



MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ŞEKİL

Bahar KÜPE

**Doktora Tezi
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Dr. Öğr. Üyesi Salimya GANİYEVA
2018
Her Hakkı Saklıdır**

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

Bahar KÜPE

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ŞEKİL

DOKTORA TEZİ

**TEZ YÖNETİCİSİ
Dr. Öğr. Üyesi Salimya GANIYEVA**

ERZURUM – 2018



T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ BEYAN FORMU



17/12/2018

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

BİLDİRİM

Atatürk Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Uygulama Esaslarının ilgili maddelerine göre hazırlamış olduğum "**Milletlerarası Özel Hukukta Şekil**" adlı tezin tamamen kendi çalışmam olduğunu ve her alıntıya kaynak gösterdiğimi taahhüt eder, tezin kâğıt ve elektronik kopyalarının Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü arşivlerinde aşağıda belirttiğim koşullarda saklanmasına izin verdiğimi onaylarım:

Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Uygulama Esaslarının ilgili maddeleri uyarınca gereğinin yapılmasını arz ederim *.

☐ Tezinin/Raporumun tamamı her yerden erişime açılabilir.

☒ Tezinin/Raporumun makale için **altı ay**, patent için **iki yıl** süreyle erişiminin ertelenmesini istiyorum.

17.12.2018

Bahar KÜPE

* LİSANSÜSTÜ TEZLERİN ELEKTRONİK ORTAMDA TOPLANMASI, DÜZENLENMESİ VE ERİŞİME AÇILMASINA İLİŞKİN YÖNERGE

.....
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Çeşitli ve Son Hükümler

Lisansüstü tezlerin erişime açılmasının ertelenmesi MADDE 6– (1) Lisansüstü teze ilgili patent başvurusu yapılması veya patent alma sürecinin devam etmesi durumunda, tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulu iki yıl süre ile tezin erişime açılmasının ertelenmesine karar verebilir.

(2) Yeni teknik, materyal ve metotların kullanıldığı, henüz makaleye dönüşmemiş veya patent gibi yöntemlerle korunmamış ve internetten paylaşılması durumunda 3. şahıslara veya kurumlara haksız kazanç imkanı oluşturabilecek bilgi ve bulguları içeren tezler hakkında tez danışmanının önerisi ve enstitü anabilim dalının uygun görüşü üzerine enstitü veya fakülte yönetim kurulunun gerekçeli kararı ile altı ayı aşmamak üzere tezin erişime açılması engellenebilir.

Gizlilik dereceli tezler MADDE 7– (1) Ulusal çıkarları veya güvenliği ilgilendiren, emniyet, istihbarat, savunma ve güvenlik, sağlık vb. konulara ilişkin lisansüstü tezlerle ilgili gizlilik kararı, tezin yapıldığı kurum tarafından verilir. Kurum ve kuruluşlarla yapılan işbirliği protokolü çerçevesinde hazırlanan lisansüstü tezlere ilişkin gizlilik kararı ise, ilgili kurum ve kuruluşun önerisi ile enstitü veya fakültenin uygun görüşü üzerine üniversite yönetim kurulu tarafından verilir. Gizlilik kararı verilen tezler Yükseköğretim Kuruluna bildirilir.

(2) Gizlilik kararı verilen tezler gizlilik süresince enstitü veya fakülte tarafından gizlilik kuralları çerçevesinde muhafaza edilir, gizlilik kararının kaldırılması halinde Tez Otomasyon Sistemine yüklenir.

F-83/00/22.12.2016



**T.C.
ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**



TEZ KABUL TUTANAĞI

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Dr. Öğr. Üyesi Salımya GANIYEVA danışmanlığında, Bahar KÜPE tarafından hazırlanan bu çalışma 11/12/2018 tarihinde aşağıda isimleri yazılı jüri tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Ayfer UYANIK

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Metin İKİZLER

Jüri Üyesi : Doç. Dr. Mesut AYGÜN

Jüri Üyesi : Doç. Dr. Yasin KURBAN

Jüri Üyesi: Dr. Öğr. Üyesi Salımya GANIYEVA

İmza:

İmza:

İmza:

İmza:

İmza:

Prof. Dr. Sait UYLAŞ
Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	VII
ABSTRACT	VIII
KISALTMALAR DİZİNİ	IX
ÖNSÖZ.....	XI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI VE HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİ

1.1. HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI	3
1.1.1. Genel Olarak.....	3
1.1.2. Hukuki İşlemi Kuran İrade Açıklaması, Açıklamanın Şekli ve Türleri.....	6
1.1.2.1. İrade Açıklaması	6
1.1.2.2. İrade Açıklamasının Şekli.....	6
1.1.2.3. İrade Açıklamasının Türleri.....	8
1.1.2.3.1. Doğrudan-Dolaylı İrade Açıklaması	8
1.1.2.3.2. Açık-Örtülü İrade Açıklaması.....	9
1.1.2.3.3. Yazılı-Sözlü İrade Açıklaması	9
1.1.2.3.4. Muhataba Varması Gerekli Olan ve Gerekli Olmayan İrade Açıklaması.....	10
1.1.3. Hukuki İşlemin Çeşitleri	10
1.1.3.1. Tarafların Sayısına Göre	10
1.1.3.2. Konusuna Göre	11
1.1.3.3. Karşılıklı veya Karşılıksız Olmasına Göre	12
1.1.3.4. Hukuki Sonuçlarını Meydana Getirdikleri Ana Göre.....	12
1.1.3.5. Sonuçlarını Doğurduğu Değere Göre	13
1.1.3.6. Sebebe Bağlı Olup Olmamlarına Göre	14
1.2. HUKUKİ İŞLEMİN ŞEKLİ	15
1.2.1. Şekil Serbestisi	16
1.2.2. Şeklin Fayda ve Sakıncaları	17
1.2.2.1. Şeklin Faydaları	17
1.2.2.2. Şeklin Sakıncaları	18

1.2.3. Türk Özel Hukukunda Şekil Türleri.....	19
1.2.3.1. Amaçlarına Göre Şekil	20
1.2.3.1.1. Geçerlilik Şartı Olarak Şekil	20
1.2.3.1.1.1. Kanunî Şekil	21
1.2.3.1.1.2. İradî Şekil	21
1.2.3.1.2. İspat Şartı Olarak Şekil	21
1.2.3.2. Yapılış Tarzına Göre Şeklin Türleri	22
1.2.3.2.1. Sözlü Şekil	22
1.2.3.2.2. Yazılı Şekil.....	23
1.2.3.2.2.1. Adi Yazılı Şekil	23
1.2.3.2.2.2. Nitelikli Yazılı Şekil.....	24
1.2.3.2.3. Resmî Şekil	25
1.2.3.2.4. Tescil	26
1.2.3.2.5. İlan.....	26

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU HUKUKİ İŞLEMLERDE ŞEKİL SORUNU

2.1. GENEL OLARAK	27
2.2. YABANCILIK UNSURUNUN BELİRLENMESİ	29
2.3. YABANCI UNSURLU HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUKUN TARİHİ GELİŞİMİ	34
2.3.1. Genel Olarak.....	34
2.3.2. Türk Hukukundaki Durum	39
2.3.2.1. Muvakkat Kanun Dönemi.....	40
2.3.2.2. 2675 sayılı MÖHUK dönemi.....	42
2.3.2.3. 5718 sayılı MÖHUK Dönemi.....	42
2.4. ŞEKİL KURALININ MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KURALLARI ARASINDAKİ YERİ.....	43
2.4.1. Tek Yanlı-Çok Yanlı Bağlama Kuralları	44
2.4.2. Bağımlı-Bağımsız Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	45
2.4.3. Yalın- Basamaklı-Alternatif Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	46
2.4.4. Diğer Bağlama Kuralı Çeşitleri	50

2.5. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK MENFAATLERİ VE ŞEKİL	50
2.6. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA TEMEL SORUNLAR VE ŞEKİL	53
2.6.1. Vasıflandırma ve Şekil	54
2.6.2. Önmesele ve Şekil	56
2.6.3. Atıf ve Şekil.....	59
2.6.3.1. Atfın Kabul Süreci	60
2.6.3.2. Atfın Uygulanışı	61
2.6.4. Kanuna Karşı Hile ve Şekil	64
2.6.5. Kamu Düzeni ve Şekil.....	68
2.6.6. Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Şekil	71

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK

3.1. TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA ŞEKLE İLİŞKİN GENEL KURAL VE KURALIN UYGULAMA ALANI.....	73
3.1.1. Genel Kural	73
3.1.2. Uygulama Alanı	74
3.1.2.1. Nişanlanmanın Şekline Uygulanacak Hukuk	76
3.1.2.2. Evlat Edinme İşleminin Şekline Uygulanacak Hukuk	80
3.1.2.2.1. MÖHUK Bakımından	81
3.1.2.2.2. Çocukların Korunması ve Ülkelerarası İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi Bakımından	87
3.1.2.3. Taşınır Mallar Üzerindeki Ayni Hak İşlemleri.....	88
3.1.2.4. Sözleşmelerin Şekline Uygulanacak Hukuk.....	90
3.1.2.4.1. MÖHUK Bakımından	91
3.1.2.4.2. Roma Konvansiyonu Bakımından	94
3.2. GENEL KURALIN UYGULAMA ALANINI GENİŞLETEN HÂLLER.....	96
3.2.1. Ölümüne Bağlı Tasarrufların Vasıflandırılması.....	97
3.2.2. Ölümüne Bağlı Tasarrufların Şekline Uygulanacak Hukukta Atıf Sorunu.....	99
3.2.3. Ölümüne Bağlı Tasarrufların Şekline Uygulanacak Hukuk.....	101

3.2.3.1. Genel Olarak.....	102
3.2.3.2. MÖHUK Bakımından.....	106
3.2.3.3. Milletlerarası Sözleşmeler Bakımından.....	109
3.2.3.3.1. 1961 Tarihli La Haye Sözleşmesi	110
3.2.3.3.2. 650/2012 sayılı AB Konseyi Tüzüğü.....	116
3.2.3.3.3. İki Taraflı Konsolosluk Antlaşmalarında Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekline Uygulanacak Hukuk.....	117
3.3. GENEL KURALIN UYGULAMA ALANINI DARALTAN HALLER.....	119
3.3.1. LRA Kuralı.....	119
3.3.1.1. LRA Kuralının Dayandığı Hukuki Esaslar	120
3.3.1.2. Kuralın Uygulanmasında İşlemin Yapıldığı Yer Sorunu	122
3.3.1.2.1. Hukuki İşlemin Yapıldığı Yerin Vasıflandırılması	122
3.3.1.2.1.1. Tek Taraflı Hukuki İşlemlerde.....	123
3.3.1.2.1.2. İki Taraflı Hukuki İşlemlerde.....	124
3.3.2. LRA Kuralının Zorunlu Olarak Uygulama Alanı Bulduğu Hukuki İşlemler..	128
3.3.2.1. Kambiyo Senetlerinin Şekline Uygulanacak Hukuk	128
3.3.2.1.1. Kambiyo Senetlerinin Vasıflandırılması.....	130
3.3.2.1.2. Kambiyo Senetlerinin Şekline Uygulanacak Hukukta Atıf Sorunu...	132
3.3.2.1.3. Kambiyo Senetlerinde Şekil Kapsamına Giren Hususlar	133
3.3.2.1.3.1. İmza Yerinin Tespiti.....	134
3.3.2.1.3.2. Tamamlayıcı Kurallar.....	138
3.3.2.1.3.2.1. TTK madde 767/II Hükmü	139
3.3.2.1.3.2.2. TTK Madde 767/III Hükmü	141
3.3.2.1.3.2.2.1. LRA Kuralının Şekil Şartlarını Taşımayan Kambiyo Senetlerinin Geçerliliği	141
3.3.2.1.3.2.2.1.1. Tarafların Türk Vatandaşı Olması.....	141
3.3.2.1.3.2.2.1.2. Borçlanmanın LRA Kuralına Göre Şeklen Geçersiz Olması	146
3.3.2.1.3.2.2.1.3. Borçlanmanın Türk hukukunun Gösterdiği Şekle Uygun Olması.....	147
3.3.2.1.3.2.2.1.4. Talebin Türkiye’de Yapılması.....	147
3.3.2.1.3.3. Çekler Hakkında Alternatif Ödeme Yeri Hukuku.....	148

3.3.2.2. Evlenmelerin Şekline Uygulanacak Hukuk.....	150
3.3.2.2.1. Milletlerarası Özel Hukukta Evlenme Şekilleri	152
3.3.2.2.2. Evlenmenin Şekli Kapsamına Giren Hususlar	155
3.3.2.2.3. Evlenmenin Şekli Kapsamına Giren Hususların Vasıflandırılması ...	155
3.3.2.2.4. Evlenmenin Şekline Uygulanacak Hukukta Atıf Sorunu.....	160
3.3.2.2.5. Evlenme Yeri Hukuku.....	163
3.3.2.2.5.1. Türkiye’de Yapılan Evlilikler.....	164
3.3.2.2.5.1.1. Evlenme Töreninden Önceki Şekil Şartları	165
3.3.2.2.5.1.2. Evlenme Töreni Sırasındaki Şekil Şartları	166
3.3.2.2.5.1.3. Evlenme Töreninden Sonraki Şekil Şartları	167
3.3.2.2.5.2. Yurtdışında Yapılan Evlilikler	167
3.3.2.2.5.2.1. Türk Mevzuatına Uygunluk.....	168
3.3.2.2.5.2.2. Evliliğin Bildirimi ve Tescil	169
3.3.2.2.6. Konsolosluk Evlilikleri	171
3.3.2.2.6.1. Genel Olarak.....	171
3.3.2.2.6.2. Şartları	172
3.3.2.2.6.2.1. Gönderen Devletin Yetki Vermesi	172
3.3.2.2.6.2.1. Kabul Eden Devletin Yetkiyi Tanıması.....	174
3.3.2.2.6.2.2. Gönderen Devletin Şekil Kurallarına Uygunluk	175
3.3.2.2.6.2.3. Taraflara İlişkin Şartlar	176
3.3.2.2.6.2.3.1. Yabancı Konsolosluklarda	177
3.3.2.2.6.2.3.1.1. Türkiye’de Bulunan Yabancı Konsolosluklarda	178
3.3.2.2.6.2.3.1.2. Yurtdışında Bulunan Yabancı Konsolosluklarda	179
3.3.2.2.6.2.3.2. Türk Konsolosluklarında.....	180
3.3.2.2.7. Çok Vatandaşlık Durumunda Evlilik	181
3.3.2.2.8. Vatansızların ve Mültecilerin Durumu.....	183
3.3.2.2.9. Aynı Cinsiyetten Kişilerin Kayıtlı Hayat Ortaklığı	183
3.3.2.2.10. Evlenmenin Şekli Şartlarını Yerine Getirmemenin Sonuçları	185
3.3.3. Lex Causae Kuralı	187
3.3.4. Lex Causae Kuralın Zorunlu Olarak Uygulama Alanı Bulduğu Hukuki İşlemler.....	188
3.3.4.1. Taşınmaz Mallar Üzerindeki Aynî Hak İşlemleri.....	189

3.3.4.1.1. Kuralın Kapsamı	190
3.3.4.1.2. Taşınmazların Kullanımına İlişkin Sözleşmeler	194
3.3.4.1.3. Taşınmaz Satım Vaadi Sözleşmesinin Şekline Uygulanacak Hukuk	195
3.3.4.1.4. Temsilci Vasıtasıyla Taşınmaz Devri	196
3.3.4.2. Tüketici Sözleşmeleri	197
3.3.4.2.1. MÖHUK Bakımından	198
3.3.4.2.1.1. MÖHUK madde 26/2 hükmünün Kapsamındaki Sözleşmeler ...	198
3.3.4.2.1.2. MÖHUK madde 26/2 hükmünün Kapsamı Dışındaki Sözleşmeler.....	200
3.3.4.2.2. Roma Konvansiyonu Bakımından	201
3.3.4.3. Yapıldığı Yerde Bilinmeyen veya Mümkün Olmayan İşlemler.....	201
3.3.5. Milletlerarası Özel Hukukta Genel Şekil Kuralının Kapsamı Dışında Kalan Bazı Konularda Uygulanacak Hukuk.....	203
3.3.5.1. İspat Şekline Uygulanacak Hukuk.....	203
3.3.5.2. Senetlerin Şekline Uygulanacak Hukuk	206
3.3.5.2.1. Yabancı Resmî Senet	207
3.3.5.2.1.1. Yabancı Resmî Senetlerin Kesin Delil Etkisi.....	208
3.3.5.2.1.1.1. Türk Hukukundaki Durum	208
3.3.5.2.1.1.2. Milletlerarası Sözleşmelerdeki Durum	210
3.3.5.2.1.1.2.1. Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi	210
3.3.5.2.1.1.2.2. Diploması ve Konsolosluk Memurlarınca Düzenlenen Belgelerde Onay İşleminin Kaldırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi.....	212
3.3.5.2.1.1.2.2.3. Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına Dair Sözleşme	212
3.3.5.2.2. Yabancı Özel senet.....	213
SONUÇ.....	215
KAYNAKÇA	226
ÖZGEÇMİŞ.....	249

ÖZET**DOKTORA TEZİ****MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ŞEKİL****Bahar KÜPE****Tez Danışmanı: Dr. Öğr. Üyesi Salimya GANIYEVA****2018, 249 sayfa****Jüri: Dr. Öğr. Üyesi Salimya GANIYEVA (Danışman)****Prof. Dr. Ayfer UYANIK****Prof. Dr. Metin İKİZLER****Doç. Dr. Mesut AYGÜN****Doç. Dr. Yasin KURBAN**

Bu çalışmanın amacı, yabancılık unsuru içeren hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun belirlenmesidir.

Çalışmamızın temelini oluşturan şekle uygulanacak hukukun tespiti, kanunlar ihtilafı alanında sık rastlanan, bu nedenle de derinlemesine inceleme yapılmasının ihtiyaç olduğu alanlardan biridir. Zira uluslararası gelişmelerin hız kazandığı günümüz küresel dünyasında, yabancı unsurlu hukuki ilişkiler her geçen gün artış göstermektedir. Bu tür ilişkilere girişmenin kaçınılmaz olması, taraflar arasında yapılacak hukuki işlemlerin geçerliliğini ve hukuki sonucu gerçekleştirmeye yönelik iradenin bürüneceği şekli önemli hale getirmektedir.

Milletlerarası özel hukukta hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun tespiti bir yandan milletlerarası ticaretin gelişimine hizmet ederken diğer yandan da ticari hayatın dışında kalan toplumsal hayata hizmet etmektedir. Bu nedenle şekil sorunu, vatandaşlıkları farklı olan veya vatandaşlıkları aynı olup da bir şekilde yabancı hukuk düzeni ile irtibatlı hale gelen kişiler arasında kurulan hukuki ilişkiler bakımından ortaya çıkabilmektedir.

Çalışmanın araştırma aşamasında yabancılık unsuru içeren nişanlanma, evlenme, ölüme bağlı tasarruflar, kambiyo senetleri, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki ayni hak işlemleri ile ispat şekline uygulanacak hukuk konuları incelenmiştir. Sonuç itibarıyla, yabancılık unsuru ihtiva eden hukuki işlemlerin şekli şartlarının hangi hukuka göre tayin edilmesi gerektiği sorusu, gerek konuyla alakalı milletlerarası sözleşmeler, Türk hukuk mevzuatı, doktrini ve mahkeme kararları ve gerekse mukayeseli hukukta farklılık arz eden ülke örnekleri ortaya konularak yanıtlanmaya çalışılmıştır.

Nitekim yapılan araştırma sonucunda hukuki işlemlerin şekli açısından, locus regit actum ve lex causae bağlama noktalarının ne denli önemli olduğu da tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hukuki işlem, şekil, LRA, lex causae.

ABSTRACT

Ph. D. DISSERTATION

FORM IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Bahar KÜPE

Advisor: Asssit. Prof. Dr. Salimya GANIYEVA

2018, page: 249

Jury: Asssit. Prof. Dr. Salimya GANIYEVA (Advisor)

Prof. Dr. Ayfer UYANIK

Prof. Dr. Metin İKİZLER

Assoc. Prof. Dr. Mesut AYGÜN

Assoc. Prof. Dr. Yasin KURBAN

The purpose of this study is to determine the law applicable to the form of legal transactions including foreign element.

The determination of the law applicable to the form that provides the basis of our study is one of the areas that is common in conflict of laws and in which there is a need for in-depth examination. Because in today's global world where international developments are gaining momentum, legal relations with foreign elements are increasing day by day. The inevitability of engaging in such relations makes it important to consider the validity of the legal relations between the parties and the form in which the will intended to achieve the legal consequence will be made.

The determination of the law applicable to the form of legal transactions in private international law serves the development of international trade on the one hand and on the other hand it serves the social life outside of commercial life. Therefore, the problem of form may arise in terms of the legal relations between people whose citizenship is different or whose citizenship is the same and which is somehow connected with foreign legal order.

Engagement, marriage, death-related savings, bill of exchange, real rights transactions on movable and immovable property including foreign element and the legal aspects that will be applied to the form of proof are examined at the research stage of the study. As a result, it was attempted to answer the question that the form conditions of legal transactions including foreign element should be determined by which law presenting both the relevant international conventions, Turkish legal legislation, doctrine and court decisions, and the differential examples of countries in comparative law.

Thus, as a result of the research, it was determined how important locus regit actum and lex causae points of connection are in terms of the form of legal transactions.

Keywords: legal transaction, form, LRA, lex causae

KISALTMALAR DİZİNİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BYIL	: British Yearbook of International Law
C.	: Cilt
Çev.	: çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DHH	: Devletler Hususi Hukuku
E.	: Esas
Ed.	: edition
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EHVK	: Memâlik-i Osmaniyyede Bulunan Tebaayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Muvakkat Kanun
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Evl. Yönt	: Evlendirme Yönetmeliği
HD	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICLQ	: The International and Comparative Law Quarterly
IPRG	: Gesetz über das Internationale Privatrecht
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
LRA	: Locus Regit Actum
LRS	: Lex Rei Sitae
M.S	: Milattan Sonra
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MÜ	: Marmara Üniversitesi
NHK	: Nüfus Hizmetleri Kanunu
p.	: Page
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
ss.	: Sayfa Aralığı
S.	: Sayı
Sect.	: Section
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TVK	: Türk Vatandaşlığı Kanunu
UİK	: Uluslararası İşgücü Kanunu
vb.	: ve benzeri
Vol.	: Volume
Y	: Yıl
Yale L.J.	: Yale Law Journal
YBHD	: Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

ÖNSÖZ

Bu çalışma Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı bünyesinde doktora tezi olarak hazırlanmıştır. Çalışmanın çerçevesi yabancılık unsuru ihtiva eden hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun belirlenmesi ve bu doğrultuda konu ile alakalı kural ve kuralın istisnalarının incelenmesi ile sınırlanmıştır.

Eserin hazırlanma sürecinde çok sayıda kişinin kelimelerle tarif edilemeyecek katkıları olmuştur. Dolayısıyla teşekkür edilmesi gereken birçok kişi bulunmaktadır.

Teşekkürlerin en büyüğü elbette ki değerli hocam ve danışmanım, Dr. Öğr. Üyesi Salımya GANIYEVA'ya olmalıdır. Kendisi tezin hazırlanması süresince değerli vaktini bana ayırmakla kalmayıp, tezin titizlikle okunup düzeltilmesini de sağlamıştır. Sadece akademik olarak değil manevi desteğini de her daim hissettiğim hocama çok şey borçluyum.

Tez jürisinde olmayı kabul ederek beni onurlandıran ve tez konusu bulma konusunda fikirleri ile önümü açan pek kıymetli hocam Prof. Dr. Ayfer UYANIK'a ve yine çalışmam boyunca eserlerinden sıkça yararlandığım saygıdeğer hocam Doç. Dr. Mesut AYGÜN'e sonsuz minnettarım.

Aynı şekilde tez çalışması boyunca konuyla ilgili her türlü sorumda değerli zamanını ayırıp bana yardımcı olan ve tez jürimde yer alan Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalından değerli hocam Prof. Dr. Metin İKİZLER ile İslam Hukuku Anabilim Dalından değerli hocam Doç. Dr. Yasin KURBAN'a ve çalışmayı titizlikle okuyup farklı bir çerçeveden bakmamı sağlayan Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı'ndan Dr. Öğr. Üyesi Fethullah BAYRAKTAR'a teşekkürü bir borç bilirim.

Her koşulda beni destekleyen annem Nuray GÖDEKMERDAN'a, babam Serdar Erdem GÖDEKMERDAN'a, kardeşlerim Melik, Hilal, Başak ve Zehra GÖDEKMERDAN'a teşekkür ederim.

Bu tezi belki en çok onlar sayesinde yazmadım ama en çok onlar için yazmaya çalıştım. Sevgili eşim Muhammed KÜPE' ye çalışma azmi veren desteği ve tavsiyeleri için; ilk göz ağrım Duru'ya ve canım oğlum Ali Hamza'ya onlardan uzak kalmak zorunda olduğum zamanlar konusundaki anlayışı ve olgunlukları için yürekten teşekkürler...

GİRİŞ

Hukuki işlem, bir veya birden fazla kişinin hukuk düzeninin öngördüğü ve koruduğu sınırlar içerisinde, gerektiğinde diğer unsurlar ile birlikte, hukuki sonuçlar doğurmaya yönelik irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan hukuki bir olgudur. Toplumsal hayatın yürütülebilmesi için gerekli hukuki işlemlerin geçerli olarak kurulabilmesi, bu irade açıklamalarının dış dünyaya belirli kalıp ve araçlarla, dolayısıyla, bir şekil kapsamında aktarılmasına bağlıdır. Söz konusu hukuki işlemler, yabancılık unsuru içerdiğinde ise artık birden çok hukuk düzeni ile alakalı hukuki işlem ve bu hukuki işlemin şekli sorunu doğmaktadır. Zira bir hukuki işlemin geçerli bir biçimde kuruluşu, esasa ilişkin şartlar oluştuktan sonra, şekli şartların da yerine getirilmiş olmasına bağlıdır.

Belirli bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ilişkin istek, yani irade, tek başına psikolojik bir olaydan öteye gidemez. Ancak bu istek, herhangi bir şekilde, dış dünyaya aktarılabilir. Hukuk düzenlerinin, iradenin dış dünyaya aktarılma biçimini farklı kurallara tabi tutması ise şekle uygulanacak hukuk konusunda kanunlar ihtilafının doğumuna sebep olabilmektedir. Böylece, birden fazla hukuk sistemi ile alakalı ve fakat bu sistemlerden birine göre geçerliyken, diğerine göre geçersiz total hukuki işlemler doğabilecektir. Bu sakıncanın önüne geçmek amacıyla devletlerin hukuki işlemlerin şekline uygulamak üzere benzer kanunlar ihtilafı kurallarını kabul ettiği görülmekle birlikte, uygulamada doğabilecek farklılıkların da giderilmesi gerekecektir. O halde, özellikle vasıflandırma yapmak suretiyle bu farklılıkların giderilebileceği kanaatindeyiz.

Nitekim Türk özel hukukunda, kural olarak, şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke doğrultusunda hukuki işlemin tarafları, işlemin şeklini özgürce seçme ve yapmış bir işlemi herhangi bir şekle bağlı olmaksızın değiştirme veya sona erdirmeye yetkilerine sahiptir. Kural şekil serbestisi olmasına rağmen, kanunla veya tarafların arzusu ile şekle uyma zorunluluğu öngörülmüş olabilir.

Bir hukuki işlemde şeklin genel amacı, hukuki işlemin taraflarının, üçüncü kişilerin veya kamunun menfaatini korumaktır. Bu amaç doğrultusunda şekil büyük öneme sahiptir. Zira bir hukuki işlemde şekil, işlemin belirsiz noktalarına açıklık kazandırır, tarafları irade açıklamasında bulunmadan önce tekrar düşünmeye sevk eder, tarafların işlem yapma konusunda ciddiyetlerini gösterir, işlemin şekle bağlı hususlarında ispat

kolaylığı sağlar ve hukuki işlemin tarafları ile üçüncü kişilere karşı etki doğurmasını da sağlar.

Şeklin söz konusu faydalarına rağmen, hukuki işlemin şekle bağlı olarak yapılmasının, ayrıca, birtakım sakıncaları da mevcuttur. Bu anlamda bir hukuki işlemde şekil, taraflara hız, zaman ve para kaybettirebilir, işlemin yapılmasını güçleştirerek tarafların işlem yapmaktan vazgeçmelerine neden olabilir veya şekle bağlı bir işlemin şekle uyulmadan yapılması hukuki işlemin geçersizliğine neden olabilir. Ayrıca, şekil, ispat kolaylığı sağlamasına rağmen, bazı durumlarda ikrar, tanık veya yemin ile ispat edilebilecek hususları ortadan kaldırarak ispatı zorlaştırabilir.

Çalışmamızda yabancılık unsuru içeren hukuki işlemlerin şeklinin hangi ülke hukukuna göre tayin edileceği sorusu yanıtlanmaya çalışılmıştır. Ancak bu soruyu yanıtlamadan önce, Türk hukukunda hukuki işlem ve hukuki işlemin şekli kavramları üzerinde durulmuştur. Dolayısıyla üç bölümden oluşan tezin ilk bölümü, Türk hukukunda hukuki işlemi kuran irade açıklaması ve buna göre hukuki işlem çeşitleri ile Türk özel hukukunda şekil türlerine ayrılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, yabancılık unsuru içeren ve birden çok hukuk düzeni ile irtibat halinde bulunan hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk ile ilgili karşılaşılabilecek milletlerarası özel hukuk sorunları incelenmiştir. Bunun için, öncelikle, yabancılık unsurunun tespiti yapılmış ve akabinde şekil kuralının tarihçesi açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca bu bölümde, şekil kuralının milletlerarası özel hukuktaki yeri de ele alınmıştır.

Çalışmamızın son bölümü ise yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk kuralını, kuralın kapsamını genişleten ve daraltan halleri ihtiva etmektedir. Bu kapsamda, milletlerarası özel hukukta hukuki işlemin yapıldığı yer kuralının ve hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuk kuralının dayandığı hukuki esaslar belirlenmiş ve ayrıca kuralların uygulama alanı tespit edilmiştir. Bunun yanı sıra çalışmamızın *Milletlerarası Özel Hukukta Şekil* başlığını taşıması ve milletlerarası usul hukukuna ilişkin işlemlerde şekli konusunun ayrıca bir tez konusu yapılabilecek genişlikte olması nedeniyle, usuli konuların kapsam dışında tutulması uygun görülmüştür. Bu bağlamda, hukuki işlemlerin ispatı ile alakalı olduğu gerekçesiyle usuli konulardan yalnızca ispat şekline uygulanacak hukuka ilişkin tespitler yapılmış ve konu, genişliği nedeniyle yukarıda belirtilmiş konularla sınırlandırılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI VE HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİ

1.1. HUKUKİ İŞLEM KAVRAMI

Hukuk işlem ile kişiler, hukuki ilişkilerini kurmakta ve düzenlemektedirler. Bu ilişkiyi kurarken, irade serbestisinin sonucu olarak, iradelerini açıklamak suretiyle kendilerini hak sahibi yapmakta, borç altına sokmakta, sahip oldukları hakları ve hukuki durumu etkileyerek daraltıp, genişletmekte veya ortadan kaldırmaktadırlar. İradenin istenen hukukî sonucu doğurabilmesi için yalnızca oluşması yetmemekte, ayrıca açıklanması da gerekmektedir. İnsanın iç dünyasında oluşan iradenin, dış dünyaya yansıtılması irade açıklamasıdır. İradenin dış dünyaya açıklanması, sözle, yazıyla, tavır ve davranışlarla yapılabilir. Dolayısıyla, hukuki işlemlerin meydana gelmesinde kurucu unsur olan iradenin anlaşılabilmesi bir kalıba dökülmesine bağlıdır. Bir irade beyanının anlaşılacak üzere döküldüğü kalıba, vasıtaya *şekil* denir. Bu manada en geniş olarak irade beyanlarının açıklanmasına yarayan yazı, söz ve davranışlar şekil unsurunu meydana getirmektedir. Ancak, teknik olarak, hukukta şekil kavramı bu ölçüde geniş anlaşılmamaktadır. Hukukta şekilden maksat, irade beyanının sonuç doğurabilmesi için bürünmesi gereken ve kanun veya irade ile tespit edilen şekildir¹. Bu nedenle hukuki işlem ile şekil arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır.

