmamız içerisinde ele alınmaya çalışılmıştır. Daha önce de farklı noktalarda değinilmiş olduğu üzere, bu sistemlerin işleyiş pratiğinde çok çeşitli sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu konu, özellikle AB hukuku nezdinde önem atfedilen bir konu olarak değerlendirilmektedir. Zira AB'nin bir süredir, milletlerarası özel hukuk da dâhil olmak üzere özel hukukun farklı alanlarının, yeknesaklaştırılması yönünde etkin bir çaba içerisinde olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁷. AB'nin bu faaliyeti, dayanağını AB'nin İşleyişi Hakkında Sözleşme'nin¹⁴⁸ 81. maddesi hükmünde bulmaktadır. Bu hükmün ikinci fıkrası, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Devlet ve Hükûmet Başkanları Konseyi'ni "*kanunlar ihtilafı ve yetki ihtilafı konusunda üye devletlerde uygulanan kurallar arasında uyum*" sağlamak için gerekli tedbirleri alma konusunda yetkilendirmektedir. Bu yeknesaklaştırma faaliyetinin henüz tamamlanmadığı ve artarak devam etmesinin beklendiği ifade edilmektedir¹⁴⁹.

AB'nin yürütmekte olduğu bu yeknesaklaştırma hareketinin kanunlar ihtilafı alanında kendini gösterdiği düzenlemelerin başında Roma Tüzükleri gelmektedir. Hep beraber Roma Tüzükleri olarak bilinen Roma 1, Roma 2 ve Roma 3 Tüzükleri, an itibariyle Avrupa genelinde kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması bakımından önemli bir role sahiptir. Hiç şüphesiz yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları öngören düzenlemeler bunlardan ibaret değildir. Bu üçlünün yanında, AB Miras Tüzüğü, AB Aciz Usulü Tüzüğü ve AB Nafaka Tüzüğü gibi düzenlemelerde de yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları mevcuttur.

Bir süredir devam ettiğinden bahsettiğimiz bu yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları hazırlanması projesinin hedeflediği amaçlarının başında, uluslararası ticareti güçlendirmek ve daha güçlü bir Avrupa pazarı oluşmasına katkıda bulunmak olduğu belirtilmektedir¹⁵⁰. Bunun dışında, aynı uyumsuzlığa her AB ülkesinde aynı hukukun

¹⁴⁷ Carlos Esplugues Mota, "Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: The Madrid Principles of 2010", *YPIL*, C. 13, 2011, s. 273-297, s. 274.

¹⁴⁸ Avrupa Birliği Antlaşması ve Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf> (Erişim Tarihi: 29.01.2018).

¹⁴⁹ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 4; Esplugues Mota, s. 274.

¹⁵⁰ Gruber / Bach, s. 158; Esplugues Mota, s. 274; Swiss Institute of Comparative Law, s. 75.

uygulanması sayesinde hukuki belirlilik sağlanacağı ve en azından Avrupa ülkeleri içerisinde *forum-shopping*'in azalacağı da savunulmaktadır¹⁵¹. Ayrıca, bu şekilde yabancı hukukun uygulanması faaliyetinin manipülasyona daha kapalı olacağı ve tarafların haklı hukuki menfaatlerinin de daha iyi korunacağı düşünülmektedir¹⁵².

Bu düzenlemelerden bu denli beklentiler umulması karşısında, söz konusu kanunlar ihtilafı kurallarının üye ülkelerde ne şekilde uygulama alanı bulduğu da AB hukuku bakımından önem taşıyan bir konu haline gelmektedir. Düzenlemelerinin lafzı incelendiğinde, ilk bakışta bu kuralların taraf ülkeler bakımından uygulanmasının zorunlu olduğu yönünde bir intiba oluşmaktadır. Ancak uygulamaya bakıldığında, gerçeklerin bu yönde olmadığı görülmektedir. Zira kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulamayan ülkelerde, bu kurallar ancak tarafların talebi üzerine uygulanabilmektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarının AB kaynaklı olması, bu hukuk sistemlerince kanunlar ihtilafı kurallarının tabi olduğu kuralları değiştirmek için yeterli bir sebep olarak görülmemektedir¹⁵³. Üye ülkelerden bir kısmında taraflar talep etmedikçe bu düzenlemelerin uygulanmaması sonucunu doğuran bu durumun, AB düzenlemelerinin tam olarak uygulanamamasına ve yeknesak kuralların sağlamayı amaçladığı karar ahengi ve belirlilik gibi hedeflerin gerçekleşmemesine neden olduğu savunulmaktadır¹⁵⁴. Hatta bu durum, AB mevzuatını kendi hukukuna aktarmakla yükümlü olan Avrupa ülkelerinin sorumluluklarını tam olarak yerine getirmediği şeklinde yorumlara da sebebiyet vermektedir¹⁵⁵.

Bu eleştirilerin büyük oranda hareket noktasını teşkil eden sistem İngiliz sistemi olduğundan, bu eleştirilere verilen cevaplar da yine ağırlıklı İngiliz doktrininden gelmektedir. Verilen cevapların ağırlık noktasını, delillere ve usule ilişkin meselelerin bizzat AB Tüzükleri tarafından kapsam dışında bırakılması oluşturmaktadır. Örneğin, Roma I Tüzüğü m. 1/3 ile Roma II Tüzüğü m. 1/2(g), açık bir şekilde delillere ve usule ilişkin meselelerin tüzüklerin kapsamı dışında yer aldığını ortaya koymaktadır. Bu görüşe göre, hangi konuların ispat ve usule ilişkin olarak kabul edileceği, *lex fori*'ye göre tespit edilmesi gereken bir meseledir ve

¹⁵¹ Gruber / Bach, s. 158; Hausmann, s. 13; Esplugues Mota, s. 275; Swiss Institute of Comparative Law, s. 75.

¹⁵² Esplugues Mota, s. 275.

¹⁵³ Swiss Institute of Comparative Law, s. 29; Nishitani, s. 16.

¹⁵⁴ Gruber / Bach, s. 168-169; Corneloup, s. 167; Nishitani, s. 16; Esplugues Mota, s. 274-275.

¹⁵⁵ Hartley, s. 271.

İngiliz usul hukuku da kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ile yabancı hukuk kurallarının ortaya konması meselelerini bu kapsamda değerlendirmektedir¹⁵⁶.

Bu durum, taraflara hukuk seçimi yapma imkânı tanınan haller bakımından çok önemli bir sorun yaratmamaktadır. Zira bu düzenlemeler zaten tarafların hukuk seçimi yapma iradesine üstünlük tanımayı hedeflemektedir ve bu haller bakımından kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanmaması da *lex fori* lehine yapılmış zımni bir hukuk seçimiyle aynı sonucu doğurmaktadır¹⁵⁷. Ancak taraf iradesine üstünlük tanınmayan veya bu iradenin sınırlandığı haller bakımından aynı sonuca varmak mümkün değildir¹⁵⁸. Örneğin, Roma 1 Tüzüğü'ndeki iş sözleşmelerinde işin mutaden yapıldığı yer hukuku veya tüketici sözleşmelerinde tüketicinin yerleşim yeri hukukunun asgari korumasının bertaraf edilemeyeceği yönündeki düzenlemeler, kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanmaması halinde uygulama alanı bulamayacak ve söz konusu düzenlemelerin ihdas edilmelerinin altında yatan hedefler gerçekleşememiş olacaktır¹⁵⁹.

AB içerisindeki bu sistem farklılıklarının AB düzenlemelerinin sağlamayı amaçladığı hedeflerin gerçekleşmesine engel olmaması bakımından, AB'nin birtakım adımlar atması gerektiği savunulmaktadır. Aslında AB'nin İşleyişi Hakkında Sözleşme m. 81/2, AB kurumlarını “*üye devletlerde uygulanan hukuk usulü kuralları arasındaki uyumu artırarak, hukuk davalarının düzgün yürütülmesinin önündeki engellerin kaldırılması*” için tedbirler alma konusunda da yetkilendirmektedir. Esasen AB'nin de kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukukun uygulanmasındaki

¹⁵⁶ Dicey / Morris, s. 229; Hartley, s. 290-291; Hausmann, s. 7; Briggs, s. 190.

¹⁵⁷ Hausmann, s. 7; Esplugues Mota, s. 291.

¹⁵⁸ Hausmann, s. 7; Esplugues Mota, s. 291. *Hartley*'e göre ise bir kere dava açıldıktan sonra daha zayıf konumda olduğu kabul edilen tarafların kanunlar ihtilafı kurallarının ve bu kurallar uyarınca yetkili olan yabancı hukukun uygulanmasını talep edememeleri için hiçbir neden bulunmamaktadır. Bu nedenle de hâkimin yabancı hukuku re'sen uygulaması için halen herhangi bir neden bulunmamaktadır. Yazara göre hak kaybına yol açabilecek tek ihtimal, zayıf konumda olan tarafın yabancı hukukun uygulanabileceğini bilmediği durumlarda yaşanabilir. Böyle bir ihtimalde mahkemenin ilgili tarafı yabancı hukukun uygulanabileceği hakkında bilgilendirmesinde fayda olacaktır (Hartley, s. 291 ve özellikle dn. 102). Yazarın dile getirdiği ikinci noktaya katılmakla beraber, ilk noktaya katılma olanağı bulamıyoruz. Zayıf konumda olduğu düşünülen tarafın yabancı hukukun uygulanacağını bilincinde olması, bu hukukun içeriğine ilişkin araştırma gerçekleştirebilecek maddi imkânları olduğu anlamına gelmemektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması talep edildikten sonra İngiliz mahkemeleri yetkili yabancı hukukun içeriğini re'sen araştırmadığı müddetçe zayıf tarafın tam anlamıyla korunması söz konusu olamayacaktır.

¹⁵⁹ Hausmann, s. 7.

sistem farklılıklarının yarattığı sorunların bilincinde olduğu söylenebilirse de¹⁶⁰, bu yönde bir değişiklik yapılması için henüz herhangi bir girişimde bulunulmamıştır.

Bu pasif durum karşısında, Avrupa doktrinindeki bazı yazarlarca birtakım öneriler getirildiği görülmektedir. Bu görüşlerin başında, yeknesak özel hukuk düzenlemelerinin daha fazla yaygınlaştırılması gelmektedir¹⁶¹. Örneğin, Ortak bir Avrupa Satım Hukuku Hakkında Tüzük Önerisi (“*Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law*”)¹⁶² gibi oluşumların artması tavsiye edilmektedir. Getirilen bir diğer öneri ise kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının Avrupa genelinde yeknesaklaştırılmasıdır¹⁶³. Bu ikinci öneri, AB bünyesinde gerçekleştirilen iki proje sonucunda da paylaşılmıştır. Söz konusu iki projenin de sonucunda, yabancı hukukun uygulanması konusunda uygulanacak ortak bir kurallar bütünü hazırlanmıştır.

Bu yönde gerçekleştirilen projelerden ilki, “Avrupa’da Yabancı Hukukun Yargı Makamları ve Yargı Dışı Makamlarca Uygulanması” (“*Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe*”) konulu ve JLS/CJ/2007-1/03 sayılı projedir. Bu proje kapsamında Şubat 2010’da İspanya’nın Madrid şehrinde gerçekleştirilen bir toplantıda bir araya gelen Avrupalı uzman hukukçular, toplantı sonucunda 11 maddeden oluşan Madrid İlkeleri’ni hazırlamışlardır¹⁶⁴. İlkeleri hazırlayan hukukçuların, hareket noktasının halihazırda uygulanan başarısız sistemin ancak bu şekilde ortak bir asgari standart sağlanarak aşılabileceği yönündeki düşünce olduğu aktarılmaktadır¹⁶⁵. Bu doğrultuda mümkün olduğu ölçüde gerçekçi

¹⁶⁰ Bu durum Roma II Tüzüğü’nün hazırlık sürecinde kendisini göstermiştir. Zira bu süreçte Avrupa Parlamentosu’na sunulan P6_TA(2005)0284 sayılı teklifin 13. maddesinin ilk fıkrasında açık bir şekilde “mahkemelerin yabancı hukukun içeriğini re’sen tespit edeceği” belirtilmekteydi. Teklif için bkz. Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında bir Tüzük (‘Roma II’) Hazırlanmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Devlet ve Hükümet Başkanları Konseyi’nin Teklifine Dair Avrupa Parlamentosu Kanun Teklifi, P6_TA(2005)0284, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2005-0284+0+DOC+XML+V0//EN> (Erişim Tarihi: 02.02.2018). Ancak teklifteki bu hüküm, nihai tüzük metnine alınmamıştır. Bunun yerine Tüzüğün 30. maddesinde ve Tüzüğün ekinde yer alan “Yabancı Hukukun Uygulanmasına Dair Komisyon Beyanı”nda 20 Ağustos 2011’e kadar Avrupa Komisyonu’nun ülkelerde yabancı hukukun ne şekilde uygulandığını ve bu durumun yarattığı etkileri ortaya koyan bir rapor hazırlamasını öngören başka bir hüküm eklenmiştir

¹⁶¹ Esplugues Mota, s. 292.

¹⁶² European Commission, **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law**, Brüksel, 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN> (Erişim Tarihi: 26.03.2018).

¹⁶³ Corneloup, s. 167; Hausmann, s. 13; Esplugues Mota, s. 296; Nishitani, s. 44.

¹⁶⁴ Madrid İlkeleri için bkz. Esplugues Mota, s. 297.

¹⁶⁵ Esplugues Mota, s. 293.

bir yaklaşımla, yabancı hukukun uygulanması konusunda izlenen farklı yaklaşımlar arasında bir denge sağlamaya çalıştıkları ifade edilmektedir¹⁶⁶. Bu doğrultuda, İlkeler'in 4. maddesinde, daha geniş bir kabul görebilme amacıyla yabancı hukukun hukuk veya vakıa olduğu konusunda herhangi bir tavsiyede bulunmaksızın, kanunlar ihtilafı kuralları ile bu kuralların yetkilendirdiği yabancı hukukun re'sen uygulanması gerektiği kabul edilmiştir (m. 4).

Yeknesak kurallar getirilmesi gerektiği sonucuna varılan diğer AB projesi ise İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü tarafından gerçekleştirilen, "AB Üyesi Ülkelerde Yabancı Hukukun Uygulanması ve Gelecek için Öngörüler" ("*The Application of Foreign Law in the EU Member States and its Perspectives for the Future*") konulu ve JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4 sayılı projedir. Bu proje kapsamında, hem AB'ye üye ülkelerde çalışan ve hukukun farklı alanlarında görev yapan 576 kişiye yabancı hukukun ülkelerinde ne şekilde uygulandığı konusuna ilişkin olarak sorular sormak suretiyle bir anket çalışması gerçekleştirilmiş, hem de bu çalışmanın sonuçlarından hareketle tıpkı Madrid İlkeleri'ne benzer şekilde birtakım tavsiyelere yer verilmiştir¹⁶⁷. Bu tavsiyeler, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ile yabancı hukukun tespiti ve uygulanması konularında AB genelinde yaşanan sorunları bir orta yol olarak giderme amacı gütmektedir.

Söz konusu tavsiyelerin başında, kanunlar ihtilafı kurallarının ne şekilde uygulanacağı meselesi gelmektedir. Kural olarak AB kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanacağı kabul edilmiş; ancak bu uygulama, ülkelerin usul hukuku kurallarının buna izin vermesi şartına bağlanmıştır (m. 2/4). Ayrıca, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, *lex fori*'nin seçilmek istenmesi durumunda, bu seçim yargılama sırasında da yapılabilecektir (m. 2/1). Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği haklara ilişkin bir davada tarafların hukuk seçimi yapma imkanları yoksa, *lex fori*'nin seçimi yönünde bir usul hukuku sözleşmesi (*procedural agreement*) yapma yetkileri bulunması gerektiği de kabul edilmiştir (m. 3/1). Öte yandan, genel ilkenin herhangi bir re'sen uygulama zorunluluğu öngörmemesine karşın, tüketici ve iş sözleşmeleri gibi bir hukukun minimum korumasının öngörüldüğü hallerde, hâkimin kanunlar ihtilafı kuralını re'sen uygulaması gerektiği kabul edilmiştir (m. 4). Bu kuralın tek istisnası ise zayıf

¹⁶⁶ Esplugues Mota, s. 293.

¹⁶⁷ Bu tavsiyeler için bkz. Swiss Institute of Comparative Law, s. 62-104.

taraf olarak görülen ve minimum korumadan yararlanacak olan tarafın, açık bir irade beyanı ile bu hakkından vazgeçmesi olarak belirlenmiştir (m. 4/2).

Sonuç olarak, çeşitli yazarlarca dile getirilmesine karşın yabancı hukukun uygulanması konusundaki sistem farklılıklarını giderecek adımların atılmaması, AB'nin yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları sevk etme yönündeki hedefini ciddi şekilde sekteye uğratmakta ve bu nedenle de yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları projesinin “*aşıl tendonu*” olarak nitelenmektedir¹⁶⁸. İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü'nün gerçekleştirdiği araştırmanın Avrupa genelinde yabancı hukukun uygulanmasına karşı mesafeli bir tavır izlendiği yönündeki sonucu¹⁶⁹ da göz önünde bulundurulduğunda, bu sorunun ne kadar büyük olduğu daha da net görülebilecektir. Ancak tüm bu sorunlara rağmen henüz bu konuda adım atılmamış olması, AB ve üye devletlerin içinde bulunulan bu durumdan rahatsız olmadıklarını düşündürmektedir. Öte yandan, bu sorunun bir türlü giderilememesinin altında yatan nedenlerden biri de elbette ki üye devletlerdeki yaklaşım farklılıklarının oldukça derin olmasıdır. Bu durumda, kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulamayan devletler ile uygulayan devletler arasındaki usul geleneklerine dayanan bu fark zaman içinde daha azalmadıkça, bu sorunun çözülmesi pek de mümkün olmayabilir.

III. Yabancı Hukuk Kavramı ve Uygulanmasına Dair Yaklaşımlar

A. Yabancı Hukuk Kavramı

Yabancı hukukun içeriğinin ne şekilde tespit edileceği ve bu tespit sonrası ilgili kuralların ne şekilde uygulanacağını ortaya konulmasından önce, ilk olarak yabancı

¹⁶⁸ Esplugues Mota, s. 290. *Verhellen* ise aynı terimi, yabancı hukuka dair bilgi edinme imkânları bakımından kullanmakta ve bu sorunları, milletlerarası özel hukukun aşıl tendonu olarak nitelenmektedir (Verhellen, s. 297).

¹⁶⁹ İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü tarafından gerçekleştirilen araştırmaya katılan katılımcıların %35'in biraz üzerinde bir kısmı, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda yabancı hukukun uygulanmasını istemediklerini açıkça beyan etmişlerdir. Bu durumun gerekçesi olarak ön plana çıkan sebepler, yargılamanın zorlaşması ve uzaması, taraflar ve avukatların bu yöndeki talepleri ile yabancı hukuka dair bilgi edinmenin masraflı ve zor olmasıdır (Swiss Institute of Comparative Law, s. 49). Bununla beraber katılımcılar, AB üyesi ülkelerin hukukları bakımından daha az mesafeli olduklarını belirtmişlerdir. Bu durumun nedeni olarak gösterilen gerekçeler ise AB hukuku gereği karşılıklı tanıma ve işbirliği yükümlülüğü bulunması, Avrupa Yargı Ağı sayesinde bu hukuklara dair bilgi edinmenin daha kolay olması, coğrafi yakınlık ve konuşulan dillerin benzer olmasıdır (Swiss Institute of Comparative Law, s. 51).

hukuk kavramından¹⁷⁰ ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır. Yabancı hukuk, mahkemenin hukukundan farklı olan her bir hukuk sistemidir¹⁷¹. O halde, yabancı hukuk yalnızca bir devletin hukuku olmak zorunda değildir; aynı ülke içerisinde tek bir hukuk sisteminin uygulanmadığı federal hukuk sistemleri gibi örneklerde de her bir sistem birbiri bakımından yabancı hukuk teşkil edecektir¹⁷². Dolayısıyla, örneğin bir İngiliz mahkemesi için İskoç veya Kuzey İrlanda hukuku da yabancı hukuk statüsündedir¹⁷³.

Bir hukukun kapsamına nelerin girip girmeyeceği, uygulanması gereken hukuka göre tespit edilmelidir. Örneğin, Anglosakson hukuk sistemlerinde Kıta Avrupası'ndaki yaklaşımın aksine mahkeme kararları hukukun asli kaynakları arasında yer almaktadır. Bu durumda, mahkeme kararlarına bağlayıcılık atfetmeyen bir ülkede görev yapan hâkimlerin İngiliz hukukunu uyguladıkları hallerde mahkeme kararlarını o hukukun asli parçası olarak kabul etmeleri gerekmektedir¹⁷⁴.

Uluslararası hukuk kuralları ise devletlerin iç hukukuna aktarıldıkları ölçüde yabancı hukuk olarak nitelenemezler¹⁷⁵. Bu doğrultuda, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar da yabancı hukuk olarak nitelenemezler. Zaten Türk hukuku bakımından bu durum doğrudan Anayasa m. 90/5 hükmünde ortaya konmuş ve bu antlaşmaların kanun hükmünde olduğu kabul edilmiştir. Bu doğrultuda hiç şüphe yok ki, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar da Türk iç hukukunun bir parçasıdır. Milletlerarası antlaşmaların iç hukuka aktarılması bakımından düalist sistemi izleyen İngiltere gibi ülkelerde de, bu

¹⁷⁰ Belirtmek gerekir ki devlet yargısı bakımından önem taşıyan yabancı hukuk-iç hukuk ayrımı milletlerarası tahkim bakımından gündeme gelmeyecektir. Zira, hakemlerin mahkemelerin aksine bir *lex fori*'si yoktur. Tahkim yeri olarak seçilen ülkenin hukuku da bu bağlamda bir *lex fori* değildir. Hakemler için sadece “uygulanacak hukuk” söz konusudur. Bu durumda yabancı hukukun “hukuk” veya “vakıa” olarak ele alınması şeklindeki geleneksel ayrımın da milletlerarası tahkim bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi bkz. Soterios Loizou, “Revisiting the ‘Content-of-Laws’ Enquiry in International Arbitration”, **Louisiana Law Review**, C. 78, S. 3, 2018, s. 812-875.

¹⁷¹ Cheshire / North / Fawcett, s. 9; O'Brien, s. 5.

¹⁷² Dicey / Morris, s. 3; Cheshire / North / Fawcett, s. 9; Collier, s. 6; Nishitani, s. 11; O'Brien, s. 26.

¹⁷³ Cheshire / North / Fawcett, s. 9; Dicey / Morris, s. 3; O'Brien, s. 26; Collier, s. 6.

¹⁷⁴ Yaşar, s. 77-78.

¹⁷⁵ O'Brien, s. 145; Collier, s. 33; Yaşar, s. 78. Bu yönde verilmiş İngiliz mahkeme kararları için bkz. Chung Chi Cheung v. The King, **AJIL**, C. 33, S. 2, 1939, s. 376-384; West Rand Central Gold Mining Company, Limited v. The King, 2 K.B. 391 [1905], **AJIL**, C. 1, S. 1, 1907, s. 217-234.

aktarım için gerekli düzenlemelerin yapılmasıyla beraber antlaşmaların iç hukukun bir parçası haline geldiği kabul edilmektedir¹⁷⁶.

Ayrıca, AB'ye üye devletler bakımından, Birlik müktesebatı da doğrudan üye devletlerin hukukuna tesir eden kaynaklar olduğundan, yabancı hukuk olarak kabul edilmemektedir¹⁷⁷. Benzer şekilde, *lex mercatoria* gibi anasyonel kuralların da herhangi bir devletin egemenliği kapsamında sevk edilmiş kurallar olmadıklarından, yabancı hukuk olarak nitelenmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁸.

Uygulanması gereken yabancı hukukun kamu hukuku nitelikli düzenlemelerinin, söz konusu hukukun bir parçası olarak görülerek uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışmalı bir konudur. İngiliz hukukunda geleneksel olarak yabancı hukukun ceza hukuku, idare hukuku, vergi hukuku ve diğer kamu hukuku kurallarının uygulanmayacağı kabul edilmektedir¹⁷⁹. Türk doktrininde ise İngiliz hukukundaki görüşü paylaşan yazarlar olduğu gibi¹⁸⁰, bu kuralların *lex causae*'ya göre somut olaya uygulanabilir nitelikte olması halinde hâkimce uygulanması gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur¹⁸¹. Kanımızca kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanması gereken hukukun somut uyuşmazlıkla ilgili hükümlerinin o hukukun sistematigi içerisinde kamu hukuku alanına ilişkin kabul edilmesi önemli değildir. Bu noktada esas önem taşıyan husus, dava konusu olan uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlık olmasıdır. Bu şart sağlandıktan sonra, uygulanacak kuralın ait olduğu hukuk sisteminde ne şekilde nitelendiğinin önemi yoktur¹⁸².

¹⁷⁶ O'Brien, s. 4.

¹⁷⁷ Guido Alpa, "Foreign Law in International Legal Practise: An Italian Perspective", **Texas International Law Journal**, C. 36, 2001, s. 495-506, s. 506.

¹⁷⁸ Giray, s. 557; Alpa, s. 504; Yaşar, s. 78. Yaşar'a göre, Türk hukukunda *lex mercatoria*'nın yabancı hukuk sayılmaması için gösterilebilecek bir gerekçe daha bulunmaktadır. Yazara göre, taraflara hukuk seçimi yapma imkânı verilen hallerde seçilen hukukun bir devlet hukuku olması gerekmesi karşısında *lex mercatoria* gibi kuralların seçiminin olsa olsa bir *incorporation* olarak görülmesi, bu kuralların Türk hukukunun bir parçası olabileceği, dolayısıyla yabancı olarak nitelenemeyeceği şeklinde yorumlanabilir (Yaşar, s. 78).

¹⁷⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dicey / Morris, s. 97-114; Cheshire / North / Fawcett, s. 122-139; Briggs, s. 200-208; O'Brien, s. 151-167.

¹⁸⁰ Nomer, **DHH**, s. 339; Ekşi, s. 69. Bu görüşü paylaşan yazarlara göre, bu genel kuralın tek istisnası, MÖHUK m. 31 uyarınca uygulama alanı bulacak olan üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarıdır (Nomer, **DHH**, s. 339; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 69, dn. 143).

¹⁸¹ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 25, dn. 57; Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, 2001 (**Doğrudan Uygulanan Kurallar**), s. 40-41.

¹⁸² Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 25, dn. 57; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 40-41.

Şüphesiz bir uyuşmazlığın özel hukuka mı kamu hukukuna mı ilişkin olduğu bir vasıflandırma meselesidir ve *lex fori*'ye göre çözümlenecektir.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün¹⁸³ 1975 tarihli *Wiesbaden* oturumunda da bu doğrultuda bir yaklaşım izlenmiştir. Enstitü'nün aldığı karara göre, kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukukun bir hükmünün kamu hukuku karakterli olması, kamu düzeni müdahalesini gerektirdiği haller dışında bu kuralın uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir¹⁸⁴. Bu kabulün bir yansıması da İsviçre MÖHK'un 13. maddesinde¹⁸⁵ kendini göstermektedir. Söz konusu düzenlemeye göre, kanunun yetkili kıldığı yabancı hukukta yer alan bir hükmün kamu hukukuna ilişkin olması, tek başına bu hükmün uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir.

B. Yabancı Hukukun Niteliği

1. Genel Olarak

Yabancı hukuk kavramının kapsamına nelerin girdiği kadar, yabancı hukuk kavramının hukuk sistemlerinde hangi statüde görüleceği de önem taşıyan bir konudur. Belirtmek gerekir ki yabancı hukukun niteliği ve ne şekilde uygulanacağı konusunda hukuk sistemleri arasında bir yeknesaklık yoktur. Karşılaştırmalı hukuktaki hâkim yaklaşımlar incelendiğinde, geleneksel olarak iki sistemin ön plana çıktığı görülmektedir. Bu sistemlerden ilki yabancı hukuku “vakıa” olarak ele alırken; diğeri ise “hukuk” olarak değerlendirmektedir. Bu iki ana yaklaşımın yanında, bu iki sistemin farklı noktalarını bir araya getiren karma bir sistem de mevcuttur. Bu sistemlerin birbirlerinden farklı olan yönleri üzerinde durmadan önce, “vakıa” ve “hukuk” kavramlarının ne anlama geldiği üzerinde durmanın isabetli olacağı kanaatindeyiz.

¹⁸³ Uluslararası Hukuk Enstitüsü (Fransızca orijinal adıyla “*Institut de Droit International*”), 1873 yılında on bir uluslararası hukuk uzmanı tarafından Belçika’da kurulmuş ve herhangi bir devletin etkisi altında kalmadan uluslararası hukukun gelişimine katkıda bulunmak amacıyla faaliyet gösteren bir kurumdur. Kuruma dair ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.idi-iil.org/en/a-propos> (Erişim Tarihi: 14.04.2018).

¹⁸⁴ Kararın Fransızca metni için bkz. Institut de Droit International, **L'Application du Droit Public Étranger**, Session de Wiesbaden, Rapporteur: M. Pierre Lalive, 1989, http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1975_wies_04_fr.pdf (Erişim Tarihi: 14.04.2018).

¹⁸⁵ Kanun'un çalışmamızda temel olarak alınan Fransızca metni için bkz. <https://www.admin.ch/ch/f/rs/2/291.fr.pdf> (Erişim Tarihi: 01.06.2018).

2. “Vakıa” ve “Hukuk” Kavramları

Yabancı hukukun niteliğini tespit bakımından tercih edilen “vakıa” ve “hukuk” kavramları, esasen temel usul hukuku kavramlarındandır. Usul hukukunda hâkimin bir uyuşmazlığı çözüme ulaştırması noktasında karşısına çıkan unsurlar bakımından sıklıkla yapılan bir ayırım, vakıa ve hukuk ayırımıdır¹⁸⁶. Bu ayırım uyarınca bir uyuşmazlık iki kısımdan oluşur: Vakıalardan oluşan maddi kısım ve bu vakıalara bağlanacak sonucu ortaya koyan hukuk kısmı. Bu durumda, vakıa ve hukuk kavramlarının anlamlarına ve bunlar arasındaki farklara değinmekte fayda bulunmaktadır.

Vakıa kavramı, kelime anlamı itibariyle “*olgu*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁸⁷. Olgu kelimesi ise “*birtakım olayların dayandığı sebep veya bu sebeplerin yol açtığı sonuç*”¹⁸⁸ veya “*olan veya yapılan iş, olay, tartışılmaz olarak kabul edilen şey*”¹⁸⁹ olarak tanımlanmaktadır¹⁹⁰. Hukuki zeminde ele alındığında ise vakıa terimi, bir uyuşmazlık bakımından önem arz eden ve hukukun sonuç bağladığı her şey anlamına gelmektedir¹⁹¹. Vakıalar, uyuşmazlığın temelini oluşturmaktadır; zira hak ve borçlar vakıalardan doğar¹⁹²; aynı şekilde dava sebebini oluşturan şey de vakıalardır¹⁹³.

Hukuk kavramı ise “*toplumu düzenleyen ve devletin yaptırım gücünü belirleyen yasaların bütünü, tüze*”¹⁹⁴ veya “*toplumda kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen ve devlet gücüyle kendisine uyulması, yaptırıma bağlı kılınmış kurallar*

¹⁸⁶ Bu ayırım için bkz. Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 9; Mustafa Göksu, “Vakıa ve Hukuk”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, C. 1, Ankara, 2009, s. 323-350, s. 324; Burhan Gürdoğan, “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 3, 1956, s. 258-285, s. 258.

¹⁸⁷ Türk Dil Kurumu, **Güncel Türkçe Sözlük**, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 12.03.2018); Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 10. Bası, Ankara, 2011 (**Sözlük**), s. 1447.

¹⁸⁸ Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 12.03.2018).

¹⁸⁹ Yılmaz, **Sözlük**, s. 1046.

¹⁹⁰ Burada önemli olan nokta, her türlü tanımdan da anlaşılabilceği üzere bir vakıanın var olabilmesi için yaşanmışlık bulunması gerekmesidir. Ancak gerçekleşmiş, olmuş olan şeyler vakıa olarak nitelenebilir; henüz düşünce aşamasında olan bir husus vakıa olarak nitelenemez (Göksu, s. 325).

¹⁹¹ Gürdoğan, s. 260; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 5; Orhan Yılmaz, “Hukukun Vakıaya Uygulanması”, **Dr. A. Recep Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara, 1974, s. 895-917 (**Hukukun Vakıaya Uygulanması**), s. 898.

¹⁹² Yılmaz, **Hukukun Vakıaya Uygulanması**, s. 895.

¹⁹³ Yılmaz, **Hukukun Vakıaya Uygulanması**, s. 895; Göksu, s. 325; Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, 1979, s. 103; Abdullah Selman Arısoy, **Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulanması (Iura Novit Curia Prensibi)**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2017, s. 9.

¹⁹⁴ Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 12.03.2018).

*bütünü*¹⁹⁵ olarak tanımlanmaktadır. O halde, hukuk ve hukuk kuralları, belli birtakım vakıaların hukuki niteliğinin belirlenmesi, vasıflandırılması, bunlara birtakım hukuki sonuçlar bağlanması için tespit edilmiş kurallar bütünüdür¹⁹⁶.

Belirtmek gerekir ki vakıa ve hukuk kavramları, birbirleriyle oldukça yakın bir ilişki içerisinde. Zira bir davanın çözüme ulaşması bakımından önem arz eden herhangi bir şey gibi, uyuşmazlığı çözecek bir hukuk normunun mevcut olup olmadığı meselesi de aslında bir vakıadır¹⁹⁷. Uluslararası sözleşmelerin imzalanması, kanunların ilan edilmesi ve yürürlüğe girmesi gibi hukuk kurallarını meydana getiren işlemler de aynı şekilde birer vakıadır¹⁹⁸. Bu yakın ilişki, bu ikilinin görev tanımları bakımından da kendisini göstermektedir. Zira bir yandan bir maddi vakıanın hukuk nezdinde önem arz etmesi ve hukuki anlamda vakıa olarak kabul edilebilmesi, ancak bir hukuk kuralınca kendisine bir sonuç bağlanmasıyla mümkün olur¹⁹⁹. Diğer yandan ise bir hukuk kuralının hukuki sonuç doğurabilmesinin vazgeçilmez şartı, sonuç bağlanabilecek vakıaların mevcut olmasıdır²⁰⁰. Görüldüğü üzere, vakıa ve hukuk kavramları hem birbirinin zıddı hem de birbirini tamamlayan kavramlardır²⁰¹.

Son olarak belirtmek gerekir ki mevcut olduğu bir vakıa olarak tespit edilen bir hukuk kuralının, o hukuk sistemi içerisinde ne şekilde tanımlanacağı ve buna nasıl bir hukuki sonuç bağlanacağı, esasen bir vasıflandırma meselesidir²⁰². Dolayısıyla var olduğunu tespit ettiği bir kuralın örneğin bir kanun hükmü, örf ve âdet kuralı veya ahlak kuralı olup olmadığını belirlemek isteyen hâkimin gerçekleştireceği faaliyet, bu kuralın vasıflandırılması faaliyeti olacaktır. Bu durumda, bir kuralın bir ülkede hukuk kuralı olarak kabul edilebilmesi, o ülkede söz konusu normun bir hukuk kuralı olarak vasıflandırılmasına bağlı bulunmaktadır²⁰³.

¹⁹⁵ Yılmaz, *Sözlük*, s. 554.

¹⁹⁶ Nomer, *Yabancı Kanun*, s. 5; Göksu, s. 338; Arısoy, s. 57.

¹⁹⁷ Nomer, *Yabancı Kanun*, s. 5-6.

¹⁹⁸ François Rigaux, "The Concept of Fact in Legal Science", *Law, Interpretation and Reality*, Ed. Patrick Nerhot, C. 11, Dordrecht, 1990, s. 38-49, s. 39.

¹⁹⁹ Göksu, s. 327; Yılmaz, *Hukukun Vakıaya Uygulanması*, s. 898.

²⁰⁰ Alangoya, s. 102; Göksu, s. 329.

²⁰¹ Rigaux, s. 38.

²⁰² Nomer, *Yabancı Kanun*, s. 5; Arısoy, s. 101.

²⁰³ Nomer, *Yabancı Kanun*, s. 7.

3. “Vakıa” ve “Hukuk” Kavramları ile Yabancı Hukuk Arasındaki İlişki

Peki ne anlama geldiğini ortaya koymaya çalıştığımız bu vakıa ve hukuk kavramlarının yabancı hukuk ile olan ilişkisi ne şekildedir? Değinildiği üzere, hangi kuralın vakıa, hangi kuralın hukuk olarak tanımlanacağı meselesi bir vasıflandırma meselesidir. Bu durum yabancı hukuk bakımından da aynı şekilde geçerlidir. Yani, bir hukuk sisteminde yabancı bir hukuk kuralının ne şekilde algılanacağı meselesi yine bir vasıflandırma meselesidir²⁰⁴.

Aslında yabancı hukuk kuralları, bu iki kavrama da tam olarak oturmamaktadır²⁰⁵. Zira yabancı bir hukuk sistemine ait kurallar, bir yandan hâkimin önündeki vakıalara hukuki sonuçlar bağlamasına yarayan kurallar bütünüdürler; bir yandan da çoğunlukla hâkim tarafından önceden bilinmeyen ve ancak birtakım araştırmalar sonucu öğrenilebilen harici bilgilerdir²⁰⁶. Bir başka deyişle, bu kurallar aslında nitelikleri gereği hem hukuk hem de vakıadırlar²⁰⁷. Ancak bazı hukuk sistemleri bunların vakıa niteliğini öne çıkarmayı doğru bulurken, bazı sistemlerin tercihi hukuk niteliğinden yanadır.

Bir hukuk sisteminde yabancı hukukun ne şekilde kabul edildiği, o sistemde yabancı hukukun tabi olacağı usulî muameleyi belirleyecektir²⁰⁸. Bu muamelenin ilk görünümü, yabancı hukukun uygulanması konusunda inisiyatifin taraflara mı hâkime mi ait olduğu, yani yabancı hukuk kurallarını ortaya koyma konusunda asıl sorumlunun taraflar mı yoksa hâkim mi olduğunun bu şekilde tespit edilebilmesidir. Zira hukuk kuralları, *iura novit curia* ilkesi gereği hâkim tarafından bilinmesi ve re'sen uygulanması gereken kurallarken; vakıalar, çoğu durumda hâkim için bilinmeyen ve taraflarca ispatlanması gereken şeylerdir²⁰⁹.

²⁰⁴ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 7-8.

²⁰⁵ Gruber / Bach, s. 161.

²⁰⁶ Mayer, s. 128; Hausmann, s. 2; Gruber / Bach, s. 161; Lalani, **Content**, s. 86.

²⁰⁷ Gruber / Bach, s. 161.

²⁰⁸ Esplugues Mota, s. 277-278.

²⁰⁹ Alangoya, s. 9; Esplugues Mota, s. 278; Hausmann, s. 2.

Bu konunun diğer bir görünümü ise yabancı hukuk kuralları uygulanarak verilen kararlar aleyhine kanun yollarına başvurulması halinde karşımıza çıkar²¹⁰. Zira üst yargı mercilerinde ve özellikle de temyiz kanun yolunda kural olarak sınırlı kapsamda bir inceleme yapılmaktadır ve bu inceleme kural olarak hukuk kurallarının ne şekilde uygulandığının denetimiyle ilgili olup, vakıaların değerlendirilmesi konusunda bir denetim söz konusu olmamaktadır²¹¹.

C. Yabancı Hukukun Niteliği Konusunda Kabul Gören Sistemler

Vakıa ve hukuk kavramlarına ilişkin bu açıklamalarımızdan sonra, çalışmamızın bu kısmında da yabancı hukukların ele alınma ve uygulanması bakımından karşılaştırmalı hukukta tercih edilen temel sistemler incelenecektir.

1. Yabancı Hukukun “Hukuk” Olarak Uygulandığı Sistem

Yabancı hukuku sınıflandırma bakımından tercih edilen temel sistemlerden ilki, onu “hukuk” olarak gören yaklaşımdır. Bu yaklaşım dayanağını, temeli *Savigny*’nin görüşlerine dayandırılan yabancı hukukun iç hukukla aynı statüde olduğu yönündeki teoride bulmaktadır²¹². Bu yaklaşıma göre, yabancı hukukun nitelik bakımından iç hukuktan bir farkı bulunmamaktadır ve bu nedenle diğer iç hukuk kuralları gibi “hukuk” olarak görülmelidir²¹³. Günümüzde Kıta Avrupası hukuk sistemini takip eden ülkelerin çoğunluğunda²¹⁴ yabancı hukuk “hukuk” olarak kabul görmektedir²¹⁵.

²¹⁰ Medeni usul hukukunda vakıa ve hukuk kavramları arasındaki ayrımın en çok önem taşıdığı noktaların, jürili yargılamalarda jüri ve hâkim arasındaki görev ayrımını tespit ve kanun yolları olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla Türk hukuku gibi jürili yargılama yapılmayan sistemlerde, vakıa ve hukuk ayrımının kendisini en çok gösterdiği alan kanun yolları olmaktadır (Göksu, s. 324).

²¹¹ Hausmann, s. 2; Gürdoğan, s. 280; Göksu, s. 337; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 5; Esplugues Mota, s. 278.

²¹² Rodger / Van Doorn, s. 154; Nishitani, s. 7.

²¹³ Nishitani, s. 7; Yaşar, s. 82.

²¹⁴ Almanya, Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, İsviçre, İtalya, Japonya, Macaristan, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya, Tunus, Türkiye, Venezuela, Yunanistan. Bkz. Nishitani, s. 17, dn. 72; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 10.

²¹⁵ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 86; Nishitani, s. 17; Çelikel / Erdem, s. 169; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 544; Rodger / Van Doorn, s. 154; Gruber / Bach, s. 161; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 10; Arslan, s. 75; Christian P. Alberti, “Chapter 1: Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?”, **International Arbitration and International**

Bu sistemde hem yabancı hukukun uygulanmasına karar verilmesi hem de yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda esas sorumluluk hâkimin üzerindedir²¹⁶. Dolayısıyla bu anlayışı izleyen ülkelerde yabancı hukukun da aynı *lex fori* gibi hâkimlerce re'sen araştırılıp uygulanması gerekmektedir. Bu doktrini kabul eden hukuk sistemlerinde, yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde gerekli tespit faaliyetini gerçekleştirmek ve tespit edilen hukuku uygulamak, hâkimin “*resmi görevi*” kabul edilmektedir²¹⁷.

Yabancı hukuku “hukuk” olarak uygulayan sistemde yabancı hukukun içeriğini ortaya koyma konusunda esas sorumlunun hâkim olması nedeniyle, yabancı hukukun içeriği hakkında tarafların anlaşması veya tarafların yabancı hukukun içeriğine dair sundukları bilgi ve belgeler, hâkim tarafından dikkate alınabilirse de, bağlayıcı değildir²¹⁸. Bununla bağlantılı olarak, tarafların yabancı hukukun içeriğini ispat konusunda hâkime yardımcı olmaları da mümkün olmakla beraber, bu konuda bir yükümlülükleri bulunmamaktadır. Tarafların uygulanacak hukuk konusundaki iradeleri, ancak taraf iradesine üstünlük tanınan ve taraflara uygulanacak hukuku belirleme yetkisi tanınan haller bakımından önem taşımaktadır²¹⁹.

Doktrinde yabancı hukukun “hukuk” olarak kabul edildiği sistemin avantajları olarak ülkelerin hukuk sistemlerinin başka ülkelerde de hukuk olarak görülmesinin daha uygun bir yaklaşım olması²²⁰, *forum-shopping*'e engel olması²²¹ ve yabancı

Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution, Ed. S. Kröll, L. A. Mistelis, P. Perales Viscasillas, V. Rogers, 2011, s. 3-32, s. 7.

²¹⁶ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 8; Nishitani, s. 17; Doğan, s. 207; Lalani, **Content**, s. 78; Swiss Institute of Comparative Law, s. 32.

²¹⁷ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 85. Yargıtay da bir kararında aynı tespiti yapmıştır: “*Türk kanunları uyarınca resen hüküm vermek zorunda olan hakim (HUMK. 76-C.1) kendi kanunları ihtilaflı kurallarını re'sen uygular (2675 md. 2/1). Bu konuda ne doktrinde ve ne de mahkeme uygulamasında bir tereddüt görülmemiştir. Türk usul hukukunda tarafların veya ilgili tarafın yabancı kanunun tatbikini ileri sürmesi gerekli değildir. Hakim aynen maddi hukukda olduğu gibi, tatbiki gereken yabancı kanunu devletler hususi hukuku kurallarına göre tesbit eder. Bu hakimın resmi görevidir*”. Söz konusu karar için bkz. Yargıtay 11. HD. E. 1997/5344, K. 1997/5910, T. 16.09.1997 (www.kazanci.com).

²¹⁸ Hausmann, s. 9; Dannemann, 1. ve 2. dn. arası; Çelikel / Erdem, s. 170; Nishitani, s. 25.

²¹⁹ Nomer, **DHH**, s. 192; Zeynep Derya Tarman, “Turkey: The Treatment of Foreign Law in Turkey”, **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 549-561, s. 554.

²²⁰ Rodger / Van Doorn, s. 155; Gruber / Bach, s. 167.

²²¹ Gruber / Bach, s. 167.

hukukun içeriğinin kural olarak mahkeme kanalıyla araştırılması nedeniyle tarafların eşitliği bakımından daha uygun olması²²² gösterilmektedir.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün yabancı hukukun hukuk olarak dikkate alınması gerektiği yönünde tavsiye niteliğinde bir kararı bulunmaktadır. 1989 tarihli Santiago de Compostela oturumu sonrasında alınan bu karar, “*Lex Fori* ile Yabancı Hukuka Eşit Muamele Edilmesi” (*L'Égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère*) ismini taşımaktadır²²³. Kararın 2. maddesinin a bendinde, yabancı hukukun mahkemelerce re'sen göz önünde bulundurulması ve re'sen uygulanması tavsiye edilmektedir. Ayrıca, Güney Amerika'da kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla imzalanan 1928 tarihli bir milletlerarası sözleşme olan *Bustamante Code*'un²²⁴ 408. maddesinde de, yabancı hukukun “hukuk” olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Kıta Avrupası hukuk geleneğini temel alan hukuk sistemlerinin büyük kısmının hukuk doktrinini tercih ettiğinden bahsedilmişti. Bu noktada hukuk doktrinini tercih eden ülkelerden birkaçındaki sistemin ele alınmasında fayda görüyoruz. Bunlara verilebilecek ilk örnek, Türk hukukudur. Türk hukukunda yabancı hukuk, “hukuk” olarak görülmektedir. Buna göre Türk hâkimi, kanunlar ihtilafı kuralları yabancı bir hukuku işaret ettiği her durumda yabancı hukuk kurallarını re'sen araştırıp uygulama yükümlülüğü altındadır. Türk hukukundaki yaklaşım, aşağıda²²⁵ detaylı olarak ele alınacağından, burada bu konunun üzerinde daha fazla durulmayacaktır.

Alman hukukunda da yabancı hukuk, “hukuk” olarak görülmektedir²²⁶. Almanya'da bu kabulün, 1879 yılından bu yana değişmediği; bu tarihten önce ise Prusya ve diğer Alman şehir devletlerinde yabancı hukukun “vakıa” olarak

²²² Rodger / Van Doorn, s. 155; Gruber / Bach, s. 167.

²²³ Kararın Fransızca metni için bkz. Institut de Droit International, *L'Égalité de Traitement entre la Loi du For et la Loi Étrangère*, Session de Saint-Jacques-de Compostelle, Rapporteur: M. Pierre Gannagé, 1989, http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_02_fr.pdf (Erişim Tarihi: 07.11.2017).

²²⁴ Sözleşmenin İngilizce tam adı, “*Convention on Private International Law (Bustamante Code)*” şeklindedir. Sözleşme an itibarıyla Bolivya, Brezilya, Dominik Cumhuriyet, Ekvator, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Kosta Rika, Küba, Nikaragua, Panama, Peru, Şili ve Venezuela'da yürürlüktedir. Sözleşme'ye dair ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/a-31.html> (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

²²⁵ Türk hukukunda kanunlar ihtilafı kuralları ile yabancı hukukun uygulanması konusundaki açıklamalarımız için bkz. aşağıda Birinci Bölüm, IV, B. 2675 ve 5718 sayılı MÖHUK Döneminde.

²²⁶ Hartley, s. 275; Remien, s. 188; Dannemann, 1. ve 2. dn. arası; Yaşar, s. 83; Alberti, s. 7; Haussmann, s. 2.

görüldüğü aktarılmaktadır²²⁷. Aslında Alman mevzuatında bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Alman doktrininde Alman Usul Kanunu'nun 293. maddesinin bu anlama geldiği oybirliğiyle kabul edilmektedir²²⁸.

Yabancı hukuku “hukuk” olarak kabul eden ülkelerden bir diğeri de İsviçre’dir²²⁹. İsviçre hukukunda 1987 tarihli İsviçre MÖHK kabul edilinceye kadar, yabancı hukukun uygulanması konusunu düzenleyen herhangi bir federal düzenleme bulunmadığı ve bu konunun her kantonda farklı şekilde çözümlendiği; yaygın olan anlayışın ise yabancı hukuku “vakıa” olarak görmek yönünde olduğu aktarılmaktadır²³⁰. 1987 tarihli İsviçre MÖHK ise hem bu anlayışı değiştirmiş, hem de Almanya’dan farklı olarak, İsviçre’de bu uygulamayı kanuni bir dayanağa kavuşturmuştur. İsviçre MÖHK m. 16/1 hükmünde açık bir şekilde kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği “*yabancı hukukun içeriğinin re’sen tespit edileceği*” belirtilmiştir.

Yabancı hukuku “hukuk” olarak kabul eden bir diğer ülke, Fransa’dır. Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında uyumsuzluk konusuna göre bir ayırım gözeten Fransız hukukunda, yabancı hukukun uygulanması konusunda Yüksek Mahkemenin güncel uygulamasında böyle bir ayırım söz konusu değildir²³¹. Buna göre, kanunlar ihtilafı kuralları ister tarafların talebi üzerine ister hâkim tarafından re’sen uygulansın, yabancı hukukun her iki ihtimalde de hukuk olarak ve re’sen uygulanması gerekmektedir²³². Bu doğrultuda, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağı tespit edildikten sonra, hâkimin yabancı hukukun içeriğini re’sen araştırması ve önündeki uyumsuzluğa uygulaması gerekmektedir. Bu durumda kanunlar ihtilafı kuralları bakımından karma bir sistem tercih eden Fransa, yabancı

²²⁷ Remien, s. 188; Cashin Ritaine, s. 34-35.

²²⁸ Nishitani, s. 21; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 13; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 76; Remien, s. 189. Alman Usul Kanunu’nun 293. maddesi, şu şekilde kaleme alınmıştır: “*Yabancı bir devlette yürürlükte olan hukuk, teamül hukuku ve statüler, ancak mahkemece hâlihazırda bilinmedikleri ölçüde ispata muhtaçtırlar. Mahkeme, bu hukuk kurallarının tespitinde taraflarca ibraz olunan delillerle yetinmek zorunda değildir; diğer bilgi kaynaklarından da yararlanabilir ve bu amaçla gerekli işlemlerin yapılmasını emredebilir*”. Çeviriye esas alınan İngilizce çeviri için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html (Erişim Tarihi: 01.05.2018).

²²⁹ Cashin Ritaine, s. 36; Pretelli / Lalani, s. 388; Yaşar, s. 83; Hartley, s. 277; Alberti, s. 8.

²³⁰ Hartley, s. 277; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 89.

²³¹ 1993 tarihli *Coucke* kararından bu yana *Cour de Cassation* kararlarının bu doğrultuda olduğu kabul edilmektedir. Karar için bkz. *Coucke*, Cour de Cassation, Première chambre civile, T. 13.01.1993, S. 91-14.415 (www.dalloz.fr).

²³² Corneloup, s. 171; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 13; Hausmann, s. 10; Nishitani, s. 17.

hukuku uygulama bakımından ise geleneksel Kıta Avrupası yaklaşımını kabul etmiş görünmektedir.

Bu sisteme dahil olan ülkelerden bir diğeri Hollanda'dır²³³. Hollanda hukukunda da yabancı hukuk nitelik olarak "hukuk" şeklinde sınıflandırılmakta ve kanunlar ihtilafı kurallarınca yetki kazanan yabancı hukukun ilgili kurallarının re'sen uygulanacağı kabul edilmektedir²³⁴. Öte yandan, Hollanda hukukunda da tıpkı Alman ve Fransız hukuklarında olduğu gibi yabancı hukukun uygulanması sırasında gerçekleştiği iddia edilen hata ve eksikliklerin üst yargı mercilerince denetimine sınırlı olarak imkân verilmekte ve kural olarak bu kararların temyiz kabiliyeti olmadığı kabul edilmektedir²³⁵. Bu uygulama nedeniyle bazı yazarlar, Hollanda hukukunda yabancı hukukun karma bir yapıya sahip olduğu sonucuna ulaşmaktadır²³⁶.

2. Yabancı Hukukun "Vakıa" Olarak Uygulandığı Sistem

Günümüzde çoğunluğunu Anglosakson hukuk sisteminin uygulandığı veya bu sistemin etkisinde kalanların oluşturduğu bazı ülkelerde²³⁷ ise yabancı hukuk, "hukuk" olarak değil, "vakıa" olarak görülmektedir²³⁸. Bu anlayışın kabul edildiği doktrin görüşleri ve yargı kararlarının en azından 18. yüzyıla kadar dayandığı ifade edilmektedir²³⁹.

Bu anlayışa tabi olan hukuk sistemlerinde, yabancı hukuk "hukuk" olarak değil, davanın taraflarınca ispat edilmesi gereken bir maddi vakıa olarak ele alınmaktadır. Bu sistemi takip eden ülkelerde gerek yabancı hukukun uygulanmasına

²³³ Nishitani, s. 18, 20; Veerle Van Den Eeckhout, "The Netherlands", **Application of Foreign Law**, Münih, 2011, s. 377-389, s. 377.

²³⁴ Van Den Eeckhout, s. 377-378; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 17; Nishitani, s. 20.

²³⁵ Van Den Eeckhout, s. 379; Nishitani, s. 20; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 17.

²³⁶ Bu sonuca ulaşan görüş için bkz. Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 17.

²³⁷ Avustralya, Birleşik Krallık, Güney Afrika, Güney Kıbrıs, İrlanda, İsrail, Lüksemburg, Malta, Yeni Zelanda. Bkz. Nishitani, s. 18, dn. 76; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 13; Lalani, **Content**, s. 77, dn. 8; Nishitani, s. 18, dn. 76.

²³⁸ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 87; Esplugues Mota, s. 280; Çelikel / Erdem, s. 169; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 544; Rodger / Van Doorn, s. 153; Alberti, s. 7; Gruber / Bach, s. 161; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 13; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 10; Arslan, s. 76.

²³⁹ Hausmann, s. 2; Arthur Nussbaum, "The Problem of Proving Foreign Law", **Yale Law Journal**, C. 50, S. 6, 1941, s. 1018-1044, s. 1018.

karar verme, gerekse yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda ön planda taraflar bulunmaktadır²⁴⁰. Tarafların bu aktif rolü karşısında, hâkimlerin yabancı hukuka dair re'sen araştırma yapma yetkisi yoktur²⁴¹.

Bu sistemin temelinde yatan gerekçe, hâkimlerin ancak kendi ülkelerinde kanun koyucu tarafından usulüne göre yürürlüğe konmuş olan kuralları uygulayabileceği düşüncesidir²⁴². Bu anlayışa göre, bir ülkede yürürlükte olan kurallar, ancak söz konusu devlet bakımından bağlayıcıdır; bu devletin egemenlik sınırlarının dışına çıktığında artık bağlayıcı olma niteliğini yitirir²⁴³. Bu durumda bağlayıcı olmayan bu kuralların bir hukuk olarak nitelenmesi mümkün olamamakta ve ancak *lex fori* dahilinde uygulama alanı bulabilecek olan maddi vakıalar olarak görülmektedir²⁴⁴.

Yabancı hukukun “vakıa” olarak kabul edildiği anlayışın en büyük avantajı, yargılamanın daha hızlı ve kolay işlemlerini sağlaması ve bu şekilde ucuz ve verimli bir çözüm sunması olarak gösterilmektedir²⁴⁵. Ayrıca, yabancı hukukun iç hukukla aynı konumda olamayacağı yönündeki fiili gerçeği kurumsallaştırması da bu yaklaşımın olumlu yanlarından biri olarak gösterilmektedir²⁴⁶.

Öte yandan, vakıa doktrinine yönelik pek çok farklı eleştiri de mevcuttur. Bunların başında, uyumsuzluk öncesinde uygulanacak yabancı hukukun objektif olarak tespitini zorlaştırması²⁴⁷ ve taraflar arasında eşitsizlik yaratması gelmektedir²⁴⁸. Gerçekten de, bu sistemde yabancı hukukun içeriğinin tespiti konusunda esas rolü taraflar oynadığına göre, ekonomik olarak yeterli gücü bulunmayan tarafların kendi lehlerine olan yabancı hukuk kurallarını ortaya koyamama ihtimalleri bulunmaktadır. Yine aynı şekilde, tarafların yalnızca kendi lehlerine olan kanun hükümleri veya doktriner yorumları ibraz etmek suretiyle objektiflikten uzak kararlar verilmesine neden olmaları da mümkündür.

²⁴⁰ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 8; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 10.

²⁴¹ Nishitani, s. 18; Lalani, **Content**, s. 79; Swiss Institute of Comparative Law, s. 32; Arslan, s. 76.

²⁴² Çelikel / Erdem, s. 170; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 545.

²⁴³ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 15-16; Yaşar, s. 79; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 545.

²⁴⁴ Yaşar, s. 79; Nishitani, s. 18.

²⁴⁵ Gruber / Bach, s. 166; Dannemann, 27. ve 28. dn. arası; Hartley, s. 273, 275.

²⁴⁶ Rodger / Van Doorn, s. 153.

²⁴⁷ Rodger / Van Doorn, s. 155.

²⁴⁸ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 86; Rodger / Van Doorn, s. 155.

Ayrıca, tarafların yabancı hukukun uygulanmasını talep etmemeleri halinde vakıa doktrininin bir avantajı olan usul ekonomisi, taraflarca bu yönde bir talep gelmesi halinde tam ters bir etki doğurmaktadır²⁴⁹. Zira, iki tarafın da yabancı hukukun içeriğini ispatlamak adına uzman görüşü alması ve bunların da neredeyse her zaman birbiriyle çelişmesi, hem yargılamanın uzamasına²⁵⁰ hem de hukuk doktrininde mahkeme tarafından bilirkişiye başvurulmasına göre daha fazla masraf yapılmasına yol açmaktadır²⁵¹.

Yabancı hukuku “vakıa” olarak kabul eden sistemlerin başında İngiliz hukuku gelmektedir²⁵². İngiliz hukukunda bir uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanması, ancak taraflarca bunun talep edilmesi ve uygulanması gereken yabancı hukuk kurallarının ispatlanması halinde söz konusu olabilmektedir²⁵³. Dolayısıyla bu yönde bir talepte bulunulmaz ve gerekli ispat faaliyeti gerçekleştirilmezse²⁵⁴, hâkimin yabancı hukukun uygulanacağını re’sen göz etmesi ve bu hukukun içeriğini araştırması mümkün değildir²⁵⁵. Uyuşmazlığa bakan hâkimin yabancı hukuka dair önemli ölçüde bilgisi olsa dahi bu prensibe uyması gerekmektedir²⁵⁶. Yabancı hukukun tabi olduğu bu statü nedeniyle tarafların yabancı hukukun içeriği konusunda anlaşmaları halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hâkim için bağlayıcı olmaktadır²⁵⁷.

²⁴⁹ Gruber / Bach, s. 167.

²⁵⁰ Gruber / Bach, s. 168; Cheshire / North / Fawcett, s. 114.

²⁵¹ Nussbaum, s. 1029; Nishitani, s. 29; Arslan, s. 78; Cheshire / North / Fawcett, s. 78.

²⁵² Dicey / Morris, s. 226; Cheshire / North / Fawcett, s. 113; Briggs, s. 9; Collier, s. 33; O’Brien, s. 24; Hartley, s. 282; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 14; Alberti, s. 9; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 77.

²⁵³ Öte yandan, Birleşik Krallık sisteminde temyiz merci olarak görev yapan Lordlar Kamarası, yapılanması gereği bu genel kuralın dışında kalmaktadır. Zira bu kurum, aynı sistemi kullanan İngiltere ve Galler’e ek olarak, İskoçya ve Kuzey İrlanda mahkemeleri tarafından verilen kararlar bakımından da temyiz merci olarak görev yapmakta ve bu durumun bir sonucu olarak normal şartlar altında İngiliz mahkemeleri için “yabancı hukuk” olarak görülen İskoç ve Kuzey İrlanda hukuklarını re’sen uygulayabilmektedir (Dicey / Morris, s. 228; Collier, s. 33; Cheshire / North / Fawcett, s. 113; Briggs, s. 114).

²⁵⁴ Öte yandan, yabancı hukuka dair bazı unsurların herkesçe bilinen konular olarak görülmesi halinde, taraflarca bunların ispatlanması beklenmemekte ve hâkimin yabancı hukuku re’sen uygulaması söz konusu olabilmektedir. Bu konuda İngiliz doktrininde verilen yaygın örnek, Monte Carlo’da kumarın yasal olmasıdır (Dicey / Morris, s. 227; Collier, s. 33, dn. 1; Nishitani, s. 27).