1.1.1. Genel Olarak

Hukuki işlem, bir veya birden fazla kişinin hukuk düzeninin öngördüğü ve koruduğu sınırlar içerisinde, gerektiğinde diğer unsurlar ile birlikte, hukuki sonuçlar doğurmaya yönelik irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan hukuki bir olgudur².

¹ Adnan Tuğ, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, 2. Baskı, Konya 1994, 3; İhsan Erdoğan, “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 1, Haziran 1997, 114.

² Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 19. Baskı, Ankara 2015, 160; Necip Kocayusufpaşaoğlu/ Hüseyin Hatemi/ Rona Serozan/ Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, 90; Bilge Öztan, *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 39. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, 89-91; Aydın Zevkliler/ Şeref Ertaş/ Ayşe Havutçu/ Murat Aydoğdu/Emre Cumalıoğlu, *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler*, 2. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013, 60-62; Temel Doğangün, *Türk Hukukunda Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara 1989, 7.

Türk Medeni Kanunu³ (TMK) veya Türk Borçlar Kanununda⁴ (TBK), hakkında herhangi bir tanım bulunmayan hukuki işlem kavramı⁵, “bir veya birkaç kişinin bir hakkı kurmak, değiştirmek, devretmek veya ortadan kaldırmak amacı ile iradelerini açığa vurmalarıdır”⁶. Bir başka deyişle hukuki işlem, “işlemi yapanın arzusuna uygun hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanına ve hukuk düzeninin de bu beyanın içerdiği sonucu tanımasına, yöneliktir”⁷.

Yapılmış olunan tanımlara binaen, hukuki işlem hakkında açıklanması gereken hususları şu iki başlıkta toplamak mümkündür: hukuki işlemin unsurları ve hukuki işlemin sonuçları⁸.

Hukuki işlemin unsurları arasında en önemlisi ise irade açıklamasıdır⁹. İrade açıklaması, hukuki işlemler için o denli önemlidir ki; bazen hukuki işlemin kurucu tek unsuru iken bazen de en önemli kurucu unsur olabilir¹⁰. İrade açıklamasının en önemli kurucu unsur olduğu hukuki işlemler, ancak diğer bazı kurucu unsurların da gerçekleşmesiyle sonuç doğurabilirler. Hukuki işlemin kurucu unsurları yanında, etkinlik ve geçerlilik unsurları da vardır¹¹.

İrade açıklaması ileride ayrı bir başlık altında açıklanacağından, burada yalnızca, diğer kurucu unsurlar ile geçerlilik ve etkinlik unsurlarına yer verilmiştir.

Bununla birlikte, önerinin, muhatap tarafından kabul edilmesi, taşınır bir malın mülkiyetini bir başkasına geçirmek için taraflar arasında uygun irade beyanlarına eklenecek bir zilyetlik devri veya taşınmaz mülkiyetinin devri için tapu sicil memurunun

³ RG: 8.12.2001-24607.

⁴ RG: 4.2.2011- 27836.

⁵ Alman Medeni Kanununda hukuki işleme başlangıçtaki genel hükümler kısmında seksenden fazla paragraf ayrılmıştır. Türk hukukunda ise TMK’nın 5. maddesindeki atfı dolayısıyla hukuki işlemle ilgili Borçlar Kanunu kuralları, tüm özel hukuk ilişkilerinde geçerli, genel kural olarak uygulanırlar. Rona Serozan, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku*, 7. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, 312.

⁶ Nihal Erdener, *Türk Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki (Vasiyetnameler ve Bazı Borç Akitleri Hakkında)*, Yenilik Basımevi, İstanbul 1958, 7

⁷ Serozan, *Medeni Hukuk*, 192; Eren, 160-161; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Beta Basım, İstanbul 2011, 48-50.

⁸ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan/ Arpacı, 90; Eren, 119-120; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2012, 61; Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2007, 28-29.

⁹ Eren, 120-126.

¹⁰ Eren s. 120; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan/ Arpacı, 90-91.

¹¹ İradeyi, beyandan ayrı bir unsur olarak kabul eden görüşler olmasına rağmen, iradenin varlığı ile beyan edilmesi bir bütün halinde düşünülmelidir çünkü irade ancak açıklanmakla hukuk düzenine intikal eder. Konumuz, hukuk işlemin etkinlik unsurları ve kurucu unsurlarına kısaca değinmek suretiyle, en önemli kurucu unsuru olan irade açıklaması ve irade açıklaması türleri ile sınırlı olarak açıklanmıştır.

tapu siciline tescili, tarafların irade açıklamasına eklenmesi gereken diğer kurucu unsurlardır. Yani irade açıklanmasına rağmen bu dış unsurlar açıklanmadıkça, hukuki işlem kurulmuş olmayacaktır. Ayrıca hukuki işlemin geçerli olarak kurulması için işleme resmî bir makamın katılması gerekli olabilir. Örneğin, evlenmenin resmî memur önünde yapılması evlenmenin kurucu unsurudur. Resmî memur önünde yapılmayan evlilikler ise yok hükmündedir¹².

Hukuki işleme resmî bir memurun katılımının kurucu unsur değil de geçerlilik şartı olarak öngörüldüğü işlemler de bulunmaktadır¹³. Örneğin hukuki işlemin şekli, geçerlilik unsuru olarak öngörülmüş olabilir. Taşınmaz satım vaadi sözleşmelerinin, noterler tarafından düzenlenmesi bu sözleşmenin geçerlilik şartıdır¹⁴. İşlem, noter katılmaksızın yapılmışsa, geçersiz olmaktadır. Dolayısıyla geçerlilik şartları, sözleşmenin kurulmasını değil, geçerli olarak hüküm doğurmasını sağlamaktadır.

Bir hukuki işlemin sonuç doğurabilmesi için gerekli olan diğer şartlar ise hukuki işlemin etkinlik unsurlarıdır. Hukuki işlem, kurucu unsurları eksikse, varlık kazanamayacaktır, ancak etkinlik unsurları eksikse hukuk işlem, varlık kazanmasına rağmen sonuç doğuramayacaktır.

Ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yasal temsilcinin rızası ile borç altına girmesi işleminde, yasal temsilcinin rızası bir etkinlik unsurudur. Çünkü ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlının yapmış olduğu işlem, kanuni temsilcinin izninden önce de geçerlidir. Ancak izin, hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurması için gereklidir¹⁵.

Bazen tabii bir olay, hukuki işlemin etkinlik unsuru olabilir. Örneğin, ölüme bağlı tasarruflarda, ölüm olayının gerçekleşmesi bir etkinlik unsurudur. Ölümden önce ölüme bağlı tasarruf işlemi kurulmuş olmasına rağmen, bu işlemin sonuç doğurması ise ölüm olayının meydana gelmesi ile gerçekleşir.

¹² Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan/ Arpacı, 91.

¹³ Resmî makamın fiilinin, hukuki işlemin hüküm ifade etmesini sağlayan etkinlik unsuru olduğu haller ile resmî makamın fiilinin hukuki işlemin kurucu unsuru olduğu haller karıştırılmamalıdır. Evlenme işleminde resmî memurun katılımı bir kurucu unsurdur. Resmî makamın bir hukuki işleme ait resmi senedi düzenleme fiili de, etkinlik unsuru ile karıştırılmamalıdır. Bu durumda resmî makamın fiili hukuki işlemin geçerlilik şartı olan şekli ilgilendirmektedir. Kemal Oğuzman/ Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: 1*, Gözden Geçirilmiş 15. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, 175, dpn. 463.

¹⁴ Eren, 123; Doğangün, 14.

¹⁵ Oğuzman/ Öz, 174; Eren, 123-124; Doğangün, 14.

Kurucu unsurlar ile geçerlilik ve etkinlik unsurlarının hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurması üzerine etkileri farklıdır. Kurucu unsurlar, hukuki işlemin varlığına etki ederken, geçerlilik ve etkinlik unsurları hukuki işlemin hüküm ve sonuç doğurmasına etki ederler¹⁶.

Hukuki işlemin kurulabilmesi, irade açıklamasının bir sonuca yönelik yapılmasına bağlıdır. O hâlde, başlı başına bir irade açıklaması, hukuki işlemi oluşturmaz. Bu hukuki işlemin sonuç doğurabilmesi için, açıklanan iradenin belirli bir hukuki sonuca yönelmesi gerekmektedir¹⁷.

1.1.2. Hukuki İşlemi Kuran İrade Açıklaması, Açıklamanın Şekli ve Türleri

Belirli bir hukuki sonucun gerçekleşmesine ilişkin istek, yani irade, tek başına psikolojik bir olaydan öteye gidemez. Ancak bu istek, herhangi bir şekilde başkalarına, muhataba, karşı tarafa, yani dış dünyaya aktarılacak şekilde açıklanırsa, hukuki bir sonuç doğurabilir¹⁸.

1.1.2.1. İrade Açıklaması

*“İrade açıklaması, bir kişinin, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurma, değiştirme veya ortadan kaldırma iradesini, söz, yazı veya işaretlerle dış dünyaya bildirmesi ya da bunu doğrudan doğruya yerine getirmesi, yürürlüğe koymasısıdır”*¹⁹. Bir diğer tanıma göre ise, *“Hukuki bir sonuca yönelmiş arzunun açıklanmasına irade beyanı denir”*²⁰.

1.1.2.2. İrade Açıklamasının Şekli

İrade açıklamalarından istenen sonucun doğabilmesi için iradenin, hukuk düzenince öngörülen şekil ve sınırlar dâhilinde açığa vurulması gerekmektedir. Bunun için de irade açıklamasının, TBK madde 12, 26 ve 27 hükümleriyle²¹ getirilen sınırlar

¹⁶ Eren, 120; Doğangün, 9.

¹⁷ Oğuzman/ Öz, 36; Eren, 124; Kılıçoğlu, 30.

¹⁸ Erdener, 7; Oğuzman/ Öz, 36; Serozan, *Medeni Hukuk*, 192; Eren, 127.

¹⁹ Eren, 127.

²⁰ Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, *Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar)*, 18. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, 178.

²¹ Madde 12. *“Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”*

içinde açıklanması zorunludur. Buna göre, irade açıklamasıyla kurulmak istenen hukuki işlem, kanunda yazılı, sözlü veya resmî şekle bağlı tutulmakta ise irade de o şekil içerisinde açıklanmalıdır²².

Hukuki işlem türlerinden biri de sözleşmelerdir. Sözleşmeleri kuran öneri ve kabule ilişkin irade açıklamalarının şekli de, incelenmesi gereken konulardır.

Öneri, bir sözleşmeyi kurmak amacıyla, öneride bulunan tarafından kurulmak istenen sözleşmenin diğer tarafına zaman bakımından önce yöneltile ve diğer tarafın kabulü hâlinde sözleşmenin kurulmasına ilişkin bağlanma arzusunu içeren, tek taraflı ve muhataba ulaşması gereken bir irade açıklamasıdır²³.

Nitekim öneri, kural olarak, bir şekle bağlı değildir. Bu noktada TBK, önerinin bağlı olacağı şekil konusunda hiçbir hüküm içermemektedir. Bu nedenle öneri bakımından şekil serbestisi ilkesi geçerliliğini korumaktadır (TBK m. 12/1). Ancak TBK madde 12/2 veya TBK madde 17 hükümlerine göre, kanun veya öneren tarafından, sözleşmenin geçerliliği bir şekle bağlanmışsa, öneri niteliğindeki irade açıklamasının da bu şekil çerçevesinde yapılması gerektiği kabul edilmektedir²⁴. Örneğin, taşınmaz malın satımına ilişkin öneri, tapu memuru önünde resmî şekilde yapılmalıdır ve aksi hâlde geçersizdir²⁵.

Sözleşmenin kurulmasını sağlayan diğer irade açıklaması ise kabuldür. Doktrinde hâkim olan görüşe göre, kabul, önerene ulaşması gereken, tek taraflı, yenilik doğuran

Madde 26: “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler”

Madde 27: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.

Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.”

²² Zevkliler/ Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 62; Yalçın Kavak, *Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İstanbul 2015, 9.

²³ Oğuzman / Öz, 51; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, 179. Özellikle Alman doktrinde hâkim olan görüşe göre, öneri, hukuki bir işlem değildir; çünkü yöneldiği hukuki sonucu tek başına meydana getiremez. Ancak aksi yöndeki görüşe göre ise, öneri, tek taraflı bir hukuki işlemdir. Çünkü öneriyi yapan taraf, bu önerisini yaparken, muhatabın cevabını bir süre beklemek zorunda olduğunu ve bu süre içinde yaptığı öneriyle bağlı kalacağını bilmekte, hukuk düzeni de öneriye bu hukuki neticeyi bağlamaktadır. Görüşler için bkz. Selahattin S. Tekinay / Sermet Akman / Haluk Burcuoğlu / Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, 83; Kavak, 11, dñn. 32.

²⁴ Oğuzman / Öz, 58; Eren, 246; Antalya, 175; Kavak, 11-12.

²⁵ Oğuzman / Öz, 58; Eren, 246; Antalya, 175.

irade açıklamasıdır. Bu nedenle kabulün, öneriye uygun olması gerekmektedir²⁶. Ayrıca, önerinin şekliyle ilgili açıklamalarımızda belirtilen hususlar kabul için de aynen geçerlidir. O halde kurulmak istenen sözleşme, kanun veya taraflarca bir şekle bağlanmışsa veya kabul için bir şekle uyulması şart olarak öngörülmüşse, kabulün hukuken geçerli olması, kabul edeni bağlaması ve netice itibarıyla sözleşmenin kurulması için, kanun veya taraflarca öngörülen şekle uygun yapılması gerekmektedir²⁷.

1.1.2.3. İrade Açıklamasının Türleri

İrade açıklaması, genellikle irade beyanı ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Ancak irade açıklaması, irade beyanı ile irade faaliyetini de içine alan daha geniş bir kavramdır²⁸.

İrade beyanında beyan sahibi, iradesini mutlaka söz, yazı, bir işaret, baş eğme, baş sallama, el kaldırma veya oy kullanma gibi bir araçla ve bildirme kast ve iradesiyle açıklamaktadır.

İrade faaliyetinde ise irade, karşı tarafa bildirme kast ve iradesi olmaksızın fiili olarak açığa vurulmaktadır. Örneğin otelci, müşterinin ayırttığı odayı hazırlatmakla, bir irade faaliyetinde bulunmuş ve iradesini söz, yazı veya işaretle bildirmeksizin açıklamıştır²⁹.

Netice itibarıyla, iradeyi açığa vurma hareketi bir şekli gerektirir. Bu anlamda irade açıklaması, muhataba bildiriş tarzına göre genel olarak, doğrudan-dolaylı, açık-örtülü, yazılı-sözlü ve muhataba varması gerekli olan ve gerekli olmayan irade açıklaması olarak dört türe ayrılabilir.

1.1.2.3.1. Doğrudan-Dolaylı İrade Açıklaması

İradenin herhangi bir vasıta kullanılmaksızın muhatabına doğrudan aktarılması, doğrudan irade açıklamasıdır. Beyan sahibi ile muhatap, yüz yüze oldukları için söz, yazı veya işaret ile açıklanan irade doğrudan muhatabın bilgisine ulaşmaktadır³⁰. Hazırlar

²⁶ Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 93; Kocayusufoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, 204-205; Kavak, 13.

²⁷ Oğuzman / Öz, 67; Eren, 258; Kavak, 13-14.

²⁸ Eren, 127.

²⁹ Serozan, *Medeni Hukuk*, 323.

³⁰ Eren, 133; Serozan, *Medeni Hukuk*, 323.

arasında beyan da denilen bu açıklama şekline, tarafların karşılıklı konuşmaları, telefon ve görüntülü internet konuşmaları örnek verilebilir³¹.

Dolaylı irade açıklamasında ise, irade açıklamaları doğrudan değil de bazı vasıtalarla muhataba ulaşmakta ve muhatap vasıtalarından işlem iradesini çıkarmaktadır. Bu vasıta, bir şahıs, telgraf, teleks, gazete ilanı, teyp bandı, gazete, radyo, televizyon ilanı, internet veya cep telefonlarıyla gönderilen e-mail veya mesajlar olabilir³².

1.1.2.3.2. Açık-Örtülü İrade Açıklaması

İrade açıklamasının konusu, hiçbir yorum ve karışıklığa meydan vermeyecek şekilde, beyan sahibi tarafından kullanılan söz, yazı veya işaretlerden açık bir şekilde anlaşılıyorsa, açık irade açıklamasıdır. Ancak irade, bazen iradeyi açıklayanın, davranışının yapıldığı andaki hâl ve şartları göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi ile anlam kazanmaktadır. Bu şekilde zımnen açıklanan irade ise örtülü irade açıklamasıdır³³.

Nitekim TBK, sözleşmelerin kurulması açısından irade açıklamalarının açık veya örtülü olabileceğini düzenlemiştir (TBK m. 1/2). Ancak Kanunun belirli şekil şartını öngördüğü hâllerde irade açıklamalarının mutlaka açık olması gerekmektedir³⁴. Örneğin, eser sözleşmelerinde eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz (TBK m. 476).

1.1.2.3.3. Yazılı-Sözlü İrade Açıklaması

İradenin açıklanmasında başvurulacak araçlar değişik olabilir ve irade, sözlü olarak açıklanabileceği gibi, yazılı da açıklanabilir.

Maddi bir şey üzerine, kelimelerle tespit edilerek açıklanan irade yazılı irade açıklamasıdır. İrade, sadece sözle açıklanmışsa sözlü irade açıklamasıdır. Sözlü irade

³¹ Eren, 133.

³² Eren, 133; Serozan, *Medeni Hukuk*, 323; Doğangün, 11.

³³ Erdener, 8; Eren, 134; Kılıçoğlu, 29; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi /Serozan / Arpacı, 143; Serozan, *Medeni Hukuk*, 195.

³⁴ Eren, 134; Kılıçoğlu, 29.

açıklaması hazırlar arasında yapılan hukuki işlemlerde söz konusu olmaktadır. Yazılı irade açıklamalarında, mektup, telgraf veya faks gibi vasıtalarla başvurulabileceği gibi, internet üzerinden elektronik posta gönderme yolu da kullanılabilir³⁵.

1.1.2.3.4. Muhataba Varması Gerekli Olan ve Gerekli Olmayan İrade Açıklaması

Hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi için irade beyanının belirli bir muhataba ulaşması gerekiyor olabilir. Bu tür hukuki işlemlerde irade beyanları, hayatın genel tecrübelerine, günlük alışkanlıklara göre muhatabın öğrenmesini sağlayacak şekilde açıklanmış olmalıdır. Çok taraflı hukuki işlemlerin tamamı, tek taraflı hukuki işlemlerin ise çoğunluğu muhataba varması gerekli irade beyanlarından oluşur.

Muhataba varması gerekli olmayan irade beyanlarında ise irade, irade sahibi tarafından açıklanmakla, belirli veya belirsiz bir muhataba ulaştırılmasa bile bağlayıcı sayılır. Bunların en başında, vasiyetnameler gelmektedir³⁶.

1.1.3. Hukuki İşlemin Çeşitleri

Hukuki işlemler, işleme katılan tarafların sayısına, işlemin konusuna, ivazlı veya ivazsız oluşuna, sonuçlarına veya sebebe bağlı olup olmadıklarına göre değişik şekillerde sınıflandırılmaktadırlar.

1.1.3.1. Tarafların Sayısına Göre

Hukuki işlemler, işleme katılanların sayısına göre *tek taraflı* veya *çok taraflı* hukuk işlemler olarak ayrılır³⁷.

Yalnız bir tarafın irade beyanı ile hukuki sonuç doğurabilen işlemlere tek taraflı hukuki işlemler denir. Bu iradeye başka bir iradenin eklenmesi gerekmez. Tanıma, soybağının reddi, vasiyetname, mirasın reddi, vakıf kurma, temsil yetkisi verme, fesih, iptal, sözleşmeden dönme ve takas, tek taraflı hukuki işlem örnekleridir³⁸.

³⁵ Eren, 139; Kılıçoğlu, 29-30.

³⁶ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, 154-155; Serozan, *Medeni Hukuk*, 322; Eren, 140-141.

³⁷ Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, 94-95.

³⁸ Eren, 165; Reisoğlu, 49.

Örneklerdeki tek taraflı hukuki işlemlerden bir kısmında irade beyanlarının karşı tarafa varması gerekli iken, bir kısmı herhangi bir muhataba varmadan iradenin açıklanması ile sonuç doğurur. Öneri, kabul, fesih ihbarı ve takas gibi bazı hukuki işlemlerin bir şahsa, mirasın reddi gibi bazı hukuki işlemlerin ise resmî bir makama varması gerekir. İrade beyanının belirli bir şahsa veya resmî bir makama ulaşmadan sadece yapılmakla hukuki işlemin doğumunu sağlaması da mümkündür. Vasiyetname muhataba varması gerekli olmayan tek taraflı bir hukuki işlemdir³⁹.

Bir hukuki sonucun meydana gelmesi için birden fazla kişinin irade beyanına ihtiyaç duyulan işlemlere çok taraflı hukuki işlem denir. Çok taraflı hukuki işlemler, sözleşmeler ve kararlardan oluşur⁴⁰.

Çok taraflı hukuki işlemlerin en önemlisi olan sözleşme, genel olarak birbirinden farklı menfaat veya amaçlarla hareket eden kişilerin aynı hukuki sonucu doğurmak üzere karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla yaptıkları anlaşmalardır⁴¹.

Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur (TBK m. 1). Bir sözleşmenin kurulabilmesi için en az iki kişinin bulunması gerekir. Sözleşme, tek tarafı borç altına sokuyorsa tek taraflı sözleşme, iki tarafı da karşılıklı olarak borç altına sokuyorsa iki taraflı sözleşmedir.

İşlemin doğabilmesi için birden çok kişinin karşılıklı değil de ortak bir amaca yönelik, aynı yönde iradelerini açıklamaları ile işlem kuruluyorsa bunlara ikiden çok taraflı hukuki işlem denir. Bu anlamda *karar* ikiden çok taraflı bir hukuki işlemdir. Zira ortak bir amacı olan birden fazla kişi, kendilerine oy hakkı sağlayan bir iç ilişki nedeniyle ve bu iç ilişkiyi ilgilendiren konularda, iradelerini aynı yönde açıklamak suretiyle oybirliği veya oyçokluğu ile işlemlerini gerçekleştirmektedirler⁴².

1.1.3.2. Konusuna Göre

Yapılan hukuki işlem, doğrudan doğruya hukukun hangi alanının ve dalının kapsamına girmekte ise, bu ölçüte göre yapılan sınıflandırmadır. Bu anlamda

³⁹ Eren, 165; Kılıçoğlu, 31; Zevkliler/ Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 63.

⁴⁰ Eren, 166; Reisoğlu, 50; Zevkliler/ Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 64.

⁴¹ Eren, 166; Reisoğlu, 52; Serozan, *Medeni Hukuk*, 326; Tuğ, 4.

⁴² Eren, 166-167; Kılıçoğlu, 32; Zevkliler/ Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 64.

düzenledikleri konulara göre hukuki işlemler, borçlar hukuku, eşya hukuku, kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku işlemlerinden oluşurlar.

Satım, kira, vekâlet, bağış ve kefalet sözleşmesi; borçlar hukuku, mülkiyetin nakli eşya hukuku, dernek veya vakıf kurma şahsın hukuku, evlenme, boşanma, tanıma gibi işlemler; aile hukuku, vasiyetname ve mirasın reddi ise miras hukukuna ait hukuki işlem türleri olarak örnek verilebilir⁴³.

1.1.3.3. Karşılıklı veya Karşılıksız Olmasına Göre

Hukuki işlem bir ivaz karşılığında yapılıyorsa, bir başka ifadeyle, kazandırmada bulunan kişi bu kazandırmadan bir karşılık elde ediyorsa hukuki işlem ivazlıdır. Ancak eğer kazandırmada bulunan kişi, hukuki işlemle başkasına sağladığı parasal çıkar karşılığında herhangi bir karşılık elde etmiyorsa hukuki işlem ivazsızdır⁴⁴.

İvazlı hukuki işlemlerde taraflardan birinin ediminin karşılığında diğerinin edimi karşı edim olarak yer alır. Her iki tarafa da borç yükleyen tam iki taraflı sözleşmelerde edim ve karşı edim mutlaka mevcuttur. Satım, kira, hizmet ve istisna sözleşmeleri, ivazlı hukuki işlemlerdir.

Bir tarafın edimine karşı diğer tarafın herhangi bir edim yükümü altına girmedığı bağışlama taahhüdü, vasiyetname, ücretsiz vekâlet sözleşmesi ise ivazsız hukuki işlem örnekleridir⁴⁵.

1.1.3.4. Hukuki Sonuçlarını Meydana Getirdikleri Ana Göre

Hukuki işlemler, hukuki sonucun doğacağı zamana göre yapılan ayırım bakımından, sağlararası hukuki işlemler ve ölüme bağlı hukuki işlemler olarak ikiye ayrılmaktadır.

Hukuki işlemin sonucu, işlemi gerçekleştirenin sağlığında hüküm ve sonuç doğuracaksa, sağlararası hukuki işlem; işlemi gerçekleştirenin ölümünden sonra hukuki etki doğuracaksa, ölüme bağlı hukuki işlemden söz edilir.

⁴³Eren, 151; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, 96; Zevkliler/ Ertaş/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumalıoğlu, 66.

⁴⁴ Serozan, *Medeni Hukuk*, 329.

⁴⁵ Eren, 155; Serozan, *Medeni Hukuk*, 329; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, 115; Doğangün, 19.

Satım ve bağışlama gibi sağlararası hukuki işlemler, etkilerini, hukuki işlemi yapan kişi henüz hayattayken onun malvarlığı üzerinde doğurmaktadırlar. Buna karşın, vasiyetname ve miras sözleşmesi ölüme bağlı hukuki işlemlerdir ve bu işlemler etkilerini hukuki işlemi yapanın ölümünden sonra onun terekesi ve mirasçılarının üzerinde doğurmaktadırlar⁴⁶.

Türk hukuku açısından ölüme bağlı tasarruflarda sınırlı sayı ilkesi geçerlidir. Bu nedenle vasiyetname ve miras sözleşmesi dışında ölüme bağlı tasarruf yapmak mümkün değildir⁴⁷. Ayrıca, miras sözleşmesi, adından da anlaşıldığı üzere, iki taraflı bir hukuki işlem olduğu hâlde, vasiyetname tek taraflı bir ölüme bağlı hukuki işlemidir⁴⁸.

1.1.3.5. Sonuçlarını Doğurduğu Değere Göre

Hukuki işlemlerin sonuçları ya doğrudan kişiye ya da malvarlığına ilişkindir. Parayla ölçülmez, el değiştiremez ve mirasçılara geçmez değerlere ilişkin hukuki işlemler kişi varlığı işlemleridir⁴⁹. Örneğin, nişanlama, evlenme, evlat edinme işlemleri kişisel ilişki kurmaya yönelik kişi varlığı işlemleridir.

Fakat hukuki işlem türleri arasında en önemli ayrım ise hukuki işlemlerin malvarlığı üzerindeki etkilerine göre yapılan ayrımdır. Parayla ölçülebilen maddi değerlere ilişkin hukuki işlemler malvarlığı işlemleridir. Bu işlemlerin malvarlığında doğurduğu etkileri aynı biçimde olmamaktadır⁵⁰.

Kişilerin malvarlığı, hakların yer aldığı aktif ve borçların yer aldığı pasiften oluşmaktadır. Malvarlığını oluşturan aktif ve pasif üzerindeki etkilerine göre hukuki işlemler borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleridir. Borçlandırıcı işlemler işlemi yapanın malvarlığının pasifini çoğaltırken; tasarruf işlemleri ise işlemi yapanın malvarlığının aktifini azaltmaktadır⁵¹.

Borçlandırıcı işlem kişinin bir şeyi yapma, yapmama veya verme edimlerinde bulunmayı taahhüt ettiği işlemlerdir⁵².

⁴⁶ Serozan, *Medeni Hukuk*, 328; Reisoğlu, 54.

⁴⁷ Eren, 157.

⁴⁸ Kılıçoğlu, 36.

⁴⁹ Serozan, *Medeni Hukuk*, 328.

⁵⁰ Zevkliler/ Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 66.

⁵¹ Eren, 158; Serozan, *Medeni Hukuk*, 328; Reisoğlu, 53.

⁵² Reisoğlu, 51; Kılıçoğlu, 31-32; Zevkliler/ Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 68.

Tasarruf işlemi ise, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan doğruya etkileyen, onu diğer tarafa geçiren, içeriğini sınırlayan, değiştiren veya ortadan kaldıran hukuki işlemlerdir. Mülkiyetin nakli, alacağın devri, borcun ibrası, rehin, taşınmaz mükellefiyetinin kurulması gibi işlemler tasarruf işlemleridir⁵³.

Borçlandırııcı işlemler ile tasarruf işlemleri arasında nitelik farkı olmasına rağmen, iki işlem arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Genel olarak, bir hakkın devredilebilmesi için önce borçlandırııcı bir işlem yapılarak hakkın devri taahhüt edilir, sonra bir tasarruf işlemi ile hakkın devri gerçekleştirilir⁵⁴. Örneğin, bir taşınmazın mülkiyetinin devredilebilmesi için, önce bir borçlandırııcı işlem olan alım-satım sözleşmesinin, tapu memuru önünde yapılması ve akabinde tasarruf işlemi olan tapu kütüğüne tescilin icrası gerekmektedir⁵⁵. Ayrıca, kazandırıcı hukuki işlemler de sonuçlarını doğurduğu değere göre hukuki işlem türlerinden bir tanesi olarak kabul edilmelidir. Çünkü hem borçlandırııcı hukuki işlemler hem de tasarruf işlemleri bir başkasına çıkar sağlamak amacıyla yapılan kazandırıcı işlemlerdir⁵⁶.

Borçlandırııcı işlem ve tasarruf işlemi, işlemi yapan açısından malvarlığında bir iktisadi azalma meydana getirirken, işlemin karşı tarafında bulunan için bu bir kazandırmadır⁵⁷. Buna göre taraflardan birinin, diğerinin malvarlığının aktifini arttıracak, pasifini azaltacak veya aktifin azalmasına engel olacak şekilde bir menfaat temin eden işlem ve fiillerine kazandırıcı işlem denmektedir⁵⁸.

1.1.3.6. Sebebe Bağlı Olup Olmamasına Göre

Hukuki işlemlerde sebep, tarafların hukuki işlemi yaparken ulaşmak istedikleri, hukuken önem taşıyan amacı ifade etmektedir. Borçlandırııcı işlemler ve tasarruf işlemleri ile yakından ilgili olan bu türde ayırım, hukuki işlemlerin geçerliliğinin, bir sebebin varlığına ve geçerliliğine bağlı olup olmamasına göre yapılır ve bu işlemler sebebe bağlı hukuki işlemler ve sebepten soyut hukuki işlemler olarak ikiye ayrılmaktadır.

⁵³ Eren, 160.

⁵⁴ Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 8. Bası, Beta Basım, İstanbul 2010, 19.

⁵⁵ Reisoğlu, 51.

⁵⁶ Serozan, *Medeni, Hukuk*, 329.

⁵⁷ Mustafa Dural/ Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku Cilt 1 - Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri*, Filiz Kitabevi, 203.

⁵⁸ Doğangün, 21.

Sebebe bağı hukuki işlemlerde kazandırmanın hukuki sebebi, işlemin içeriğine dâhil olup onun kurucu bir parçasıdır. Dolayısıyla, hukuki işlemin geçerliliği, sebebin varlık ve geçerliliğine bağlıdır.

Nitekim hukuki işlemlerde başlıca dört sebepten bahsetmek mümkündür. Bunlar, ifa sebebi, alacak sebebi, bağışlama sebebi ve teminat sebebidir⁵⁹.

Sebepten soyut hukuki işlemlerde ise kazandırmanın hukuki sebebi, borçlandırıcı işlemin veya tasarruf işleminin içeriğine dâhil değildir. Buna bağlı olarak da hukuki sebebin yokluğu veya geçersizliği, hukuki işlemin varlığını etkilememektedir.

Bir hukuki işlemin sebebe bağlı olmaması, o işlemin sebebi olmadığı anlamına gelmez. Zira her hukuki işlemin bir sebebi vardır. Ancak sebepten soyut hukuki işlemlerde istenilen sonucun doğması, sebebin gösterilmesine bağlı değildir. Buna karşılık sebebe bağlı işlemlerde istenen hukuki sonucun doğması, sebebin gösterilmesini zorunlu kılmaktadır⁶⁰.

1.2. HUKUKİ İŞLEMİN ŞEKLİ

Bir iradeyi açıklamak üzere kullanılan araç, dış kalıp veya biçime şekil denir⁶¹. Hukuki işlemlerin kurucu unsuru olan irade, ancak belirli bir tarzda ve belirli vasıtalarla beyan edilerek bir hüküm ifade edebilir. Her irade açıklamasının, dolayısıyla her sözleşmenin ve her hukuki işlemin bir şekli vardır. Bir irade açıklamasının, bir hukuki işlemin veya bir sözleşmenin şekle bağlı olmadığından bahsedildiğinde, bununla anlatılmak istenen şekilsizlik değil; irade beyanı, hukuki işlem veya sözleşmenin geçerliliğinin bir şekle bağlı olmadığı ve sözlü, yazılı veya resmî şekil türlerinden biriyle yapılabileceğidir⁶². Bu durum Türk özel hukukunda “*şekil serbestisi*” olarak adlandırılmaktadır. TBK’ya göre sözleşmelerin geçerliliği, Kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.

⁵⁹ Hüseyin Hatemi/ Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, 25; Zevkliler/ Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 70-71.

⁶⁰ Eren, 179; Kılıçoğlu, 34; Zevkliler/ Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 71.

⁶¹ Eren, 264

⁶² Eren, 236; Reisoğlu, 80; Erdener, 7; Elvan Sütken, *Roma Hukuku’nda Şekil*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2010, 6; Erdoğan, 114-123; Sevgi Bozkurt Yaşar, “Türk Özel Hukukunda Şekil Kavramı ve Şekil Eksikliği Sebebi ile Hükümsüzlüğün TMK. m. 2/f.sı Gereğince Sınırlanması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 1(4), Aralık 2006, 31.

TBK'nın sözleşmeler için getirmiş olduğu bu kural, sadece sözleşmelere değil bütün hukuki işlemlere uygulanır⁶³. Kural şekil serbestisi olmakla birlikte hem TBK'da hem de diğer kanunlarda özel şekil kuralları ile hukuki işlemlerin geçerliliği şekil zorunluluğuna bağlanmış olabilir.

Nitekim taraf ve işlem menfaatlerini koruma düşüncesi ile kabul edilen şekil serbestisinin karşısında, çok süratli işleyen ticari hayatın tehlikelerinden korunma düşüncesi ile şekil zorunluluğu esası getirilmiştir⁶⁴. Aşağıda sırasıyla şekil serbestisi ile şekle bağlı işlemlerde şekil türleri açıklanacaktır.

1.2.1. Şekil Serbestisi

Sözleşme özgürlüğünün bir yansıması olarak şekil serbestisi, bir hukuki işlem veya sözleşmenin geçerliliğinin kanun tarafından belirli bir şekle tabi tutulmamasını ifade etmektedir. O hâlde şekil serbestisi, kişilere hukuki işlem yaparken, işlemin şeklini özgürce seçme ve yapılmış bir sözleşmeyi herhangi bir şekle bağlı olmadan değiştirme veya sona erdirmeye yetkilerini sağlamaktadır⁶⁵.

Kişilerin kendi özel çıkarlarını gözetecekleri ve bu nedenle ihtiyatsız davranmayacakları varsayılarak, Türk borçlar hukukunda şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Bu serbestinin, kural olarak, benimsenmiş olmasının nedeni, hukuki işlemlerin kurulması, uygulanması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi sırasında taraflara şekil yönünden kolaylık sağlamak, işlem veya sözleşmelerin kurulmasını zorlaştırmaktan kaçınmak ve süratle yapılıp sonuçlandırılmalarını sağlamaktır⁶⁶. Ancak TBK, şekil serbestliğini mutlak bir özgürlük olarak öngörmemiştir. Şekil serbestisini kural olarak benimsemiş olmasına karşın, genellikle taraflar için ağır sorumluluklar getiren, zayıf olan taraf için ekonomik yıkım oluşturabilen, gelişigüzel kararlar verilmemesi gereken bazı işlem veya sözleşmelerin geçerliliklerini şekle bağlamıştır.

⁶³ Tuğ, 9.

⁶⁴ Tuğ, 28-29.

⁶⁵ Oğuzman/Öz, 24; Eren, 267; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan /Arpacı, 270; Kılıçoğlu, 105; Tekinay /Akman/Burcuoğlu /Altop, 370; Kavak, 17.

⁶⁶ Sıddık Sami Onar, *İdâre Hukukunun Umumi Esasları, C. I*, İstanbul 1966, 307; Oğuzman / Öz, 140; Eren, 267; Kavak, 18;

Hatta taraflara da yasa tarafından şekle bağlanmamış olan bir işlem veya sözleşmeyi şekle bağlayabilme yetkisi tanımıştır⁶⁷ (TBK madde 13 ve 17).

Görüldüğü üzere, şekil serbestisi ilkesi, işlem iradesinin ortaya konulmasının herhangi bir şekle bağlı olmamasını ifade etmektedir. Bu ilkenin karşıtı olan “şekil mecburiyeti ilkesi” ise, bazı hukuki işlemlerin, dolayısıyla sözleşme yapma iradesinin geçerliliğinin, yasa veya taraf iradeleriyle şekle bağlanmasını ifade etmektedir⁶⁸.

1.2.2. Şeklin Fayda ve Sakıncaları

Belirtmek gerekir ki, şeklin faydaları yanında sakıncaları da bulunmaktadır. Ancak bir gerçek vardır ki şekil ne tamamıyla faydalıdır ne de daima zararlıdır⁶⁹. Aşağıda önce şeklin faydalarından ve sonrasında da şeklin sakıncalarından bahsedilecektir.

1.2.2.1. Şeklin Faydaları

Bir hukuki işlemde şekil şartının amacı, bazen taraflardan birinin veya her ikisinin, bazen de üçüncü kişilerin veya kamunun menfaatini korumaktır⁷⁰.

Bu amaçlar doğrultusunda bir hukuki işlemin şekle bağlı olarak yapılması aşağıdaki nedenlerden dolayı faydalıdır:

- Tarafların iradelerinin uyuştığı, ancak belirsiz bazı hususların açıklığa kavuşması sağlanmaktadır. Böylece şekil, işleme açıklık kazandırmaktadır. İşlemin kuruluş zamanı, niteliği, tarafların anlaştıkları veya anlaşamadıkları noktaların açık ve kesin olarak ortaya konması sağlanmaktadır⁷¹.
- Tarafları, irade açıklamaları üzerinde dikkatle düşünmeye sevk ederek, acele karar vermesini önlemektedir. Böylece taraflar, hukuki işlem yapıp yapmama

⁶⁷ Oğuzman / Öz, 140; Eren, 267; Kavak, 18; Kılıçoğlu, 105.

⁶⁸ Oğuzman / Öz, 140; Eren, 267; Kılıçoğlu, 105.

⁶⁹ Tuğ, 46.

⁷⁰ Eren, 264; Fatih Önder, *Borçlar Hukuku Açısından E-İmza*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2007, 6; Reisoğlu, 65.

⁷¹ Doğanğün, 23; Tuğ, 64-65; Eren, 264; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, 99; Reisoğlu, 60; Antalya, Oğuzman/ Öz, 113.

konusunda daha bilinçli bir karar vermiş olmaktadırlar⁷². Bu şeklin özel koruma amacıdır⁷³.

- Şekil, hukuki işleme kesinlik sağlamaktadır. Tarafların iradelerinin ciddiyetini ortaya koyarak, işlemin kesin olarak yapılmak istendiğini ortaya koymaktadır.
- Şekle bağlılık, tarafların hukuki işlemin ayrıntılarına ilişkin üzerinde anlaştıkları hususları zamanla unutmalarının, hatta inkâr etmelerinin önüne geçerek, ispat kolaylığını sağlamaktadır⁷⁴.
- Ayrıca, bir hukuki işlemin yalnızca taraflara değil, üçüncü şahıslara karşı da etki doğurması şekle bağlı olarak yapılmasına bağlıdır. Zira üçüncü şahısların, taraflar arasındaki işlemde başka türlü haberdar olma imkânları bulunmamaktadır. Bu ise şeklin genel koruma amacıdır. Şeklin aleniyet sağlayan bu etkisi, tarafların sözleşmeyi kendi çıkarları doğrultusunda değiştirmelerini de önlemektedir⁷⁵.
- Son olarak, tarafların içeriğini düşünerek açıkça kararlaştırdıkları hukuki işlem hakkında bir ihtilaf ortaya çıktığında, şekil, hukuki işlemin yorumunu kolaylaştırmakta ve böylece ihtilafli hususun çözümüne hizmet etmektedir⁷⁶.

1.2.2.2. Şeklin Sakıncaları

Bir hukuki işlemin şekle bağlı olarak yapılmasının, yukarıda sayılan yararlarına rağmen, bir takım sakıncaları da bulunmaktadır. Söz konusu sakıncaları şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Bir kere hukuki işlemin şekle bağlı olarak yapılması, işlemin çabukluğunu önlemekte ve taraflara para ve zaman kaybettirmektedir.
- Diğer taraftan, şekil ne kadar basit olursa olsun, hukuki işlemin yapılmasını güçleştirmektedir. Bugünkü ekonomik ve sosyal hayatın aradığı hıza yetişemeyen ve yükümlülüklerini yerine getiremeyen taraflar, hukuki işlem yapmaktan vazgeçebilmektedir⁷⁷.

⁷² Tuğ, 47; Doğangün, 23; Eren, 265; Kılıçoğlu, 71-72.

⁷³ Hasan Ayrancı, *Ön Sözleşme*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, 143-144.

⁷⁴ Tuğ, 47; Doğangün, 23; Eren, 265.

⁷⁵ Tuğ, 47; Eren, 266; Ayrancı, 144-145; Doğangün, 24.

⁷⁶ Tuğ, 47; Eren, 266; Doğangün, 24.

⁷⁷ Tuğ, 48; Eren, 266; Doğangün, 25; Kılıçoğlu, 72-73.

- Şekil şartının en büyük sakıncası ise, şekle ilişkin bir eksikliğin sözleşmenin butlanına sebep olabilmesidir. Zira hukuki işlemi samimi olarak yapmak ve onunla bağlanmak isteyen taraf, belirli şekil şartını yerine getirmediği için, hukuki işlemin geçersizliği ile karşılaşacak ve buna karşılık diğer taraf da bu eksiklik nedeniyle taahhüdünden kurtulma imkânına kavuşacaktır. Böylece esas, şekle feda edilmiş olacaktır⁷⁸.

Nitekim şekil, bir hukuki işlemin ispatını kolaylaştırmasına rağmen, bazı durumlarda ikrar, tanık veya yemin gibi diğer delillerle ispat edilebilecek hususlara başvurma imkânını ortadan kaldıracığı için de ispatı zorlaştırmaktadır. Zira kişinin belirli iddialarını ispat edebilmesi için belirli şekle uygun olarak yapılmış yazılı bir belge ibraz etmesi gerekir ve kişi gerekli belgeyi temin edememesinden dolayı adil olmayan bir sonuçla karşılaşabilmektedir. Bu durum aynı zamanda hâkimi de gerçek dışında bir karar vermeye zorlayabilir. Çünkü ispatı belirli şekle bağlanmış hususlar, o belgelere dayandırılmadığında ispatlanmamış sayılır ve hâkim gerçeği bilse bile sırf şekil şartı gerçekleşmediği için farklı bir karar verebilir⁷⁹.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki, bir hukuki işlemin şekle bağlı yapılmasının fayda ve sakıncalarından yola çıkılıp Türk özel hukukunda, kural olarak, şekil serbestisi ilkesi benimsenmiş ve bu TBK madde 12 hükmü ile: “*Sözleşmelerin geçerliliği, Kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir*” kuralı ile ifade edilmiştir. Bu hükme rağmen, Kanun, bazı hâllerde, aşağıda görüleceği üzere, hukuki işlemlerin belirli şekilde yapılmasını zorunlu kılmaktadır⁸⁰. TBK ile sözleşmeler için öngörülen şekil kuralları, kıyasen tüm irade beyanlarına uygulanmaktadır⁸¹.

1.2.3. Türk Özel Hukukunda Şekil Türleri

Hukuki işlemler, şekillerine göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bu bağlamda doktrinde genel kabul gören, amaçlarına ve yapılaş tarzlarına göre şekil türleri ayrımı dikkate alınarak açıklama yapılacaktır.

⁷⁸ Tuğ, 48; Eren, 266; Doğançün, 25.

⁷⁹ Tuğ, 48.

⁸⁰ Tuğ, 48; Kılıçoğlu, 73.

⁸¹ Eren, 267; Kavak, 17; Oğuzman/ Öz, 140-141; Kocayusufpaşaoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, 270; Kılıçoğlu, 77; Emrehan İnal, *E-Ticaret*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, 169.

1.2.3.1. Amaçlarına Göre Şekil

Hukuki işlemler, geçerlilik şartı veya ispat şartı olmak üzere, iki amaçla şekle tabi tutulmaktadır. Böylece şekil, ya hukuki işlemin geçerli olarak doğmasını temin etmektedir veya geçerli olarak kurulmuş bir işlemin ispatını sağlamaktadır⁸².

Hukuk sistemlerinin, hukuki işlemlerin yapılmasında şekle uyulması zorunluluğunu öngördükleri hallerde, öngörülen amaç ve hukuki sonuçlar da her zaman aynı değildir. Bazen bir işlemin geçerliliği, belli bir şekle uyularak yapılmasına bağlanmış ve bu şekle uyulmadıkça işlemin hüküm ifade etmeyeceği kabul edilmiştir. Bu gibi hallerde şekil *geçerlilik* şartıdır. Buna karşılık, işlemin geçerli olarak kurulması için herhangi bir şekle uyulması ön görülmemekle beraber; anlaşmazlık halinde sözleşmenin varlığının ve hükümlerinin ispat edilebilmesi için, ancak belli bir şekilde yapılmış olması gerektiği hükmüne yer verilmiştir. Bu gibi hallerde şekil, *ispat* şartıdır ve bir yargılama usulü kuralıdır⁸³.

1.2.3.1.1. Geçerlilik Şartı Olarak Şekil

Geçerlilik şekli, bir hukuki işlemin geçerli olarak kurulabilmesi için uyulması gerekli olan şekildir⁸⁴.

Türk özel hukukunda, kural olarak kabul edilen şekil serbestisi ilkesinin sağlamış olduğu şekli seçme özgürlüğü, mutlak bir özgürlük değildir. Zira TBK madde 12 hükmünden açıkça anlaşıldığı üzere, şekil serbestisi kuralına kanunla veya tarafların iradeleriyle istisna getirilebilmektedir. Kanunun emrettiği veya tarafların kararlaştırdıkları şekil, geçerlilik şeklidir ve artık hukuki işlem bu şekle uymadıkça geçerli olmayacaktır⁸⁵. Başka bir deyişle, bir hukuki işlemin geçerli olarak kurulması belirli bir şekil şartına uyularak yapılmasını gerektiriyorsa, söz konusu şekil geçerlilik şeklidir⁸⁶. Geçerlilik şekli de *kanunî şekil* ve *iradî şekil* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

⁸² Doğangün, 25-26.

⁸³ Önder, 9.

⁸⁴ Ahmet Cemal Ruhi, *Sözleşmeler Hukuku 1. Cilt*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, 22.

⁸⁵ Eren, 268; Reisoğlu, 79; Ruhi, *Sözleşmeler Hukuku*, 22.

⁸⁶ Eren, 248; Reisoğlu, 66; Önder, 10.

1.2.3.1.1.1. Kanunî Şekil

Bir hukuki işlemin geçerli olarak kurulması için tarafların uymak zorunda oldukları şekil, kanun tarafından belirlenmekte ise buna kanunî şekil denir. Kanunun bazı hukuki işlemleri şekle tabi tuttuğunu yine kendi ifadesinden anlamak mümkündür. Nitekim TBK madde 12/2’ de yer alan “*Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.*” hükmü ile şekil, hukuki işlemlerin geçerlilik şartı olarak kabul edilmektedir⁸⁷.

1.2.3.1.1.2. İradî Şekil

İradî şekil ise, taraflarca kararlaştırılan şekildir. O halde şekli, geçerlilik şartı olarak kanun öngörebileceği gibi, bazı hâllerde taraflar da öngörebilmektedir. İşte bu gibi geçerlilik şartı olarak tarafların belirlediği şekle, iradî şekil denir⁸⁸. Taraflar, şekle tabi olmayan bir işlemi, yazılı veya resmî bir şekle veya yazılı şekle tabi bir işlemi resmî şekle tabi kılabilirler. Ancak taraflar kanundaki şekil şartlarını bertaraf edemez veya yumuşatamazlar, yalnızca ağırlaştırabilirler. Taraflarca kararlaştırılan şekil de, tıpkı kanuni şekil gibi, aksi belirtilmedikçe, geçerlilik şekli sayılır. Bu şekle uyulmadıkça işlem geçerli olmamaktadır⁸⁹.

İradi şekil, TBK madde 17’de “*Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin, taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz*” hükmü ile de teyit edilmektedir.

İradi şekle uyulmadan yapılan hukuki işlemler tarafları bağlamamaktadır. Zira iradi şekil, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece geçerlilik şeklidir⁹⁰.

1.2.3.1.2. İspat Şartı Olarak Şekil

Şekil, hukuki işlemin ispatını kolaylaştırmak veya mümkün kılmak amacını taşıyorsa, buna ispat şekli denir. Bir başka deyişle, ispat şekli, geçerlilik şeklinden bağımsız olarak, bir hakkın doğumu, sona ermesi veya devredilmesi gibi amaçlarla

⁸⁷ Oğuzman/Öz, 139; Eren, 268; Tuğ, 32; Doğangün, 26.

⁸⁸ Eren, 269.

⁸⁹ Oğuzman/Öz, 139; Eren, 268; Tuğ, 32;

⁹⁰ Tuğ, 33; Kılıçoğlu, 74; Eren, 269; Doğangün, 27.

yapılan hukuki işlemlerin ispatı için öngörülen şekil şartıdır. İspat şekli de, geçerlilik şekli gibi kanuni veya iradi olabilmektedir. Hukuki işlemin ispat şartı olarak şekil, TBK’ da değil, Hukuk Muhakemeleri Kanununda⁹¹ düzenlenmektedir. Zira ispat şekli, hukuki işlemlerin yargılama hukukunda ispatlanmasında aranan şekil şartıdır.

İspat şartı olarak şekil, hukuki işlemin geçerlilik şartı değildir. Dolayısıyla, ispat şartına aykırılık, hukuki işlemin geçerliliğini etkilememektedir⁹². Görüldüğü üzere, geçerlilik şartı ile ispat şartı arasındaki en önemli fark, geçerlilik şartını sağlamayan hukuki işlemlerin kesin hükümsüz olmasıyken, ispat şeklini sağlamayan hukuki işlemin ise geçerli olmasıdır. İspat şeklini sağlamayan, ancak geçerli şekilde kurulmuş hukuki işlemler, hukuk düzeninde varlık kazanmış ancak ispatlanamamıştır⁹³.

1.2.3.2. Yapılış Tarzına Göre Şeklin Türleri

Yapılış tarzına göre şekil türleri genel olarak; sözlü şekil, yazılı (adi yazılı-nitelikli yazılı) şekil, resmî şekil, tescil (resmî tescil) ve ilan olmak üzere beşe ayrılmaktadır⁹⁴.

1.2.3.2.1. Sözlü Şekil

Sözlü şekil, eski hukuk düzenlerinde kabul edilmiş olup, bugün önemini kaybetmiştir. TBK’ da sözlü şekle verilebilecek bir örnek bulunmamaktadır. Buna karşılık TMK’ da yalnızca iki işlem için sözlü şekil söz konusudur. Evlenme ve vasiyetnameler, hukukumuzda sözlü şekilde yapılabileceği kabul edilen işlemlerdendir. Nitekim TMK madde 142: *“Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar”* hükmünden anlaşıldığı üzere evlenmede ve aynı şekilde TMK madde 539: *“Mirasbırakan; yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağaniüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname*

⁹¹ RG: 4.2.2011 -27836. Bundan sonra kısaca HMK olarak anılacaktır.

⁹² Hatemi/Gökyayla, 42-43; Tuğ, 30; Doğangün, 28.

⁹³ Burcu Zengin Özküçükparlak, 6098 S. Türk Borçlar Kanununda Görme Engelliler ve İmza Atamayanlar Bakımından Adi Yazılı Şekil, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), Aralık 2015, 139.

⁹⁴ Tuğ, 33-35; Eren, 272; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, 112; Turgut Akıntürk/ Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku II. Cilt*, 16. Bası, Beta Basım, İstanbul 2014, 37; Antalya, 328; Kocayusufoğlu / Hatemi / Serozan / Arpacı, 276-277; Kılıçoğlu, 108-109.

yapamıyorsa, sözlü vasiyet yoluna başvurabilir” hükmü ile de vasiyetnamelerde sözlü şekle olanak tanınmaktadır⁹⁵.

1.2.3.2.2. Yazılı Şekil

Yazılı şekil ise, kanun tarafından veya tarafların iradeleriyle, bazı hukuki işlem veya sözleşmelerin geçerliliği için aranan, gerçekleştirilmek istenen hukuki işlem veya sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı unsurlarını, özellikle işlem veya sözleşme ile borç altına giren veya hak devreden taraf veya tarafların irade açıklamalarını ve bunlar dışında kalan ve yasa tarafından şekilde yer alması istenen diğer hususların yazılı bir metne dönüştürülmesi ve bu metnin borç altına giren veya hak devreden taraf veya taraflarca imzalanması suretiyle oluşturulan şekildir⁹⁶. Kısaca yazılı şekil, bir hukuki işlemin herhangi bir belgeye bürünerek ortaya çıkmasını ifade etmektedir.

TBK’da “*yazılı şekil*” başlığını taşımasına rağmen 13. madde hükmü, içeriği itibariyle sözleşmelerin değiştirilmesinde uygulanacak şekil şartlarından bahsetmektedir⁹⁷. Buna karşılık TBK madde 14-16 adi yazılı şeklin unsurlarını düzenlemektedir.

Yazılı şekil, adi yazılı şekil ve nitelikli yazılı şekil olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁹⁸.

1.2.3.2.2.1. Adi Yazılı Şekil

Adi yazılı şekil, yazılı bir metnin, bu metinle borç altına girmek isteyenler tarafından imzalanması anlamına gelmektedir⁹⁹. Daha açık bir ifadeyle, adi yazılı şekil, tarafların, herhangi bir makamın veya şahsın katılımına ihtiyaç duymaksızın, sadece anlaştıkları hususları, bir şey üzerine yazarak, altını imzalamak suretiyle meydana getirdikleri şekildir¹⁰⁰.

⁹⁵ Tuğ, 33; Eren, 287; Ruhi, *Sözleşmeler Hukuku*, 23.

⁹⁶ Oğuzman/Öz, 143; Eren, 272; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 113; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 277; Reisoğlu, 87; Antalya, 328; Kılıçoğlu, 108; Kavak, 35.

⁹⁷ Madde 13- “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır. Bu kural, yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri hakkında da uygulanır.*”

⁹⁸ Eren, 272-273.

⁹⁹ Nomer, 56.

¹⁰⁰ Tuğ, 34; Hatemi/Gökyayla, 46; Kılıçoğlu, 75; Doğanın, 28.

Kanunen bir geçerlilik şartı öngörülen hukuki işlemler veya kanunen bir şekil şartı öngörülmediği hâlde tarafların iradesiyle şekle bağlanan hukuki işlemler bakımından adi yazılı şekil hükümleri uygulanmaktadır¹⁰¹. Adi yazılı şekle ilişkin temel kural TBK madde 14 ile düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre adi yazılı şekil: *“Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur. Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer”* şeklinde ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, adi yazılı şekil, metin ve imza olmak üzere, iki unsurdan oluşmaktadır. Hukuki işlemde tarafların iradelerini dil araçlarıyla biçimlendirip yazılı şekilde ifade eden belgeye metin, kişinin kimliğini belgeleyen ve onu diğerlerinden ayıran işarete ise imza denmektedir¹⁰².

Metin açısından yazının üzerine yazıldığı maddenin, yazının ne tarzda ve ne ile yazıldığına bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan metnin imzalanabilir olmasıdır. Metnin mutlaka Türkçe olması da şart değildir, başka bir dilde de yazılabilir. Ancak bu gibi hâllerde tarafların bu dili anlaması gereklidir. Hazırlanan metnin, borç altına girenler tarafından imzalanması zorunludur¹⁰³.

1.2.3.2.2.2. Nitelikli Yazılı Şekil

Nitelikli yazılı şekil, niteliği itibarıyla bazı hukuki işlemlerin özellikleri dikkate alınarak kanunda öngörülen yazılı şekildir. Aslında nitelikli şekil de kanuni bir yazılı şekildir. Ancak, burada şekil, hukuki işlemin adi yazılı şekle oranla ya tamamını ya da imza ile birlikte bazı hususlarını içermektedir. Örneğin, el yazılı vasiyetnamelerde, vasiyetnamenin geçerliliği yalnızca imzanın değil, baştan sona tüm vasiyetnamenin vasiyetçinin el yazısı ile yazılması şartıyla nitelikli şekil şartına tabi tutulmuştur¹⁰⁴.

¹⁰¹ Zengin Küçükparlak, 140.

¹⁰² Eren, 273-274; Tuğ, 49.

¹⁰³ Eren, 273; Tuğ, 55.

¹⁰⁴ Eren, 283; Doğan, 30; Kılıçoğlu, 75.

1.2.3.2.3. Resmî Şekil

Resmî şekil, hukuki işlemin geçerliliğinin, sadece yazılı olmasına değil, aynı zamanda buna bir memur ya da makamın resmîyet vermesine bağlı olduğu şekildir. Resmî şekilden amaç, hukuki işlemin, devletin bu işle görevlendirdiği kişiler tarafından kanunların öngördüğü usul ve şartlara uyularak yapılmasıdır¹⁰⁵.

Resmîyet verme işlemi, ancak düzenleme şeklinde olabilir. Düzenleme şeklinde, hukuki işlem, başından sonuna kadar resmî memur tarafından düzenlenip onaylanmaktadır¹⁰⁶. Onama şeklinde ise taraflar hukuki işlemi dışarıda bizzat hazırlarken, resmî memur bunu sadece onamaktadır. Ancak imza onamaları resmî şeklin doğurduğu hükümlerden yararlanamaz¹⁰⁷.

Türk hukukunda TMK ve TBK'nın resmî şekle tabi tuttuğu başlıca hukuki işlemler şunlardır: mal rejimi sözleşmesi (TMK m. 205), resmi vasiyetname (TMK m. 532), miras sözleşmesi (TMK m. 545), ipotekli borç senedi ve irat senedi (TMK m. 912), taşınmaz satışı (TBK m. 243).

Taşınmazların alım-satımına ilişkin sözleşmenin geçerli olması, bu sözleşmelerin resmî şekilde düzenlenmiş olmasına bağlanmıştır. Ayrıca, taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmeleri de resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli kabul edilmezler (TBK madde 237).

Bununla birlikte TBK ve TMK, taşınmaz satımının hangi resmî memur tarafından düzenleneceğini açıkça belirlememiştir. Ancak Tapu Kanunun 26. maddesinde bu yetki yalnızca tapu memurlarına tanınmıştır. Bu durumda, noterlerin taşınmaz satım sözleşmesi düzenleme yetkileri yoktur. Noterler ancak taşınmaz satım vaadi sözleşmesi yapabilmektedirler¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Oğuzman / Öz, 153; Eren, 283-285; Kılıçoğlu, 75; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, 302; Akıntürk/Ateş Karaman, 41.

¹⁰⁶ Kılıçoğlu, 76.

¹⁰⁷ Eren, 285. Resmîyetin yalnızca düzenleme şeklinde değil, onama şeklinde de yapılabileceği yönündeki aksi fikir için bkz. Kılıçoğlu, 75-76.

¹⁰⁸ S. Petek Arslan (Akyüz), *Şekle Aykırılık Nedeni İle Geçersiz Taşınmaz Satımlarından Doğan Hukuki Sonuçlar*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2004, 18.

1.2.3.2.4. Tescil

Kanun gereği bazı hukuki işlemlerin geçerliliği, resmi olarak tutulması öngörülen sicillere kaydedilmiş olmasına bağlı olabilir. Bu durumda söz konusu işlem, öngörülen sicile tescil edilmedikçe, geçerlilik kazanamaz. Bu nedenle bu işlemler için tescil, şekil şartıdır¹⁰⁹. Tescil işlemindeki amaç, bir hukuki işleme geçerlilik kazandırmak yanında, işlemin devamlılığını sağlamak ve bu işlemle ilgili kişileri böyle bir olayın varlığından haberdar etmektir. Dolayısıyla, tescil işleminin amacını belgelendirme, alenileştirme ve güven doğurma şeklinde ifade etmek mümkündür¹¹⁰.