²⁵⁵ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 80; Dicey / Morris, s. 227; Hartley, s. 282.

²⁵⁶ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 80-81.

²⁵⁷ Nishitani, s. 28; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 81; Dicey / Morris, s. 228; Hartley, s. 283; Swiss Institute of Comparative Law, s. 32. Belirtmek gerekir ki vakıa doktrininin İngiliz hukukundaki tarihçesi incelendiğinde, ilk dönemlerde İngiliz mahkemelerinin yabancı hukukun uygulanmasını gerektiren durumlarda davayı görmeye dahi yanaşmadıkları ve yetkisizlik kararı verdikleri aktarılmaktadır. Ancak zaman içerisinde bu durumun değiştiği ve mahkemelerin daha liberal bir yaklaşımla yabancı hukuka dair delilleri kabul etmeye başladıkları ifade edilmektedir (Nussbaum, s. 1019).

Öte yandan, İngiliz hukukunda yabancı hukuk, “vakıa” olarak kabul edilmekle beraber, alelade vakılardan da farklı bir konumda görülmektedir. Bu durum yabancı hukukun daha farklı, “*kendine özgü bir vakıa*” olduğu şeklinde yorumlanmaktadır²⁵⁸. Zira yabancı hukuk kuralları, bazı noktalarda alelade vakılardan farklı bir muameleye tabi tutulmaktadır. Bunlardan ilki, alelade vakılardan farklı olarak yabancı hukuk kurallarının jüri tarafından değil, hâkim tarafından değerlendirilmesidir²⁵⁹. İkinci farklılık, yabancı hukukun taraflarca yeterli derecede ispatlanamaması halinde davanın reddine değil, *lex fori*’nin uygulanmasına neden olmasıdır²⁶⁰. Bir diğer fark ise alelade vakıaların değerlendirilmesindeki hataların kural olarak tek başına temyiz sebebi yapılamamasına rağmen, yabancı hukukun uygulanmasındaki hataların tek başına üst yargı mercilerince denetlenebilmesidir²⁶¹. Son olarak ise mahkemelerin alelade vakılara ilişkin değerlendirmelerinin bağlayıcı etkisi olmamasına rağmen, bazı İngiliz mahkemeleri tarafından yabancı hukuk uygulanarak verilen kararlar, başka davalarda kaynak olarak dikkate alınabilmektedir²⁶².

Bu genel kuralın istisnaları bulunup bulunmadığı meselesi, İngiliz doktrininde net bir şekilde cevaplanmış değildir. Doktrinde ileri sürülen istisnalardan belki de tartışmaya en kapalı olanı, 1859 tarihli *British Law Ascertainment Act*’in İngiliz mahkemelerine İngiliz Milletler Topluluğu’na (*Commonwealth*)²⁶³ dahil bulunan ülkelerin hukuklarına dair bilgi edinme noktasında re’sen araştırma yapma yetkisini vermesidir²⁶⁴. Şöyle ki, bu kanuna göre İngiliz mahkemeleri, hukukunu

²⁵⁸ Dicey / Morris, s. 229; Cheshire / North / Fawcett, s. 113; Nishitani, s. 19; Hartley, s. 272; Briggs, s. 10, dn. 12; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 14; Alberti, s. 9. Bu tespitin paylaşıldığı bir karar için bkz. Parkasho v. Singh [1968] P 233 (www.lexisnexis.eu).

²⁵⁹ Dicey / Morris, s. 230; O’Brien, s. 146; Cheshire / North / Fawcett, s. 115; Hartley, s. 284; Nishitani, s. 18.

²⁶⁰ Bu konu aşağıda daha detaylı olarak incelenecektir. Bkz. aşağıda İkinci Bölüm, VI, C. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespit Edilememesinin Sonuçları.

²⁶¹ Bu konu aşağıda daha detaylı olarak incelenecektir. Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, I, C. Yabancı Hukukun Uygulanmasının Üst Yargı Mercilerince Denetimi.

²⁶² Bu husus, *Civil Evidence Act* m. 4/2 uyarınca 1972 yılından beri mümkündür. Bu konu aşağıda daha detaylı olarak incelenecektir. Bkz. aşağıda İkinci Bölüm, IV, C. Yabancı Hukukun “Vakıa” Olarak Uygulandığı Sistemde.

²⁶³ İngiliz Milletler Topluluğu, çoğunluğu bir dönem Britanya İmparatorluğu’nun parçasını oluşturan toplam elli üç devletin üyesi olduğu bir uluslararası kuruluştur. 20. yüzyıl ortasında eski İngiliz sömürgelerinin bağımsız devletler kurmaya başlaması sonrası bu devletler arasında işbirliğini sürdürmeyi hedefleyen bu kuruluş; resmi olarak 1949 tarihli Londra Deklarasyonu uyarınca kurulmuştur. Topluluğun resmî sitesi için bkz. <http://www.thecommonwealth.org> (Erişim tarihi: 23.04.2018).

²⁶⁴ Aslında bir dönem İngiliz hukukunda bu düzenlemeye benzer bir başka düzenleme daha bulunmaktaydı. 1861 tarihli *Foreign Law Ascertainment Act*’e göre, İngiliz Milletler Topluluğu ülkeleri bakımından mevcut olan yabancı hukuka dair re’sen araştırma yapma yetkisi, diğer yabancı

uygulayacakları ülkenin mahkemelerine başvurarak, o ülke hukukuna dair bilgi alma talebinde bulunabilmektedir. Hâkimin bu yola başvurup başvurmama konusunda takdir yetkisi olduğu ve hâkimin gerekli gördüğü hallerde, tarafların yabancı hukukun uygulanması yönünde bir talepleri olmasa dahi, bu yetkisini kullanabileceği belirtilmektedir²⁶⁵. Ayrıca, başvurulara verilen cevapların da İngiliz mahkemeleri için bağlayıcı olduğu kabul edilmektedir²⁶⁶. Bu kanunun Avustralya dışında diğer İngiliz Milletler Topluluğu üyesi ülkelerde de halen yürürlükte olduğu belirtilmektedir²⁶⁷. Öte yandan, bu yöntemin masraflı olması ve yargılamayı uzatması nedeniyle oldukça sınırlı bir uygulama alanı olduğu ifade edilmektedir²⁶⁸.

Bir Lordlar Kamarası kararından²⁶⁹ hareketle doktrinde ileri sürülen bir diğer istisna, bazı uluslararası antlaşmaların getirdiği bağlayıcı düzenlemelerdir²⁷⁰. Bu görüşe dayanak olan ve söz konusu kararda ele alınan düzenleme, IMF Anlaşması m. 8/2(b)'dir²⁷¹. Bu madde, bu anlaşmanın öngördüğü kambiyo kontrol mevzuatına aykırı olan ve anlaşmaya taraf ülkelere birinin para birimini ilgilendiren sözleşmelerin diğer tüm ülkelere geçersiz kabul edileceğini hükme bağlamaktadır. Bu doğrultuda, bu türden bir sözleşmenin dava konusu olması halinde, İngiliz mahkemelerinin bu sözleşmenin ilgili ülkenin kambiyo mevzuatına aykırı olmadığını tarafların ispat etmesini re'sen talep edebileceği belirtilmektedir.

Doktrinde istisna olarak görülmesi gerektiği savunulan son örnek²⁷² ise üçüncü kişiler üzerinde de etki doğurabilecek hallerdir. Örneğin, bir evliliğin butlanı

ülkeler bakımından da mevcuttu. İngiliz hukukundaki genel anlayışa tamamen aykırı görünen bu düzenlemenin hiç uygulanmadığı ve 1973 tarihinde de yürürlükten kaldırıldığı belirtilmektedir (O'Brien, s. 149, dn. 40).

²⁶⁵ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 96; Dicey / Morris, s. 236-237.

²⁶⁶ Dicey / Morris, s. 237.

²⁶⁷ Nishitani, s. 30.

²⁶⁸ Dicey / Morris, s. 237; Nishitani, s. 30.

²⁶⁹ United City Merchants v. Royal Bank of Canada [1983] A.C. 168 (www.lexisnexis.eu).

²⁷⁰ Hartley, s. 288; Nishitani, s. 18; Hausmann, s. 6.

²⁷¹ Söz konusu hükmün İngilizce versiyonu şu şekildedir: “*Exchange contracts which involve the currency of any member and which are contrary to the exchange control regulations of that member maintained or imposed consistently with this Agreement shall be unenforceable in the territories of any member. In addition, members may, by mutual accord, cooperate in measures for the purpose of making the exchange control regulations of either member more effective, provided that such measures and regulations are consistent with this Agreement*”. Bkz. <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/pdf/aa.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2018).

²⁷² Esasen doktrinde Hartley tarafından ileri sürülen bir istisna daha mevcuttur. Yazar bu görüşünü 1958 tarihli *Regazzoni v. KC Sethia* kararına dayandırmaktadır. Buna göre, İngiltere'nin taraf olduğu bir uluslararası sözleşme olmasa dahi, milletlerarası nezaket (*comity*) anlayışı gereği, yabancı bir hukuka göre geçersiz bir işlemin yapılmasını öngören bir sözleşmenin İngiliz mahkemelerinde yürürlük kazanmaması söz konusu olabilir. Bu görüşün dayandırıldığı kararda, o dönem henüz İngiliz

davasında, söz konusu evliliğin geçerliliği kanunlar ihtilafı kuralları gereği yabancı bir hukuka tabiyse, davacının da iddiasını söz konusu yabancı hukuka dayandırması gerektiği savunulmaktadır²⁷³.

Anglosakson hukuk geleneğini takip eden ülkelerden İrlanda, Güney Kıbrıs ve Malta'da da yabancı hukuk "vakıa" olarak kabul edilmektedir. Bu ülkelerde uygulanan sistemler, İngiliz hukukundakine oldukça benzer niteliktedir²⁷⁴. Bu örneklerin karşısında, yabancı hukuku "vakıa" olarak gören sistemin belki de en şaşırtıcı temsilcisi ise Lüksemburg'dur. Aslında bir Kıta Avrupası ülkesi olmasına rağmen, Lüksemburg hukukunda yabancı hukuk, tıpkı Anglosakson ülkelerindeki gibi "vakıa" olarak görülmektedir²⁷⁵. Lüksemburg'da hâkimlerin kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukuku uygulamak yönünde bir yükümlülükleri bulunmamakta; ancak gerekli gördükleri durumda uygulamak yönünde bir takdir yetkileri bulunmaktadır²⁷⁶. Yabancı hukukun içeriğini tespit konusundaki sorumluluğun da yabancı hukukun uygulanmasını talep eden taraf veya taraflar üzerinde olduğu kabul edilmektedir²⁷⁷.

3. Yabancı Hukukun Uygulanmasında Karma Sistem

Bazı ülkelerde²⁷⁸ hukuk ve vakıa doktrinlerinin ikisi de doğrudan uygulanmayıp, bunların ikisinden de izler taşıyan karma yaklaşımlar benimsenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki karma sistem altında sınıflanan ülkelerde aslında

sömürgeci olan Hindistan'ın Güney Afrika'ya karşı uyguladığı ambargoyu aşmak amacıyla Hindistan'dan gelen hint kenevirini İtalya üzerinden Güney Afrika'ya gönderme taahhüdüne giren davalının bu edimi, Lordlar Kamarası'na geçersiz kabul edilmiştir. Mahkemenin bu sonuca ulaşırken kullandığı gerekçe ise Hindistan'ın dost bir ülke olması ve bu nedenle milletlerarası nezaket gereği bu devletin koyduğu yasaklamalara, sözleşme İngiliz hukukuna tabi olsa dahi uyulması gerektiği olmuştur. Bu karardan hareket eden *Hartley*'e göre, taraflarca söz konusu sözleşmenin tabi olduğu hukuka göre geçersiz olduğu ileri sürülmesi dahi, hâkimin bu geçersizlik halini re'sen değerlendirmesi gerekecektir (*Hartley*, s. 288-289). Öte yandan, burada söz konusu olan faaliyet, yerine göre kamu düzeni müdahalesi, yerine göre üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının göz önünde bulundurulmasının bir gereği olduğundan, burada gerçek anlamda bir istisna olmadığı kanaatindeyiz. Söz konusu karar için bkz. *Regazzoni v. KC Sethia (1944) Ltd* [1958] AC 301 (www.uniset.ca).

²⁷³ *Hartley*, s. 286; *Hausmann*, s. 6. *Briggs*'e göre ise bu şekilde bir yaklaşım İngiliz hukukunda hiçbir zaman kabul görmemiştir. Ancak bu şekilde bir yaklaşımın kabulü, mevcut uygulamaya nazaran daha isabetli olacaktır ve bu nedenle de bu durumun değişmesinde fayda bulunmaktadır (*Briggs*, s. 9-10).

²⁷⁴ *Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga*, s. 15.

²⁷⁵ *Nishitani*, s. 19; *Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga*, s. 15.

²⁷⁶ *Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga*, s. 20; *Nishitani*, s. 19.

²⁷⁷ *Nishitani*, s. 19; *Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga*, s. 15.

²⁷⁸ ABD, İspanya, Letonya, Litvanya. Bkz. *Nishitani*, s. 19; *Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga*, s. 16.

birbirinden farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Dolayısıyla bir hukuk sisteminde hâkim olan anlayışın karma sistem olarak nitelenmesi, aslında bu sisteme dâhil olan ülkelerin diğer iki sistemden farklı özellikler taşımalarından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle de karma sistemde yer alan ülkelerin tamamı bakımından ortak olan özelliklerden bahsetmek mümkün değildir.

Örneğin, karma sistemin temsilcilerinden olduğu kabul edilen Letonya ve Litvanya'daki anlayışın bu şekilde tanımlanmasının, yabancı hukukun uygulandığı uyuşmazlıklar bakımından bir ayrıma gitmesinden kaynaklandığı belirtilmektedir²⁷⁹. Bu sisteme göre, uluslararası sözleşmeler veya iç hukukun emredici hükümleri uyarınca yabancı hukukun uygulandığı uyuşmazlıklarda, yabancı hukuk “hukuk” olarak kabul edilmektedir. Bu hallerde yabancı hukukun içeriğini araştırma ve tespit edilen kuralları uygulama konusunda hâkimin bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak taraf iradelerine üstünlük tanınan hallerde yabancı hukuk “vakıa” olarak görülmekte ve uygulanması gereken hukukun ilgili hükümlerini tarafların mahkemeye sunmaları beklenmektedir²⁸⁰.

Karma sistemi uygulayan ülkelerden bir diğeri İspanya'dır²⁸¹. İspanyol hukukundaki sistem, kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama konusunda hâkimi, yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda ise tarafları esas sorumlu kılmaktadır. Bu sistemde kanunlar ihtilafı kuralları, tarafların talep etmesine gerek kalmaksızın re'sen uygulanmakta; ancak tespit edilen hukukun yabancı bir hukuk olması durumunda bu hukukun içeriğini tarafların tespit etmesi beklenmektedir²⁸².

²⁷⁹ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 28-29; Giray, s. 559; Gruber / Bach, s. 161-162.

²⁸⁰ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 28-29; Gruber / Bach, s. 162; Giray, s. 559.

²⁸¹ İspanya'da uygulanan sistemin bazı sınıflandırmalarda “vakıa” doktrinine dahil olarak gösterildiği de görülmektedir (Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 15-16; Gruber / Bach, s. 161). Kanımızca kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanması nedeniyle bu sistemi karma bir sistem olarak nitelemek daha doğru olacaktır. Zira geleneksel olarak “vakıa” doktrinini kabul eden Anglosakson ülkelerinde kanunlar ihtilafı kuralları da re'sen değil, tarafların talebi üzerine uygulanmaktadır. Ayrıca, İspanyol hukukunda tarafların yabancı hukukun içeriği konusunda anlaşmalarının hâkim için bağlayıcı olmadığı da belirtilmektedir (Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 16). Halbuki, daha önce anmış olduğumuz üzere, vakıa doktrininde tarafların bu yöndeki anlaşması hâkim için kural olarak bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Kanımızca bu hususlar, İspanya'daki sistemin vakıa doktrininden daha farklı bir yapıya sahip olduğunu göstermektedir.

²⁸² Nishitani, s. 19; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 16.

Günümüzde ABD’de uygulanan sistem de “vakıa” sisteminden çok karma bir sisteme benzemektedir²⁸³. Aslında Amerikan sistemi önceleri yabancı hukuku vakıa olarak görmekteydi²⁸⁴. Ancak ülkedeki uygulama zaman içerisinde bu anlayıştan uzaklaşmışsa da; uygulanan mevcut sistem, Kıta Avrupası anlayışına da tam olarak benzemektedir.

Aslında Amerikan sistemini hukuk doktrinine yaklaştıran bazı noktalar mevcuttur. Zira ilk olarak, ülkedeki eyaletlerin büyük çoğunluğunda yabancı hukukun “hukuk” olarak nitelendiği ifade edilmektedir²⁸⁵. Bunun yanında, yabancı hukukun uygulandığı davalar sonucu verilen kararların alelade vakıaların aksine üst yargı mercilerince denetlenebileceği de kabul edilmektedir²⁸⁶. Ayrıca, Federal Hukuk Muhakemesi Kanunu (*US Federal Rules of Civil Procedure*) m. 44.1’e göre, federal mahkemelerin tarafların sunduğu delillerle yetinmeyip, yabancı hukuka dair re’sen araştırma yapma konusunda yetkileri mevcuttur²⁸⁷. Öte yandan, hukuk doktrininden farklı olarak, eyalet mahkemeleri ve federal mahkemelerde yabancı hukukun uygulanması, hâkimlerce re’sen gerçekleştirilmemekte ve bunun taraflarca talep edilmesi beklenmektedir²⁸⁸. Buna ek olarak, yine hukuk doktrinine uymayacak bir biçimde, hâkimlerin yabancı hukuka dair yorumları diğer mahkemeler için bağlayıcı nitelik taşımamaktadır²⁸⁹. Kanımızca tüm bu nedenler ışığında ABD hukukundaki anlayışın da karma bir sistem olarak nitelenmesinde fayda bulunmaktadır.

D. Yabancı Hukukun Uygulanması Esnasında Dikkat Edilmesi Gereken Hususlar

Milletlerarası hukuk, egemen devletlere kendi ülkelerinde meydana gelen olaylara diledikleri hukuki sonuçları bağlayabilme yetkisini tanımaktadır. Devletler

²⁸³ Nishitani, s. 19; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 83; Peter Hay, “The United States: The Use and Determination of Foreign Law in Civil Litigation in the United States”, **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, C. 26, 2017, s. 397-427, s. 411. Kanunlar ihtilafı kuralları bakımından ise ABD hukukunu bir sınıflandırmaya dahil etmek kolay görünmemektedir. Zira ABD’de tüm ülke çapında uygulama alanı bulan yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları mevcut değildir. Aksine her eyaletin kendi kanunlar ihtilafı kuralları mevcuttur (Hay, s. 399). Bu nedenle incelememiz genel kurallar ışığında yabancı hukukun ne şekilde uygulandığını ortaya koymakla sınırlı olacaktır.

²⁸⁴ Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 83.

²⁸⁵ Hay, s. 418; Nishitani, s. 19.

²⁸⁶ Hay, s. 411.

²⁸⁷ Hay, s. 411; Nishitani, s. 19; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 83; Alberti, s. 10.

²⁸⁸ Nishitani, s. 19; Hay, s. 400.

²⁸⁹ Hay, s. 411.

de bu yetkilerini, sevk ettikleri hukuk kuralları yoluyla kullanmaktadırlar. Bu durumda bir hukuk kuralına bu vasfı veren, kendi hukuku olmaktadır²⁹⁰. Dolayısıyla, bir hukuk kuralı kendi ait olduğu hukuk sistemi dışına çıktığında da yine hukuk kuralı olma vasfını koruyacaktır²⁹¹. Ancak bu durum hiç şüphesiz bir hukuk normunun yabancı bir ülkede uygulama alanı bulabilmesinin gerekçesi değildir. Daha önce de değindiğimiz üzere, bu durum, hukuk kurallarının başka hukuk sistemlerinde de bağlayıcı nitelik taşımasının değil; *for* ülkesi kanun koyucusunun, sevk ettiği kanunlar ihtilafı kurallarıyla bu yabancı hukuk kurallarına verdiği hukuki etkinin bir sonucudur²⁹².

Hukuk kurallarına bu vasfı veren kendi hukukları olduğundan; bir hukuk farklı bir ülkede uygulama alanı bulsa dahi, *lex fori*'nin hukuk kuralı haline gelmeyecek ve ayrı bir statüdeki “yabancı hukuk” olarak uygulama alanı bulacaktır²⁹³. Bir hukuk sisteminin yabancı hukuku “vakıa” veya “hukuk” olarak görmesi bu noktada bir fark yaratmamaktadır; yabancı hukuk iki durumda da yabancı olma niteliğini koruyarak *lex fori*'nin ona çizdiği sınırlar dâhilinde “*yürürlük imkânı kazanmaktadır*”²⁹⁴.

Yabancı hukukun uygulanması konusunda önem taşıyan noktaların başında yabancı hukukun ne şekilde uygulanacağı meselesi gelmektedir. Kanunlar ihtilafı kuralları ile yabancı hukukun uygulanması bakımından karşımıza çıkan tüm sistem farklılıklarına rağmen, bu konudaki çözüm tüm dünyada aynıdır. Buna göre, hâkimler kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği yabancı hukukları, ait olduğu hukuk sisteminde ne şekilde uygulanıyorsa, o şekilde uygulamalıdır. Bu anlayış; yabancı hukukun hukuk veya vakıa olarak görülmesinden bağımsız olarak, dünya genelinde kabul gören bir ilkedir²⁹⁵. Bu durumda hâkimler mutlaka hukuku bir bütün

²⁹⁰ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 60-61; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 32; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 546; Doğan, s. 205; Arslan, s. 75; Pretelli / Lalani, s. 386.

²⁹¹ Pretelli / Lalani, s. 386; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 32; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 546.

²⁹² Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 32; Batiffol / Lagarde, s. 528; Pretelli / Lalani, s. 386; Tarman, s. 552; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 60-61; Mayer, s. 66.

²⁹³ Batiffol / Lagarde, s. 528; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 32; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 61; Doğan, s. 205; Pretelli / Lalani, s. 386; Tarman, s. 552; Cenk Akil, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 3, 2008, s. 1-32 (**Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**), s. 19.

²⁹⁴ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 33-34.

²⁹⁵ Nishitani, s. 31; Swiss Institute of Comparative Law, s. 84. Alman hukuku bakımından bkz. Dannemann, 17. ve 18. dn. arası; Remien, s. 205. Fransız hukuku bakımından Mayer, s. 135; Batiffol / Lagarde, s. 543; Corneloup, s. 174. İngiliz hukuku bakımından bkz. Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 14. İsviçre hukuku bakımından bkz. Pretelli / Lalani, s. 380. Türk hukuku bakımından bkz. Çelikel / Erdem, s. 110; Nomer, **DHH**, s. 198; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s.

olarak görerek, uygulanan ülke hâkiminin dikkate alacağı doktrin görüşleri, yargı kararları, örf ve adetler gibi tüm unsurları dikkate alarak bir karar vermelidirler²⁹⁶. Aynı şekilde, yabancı hukukta var olan düzenleme hâkimin hukukunda var olan bir düzenlemeyle aynı da olsa; bu durum yabancı ülkedeki yorum şeklini dikkate alma ihtiyacını ortadan kaldırmayacaktır. Zira aynı hükmün iki farklı ülkede farklı şekillerde yorumlanması dahi mümkündür²⁹⁷. Bu nedenle de salt kanun metinlerine bakılarak verilecek kararların, hâkimlerce hukuku uygulanan ülkedeki yerleşik uygulamadan farklı sonuçlara ulaşması oldukça muhtemeldir²⁹⁸.

Bu kuralın bir sonucu olarak hâkimler, yabancı bir hukuku uygularken kendi hukuk anlayışlarını kural olarak bir kenara bırakmalı ve uyguladığı hukuk kuralının ait olduğu hukuk sisteminde konumlandığı anlayışa göre uyuşmazlığı çözümlemelidirler. Hâkimler yabancı hukuku kendi hukukunda fiilen ne şekilde uygulaniyorsa, o şekilde uygulamakla yetinmeli; kendi hukuk anlayışları ve değer yargılarını bu karar verme sürecine dâhil etmemelidirler²⁹⁹. Dolayısıyla hâkimlerin kendi iç hukuklarında sahip oldukları kendi adalet duygularına göre en adil kararı verme yetkilerinin, yabancı bir hukuku uyguladıkları ihtimalde oldukça sınırlı bir

61; Tarman, s. 556; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 22; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 543; Yaşar, s. 95; Arslan, s. 62. Ayrıca bu ilke, Montevideo Sözleşmesi'nin 2. maddesinde de açık bir şekilde kabul edilmiştir.

²⁹⁶ Mayer, s. 135; Corneloup, s. 174; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 61; Remien, s. 205.

²⁹⁷ Nomer, **DHH**, s. 198; Yaşar, s. 95; Shaheeza Lalani, "Ascertaining Foreign Law: Problems of Access and Interpretation", **International Journal for the Semiotics of Law**, C. 30, S. 1, 2017, s. 51-66 (**Problems**), s. 60.

²⁹⁸ *Lalani*'ye göre, hukuk sistemleri her daim kendi içlerinde tutarlı olmayabilmekte yahut kullanılan kelimelere her zaman sözlük anlamı atfedilmeyebilmektedir. Bu nedenle resmi bir kanun tercümesi dahi her zaman karara tek başına esas alınmaya yetmeyecektir (Lalani, **Problems**, s. 58, 60). Bu konuda ilginç bir Amerikan mahkeme kararından bahsetmekte fayda görüyoruz. TAN-SAHSA Havayolları'nın Kosta Rika-Honduras seferini yapan 414 sefer sayılı uçağının 21.10.1989 tarihinde düşmesi üzerine ölen otuz bir kişinin yakınları havayolu şirketi aleyhine Florida mahkemelerinde dava açmıştır. Mahkeme, uygulanacak hukuk olarak Nikaragua hukukunu tespit etmiştir. Davacıların manevi tazminat talebine ilişkin olarak Nikaragua Medeni Kanunu'nu inceleyen mahkeme, kanunda manevi tazminata ilişkin olarak herhangi bir düzenleme olmaması karşısında Nikaragua hukukunda manevi tazminat kurumunun tanınmadığına karar vermiş ve maddi tazminatın yanında manevi tazminata da hükmeden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Ancak mahkemenin göz önünde bulundurmadığı iki husus bulunmaktaydı. Manevi tazminata ilişkin olarak Nikaragua Ceza Kanunu'nda düzenleme bulunmaktaydı ve Nikaragua meclisince kabul edilen meclis yorumuna göre, Nikaragua Medeni Kanunu'ndaki hükümler de manevi tazminata olanak verdiği şeklinde yorumlanmaktaydı. Söz konusu karar için bkz. *Transportes Aéreos Nacionales, S.A., and Servicio Aereo de Honduras (TAN-SAHSA) v. Tania Flores de Brenes*, District Court of Appeal of Florida, 625 So. 2d. 4, T. 09.03.1993 (www.courtlistener.com). Karara dair ayrıntılı bir inceleme için bkz. William H. White Jr., "Foreign Law, Politics & Litigants in U.S. Courts: A Discussion of Issues Raised by *Transportes Aéreos Nacionales, S.A. v. De Brenes*", **University of Miami Inter-American Law Review**, C. 27, S. 1, 1995, s. 161-202.

²⁹⁹ Mayer, s. 135; Batiffol / Lagarde, s. 543; Nomer, **DHH**, s. 198.

şekilde karşımıza çıkacağını söylemek yanlış olmayacaktır³⁰⁰. Zira aksi yönde bir yaklaşım, söz konusu yabancı hukuka bir müdahale anlamına gelecektir³⁰¹. Kanımızca bu konuya ilişkin *Goldschmidt*'in şu sözlerine kulak vermekte fayda bulunmaktadır: “*Mahkemeler kendi hukuklarının uygulanmasının mimarları; yabancı hukukun uygulanmasının ise fotoğrafçısıdır*”³⁰².

Ayrıca, hâkimlerin uyguladıkları hukukun hâkimlere verdiği yetkiler dâhilinde hareket edecekleri de kabul edilmektedir³⁰³. Buna göre hâkimler, yalnızca tespit ettikleri kanun hükümleri veya yerleşik mahkeme içtihatlarına göre değil; o ülkedeki hâkimler ne şekilde inceleme yürütüp karar veriyorlarsa, o şekilde hareket edip bir sonuca varmalıdırlar³⁰⁴. Dolayısıyla, örneğin İngiliz hukukunu uygulaması gereken bir Kıta Avrupası hâkimi, normalde yargı kararlarını bağlayıcı görmeyen bir sistemde görev yapsa dahi, somut uyuşmazlık bakımından İngiliz hukukunun bu ilkesini uygulamak durumundadır³⁰⁵. Ancak bu husus, çok geniş bir uygulama alanına sahip olacak şekilde algılanmamalıdır. Eğer yabancı hukukun uygulanması ülke mahkemelerinin görev sahası dışında bir faaliyeti gerçekleştirmesini gerektiriyorsa, söz konusu yabancı hukuk kuralının uygulanması mümkün olamaz. Örneğin, bir Türk hâkimi bir Fransız hukukunda öngörülen anlamıyla aile meclisini (*conseil de famille*) toplantıya davet edemez ve bu meclise başkanlık yapamaz³⁰⁶.

³⁰⁰ Dolayısıyla hâkimlerin yabancı bir hukuku uygularken ellerinde iki seçenek mevcuttur: Yabancı hukuku olduğu gibi uygulamak veya kısmen ya da tamamen uygulamamak (Nishitani, s. 4).

³⁰¹ Nomer, **DHH**, s. 198.

³⁰² Aktaran Dannemann, 18. ve 19. dn. arası.

³⁰³ Nussbaum, s. 1031. Bu görüşün paylaşıldığı bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. İsviçre Federal Mahkemesi, T. 02.09.2008, 4A_336/2008 (www.swisslex.ch).

³⁰⁴ Dannemann, 17. ve 18. dn. arası; Nussbaum, s. 1031.

³⁰⁵ Nussbaum, s. 1032.

³⁰⁶ Nomer, **DHH**, s. 199. Aslında Türk hukukunda da aile meclisi adıyla anılan bir kurum mevcuttur. Ancak Medeni Kanun m. 398-402 hükümlerinde düzenlenen bu kurum, yalnızca vesayet altındaki kişinin vesayetinin istisnai olarak bir aileye verildiği hallerde, vesayet makamının yerini almak üzere uygulama alanı bulmaktadır (Türk Medeni Kanunu m. 398/2). Meclisin üyeleri arasında yalnızca vesayet altındaki kişinin hısımları bulunmaktadır (m. 400). Türk hukukunda bu kurumun ne şekilde düzenlendiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Dural / Tufan Ögüz / Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt 3: Aile Hukuku**, İstanbul, 2018, s. 405-407. Fransız hukukunda ise bu kurum, Fransız Medeni Kanunu'nun (*Code Civil*) m. 398-402 hükümlerinde düzenlenmiş ve Türk hukukundan bir ölçüde daha farklı bir uygulama alanına sahiptir. Konumuz bakımından önem taşıyan farklılık ise Fransız hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak, vesayet hâkiminin aile meclisi toplantılarına katılması ve toplantı başkanlığını yürütmesidir (Fransız Medeni Kanunu m. 400/1). Fransız hukukunda bu kurumun ne şekilde düzenlendiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Guy Raymond, “Administration légale et tutelle”, **Répertoire de droit civil**, Dalloz, 2009, para. 160-194.

Yabancı hukuku uygulayan hâkimin, bu esnada karşılaşılabileceği birtakım özellikli meseleler bulunabilir³⁰⁷. Örneğin, hukuku uygulanacak olan ülke, somut olaya ilişkin olarak bir milletlerarası sözleşmeyi imzalamış; ancak sözleşmenin etkilerinin iç hukuka aktarılması için gerekli işlemleri³⁰⁸ tamamlamamış olabilir. Yahut hukuku uygulanacak ülke, usulüne uygun bir şekilde kabul edilerek yürürlüğe girmiş bir milletlerarası sözleşmeye taraf olmasının ardından aynı konuyu bir yasayla düzenlemiş olabilir. Bu türden ihtimallerle karşılaşan hâkimin, bu sorunları hukuku uygulanan ülkede kabul edildiği şekilde uygulayarak çözüme kavuşturması gerekmektedir³⁰⁹.

Bu noktada önem taşıyabilecek bir diğer nokta da hâkimlerin çözmeye çalıştığı uyuşmazlığa ilişkin ilgili yabancı hukukta herhangi bir düzenleme olmaması halidir³¹⁰. Bu durumda da hâkimlerin kendilerini hukukunu uyguladıkları ülkedeki hâkimlerin yerlerine koymaları beklenmektedir. O ülke hâkimlerinin bu şekilde bir boşluğu ne şekilde dolduracağı düşünüüyorsa, yabancı hukuku uygulayan hâkimlerin de söz konusu boşluğu aynı şekilde doldurmaya çalışmaları gerekmektedir³¹¹.

Ayrıca, kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukuk, milletlerarası hukukta veya *forum* ülkesince tanınmayan bir ülkenin hukuku dahi olsa, bu hukukun yine de uygulanması gerektiği de kabul edilmektedir³¹². Yabancı bir ülkenin hukukunun uygulanması, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamak amacıyla gerçekleştirilen bir faaliyet olduğuna göre, milletlerarası hukuk bakımından devletler arası ilişkilerin bu konuda bir etkisinin olmaması gerekir³¹³. Zira salt vatandaşı

³⁰⁷ Bu meselelerden bir tanesi olan yabancı hukukun kendi anayasası veya *lex fori*'nin anayasasına aykırı olması hali, aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, II. Yabancı Hukukun Anayasaya Aykırılığı.

³⁰⁸ Bu gerekli işlem, milletlerarası sözleşmenin yasama organınca onaylanması, onay belgesinin merkezi makama tevdi veya İngiltere gibi düalist sistemi kabul eden ülkeler bakımından doğrudan iç hukuka aktarma şeklinde karşımıza çıkabilir.

³⁰⁹ Çelikel / Erdem, s. 178.

³¹⁰ Hâkimin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili yabancı hukukta somut olaya uygulanması gereken bir kural olmadığını tespit etmesi, istisnai olarak yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi sonucunu da doğurabilir. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yukarıda İkinci Bölüm, VI, A. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespit Edilememesi Kavramı.

³¹¹ Dannemann, 18. dn. civarı; Nomer, **DHH**, s. 199; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 543; Yaşar, s. 95; Corneloup, s. 174; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 61; Nishitani, s. 31; Cashin Ritaine, s. 43-44.

³¹² Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 28; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 65; Giray, s. 559; Yaşar, s. 77, dn. 14; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 20.

³¹³ Uygulamada da bu ilkeye genel olarak riayet edilmiştir. Örneğin, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği uzun bir süre İsviçre devleti tarafından tanınmamış da olsa, İsviçre mahkemeleri Sovyet

olduğu devletin tanınmaması nedeniyle kişilerin milli hukuklarının hükümlerine tabi olamaması, adaletsiz bir sonuç olacaktır³¹⁴. O halde, örneğin Güney Kıbrıs vatandaşı bir çift Türkiye’de boşanma davası açarsa, uyuşmazlığı çözecek olan hâkimin tarafların müşterek milli hukuku olan Güney Kıbrıs hukukunu uygulaması gerekecektir³¹⁵. Bu anlayışın diğer bir yansımasını da yabancı hukukun uygulanmasının karşılıklılık şartına bağlanıp bağlanamayacağı sorunsalı bakımından görmek mümkündür. Zira bu konuda da genel olarak kabul gören yaklaşım, bu konunun karşılıklılık şartına bağlanamayacağı yönündedir³¹⁶.

IV. Türk Hukukunda Kanunlar İhtilafı Kuralları ve Yabancı Hukukun Uygulanması

Kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukukun uygulanmasında yaygın olarak uygulanan sistemler ortaya konduktan sonra, çalışmamızın bu bölümünde Türk milletlerarası özel hukukunda bu hususların ne şekilde düzenlendiği tarihi akış çerçevesinde ortaya konacaktır.

A. 1330 tarihli Muvakkat Kanun Döneminde

Türk hukukunda milletlerarası özel hukuka ilişkin ilk düzenleme, 23 Şubat 1330 (1915) tarihli Türkiye’de Bulunan Yabancıların Hak ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun’dur³¹⁷. Muvakkat Kanun, Osmanlı Devleti’nin 1. Dünya Savaşı’nın başlaması sonrası kapitülasyonları tek taraflı olarak kaldırması sonrası, Osmanlı topraklarında bulunan yabancıların hukuki durumları ve bu kişilerin Osmanlı mahkemeleri nezdinde yargılandıklarında tabi olacakları rejimi düzenlemek amacını taşımaktaydı³¹⁸. Muvakkat Kanun, aslında geçici olarak çıkarılmasına karşın, 1982 yılına kadar, yani 67 yıl gibi uzun bir süre yürürlükte kalmıştır.

hukukunu her daim uygulamıştır. Aynı şekilde, Doğu Almanya’yı bir devlet olarak tanımayan Batı Almanya da, Doğu Alman hukukunu uygulamaktan hiçbir şekilde kaçınmamıştır (Nomer, **DHH**, s. 42).

³¹⁴ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 28.

³¹⁵ Giray, s. 559, dn. 26.

³¹⁶ Cheshire / North / Fawcett, s. 5; Giray, s. 559; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 65; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 20.

³¹⁷ Muvakkat Kanun’un Osmanlı Türkçesindeki tam adı ise “Memâlik-i Osmaniyyede Bulunan Tebaayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-u Muvakkat” şeklindeydi. Kanunun tam metni için bkz. Göğer, s. 405-406.

³¹⁸ Çelikel / Erdem, s. 41.

Muvakkat Kanun'un kapsamı oldukça sınırlıydı. Öyle ki kanunlar ihtilafına ilişkin olarak Muvakkat Kanun'da yer alan tek hüküm, Kanun'un 4. maddesiydi. Söz konusu hüküm oldukça sınırlı bir kapsama sahip olup, yabancı hukukun ne şekilde tespit edilip uygulanacağı konusunda herhangi bir açıklık içermemekteydi. Muvakkat Kanun'da herhangi bir şekilde düzenlenmemiş olan bu konu, Cumhuriyet sonrasında farklı bir kanun ile HUMK'un³¹⁹ 76. maddesiyle düzenlenmişti. 1927 yılında yürürlüğe giren Kanunun söz konusu maddesi şu şekilde kaleme alınmıştı: "*Hâkim re'sen Türk kanunları mucibince hüküm verir. Ancak bir ecnebi hukukunun tatbiki lazım olan hallerde, buna istinat eden taraf o kanun hükmünü ispatla mükelleftir. İspat olunmazsa Türk kanunları mucibince hükmolunur*".

HUMK m. 76, Türk hukukunun re'sen uygulanacağı konusunda net bir ifade içermekle beraber; maddenin geri kalanı, yabancı hukukun uygulanması bakımından farklı şekilde yorumlara yol açmaktaydı³²⁰. Gerçekten de maddenin lafzı, kanunlar ihtilafı kuralları yabancı bir hukuku işaret ettiğinde, uygulanacak yabancı hukukun ilgili kurallarını o kurallara dayanan tarafın ispatlaması gerektiği şekilde yorumlanmaya müsaitti. Doktrinde ise bu konuda temelde iki farklı yorumun ortaya çıktığı görülmekteydi. Çoğunluğunu medeni usul hukukçularının oluşturduğu yazarların paylaştığı ilk görüş, HUMK m. 76'nın lafzından hareketle, yabancı hukukun ispatının tarafların üzerinde bir sorumluluk olduğunu savunmaktaydı³²¹. Bu türden bir yorum, yabancı hukukun Türk hukukunda vakıa olarak kabul edildiği anlamına gelirdi. Diğer görüş ise bu lafzi yoruma rağmen, hukuk doktrinini savunmakta ve hâkimin re'sen araştırma yükümlülüğünün devam ettiğini kabul etmekteydi³²². Bu ikinci görüşün gerekçesi, kanunun sistematığının bu lafzi yorumu öngörmediği ve Türk özel hukukunun temelini aldığı Kıta Avrupası ülkelerinde hâkim olan hukuk doktrininden ayrılacak bir yorumun isabetsiz olacağı yönündeydi.

³¹⁹ R.G. 02, 03, 04.07.1927, S. 622, 623, 624.

³²⁰ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 70; Çelikel / Erdem, s. 171; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 14.

³²¹ Saim Üstündağ, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tadil Tasarısı Hakkında Düşünceler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 33, S. 1-2, 1967, s. 141-182, s. 177; İlhan Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul, 1975, s. 236. İspat bakımından yabancı hukuk kurallarının vakıalarla aynı esaslara tabi olduğu yönündeki benzer görüş için bkz. Necmettin Berkin, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, 1969, s. 169. Yabancı hukukun aslında bir vakıa olduğu; ancak Yargıtay'ın yabancı hukukun uygulanmasını denetleyebilmesi karşısında artık bu sistemin kendine has ve karma bir sistem olarak nitelenmesi gerektiği yönünde bkz. Göğer, s. 137-138.

³²² Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 71; Uluocak, s. 32; Seviğ, s. 206; Bilge Umar, **İsbat Yükü**, 2. Bası, İstanbul, 1980, s. 21.

Yargıtay'ın içtihatlarının ise genel olarak ikinci görüş yönünde olduğu görülmektedir³²³.

B. 2675 ve 5718 Sayılı MÖHUK Döneminde

HUMK m. 76 hükmünün yarattığı belirsizlik, ancak 1982 yılında 2675 sayılı MÖHUK'un kabulü ile giderilebilmiştir. Bu yeni düzenlemede Muvakkat Kanun'un aksine yabancı hukukun tespiti ve uygulanmasına ilişkin bir hüküm de mevcuttu. Kanun'un "Yabancı Hukukun Uygulanması" başlığını taşıyan 2. maddesinin ilk iki fıkrası şu şekildedir: "(1) *Hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir. (2) Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi batinde, Türk hukuku uygulanır*". Görüldüğü üzere bu hüküm, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının ve bu kurallara göre yetkili yabancı hukukun re'sen uygulanacağını, dolayısıyla yabancı hukukun da hukuk olarak kabul edildiğini herhangi bir şüpheyi mahal vermeyecek şekilde ortaya koymuştur.

2675 sayılı MÖHUK'un yürürlükte kaldığı süreçte HUMK da yürürlükte kalmaya devam etmiş olsa da, MÖHUK m. 2'nin açık hükmü ile HUMK m. 76'nın yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hükmünü zımnen ilga ettiği kabul edilmiştir³²⁴. Öte yandan, Yargıtay'ın bazı kararlarında bu hususa dikkat edilmemiş ve 2675 sayılı Kanun döneminde verilen kararlarda MÖHUK m. 2 yanında HUMK m. 76'ya da atıf yapılmaya devam edilmiştir³²⁵.

³²³ Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2722, K. 2613, T. 11.05.1967 (Hilmi Yazıcı / Hasan Atasoy, **Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı (1952-1970): Kanun Metni, Açıklama ve Emsal İçtihatlar**, Ankara, 1970, s. 242); Yargıtay 2. HD. E. 6458, K. 1610, T. 18.03.1969 (Yazıcı / Atasoy, s. 291-292).

³²⁴ Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 16; Yavuz Alangoya / Kâmil Yıldırım / Nevhis Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Bası, İstanbul, 2009, s. 308. HUMK'un yerini alan HMK'nın konuyla ilgili hükmü, HMK m. 33'tür. Bu hüküm salt "*Hâkim, Türk hukukunu resen uygular*" şeklinde kaleme alınmış ve yanlış anlaşılmaya müsait olan içerikten tamamen arındırılmıştır. Hükmün gerekçesinde de "*76 ncı maddenin ikinci ve üçüncü cümlelerinde, yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hükümler de bulunmaktaydı. Ancak, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda bu konu açıkça düzenlenmiş olduğundan, bu hususlara maddede yer verilmemiştir*" denilerek yabancı hukukun tespiti ve uygulanmasına dair tüm kuralların MÖHUK'ta düzenlenmesi nedeniyle bu hususun HMK'daki hükmün kapsamından çıkarıldığı açıkça ortaya konmuştur.

³²⁵ Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 2. HD. E. 1983/5550, K. 1983/5697, T. 23.06.1983; Yargıtay 11. HD. E. 1986/64, K. 1986/2029, T. 18.04.1986; Yargıtay 11. HD. E. 1997/5344, K. 1997/5910, T. 16.09.1997 (www.kazanci.com).

Ancak zaman içerisinde 2675 sayılı Kanun da bazı ihtiyaçları karşılamaktan uzak hale gelmeye başlamıştır³²⁶. Bunun üzerine 2007 yılında, 5718 sayılı MÖHUK³²⁷ kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Günümüzde halen yürürlükte olan 5718 sayılı MÖHUK, yabancı hukukun tespiti ve uygulanması konusunda selefiyle aynı çizgiyi takip etmiştir. Yabancı hukukun tespiti ve uygulanmasında izlenecek temel ilke, tıpkı 2675 sayılı Kanun’da olduğu gibi, 5718 sayılı Kanun’un da 2. maddesinde düzenlenmiştir. Yine “*Yabancı Hukukun Uygulanması*” başlığını taşıyan bu maddenin ilk iki fıkrası, bu konuda Türk hukukunun izlediği tavrı açık bir şekilde ortaya koymaktadır. 2675 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle neredeyse birebir aynı şekilde kaleme alınmış olan hüküm şu şekildedir: “(1) *Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfî kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir. (2) Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır*”.

O halde gerek 2675 gerekse 5718 sayılı MÖHUK’un kabul ettiği sistem uyarınca, Türk hukukunda yabancılık unsuru bulunan özel hukuk ilişkilerinde hem kanunlar ihtilafî kuralları hem de yabancı hukuk re’sen uygulanmaktadır³²⁸. Aynı şekilde MÖHUK m. 2’nin bize işaret ettiği bir diğer temel sonuç ise Türk hukukunda yabancı hukukun “hukuk” olarak kabul edilmesidir³²⁹. Dolayısıyla bir olayda yabancılık unsuru olduğunu tespit eden hâkimin ilk aşamada önündeki uyuşmazlıkla ilgili kanunlar ihtilafî kuralını re’sen tespit edip uygulaması gerekmektedir.³³⁰ Tarafların kanunlar ihtilafî kurallarının uygulanması yönünde bir talepte bulunup

³²⁶ Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 3; Çelikel / Erdem, s. 41; Tarman, s. 550.

³²⁷ R.G. 12.12.2007, S. 26728.

³²⁸ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 60; Çelikel / Erdem, s. 171; Giray, s. 557; Tarman, s. 553; Yaşar, s. 82; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 19; Doğan, s. 208; Feriha Bilge Tanrıbilir, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 87, 2010, s. 195-227, s. 201.

³²⁹ Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 46; Çelikel / Erdem, s. 171; Nomer, **DHH**, s. 194; Giray, s. 559. Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 60; Tarman, s. 553; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 90; Yaşar, s. 82-83; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 545; Arslan, s. 74.

³³⁰ Öte yandan, uygulamada tarafların iddia ve savunmalarını Türk hukukuna göre yapmaları halinde, tarafların uyuşmazlığın normal şartlar altında yabancı bir hukuka göre çözümleneceğinin farkında olmasalar dahi hâkimlerin bu durumu Türk hukuku yönünde bir zımni hukuk seçimi bulunduğu yönünde yorumladıkları belirtilmektedir. Elbette ki bu şekilde bir yorum, ancak kanunlar ihtilafî kurallarının taraflara hukuk seçimi yapma olanağı tanıdığı uyuşmazlıklar bakımından ve tarafların kanunlar ihtilafî kurallarının yabancı hukuku yetkili kıldığını bilebileceği veya bilmesi gerektiği durumlarda geçerli kabul edilebilir (Tarman, s. 553).

bulunmamaları, hâkim için herhangi bir önem taşımamaktadır³³¹. Aynı şekilde, kanunlar ihtilafı kurallarının taraflara hukuk seçimi yapma imkânı tanımadığı hallerde tarafların Türk hukukunun uygulanması yönünde irade beyanında bulunmalarının da hâkim için herhangi bir önemi bulunmamaktadır³³².

Sonraki aşamada ise hâkim, ilgili kanunlar ihtilafı kuralının işaret ettiği hukuku re'sen tespit etmeli; bu hukukun yabancı bir hukuk olması halinde söz konusu hukukun somut uyuşmazlığa uygulanması gereken kurallarını re'sen araştırmalı ve tespit ettiği kuralları uyuşmazlığa uygulamalıdır³³³. Tarafların yabancı hukukun içeriği konusunda bir anlaşmaya varmaları, Türk hâkimi için bağlayıcı etki taşımaz³³⁴. Hâkim, gerekirse tarafların da yardımını alarak, uygulanacak yabancı hukuku kendiliğinden araştırma konusunda yetkili ve yükümlüdür. Yabancı hukukun içeriğinin Türk hukukuyla aynı olması da hâkim için tek başına bir önem taşımaz³³⁵. Tüm bu hususlar, Türk hukukunun hukuk doktrininin en belirgin şekilde uygulandığı sistemlerden bir tanesi olduğunu göstermektedir³³⁶.

³³¹ Nomer, **DHH**, s. 192; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 61-62; Doğan, s. 208; Arslan, s. 76; Yaşar, s. 82. Zaten *iura novit curia* ilkesi gereği ve bunun Türk usul hukukundaki somut karşılığı olan HMK m. 33 uyarınca kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulanması gerekeceğinden; MÖHUK m. 2'de özel olarak kanunlar ihtilafı kurallarının da re'sen uygulanacağına ilişkin hüküm olmasaydı da sonuç değişmezdi. MÖHUK m. 2'deki bu vurgu, yabancı hukukun uygulanmasını güçlendirmek amaçlıdır (Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 61). *Iura novit curia* ilkesine ve bu ilkenin kanunlar ihtilafı kuralları bakımından uygulanabilirliğine dair ayrıntılı bilgi için aşağıda bkz. aşağıda İkinci Bölüm, II. Yabancı Hukuk ve *Iura Novit Curia* İlkesi.

³³² Nomer, **DHH**, s. 192; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 551; Doğan, s. 209. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda aynı şekilde görüş bildirmiştir: "*Taraflar yabancı uyrukludurlar. O halde kural olarak, Türk hukuku uyarınca boşanamazlar. Her ikisinin de Amerika Birleşik Devleti vatandaşı oldukları anlaşılmaktadır. Vatandaşı oldukları Amerika Birleşik Devleti milletlerarası özel hukuk kurallarının Türk hukukuna atfı yapılmaması (2675 sayılı K. 2/3) halinde, Türk hukukunun (lex fori) uygulanması, aksi halde müşterek milli hukuklarının araştırılması ve o çerçevede hüküm kurulması gerekirken Amerika Birleşik Devleti milletlerarası özel hukuk kurallarının Türk Hukukuna atfı yapıp yapmadığı belirlenmeden tarafların "Türk hukuku uygulansın" biçimindeki beyanları ile yetinilerek Türk Hukuku uyarınca boşanmaya karar verilmesi doğru değildir. Adalet Bakanlığının istemi üzerine, Yargıtay C. Başsavcılığının vaki temyizi yerinde görüldüğünden hükmün, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 427/7. maddesi uyarınca sonucuna etkili olmamak üzere (BOZULMASINA) oybirliğiyle karar verildi". Bkz. Yargıtay 2. HD. E. 1995/7581, K. 1995/8106, T. 12.07.1995 (www.kanunum.com).*

³³³ Türk hukukunda zaten hukuk doktrininin tercih edilmesi nedeniyle aslında MÖHUK m. 2'de re'sen araştırma ifadesinin kullanılması da aynı sonuca varmak gerekecekti. Hükümde bu ifadenin kullanılmış olmasının, kanun koyucu tarafından hâkimlerin yabancı hukuku uygulama konusundaki muhtemel isteksizliklerine cevaben alınmış bir önlem olduğu yönündeki görüş için bkz. Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 546.

³³⁴ Çelikel / Erdem, s. 171; Tarman, s. 556.

³³⁵ Nomer, **DHH**, s. 198; Yaşar, s. 95; Çelikel / Erdem, s. 171.

³³⁶ Bu durumun uygulamaya da aynı şekilde yansıdığını söylemek ise pek mümkün görünmemektedir. Öyle ki, Tarman'ın doğrudan İstanbul'da görev yapan hâkimlerle görüşmesi ışığında aktardığı bilgilere göre, taraflar yabancı hukukun uygulanmasını istemedikçe ve uygulanması gereken hukukun ilgili kurallarını mahkemeye sunmadıkça, hâkimler yabancı hukuku uygulamamaktadırlar. Hâkimlerin bu durumun gerekçesi olarak yabancı hukuka erişim zorluğu, yargılamaların uzamasının önüne geçme arzusu ve tarafların Türk hukukunun uygulanması yönündeki taleplerini gösterdiği anlaşılmaktadır.

İKİNCİ BÖLÜM: YABANCI HUKUKUN TESPİTİ

I. Genel Olarak

Hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta yabancı bir hukuku uygulayabilmesi, uyuşmazlığın yabancılık unsuru barındırması ve bu nedenle uygulama alanı bulan ilgili kanunlar ihtilafı kuralının yabancı bir hukuku işaret etmesi halinde mümkün olabilmektedir. Ancak daha önce de bahsedildiği üzere, kanunlar ihtilafı kuralları salt gösterici nitelikte kurallardır ve görevleri uyuşmazlıkta uygulanacak hukuku işaret etmekle sınırlıdır. Yabancı hukukun uygulanması faaliyeti ise burada bitmemektedir. Kanunlar ihtilafı kuralının yabancı bir ülkenin hukukunu işaret etmesi sonrası, hâkim ve/veya tarafların yabancı hukukun içeriğini ortaya koyması gerekmektedir. Tüm bu süreç, yabancı hukukun uygulanması faaliyetinin en çok önem taşıyan noktası ve hatta milletlerarası özel hukukun “*can damarı*” olarak görülmektedir³³⁷. Çalışmamızın bu bölümünde bağlama noktaları ile yabancı hukukun içeriğini tespit konusu ele alınacak ve tespit faaliyeti bakımından önem taşıyan farklı noktalara değinilmeye çalışılacaktır.

II. Yabancı Hukuk ve *Iura Novit Curia* İlkesi

A. *Iura Novit Curia* İlkesi

Kısaca hâkimin hukuku bilme mecburiyeti olarak tanımlanabilecek olan *iura novit curia* ilkesi³³⁸, günümüzde genel olarak kabul edilen bir usul hukuku ilkesidir. *Iura novit curia*’nın dünya genelinde yaygın olarak kabul görmesi karşısında, aslında bu yönde pozitif düzenlemeler olmasının çok fazla bir önemi de bulunmamaktadır.

(Tarman, s. 560). Aynı şekilde *Erkan* da, yabancı unsurlu dosyaların hâkimin iş yükünü ciddi şekilde artırdığını ve bu nedenle hâkimlerin yabancı hukukun uygulanmasından mümkün olduğu ölçüde kaçındıklarını belirtmektedir (Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 550).

³³⁷ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 48.

³³⁸ *Iura novit curia* ilkesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Arısoy, s. 56-276; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 39-44; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 1-32.

Zira *iura novit curia*'nın pek çok ülke hukuku bakımından “*doğal hukuk*” teşkil edecek derecede yaygın bir kural olduğu ifade edilmektedir³³⁹.

Bu ilke gereği, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta uygulanması gereken hukuk kurallarını, bunların anlamını ve somut olayda ne şekilde uygulanması gerektiğini bilmekle mükelleftir³⁴⁰. Hâkim, bu bilgisini ilgili hukuk kuralını önündeki uyuşmazlığa re'sen uygulayarak kullanacaktır³⁴¹. Hâkim, bu sorumluluğu gereği, tarafların dayanmış oldukları hukuki sebeplerle bağlı değildir³⁴². Hâkimin görevi, ortaya konmuş olan vakıalara uygun olan hukuki sebebi re'sen tespit edip uyuşmazlığa uygulamaktır³⁴³. Hâkimin üzerindeki bu mükellefiyet nedeniyle de, tarafların maddi vakıalarına uygulanması gereken hukuk kurallarını ispat etme konusunda bir yükümlülükleri bulunmamaktadır³⁴⁴. Tarafların ispatlaması gereken, yalnız uyuşmazlığa konu maddi vakılardır³⁴⁵. O halde, uyuşmazlığın çözümünü sağlayacak hukuk kurallarını bilmek hâkimin, bu kuralların uygulanabilmesini sağlayan vakıaları ortaya koymak ise kural olarak tarafların sorumluluğundadır.

Iura novit curia ilkesinin temel amacı, tarafların hukuku iyi bilmemeleri nedeniyle hak kayıpları yaşamalarını engellemektir³⁴⁶. Bu ilke sayesinde taraflar iddia ve savunmalarını destekleyecek hiçbir hukuki sebep göstermeseler ya da

³³⁹ İlhan Postacıoğlu, “Davanın ve Kaziyei Muhakemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep”, **Dr. A. Recep Recai Seçkin'e Armağan**, Ankara, 1974, s. 497-527, s. 509.

³⁴⁰ Doğan, s. 205.

³⁴¹ Hukukun re'sen uygulanması, “re'sen araştırma ilkesi” ile karıştırılmamalıdır. Hâkimin hukuku re'sen uygulaması mükellefiyeti, taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalar kadar, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalar bakımından da geçerlidir (Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 40-41, 49).

³⁴² Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 4; Alberti, s. 5; Arısoy, s. 75; İlhan Postacıoğlu / Sümer Altay, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, İstanbul, 2015, s. 240; Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, 2003 (**Hukuki Dinlenilme Hakkı**), s. 131.

³⁴³ Postacıoğlu / Altay, s. 240; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 4; Muhammet Özekes, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, 2017 (**Pekcanitez Usul**), s. 2183; Mehmet Akif Tutumlu, “Hukukun Gerçekleşmesinde Yargıcın Rolü”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi: 25. Kitap**, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – V Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 13-28, s. 18.

³⁴⁴ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 40; Arısoy, s. 72; Alberti, s. 5.

³⁴⁵ Tarafların ileri sürdükleri vakıalara dayanak hukuki sebepleri dilekçelerinde göstermeleri hâkimi bağlamamakla beraber; şüphesiz yargılamanın akıbeti bakımından yararlıdır. Bu şekilde bir faaliyet, hâkime yardımcı olarak uyuşmazlığın çözümünü kolaylaştıracaktır (Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 5). Öte yandan, hiç şüphesiz hukuki dinlenilme hakkı gereği tarafların uygulanacağını düşündükleri hukuki sebepleri ileri sürme hakları saklıdır (Özekes, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 131).

³⁴⁶ Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 27.

gösterdikleri sebep hatalı olsa dahi, bu durum onların aleyhine bir sonuç doğurmaz³⁴⁷.

Belirtmek gerekir ki, *iura novit curia* bir faraziye den ibarettir³⁴⁸. Hâkimlerin uygulama ihtimalleri bulunan tüm kanun, tüzük, yönetmelik gibi hukuk kurallarını bilmeleri şüphesiz ki beklenemez³⁴⁹. Şüphe yok ki kanun koyucular da bu durumun farkındadır. O halde, bu faraziye aslında hukuk kurallarını ve bunların ne şekilde anlaşılması gerektiğini araştırma külfetini taraflara değil, hâkime yükleme amacını taşımaktadır³⁵⁰.

Iura novit curia ilkesi, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu bazı ülkelerin usul kanunlarında da kendine yer bulmuştur³⁵¹. Bu ilkenin, Türk mevzuatındaki somut karşılığı ise HMK m. 33'tür³⁵². Bu hükme göre, “*hâkim, Türk hukukunu re'sen uygular*”. Hükmün gerekçesinde, “Türk hukuku” ifadesinin kapsamına örf ve adet hukuku ile Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin de girdiği belirtilmiştir. Bu durumda Türk hâkimi, Türk hukukunun kapsamına giren tüm bu mevzuatı – bir faraziye olarak dahi olsa – bilmekle ve önüne gelen uyuşmazlıklarda bunları re'sen uygulamakla yükümlüdür.

³⁴⁷ Özkes, **Pekcanitez Usul**, s. 2183; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 3; Arısoy, s. 74. Nitekim, HMK m. 119/1(g)'de dava dilekçesinde bulunacak unsurlar arasında dayanan hukuki sebeplerin de bulunması gerektiği yönündeki hükmün bir zorunluluk teşkil etmediği doktrinde kabul görmektedir. Hatta bu hükmün “*sadece bir tavsiyeden ibaret*” olduğu dahi belirtilmiştir (Postacıoğlu / Altay, s. 161).

³⁴⁸ Doğan, s. 205; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 3; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 40; Arısoy, s. 71.

³⁴⁹ Hâkimin mesleki bilgisiyle çözebileceği uyuşmazlıklarda bilirkişiye başvurulamayacağını öngören HMK m. 266 hükmüne rağmen Türk yargı pratiğinde bu konularda da bilirkişiye başvurulmaya devam edilmesi, her geçen gün daha da karmaşılaşan hukuk evreninde hâkimin hukuku bildiği varsayımının gerçeğe uygun düşmediği şeklinde yorumlanmıştır. Aynı görüşe göre MÖHUK m. 2, yabancı hukukun içeriğinin tespiti konusunda taraflardan yardım isteyebilme imkânı tanınması nedeniyle daha gerçekçi bir düzenlemedir (Tutumlu, s. 19).

³⁵⁰ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 40.

³⁵¹ Örneğin Alman Usul Kanunu m. 293, Fransız Medeni Usul Kanunu m. 12, Avusturya Usul Kanunu m. 271.

³⁵² Arısoy, s. 69; Oğuz Atalay, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 1631. Aynı tespit HMK m. 33'ün HUMK dönemindeki karşılığı olan HUMK m. 76 için de geçerliydi, bkz. Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 2-3.