Örneğin, taşınmaza ilişkin aynı hakların kurulması, değiştirilmesi, kısıtlanması ve ortadan kaldırılmasına yönelik hukuki işlemler tapu siciline tescil edilmedikçe, bu işlemlerin geçerlilik kazanamayacaktır. TMK madde 705 hükmüne göre, *“Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur. Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır.”*

1.2.3.2.5. İlan

İlan ise belli bir durumun veya işlemin üçüncü kişilerin bilgisine sunulması amacıyla, herkesin duyabileceği bir şekilde açıklanmasıdır. Üçüncü kişilerin korunması amacıyla kanun, bazı sözleşme, karar ve olayların ilanın öngörmektedir. Örneğin, gaiplik kararıyla kısıtlanma kararı veya yargısal erginlik kararı, TMK’ da ilanı öngörülen hususlardır¹¹¹.

¹⁰⁹ Ruhi, *Sözleşmeler Hukuku*, 26; Önder, 16.

¹¹⁰ Sayman/Elbir, 129; Tuğ, 11; Eren, 286.

¹¹¹ Tuğ, 127; Eren, 286.

İKİNCİ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU HUKUKİ İŞLEMLERDE ŞEKİL SORUNU

2.1. GENEL OLARAK

Özel hukukta, kural olarak, şekil serbestisi ilkesi benimsenmiştir. Şekil serbestisi ilkesinin benimsenmiş olması, şekilden tamamen vazgeçildiği anlamına gelmez.

Her hukuk düzeni kendi özel şartlarını ve hukuki işlemlerin özelliklerini dikkate alarak şekil kuralları koymakta, hukuki işlemlerin belirli şekil kurallarına uyularak yapılmasını öngörmekte ve bu kurallara uyulmadan yapılan hukuki işlemleri de belirli müeyyidelere bağlamaktadır¹¹².

Küreselleşme ve iletişim teknolojisindeki gelişmelerin birleşmesi, bütün dünyayı etkileyen yeni düşüncelerin, kavramların, yeni ilişkilerin ve davranışların doğumuna neden olmaktadır. Ülkeler arasındaki sınırların eski önemini yitirmesine neden olan bu yeni anlayış, ülkeleri siyasi, sosyal, hukuki, ekonomik ve kültürel anlamda birbirine yakınlaştırmaktadır. Uluslararası ilişkiler hızla gelişmekte, ekonomiler dışa daha çok açılmakta ve uluslararası ticaretin önemi de gittikçe artmaktadır¹¹³.

Bu gelişmeler ışığında, Milletlerarası Özel Hukukun konusuna giren olaylar ve uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin kuralların önemi de her geçen gün artmaktadır. Sınır aşan evliliklerin çoğalması¹¹⁴, yabancılık unsuru içeren evlilik, nişanlanma, evlat edinme gibi aile hukuku meseleleri bakımından şekil problemlerini doğurmaktadır. Bunun yanı sıra, dünyanın çeşitli bölgelerine yatırım yapmak ya da başka bir amaçla giden Türk vatandaşlarının yoğunluğu ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin sınırları içerisinde yabancı olarak nitelendirdiğimiz kişilerin sayısı da artmaktadır. Bu artış dolayısıyla yabancı unsurlu hukuki işlem ve ilişkilerin artması da kaçınılmazdır. Artan ilişkiler nedeniyle milletlerarası özel hukuk kapsamında şekil, bir sorun olarak karşımıza

¹¹² Nihal Erdener, *Türk Devletler Hususi Hukuk Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki*, Yenilik Basımevi, İstanbul 1958, 2; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Kanununa Göre Medeni Hukuku*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 1419, İstanbul 1969, 23.

¹¹³ Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017, xii.

¹¹⁴ 2016 Türkiye İstatistik Kurumu verilerine göre; yabancı gelinlerin sayısı 22 bin 583 iken yabancı damatların sayısı 3 bin 777'dir. <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=24642> (Erişim Tarihi: 14. 10. 2017); ayrıca 2017 yılı verilerine göre Türkiye'de yabancılara yapılan konut satış sayısı 13005'tir. http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1056 (Erişim Tarihi: 14. 10. 2017).

çıkılmaktadır. Zira resmî belgelerin ve kambiyo senetlerinin şekline ya da taşınır veya taşınmaz malların aynına ilişkin hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk açısından çözülmesi gereken kanunlar ihtilafı meseleleri doğmaktadır. Görüldüğü gibi tarafların bir hukuki sonuca ulaşmak amacıyla yapmış oldukları yabancı unsurlu hukuki işlemlerin geçerliliği açısından bürüneceği şekil büyük önem taşımaktadır.

Hukuk düzenleri, aynı hukuki işlemleri farklı şekil kurallarına tabi tutmuş olabilir. Bu nedenle, yabancı unsurlu hukuki ilişkilere girişmenin kaçınılmaz olduğu günümüzde, aynı hukuki işlemin birden fazla hukuk ile bağlantılı olması da doğal bir durumdur. Birden çok hukuk düzeni ile bağlantılı olan hukuki işlemlerin şekli meselelerinin çözümünü tek bir maddi hukuka veya keyfi olarak belirlenecek bir hukuka tabi tutmak, milletlerarası özel hukuk hakkaniyet ve adaletini zedeleyebilir. O halde, bu işlemlerin şekline uygulanacak hukukun, milletlerarası özel hukuk ilkeleri içerisinde özenle belirlenmesi gerekmektedir¹¹⁵.

Yabancılık unsuru taşıyan bir hukuki işlemin, şekli şartlarının asli şartlarından farklı bağlama kurallarına tabi tutulabileceği, milletlerarası özel hukukun en eski esaslarından birisidir. Pratik ihtiyaçların bir sonucu olarak ortaya çıkan bu esas, hukuki işlemin şekli şartlarının, asli şartlarından farklı bir bağlama kuralına tabi tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Zira taraflar, irade açıklamalarını, amaçlarını gerçekleştirecek ve hukuki işlemlerine varlık kazandıracak şekilde yapmalıdırlar¹¹⁶.

Türk milletlerarası özel hukukunda, yabancı unsurlu hukuki işlemlerin geçerlilik şartı olan şeklin, hangi hukuka tabi tutulacağı meselesi iki şekilde düzenlenmektedir. Öncelikle şekle uygulanacak hukuk, genel bir hükümle tespit edilmekte, ardından da ayrıca kural getirilmesi gerektiği düşünülen bazı işlemler için genel hükmün dışında özel şekil kuralları düzenlenmektedir¹¹⁷.

“Milletlerarası Özel Hukukta Şekil” konulu çalışmamız ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun¹¹⁸ düzenlemiş olduğu genel şekil kuralı

¹¹⁵ Temel Doğan, *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989, 3

¹¹⁶ Erdoğan Göğ, *Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı)*, 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 356, Ankara 1975, 117.

¹¹⁷ Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2015, 265-266.

¹¹⁸ RG: 12.12.2007-26728. Bundan sonra kısaca 5718 sayılı MÖHUK olarak anılacaktır.

(madde 7) ışığında şekle ilişkin mevzuat, doktrin ve uygulamanın incelenmesi amaçlanmaktadır.

Bu amaç doğrultusunda öncelikle milletlerarası özel hukuk sistematığı çerçevesinde yabancılık unsurunun belirlenmesine yer verilecek ve akabinde yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline uygulanmak üzere hem Türk hukukunda hem de yabancı hukuklarda geniş uygulama alanı bularak kabul edilmiş olan ve hukuki işlemin yapıldığı yeri ifade eden *locus regit actum* (LRA)¹¹⁹ kuralının tarihi gelişimi ile hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuku ifade eden ve *lex causae* olarak adlandırılan kuralın uygulanmasının kabul sürecine dair bilgi verilecektir.

2.2. YABANCILIK UNSURUNUN BELİRLENMESİ

Çalışmamızın büyük kısmını, yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk oluşturduğu için, yabancı unsurlu hukuki işlem ile hangi nitelikteki hukuki işlemlerin kastedildiği sorusu öncelikle cevaplandırılmalıdır.

Bu bağlamda belirtilmelidir ki, kanunlar ihtilafının meydana gelmesinin nedeni yabancılık unsurudur. Yabancılık unsuru, bir kanunlar ihtilafının doğabilmesi için aranacak ilk ve en önemli unsurdur. Zira bir uyuşmazlığın kanunlar ihtilâfı hukukunun kapsamına girebilmesi için, MÖHUK madde 1 hükmü ile de açıkça ifade edildiği üzere, o uyuşmazlığın yabancılık unsuru içermesi gerekmektedir. Dolayısıyla, bir hukuki işlemde yabancılık unsuru varsa, bu ilişki, yabancı unsurun temas ettiği hukuk düzenleri ile irtibatlı hâle gelmektedir. Hukuki işlemle irtibatlı hukuk düzenleri ise bu ilişkide ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümünde söz sahibi olmak istemekte ve dolayısıyla, karşı karşıya gelmektedirler. Böyle bir durumda da devreye kanunlar ihtilâfı hukuku girmektedir¹²⁰.

Söz konusu uyuşmazlığa doğrudan davanın açıldığı mahkemenin hukukunu uygulamak, tarafların beklentileri veya uyuşmazlığa konu hukuki işlem veya olayın gerçekleştiği yerin menfaatleriyle uyuşmayabilir. Yabancı unsurlu uyuşmazlıkların

¹¹⁹ *Locus regit actum*, işlemin yapıldığı yeri ifade eder. Aybay /Dardağan, 37. Metin içerisinde zaman zaman, *locus regit actum* kavramı kısaltılmış haliyle LRA olarak kullanılmıştır.

¹²⁰ Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, C: 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), 1028; G. R. Delaume, “What Is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma”, *ICLQ*, vol: 28, 1979, 262.

çözümünde ulaşılması hedeflenen milletlerarası özel hukuk adaletini sağlama gayesi, kanunlar ihtilâfi hukuku metodolojisi çerçevesinde uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespit edilmesini gerektirmektedir¹²¹.

O hâlde, *yabancılık unsuru*, herhangi bir hukuki olay veya ilişkiyi hâkimin hukuk düzeni dışında, en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hâle getiren unsurdur¹²².

5718 sayılı MÖHUK'ta, özel hukuk ilişkilerine yabancılık unsuru katan kriterler, açıkça sayılmamış olmakla birlikte¹²³, bu kavramın tanımı doktrin ve Yargıtay kararlarına bırakılmıştır.

Doktrinde, *yabancılık unsuru* ile bir ilişkinin, yargı organlarına başvurulacak ülke hukukundan başka diğer bir hukuk sistemi veya sistemleri ile olan bağlantısı ifade edilmektedir. Diğer bir ifade ile, yabancılık unsuru, hukuki ilişkinin birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olmasıdır¹²⁴.

Yargıtay kararlarında ise yabancılık unsuru, genel itibarıyla iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlar şahıs bakımından ve yer bakımından yabancılık unsurudur¹²⁵.

¹²¹ Aygün, *Yabancılık Unsuru*, 1028.

¹²² Nomer/Şanlı, 5 vd.; Çelikel/Erdem, 10; Doğan, 6 ; Aybay/Dardağan, 7 vd.; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Güncelleştirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, 22; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman Figanmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, 59 vd.

¹²³ MÖHUK' da tanımlanmayan *yabancılık unsuru* Milletlerarası Tahkim Kanununda (RG: 05.07.2001-24453) madde 2 hükmü ile şu şekilde tanımlanmaktadır: “Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır. 1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması. 2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden, b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, Başka bir devlette bulunması. 7984 3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması. 4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.”

¹²⁴ Nomer/Şanlı, 5; Tekinalp/ Uyanık Çavuşoğlu, 22; Çelikel/Erdem, 10; Doğan, 25-27; Aybay/Dardağan, 7; Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, 59 vd.; Mesut Aygün, *Çek*, 928; Selahattin Kaya, *Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, 83.

¹²⁵ “... İş akdi, kişiler arasında karşılıklı ve uygun irade beyanıyla oluştuğu ve bunların menfaatlerini düzenlediğinden dolayı, bir özel hukuk ilişkisi olduğu ve kişi ve toprak bakımından yabancı unsur taşıdığı takdirde, Milletlerarası Özel Hukukun uygulama alanına gireceği ve akdin taraflarından en az birinin yabancı tebaalı olması veya işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması halinde, kişi ve toprak bakımından yabancı unsurun oluşacağı belirgindir...”. Karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7.6.1989 tarih E. 1989/10-316, K. 1989/411 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı); Mesut Aygün, “Yabancılık Unsurunun

Aşağıdaki durumlar ve bu durumları karşılayacak olaylar, yabancılık unsurunun gerçekleşmesine örnek gösterilebilir:

1. Olaya taraf olan kişilerden en az birinin yabancı olması veya yabancı bir ülkede yerleşim yeri veya mutad meskenin bulunması.

Örneğin, bir İngiliz, İstanbul’da resmî vasiyetname yaparsa, bu olayda Türkiye açısından vatandaşlık, İngiltere açısından hukuki işlemin yapıldığı yer ve işlemin şekli yabancılık unsurudur¹²⁶.

Bir Türk vatandaşı ile bir Japon’un, Çin’de Japon konsoloslukunda evlenmesi, hem taraflardan birinin yabancı olması, hem de evliliğin yabancı bir ülkede gerçekleştirilmesi nedeniyle bu evlilik, birden fazla ülke ile irtibatlıdır ve yabancılık unsurunu içermektedir¹²⁷.

2. Uyuşmazlık konusunun yabancı ülkede bulunması veya uyuşmazlığa konu olan hukuki işlemin yabancı ülkede yapılması¹²⁸.

Örneğin, bir Türk vatandaşına ait olan ve Fransa’da bulunan bir taşınmaz malın satılması¹²⁹ veya Fransa’daki taşınmaz malın, miras yoluyla bir Türk vatandaşına intikali amacıyla mirasçılık belgesi almak üzere Türk mahkemesine başvurusu hâllerinde, uyuşmazlığa konu teşkil eden şeyin yabancı ülkede bulunması, yabancılık unsuru içeren kanunlar ihtilafını doğurmaktadır.

Bir başka örnekte ise Türk vatandaşının Almanya’da bulunduğu sırada, vasiyetname düzenlemesini takiben, vasiyetnamenin şekli geçerliliği üzerine bir sorunun ortaya çıkması ve vasiyetnamenin Almanya’da yapılmış olması nedeniyle milletlerarası

Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü (Yabancılık Unsuru)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, C: 16, Özel Sayı 2014, 1030.

¹²⁶ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 20

¹²⁷ Nomer/Şanlı, 6.

¹²⁸ Çelikel/Erdem, 10.

¹²⁹ Özellikle, yurt dışındaki bir taşınmaz mal söz konusu ise ve taşınmazın bulunduğu yerdeki kurallar gereği malın tescili ya da başka şartların yerine getirilmesi gerekiyorsa, bu durum sözleşmenin milletlerarası unsurlu sayılması için yeterli kabul edilmektedir. Arzu Alibaba, *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2005, 14; Aubrey L. Diamond, *Harmonization Of Private Internaional Law Relating To Contractual Obligations*, Recueil Des Cours, Martinus Nijhoff Publishers, 1986/IV, 250-251.

özel hukuk kurallarının devreye girerek, şekle uygulanacak kanunlar ihtilafı problemini doğurmasıdır¹³⁰.

Veyahut bir poliçenin keşide edildiği yer Türkiye, ödeme yeri Paris, ciroların yapıldıkları yerler, Berlin, Cenevre; kabule arz edileceği yer ise Londra olabilir. Bütün bu hâllerde kambiyo senetlerinin imzalandığı yer bakımından yabancılık unsuru ortaya çıkmaktadır¹³¹. Kambiyo senedi ilişkisinde söz sahibi olan şahısların ayrı vatandaşlıklarda olmaları mümkün olmakla birlikte, yukarıdaki örnekte olduğu gibi kambiyo senedi ilişkisiyle ifa edilen hukuki işlemler de ayrı ayrı ülkelerde cereyan etmiş olabilir¹³². Her iki hâlde de yabancılık unsurundan söz etmek mümkün olmaktadır¹³³.

Örneklerden de görüldüğü üzere, bir hukuki ilişki veya olayın, yabancılık unsuru içermesi için illa ki yer bakımından bir irtibatın bulunması gerekli değildir. Yabancılık unsurunun doğumu için hukuki ilişki veya olayın herhangi bir şekilde yabancı bir hukuk düzenine temas etmiş olması yeterli görülmektedir¹³⁴.

Bununla birlikte, sözleşmelerde de yabancılık unsurunun tezahürü incelenmelidir. Milletlerarası özel hukuk bakımından sözleşme kavramının doktrin ve mahkeme tatbikatında çeşitli kriterlere göre tanımlanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bir görüşe göre, birden çok hukuk sistemi ile bağlantılı sözleşmeler milletlerarası karakterde sayılmalıdır¹³⁵. Bir başka görüşe göre ise sözleşme ile ilgili şahsi ve coğrafi unsurlardan hareket edilerek, sözleşmenin milletlerarası mı yoksa milli mi olduğu tespit edilmelidir. Buna göre, sözleşmenin taraflarının farklı devlet vatandaşlığına sahip olması veya farklı

¹³⁰ Çelikel/Erdem, 10; Aybay /Dardağan, 8.

¹³¹ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 28.

¹³² Fikret K. Arık, “Muaddel İsviçre Borçlar Kanununda Ticaret Senetlerinden Doğan Kanun Çatışmaları”, *Siyasi Bilimler Mecmuası*, 11(125), 1941, 199; Aygün, *Çek*, 929.

¹³³ Burada sayılanlar dışında, uyumsuzluğa konu sözleşmenin yabancı bir ülkede ifa edilmesi veya uyumsuzluğa konu haksız fiilin yabancı ülkede meydana gelmesi yabancılık unsurunun gerçekleştiği diğer hallerden sayılabilir. Çelikel/ Erdem, 10-11.

¹³⁴ Aygün, *Yabancılık Unsuru*, 1029-1030.

¹³⁵ Hatice Özdemir, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C: 73, 1999, 10-12, 939. Ayrıca bir sözleşmenin milletlerarası sözleşme olabilmesi için bu sözleşmeye yabancılık unsuru veren kıstasın objektif olması gerektiğinden söz edilmiş, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerin ise milletlerarası sözleşmelere göre daha geniş kapsamlı olduğu ve hem objektif hem sübjektif açıdan yabancılık unsuruna sahip olmasının yeterli olduğu belirtilmiştir. Bu görüş uyarınca uluslararası özel hukuk açısından dar anlamda yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası sözleşmeler ile geniş anlamda yani hem objektif hem de sübjektif açıdan yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler kapsam dâhilindedir, görüş için bkz. Nuray Ekşi, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”, *MHB*, 12(1-2), 1992, 5 ve 10.

lkelerde yerleşim yeri yahut mutad mesken sahibi olması yahut sözleşme konusu şey, hizmet ve ödemelerin ülke sınırlarını aşması, sözleşmeye yabancılık unsuru katmaktadır. Fakat bu konudaki yeni anlayışa uygun olarak doktrinde, sözleşmenin, şahsi veya coğrafi unsurları itibarıyla yabancılık unsuru içerip içermediğine bakılmaksızın, maddi ve ekonomik niteliği göz önüne alınarak milletlerarası ticaretin yarar alanına giren sözleşmelerin yabancı unsurlu olarak kabul edildiğı grlmektedir¹³⁶.

Yine sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde yabancılık unsurunun belirlenmesi ile alakalı tespit edilmesi gereken başka bir husus daha bulunmaktadır. O da Türk vatandaşlarının aralarında yaptıkları sözleşme hiçbir yabancılık unsuru taşımasına rağmen, sözleşme nedeniyle ileride doğabilecek uyuşmazlıklara uygulanmak üzere yabancı bir hukuk belirlemiş olmalarının sözleşmeye yabancılık unsuru katıp katmayacağıdır. Bu konuda doktrinde iki görüş bulunmaktadır.

İlk görüşü göre, tarafların yabancı bir hukuku seçmiş olmaları, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin yabancı unsurlu olması sonucunu doğurur. Zira MÖHUK m. 24/1’de yer alan ve taraflara uygulanacak hukuku seçme serbestisi tanıyan kural herhangi bir sınırlama getirmemiştir¹³⁷. Nasıl ki taraflar akdin yapıldığı yer veya ifa yerini yabancı bir ülke olarak kararlaştırdıklarında yabancılık unsuru ortaya çıkıyor ise, yabancı bir hukuku seçmeleri durumunda da aynı şekilde yabancılık unsuru ortaya çıkmaktadır¹³⁸.

Fakat doktrinde hakim olan ikinci görüşü göre ise, tarafları Türk vatandaşı olan bir sözleşmede, tarafların iradeleri ile yabancı hukuku seçmeleri, tek başına sözleşmeye yabancılık unsuru katmamaktadır. Bu seçim ile seçilen hukukun hükümleri sözleşmeye dâhil olmaktadır¹³⁹. Zira MÖHUK madde 24 hükmü anlamında bir hukuk seçiminden

¹³⁶ Cemal Şanlı, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1986, 29-31; Tiryakioğlu, *Taşınır Mallar*, 7-8; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1994, 25-26.

¹³⁷ Aygün, *Yabancılık Unsuru*, 1036-1037; Hatice zdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve çnc Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *MHB*, 30(1-2), 2010, 32

¹³⁸ Nomer/ Şanlı, 311; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 258; Çelikel/Erdem, 328. Yargıtay HGK’nın ilk görüşü doğrultusundaki E: 12/287, K: 325, 06.05.1998 tarihli kararı şu şekildedir: “*Uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akid konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya borç ilişkisine uygulanacak, hukukun yabancı bir hukuk olması gibi, bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir...*”.

¹³⁹ zdemir Kocasakal, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, 32-33; Aygün, *Yabancılık Unsuru*, 1036.

bahsedebilmek için, sözleşmenin, seçilen hukuk dışında objektif olarak yabancılik unsuru içermesi gerekmektedir¹⁴⁰.

2.3. YABANCI UNSURLU HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUKUN TARİHİ GELİŞİMİ

Bir hukuk düzeninin şekil kurumuna karşı tutumu, bu düzenin olgunluğunu yansıtır. Farklı hukuk sistemlerinde, farklı dönemlerde kabul edilmiş şekil anlayışı, çağın genel ruhunun bir görüntüsüdür. Sıkı şekilcilik, değişmez, sert kuralların ve disiplinli yaşamın hüküm sürdüğü eski tarım toplumlarının karakteristik bir özelliğidir. Diğer taraftan şekil serbestisi ise mutlak özgürlük, sınırsız bireysellik ve keyfiyet esasına dayanır. Sıkı şekilcilik ve şekil serbestisi, doğası gereği, birbirine karşıttır. Sıkı şekilci anlayış, hukukun kesinliği ilkesine dayanırken, şekil serbestisi anlayışı ise, adaletin sağlanmasını amaçlayan iki temel ilkeye, eşitliğe ve hakkaniyete dayanmaktadır. Ancak ideal olan, hukuk sisteminin her ikisini de aynı anda gerçekleştirmeye çalışmasıdır¹⁴¹.

Hukukun doğuşu ve tarihi gelişimi incelendiğinde, günümüz hukukunun temeli olan Roma Hukukunda hukuki işlemlerde şekle büyük önem verildiği görülmektedir.

Bu bağlamda yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk, genel olarak kuralın tarihi gelişimi ve Türk hukukundaki tarihi gelişimi çerçevesinde incelenecektir.

2.3.1. Genel Olarak

Şekil kavramı Roma Hukukunda, *en eski norm* olma özelliğini taşımakla önem arz etmektedir¹⁴². Roma hukukunun eski dönemlerinde, özellikle, *ius civile* akitlerinde sıkı bir şekle bağlılık anlayışı yerleşmiştir¹⁴³. Roma Hukuku'nda hukuki işlemler, bugün için tuhaf sayılacak bir dizi merasim ve sözlü şekillere uyularak yapılmıştır. Özellikle Roma

¹⁴⁰ Ekşi, Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler, 3; Özdemir Kocasakal, 33; Zeynep Derya Tarman, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, *BATİDER*, XXVI(1), 2010, 153.

¹⁴¹ Sütken, 1-3.

¹⁴² Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of The Civil Trial*, Oxford University Press, Capetown 1992, 82.

¹⁴³ *Ius civile* devrinde, tüm hukuki işlemler *mancipatio*, *in iure cessio* ve *stipulatio* şeklinde yapılmıştır. Klasik devre kadar devam eden şekilcilik *ius gentium*'un tesiri ve yeni sözleşme tiplerinin ortaya çıkması ile azalmıştır. Ziya Umur, *Roma Hukuku*, Beta Basım, 3. Bası, İstanbul 1999, 440; Tuğ, 38.

Hukukunun Eski Hukuk Döneminde uygulanan merasimler, o dönemde yalnızca dini işlerden değil, aynı zamanda hukukun uygulanmasından ve gelişiminden de sorumlu olan rahipler tarafından, rahibin elini veya değneğini işleme tâbi olan nesnenin üstüne koyması gibi sembolik bir eylemle birlikte, önceden belirlenmiş kalıp sözlerin söylenmesi şeklinde yapılmıştır. O nedenle, en eski devirlerde uygulanmış olan Roma Hukuku, tartışmasız olarak, şekilci ve sembolik bir hukuk olarak nitelendirilmiştir. Ancak Klasik döneme kadar devam eden sıkı şekilci anlayış, zamanla etkisini kaybetmiştir. Ticari hayatta ortaya çıkan gereksinimler sonucunda, praetor'ların çalışmaları ile özellikle de *ius gentium*'un¹⁴⁴ etkisi ile pratik yönü ağır basan, şekilcilikten uzak olan hukuk sistemi önem kazanmıştır.

Ayrıca, Roma İmparatorluğu'nun M.S. 395'te Doğu Roma ve Batı Roma olarak ikiye ayrılmasından sonra, sıkı şekil şartı esneklik kazanmış ve bunun sonucunda, o zamana kadar uygulanan sözlü şeklin yerini yazılı şekil almaya başlamıştır. Sınırların genişlemesi sonucunda yabancıların çoğalması ile birlikte, şekilci, katı, tutucu hükümler içeren hukuk sisteminde hâkim olan anlayışın terk edilmesi ihtiyacı yoğunlaşmıştır. Başka bir deyişle, yabancılarla gelişen ilişkiler, beraberinde esnek şekilci arayışları getirmiştir¹⁴⁵.

Şekil kuralları gibi, hukuki işlemlerin şekline, işlemin yapıldığı yer hukukunun uygulanması kuralının da kanunlar ihtilafı kuralları arasında ortaya çıkış ve uygulanış zamanı bakımından en eski ve en yaygın kural olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁶.

Şekle ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı, tarihi sırasına göre aşağıdaki aşamalardan geçerek bugüne ulaşmıştır.

Günümüz kanunlar ihtilafı kurallarının oluşumu 11. ve 12. yüzyıldaki gelişmelerin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Ticaretle uğraşan kuzey İtalya şehirleri, toplumların ihtiyaçları doğrultusunda, örf ve adet hukukunu oluşturmuşlardır. Bu örf ve adetlerden

¹⁴⁴ Romalılarla değişik kökenli yabancılar arasında yapılan hukuki işlemlerden doğan anlaşmazlıkların çözümlenmesi amacıyla, Roma yurttaşları yanında yabancılara da uygulanabilen hukuk kurallarının tümüne *ius gentium* denir. Haluk Emiroğlu, *Ius Gentium - Kavimler Hukuku*, Değişim Yayınları, İstanbul 2007, 28 vd.

¹⁴⁵ Sütken, 162-163; Fırat Korkmaz, *Roma Hukukunda Stipulatio*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2014, 43.

¹⁴⁶ M. Raşit Seviğ/V. Raşit Seviğ, *Devletler Hususi Hukuku*, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 992, 369; Osman Fazıl Berki, *Devletler Hususi Hukuku-Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku C:1*, 7. Baskı, Ankara 1970, 108; Doğangün, 52

bir kısmı zamanla kanun hâlini almıştır. Bahsedilen kanun, örf ve adetlere *Statuta* denilmektedir¹⁴⁷.

11. yüzyıldan itibaren İtalyan şehirlerinin kendilerine has olarak uyguladıkları, mülkilik ve şahsılık prensiplerini bir arada bulunduran *Statuta* ile mülkilik prensibini katı şekilde benimsemiş diğer Avrupa şehirlerinin hukukları; yabancı akını ve ticari hayatın gelişmesi ile karşı karşıya gelmiştir. Değişik *Statutaların* karşı karşıya gelmesi, şekil konusunda kanunlar ihtilafını doğurmuştur¹⁴⁸.

12. yüzyılda ise hukukçular, hukuki işlemlerde şekil şartlarını esasa ait sayıp, şekil kurallarını esasa ait kurallardan ayırma gereği duymamışlardır¹⁴⁹.

Şekle uygulanacak hukuk konusunda uluslararası anlamda ilk ihtilafın, 14. yüzyılın ortalarında meydana gelen bazı meseleler nedeniyle ortaya çıktığı ve bu meseleler hakkında yapılan tartışmalar üzerinde temellendiği görülmüştür¹⁵⁰. Bu meselelerden ilki, Bergamalı bir tacirin Venedik'te, Venedik statüsüne uygun şekilde vasiyetname yaptıktan sonra ölmesi üzerine, vasiyetnamenin şekli dolayısıyla geçerli olup olmadığıdır. İkinci mesele ise, şayet vasiyetname şeklen geçerli ise, bu geçerliliğinin her yerde ileri sürülüp sürülemeyeceğine ilişkindir. Sonuç olarak, işlemin yapıldığı yer statüsünün, ancak genel Roma Hukuku kuralları ile ahenkli olduğu sürece yabancılara da uygulanabileceği, farklı hükümler içermesi durumunda ise, her statünün kendi mensuplarına uygulanabileceği kabul edilmiştir. Olay açısından bakılınca, Venedik statüsüne göre, Roma Hukuku'nun aksine, vasiyetname iki şahit huzurunda yapılması ile geçerlilik kazanmaktadır. Hukuklar arasındaki bu farklılık nedeniyle vasiyetnamenin şeklinin, Venedik statüsüne tabi tutulması gerektiğini ve iki şahit huzurunda yapılmadığı için, vasiyetnamenin yapıldığı yerde geçerli sayılamayacağı kabul edilmiştir¹⁵¹.

Milletlerarası özel hukukun kurucularından olan Bartole¹⁵², hukuki işlemlerin şeklinin yapıldıkları yer kanununa tabi kılınmasını kabul etmiştir¹⁵³. Vasiyetnamenin

¹⁴⁷ Göğer, *DHH*, 28.

¹⁴⁸ Göğer, *DHH*, 28; Erdener, 24; Doğançün, 54.

¹⁴⁹ Erdener, 24; Doğançün, 54.

¹⁵⁰ Erdener, 24; R. E. B. Tötterman, "Functional Bases of the Rule Locus Regit Actum in English Conflict Rules", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 2, No. 1 (Jan., 1953), 27.