B. Kanunlar İhtilafı Kuralları ve *Iura Novit Curia* İlkesi Arasındaki İlişki

Hukukunu bilmesi beklenen hâkimin üzerinde olan bu sorumluluğa kendi hukuk sisteminde yürürlükte olan kanunlar ihtilafı kuralları da dahil midir? Bu soruya verilecek cevap, bir hukuk sisteminde kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen veya talep üzerine uygulanmasıyla doğrudan bağlantılıdır. Türk hukuku gibi kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulandığı sistemlerde kanunlar ihtilafı kuralları, tıpkı uyuşmazlığı maddi yönden çözen hukuk kuralları gibi iç hukukun bağlayıcı birer parçasıdır; dolayısıyla hâkimin zorunlu olarak uygulaması gereken kurallardandır³⁵³. Bu nedenle de bu sistemi izleyen ülkelerde hâkimin olayla ilgili kanunlar ihtilafı kuralını uygulaması ve bu şekilde önündeki olayda uygulayacağı yabancı hukuku tespit etmesi de *iura novit curia* ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmektedir³⁵⁴.

Dolayısıyla hâkim, önündeki uyuşmazlıkta yabancılık unsuru olduğunu tespit etmesi halinde, taraflarca bu yönde herhangi bir talepte bulunulmasa dahi, kanunlar ihtilafı kurallarını bilmekle ve re'sen uygulamakla yükümlüdür. Bu durum kendini özellikle de taraflara hukuk seçiminde bulunma imkânı tanımayan kanunlar ihtilafı kurallarında göstermektedir. Bu türden kuralların uygulanması gereken durumlarda, tarafların bir yabancı hukukun uygulanmamasını istemeleri yahut farklı bir yabancı hukukun veya *lex fori*'nin uygulanmasını talep etmeleri, hâkimi hiçbir şekilde bağlamayacaktır.

Kanunlar ihtilafı kurallarının tarafların talebi üzerine uygulandığı sistemde ise bu sorunun çözümü bir ölçüde daha karmaşıktır. Zira bu sistemde kanunlar ihtilafı kuralları hâkim için bağlayıcı kabul edilmemektedir³⁵⁵. Ancak tarafların bu kuralların uygulanması yönünde talepte bulunmaları halinde, hâkimin bu kuralları uygulaması gerekecektir. Bu durumda hâkimin bu kuralları tıpkı kanunlar ihtilafı kurallarını re'sen uygulayan sistemde olduğu gibi doğru bir şekilde uygulaması beklenmektedir³⁵⁶. Öte yandan, başta İngiltere olmak üzere Anglosakson hukuk

³⁵³ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 18.

³⁵⁴ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 61; Tanrıbilir, s. 201; Nishitani, s. 12; Doğan, s. 206.

³⁵⁵ Swiss Institute of Comparative Law, s. 16; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 19; Nishitani, s. 15; Gruber / Bach, s. 168.

³⁵⁶ Nishitani, s. 15.

geleneğini izleyen ülkelerde, medeni usul hukukunda taraflarca getirilme ilkesinin katı bir şekilde uygulandığı taraf hâkimiyeti sistemi (*adversary principle*) karşısında³⁵⁷, bu nedenle bu hukuk anlayışında *iura novit curia* ilkesinin genel olarak kabul görmediği³⁵⁸ veya çok sınırlı bir uygulama alanı olduğu³⁵⁹ ifade edilmektedir. O halde bu sistemi kabul eden ülkeler bakımından kanunlar ihtilafı kuralları için de *iura novit curia* ilkesinin kabul edilmediği sonucuna varılması gerekecektir.

C. Yabancı Hukuk ve *Iura Novit Curia* İlkesi Arasındaki İlişki

Iura novit curia ilkesinin, hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı bir hukukun uygulanmasını işaret etmesi halinde de kabul görüp görmeyeceği daha farklı bir tartışma konusudur. İlk bakışta bu soruya verilecek cevabın da, tıpkı kanunlar ihtilafı kuralları ile *iura novit curia* ilkesi arasındaki ilişkide olduğu gibi, yabancı hukukun bir hukuk sistemindeki konumuyla doğrudan bağlantılı olduğu düşünülebilir³⁶⁰. Zira hukuk doktrini izleyen ülkeler, yabancı hukukları tıpkı iç hukukları gibi bir “hukuk” olarak görmekte ve bunun re’sen uygulanması gerektiğini kabul etmektedirler. Aynı şekilde vakıa doktrini kabul eden ülkeler yabancı hukuku maddi vakıa olarak görmekte ve bunların içeriğini ispat külfetini taraflara yüklemektedir. Bu olgular ışığında, hukuk doktrininin *iura novit curia*’yı yabancı hukuk bakımından da kabul etmesi, vakıa doktrininin ise bunu reddetmesi daha akla yatkın bir çözüm gibi görünmektedir³⁶¹.

Bu akıl yürütme, vakıa doktrini bakımından herhangi bir sorun teşkil etmemektedir. Gerçekten de yabancı hukuku vakıa olarak kabul eden ülkelerde, yabancı hukuk bakımından *iura novit curia* ilkesi kabul görmemektedir³⁶². Bu sistemde hâkimin yabancı hukuku bilmesi beklenmemekte ve bu nedenle de tarafların yabancı hukukun somut olayda uygulanması gereken kurallarını ispat etmesi gerekmektedir. Vakıa doktrinin işleyişi karşısında aksi yönde bir kabulün mümkün olamayacağı açıktır.

³⁵⁷ Bu konuya ilişkin açıklamalarımız için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, II, F, 2. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Tarafların Talebi Üzerine Uygulandığı Sistem.

³⁵⁸ Alberti, s. 4-5; Cesare Cavallini, “Why is the Iura Novit Curia Principle Not Applied Yet in English Law?”, *Global Jurist*, C. 17, S. 3, 2017, s. 1-21, 10-11.

³⁵⁹ Hausmann, s. 5-6.

³⁶⁰ Esplugues Mota, s. 283; Yaşar, s. 84.

³⁶¹ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 31-32; Esplugues Mota, s. 283.

³⁶² Esplugues Mota, s. 284; Alberti, s. 10.

Ancak hukuk doktrinini izleyen ülkeler bakımından bu yorumu aynı kolaylıkla yapmak mümkün olamamaktadır. Zira yabancı hukuku hukuk olarak kabul eden ülkelerden çok az bir kısmının *iura novit curia* ilkesini yabancı hukuk bakımından da kabul ettiği görülmektedir³⁶³. Belçika, Macaristan, Portekiz ve Slovenya’da bu ilke kabul edilmektedir³⁶⁴. İlkenin bu derece az ülkede kabul görmesi, aslında kuralın tam tersine döndüğünü ve genel kuralın yabancı hukuk bakımından *iura novit curia*’nın kabul edilmediği yönünde olduğunu göstermektedir³⁶⁵. Yabancı hukuk bakımından *iura novit curia*’nın genellikle kabul edilmemesi, hukuk doktrinini kabul eden ülkelerde bile yabancı hukukun iç hukukla tam olarak eşit görülmediği³⁶⁶ ve tıpkı vakıa doktrininde olduğu gibi, hâkimin dışarıdan yardım almaksızın yabancı bir hukuku uygulayamayacağı³⁶⁷ şeklinde yorumlara sebebiyet vermektedir.

Türk hukukunda yaygın olarak kabul gören görüş de genel yaklaşıma paralel bir şekilde *iura novit curia* ilkesinin yabancı hukuk kuralları bakımından uygulanamayacağı yönündedir³⁶⁸. Türk hâkimleri yalnızca kanunlar ihtilafı kuralları da dâhil olmak üzere Türk hukukunu bilmekle yükümlüdürler. Yabancı hukuk ise bu yükümlülüğün kapsamında değildir. Yabancı hukuku hukuk olarak kabul eden ülkelerden Almanya³⁶⁹ ve Fransa’da³⁷⁰ da bu meseleye yaklaşım Türk hukuku ile aynıdır. Avusturya, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Polonya, Romanya ve Slovakya’da da aynı sonuca varıldığı belirtilmektedir³⁷¹. Bu ülkelerde de yabancı hukuk bakımından *iura novit curia* ilkesinin geçerli olmadığı ve hâkimlerin yabancı hukuk kurallarını bilemeyeceği kabul edilmektedir.

³⁶³ Esplugues Mota, s. 283.

³⁶⁴ Esplugues Mota, s. 283; Hausmann, s. 11.

³⁶⁵ Esplugues Mota, s. 284; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 33-36.

³⁶⁶ Esplugues Mota, s. 284. Yazara göre, yabancı hukuk bakımından *iura novit curia*’nın kabul edilmemesi, yabancı hukukun içeriğini tespit faaliyeti bakımından taraflar ve hâkimlerin rollerini yeniden tanımlayan bir rol oynamaktadır.

³⁶⁷ Gruber / Bach, s. 163.

³⁶⁸ Nomer, **DHH**, s. 191; Çelikel / Erdem, s. 171; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 66; Tarman, s. 555; Doğan, s. 206; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 18; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 548; Yaşar, s. 85; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 20; Arslan, s. 80. Aksi yönde bkz. Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 46. *Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu*, MÖHUK m. 2/1 hükmünde *iura novit curia* ilkesinden hareket edildiğini ileri sürmektedir.

³⁶⁹ Dannemann, 6. ve 7. dn. arası; Remien, s. 190; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 39.

³⁷⁰ Corneloup, s. 170; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 34.

³⁷¹ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 33-35.

Hukuk doktrininin izlemesine karşın *iura novit curia*'nın yabancı hukuk bakımından kabul edilmediği ülkelerde bu kabulün gerekçesi olarak pratik nedenler gösterilmektedir. Zira her şeyden önce, bir ülkedeki hâkimler kural olarak sadece kendi milli hukuklarına göre yetişmişlerdir³⁷². Ülkemizin de aralarında bulunduğu pek çok ülkede üniversitelerde lisans düzeyinde yabancı hukuka dair ya hiç eğitim verilmez ya da verilirse de bu eğitim oldukça sınırlıdır³⁷³. Hâkimlerin bu türden bir eğitimle kendi başlarına yabancı hukuk kurallarına dair re'sen araştırma yapmaları hiç kolay değildir³⁷⁴. Bu nedenle de bir hâkimden yabancı hukuk kuralını bilmesi ve yorumlamasını beklemek, “*bir faraziye olarak dahi mümkün değildir*”³⁷⁵. Bu türden bir beklenti gerçekçi de olmayacaktır³⁷⁶. Bu nedenle, kanun koyucular genellikle hâkime yabancı hukukun içeriğinin tespiti konusunda taraflardan yardım isteyebilme imkânı tanıma yolunu izlemektedirler³⁷⁷.

III. Bağlama Noktalarının Tespiti

A. Genel Olarak

Daha önce de değinmiş olduğumuz üzere, hâkimlerce yabancı hukukun uygulanabilmesi için ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı bir hukuku işaret etmesi gerekmektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı bir hukuku işaret edebilmesi ise ancak bağlama noktalarının yabancı bir ülkeyle bağlantılı olması halinde mümkündür. Çalışmamızın bu kısmında da bu bağlama noktalarının ne şekilde tespit edileceği ve bunların tespit edilememesi halinde bu duruma bağlanacak hukuki sonucun ne olacağı ortaya konmaya çalışılacaktır.

³⁷² Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 43; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 18.

³⁷³ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 43; Barış Toraman, **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, Ankara, 2017, s. 164.

³⁷⁴ Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 18.

³⁷⁵ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 44.

³⁷⁶ Rona Aybay, “Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 54, 2004, s. 139-145, s. 139.

³⁷⁷ Çelikel / Erdem, s. 171; Çelikel, s. 210; Aybay, s. 139; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 548.

B. Yabancılık Unsuru ve Bağlama Noktalarının Tespitinde İzlenecek Yöntem

Bağlama noktaları, usul hukuku bakımından esasen birer vakıa teşkil etmektedir. Zira bağlama noktaları, hukuk kuralı olmadıklarından hâkim tarafından daha önceden bilinmesi mümkün olmayan hususlardır. Peki bu durumda yabancı hukukun uygulanabilmesi için yabancı bir ülkeyle bağlantılı olması şart olan bağlama noktaları ne şekilde tespit edilecektir?

Bağlama noktaları her hukuk sisteminde yeknesak bir biçimde vakıa olarak görülse de, bu soruya tıpkı kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukukta olduğu gibi, farklı hukuk sistemlerinde farklı cevaplar verilmektedir. Bu konuda da dünya üzerinde temelde üç farklı sistem uygulandığı belirtilmektedir³⁷⁸. Bu sistemlerden ilki, çoğunlukla Anglosakson hukuk geleneğini izleyen ülkelerde³⁷⁹ uygulanan ve taraflarca getirilme ilkesine üstünlük tanıyan sistemdir³⁸⁰. Bu sistemi izleyen ülkelerde bağlama noktalarının araştırılması tarafların sorumluluğundadır³⁸¹. Görülebileceği üzere, bu hukuk geleneğinde hâkimlerin sahip olduğu daha pasif konum, kendisini bağlama noktalarının tespitinde de göstermektedir. Bu sistemi izleyen ülkelerde yabancı hukukun uygulanması faaliyetinin hiçbir aşamasında hâkim re'sen hareket edememektedir.

Bağlama noktalarının tespitinde karşılaşılan ikinci sistem, yabancılık unsurunun hâkimce re'sen araştırılmasını öngören sistemdir³⁸². Bu sistemi izleyen ülkelerin önemli bir kısmı bir dönem sosyalist rejimler altında yönetilen Orta ve Doğu Avrupa ülkeleridir³⁸³. Bu ülkelerin bir kısmında bu sonuca hâkimlerin vakıaların araştırılmasında sahip olduğu aktif rol nedeniyle, bir kısmında ise kanunlar ihtilafı kurallarının hâkimler için bağlayıcı olması ve bu kuralların uygulanabilmesi için bağlama noktalarının tespitinin şart olması nedeniyle varıldığı ifade edilmektedir³⁸⁴. Bu bakımdan Avusturya, bu duruma doğrudan mevzuatında

³⁷⁸ Swiss Institute of Comparative Law, s. 10.

³⁷⁹ Güney Kıbrıs, Hollanda, İngiltere, İrlanda, Malta. Bkz. Swiss Institute of Comparative Law, s. 10.

³⁸⁰ Swiss Institute of Comparative Law, s. 10.

³⁸¹ Swiss Institute of Comparative Law, s. 10.

³⁸² Swiss Institute of Comparative Law, s. 11.

³⁸³ Avusturya, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, İspanya, İtalya, Letonya, Litvanya, Macaristan, Polonya, Portekiz, Romanya, Slovakya, Slovenya. Bkz. Swiss Institute of Comparative Law, s. 12.

³⁸⁴ Swiss Institute of Comparative Law, s. 12.

yer vermesi bakımından ilginç bir örnektir³⁸⁵. Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 2. maddesi³⁸⁶, bir olayı yabancı bir hukuk sistemine bağlayan koşul vakıaların, hâkimce re'sen araştırılacağını hükme bağlamıştır³⁸⁷.

Bağlama noktalarının araştırılmasında tercih edilen son sistem ise uyuşmazlığın niteliğine göre ayırma giden sistemdir. Bu sistemi izleyen ülkelerde³⁸⁸ uyuşmazlığın niteliğine göre bağlama noktalarının araştırılması ya salt taraflarca gerçekleştirilir ya da tarafların yanında hâkimlerin de re'sen araştırma yapma yetkisi bulunur³⁸⁹. Bu sistemi kabul eden bazı ülkelerde, bu ayrımın gerekçesi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında da karşılaşılan ayrımla aynıdır³⁹⁰. Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında karma sistemi izleyen ülkelerde geçerli olan üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen ve edilemeyen haklar ayrımı, kendisini yabancılık unsuru bakımından da göstermektedir. Üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen haklara ilişkin uyuşmazlıklarda yabancılık unsurunu ortaya koyma görevi tarafların üzerindeyken, serbestçe tasarruf edilemeyen haklar bakımından hâkimin de re'sen araştırma yapma imkânı bulunmaktadır³⁹¹.

Bu sistemi uygulayan ülkelere bazılarında³⁹² ise hareket noktası yine üzerinde serbestçe tasarruf edilip edilememe olmakla beraber, uygulanan ayırım kendisini yargılamada uygulanan usul ilkelerinin farklılaşmasında göstermektedir. Türk hukukunda da bu anlayış geçerlidir³⁹³. Bu ülkelerde bağlama noktalarının araştırılması, vakıaların yargılamaya getirilmesi bakımından uygulanan ilkeye uygun olarak gerçekleştirilmektedir³⁹⁴. Bu anlayışta vakıaların yargılamaya getirilmesi, birbiriyle zıt esaslara dayanan iki ilke ışığında gerçekleştirilmektedir. Bu ilkeler, re'sen araştırma ilkesi (*Untersuchungsmaxime*) ile taraflarca getirilme ilkesidir

³⁸⁵ Nishitani, s. 14; Swiss Institute of Comparative Law, s. 12.

³⁸⁶ Kanunun Almanca orijinal metni için bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426> (Erişim Tarihi: 01.06.2018).

³⁸⁷ Swiss Institute of Comparative Law, s. 12.

³⁸⁸ Almanya, Finlandiya, Fransa, İsveç, Türkiye, Yunanistan. Bkz. Swiss Institute of Comparative Law, s. 13.

³⁸⁹ Swiss Institute of Comparative Law, s. 12-13.

³⁹⁰ Swiss Institute of Comparative Law, s. 13.

³⁹¹ Finlandiya, Fransa, İsveç. Bkz. Swiss Institute of Comparative Law, s. 13.

³⁹² Almanya, Türkiye, Yunanistan. Bkz. Swiss Institute of Comparative Law, s. 13.

³⁹³ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 51; Abdürrahim Karşı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, 2014, s. 237; Seda Özümücü, "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Resen Araştırma İlkesi", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2: MİHBİR Özel Sayısı, 2014, s. 145-173, s. 145.

³⁹⁴ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 51; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 63.

(*Dispositionsmaxime* veya *Verhandlungsmaxime*)³⁹⁵. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı yargılamalarda hâkim tarafların sunduğu dava malzemeleriyle yetinmek zorunda değildir; taraflardan bağımsız bir şekilde davanın çözümü için kendisi de gerekli maddi vakıaları araştırabilecek ve kararına esas alabilecektir³⁹⁶. Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu uyuşmazlıklar, daha çok tarafların dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf etme imkanlarının olmadığı uyuşmazlıklardır³⁹⁷. Taraflarca getirilme ilkesinde³⁹⁸ ise mahkemenin vakıaları kendiliğinden araştırma yetkisi bulunmamaktadır; mahkeme karar verirken sadece taraflarca yargılamaya getirilen vakıa ve ispat araçlarını kendisine temel alabilecektir³⁹⁹. O halde, vakıaların mahkemeye sunulması ya salt tarafların üzerinde bir yükümlülük olarak ya da hem tarafların hem de hâkimin ayrı ayrı gerçekleştirebilecekleri bir faaliyet olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Bu durumda taraflarca getirilme ilkesinin uygulama alanı bulduğu ve yabancılık unsuru barındıran davalarda, hâkimlerin bağlama noktalarını re'sen araştırma imkânları bulunmamaktadır⁴⁰⁰. Hâkimin bağlı bulunduğu hukuk sistemi, Türk hukuku gibi kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukukun re'sen uygulandığı bir hukuk sistemi olsa dahi bu sonuç değişmeyecektir⁴⁰¹. Hâkim, bu durumda ancak ilgili bağlama noktaları taraflarca ortaya konduktan sonra olaydaki yabancılık unsurunu dikkate alabilecektir. Bu şartlar altında uyuşmazlığın yabancılık unsuru barındırdığını ortaya koyacak bağlama noktalarını ispat yükü, temelde yabancı

³⁹⁵ Alangoya, s. 9; Arısoy, s. 36; Postacıoğlu / Altay, s. 159-160; Karşlı, s. 237-238; Özmumcu, s. 145; Güray Erdönmez, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 796.

³⁹⁶ Alangoya, s. 9; Erdönmez, s. 796; Karşlı, s. 260-261; Postacıoğlu / Altay, s. 160; Özmumcu, s. 146; Arısoy, s. 54; Arslan, s. 77.

³⁹⁷ Erdönmez, s. 806; Karşlı, s. 261; Özmumcu, s. 146; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 64; Arslan, s. 77.

³⁹⁸ Taraflarca getirilme ilkesi, HMK m. 25'te düzenlenmiştir. Hüküm şu şekildedir: "(1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. (2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz." Re'sen araştırma ilkesi ise HMK'da açıkça düzenlenmemiş; ancak HMK m. 25'te "*Kanunda öngörülen istisnalar dışında*" denilmek suretiyle taraflarca getirilme ilkesinin bir istisnası olarak dolaylı bir şekilde düzenlenmiştir (Özmumcu, s. 150).

³⁹⁹ Alangoya, s. 9; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 63; Erdönmez, s. 796; Arısoy, s. 43.

⁴⁰⁰ Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 546; Nishitani, s. 14; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 63; Doğan, s. 206-207.

⁴⁰¹ Alman usul hukukunda da yargılamalarda kural olarak taraflarca getirilme ilkesi uygulanmakta ve dolayısıyla da bağlama noktalarının ispatı kural olarak tarafların üzerindeki bir sorumluluk olarak görülsede; bunun bir istisnası olduğu belirtilmektedir. Şöyle ki, eğer Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bir bağlama noktasının uyuşmazlığın Almanya ile bağlantısını sağlanmasına bağlı ise bu durumda hâkimin ilgili bağlama noktasını re'sen araştırabileceği kabul edilmektedir (Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 54-55).

hukukun uygulanması lehine olan tarafın üzerinde olmaktadır⁴⁰². Taraflarca getirilme ilkesinin karşıtı olan re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise hâkim, bağlama noktalarını da re'sen araştırabilmekte ve bu şekilde uyuşmazlığın yabancılık unsuru barındırıp barındırmadığını taraflardan bağımsız bir şekilde kendiliğinden denetleyebilmektedir⁴⁰³. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı da bu doğrultudadır⁴⁰⁴.

C. Bağlama Noktalarının Tespit Edilememesi

Bağlama noktalarının tespitinde uygulanacak yöntem her ne olursa olsun, hâkim, bağlama noktalarını kendi çabaları yahut kendisine sunulan bilgi ve belgeler ışığında göstereceği tüm çabasına rağmen tespit edemezse, bu durumda uyuşmazlığı kendi maddi hukukuna göre çözümleyecektir⁴⁰⁵. Zira yargılama hukukunda mutad olan hâkimin kendi maddi hukukunu uygulamasıdır ve somut olayı yabancı bir ülke ile bağlantılı kılan herhangi bir unsurun var olduğu tespit edilemezse, bu durumda da hâkimin uygulayacağı hukuk hiç şüphesiz kendi hukuku olacaktır.

Bu durum aslında yabancı hukukun uygulanması bakımından önemli bir konu teşkil etmektedir. Bağlama noktalarının tespiti konusunda izlenilen sistem her ne olursa olsun, vakıaların araştırılması konusunda tarafların her daim daha avantajlı olmaları, taraflarca yabancılık unsurunun mahkemeden gizlenebilmesi imkânını yaratmaktadır. Gerçekten de tarafların uyuşmazlığı yabancı bir ülkeyle bağlantılı kılan bağlama noktalarına iddia ve savunmalarında yer vermekten kaçınmaları halinde, re'sen araştırma yetkisi veya yetkisi olsa dahi fiilen bu şekilde bir imkânı

⁴⁰² Umar, s. 20; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 52; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 20; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 546.

⁴⁰³ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 51; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 65; Arslan, s. 77.

⁴⁰⁴ “Hakim, Türk Kanunlar İhtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili kılınan yabancı hukuku resen uygular. (2675 S. MÖHUK. md. 2/1) Boşanma ve ayrılık sebepleri eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir, eşler ayrı ayrı vatandaşlıkta iseler, müşterek ikametgah hukuku, bulunmadığı takdirde müşterek mutad meskenleri hukuku, bununda bulunmaması halinde Türk Hukuku uygulanır. (MÖHUK. Md. 13/1-2) O halde, tarafların dava tarihindeki vatandaşlıklarının, ayrı vatandaşlıkta iseler müşterek ikametgahlarının, bununda bulunmaması halinde müşterek mutad meskenlerinin araştırılıp tesbiti ve yetkili hukukun belirlenmesi, yetkili yabancı hukukun muhtevasını tespitte gerektiğinde taraflardan yardım alınması (MÖHUK. Md. 2/1), Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümlerinden yararlanılması bu suretle yetkili yabancı hukuk ve muhtevası belirlendikten sonra, yetkili kılınan hukukun resen uygulanarak, hasıl olacak sonuç uyarınca karar verilmesi gerekirken bu yönler üzerinde durulmadan hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2006/16427, K. 2007/5497, T. 03.04.2007. Bu yöndeki başka Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2006/6239, K. 2006/14136, T. 17.10.2006; Yargıtay HGK E. 1993/2-949, K. 1994/189, T. 30.03.1994 (www.kazanci.com).

⁴⁰⁵ Batiffol / Lagarde, s. 563; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 52; Giray, s. 566; Yaşar, s. 94, dn. 92.

olmayan hâkimin yabancılık unsurunu tespit etme imkânı bulunmayacaktır⁴⁰⁶. Yabancılık unsurunu tespit edemeyen hâkimin de kaçınılmaz olarak kendi hukukunu uygulaması gerekecektir. Yabancılık unsurunun hâkimlerce re'sen araştırılabilmesi de bu bakımdan herhangi bir fark yaratmamaktadır⁴⁰⁷. Bu ihtimal, kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulandığı sistem bakımından ciddi bir sorun teşkil etmektedir⁴⁰⁸. Türk hukukunda da bu şekilde bir duruma, özellikle de taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu uyuşmazlıklarda rast gelmek mümkündür.

IV. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespiti

A. Genel Olarak

Kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukukun ne şekilde algılanıp uygulandığı meselesi uzun teorik tartışmalara ve karşılaştırmalara konu olsa da, aslında yabancı hukukun uygulanabilmesi meselesinde en kritik noktaların başında, uygulanması gereken yabancı hukukun içeriğinin tespiti gelmektedir⁴⁰⁹. Öyle ki, bu konu milletlerarası özel hukukun “*temel meselesi*” ve “*gizli kralı*” olarak nitelenmektedir⁴¹⁰. Bu derece önemli olması karşısında, bu faaliyetin ne şekilde gerçekleştirildiğinin ayrıntılı olarak ele alınmasında fayda olduğu kanaatindeyiz.

Bu çerçevede, çalışmamızın bu kısmında öncelikli olarak Türk hukukunda, ardından ise sırasıyla yabancı hukuku hukuk ve vakıa olarak kabul eden sistemlerde yabancı hukukun içeriğinin ne şekilde tespit edildiği ele alınacaktır. Ardından bu konuya ilişkin olarak hazırlanan bazı milletlerarası sözleşmelere değinilecektir. En son olarak ise yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda doktrinde yapılan değerlendirme ve getirilen öneriler, ana hatlarıyla ortaya konmaya çalışılacaktır.

⁴⁰⁶ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 52.

⁴⁰⁷ Bu sistemi kabul eden ülkelerden Macaristan ve Portekiz’de bu yönde bir eğilim olduğu aktarılmaktadır (Swiss Institute of Comparative Law, s. 12).

⁴⁰⁸ Swiss Institute of Comparative Law, s. 12.

⁴⁰⁹ Arslan, s. 62; Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 91; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 47; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 547.

⁴¹⁰ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 47.

B. Yabancı Hukukun “Hukuk” Olarak Uygulandığı Sistemde

1. Karşılaştırmalı Hukukta

Yabancı hukuku “hukuk” olarak kabul eden sistemde, yabancı hukukun içeriğini tespit sorumluluğu temel olarak hâkimlerin üzerindedir. Bu sistemi kabul eden ülkelerde hâkimler bu sorumluluklarını yerine getirmek amacıyla çeşitli şekilde araştırma yürütebilirler. Bu kapsamda, yabancı hukuka dair kanun tercümeleri, doktrin veya içtihatları araştırmak, Adalet Bakanlığı’na veya dış temsilciliklere başvurmak, bilirkişi atamak, uzman kuruluşlara başvurmak gibi geniş imkânlardan yararlanabilmeleri mümkündür⁴¹¹. Ancak bu anlayışı izleyen ülkelerde de tarafların aktif bir yaklaşım izleyebilmeleri ve hâkime yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda yardımcı olabilmeleri mümkündür⁴¹². Tarafların bu şekilde bir yardım faaliyetine girişmekteki gayeleri, hele de yabancı hukukun uygulanması kendi lehlerine olduğu durumlarda, büyük ihtimalle yabancı hukukun uygulandığından emin olmak olacaktır⁴¹³. Bu doğrultuda, hukuk doktrininde yabancı hukukun içeriğinin ne şekilde tespit edildiğini ortaya koymak adına, bu anlayışı kabul eden ülkelerden bazılarındaki işleyiş ele alınacaktır.

Yabancı hukukun hukuk olarak uygulandığı ülkelere Almanya’da hâkimlerin yabancı hukuka dair bilgi edinmek için geniş bir serbestiye sahip olduğu ifade edilmektedir⁴¹⁴. Ayrıca, hâkimlerce re’sen gerçekleştirilecek araştırmanın yanında, tarafların da hâkimlere yardım etmeleri mümkündür⁴¹⁵. Yine de hâkimlerin öncelikli tercihinin kendi araştırmalarını yapmak yönünde olduğu aktarılmaktadır⁴¹⁶. Buna göre, Alman hâkimler ilgili yabancı hukuka dair kitaplar, mahkeme içtihatları veya Almanya’da ilgili yabancı hukukun uygulandığı başka davalara sunulan bilirkişi

⁴¹¹ Nishitani, s. 23-24.

⁴¹² Nishitani, s. 25; Esplugues Mota, s. 284, dn. 63; Swiss Institute of Comparative Law, s. 32.

⁴¹³ Nishitani, s. 25; Esplugues Mota, s. 284, dn. 63. *Esplugues Mota*’ya göre, bu yöndeki yardım faaliyetinin altında yatan ikinci neden ise davanın görüldüğü ülkenin usul hukuku kurallarıdır. Örneğin, basit yargılama usulünün uygulanacağı davalarda tüm iddia ve savunmaların yargılamanın başında ortaya konması yönündeki gereklilik nedeniyle, yabancı hukukun uygulanmasını isteyen tarafların yabancı hukukun içeriğini daha dava başında araştırmış olmaları şarttır (Esplugues Mota, s. 284, dn. 63).

⁴¹⁴ Hausmann, s. 8; Dannemann, 10. dn. civarı, Hartley, s. 275; Remien, s. 191; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 49.

⁴¹⁵ Remien, s. 194; Hausmann, s. 9; Hartley, s. 276.

⁴¹⁶ Dannemann, 8. ve 10. dn. arası; Hartley, s. 275-276.

raporları⁴¹⁷ gibi farklı kaynaklardan yararlanarak araştırma yapabilirler⁴¹⁸. Yabancı hukuk sistemlerinin özellikle aile ve miras hukuku gibi sıklıkla mahkeme önüne gelen alanlarında yazılmış çok sayıda Almanca kaynak bulunması nedeniyle, basit yapıdaki uyuşmazlıklarda mahkemelerin bilirkişiye başvurmaya gerek görmeksizin uyuşmazlığı kendi araştırmaları sonucu edindikleri bilgiler ışığında çözebildikleri belirtilmektedir⁴¹⁹.

Şahsi bilgi ve araştırma ile yeterli derecede bilgiye ulaşılamaması halinde ise bilirkişilerden yararlanılması mümkündür⁴²⁰. Bu durumda önceliğin ise ilgili yabancı hukuk konusunda uzman olan Alman akademisyenlerde olduğu ifade edilmektedir⁴²¹. Gerçekten de Alman üniversitelerinde ve Max-Planck Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü'nde karşılaştırmalı hukuk alanında çalışmalar yapan önemli sayıda akademisyen bulunduğu ve bilirkişi ihtiyacı doğduğunda bu kurumlarda çalışan akademisyenlerin görevlendirildiği ifade edilmektedir⁴²². Bu kişilerin davada uygulanacak yabancı hukukun yanında Alman milletlerarası özel hukuku ile usul hukukunu da iyi bilmelerinin, mahkemeler bakımından büyük bir kolaylık sağladığı belirtilmektedir⁴²³. Bu kurumların yanı sıra, yabancı ülkelerin Almanya'daki veya Almanya'nın yabancı ülkelerdeki diplomatik

⁴¹⁷ Almanya'da görülen ve yabancı hukukun uygulandığı davalara sunulan bilirkişi raporlarının düzenli olarak bir araya getirildiği ve “*Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht*” ismiyle yayınlandığı ifade edilmektedir (Dannemann, 10. dn. civarı; Remien, s. 185; Hartley, s. 276).

⁴¹⁸ Remien, s. 196; Hartley, s. 276; Hausmann, s. 8; Dannemann, 10. dn. civarı; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 87.

⁴¹⁹ Dannemann, 9. dn. civarı; Remien, s. 192. Öyle ki, Türk hukukunda boşanmaya dair çok sayıda Almanca makale bulunduğu ifade edilmektedir (Remien, s. 187).

⁴²⁰ Remien'in aktardığına göre, hâkimler sıklıkla öncelikle uyuşmazlığa dair kendileri araştırma yapmaya çalışmakta; kendi araştırmalarının sonuç vermediğini görmeleri üzerine bilirkişiye başvuru yoluna gitmektedirler (Remien, s. 193).

⁴²¹ Dannemann, 10. ve 11. dn. arası; Remien, s. 196-197.

⁴²² Hausmann, s. 8; Remien, s. 196; Dannemann, 10. ve 11. dn. arası; Hartley, s. 276.

⁴²³ Hausmann, s. 9; Dannemann, 28. dn. civarı. Benzer şekilde Remien de bu şekilde mahkeme ve bilirkişi arasında yanlış anlaşılmanın en aza indiğini belirtmektedir (Remien, s. 197). Aslında bu durum salt Alman mahkemeleri bakımından geçerli bir uygulama da değildir. Bir Amerikan mahkemesi, İsviçre borçlar hukukuna ilişkin bir meseleye dair uzman bilirkişi atama yoluna gitmiş ve bu kapsamda alanında uzman üç farklı bilirkişinin görüşlerine başvurmuştur. Bu bilirkişilerden bir tanesi Fribourg Üniversitesi ve Georgetown Üniversitesi Hukuk Merkezi'nde, diğeri Zürih Üniversitesi'nde, sonuncusu ise Bern Üniversitesi'nde görev yapan İsviçreli öğretim üyeleriydi. Öğretim üyelerinin hepsi alanında uzman kişiler olmasına karşın, mahkeme verdiği karara dayanak olarak hem İsviçre hem de ABD'de görev yapan öğretim üyesinin hazırladığı raporu seçmiştir. Bu durum uygulanacak hukuk yanında hedef hukuku da (*lex fori*) bilmenin, bilirkişileri mahkemeler nezdinde cazip kıldığını gösterdiği şeklinde yorumlanmıştır (Lalani, **Problems**, s. 63). Söz konusu karar için bkz. Mastercard International Inc. v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), United States Court of Appeals, Second Circuit, S. 06-4433-cv (L), 06-4947-cv(CON), T. 18.12.2006 (caselaw.findlaw.com).

temsilciliklerinden de bilirkişi olarak yararlanılması mümkündür⁴²⁴. Eğer Alman bir akademisyenden konuya ilişkin bilgi alınması mümkün değilse, ancak bu durumda yabancı bir bilirkişinin görevlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴²⁵.

Yabancı hukukun “hukuk” olarak kabul edildiği ülkelerden bir diğeri olan İsviçre’de MÖHK m. 16’ya göre, yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda esas sorumluluk hâkimin üzerindedir. Alman hukukundakine benzer bir şekilde, tespit faaliyeti konusunda öncelikli olarak hâkimin kendi bilgisinden yararlanabileceği kabul edilmektedir⁴²⁶. Hâkimin uygulanması gereken yabancı hukuka dair sahip olduğu kişisel veya mesleki bilginin yeterli olması halinde ilk aşamada dikkate alınacak kaynak olduğu kabul edilmektedir⁴²⁷. Öte yandan, malvarlığına ilişkin meselelerde⁴²⁸ hâkim, yabancı hukukun içeriğini ispat etme yükümlülüğünü taraflara yükleyebilme yetkisine sahiptir⁴²⁹. Yabancı hukukun içeriğini tespit bakımından

⁴²⁴ Hartley, s. 276; Hausmann, s. 8; Dannemann, 10. dn. civarı; Remien, s. 199; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 87.

⁴²⁵ Dannemann, 13. dn. civarı; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 88.

⁴²⁶ Pretelli / Lalani, s. 378-379.

⁴²⁷ Bu kabul, yargı kararlarına da yansımıştır. Gerçekten de hâkimlerin uygulanacak hukuka dair yeterli bilgisi olduğu durumda uygulanacak hukuka ve bu hukukun içeriğine dair tarafların dinlenmesinin zorunlu olmadığı Zürih Kantonu Temyiz Mahkemesi’nin 1995 tarihinde verdiği kararda açıkça kabul edilmiştir. Söz konusu karar için bkz. Zürih Kantonu Temyiz Mahkemesi, T. 05.02.1996, ZR 95/1996 (www.swisslex.ch). 2004 yılında İsviçre Federal Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir kararda da yine aynı yaklaşım izlenmiş ve İsviçre’ye komşu ülkelerin hukuklarının uygulandığı uyuşmazlıklarda hâkimlerce bilirkişiye başvurma zorunluluğu olmadığı ifade edilmiştir. Bu karar için bkz. İsviçre Federal Mahkemesi, T. 28.10.2004, 1P.390/2004 (www.swisslex.ch). Ancak bu yaklaşım, yalnız hâkimin yeterli bilgisi olan hallerle sınırlı bir uygulama alanına sahiptir. Zira hâkimin bilgisinin tek başına yeterli görülmesinin mümkün olamayacağı hallerde hâkimin salt kendi bilgisine dayanarak karar veremeyeceği kabul edilmektedir. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi 2016 tarihli bir kararında, uygulanacak hukuk olan Suudi Arabistan hukukuna dair tarafların görüşlerinin dinlenmemesinin tarafların hukuki dinlenme hakkını ihlal edeceğine hükmetmiştir. Bu karar için bkz. İsviçre Federal Mahkemesi, T. 13.04.2016, 4A_364/2015 (www.swisslex.ch).

⁴²⁸ Malvarlığına ilişkin olup olmama şeklindeki İsviçre hukukundaki ayrım, Fransız hukukunda kanunlar ihtilafı kurallarının re’sen veya talep üzerine uygulanmasını belirleyen serbestçe tasarruf edilebilir veya edilemez olma yönündeki ayrıma benzer bir rol oynamaktadır. Ancak İsviçre hukukunda malvarlığına ilişkin olma şeklindeki ayrımın geleneksel olarak Fransız hukukundaki dengine göre daha geniş bir anlama sahip olduğu ifade edilmektedir (Hartley, s. 277-278).

⁴²⁹ Hükümün bu kısmının kanunun İsviçre Federal Meclisi’ne sunulan taslakta yer olmadığı ve Meclis aşamasında bu şekilde bir eklemenin yapıldığı ifade edilmektedir. Bu durum, yabancı hukukun re’sen uygulanması yönündeki genel ilkenin daha kolay kabul edilebilmesi için bir orta yol bulma çabası olarak yorumlanmaktadır (Hartley, s. 277, dn. 25). Öte yandan, burada taraflar üzerine yüklenen sorumluluğun gerçek anlamda ispat yükü olmadığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, bu hüküm ile getirilen imkân, hâkimin yabancı hukukun içeriğini re’sen araştırma yönündeki sorumluluğunu taraflardan yardım almak suretiyle onlarla paylaşabilmesidir. Dolayısıyla bu imkândan yararlanan hâkimin üzerindeki yabancı hukukun içeriğini araştırma yükümlülüğü ortadan kalkmamakta, yalnızca hâkimin üzerindeki bu yük taraflarla paylaşılacak suretiyle hafiflemektedir (Cashin Ritaine, s. 45; Hartley, s. 277, dn. 25; Nishitani, s. 23). Söz konusu yardım yükümlülüğüne uymayan taraf için bu durumun doğuracağı tek sonuç ise bilirkişi ücretinin kendisine yüklenmesi olacaktır (Cashin Ritaine, s. 46).

hâkimlerin İsviçre Adalet Bakanlığı, İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü⁴³⁰, yabancı hukuk konusunda uzman kuruluşlar veya gerçek kişiler, yabancı ülkelerin İsviçre'deki veya İsviçre'nin yabancı ülkelerdeki diplomatik temsilciliklerine başvurma imkânları bulunduğu belirtilmektedir⁴³¹. Mahkeme uygulamasına bakıldığında ise genellikle taraflarca sunulan deliller veya hâkimlerce gerçekleştirilen araştırmalar sonucu elde edilen bilgiler⁴³² ışığında karar verildiği ve mahkeme kanalıyla bilirkişilere başvurulmasının sık karşılaşılan bir durum olmadığı belirtilmektedir⁴³³.

Hukuk doktrininin bir diğer takipçisi olan Fransız hukukunda ise ilk dönemlerde yabancı hukukun içeriğini ispat yükümlülüğünün, bunu talep eden tarafın üzerinde olduğu kabul edilmekteydi⁴³⁴. Ancak 2000'li yıllarından başından bu yana kabul gören uygulamaya göre, kanunlar ihtilafı kuralları ister tarafların talebi üzerine ister hâkim tarafından re'sen uygulansın, yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda asıl sorumluluk hâkimin üzerindedir⁴³⁵. Fransız hukukunda da yabancı hukukun içeriğinin tespiti konusunda başvurulabilecek yollar bakımından kural olarak bir serbesti bulunduğu ifade edilmektedir⁴³⁶.

Öte yandan, bu konudaki temel görev hâkimlerin üzerinde olsa da bu konuda en sık kullanılan yöntemin, *certificat de coutume* denilen yazılı taraf delillerine başvurmak olduğu belirtilmektedir⁴³⁷. Bu belgeler, somut olayda uygulanması gereken hukuka dair uzmanlığı olan kişilerce hazırlanan ve bu hukuka dair bilgi

⁴³⁰ Az önce anmış olduğumuz kararlarından bir tanesinde İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü'nün tarafsız ve bağımsız bir kurum olduğunu ifade etmiştir. Karar için bkz. İsviçre Federal Mahkemesi, T. 28.10.2004, 1P.390/2004 (www.swisslex.ch).

⁴³¹ Pretelli / Lalani, s. 389; Cashin Ritaine, s. 42.

⁴³² Örneğin, Fransa, Almanya, İtalya ve Avusturya hem İsviçre'de konuşulan dillerin resmi dil olarak konuşulduğu ülkeler olmaları, hem de İsviçre ile ortak bir hukuk geleneğine sahip olmaları nedeniyle, İsviçreli hâkimler için hukuk sistemine erişimin kolay olduğu ülkeler olarak gösterilmektedir (Pretelli / Lalani, s. 379).

⁴³³ Pretelli / Lalani, s. 389.

⁴³⁴ Batiffol / Lagarde, s. 539; Hartley, s. 280.

⁴³⁵ Corneloup, s. 171; Hausmann, s. 10. Bu yöndeki eğilimin 2000'li yılların başlarından bu yana devam ettiği ve 28 Haziran 2005 tarihinde verilen iki kararla da mevcut halini aldığı ifade edilmektedir (Corneloup, s. 171). Söz konusu kararlar için bkz. Itraco, Cour de Cassation, Chambre commerciale, T. 28.06.2006, S. 02-14.686; Aubin, Cour de Cassation, Première chambre civile, T. 28.06.2005, S. 00-15.734 (www.dalloz.fr).

⁴³⁶ Corneloup, s. 171; Hausmann, s. 11.

⁴³⁷ Batiffol / Lagarde, s. 542; Corneloup, s. 171; Mayer, s. 132; Nishitani, s. 23; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 95; Hausmann, s. 11; Hartley, s. 281-282; Guttmann, s. 96. Bu yöntemin Belçika ve Tunus'ta da en yaygın kullanılan yöntem olduğu belirtilmektedir (Nishitani, s. 23).

verilen belgelerdir⁴³⁸. Taraf delili niteliğinde olduklarından bu belgelerin hâkim için bağlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır⁴³⁹. Söz konusu belge kapsamında görüşlerine başvurulmuş kişi, ilgili ülkede çalışan bir uzman avukat veya akademisyen, başta söz konusu ülkenin Fransa'daki konsolosluğu olmak üzere bir kamu kurumu veya söz konusu hukuka dair uzmanlığı bulunan bir Fransız hukukçu olabilmektedir⁴⁴⁰. Ancak bu kişiler arasından tercihin genellikle hukuku uygulanan ülkede faaliyet gösteren avukatlar olduğu belirtilmektedir⁴⁴¹. Yazılı bir şekilde hazırlanan ve mahkemeye sunulan bu belgelerin, hızlı bir çözüm sunması itibarıyla yararlı olduğu ifade edilmektedir⁴⁴². Bununla beraber, görüşlerine başvurulmuş hukukçuların tarafsızlıklarının kimi durumlarda soru işareti yaratabildiği yönünde eleştiriler de mevcuttur⁴⁴³. Taraflarca sunulan *certificat de coutume*'lerdeki bilgilerin birbirleriyle sıklıkla çeliştiği ifade edilmektedir⁴⁴⁴. Bu ihtimalde hâkimin bunları değerlendirip bir sonuca varması gerekecektir⁴⁴⁵.

Ayrıca *certificat de coutume* yönteminin yanında, hâkimlerin farklı yöntemler kullanarak kendi araştırmalarını yapmaları da pek tercih edilmemekle beraber mümkündür. Bu doğrultuda ilk olarak, hâkimlerin varsa kendi şahsi bilgilerini kullanmaları mümkündür⁴⁴⁶. Bunun yanında, bilirkişilerin görüşlerine başvurulması da kabul edilmiş bir imkândır⁴⁴⁷. Ayrıca, yabancı ülkelerin Fransa'daki veya Fransa'nın yabancı ülkelerdeki diplomatik temsilciliklerinden yahut Fransız Adalet Bakanlığı'ndan da yardım alınabilmektedir⁴⁴⁸.

⁴³⁸ Hausmann, s. 11; Batiffol / Lagarde, s. 542; Corneloup, s. 171; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 95.

⁴³⁹ Batiffol / Lagarde, s. 542; Corneloup, s. 171.

⁴⁴⁰ Corneloup, s. 171; Batiffol / Lagarde, s. 542; Mayer, s. 132-133; Guttman, s. 96; Nishitani, s. 23.

⁴⁴¹ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 95.

⁴⁴² Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 101.

⁴⁴³ Mayer, s. 133; Corneloup, s. 171; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 101; Nishitani, s. 23-24.

⁴⁴⁴ Batiffol / Lagarde, s. 542; Guttman, s. 96.

⁴⁴⁵ Öte yandan, Fransız hukukunda hâkimlerin *certificat de coutume*'lerin hazırlanmasında görüşlerine başvurulmuş kişileri duruşmaya çağıramayacakları ve İngiliz hukukunda olduğu gibi çapraz sorguya davet edemeyecekleri belirtilmektedir. Bu durumda hâkimlerin bu belgelerde yer alan bilgilerin doğruluğunu teyit etmek için farklı kaynaklara başvurmaları gerekecektir (Mayer, s. 133; Corneloup, s. 171; Nishitani, s. 24). Fransız doktrininde de taraflı hazırlanan belgelerin önüne geçmek adına çapraz sorgu sisteminin getirilmesi gerektiği savunulmakta; ancak bu sistemin Fransız hukukuyla bağdaşmadığı da ifade edilmektedir (Corneloup, s. 173; Mayer, s. 133).

⁴⁴⁶ Corneloup, s. 172; Mayer, s. 129.

⁴⁴⁷ Batiffol / Lagarde, s. 540-541; Corneloup, s. 172; Mayer, s. 133; Guttman, s. 96.

⁴⁴⁸ Hausmann, s. 11; Corneloup, s. 172-173.

2. Türk Hukukunda

a) Hâkimin Sahip Olduğu İmkânlar

Yabancı hukuku “hukuk” olarak kabul eden ülkelerdeki uygulamaya değindikten sonra, çalışmamızın bu kısmında da “hukuk” doktrininin takipçilerinden biri olan Türk hukukunda yabancı hukukun içeriğinin ne şekilde tespit edildiğini ortaya koymaya çalışacağız. Yukarıda da belirtildiği üzere, *iura novit curia* ilkesi Türk hukukunda yabancı hukuk bakımından geçerli değildir. Dolayısıyla, Türk hukuku hâkimin yabancı hukuku bir faraziye olarak dahi bilemeyeceğini kabul etmektedir. Bu durumda, yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde, hâkimin bilmediği bir hukuk düzeninin uyuşmazlıkta uygulanması gereken kurallarını bir şekilde tespit edilmesi ihtiyacı doğmaktadır. Türk hukukunda yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda hâkimlerin geniş bir hareket serbestisi⁴⁴⁹ bulunduğu kabul edilmektedir⁴⁵⁰. Hâkimler, bu tespit faaliyetleri kapsamında medeni usul hukukumuzda tanınan ispat vasıtalarıyla sınırlı olmadan, her türlü bilgi kaynağından yararlanarak yabancı hukuka dair bilgi edinme yetki ve sorumluluğuna sahiptirler⁴⁵¹.

Yabancı hukuka dair bilgi edinirken hâkimin başvurabileceği çok çeşitli imkanlar bulunmaktadır. İlk olarak, hâkim kendi şahsi bilgisinden yararlanabilir⁴⁵².

⁴⁴⁹ Hâkimlerin bu konuda geniş bir hareket serbestisi bulunması; elbette ki bu serbestinin hukuki sınırlar çerçevesinde kullanılması gerektiği gerçeğini değiştirmemektedir. Yargıtay da bir kararında, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan yabancı hukukun içeriğinin denetime elverişli şekilde tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiş ve somut olayda yetkili yabancı hukukun içeriğinin denetime elverişli şekilde tespit edilmemesi nedeniyle yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yargıtay bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “*Tarafların Alman uyruklu oldukları, birer suret ve tercümeleri dosyaya sunulan kimlik belgesi suretlerinden anlaşılmıştır. Esasen bu konuda taraflar arasında bir uyuşmazlıkta bulunmamaktadır. Yetkili hukukun, Alman hukuku olduğu konusu yerel mahkemenin de kabulündedir. Ancak, yetkili yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanacak muhtevası denetime elverişli şekilde belirlenmemiştir. Mahkemece yapılan iş yetkili yabancı hukuk olan Alman hukukunun uyuşmazlığa uygulanacak muhtevasını belirlemek, yetkili yabancı hukukun muhtevasını tespitte gerektiğinde taraflardan yardım almak (5718 s. MÖHUK. md.2/1), Türkiye ve Almanya’nın taraf olduğu Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi (md.1-5) hükümlerinden yararlanmak, bu suretle yetkili yabancı hukukun muhtevasını belirledikten sonra, yetkili kılınan hukukun resen uygulamak, ulaşılabilecek sonuç uyarınca karar vermektir. Bu yönler üzerinde durulmadan, eksik inceleme sonucu, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir*”. Bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2006/21951, K. 2007/17742, T. 25.12.2007 (www.kazanci.com).

⁴⁵⁰ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 88; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 20; Tarman, s. 553; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 21; Arslan, s. 81; Yaşar, s. 85.

⁴⁵¹ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 88; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 21; Tarman, s. 553; Doğan, s. 211.

⁴⁵² Tarman, s. 556; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 88; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 21; Doğan, s. 210; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 547; Yaşar, s. 85; Tanrıbilir, s. 201; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 66; Atalay, s. 1632.

Örneğin, herkes tarafından bilinen konular söz konusu olduğunda⁴⁵³ ya da bir dönem yaşamış olduğu veya farklı bir vesileyle hukukunu araştırmış olduğu bir ülke mevcut ise kendi hukuki bilgisinden yararlanarak önündeki uyuşmazlığı çözüme kavuşturabilir. Ancak, bu imkânın Türk hukuku bakımından uygulama alanı oldukça sınırlı görünmektedir⁴⁵⁴.

Bu sınırlı ihtimalin dışında hâkim, yabancı mevzuatı, doktrini ve içtihatları kendisi araştırıp inceleyerek de yabancı hukuka dair bilgi edinebilir⁴⁵⁵. Hâkimlerin kendi bilgi ve çabaları dışında bilgi edinmek için başvurabileceği çeşitli harici imkânlar da bulunmaktadır. Bu kapsamda, Adalet Bakanlığı'ndan, Türkiye'nin ilgili yabancı ülkedeki dış temsilciliklerinden veya yabancı ülkenin Türkiye'deki temsilciliklerinden bilgi talep etmek mümkündür⁴⁵⁶. Uygulamada önceleri hâkimlerin tercihinin yabancı ülkelerin Türkiye'deki temsilciliklerden bilgi almak yönünde olduğu;⁴⁵⁷ ancak bu uygulamanın değiştiği belirtilmektedir⁴⁵⁸. Günümüzde en çok başvurulanan yol ise Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne başvurmaktır⁴⁵⁹.

Yabancı hukuka dair bilgi edinmek için bilirkişilere başvurulması da mümkündür⁴⁶⁰. Aslında gerek HMK m. 266, gerekse de 6754 sayılı Bilirkişilik

⁴⁵³ 10.4.1945 ve 5.3.1962 tarihli Yargıtay 2. HD. kararlarında eski İtalyan hukukunda boşanmanın mümkün olmadığı herkes tarafından bilinen bir konu olarak kabul edilmiştir. Kararlar için bkz. Osman Fazıl Berki / Hilmi Ergüney, **Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları**, Ankara, 1963, s. 66-67, 9-10.

⁴⁵⁴ Türk vatandaşlarının dünyanın hemen her ülkesi ile etkileşim halinde olması nedeniyle, hâkimlerin bilgi sahibi olması gereken hukuk sistemi sayısı çok fazladır. Avrupa Birliği üyesi ülkeler ve Anglosakson hukuk geleneğini izleyen ülkeler bakımından ise durum farklıdır. Bu ülkelerde ortak dil konuşulması veya birbirlerinin dillerinin bilinmesi ve hukuki düzenlemelerin birbirlerine yakın olması, bu ülkelerde görev yapan hâkimler bakımından yabancı hukukun içeriğini tespiti Türk hâkimlerinininkine nazaran daha kolay kılmaktadır (Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 548).

⁴⁵⁵ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 88; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 21; Tarman, s. 556.

⁴⁵⁶ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 68-69; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 89; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 46; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 21; Çelikel / Erdem, s. 174; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 548; Arslan, s. 81; Tarman, s. 559; Tanrıbilir, s. 201-202; Yaşar, s. 86-87.

⁴⁵⁷ Çelikel / Erdem, s. 173; Nomer, **DHH**, s. 197.

⁴⁵⁸ Nomer, **DHH**, s. 197.

⁴⁵⁹ Nomer, **DHH**, s. 197; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 27. Nomer'in aktardığına göre, bu kuruma yapılan başvurular sonucu mahkemelere iletilen belge yalnızca uygulanacak kuralların onaylı Türkçe tercümelerinden ibaret olmakta ve salt bu tercümelere dayanılarak karar verilmektedir (Nomer, **DHH**, s. 197).

⁴⁶⁰ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 90; Çelikel / Erdem, s. 174-175; Yaşar, s. 86; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 548; Doğan, s. 211. Yabancı hukuka dair bilgi edinmek amacıyla bilirkişilere başvurulabileceğine dair bazı Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 12. HD. E. 2013/16430, K. 2013/25383, T. 04.07.2013;

Kanunu m. 3, hukuki konularda bilirkişilere başvurulmasının mümkün olmadığından bahsetmektedir. Zira bu hükümlere göre bilirkişilere ancak çözümü “*uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren*” hallerde başvurulabilecektir. İlk bakışta bu ifadenin yabancı hukuka dair de bilirkişilere başvurulmasına engel olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Kanımızca *iura novit curia* ilkesinin yabancı hukuk bakımından kabul edilmediği hukukumuzda, yabancı hukuklara dair bilgi de hâkimlik mesleğinin gerektirdiği bir hukuki bilgi olarak görülemez. Bu nedenle yabancı hukuk bilgisi de “*uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren*” bir konu olarak görülmeli ve bu alanda bilirkişiye başvurulmasının hukuken caiz olduğu kabul edilmelidir⁴⁶¹.

Bu nedenle, HMK m. 266’nın gerekçesinde yer alan ve aksi yönde yorumlanabilecek ifade de kanımızca isabetsizdir. Şöyle ki, söz konusu hükmün gerekçesinde, hukuki sorunlarda hâkimin bilirkişiye başvuramayacağını öngören kuralın HMK m. 33 ve MÖHUK m. 2/1’deki düzenlemelerin “*somut planda bir uygulanma biçimi*” olduğu yönünde bir tespit yer almaktadır. *Iura novit curia* ilkesi, Türk hukuku bakımından geçerli olmakla beraber, yabancı hukuk bakımından geçerli değildir. Bu nedenle, hukuki konularda bilirkişiye başvuru yasağı konusunda iç hukuk ile yabancı hukuku bir tutan bu tespiti katılma olanağı bulamıyoruz⁴⁶².

Yabancı hukuklar konusunda bilgisine başvurulacak bilirkişileri seçme bakımından hâkimlerin önemli bir serbestiye sahip oldukları söylenebilir. Gerçekten de hâkimler; uzman hukukçulara, karşılaştırmalı hukuk alanında faaliyet gösteren uzman kuruluşlara, üniversitelerde özellikle milletlerarası özel hukuk veya

Yargıtay 12. HD. E. 2012/16550, K. 2012/23020, T. 28.06.2012; Yargıtay 12. HD. E. 2005/22462, K. 2005/24968, T. 14.12.2005 (www.kazanci.com).

⁴⁶¹ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 68; Toraman, s. 163. Aslında bu husus, Bölge Adliye Mahkemesi Adli Yargı Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik (R.G. 08.04.2012, S. 28258) ile açık bir dayanağa da sahipti. Zira bu Yönetmelik’in 5. maddesinde açık bir şekilde yabancı hukuk, bilirkişiye başvurulabilecek hallerden bir tanesi olarak belirlenmişti. Ancak söz konusu Yönetmelik, 2017 tarihli Bilirkişilik Yönetmeliği’nin (R.G. 03.08.2017, S. 30143) 89. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bilirkişilik Yönetmeliği’nde ise mülga düzenlemenin muadili bir hüküm bulunmamaktadır. Mevcut düzenlemede bu yönde bir hüküm olmaması bir eksikliktir (Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 68). Ancak söz konusu yönetmelik değişikliğinin hukuken varılması gereken sonuç bakımından bir önem taşımadığı ve bu konuda bilirkişiye başvurulmasında herhangi bir hukuka aykırılık bulunmadığı kanaatindeyiz. Aksi görüş için bkz. Arslan, s. 82. Yazara göre, Bilirkişilik Kanunu m. 10/4 hukuk alanı dışında bir uzmanlığa sahip olduğunu belgeleyemeyenlerin bilirkişi listelerine kaydedilemeyeceğini öngörmektedir. Bu hüküm dolayısıyla an itibarıyla kanunen yabancı hukuk konusunda bilirkişiye başvurulması mümkün değildir.

⁴⁶² Aynı yönde bkz. Yaşar, s. 87.

karşılaştırmalı hukuk alanlarında çalışan akademisyenlere başvurabilirler⁴⁶³. Yargıtay'ın da İstanbul Üniversitesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi ile İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi'ne başvurulabileceğini ifade ettiği kararları bulunmaktadır⁴⁶⁴. Ayrıca, hâkimlerin bilirkişi olarak yabancı hukukçulara başvurması önünde de herhangi bir engel bulunmamaktadır⁴⁶⁵.

Bilirkişilere başvurulması halinde önem taşıyan bir nokta, bilirkişilerden hazırlanması istenecek raporların salt teorik bilgi değil, doğrudan somut olayda uygulanması gereken hukuk kurallarına dair bilgi içermesi gereğidir. Bu nedenle yalnızca ilgili kanun hükmünün Türkçeye tercüme edilerek mahkemeye sunulması⁴⁶⁶, hiç şüphesiz hâkimin önündeki uyuşmazlığı çözüme ulaştırması için yeterli olmayacaktır⁴⁶⁷. Bu nedenle, bilirkişilere başvurulması halinde, dosyanın tamamının iletilmesi sağlanarak, bilirkişilerden somut olayın özellikleri göz önüne alınarak hazırlanmış bir rapor alınması mümkün kılınmalıdır⁴⁶⁸.

Hâkim kanunlar ihtilafı kurallarının gereği olarak yabancı hukuku uygularken, yabancı hukuku kendi ülkesinde ne şekilde uygulanıyorsa o şekilde uygulamakla yükümlüdür⁴⁶⁹. Bu nedenle de uygulanacak yabancı hukuk kuralının sadece içeriğini tespit etmekle yetinemez; ilgili kuralın kendi ülkesinde ne şekilde anlaşıldığını ve fiilen ne şekilde uygulandığını da tespit etmesi gerekir⁴⁷⁰. Aynı şekilde, yabancı hukukun içeriğini tespit için bilirkişilere başvurulması halinde, bilirkişilerin hazırlayacakları raporların da bu unsurları içermesi gerekecektir.

⁴⁶³ Çelikel / Erdem, s. 174; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 90; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 68; Tarman, s. 559; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 548; Yaşar, s. 88.

⁴⁶⁴ Yargıtay HGK E. 1993/2-398, K. 1993/494, T. 30.06.1993; Yargıtay 11. HD. E. 1997/5344, K. 1997/5910, T. 16.09.1997 (www.kazanci.com).