¹⁵¹ Erdener, 25; Doğançün, 53.

¹⁵² Bartolo di Sassoferrato, (1314-1357), Postglossatör olarak adlandırılan Roma Hukuku temsilcisi İtalyan hukukçudur. Alev Alatlı, *Batıya Yön Veren Metinler II-Rönesans / Protestan Reformu Erken Modern Dönem / Bilim Çağı*, Alfa Yayınları, 504.

¹⁵³ Seviğ/Seviğ, 370.

geçerliliği hakkında konunun kapsam ve niteliğinden hareket ederek, statü kurallarının mutlak olarak sadece yerlilere uygulanmamasını, genel sınırlar dâhilinde yabancıları da kapsayacak şekilde bütün vasiyetname şekillerine uygulanması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu kapsamda Bartole, vasiyetnamelerin şekli geçerliliğine uygulanacak hukukun, vasiyetnamenin yapıldığı yer hukuku olması gerektiğini iddia etmiştir¹⁵⁴. Böylece Bartole'nin de etkisiyle 14. yüzyılda, hukuki işlemin yapıldığı yer kanunlarına uygun olması koşuluyla, Roma hukuku ve ikametgâh hukuku bakımından da geçerli olacağı kabul edilmiştir¹⁵⁵.

İtalyan hukukunda kabul edilen bu esas, Fransa'da¹⁵⁶ Dumoulin'in¹⁵⁷, Bartole'nin görüşlerini genişletmesi ile ancak 16. yüzyılda kabul edilmiştir. Dumoulin'e göre, şekle ilişkin her husus için işlemin yapıldığı ülke kanunu uygulanmalıdır ve yapıldığı ülke hukukuna uygun olarak yapılan işlemler her yerde geçerli olmalıdır¹⁵⁸. Ancak kabul edilen bu esastan farklı olarak, taşınmazları konu edinen hukuki işlemler için taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun yetkili olması gerektiğini savunmuştur¹⁵⁹. Dolayısıyla Dumoulin'e göre, örneğin Tübingen'den bir kişi, geçici bir süre bulunduğu İtalya'da, Tübingen'deki evini satıyorsa, ona satışın gerçekleştiği yer olan İtalyan Kanunu değil, Tübingen Kanunu uygulanmalıdır¹⁶⁰.

Almanya'da da yine Bartole'nin etkisi hissedilmiş ve Lauterbach¹⁶¹, şekle tabi işlemlerin ilgili oldukları yerlerdeki mallar hakkında da geçerli olabilmeleri için kişilerin hukuki işlemi yaptıkları sırada, içinde bulundukları statü kurallarına uygun hareket etmiş

¹⁵⁴ Turhan Esener, "Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi", *AÜHFD*, 11(1), 1954, 479; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Baskı, Beta Basımevi, İstanbul 2015, 52.

¹⁵⁵ E.G. Lorenzen, "The Validity of Wills, Deeds and Contracts as Regards Form in The Conflict of Laws", *Yale L.J.*, V: 20, 1910-1911, 427 (The Validity of Wills); Erdener, 25; Göğer, *DHH*, 117. Doğangün, 53

¹⁵⁶ LRA kuralı ilk kez, Fransız Medeni Kanununda "sözleşmelerin ve işlemlerin şekli, gerçekleştikleri yer kanunları dairesinde düzenlenir" hükmü ile kanunlaşmak üzere yasamanın onayına sunulan metinden silinmiştir. Ancak, Fransız uygulama ve doktrininde kural önemini korumuştur. Abdülhak Kemal Yörük, *Nazari Ameli Devletler Hususi Hukuku*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 464, 199.

¹⁵⁷ Charles Dumoulin (1500-1566), Roma hukukunun yazılı olmayan örf-adet hukukunu derlemek isteyen ve sözleşmeler hukuku alanında kanunlar ihtilafı çözme teorisinin geliştirilmesine en çok katkıda bulunan Fransız hukukçu. Pavel Kalensky, *Trends of Private International Law*, Acedemia Prague, Prague 1971, 64-65.

¹⁵⁸ Dumoulin, hukuki işlemin esasına ve şekline ilişkin şartları ayırarak, yalnız şekle ilişkin koşulların LRA kuralına tabi tutulacağını savunmuştur. Seviğ/Seviğ, 370.

¹⁵⁹ Esener, 480; Vedat Raşit Seviğ, "Mülkîlik Esası ve Müktesep Haklar", *İHFM*, 18(1-2), 1952, 172-173.

¹⁶⁰ Mesut Aygün, "ABD Kanunlar İhtilafı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metotlar, II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk (ABD Kanunlar İhtilafı)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XX(2), 2016, 132, dnp. 8.

¹⁶¹ Wolfgang Adam Lauterbach (1618-1678), *Compendium Iuris* adlı eserin Alman yazarıdır.

olmalarının yeterli olacağını savunmuştur. Hollanda’da da aynı şekilde benimsenen ilke, Belçika’da katı bir mülkilik anlayışının etkisi ile *lex rei sitae*¹⁶² lehine kabul edilen görüşün önüne geçerek, 16. yüzyılın sonlarına doğru benimsenmiştir¹⁶³.

Locus regit actum ifadesinin ilk kez, 1721’de Fransız Parlamentosu tarafından verilen *In re Pommereuil* davasında kullanıldığı görülmektedir¹⁶⁴. Olay, yerleşim yeri Paris olan Douai valisinin, vazifesi gereği Douai’de bulunduğu sırada, Paris adetlerine göre vasiyetname yapması üzerine, vasiyetnamenin şekli geçerliliği nedeniyle dava konusu edilmiştir. Sonuç olarak Parlamento, vasiyetnamenin ancak yapıldığı yerdeki şekil kurallarına uygun olması şartı ile geçerli olacağına ve vasiyetnamenin yapıldığı yer olan Douai adetlerine uygun olmadığı gerekçesi ile butlanına karar vermiştir¹⁶⁵. Fransız hukukçusu Boullenois¹⁶⁶, Locus regit actum ilkesini, veciz bir şekilde “*hukuki işlem doğduğu yerin çocuğudur ve memleketinin adetlerine göre giyinmelidir*” diyerek ifade etmiştir¹⁶⁷.

İngiltere’de de, Hollanda doktrinin etkisi ile sağlararası işlemler, evlilik mal rejimi işlemleri ve terekeye ilişkin işlemlere konu taşınmazlar, *lex rei sitae*’ ye tabi kılınmıştır¹⁶⁸.

Statüler teorisi devrinden bu yana, hukuki işlemlerin şekli için locus regit actum kuralı, geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Fakat bu kuralın kabulü tarihine göre daha yakın zamanlarda hukuki işlemlerin şeklinin, lex causae kuralına uygun olarak da yapılabileceği ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkenin temelinde, şeklin hukuki işlemin özelliğini teşkil ettiği ve bu nedenle hukuki işlemin esası için uygulanacak hukukun, şekle de hâkim olması gerektiği görüşü yatmaktadır. Özellikle, yapıldığı yerde bilinmeyen ve

¹⁶² *Lex rei sitae*, malların bulunduğu yer hukuku anlamına gelmektedir.

¹⁶³ Erdener, 27; Doğangün, 24

¹⁶⁴ Lorenzen, *The Validity of Wills*, 428, dpn. 3; Esener, 27.

¹⁶⁵ Erdener, 27, dpn. 24.

¹⁶⁶ Lois Boullenois (1680-1782), 1766’da “*Kanunların Hakikiliği ve Şahsiliği*” isimli eserinde sözleşmenin yalnız geçerlilik şartlarını sözleşmenin yapıldığı yer kanununa tâbi kılan, sonuçlarını ise tarafların kendi iradeleri ile belirledikleri kanun ile idare edileceğini ileri süren Fransız Parlamentosu avukatı. Esener, 481.

¹⁶⁷ Erdener, 28; Doğangün, 54.

¹⁶⁸ Ole Lando, “On Some Writers on The Conflict of Laws of Contracts”, *Essays in Honour of Sir Peter North: Reform and Development of Private International Law*, (Edited by James Fawcett), New York: Oxford University Press 2002, 237-253: 240; Nomer, 53; Cheshire/North/Fawcett, *Cheshire’s Private International Law*, Oxford University Press, 14th Revised edition, 16-32; Aygün, *ABD Kanunlar İhtilafı Hukuku*, 135.

dolayısıyla, o hukuk düzeninde şekline dair düzenlemelere de yer verilmeyen işlemler için *lex causae* kurallarının uygulanması kaçınılmaz olmuştur¹⁶⁹.

Böylece LRA gibi, geleneksel bağlama kuralları ile milletlerarası toplumdaki yeni gelişmelere uygun olarak ortaya çıkan *lex causae*¹⁷⁰, bir arada uygulanmaya başlanmıştır¹⁷¹.

2.3.2. Türk Hukukundaki Durum

Milletlerarası özel hukuk, iç hukukun bir parçasıdır. Dolayısıyla diğer tüm iç hukuk dallarında olduğu gibi bu hukuk dalının kaynağını da kanun, örf- adet, mahkeme kararları ve doktrin teşkil etmektedir. Aynı zamanda birden fazla ülke ile irtibat nedeniyle çok sayıda milletlerarası sözleşme de milletlerarası özel hukukta kaynak niteliğini taşımaktadır.

Bu başlık altında hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk ile ilgili incelememizi üç kanun çerçevesinde ele almayı uygun görmekteyiz. Bahsi geçen kanunlar: Türkiye’de Bulunan Yabancıların Hak ve Vazifelerine Ait 1330 (1915) Tarihli Muvakkat Kanun¹⁷², 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun¹⁷³ ile 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanundur.

Bu bağlamda belirtilmelidir ki, öncelikle Türk milletlerarası özel hukuk sistemi, altmış yedi yıl gibi uzun bir süre Muvakkat Kanun tarafından idare edildikten sonra, 1982 yılında, modern bir kodifikasyon olarak 2675 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmiştir. Nihayetinde bu düzenleme de gelişen ve değişen ihtiyaçlardan bazılarına cevap vermede eksik kaldığı için 2007 yılında 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girmiştir.

¹⁶⁹ Nomer/Şanlı, 211; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 120-121.

¹⁷⁰ *Lex causae*, esasa uygulanacak hukuk anlamına gelmektedir.

¹⁷¹ Doğangün, 56.

¹⁷² Bundan sonra kısaca Muvakkat Kanun olarak anılacaktır.

¹⁷³ R.G: 22.05.1982-17701. Bundan sonra 2675 sayılı MÖHUK olarak anılacaktır.

2.3.2.1. Muvakkat Kanun Dönemi

Muvakkat Kanun, 1982 yılına kadar, Türk milletlerarası özel hukukunun ana kaynağı olmuştur. Muvakkat Kanunun yalnızca 4. maddesiyle¹⁷⁴ kanunlar ihtilafı düzenlenmekteydi.

Muvakkat Kanun'da, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku konusunda genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak konu hakkında özel düzenlemeler, doktrin ve yargı kararları ile bir sistem oluşturulmuştur.

LRA, genel bir prensip olarak, milletlerarası özel hukuk sistemimizde yer almamasına rağmen, doktrin kendi argümanlarını kullanarak, bir formül geliştirmiştir. Bu formüle göre, geçerliliği belirli bir şekilde yapılmasına bağlı kılınan ve yabancılık unsurunu içeren bir hukuki işlem, yapıldığı yer kanununa uygun bir şekilde oluşturulmuşsa, bu işlem her yerde hüküm ifade edecektir¹⁷⁵.

Diğer yandan, Muvakkat Kanun'da düzenleme olmamasına rağmen, diğer bazı Kanunlarda, hukuki işlemlerin şekli ile alakalı münferit birkaç hükme de rastlanabilmektedir¹⁷⁶.

Böylece bu münferit hükümler ile doktrin ve uygulamanın birlikte değerlendirilerek şekle uygulanacak hukukun belirlendiği söylenebilir.

Yabancı unsurlu poliçe, bono ve çekin şeklini, taahhütlerin imzalandığı yer kanununa tabi kılan düzenleme¹⁷⁷, resmî senetlerin şekli geçerliliğini, düzenlendikleri yerdeki usule uygun olmaları şartı ve bu uygunluğun o yerdeki Türk memuru tarafından onaylanması koşuluyla kabul eden düzenleme¹⁷⁸, yabancı ülkelerdeki noterlik

¹⁷⁴ Eski Türkçe metni için bkz. <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/71>; m. 4: “Tebaayı ecnebiyeye müteallik ve emvali gayrimenkuleye ait bilcümle deavi ile mevaddı sairei hukukiye ve ticariye ve cezaiye davaları tebaayı Osmaniye ile alakadar olmasa dahi mehakimi devleti aliyede kavanin ve nizamat ve usulu Osmaniye'ye tevfiikan rüyet olunur. Şu kadar ki, gayri müslim tebaayı ecnebiyeye müteallik olup da, akit ve feshi nikâh ve tefriki ebdan ve übüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuku aileye, rüşd ve mezuniyet hacir ve vesayet gibi ehliyet ve emvali menkuleye ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunan davaların mehakimi Osmaniye'de rüyet edilebilmesi, tarafeynin birrıza müracaatına veya tebaayı Osmaniye'nin alakadar bulunmasına veyahut mehakimi Osmaniye'de derdesti rüyet davaya müteferri olmasına mütevakkıftır.” Göğer, DHH, 369.

¹⁷⁵ Erdener, 53.

¹⁷⁶ Göğer, DHH, 127; Seviğ/Seviğ, 553; Doğangün, 57-58.

¹⁷⁷ 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, R.G: 09.07.1956-9353, madde 679, 690 ve 792.

¹⁷⁸ 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, R.G: 2, 3, 4.7.1927- 622, 623, 624, madde 296: “Ecnebi memlekette usulüne tevfiikan salahiyettar memurları tarafından tanzim veya tasdik kılınmış olan senetlerin mahallinde mer'i kanunlara mutabık olduğu mahalli Türkiye şebhenderi veya Türk siyasi

işlemlerinin o yerin yetkili mercileri tarafından yapılmış olmasının aranması¹⁷⁹, evlenme senedinin şekli hakkında ikamet edilen yer memurunun ilgili onayını içeren resmî senet üzerine kaydolunmasının gerekliliği, şekle ilişkin bir fikrin oluşmasını sağlayan kurallardır¹⁸⁰.

Taşınmaz mallar üzerinde aynı hakların kurulması veya mülkiyetin devri sonucunu doğuran hukuki işlemlerin şekli geçerliliği ise, esas hakkında yetkili olan hukuka bağlanmıştır. Esas hakkında yetkili olan hukuk, yani *lex causae*, taşınmazlar bakımından *lex rei sitea*'yı ifade eder.

1982 yılına kadar yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk hakkında genel bir hüküm olmamasına rağmen, özel düzenlemeler LRA ve *lex causae*'nin varlığına işaret etmiştir. Muvakkat Kanun döneminde hukuki işlemlerin şekli için özel düzenlemelerle kabul edilen LRA ve *lex causae* kurallarının birbirlerine alternatif olarak mı uygulanacağı hususu da tartışma konusu olmuştur¹⁸¹.

Nitekim bir görüş LRA ve *lex causae* kurallarının birbirine alternatif olarak uygulanacağını savunurken¹⁸²; diğer görüş ise hukuki işlemlerin şekli bakımından aslolanın, işlemin esası hakkında yetkili hukuk olduğunu ve LRA kurallarının ancak *lex causae* kurallarına uygun olduğu sürece uygulanabileceğini¹⁸³ kabul etmiştir. Uygulama açısından bakıldığında, LRA ve *lex causae* kuralları arasında kesin sınır koyacak şekilde ayırım yapılmadığı, iki kuralın birbirine alternatif olarak uygulanıp uygulanmayacağı yönündeki tartışmalara yer verilmediği görülmektedir¹⁸⁴.

memurları tarafından tasdik kılınmış ise resmî senet hüküm ve kuvvetinde addolunur. Bu suretle tasdik kılınmamış senetlerin delil teşkil edip etmeyeceği mahkemece takdir olunur. Mahkeme huzurunda ikrar olunan senetler resmî hükmündedir.”

¹⁷⁹ RG: 05.02.1972-14090, madde 195: “Yabancı memleketlerde usulü uyarınca yapılan noterlik işlemlerinin altındaki o memleketin yetkili merciinin imza ve mühürü, konsolos tarafından onanır. Özel kanun hükümleri saklıdır.”

¹⁸⁰ Sicilli Nüfus Kanunu, 17 Şavval 332 ve 26 Ağustos 330-No.1929, m. 35.

¹⁸¹ Erdener, 75; Göğer, DHH, 117.

¹⁸² Erdener, 75 ve 115; Doğangün, 60.

¹⁸³ Göğer, DHH, 117.

¹⁸⁴ Yörük, 205; Göğer, DHH, 112; Doğangün, 62.

2.3.2.2. 2675 sayılı MÖHUK dönemi

Muvakkat Kanun'un sadece belirli konuları düzenlemesi ve düzenlediği bu konuların çözümünü de Türk kanunlarına bırakmış olması, 2675 sayılı MÖHUK' un hazırlanmasını zorunlu hâle getirmiştir¹⁸⁵.

2675 sayılı MÖHUK' un 6. maddesinde yer alan *“Hukuki işlemler yapıldıkları yer hukukuna veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir”* hükmü ile hukuki işlemlerin şekli konusunda genel bir kural düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere her iki şekilden birine uygunluk, işlemin geçerli olması için yeterli görülmüştür. Yani lex causae ile LRA alternatif bir uygulamaya tâbi tutulmuştur¹⁸⁶.

Bahsi geçen Kanunda genel kuralın yanında evlenmenin şekli ve ölüme bağlı tasarrufların şekli gibi taşınmaz mallara ilişkin aynı hak tasarruflarının şekli için de özel düzenlemeler getirilmiştir. Ayrıca kıymetli evrakın şekline uygulanacak hukuk açısından, daha önce bahsetmiş olduğumuz gibi, Ticaret Kanunundaki hüküm varlığını devam ettirmiştir.

2.3.2.3. 5718 sayılı MÖHUK Dönemi

5718 sayılı MÖHUK ile Mülga 2675 sayılı MÖHUK, şekil hakkında uygulanacak hukuk kurallarını düzenlerken, aynı esasa dayanmaktadır. Zira her iki Kanunda da yabancı unsurlu özel hukuk işlemlerinin şekli hakkında genel ve özel düzenlemeler bir arada bulunmaktadır. Ancak iki Kanun arasında bir takım farklılıklar da söz konusudur.

5718 sayılı MÖHUK madde 7 hükmüne göre, *“Hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.”*

İki Kanun arasında genel hüküm açısından ilk fark, 2675 sayılı MÖHUK'daki *“yapıldıkları yer”* ifadesi yerine, yeni MÖHUK' da *“yapıldıkları ülke”* ifadesinin

¹⁸⁵ Gülören Tekinalp, Türk "Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı", *İÜHFM*, 44(1-4), 1978, 103.

¹⁸⁶ Nomer/Şanlı, 101

eklenmesidir¹⁸⁷. İkincisi ise yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinden doğan şekil ihtilafları hakkında atfı reddedecek şekilde düzenleme yapılması yoluna gidilmesidir¹⁸⁸. Ayrıca, özel düzenlemeler bakımından da iki Kanun arasında farklılıklar bulunmaktadır:

Nitekim Mülga 2675 sayılı MÖHUK'un madde 12/1 hükmünde, “... *Milletlerarası sözleşmeler hükümlerine göre konsolosluklarda yapılan evlenmeler geçerlidir*” şeklinde, konsolosluklarda yapılan evlenmenin şeklinin milletlerarası sözleşmelere göre geçerli olduğuna ilişkin bir hüküm yer almaktaydı. Yeni MÖHUK madde 1 hükmünde ise, “*Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.*” demek suretiyle, bu Kanunun, milletlerarası sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla, yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıkları hakkında uygulanacağı belirtildiği için, konsolosluk evlenmelerinin şeklini düzenleyen hükümde, ayrıca tekrar yoluna gidilmemiş ve bu durum doktrine olumlu karşılanmıştır¹⁸⁹.

Bununla birlikte 5718 sayılı MÖHUK'a, mülga 2675 Sayılı Kanun'da bulunmayan, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren yeni bir hüküm eklenmiştir. Buna göre MÖHUK 26/3 maddesinde “... *tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır*” düzenlemesiyle, hükmün uygulama alanına dâhil olan tüketici sözleşmelerinin şekline tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

2.4. ŞEKİL KURALININ MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KURALLARI ARASINDAKİ YERİ

Milletlerarası özel hukuk kuralları, iki unsurdan oluşmaktadır. Bu unsurlar, belirli bir hayat ilişkisini ifade eden bağlama konusu ile bağlama konusunun belirli bir hukuk düzenine tabi tutulmasını ifade eden bağlama noktasıdır¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Feriha Bilge Tanrıbilir, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, *TBB Dergisi*, 2010, S: 87, 223, dpn. 72. Yazar, “ülke” unsurunun, devletin unsurlarından birisi olduğunu bu nedenle “ülke hukuku” yerine “işlemin yapıldığı devlet hukuku” düzenlemesinin daha yerinde olacağını savunmaktadır.

¹⁸⁸ Tanrıbilir, Değişiklikler Üzerine, 222-2223.

¹⁸⁹ Günseli Öztekin Gelgel/B. Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Beta Basım, İstanbul 2008, 54; Çelikel/ Erdem, 224.

¹⁹⁰ Çelikel/ Erdem, 61; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 24.

Nitekim bağlama konusu ve bağlama noktasından oluşan, milletlerarası özel hukuk kuralları, çeşitli özelliklerine göre sınıflandırılmaktadırlar.

Genel olarak kanunlar ihtilafı kurallarının, tek yanlı-çok yanlı, bağımlı-bağımsız, mükemmel olan-mükemmel olmayan, açık- kapalı, yalın-basamaklı-alternatif (birden çok hukuka imkân veren) kurallar ayrımına tabi tutuldukları görülmektedir¹⁹¹.

5718 sayılı MÖHUK'un, hukuki işlemleri yaptıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabileceğini düzenleyen madde 7 hükmünün, yukarıda sayılan ayrımlardan hangilerinin kapsamına girdiğini açıklamak amacıyla, öncelikle milletlerarası özel hukuk kurallarının çeşitleri hakkında bilgi verilecek ve akabinde bu türler ile şekil kuralları arasında bağlantı kurulmaya çalışılacaktır.

2.4.1. Tek Yanlı-Çok Yanlı Bağlama Kuralları

Tek yanlı bağlama kuralı, sadece ne zaman kendi maddi hukukunun uygulanacağını gösteren; çok yanlı bağlama kuralı ise ne zaman ve hangi yabancı hukukun uygulanacağını gösteren kanunlar ihtilafı kurallarıdır¹⁹².

Bu anlamda, şekil kuralı, çok yanlı bir bağlama kuralıdır. Zira kural, yabancı unsurlu hukuki ilişkinin şekline hangi hukukun uygulanacağını, bir bağlama sebebine dayanarak belirlemektedir¹⁹³.

Genel şekil kuralı yanında taşınmazlar üzerindeki aynı hak işlemlerinin şeklini, taşınmazların bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını düzenleyen MÖHUK madde 21/4 kuralı da aynı şekilde çok yanlı bir bağlama kuralıdır. Zira bu hüküm yalnızca taşınmazın Türkiye'de bulunduğu hâllerde değil, bütün taşınmazlar için uygulama alanı bulmaktadır. Diğer bir ifadeyle, taşınmaz nerede bulunuyorsa üzerinde aynı hak doğuran işlemin şekli geçerliliği konusuna o ülke hukuku uygulanmaktadır¹⁹⁴.

Genel olarak, milletlerarası özel hukuk kuralları çok yanlı düzenlenmektedir. Tek yanlı olan kuralların da azaltılması amacıyla, çok yanlı olarak yorumlanması ve

¹⁹¹ Göğer, DHH, 55-57; Nomer/Şanlı, 97-100; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 25-28.

¹⁹² Çelikel/Erdem, 61.

¹⁹³ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, *Bağlama Kuralları*, 23.

¹⁹⁴ Merve Acun Mekengeç, *Aynı Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2016, 243; Çelikel/Erdem, 324.

uygulanması yönünde bir eğilim görülmektedir¹⁹⁵. Ancak 2011 tarihli 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda¹⁹⁶, poliçe ile borçlanmaların şekli açısından getirilen kural, tek yanlı bir kanunlar ihtilafı kuralıdır ve bu tür bir yoruma da müsait değildir¹⁹⁷. TTK madde 767/III hükmüne göre, bir Türk vatandaşının yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye’de başka bir Türk vatandaşına karşı geçerli kabul edilmektedir. Bu durumda, bir kambiyo senedi borçlanmasının tarafları Türk vatandaşı ise, borçlanma şekil açısından LRA kuralına uygun olmasa dahi, Türk hukukunun aradığı şartları taşıyorsa Türkiye’de geçerli olarak hüküm ifade edebilecektir.

Hükümün uygulanabilmesi için işlemin her iki tarafının da Türk vatandaşı olması gerekmektedir. Buna göre, iki Bulgaristan vatandaşının İngiltere’de, Bulgaristan hukukunun öngördüğü şekil şartlarına uygun olarak yaptıkları bir kambiyo senedi borçlanması söz konusu olduğunda, Türk hâkimi, borçlanmanın şekil açısından geçerli olup olmadığını incelerken, TTK madde 767/I uyarınca, borçlanmanın İngiliz hukukunun öngördüğü şekil şartlarına uygun olup olmadığını araştırarak, fakat olumsuz bir durum karşısında, borçlanmanın Bulgaristan hukukunun öngördüğü şekil şartları açısından uygun olup olmadığını dikkate almayacaktır¹⁹⁸. Bu hâlde, TTK’ da kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuku gösteren tamamlayıcı kuralın tek yanlı bir bağlama kuralı olduğu söylenmelidir.

2.4.2. Bağımlı-Bağımsız Kanunlar İhtilafı Kuralları

Yabancı unsurlu hukuki ilişkiye uygulanacak hukuku doğrudan doğruya belirleyen kural, bağımsız kanunlar ihtilafı kuralı, uygulanacak hukuku başka bir kural aracılığı ile belirleyen kural ise, bağımlı kanunlar ihtilafı kuralıdır.

¹⁹⁵ Nomer/Şanlı, 98.

¹⁹⁶ RG: 14/2/2011-27846. Bundan sonra metinde, TTK olarak kısaltılacaktır.

¹⁹⁷ TTK’ da öngörülen bu hükmün iki yanlı uygulanması mümkün kabul edilmemektedir. Zira 767/I hükmü, emredici bir kural olup, TTK 767/III hükmü, bu kuralın istisnasını teşkil ettiğinden, dar bir yorum yapılması gerekmektedir. Çelikel/Erdem, 70; Mesut Aygün, *Milletlerarası Özel Hukukta Kambiyo Senetleri,(Kambiyo Senetleri)*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008 Eskişehir, 123, dñn. 353.

¹⁹⁸ Örnek için bkz. Hatice Özdemir, “Kambiyo Taahhütlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk”, *Nihal Uluocak’a Armağan*, İstanbul 1999, 268 vd; Mesut Aygün, “Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti” (Çek) , *AÜHFD*, 61(3), 2012, 953.

Yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline uygulanacak 5718sayılı MÖHUK madde 7 hükmü, hem bağımlı hem de bağımsız kanunlar ihtilafı kuralını bir arada bünyesinde bulundurmaktadır.

O halde kural, hukuki işlemin şekline uygulanacak hukuku, işlemin yapıldığı yer hukukuna bağlaması yönüyle bağımsız bir kanunlar ihtilafı kuralıyken, esasa uygulanacak hukuka bağlaması yönüyle ise bağımlı bir kanunlar ihtilafı kuralıdır. Zira ikinci durumda, şekle uygulanacak hukuk, esasa uygulanacak hukuka bağımlı olarak belirlenmektedir¹⁹⁹.

2.4.3. Yalın- Basamaklı-Alternatif Kanunlar İhtilafı Kuralları

Milletlerarası özel hukuk kuralları, belirli konularda, belirli menfaatleri dikkate alarak, uygulanacak hukuk konusunda tek bir bağlama noktası verebilmekte veya birden fazla bağlama noktalarını sırasıyla uygulanmak üzere birden fazla kritere yer vererek gösterebilmektedir. Buradan hareketle, tek bir uygulanacak hukukun gösterildiği hâllerin yalın kurallar, birden fazla kuralın gösterildiği hâllerin ise basamaklı kural olarak isimlendirildiği görülmektedir²⁰⁰.

Yalın- basamaklı ve alternatif (birden çok hukuka uygulama imkânı veren) kurallar ayırımında, şekil hükmü (madde 7), alternatif kurallar başlığı altında yer almaktadır.

Buna göre aynı hayat ilişkisine uygulanacak hukukun belirlenmesinde birden çok bağlama noktası maddi hukuka ait bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla seçimlik olarak kullanılıyorsa, bu bir alternatif bağlama kuralıdır²⁰¹.

LRA kuralı henüz kanun hükmü olarak Türk pozitif hukukunda henüz düzenlenmemişken dahi, kuralın ihtiyarılığı kabul edilmekteydi. Böylece, bir bakıma alternatif uygulamanın da varlığı kabul edilmiş olmaktadır. Yargıtayın, vasiyetnamenin şekli şartlarına ilişkin vermiş olduğu bir kararda, LRA ve lex causae kurallarından birinin seçilebileceği belirtilerek, iki kuralın alternatifliğine vurgu yapılmıştır²⁰².

¹⁹⁹ Doğangün, 107.

²⁰⁰ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, *Bağlama Kuralları*, 27-28.

²⁰¹ Nomer/Şanlı, 95.

²⁰² Yargıtay 2. HD, E. 2085, K. 2687, T. 16.5.1955. Karar için bkz. Erdoğan Göger, *Kanunlar İhtilafı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları)*, AÜHF Yayınları No: 326, Ankara 1973, 27-28.

Günümüzde de hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekillerden birine uygun olarak yapılarak geçerlilik kazanabilmektedirler. Bu iki hukuk birbirine alternatif olarak uygulanabilmektedir²⁰³.

Hukuki işlemin taraflarının, bu iki hukuktan birini seçme zorunluluğu olmadığından, hangi şekle uymak istedikleri önem taşımamakta ve hukuki işlemin geçerliliğine en uygun olanı dikkate alınmaktadır. Böylece *favor negotii* ilkesine²⁰⁴ uygun olarak işlem ayakta tutulmuş olmaktadır.

Görüldüğü üzere, şekil kuralının alternatif niteliği, bir hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre şeklen geçerli ise, o hukuki işlemin esasına uygulanan hukuka göre geçersiz olsa dahi, Türk hukuku bakımından geçerli kabul edilmesini ifade etmektedir. Aynı zamanda tam tersi bir şekilde, hukuki işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre şeklen geçersiz olsa dahi, o hukuki işlemin esasına uygulanacak hukuk bakımından geçerli ise, Türk hukuku bakımından geçerli kabul edilmesini de ifade edebilmektedir²⁰⁵.