⁴⁶⁵ Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 551; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 91.

⁴⁶⁶ Kanun hükümlerinin tercüme edilmesinden ibaret bilirkişi raporlarının uygulamada karşılaşılan bir sorun olduğuna ilişkin olarak Erkan'ın verdiği örnek çarpıcıdır. Yazar, bir olayda bir boşanma davasında yalnızca yetkili yabancı hukukun uygulanması gereken kurallarını Türkçeye tercüme etmek üzere kendisinin bilirkişi olarak atandığını ifade etmektedir (Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 549).

⁴⁶⁷ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 89-90; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 549.

⁴⁶⁸ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 90-91.

⁴⁶⁹ Çelikel / Erdem, s. 171; Nomer, **DHH**, s. 198; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 61; Tarman, s. 556; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 22; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 543; Yaşar, s. 95.

⁴⁷⁰ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 36; Yaşar, s. 86.

b) Taraflardan Yardım İstenebilmesi

MÖHUK m. 2, yabancı hukukun içeriğinin tespitinde hâkimi re'sen görevlendirmiş; ancak hâkime taraflardan yardım isteyebilme imkânını da tanımıştır. Hâkim, kendi araştırmalarıyla uygulanması gereken hukukun içeriğini tespit etmeye çalışabileceği gibi, gerekirse bunun yanında taraflardan yardım da isteyebilir. Bu yardım talebinin, yalnızca yabancı hukukun uygulanmasında menfaati olan tarafa yöneltilmesi de mümkündür⁴⁷¹. Özellikle de tarafların hukuk seçimi yaparak yabancı bir hukukun uygulanmasını temin ettikleri hallerde, yabancı hukukun içeriğinin tespitinde tarafların aktif rol oynamalarının beklenebileceği ifade edilmektedir⁴⁷².

Nomer, tarafların hâkimlere yardım ederken “*mahkemenin bir yardımcısı*” olarak hareket ettiğini belirtmektedir⁴⁷³. Gerçekten de burada taraflarca hâkime yardımda bulunulması söz konusudur. MÖHUK m. 2’de de tarafların yabancı hukukun içeriğini tespit faaliyetine katkılarının “*yardım*” niteliğinde olduğu açıkça belirtilmiştir. O halde bu faaliyet, teknik olarak bir ispat faaliyeti değildir⁴⁷⁴. Zira burada ortaya konacak olan şey, hâkimin doğruluğuna ikna olması gereken ve ikna olmadığı takdirde davayı ret sonucunu doğuracak bir vakıa değil, yabancı bir hukukun somut olayda uygulanması gereken kurallardır. Bu bakımdan söz konusu olan yardımın, usul hukukumuz bakımından olsa olsa *sui generis* bir delil ikamesi faaliyeti olduğu ifade edilmektedir⁴⁷⁵. Yabancı hukukun içeriğini ispat konusunda gerek tarafların gerekse de hâkimin ispat usulünde sahip oldukları serbestinin gerekçesinin de bu kendine özgü yapı olduğu düşünülmektedir⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ Doğan, s. 212; Yaşar, s. 90; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 91. Zaten büyük ihtimalle bu yardım faaliyeti, ağırlıklı olarak yabancı hukukun uygulanmasından fayda uman tarafça gerçekleştirilecektir (Nomer, **DHH**, s. 194).

⁴⁷² Giray, s. 565.

⁴⁷³ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 92.

⁴⁷⁴ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 87; Akil, **Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**, s. 20; Alangoya / Yıldırım / Deren Yıldırım, s. 308; Tarman, s. 556.

⁴⁷⁵ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 87; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 66. *Özekes*’e göre, burada tam anlamıyla bir ispat faaliyeti olmasa dahi, tarafların hâkimin araştırma faaliyetine doğrudan bir katkısı söz konusu olduğundan; yardım faaliyetinin yerine getirilmesi esnasında da tarafların hukuki dinlenilme hakkına saygı gösterilmelidir. Bu doğrultuda, uyuşmazlığa uygulanacak yabancı hukuk kuralının belirlenmesi için taraflara açıklama imkânı tanınması gerekmektedir. Hatta yazara göre bu konuda hâkimin taraflara hatırlatmada bulunması ve yardımlarını talep etmesi de aynı şekilde gereklidir (*Özekes*, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, s. 138).

⁴⁷⁶ Nomer, **DHH**, s. 196; Toraman, s. 164

Taraflar, yabancı hukukun içeriğini her türlü kanaat verici delille ortaya koyma imkanına sahiptirler⁴⁷⁷. Taraflar, bu yardım faaliyeti kapsamında esasen hâkimlerin re'sen de araştırabileceği kanun metni, doktrindeki görüşler, yargı kararları gibi belgeleri mahkemeye sunabilirler⁴⁷⁸. Ayrıca, HMK m. 293'te düzenlenmiş olan uzman görüşü (mütalaa) kurumundan da bu amaçla yararlanılabilmesi mümkündür⁴⁷⁹.

Yabancı hukukun içeriğinin ilgili taraf veya taraflarca sunulduğu hallerde, hâkim sunulan bilgi ve belgelerden yabancı hukuka dair yeterli bilgi edindiği kanaatine ulaşırsa, bunlarla yetinerek karar verebilir⁴⁸⁰. Ancak hâkimlerin taraflardan yardım istemesi ve tarafların da gerekli araştırmayı yapması sonucu sunduğu belgeler, hiçbir şekilde hâkimi bağlamayacak ve re'sen araştırma sorumluluğundan kurtarmayacaktır⁴⁸¹. Özellikle de tarafların ortaya koydukları bilgi ve belgelerin objektif olmama ihtimalleri karşısında⁴⁸², hâkimin taraflarca sunulan hususların doğruluğundan emin olması da şarttır⁴⁸³.

Hâkimin yabancı hukuku re'sen araştırma sorumluluğunun bir diğer sonucu da taraflardan yardım istenilmesinin, tarafları hâkime yardım etmekle zorunlu kılmamasıdır. Gerçekten de hâkime yabancı hukukun içeriğinin tespitinde yardımcı olunmaması, taraflara herhangi bir hukuki sorumluluk yüklemeyecektir⁴⁸⁴. Talep edilmesine rağmen tarafların hâkime yardım etmemelerinin doğurabileceği tek yaptırım, hâkimin kendi çabaları veya başvurduğu diğer yollar vasıtasıyla yabancı hukukun içeriğini tespit edememesi halinde gündeme gelecektir. Hâkim tüm araştırmalarına karşın yabancı hukukun içeriğini tespit edemezse, uygulanması

⁴⁷⁷ Nomer, **DHH**, s. 196.

⁴⁷⁸ Yaşar, s. 89.

⁴⁷⁹ Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 20; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 68; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 46; Arslan, s. 81.

⁴⁸⁰ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 91-92.

⁴⁸¹ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 66; Doğan, s. 212; Tarman, s. 559; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 552; Yaşar, s. 89-90.

⁴⁸² Uygulamada tarafların sundukları bilgi ve belgeleri kendi menfaatlerine uygun bir şekilde sunma yönünde bir çabaları olabildiği belirtilmektedir. Bu doğrultuda, bazı tarafların yabancı hukukun yalnızca kendi amaçlarına hizmet eden kısımlarını mahkemelere sunarken; aleyhlerine olan kısımlarını gizleme yoluna gidebildikleri ifade edilmektedir. Ayrıca, somut olayda uygulanması gereken düzenleme yerine, aslında zaman bakımından uygulama alanı bulamayacak olan farklı düzenlemelerin mahkemeye sunulabildiği de belirtilmektedir (Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 552).

⁴⁸³ Bu tespit için İngiliz hukukunda yaygın bir kullanım alanı olan ve Türk usul hukukundaki dayanağı HMK m. 152 hükmü olan çapraz sorgu sisteminden yararlanılabileceği yönünde bkz. Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 552.

⁴⁸⁴ Giray, s. 566; Yaşar, s. 90; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 27; Doğan, s. 212.

gereken yabancı hukuk yerine Türk hukukunu uygulayacaktır. Bu durumda yabancı hukukun uygulanması lehine olan taraf, bu avantajdan yararlanamamış olacaktır⁴⁸⁵. O halde taraflar için gerçek anlamda bir yardım mükellefiyeti bulunmasa da yabancı hukuk yerine Türk hukukunun uygulanması, yabancı hukukun uygulanması kendi menfaatine olan taraf bakımından dolaylı da olsa bir yaptırım teşkil edecektir⁴⁸⁶.

Uygulamada genelde mahkemelerin yabancı hukukun içeriğinin tespiti için sıralı bir yöntem izlediği ifade edilmektedir⁴⁸⁷. Buna göre hâkimler öncelikle tarafların yardımına başvurmakta, bundan herhangi bir sonuç alınamaması halinde diğer yollara başvurulmaktadır. Hâlbuki bu yollara aynı anda başvurulması da mümkündür ve bu durum yabancı hukukun içeriğinin bir an önce tespit edilebilmesi adına daha isabetli bir çözüm olabilecektir⁴⁸⁸. Nitekim, *Giray* da yabancı hukukun uygulanması gerektiğini tespit eden hâkimlerin, daha tensip zaptının düzenlenmesi

⁴⁸⁵ Nomer, **DHH**, s. 195; Doğan, s. 212-213.

⁴⁸⁶ Bu doğrultuda Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararına değinmekte fayda bulunmaktadır. "*Koca tarafından 02.08.2012 tarihinde boşanma davası açılmış, kadın tarafından 17.10.2012 tarihinde karşı boşanma davası açılmıştır. (...) Tarafların her ikisi de İngiliz uyrukludur. Bu hususu dikkate alan mahkeme 5718 sayılı Türk Milletlerarası Özel Hukukuna göre boşanma ve hükümlerinde eşlerin müşterek milli hukukunun yetkili olduğunu (m.14/1) belirlemiş, aynı yasanın 2/1. maddesi gereğince "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" hükümlerinden yararlanarak konuya ilişkin İngiliz hukukunu Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü vasıtasıyla ilgili Devletten talep etmiştir. Bu sözleşme gereğince İngiliz hukukunun boşanma ve hükümlerine ait düzenlemesi dosyaya talepte bulunulan devletin dilinde gönderilmiştir. Bunun Türkçeye tercümesinin gerektirdiği masraf davacı-karşı davalıdan mahkemece istenmiş, kesin süre içerisinde bu masraf yatırılmamıştır. Milletlerarası usul hukukunda "lex fori" prensibi geçerlidir. Bu prensibe göre özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın götürüldüğü hakim, kendi usul kurallarını uygular. Bu bakımdan uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk açısından İngiliz hukuku yetkili olmakla birlikte taraflar usul hukuku bakımından Türk usul hukuku hükümlerine tabidirler. Yabancı hukukun Türkçeye tercümesinin gerektirdiği masraf, davacı-karşı davalı (koca) vekilinden "gider avansı" kapsamında istenildiği halde bu gider, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 120/2. maddesinde gösterilen süre zarfında yatırılmadığına göre, kocanın boşanma davasının ve bununla birleştirilen aile konutu şerhi konulmasına ilişkin davasının mahalli mahkemece usulden reddine karar verilmiş olmasında bir isabetsizlik görülmemiştir. (...) Bu sebeple tarafların asıl ve birleşen davaya ilişkin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir". Bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2014/2879, K. 2014/14489, T. 25.06.2014 (www.kazanci.com). Davaya konu olayda ilk derece mahkemesi, yabancı hukukun içeriğinin Türkçeye tercümesi masraflarının karşılanması için gider avansı yatırılmasını talep etmiş, bu masrafların karşılanmaması üzerine ise davayı reddetmiştir. Yargıtay da kararı bu yönden onamıştır. Kanımızca bu yaklaşım isabetsizdir. Hukukumuzda kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukukun re'sen uygulanması, doğrudan kanunun bir emridir. Bu nedenle hâkimin re'sen yerine getirmesi gereken bir faaliyete ilişkin masraflar da taraflarca değil, devlet tarafından karşılanmalıdır. Bu husus, karşı oyda da ifade edilmiştir. Aynı yönde bkz. Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 69, dn. 126B. Kaldı ki bir an için masrafların taraflarca ödenmesi gerektiği kabul edilse bile mahkemenin verebileceği karar, davanın *lex fori* olan Türk hukukuna göre çözümlenmesi yönünde olmalıydı. Somut olayda verilen karar, bu yönüyle hak arama hürriyetine de aykırıdır.*

⁴⁸⁷ *Giray*, s. 569.

⁴⁸⁸ Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 552; *Giray*, s. 569, Arslan, s. 85. Ancak *Arslan*'a göre, bu yöntemin olumsuz bir yanı da olabilir. Yazara göre, yabancı hukukun uygulanacağı her uyuşmazlık bakımından bu şekilde bir yol izlenmesi, özellikle başvuru idari makamların aynı anda meşgul edilmesine yol açabilecek ve bu durum da bu makamların iş yükünü fazlasıyla artıracaktır. Bu durumda yabancı hukukun içeriğinin hızlı bir şekilde tespit edilmesi amacına ulaşmak da mümkün olamayabilir (Arslan, s. 85).

aşamasında yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesi için karar almasının bilgi edinme sürecini fazlasıyla kısaltacağını ifade etmektedir⁴⁸⁹.

C. Yabancı Hukukun “Vakıa” Olarak Uygulandığı Sistemde

Yukarıda da değinilmiş olduğu üzere, yabancı hukukun “vakıa” olarak uygulandığı sistemde, yabancı hukukun uygulanması konusunda hâkimlerin re’sen herhangi bir adım atma imkânı yoktur. Bu sistemde yabancı hukukun uygulanması yanında içeriğini tespit de tarafların sorumluluğundadır. Dolayısıyla hâkim tarafından yabancı bir hukukun uygulanabilmesi için öncelikle tarafların uyuşmazlığın çözümü için uygulanacak kuralları mahkemeye sunması gerekmektedir.

Bu sistemi kabul eden ülkelerin başında gelen İngiliz hukukunda yabancı hukukun ispatı, tarafların üzerinde bulunan bir külfettir. Dolayısıyla hâkimler, uygulanacak yabancı hukukun uyuşmazlıkla ilgili kurallarına dair re’sen araştırma yapamazlar⁴⁹⁰. Bu araştırmayı yapması gereken (ve dolayısıyla aslında ispat yükü üzerinde olan), iddia veya savunmasını söz konusu yabancı hukuka göre yapan taraf veya taraflardır⁴⁹¹. Uygulanması gereken yabancı hukuk, mahkemeyi tatmin edecek ölçüde ispatlanmadıkça, mahkemeler uyuşmazlığı İngiliz hukukuna göre çözeceklerdir.

İngiliz hukukunda ispat konusunda uygulanan temel yöntem, uzman bilirkişi (*expert witness*) kurumuna başvurmaktır⁴⁹². İrlanda, ABD, Avustralya, İsrail ve İngiliz Milletler Topluluğu üyesi Afrika ülkelerinde de uygulama bu yöndedir⁴⁹³. Bu yöntemde, ilgili hukuka dair bilgisi olan kişiler, yabancı hukukun somut uyuşmazlık bakımından uygulanması gereken hükümlerine ve bu hükümlerin somut

⁴⁸⁹ Giray, s. 569.

⁴⁹⁰ Yabancı hukukun içeriğini tespit etme yükünün tarafların uzlaşması halinde istisnai olarak hâkimlere yüklenebileceği belirtilmektedir (Cheshire / North / Fawcett, s. 113-114). Ancak bu durumda da genel kuralın sarsıldığı söylenemez. Zira bu durumda da hâkim re’sen araştırma yapmış olmamakta; yalnızca tarafların talebi üzerine onlar adına araştırma faaliyetini üstlenmektedir.

⁴⁹¹ Dicey / Morris, s. 238; Cheshire / North / Fawcett, s. 111-112; Hausmann, s. 12; O’Brien, s. 145; Hartley, s. 283; Collier, s. 33; Briggs, s. 8.

⁴⁹² Nussbaum, s. 1024; O’Brien, s. 26; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 96; Dicey / Morris, s. 230; Rodger / Van Doorn, s. 153; Hartley, s. 283; Collier, s. 34; Arslan, s. 78.

⁴⁹³ Nishitani, s. 28-29; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 54.

uyuşmazlıkta ne şekilde uygulanması gerektiğine ilişkin bilgilerini mahkemeye sunmaktadır.

Uzman bilirkişi kurumunun sahip olduğu bu yerleşik uygulama alanının sonucu olarak, uygulanacak yabancı hukukun uyuşmazlık konusuyla ilgili hükümleri, yerleşik yargı kararları veya doktrinden görüşler gibi yazılı metinlerin mahkemeye sunulması, tek başına yabancı hukukun içeriğini ispatlamak için yeterli değildir⁴⁹⁴. Hâkimlerin bu tür belgeleri dikkate alabilmesi, ancak uzman bilirkişiler tarafından bunlara dayanılması halinde mümkün olabilir⁴⁹⁵. Uzman bilirkişilerin dayanmadığı belgelerin re'sen araştırılması mümkün değildir. Öte yandan, ABD, Avustralya ve İsrail'de yaygın uygulama olan uzman bilirkişilere başvuru yönteminin yanında, istisnai olarak hukuk doktrininde olduğu gibi salt doktrin, içtihat ve kanun tercümelerine dayanarak yabancı hukukun içeriğini tespit etmek mümkündür⁴⁹⁶.

Uzman bilirkişi olabilecek kişiler bakımından herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu doğrultuda, ilgili hukukun uygulandığı ülkelerde çalışan avukatlar, akademisyenler veya herhangi bir şekilde uyuşmazlığa uygulanacak hukukun somut olaya ilişkin kurallarına dair yeterli bilgisi olan farklı kişilerin⁴⁹⁷ görüşlerine başvurulması mümkündür⁴⁹⁸.

Uzman bilirkişi, görüşlerini sözlü veya yazılı (*affidavit*) şekilde mahkemeye sunabilmektedir⁴⁹⁹. Çoğu zaman bir uzman bilirkişinin sunduğu bilgilere karşı tarafın itiraz etmesi nedeniyle, sözlü bilgilendirilmenin daha yaygın olduğu belirtilmektedir⁵⁰⁰. Bu sistemde uzman bilirkişilerin ortaya koymuş oldukları görüşlere karşı tarafça itiraz edilmesi halinde, karşı tarafın vekilince bilirkişilerin çapraz sorguya (*cross-examination*) çekilebilmesi de mümkündür⁵⁰¹.

⁴⁹⁴ Dicey / Morris, s. 230; Nishitani, s. 28.

⁴⁹⁵ Cheshire / North / Fawcett, s. 118; O'Brien, s. 148; Dicey / Morris, s. 232; Hartley, s. 284; Nishitani, s. 28; Collier, s. 34.

⁴⁹⁶ Nishitani, s. 30.

⁴⁹⁷ Örneğin, eski tarihli bir kararda Roma Katolik kilisesine bağlı bir Katolik rahip, Roma aile hukuku bakımından uzman olarak kabul edilmiştir. Söz konusu karar için bkz. The Sussex Peerage Case [1844] **Clark & Finnelly**, 85 (www.lexisnexis.eu).

⁴⁹⁸ Dicey / Morris, s. 230-232; Nussbaum, s. 1024; Hartley, s. 283; Collier, s. 34; Nishitani, s. 29.

⁴⁹⁹ O'Brien, s. 146; Nishitani, s. 29.

⁵⁰⁰ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 98; O'Brien, s. 146.

⁵⁰¹ O'Brien, s. 26; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 98; Nishitani, s. 29.

Uzman bilirkişi kurumu, niteliği itibariyle bir tür taraf delili olduğundan, davanın her iki tarafınca da uzman bilirkişiye başvurulması mümkündür. İki tarafça da alınıp mahkemeye sunulan uzman görüşlerinin birbiriyle çelişmesi halinde, mahkemenin ibraz edilen tüm deliller ışığında kendi değerlendirmesini yapması ve bu doğrultuda bir kanaate varması gerekecektir⁵⁰². Öte yandan, iki uzman bilirkişinin ortaya koyduğu bilgiler birbiriyle uyuşuyorsa, yabancı hukukun vakıa niteliği gereği, üzerinde uzlaşılan bu kurallar hâkim için bağlayıcı olmaktadır⁵⁰³. Hâkim ancak kendisine sunulan bilgi ve belgeler ışığında ortaya konan görüşün açıkça hatalı olduğuna kanaat getirirse, uzman görüşlerini reddederek farklı bir sonuca varabilecektir⁵⁰⁴.

Uzman bilirkişi sistemine ilişkin olarak hem olumlu hem de olumsuz eleştirilerin getirildiği görülmektedir. Görüşlerine başvurulmuş hukukçuların doğrudan duruşmalara katılarak kendisine sorulan sorulara cevap vermesinin, ilgili hukuka dair detaylı şekilde bilgi edinilmesine imkân tanıdığı belirtilmektedir⁵⁰⁵. Öte yandan, uzman bilirkişilerin taraflarca görevlendirilmeleri nedeniyle her daim tarafsız olmadıkları⁵⁰⁶ ve yabancı hukuka dair tam bir bilgi vermekten kaçınabildikleri⁵⁰⁷ de ifade edilmektedir. Yine aynı şekilde, iki tarafın da ayrı ayrı uzman bilirkişi görevlendirdikleri durumlarda, neredeyse her zaman ortaya birbiriyle en azından belirli noktalarda çelişen iki ayrı görüş çıktığı ve bu durumun da yargılamayı uzattığı belirtilmektedir⁵⁰⁸. Ayrıca, uzman bilirkişi masraflarının taraflarca üstlenilmesinin ciddi masraflara neden olduğu da dile getirilen eleştiriler arasındadır⁵⁰⁹. Bunlara ek olarak, özellikle Avrupa dışında yer alan küçük ülkelerin hukukları gibi bazı hukuk

⁵⁰² Dicey / Morris, s. 233; Briggs, s. 11; O'Brien, s. 149; Cheshire / North / Fawcett, s. 118; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 99; Hartley, s. 284; Collier, s. 35; Nishitani, s. 29; Alberti, s. 9-10.

⁵⁰³ Dicey / Morris, s. 233; Collier, s. 35; Cheshire / North / Fawcett, s. 117-118; Nussbaum, s. 1030; O'Brien, s. 148-149; Nishitani, s. 29.

⁵⁰⁴ Dicey / Morris, s. 233; Cheshire / North / Fawcett, s. 118; Collier, s. 35; O'Brien, s. 149; Nishitani, s. 29.

⁵⁰⁵ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 101.

⁵⁰⁶ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 101; Nishitani, s. 29.

⁵⁰⁷ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 101.

⁵⁰⁸ Gruber / Bach, s. 168; Cheshire / North / Fawcett, s. 114.

⁵⁰⁹ Nussbaum, s. 1029; Nishitani, s. 29; Arslan, s. 78; Cheshire / North / Fawcett, s. 78. Bu yönde bir tespitin yapıldığı Amerikan mahkeme kararı için bkz. Bodum USA, Inc. V. La Cafetière, Inc., United States Court of Appeals, Seventh Circuit, S. 09-1892, T. 02.09.2010 (caselaw.findlaw.com). Hâkim Posner, aynı hukuk geleneğinden gelen ve anadili İngilizce olan ülkelerin hukuklarının uygulanması gerektiği durumlarda uzman bilirkişilere başvurularak masraf yapılmasını anlamsız bulduğunu ifade etmiştir.

sistemleri hakkında görüş bildirecek uzman bulmanın da kolay olmadığı belirtilmektedir⁵¹⁰.

Uzman görüşü kurumunun sahip olduğu bu hâkim role ek olarak 1972 yılından beri yabancı hukukun içeriğini ispat konusunda rol oynayan bir diğer yöntem, belirli İngiliz mahkemeleri tarafından söz konusu yabancı hukukun uygulandığı kararlardan yararlanmaktadır⁵¹¹. 1972 tarihli Medeni Delil Kanunu'na (*Civil Evidence Act*) göre, mahkeme kararlarında bir yabancı hukukun belirli bir alanına ilişkin yapılan tespitler, aksi ispatlanmadığı ve kaynak olarak gösterilebilir bir mecrada yazılı olarak kayıt altına alındığı takdirde, daha sonra yargılamalarda delil olarak kullanılabilir (m. 4/2).

Bunların dışında, yabancı hukukun re'sen uygulandığı sistemlerde önemli bir uygulama alanı bulunan mahkemeler kanalıyla Adalet Bakanlığı veya dış temsilciliklerden bilgi alma imkânının, İngiliz hukukunda ispat yükünün tarafların üzerinde olması nedeniyle uygulama alanı olmadığı belirtilmektedir⁵¹². İngiliz hukukunda bu imkân, yalnızca 1859 tarihli *British Law Ascertainment Act* uyarınca İngiliz Milletler Topluluğu üyesi ülkelerin hukukları için tanınmıştır. Daha önce de değinilmiş olduğu üzere⁵¹³, bu düzenleme, İngiliz Milletler Topluluğu üyesi ülkelerin hukuklarının uygulanacağı uyuşmazlıklar bakımından İngiliz mahkemelerine, gerekli görmeleri halinde ilgili ülkenin mahkemelerine başvurarak, o ülke hukukuna dair doğrudan bilgi edinme yetkisini vermektedir.

D. Konuya İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler

1. Genel Olarak

Yabancı hukuka dair bilgi edinme yollarından bir tanesi de bu konuda ülkeler arası işbirliği yapılmasını öngören milletlerarası sözleşmelerdir. Bu amaçla akdedilen iki taraflı sözleşmeler bulunduğu gibi, çok taraflı sözleşmelerle de bu konuya ilişkin

⁵¹⁰ Nussbaum, s. 1029.

⁵¹¹ Dicey / Morris, s. 235; O'Brien, s. 146; Gruber / Bach, s. 164; Collier, s. 33-34; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 14; Nishitani, s. 19.

⁵¹² Cheshire / North / Fawcett, s. 115.

⁵¹³ *British Law Ascertainment Act*'e ilişkin açıklamalar için bkz. yukarıda Birinci Bölüm, III, C, 2. Yabancı Hukukun "Vakıa" Olarak Uygulandığı Sistem.

düzenlemeler yapılabilmektedir. Yabancı hukukların içeriğine dair bilgi edinilmesi konusunda imzalanmış çok taraflı sözleşmeler arasında en bilineni, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'dir (kısaca "Avrupa Sözleşmesi"). Ayrıca, bunun dışında görece geniş katılıma konu olan başka milletlerarası sözleşmeler de mevcuttur. Bunlar, 1979 tarihli Montevideo Sözleşmesi⁵¹⁴, 1983 tarihli Adli İşbirliği İçin Riyad Arap Anlaşması⁵¹⁵ ve 1993 tarihli Minsk Sözleşmesi'dir⁵¹⁶.

2018 yılı itibariyle 50. yılını kutlayan Avrupa Sözleşmesi, yabancı hukuklara dair bilgi edinme konusunda oldukça önem taşıyan bir sistem öngörmektedir. Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan ve bu nedenle temelde Avrupa ülkelerini ilgilendiren bu sözleşmenin kurduğu sistemden etkilenen farklı ülkeler de Montevideo Sözleşmesi ile Minsk Sözleşmesi'ni hazırlamışlardır. Bu iki sözleşme de hedefledikleri ülkeler bakımından Avrupa Sözleşmesi'nin öngördüğü sisteme benzer sistemler yaratma amacıyla hazırlanmıştır⁵¹⁷. Çalışmamızın bu noktasında öncelikle Avrupa Sözleşmesi ayrıntılı olarak ele alınacak; ardından ise Türkiye'nin taraf olduğu ve yabancı hukuka dair bilgi edinme imkânı tanıyan ikili adli yardımlaşma anlaşmaları ortaya konmaya çalışılacaktır.

⁵¹⁴ Sözleşme'nin İngilizce tam adı, "*Inter-American Convention of 8 May 1979 on Proof of and Information on Foreign Law*" şeklindedir. Avrupa Sözleşmesi'ne oldukça benzer bir yapı öngören Sözleşme, Avrupa Sözleşmesi'nin Avrupa çapında gerçekleştirmeyi hedeflediği projenin Latin Amerika'ya taşınması amacına hizmet etmektedir. Sözleşme an itibariyle Arjantin, Brezilya, Ekvator, Guatemala, İspanya, Kolombiya, Meksika, Paraguay, Peru, Şili, Uruguay ve Venezuela'da yürürlüktedir. Sözleşme'ye dair ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-43.html> (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

⁵¹⁵ Sözleşme'nin İngilizce tam adı, "*Riyadh Arab Agreement for Judicial Cooperation*" şeklindedir. Sözleşme, Arap ülkeleri arasında adli işbirliği sağlanması amacıyla hazırlanmıştır. Sözleşme'ye 2018 itibariyle Bahreyn, Birleşik Arap Emirlikleri, Cezayir, Cibuti, Fas, Filistin, Irak, Katar, Kuveyt, Libya, Lübnan, Moritanya, Somali, Sudan, Suriye, Suudi Arabistan, Tunus, Umman, Ürdün ve Yemen taraftır. Sözleşme'nin gayriresmî İngilizce tercümesi için bkz. <http://www.refworld.org/docid/3ae6b38d8.html> (Erişim Tarihi: 06.05.2018).

⁵¹⁶ Sözleşme'nin İngilizce tam adı, "*Convention of 22 January 1993 on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters*" şeklindedir. Bu Sözleşme de eski Sovyet ülkeleri arasında yabancı hukukun temini de dahil olmak üzere çeşitli konularda adli işbirliği yapılması amacına hizmet etmektedir. Sözleşme'ye Azerbaycan, Belarus, Ermenistan, Gürcistan, Kazakistan, Kırgızistan, Moldova, Özbekistan, Rusya, Tacikistan, Türkmenistan ve Ukrayna taraftır. Sözleşmenin İngilizce tercümesi için bkz. <http://cisarbitration.com/wp-content/uploads/2017/02/Minsk-Convention-on-Legal-Assistance-and-Legal-Relations-in-Civil-Family-and-Criminal-Matters-english.pdf> (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

⁵¹⁷ Nishitani, s. 48-49.

2. Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi

Yabancı hukukun içeriğine dair bilgi edinilmesi konusunda en çok öne çıkan milletlerarası sözleşme, Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi'dir⁵¹⁸. Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan ve Londra'da 07.08.1968'te imzalanan Avrupa Sözleşmesi, yabancı hukuk hakkında adli mercilerce bilgi edinilmesini kolaylaştırmak amacıyla uluslararası bir yardımlaşma sistemi kurmayı öngörmektedir⁵¹⁹.

Avrupa Sözleşmesi'ne 2018 itibarıyla 46 devlet taraf bulunmaktadır⁵²⁰. Sözleşme, Avrupa Konseyi içerisinde geniş bir kabul görmüştür. Öyle ki, Avrupa Konseyi üyesi olup, Sözleşme'ye taraf olmayan yalnızca 4 devlet bulunmaktadır⁵²¹. Sözleşme'ye taraf olmak için Avrupa Konseyi üyesi olma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Zira Sözleşme'ye taraf 46 devletten 4'ü⁵²² Avrupa Konseyi'ne üye olmadığı gibi, 3'ü⁵²³ coğrafi olarak Avrupa'da dahi bulunmamaktadır. Sözleşme, 1975 yılında Türkiye tarafından onaylanmış⁵²⁴ ve 20 Mart 1976'da Türkiye için yürürlüğe girmiştir⁵²⁵.

Sözleşme uyarınca âkit devletler, medenî ve ticarî hukukları ve hukuk usulleri ile yargı örgütleri konusunda birbirlerine bilgi vermeyi taahhüt etmektedirler (m. 1/1)⁵²⁶. Öte yandan, 1978 yılında Sözleşme'ye ek bir protokol⁵²⁷ imzalanmış ve

⁵¹⁸ Bu noktada, Sözleşme'nin adının kısaltılmasında dikkatimizi çeken bir noktaya değinmeyi yararlı görüyoruz. Sözleşme'den özellikle Batı doktrininde, imzalandığı şehrin adıyla, yani Londra Sözleşmesi olarak bahsedildiği görülmektedir. Ancak biz çalışmamızda Türk doktrininde genel olarak tercih edilen ifade olan "Avrupa Sözleşmesi" ifadesini kullanacağız.

⁵¹⁹ Avrupa Sözleşmesi'nin hazırlık sürecinde yabancı hukukun hukuk olarak mı yoksa vakıa olarak mı kabul edileceği konusu da gündeme gelmiş; ancak yapılan değerlendirmeler sonucu bu mesele Sözleşme'ye dahil edilmemiş ve Sözleşme'nin kapsamının bilgi edinilmesiyle sınırlandırılmasına karar verilmiştir (Council of Europe, **Explanatory Report on European Convention on Information on Foreign Law**, <https://rm.coe.int/16800c92f3> (Erişim Tarihi: 13.03.2018)).

⁵²⁰ Taraf devletlerin tam listesi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/062/signatures> (Erişim Tarihi: 29.01.2018).

⁵²¹ Andorra, Ermenistan, İrlanda ve San Marino.

⁵²² Belarus, Fas, Kosta Rika ve Meksika.

⁵²³ Fas, Kosta Rika ve Meksika.

⁵²⁴ Kanun No: 1899, Kabul Tarihi: 20.05.1975, R.G. 29.05.1975, S. 15249. Sözleşme'nin Türkçe tam metni için bkz. R.G. 26.08.1975, S. 15338.

⁵²⁵ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/062/signatures> (Erişim Tarihi: 29.01.2018).

⁵²⁶ Bireysel iş hukukunun da bilgi talep edilebilecek konulardan olduğuna dair bkz. Council of Europe, **Explanatory Report on European Convention on Information on Foreign Law**, <https://rm.coe.int/16800c92f3> (Erişim Tarihi: 13.03.2018).

Sözleşme'nin uygulama alanı ceza hukukuna ilişkin konularda da bilgi edinilmesine imkân tanıyacak şekilde genişletilmiştir⁵²⁸.

Sözleşme'nin öngördüğü işbirliğinin sağlanabilmesi için âkit devletlerin diğer ülkelerden gelen bilgi istemlerini kabul etmek amacıyla bir kabul organı (*receiving agency*) kurmaları gerekmektedir (m. 2/1). Ayrıca her âkit devlet, gerekli görürse kendi mercilerinden gelen bilgi istemlerini kabul edip, bu istemleri yetkili yabancı kabul organına iletmekle görevli bir nakil organı (*transmitting agency*) tayin edebilir (m. 2/2). Devletlere dilerlerse kabul organını nakil organı olarak da görevlendirebilme imkânı tanınmıştır. Devletlerin bir nakil organı tayin etmemeleri halinde, bilgi talepleri doğrudan talepte bulunan merci tarafından yabancı kabul organa gönderilecektir (m. 5). Türkiye, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nü hem kabul organı hem de nakil organı olarak görevlendirmiştir⁵²⁹.

Sözleşme uyarınca bilgi talepleri, ancak adli merciler tarafından ve dava süreci kapsamında yapılabilmektedir (m. 3/1)⁵³⁰. Talepte davanın niteliği açıklanmalı ve hakkında bilgi edinilmek istenen devletin hukuku ile ilgili olarak hangi hususlar hakkında bilgi istendiği belirtilmelidir (m. 4/1). Ayrıca, talebin iyi anlaşılabilmesi ile kesin ve doğru cevap verilebilmesi için gerekli bilgilerin taleple birlikte gönderilmesi beklenmektedir (m. 4/2). Bilgi talebi ve buna eklenecek her türlü ek, talepte

⁵²⁷ Karar Sayısı: 2004/7894. R.G. 02.10.2004, S. 25601. Protokol'ün Türkçe tam metni için bkz. R.G. 02.10.2004, S. 25601.

⁵²⁸ Ek Protokol sayesinde, âkit devletlerin birbirlerinden ceza ve ceza usul kanunları ile ceza alanındaki adli teşkilatlarına dair bilgi talep edebilmeleri de artık mümkündür (Ek Protokol m. 1/1). Bu kapsamda fiilen başlamış soruşturma ve kovuşturmalar bakımından talepte bulunmak mümkün olduğu gibi, başlaması öngörülenler için de bilgi talep etmek imkân dahilindedir (Ek Protokol m. 2/1(b)). Türkiye de Ek Protokol'e taraf ülkelerden bir tanesidir ve antlaşma Türkiye'de 2 Mart 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ek protokole dair ayrıntılı bilgi ve taraf devletlerin tam listesi için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/097> (Erişim Tarihi: 13.03.2018).

⁵²⁹ Sözleşme ile Ek Protokol'ün Türkiye'de uygulanmasına dair bilgiler, Sözleşme'ye ve Ek Protokol'e taraf devletlerin kabul ve nakil organı olarak görev yapan merkezi makamları ile Sözleşme ve Ek Protokol uyarınca yapılacak bilgi taleplerinde kullanılacak talepname örnekleri için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/genelgeler/67.1.pdf> (Erişim Tarihi: 16.03.2018). Genelge'de aynı zamanda Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'nün Ek Protokol'ün uygulanması bakımından da Ek Protokol'ün 2/2. maddesindeki yükümlülükleri yerine getirecek olan “iletici makam” olarak belirlendiği de belirtilmiştir.

⁵³⁰ Ek Protokol, Sözleşme'den bu noktada iki farklılık barındırmaktadır. İlk olarak, Sözleşme kapsamında sadece adli makamların talepte bulunabileceği yönündeki düzenlemeden farklı olarak, Ek Protokol'de resmi adli yardım sistemi içinde ekonomik yönden zayıf durumda bulunan kimseler adına hareket eden veya yasal danışmanlık yapan kişi veya makamların da talepte bulunabilmesine izin verilmektedir. İkinci farklılık ise daha önce de değinmiş olduğumuz üzere, Sözleşme kapsamında yalnızca dava sürecinde bilgi talebinde bulunulabilirken, Ek Protokol kapsamında başlatılması öngörülen soruşturma ve kovuşturmalar için de talepte bulunulabilmesidir (Ek Protokol m. 3).

bulunulan devletin resmî dil veya dillerinden birinde yazılmalı yahut bu dil veya dillerden birine tercüme edilmelidir (m. 14/1). Ayrıca bu bilgi talepleri için kural olarak talepte bulunan devlet tarafından herhangi bir ödeme yapılması da gerekmemektedir (m. 15).

Bir bilgi talebi alan kabul organı, cevabı kendisi verebileceği gibi, gerekli görürse cevaplandırmak üzere bu talebi devletin farklı bir organına da iletebilir (m. 6/1). Bir devlet tarafından gönderilen bilgi talebine cevap vermek kural olarak zorunludur (m. 10). Cevap vermekten kaçınmak, ancak talepte bulunulan devletin söz konusu dava gerekçesiyle kendi menfaatlerinin etkileneceği veya cevabın kendi egemenlik ve güvenliğini ihlâl edeceğini düşündüğü durumlarda söz konusu olabilmektedir (m. 11). Bilgi talebine mümkün olduğu kadar hızlı bir şekilde cevap verilmesi esastır. Bununla beraber, cevabın hazırlanmasının uzun bir süreyi gerektirdiği durumlarda, kabul organı istemde bulunan yabancı mercii bundan haberdar ederek, cevabın bildirileceği muhtemel tarihi belirtecektir (m. 12). Gönderilecek cevabın objektif ve tarafsız bir şekilde kaleme alınması beklenmektedir. Buna ek olarak, cevaplar, ilgili mevzuat metinleri ile yargı kararlarını içermelidir. Bunlara, gerektiği ölçüde doktrin ve hazırlık çalışmaları gibi ek belgeler de eklenebilecektir (m. 7). Cevabın da talepte bulunulan devletin dilinde gönderilmesi gerekmektedir (m. 14/1). Öte yandan, verilecek cevabın talepte bulunan merci için bağlayıcı olmadığı da açıkça kabul edilmiştir (m. 8).

Avrupa Sözleşmesi'nin pratikte ne şekilde uygulandığına ilişkin doğrudan Avrupa Konseyi'nce açıklanmış bir veri bulunmamakla beraber, doktrinde bazı yazarlarca bu konuya ilişkin istatistikler paylaşılmıştır. Yetkili ulusal makamlardan edinilen veriler ışığında gerçekleştirilen bir araştırma *Rodger / Van Doorn* tarafından gerçekleştirilmiştir⁵³¹. Bu çalışmada⁵³² varılan ilk sonuç, Sözleşme'nin en çok miras hukuku ve borçlar (ya da daha somut olarak sözleşmeler) hukuku⁵³³ alanlarında bilgi talebinde bulunmak için kullanıldığı olmuştur⁵³⁴. Araştırma

⁵³¹ Söz konusu araştırmaya dair bilgi için bkz. *Rodger / Van Doorn*, s. 157-173.

⁵³² Söz konusu araştırma, 1993 ve 1995 yıllarında taraf devletlerin yetkili makamlarına gönderilen taleplere verilen cevaplar ışığında hazırlanmış ve bu nedenle de genel olarak 1990-1995 yıllarına dair bilgiler içermektedir.

⁵³³ *Rodger / Van Doorn*'a göre, borçlar hukuku konusunda yöneltilen taleplerin çoğunluğunun Alman ve İngiliz makamlarına yöneltilmiş olması, hukuk seçimi yoluyla en çok yetkilendirilen hukukların bu iki ülkenin hukukları olduğu şeklinde yorumlanabilir (*Rodger / Van Doorn*, s. 161).

⁵³⁴ *Rodger / Van Doorn*, s. 161.

kapsamında varılan bir diğer sonuç ise ülkeler arasındaki bağlantıların taleplere de yansıdığıdır. Araştırmanın ortaya koyduğu verilere göre, fiziki yakınlık ve ülkeler arası göç hareketlerinin, Sözleşme uyarınca yapılan taleplerin dağılımı üzerinde önemli bir etkisi bulunmaktadır⁵³⁵. Örneğin, Fransa'dan Portekiz'e çok sayıda talep iletilmiştir. Portekiz'in hem Fransa'ya coğrafi olarak yakın hem de çok göç veren bir konumda olmasının, bu durumun gerekçesi olduğu tahmin edilmektedir⁵³⁶. Aynı şekilde, Türkiye'ye 1993 ve 1994 yıllarında gönderilen taleplerin büyük kısmının Almanya ve Avusturya'dan gelmesi de, göç hareketlerinin bilgi talepleri üzerinde önemli bir etki doğurduğunu gösteren bir veridir⁵³⁷.

Araştırma sonuçlarına da yansıyan bir diğer ilginç nokta ise dünya genelinde yabancı hukukun uygulanmasında karşılaşılan farklı yaklaşımların, Avrupa Sözleşmesi'nin uygulanmasında da aynı şekilde kendisini göstermesidir. Örneğin, yabancı hukukun uygulanması konusunda aktif bir devlet olarak görülen Almanya'nın, Avrupa Sözleşmesi'nin uygulanması konusunda da en aktif ülkelerden olduğu görülmektedir⁵³⁸. Buna koşut olarak, araştırmaya konu dönemde İngiltere'nin diğer ülke mercilerine hiçbir talep yöneltmediği de görülmektedir⁵³⁹. Yabancı hukukun vakıa olarak kabul edildiği İngiltere'de⁵⁴⁰, bu durum İngiliz usul hukuku ilkelerine dayandırılmaktadır. İngiliz usul hukukunda sözlü yargılama ilkesinin esas alınması karşısında yazılı olan ve bağlayıcı nitelik taşımayan cevapların işlevsiz kaldığı⁵⁴¹ ve taraflarca getirilme ilkesinin katı bir şekilde uygulanmasının da Sözleşme'ye hâkimlerce başvurulması ihtimalini fiilen ortadan kaldırdığı⁵⁴² belirtilmektedir.

Ayrıca, Türkiye'de Avrupa Sözleşmesi'nin uygulamasına⁵⁴³ dair bir bilgi *Tarman* tarafından aktarılmıştır. Yazar İstanbul'da bazı hâkimlerle görüşmesi sonucu

⁵³⁵ Rodger / Van Doorn, s. 159.

⁵³⁶ Rodger / Van Doorn, s. 159.

⁵³⁷ Rodger / Van Doorn, s. 161.

⁵³⁸ Rodger / Van Doorn, s. 168. Ancak *Dannemann*'a göre, diğer ülkelerle karşılaştırıldığında Sözleşme'yi sık kullandığı görülen Almanya'da dahi, bilirkişiye başvurmak Sözleşme'ye nazaran daha sık tercih edilen bir yoldur (*Dannemann*, 17. dn. civarı).

⁵³⁹ Rodger / Van Doorn, s. 161.

⁵⁴⁰ İngiltere'nin Sözleşme'nin uygulanmasına dair tek attığı adımın, kabul ve nakil organı olarak İngiliz Dışişleri Bakanlığı Hukuk Yürütme Organı'nı (*Legal Executive Branch of the Foreign and Commonwealth Office*) yetkilendirmek olduğu belirtilmektedir (Rodger / Van Doorn, s. 161).

⁵⁴¹ Gruber / Bach, s. 163.

⁵⁴² Rodger / Van Doorn, s. 161; Nishitani, s. 49.

⁵⁴³ Yabancı hukuklara dair bilgi edinmek için Avrupa Sözleşmesi'ne başvurulabileceğini öngören veya yerel mahkemelerce bu yola başvurulduğunu gösteren bazı güncel Yargıtay kararları için bkz.

edindiği bilgiler ışığında, Sözleşme'nin Türkiye'de hâkimler arasında genel olarak yüksek bir bilinirliğe sahip olduğunu ifade etmektedir⁵⁴⁴. Öte yandan, İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü'nün gerçekleştirdiği araştırmada ise Sözleşme'nin AB genelinde nadir kullanılan bir araç olduğu ortaya konmuştur⁵⁴⁵.

İmzalanmasının ardından 50 yıllık bir süre geçen ve çok sayıda ülkenin taraf olduğu Avrupa Sözleşmesi'nin başarıya ulaşp ulaşmadığı da kayda değer bir sorunsal teşkil etmektedir. Bu konuda herhalde varılabilecek en isabetli sonuç, Sözleşme'nin sınırlı bir başarıya ulaştığı yönünde olacaktır⁵⁴⁶. Sözleşme'nin salt kanuni düzenlemeden hareketle çözümlenebilecek basitlikte uyuşmazlıklar bakımından genel olarak yararlı bulunduğu; ancak, daha karmaşık uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda, Sözleşme'nin aynı derecede işlevsel olmadığı belirtilmektedir⁵⁴⁷. Bu duruma gerekçe olarak prosedürün yavaş işlemesi⁵⁴⁸ ve karmaşık olması⁵⁴⁹, talepte bulunan mercilerin uygulanacak hukuka dair yeterli bilgileri olmaması nedeniyle eksik bilgiler veya sorular yollaması ve bu nedenle yetersiz cevap verilmek zorunda kalınması⁵⁵⁰, dar bir coğrafyaya hizmet vermesi⁵⁵¹, yabancı dil bilgisi eksikliği nedeniyle tarafların iletişimde zorluklar yaşanması⁵⁵², verilen cevapların uyuşmazlığı çözmeye yetecek ölçüde somut ve detaylı olmaması⁵⁵³, Sözleşme'nin öngördüğü sistemin yalnızca adli makamlarca yargılama başlatıldıktan

Yargıtay 8. HD. E. 2016/1206, K. 2016/2027, T. 09.02.2016; Yargıtay 18. HD. E. 2015/6145, K. 2016/244, T. 12.01.2016; Yargıtay 8. HD. E. 2014/13727, K. 2015/22119, T. 09.12.2015; Yargıtay 2. HD. E. 2014/2879, K. 2014/14489, T. 25.06.2014; Yargıtay 8. HD. E. 2013/219, K. 2014/10820, T. 10.07.2013; Yargıtay 10. HD. E. 2013/31, K. 2013/5584, T. 22.03.2013 (www.kazanci.com).

⁵⁴⁴ Tarman, s. 560.

⁵⁴⁵ Öyle ki, araştırma sonuçlarına göre katılımcıların neredeyse %65'i Avrupa Sözleşmesi'nde öngörülen sistemi hiç kullanmadıklarını belirtmişlerdir. Katılımcıların bu durumun gerekçesi olarak gösterdikleri nedenler ise Sözleşme'ye ilişkin yeterince bilgi sahibi olmamaları, Sözleşme'nin öngördüğü mekanizmanın ağır işlemesi ve yalnızca hâkimler tarafından işletilebilmesidir. Bu konudaki tespitler için bkz. Swiss Institute of Comparative Law, s. 58-60.

⁵⁴⁶ Aynı yönde bkz. Rodger / Van Doorn, s. 165; Hausmann, s. 8.

⁵⁴⁷ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 92; Remien, s. 201; Nishitani, s. 49.

⁵⁴⁸ Rodger / Van Doorn, s. 165; Hausmann, s. 8; Corneloup, s. 172; Nishitani, s. 49; Verhellen, s. 293; European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, **Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential**, 2017,

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU\(2017\)583157_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU(2017)583157_EN.pdf) (Erişim Tarihi: 12.02.2018), s. 32.

⁵⁴⁹ Gruber / Bach, s. 163; Corneloup, s. 172.

⁵⁵⁰ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 92; Remien, s. 201; Nishitani, s. 49.

⁵⁵¹ European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, s. 32.

⁵⁵² Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 92; Rodger / Van Doorn, s. 165; Hausmann, s. 8; Cashin Ritaine, s. 42. Genel olarak ikili veya çok taraflı adli yardım anlaşmaları kapsamında bu yönde bir sorun olduğu yönünde bkz. Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 548-549.

⁵⁵³ Hausmann, s. 8; Tarman, s. 558; Nishitani, s. 49.

sonra⁵⁵⁴ işletilebilecek bir yapı öngörmesi⁵⁵⁵ ve yabancı hukuka dair bilgi edinme konusundaki masrafları ortadan kaldırmak için yeterli olmaması⁵⁵⁶ gibi hususlar gösterilmektedir.

3. Türkiye Cumhuriyeti'nin Taraf Olduğu İki Taraflı Antlaşmalar

Türkiye Cumhuriyeti; teminat, uluslararası tebligat, uluslararası istinabe, resmî belgelerin geçerliliği, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi gibi milletlerarası özel hukukun konusuna giren pek çok alana ilişkin iki taraflı adli yardımlaşma antlaşmaları akdetmiştir. Bu antlaşmalardan bir kısmında yabancı hukuklara dair bilgi edinme konusunda işbirliği yapılması imkânı da mevcut bulunmaktadır. Türk hâkimi, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca Türkiye ile bu şekilde bir imkânın öngörüldüğü bir antlaşma akdetmiş olan devletlerin hukuklarını uygulaması gereken hallerde, söz konusu devletin hukukuna dair bilgi edinmek amacıyla bu antlaşmalarda öngörülen mekanizmadan yararlanabilecektir⁵⁵⁷. Bu antlaşmalarda öngörülen hükümlerin temel olarak iki farklı şekilde düzenlendiği görülmektedir.

Türkiye'nin konuya ilişkin olarak akdettiği antlaşmaların bir kısmında, yabancı hukuka dair diplomatik yolla bilgi temini öngörülmektedir. Bu antlaşmalarda herhangi bir merkezi makam tayin edilmemiş ve bilgi temininin diplomatik yolla yapılması kararlaştırılmıştır⁵⁵⁸. Diplomatik yolla bilgi temini prosedüründe davaya bakan mahkeme Cumhuriyet Savcılığı vasıtasıyla talebini Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü'ne gönderecek, bu kurum ise talebi Dışişleri Bakanlığı'na iletecektir. Ardından Bakanlık, talebi bilgi talep edilen devlette bulunan Türk dış temsilciliklerine iletecek; ilgili dış temsilcilik ise talebi söz konusu devletin Dışişleri Bakanlığı'na gönderecektir. En son aşamada ilgili devletin Adalet Bakanlığı'na iletilecek olan bilgi talebi, bu kurumca cevaplandıktan sonra

⁵⁵⁴ Avrupa Sözleşmesi'ne benzer bir sistem öngören Montevideo Sözleşmesi'nde ise bilgi talebinin yargılama başladıktan sonra yapılması yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır.

⁵⁵⁵ Nishitani, s. 49; Swiss Institute of Comparative Law, s. 34; Cashin Ritaine, s. 42.

⁵⁵⁶ Swiss Institute of Comparative Law, s. 34-35.

⁵⁵⁷ Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 31-37.

⁵⁵⁸ Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 31-32.

aynı usulü izleyerek Türk mahkemesine iade edilecektir⁵⁵⁹. Yabancı hukukun içeriğine dair bilgi edinme konusunda hiç de az zaman almayacak bir sistem öngören bu tür antlaşmaların, daha ziyade Cumhuriyet'in ilk dönemlerinde akdedildiği görülmektedir⁵⁶⁰.

Türkiye'nin taraf olduğu ikili yardımlaşma antlaşmalarının bazılarında ise taraf devletlerin Adalet Bakanlıkları veya merkezi makamları vasıtasıyla bilgi temin edilmesi kararlaştırılmıştır⁵⁶¹. Türkiye bakımından bu tür antlaşmalarda merkezi makam görevini üstlenen kurum, Adalet Bakanlığı'na bağlı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü⁵⁶² olduğundan, bu iki ihtimalde de Türkiye bakımından işleyişin aynı şekilde olacağı söylenebilir⁵⁶³.

⁵⁵⁹ Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 32.

⁵⁶⁰ Bu doğrultudaki antlaşmalara örnek olarak Türkiye ile İtalya Arasında Adli Himaye, Adli Makamların Hukuk ve Ceza İşlerinde Karşılıklı Müzaheret ve Adli Kararların Tenfizi Mukavelenamesi (R.G. 03.03.1929, S. 1133) ile Türkiye Cumhuriyeti ile Çekoslovakya Cumhuriyeti Arasında Medeni ve Ticari Hususatı Kazaiyeye Mütedair Karşılıklı Münasebat Hakkında Mukavelename (R.G. 09.07.1932, S. 2145) verilebilir.

⁵⁶¹ Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 32-34.

⁵⁶² Müdürlüğe dair ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/index.html> (Erişim Tarihi: 01.05.2018).

⁵⁶³ Bu doğrultudaki antlaşmalardan bazıları şunlardır: Türkiye Cumhuriyeti ile Romanya Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Cezai İşlerde Adli Yardım Sözleşmesi (R.G. 17.05.1972, S. 14190), Türkiye Cumhuriyeti ile Polonya Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi (R.G. 23.07.1990, S. 20583), Türkiye Cumhuriyeti ve Mısır Arap Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi (R.G. 23.07.1990, S. 20583) ve Türkiye Cumhuriyeti ve Çin Halk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması (R.G. 12.11.1994, S. 22109), Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi (R.G. 09.11.1997, S. 23165) ve Türkiye Cumhuriyeti ile Ukrayna Arasında Hukuki Konularda Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Anlaşması (R.G. 22.12.2003, S. 25324). Bu noktada belirtmek gerekir ki Arnavutluk ile imzalanan antlaşmada öngörülen mekanizma, bir Yargıtay HGK kararına da konu olmuştur: “*Dava, sonradan alınan veraset ilamının iptali ile Yahya Sakta mirasçılarının tespiti istemine ilişkin olduğuna göre; kurulacak hükümde terekeye dahil menkul ve gayrimenkul ayırımı yapılmadan mirasçılarının ve miras paylarının belirlenmesi söz konusu olduğundan, öncelikle menkul ve gayrimenkul tereke ile ilgili, aynı konuda ve aynı taraflar arasında görülen davaların birleştirilmesi; Bundan sonra, "Türkiye Cumhuriyeti ile Arnavutluk Cumhuriyeti arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardım Sözleşmesi" kapsamında Arnavutluk Hükümeti'nden hukuki yardım alınıp, az yukarıda sayılan ve taraflarca ibraz edilen belge ve ilamların o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı ve onanmış tercümesi getirtilerek, 20.10.1964 gün ve 116 sayılı evlatlık işleminin son durumu ve geçerliliğini koruyup korumadığının belirlenmesi ve nihayet dosyanın Üniversite Devletler Özel Hukuku ve Mukayeseli Hukuk kürsüsünde uzman 3 kişilik bilirkişi kuruluna tevdi edilerek davalı Cavit Satka ile davalı-davacı Veri Satka'nın mirasçılıkları ve uygulanacak yabancı hukuka ilişkin rapor düzenletirilmesi ile, varılacak sonuç dairesinde, menkul ve gayrimenkuller bakımından iktisap şartları da tartışılıp, karar verilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Hal böyle olunca, mahkemece Arnavutluk Hükümeti'nden adli yardım istenerek, getirilecek onaylı belge asılları ve dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırmak ve hasıl olacak sonuca göre bir karar vermek gerekirken, belge fotokopileri ile yetinilerek eksik inceleme ve yanlılgılı düşüncelerle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararının açıklanan nedenlerle bozulması gerekmiştir”.* Bkz. Yargıtay HGK E. 2004/2-184, K. 2004/166, T. 24.03.2004 (www.kazanci.com).

Ayrıca, bazı iki taraflı adli yardım antlaşmalarında yalnızca antlaşmanın kapsamıyla sınırlı olarak bilgi temin edileceği kararlaştırılmıştır⁵⁶⁴. Bu antlaşmalarda diğer antlaşmalardan farklı olarak, yalnızca antlaşmaya konu teşkil eden hukuki sorunlara ilişkin olarak işbirliği yapılacağı yönünde kayıtlar bulunmaktadır. Öte yandan, bu antlaşmaların da sınırlı sayıda konu hakkında olmayıp, genel olarak hukuki ve ticari konularda işbirliği amacıyla imzalanmış olduğu göz önünde bulundurulursa, bu yöndeki kayıtların herhangi bir pratik önemi olmadığı söylenebilir⁵⁶⁵.

E. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespiti Konusunda Değerlendirme ve Öneriler

Yabancı hukukun uygulanması faaliyetinin başarılı bir şekilde işleyebilmesinin, yabancı hukukun tespitiyle doğrudan bağlantılı olduğu yönündeki kanaatimize daha önce değinilmişti. Kanımızca mahkemelerce yabancı hukukun içeriğinin başarılı bir şekilde tespiti ise masrafsız ve kolay bir şekilde yabancı hukuka dair güncel, eksiksiz ve güvenilir bilgi edinme imkânlarının sağlanmasına bağlıdır⁵⁶⁶. Bu hedefin konumuz bakımından taşıdığı önem karşısında, bu hedefin sağlanabilmesi için yabancı hukuklara dair bilgi edinilmesi imkânlarını geliştirme konusunda çeşitli çözüm yolları önerilmekte ve değerlendirilmektedir. Çalışmamızın bu kısmında öncelikle Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın bu konudaki çalışmalarına ve AB çerçevesinde atılan adımlar ile yapılan önerilere değinilecek; ardından ise yabancı hukukun içeriğine erişim imkânlarını geliştirme konusunda karşılaşılan genel nitelikteki değerlendirme ve öneriler ele alınacaktır.

⁵⁶⁴ Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 36.

⁵⁶⁵ Bu doğrultudaki antlaşmalara örnek olarak Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Hukuki ve Ticari Konularda Adli Yardımlaşmaya Dair Sözleşme (R.G. 17.03.1983, S. 17990), Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Sözleşmesi (R.G. 25.08.1993, S. 21679), Türkiye Cumhuriyeti ile Gürcistan Cumhuriyeti Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması (R.G. 24.08.1997, S. 23090) ve Türkiye Cumhuriyeti ile Moğolistan Arasında Hukuki, Ticari ve Cezai Konularda Adli Yardımlaşma Anlaşması (R.G. 04.05.2004, S. 25452) verilebilir.

⁵⁶⁶ Bu doğrultuda bkz. Gruber / Bach, s. 168; Lalani, **Content**, s. 87; Verhellen, s. 294; Nishitani, s. 47; Tarman, s. 561; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 554. Gerçekten de, yabancı hukuka dair bilgi edinme faaliyetinin başarıya ulaştığını söyleyebilmek için yalnızca bazı bilgilere erişmek yeterli değildir; ulaşılan bilgilerin güncel, eksiksiz ve güvenilir nitelikte olması da aynı şekilde önemlidir. Bu husus, *Verhellen*'ın Belçika'da gerçekleştirmiş olduğu araştırma sonuçlarına da yansımıştır. Yazar, aile hukuku alanında Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun ne şekilde uygulandığını ortaya koymak amacıyla gerçekleştirdiği araştırma kapsamında görüştüğü hâkimler, yabancı kanun hükümlerine genellikle erişebildiklerini; ancak erişilen bu hükümlerin güncel olup olmadığından emin olamadıklarını ve bunların ne şekilde yorumlanması gerektiğini anlamalarını sağlayacak mahkeme kararları, doktrin görüşleri gibi bilgilere erişemediklerini ifade etmişlerdir (Verhellen, s. 288).

1. Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Bünyesindeki Çalışmalar

Yabancı hukuka dair bilgi edinme imkânlarını geliştirmenin gerekli olduğu yönündeki görüş, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın da gündeminde yer almış bir konudur⁵⁶⁷. Konferans tarafından bu konudaki araştırmanın başlaması, Nisan 2006'da Konferans'a bağlı Genel İşler ve Politikalar Konseyi'nin Daimî Büro'dan yabancı hukukun niteliği konusunda uluslararası işbirliği öngören bir sistem geliştirilmesi üzerine bir fizibilite çalışması hazırlaması yönündeki talebi üzerine başlamıştır⁵⁶⁸. Bu talebin ardından Şubat 2007'de bir uzmanlar toplantısı gerçekleştirilmiş ve bu toplantıda yabancı hukukun niteliği konusunda bir yeknesaklaştırma politikası izlenmesinin anlamsız olacağı sonucuna varılmıştır. Uzmanlara göre üzerinde esas olarak çalışılması gereken konu, kolaylaştırılması yönünde açıkça bir ihtiyaç bulunan yabancı hukukun içeriğine erişim imkânlarıdır⁵⁶⁹.