Nitekim MÖHUK madde 7 hükmünün özünü oluşturan alternatif bağlamanın, diğer kanunlar ihtilafı kurallarında hâkim olan esastan farklılaştığı söylenebilir. Zira hüküm, işlemin yapıldığı ülke hukuku veya işlemin esası hakkında yetkili olan hukuk dikkate alınarak, işlemi şekil açısından geçerli kabul eden hukukun uygulanmasını emretmektedir.

Bu durumda kanun koyucu, uygulanması söz konusu olan hukuk düzenleri karşısında tarafsız gözükmemektedir. Zira hangi devlet hukukunun maddi kuralları, işleme şekli geçerlilik tanıyorsa, o devlet hukukunu yetkili görmektedir. Oysa kanunlar ihtilafı kuralları, yabancı unsurlu hukuki işleme nihai olarak uygulanacak maddi hukukun içeriği ile ilgilenmemektedir. Milletlerarası özel hukuk düzeninde esas olan, birden fazla hukuk düzeni ile bağlantısı bulunan hukuki ilişkinin, milletlerarası özel hukuk

²⁰³ Erdener, 115.

²⁰⁴ Sözleşmeyi veya bir sözleşme hükmünü geçerli olarak ayakta tutacak, işlemi kurtarıcı, geçerli kılıcı yorum anlamındadır. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, 377; Şamil Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”, *TAAD*, Yıl: 4, Sayı: 14 (Temmuz 2013), 1163; Tekinalp, 107; Doğan, 267. İşlemin şeklen geçerli tutulması lehine bir tutumu ön plana çıkaran bu ilke, milletlerarası toplumun genel menfaatinin bir gereği sayılan değerler arasında yer almaktadır. Bilgin Tiryakioğlu, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, AÜHF Yayınları No: 503, Ankara 1996, 68.

²⁰⁵ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 97.

hakkaniyetini gerçekleştirecek şekilde en sıkı ilişkili olduğu hukuka tabi kılınmasını sağlamaktır.

Kural olarak, uygulanacak hukuk düzeninin öngördüğü çözümün içeriğinin dikkate alınmaması gerekirken, 7. madde hükmü, alternatif bağlama kurallarının uygulanması ile elde edilecek sonuçların karşılaştırılması ve hukuki işleme geçerlilik kazandıran kuralın tercih edilmesini kabul etmektedir. Bu nedenle hukuki işlemlerin şekline uygulanacak kuralın, iç maddi hukuk kurallarını dikkate alan maddi nitelikte bir milletlerarası özel hukuk kuralı olduğu ve gerçek anlamda bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığı öne sürülmektedir²⁰⁶. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira taraflar için belirli bir maddi sonucun elde edilmesi isteniyorsa, o maddi sonuca ulaşmak için alternatif bağlama kurallarının kullanılması kaçınılmazdır²⁰⁷.

Ayrıca *favor negotii* ilkesini gerçekleştirmek amacıyla, işlemin iki alternatiften birine uygun yapılması kaydıyla geçerli kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle alternatif deyimi yerine, fakültatif²⁰⁸ deyiminin kullanılması da önerilmektedir. Zira alternatif deyimi, taraflara bir seçim yapma yükümü yüklemekte, oysa şekil kuralına göre taraflara verilmiş bir imkân olmaksızın işlem kendiliğinden hangi hukuka göre geçerliyse o hukukun uygulanması söz konusu olmaktadır²⁰⁹. Ancak bu görüşün karşısında, LRA ve *lex causae*'nin alternatif uygulanmasının, özellikle, sözleşmeler alanında sağlanmak istenen kolaylıklı rejime daha uygun düştüğü savunulmaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, fakültatif değil, alternatif uygulama amacı gerçekleştirmektedir. Zira milletlerarası özel hukukta, tarafların hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk konusunda isteklerinin açıklamamaları önem taşımamaktadır. Bilakis işlemin iki şekilden birine uygun yapılması geçerliliği sağlamaktadır. Ancak taraflar, ayrıca şekil konusunda

²⁰⁶ Rona Aybay/Esra Dardağan, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2005, 161.

²⁰⁷ Nomer/Şanlı, 16.

²⁰⁸ Fakültatif deyimi ihtiyari düzenlemeyi anlatmak üzere kullanılmaktadır. Fakültatif düzenleme tarzının milletlerarası özel hukukta, hukuki işlemlerin şekli için genel kabul gören bir kural olduğu yönündeki görüşler için bkz. Gülin Güngör, *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, 128; J.G Sauveplanne, Consumer Protection in Private International Law, *NILR*, 1985, 32(1), 111. Aksi görüş için bkz. Gülören Tekinalp, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi*, İÜHFY No: 2377, İstanbul 1977, 94. Yazar, Kegel'in görüşü doğrultusunda, fakültatif değil, alternatif uygulamanın, amacı gerçekleştireceğini belirtmektedir. Zira milletlerarası özel hukukta, taraflar, bu konuda isteklerini açıklamamış ise önem taşımaz, ancak taraflar şekil konusunda bir ilke tespit etmişlerse bu göz önünde bulundurulmalıdır.

²⁰⁹ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 107.

bir ilke tespit etmişler ise bu göz önünde tutulmaktadır. Milletlerarası ilişkilerin gelişmesi de alternatif uygulamayı haklı çıkarmaktadır²¹⁰.

Nitekim iki hukuktan birinin uygulanması tesadüfi olabileceği gibi, iradi de olabilmektedir. Taraflar, bu iki hukuktan birini seçebilecekleri gibi, başka bir hukuku da, hukuki işlemin şekline uygulanmak üzere seçebilmektedirler. Bu durumda seçilen hukuk, işlemin şekli açısından esasa uygulanacak hukuk, yani *lex causae* olmakta ve aksi kararlaştırılmadığı sürece hukuki işlemin yapıldığı yer hukukunun şekil kuralları, işlemin geçerliliğini engellememektedir²¹¹. Örneğin, bir yabancı ile bir Türk vatandaşı aralarında adi yazılı şekilde bir sözleşme yapmış olsalar ve ihtilaf hâlinde Türk hukukunun uygulanacağını kararlaştırmışsalar, yapılan bu işlem, şekil şartı bakımından yapıldığı ülke hukukuna göre geçerli olmasa dahi, ihtilaf hâlinde Türk hukukunun uygulanacağı kararlaştırıldığından, esasa uygulanacak hukuk olarak Türk hukukuna göre işlem şeklen geçerli kabul edilmektedir²¹².

LRA ilkesi, Statüler teorisinden bu yana hukuki işlemlerin şekli bakımından, hâkim olmuştur. O kadar eski olmamakla beraber, şeklin hukuki işlemin bir özelliği olduğu kabulünden yola çıkılarak, *lex causae* kuralının hukuki işlemlerin esası ile birlikte şekline de hâkim olması gerektiği kabul edilmiştir. Buna rağmen belirli hukuki işlemlerin, yapıldıkları yer hukukunun kabul ettiği şekle uygunluğunun zorunlu olması ve bazı hukuki işlemlerin yapıldıkları yerde hiç bilinmemesi ve bu nedenle şekline ilişkin de düzenleme olmaması nedeniyle, LRA kuralının uygulanmasından vazgeçilmiş olması hâlleri dışında, iki kural, birbirine alternatif olarak uygulanmaya başlamıştır²¹³.

LRA ve *lex causae* kuralları çok büyük bir oranda bir arada bulunmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta, yalnızca LRA kuralına yetki veren kanunlar ihtilafı kuralına veya LRA ve *lex causae* yanında başka bağlama noktalarına yer veren kanunlar ihtilafı kurallarına çok rastlanmamaktadır²¹⁴. Güney Amerika ülkelerinde, hukuki işlemlerin şekli, kuruldukları yer hukukuna tabi tutularak yalnızca LRA yetkilendirilmişken²¹⁵;

²¹⁰ Erdener, 115; Tekinalp, *Temsil Yetkisi*, 94.

²¹¹ Nomer/Şanlı, 212.

²¹² Ahmet Cemal Ruhi, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatı)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, 59.

²¹³ Nomer/ Şanlı, 207; Göger, *DHH*, 117.

²¹⁴ Nomer/ Şanlı, 207.

²¹⁵ Tiryakioğlu, *Taşınır Mallar*, 68; Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, 83; M. R. Chesterman, "Choice of Law Aspects of Liens and Similar Claims in International Sale of Goods", *ICLQ*, Vol. 22, (1973), 232.

İtalyan Medeni Kanunu²¹⁶ ve Yunan Medeni Kanunu²¹⁷, LRA ve lex causae yanında tarafların milli hukuklarına uygunluğun da şekli geçerlilik için yeterli olacağını kabul etmektedir.

2.4.4. Diğer Bağlama Kuralı Çeşitleri

Çok yanlı, bağımlı-bağımsız ve alternatif bir kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK madde 7, ifadesi, düzenleniş biçimi, yeri ve başlığı itibarıyla milletlerarası özel hukuk kuralı niteliğinde olduğu anlaşıldığı için, açık kanunlar ihtilafı kurallarından, boşluk bırakılmadan düzenleme yapıldığı için de, mükemmel kanunlar ihtilafı kurallarından biridir²¹⁸.

2.5. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK MENFAATLERİ VE ŞEKİL

Yabancı unsurlu bir hukuki ilişki veya olayda uygulanacak hukuk belirlenirken, milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması amaçlanmaktadır. Bu amaç doğrultusunda, hukuki ilişki veya olayla bağlantılı en adil, hukuki problemi çözecek en uygun hukukun belirlenmesi gerekmektedir²¹⁹. Yetkili hukuk belirlenirken olay veya ilişkinin en yakın bağlantı içinde olduğu hukuk dikkate alınmalıdır. Bir ilişki ile en yakın bağlantılı hukuk ise, menfaatler esasına dayalı bir sistemin dikkate alınmasıyla bulunabilmektedir²²⁰.

Milletlerarası özel hukuk menfaatleri ile milletlerarası özel hukuk dalının konusuna giren olay ve ilişkiler için getirilmiş kuralların hangi amaçlara yönelik olduğu kastedilmektedir. Bir başka deyişle, bu kuralların konulmasında ne gibi düşünceler ve hangi esasların etkili olduğu, kuralın amacını belirlemektedir²²¹. Yabancı unsurlu uyumsuzlukları çözüme kavuşturmak için kabul edilmiş kurallar, bu ilişkilerin özelliklerinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, kişiler hukuku ve aile hukuku ilişkilerinin,

²¹⁶ İtalyan Medeni Kanununun 1995'te kaldırılmış hükmü m. 26 için bkz. http://www.jus.unitn.it/cardoza/obiter_dictum/codciv/Prel.htm.

²¹⁷ 15.3.1940 tarihli Yunan medeni kanununun şekli düzenleyen hükmü madde 11 için bkz. Hikmet Belbez, "Yunan Devletler Hususi Hukuku", *AÜHFD*, 1(3), 1943, 459.

²¹⁸ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 24; Çelikel/Erdem, 10.

²¹⁹ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 27-28.

²²⁰ Gülören Tekinalp/Ünal Tekinalp, "Internationales Privatrecht / Handelsrecht", *İHFM*, 55(1-2), 549-553, 1996, 550.

²²¹ Aysel Çelikel, "Devletler Hususi Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod", *İÜHFM*, 35(1-4), 1969, 235.

şahsa bağlılığı esası benimsenirken, aynı haklar ve borçlar hukukuna ait ilişkiler, ilişkinin konusu olan şey veya işlemin kendisine ait özellikler dikkate alınarak, belirli bir mekâna bağlanmışlardır. Böylelikle hukuki işlemle ilgili tarafların menfaatleri, toplum ve düzenin menfaatleri ile birlikte göz önünde bulundurulmuştur²²².

Bir ilişki ile en yakın bağlantılı hukuk belirlenirken, genel olarak, şu menfaatlerin temini amaçlanmaktadır: adaletin ve işlem güvenliğinin sağlanması, toplumun temel yapısı ve temel menfaatlerin korunması, milletlerarası karar ahenginin sağlanması ve hakkın aranmasında basitlik²²³.

Bir ilişki ile en yakın irtibatlı hukukun belirlenmesinde kabul edilen menfaatler teorisi sisteminin kurucusu Kegel'e²²⁴ göre, bu menfaatler, kişiler hukuku ve aile hukuku meselelerinde ve akdi borç ilişkilerinde taraf menfaati, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun belirlenmesinde ise, işlem menfaatidir. İç ve dış kararlar uyumu ile ilgili olarak düzen menfaati; kamu düzenini sağlamak amacıyla maddi hukuk menfaati ve kamu hukukuna ilişkin kuralların özel hukuku etkilediği alanlarda devlet menfaati esasına dayanmaktadır²²⁵.

Nitekim taraflar, bir hukuki işlemi yaparken, işlemin yapıldığı ülkede ve diğer ülkelerde geçerli olmasını arzu etmektedir. İşlemin geçerliliği ise güvenin, kolaylığın ve açıklığın sağlanmasına bağlıdır. Zira bir işlemin yapılmasında söz konusu unsurların varlığı, işlem güvenliğini sağlamak ve milletlerarası ticaretin gelişmesine katkıda bulunmaktadır²²⁶. Bu anlamda, işlemin şekli konusunda, işlemin yapıldığı yer hukuku ile işlemin hükümlerinin tabi olduğu hukukun alternatif olarak uygulanması, işlem menfaatine hizmet etmektedir²²⁷.

²²² Çelikel/Erdem, 33.

²²³ Çelikel/Erdem, 33.

²²⁴ Gerhard Kegel (1912-2006), "Türkçe' de de kullandığınız bir deyimle- ekol yaratan, bazı çözüm tarzlarına, bazı değerlendirme ve yorumlayış biçimlerine damgasını vuran, bazı izah tarzlarına *Kegel'e özgü* sıfatını verdiren ve milletlerarası özel hukuk alanının yaşayan en büyük ustası kabul edilen bir bilim adamıdır." Tekinalp/Tekinalp, 550.

²²⁵ Tekinalp/Tekinalp, 550.

²²⁶ Nomer/Şanlı, 16; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 29; Çelikel/Erdem, 35.

²²⁷ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 29.

İşlem menfaati, bir hukuki işlemin geçerli olarak kurulmuş olduğuna güvenen işlem taraflarının ve işleme taraf olmayan, ancak işlemin geçerli olduğuna güvenen üçüncü kişilerin bu güvenlerinin korunmasındaki menfaattir²²⁸.

İşlem güvenliğini sağlamak ve işlemin yapıldığı yer dışında geçerliliğini temin etmek amacıyla, hemen her kanunlar ihtilafı sisteminde, işlemin şeklinin yapıldığı yer hukukuna tabi olduğu kabul edilmektedir²²⁹. LRA yanında yukarıda da belirtilildiği üzere, alternatif olarak işlemin esasına uygulanacak hukuka göre geçerlilik de işlem menfaatinin sağlamaktadır. Zira yapıldığı yer hukukuna göre geçerli olmayan bir işlemi esasa uygulanacak hukuk da geçerli kabul etmez ise, hukuki işlem sonuç doğurmayacaktır²³⁰.

Görüldüğü üzere, alternatif olarak kabul edilen bu kurallar, sadece işlem menfaatine değil, taraf menfaatine de hizmet etmektedir²³¹. Hukuki işlemin tarafları, fiilen işlemin yapıldığı yerde bulunmaları dolayısıyla, söz konusu hukuk düzeni ile sıkı irtibat içindedir ve bu nedenle kendilerine irtibatlı oldukları hukukun uygulanmasını olağan ve haklı bulmaktadırlar. Bunun yanında esasa uygulanacak hukuk da, somut işlemin şartlarına göre hukuki işlemle, işlem yeri hukukuna nazaran daha sıkı irtibat hâlinde bulunabilir. Örneğin taraflar, geçici olarak bulundukları yerde yaptıkları hukuki işlemin şeklini, asıl ve devamlı olarak ilişki içinde bulundukları, işlemin esasına uygulanacak hukuka göre gerçekleştirebilirler²³².

İşlem yeri hukukunun uygulanması, işlemin yapılmasında kolaylık ve hız sağlamaktadır. Nitekim esasa uygulanacak hukukun işleme resmî memurun katılmasını veya onayını aradığı hâllerde, işlem yerinde bu şartların sağlanması mümkün olmayacaktır. Fakat bazı hukuki işlemler için esasa uygulanacak hukukun şekli kurallarını uygulamak, işlemin yapılmasını daha kolay ve hızlı hâle getirmektedir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, hukuki işlemlerde kolaylık ve hız, tarafların çok önemli bir menfaatinin teşkil etse dahi, asıl amaç, işlemin geçerli olarak kurulmasıdır. Hukuki işlemin kolay ve hızlı yapılması, geçerliliği sağlamada önemli katkı sağlayan bir araçtır²³³.

²²⁸ Doğan, 152.

²²⁹ Çelikel/Erdem, 35.

²³⁰ Nomer/Şanlı, 15-16; Doğan, 152.

²³¹ Güngör, *Tüketicinin Korunması*, 225; Christopher Forsyth, *Private International Law, The Modern Roman-Dutch Law Including The Jurisdiction Of The Supreme Court*, B. 2, Cape 1990, 284.

²³² Doğan, 71; Tekinalp, *Temsil Yetkisi*, 93.

²³³ Doğan, 72-73.

Buraya kadar ki açıklamalardan, genel ve alternatif nitelikli şekil kuralının hem taraf hem de işlem menfaatine hizmet ettiğini söylemek mümkün olmaktadır. Bunun yanı sıra, özel şekil kurallarının da aynı amaçlara hizmet ettiğini belirtmekte yarar vardır. Örneğin evlenmenin, yapıldığı ülke hukukunun sağladığı şekil şartlarını taşıması halinde, taraflarının milli hukuklarında ve uyuşmazlıkla bağlantılı diğer hukuk düzenlerinde geçerli sayılması, bu yanı sıra hem evliliğin gerçekleştiği devletin kendi ülkesinde evliliklerin hangi şartlarda ve hangi makam tarafından gerçekleştiğini kontrol etmekteki menfaatlerini tatmin etmekte; hem de evliliğin taraflarına uygulamada rahatlık ve kolaylık sağlamaktadır²³⁴.

Diğer taraftan, örneğin, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemlere, şekil yönünden malların bulunduğu yer hukukunun uygulanması, işlem güvenliğini gerçekleştirmek üzere, işlem ve taraf menfaatini temin etmektedir²³⁵.

Nitekim hukuk düzenlerinin işleyişi için kurallar arasında bir uyumun sağlanması şart kılınmıştır. Milletlerarası özel hukuk için bu uyumu sağlamak daha da zordur. Zira bir iç hukuk dalı olarak, her devletin aynı konu üzerinde, farklı milletlerarası özel hukuk kuralları koymuş olması muhtemeldir. Bu nedenle, farklı devletlerde, farklı maddi hukuk kurallarının olması, total işlemlerin doğmasına neden olmaktadır. Örneğin, bazı ülkelerde çok evliliğin yasal olması veya evliliklerin dinî şekilde yapılmasına müsaade ediliyor olması, her ülke hukuk sisteminde kabul edilmediğinden, bu tür işlemler total hukuki işlem olmakta ve milletlerarası veya dış karar ahengini bozmaktadırlar. Milletlerarası veya dış karar ahenginin sağlanması için birçok devlet, aynı hukuki konular için aynı bağlama noktalarının uygulanmasını kabul etmektedir. Hukuki işlemlerin şeklinin, hukuki işlemin yapıldığı yer hukukuna tabi kılınması da bunun en güzel örneğidir²³⁶.

2.6. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA TEMEL SORUNLAR VE ŞEKİL

Yabancı unsurlu hukuki işlemleri konu edinen MÖHUK'ta, uygun bir kanunlar ihtilafı kuralı aranırken, uygulanacak hukukun tespitinde bir kısım sorunlarla

²³⁴ Cansu Akgün Tekgöl, *Evliliğin Şekline Uygulanacak Hukuk ve Konsüler Evlenmeler*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Nisan 2018, 273.

²³⁵ Nomer/Şanlı, 17; Çelikel/ Erdem, 35; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 31.

²³⁶ Nomer/Şanlı, 17; Doğan, 154.

karşılaşılabilmektedir. Karşılaşılan sorunlar çözüme kavuşturulmadan da uygulanacak hukukun tespiti mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku incelemeyen önce, milletlerarası özel hukukun temel sorunları ve şekle uygulanacak hukuk ile bağlantıları üzerinde durmanın isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

Bu amaçla, vasıflandırma, önmele, atıf, kanuna karşı hile, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar, şekle uygulanacak hukuk ile bağlantılı oldukları nispette açıklanmaya çalışılacaktır.

2.6.1. Vasıflandırma ve Şekil

Kanunlar ihtilafı kurallarına konu teşkil eden ve bir kanunlar ihtilafı kuralını oluşturan kavramlar, bağlama konusu ve bağlama noktasıdır. Ancak bu kavramlar, her hukuk sisteminde aynı anlam ve içeriğe sahip değildir²³⁷.

Yabancılik unsuru içeren hukuki olay ve ilişkilere uygulanması söz konusu olan birden fazla hukuk düzeninin, o olay ve ilişkiye ve bu ilişkileri düzenleyen kurallarda kabul edilen bağlama noktalarına farklı anlamlar yüklemesi, vasıf ihtilafı problemlerini doğurmaktadır²³⁸. Vasıf ihtilafı, çeşitli yöntemlerle, bağlama konusu ve bağlama noktasının vasıflandırılması ile hukuki işleme kimlik kazandırılarak çözümlenmektedir. Kanunlar ihtilafı sorununu çözmeden önce, vasıf ihtilafının çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu nedenle vasıflandırma, kanunlar ihtilafı sisteminin bütünleyici bir parçası olarak kabul edilmektedir²³⁹.

MÖHUK madde 7' ye göre: “*Hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.*” O halde konumuz açısından, bağlama konusu “*şekil*”, bağlama noktaları ise “*hukuki işlemin yapıldığı yer*” ve “*esasa uygulanacak hukuk*”tur. Bu bağlamda iki hususun vasıflandırılması gerekmektedir. Bunlardan ilki hangi konuların “*şekle*” ait olduğunun tespit edilmesidir. İkincisi ise, “*esasa uygulanacak hukuk*” ile “*hukuki işlemin yapıldığı yer*” bağlama noktalarının vasıflandırılmasıdır. Zira söz konusu

²³⁷ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 44.

²³⁸ Çelikel/Erdem, 77.

²³⁹ Hamide Topçuoğlu, “Vasıf İhtilafı”, *AÜHFD*, 6(1), 1949, 83.

kavramlar irtibatlı hukuk düzenlerinde aynı anlama sahip olmayabilmektedir. Şayet aynı anlama sahiplerse, vasıflandırma sorunu doğmaz. Ancak aynı anlama sahip değillerse, hangi hukuk düzeninin dikkate alınarak kavramların içeriğinin tespit edileceği belirlenmelidir²⁴⁰.

Şekil kuralını oluşturan bağlama konusu ve bağlama noktalarının vasıflandırılmasında, genel olarak vasıflandırmada kabul edilen çözüm önerileri dikkate alınmakta ve kural olarak hâkimin hukukuna (lex fori) göre vasıflandırma yapılmaktadır. Hâkim, önüne gelen ihtilafın, şekil sorunu olup olmadığına, kendi hukukunu dikkate alarak karar vermektedir. Genel kural, hâkimin hukukuna göre vasıflandırma²⁴¹ olmakla birlikte, bazı istisnai hâllerde, özellikle hâkimin hukukunda yer almayan bir işlem söz konusu olduğunda ise hâkim, kendi hukukuna göre vasıflandırma yapamayacağı için, hukuki olay veya ilişki ile irtibat hâlinde bulunan diğer hukuklar ve karşılaştırmalı hukuk kurallarını dikkate alarak, ihtilafın şekle ilişkin olup olmadığını vasıflandırmaya çalışılacaktır²⁴².

Özellikle son yıllarda vasıf ihtilaflarının her olaya göre ayrı ayrı ele alınarak değerlendirildikten sonra, bu değerlendirmeye göre çözülmesinin mümkün olacağı görüşü benimsenmektedir. Bu doğrultuda bazı olayları lex fori'ye göre değerlendirmek doğru sonuç vermeyeceği için, lex causae'ya göre vasıflandırma tercih edilmektedir. Böylece milletlerarası özel hukukun amacını teşkil eden milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti de sağlanmış olmaktadır²⁴³.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk bakımından hukuki işlemlerin yapıldığı yer kavramının vasıflandırılması, evlenmenin şekline veya esasına ait konuların belirlenmesi, ölüme bağlı tasarrufların niteliği ve kıymetli evrakın kambiyo senedi olup olmadığının tespiti, başlıca vasıflandırma sorunları olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda söz konusu sorunlar ilgili başlıklar altında değerlendirilecektir.

²⁴⁰ Nomer/Şanlı, 209.

²⁴¹ Genel kural dışında vasıflandırma teorileri için bkz. Tuğrul Ansay, “İkametgâhın Tayininden Doğan Kanunlar İhtilafı”, *AÜHFD*, X(1-4), 1953, 677; Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, 44; Nomer, 99; Aybay/Dardağan, 136; Doğan, 178; Çelikel/Erdem, 77; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 35; A. H. Robertson, “A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws: Part I. Previous Statements of the Problem in English”, *Harvard Law Review*, 52(5), (Mar. 1939), 747-772.

²⁴² Doğan, 216.

²⁴³ Çelikel/Erdem, 85-86.

2.6.2. Önmele ve Şekil

Hâkimin önünde çözülmeyi bekleyen esas meselenin dayanağı olan ve çözümünü esas mesele hakkında verilecek kararı etkileyecek olan sorunlara milletlerarası özel hukukta önmele denir²⁴⁴.

Bir önmele, farklı sebeplerle ortaya çıkabilir. Önmeselenin doğması için üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar, esas meselenin yabancı hukuka tabi olması, esas meselenin tabi olduğu yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralının, önmeselenin çözümünde mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan kanundan farklı bir kanunu yetkili görmesi ve lex fori ve lex causae'ya göre yetkili hukukların içerik açısından farklı olmasıdır²⁴⁵.

Önmeselenin çözümü için lex fori ve lex causae yöntemi olarak iki yol öngörülmektedir. İlk çözüm yolu, lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği bağlama kuralları dikkate alınarak yapılan bağımsız bağlanmadır. İkinci çözüm yolu ise, esas meseleye uygulanacak hukuk düzeninin, yani lex causae'nın, kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği bağlama kurallarına göre yapılan bağımlı bağlanmadır²⁴⁶.

Her bir önmele için tek bir çözüm yolunun uygulandığını söylemek zordur. Bunun yerine, her bir olay ayrı ayrı değerlendirilerek, milletlerarası karar ahengini veya iç karar ahengini temin edecek seçimler yapıldıktan sonra, meselenin çözülmesi gerekmektedir²⁴⁷.

Yabancı unsurlu bir davada, özellikle aile hukukuna ait olan ihtilaflarda velayet, nafaka, evlenmenin genel hükümleri veya miras gibi sorunlar nedeniyle evlenmenin şeklen geçerli olup olmadığı önmele olarak ortaya çıkabilmektedir²⁴⁸.

²⁴⁴ Nomer/Şanlı, 140; Çelikel/Erdem, 138; Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, 92; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 48; Doğan, 182. Milletlerarası özel hukukta önmele hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ergin Nomer, “Devletler Hususi Hukukunda Önmele”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 27(1-4), 2011, 340-357.

²⁴⁵ Çelikel/Erdem, 139-140; T.S. Schmidt, “The Incidental Question in Private International Law”, *Rec. Des. Cours*, Vol. 233, 1993-1992, 316.

²⁴⁶ Nomer/Şanlı, 142.

²⁴⁷ Milletlerarası karar ahenginin veya iç karar ahenginin tercih edildiği örnekler için bkz. Nomer/Şanlı, 143-144; Doğan, 183.

²⁴⁸ Doğan, 183.

Alman Yüksek Mahkemesinin kararına konu teşkil eden bir olayda²⁴⁹, Prusya’da ikamet eden bir İtalyan, 1900 tarihinden önce bir Prusya Mahkemesi hükmü ile karısından boşanmıştır. Prusya Mahkemesi, İtalyan hukukunda boşanma yasak olduğu hâlde, kendi kanunlar ihtilâfı sistemine uygun olarak ikametgâh hukuku veya *lex fori* ile bir sonuca ulaşmış ve boşanmaya hükmetmiştir. Bir süre sonra bu İtalyan, yeniden, Londra’da, İngiliz hukukunun şekil kurallarına uygun olarak evlenmiştir. Olayda, hukuki işlemlerin şekilleri için *lex loci actus ’un*²⁵⁰ dikkate alınmasını yeterli gören kuralın uygulanması söz konusudur. Bu kural, bağımsız bir kanunlar ihtilâfı kuralı olup, hukuki işleme temel teşkil eden maddi hukukun, işlemin yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarını kabul edip etmediğine bağlı olmaksızın uygulanmaktadır. Buna rağmen, olaydaki İtalya vatandaşının, ikinci evlilik bakımından İngiliz hukukuna uygun olarak yapılmış olan nikâh işleminin bir evlenme teşkil edip etmediği, İtalyan milletlerarası özel hukukuna göre kamu düzeninin müdahalesi olmadığı sürece çözülmesi gereken bir önmelele olarak kabul edilmiştir. Karara konu olan olayda, esas meselenin çözümü için uygulanacak hukuk, esas meseleye öncülük eden önmeselenin çözümü için de uygulanacak hukuk olarak kabul edilmiştir. Böylece *lex causae* çözüm yolu tercih edilmiştir²⁵¹.

Diğer bir örnekte ise eş ve çocuğun mirasçılığı açısından, evlenmenin geçerliliği ve soybağının tespiti bir önmelele oluşturmaktadır. Olaya göre, İspanya vatandaşı bir erkek ile Türk vatandaşı bir kadın, Türkiye’de, resmî evlendirme memuru önünde evlenmişlerdir. Bu evlilik, LRA kuralı gereğince, Türk hukukuna göre geçerlidir. Ancak evlenmenin yapıldığı tarihte, İspanya’da dinî şekilde yapılmayan evlilikler geçerli kabul edilmemektedir²⁵². Eşler uzun süre Türkiye’de yaşadıkdan sonra, İspanya vatandaşı eş ölmüş ve geride Türk vatandaşı eş ile bu evlilikten olan çocuk kalmıştır. Evlenmenin geçerliliği ve soybağının tespiti önmeleleleri açısından cevaplandırılması gereken soru, *lex fori*’nin mi yoksa *lex causae*’nin mi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacağıdır. Bu olay bakımından *lex causae*’nin, yani İspanyol hukukunun uygulanması, evlenmeyi

²⁴⁹ Karar için bkz. Ergin Nomer, “Devletler Hususi Hukukunda Önmelele”, *İÜHF*, 1961, 27(1-4), 353.

²⁵⁰ *Lex loci actus*, hukuki sonuç doğuran işlemin yapıldığı yer olmakla beraber, her hukuki işlem için değişik adlarla anılmaktadır. Evlenmenin kurulduğu yer *lex loci celebrationis*, sözleşmenin yapıldığı yer ise *lex loci contractus* olarak adlandırılmaktadır. Hukuksal işlemleri şekil bakımından yapıldıkları yerin kurallarına bağlayan ilkeye ise *locus regit actum* denmektedir. Aybay/Dardağan, 37.

²⁵¹ Nomer, Önmelele, 353-354.

²⁵² 10.8.1981 tarihine kadar dinî şekilde yapılmayan evlilikler geçerli kabul edilmemekteydi. Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 341, 1974 Ankara, 5, dñn. 3.

geçersiz kıldığı gibi, çocuğun da evlilik dışı çocuk sayılmasına neden olacaktır. Belki *lex causae*'nın uygulanması milletlerarası karar ahengini sağlamaktadır ancak bu uygulama adaletsiz sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Bu nedenle, iç karar ahenginin sağlanması tercih edilmeli ve *lex fori* bağlanma ile Türk hukuku uygulanarak evlilik geçerli kabul edilmelidir²⁵³. Görüldüğü üzere, ilk örnektekinin aksine, çözüm yolu olarak *lex fori* bağlanma tercih edilmiştir.

Önmeselenin çözümü bakımından bağımsız veya bağımlı bağlanmanın tercihi, uygulanacak hukuku değiştireceğinden, işlemin geçerli veya geçersiz olması sonucunu doğurabilir. Örneğin, ölmeden önceki son yerleşim yeri Yunanistan'da bulunan ve İngiltere'de taşınmaz malları olan bir Yunan vatandaşı, vasiyetname düzenlemeksizin hayatını kaybetmiştir. Mirasbırakanın sağ kalan eşi, mirasın paylaşımında hak sahibi olduğu iddiasıyla İngiltere'de dava açmıştır. Yunan maddi hukukuna göre, sağ kalan eş, mirasbırakanın taşınmazları üzerinde miras payına sahiptir. Bu örnekte ön mesele, sağ kalan eşin mirasbırakanın ölümünden önce geçerli bir evliliğinin bulunup bulunmadığıdır. İngiliz kanunlar ihtilâfî kurallarına göre, evlenmenin şekli geçerliliği, yapıldığı ülke hukukuna (*lex loci celebrationis*) tâbidir ve taraflar, İngiltere'de resmî nikâh ile resmî memur önünde evlendikleri için bu evlilik, İngiliz hukukuna göre şeklen geçerli bir evliliktir. Bununla birlikte, Yunan kanunlar ihtilâfî kurallarına göre, evliliğin şekli geçerliliğine, tarafların milli hukuku uygulanacaktır. Olayın meydana geldiği zamanda yürürlükte olan Yunan hukukuna göre, evliliğin dinî olarak yapılması öngörülmüştür. Bu olayda esas sorun, mirasbırakanın terekesinin intikalidir ve İngiliz kanunlar ihtilâfî kurallarına göre, mirasbırakanın ölmeden önceki yerleşim yeri olan İngiliz hukukuna tâbidir. Önmele ise, evliliğin şekli geçerliliğidir. Şayet bu örnekte ön meselenin çözümü için *for* hukukunun kanunlar ihtilâfî kuralları uygulanırsa, davacının milli hukuku dikkate alınmaksızın, evliliğin yapıldığı yer hukuku olan İngiliz hukukuna göre evlilik şeklen geçerli kabul edilecektir. Ancak esas soruna uygulanacak olan yetkili hukukun kanunlar ihtilafî kuralları, önmeleyle de uygulanacak olursa, evlilik, şeklen geçersiz kabul edilecektir²⁵⁴.

²⁵³ Nomer/Şanlı, 143-144; Nomer, *Önmele*, 352; Çelikel/Erdem, 129; Cheshire, North & Fawcett: *Private International Law*, Fifteenth Edition, Oxford University Press, 2017, 46.

²⁵⁴ Doğa Elçin, "Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun", *TAAD*, S: 33 (Ocak 2018), 213-214; A.E. Gotlieb, "The Incidental Question Revisited Theory and Practice in the Conflict of Laws", *ICLQ*, Vol.26, 1977, 736.

Yargıtayın önüne gelen bir olayda²⁵⁵, 2007 tarihinden beri Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği tarafından verilen mülteci belgesine istinaden, Türkiye’de sığınmacı olarak bulundukları anlaşılan Afganistan vatandaşı karı kocanın boşanma davasında, tarafların geçerli bir evliliklerinin bulunup bulunmadığı meselesi, önmelele olarak ortaya çıkmıştır. Olaydan tarafların Afganistan’da evlendikleri anlaşılmaktadır. Yargıtay, bu olayda geçerli bir evliliğin bulunup bulunmadığını önmelele olarak tespit etmemiştir. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme tarafların yabancılar kütüğünde kayıtlı olup olmadıklarının, kayıtlı iseler aralarında eş bağı kurulup kurulmadığının Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü’nden sorularak tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Şayet böyle bir kayıt yok ise tarafların evli olup olmadığının, Afganistan’ın Türkiye Büyükelçiliği’nden, Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla sorulmasına ve evli olduklarına dair bu ülke makamlarından alınacak resmî belgenin dosyaya alınmasına hükmetmiştir. Bu kararda Yargıtayın, önmeleleye ilişkin bir tespitte bulunmadığı ve uygulanacak hukukun tayinini metodolojik olarak araştırmadığı görülmektedir. Ancak, karardan anlaşıldığı üzere, Yargıtayın, evliliğin şekli geçerliliği bakımından, evlenmenin yapıldığı yer olan Afganistan maddi hukukunu, evlenme ehliyet ve şartları yönünden geçerliliğini ise tarafların milli hukuku olan yine Afganistan hukukunu uygulayarak bir tespitte bulunduğu görülmektedir. Böylece Yüksek Mahkemenin, önmeleleye ilişkin açıkça bir değerlendirme yapmadığı, ancak evlenmenin maddi ve şekli geçerliliğini *lex fori*’nin kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayarak tespit ettiği sonucuna ulaşılmaktadır²⁵⁶.

2.6.3. Atıf ve Şekil

Atıf, davayı gören mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının, olaya uygulanmak üzere yetkilendirdiği yabancı hukukun²⁵⁷ milletlerarası özel hukuk kurallarının, o ihtilafa uygulanmak üzere başka bir devlet hukukunu yetkili görmesidir. Yetkili görülen bu hukuk, bazen üçüncü bir devletin bazen de mahkemenin hukukudur²⁵⁸.

²⁵⁵ Yargıtay 2. HD, E. 2009/19552, K. 2010/2037, T. 8.2.2010 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

²⁵⁶ Karar hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Elçin, 225.

²⁵⁷ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşeye göre, mahkemenin olaya uygulanmak üzere yabancı bir hukuku yetkilendirmesi atıftır.

²⁵⁸ Atıf hakkında geniş bilgi için bkz. Vedat Raşit Seviğ, “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Atıf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı”, *MHB*, 2(1), 1982, 15; Aysel Çelikel, Türk Milletlerarası Özel Hukuk’unda “Atıf” Prensibinin Uygulanması (Atıf), *MHB*, 3(2), 1983, 2-3; Ernest. G. Lorenzen, The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws. Meaning of "The Law of a Country", *The Yale L. J.*, 27(4), (Feb., 1918), 509-534; Nihal Uluocak, “Evlenmenin Şekli

Yabancılık unsuru taşıyan hukuki olay ve ilişkiden doğan uyuşmazlıkların çözümünde hâkimin, kendi ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle tespit etmiş olduğu yetkili hukuk, kendi hukuku ise, hâkim, kendi ülkesinin maddi hukuk kurallarına göre karar verecektir. Eğer yetkili hukuk yabancı bir ülke hukuku ise bu yabancı hukukun hangi kapsamda dikkate alınıp uygulanacağı atfı sorununun temelini oluşturmaktadır²⁵⁹.

Hâkimin kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili gördüğü yabancı hukukun, yalnız iç maddi hukuk kuralları dikkate alınacaksa bu atfın reddedildiği anlamına gelmektedir. Yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları ile maddi hukuk kuralları birlikte değerlendirilecek ise bu da atfın kabul edildiğini göstermektedir.

Aşağıda, genel şekil kuralında atfın kabul süreci ve uygulanma şeklinin incelenmesine gayret edilecektir. Daha sonra ilgili başlıklar altında, evlenme ve ölüme bağlı tasarruf işlemlerinin şekline uygulanacak hukukun belirlenmesinde atfı ile kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuku belirleyen hükümlerde atfın uygulanması ve doktrindeki tartışmalara yer verilecektir.

2.6.3.1. Atfın Kabul Süreci

Türk hukukunda atfın uygulanması, 5718 sayılı MÖHUK’a kadar tartışmalı bir konu olmuştur. Zira bu dönemde, mülga 2675 sayılı MÖHUK’ da atfı reddeden açık bir düzenlemenin bulunmaması, hukuki işlemlerin şekli açısından atfın uygulanıp uygulanmayacağını, tartışmalı hâle getirmekteydi. Diğer taraftan doktrin de hukuki işlemin şekli hakkında yetkili olan işlem yeri hukuku veya işlemin esasına uygulanacak hukukun, milletlerarası özel hukuk kuralları ile birlikte uygulanıp uygulanmayacağı hususunu tartışma konusu yapmaktaydı.

Geçerliliğinde “In Favorem” Atfı Uygulanması (Atfı), *MHB*, 4(2), 1984, 110; İnci Ataman Fıganmeşe, “Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atfı ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış”, *MHB*, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, 22(2), 2002, 51; Vahit Doğan, “Atfı Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1-2), (Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan), 821-849

²⁵⁹ Göger, *DHH*, 59; Nomer/Şanlı, 146; Çelikel/ Erdem, 105; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 41; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 55-56; Doğan, 187.

2675 sayılı MÖHUK'tan önce atıf, Yargıtayın verdiği kararlara²⁶⁰ ve 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunun²⁶¹ kambiyo senetlerinde ehliyet ile ilgili atfı kabul ettiği hükümlerine dayandırılmaktaydı.

2675 sayılı MÖHUK'ta ise “*Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının bir başka hukuku yetkili kılması hâlinde bu hukukun maddi hükümleri uygulanır*” (madde 2/III) düzenlemesiyle, her tür hukuki ihtilaf için kabul edilen atıf, 5718 sayılı MÖHUK' un “*Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır*” (madde 2/III) hükmü ile konu bakımından sınırlanarak, yalnızca kişinin hukuku ve aile hukuku meseleleri bakımından kabul edilmiştir.

2.6.3.2. Atfın Uygulanışı

Atıf prensibinin uygulanması konusunda, kişinin hukuku ve aile hukuku ile ilgili bir sınırlama olmasına rağmen, kişinin hukukuna ve aile hukukuna ait bütün konularda atfın uygulanacağını kabulü gibi genel bir kabulle her sorunun çözümlenmesi mümkün değildir. Zira kişinin hukuku ve aile hukuku kapsamındaki uyuşmazlıklarda, şekle uygulanacak hukuk belirlenirken nasıl bir yol izleneceği açık olarak 5718 sayılı MÖHUK' da yer almamaktadır²⁶².

Bu bağlamda belirtilmelidir ki, konumuz açısından atıf konusundaki tartışmaları, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun atfın kapsamında olup olmadığını tespit etmekle sınırlayacağız. Zira aile ve şahsın hukukunda atfın uygulanacağı kabul edilmiş olsa bile, istisnasız uygulama alanı bulacağını söylemek yanlış olacaktır. Bu nedenle, atfın uygulama alanının belirlenmesi gerekmektedir.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken, atfın uygulanıp uygulanmayacağı meselesi mülga 2675 sayılı MÖHUK ile 5718 sayılı MÖHUK

²⁶⁰ Yargıtay 2. HD, K. 460, T. 1.1.1944, karar için bkz. Erdoğan Göğçer, *Kanunlar İhtilâfı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları)*, AÜHF Yayınları, No: 326, Ankara 1973, 7-8.

²⁶¹ R.G: 9/7/1956-9353, madde 678: “*Bir kimsenin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyeti tabi bulunduğu devletin kanunu ile tayin olunur. Eğer bu kanun diğer bir memleketin kanununa atıfta bulunuyorsa o kanun tatbik olunur.*”

²⁶² Merve Acun Mekengeç, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması (Atıf)”, *EÜHFD*, XVII(3- 4), 2013, 269.

bakımından farklılık göstermektedir. Zira aşağıda da görüleceği üzere, 2675 sayılı MÖHUK'da atfı reddeden açık bir düzenleme olmaması sebebiyle, konu tartışılara neden olmuştur.

Nitekim 2675 sayılı MÖHUK'un 6. madde hükmü şu şekildeydi: *“Hukuki işlemler, yapıldıkları yer hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.”*

Doktrinde şekle uygulanacak hukukun belirlenmesinde atfı reddeden görüşler olduğu gibi, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken, atfın kabul edilmesi gerektiğini kabul edenler de bulunmaktaydı. Bu ikinci görüşe göre, hukuki işlem, LRA ve lex causae'nın göstermiş olduğu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına uygun olmalıdır. Fakat bu favor negotii ilkesine, yani işlem lehine sonuç esasına aykırıdır. Zira işlem yeri veya esasa uygulanacak hukuka göre geçerli olan bir işlem, bu iki hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının atıfta bulunduğu hukuka göre geçersiz olabilir. Bu nedenle 2675 sayılı MÖHUK döneminde hakim görüş, şekil konusunda atfın, ancak atıf yolu ile hukuki işleme geçerlilik tanınıyorsa uygulanması gerektiği yönünde olmuştur²⁶³. Ancak, 2675 sayılı MÖHUK düzenlemesinden farklı olarak, 5718 sayılı MÖHUK, işlem menfaatini gözetmek amacıyla, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun tespitinde, hukuki işlemleri yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerine tabi tutarak, açıkça, atfı bertaraf etmektedir²⁶⁴. Bu değişiklik, şekil konusundaki alternatif kuralın işlemi şeklen ayakta tutma amacıyla da uyumludur²⁶⁵.

MÖHUK madde 7 hükmünün lafzından da anlaşıldığı üzere, atfı reddedilmekte ve söz konusu hukuki işlemin şekli geçerliliği konusunda ya hukuki işlemin yapıldığı yerin ya da işlemin esasına uygulanan hukukun *maddi hukuk hükümlerine göre geçerli olmasının*, işlemin şeklen geçerli olması için gerekli olduğu görülmektedir. Bu kapsamda genel şekil kuralının uygulama alanına dâhil olan hukuki işlemlerde de, örneğin, nişanlanma ve evlat edinme gibi şahsın hukuku veya aile hukukuna ait işlemlerin şekline

²⁶³ Çelikel/Erdem, 189, dpn. 4.

²⁶⁴ Öztekin Gelgel/Erdem, 44; Tanrıbilir, Değişiklikler Üzerine, 223.

²⁶⁵ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 112.

uygulanacak hukuk belirlenirken de atfın uygulanmasının mümkün olmadığı söylenebilir²⁶⁶.

Konu ile ilgili karşılaştırmalı hukuka bakınca, örneğin, İsviçre hukukunda şekli düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır²⁶⁷. Ancak İsviçre hukuku, Türk hukukuna benzer bir düzenleme ile aile ve şahsın hukukunda atıf prensibini kabul etmekteyken, Türk hukukundan farklı olarak, bu konularda yalnızca iade atfı²⁶⁸ kabul etmektedir²⁶⁹. Ayrıca, İsviçre hukukunda, sözleşmenin şeklinin, taraflardan birinin korunması amacı ile özel bir şekil şartına uyulmasını öngördüğü durumlarda²⁷⁰ ve taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekli konusunun düzenlendiği hükümlerde atfın kabul edildiği görülmektedir²⁷¹.

İtalyan hukukunda da şekle uygulanacak hukuku düzenleyen genel bir hüküm bulunmamakla birlikte, atıf konusunda Türk hukuku ile aynı esas kabul edilmiştir²⁷². Dolayısıyla, İtalyan hukukunda da şekle uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir²⁷³.

İngiliz Hukuku'nda ise hukuki işlemlerin şekli konusunda atıf uygulanmamaktadır. Ancak, vasiyetnamelerin ve evlenmelerin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken, daha

²⁶⁶ Acun Mekengeç, 269-270.

²⁶⁷ Acun Mekengeç, 269-270; Tanrıbilir, Değişiklikler Üzerine, 223.

²⁶⁸ İsviçre hukukunda yalnızca iade atfı kabul edilmiş olmakla birlikte, kanunda özel düzenleme yapılmışsa, aile ve şahsın hukukuna dâhil olsa bile devam eden atfın da dikkate alınacağı belirtilmiştir. Acun Mekengeç, 250-251.

²⁶⁹ IPRG madde 14: “Uygulanacak hukukun İsviçre hukukuna iade atıfta bulunması veya başka yabancı bir hukuka devam eden atıfta bulunması, İsviçre MÖHUK’ da düzenlenmiş olmak kaydıyla dikkate alınacaktır. Kişi halleri konularında ise yalnızca iade eden atıf dikkate alınacaktır.” Hüküm için bkz. <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-14c0-11a6-0000-0000115fcc32/PILA.pdf>. (Erişim Tarihi: 14.5.2018)

²⁷⁰ IPRG madde 119/3: “Sözleşmenin şekline ilişkin şartlar, taşınmazın bulunduğu yer hukuku başka bir hukukun uygulanmasına izin vermedikçe, bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir. Taşınmazın İsviçre’de bulunması halinde sözleşmenin şekli İsviçre Hukukuna tabidir” hüküm için bkz. <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-14c0-11a6-0000-0000115fcc32/PILA.pdf>.

²⁷¹ IPRG 124/3: “Sözleşmenin şekli, taraflardan birinin korunması amacı ile özel bir şekil şartına uyulmasını öngördüğü takdirde yalnızca uygulanacak hukuka tabidir, meğer ki hukuk, başka bir hukukun uygulanmasına izin versin.” hüküm için bkz. <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-14c0-11a6-0000-0000115fcc32/PILA.pdf>. (Erişim Tarihi: 14.5.2018)

²⁷² Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 118, dpn. 19.

²⁷³ İtalya Kanunlar İhtilafı Kuralları Reform Yasası madde 13/II-b hükmü için bkz. <http://www.unife.it/giurisprudenza/giurisprudenza/studiare/private-international-law/materiale-didattico/archivio/italian-statute-on-private-international-law-of-31-may-1995-no-218-as-originally-adopted-unofficial-english-translation>. (Erişim Tarihi: 14.5.2018)

sonra görüleceği üzere, *Foreign Court teorisi* kabul edilerek, hukuki işlemlere şeklen geçerlilik kazandırılması amacıyla atfın uygulandığı görülmektedir²⁷⁴.

Konuya Alman hukuku açısından yaklaşıldığında, görünen o ki, Alman Hukuku'nda yabancı hukukun uygulanmasının gerektiği hâllerde, Alman kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanacağı düzenlenerek atf herhangi bir konu sınırlaması olmaksızın kabul edilmektedir. Alman Hukuku'nun kanunlar ihtilâfi kurallarının gönderdiği hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarının Alman Hukuku'na iade atf yapması hâlinde ise, Alman maddi hukuk kurallarının uygulanacağı kabul edilmektedir²⁷⁵. Ancak Alman Hukuku'nda uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen bazı haller de vardır ki, bu hallerde Türk hukukunda olduğu gibi, atf dikkate alınmayacaktır. Dolayısıyla uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, seçilen hukukun sadece maddi hukuk hükümleri uygulanacak, kanunlar ihtilâfi kuralları ise uygulama alanı bulamayacaktır²⁷⁶.

2.6.4. Kanuna Karşı Hile ve Şekil

Milletlerarası özel hukukta kanuna karşı hile, kişinin, kanunlar ihtilafı kurallarına göre tabi olması gereken belirli kuralların uygulanmasını engellemek amacıyla, hileli bir bağlanma ile bağlama noktasını değiştirerek, tabi olmak istediği başka bir devlet hukukunun uygulanmasını sağlamasıdır²⁷⁷. Kanuna karşı hileli bir durumun ortaya çıkması için, uygulanması engellenen bir hukuk, uygulanmasından yararlanan bir hukuk, hukuka aykırı olmayan hileli bir fiil ve hile kastının olması gerekmektedir²⁷⁸.

Kanuna karşı hile vatandaşlığın, yerleşim yerinin, mutad meskenin, hukuki işlemin yapıldığı yerin veya ifa yerinin değiştirilmesi gibi birçok şekilde yeni bağlama

²⁷⁴ Berlingher Remus Daniel, "The Renvoi in Private International Law", *International Journal of Social Science and Humanity*, Vol. 3, No: 1, January 2013, 68; Acun Mekengeç, 269-270.

²⁷⁵ EGBGB madde 4 hükmünün İngilizce metni için bkz; https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0015; Acun Mekengeç, 269-270.

²⁷⁶ Acun Mekengeç, 256.

²⁷⁷ Nomer/Şanlı, 127; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 47; Çelikel/Erdem, 90; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 83; Doğan, 196.

²⁷⁸ Çelikel/Erdem, 93-94; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 83; Doğan, 196; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 48; Nomer/Şanlı, 129. Kanuna karşı hile hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Fazıl Berki, "Devletler Hususi Hukukunda Kanuna Karşı Hile", *AÜHFD*, 1(3), 1944, 407; Vedat Seviğ, "Devletler Hususi Hukukunda Hile Teorisinin Temeli", *İÜHFM*, 15(4), 1949, 1148-vd.; Hamide Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile, (Kanundan Kaçınma Yolları)*, Selüloz Basımevi, İzmit 1950, 205.

noktalarının edinilmesi ile gerçekleştirilebilir.

Türk milletlerarası özel hukukunda, kanuna karşı hile esasına göre verilmiş bir karar ve genel bir müeyyide bulunmamakla²⁷⁹ birlikte, çözümü hususunda doktrinde iki görüş kabul edilmektedir²⁸⁰. Savunulan ilk görüşe göre, çözümün kamu düzeni çerçevesinde gerçekleştirilmesi esastır. Buna göre, tarafların, hile ile bağlanarak elde ettikleri hukuki sonucun, kamu düzeninin müdahalesi için gerekli şartları sağlamak koşuluyla geçersiz kabul edilmesi savunulmaktadır²⁸¹. İkinci görüş ise, kanuna karşı hilenin bağımsız bir sorun olarak ele alınarak, kamu düzenini ihlal edip etmediğine bakılmaksızın hukuki sonucun tanınmaması yönündedir²⁸².

Kanuna karşı hile daha çok aile hukuku ve şahsi statü ilişkilerinde esasa veya şekle ilişkin konularda hileye başvurma yoluyla ortaya çıkmaktadır²⁸³. Ancak hukuki işlemlerde şekle ilişkin konularda yapılan kanuna karşı hile hâllerinin, esasa ait konularda yapılan hileler kadar ciddi sonuçlar doğurup doğurmadığı değerlendirilmelidir²⁸⁴.

Örneğin, kişiler, evlenmenin tabi olduğu hukukun, uzun formalitelerinden kurtulmak amacıyla, yabancı bir ülkede LRA kuralına uygun olarak evlenmek isteyebilirler. Yahut evlenmenin resmî şekilde yapılmasını öngören hükümden kurtulmak için, dinî şekilde evlenmeye müsaade eden bir ülkede evlenebilirler. LRA'nın daha basit şekillerinde işlem yaparak bu kuraldan istifade etmek için, yabancı bir ülkeye gitmiş olabilirler. Bu kişiler, ülkelerine döndüklerinde, evlilikleri veya diğer hukuki işlemlerinin şekil açısından geçerliliği, kanuna karşı hile iddiası ile karşılaşabilir. Bu hâllerde, kişilerin, kanunlar ihtilafı kurallarını kullanarak tercih ettikleri uygun bir kanunun hükmü altına girmelerine izin verilip verilmeyeceği tartışılmalıdır²⁸⁵.

²⁷⁹ Bunun sebebi Türk hukukunda vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken gibi bağlama noktalarının zor değiştirilmesi nedeniyle bu vakialarda meydana gelen değişikliklerin saygı ile karşılanmasıdır. Şanlı/ Esen/Ataman Figanmeşe, 84.

²⁸⁰ Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, 84; Doğan, 200.

²⁸¹ Topçuoğlu, 244.

²⁸² Nomer/Şanlı, 135; Çelikel/Erdem, 101-102; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 84; Doğan, 200; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 48.

²⁸³ Çelikel/Erdem, 91.

²⁸⁴ Çelikel/Erdem, 104.

²⁸⁵ Seviğ, *Hile Teorisi*, 1170; Berki, *Kanuna Karşı Hile*, 419.

Aşağıda vereceğimiz bazı örneklerden de görüleceği üzere, Almanya, İsviçre ve İngiltere gibi çeşitli ülkelerde şekle ait konularda kanuna karşı hileye başvurularak yapılan evlilikler hakkında farklı kararlara ve uygulamalara rastlanmaktadır.

Örneğin, dinî inançları sebebiyle medeni nikâh yerine dinî nikâhı tercih eden nişanlılar, yabancı bir ülkeye giderek dinî şekilde evlenmişler ise, bu evliliğin Alman hukukuna göre geçerli olduğu, çünkü LRA kuralına uygun bir evlenmenin şekli geçerliliğinin bir tesadüf olmadığı, milletlerarası işlem güvenliğinin korunması için gerekli olduğu belirtilmiştir²⁸⁶. Bu nedenle Alman Medeni Kanunu'nun şart koştuğu şekillerden kaçınmak için, Alman vatandaşlarının, yabancı ülkelerde akdettikleri evlilikler hakkında LRA kuralının istisnaen uygulanmaması fikrini hem doktrin hem de mahkemeler reddetmişlerdir²⁸⁷.

Böylece, Alman hukukunda kanuna karşı hile, genellikle kamu düzeni çerçevesinde değerlendirilip, Alman kanunlarının esas ve amaçlarına aykırı olması açısından ele alınmaktadır²⁸⁸.

İsviçre hukukunda ise kanuna karşı hile ile yapılan evlenmeler için özel bir kanun hükmü düzenlenmektedir. “*Gelin veya damattan biri İsviçre vatandaşı ise veya her ikisi de İsviçre'de ikamet ediyorsa, yurtdışında yapılan evlilikler, İsviçre hukukunun hükümlerinin, butlan hükümlerini ihlal etme amacına yönelik olarak yapılmadığı sürece geçerli kabul edilecektir*” hükmü ile kanuna karşı hile ile elde edilen hukuki sonuçların geçersiz kabul edileceği düzenlenmektedir²⁸⁹.

Konu ile ilgili İngiliz hukukunda da bazı örneklerle rastlanmaktadır. İngiliz mahkemelerine intikal eden olaylarda mahkeme, resmî şeklin gerekliliklerinden kurtulmak isteyerek, yabancı ülkelerde, yabancı ülkelerin öngördüğü şekil kurallarına uyularak yapılan evlenmeler hakkında, İngiliz hukukuna karşı hile yapıldığı iddiasıyla yapılan başvuruları reddetmiştir²⁹⁰. İngiliz mahkemesine konu olaylarda, İngiliz hukukunda evlenme ile ilgili formalitelerin uzun sürmesi nedeniyle, taraflar, İskoçya,

²⁸⁶ Çelikel/Erdem, 91; Seviğ, *Hile Teorisi*, 1169; Berki, *Kanuna Karşı Hile*, 419.

²⁸⁷ Seviğ, *Hile Teorisi*, 1170.

²⁸⁸ Çelikel/Erdem, 99.

²⁸⁹ Seviğ, *Hile Teorisi*, 1176; Berki, *Kanuna Karşı Hile*, 421. IPRG madde 45 hükmü, İngilizce metni için bkz. <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000.../PILA.pdf>.

²⁹⁰ William Latey, “Conflicts of Jurisdiction in Matrimonial Causes”, *The International and Comparative Law Quarterly*, 14(3), (Jul., 1965), 845-861, 850.

Fransa veya Belçika’da, bu ülkelerin şekli kurallarına uyarak evlenmeyi gerçekleştirmişlerdir. Bu evliliklerin İngiliz hukukuna karşı hile nedeniyle geçersizliği talep edilmiş, fakat İngiliz mahkemeleri bu talepleri reddetmiştir²⁹¹.

Kanuna karşı hileye Türk hukuku açısından yaklaşıldığında, konu ile ilgili Türk hukukunda üç görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir. Doktrinde bazı yazarlar, hile kastının tespitinin zor olması nedeniyle, şekil konusunda kanuna karşı hile teorisinin dikkate alınması görüşünü reddetmektedirler. Bu yazarlar, for hâkimine bu konuda sınırsız takdir hakkı tanınmasının, kanuna karşı hilenin yaptırımının çoğunlukla isabetli bir şekilde uygulanmamasına sebep olacağı düşüncesiyle, hile teorisini reddetmektedirler²⁹².

Bazı yazarlar ise kanuna karşı yapılan hilenin, her olaya göre ayrı değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşteki yazarlar, hukuki işlemlerde şekil hükümlerine karşı yapılan hilenin, esasa ait konularda yapılan hileler kadar ağır sonuçlar doğurmaması gerektiğini savunmuştur²⁹³.

Örneğin, kişilerin medeni evlenmeden kaçarak dinî şekilde evlenmek için, şahsi statünün dinî esaslara tabi olduğu bir ülkeye gitmeleri durumunda, gerçekleştirdikleri evlilik kanuna karşı hile iddiası ile karşılaşmamalıdır. Zira bu durumu, “*evlenmenin şekli yapıldığı ülke hukukuna göre geçerlidir*” gibi zorunlu bir kural karşısında kanuna karşı hile olarak nitelendirmek mümkün gözükmemektedir. Bunun yanı sıra, evliliğin sırf medeni nikâhtan kaçınmak amacıyla yapıldığının tespiti de zor olacağından bu evlilik, kanuna karşı hile olarak görülmemelidir²⁹⁴. Ancak bunun aksine, esasa ilişkin konuların şekil olarak vasıflandırılmasından yararlanmak amacıyla, yabancı ülkelerde gerçekleştirilen evlilikler hakkında farklı bir sonuca da varılabilir. Bu durumda, milletlerarası özel hukuk açısından en son çare olan kanuna karşı hileye başvurulması ve olaya göre değerlendirme yapılmasının ardından işlemin geçersiz sayılabilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁹⁵.

²⁹¹ Kararlar için bkz., <http://www.uniset.ca/other/cs5/1908P46.html>; William Latey, Conflicts of Jurisdiction in Matrimonial Causes, *The International and Comparative Law Quarterly*, 14(3), (Jul., 1965), 845-861, 860; J. H. Beale, Dicey's "Conflict of Laws", *Harvard Law Review*, 10(3), (Oct. 26, 1896), 172.

²⁹² Yörük, 173; Erdener, 114-115; Doğangün, 193.

²⁹³ Çelikel/Erdem, 104; Nomer/Şanlı, 135.

²⁹⁴ Çelikel/Erdem, 103-104; aksi görüş için bkz. Uluocak, *In Favorem*, 109.

²⁹⁵ Çelikel/Erdem, 104.

Konu hakkında son görüş ise kanuna karşı hile bakımından daha katı bir tutumla LRA ve lex causae kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğunu, bu nedenle kuralların uygulanmasını bertaraf edecek şekilde hile ile elde edilen sonucun başkaca bir unsura bakılmaksızın geçersiz olduğunu ileri sürmektedir²⁹⁶.