Ekim 2008'de gerçekleştirilen diğer bir uzmanlar toplantısında ise bu sonuca paralel olarak yabancı hukukun içeriğine erişim konusunda göz önünde bulundurulacak birtakım ilkeler (“Rehber İlkeler”, “*Guiding Principles to be Considered in Developing a Future Instrument*”) kabul edilmiştir⁵⁷⁰. Bu toplantıya katılan uzmanlarca dile getirilen öneriler, internetin yabancı hukuka erişim konusunda aktif bir şekilde kullanılması üzerinde yoğunlaşmıştır⁵⁷¹. Bu kapsamda devletler, hukuk sistemlerine dair bilgileri çevrimiçi kaynaklar aracılığıyla dünya kamuoyunun erişimine açmak konusunda teşvik edilmişlerdir.

⁵⁶⁷ Konferans'ın bu konudaki çalışmalarına dair ayrıntılı bir inceleme için bkz. Philippe Lortie / Maja Groff, “The Evolution of Work on Access to Foreign Law at the Hague Conference on Private International Law”, **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 615-637.

⁵⁶⁸ Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, **Conclusions of the Special Commission of 3-5 April 2006 on General Affairs and Policy of the Conference**, Preliminary Document No. 11 (June 2006), <https://assets.hcch.net/docs/b8be1cb6-e8b7-4f5b-8ecc-45a985f8276d.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2018), s. 3.

⁵⁶⁹ Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, **Feasibility Study on the Treatment of Foreign Law: Report on the Meeting of 23-24 February 2007**, Preliminary Document No. 21A (March 2007), https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff_pd21ae2007.pdf (Erişim Tarihi: 21.05.2018), s. 3.

⁵⁷⁰ Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, **Accessing the Content of Foreign Law: Report of the Meeting of Experts on Global Co-operation on the Provision of Online Legal Information on National Laws (The Hague, 19-21 October 2008)**, Preliminary Document No. 11B (March 2009), https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff_pd11b2009e.pdf (Erişim Tarihi: 07.05.2018) (**11B**), s. 22-23.

⁵⁷¹ Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, **11B**, s. 4-20.

Daimî Büro tarafından toplantı sonrası Mart 2009’da hazırlanan raporda da aynı konudaki çalışma önerisi tekrarlanmış ve bir gün bu çalışmanın “Yabancı Hukuka Erişim Hakkında Lahey Portalı” adı altında ve daimî olarak görev yapacak bir bilirkişi heyetinin denetimi altında faaliyet gösterecek bir bilgi ağı kurulması sonucunu yaratabileceği yorumunda bulunulmuştur⁵⁷². Aynı belgede ayrıca çevrimiçi bilgilerle çözümlenmesi mümkün olmayan daha karmaşık nitelikteki uyuşmazlıklar bakımından da görev yapacak küresel bir uzman kurum ve bilirkişiler ağı kurulması önerilmiştir⁵⁷³.

Bundan sonra ise Şubat 2012’de Avrupa Komisyonu ve Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı, “Medeni ve Ticari Konularda Yabancı Hukuka Erişim” (*Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters*) konulu bir ortak toplantı gerçekleştirmiştir. Bu toplantıda ulaşılan sonuç ve tavsiyeler arasında devletlerin Rehber İlkeler’i göz önünde bulundurarak, mevzuatları ve içtihatlarını ücretsiz bir şekilde ulaşılabilecek şekilde çevrimiçi erişime açmaları da yer almıştır⁵⁷⁴.

Ancak her nedense tüm bu umut verici gelişmelere rağmen, Mart 2015’te Genel İşler ve Politikalar Konseyi tarafından konunun “*ileri bir tarihte yeniden ele alınabileceğinin anlaşıldığı*” belirtilmiş ve bu öneri Konferans’ın gündeminden kaldırılmıştır⁵⁷⁵. 2018 itibariyle bu konu, Konferans’ın internet sitesinde sürmekte olan çalışmalar arasında sayılmaktadır⁵⁷⁶. Ancak bahsi geçen günden bu yana Konferans bünyesinde bu konuda herhangi bir somut adım atılmamıştır⁵⁷⁷. Halbuki Konferans, hem farklı hukuk anlayışlarına saygı duyup hem de aynı zamanda hukuk

⁵⁷² Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, **Accessing the Content of Foreign Law and The Need for the Development of a Global Instrument in this Area – A Possible Way Ahead**, Preliminary Document No. 11A (March 2009), <https://assets.hcch.net/docs/ec2804c3-f55c-427d-9761-e0fa4eac41a7.pdf> (Erişim Tarihi: 29.01.2018) (11A), s. 4-5.

⁵⁷³ Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, **11A**, s. 6.

⁵⁷⁴ Söz konusu sonuç ve tavsiyeler için bkz. European Commission and Hague Conference on Private International Law, **Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters: Conclusions and Recommendations**, <https://assets.hcch.net/docs/b093f152-a4b3-4530-949e-65c1bfc9cda1.pdf> (Erişim Tarihi: 09.04.2018).

⁵⁷⁵ Council on General Affairs and Policy of The Hague Conference on Private International Law, **Conclusions & Recommendations Adopted by the Council (24-26 March 2015)**, <https://assets.hcch.net/docs/8e756bba-54ed-4d3e-8081-1e777d6950dc.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2018), s. 2, no. 11.

⁵⁷⁶ İlgili sayfa için bkz. <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/studies/access-to-foreign-law1> (Erişim Tarihi: 29.01.2018).

⁵⁷⁷ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 94-95.

sistemlerini birleştirmek yönünde bir vizyona sahip olmasıyla, bu konuda adım atacak ideal kurum olarak görülmektedir⁵⁷⁸. Kanımızca da farklı hukuk gelenekleri arasında uyum sağlama konusunda oldukça başarılı bir geçmişi olan Konferans'ın bu şekilde bir adım atması üzücüdür. Ancak bu konuda bir sorun bulunduğu bilincinde olması karşısında, uzun vadede de olsa bu türden önerilerin Konferans bünyesinde değerlendirilmesi ve bu konuda bir adım atılması beklenebilecek bir gelişmedir⁵⁷⁹.

2. AB Bünyesinde Gerçekleştirilen Çalışma ve Yapılan Öneriler

Yabancı hukukun içeriğine erişim konusundaki sorunlar ve bu alanda çözüm yolları geliştirilmesi ihtiyacı, AB bünyesinde de gündeme gelmiş bir meseledir. Bu konuya ilişkin olarak değinmek istediğimiz ilk mesele, bu konuya ilişkin olarak atılan oldukça önemli bir adım olduğunu düşündüğümüz Avrupa Yargı Ağı Projesi'dir⁵⁸⁰. Söz konusu proje, üye devletler arasında yargı alanında işbirliğinin geliştirilmesi ve üye ülkelerin hukuk sistemlerine dair bilgileri de içerecek olan kamuya açık bir bilişim sistemi hazırlanması amacıyla 2001'de kurulmuştur. Proje, temel olarak üye ülkelerin tayin ettikleri iletişim makamları üzerinden işlemektedir; ancak bunu yanında ülkelerin hukuk sistemlerine dair bilgiler içeren bir internet sitesi de hazırlanmıştır⁵⁸¹. Danimarka dışındaki tüm AB üyesi ülkeler, Avrupa Yargı Ağı projesine dâhildir.

Avrupa Yargı Ağı'nın bilinirliği ve yargı içindeki rolünün geliştirilmesi için de birtakım adımlar atılmıştır. Öyle ki, AB'nin hazırladığı ve yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları içeren düzenlemeler olan Roma III Tüzüğü'nün Önsözü'nün 17. maddesi⁵⁸²

⁵⁷⁸ Verhellen, s. 300.

⁵⁷⁹ Verhellen, s. 300.

⁵⁸⁰ Avrupa Yargı Ağı, Medeni ve Ticari Konularda bir Avrupa Yargı Ağı Kurulmasına İlişkin 28 Mayıs 2001 tarihli ve 2001/470 sayılı Konsey Kararı ışığında kurulmuştur. Bu karar için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001D0470&from=EN> (Erişim Tarihi: 29.01.2018).

⁵⁸¹ Avrupa Yargı Ağı'nın resmî sitesi için bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/index_en.htm (Erişim Tarihi: 29.01.2018). Mevcut site Avrupa e-Adalet Portalı ile birleştirilme sürecindedir. Ağın kullanacağı yeni sayfa için bkz. https://beta.e-justice.europa.eu/21/EN/european_judicial_network_in_civil_and_commercial_matters (Erişim Tarihi: 07.05.2018).

⁵⁸² Söz konusu hüküm, Türkçeye şu şekilde tercüme edilebilir: “Uygulanacak hukuku belirlemeden önce eşlerin ulusal hukuklara ve Birlik hukukunun temel noktalarına ve boşanma ve ayrılığı düzenleyen prosedürlere dair güncel bilgilere erişim imkanları olması önemlidir. Komisyon, düzgün

ile AB Miras Tüzüğü'nün Önsözü'nün 75. maddesinde⁵⁸³ Avrupa Yargı Ağı'na atıfta bulunmaktadır. Bu hükümlerden özellikle de ilki, tarafların hukuk seçimi yaparken bilinçli bir tercihte bulunabilmeleri adına Avrupa Yargı Ağı'ndan yararlanabilecekleri yönünde bir ifade içermesi nedeniyle kanımızca ayrı bir önem taşımaktadır.

Avrupa Yargı Ağı sisteminin henüz gelişim aşamasında olduğu ve internet sayfasında her alanda her ülkeye dair yeterli bilgi bulunmadığı görülmektedir⁵⁸⁴. Bu durumun nedeni olarak, projenin bugüne dek çoğunlukla usul hukukunda işbirliği konusuna yoğunlaşması ve maddi hukuka dair gelişmelerin arka planda kalması gösterilmektedir⁵⁸⁵. Öte yandan, faaliyet gösterdiği alan bakımından da Avrupa Yargı Ağı'nın bazı temel problemleri bulunduğu ifade edilmektedir. Bu problemler, sistemin yalnızca AB ülkelerinin hukuklarına dair bilgi içermesi⁵⁸⁶, ülke mevzuatlarına dair bilgi içermekle beraber bu kuralların ne şekilde uygulanacağını ortaya koyma konusunda eksik kalması⁵⁸⁷, içerdiği tüm bilgilerin güncel olmaması⁵⁸⁸ ve hukukçu olmayanlar tarafından anlaşılması zor bir dille kaleme alınması⁵⁸⁹ olarak gösterilmektedir⁵⁹⁰.

ve kaliteli bilgiye erişimin temini için 2001/470/EC sayılı Konsey kararı ile kurulan internet temelli kamuya açık bilgi sistemindeki bilgileri düzenli olarak güncellemektedir". Tercümeyle esas alınan Tüzük'ün orijinal İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R1259&from=EN> (Erişim Tarihi: 08.04.2018).

⁵⁸³ Söz konusu hüküm, Türkçeye şu şekilde tercüme edilebilir: "İşbu Tüzük'ün uygulanmasını kolaylaştırmak amacıyla, taraf devletleri mirasa ilişkin kanuni düzenlemeleri ve prosedürlerine dair birtakım bilgileri 2001/470/EC sayılı Konsey Kararıyla kurulan medeni ve ticari konularda Avrupa Yargı Ağı çerçevesinde başka devletlere iletebilmelerini zorunlu kılan bir hüküm ihdas edilmelidir". Tercümeyle esas alınan Tüzük'ün orijinal İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012R0650&from=EN> (Erişim Tarihi: 08.04.2018).

⁵⁸⁴ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 94; Katharina Boele-Woelki, "For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law", **YPIL**, C. 12, 2010, s. 1-26, s. 17.

⁵⁸⁵ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 94.

⁵⁸⁶ Verhellen, s. 291-292; Boele-Woelki, s. 17.

⁵⁸⁷ Verhellen, s. 292.

⁵⁸⁸ Verhellen, s. 292; Boele-Woelki, s. 17.

⁵⁸⁹ Boele-Woelki, s. 17.

⁵⁹⁰ Bu sorunlarına rağmen Avrupa Yargı Ağı projesinin hiç de azımsanamayacak bir ilgi gördüğü rahatlıkla söylenebilir. İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü tarafından AB üyesi ülkelerde çalışan hukukçulardan edinilen bilgiler ışığında gerçekleştirilen araştırmada, katılımcıların neredeyse %60'ı bu sistemden yararlandığını ifade etmiştir. Bu oran, Avrupa Yargı Ağı'nın Avrupa Sözleşmesi'nden çok daha yaygın bir kullanım alanına sahip olduğunu göstermektedir. Araştırma sonuçlarına göre özellikle Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Macaristan ve Yunanistan'da kullanılmaktadır (Swiss Institute of Comparative Law, s. 57). Zira aynı kurum, söz konusu araştırma sonucu açıkladığı tavsiyeler arasında yabancı hukukun içeriğinin araştırılması kapsamında Avrupa Yargı Ağı'ndan yararlanılabileceği (m. 6/2) yönündeki tavsiyeye de yer vermiştir (Swiss Institute of Comparative Law, s. 89).

Ayrıca, AB bünyesinde Haziran 2017 tarihinde bu konuda dikkate alınmasında fayda olan yeni bir çalışma hazırlanmıştır⁵⁹¹. Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi'nin talebi üzerine hazırlanan “Artan Uluslararası Hareketlilik Ortamında Milletlerarası Özel Hukuk: Sorunlar ve Olası Çözümler” (*Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential*) adı verilen çalışma, özellikle Avrupa'yı yakından ilgilendiren göç hareketlerinin gün geçtikçe artması karşısında milletlerarası özel hukukun yaşadığı sorunlar ve bu durumun yarattığı potansiyeli ortaya koymayı amaçlamaktadır⁵⁹². Bu çalışmada varılan dört temel sonuçtan biri, yabancı hukukun tespiti ve uygulanması faaliyetini geliştirecek ve bu faaliyeti gerçekleştirmekle yükümlü makamlara destek sunacak modern, çok taraflı ve küresel bir sistemin kurulması yönünde AB'nin bir adım atması gerektiği olmuştur⁵⁹³. Bu doğrultuda, yukarıda anmış olduğumuz Avrupa Komisyonu ve Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın 2012 yılında gerçekleştirdiği Ortak Toplantı sonucu ortaya konan tavsiyeler izlenerek bazı adımlar atılması da önerilmektedir⁵⁹⁴. Bununla beraber, yalnız AB üyesi ülkeleri ilgilendiren olaylar bakımından Avrupa Yargı Ağı projesinin bir çözüm imkânı sunabileceği de ifade edilmiştir⁵⁹⁵.

AB ülkeleri içinde uygulanabileceği düşünülen bir diğer sistem ise yabancı hukukların içeriğini açıklayan ortak bir yazılı belge sistemi kurulmasıdır⁵⁹⁶. Bu öneri, ilk kez 2005 yılında Fransız Noterler Kongresi'nin⁵⁹⁷ gerçekleştirdiği 101. Toplantıda (*101e Congrès des Notaires de France*) ortaya atılmıştır⁵⁹⁸. Fransız hukukunda yabancı hukukun içeriğini tespit için sıklıkla kullanılan *certificat de*

⁵⁹¹ European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, **Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential**, 2017, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU\(2017\)583157_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU(2017)583157_EN.pdf) (Erişim Tarihi: 12.02.2018).

⁵⁹² European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, s. 6.

⁵⁹³ European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, s. 28, 32. Bu çalışmada varılan diğer üç sonuç ise şu şekilde özetlenebilir: 1) Artan göç hareketlerinin sonucu olarak yargı dışı makamların yabancı hukuku uygulaması konusuna daha fazla önem verilmesi gerekmektedir. 2) Yurtdışında elde edilen şahsi statülerin tanınması bağlamında da yabancı hukukun uygulanması ve yorumlanması meselesiyle karşılaşmaktadır. 3) Bu konuyla ilgili çalışan kamu görevlileri ile göç ve iltica makamları çalışanlarıyla röportajlar yapılması ve göç dolayısıyla yabancı hukukun uygulanması konusunda pratiğe dair veriler elde edilmesi gibi yöntemlere başvurularak ampirik araştırmalar yapılması yönünde açık bir ihtiyaç bulunmaktadır.

⁵⁹⁴ European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, s. 28.

⁵⁹⁵ European Parliament's Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, s. 32.

⁵⁹⁶ Swiss Institute of Comparative Law, s. 33.

⁵⁹⁷ Kuruma dair ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.congresdesnotaires.fr> (Erişim Tarihi: 19.05.2018).

⁵⁹⁸ Toplantı sonunda alınan kararlar için bkz. http://www.defrenois.fr/print/e-docs/00/00/07/55/document_actu_jur.phtml (Erişim Tarihi: 06.05.2018).

coutume sistemini esas alan bu görüş, bu sistemi tüm Avrupa geneline yaymayı önermekte ve bir “*certificat de coutume européen*” sistemi getirilmesini teklif etmektedir. Öngörülen bu sisteme göre, yabancı hukuklara dair bilgi içeren ve her üye devlette herhangi bir ek işleme gerek kalmaksızın geçerli olacak bu belgeler ile yabancı hukukların mahkemeler nezdinde hızlı ve güvenilir şekilde ortaya konması mümkün olabilecektir⁵⁹⁹.

AB özelinde getirilen bir diğer öneri yabancı hukukları uygulamak durumunda kalan mahkemelerin, uygulamaları gereken hukukun AB üyesi bir ülkenin hukuku olması halinde, hukukun içeriğine dair bilgi almak amacıyla hukuku uygulanacak ülkenin mahkemelerine başvurabilmesidir⁶⁰⁰. Doğrudan yargı makamları arasında işbirliği sağlanması yoluyla bilgi edinilmesini hedefleyen bu öneri, AB hukukunda uygulanan bir kurum olan ve AB’nin İşleyişi Hakkında Sözleşme’nin 267. maddesinde öngörülen ön karar prosedürünü⁶⁰¹ kendisine temel almaktadır⁶⁰². Bu öneriye göre, AB üyesi bir ülkenin hukukunu uygulamak durumunda olan hâkim, uyuşmazlığı çözmeden önce, o ülkede görev yapan ve kendi görev yaptığı mahkemeye aynı derecedeki bir mahkemeye başvurarak, uygulanacak hukukun içeriğine dair bilgi talebinde bulunabilecektir⁶⁰³.

3. Diğer Değerlendirme ve Öneriler

Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı ile AB bünyesinde atılan adımlar ve konuya ilişkin getirilen çözüm önerilerinin ardından, çalışmamızın bu kısmında genel nitelikteki diğer değerlendirme ve önerileri ele almaya çalışacağız. Değinmek

⁵⁹⁹ Swiss Institute of Comparative Law, s. 33.

⁶⁰⁰ Remien, s. 219. Yazarın aktardığına göre, bu öneri kendisinin yanında *Andreas Schwartze* ve hatta 1960’lı yıllarda *Edoardo Vitta* tarafından da önerilmiştir.

⁶⁰¹ Ön karar prosedürü; AB’nin İşleyişi Hakkında Sözleşme’nin 267. maddesinde öngörülen bir mekanizmadır. Bu mekanizma ile AB hukukuna ilişkin konularda tek başına karar veremeyen hâkimlere, bu konularda doğrudan Avrupa Adalet Divanı’na danışma imkânı verilmiştir. Öte yandan bu prosedüre başvuru bazı hallerde isteğe bağlı olmakla beraber, bazı durumlarda zorunludur. Buna göre, bir üye devlet mahkemesinde AB antlaşmalarının yorumu veya AB kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumuna ilişkin bir sorun ortaya çıkması halinde, mahkeme bu konuya ilişkin bir yönlendirmeye ihtiyaç duyarsa, Avrupa Adalet Divanı’ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir. Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya çıkması halinde ulusal mahkemece Adalet Divanı’na başvuru zorunlu hale gelmektedir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:114552&from=EN> (Erişim Tarihi: 01.05.2018).

⁶⁰² Remien, s. 219.

⁶⁰³ Remien, s. 219.

istediğimiz çözüm yollarının başında, Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü ile İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü gibi kurumların sayısının artması veya mevcut kurumların etki alanlarının genişletilmesi gelmektedir⁶⁰⁴. Üye devletlerin kendi hukuklarına dair bilgiyi diğer ülkelere aktarmak amacıyla temsilciler gönderdiği bir Avrupa Karşılaştırmalı Hukuk Merkezi veya Enstitüsü kurulması da bu kapsamda önerilmiştir⁶⁰⁵. Kanımızca da bu türden uzman kuruluşların artması ve/veya var olan kurumların daha geniş coğrafyalara hizmet vermelerinin sağlanması, mahkemelerce yabancı hukuklara dair bilgilere daha hızlı ve etkin bir şekilde erişilmesi yolunda önemli bir adım olacaktır. İleri sürülen bir diğer öneri ise hukuk fakültelerinin karşılaştırmalı hukuk alanında yetkin akademisyen istihdam etmesidir⁶⁰⁶. Bu modelin Almanya’da başarılı bir şekilde işlediği ve ülkede ciddi bir karşılaştırmalı hukuk geleneğinin bulunduğu ifade edilmektedir⁶⁰⁷.

Yabancılık unsuru olan davaların görüleceği uzman mahkemelerin kurulması da düşünülebilecek bir çözüm yoludur⁶⁰⁸. Almanya’da uygulanan bu yönteme göre, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara sıkça rastlanan büyük şehirlerde, bu davalara bakmakla görevli uzman mahkemeler veya daireler tayin edilmektedir. Bugün Hamburg Bölge Mahkemesi’nin (*Landgericht*) 27. Hukuk Dairesi ile Bamberg ve Stuttgart Yüksek Bölge Mahkemeleri’nin (*Oberlandesgericht*) birer dairelerinin yabancı hukuk konusunda uzman daireler olarak görev yaptığı belirtilmektedir⁶⁰⁹. Bu şekilde yıllarca yabancılık unsuru taşıyan davalara bakan hâkimler, sıkça karşılaştıkları hukuklara dair önemli ölçüde tecrübe ve bilgi sahibi olabilmektedir. Bu şekilde bir sistemin uygulanması halinde, yabancı bir hukukun uygulanması gereken her olayda yabancı hukukun içeriğini farklı hâkimlerin araştırarak zaman kaybetmesi gibi bir durum söz konusu olmayacaktır.

Yabancı hukuka erişim bakımından internetin uygulama alanının artması, tıpkı Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı ve AB’de karşımıza çıktığı gibi,

⁶⁰⁴ Gruber / Bach, s. 169; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 554; Corneloup, s. 173-174; Swiss Institute of Comparative Law, s. 17.

⁶⁰⁵ Swiss Institute of Comparative Law, s. 88.

⁶⁰⁶ *Erkan*, bu hedefle Türkiye’den yabancı ülkelere, diğer ülkelerden de Türkiye’ye hukuk alanında eğitim görmek üzere öğrenci değişiminin sağlanması gerektiğini ifade etmektedir (Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 554).

⁶⁰⁷ Dannemann, dn. 11 civarı.

⁶⁰⁸ Remien, s. 191; Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 93; Nishitani, s. 26.

⁶⁰⁹ Remien, s. 191; Nishitani, s. 26.

çalışmamızın bu kısmında da ele almak istediğimiz öneriler arasında yer almaktadır. Belirtmek gerekir ki aslında çok yakın tarihlere kadar ücretsiz şekilde yabancı hukuklara dair bilgi edinebilmek, yalnızca büyük üniversitelerin kütüphanelerinde veya merkezi şehirlerde söz konusu olabilmekteydi⁶¹⁰. Ancak günümüzde tüm dünyada internetin yaygınlaşması ve çevrimiçi kaynaklara erişmenin her geçen gün daha da kolaylaşması, bu durumu fazlasıyla değiştirmiştir. Gerek İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü'nün⁶¹¹ gerek *Verhellen*'in paylaştığı bilgiler⁶¹², internetin günümüzde yabancı hukuka erişim bakımından aktif bir şekilde kullanıldığını açıkça ortaya koymaktadır. İnternetin bu alandaki etkinliği, ileride muhakkak daha da artacaktır. Zira doktrinde de Avrupa Sözleşmesi gibi karşılıklı bilgi alışverişi öngören sistemlerin internet üzerinden faaliyet göstermesi önerilmiştir⁶¹³. Aynı şekilde, farklı ülke hukuklarına dair bilgileri bir araya getiren veritabanlarının kurulması da bu kapsamda düşünülebilecek bir projedir⁶¹⁴. Bu durum, özellikle de belli başlı uyuşmazlıkların çokça karşılaşılabılır nitelikte olması nedeniyle önemlidir⁶¹⁵. Örneğin, Avrupa genelinde Türk kökenli insanların sayısının fazla olması, Almanya, Fransa, İsviçre, Belçika gibi pek çok ülkede Türk aile hukukuna dair bilgi edinilmesi yönünde bir ihtiyaç olduğu anlamına gelmektedir. Taleplerde yaşanan bu “*standardizasyon*” karşısında, ülkelerin hukuklarına dair en

⁶¹⁰ Lalani, **Problems**, s. 52.

⁶¹¹ İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü tarafından AB üyesi ülkelerde çalışan hukukçulardan edinilen bilgiler ışığında gerçekleştirilen araştırmada, bu ülkelerde yabancı hukukun içeriğine dair araştırma yapılırken en yoğun olarak kullanılan aracın %80 civarı bir oranla internet olduğu tespit edilmiştir. Bu araştırmaya göre interneti, sırasıyla kütüphane ve veritabanları gibi ulusal kaynaklar, yabancı bilirkişiler, yabancı meslektaşlardan edinilen bilgiler, diplomatik kanallar, ücretli yabancı hukuk veritabanları ve bilirkişiler izlemektedir. (Swiss Institute of Comparative Law, s. 51-52).

⁶¹² *Verhellen*'in 2012 yılında Belçika'da gerçekleştirdiği araştırmanın sonuçlarına göre, Belçika'da hâkimlerin yabancı hukuka erişim faaliyetinde ağırlıklı olarak tercih ettikleri kaynak internettir (Verhellen, s. 289).

⁶¹³ *Lalani*, aracı kurumlar kanalıyla kurulan iletişimin yarattığı zaman kayıpları nedeniyle, yalnızca sisteme tanımlı üyelerin girebileceği şifre korumalı bir çevrimiçi sistem üzerinden işleyecek bir bilgi alışverişinin çok daha isabetli bir çözüm yolu sunacağı kanaatindedir (Shaheez Lalani, “A Proposed Model to Facilitate Access to Foreign Law”, *YPIL*, C. 13, 2011, s. 299-313 (**Access**), s. 301). Yazarın öngördüğü sistemde Max Planck Enstitüsü, İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü gibi uzman kuruluşlarca bilgi talebine konu uyuşmazlığa ilişkin tüm bilgilerin aktarılmasına ve hakkında bilgi talep edilen konunun detaylı bir şekilde açıklanabilmesine olanak tanıyan bir “standart talep formu” (“*standard legal information request form*”) hazırlanmalı ve dünyanın farklı ülkelerindeki değişik hukuk dallarında uzmanlaşmış hukukçulardan bir bilirkişi havuzu oluşturulmalıdır. Çevrimiçi sisteme bilgi başvurusunda bulunmak amacıyla giren kişiler, bahsi geçen talep formlarını uyuşmazlığa göre dolduracak, ardından doldurulan bu formu sisteme yükleyecek ve bu havuzdan istedikleri bilirkişiyi kendi isteklerine göre seçerek bilgi talebinde bulunabileceklerdir (Lalani, **Access**, s. 300-312).

⁶¹⁴ Swiss Institute of Comparative Law, s. 60; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 554; Corneloup, s. 174.

⁶¹⁵ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 94.

azından birtakım temel bilgileri internet üzerinde yayınlamaları faydalı bir çözüm olabilecektir⁶¹⁶.

Kanımızca doğrudan yargı makamları ve hâkimlerin birbirleriyle iletişime geçmek suretiyle birbirlerine hukuklarına dair bilgi aktaracakları bir işbirliği sistemi, yabancı hukuka dair bilgi edinme konusunda dikkate alınması gereken bir yaklaşımdır. Belirtmek gerekir ki bu öneri, aslında dünya hukuk sistemlerine o kadar da yabancı değildir. Zira bu doğrultuda bilgi temini öngören bir mekanizma, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı bünyesinde hazırlanmış bir milletlerarası sözleşme olan Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair 1980 Lahey Sözleşmesi'nde öngörülmüştür⁶¹⁷. Bu sözleşme uyarınca çocuğun mutad meskenin bulunduğu ülkedeki irtibat hâkimleri, yurtdışındaki meslektaşlarına çocuğun yurtdışına çıkarılmasının hukuka uygun olup olmadığı, alınabilecek herhangi bir geçici koruma tedbiri bulunup bulunmadığı gibi hususlarda yol gösterebilmektedir⁶¹⁸. Hatta bu iletişimi sağlamak adına görevlendirilen irtibat hâkimleri, Konferans bünyesinde kurulan “Uluslararası Lahey Hâkimler Ağı” (*International Hague Network of Judges*) isimli bir ağın da parçası olmuşlardır⁶¹⁹. Bu ağ kapsamında hâkimlerin birbirleriyle kurdukları iletişim yazılı veya telefon yahut video konferans aracılığıyla sözlü bir şekilde gerçekleştirebilmektedir⁶²⁰. Doğrudan hukuku uygulayan hâkimlerle iletişime geçme imkânı tanıyan ve hızlı bir işlerlik öngören bu sistemin, farklı alanlarda da yabancı hukukun içeriğine erişim amacıyla kullanılması düşünülebilir⁶²¹.

Mahkemeler arası işbirliği öngören bu sistemin bir diğer örneği de Avustralya'da uygulanmaktadır. Bu yöntem, 2010 yılında Avustralya'nın New South Wales Eyaleti Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of New South Wales*) tarafından imzalanan iki Mutabakat Zaptı (*Memorandum of Understanding*) ile uygulamaya da

⁶¹⁶ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 94. Yazara göre, ülkelerin hukuk sistemlerine dair bilgileri erişilebilir kılmaları, yabancı yatırımcıları teşvik bakımından da isabetli bir adım olacaktır (Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 95).

⁶¹⁷ Nishitani, s. 50.

⁶¹⁸ Nishitani, s. 50-51.

⁶¹⁹ An itibarıyla bu ağa dahil olan irtibat hâkimlerinin Mart 2018 itibarıyla güncel tam listesi için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/18eb8d6c-593b-4996-9c5c-19e4590ac66d.pdf> (Erişim Tarihi: 06.05.2018). Bu ağda Türkiye'yi Hâkim Yetkin Ergün temsil etmektedir.

⁶²⁰ Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, **Direct Judicial Communications**, 2013, <https://assets.hcch.net/docs/62d073ca-eda0-494e-af66-2ddd368b7379.pdf> (Erişim Tarihi: 06.05.2018), s. 14-15.

⁶²¹ Nishitani, s. 51.

geçirilmiş bulunmaktadır. Bu zaptlardan bir tanesi, Singapur Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of Singapore*)⁶²² ile diğeri ise New York Eyaleti Başyargıcı (*The Chief Judge of the State of New York*)⁶²³ ile imzalanmıştır. Zaptlarda öngörülen sisteme göre, önüne gelen uyuşmazlıkta zaptın diğeri tarafı olan eyalet veya devletin hukukunun uygulanacağını tespit eden hâkim, uyuşmazlığı kendisi çözmek yerine, konunun çözümüne dair bilgi temini amacıyla hukuku uygulanacak eyalet veya devletin mahkemelerine başvuracaktır⁶²⁴. Bu sistemin kullanılabilmesi için tarafların talebi veya rızası olması da gerekmemektedir⁶²⁵. Bu iki Mutabakat Zaptı'nda öngörülen sistemin bilirkişilere başvurmayla karşılaştırıldığında daha isabetli, kesin ve güvenilir bilgi sağlayan bir çözüm yolu teşkil ettiği belirtilmektedir⁶²⁶. Öte yandan, zaptların öngördüğü sistemin hem yargılamanın yürüdüğü yer hem de hukuku uygulanan yer mahkemelerinde iki ayrı davanın açılmasını gerektirmesinin, bu sistemi bilirkişilere başvurmakla karşılaştırıldığında çok daha pahalı bir yol kıldığı da ifade edilmektedir⁶²⁷. Bu olumsuzluğun bir sonucu olarak da bu iki Mutabakat Zaptı'nda öngörülen sistem, henüz yalnızca bir kez uygulanmıştır⁶²⁸.

Ayrıca, Türk hukuk uygulamasında bilirkişi olarak yabancı uzmanlardan yararlanılması gerektiği yönünde de bir öneri bulunmaktadır⁶²⁹. Başka ülkelerde uygulandığı görülen bu yöntemin, Türk hukuku bakımından da uygulanmasının

⁶²² New South Wales Yüksek Mahkemesi ile Singapur Yüksek Mahkemesi arasında imzalanan Mutabakat Zaptı'nın İngilizce tam metni için bkz. http://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au/Pages/sco2_practiceprocedure/sco2_internationaljudicialcooperation/sco2_internationaljudicialcooperation.aspx#MoU_SC_Singapore (Erişim Tarihi: 01.05.2018).

⁶²³ New South Wales Başyargıcı ile New York Eyaleti Başyargıcı arasında imzalanan Mutabakat Zaptı'nın İngilizce tam metni için bkz. http://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au/Pages/sco2_practiceprocedure/sco2_internationaljudicialcooperation/sco2_internationaljudicialcooperation.aspx#MoU_NY (Erişim Tarihi: 01.05.2018). Anayasa hukukundan kaynaklanan gerekçelerle bu zaptın Singapur Yüksek Mahkemesi ile imzalanan zaptın aksine mahkemeler arasında değil, mahkemeleri temsilen başyargıçlar arasında imzalandığı ifade edilmektedir. New York Eyaletine gönderilen başvuruları ele almak üzere kurulan heyetin, bir New York Yüksek Mahkemesi (*New York Court of Appeals*) üyesi ve New York İstinaf Mahkemesi'nin (*Appellate Divisions of the Supreme Court of the State of New York*) dört dairesinin her birinden birer üyeden oluşmaktadır. Bahsi geçen anayasa hukuku endişelerinden hareketle, bu hâkimlerin de bu görevlerini resmi görevleri ile değil, şahsi olarak yürütecekleri kabul edilmiştir (Nishitani, s. 52, Hay, s. 407).

⁶²⁴ Nishitani, s. 52; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 11.

⁶²⁵ Hay, s. 407, dn. 46.

⁶²⁶ Nishitani, s. 52.

⁶²⁷ Nishitani, s. 52.

⁶²⁸ Bu tek örnek sonucu verilen karar için bkz. Marshall v. Fleming [2013] NSWSC 566 (www.caselaw.nsw.gov.au). New South Wales Yüksek Mahkemesi'nde görülen bu davada uygulanacak hukukun New York hukuku olması üzerine, New South Wales Başyargıcı ile New York Eyaleti Başyargıcı arasında imzalanan Mutabakat Zaptı'nda öngörülen sistemden faydalanılmıştır.

⁶²⁹ Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 91-92; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 551.

önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır⁶³⁰. Ancak *Erkan*'ın da dikkat çektiği üzere, bu uygulamanın önündeki gerçek engel, maddi nedenlerdir. Yazar, Türk usul uygulamasında bilirkişilere yapılan ödemelerin oldukça cüzi olmasının, bilirkişilerin gerçek anlamda emeklerinin karşılığını almalarına engel olduğunun da altını çizmektedir. Gerçekten de bilirkişilere yapılan ödemenin harcanması gerekli emekle orantısız olması, hazırlanan bilirkişi raporlarının da kaçınılmaz bir şekilde yetersiz seviyede kalmasına neden olmaktadır. Bu nedenle, yabancı hukuklara dair başvurulacak bilirkişilere yapılacak ödemelerin de iyileştirilmesi gerekmektedir. Bu öneri, hiç şüphesiz görüşlerine başvuru bilirkişinin yabancı olduğu örnekler kadar, Türk vatandaşı olduğu haller bakımından da geçerlidir⁶³¹.

Sonuç olarak, yabancı hukuka erişim imkânlarının geliştirilmesi ve bu sayede yabancı hukukun içeriğinin gerçek anlamda tespit edilebilmesi, yabancı hukukun uygulanması konusunun en kritik meselelerinin başında gelmektedir. Ancak bu faaliyet, halen oldukça sorunlu bir durumdadır. Öyle ki, yabancı hukuka erişim ve erişilen kuralların anlamlandırılması safhasında yaşanan bu büyük sorunların, yabancı hukukun niteliğine ilişkin tartışmaları çoğu zaman anlamsız kıldığı ifade edilmektedir⁶³². Gerek Türkiye’de gerekse de karşılaştırmalı doktrinde, konuya ilişkin çok çeşitli öneriler getirilmesi, tam da bu yüzdendir. Bu durumda gerek uluslararası örgütler gerekse de devletler boyutunda bu eksikliklerin giderilmesi yolunda birtakım adımların atılması şarttır. Öte yandan, kanun koyucuların bu konuda atacakları adımların, bu yapının sorunlu olduğu gerçeğinden hareketle atılması gerekmektedir. Şöyle ki, yabancı hukuka dair güncel ve güvenilir bilgi edinme imkânı sağlanmadan, idealist bir yaklaşımla yabancı hukukun uygulama alanını genişletecek düzenlemeler yapmak, isabetli bir hamle olmayacaktır ve maalesef yargının işlevselliğini olumsuz etkileyecektir⁶³³.

⁶³⁰ Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 551; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 91. Ayrıca *Ekşi*'ye göre, bu yola başvurulması, Türk mahkemelerinin yargılama gücünü yabancı bir ülkeye teşmil etmeleri anlamına da gelmeyecektir (Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 92).

⁶³¹ Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 551.

⁶³² Verhellen, s. 282.

⁶³³ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 93.

V. Yabancı Hukukun Tespitinde Önem Taşıyan Bazı Hususlar

A. Yabancı Hukukun Hangi Zaman Aralığında Yürürlükte Olan Hükümlerinin Uygulanacağına Tespiti

Hâkim tarafından somut olayda yabancı bir hukukun uygulanacağına karar verildikten sonra tespit edilmesi gereken bir husus da, bu yabancı hukukun hangi andaki hükümlerinin uygulanacağıdır. Zira uyuşmazlık konusu olay, davanın açıldığı andan çok daha önce meydana gelmiş bir meseleye ilişkin olabilir ve bu durumda uyuşmazlığa yabancı hukukun dava tarihi itibarıyla yürürlükte olan hükümlerini uygulamak isabetsiz sonuçlara yol açabilir.

Peki o halde böyle bir ihtimalde yabancı hukukun hangi zaman aralığında yürürlükte olan hükümlerinin dikkate alınması gerekir? Bu meselenin çözümü için ilk olarak yabancı hukukun uygulanmasını işaret eden kanunlar ihtilafı kurallarına bakmak gerekir⁶³⁴. Örneğin, Türk hukuku bakımından MÖHUK, yabancı hukuk uygulanırken hangi andaki yabancı hukukun dikkate alınması gerektiğine ilişkin düzenlemeler içermektedir. MÖHUK, “*Değişken İhtilaflar*” başlıklı 3. maddesinde bir genel kural sevk etmiş; ancak farklı hükümlerinde de bu genel kurala istisnalar getirmiştir⁶³⁵.

MÖHUK m. 3’teki düzenlemeye göre, “*yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hallerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır*”. Bu genel kurala göre, bir kanunlar ihtilafı kuralı bağlama noktası olarak vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad meskeni kriterlerinden bir tanesini kullanıyor ve özel olarak hangi anın dikkate alınacağını ortaya koymuyorsa, MÖHUK m. 3 uyarınca dava tarihindeki yetkili hukuk dikkate alınmalıdır. Ancak MÖHUK’un pek çok hükmünde bu genel kurala istisna teşkil eden hükümler bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi de sözleşmesel borç ilişkilerine uygulanacak hukuku ortaya koyan MÖHUK m. 24’tür. Bu hükme göre sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri veya mutad meskeni hukukuna tabi

⁶³⁴ Nomer, **DHH**, s. 29; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 25.

⁶³⁵ Giray, s. 560; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 23-24; Nomer, **DHH**, s. 29.

olacaktır⁶³⁶. Görülebileceği üzere, bu hükümde kanun koyucu doğrudan hangi andaki yabancı hukuk kuralının dikkate alınacağını doğrudan kendisi tespit etmiştir.

Bununla beraber, bu genel kuralın her durumda uygulanması doğru bir yaklaşım olmayabilir. Böyle bir ihtimal, *lex causae*'da geriye etkili bir değişiklik söz konusu olması durumunda karşımıza çıkacaktır⁶³⁷. Böyle bir ihtimalde kanunlar ihtilafı kuralı daha eski bir hukuk kuralının uygulanmasını işaret etmesine rağmen, uygulanması gereken yabancı hukuk daha yeni bir düzenlemenin uygulanması gerektiğini öngörmektedir. Bu durumun daha iyi anlaşılması için şu şekilde iki örnek verilebilir. Emredici bir hükme aykırılık gerekçesiyle aslında tabi olduğu hukuka göre kurulduğu anda geçersiz olan bir sözleşme, yürürlük süresi içerisinde yapılacak bir kanun değişikliği sonrası hukuka uygun hale gelebilir. Yahut yapıldığı anda geçersiz olan bir evlilik daha sonra geçerli hale gelebilir⁶³⁸.

⁶³⁶ MÖHUK m. 24/4'te sözleşmenin kuruluşu sırasındaki hükümlerin dikkate alınması gerektiği belirtilmişse de; MÖHUK m. 24'ü izleyen özel sözleşme türlerine ilişkin bağlama kurallarında hangi andaki düzenlemenin dikkate alınması gerektiği yönünde herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde MÖHUK m. 24/4'te sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınmasını işaret eden düzenlemenin MÖHUK m. 24 kapsamına girmeyen sözleşmesel ilişkiler bakımından da uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür (Giray, s. 560). Gerçekten de MÖHUK m. 24'ü sözleşmeden doğan borç ilişkileri için genel bir hüküm kabul edersek, maddede yer alan bu düzenlemenin tüm sözleşmesel ilişkiler bakımından (MÖHUK m. 26-30) uygulanabilir nitelikte olduğu sonucuna varılabilir (Giray, s. 561). Bize göre de bu kabul, sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından bir yeknesaklık yaratılabilmesi adına isabetli bir yaklaşım olacaktır. *Giray*, bu kabulün, yeknesaklığın yanında, sözleşmenin bir tarafının daha zayıf konumda olduğunun kabul edildiği tüketici ve iş sözleşmeleri bakımından da milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanmasına hizmet edeceğini savunmaktadır. Yazara göre, aksi ihtimalde tarafların kanuna karşı hileye başvurabilmesi için uygun bir ortam yaratılmak suretiyle hukuk güvenliği tehlikeye girecektir. Örneğin, tüketici sözleşmelerinde tüketiciler, Türk mahkemelerinde dava açmak isterlerse kendilerine en uygun ola ülkede mutad mesken tesis ederek, açacakları davada bu mutad mesken hukukunun uygulanmasını sağlayabileceklerdir (Giray, s. 561).

⁶³⁷ Dicey / Morris, s. 60; Battifol / Lagarde, s. 549.

⁶³⁸ Bu örneğe esas teşkil eden İngiliz mahkemesi kararı için bkz. *Starkowski v. Attorney-General* [1954] AC 155 (www.lexisnexis.eu). Bu karara konu olayda Polonya'da yerleşik bir çift, 1945 yılının Mayıs ayında Avusturya'da dini bir törenle dünya evine girmiştir. Avusturya'nın Almanya tarafından ilhak edildiği o dönemde yürürlükte olan Avusturya hukuku düzenlemelerine göre ise Avusturya'da yalnızca medeni nikâh ile evlenilebilmekteydi; dolayısıyla çiftin evliliği şeklen geçersizdi. Öte yandan, evliliğin gerçekleşmesinden bir ay sonra bir kanuni değişiklik yapılmış ve dini nikâhla evlenen çiftlerin, bu evliliklerini tescil ettirmeleri halinde evliliklerinin geriye etkili olarak geçerli sayılacağı kabul edilmiştir. Daha sonraki dönemde çift İngiltere'ye yerleşmiş, daha sonra ise ayrılmıştır. Ayrılık sonrası eşlerden biri, üçüncü bir kişiyle birlikteliğinden bir çocuk sahibi olmuş ve ardından ilk evliliğin geçerli olmadığını düşünerek bu kişiyle İngiltere'de evlenmiştir. Diğer eş ise bu süreçte Avusturya'da gerçekleştirilen ilk evliliği tescil ettirmiştir. Ebeveynlerinin daha sonradan evlenmesi nedeniyle soybağının sonradan düzeldiğinin tespiti amacıyla çocuğun açtığı tespit davası vesilesiyle olayı inceleyen İngiliz mahkemesi, gerçekleştiği tarihte geçersiz olmasına rağmen yapılan kanun değişikliğine istinaden Avusturya'da gerçekleşen evliliğin geçerlilik kazandığını kabul etmiş ve davayı da reddetmiştir.

Bu konuda kabul gören genel çözüm, kanunlar ihtilafı kuralının işaret ettiği yabancı hukukun somut uyuşmazlıkta uygulanabilecek tüm hükümlerinin uygulanmasıdır⁶³⁹. Bu durumda hâkim, öncelikli olarak yabancı hukukun konuyu düzenleyen geçiş hükümlerini dikkate alacaktır⁶⁴⁰. Söz konusu hukuk sisteminde geçiş sürecini düzenleyen herhangi bir hüküm bulunmaması halinde ise o hukukta zamanlararası kanunlar ihtilaflarının ne şekilde çözüldüğünün tespit edilmesi ve uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kurallarının bu şekilde belirlenmesi gerekecektir⁶⁴¹. Aslında bu sonuç, yabancı hukukun uygulanması konusunda temel bir çözüm olan yabancı hukukun ait olduğu sistemdeki gibi uygulanması gereğinin doğal bir sonucudur⁶⁴².

Öte yandan, yabancı hukukta sonradan yapılan değişikliklerin geriye etkili olması somut olayda taraflar bakımından hak kayıplarına yol açıyorsa, bu durumun kayıtsız şartsız kabul edilmesi de hiç şüphesiz beklenemez. Tarafların sahip oldukları bazı hakları geriye etkili olacak şekilde hüküm doğurarak ortadan kaldıracak nitelikteki değişiklikler, somut olayda adalet anlayışını yaralayıcı nitelikte ise kamu

⁶³⁹ Collier, s. 31.

⁶⁴⁰ Uluocak, s. 40, dn. 132; Çelikel / Erdem, s. 31; Batiffol / Lagarde, s. 548; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 45; Mayer, s. 166; Nomer, **DHH**, s. 29; Doğan, s. 234. Türk doktrininde bu konuyu sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun seçimi bakımından ele alan bazı yazarlar da aynı sonuca ulaşmışlardır, bkz. Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 272; Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **MHB**, C. 30, S. 1-2, 2010, s. 27-88 (**Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**), s. 36.

⁶⁴¹ Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 45.

⁶⁴² Bu konuya ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK E. 1993/2-398, K. 1993/494, T. 30.06.1993 (www.kazanci.com). Söz konusu karara konu olayda Fransız vatandaşı rahibe Marie Aimée Eugénie Herriette Odent, 21.06.1994 tarihinde Türk vatandaşı Abdullah’ı evlat edinmiştir. 1988 yılında ise Hazine, bir Katolik rahibenin evlat edinmeyeceği gerekçesiyle evlat edinme işleminin iptali için dava açmıştır. Yerel mahkemece davanın reddi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay, evlat edinme işleminin gerçekleştiği anda yürürlükte olan Fransız hukuku ve kilise hukukuna göre bir karara varılması gerektiğini belirterek kararı bozmuştur. Yerel mahkeme, bozma kararına uygun olarak, Katolik rahibelerin evlat edininip edinmeyeceği konusunda İstanbul Papa vekaleti kançıları ile bilirkişi olarak görevlendirdiği Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’nin konuya ilişkin görüş almıştır. Bu iki bilirkişi de 1983 tarihinde kilise hukukunda gerçekleşen değişiklik sonrası rahibelerin evlat edinmeleri önünde bir engel bulunmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Yargıtay ise evlat edinme işleminin gerçekleştiği 1964 yılındaki düzenlemelerin göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade ederek, somut olayda yerel mahkemenin bu dönemki kurallara ilişkin herhangi bir araştırma yapmadığını ifade ederek, araştırmanın bozma kararına uygun yapılmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur. Kanımızca burada Yargıtay’ın kanunlar ihtilafı kurallarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin yaptığı tespitler dikkat çekicidir. Yargıtay’ın hangi zaman aralığındaki düzenlemenin dikkate alınacağı konusunda ilk olarak kanunlar ihtilafı kurallarına bakılması gerektiği yönündeki temel hareket noktası, yukarıda anmış olduğumuz genel kurala uygundur. Ancak somut olayda Yargıtay’ın 1983 tarihli değişikliğin geriye etkili olup olmadığını değerlendirmedeği görülmektedir. Eğer 1983 tarihli bu değişikliğin geriye etkili olarak hüküm doğuracağı kabul edilmişse, Yargıtay’ın yaklaşımının isabetsiz olduğu sonucuna varmak gerekecektir.

düzeni müdahalesi yoluyla bu değişikliklere etki tanınmaması söz konusu olabilir⁶⁴³. Böyle bir ihtimalde kamu düzeni müdahalesi sonucu değişiklik öngören hükümlerin uygulanmamasından doğan boşluğun ise *lex fori* ile değil, yabancı hukukun değişiklikten önceki hükümleri ile doldurulması daha isabetli bir yaklaşım olacaktır⁶⁴⁴.

Bu konuda değinilmesi gereken son husus ise taraflara hukuk seçimi yapabilme imkânı tanınan hallerde, tarafların hangi andaki hukukun uygulanacağını da tespit etme imkânları bulunmasıdır⁶⁴⁵. Tarafların aralarında doğacak uyuşmazlıklarda uygulanmasını arzu ettikleri hukuku belirleme yetkisinin kapsamına, uygulanacak hukuk kadar bu hukukun hangi tarihte yürürlükte olan hükümlerini tespit etme imkânı da dâhildir. Bu sayede, seçilen hukukun hükümlerinde herhangi bir değişiklik olsa dahi, seçilen andaki hukuk taraflar için geçerli ve bağlayıcı olmaya devam edecektir⁶⁴⁶. Ancak unutulmamalıdır ki bu şekilde bir seçim, hukuk seçimi olarak değil, bu kuralların sözleşme metnine dahil edilmesi (*incorporation*) şeklinde görülebilir⁶⁴⁷. Bu nedenle de böyle bir seçim, ancak söz konusu değişikliğin yetkili yabancı hukukun emredici hükümlerine aykırı olmaması halinde geçerli olabilecektir⁶⁴⁸.

⁶⁴³ Batiffol / Lagarde, s. 548; Dicey / Morris, s. 67; Mayer, s. 167. *Lipstein*, bu konuya ilişkin kamu düzeni müdahalesine başvurmaksızın uygulanabilecek farklı bir formül önermektedir. Yazara göre, hâkimlerce yabancı hukuktaki değişikliği göz önünde bulundurma konusunda dikkate alınması gereken husus, dava konusunun süreklilik arz eden bir yapıda olup olmadığıdır. Eğer miras gibi kişinin ölümü ile gündeme gelen anlık (*once and for all*) bir hayat ilişkisi söz konusuysa, miras bırakanın ölümünden sonra ilgili yabancı hukukta meydana gelen değişikliklerin dikkate alınmaması gerekir. Öte yandan, dava konusu uyuşmazlık, sözleşmesel bir ilişki gibi bir sürece yayılmakta ise bu durumda sözleşmenin mevzuattaki değişikliklere tabi olması gerekmektedir. Bu görüş için bkz. K. Lipstein, "Conflict of Laws 1921-1971, the Way Ahead", **Cambridge Law Journal**, C. 31, S. 1, 1972, s. 67-120, s. 97.

⁶⁴⁴ Mayer, s. 167; Batiffol / Lagarde, s. 549.

⁶⁴⁵ Nomer, **DHH**, s. 328; Giray, s. 557; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 272.

⁶⁴⁶ Bu türden şartlara özellikle uluslararası yatırım hukukunda sıkça yer verilmektedir. Bu hükümler sayesinde sözleşmenin diğer tarafı olan devlet karşısında daha zayıf konumda olan yatırımcıların, devletin tek taraflı mevzuat değişiklikleri sonucu yatırımcı için sözleşmenin şartlarının ağırlaşmasına engel olunması amaçlanmaktadır. Yatırım hukuku uygulamasında bu tür şartlara, "istikrar (stabilizasyon) klotu" adı verilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Erkan, **International Energy Investment Law: Stability Through Contractual Clauses**, 2011, s. 101-142.

⁶⁴⁷ Özdemir Kocasakal, **Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, s. 36; Berk Demirkol, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, 2. Bası, İstanbul, 2014, s. 160; Nuray Ekşi, "Kanunlar İhtilafı Alanında 'Incorporation'", **MHB**, C. 19, S. 1-2: Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 1999-2000, s. 263-291, s. 271.

⁶⁴⁸ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 272; Özdemir Kocasakal, **Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, s. 36.

B. Yabancı Hukukun Başka Bir Hukuka Atıf Yapması

Yabancı hukukun tespiti faaliyeti sırasında göz önünde bulundurulması gereken bir husus da, kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği yabancı hukukun başka bir devletin hukukuna atıf yapmasıdır. Atıf yapılan bu hukuk, üçüncü bir devletin hukuku olabileceği gibi, *lex fori* de olabilir.

Kanunlar ihtilafı kuralları ışığında tespit edilen hukukun farklı bir ülkenin hukukuna atıf yapması, yabancı hukukun tespiti ve uygulanması faaliyetine birden fazla noktada etki etmektedir ve bu nedenle de kanunlar ihtilafı hukuku bakımından önem taşıyan bir konu teşkil etmektedir. Atıf teorisinin yabancı hukukun uygulanmasına etki eden ilk noktası, kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yabancı hukukun maddi hukuk kurallarının mı yoksa kanunlar ihtilafı kurallarının mı uygulanacağı problemidir⁶⁴⁹.

Atfın yabancı hukukun uygulanması bakımından taşıdığı bir önem de atfın kabulü ile yabancı hukuku uygulama yükünden kurtulma imkânıdır⁶⁵⁰. Zira kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yabancı hukuk, *lex fori*'ye iade atıfta bulunuyorsa, bu durumda yabancı hukuku uygulama ihtiyacı ortadan kalkacaktır. Bu nedenle kanun koyucuların atıf kurumuna kanunlar ihtilafı kurallarında yer vermelerinin, iş yüklerini azaltmak için iyi bir çözüm olabileceği ifade edilmektedir⁶⁵¹.

Atıf teorisiyle ulaşılması amaçlanan temel hedefin, tıpkı kanunlar ihtilafı hukukunda olduğu gibi milletlerarası karar ahenginin⁶⁵² veya milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması olduğu kabul edilmektedir⁶⁵³. Bunun yanında, kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği yabancı hukukun farklı bir hukuku yetkilendirmesinin, o hukukun somut olayda kendisini yetkili görmek istemediği

⁶⁴⁹ Dicey / Morris, s. 70; Cheshire / North / Fawcett, s. 58; Nomer, **DHH**, s. 145; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 52; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 25.

⁶⁵⁰ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 89; Nomer, **DHH**, s. 147; Çelikel / Erdem, s. 115; Süheyla Balkar Bozkurt, "Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi", **GSÜHFD**, S. 2014/2: Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, C. 2, s. 795-862 (**Atıf**), s. 821.

⁶⁵¹ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 90-91. Yetkili yabancı hukukun *lex fori*'ye iade atıfta bulunması halinde söz konusu olan bu kolaylık, söz konusu yabancı hukukun üçüncü bir ülkenin hukukuna atıfta bulunması (devam eden atıf) halinde ise yerini hâkimlerin yabancı hukuku iki kere uygulamasını gerektiren ciddi bir zorluğa bırakmaktadır (Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 26).

⁶⁵² Nomer, **DHH**, s. 149; Balkar Bozkurt, **Atıf**, s. 857.

⁶⁵³ Çelikel / Erdem, s. 106.

anlamına geldiği ve bu isteği de yerine getirmenin daha doğru bir yaklaşım olacağı da düşünülmektedir⁶⁵⁴. Atıf teorisinin farklı görünüm çeşitleri olduğu görülmektedir. Günümüzde uygulaması olan atıf çeşitlerinin ise iade atıf, devam eden atıf, gizli atıf, şartlı atıf, farazi atıf ve tam atıftan oluştuğu belirtilmektedir⁶⁵⁵.

Atıf teorisi gerek Anglosakson gerekse Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde fazlasıyla tartışmalara konu olmuş bir konudur⁶⁵⁶. Günümüzde karşılaştırmalı hukukta atıf teorisi bakımından kabul gören yaklaşım, atfın tamamen reddi veya tamamen kabulünün yanlış bir tutum olacağı ve atfın belirli şartlar dahilinde veya yalnızca belirli alanlarda uygulanması gerektiği yönündedir⁶⁵⁷. Ancak atfın kanunlar ihtilafı kurallarının sağlamayı amaçladığı belirlilik hedefini olumsuz etkilemesi riski karşısında, atfın kabulü veya reddinin önceden kanuni bir dayanağa kavuşması ve atıf uygulamasının hâkime bu konuda takdir yetkisi tanınmadan gerçekleşmesinin daha isabetli olacağı ifade edilmektedir⁶⁵⁸.

Türk hukukunda atfa ilişkin olarak MÖHUK'un 2/3. maddesinde yer alan hüküm, "*sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin*" uyuşmazlıklarda atfın kabul edildiğini ifade etmektedir⁶⁵⁹. Hükümde ayrıca atıf yapılan hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanacağı ifade edilerek, tek dereceli bir atıf sistemi kabul edildiği de ortaya konmuştur⁶⁶⁰. Ayrıca maddenin 4. fıkrasında "*Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır*" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, 3. fıkranın atfın yalnız sınırlı alanlarda uygulanması yönünde koyduğu kuralı bir adım ileriye taşıyarak, taraflarca açıkça aksi kararlaştırılmadığı müddetçe hukuk seçimi söz konusu olduğu hallerde atfın uygulama alanı bulmayacağını ortaya koymaktadır. Zaten doğal olan da tarafların uygulanacak hukuku kendileri belirledikleri hallerde

⁶⁵⁴ O'Brien, s. 140; Nomer, **DHH**, s. 145; Balkar Bozkurt, s. 820.

⁶⁵⁵ Atıf çeşitlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Balkar Bozkurt, **Atıf**, s. 804-812.

⁶⁵⁶ Bu yöndeki tartışmalar için bkz. Çelikel / Erdem, s. 108-112; Nomer, **DHH**, s. 146-151; Balkar Bozkurt, **Atıf**, s. 800-803; Guttman, s. 67-73; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 52-53, dn. 101.

⁶⁵⁷ Çelikel / Erdem, s. 127; Balkar Bozkurt, s. 828-829.

⁶⁵⁸ Çelikel / Erdem, s. 128.

⁶⁵⁹ *Ekşi*'ye göre bu hüküm isabetsizdir. Yazara göre, MÖHUK m. 2/3'te düzenlendiği gibi şahsın hukuku ve aile hukuku ile ilgili her konuda atıf teorisini uygulamak, özel hukukun diğer alanlarında ise hiçbir şekilde uygulamamak isabetsiz bir yaklaşımdır. Yazara göre, "*hukuki ilişkinin özelliklerine göre tarafların menfaatleri ve hakkaniyetin gerektirdiği hallerde*" atıf teorisi uygulanabilmelidir (Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 26).

⁶⁶⁰ Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 37; Çelikel / Erdem, s. 124; Doğan, s. 196.

arzularının seçtikleri hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının değil, doğrudan maddi hukuklarının uygulanması yönünde olmasıdır⁶⁶¹.

Ayrıca TTK m. 766/1'daki poliçelere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı olan ve bono ile çekler bakımından da uygulama alanı bulan hükümde de atıf teorisine yer verildiği görülmektedir. Söz konusu hüküm şu şekildedir: *“Bir kişinin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyet tabi bulunduğu devletin hukukuna göre belirlenir. Bu hukuk diğer bir ülkenin hukukuna göndermede bulunuyorsa, o hukuk uygulanır”*. Görülebileceği üzere, kambiyo senedi düzenleme ehliyetine ilişkin düzenleme getiren bu hükümde de atıf açıkça kabul edilmiştir. Düzenlenen konu göz önünde bulundurulduğunda, bu hükmün kişinin hukuku bakımından atfa izin veren MÖHUK m. 2/3 hükmüyle uyumlu olduğu söylenebilecektir. Öte yandan, söz konusu hükümde MÖHUK m. 2/3'teki gibi tek derece ile sınırlı bir atıf bulunduğu yönünde bir ifade yer almamaktadır. Bu durumda atıfla yetkilendirilen yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının da dikkate alınması gerekip gerekmediği ilk bakışta anlaşılamamaktadır. Ancak doktrinde bu hükmün de MÖHUK m. 2/3'e benzer şekilde yorumlanması ve bu doğrultuda atıfta bulunulan ülkenin maddi hukuk hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul görmektedir⁶⁶².

Karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde, atfın kabulü konusunda bir yeknesaklık bulunmadığı görülecektir. Örneğin, yeknesak AB hukuku düzenlemelerinde yakın tarihe kadar atıf kurumu kabul edilmemekteydi⁶⁶³. Gerçekten de Roma I, Roma II ve Roma III Tüzüklerinde atıf kurumuna yer verilmemişti. Ancak daha güncel tarihli olan 2012 tarihli AB Miras Tüzüğü'nün 34. maddesinde, ikinci fıkrada ortaya konan bazı istisnalar dışında atıf kurumunun kabul edildiği görülmektedir⁶⁶⁴. Öte yandan, Türkiye'nin de taraf olduğu Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki

⁶⁶¹ Nomer, **DHH**, s. 152; Balkar Bozkurt, **Atıf**, s. 852; Çelikel / Erdem, s. 125; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 57; Doğan, s. 197. Doktrinde bir görüşe göre, zaten şahsın hukuku ve aile hukuku meselelerine ilişkin bir konu olmadıkça MÖHUK m. 2/3 uyarınca atıf teorisinin uygulanması söz konusu olmayacağından; MÖHUK m. 2/4'ün uygulanması ancak bu iki konuya ilişkin olmakla beraber taraflara hukuk seçimi yapma imkânı verilen haller bakımından söz konusu olmalıdır. Mevcut düzenlemeler itibarıyla bu imkân da, yalnızca MÖHUK m. 15'te düzenlenen evlilik mallarına uygulanacak hukuk bakımından mevcuttur (Balkar Bozkurt, **Atıf**, s. 852; Doğan, s. 197).

⁶⁶² Çelikel / Erdem, s. 127; Nomer, **DHH**, s. 154; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 56. Aksi görüş için bkz. Mesut Aygün, “Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **AÜHF**, C. 61, S. 3, 2012, s. 925-972, s. 938.

⁶⁶³ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 90.

⁶⁶⁴ Bu hükme göre, AB üyesi olmayan bir ülkenin hukukunun, bir üye ülkeye veya başka bir üye olmayan ülkeye atıf yapması halinde, bu atıf kabul edilecektir.

Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Anlaşma (ICSID)⁶⁶⁵, m. 42/1’de taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda uyuşmazlığın tarafı olan ülkenin hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları da dâhil olmak üzere uygulanacağını belirtmekte, dolayısıyla atfı kabul etmektedir. Lahey Sözleşmeleri’nde ise bu konuda herhangi bir yeknesaklık bulunmamakta ve her sözleşmede niteliğine göre farklı bir yaklaşım izlenmektedir⁶⁶⁶.

Öte yandan, Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında da atıf teorisi kural olarak kabul edilmiştir⁶⁶⁷. İngiliz hukukunda ise kendine has bir atıf çeşidi olan ve tam (veya ikili) atıf şeklinde nitelenebilecek atıf sistemi uygulanmakla beraber, bu uygulamanın mutlak olmadığı ve doktrinde teorinin genel olarak milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerektirdiği durumlarda işletilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶⁸.

VI. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespit Edilememesi

A. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespit Edilememesi Kavramı

Yabancı hukukun tespit edilememesi kavramının esasen iki farklı boyutu vardır. Bunlardan ilki, daha önce yukarıda ele alınmış olan ilgili kanunlar ihtilafı kuralının dayandığı bağlama noktasının tespit edilememesidir. Bu ihtimalde hâkimin *lex fori*’yi uygulaması gerektiği kabul edilmektedir. Meselenin diğer boyutu ise kanunlar ihtilafı kuralının işaret ettiği yabancı hukukun somut olayda uygulanması gereken içeriğinin hâkimi tatmin edecek ölçüde tespit edilememesidir.

Teknolojinin hızla gelişmesi ve ülkeler arası mesafelerin gün geçtikçe azalmasına karşın halen yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda bazı sıkıntılar yaşanabilmektedir. Günümüz koşullarında bu durumun büyük ölçüde hâkimin yabancı hukukun içeriğini araştırırken kullandığı araçların eksikliği veya

⁶⁶⁵ R.G. 06.12.1988, S. 20011. ICSID Sözleşmesi’nin Türkçe metni için bkz. Sibel Özel / Mustafa Erkan / Hatice Selin Pürselim, **Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı**, 6. Bası, İstanbul, 2017, s. 959-978.

⁶⁶⁶ Lahey Sözleşmeleri’nde atfın ne şekilde düzenlendiğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İnci Ataman Fıganmeşe, “Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış”, **MHB**, C. 22, S. 2: Ergin Nomer’e Armağan, 2002, s. 39-74.

⁶⁶⁷ Çelikel / Erdem, s. 120-121.

⁶⁶⁸ Dicey / Morris, s. 79; Çelikel / Erdem, s. 111.

yanlışığından kaynaklanacağı ifade edilse de; bu şekilde bir sonuçla karşılaşılması halen ihtimal dahilinde bulunmaktadır⁶⁶⁹. Hukuku uygulanacak ülkenin dünyanın ücra bir köşesinde bulunması, dil ve kültür bakımından söz konusu ülkeyle ortak bağlantının zayıf olması, hukuku uygulanan ülkede savaş, devrim, darbe gibi olağanüstü durumlar meydana gelmesi nedeniyle hukuk düzenine ilişkin net bilgi almanın zor olması yahut ülkeyle diplomatik ilişkilerin kesilmesi, tarafların yabancı hukukun içeriğinin ortaya konması konusunda hâkime yardıma yanaşmaması gibi bazı hallerde yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi mümkün olabilmektedir⁶⁷⁰.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, yabancı hukukun kısmen tespit edilebilmesi gibi bir ihtimal hukuken söz konusu olamaz. Zira yabancı hukukun içeriğinin tespitinde temel olarak beklenen, yabancı hukukun içeriğinin “en büyük ihtimalle” tespit edilmesidir⁶⁷¹. Gerçekten de ilkesel olarak yabancı hukukun içeriğinin eksiksiz bir şekilde tespit edilebilmesi gerekirse dahi, yabancı bir devletin hukukuna her olayda tam olarak erişebilmek pek de kolay değildir⁶⁷². O halde bu faaliyet bakımından esas önemli olan nokta, yabancı hukukun en büyük ihtimalle ne şekilde olduğu ve uygulanması gerektiğinin tespit edilebilmesidir. Bu tespit yapılamıyor ve yabancı hukuka dair somut uyuşmazlığı çözmeye yetecek bilgi edinilemiyorsa, o halde ispat faaliyeti tamamlanamamış demektir. Bu durumda yabancı hukukun kısmen tespit edilebildiğinden değil, uyuşmazlığı çözmeye yetecek derecede tespit edilemediğinden söz edilmesi gerekecektir⁶⁷³. Aksine en yüksek ihtimalle ispat gerçekleştirilebiliyorsa, bu durumda uyuşmazlığı çözecek denli bir ispat gerçekleştirilmiş ve uyuşmazlık bu kurallara göre çözümlenebilecek demektir.

Ayrıca, istisnai olarak yetkili yabancı hukukta uyuşmazlık konusunun düzenlenmemiş olması halinde de yabancı hukukun içeriğinin tespit edilemediği sonucuna varılması mümkündür⁶⁷⁴. Hatta bu durumun bazı hukuk sistemlerinde

⁶⁶⁹ Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 69; Arslan, s. 84.

⁶⁷⁰ Yaşar, s. 93; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 69; Dannemann, dn. 24 civarı.

⁶⁷¹ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 107.

⁶⁷² Öyle ki *Verhellen*’ın 2012 yılında gerçekleştirdiği araştırma kapsamında görüştüğü Belçikalı hâkimlerden bir tanesi, uyuşmazlık hakkında karar vermeleri gereken sınırlı sürede uyuşmazlığın çözümüne olanak tanıyacak tüm bilgilere erişilmesini “*imkânsız bir görev*” olarak nitelemiştir (Verhellen, s. 288).

⁶⁷³ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 109.

⁶⁷⁴ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 95-96; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 74.

doğrudan kanun hükmünde belirtildiği de anlaşılmaktadır⁶⁷⁵. Kanımızca bu konuda ihtiyatlı hareket edilmeli ve bu hususun *lex fori*'ye başvurmak için bir kaçış yolu olarak görülmesinin önüne geçilmelidir⁶⁷⁶. Dolayısıyla bir konuya ilişkin salt o ülkenin kanunlarında, doktrinde veya içtihatlarda herhangi bir düzenleme bulunmaması; tek başına bu yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilerek *lex fori*'ye başvurulması için yeterli görülmemelidir. Böyle bir ihtimalde doğrudan *lex fori*'ye başvurulmamalı ve öncelikle uygulanacak yabancı hukukta bulunan bu boşluğun; söz konusu dava, hukuku uygulanacak ülkenin mahkemelerinde görülseydi, o ülkedeki hâkimler bu boşluğu ne şekilde dolduracaklarsa, o şekilde doldurulmaya çalışılması gerekir⁶⁷⁷. Yetkili yabancı hukukun uygulamasından vazgeçilerek *lex fori*'ye başvurulması ise ancak bu yönde bir çalışmanın da sonuçsuz kalması halinde mümkün olmalıdır.

B. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespit Edilemediği Sonucuna Hangi Noktada Varılması Gerektiği

Yabancı hukukun uygulanması, neredeyse her hukuk sisteminde bu hukukun yeterli derecede ispatlanması şartına tabi tutulmaktadır. Bu durumda somut uyuşmazlığı çözecek düzeyde içeriği tespit edilemeyen bir hukukun uygulanması mümkün olmadığından, hangi noktada bu hukukun içeriğinin tespit edilemediği sonucuna varılacağı da önem kazanmaktadır. Öte yandan, hangi noktada bu sonuca varılabileceği, önceden tespiti kolay bir husus değildir. Burada tamamen her somut olayda hâkim tarafından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir mesele bulunmaktadır⁶⁷⁸. Her somut olayda, yabancı hukukun uygulanmasını gerektiren konunun taşıdığı önem ile söz konusu yabancı hukukun içeriğini tespit için harcanması gereken zaman, para ve emek, birlikte ele alınmalı ve bir denge içerisinde olmaları sağlanmalıdır⁶⁷⁹. O halde somut olayın şartlarına göre makul

⁶⁷⁵ Çin Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 10/3 şu şekildedir: “Yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi veya içeriği tespit edilen yabancı hukukta konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yer almaması halinde, Çin Halk Cumhuriyeti hukuku uygulanacaktır”. Çeviriye esas alınan İngilizce çeviri için bkz. Zhengxin Huo, “Highlights of China’s New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law”, *Revue Juridique Thémis*, C. 45, S. 3, 2011, s. 637-684, s. 657.

⁶⁷⁶ Çin Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’ndaki hükme istinaden konuya değinen Basedow da bu şekilde bir hükmün, mahkemelerce dar yorum yapılmasına kapı araladığını ve bu durumun da *lex fori*’yi uygulamayı genel kural haline getirecek şekilde kullanılma riskini beraberinde getirdiğini ifade etmektedir (Basedow, *Application of Foreign Law*, s. 96).

⁶⁷⁷ Basedow, *Application of Foreign Law*, s. 96.

⁶⁷⁸ Esplugues Mota, s. 286; Pretelli / Lalani, s. 385; Swiss Institute of Comparative Law, s. 93.

⁶⁷⁹ Pretelli / Lalani, s. 385.

düzeyde bir araştırma yapılması ve çaba harcanması gerektiği şeklinde genel bir formül önerilebilir⁶⁸⁰. Geçici tedbir talepleri bakımından *lex fori*'nin uygulanmasının da bu yaklaşımın bir sonucu olduğu ifade edilmektedir⁶⁸¹.

Öte yandan, bu konunun bir diğer boyutu ise yabancı hukukun içeriğini tespit için harcanması gereken sürenin ne kadar olması gerektiği meselesidir. Bu konuya ilişkin olarak da kesin bir çözüm sunulması kolay değildir⁶⁸². Zira Türk hukukunda konunun düzenlendiği MÖHUK m. 2/2'de yabancı hukukun somut olayda uygulanacak olan hükmünün ne kadar sürede tespit edilmesi gerektiği açıkça ortaya konmamıştır. Doktrinde hâkim olan görüş ise yabancı hukukun tespit edilememesi nedeniyle *lex fori*'nin uygulanabilmesi için yabancı hukukun “makul süre” içerisinde tespit edilememiş olması gerektiği yönündedir⁶⁸³. Bu çözüm, Avusturya, Belarus, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Estonya ve Slovakya'da doğrudan mevzuatta da kendine yer bulmuştur⁶⁸⁴. Bu kriter, Madrid İlkeleri'nin 9. maddesi⁶⁸⁵ ile İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü'nün hazırladığı Sentez Rapor'daki tavsiyelerin 8. maddesinde⁶⁸⁶ de kabul görmüştür.

Aslında bu yönde bir düzenleme olmamasının herhangi bir önemi de bulunmamaktadır⁶⁸⁷. Zira makul bir süre içerisinde yargılamanın karara bağlanması yönündeki yükümlülük, aslında gerek anayasalarda gerekse de AİHS gibi uluslararası belgelerde kabul görmüş bir temel ilke olan adil yargılanma hakkının bir sonucudur⁶⁸⁸. Kanunda “makul süre” kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin

⁶⁸⁰ Nishitani, s. 34; Swiss Institute of Comparative Law, s. 93.

⁶⁸¹ Gerçekten de, geçici koruma tedbirlerinde derhal karar verme mecburiyeti olması ve bu sınırlı süre zarfında yabancı hukukun içeriğinin yeterli derecede tespit edilmesinin mümkün olmaması, bu taleplere *lex fori*'nin uygulanmasını zorunlu kılmaktadır. Türk hukukunda da kanı bu yöndedir. Bu yönde bkz. Nomer, **DHH**, s. 198, dn. 215; Yaşar, s. 94. Fransız hukukunda da benzer şekilde tarafların menfaatleri gereği acil karar verilmesi gereken durumlarda *lex fori*'nin uygulanacağı kabul edildiği yönünde bkz. Batiffol / Lagarde, s. 565. İsviçre hukuku bakımından aynı yönde bkz. Pretelli / Lalani, s. 385; Cashin Ritaine, s. 43.

⁶⁸² Öyle ki, AB üyesi hiçbir devlette bu konuyu önceden belirlenmiş bir süreye bağlayan bir kanun hükmü bulunmamaktadır (Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 59).

⁶⁸³ Swiss Institute of Comparative Law, s. 93; Pretelli / Lalani, s. 385; Giray, s. 569; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 553; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 90; Arslan, s. 83.

⁶⁸⁴ Esplugues Mota, s. 286, dn. 75; Giray, s. 567.

⁶⁸⁵ Esplugues Mota, s. 297.

⁶⁸⁶ Swiss Institute of Comparative Law, s. 95.

⁶⁸⁷ Aynı yönde bkz. Yaşar, s. 94, dn. 95.

⁶⁸⁸ Gerçekten de, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili yabancı hukukun içeriğinin makul bir süre içerisinde tespit edilememesi ve bu nedenle yargılamanın makul bir süre içerisinde tamamlanamaması, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edilmesi dolayısıyla AİHS m. 6/1'in ihlali anlamına gelecektir. Bu konunun AİHM'e taşındığı birkaç örnek de mevcuttur. Söz konusu kararlar için bkz. Bekerman v. Liechtenstein, S. 34459/10, T. 03.09.2015; Shacolas v. Güney Kıbrıs Rum

bir açıklık bulunmadığına göre, izlenebilecek en doğru çözüm, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yapmak olacaktır⁶⁸⁹. Somut olay bazında değerlendirme yaparken göz önünde bulundurulması gereken nokta ise şüphesiz adil yargılanma hakkı⁶⁹⁰ ile usul ekonomisi ilkesine⁶⁹¹ saygı gösterilmesidir.

Bu noktada ilgi çekici bir örnek, AİHM’in *Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan* kararıdır⁶⁹². Bu kararda AİHM’in izlediği tavır dikkate alındığında, makul sürenin tespitinde dikkate alınması gereken iki temel kriter olarak, yabancı hukukun içeriğini tespit faaliyetine katılan adli ve idari makamların bu hukukun içeriğine ulaşma esnasındaki davranışları ile yargılamanın makul sürede bitirilmesinin taraflar açısından taşıdığı önem gösterilebilecektir⁶⁹³.

Kesimi, S. 47119/99, T. 04.05.2006; *Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan*, S. 75116/01, T. 06.04.2004; *İş Bankası v. Finlandiya*, S. 30013/96, T. 18.06.2002 (<https://hudoc.echr.coe.int>). Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Arslan, s. 60-94.

⁶⁸⁹ Giray, s. 569; Arslan, s. 64; Pretelli / Lalani, s. 385; Swiss Institute of Comparative Law, s. 93. Bu bağlamda yabancı bir hukukun uygulanması, hiç şüphesiz davayı karmaşıklatacak bir unsurdur. Bu nedenle, yabancı hukukun uygulandığı uyuşmazlıklarda yargılama süresinin tamamen yerel nitelikli uyuşmazlıklara göre daha uzun olması da beklenebilir bir durum olarak görülmelidir (Arslan, s. 66). Bunun yanında, yabancı hukukun “hukuk” olarak görüldüğü sistemde yabancı hukukun içeriğinin araştırılması konusunda esas yükümlülük hâkimin üzerinde olduğundan, bu sistemi kabul eden ülkelerde yabancı hukukun uygulandığı uyuşmazlıklarda yargılamaların vakıa sistemini kabul eden ülkelere göre daha uzun sürebileceği de belirtilmektedir (Arslan, s. 78-79). O halde, her somut olayda makul süreye ulaşıp ulaşılmadığını tespit ederken, bu iki unsuru da göz önünde bulundurmak gerekecektir.

⁶⁹⁰ Giray, s. 569; Arslan, s. 62.

⁶⁹¹ Yaşar, s. 94, dn. 95.

⁶⁹² *Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan*, S. 75116/01, T. 06.04.2004 (<https://hudoc.echr.coe.int>). Karara konu olayda Macar bir çift, Yunanistan merkezli bir şirket aleyhine Macar mahkemelerinde tazminat davası açmıştır. Macar kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak hukuk olarak Yunan hukuku tespit edilmiştir. Yunan hukukunu uygulaması gereken Macar hâkimi, Yunan hukukunun içeriğini tespit için Avrupa Sözleşmesi’ne başvurmuştur. Ancak bu kapsamda yetkili Yunan makamlarına yöneltilen bilgi taleplerinin ilki tüm belgelerin gönderilmemesi nedeniyle Yunan makamlarınca geri gönderilmiş; ikincisi ise idari bir hatadan dolayı Yunan makamları yerine taraflara gönderilmiştir. Bu süreçte Yunan hukukuna dair başka herhangi bir araştırma yapılmamış ve yetkili Macar makamının Yunan hukukunun içeriğinin tespit edilemediği gerekçesiyle Macar hukukuna başvurulması yönündeki teklifi reddedilmiştir. Ardından dava halen Macar mahkemelerinde derdest iken, davacı yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle AİHS m. 6’da koruma altına alınan adil yargılanma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM’e başvurmuştur. AİHM, davalı Macaristan’ın yargılamanın yabancılık unsuru içermesi nedeniyle davanın daha karmaşık hale geldiği iddiasını kabul etmiş ve fakat bu savunmayı, makul süre değerlendirmesi bakımından tek başına yeterli görmemiştir. AİHM, mahkemenin yabancı hukukun içeriğini tespit için kullandığı yöntemin işleyişiyle ilgili gerekli özeni göstermemesi, farklı araştırma yollarına başvurmaması ve yetkili Macar makamının *lex fori*’nin uygulanması yönündeki önerisine uymaması şeklinde tezahür eden tutumunun yargılamanın bu denli uzamasında asıl etken olduğuna kanaat getirmiştir. Sonuç olarak, yargılamanın dokuz yıl sürmesi, bu süreçte tek bir duruşma yapılması ve bir karar verilememesini makul sürenin aşıldığı şeklinde yorumlayan AİHM, AİHS m. 6 anlamında adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Karar için bkz. *Karalyos ve Huber v. Macaristan ve Yunanistan*, S. 75116/01, T. 06.04.2004 (<https://hudoc.echr.coe.int>). Kararın Türkçe özeti ve değerlendirilmesi için bkz. Arslan, s. 70-74.

⁶⁹³ Arslan, s. 90.

C. Yabancı Hukukun İçeriğinin Tespit Edilememesinin Sonuçları

Her ne kadar gelişen teknoloji karşısında yaşanması gittikçe düşük bir ihtimal haline gelse de uyuşmazlığa uygulanması gerekli yabancı hukukun içeriği bir şekilde tespit edilemezse, bu duruma ne şekilde bir hukuki sonuç bağlanacağı önemlidir.

Günümüzde karşılaştırmalı hukuk incelendiğinde de yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde *lex fori*'ye başvurulmasının yaygın olarak kabul edildiği görülmektedir⁶⁹⁴. Hâkim için en kolay çözüm olması ve hâkimin kendi hukukunu uygularken tam bir bilgi birikimiyle hareket edeceğinin kesin olması karşısında, *lex fori*'nin tercih edilmesinin en isabetli çözüm olacağı kabul edilmektedir⁶⁹⁵. *Lex fori*'ye başvurulmasıyla, uyuşmazlığı bir an önce çözüme ulaştırabilmesi imkânı da sağlanmış olacaktır. Bu şekilde davanın sürüncemede kalmasına engel olunabilmekte; ayrıca hakkın aranmasında basitlik, kolaylık ve çabukluk sağlanarak adaletin tecelli etmesine katkıda bulunulabilmektedir⁶⁹⁶. Bu durumun yarattığı olumsuzluk ise kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama konusunda gerek hâkim gerekse taraflar nezdinde yaratabileceği isteksizliktir⁶⁹⁷. Gerçekten de yabancı hukukun re'sen uygulandığı ülkelerde dahi yabancı hukukun tespit edilememesi halinde *lex fori*'ye başvurulacağının düzenlenmesi, taraflar ve hâkimleri doğrudan yabancı hukuku bertaraf ederek *lex fori*'yi uygulamaya yöneltme riskini de beraberinde getirmektedir⁶⁹⁸.

Türk hukukunda yabancı hukukun içeriğinin hâkimin bütün çabalarına karşın tespit edilemediği hallerde ne şekilde hareket edileceği, MÖHUK m. 2/2'de açık bir şekilde belirtilmiştir. Maddeye göre, yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi halinde, Türk hukuku uygulanır. HUMK m. 76 ve 2675 sayılı MÖHUK m. 2'de öngörülen sistem de aynı çözümü

⁶⁹⁴ Swiss Institute of Comparative Law, s. 38; Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 95; Esplugues Mota, s. 286; Nishitani, s. 34. İngiliz hukuku bakımından bkz. Dicey / Morris, s. 238; Collier, s. 36; Briggs, s. 11. Fransız hukuku bakımından bkz. Corneloup, s. 173; Batiffol / Lagarde, s. 545; Mayer, s. 130. İsviçre hukuku bakımından bkz. Hartley, s. 277.

⁶⁹⁵ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 119-120.

⁶⁹⁶ Giray, s. 568; Yaşar, s. 94.

⁶⁹⁷ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 120; Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 95.

⁶⁹⁸ Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 95; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 120.

öngörmekteydi. Türk hukukundaki bu anlayış, doktrinde de oybirliğiyle kabul görmektedir⁶⁹⁹.

İsviçre MÖHK m. 16/2 de yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde bunun yerine İsviçre hukukunun uygulanacağını düzenlemektedir⁷⁰⁰. Avusturya, Belçika, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Letonya, Litvanya, Polonya, Romanya ve Slovenya hukuklarında da bu konu açık kanun hükümleriyle düzenlenmiş bulunmaktadır⁷⁰¹. Fransa’da da bu yönde açık bir kanun hükmü olmasa da, uygulamanın bu yönde olduğu belirtilmektedir⁷⁰².

Bu konu, vakıa doktrininin kabul edildiği sistemler bakımından ayrıca önem taşımaktadır. Zira alelade bir vakıa taraflarca yeterli derecede ispatlanamazsa, usul hukuku kurallarına göre söz konusu vakıanın ispatlamaya çalıştığı iddia mahkemece reddedilmektedir. Bu kural şüphesiz vakıa doktrininin kabul eden hukuklarda da geçerlidir. Peki bu hukuk sistemlerinde yabancı hukukun da vakıa görülmesi, yabancı hukuk kuralları bakımından da bu sonucun doğması gerektiği anlamına mı gelmektedir?

Gerçekten de ilk dönemlerde bazı mahkemeler, vermiş oldukları kararlarda yabancı hukukun ispatı yükümlülüğünün yerine gelmemiş olması gerekçesiyle davaların reddine hükmetmişlerdir⁷⁰³. Ancak bu yönde bir yaklaşım, hak arama hürriyetine aykırı sonuçlar doğurabilecekti. Bu şekilde olumsuzluklar yaşanmaması adına mahkemeler zaman içerisinde kendi yarattıkları bazı gerekçelerle, davaları reddetmek yerine kendi hukuklarını uygulamaya başlamışlardır⁷⁰⁴. Bu gerekçelerden bir tanesi de bugün hâlâ İngiliz hukukunda kabul gören ayniyet karinesidir (*presumption of similarity*). Bu teoriye göre, taraflarca aksi ispatlanmadıkça

⁶⁹⁹ Nomer, **DHH**, s. 195; Çelikel / Erdem, s. 175; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 69; Tarman, s. 557; Arslan, s. 83; Giray, s. 567; Yaşar, s. 93.

⁷⁰⁰ Öte yandan, uygulanması gereken yabancı hukuk yerine *lex fori*’ye başvurulması, ancak istisnai hallerde başvurulabilecek bir yol olarak kabul edilmektedir. Hâkimlerin bu yola başvurabilmeleri için yabancı hukuka dair yürüttükleri araştırmalarının sonuçlarının yetersizliğine dair ciddi şüpheleri olması gereklidir. Bu yönde bir Federal Mahkeme kararı için bkz. İsviçre Federal Mahkemesi, T. 30.04.2008, 5A_50/2008 (www.swisslex.ch).

⁷⁰¹ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 67-69.

⁷⁰² Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 70; Corneloup, s. 173.

⁷⁰³ Briggs, s. 11. Bu yönde iki karar için bkz. Cuba Railroad v. Crosby, 222 U.S. 473 [1912] (www.justia.com); Riley v. Pierce Oil Corp., 245 N. Y. 152 [1927] (www.casemine.com).

⁷⁰⁴ Nussbaum, s. 1036.

uygulanması gereken yabancı hukukun içeriği *lex fori* ile aynı kabul edilmektedir⁷⁰⁵. Dolayısıyla taraflar somut olayda uygulanması gereken yabancı hukukun ilgili hükümlerini ispatlamazlarsa, hâkim yabancı hukukun içeriğinin⁷⁰⁶ İngiliz hukuku ile aynı olduğu sonucuna varacak ve uyuşmazlığı bu gerekçeyle İngiliz maddi hukuk kurallarına göre çözümleyecektir⁷⁰⁷. Bununla beraber, bu teorinin ne derece isabetli olduğuna yönelik birtakım eleştirilerin bulunduğu da dikkate alınmalıdır⁷⁰⁸.

Öte yandan, özellikle yabancı doktrinde yabancı hukukun içeriğinin tam olarak tespit edilememesi halinde *lex fori*'ye başvurmadan önce hâkimin birtakım hususları göz önünde bulundurabileceği savunulmaktadır. Bu doğrultuda ilk sunulan öneri, hukukun genel ilkeleridir⁷⁰⁹. Bu görüşe göre hâkimler, *pacta sunt servanda*, dürüstlük kuralı gibi bazı temel ilkelerin tüm hukuklarda aynı şekilde kabul edildiğinden hareket ederek, önündeki uyuşmazlıkları çözümlemeye çalışabileceklerdir⁷¹⁰.

⁷⁰⁵ Dicey / Morris, s. 238; Nussbaum, s. 1037; Hausmann, s. 6; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 14; Nishitani, s. 32; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 77.

⁷⁰⁶ Bu karine, yabancı hukukun yorumlanması bakımından da geçerlidir. Tarafların görüşlerine başvurduğu uzman bilirkişiler yabancı hukuk kurallarının ne şekilde yorumlanması gerektiğini tam olarak veya hiç açıklamazsa, hâkim bu kuralları kendisi yorumlayabilmektedir. Hâkimler, bu yorum faaliyeti sırasında, yabancı hukukta geçerli olan yorum yöntemlerinin aksi ispatlanmadığı müddetçe İngiliz hukukuyla aynı olduğunu karinesine göre hareket etmektedirler (Dicey / Morris, s. 234; Nishitani, s. 31).

⁷⁰⁷ Nomer, Türk hukukunda yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi üzerine *lex fori*'ye başvurulmasının, kanunun gereği olarak başvuru olan çözüm olduğunu ve bu uygulamanın hiçbir şekilde vakia doktrinin bir ürünü olan ayniyet karinesinin (*presumption of similarity*) bir yansıması olarak görülemeyeceğini ifade etmektedir (Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 111-112).

⁷⁰⁸ Örneğin, *Kales* bu karinenin ispat yükünü ters yöne çevirdiğini ve bunun isabetsiz olduğunu ifade etmektedir. Yazarın verdiği örneğe göre, bir sözleşme *lex fori*'ye göre geçerli ve fakat *lex causae*'ya göre geçersizse ve davacının menfaati sözleşmenin ayakta kalması yönündeyse, davacı bu geçersizliği ispatlama yoluna gitmeyecektir. Bu durumda ispat yükü üzerinde olan davacı, bu faaliyeti yerine getirmeyeceğinden; geçersizliği ispatlaması gereken ve fiilen ispat yükünü üstlenen davalı olacaktır (Albert Martin Kales, "Presumption of the Foreign Law, **HLR**, C. 19, S. 6, 1906, s. 401-417, s. 412-413). *Nishitani*'ye göre de bu karine, ancak uygulanan yabancı hukukun *lex fori*'ye benzer olduğu durumlarda anlam ifade etmektedir (Nishitani, s. 33). Ayrıca, bazı mahkeme kararlarında bu karinenin reddedildiği veya şüpheyi karşılandığı ifade edilmektedir. Örneğin, Avustralya'da verilen bir mahkeme kararında, Alman vergi kanununun Avustralya vergi kanunuyla aynı olduğu kabul edilmemiştir. Bu karar için bkz. *Damberg v. Damberg* [2001] NSWCA 87 (www.caselaw.nsw.gov.au). Tüm bu nedenler ışığında, bu karinenin artık terk edilmesi gerektiği savunulmaktadır (Dicey / Morris, s. 238; Anthony Gray, "Choice of Law: The Presumption in the Proof of Foreign Law, *University of New South Wales Law Journal*, C. 31, S. 1, 2008, s. 136-157, s. 156).

⁷⁰⁹ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 109; Esplugues Mota, s. 287; Nishitani, s. 35.

⁷¹⁰ Alman doktrinde yeknesak hukuk kuralları getiren Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri gibi düzenlemelerin de hukukun genel ilkelerine benzer olarak içeriği tespit edilemeyen yabancı hukuklar yerine tamamlayıcı görevde kullanılabileceği savunulmuştur. Ancak bunların uygulama alanı oldukça sınırlı olabilecektir (Nishitani, s. 35; Remien, s. 209).

Lex fori'ye başvurulmadan önce değerlendirilebileceği savunulan bir diğer husus ise uygulanması gereken hukukla bağlantılı olan üçüncü devletlerin hukuklarıdır⁷¹¹. Bu çözüm yoluna göre, somut uyuşmazlıkta uygulanması gereken yabancı hukukun ilgili kuralları tespit edilemiyorsa, doğrudan *lex fori*'ye başvurulmamalı ve bu hukuk sistemiyle yakından bağlantılı olan başka bir hukuk uygulanmalıdır⁷¹². Buna göre, örneğin Belçika hukukundaki bir belirsizlik bakımından için Fransız hukukuna, Güney Amerika ülkeleri için o ülkenin komşusu olan diğer Güney Amerika ülkelerinin hukuklarına, eski İngiliz sömürgesi ülkeler için ise İngiliz hukukuna başvurmak bir çözüm yolu olabilecektir⁷¹³. Bu çözüm yolunun, Alman doktrinde destek gördüğü belirtilmektedir⁷¹⁴. Ayrıca, Japon mahkemelerinin de bu yönde vermiş olduğu kararlar bulunmaktadır. Örneğin, 1965 tarihli bir kararda Kuzey Kore hukukunda boşanmaya dair kuralları tespit edememesi üzerine, uyuşmazlığı sosyalizmin boşanma konusundaki genel ilkelerine göre çözmüştür⁷¹⁵. 1983 yılında verilen başka bir kararda ise Çin'de evlat edinmeye ilişkin yürürlükte olan kuralları tespit edemeyen Japon hâkimi, Sovyet Rusya, Doğu Almanya, Polonya, Romanya ve Macaristan gibi o dönemde sosyalist rejim uygulanan ülkelerde yürürlükte olan evlat edinmeye ilişkin düzenlemeleri dikkate almıştır⁷¹⁶.

Doktrinde yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde doğrudan *lex fori*'nin maddi hukukuna değil, öncelikle *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulması gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüşe göre, şayet söz konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kuralında basamaklı bir bağlama kuralı öngörülmüşse, bu durumda hâkim öncelikle bir sonraki basamakta yer alan bağlama noktasının işaret ettiği hukuku uygulamalıdır⁷¹⁷. Bu yöntemde çözüm, *lex causae* ile irtibatlı farklı ülkelerin hukuklarına başvurma yöntemindeki

⁷¹¹ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 108; Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 96; Nishitani, s. 35; Esplugues Mota, s. 287; Remien, s. 208-209; Lalani, **Problems**, s. 53.

⁷¹² Nomer, bu durumun esasen maddi hukukumuzda karşılığı olan bir husus olduğuna dikkat çekmektedir. Yazara göre, Türk özel hukukunda düzenlenmemiş veya açık olmayan bir konuda kaynak hukuk olan İsviçre hukukundaki doktrin ve içtihatlarına başvurulabilmesi, bağlantılı hukuklara başvurulabileceği yönündeki görüşün farklı bir görünümüdür (Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 108, dn. 326).

⁷¹³ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 117; Basedow, **Application of Foreign Law**, s. 96.

⁷¹⁴ Remien, s. 208; Swiss Institute of Comparative Law, s. 38.

⁷¹⁵ Chiba Bölge Mahkemesi, Matsudo Dairesi, T. 11.08.1965, **Katei Saiban Geppô**, S. 18-9, 53, aktaran Nishitani, s. 35.

⁷¹⁶ Nagoya Aile Mahkemesi, T. 30.11.1983, **Katei Saiban Geppô**, S. 36-11, 138, aktaran Nishitani, s. 35.

⁷¹⁷ Giray, s. 568; Yaşar, s. 94; Esplugues Mota, s. 287; Nishitani, s. 34-35.

gibi maddi hukuk kurallarında değil, doğrudan kanunlar ihtilafı kurallarının içerisinde aranmaktadır⁷¹⁸. Bu çözüm yolu, İtalya ve Portekiz’de doğrudan kanuni bir ilke olarak kabul edilmiştir⁷¹⁹. *Giray*, Türk hukuku bakımından da bu uygulamanın kabul edilebileceği kanaatindedir⁷²⁰. Gerçekten de Türk hukukunda da bazı kanunlar ihtilafı kuralları, basamaklı bir yapıda kaleme alınmışlardır. Evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuku ortaya koyan MÖHUK m. 13/3⁷²¹ ve boşanmanın hükümlerine uygulanacak hukuku belirleyen m. 14/1⁷²² bu türden hükümlere örnek olarak verilebilir. Bu görüşe göre, bu türden basamaklı kanunlar ihtilafı kurallarının bulunduğu hallerde, bir basamaktaki hukukun içeriği tespit edilemediğinde izleyen basamaklardaki hukuklar dikkate alınmadan doğrudan *lex fori*’ye başvurulması hem kanunun yanlış yorumlanması hem de milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin zedelenmesi sonucunu doğurmaktadır⁷²³. Bu görüş, kanımızca da milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması bakımından isabetli bir yaklaşımdır.

Yabancı hukukun içeriği tespit edilemediğinde ne şekilde bir çözüm bulunacağı konusu, Madrid İlkeleri ile İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü’nün hazırladığı Sentez Rapor’da yer alan tavsiyelere de konu olmuştur. Madrid İlkeleri’nin 9. maddesi, yabancı hukukun içeriğinin tespit edilemediği hallerde *lex fori*’nin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü ise tavsiyelerin 8. maddesinde⁷²⁴, uygulanması gereken yabancı hukukun içeriğinin tespit edilememesi halinde kural olarak *lex fori*’nin; istisnai olarak ise *lex fori*’ye nazaran daha hakkaniyetli bir çözüm sunması halinde, üçüncü bir ülkenin hukukunun uygulanması önerilmiştir. Aynı maddeye göre bu üçüncü ülke, daha sıkı

⁷¹⁸ Nishitani, s. 34.

⁷¹⁹ İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 14/2. maddesi ile Portekiz Medeni Kanunu’nun 23. maddeleri, yabancı hukukun içeriği tespit edilemezse, ilk aşamada diğer alternatif bağlama noktalarının işaret ettiği hukukların değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (Esplugues Mota, s. 287; Nishitani, s. 34-35).

⁷²⁰ *Giray*, s. 568-569. Aksi yönde bkz. Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 554. Yazar, yabancı hukukların içeriğinin tespiti konusunda yaşanan problemler yüksek ihtimalle kendisini diğer basamaktaki yabancı hukukun uygulanması sırasında da göstereceğinden, böyle bir durumda doğrudan Türk hukukunun uygulanmasının daha isabetli olacağını savunmaktadır.

⁷²¹ MÖHUK m. 13/3 hükmü şu şekildedir: “*Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır*”.

⁷²² MÖHUK m. 14/1 hükmü şu şekildedir: “*Boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır*”.

⁷²³ *Giray*, s. 568.

⁷²⁴ Swiss Institute of Comparative Law, s. 95.

ilişkili bir hukukun bulunmaması halinde, basamaklı bağlama kurallarında bir alt basamakta yer alan kanunlar ihtilafı kuralı olacaktır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: YABANCI HUKUKUN UYGULANMASI ESNASINDA KARŞILAŞILAN BAZI SORUNLAR

I. Kanunlar İhtilafı Kuralları ve Yabancı Hukukun Uygulanmasının Üst Yargı Mercilerince Denetimi

A. Genel Olarak

Kanun yolu, bir tarafa, hukuken isabetsiz olduğuna inandığı nihai bir karar aleyhine, kararın kesinleşmesi öncesinde bir üst mahkeme nezdinde başvuruda bulunarak, söz konusu kararın denetlenebilmesi imkânını sağlayan bir hukuki çaredir⁷²⁵. Kanun yolları sayesinde hata ve eksiklikler giderilerek maddi gerçeğe daha fazla yaklaşılmaları hem tarafların menfaatleri hem de hukuki güvenlik bakımından oldukça önemlidir⁷²⁶.

Hata ve eksikliklerden arındırılmış mahkeme kararlarına olan ihtiyaç, hiç şüphesiz milletlerarası özel hukukun konusuna giren uyuşmazlıklar bakımından da geçerlidir. Zira milletlerarası özel hukukun tam olarak işleyebilmesi ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçek anlamda sağlanabilmesi için bu kuralların uygulandığı uyuşmazlıkların üst yargı mercilerince denetime açık olması gerekmektedir⁷²⁷.

Belirtmek gerekir ki burada esasen iki farklı ihtimal söz konusudur. Bunlardan ilki, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına ilişkin hata veya eksikliklerin üst

⁷²⁵ Alangoya / Yıldırım / Deren Yıldırım, s. 445; Özekes, **Pekcanitez Usul**, s. 2151; Meral Sungurtekin, “Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 16, S. 4, 1990, s. 471-489, s. 473; Cenk Akil, **İstinaf Kavramı**, Ankara, 2010 (**İstinaf**), s. 35.

⁷²⁶ Akil, **İstinaf**, s. 39; Sungurtekin, s. 474; Özekes, **Pekcanitez Usul**, s. 2151.

⁷²⁷ Esplugues Mota, s. 288; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 75.

yargı mercilerince denetime açık olup olmadığı meselesidir. Bir başka deyişle; kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği yabancı hukuk uygulanması gerekirken *lex fori*'nin veya başka bir yabancı hukukun uygulanması ya da *lex fori* uygulanması gerekirken yabancı bir hukukun uygulanmasının üst yargı mercileri tarafından denetlenmesinin mümkün olup olmadığıdır. Diğer tartışma konusu ise uygulanması gereken yabancı hukuk doğru tespit edilmiş olsa da, bu yabancı hukukun uygulanmasında yapılan eksiklik veya yanlışlıkların tek başına kanun yolu denetimine konu edilip edilemeyeceği meselesidir. Çalışmamızda bu iki ihtimal ayrı ayrı incelenecektir.

Bu mesele ele alınmadan önce, kanımızca başvurulabilecek üst yargı mercileri arasındaki farklılıklara da kısaca değinmekte fayda bulunmaktadır. Modern hukuk sistemlerinde uygulanmakta olan olağan kanun yolları incelendiğinde karşımıza çıkan başlıca iki yol, istinaf ve temyiz yollarıdır. İstinaf ile temyiz yollarının her ikisi de temelde bir hukuk sisteminde verilen yargı kararlarındaki hataları en aza indirmeyi hedefleyen kanun yolları olsalar da, nitelikleri gereği aralarında birtakım farklılıklar mevcuttur⁷²⁸. İstinaf kanun yolundaki temel amaç, somut olay (ya da vakıa) hakkaniyetini sağlamaktır⁷²⁹. Bu amaç doğrultusunda ilk derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararlar hem vakıa hem de hukuka uygunluk bakımından incelemeye tabi tutulmaktadır⁷³⁰. Bu kanun yolunda, ilk derece mahkemelerindekine benzer bir inceleme yürütülmekte; gerektiği durumda maddi vakıalar ve deliller yeniden değerlendirilerek yeni bir hüküm verilmektedir⁷³¹. Bu durumda istinaf mercileri de kural olarak tıpkı ilk derece mahkemeleri gibi bir hüküm (veya vakıa) mahkemesi niteliği taşımaktadır⁷³².

Temyiz yolunda ise esas amacın yargı makamlarınca verilen kararlar arasında birlik ve yeknesaklığı sağlamak olduğu ifade edilmektedir⁷³³. Hukuki denetim yapan bir yüksek mahkeme konumunda olan temyiz mahkemesi nezdinde yapılan denetim; alt derece mahkemelerinin maddi vakıaları inceleyerek yaptığı hukuki

⁷²⁸ İstinaf ve temyiz sistemleri arasındaki farklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akil, **İstinaf**, s. 203-222.

⁷²⁹ Akil, **İstinaf**, s. 203-204.

⁷³⁰ Nussbaum, s. 1033; Akil, **İstinaf**, s. 205; Özekes, **Pekcanitez Usul**, s. 2202-2203; Murat Özgür Çiftçi, **Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf**, 3. Bası, Ankara, 2016, s. 47; Adalet Bakanlığı, **Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı**, Ankara, 2016, s. 15.

⁷³¹ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 126; Postacıoğlu / Altay, s. 77; Çiftçi, s. 48; Akil, **İstinaf**, s. 213.

⁷³² Postacıoğlu / Altay, s. 77; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 126; Çiftçi, s. 48; Akil, **İstinaf**, s. 213.

⁷³³ Nussbaum, s. 1033; Akil, **İstinaf**, s. 203-204; Adalet Bakanlığı, s. 15.

nitelendirmelerin doğru olup olmadığı, yani hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığı meselesiyle sınırlıdır⁷³⁴.

İstinaf ve temyiz yolları arasındaki bu farklılıkların konumuz bakımından taşıdığı önem ise özellikle yabancı hukukun uygulanması esnasında mahkemelerce yapılan hataların denetimiyle ilgilidir. Zira her ne kadar istinaf yoluna başvurabilmek, ülkeden ülkeye farklı şartlara bağlanabilse de; istinaf yargılamasının bu özellikleri karşısında, yabancı hukukun tespiti ve uygulanmasına ilişkin kararların denetiminin istinaf mercilerinin yetkileri dâhilinde olduğu genel olarak kabul görmektedir⁷³⁵. Öte yandan, bu konuların temyiz mercilerinin bahsettiğimiz sınırlı görev tanımlarına girip girmediği ise istinafın aksine genel bir kabulden uzak ve farklı ülkelerde farklı şekilde düzenlenebilen bir konudur. Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında asıl olarak önem taşıyan nokta, kanunlar ihtilafı kuralları ile yabancı hukukun uygulandığı uyuşmazlıkların temyiz kabiliyeti taşıyıp taşımadığı meselesi olacaktır.

B. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasının Üst Yargı Mercilerince Denetimi

Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması aşamasında ortaya çıkabilecek eksiklik veya yanlışlıkların üst yargı mercilerine taşınıp taşınamayacağı ve esas olarak da temyiz mahkemelerince denetlenip denetlenemeyeceği, çalışmamızın bu bölümünde ilk olarak ele alınacak olan husustur. Bu noktada belirtmek gerekir ki kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek bir sorun, kendisini yabancı hukukun tespiti bağlamında gösterecektir. Dolayısıyla bu şekilde bir hata karşımıza ya *lex fori* uygulanması gerekirken yabancı bir hukukun uygulanması ya da yabancı bir hukuk uygulanması gerekirken *lex fori* veya başka bir yabancı hukukun uygulanması şeklinde çıkabilecektir. Yeteri derecede veya hiç araştırma yapmadan hatalı bir şekilde yabancı hukukun içeriğinin tespit edilemediği sonucuna varılması ve bu nedenle *lex fori*'ye başvurulması da yine aynı şekilde kanunlar ihtilafı kurallarının yanlış uygulanması anlamına gelecektir.

⁷³⁴ Postacıoğlu / Altay, s. 77; Akil, **İstinaf**, s. 205.

⁷³⁵ Nussbaum, s. 1033; Nishitani, s. 37; Corneloup, s. 175; Remien, s. 210.

Türk hukuku bakımından yabancı hukukun tespiti aşamasında yapılan hataların tüm üst yargı mercilerince denetlenebileceği konusunda herhangi bir soru işareti bulunmamaktadır. Doktrinde kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında yapıldığı iddia edilen hataların temyiz merciinin denetimine tabi olduğu oybirliğiyle kabul görmektedir⁷³⁶. Yargıtay'ın içtihatları da bu doğrultudadır⁷³⁷. Bu kabule göre, Türk kanunlar ihtilafı kurallarının yanlış uygulanması HMK m. 371/1(a) uyarınca “*hukukun veya taraflar arasındaki sözleşmenin yanlış uygulanmış olması*” anlamına gelmektedir ve bu nedenle de Yargıtay denetimine tabi olmalıdır⁷³⁸.

Tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi bugün çoğu hukuk sisteminde kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması sırasında yapılan hataların üst yargı mercilerince denetlenebileceği kabul edilmektedir⁷³⁹. Karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler incelendiğinde; aralarında Almanya⁷⁴⁰ ve İsviçre'nin⁷⁴¹ de bulunduğu pek çok ülkede kanunlar ihtilafı kurallarının yanlış uygulanması veya hiç uygulanmaması, tek başına bir temyiz sebebi olarak kabul edilmektedir. Hatta kanunlar ihtilafı kurallarının tarafların talebi üzerine uygulandığı İngiltere gibi ülkelerde de uygulamanın aynı yönde olduğu belirtilmektedir⁷⁴². Bu ülkelerde taraflarca uygulanmaları talep edildiği takdirde kanunlar ihtilafı kuralları doğru bir şekilde uygulanmak zorunda olduğuna göre, bu kuralların uygulanmasında bir hata

⁷³⁶ Çelikel / Erdem, s. 175-176; Nomer, **DHH**, s. 201; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 52-53; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 70; Doğan, s. 213; Tarman, s. 558; Yaşar, s. 107; Arslan, s. 62.

⁷³⁷ “*Dosya içindeki bilgi ve belgelerden, davacı Mahmut Palabıyık'ın, 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 25/c maddesi ve bendi uyarınca Bakanlar Kurulunun 7.5.2001 gün ve 2447 sayılı kararı ile Türk vatandaşlığından çıkartıldığı ve bu nedenle nüfus kaydının kapatıldığı anlaşılmaktadır. Bu dava ise davacının Türk vatandaşlığına kaybettiği tarihten sonra 12.3.2003 tarihinde açılmıştır. 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Yasanın 2. maddesinde; Hakim tarafından öncelikle Türk vatandaşı olmayan davacıya uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekeceği hususuna değinilerek tüm araştırmalara rağmen ilgiliye uygulanacak hukukun tespitinin mümkün olmaması halinde ancak Türk Hukukunun uygulanacağı açıkça öngörülmüştür. Yasanın bu açık hükmü karşısında gerekli araştırma ve tespitler yapılmadan doğrudan Türk Hukuku uygulanmak suretiyle davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmaktadır.*” Bkz. Yargıtay 18. HD. E. 2005/2899, K. 2005/4027, T. 21.04.2005. Bu doğrultudaki başka Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 2. HD. E. 2004/14069, K. 2004/15890, T. 28.12.2004; Yargıtay 2. HD. E. 2004/3206, K. 2004/3914, T. 29.03.2004; Yargıtay 2. HD. E. 2003/13685, K. 2003/14841, T. 04.11.2003; Yargıtay 18. HD. E. 2001/11907, K. 2002/30, T. 14.01.2002 (www.kazanci.com).

⁷³⁸ MÖHUK m. 2/3 uyarınca Türk hukukunun atfı kabul ettiği konular bakımından kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukuk, başka bir hukuka atıfta bulunuyorsa, bu hukukun maddi hukuk kuralları uygulanmalıdır. Eğer hâkim bu hususa dikkat etmezse, bu durum da kanunlar ihtilafı kurallarının yanlış uygulanması anlamına gelecek ve bir temyiz sebebi teşkil edecektir (Çelikel / Erdem, s. 176, dn. 196; Nomer, **DHH**, s. 201; Doğan, s. 213-214).

⁷³⁹ Swiss Institute of Comparative Law, s. 39; Nishitani, s. 36.

⁷⁴⁰ Hartley, s. 276; Remien, s. 209; Nishitani, s. 36, dn. 169.

⁷⁴¹ Pretelli / Lalani, s. 382; Cashin Ritaine, s. 49.

⁷⁴² Nishitani, s. 36.

yapılması veya bunların hiç uygulanmaması, üst yargı mercilerince denetlenebilmektedir.

Aslında bu durum şaşırtıcı görülmemelidir. Zira kanunlar ihtilafı kuralları da hiç şüphesiz bir ülkenin hukukunun parçası olduğuna göre, burada esasen bir ülkenin kendi iç hukukunun uygulanmasında eksiklik veya yanlışlık yapılması söz konusudur⁷⁴³. Bu durumda tıpkı diğer iç hukuk hükümleri bakımından olduğu gibi, kanunlar ihtilafı kuralları da doğru uygulandıklarından emin olunabilmesi için üst yargı mercilerince denetlenebilmelidir.

Öte yandan, bu noktada ilginç bir örnek olarak Fransız hukuku verilebilir. Şöyle ki, Fransız hukukunda kanunlar ihtilafı kurallarının yanlış uygulanması bir temyiz sebebi olarak kabul görmekteyken, bunların hiç uygulanmaması bakımından ikili bir ayrıma gidilmektedir. Bu ayrım, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması bakımından yapılan ayırmadan kaynaklanmaktadır. Buna göre, dava konusunun serbestçe tasarruf edilemeyen bir hakka ilişkin olduğu hallerde her türlü temyiz imkânı mevcutken, tasarruf edilebilir nitelikteki davalarda bu imkân ancak taraflardan bir tanesinin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını talep etmiş olması halinde mümkündür. Bu yönde bir talebin mevcut olmaması halinde hâkimlerin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama mecburiyeti bulunmadığından temyiz imkânı da olmayacaktır⁷⁴⁴.

C. Yabancı Hukukun Uygulanmasının Üst Yargı Mercilerince Denetimi

Hâkimlerin aşına oldukları iç hukukları yerine uygulamaları gereken yabancı hukukları önceden bilmelerinin beklenemeyeceğinden bahsedilmişti. Bu durumda, kurallarına dair önceden belki de hiçbir fikirleri olmadıkları hukukları uygulayan hâkimlerin, bu kuralları yanlış yorumlamaları ve somut olayda yanlış sonuçlara varmaları hiç de düşük bir ihtimal değildir⁷⁴⁵.

⁷⁴³ Batiffol / Lagarde, s. 552; Nishitani, s. 36; Nomer, **DHH**, s. 201; Doğan, s. 213; Çelikel / Erdem, s. 175; Yaşar, s. 107.

⁷⁴⁴ Batiffol / Lagarde, s. 552-553; Corneloup, s. 175; Nishitani, s. 36-37.

⁷⁴⁵ Öyle ki, ABD’li *Rheinstein*’ın 1970’lerin başında yaptığı bir araştırmada, Amerikan mahkemelerinde yabancı bir hukukun uygulandığı 40 kararın 32’sinde yabancı hukukun yanlış uygulandığı ortaya çıkmıştır (Konrad Zweigert, “Some Reflections on the Sociological Dimensions of

Hata yapma ihtimalinin yüksek olması, bu kararların üst yargı mercilerince denetimine izin verme yönünde bir ihtiyaç doğmasına neden olmaktadır. Ancak bu denetime hangi noktaya kadar izin verileceği şüphesiz devletlerin elinde olan bir yetkidir. Yukarıda değinmiş olduğumuz üzere, devletlerin bu takdir yetkisi, kendisini özellikle temyiz aşaması bakımından göstermektedir.

Yabancı hukukun vakıa ya da hukuk olarak kabul edilmesinin istinaf bakımından bir önemi olmasa da, temyiz bakımından oldukça belirleyici bir nitelik taşıdığı düşünülebilir. Zira temyiz mercilerinin istinafin aksine kural olarak vakıa incelemek gibi bir görevi olmaması, ilk bakışta yabancı hukukun uygulandığı uyumsuzlukların temyiz kabiliyetinin doğrudan yabancı hukukun tabi olduğu statüye bağlı olduğu şeklinde yorumlanabilir. Bir başka deyişle, eğer vakıaları değerlendirmek temyiz merciinin görevleri arasında yer almıyorsa, yabancı hukukun vakıa olarak görüldüğü ülkelerde temyiz mercilerinin yabancı hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığını denetlemesi de beklenememelidir. Yine aynı şekilde, yabancı hukuku “hukuk” olarak gören bir devletin de, yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin meselelerin - bunların hukuk niteliği taşımaları nedeniyle - temyiz merciinin denetimine açık olacağını kabul etmesi, ilk bakışta akla daha yatkın gelmektedir⁷⁴⁶.

Ancak değişik hukuk sistemlerindeki uygulamalar incelendiğinde, bu *a priori* tümevarımın gerçek bir karşılığı olmadığı görülmektedir. Örneğin, yabancı hukukun “hukuk” olarak kabul edildiği Almanya ve Fransa’da⁷⁴⁷ yabancı hukukun uygulanmasında yapılan hataların kural olarak temyiz denetimine kapalı olduğu kabul edilmekte; İsviçre’de ise bu denetime sınırlı bir ölçüde izin verilmektedir. Öte yandan, yabancı hukukun “vakıa” olarak görüldüğü İngiltere’de bu konuda yüksek

Private International Law or What is Justice in Conflict of Laws?”, **University of Colorado Law Review**, C. 44, 1973, s. 283-299, s. 296). Esasen hâkimlerin de bu durumun bilincinde oldukları söylenebilir. Zira *Verhellen*’ın Belçika’da gerçekleştirdiği araştırma kapsamında görüştüğü hâkimler de genel olarak yabancı hukuku uygularken hata yapacaklarından çekindiklerini belirtmişlerdir. Hatta bu hâkimlerden bir tanesi, Belçika mahkemelerinin yabancı hukukları uyguladığı kararların o hukukların ait oldukları ülkelerdeki hâkimlerce incelenmeleri halinde, bu hâkimlerin büyük ihtimalle verilen kararlara güleceklerini söylemiştir (Verhellen, s. 287).

⁷⁴⁶ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 5; Erkan, **Yabancı Hukuk**, s. 545; Hartley, s. 272.

⁷⁴⁷ Aynı şekilde, Hollanda’da da yabancı hukukun uygulanması esnasında yapılan hataların tek başına temyiz denetimine konu olamayacağı kabul edilmektedir. Hollanda hukukunda, bu türden hataları içeren kararların temyiz makamlarınca denetlenebilmesi, yalnızca kararların hatalı veya eksik gerekçe barındırması gerekçesiyle gerçekleşebilmektedir (Nishitani, s. 38).

mahkemeye başvurulabilmektedir. Görülebileceği üzere, devletler, yabancı hukukun uygulanması aşamasındaki hataların temyiz kabiliyeti olup olmadığı konusunu, yabancı hukuku ne şekilde kabul ettiklerinden bağımsız olarak ve temyiz mercilerine verdikleri görev tanımını ışığında belirlemektedirler⁷⁴⁸.

Türk hukukunda yabancı hukukun uygulanması sırasında yapılan hataların temyiz kabiliyeti konusu, doğrudan mevzuatta düzenlenmemiştir. Bu durum ilk bakışta, Alman ve Fransız hukuklarındaki gibi temyiz mahkemesinin bu konuda bir denetim yapmasının istenmediği şeklinde yorumlanabilir. Peki bu şekilde bir sonuca varmak doğru olacak mıdır? Bu konu, doktrinde tartışmalara konu olmuştur. *Nomer*, yabancı hukukun uygulandığı davalarda yapılan hata ve eksikliklerin temyiz kabiliyeti konusunu mahkemelerin görev tanımıyla açıklamaya çalışmıştır. *Nomer*’e göre, bir ülkedeki temyiz mercilerinin görevi yalnız iç hukukta ahengin sağlanması hedefinden ibaret olarak görülürse, yabancı hukukun uygulanmasının temyize tabi tutulmaması düşünülebilir. Zira bir mahkemede uygulanması gereken hukuk kural olarak *lex fori*’dir, yabancı hukukun uygulanması ise istisnadır. Mahkemelerce ancak istisnai hallerde uygulama alanı bulan yabancı hukukun uygulanmasının da bir ülke hukukunun uygulanmasında birlik hedefine yapacağı katkı oldukça sınırlı olacaktır. Ancak Türkiye’de temyiz merciinin bir hedefi daha vardır: vakıa hakkaniyetini sağlamak. Yargıtay’ın somut olay veya vakıa hakkaniyetini sağlama hedefi olduğu da kabul edilirse, bu durumda yabancı hukukun yanlış uygulandığı kararların da temyiz kabiliyetini haiz olduğu görülebilecektir⁷⁴⁹.

Bir diğer görüş ise HMK m. 371/1(a) hükmünde yer alan “hukuk” ifadesinin somut olayda uygulanacak hukuk kurallarını ifade ettiğini ve bu nedenle yabancı hukukları da kapsadığını; kaldı ki hükmün “ taraflar arasındaki sözleşmenin” bile doğru uygulanmamasını bozma sebebi olarak görürken yabancı hukukları dışlamasının adalet ve hakkaniyet gayesi karşısında söz konusu olamayacağını savunmaktadır⁷⁵⁰. Dolayısıyla bu görüşe göre, yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hata ve eksikliklerin de temyize konu edilebilmesi gerekir.

⁷⁴⁸ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 134; Swiss Institute of Comparative Law, s. 39.

⁷⁴⁹ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 131.

⁷⁵⁰ Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 53-54.

Doktrinde bu konuya ilişkin ileri sürülen diğer görüşlerse genel olarak Türk hukukunda yabancı hukukun “hukuk” olarak kabul edilmesinden ve yabancı hukukun hâkim tarafından re’sen uygulanacağı ilkesinden hareket etmektedir. Bu görüşe göre, yabancı hukuku bu şekilde konumlandıran Türk hukukunda, tıpkı iç hukuk bakımından olduğu gibi, yabancı hukukun hâkimlerce ne şekilde uygulandığı da Yargıtay denetimine tabi olmalıdır⁷⁵¹.

Kanımızca *Nomer* tarafından ileri sürülen ilk görüş, Türk mahkeme teşkilatlanmasıyla doğrudan bağlantılı olmuştur. Şöyle ki, 2016 yılına kadar istinaf kanun yolunun faaliyete başlamamış olması, temyiz yolunun kanun yollarının iki amacı olan vakıa hakkaniyetini sağlama ile hukukta birliği sağlama amaçlarının her ikisini de karşılaması gereken bir yol olmasına neden olmuştur. Bu yaklaşım, yabancı hukukun uygulandığı davalarda doğabilecek hataları en aza indirebilmek adına isabetli bir yaklaşımdır. Ancak istinaf teşkilatının kurulup bölge adliye mahkemelerinin Türkiye çapında faaliyete geçmesi sonrası artık Yargıtay’ın görev tanımının değişmesi ve Yargıtay’ın gerçek bir temyiz mahkemesi gibi hukuki denetimle yetinen bir merci konumuna gelmesi beklenmektedir⁷⁵². Bu yönde bir değişimin, Yargıtay’ın yabancı hukukun uygulanmasındaki hatalara ilişkin yaklaşımını etkilemesi gerekip gerekmediği; yani bu değişim sonrası Türk hukuku bakımından da Alman, Fransız ve İsviçre hukuklarındaki temyiz kabiliyetini sınırlayıcı anlayışın savunulabilir hale gelip gelmeyeceği olası bir tartışma konusu olarak değerlendirilebilir.

Ancak doktrinde halen yaygın olarak kabul gören görüş, yabancı hukukun uygulanması esnasında gerçekleşen hataların da temyiz edilebilir nitelikte görülmesi yönündedir⁷⁵³. Yargıtay da gerek 5718 sayılı MÖHUK öncesi, gerek sonrası dönemde vermiş olduğu kararlarında yabancı hukukun yanlış uygulanmasının Yargıtay’ın görev tanımına giren ve temyizi kabil bir konu olduğunu kabul etmektedir⁷⁵⁴. Görüldüğü üzere, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasının

⁷⁵¹ Çelikel / Erdem, s. 176; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 70-71; Doğan, s. 215; Arslan, s. 75.

⁷⁵² Bu yönde bkz. Adalet Bakanlığı, s. 7; Özekes, **Pekcanitez Usul**, s. 2202-2203.

⁷⁵³ Çelikel / Erdem, s. 176; Nomer, **DHH**, s. 202; Doğan, s. 215; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 70; Tarman, s. 558; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 53-54; Yaşar, s. 108; Arslan, s. 75.

⁷⁵⁴ “*Davacı tarafın milli kanunu olan Yugoslav Medeni Kanunu’na dayanarak ve terk hukuki sebebiyle (14 senedir davalı ile bir araya gelmeyip ayrı yaşadıklarından ve bir araya gelmek ihtimali de bulunmadığından bahisle) boşanmaya karar verilmesini istemiş, davalı ise evlilik birliğini kendisi terk etmediğini, davacının başka bir kadınla alâka tesis ederek birliği bu yüzden terk etmiş*

üzerinden 2 yıl civarı bir süre geçmesine karşın, istinaf yolunun yabancı hukukun uygulanmasının üst yargı mercilerince denetimi konusuna etkisi hakkında herhangi bir tartışma doğmamıştır. O halde Türk doktrininde bu konuda bir arayış olmadığı ve yabancı hukukun maddi hükümlerinin doğru bir şekilde uygulanmasının Yargıtay denetimine açık olması yönünde güçlü bir yaklaşım olduğu söylenebilecektir. Kanımızca da istinaf kanun yolunun kabulü, tek başına mevcut uygulamayı değiştirmek için yeterli bir gelişme değildir ve yabancı hukukun yanlış uygulanmasının temyiz kabiliyeti de bulunması, yabancı hukukun doğru şekilde uygulanabilmesi bakımından önemli bir güvencedir.

Türk hukukundaki yaklaşım bu şekilde olmakla beraber, değinmiş olduğumuz üzere farklı hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımlar izlenebilmektedir. Örneğin, Alman hukukunda yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin hataların Türk hukukunun aksine yalnızca istinafa konu olabileceği ve temyiz edilemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁵⁵. Bu yöndeki uygulama, esas olarak Alman Yüksek Mahkemesi'nin iç hukukun uygulanmasında birliğin sağlanmasından sorumlu olmasıyla ve yabancı hukuklar bakımından bu şekilde bir görevi olmamasıyla açıklanmaktadır⁷⁵⁶. Alman Federal Mahkemesi'nin (*Bundesgerichtshof*) yabancı hukuka dair yapabileceği hataların kendi itibarını zedeleyebilecek olmasının da bu hükmün gerekçelerinden bir tanesi olabileceği savunulmaktadır⁷⁵⁷. Ayrıca, bu sayede Federal Mahkemenin iş yükünün daha da artmasına engel de olunmaktadır⁷⁵⁸. Alman mahkeme pratiğinde bu konunun artık yerleşik bir içtihat teşkil ettiği de belirtilmektedir⁷⁵⁹. Ancak bu yerleşik anlayışa karşın, Alman doktrininde bu durumun ciddi şekilde eleştirilere

bulunduğunu, bu davayı açmakta haksız olduğunu, davacının evvelce geçimsizlik nedeniyle açtığı ve 1954 senesinde reddedilen eski boşanma davasının da buna delil teşkil ettiğini savunmuştur. Mahkemece uyulan bozmadan sonra Yugoslav Medeni Kanunu'na istinaden boşanma kararı verilmişse de, adı geçen kanunun hangi maddesine dayandığı hüküm yerinde belirtilmemiştir. Dava niteliğine göre, tarafların milli kanunu olan Yugoslav Medeni Kanunu'nun 58.maddesine dayandığının kabulü gerekmektedir. Anılan madde ise (suiniyetle veya yetersiz sebeplerden dolayı terk edilen eşi terk gününden itibaren altı ay müddet geçtikten sonra boşanma isteyebilir) esası konmuştur. Bu maddeye dayanan davada, davalı aleyhine boşanma hükmü verilebilmesi için müşterek haneyi davalı eşin terk etmiş olduğunun, bu terkte suiniyetli bulunduğu hiç değilse terk için yeterli sebeplerin bulunmadığının sabit olması lazımdır. Sadece altı ayı geçen fiili ayrılık boşanma sebebi sayılmamıştır. (...) Boşanmaya hüküm verilmesi yolsuz görüldüğünden hükmün bozulmasına (...).” bkz. Yargıtay 2. HD. E. 6458, K. 1610, T. 18.03.1969 (Yazıcı / Atasoy, s. 291-292).

⁷⁵⁵ Hausmann, s. 2; Yaşar, s. 109-110; Hartley, s. 272; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 142; Remien, s. 210; Nishitani, s. 38; Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 76.

⁷⁵⁶ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 143; Remien, s. 211, 213; Nishitani, s. 39.

⁷⁵⁷ Remien, s. 213; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 143.

⁷⁵⁸ Nishitani, s. 39.

⁷⁵⁹ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 142.

konu olduğu ifade edilmektedir⁷⁶⁰. Getirilen bu eleştiriler ve temyiz denetimini sınırlamanın getirebileceği olası riskler karşısında, bahsi geçen bu kurala bir istisna getirilmiştir. Bu istisnaya göre, hâkimlerce yabancı hukukun uygulanacak kuralları tespit edilirken gerekli araştırmanın hiç yapılmaması veya eksik yapılması, Alman usul hukukunun bir ihlali olarak görülmekte ve temyiz konusu yapılabilmektedir⁷⁶¹. *Nomer*'e göre Alman Federal Mahkemesi'nin bu yaklaşımı, şu şekilde bir çerçeveye oturtulabilir: “*Temyiz edilemeyen hukukun tatbikinin temyiz edilebilen hukukun ihlaline*” dayanması halinde, Federal Mahkeme yabancı hukukun uygulanmasını denetleyebilecektir⁷⁶².

Değinmek istediğimiz bir diğer örnek ise Fransa'dır. Fransız hukukunda da Almanya gibi mahkemelerin yabancı hukuka dair yorumlarının istinafa tabi olmakla beraber, temyiz edilebilir olmadığı kabul edilmektedir⁷⁶³. Fransız hukukunda yabancı hukukun tespiti ve uygulanmasına ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmadığı gibi, temyiz kabiliyeti konusundaki bu uygulama da doğrudan bir kanun hükmüne dayanmamaktadır. Öte yandan, bu yaklaşımın neden tercih edildiğine ilişkin Fransız doktrini tarafından birkaç farklı gerekçe ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki, Fransız Yüksek Mahkemesinin (*Cour de Cassation*) görev tanımına dayanmaktadır. Buna göre, Yüksek Mahkemenin görevi Fransız hukuku ve mahkeme uygulamasında birliği sağlamaktır ve yabancı hukukun uygulanmasında birlik sağlanmasının bu görev tanımına doğrudan dâhil değildir⁷⁶⁴. Bir diğer gerekçe olarak, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin yabancı hukukun içeriğini tespit imkânlarının alt derece mahkemelere göre sınırlı olması gösterilmektedir⁷⁶⁵. Ayrıca, bu sayede Yüksek Mahkemenin iş yükünün artmasına engel olduğu da ifade edilmektedir⁷⁶⁶.

⁷⁶⁰ Remien, s. 211; *Nomer*, **Yabancı Kanun**, s. 142.

⁷⁶¹ Hartley, s. 276, dn. 21; Remien, s. 212; *Nomer*, **Yabancı Kanun**, s. 145; Nishitani, s. 38. Alman Federal Mahkemesi'nin bu konuda verdiği en meşhur karar olarak 1991 tarihli *Prendas Navals* kararı gösterilmektedir. Bu davada Bremen Yüksek Bölge Mahkemesi (*Oberlandesgericht*), Venezuela hukukunda yer alan bir tür gemi rehni hakkı olan *prendas navales* hakkında araştırma yapmış ve bu kapsamda bir tanesi Max Planck Enstitüsü'nden olmak üzere yedi farklı bilirkişi raporu almıştır. Federal Mahkeme ise alınan raporların yalnızca teorik bilgi içerdiğini ve salt teorik bilgiye dayanılarak karar verilemeyeceğini belirterek; bu konudaki mahkeme içtihatlarının ne yönde olduğunun araştırılmaması nedeniyle kararı bozmuştur. Bu karar için bkz. Bundesgerichtshof, T. 21.01.1991, NJW 1991, 1418, aktaran Remien, s. 212.

⁷⁶² *Nomer*, **Yabancı Kanun**, s. 144.

⁷⁶³ Corneloup, s. 176; Batiffol / Lagarde, s. 551; Mayer, s. 136; Hartley, s. 282; *Nomer*, **Yabancı Kanun**, s. 146; Nishitani, s. 37; Guttman, s. 97.

⁷⁶⁴ Batiffol / Lagarde, s. 554; Guttman, s. 97; Mayer, s. 136; Corneloup, s. 178; *Nomer*, **Yabancı Kanun**, s. 147; Nishitani, s. 39.

⁷⁶⁵ Mayer, s. 136; *Nomer*, **Yabancı Kanun**, s. 146.

⁷⁶⁶ Corneloup, s. 178; Nishitani, s. 39.

Doktrinde savunulan bir diğer gerekçe ise Yüksek Mahkemenin uzmanlık alanının Fransız hukukuyla sınırlı olması karşısında, yabancı hukuka dair gerçekleştirilecek incelemelerde yapılabilecek olası hataların Mahkemenin itibarını zedeleyebilecek olmasıdır⁷⁶⁷.

Ancak Alman hukukuna benzer bir şekilde, yabancı hukukun uygulanmasını katı bir şekilde temyiz denetimi dışında bırakmanın doğurabileceği sorunlar karşısında, Fransa’da da bu kurala bazı istisnalar getirilmiştir. Bu istisnaların teorik olmaktan ziyade, somut olaylar karşısında doğan pratik ihtiyaçların birer sonucu olduğu ifade edilmektedir⁷⁶⁸. Doktrin ve içtihatlar incelendiğinde, iki istisnanın yaygın olarak kabul gördüğü görülmektedir. Bunlardan ilki, yabancı hukukun kendisine yüklenen anlamını bozacak şekilde isabetsiz bir biçimde uygulanmasıdır. Fransızca “*dénaturation*” terimiyle ifade edilen bu istisna, yabancı hukukun ilgili kuralının gerçek anlamını tamamen kaybedecek şekilde hatalı yorumlandığı hallerde uygulama alanı bulmaktadır⁷⁶⁹. Bu istisnanın ancak aşırı derecede isabetsiz yorumların varlığı halinde söz konusu olabildiği ve bu gerekçeye dayanarak verilen bozma kararlarının sayılarının az olduğu ifade edilmektedir⁷⁷⁰. Genel olarak kabul gören diğer istisna ise mahkeme kararının gerekçesiz olmasıdır⁷⁷¹. Bu istisna temelini Fransız mahkemelerinde verilen her kararın Fransız usul hukukunun temel ilkelerine uyacak şekilde alınması gerektiği düşüncesinden almaktadır. Bu doğrultuda, Fransız hâkimi, uygulaması gereken yabancı hukukun ilgili hükümlerini tespit için kullandığı yöntemleri ve bu kuralları ne şekilde yorumladığını gerekçeleriyle ortaya koymalıdır⁷⁷². Örneğin, tarafların ortak kanaatine rağmen yabancı hukuku farklı şekilde yorumlayan ve bunun gerekçesini açık bir şekilde izah etmeyen bir hâkimin bu yaklaşımı, kararın gerekçesiz olması sonucunu doğuracaktır ve bu nedenle temyiz denetimine tabi olacaktır⁷⁷³.

Konuya ilişkin değinilebilecek bir diğer örnek, İsviçre’dir. İsviçre hukukunda bu konu, Federal Mahkemeye İlişkin Kanun’un (*Loi sur le Tribunal fédéral*) 96.

⁷⁶⁷ Corneloup, s. 178; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 146-147.

⁷⁶⁸ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 148.

⁷⁶⁹ Batiffol / Lagarde, s. 556; Mayer, s. 137; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 149-150; Corneloup, s. 177; Hartley, s. 282; Nishitani, s. 37-38; Guttman, s. 98.

⁷⁷⁰ Mayer, s. 137; Corneloup, s. 177; Guttman, s. 98; Hartley, s. 282.

⁷⁷¹ Mayer, s. 138; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 152; Batiffol / Lagarde, s. 557-558; Corneloup, s. 177; Nishitani, s. 38.

⁷⁷² Corneloup, s. 177.

⁷⁷³ Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 152.

maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm, yabancı hukukun uygulandığı kararların temyiz kabiliyeti bakımından ikili bir ayırım yapmaktadır. Bu ayırım, Fransa’da kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında karşımıza çıkan ayrıma benzer bir nitelik taşımakta ve dava konusu olan hakkın niteliğinden kaynaklanmaktadır. Buna göre, malvarlığına ilişkin olmayan davalarda yabancı hukukun yanlış uygulanması bir temyiz sebebiyken, malvarlığına ilişkin davalarda kural olarak verilen mahkeme kararlarının temyiz edilemeyeceği kabul edilmektedir⁷⁷⁴. Öte yandan, tıpkı Almanya ve Fransa’da karşımıza çıktığı üzere, İsviçre’de de bu genel kuralın istisnaları mevcuttur. İlk istisnanın uygulama alanı bulabilmesi, iki şartın birlikte sağlanmasına bağlıdır. Bu istisna, dayanağını İsviçre Anayasası’nın 9. maddesinde bulan kararların keyfi olmaması ilkesinde bulmakta ve bu şekilde bu kararların temyiz edilebilmesinin yolunu açmaktadır⁷⁷⁵. Bu yola başvurabilmek için uygulanan yabancı hukuk kuralının tartışmasız bir şekilde hatalı yorumlanmış olması ve uyuşmazlık konusunun değerinin en az 30 bin İsviçre Frangı olması gerekmektedir⁷⁷⁶. Bir diğer istisna ise değeri 30 bin Frangın altında kalan uyuşmazlıklar bakımından söz konusu olmaktadır. Bu yolun kanuni dayanağı, Federal Mahkemeye İlişkin Kanun’un 113. maddesinde düzenlenen tali anayasal başvuru kurumudur (*recours constitutionnel subsidiaire*). Olağan kanun yolları vasıtasıyla Federal Mahkeme’ye taşınamayan, ancak hatalı olduğuna inanılan son derece kanton mahkemesi kararlarına karşı kullanılabilen bir yol olan bu kuruma başvuru için de, bir yabancı hukuk kuralı veya ilkesinin ağır şekilde ihlal edilmesi yahut adalet ve hakkaniyet duygusunun şoke edici şekilde zarar görmesi gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷⁷. Ancak bu yol ile başarıya ulaşma şansının oldukça düşük olduğu ifade edilmektedir⁷⁷⁸. Görüldüğü üzere, bu iki istisna da Fransa’da karşımıza çıkan “*dénaturation*” istisnasına benzemekte ve aşırı derecede hatalı kararların ortaya çıkmasını engellemeyi hedeflemektedir.

Bu konuya ilişkin değinmek istediğimiz son örnek, İngiltere’dir. Az önce değinmiş olduğumuz ülkelerin aksine yabancı hukuku “vakıa” olarak gören İngiltere’de, yabancı hukukun alelade vakıalardan farklı konumu, kendini kanun yolları bakımından da göstermektedir. Alt derece mahkemelerinin alelade vakıalara

⁷⁷⁴ Pretelli / Lalani, s. 382-383; Cashin Ritaine, s. 49.

⁷⁷⁵ Cashin Ritaine, s. 51; Pretelli / Lalani, s. 383.

⁷⁷⁶ Pretelli / Lalani, s. 383; Cashin Ritaine, s. 51.

⁷⁷⁷ Cashin Ritaine, s. 50-51.

⁷⁷⁸ Cashin Ritaine, s. 52.

ilişkin değerlendirmelerinin üst derece mahkemelerince kontrol edilmesine kural olarak mesafeli yaklaştığı ifade edilen İngiliz hukukunda yabancı hukuk kurallarına ilişkin değerlendirmeler üst derece mahkemelerince tetkik edilebilmektedir⁷⁷⁹. Öyle ki yabancı hukukun vakıa niteliğinin, yabancı hukukun uygulandığı uyuşmazlıkların kanun yolları denetimine taşınabilmesi bakımından bir gerekçe olarak ileri sürülmediği dahi ifade edilmektedir⁷⁸⁰.

II. Yabancı Hukukun Anayasaya Aykırılığı

Önüne gelen somut olayda yabancı hukuku uygulaması gereken bir hâkimin karşısına çıkabilecek sorunlardan bir tanesi de uygulanması gereken yabancı hukuk hükmünün anayasaya aykırılığı meselesidir. Bu mesele, hâkimin karşısına söz konusu yabancı hukuk kuralının kendi anayasasına aykırı olması şeklinde çıkabileceği gibi, *lex fori*'nin anayasasına aykırılığı şeklinde de çıkabilir. Çalışmamızın bu kısmında, bu türden durumlarda hâkimlerin ne şekilde hareket etmesi gerektiği meselesi, bu iki durum için ayrı ayrı incelenecektir.

A. Yabancı Hukukun Kendi Anayasasına Aykırılığı

Yabancı bir hukuku uygulayan hâkimin, uyguladığı hukuk kuralının ait olduğu hukuk sisteminin anayasasına aykırı olduğunu tespit etmesi mümkündür. Bu aykırılık, yasayla düzenlenmesi gereken bir konunun yönetmelikle düzenlenmesi gibi şekli bir nedenden kaynaklanabileceği gibi, anayasal temel hak ve özgürlüklere aykırılık gibi maddi bir sebebe de dayanabilir⁷⁸¹. Bu şekilde bir aykırılıkla karşılaşan bir hâkimin izleyeceği yolu tespit ederken, farklı ihtimallere farklı sonuçlar bağlanmalı ve üçlü bir ayrıma gidilmelidir:

(1) Hâkimlerin karşılaşabileceği hallerden ilki, uygulanan hukukta anayasal denetim sisteminin öngörülmemesidir. Bu ihtimalde, yabancı hukuku uygulayan

⁷⁷⁹ Esplugues / Iglesias / Palao / Espinosa / Azcárraga, s. 14; Gruber / Bach, s. 165; Cheshire / North / Fawcett, s. 113; Hausmann, s. 3; Hartley, s. 284; Briggs, s. 10, dn. 12; Nishitani, s. 18-19; Yaşar, s. 110. Bu yönde kararlar için bkz. Parkasho v. Singh [1968] P 233; Bumper Development Corp Ltd v. Commissioner of Police of the Metropolis and others (Union of India and others, claimants) [1991] 1 WLR 1362; Grupo Torras v. Sheikh Fahad Mohammed Al-Sabah [1996] 1 Lloyd's Rep 7 CA (www.lexisnexis.eu).

⁷⁸⁰ Nussbaum, s. 1034; Nomer, **Yabancı Kanun**, s. 126.

⁷⁸¹ Çelikel, s. 213; K. Lipstein, "Proof of Foreign Law: Scrutiny of Its Constitutionality and Validity", **BYIL**, C. 42, 1967, s. 265-270 (**Constitution**), s. 265.

hâkimin de herhangi bir anayasal denetim yapamayacağı doktrinde kabul edilmektedir⁷⁸². Bu kabul, hukuku uygulanan yabancı ülkenin kendi mahkemelerine tanımadığı bir yetkinin, yabancı bir ülke tarafından üstlenilmesinin uygun olmamasıyla açıklanmaktadır⁷⁸³.

(2) Yabancı hukuku uygulayan bir hâkimin karşılaşılabileceği ikinci ihtimal; hukuku uygulanan sistemde anayasal denetimin yalnız Anayasa Mahkemesi gibi bu konuda özelleşmiş bir mahkemenin yetkisinde olması ihtimalidir. Bu halde de kabul gören görüş, yetkili özel mahkeme tarafından söz konusu hukuk kuralının anayasaya aykırı olduğu tespit edilmedikçe, hâkimin bu kuralı uygulamaktan kaçınmayacağı yönündedir⁷⁸⁴. Söz konusu özel yetkili mahkeme tarafından bu yönde bir karar verilmeden yabancı bir ülke mahkemesinin ilgili kuralın anayasal denetimini yapması, o ülkenin yasama organının yetkisine tecavüz etme şeklinde algılanmakta ve bu nedenle de kabul edilmemektedir⁷⁸⁵. Dolayısıyla, yabancı hukuku uygulayan yerel mahkemeler, kendilerini yabancı Anayasa Mahkemesi'nin yerine koymamalı ve önündeki uyuşmazlığı yürürlükte bulunan yabancı hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturmalıdır.

Bu ihtimalde anayasal denetimin gerçekleşebilmesi, ancak hukuku uygulanacak ülkenin Anayasa Mahkemesi'ne yabancı mahkemelerin başvurabilmesine olanak tanınması halinde söz konusu olabilirdi⁷⁸⁶. Ancak bu yönde yapılacak başvurular büyük ihtimalle herhangi bir sonuç doğurmayacaktır⁷⁸⁷.

(3) Bu çerçevede karşılaşılabilecek son ihtimal ise hukuku uygulanan sistemde özelleşmiş mahkeme dışında, yerel mahkemelerin de anayasaya uygunluk denetimi yapabilmesi ihtimalidir. Örneğin, ABD bu anlayışı izleyen ülkelerden bir tanesidir. Bu ihtimale ilişkin olarak iki farklı görüş kabul edildiği görülmektedir. Bir

⁷⁸² Lipstein, **Constitution**, s. 267; Çelikel, s. 213; Aybay, s. 144; Maik Martin, "Constitutional Review of Foreign Law in English and German Courts – A Comparative Study", **Oxford University Comparative Law Forum**, S. 5, 2002, <https://ouclf.iuscomp.org/constitutional-review-of-foreign-law-in-english-and-german-courts-a-comparative-study/#fn81anc> (Erişim Tarihi: 18.03.2018), 90. ve 91. dn arası.

⁷⁸³ Aybay, s. 144.

⁷⁸⁴ Lipstein, **Constitution**, s. 266-267; Çelikel, s. 213; Çelikel / Erdem, s. 177; Remien, s. 207; Yaşar, s. 96.

⁷⁸⁵ Çelikel, s. 213.

⁷⁸⁶ Lipstein, **Constitution**, s. 268; Remien, s. 206; Aybay, s. 144; Yaşar, s. 96; Martin, 90. ve 91. dn. arası.

⁷⁸⁷ Aybay, s. 144; Remien, s. 206.

görüş, bu ihtimalde de anayasaya uygunluk denetiminin hukukiden çok siyasi bir faaliyet teşkil ettiğini ve bu nedenle bu şekilde bir denetim gerçekleştirmenin bu ülkenin kanun koyucusunun yetkilerini gasp etme anlamına geleceğini belirterek, bu ihtimalin de reddedilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷⁸⁸. Katıldığımız ve Türk doktrininde de kabul gören diğer görüşün vardığı sonuç ise ilk iki senaryonun aksine olumludur. Gerçekten de bu görüşe göre, bu ihtimalde yabancı mahkemeler de uyguladıkları hukuk kuralının bağlı bulunduğu anayasaya uygunluğunu denetleyebilmelidir⁷⁸⁹.

Bu denetimin bahsettiğimiz şartlar altında gerçekleştirilebileceği kabul edilirse, bu faaliyet esnasında hâkimlerce göz önünde bulundurulması gereken birtakım ilkeler olduğu kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, ilk olarak yabancı hukuku uygulayan bir hâkimin, anayasaya uygunluk denetimini gerçekleştirirken de o yabancı hukukun anlayışı doğrultusunda hareket etmeye devam etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, yabancı hukuk kuralı kendi hukuk sisteminde hangi nedenlerle uygulanmayacaksa, uygulama alanı bulduğu diğer ülkelerde de yine ancak bu nedenlerle uygulanmamalıdır⁷⁹⁰.

Ayrıca, bu denetimi gerçekleştirecek hâkimlerin uygulanan hukukun ilgili hükmünün kendi ülkesinde ne şekilde kabul gördüğünü de dikkate almaları gerekmektedir. Dolayısıyla, uygulanan hukuk kuralının ait olduğu hukuk sisteminde söz konusu yabancı hukuk kuralının anayasaya aykırı olmadığı yönünde yerleşik bir kanaat varsa, *forum* hâkiminin de farklı bir sonuca varmaması gerekir⁷⁹¹. Örneğin, yabancı ülke Anayasa Mahkemesi'nce anayasaya aykırı olmadığı tespit edilmiş veya o ülkenin temyiz mahkemesince uygulanmış ve anayasaya uygunluğu konusunda şüphe uyandırmamış olan düzenlemelerin anayasaya aykırı olmadıkları sonucuna varmak daha uygun olacaktır⁷⁹².

⁷⁸⁸ Batiffol / Lagarde, s. 547; Nussbaum, s. 1032. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Lipstein, **Constitution**, s. 266. Lipstein'a göre, bu görüş, evrensel bir anlayış değildir ve anayasaya uygunluk denetimi siyasi değil, hukuki bir faaliyet olarak görülmelidir.

⁷⁸⁹ Lipstein, **Constitution**, s. 267; Çelikel, s. 214; Aybay, s. 144; Çelikel / Erdem, s. 177; Nomer, **DHH**, s. 199; Yaşar, s. 96.

⁷⁹⁰ Çelikel, s. 214.

⁷⁹¹ Lipstein, **Constitution**, s. 267.

⁷⁹² Lipstein, **Constitution**, s. 267-268.

Türk mahkeme uygulamasında bu yönde bir karara henüz rastlanmamıştır. Karşılaştırmalı hukukta da bu hususun çok karşılaşılan bir mesele olmadığı ifade edilmektedir⁷⁹³. Öte yandan, karşımıza çıkan az sayıda karardan bir tanesi olan 1955 tarihli *Anglo-Iranian Oil Co. Ltd. v. Societa SUPOR* kararında Roma mahkemesi İran'ın devletleştirme işleminin İran Anayasası'na uygunluğunu denetlemiş ve herhangi bir aykırılık olmadığına hükmetmiştir⁷⁹⁴. *Re Amand* kararında ise 2. Dünya Savaşı sırasında sürgünde olan Hollanda hükümeti tarafından çıkarılmış bir kararnameyi önündeki somut olaya uygulayacak olan İngiliz mahkemesi, öncelikle kararnamenin Hollanda Anayasasına uygunluğunu denetlemiş ve sonucunda da aykırılık bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır⁷⁹⁵.

B. Yabancı Hukukun *Lex Fori*'nin Anayasasına Aykırılığı

Önündeki uyuşmazlığa yabancı bir hukuku uygulaması gereken hâkimin, uyguladığı yabancı hukuk kuralının *lex fori*'nin anayasasına aykırı olması da mümkündür. Bu durum genel olarak yabancı hukukun anayasal temel hak ve özgürlüklere aykırı olması şeklinde ve özellikle de aile hukuku alanında karşımıza çıkabilir⁷⁹⁶. Irk veya din farklılığı gerekçesiyle konulan evlilik yasakları, boşanma yasağı, kadın-erkek eşitliğini zedeleyen düzenlemeler, bu türden düzenlemelere örnek olarak verilebilir⁷⁹⁷.

Bu konu, özellikle Alman hukukunda üzerinde önemle durulan bir mesele olmuştur⁷⁹⁸. Almanya'da hâkim olan görüşe göre anayasada teminat altına alınan hak ve hürriyetler ancak *lex fori* uygulandığı ölçüde dikkate alınabilir ve bu nedenle de kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yabancı bir hukuk yetkili ise *lex fori* anayasasının hükümleri doğrudan dikkate alınamayacaktır⁷⁹⁹. Hiç şüphesiz bu görüşe göre de anayasal hak ve özgürlükler, yabancı hukukun uygulandığı hallerde tamamen dışlanmamaktadır. Bu görüşe göre, uygulanan yabancı hukukun somut olayda anayasal temel hak ve özgürlükler bakımından kabul edilemez sonuçlar doğurması

⁷⁹³ Lipstein, *Constitution*, s. 268.

⁷⁹⁴ *Anglo-Iranian Oil Co. Ltd. v. Societa SUPOR*, *AJIL*, C. 49, S. 2, 1955, s. 259-261.

⁷⁹⁵ *Re Amand* [1942] 1 All ER 236 (www.lexisnexis.eu).

⁷⁹⁶ Çelikel, s. 212; Ergin Nomer, "Anayasa ve Yabancı Kanun", **Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye Armağan**, Ankara, 1977, s. 549-565 (*Anayasa*), s. 549.

⁷⁹⁷ Bu yönde örnekler için bkz. Çelikel, s. 212; Nomer, *Anayasa*, s. 549.

⁷⁹⁸ Alman hukukunda bu konunun tarihi gelişimi için bkz. Nomer, *Anayasa*, s. 553-563; Şirin, s. 371-378.

⁷⁹⁹ Nomer, *Anayasa*, s. 553; Çelikel, s. 215.

halinde, yabancı hukukun bu sonucu doğuran hükümlerinin kamu düzeni müdahalesi yoluyla uygulanmasına engel olunabilecektir⁸⁰⁰. Alman Federal Mahkemesi içtihatları da dâhil olmak üzere, Alman yargı kararlarında genel olarak kabul gören görüşün 1971 tarihli *İspanyol* kararına⁸⁰¹ kadar bu yönde olduğu ifade edilmektedir⁸⁰².

Bu görüşe cevaben *Wengler*'in önderliğini yaptığı diğer görüş, anayasal temel hak ve özgürlüklerin kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı bir hukuku yetkilendirdiği hallerde de doğrudan etkili olacağını kabul etmektedir⁸⁰³. Bu görüşe göre, anayasal temel hak ve özgürlükler yalnızca kanun koyucuya değil, aynı zamanda yargı makamlarına da hitap etmektedir ve bunlar için de bağlayıcıdır⁸⁰⁴. Bu nedenle mahkemeler önlerine gelen her olayda anayasanın üstünlüğünü gözetmeli ve kararlarını verirken anayasayı göz önünde bulundurmalıdırlar. Ayrıca, temel hakların geçerliliği doğrudan kendilerine çizdikleri çerçeve doğrultusunda söz konusu olmalıdır ve bu kapsamı tespit yetkisi, hiçbir şekilde kanunlar ihtilafı kurallarına bırakılamaz⁸⁰⁵. Dolayısıyla uygulanan hukuk yabancı bir hukuk dahi olsa, hâkimin uyguladığı kuralların anayasal düzene aykırı sonuçlar yaratması halinde bu aykırılığın tespit edilmesi şarttır⁸⁰⁶. Alman Anayasa Mahkemesi de 1971 tarihli *İspanyol* kararında bu görüşe katılmıştır⁸⁰⁷.

⁸⁰⁰ Nomer, **Anayasa**, s. 555.

⁸⁰¹ 31 BVerfGE 58, 04.05.1971. Kararın İngilizce özetini için bkz. Friedrich K. Juenger, "The German Constitutional Court and the Conflict of Laws", **AJIL**, C. 20, S. 2, 1972, s. 290-292.

⁸⁰² Nomer, **Anayasa**, s. 555; Şirin, s. 371-372.

⁸⁰³ Şirin, s. 377; Nomer, **Anayasa**, s. 556.

⁸⁰⁴ Nomer, **Anayasa**, s. 556-557; Şirin, s. 377.

⁸⁰⁵ Nomer, **Anayasa**, s. 558; Çelikel, s. 216; Şirin, s. 376.

⁸⁰⁶ Şirin, s. 377.

⁸⁰⁷ Bu karara konu olayda İspanyol bir erkek ile boşanmış bir Alman kadın, Almanya'da evlenmeyi arzu etmektedirler. Alman hukukunun o dönem yürürlükte olan hükümlerine göre boşanmış kişilerin yeniden evlenme amacıyla yapacakları başvurularda, yetkili makamdan boşanmalarında herhangi bir engel bulunmadığı yönünde belge ibraz etmeleri gerekmektedir. Kişinin vatandaşı olduğu devletten bu şekilde bir belge temin etmesi mümkün değilse, bu görevi Almanya'da evliliğin gerçekleşeceği yerdeki istinaf mahkemeleri (*Oberlandesgericht*) gerçekleştirmektedir. Karara konu olayda da İspanyol erkek, bu ikinci imkânı kullanarak Almanya'da Hamm mahkemesinden bu yönde bir belge almayı talep etmiştir. Alman kanunlar ihtilafı kurallarına göre tarafların evlenme ehliyeti, her bir eşin milli hukukuna göre tespit edilmekte olduğundan; Alman hâkimi İspanyol başvurusunun başvurusuna kişinin milli hukuku olan İspanyol hukukunu uygulamıştır. Ancak o dönem yürürlükte olan İspanyol hukukuna göre boşanmış kişiler yeniden evlenememektedir. Bu nedenle bu başvuru, ortada çift taraflı bir evlenme engeli bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurunun reddi nedeniyle evlenemeyen İspanyol erkek, bu ret kararı sonrası olayı yargıya taşımış ve konu en nihayetinde bireysel başvuru yoluyla Alman Federal Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da güvence altına alınan evlenme hakkının, hakkın özüne zarar verecek derecede ihlal edildiği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir (Juenger, s. 290-298).

Bu karardan hareketle konunun Alman doktrininde yarattığı ilgi, Türk hukukunda da bu konunun dikkat çekmesini sağlamıştır. Türk doktrininde bu konuya ilişkin olarak bahsi geçen iki görüş de taraftar toplamıştır. Bir görüş, Alman hukukundaki hâkim görüşe katılarak, kanunlar ihtilafı kuralların yabancı bir hukuku işaret etmesi halinde artık *lex fori*'nin anayasasının doğrudan uygulanmasının söz konusu olamayacağını ve anayasaya aykırı nitelikteki yabancı hukuk kurallarının kamu düzeni müdahalesi yoluyla uygulanmalarına engel olunabileceğini savunmaktadır⁸⁰⁸.

Alman Federal Mahkemesi'nin katıldığı ve Alman hukukunda azınlıkta kaldığını ifade ettiğimiz görüş ise Türk doktrininde daha fazla taraftar toplamıştır⁸⁰⁹. Bu ikinci yorumu kabul eden görüşün aksi görüşe yönelik olarak getirdiği temel eleştiri, kamu düzenine aykırılık ile anayasaya aykırılık hallerinin her durumda birbirleriyle aynı anlama gelmeyeceği yönündedir⁸¹⁰. Dolayısıyla bu görüşe göre, kimi durumlarda yabancı hukukun uygulanması yalnız kamu düzenine veya yalnız anayasaya aykırılık teşkil edebilir⁸¹¹. Bu görüşe göre, kamu düzeni müdahalesi yoluyla temel hak ve özgürlüklerin denetiminin yapılması, ancak bu iki hususun bir arada bulunduğu örnekler bakımından geçerlidir. Yabancı hukuk kuralının, *lex fori*'nin anayasası yanında kamu düzenini de ihlal etmesi halinde kamu düzeni müdahalesi devreye girecek ve söz konusu yabancı hukuk kuralı uygulanmayacaktır⁸¹². Bu ihtimalde anayasa yargısı tekniklerini değerlendirmeye ihtiyaç bulunmamaktadır⁸¹³. Ancak anayasaya aykırı olsa bile kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyen hallerde bu yolun izlenmesi mümkün olmamalıdır. Bu

⁸⁰⁸ Bu yönde bkz. Nomer, **Anayasa**, s. 565. Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe de kamu düzenine aykırılık sebebiyle yabancı hukukun uygulanması mahkemeler düzeyinde engellendiğinden, yabancı hukukun *lex fori*'nin anayasasına aykırılığı sonucunun uluslararası karakterli davalarda kural olarak gündeme gelmeyeceğini belirtmektedir (Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 70, dn. 129). Doğan'a göre de "*Anayasa'da kabul edilmiş olan temel hak ve hürriyetlere aykırılığın kamu düzenine de aykırılık teşkil edeceğinde şüphe yoktur*" (Doğan, s. 224).

⁸⁰⁹ Bu yönde bkz. Çelikel, s. 218; Aybay, s. 143; Şirin, s. 377-378; Yaşar, s. 106.

⁸¹⁰ Çelikel, s. 211; Aybay, s. 141; Şirin, s. 374; Yaşar, s. 105.

⁸¹¹ Bu görüşe katılan yazarlara göre kamu düzenine aykırılık ve anayasaya aykırılık kavramları arasındaki farklar için bkz. Çelikel, s. 211-212; Aybay, s. 140-141; Şirin, s. 374. Bu görüşe katılan yazarlardan olan Aybay, bu konuya ilişkin olarak şu örneği vermektedir: "*Bir kimsenin yeğeniyle evlenmesine olanak veren ülkeler vardır. Oysa; Türk MK m. 129/1'e göre yeğenle evlilik yasaktır ve bu yasağın, Türk toplumunun değer yargıları içindeki yeri, kamu düzenini ilgilendiren bir güçtedir. (...) Ancak, konumuz açısından önemli olan nokta, yeğenle evlenmeye olanak veren ve Türk kamu düzenine aykırı olan yabancı düzenlemenin, Türk hukuku açısından teknik anlamda bir anayasaya aykırılık sorunu oluşturmamasıdır*" (Aybay, s. 141).

⁸¹² Tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasına engel olan mekanizmalardan bir tanesi olan kamu düzeni müdahalesi, aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, III, B. Kamu Düzenine Aykırılık.

⁸¹³ Aybay, s. 141; Yaşar, s. 105.

durumda, kamu düzeni müdahalesinin kapsamını anayasaya aykırılık hallerini de kapsayacak şekilde genişletmek kamu düzeni ve anayasaya aykırılık kurumları arasındaki kavramsal farkı yok saymak anlamına gelecektir ve bu yüzden de isabetsizdir⁸¹⁴.

Kanımızca bu tartışmada iki görüşün de haklı olduğu yanlar bulunmaktadır. Zira anayasalar, gerçekten de bir ülkedeki hukuk sisteminin en tepesinde yer alan ve o hukuk sistemine meşruiyetini kazandıran normlar olduklarına göre, hâkimlerin her türlü faaliyetlerinde bağlı bulundukları anayasayı göz önünde bulundurmaları gerekmektedir⁸¹⁵. Bu doğrultuda, bir uyuşmazlıkta yabancı bir hukuku uygulaması gereken bir hâkimin, aynı zamanda kendi anayasa hükümlerini de muhakkak dikkate alması gerekecektir⁸¹⁶. Ancak bu durum, kamu düzeni müdahalesinin anayasaya aykırılık denetimini gerçekleştirmek için yeterli bir araç olduğu gerçeğini kanımızca değiştirmeyecektir. Zira aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı üzere, kamu düzeni müdahalesi, somut olayda uygulama alanı bulan yabancı hukuk kuralının *lex fori*'nin hukuk anlayışı bakımından kabul edilemez sonuçlar doğurması halinde, bu sonuçların doğmasına engel olma işlevini görmektedir. Hiç şüphe yok ki bir ülkenin anayasal düzeyde gördüğü temel hak ve özgürlüklerine aykırılık teşkil eden bir mesele, o ülkenin kamu düzenine de aykırı olacaktır. Yargıtay'ın 2012'de verdiği İçtihadı Birleştirme Kararında da açık bir şekilde "*Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere*" aykırılığın kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği kabul edilmiştir⁸¹⁷. Ayrıca, milletlerarası özel hukukta taşıdığı anlam bakımından kamu düzeni, iç hukukta taşıdığından daha farklı bir anlama sahiptir ve bu nedenle iç hukuk bakımından kamu düzenine aykırılık ile anayasaya aykırılık kavramları arasında yer alan farklar, milletlerarası özel hukuk bakımından önem taşımaz. Aksine, anayasaya uygunluk denetimin kamu düzeni müdahalesi yoluyla yapılması, yabancı hukukun ilgili hükmünün bir bütün olarak kenara bırakılması yerine sadece kabul edilemez nitelikteki sonucun doğmasına engel olarak milletlerarası özel hukukun hedefleri bakımından daha sağlıklı bir çözüm teşkil edecektir⁸¹⁸.

⁸¹⁴ Şirin, s. 374.

⁸¹⁵ Şirin, s. 377.

⁸¹⁶ Şirin, s. 377-378.

⁸¹⁷ Yargıtay İBBGK E. 2010/1, T. 2012/1, T. 10.02.2012 (www.kazanci.com).

⁸¹⁸ Nomer, **Anayasa**, s. 555.

Öte yandan, anayasaya aykırılık sorununun kamu düzeninden ayrı düşünülmesi gereken bir mesele olduğu ve bu sorunun kamu düzeni müdahalesi yoluyla çözümlenemeyeceği yönündeki Türk hukukunda hâkim olan görüş kabul edilirse, ortaya çözümlenmesi gereken yeni bir sorun çıkmaktadır. Zira anayasaya uygunluk denetimi, Türk hukukunun da aralarında olduğu bazı ülkelerde yalnızca uzmanlaşmış mahkemelerin tekelinde olan bir faaliyettir⁸¹⁹. Bu şekilde bir teşkilatlanmaya sahip bir sistemde yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzeni müdahalesini gerektirmediği, ancak yine de *lex fori* anayasasına aykırılık teşkil ettiği bir durumda hâkim ne şekilde hareket etmelidir? Anayasa uygunluk denetimi yapma yetkisini haiz Anayasa Mahkemeleri, uygulanacak yabancı hukuk kuralının *lex fori*'nin anayasasına aykırılığı iddiasını inceleyebilirler mi? Türk hukuku bakımından bu konuda net bir cevap vermek mümkün görünmemektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu tartışma, esasen somut norm denetimi bakımından söz konusudur. Zira yabancı hukuk kurallarının soyut norm denetimine tabi tutulması ihtimali, egemen bir devletin yasama faaliyetine müdahale anlamına geleceğinden oybirliğiyle reddedilmektedir⁸²⁰.

Peki yabancı hukuk kurallarının Türk Anayasası'na uygunluğunun denetleneceği somut norm denetimi ne şekilde gerçekleştirilecektir? Somut norm denetiminin yabancı hukuk kuralları bakımından uygulanıp uygulanamayacağı konusunun tespiti için ilk olarak Anayasa'da bu konunun düzenlenme şekline bakılmalıdır. Anayasa m. 152/1, şu şekilde düzenlenmiştir: “*Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır*”. Hükümde yer alan “kanunlar” ifadesinin yabancı kanunları da kapsayıp kapsamadığı belirsizdir. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'da da bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

1992 Anayasası uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi kapsamında verebileceği kararlar, yalnızca iptal veya ret kararıdır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin yabancı bir hukuk kuralını denetlediği ve 1982

⁸¹⁹ Şirin, s. 378.

⁸²⁰ Çelikel, s. 223; Aybay, s. 143; Şirin, s. 378-379.

Anayasasına aykırı olduğuna kanaat getirdiği ihtimalde verebileceği tek karar, iptal kararı olabilir. Ancak tıpkı soyut norm denetiminde olduğu gibi, yabancı hukuk kuralları hakkında somut norm denetimi yolunda iptal kararı verilebilmesi de bu kuralların devletlerin egemenliğinden kaynaklanmalarından hareketle mümkün görülmemektedir⁸²¹. 1961 Anayasası'nda bulunan iki düzenleme, 1982 Anayasası'nın aksine yabancı hukuk kurallarının Anayasa Mahkemesi'nce denetimine olanak tanıyabilecek nitelikteydi. Bunlardan ilki, Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi yoluyla bir kanun hükmünün anayasa aykırılığı iddiası konusunda altı ay içerisinde karar vermemesi halinde, yerel mahkemenin Anayasaya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümleyebilmesi yönündeki hükümdür (m.151/son)⁸²². Yerel mahkemelerin bu hüküm uyarınca verecekleri kararlar, sadece somut uyuşmazlıkla sınırlı etki doğurmaktaydı. Konuyla ilgili diğer düzenleme ise m. 152/4 hükmüydü. Buna göre, doğrudan Anayasa Mahkemesi de somut norm denetimi çerçevesinde vereceği aykırılık kararlarının, olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı nitelikte olacağına karar verebilmekteydi⁸²³.

Bu iki düzenlemenin 1982 Anayasası'nda yer almaması karşısında, doktrinde bu konuya ilişkin olarak getirilen birtakım önerilerin öne çıktığı görülmektedir. Bunlardan ilki, anayasaya uygun yorum yöntemlerinden birisi olan yorumlu ret yöntemidir⁸²⁴. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, yabancı hukuk kuralının anayasaya aykırı olduğunu tespit edecek, ancak bu kuralı iptal etme yetkisi olmadığını belirterek davayı reddedecektir. Ancak yerel mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesine dayanarak söz konusu yabancı hukuk kuralını önündeki somut uyuşmazlıkta uygulamayacaktır⁸²⁵. Dile getirilen bir diğer öneri ise Anayasa

⁸²¹ Çelikel, s. 221; Aybay, s. 143; Yaşar, s. 105. Aksi yönde bkz. Şirin, s. 381-382. *Şirin*'e göre, bu ihtimal yok sayılmamalıdır. Yazara göre, Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek bir iptal kararı Resmî Gazete'de yayımlanması sonrası söz konusu yabancı hukuk kuralının Türkiye'deki yürürlüğünü ortadan kaldıracaktır.

⁸²² 1982 Anayasası'nda ise hem bahsi geçen süre beş aya indirilmiştir, hem de inceleme süresi içinde Anayasa Mahkemesi'nce herhangi bir karar verilmezse mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılacağı kabul edilmiştir (m. 152/3).

⁸²³ 1982 Anayasası'nda bu imkân tamamen kaldırılmıştır. Ancak *Teziç*'e göre, bu imkânın kaldırılmış olması, yasaklanmış olduğu anlamına gelmemektedir. Bu görüş için bkz. Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, 2012, s. 255, dn. 192.

⁸²⁴ Bu yöntemle dair bilgi için bkz. İsmail Yüksel, **Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı**, Ankara, 2013.

⁸²⁵ Çelikel, s. 223; Şirin, s. 382. Anayasa Mahkemesi'nin bu yola başvurduğu kararlardan belki de en bilineni, kamuoyunda "türban kararı" olarak bilinen karardır. Bu karara konu davada Anayasa Mahkemesi, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na "Ek Madde 17" olarak eklenen "*Yürürlükteki kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; yükseköğretim kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir*" hükmünün iptali yönündeki talebe ilişkin bir inceleme yapmıştır. Mahkeme, konuya ilişkin olarak

Mahkemesi'nin, aynı 1961 Anayasası döneminde olduğu gibi, somut olayla sınırlı karar verebileceğini kabul etmektir⁸²⁶. Bu şekilde Anayasa Mahkemesi, ilgili hukuk kuralını sevk eden yabancı ülkenin egemenliğine herhangi bir saldırıda bulunmaksızın, uygulanacak yabancı hukuk kuralının yalnız somut olay özelinde uygulanmasının Türk Anayasası'na aykırılık teşkil ettiğine ve bu nedenle de uygulanmaması gerektiğine hükmedebilecektir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nce bu denetimin yapılabileceğinin kabul edildiği ihtimalde, mevzuatımızda artık bahsi geçen bu iki yöntemden çok daha elverişli bir imkân mevcuttur. Bu da 2010 anayasa değişikliği sonrası Türk anayasa hukukuna giren anayasa şikâyeti (bireysel başvuru) kurumudur⁸²⁷. Anayasa şikâyeti kurumu sayesinde anayasal temel hak ve özgürlüklerinin kamu gücü tarafından ihlal edildiğini düşünen herkes, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilmektedir. Bir başka deyişle, yabancı hukukun uygulandığı bir uyuşmazlıkta söz konusu yabancı hukukun Türk anayasasına aykırılığı nedeniyle zarar gördüğünü düşünen bir kişi, bu uyuşmazlığı Anayasa Mahkemesi'ne taşıyabilecektir⁸²⁸.

Şirin'e göre bu sistem, yukarıda anılan değişikliklere gerek kalmadan Anayasa Mahkemesi'nin yabancı hukuk kurallarının Türk Anayasası'na uygunluk denetimi bakımından yetkili kılınması için önemli bir imkân teşkil etmektedir⁸²⁹. Zira anayasa şikâyeti, zaten yapısı gereği dava konusu olayla sınırlı karar verme yetkisi veren bir sistem öngörmektedir⁸³⁰. Bu yöntem hem Anayasa Mahkemesi'nden kanun veya anayasada kendisine tanınmamış bir yetkiyi kullanmasını istemek sonucu doğurmayacaktır, hem de yabancı hukukun Türk anayasasına uygunluğunun doğrudan Türk hukuku bakımından anayasal denetim görevini yürütmekte görevlendirilen Anayasa Mahkemesi tarafından yürütülmesine imkân tanıyacaktır.

daha önce vermiş olduğu ve yükseköğrenim kurumlarında başörtüsü kullanımını serbest bırakan kanun hükmünü iptal ettiği kararına atıf yaparak, iptali istenen hükmün bu doğrultuda yorumlanması gerektiğini ifade etmiş ve davayı reddetmiştir. Söz konusu karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1990/36, K. 1991/8, T. 09.04.1991 (www.kazanci.com).

⁸²⁶ Teziç, s. 255, dn. 192; Çelikel, s. 223; Yaşar, s. 106. Bu sonuç için Anayasa Mahkemesi'nin kendisine içtihat yoluyla yetki tanıyabileceği gerektiği yönündeki benzer görüş için bkz. Aybay, s. 143.

⁸²⁷ Anayasa şikâyeti kurumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ece Göztepe, **Anayasa Şikâyeti**, Ankara, 1998.

⁸²⁸ Şirin, s. 378; Yaşar, s. 105, dn. 159.

⁸²⁹ Şirin, s. 388.

⁸³⁰ Şirin, s. 388.

Belirtmek gerekir ki anayasa şikâyeti yolu, Anayasa Mahkemesi'nin somut norm denetimi yoluyla yabancı hukuk kurallarının Türk Anayasası'na uygunluğunu denetleyemeyeceği yönündeki görüşümüz bakımından da önemini korumaktadır. Zira kamu düzeni müdahalesinin anayasaya uygunluk denetimi için yeterli bir araç olduğunun kabulü halinde de, Türk Anayasası'na aykırı olmasına karşın kamu düzeni müdahalesi yoluyla uygulanmasına engel olunmamış bir yabancı hukuk kuralının uygulandığı bir davanın da anayasa şikâyeti yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmesi mümkündür. Tıpkı aksi görüşün dile getirdiği gibi, bu ihtimalde de Anayasa Mahkemesi'nin somut olayda uygulanan yabancı hukuk kuralının Türk Anayasası'na aykırılığını tespit etmesi mümkün görülmelidir. Ancak kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin bu yöndeki kararı sonrası uzman mahkemenin atması gereken adım, anayasaya aykırı olduğu tespit edilen yabancı hukuk kuralını kamu düzeni müdahalesi yoluyla uygulamamak olmalıdır.

III. Yabancı Hukukun Uygulanmasına Engel Teşkil Eden Mekanizmalar

Yabancılık unsuru barındıran özel hukuk uyuşmazlıklarında genel kuralın, bunların söz konusu uyuşmazlıkla en irtibatlı hukuka göre çözüme kavuşturulmaları olduğu açıklanmıştı. Ancak bu kural, mutlak bir uygulama alanına sahip değildir. Bazı hallerde yabancı hukukun uygulanmasından mahkemece vazgeçilmektedir. Bu hallerden ilki, usul hukukuna ilişkin meselelerde *lex fori*'nin uygulanmasını öngören kuraldır. Diğer ikisi ise maddi hukuka ilişkin haller olup; şartlarının oluşması halinde uyuşmazlıkla en irtibatlı olduğu tespit edilen yabancı hukukun uygulanmasına engel olan kamu düzeni müdahalesi ve doğrudan uygulanan kurallardır.

A. Usule İlişkin Meselelerde *Lex Fori*'nin Uygulanması

Yabancı hukukun uygulanmasına etki eden mekanizmaların başında usul hukukuna ilişkin meseleler gelmektedir. Zira yabancılık unsuru barındıran özel hukuk uyuşmazlıklarının görüldüğü yargılamaların tabi olacağı usul, davanın esasından farklı olarak, *lex fori*'ye tabidir⁸³¹. Tarafların haklarına ilişkin olan davanın esasından farklı olarak, söz konusu davanın ne şekilde işleyeceğine ilişkin olan

⁸³¹ Dicey / Morris, s. 169; Cheshire / North / Fawcett, s. 75; O'Brien, s. 113; Çelikel / Erdem, s. 481; Nomer, DHH, s. 392; Ekşi, *Yabancı Hukuk*, s. 54; Doğan, s. 25; Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, İstanbul, 2016, s. 174.

kısmını ifade eden usul hukukuna ilişkin meseleler, uyuşmazlıkla en yakın irtibatlı hukuka değil, *lex fori*'ye göre çözüme kavuşturulmaktadır.

Bu durum, her şeyden önce işin niteliğinin bunu gerektirmesiyle açıklanmaktadır. Zira bir ülkede yürütülen yargılama faaliyeti maddi gerçekliğe ulaşılmasını hedeflemekte olduğundan; farklı bir hukuka göre yargılama yapmasını haklı çıkaracak herhangi bir neden söz konusu olamaz⁸³². Usule ilişkin meselelerin *lex fori*'ye göre yürütülmesi, usulün bir bütün olarak belirli bir hukuk sistemi içerisinde yürütülmesi zorunluluğundan kaynaklanmakta ve taraflar bakımından da usul kurallarında birlik sağlanması ihtiyacını karşılamaktadır⁸³³.

Bu uygulamanın altında yatan bir diğer neden, yargılamaya dair kuralların kamu hukuku niteliği taşımasıdır. Buna göre, devletin yargılama faaliyetini nasıl yürüteceğini ortaya koyan medeni usul hukuku kuralları, mahkemelerin ve davaların genel olarak işleyişine ilişkindir ve bu nedenle de kamusal nitelik taşımaktadır⁸³⁴. Bu türden kurallar da tarafların kimliğinden bağımsız olarak tüm davalarda uygulanabilir niteliktedir. Aynı şekilde, devletin yargı faaliyetini ne şekilde yürüteceğini tespit etme yetkisinin devletin ülkesi üzerindeki egemenliğinin bir sonucu olması da, usule ilişkin konuların her daim *lex fori*'ye tabi olmasının bir gerekçesi olarak gösterilmektedir⁸³⁵.

Bu çerçevede önem arz eden bir nokta, hangi konuların usul hukukuna, hangi konuların maddi hukuka ilişkin olduğunun tespiti meselesi olmaktadır. Gerçekten de yargılama sırasında karşılaşılan bir hususun usul hukukuna ait kabul edilmesi, bu hususun mutlak olarak *lex fori*'ye tabi olması sonucunu doğuracakken; maddi hukuka dair olması, davanın esasına uygulanacak hukuka göre çözümlenmesi anlamına gelecektir. Usul ve esas arasında önceden çizilmiş bir sınır da bulunmadığından, bu konuda önceden net bir ayırım yapmak mümkün olamamaktadır⁸³⁶. Bu meselenin çözümü, vasıflandırma faaliyetinde yatmaktadır. O halde bir hususun usul hukukuna mı, yoksa maddi hukuka mı ait olduğu, temelde bir

⁸³² Nomer, **DHH**, s. 392; Şanlı, s. 174.

⁸³³ Nomer, **DHH**, s. 393; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 56.

⁸³⁴ Çelikel / Erdem, s. 482; Nomer, **DHH**, s. 393; Şanlı, s. 174.

⁸³⁵ Çelikel / Erdem, s. 482.

⁸³⁶ Dicey / Morris, s. 170; Cheshire / North / Fawcett, s. 78; O'Brien, s. 25, Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 55-56.

vasıflandırma meselesidir ve her somut olayda ayrıca ele alınarak çözümlenmesi gerekmektedir⁸³⁷.

Bu doğrultuda, görevli ve yetkili mahkemenin tespiti, dava şartları ve ilk itirazların neler olduğu, dava dilekçesinde bulunması zorunlu olan hususlar, yargılamada geçerli olacak olan dil, duruşmanın yürütülme şekli, mahkemelerce verilecek kararların içermesi gereken hususlar, mahkeme kararlarına karşı sahip olunan başvuru yolları gibi yargılamanın ne şekilde yapılacağına ilişkin hususlar usul hukukuna ilişkin meselelerdir ve *lex fori*'ye tabidir⁸³⁸.

İspat hukukunun tabi olacağı kurallar bakımından ise bir ayırım yapılması gerektiği kabul görmektedir. Zira ispat hukukuna ilişkin meseleler ne sadece usul hukukuna ne de maddi hukuka ilişkindir⁸³⁹. Burada önem taşıyan nokta, ispat yükünün diğer ispat hukuku kurallarından farklı niteliğidir. Gerçekten de ispat külfetine ilişkin kuralların, maddi hukuk kaynaklı düzenlemeler olmaları nedeniyle *lex causae*'ya tabi olduğu kabul edilmektedir⁸⁴⁰. Örneğin, bir haksız fiilde zararın oluştuğunu veya bir eser sözleşmesinde işin yapıp teslim edildiğini kimin ispat edeceği hususları, *lex causae*'ya göre çözümlenmelidir. Ancak yargılama sırasında tarafların davranışlarının ispat külfetine etkisi meselesinde durum farklılık göstermektedir. Bu kapsamda değerlendirilebilecek olan delillerin ibrazında gecikme, soru karşısında susma, davaya cevap vermeme gibi hususlara bağlanacak olan sonuçlar, yine genel kurala uygun olarak *lex fori*'ye tabi kabul edilmektedir⁸⁴¹.

İspat yükü dışında yer alan ispat hukukuna ilişkin hususlar ise kural olarak *lex fori*'ye tabidir⁸⁴². Örneğin, iddia ve savunmaların mahkeme nezdinde hangi tür delillerle ispatlanabileceği, delillerin ispat gücü, delillerin toplanma şekli ve burada mahkemenin rolü, *lex fori*'ye göre çözümlenmesi gereken meseleler arasında yer

⁸³⁷ Dicey / Morris, s. 170; Şanlı, s. 175; Çelikel / Erdem, s. 484-485; Nomer, **DHH**, s. 410-411; Doğan, s. 26; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 56.

⁸³⁸ Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 56-57.

⁸³⁹ Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 59.

⁸⁴⁰ Doğan, s. 30; Nomer, **DHH**, s. 402; Alangoya / Yıldırım / Deren Yıldırım, s. 310; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 59. Bu kabulün, Anglosakson geleneğinde tam olarak kabul görmediği ve ispat yükünün de genel olarak *lex fori*'ye tabi görüldüğü belirtilmektedir (Çelikel / Erdem, s. 497; Cheshire / North / Fawcett, s. 89; Dicey / Morris, s. 179).

⁸⁴¹ Nomer, **DHH**, s. 403; Şanlı, s. 177; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 60.

⁸⁴² Dicey / Morris, s. 174-175; O'Brien, s. 119; Cheshire / North / Fawcett, s. 82-83; Çelikel / Erdem, s. 498; Nomer, **DHH**, s. 401; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 58; Şanlı, s. 176; Doğan, s. 28.

almaktadır⁸⁴³. Delillerin *lex fori*'ye tabi olması yönündeki kural genel olarak kabul görmekle beraber, bu konuda da bir istisna getirilmesinde fayda olduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre, yabancı ülkelerde yapılmış olan hukuki işlemlerin, ilgili ülkede geçerli olan ispat vasıtaları ile de ispatlanabileceğinin kabul edilmesi gerekir⁸⁴⁴. Örneğin, Almanya gibi senetle ispat zorunluluğu olmayan bir ülkede yapılmış bir hukuki işlem, bu zorunluluğun bulunduğu Türkiye, İtalya gibi bir ülkede salt senetle ispat zorunluluğuna aykırılık gerekçesiyle ispat gücünden yoksun sayılmamalıdır⁸⁴⁵. Zira taraflardan senetle ispat zorunluluğu bulunmayan bir ülkede gerçekleştirdikleri işlemlerini, ileride doğabilecek uyuşmazlıkların farklı bir ülkede yargıya taşınabileceğini düşünerek senede bağlamalarını beklemek, hayatın olağan akışına uygun bir yaklaşım olmayacaktır⁸⁴⁶. Yargıtay ise benzer bir olayda bu görüşe katılmamış ve yerel mahkemece senetle ispat zorunluluğuna uyulmamasını bozma sebebi saymıştır⁸⁴⁷.

B. Kamu Düzenine Aykırılık

Yabancı hukukun uygulanmasına etki eden bir diğer husus, kamu düzeni müdahalesidir. Kamu düzeni müdahalesinin milletlerarası özel hukuktaki temel işlevi, *for* ülkesinin kamu düzenine aykırı yabancı hukuk kurallarının uygulanmasına engel olmasıdır. Dolayısıyla kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili yabancı

⁸⁴³ Dicey / Morris, s. 175; O'Brien, s. 119-120; Şanlı, s. 176; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 60.

⁸⁴⁴ Şanlı, s. 177. Şanlı'ya göre, Türk hukukunda bu sonuca varılmasını kolaylaştıran bir imkân daha mevcuttur. Yazara göre, HMK'nın 203. maddesinde "*işin niteliğine ve tarafların durumlarına göre senede bağlanmaması teamül olarak yerleşmiş hukuki işlemlerin*" de tanıkla ispatlanabileceği yönündeki hüküm, senetle ispat zorunluluğunun bulunmadığı ülkelerde gerçekleşen hukuki işlemlerin Türkiye'de senede ihtiyaç duyulmaksızın ispatı bakımından da kullanılabilir (Şanlı, s. 178-179).

⁸⁴⁵ Senetle ispat zorunluluğu bulunan Fransa, İtalya ve İsviçre'de de uygulamanın bu yönde olduğu ifade edilmektedir (Şanlı, s. 177).

⁸⁴⁶ Şanlı, s. 177.

⁸⁴⁷ "Davacı, davalılarla arasında kurulduğunu ileri sürdüğü ödünç sözleşmesine dayanmıştır. Mahkemece ödünç sözleşmesinin Federal Almanya'da yapıldığı ve orada bu sözleşmenin varlığının tanıkla ispat edilebileceği nedeniyle dinlenen tanıkların sözleri uyarınca dava kabul edilmiştir. İki Türk vatandaşı arasında Türk Mahkemesi'nde görülmekte olan bu davada, ödünç sözleşmesinin Almanya'da kurulmuş olması nedeniyle tanıkla ispatının mümkün olup olmadığı sorunu Usul Hukukuna ilişkindir ve Türk Milletlerarası Usul Hukuku hükümlerine göre çözümlenmelidir. (...) prensip olarak Milletlerarası Usul Hukukunda uygulanması gereken Kanun daima hakim kendi kanunudur (*Lex fori*). Bu prensip Yargı faaliyetinin kamu hukukuna dahil olmasının ve mahkemenin sadece kendisinin tabi olduğu Usul Hukukunu uygulamakla yetkili kılınmasının sonucudur. (...) O halde olayda iddianın tanıkla ispat edilip edilemeyeceğine ilişkin usul sorunu HUMK.muza göre çözülmek ve karara bağlanmak gerekir. HUMK.nun 288. maddesine ve söz konusu olan ödünç işleminin değerine göre olayda tanık dinlenmesine olanak yoktur. (...) Mahkemenin akdin yapıldığı Federal Almanya Usul Kanununa göre tanık dinlenebileceğinden söz edilerek tanıkları dinlemesi ve sözlerine değer vermesi bu yönden de yasaya aykırıdır ve kabul şekli itibarıyla bozmayı gerektirir". Bkz. Yargıtay 13. HD. E. 1989/4375, K. 1989/7250, T. 12.12.1989 (www.kazanci.com).

hukukun uygulanması, karşılaştırmalı hukukta⁸⁴⁸ kabul gören anlayışa göre *for* ülkesinin “*kamu düzenine aykırı olmama şartına bağlıdır*”⁸⁴⁹.

Kamu düzeni kavramı, aslında milletlerarası özel hukuka has bir kavram değildir. Gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk kapsamında pek çok farklı hukuki metinde kamu düzeni kavramıyla karşılaşmak mümkündür. Ayrıca, kavramın doğrudan ismen anıldığı bu türden örneklerin yanı sıra, maddi hukukta yer alan emredici düzenlemelerin de kamu düzeni düşüncesiyle konuldukları kabul edilmektedir⁸⁵⁰. İç hukuk bakımından bu denli geniş bir kullanım alanına sahip olmakla beraber, kamu düzeni kavramını kapsamlı bir şekilde açıklayacak bir tanım vermek hiç de kolay bir faaliyet değildir⁸⁵¹. Gerçekten de hangi konuların kamu düzenine uygun, hangilerinin aykırı olduğunu önceden tespit etmek pek mümkün değildir.

Kamu düzeni kavramına ilişkin bir tanım önerisi, Yargıtay İBBGK tarafından sunulmuştur. Yargıtay bu kararında kamu düzenini “ *tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar*” olarak tanımlamış; kamu düzenine aykırılık kavramını ise şu şekilde açıklamıştır: “*Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müstereken*

⁸⁴⁸ Öte yandan, İngiliz hukukunda kamu düzeni müdahalesinin, Kıta Avrupası ile karşılaştırıldığında daha az önem atfedilen bir konu olduğu belirtilmektedir. Bu duruma gerekçe olarak, boşanma, ayrılık, velayet, vesayet, evlat edinme ve nafaka yükümlülüğü gibi kişiler ve aile hukukuna ilişkin konularda İngiliz mahkemelerince İngiliz hukukunun uygulanması gösterilmektedir (bkz. yukarıda Birinci Bölüm, II, F, 2. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Tarafların Talebi Üzerine Uygulandığı Sistem). Kıta Avrupası’nda kamu düzeni müdahalesine en sık başvurulanan alanlardan olan aile ve kişiler hukukunun doğrudan İngiliz hukukuna göre çözümlenmesi, İngiliz hukukunda kamu düzenine başvurulması ihtiyacını büyük ölçüde azaltmaktadır (Dicey / Morris, s. 88-89; Nomer, **DHH**, s. 166; Collier, s. 361).

⁸⁴⁹ Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 73.

⁸⁵⁰ Çelikel / Erdem, s. 139; Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, 2001, s. 36; Arda Atakan, “Kamu Düzeni Kavramı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 13, S. 1-2, 2007, s. 59-136, s. 68; Kemal Dayınlı, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, **Yaşar Karayalçın’a Armağan**, Ankara, 1988, s. 653-692, s. 664.

⁸⁵¹ Nomer, **DHH**, s. 165; Çelikel / Erdem, s. 140; Demir Gökyayla, s. 23; Atakan, s. 59; Yılmaz Altuğ / Mustafa Yasan, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, **Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan**, İstanbul, 2003, s. 139-150, s. 142; Sibel Özel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, 2008 (**Tahkim**), s. 173.

benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık"⁸⁵². Kapsamının tamamını yansıtmaya gayesi taşıyan bu tanıma karşın kısa ve öz bir tanım vermek gerekirse, *Çelikel / Erdem*'in yaptığı şu tanım önerilebilir: Kamu düzeni kuralları, "*bir toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kurallardır*"⁸⁵³.

Kamu düzeni kavramı, maddi hukukta da kullanılan bir terim olmakla beraber, milletlerarası özel hukuk bakımından⁸⁵⁴, iç hukuktaki anlamına göre çok daha sınırlı bir kapsama sahiptir⁸⁵⁵. İç hukukta kamu düzenine ilişkin görülerek emredici kurallarla düzenlenen konuların, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi şart değildir. Zira bir yabancı hukuk kuralının *lex fori*'nin emredici kurallara aykırı olması, bu kuralın tek başına milletlerarası özel hukuktaki anlamıyla kamu düzenine aykırı olduğu anlamına⁸⁵⁶ gelmemektedir⁸⁵⁷. Bu kuralın temel gerekçesi, devletlerin birbirlerinden farklı siyasi, sosyal ve ekonomik dinamiklere sahip olması olarak gösterilmektedir⁸⁵⁸. Devletlerin bu farklılıkları karşısında bu dinamiklere göre sevk ettikleri hukuk kurallarının diğer devletlerinkinden farklı olması, gayet normal ve anlaşılabilir bir durumdur. Bu nedenle de bir yabancı hukuk kuralının salt *lex fori*'de yürürlükte olan emredici kurallardan farklı olması, tek başına kamu düzenine aykırılık anlamına gelmemelidir. Bu kuralları sevk eden devletlerin egemen güçler olması, bu farklılıklara saygı duyulması yönündeki fikri daha da pekiştirmektedir⁸⁵⁹.

⁸⁵² Yargıtay İBBGK E. 2010/1, T. 2012/1, T. 10.02.2012 (www.kazanci.com).

⁸⁵³ Çelikel / Erdem, s. 140.

⁸⁵⁴ Milletlerarası özel hukuk ile iç hukukta kamu düzenine farklı anlamlar ve kullanım alanları atfedilmesi, bu iki alanda aynı terimin kullanılmasının ne derece isabetli olduğu konusunda soru işaretlerine yol açmıştır. Doktrinde birtakım yazarlar, milletlerarası özel hukuk bağlamında kamu düzenini ifade etmek için "milletlerarası özel hukukta kamu düzeni" veya "devletler özel hukuku yönünden kamu düzeni" terimlerini kullanmayı teklif etmektedir. Bu yönde bkz. Uluocak, s. 225; Demir Gökyayla, s. 36.

⁸⁵⁵ Cheshire / North / Fawcett, s. 140; Dicey / Morris, s. 88; Mayer, s. 143; Guttmann, s. 102; Çelikel / Erdem, s. 140; Demir Gökyayla, s. 37; Dayınlarlı, s. 663; Akıncı, s. 430; Atakan, s. 64; Yaşar, s. 98.

⁸⁵⁶ İngiliz hukukunda bu durumu örneklemek için sıklıkla verilen örnek İngiliz sözleşme hukuku bakımından esaslı bir kural olan *consideration* (karşılık, ivaz) kavramıdır. İngiliz maddi hukukunda *consideration* içermeyen bir sözleşme geçersiz kabul edilmekte olsa da; yabancı hukuka tabi ilişkilerde bunun bulunmamasının sözleşmelerin geçerli sayılmasının İngiliz kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı ifade edilmektedir (Cheshire / North / Fawcett, s. 140; Dicey / Morris, s. 92).

⁸⁵⁷ Cheshire / North / Fawcett, s. 140; Dicey / Morris, s. 92; O'Brien, s. 167; Guttmann, s. 102; Çelikel / Erdem, s. 140; Nomer, **DHH**, s. 164; Demir Gökyayla, s. 37; Dayınlarlı, s. 663-664; Atakan, s. 64; Yaşar, s. 99; Ahmet Cemal Ruhi / Yavuz Kaplan, "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)", **MHB**, C. 22, S. 2, 2002, s. 643-663, s. 644-645.

⁸⁵⁸ Demir Gökyayla, s. 37; O'Brien, s. 167; Atakan, s. 79.

⁸⁵⁹ O'Brien, s. 167.

Milletlerarası özel hukukta taşıdığı anlam bakımından kamu düzeni kurallarının niteliği doktrinde tartışmalara konu olmuş bir sorun teşkil etmektedir. Kaynağını Fransız *Pillet*'den alan bir görüş, niteliklerine göre kamu düzeninden görülen kuralların, bağlama kuralları gibi olaya doğrudan uygulanması gerektiğini savunmaktaydı⁸⁶⁰. Diğer görüş ise kamu düzeni kurallarının doğrudan olaya uygulanabilir nitelikte kurallar olduğunu kabul etmemiş ve kamu düzeni kavramının yabancı hukukun uygulanmasının bir istisnası olduğunu kabul etmiştir. Öncülüğünü Alman *Savigny* ve Amerikalı *Story*'nin yaptığı bu görüş, kamu menfaatine ilişkin olduğu düşünülen düzenlemelere aykırı olan yabancı hukuk kurallarının kamu düzeni müdahalesi yoluyla uygulanmaması gerektiğini savunmuştur⁸⁶¹. Bu ikinci görüşten hareket eden ve kamu düzeninin istisnai niteliği olduğunu savunan anlayış, bugün çağdaş milletlerarası özel hukuk anlayışlarında genel olarak kabul görmektedir⁸⁶².

Kanımızca kamu düzeni müdahalesinin taşıdığı bu istisnai nitelik, bu kurumu yabancı hukukun uygulanmasına etki eden diğer iki mekanizma olan usul hukuku ve doğrudan uygulanan kurallardan da ayırmaktadır. Zira bu ikili, uygulama alanı buldukları her durumda uygulanmaktayken; kamu düzeni müdahalesi ancak yetkili yabancı hukukun uygulanması sonrası doğan neticenin *for* ülkesinin kamu düzenine aykırı olması halinde söz konusu olmaktadır.

Kamu düzeni kurumun milletlerarası özel hukuktaki işlevi bakımından iki farklı sonucu olduğu kabul edilmektedir. Bu iki sonuç, doktrinde kamu düzeninin “*çifte etkisi*” olarak anılmaktadır⁸⁶³. Bunlar; kamu düzeninin olumlu ve olumsuz etkileridir. Olumsuz etki, *for* ülkesinin kamu düzenine aykırı olan yabancı hukuk kuralının uygulanmaması işlevini görürken; olumlu etki, uygulanmayan bu kuralın yarattığı boşluğun gereken hallerde *lex fori*'nin uygulanması yoluyla doldurulmasını ifade etmektedir⁸⁶⁴. O halde öncelikli olarak kendisini gösteren unsur, olumsuz etki

⁸⁶⁰ Çelikel / Erdem, s. 140; Demir Gökyayla, s. 32; Atakan, s. 70.

⁸⁶¹ Çelikel / Erdem, s. 140; Demir Gökyayla, s. 32; Atakan, s. 71.

⁸⁶² Çelikel / Erdem, s. 142; Nomer, **DHH**, s. 162; Akıncı, s. 433; Altuğ / Yasan, s. 145; Demir Gökyayla, s. 34; Ruhi / Kaplan, s. 645; Atakan, s. 71; Yaşar, s. 97; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 75; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 69.

⁸⁶³ Nomer, **DHH**, s. 167; Demir Gökyayla, s. 34.

⁸⁶⁴ Mayer, s. 145; Dayınlarlı, s. 672-674; Demir Gökyayla, s. 34-35; Altuğ / Yasan, s. 146; Ruhi / Kaplan, s. 645-646; Atakan, s. 77; Yaşar, s. 100; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 74, 88; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 70.

olmaktadır⁸⁶⁵. Olumsuz etki sonrası, somut olaya uygulanacak bir kuralın tespiti gerektiği durumda ise olumlu etki sürece dâhil olmakta ve uygulanmayan yabancı hukuk kuralının yerini *lex fori*'nin ilgili kuralları doldurmaktadır.

Milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeni müdahalesinin kendisini hangi aşamada göstereceği de önemli bir husustur. Yukarıda anmış olduğumuz kamu düzeninin istisnai niteliği gereği, kamu düzeni müdahalesi ancak yetkili yabancı hukukun uygulanmasıyla ortaya çıkan sonucun kamu düzenine aykırı olması halinde gündeme gelmektedir. Bir başka deyişle, kamu düzeni müdahalesinin muhatabı soyut yabancı hukuk kuralı değil, bu yabancı hukuk kuralının somut olayda uygulanması nedeniyle doğan hukuki sonuçtur⁸⁶⁶. Örneğin, bir hukuk sisteminin on yaşında çocukların evlenmesine izin vermesi, somut olayda evlenen kişiler de on yaşındaysa bu türden bir düzenlemeyi kabul etmeyen hukuklar bakımından kamu düzenine aykırı olarak görülebilecektir. Ancak somut olayda evlenen kişiler otuz yaşındaysa, söz konusu hukuk kuralı kamu düzeni müdahalesini gerektiren bir durum teşkil etmeyecektir.

Kamu düzeninin belirgin özelliklerinden biri, her şeyden evvel içinde bulunulan konu, yer ve zamanın koşullarına göre değerlendirilmesi gereken, dinamik bir kavram olmasıdır⁸⁶⁷. Bu durumun bir sonucu olarak, kamu düzenine aykırılık incelemesi yapılırken, her somut olayda ilgili hayat ilişkisinin şartları yeniden göz önünde bulundurulmalıdır⁸⁶⁸. Bu nedenle, kamu düzeni müdahalesini tetikleyecek sebeplerin önceden bir formülünü vermek de pek mümkün görünmemektedir. Ancak yine de bu konuya ilişkin birtakım genel kaideler de yok değildir. Bu doğrultuda, bir yabancı hukuk kuralı; ahlaka, adalet ve hakkaniyet anlayışına, insan haklarına aykırı yahut uluslararası hukukun veya anayasanın temel ilkelerine⁸⁶⁹ aykırı bir sonuç

⁸⁶⁵ Çelikel / Erdem, s. 150; Altuğ / Yasan, s. 148.

⁸⁶⁶ Dicey / Morris, s. 90; Nomer, **DHH**, s. 171; Demir Gökyayla, s. 37; Çelikel / Erdem, s. 150; Dayınlı, s. 671; Altuğ / Yasan, s. 146; Atakan, s. 77-78; Yaşar, s. 100.

⁸⁶⁷ Guttmann, s. 102; Mayer, s. 142; Altuğ / Yasan, s. 140; O'Brien, s. 168-169; Çelikel / Erdem, s. 148; Dayınlı, s. 673; Demir Gökyayla, s. 24; Akıncı, s. 430; Yaşar, s. 100; Atakan, s. 81; Ruhi / Kaplan, s. 644.

⁸⁶⁸ Demir Gökyayla, s. 31; Ruhi / Kaplan, s. 644.

⁸⁶⁹ Bu durumda, *lex fori*'nin anayasasına aykırı sonuçlar doğuran yabancı hukuk kurallarının uygulanmasına da kamu düzeni müdahalesi yoluyla engel olunabilecektir. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yukarıda Üçüncü Bölüm, II, B. Yabancı Hukukun *Lex Fori*'nin Anayasasına Aykırılığı.

doğuruyorsa, kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilecektir⁸⁷⁰. Örneğin, ırk, din, vatandaşlık, cinsiyet, medeni durum, engelli olma gibi gerekçelerle kişilerin belirli faaliyetleri gerçekleştirmeleri hakkaniyete aykırı şekilde engelleniyor veya sınırlandırılırsa, bu durum kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir⁸⁷¹.

C. Doğrudan Uygulanan Kurallar

1. Genel Olarak

Devletler, sevk ettikleri düzenlemelerle ülkelerindeki hukuki çerçeveyi çizmektedirler. Bu faaliyetleri kapsamında koydukları bazı kurallar ise sosyal, ekonomik ve siyasi politikaları gereği vazgeçilmez nitelik taşımaktadır. Bu yapıdaki kurallar, hukuki uyumsuzluğun niteliğinden bağımsız olarak ilgilendirdikleri uyumsuzluklar bakımından doğrudan uygulanabilir niteliktedir⁸⁷². Bu kurallara doğrudan uygulanan kurallar veya müdahaleci kurallar denilmektedir⁸⁷³. Doğrudan uygulanan kurallar, devletlerin sosyal ve ekonomik politikalarına bağlı olarak sevk ettikleri, kamu menfaatini gözetken, emredici nitelikte ve özel hukuk alanına müdahale eden yapıda kurallardır⁸⁷⁴.

Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak nitelenmesi için onun yer aldığı hukuk kuralının veya özel hukuk yahut kamu hukuku kuralı niteliği taşımasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olarak görülebilmesi için ilgili kuralın ne şekilde nitelendiğine değil, getirdiği kuralın amacına, uygulama alanına ve gözettiği menfaatlere bakılmalıdır⁸⁷⁵. Burada dikkat edilmesi gereken temel nokta, taraf menfaatinden çok kamu menfaatinin ön planda

⁸⁷⁰ Cheshire / North / Fawcett, s. 143-146; Dicey / Morris, s. 92; O'Brien, s. 170-171; Çelikel / Erdem, s. 153; Nomer, **DHH**, s. 173-177; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 70-71; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 73-74.

⁸⁷¹ Dicey / Morris, s. 92; O'Brien, s. 170-171; Nomer, **DHH**, s. 175.

⁸⁷² Nomer, **DHH**, s. 185; Çelikel / Erdem, s. 153; Doğan, s. 239; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 47; Yaşar, s. 101; Dicey / Morris, s. 22.

⁸⁷³ Doğrudan uygulanan kurallara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**.

⁸⁷⁴ Nomer, **DHH**, s. 186; Çelikel / Erdem, s. 154; Doğan, s. 239; Yaşar, s. 101; Mehmet Kösoğlu, "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması", **MHB**, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 147-172, s. 150.

⁸⁷⁵ Çelikel / Erdem, s. 155; Doğan, s. 240; Nomer, **DHH**, s. 186; Yaşar, s. 102; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 48; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 64.

tutulması ve uygulama alanına giren her olayda uygulanabilecek emredici yapının varlığıdır⁸⁷⁶.

Bir hukuk sisteminde var olan tüm doğrudan uygulanan kuralların neler olduğunu önceden tespit etmek mümkün değildir. Ancak bu nitelikte görülebilecek kuralların sıklıkla karşımıza çıktığı bazı alanların ele alınması, bu noktada bu kuralların niteliğini anlayabilmek bakımından ışık tutabilecektir. Kambiyo ve dış ticaret hukukuna ilişkin sınırlamalar, döviz ve mali piyasa düzenlemeleri, kimi iş hukuku ve güvenliği kuralları, ambargo ve boykot gibi yabancı ülkelere yönelik yaptırımlar, rekabet hukukundaki sınırlamalar, kartel yasakları, çevreye ilişkin bazı kaideler, kültür varlıklarının korunması amaçlı yasaklar, çoğunlukla zayıf konumda olduğu düşünülen tarafı koruyucu nitelikteki sözleşme özgürlüğüne müdahale eden bazı kayıtlar, sıklıkla doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak verilmektedir⁸⁷⁷.

Doğrudan uygulanan kurallar, üç farklı şekilde karşımıza çıkabilmektedir⁸⁷⁸. Bunlar; *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları, *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları ve üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarıdır. Kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği hukuk olan *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları, zaten bu hukuk sisteminin bir parçası olduğundan, yabancı hukukun uygulanmasına etki eden bir mekanizma değildir. *Lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları, tıpkı o hukukun diğer kuralları gibi söz konusu yabancı hukuku uygulayan hâkimlerce uygulanacaktır. Bu bakımdan bu kurallar, söz konusu yabancı hukukun uygulanması bakımından herhangi bir özellik arz etmemektedir. Diğer ikili olan *lex fori* ile üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ise kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği hukuk olan *lex causae*'nin uygulama alanını sınırlamakta ve bu nedenle de çalışmamızın kapsamına dâhil olmaktadır. Doğrudan uygulanan kuralların bu iki türü, çalışmamızın bu noktasında ayrı ayrı değerlendirilecektir.

⁸⁷⁶ Nomer, **DHH**, s. 186; Çelikel / Erdem, s. 154; Doğan, s. 240.

⁸⁷⁷ Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 298; Nomer, **DHH**, s. 186; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 301; Yaşar, s. 102; Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 64; Doğan, s. 241; Mustafa Erkan, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2011, s. 81-121 (**Doğrudan Uygulanan Kurallar**), s. 84. Bu tür örneklerle dair ayrıntılı bir inceleme için bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 97-178.

⁸⁷⁸ Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 297; Çelikel / Erdem, s. 155; Doğan, s. 240-245; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 302.

2. *Lex Fori*'nin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Yabancı hukukun uygulanmasına etki eden müdahaleci norm türlerinden ilki, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarıdır. Bu nitelikteki kurallar, yabancılık unsuru bulunup bulunmamasından veya kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği hukuktan bağımsız olarak her türlü uyuşmazlıkta doğrudan uygulanacak yapıda kurallardır. Doğrudan uygulanan kurallar, irade serbestisini sınırlayıcı bir etkiye sahip olup; tarafların bunların aksine sözleşme yapmaları mümkün değildir⁸⁷⁹.

Bu kurallar aslında işlevleri gereği kamu düzeni müdahalesine benzer bir nitelik taşımaktadır. Hatta doğrudan uygulanan kuralların hareket noktasını, yabancı hukuk yerine *lex fori*'nin uygulanması sonucunu doğuran kamu düzeninin olumlu etkisinin oluşturduğu kabul edilmektedir⁸⁸⁰. Ancak doğrudan uygulanan kuralların varoluş nedeni ve işleyiş mekanizması, bu kurumu kamu düzeni müdahalesinden ayırmaktadır⁸⁸¹. Kamu düzeni, ancak yabancı hukukun uygulanması nedeniyle doğan hukuki neticenin *for* ülkesinin hukuk anlayışını zedelemesi halinde gündeme gelir. Doğrudan uygulanan kurallar ise uyuşmazlık yabancılık unsuru içersin veya içermesin yahut yabancılık unsuru içerdiği ihtimalde uygulanacak hukuk ister *lex fori* ister yabancı bir hukuk olsun, her halükârda muhakkak uygulanması gereken nitelikte kurallardır.

Lex fori'nin doğrudan uygulanan kurallarının mutlak emredici nitelikleri gereği, aslında bunların uygulanmasını zorunlu kılan bir hükme dahi ihtiyaç yoktur⁸⁸². Ancak yine de örneğin Türk hukukunda (MÖHUK m. 6), İsviçre hukukunda (MÖHK m. 18) ve yeknesak AB hukuku düzenlemelerinde (Roma I Tüzüğü m. 9/2, Roma II Tüzüğü m. 16) bu konunun düzenleme konusu yapıldığı da görülmektedir.

Lex fori'nin doğrudan uygulanan kuralları, yabancı hukukun uygulanması meselesi bakımından oldukça önem taşıyan bir konudur. Zira doğrudan uygulanan

⁸⁷⁹ Dicey / Morris, s. 24; Özel, **Tahkim**, s. 129; Akıncı, s. 432.

⁸⁸⁰ Nomer, **DHH**, s. 188.

⁸⁸¹ Doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni arasındaki farklara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 20-24; Kösoğlu, s. 152-155.

⁸⁸² Nomer, **DHH**, s. 185. Bu durumun aynı zamanda *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kuralları bakımından da geçerli olduğu yönünde bkz. Çelikel / Erdem, s. 156.

kurallar, kanunlar ihtilafı hukukunun işleyişine önemli ölçüde etki etme ve yabancı hukukun uygulama alanını sınırlama ihtimali taşıyan bir mekanizmadır⁸⁸³. Bu durumda iç hukukun emredici nitelikteki maddi hukuk kurallarını sıklıkla doğrudan uygulanan kural niteliğinde görmeye meyilli bir anlayış, o hukuk sisteminde yabancı hukukun uygulama alanını ciddi şekilde kısıtlayabilecektir. Bu da hiç şüphesiz kanunlar ihtilafı hukukun varlık sebebi olarak kabul ettiğimiz milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini tehdit edecek bir yaklaşım olacaktır. Bu nedenle, maddi hukuk hükümlerine doğrudan uygulanan kural niteliği tanırken hassas hareket edilmeli ve ancak dikkatli incelemeler sonunda bu yönde sonuca varılmalıdır⁸⁸⁴.

3. Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Doğrudan uygulanan kuralların bir diğer türü de üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarıdır. Aslında klasik milletlerarası özel hukuk anlayışında üçüncü bir devletin menfaatlerini korumak yönünde hukuki bir yükümlülük bulunmamaktadır⁸⁸⁵. Ancak günümüzde yabancı devletlerin menfaatlerinin de kimi durumlarda dikkate alınması gerektiği konusunda her geçen gün daha da kuvvetlenen bir yaklaşım olduğu ifade edilmektedir⁸⁸⁶. 5718 sayılı MÖHUK ile Türk hukuku da bu anlayışa dahil olmuştur. MÖHUK m. 31 hükmü, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate alabilme konusunda hukuki dayanağı oluşturmakta ve gerekli gördüğü durumlarda hâkimlere bu kuralları dikkate alma konusunda yetki vermektedir⁸⁸⁷.

⁸⁸³ Nomer, **DHH**, s. 188; Çelikel / Erdem, s. 158; Erkan, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 86.

⁸⁸⁴ Çelikel / Erdem, s. 158; Nomer, **DHH**, s. 188.

⁸⁸⁵ Nomer, **DHH**, s. 185.

⁸⁸⁶ Nomer, **DHH**, s. 185.

⁸⁸⁷ Çelikel / Erdem, *lex fori* ile *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarının aksine, üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulabilmesinin, bu konuda kanuni bir dayanak olmasına bağlı olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, bu durum, bu kuralların uygulanmasının *lex fori* ve *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarının aksine istisnai olmasından kaynaklanmaktadır. Bu görüşe göre, kanunlar ihtilafı hukukunda üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını gerektiren bu şekilde doğal bir mekanizma söz konusu olmadığından, bu eksikliğin giderilmesi için bu konuda sevk edilmiş bir kanuni düzenleme olması şarttır. (Çelikel / Erdem, s. 157). Öte yandan, Özdemir Kocasakal'a göre ise üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk (*lex contractus*) uyarınca mücbir sebep oluşturan veya sözleşmenin geçersizliğine yol açan fiili unsurlar olduklarından, *lex contractus*'u belirleyen kanunlar ihtilafı kuralının mevcudiyeti yeterli bir kanuni dayanak sağlamaktadır. Bu nedenle üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları hakkında özel bir düzenlemeye gerek yoktur (Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 214).

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi, İsviçre hukuku⁸⁸⁸ gibi bazı hukuk sistemlerinde konuya ilişkin herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın, genel bir uygulama alanına sahiptir⁸⁸⁹. Bazı ülkelerde ise bu kurallara genel bir uygulama alanı tanınmamış; yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından bunların dikkate alınacağı kabul edilmiştir. Türk kanun koyucusu, bu ikinci sistemi tercih etmiştir⁸⁹⁰.

Üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması bakımından göz önünde bulundurulması gereken nokta, bu kuralların uygulanması bakımından hâkimlere verilen takdir yetkisidir⁸⁹¹. Gerçekten de *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralların aksine, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları otomatik olarak uygulanabilir nitelikte görülmemektedir. Hâkimler bu kuralların uygulanıp uygulanmayacağına, bunların amaçlarına, içeriklerine ve niteliklerine göre her somut olayda ayrıca karar verecektir⁸⁹². MÖHUK m. 31'e göre, üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına, sözleşmeyle sıkı ilişkili olmaları halinde etki tanınabilecektir. Bu durum yalnızca Türk hukukuna da mahsus değildir. Örneğin, İsviçre MÖHK m. 19, üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının, söz konusu hukukun somut olayla sıkı bir ilişkisi olması halinde hâkimlerce dikkate alınabileceğinden bahsetmektedir. Roma 1 Tüzüğü m. 9/3 de benzer şekilde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına hâkimlerce gerekli görüldüğü durumlarda etki tanınabileceğinden bahsetmekte, ancak bunu söz konusu üçüncü devletin sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifa yeri olması ve bu kurallara uyulmamasının sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılması koşullarına bağlamaktadır.

Bu konuya ilişkin değinmekte fayda gördüğümüz diğer nokta ise Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukukta bu kuralların “uygulanmasından” değil, bu kurallara “etki

⁸⁸⁸ İsviçre MÖHK'un “Yabancı Bir Hukukun Doğrudan Uygulanan Kurallarının Dikkate Alınması” başlıklı 19. maddesinin ilk fıkrası Türkçeye şu şekilde tercüme edilebilir: “İsviçre’de geçerli hukuk anlayışına göre meşru ve açıkça öncelikli menfaatler gerektirdiğinde, işbu Kanun’un işaret ettiği hukuktan farklı bir hukukun doğrudan uygulanan kuralları, somut olayın söz konusu hukukla sıkı bir ilişkisi olması halinde dikkate alınabilir”.

⁸⁸⁹ Doğan, s. 245; Erkan, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 85.

⁸⁹⁰ Doğan, s. 245; Erkan, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 85.

⁸⁹¹ Ekşi, **Yabancı Hukuk**, s. 64; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 302; Çelikel / Erdem, s. 441; Özdemir Kocasakal, **Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, s. 77; Erkan, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 109.

⁸⁹² Çelikel / Erdem, s. 157; Tekinalp / Uyanık Çavuşoğlu, s. 300; Şanlı / Esen / Ataman Figanmeşe, s. 304; Doğan, s. 386; Erkan, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 110.

tanınması” veya bu kuralların “dikkate alınmasından” bahsedilmesidir⁸⁹³. Belirtmek gerekir ki bu kelime seçimi bilinçlidir. Zira üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına “etki tanınması” veya bu kuralların “dikkate alınması”, bu kuralların “uygulanmasından” farklıdır⁸⁹⁴. Şöyle ki, bir hukuk kuralının “uygulanması”, o kuralın bütün hukuki sonuç ve müeyyideleri ile somut uyuşmazlığın çözümünde kullanılması anlamına gelmekteyken; bir kurala “etki tanınması”, onun sadece *lex causae* kapsamında dikkate alınması gereken fiili unsurlardan bir tanesi olarak kabul edilmesi demektir⁸⁹⁵. Bu durumda, yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate alabilecek olan Türk hâkimi, bu kuralları ancak *lex contractus* uyarınca bir mücbir sebep veya sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir unsur olarak görebilecektir⁸⁹⁶.

“Uygulamak” ve “etki tanımak” terimleri arasında bu şekilde bir anlam farklılığı bulunmakla beraber, kanunkoyucu MÖHUK m. 31 hükmünü kaleme alırken bu ayrıma yeterince dikkat etmemiş gibi görünmektedir. Zira hükmün ilk cümlesinde yalnızca “etki tanımadan” bahsedilmişse de, ikinci cümlede “*söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamaktan*” bahsedilmek suretiyle bu iki terime birlikte yer verilmiştir. Doktrinde bu durumun bir çelişki oluşturduğu⁸⁹⁷ ve bu nedenle de yanıltıcı olduğu⁸⁹⁸ ifade edilmektedir.

⁸⁹³ Türk hukuku ve Roma I Tüzüğü’nde (*to give effect*) “etki tanıma” ifadesi kullanılmışken, İsviçre MÖHK’ta dikkate alma (*prendre en considération*) terimi tercih edilmiştir.

⁸⁹⁴ Nomer, **DHH**, s. 339-340; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 74; Kösoğlu, s. 161; Şanlı / Esen / Ataman Fıganmeşe, s. 303.

⁸⁹⁵ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 74; Kösoğlu, s. 161.

⁸⁹⁶ Özdemir Kocasakal, **Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, s. 75-76.

⁸⁹⁷ Özdemir Kocasakal, **Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, s. 76.

⁸⁹⁸ Nomer, **DHH**, s. 340.

SONUÇ

Çalışmamızda kanunlar ihtilafı kuralları ile yabancı hukukun uygulanmasını Türk hukuku ve karşılaştırmalı hukuktaki konumlarını karşılaştırarak ele almaya çalıştık. Çalışmamızın bu bölümünde çalışmamızda ulaştığımız sonuçları ve bu konuda gelecekte atılmasında fayda gördüğümüz adımları kısaca ortaya koymaya gayret edeceğiz.

Karşılaştırmalı hukukta kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukukun ne şekilde algılanıp uygulanacağı meselesine ilişkin farklı çözümler mevcuttur. Yansımasını temelde usul hukukuna ilişkin olan tercihlerde gördüğümüz bu farklı çözümler, çalışmamızda karşılaştırmalı olarak ele alınmaya çalışılmıştır. Bu derin sistematik farklılıklara, yeknesak hukuk düzenlemeleri sevk etme konusunda oldukça gayretli olan AB içerisinde de rastlanmaktadır. AB içerisinde kanunlar ihtilafı ve milletlerarası yetki kuralları bakımından birtakım adımlar atılmış olsa da, usul hukuku alanında bugüne kadar önemli bir adım atılmamıştır. Halbuki yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları getirmek amacıyla ihdas edilen AB kanunlar ihtilafı kuralları, bu usulî gerekçelerle her ülkede aynı şekilde uygulanamamaktadır. AB'nin yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları sevk etmesinin altında yatan hedeflerin gerçek anlamda sağlanabilmesi için üye ülkelerde en azından AB kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesak bir şekilde uygulanmasını temin eden kuralların mevcut bulunması gerekmektedir.

Kanunlar ihtilafı kuralları ve yabancı hukukun uygulanması bakımından karşımıza çıkan bu farklı yaklaşımlar, ilk bakışta bu sistemlerin taban tabana zıt anlayışlara sahip olduğu şeklinde yorumlanabilir. Ancak teorik olarak oldukça farklı görünen hukuk ve vakıa doktrinleri arasındaki fark, aslında sanılandan daha azdır. Örneğin, yabancı hukuku hukuk olarak kabul eden sistem, *iura novit curia*'yı *lex fori* bakımından kabul etse de, yeknesak bir şekilde yabancı hukuk bakımından geçerli

kabul etmemektedir ve bu nedenle tarafların hâkime yabancı hukukun içeriğini tespit konusunda yardımcı olması beklenebilmektedir. Ayrıca, bu sistemi izleyen her ülkede görevi alt derece mahkemeler tarafından verilen kararların hukuki denetimini yapmak olan temyiz makamlarının yabancı hukukun ne şekilde uyguladığını denetlemesine de izin verilmemektedir. Aynı şekilde, yabancı hukuku vakıa olarak gören sistemde de yabancı hukuk, alelade bir vakıadan farklı şekilde ve “*kendine özgü bir vakıa*” olarak görülmektedir. İçeriğinin tespit edilememesi halinde davanın reddi yerine *lex fori*’nin uygulanmasına neden olması, jüri yerine hâkimce değerlendirilmesi, üst yargı mercilerince denetlenebilmesi ve bazı hallerde yerel mahkemelerce karara konu olduğu durumda başka mahkemeler için bağlayıcı olabilmesi, bu sistemi izleyen ülkelerde yabancı hukuku alelade vakılardan ayıran noktalardır.

Gerçekten de belirlilik sağlaması bakımından yararlı olan hukuk/vakıa ayrımı, yabancı hukukun uygulanması meselesine ilişkin güncel tartışmaları yansıtmaktan uzaktır. Bu nedenle de kanımızca akademik olarak üzerinde durulması ve çözüm önerileri getirilmesi gereken, bir başka deyişle yabancı hukukun uygulanmasında asıl önem arz eden konu, sistemler arasındaki gün geçtikçe azalan bu farklar değil, yabancı hukukun içeriğinin tespitinde kullanılan imkânlardır.

Bu nedenle, yabancı hukukun uygulanması sisteminin verimli bir şekilde işleyebilmesi için yabancı hukukun içeriğine olabildiğince masrafsız ve kolay erişim imkânlarının sağlanabilmesi şarttır. An itibarıyla uygulanan yöntemlerin yeterli olmadığı ve bu konuda gelişme kaydedilmesi gerektiği kabul görmektedir. Bu nedenle, hâkimlerin yabancı hukuka dair bilgi edinebilmeleri için halihazırda sahip oldukları imkânlar mutlaka geliştirilmelidir.

Bu doğrultuda kanımızca en isabetli çözüm, hâkimlerin uzman kuruluşlardan yardım alabilmelerinin sağlanmasıdır. Dünya genelinde en başarılı örnekleri Max Planck Karşılaştırmalı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü ile İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü olarak görünen, karşılaştırmalı hukuk konusunda uzman kuruluşların, merkezlerinin bulunduğu ülkelerde mahkemelere yaptığı katkı bu denli açıkken, başarısı kanıtlanmış bu sistemin farklı ülkelerde de uygulanmaması için hiçbir neden yoktur. Bu doğrultuda, yabancı hukuka dair bilgi edinilmesi için

daha fazla merkez kurulması ve/veya halihazırda var olan merkezlerin daha fazla ülkeye destek verebilmesini sağlamak kanımızca isabetli bir adım olabilir. Ayrıca, doğrudan yargı makamları arasında işbirliği sağlanması suretiyle bilgi edinilmesi de kanımızca uygun bir çözüm yolu olabilir. New South Wales Eyaleti'nin imzaladığı Mutabakat Zaptları ve Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'de öngörülen Uluslararası Lahey Hâkimler Ağı örnekleri, bu sistemin hayalci bir düşünce olmadığını göstermektedir.

Bunların dışında, yabancı hukuklara dair bilgilerin dünya kamuoyuyla paylaşılması bakımından internetin rolünün de giderek artması önemli ve bir yandan da kaçınılmaz bir gelişme olacaktır. Tüm bu hususların ülke mevzuatlarına aktarılması konusunda ise kanımızca görev, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'na düşmektedir. Milletlerarası özel hukukun farklı alanlarının yeknesaklaştırılması konusunda oldukça tecrübeli olan Konferans'ın bu konuda sorumluluk alması da yakın gelecekte yaşanması beklenebilecek bir gelişmedir.

Çalışmamızda da ortaya koymuş olduğumuz üzere, çağdaş milletlerarası özel hukuk anlayışında kanunlar ihtilafı kurallarının varoluş amacı, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini sağlamak olarak görülmektedir. Ancak bu amacın sağlanabilmesi için olayla en sıkı irtibatı olduğu düşünülen yabancı hukukun tam anlamıyla uygulanabilmesi gereklidir. Yabancı hukuklara dair bilgi edinme mekanizmalarının yetersiz olduğu bir düzende, hakkaniyet namına bir yabancı hukukun uygulanmasında ısrar edilmesi her şeyden evvel kendi içinde çelişkili bir faaliyet teşkil edecektir. Bu yönde bir çelişkiye düşmemek için atılması gereken ilk adım, hiç şüphesiz az önce ele aldığımız üzere yabancı hukuka dair bilgi edinme imkânlarının geliştirilmesidir. Zira yabancı hukuku hukuk olarak kabul eden bir sistemde söz konusu imkânlar sınırlıysa, yabancı hukuk kurallarını re'sen araştırma ve uygulama yükümlülüğünün layıkıyla yerine gelmesi oldukça zorlaşmaktadır.

Atılmasında fayda gördüğümüz ikinci adım ise yabancı hukukun uygulama alanının ölçsüz şekilde geniş tutulmasının önüne geçilmesidir. Kanımızca kanunlar ihtilafı kurallarının re'sen uygulandığı ülkelerde taraf iradelerinin rolünün güçlendirilmesi, önemli ölçüde bu hedefe ulaşılmasına katkıda bulunabilir. Özellikle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği nitelikteki uyumsuzluklarda, taraf

iradelerinin *lex fori*'nin uygulanması yönünde olması durumunda söz konusu iradeye üstünlük tanımak gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda, örneğin bir olayda yabancılık unsuru ve yabancı bir hukukun uygulanma ihtimali bulunduğu bilincinde olan tarafların dava esnasında iddia ve savunmalarını *lex fori*'ye göre yapmaları, *lex fori* lehine zımni bir hukuk seçimi olarak görülmelidir. Kanımızca bu iki adımın atılması hem yargı makamları üzerindeki yabancı hukuku uygulama yükünü bir nebze hafifletecek hem de yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde daha isabetli kararlar verilebilmesini sağlayacaktır.



KAYNAKÇA

Adalet Bakanlığı, **Hukuk Muhakemesinde İstinaf El Kitabı**, Ankara, 2016.

Akıncı, Ziya, “The Public Policy Concept in Conflict of Laws”, **Argumentum**, Y. 3, S. 27, 1992, s. 429-434.

Akil, Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, **AÜHFD**, C. 57, S. 3, 2008, s. 1-32 (**Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması**).

Akil, Cenk, **İstinaf Kavramı**, Ankara, 2010 (**İstinaf**).

Alangoya, Yavuz, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, 1979.

Alangoya, Yavuz / Yıldırım, Kâmil / Deren Yıldırım, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Bası, İstanbul, 2009.

Alberti, Christian P., “Chapter 1: Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration: How Much Justice Do You Want?”, **International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution**, Ed. S. Kröll, L. A. Mistelis, P. Perales Viscasillas & V. Rogers, 2011, s. 3-32.

Alpa, Guido, “Foreign Law in International Legal Practise: An Italian Perspective”, **Texas International Law Journal**, C. 36, 2001, s. 495-506.

Altuğ, Yılmaz / Yasan, Mustafa, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, **Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan**, İstanbul, 2003, s. 139-150.

Arısoy, Abdullah Selman, **Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulaması (Iura Novit Curia Prensibi)**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2017.

Arslan, İlyas, “Yabancı Unsurlu Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı ile Yabancı Hukukun İçeriğinin Temin Edilmesi Arasındaki İlişki”, **MHB**, C. 37, S. 2, 2017, s. 60-94.

Atakan, Arda, “Kamu Düzeni Kavramı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 13, S. 1-2, 2007, s. 59-136.

Atalay, Oğuz, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, 2017.

Ataman Fıganmeşe, İnci, “Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış”, **MHB**, C. 22, S. 2: Ergin Nomer’e Armağan, 2002, s. 39-74.

Aybay, Rona, “Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 54, 2004, s. 139-145.

Aygün, Mesut, “Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **AÜHFD**, C. 61, S. 3, 2012, s. 925-972.

Balkar Bozkurt, Süheyla, “Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirilmesi”, **GSÜHFD**, S. 2014/2: Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, C. 2, s. 795-862 (**Atıf**).

Balkar Bozkurt, Süheyla, “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış”, **GSÜHFD**, S. 2011/1: Prof. Dr. Atâ Sakmar’a Armağan, s. 141-196 (**Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kurallar**).

Basedow, Jürgen, “The Application of Foreign Law – Comparative Remarks on the Practical Side of Private International Law”, **Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe**, Ed. Jürgen Basedow & Knut Benjamin Pißler, Max Planck Private Law Research Paper No. 14/17, Tübingen, 2014, s. 85-97 (**Application of Foreign Law**).

Basedow, Jürgen, **The Law of Open Societies: Private Ordering and Public Regulation in the Conflict of Laws**, 2015 (**Private Ordering**).

Batiffol, Henri / Lagarde, Paul, **Traité de Droit International Privé**, 8. Bası, Paris, 1993.

Bayata Canyaş, Aslı, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, S. 1, 2011, s. 110-121.

Berki, Osman Fazıl / Ergüney, Hilmi, **Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları**, Ankara, 1963.

Berkin, Necmettin, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, İstanbul, 1969, s. 169.

Boele-Woelki, Katharina, “For Better or for Worse: The Europeanization of International Divorce Law”, **YPIL**, C. 12, 2010, s. 1-26.

Briggs, Adrian, **The Conflict of Laws**, 3. Bası, Oxford, 2013.

Cashin Ritaine, Elanor, “Le Juge Suisse Confronté au Droit Étranger”, **Swiss Review of International and European Law**, S. 2015/1, s. 33-55.

Cavallini, Cesare, “Why is the Iura Novit Curia Principle Not Applied Yet in English Law?”, **Global Jurist**, C. 17, S. 3, 2017, s. 1-21.

Cheatham, Elliott E., “American Theories of Conflict of Laws: Their Role and Utility”, **HLR**, C. 58, S. 3, 1945, s. 361-394.

Cheshire, Geoffrey Chevalier / North, Peter / Fawcett, James, **Private International Law**, Ed. James Fawcett, Janeen M. Carruthers, 14. Bası, Oxford, 2008.

Collier, J. G., **Conflict of Laws**, 3. Bası, 2003.

Corneloup, Sabine, “France – The Evolving Balance Between the Judge and the Parties in France”, **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 157-181.

Çelikel, Aysel, “Devletler Özel Hukukunun Konusuna Giren Uyuşmazlıklarda Anayasal Denetim”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C. 8, 1991, s. 209-224.

Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. Bası, İstanbul, 2017.

Çiftçi, Murat Özgür, **Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf**, 3. Bası, Ankara, 2016.

Dannemann, Gerhard, "Establishing Foreign Law in a German Court", **German Law Archive**, 1994, <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=377> (Erişim Tarihi: 27.11.2017).

Dardağan, Esra, **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, 2000.

Dayınlarlı, Kemal, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, **Yaşar Karayalçın’a Armağan**, Ankara, 1988, s. 653-692.

Demirkol, Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, 2. Bası, İstanbul, 2014.

Demir Gökyayla, Cemile, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, 2001.

Dicey, A. V. / Morris, J. H. C., **The Conflict of Laws**, Ed. Lawrence Collins, C. 1, 12. Bası, Londra, 1993.

Doğan, Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 4. Bası, Ankara, 2017.

Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt 3: Aile Hukuku**, İstanbul, 2018.

Ekşi, Nuray, “Kanunlar İhtilafı Alanında ‘Incorporation’”, **MHB**, C. 19, S. 1-2: Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, 1999-2000, s. 263-291.

Ekşi, Nuray, “Yabancı Hukukun Tespiti ve Uygulanması – Mukayeseli Bir İnceleme – “, **Legal Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi**, C. 3, S. 1, 2014, s. 3-96 (**Yabancı Hukuk**).

Erdönmez, Güray, **Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, 2017.

Erkan, Mustafa, **International Energy Investment Law: Stability Through Contractual Clauses**, 2011.

Erkan, Mustafa, "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 2, 2011, s. 81-121 (**Doğrudan Uygulanan Kurallar**).

Erkan, Mustafa, "Türk Milletlerarası Özel Hukuk Sisteminde Yabancı Hukukun Tatbiki: Olan vs. Olması Gereken", **Milletlerarası Özel Hukukta Güncel Konular Sempozyumu**, Ankara, 2016, s. 543-555 (**Yabancı Hukuk**).

Esplugues, Carlos / Iglesias, José Luis / Palao, Guillermo / Espinosa, Rosario / Azcárraga, Carmen, "General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe", **Application of Foreign Law**, Ed. Carlos Esplugues, José Luis Iglesias, Guillermo Palao, Münih, 2011, s. 3-94.

Esplugues Mota, Carlos, "Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: The Madrid Principles of 2010", **YPIL**, C. 13, 2011, s. 273-297.

Giray, Faruk Kerem, "Milletlerarası Özel Hukuk Adaletinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8-9, S. 1-2: Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, 2011-2012, s. 555-577.

Göğer, Erdoğan, **Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı**, 4. Bası, Ankara, 1977.

Göksu, Mustafa, "Vakıa ve Hukuk", **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, C. 1, Ankara, 2009, s. 323-350.

Göztepe, Ece, **Anayasa Şikâyeti**, Ankara, 1998.

Gray, Anthony, "Choice of Law: The Presumption in the Proof of Foreign Law", **University of New South Wales Law Journal**, C. 31, S. 1, 2008, s. 136-157.

Gruber, Urs Peter / Bach, Ivo, "The Application of Foreign Law: A Progress Report on a New European Project", **YPIL**, C. 11, 2009, s. 157-169.

Guttmann, Daniel, **Droit International Privé**, 3. Bası, Paris, 2002.

Gürdoğan, Burhan, "Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından: Vakıa ve Hukuk", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 11, S. 3, 1956, s. 258-285.

Harfield, Henry, "Extraterritorial Application of Law", **AJIL**, C. 64, S. 4, 1970, s. 130-135.

Hartley, Trevor C., "Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared", **ICLQ**, C. 45, S. 2, 1996, s. 271-292.

Hausmann, Rainer, "Pleading and Proof of Foreign Law – a Comparative Analysis", **The European Legal Forum**, S. 2008/1, Münih, 2008, s. 1-14.

Hay, Peter, "The United States: The Use and Determination of Foreign Law in Civil Litigation in the United States", **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, C. 26, 2017, s. 397-427.

Huo, Zhengxin, "Highlights of China's New Private International Law Act: From the Perspective of Comparative Law", **Revue Juridique Thémis**, C. 45, S. 3, 2011, s. 637-684.

Juenger, Friedrich K., "The German Constitutional Court and the Conflict of Laws", **AJIL**, C. 20, S. 2, 1972, s. 290-298.

Kales, Albert Martin, "Presumption of the Foreign Law", **HLR**, C. 19, S. 6, 1906, s. 401-417.

Karslı, Abdürrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, 2014.

Kösoğlu, Mehmet, "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması", **MHB**, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 147-172.

Lalani, Shaheez, "A Proposed Model to Facilitate Access to Foreign Law", **YPIL**, C. 13, 2011, s. 299-313 (**Access**).

Lalani, Shaheez, "Ascertaining Foreign Law: Problems of Access and Interpretation", **International Journal for the Semiotics of Law**, C. 30, S. 1, 2017, s. 51-66 (**Problems**).

Lalani, Shaheez, "Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study", **MJECL**, S. 20, 2013, s. 75-112 (**Content**).

Lando, Ole, "Lex Fori in Foro Proprio", **MJECL**, C. 2, S. 4, 1995, s. 359-375.

Lipstein, K., "Conflict of Laws 1921-1971, the Way Ahead", **Cambridge Law Journal**, C. 31, S. 1, 1972, s. 67-120.

Lipstein, K., **Principles of the Conflict of Laws, National and International**, Lahey, 1981 (**Principles**).

Lipstein, K., "Proof of Foreign Law: Scrutiny of Its Constitutionality and Validity", **BYIL**, C. 42, 1967, s. 265-270 (**Constitution**).

Loizou, Soterios, "Revisiting the 'Content-of-Laws' Enquiry in International Arbitration", **Louisiana Law Review**, C. 78, S. 3, 2018, s. 812-875.

Lortie, Philippe / Groff, Maja, "The Evolution of Work on Access to Foreign Law at the Hague Conference on Private International Law", **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*, C. 26, 2017, s. 615-637.

Loussouarn, Yvon, “La règle de conflit est-elle une règle neutre?”, **Droit International Privé: Travaux du Comité Français de Droit International Privé**, C. 2, 1981, s. 43-68.

Martin, Maik, “Constitutional Review of Foreign Law in English and German Courts – A Comparative Study”, **Oxford University Comparative Law Forum**, S. 5, 2002, <https://ouclf.iuscomp.org/constitutional-review-of-foreign-law-in-english-and-german-courts-a-comparative-study/#fn81anc> (Erişim Tarihi: 18.03.2018).

Mayer, Pierre, **Droit International Privé**, 5. Bası, Paris, 1994.

Mills, Alex, “The Private History of International Law”, **ICLQ**, C. 55, S. 1, 2006, s. 1-49.

Nishitani, Yuko, “Treatment of Foreign Law: Dynamics Towards Convergence? – General Report”, **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 3-60.

Nomer, Ergin, “Anayasa ve Yabancı Kanun”, **Prof. Dr. Osman Fazıl Berki’ye Armağan**, Ankara, 1977 (**Anayasa**), s. 549-565.

Nomer, Ergin, **Davada Yabancı Kanun**, İstanbul, 1972 (**Yabancı Kanun**).

Nomer, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 22. Bası, İstanbul, 2017 (**DHH**).

Nussbaum, Arthur, “The Problem of Proving Foreign Law”, **Yale Law Journal**, C. 50, S. 6, 1941, s. 1018-1044.

O’Brien, John, **Smith's Conflict of Laws**, 2. Bası, Londra, 1999.

Özdemir Kocasakal, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, 2001 (**Doğrudan Uygulanan Kurallar**).

Özdemir Kocasakal, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **MHB**, C. 30, S. 1-2, 2010, s. 27-88 (**Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**).

Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, 2003 (**Hukuki Dinlenilme Hakkı**).

Özekes, Muhammet, **Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul, 2017 (**Pekcanıtez Usul**).

Özel, Sibel, **Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri**, İstanbul, 2008 (**Tahkim**).

Özel, Sibel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **MHB**, C. 22, S. 2: Ergin Nomer’e Armağan, 2002, s. 577-617 (**Sözleşmesel İlişkide Objektif Bağlama**).

Özel, Sibel / Erkan, Mustafa / Pürselim, Hatice Selin, **Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı**, 6. Bası, İstanbul, 2017.

Özmunucu, Seda, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Resen Araştırma İlkesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, S. 2: MİHBİR Özel Sayısı, 2014, s. 145-173.

Postacıoğlu, İlhan, “Davanın ve Kaziyei Muhakemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep”, **Dr. A. Recep Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara, 1974, s. 497-527.

Postacıoğlu, İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul, 1975.

Postacıoğlu, İlhan / Altay, Sümer, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 7. Baskı, İstanbul, 2015.

Pretelli, Ilaria / Lalani, Shaheez, “Switzerland: The Principle Iura Novit Curia and the Role of Foreign Law Advisory Services in Swiss Judicial Practice”, **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 375-393.

Raymond, Guy, “Administration légale et tutelle”, **Répertoire de droit civil**, Dalloz, 2009.

Remien, Oliver, “Germany: Proof of and Information About Foreign Law – Duty to Investigate, Expert Opinions and a Proposal for Europe”, **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 183-220.

Rigaux, François, “The Concept of Fact in Legal Science”, **Law, Interpretation and Reality**, Ed. Patrick Nerhot, C. 11, Dordrecht, 1990, s. 38-49.

Rodger, Barry J. / Van Doorn, Juliette, “Proof of Foreign Law: The Impact of the London Convention”, **ICLQ**, C. 46, S. 1, 1997, s. 151-173.

Ruhi, Ahmet Cemal / Kaplan, Yavuz, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”, **MHB**, C. 22, S. 2, 2002, s. 643-663.

Seviğ, Vedat Raşit, **Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları)**, 2. Bası, İstanbul, 1974.

Sungurtekin, Meral, “Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi”, **Yargıtay Dergisi**, C. 16, S. 4, 1990, s. 471-489.

Şanlı, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 6. Bası, İstanbul, 2016.

Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman Figanmeşe, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, İstanbul, 2018.

Şirin, Tolga, “Kanunlar İhtilafı ve Anayasa Yargısı”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 6, S. 22, 2015, s. 361-393.

Tanrıbilir, Feriha Bilge, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 87, 2010, s. 195-227.

Tarman, Zeynep Derya, “Turkey: The Treatment of Foreign Law in Turkey”, **Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence**, Ed. Yuko Nishitani, Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law, C. 26, 2017, s. 549-561.

Tekinalp, Gülören / Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Bası, İstanbul, 2016.

Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 15. Baskı, İstanbul, 2012.

Toraman, Barış, **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, Ankara, 2017.

Tutumlu, Mehmet Akif, “Hukukun Gerçekleşmesinde Yargıcın Rolü”, **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi: 25. Kitap**, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – V Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 13-28.

Uluocak, Nihal, **Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul, 1971.

Umar, Bilge, **İsbat Yükü**, 2. Bası, İstanbul, 1980.

Üstündağ, Saim, “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Tadil Tasarısı Hakkında Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 33, S. 1-2, 1967, s. 141-182.

Van Den Eeckhout, Veerle, “The Netherlands”, **Application of Foreign Law**, Münih, 2011, s. 377-389.

Verhellen, Jinske, “Access to Foreign Law in Practice: Easier Said Than Done”, **Journal of Private International Law**, C. 12, S. 2, 2016, s. 281-300.

White Jr., William H., “Foreign Law, Politics & Litigants in U.S. Courts: A Discussion of Issues Raised by *Transportes Aeros Nacionales, S.A. v. De Brenes*”, **University of Miami Inter-American Law Review**, C. 27, S. 1, 1995, s. 161-202.

Yaşar, Tuğçe Nimet, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, **MHB**, C. 33, S. 2, 2013, s. 75-114.

Yazıcı, Hilmi / Atasoy, Hasan, **Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı (1952-1970): Kanun Metni, Açıklama ve Emsal İçtihatlar**, Ankara, 1970.

Yılmaz, Ejder, **Hukuk Sözlüğü**, 10. Bası, Ankara, 2011 (Sözlük).

Yılmaz, Orhan, “Hukukun Vakıya Uygulanması”, **Dr. A. Recep Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara, 1974, s. 895-917 (**Hukukun Vakıya Uygulanması**).

Yüksel, İsmail, **Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı**, Ankara, 2013.

Zweigert, Konrad, “Some Reflections on the Sociological Dimensions of Private International Law or What is Justice in Conflict of Laws?”, **University of Colorado Law Review**, C. 44, 1973, s. 283-299.

Uluslararası Kuruluşlarca Hazırlanmış Kaynaklar:

Council of Europe, **Explanatory Report on European Convention on Information on Foreign Law**, <https://rm.coe.int/16800c92f3> (Erişim Tarihi: 13.03.2018).

Council on General Affairs and Policy of The Hague Conference on Private International Law, **Conclusions & Recommendations Adopted by the Council (24-26 March 2015)**, <https://assets.hcch.net/docs/8e756bba-54ed-4d3e-8081-1e777d6950dc.pdf> (Erişim Tarihi: 08.04.2018).

European Commission, **Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law**, Brüksel, 2011, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011PC0635&from=EN> (Erişim Tarihi: 26.03.2018).

European Commission and Hague Conference on Private International Law, **Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters: Conclusions and Recommendations**, <https://assets.hcch.net/docs/b093f152-a4b3-4530-949e-65c1bfc9cda1.pdf> (Erişim Tarihi: 09.04.2018).

European Parliament’s Policy Department for Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, **Private International Law in a Context of Increasing International Mobility: Challenges and Potential**, 2017, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU\(2017\)583157_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583157/IPOL_STU(2017)583157_EN.pdf) (Erişim Tarihi: 12.02.2018).

Institut de Droit International, **L’Application du Droit Public Étranger**, Session de Wiesbaden, Rapporteur: M. Pierre Lalive, 1989, http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1975_wies_04_fr.pdf (Erişim Tarihi: 14.04.2018).

Institut de Droit International, **L’Égalité de Traitement entre la Loi du For et la Loi Étrangère**, Session de Saint-Jacques-de Compostelle, Rapporteur: M. Pierre Gannagé, 1989, http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_02_fr.pdf (Erişim Tarihi: 07.11.2017).

Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, **Accessing the Content of Foreign Law and The Need for the Development of a Global Instrument in this Area – A Possible Way Ahead, Preliminary Document No. 11A (March 2009)**, <https://assets.hcch.net/docs/ec2804c3-f55c-427d-9761-e0fa4eac41a7.pdf> (Erişim Tarihi: 29.01.2018) (11A).

Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, **Accessing the Content of Foreign Law: Report of the Meeting of Experts on Global Co-operation on the Provision of Online Legal Information on National Laws (The Hague, 19-21 October 2008)**, Preliminary Document No. 11B (March 2009), https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff_pd11b2009e.pdf (Erişim Tarihi: 07.05.2018) (11B).

Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, **Conclusions of the Special Commission of 3-5 April 2006 on General Affairs and Policy of the Conference**, Preliminary Document No. 11 (June 2006), <https://assets.hcch.net/docs/b8be1cb6-e8b7-4f5b-8ecc-45a985f8276d.pdf> (Erişim Tarihi: 21.05.2018).

Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, **Direct Judicial Communications**, 2013, <https://assets.hcch.net/docs/62d073ca-eda0-494e-af66-2ddd368b7379.pdf> (Erişim Tarihi: 06.05.2018).

Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, **Feasibility Study on the Treatment of Foreign Law: Report on the Meeting of 23-24 February 2007**, Preliminary Document No. 21A (March 2007), https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff_pd21ae2007.pdf (Erişim Tarihi: 21.05.2018).

Swiss Institute of Comparative Law, **The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future**, JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4, Synthesis Report with Recommendations, Avis 09-184, Lozan, 2011.

ÖZGEÇMİŞ

Can Yöney, 01.10.1991 tarihinde İstanbul’da doğdu. 2005’te girdiği Üsküdar Amerikan Lisesi’nden 2010 yılında mezun oldu. Lise sonrası Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ne girdi. Hazırlık ve dört yıllık fakülte eğitiminin ardından 2015 yılında lisans eğitimini tamamlayarak üniversiteden mezun oldu. 2016 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde Özel Hukuk Yüksek Lisans programına başladı. 2017 yılından bu yana Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı : Can Yöney
Tez Başlığı : Yabancı Hukukun Uygulanması
Savunma Tarihi : 20.06.2018
Danışmanı : Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal

Prof. Dr. Ziya Akıncı

Prof. Dr. Sibel Özel

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. Yaman Öztekin