Görüldüğü üzere, çeşitli hukuk düzenlerinde kanuna karşı hile ve yaptırımı açıkça hükme bağlanmış olmakla birlikte, yapılan işlem geçersiz sayılmakta veya elde edilen sonuç kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmaktadır. Alman hukuku kanuna karşı hileyi belirli sınırlar içinde ele alırken, İngiliz hukuku istisnai hâllerde hile ile elde edilen sonucu geçersiz saymaktadır. Türk hukukunda ise kanuna karşı hile ve hilenin yaptırımı doktrin ve milletlerarası uygulama dikkate alınarak değerlendirilmektedir²⁹⁷.

2.6.5. Kamu Düzeni ve Şekil

Zamana, mekâna ve konuya göre çeşitlilik göstermesi ve içerisinde belli oranda belirsizlik bulundurmak zorunda olması nedeniyle²⁹⁸, kamu düzeninin tanımını vermek oldukça güçtür²⁹⁹. Tanımlanması zor olsa da³⁰⁰, milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramını her ülke tanımaktadır³⁰¹.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, kamu düzenini, “*niteliği gereği zamana, yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor her bir somut olaya göre değişiklik gösteren; ilmi açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmamasına rağmen toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü*” olarak tanımlamaktadır. Aynı karara göre, kamu düzeninin çerçevesi,

²⁹⁶ Uluocak, *In Favorem*, 110; Doğangün, 194.

²⁹⁷ Çelikel/Erdem, 101-102.

²⁹⁸ Aydanur Gürzumar, *Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri*, MHB, 1994, S: 1-2, 21.

²⁹⁹ “...amme intizamı tabiri hukuk ilminin belki en çok kullanılan ve fakat aynı zamanda mana ve mahiyeti ve şümül sahası hakkında kolaylıkla sarıh bir fikir edinilemeyen büyük bir mefhumudur”, Hıfzı Timur, “Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı”, *İHFM*, Sayı: 4, (s.866- 905), 1941, 867; Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz Altuğ /Mustafa Yasan, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*, Alkım Yayınevi, İstanbul 2003, (139-149), 139; A. G. Ökçün, *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Ankara, 1967, s. 17; Kemal Dayınlı, “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, *Yaşar Karayalçın’a Armağan*, Ankara, 1988, 661.

³⁰⁰ Kamu düzeni kavramının tanımlanmasındaki güçlük pek çok yazar tarafından ifade edilmektedir. Gürzumar, 21; Çelikel/Erdem, 138; Ökçün, *Kamu Düzeni*, 13-14.

³⁰¹ Işıl Umut Mutlu, *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2003, 41.

“Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık” şeklinde çizilmektedir³⁰².

Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek hâller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali hâlinde düşünülmelidir. Fakat her emredici hükmün ihlali hâlinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu düzenine aykırı bulunduğunu söylemek doğru değildir.

Milletlerarası özel hukuk açısından kamu düzeni, kendi yargılama usulüne göre verilmeyen bir hükmün uygulanması hâlinde, yargılamanın konusu ile karşılaştırılamayacak derecede daha büyük, önemli ve vazgeçilemez nitelikteki menfaatlerin zarar görmesi olasılığı karşısında, bu menfaatlerin, öncelikle ve kesin olarak korunmasını amaçlamaktadır³⁰³. Bu amaçla, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmü Türk kamu düzenini açıkça ihlal ediyorsa, bu hüküm uygulanmaz ve gerekli görülen hâllerde Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 5).

Hukuki işlemlerin şekline ilişkin bir meselede işlemin yapıldığı yer hukukuna veya esasına uygulanacak hukuka göre belirlenecek bir hükmün somut olaya uygulanması, Türk hukukunun esas ilkelerini, adap ve ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerini açıkça ihlal ediyorsa bu hükmün uygulanmasından vazgeçilmelidir³⁰⁴.

Kanaatimizce, milletlerarası özel hukukta kamu düzeni ile milletlerarası özel hukukta şekil kavramları arasındaki ilişki iki hâlde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan ilki, şekil kuralının kaynağını kamu düzeni fikrine dayandıran görüş dolayısıyladır. Diğerisi ise yabancı ülkede yapılan evliliklerin Türkiye’de sonuç doğurması nedeniyle kurulan ilişkidir. Zira Türk milletlerarası özel hukukunda kamu düzeni kavramı ile Avrupa İnsan

³⁰² YİBGK, E. 2010/1, K. 2012/1, T.10.2.2012-28417.

³⁰³ Ahmet Cemal Ruhi/Yavuz Kaplan, “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordere Public)”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, 22(2), 2002, 644.

³⁰⁴ Doğangün, 195.

Hakları Sözleşmesi³⁰⁵ arasında, evlenmenin şekline yapıldığı ülke hukukunun uygulanması ve bu evliliklerin Türkiye’de sonuç doğurması meselesi nedeniyle, bir ilişki kurulmaktadır³⁰⁶.

Türk hukukunda resmî memur önünde, evlenme iradesi taraflarca bizzat açıklanmaksızın yapılan evlenmeler, yoklukla batıldır. Ayrıca aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dinî töreninin yapılamayacağı da hüküm altına alınmıştır. Evlenmenin geçerli olması dinî törenin yapılmasına bağlı değildir (TMK madde 143). Bunun yanı sıra bu hüküm ile ülke içerisinde resmî evlendirme memuru³⁰⁷ dışındaki kişilerin, evlendirme yetkisinin önüne geçilmek istenmiştir. Dinî nikâhı engelleyen bu hüküm, Türkiye içindeki evlenmeler bakımından geçerliken, Türkiye dışında o ülke hukukuna göre dinî nikâhın yapılmasına engel değildir. Taraflar, Türkiye’de kilise nikâhı veya dinî nikâh yapmak isterlerse bu evlilik geçerli değildir, fakat yurtdışında yapılan kilise nikâhı veya dinî nikâhın o yer kurallarına aykırı olmamak koşuluyla, sırf Türk hukukundan farklı olması nedeniyle kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması doğru olmayacaktır³⁰⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararına konu olan, Gündüz v. Türkiye davasında³⁰⁹, resmî nikâh olmaksızın dinî nikâh yapılmasının cezalandırılması³¹⁰ gerekçesiyle mahkemeye başvuru yapılmıştır. Mahkeme, Avrupa ülkelerinde kilise nikâhının geçerliliği karşısında, yabancı ülkede dinî nikâh yapılmasının, kamu düzeni müdahalesine uğramaması gerektiği yönünde karar vermiştir³¹¹.

³⁰⁵ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, R.G: 19/03/1954- 8662.

³⁰⁶ Ceren Kaya, *Millî Hukukta Kamu Düzeni Kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İlişkisi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015, 196-199.

³⁰⁷ Evlendirme Yönetmeliğinde yapılan değişiklikle, “Resmî evlendirme memuru, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır. (Değişik ikinci cümle: 28/11/2017-2017/11079 K.) Bakanlık; il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine, il ve ilçe müftülüklerine ve ilgili dış temsilciliklere evlendirme memurluğu görev ve yetkisi verebilir. Eşlerden birinin yabancı olması halinde evlendirmeye, belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri yetkilidir.”

³⁰⁸ Kaya, 196-199.

³⁰⁹ Başvuru No: 35071/97, Karar Tarihi: 4 Aralık 2003; kararın İngilizce metni için bkz. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-112541\"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\) .

³¹⁰ AYM’nin E. 2014/36, K. 2015/51, T. 10.06.2015-29382 kararı ile Türk Ceza Kanununun 230. maddesinin iptal edilen 5. ve 6. fıkra hükümleri “Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.” “Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.” şeklindeydi.

³¹¹ Kaya, 196-199.

Buna karşın Mahkeme, Green and Farhat davasında³¹² yurtdışında yapılan dinî nikâhın tanınmasına ilişkin milletlerarası özel hukukta kamu düzeni müdahalesine atıf yaparak, tek eşli evlilikleri korumak için dinî nikâhı yasaklayan düzenlemelerin devletlerin takdirinde olduğuna ve devletin kamu düzeni müdahalesinde bulunmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihlal etme ihtimalinin düşük olduğuna, çok eşli evliliklere yol açan durumlarda ise kamu düzeni müdahalesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gereği müdahale sebebi teşkil ettiği yönünde görüş bildirmiştir³¹³.

Yukarıdaki örnekler dışında, şekil konusunda kamu düzeni müdahalesinin ileri sürülmesi oldukça istisnai görülmüştür³¹⁴.

2.6.6. Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Şekil

Doğrudan uygulanan kurallar, yabancı unsurlu hukuki olay veya ilişkide, bir kanunlar ihtilafı kuralına ihtiyaç olmadan, ülkenin sosyal, politik, ekonomik veya toplumsal yapılanmasının korunması için uyulması gereken ve zorunlu olarak uygulanan kurallardır³¹⁵.

Nitekim konu ile ilgili doğrudan uygulanan bir kural varsa hâkim, yabancı unsurlu ihtilafa uygulanacak hukuku araştırmaksızın doğrudan uygulanan kuralı dikkate almak zorundadır³¹⁶. Doğrudan uygulanan kurallar, her bir normun kabul edilmesindeki amaç

³¹² Başvuru No: 38797/07, Karar Tarihi: 6 Temmuz 2010; kararın İngilizce metni için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/38797.07-en-20100706/view/>.

³¹³ Kaya, 196-199; Louvrens R. Kiestra, *The Impact Of The European Convention On Human Rights On Private International Law*, Springer, 2014, 226.

³¹⁴ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 114.

³¹⁵ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 55; Belkıs Vural Çelenk, “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, *YBHD*, 2017, S: 3, 281. Aynı tanım MÖHUK madde 6 hükmünün gerekçesinde de yer almaktadır. Gerekçe için bkz. www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf.

³¹⁶ Doğrudan uygulanan kurallar hakkında detaylı bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001, 1 vd.; 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*, 28(1-2), 2008, 147-172; F. Aslı Bayata Canyaş, “5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan, C: III*, Ankara 2009, 141-166; Mustafa Erkan, “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV(2), 2011, 81-121.

dikkate alınarak belirlenirken; kuralın kamu hukuku veya özel hukuk karakterli olması ya da emredici veya düzenleyici kural olması ise önem taşımamaktadır³¹⁷.

Bu bağlamda aleniyet şekilleri olarak da adlandırılan ve belirli bazı durum ve işlemlerin üçüncü kişilerin bilgisine sunulması amacıyla yapılan *tescil* ve *ilan* üzerinde durmak gerekmektedir. Zira bu işlemlerin amacı, işlemin tarafları dışında bulunan üçüncü kişileri işlemde haberdar etmektir. Bir başka deyişle, tescil ve ilan koruduğu menfaatler, taraflarla ilgili olmayıp, üçüncü kişilerle ilgilidir. Dolayısıyla, tescil ve ilan üçüncü kişilerden oluşan kamunun menfaatini korumayı amaçladığı söylenmektedir³¹⁸.

Bu nedenle, bazı yazarların resmî sicile tescil ve ilan hakkındaki kuralların, doğrudan uygulanan kural olduğu yönünde görüşleri mevcuttur³¹⁹. Bu yazarlara göre, nitelikleri gereği bir hukuki işlemin üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesini sağlayan aleniyet işlemleri, tarafların iradesine ve kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamına tabi değildir ve doğrudan uygulanan kurallardır³²⁰.

Diğer bazı yazarlara göre ise tescil ve ilan kurallarının, LRA'nın uygulama sahasından çıkarılarak, başka bir hukuka tabi kılınması gerekmektedir³²¹. Bu hukukun ise aleniyetin gerçekleştiği yer hukuku olduğu kabul edilmektedir³²². Böylece, işlemin yapıldığı yer ile tescil edildiği yerin farklılaştığı hâllerde en uygun çözümün elde edileceği düşünülmektedir.

Sonuç itibarıyla, tescil işlemine uygulanacak hukuk bakımından iki görüş ortaya çıkmaktadır. Tescil işleminin en önemli amacı, üçüncü kişileri korumaktır. Bu amacın ise ancak tescil işleminin yapıldığı yerdeki maddi hukukun şekil kurallarına uyularak sağlanabileceğini belirtilmektedir³²³. Söz konusu yer, her ne kadar işlemin yapıldığı yer olarak gözüксе de, her devlet bu konudaki hükümlerini doğrudan uyguladığından, burada kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasının mümkün olmadığı doktrinde ağırlıklı olarak savunulmaktadır.

³¹⁷ Şanlı/Nomer, 5; Doğan, 239.

³¹⁸ Doğan, 161.

³¹⁹ Yörük, 374; Doğan, 162.

³²⁰ Yörük, 374; Doğan, 162.

³²¹ Erdener, 42.

³²² Vedat Reşit Seviğ, *Mirasla İlgili Devletler Hususi Hukuku Kaideleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1963, 121.

³²³ Nomer/Şanlı, 398.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI UNSURLU HUKUKİ İŞLEMLERİN ŞEKLİNE UYGULANACAK HUKUK

3.1. TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA ŞEKLE İLİŞKİN GENEL KURAL VE KURALIN UYGULAMA ALANI

Çalışmamızın bu bölümünde, MÖHUK madde 7’de yer alan şekle ilişkin genel kuralın kapsam ve içeriğinin ayrıntılı bir biçimde incelenmesine gayret edilecektir.

Bu doğrultuda öncelikle, hangi hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun, alternatif nitelikli genel kural kapsamında olduğu açıklanarak, genel kuralın uygulama alanı belirlenecektir ve akabinde genel kuralın uygulama alanını genişleten hâllere değinilecektir. Zira bazı hukuki işlemlerin şekli bakımından mevzuat veya milletlerarası sözleşmelerle getirilen kurallar, genel kuralın uygulama alanını genişletmektedir. Nitekim bu genişleme, LRA ve *lex causae*’ya ilaveten başka bağlama noktalarının da kabulü ile mümkün hâle gelmektedir.

Şekle ilişkin genel kuralın uygulama alanı ile uygulama alanını genişleten haller açıklandıktan sonra, alternatif nitelikli genel kuralın kapsamı dışında kalan hukuki işlemlere de yer verilecektir. Bu bağlamda bahsi geçen hukuki işlemlerin şekline yalnızca LRA veya yalnızca *lex causae* kuralları uygulandığından, bunların genel kuralın kapsamı dışında kaldığı ve hatta genel kuralın istisnalarını teşkil ettiğini söylemek her halde yanlış olmayacaktır.

3.1.1. Genel Kural

Türk milletlerarası özel hukukunda şekle ilişkin genel kural yukarıda da belirtildiği üzere, 5718 sayılı MÖHUK’un 7. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: “*Hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.*” Hükme göre, yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekli, *locus regit actum* (LRA) olarak anılan hukuki işlemlerin yapıldıkları yer veya *lex causae* olarak anılan ve her hukuki işlemde

değişik adlandırılan³²⁴ işlemin esası hakkında yetkili olan hukuk kurallarının, alternatif olarak uygulanması ile çözüme kavuşturulmaktadır. Bu anlamda “*Hukuki işlemlerde şekil*” başlıklı MÖHUK madde 7 hükmü, bağlama konusu bakımından soyut ve genel bir hukuki kategori çizerek, herhangi bir istisnaya yer vermeksizin hukuki işlemlerin şekli konusunu düzenlemektedir³²⁵.

MÖHUK’ un “*Genel Hükümler*” kısmında yer alan bu hüküm, yine MÖHUK’ da yer alan özel şekil hükümlerinin, TTK’nın kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen hükümlerinin ve milletlerarası sözleşmelerde belirlenen şekil kurallarının uygulama alanı dışındaki tüm hâllerde hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku belirlemektedir³²⁶.

Bu kapsamda, MÖHUK’ta şekline ilişkin özel düzenleme bulunmayan ve genel kurala tabi olan yabancı unsurlu nişanlanma, evlat edinme, taşınır mallar üzerindeki aynı hak işlemleri ve sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk konusuna mevzuat ve doktrindeki tartışmalar doğrultusunda değinmenin doğru olacağı görüşündeyiz.

3.1.2. Uygulama Alanı

Hukuki işlemin herhangi bir şekil kuralına tabi olup olmadığı, eğer şekle tabi ise şekil şartları ile şeklin gerçekleşme biçimi ve şekle aykırılığın doğurduğu hukuki sonuçlar hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun kapsamına girmektedir³²⁷.

Hangi unsurların şekil konusu kapsamında değerlendirileceği daha önce bahsedildiği gibi *lex fori*’ye göre belirlenmektedir. Zira bu bir vasıflandırma sorunudur. Bunun anlamı ehliyet, şekil ve işlemin hükümleri konuları arasındaki sınırın ancak vasıflandırma yapılarak çizilebileceğidir. Bu sınırın çizilmesi ise uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için büyük önem arz etmektedir.

Örneğin, bazı hukuk sistemlerinde evlenmenin şekli esasa ilişkin bir mesele olarak kabul edilmektedir. Buna ilişkin klasik örnek ise Yunan Medeni Kanununda yapılmış

³²⁴ Esasa uygulanacak hukuk yani *lex causae*; aynı haklarda malın bulunduğu yer yani *lex rei sitae* (LRS), borçlar hukukunda *lex obligationis*, kişinin hukukunda ise milli hukuktur. Aybay/Dardağan, 35; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 106.

³²⁵ Doğangün, 115; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 106.

³²⁶ Nomer/Şanlı, 97.

³²⁷ Nomer/Şanlı, 98; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 112-113.

olan değişiklikten önce Yunan Hukukunda Ortodoksların ancak dinî şekilde kilisede evlenebilmeleri ve bu biçimin maddi şartlara ait bir sorun olarak evlenmenin esasına ilişkin kabul edilmesi idi. Ancak Yunan Medeni Kanununda yapılan değişiklikle birlikte artık evlenmeleri gerçekleştiren makamlara ilişkin şart, esasa değil, şekle ilişkin kabul edilmektedir³²⁸. Aynı şekilde Türk hukukunda da evliliğe resmî memurun iştirak etmiş olması şekle ait bir unsur olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, hukuki işlemin temsilci vasıtasıyla yapılıp yapılmayacağı Türk hukukuna göre esasa ait bir konu iken, temsilcinin beyanını gerçekleştirme usulü ise şekle ait bir konudur.

Hukuki işlemlerin şekli konusunda kabul edilen alternatif kurala iki istisna getirilmiştir. Şöyle ki işleme ya yapıldığı yer hukuku münhasıran uygulanacaktır ya da işlemin esası hakkında yetkili olan hukuk tek başına yetkili olacaktır. Yani alternatif uygulamadan bazen LRA, bazen de *lex causae* lehine vazgeçilecektir³²⁹.

LRA³³⁰ kuralı, yabancı unsurlu ilişkilerin gün geçtikçe artış göstererek yapıldığı günümüzde, işlemlerdeki pratiklik ve güvenliği sağlamak üzere, kanunlar ihtilafı alanında kabul edilmiş en eski kurallardan biridir³³¹. Kişinin ticari veya özel hayatının devamının gerekliliği bakımından yapacağı hukuki işlemlerde, işlemin ilk adımını oluşturacak irade beyanının bürüneceği şekil, ülkenin sınırlarını aşan hukuki işlemlerin sonuca varmasını sağlayabilmelidir. Bu sonuca ise ancak LRA' nın kurallarına uyularak ulaşılabilir³³².

Birçok devlet, LRA kuralı yanında, işlemi idare eden hukukun, yani *lex causae*'nin, şekil kurallarına da yetki tanımıştır. Türk hukuku da bu devletlerden bir tanesidir³³³.

Aşağıda alternatif nitelikli genel şekil kuralının kapsamındaki hukuki işlemler incelenecektir.

³²⁸ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 112-113; Belbez, 459; Pan. J. Zepos, "The New Greek Civil Code of 1946", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 28(3/4), 1946, 56-71.

³²⁹ Doğan, 267.

³³⁰ Doktrinde *Locus regit actum* tabirinin, ifade etmek istediği fikri tam olarak yansıtmadığı yönünde eleştiriler olmuştur. Bu eleştirilere göre, bir hukuki işlem üç kısma ayrılmaktadır. Bunlar, hukuki işlemin kendisi (*actus*), işlemin dışı yansıyan kısmı (*instrumentum*) ve işlemin ifasıdır (*solutio*). Taraflar öncelikle aralarında bir anlaşma yaparak bunu yazılı bir metne dönüştürürler (*instrumentum*) ve karşılıklı olarak işlemin gereğini yerine getirirler (*solutio*). Genellikle tarafların irade açıklamalarını belirli bir vasıta ile yerine getirmeleri sonucunda *actus* ve *instrumentum* aynı zamanda ortaya çıkar. *Locus regit actum* ifadesi ancak *instrumentum*u ifade etmek için kullanılır ve *actus* bu kuralın kapsamı dışında kalır. Bu nedenle daha doğru bir ifadeyle *locus regit instrumentum* denilmesinin daha yerinde olacağı iddia edilmiştir. Erdener, 22, dñn. 1.

³³¹ Erdener, 23; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 111; Çelikel/Erdem, 188.

³³² Erdener, 23.

³³³ Çelikel/Erdem, 188.

3.1.2.1. Nişanlanmanın Şekline Uygulanacak Hukuk

Nişanlılık, bir erkek ile bir kadının birbirlerine evlenme sözü vermeleri ile doğan bir aile hukuku ilişkisidir³³⁴. Hukuk sistemlerinin nişanlanmayı farklı nitelendirmesi sonucunda, nişanlanmaya ilişkin kanunlar ihtilafı doğabilmektedir³³⁵. Ancak pozitif hukuk metinlerinde nişanlanma kurumunu düzenleyen hukuk düzenleri, genel itibarla nişanlanmanın şekli için herhangi bir şekil şartı öngörmemektedir. Tarafların birbirine uygun ve karşılıklı irade beyanında bulunmaları nişanlanma için yeterli görülmektedir.

Nitekim Türk milletlerarası özel hukukunda da evlenmenin şekline ilişkin özel bir düzenleme olmasına rağmen, nişanlanmanın şekline uygulanacak kanunlar ihtilafı için özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

Hal böyle olunca, nişanlanmanın şekli konusunda genel şekil kuralı (MÖHUK m. 7) uygulanacak ve nişanlanmanın şekli, nişanlanmanın yapıldığı ülke hukuku veya nişanlanmanın esasına uygulanacak ülke hukukuna tabi olacaktır. Nişanlanmanın hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuk ise MÖHUK madde 12/2'ye göre belirlenecektir. Şöyle ki, nişanlılar aynı devlet vatandaşları ise müşterek milli hukukları, farklı devlet vatandaşları ise Türk hukuku nişanlanmanın şekline uygulanacaktır.

MÖHUK madde 7'den hareketle, nişanlanmanın şekline uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak tespit edilmesi hâlinde, Türk maddi hukukunda da nişanlanmanın şekli için özel bir düzenlemenin getirilmediği görülmektedir³³⁶. Zira tarafların açık veya örtülü olarak evlenme vaadinde bulunmaları nişanlanma için yeterli görülmüştür³³⁷.

Bu doğrultuda Yargıtayın nişanlanmanın şekline ilişkin verdiği bir kararda³³⁸, nişanlanmanın birbiriyle evlenmek isteyen kadın ve erkeğin bu konuya ilişkin iradelerini açıklamaları ile meydana geleceği, tarafların iradelerini şekle bağlı veya üstü örtülü olarak açıklayabileceği de belirtilmiştir. Diğer bir kararda da³³⁹ nişanın varlığının, o

³³⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, 13.

³³⁵ İzzet Doğan, 20.

³³⁶ Turgut Akıntürk/Ateş Karaman, 35; Yıldız Abik, "Nişanlanma ve Nişanlılık", *AÜHFD*, 54(2), 2005, 77.

³³⁷ Nomer/Şanlı, 238; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 160; Çelikel/Erdem, 222; Doğan, 279; Akıncı/Demir Gökyayla, 12; Hacı Can/Alı Gümrah Tokar, *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, 192; İzzet Doğan, *Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, 21.

³³⁸ Yargıtay 3. HD, E. 10173, K. 12105, T. 24.11. 1998 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

³³⁹ Yargıtay 3. HD, E. 3938, K. 10914, T. 26.5.1992; Yargıtay 3. HD, E. 2007/1441, K. 2007/1598, T. 12.02.2007 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

Ülkede geçerli örf ve detin aradığı hususların gerçekleşip gerçekleşmediğine göre değerlendirileceğini, ancak örf ve dete uygun olmayan nişanlanmanın da geçerli olduğu sonucuna varılmıştır³⁴⁰.

Ayrıca, nişanlanma şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için temsilci vasıtasıyla gerçekleşmesi mümkün değildir. Nişanlanma iradesi, bizzat nişanlanacak kişiler tarafından açıklanmalıdır. Aracı veya ulak vasıtasıyla nişanlanmaya izin veren hukuk sistemleri Türk kamu düzeni bakımından tartışılabılır, ancak bu hâlde kamu düzeni geniş yorumlanıp nişanlanmanın geçerli olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır³⁴¹.

Burada evlilik benzeri yaşam modellerine³⁴² değinmekte fayda görmekteyiz. Zira *common law evlilik, kayıtlı birliktelik ve uzun süreli birlikte yaşama*, şekil ve esas bakımından evlenme olarak nitelendirilmeyecektir. Ancak bu birlikteliklerin aile kurma amacı da yadsınamayacağından evlilikten bağımsız fakat aile hukuku içerisinde bağlama kurallarına tabi olması gerekmektedir³⁴³.

Common law evlilik, kadın ve erkeğin evlenme konusunda iradelerini içeren sözleşme ile kurulan, çiftlerin karı-koca gibi birlikte yaşadıkları ancak resmi olarak evli olmadıkları birliktelik trdr³⁴⁴. Bu evliliklerin şekline uygulanacak hukuku belirleyen bir hüküm MÖHUK da bulunmamaktadır. Ancak genel şekil kuralının uygulanmasını öneren görüşler bulunmaktadır. Böylece sözleşmenin yapıldığı yerde geçerli olan evlilik benzeri yaşam modeli, diğer ülkelerde de şeklen geçerli olabilecektir. Dolayısıyla, söz konusu ilişkinin kurulduğu yer, işlemin yapıldığı yer olarak şekli geçerliliği saęlayabilecektir³⁴⁵. *Common law* evliliklerin esasına uygulanacak hukuk ise kuruluş yeri

³⁴⁰ Yargıtay 2. HD, E. 2871, K. 4269, T. 8.9.1949 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

³⁴¹ Akıncı/Demir Gökyayla, 12; Akıntürk/Ateş Karaman, 36.

³⁴² Doktrinde bu tür birlikteliklerin evlilik benzeri değil de evlilik dışı olarak nitelendirildiğini de görmekteyiz. Nomer/şanlı, 238. Bunun nedeni ise aynı cinsiyetten veya farklı cinsiyetten kişilerin oluşturduğu evlilik kurumu dışında yer alan yaşam modellerini, evlilik kurumundan ayırmaktır ve söz konusu kurumlar için evlilik benzeri nitelendirmesi, kurumu evliliğe yaklaştırarak farklı vasıflandırmalar yapılmasını engelleyebilecek, henüz vasıflandırma aşamasına geçmeden kurumun evliliğe benzediğine dair sınırlama söz konusu olacaktır. Görüş için bkz. Işıl S. Tekdoğan Bahıvancı, “Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk”, *TAAD*, 9, S: 33 (Ocak 2018), 624, dn. 2.

³⁴³ Necla ztrk, *Milletlerarası zel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, 224.

³⁴⁴ ztrk, 60.

³⁴⁵ ztrk, 225.

olarak tezahür eden işlemin yapıldığı yerdir. Görüldüğü üzere hem LRA hem de lex causae kuruluş yeri olarak örtüşmekte ve aynı hukuku işaret etmektedir³⁴⁶.

Uzun süreli birlikte yaşama ise nişanlanmaya benzeyen ve tarafların birbirlerine evlilik sözü vermeksizin birlikte aile hayatı yaşadıkları birlikteliklerdir³⁴⁷. Zira bu birliktelik, evliliğe oranla daha gevşek olmakla birlikte, evlilik gibi şahsi bağlılığa dayanmakta ve nişanlılık gibi evliliğin bir ön basamağını oluşturmaktadır. Bu nedenle doktrinde bu tür birlikteliklerin şeklinin de, tıpkı nişanlanmadaki gibi, şahsi statünün uygulanması ile çözüme kavuşturulması önerilmektedir. Şahsi statü, tarafların vatandaşlıkları aynı ise müşterek milli hukukları, farklı ise Türk hukuku olarak kabul edilmektedir³⁴⁸.

Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre, uygulamada evlilik dışı yaşam olarak nitelenmesi daha doğru olan bu birlikteliklerin, şekli geçerliliği ile ilgili herhangi bir sorun doğmayacaktır. Zira doktrinde, evlilik dışı birlikte yaşama, evli olmayan iki kişinin, uzun bir süre boyunca çift olarak istikrarlı bir birlikteliği sürdürmek zorunda olmaksızın beraber yaşadığı ve hiçbir resmi şekil şartının olmadığı birliktelik türü olarak tanımlanmaktadır³⁴⁹. Bu şekilde birlikte yaşayan kişiler arasındaki milletlerarası özel hukuk problemleri, sorunun niteliğine göre, haksız fiil veya borçlar hukukuna ait kabul edilerek uygulanacak hukuk belirlenmelidir. Yabancılik unsuru içermese dahi konu hakkında Yargıtayın vermiş olduğu kararlar örnek alınabilir³⁵⁰. Tarafların evlenme niyeti olmaksızın birlikte yaşamalarının, nişanlanma olarak dahi kabul edilmediği; bu nedenle *evli gibi* veya *uzun süreli* birlikte yaşamın, hediyelerin iadesi için yeterli olmadığı görülmektedir. Bir kısım Yargıtay kararında, nişanlı olsun veya olmasın, evlilik dışı birlikte yaşayan çiftlerin, yasal olarak korunması gereken bir birliktelik oluşturmadığı gerekçe gösterilerek, taraflar arasındaki uyuşmazlık için *haksız fiil* nitelendirmesi

³⁴⁶ Öztürk, 225.

³⁴⁷ Doktrinde, bu tür birlikteliklerin serbest evlilik olarak da nitelendirildiği görülmektedir. Nomer/Şanlı, 238.

³⁴⁸ Nomer/Şanlı, 238.

³⁴⁹ Alain Devers, Private International Law Aspects Of Non-Marital Unions Some French Reflections On The Applicable Law, "Evlilik Dışı Beraberliklerin Milletlerarası Özel Hukuk Yönü Uygulanacak Hukuka İlişkin Fransa'daki Bazı Görüşler", Çev: Bilgin Tiryakioğlu/ Necla Öztürk, *MHB*, Cilt: 37, Sayı: 2, 971,

³⁵⁰ Örnekler için bkz. Tekdoğan Bahçivancı, 661-662; Yargıtay 3. HD, E. 2010/4392, K. 2010/11584. T. 29.6.2010; Yargıtay 13. HD, E. 2006/6349, K. 2006/355, T. 24.04.2006 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

yapılmış ve bu nedenle davanın aile mahkemesinde değil genel mahkemede görülmesine karar verilmiştir³⁵¹.

Son yıllarda bazı ülkelerde bu tür birlikteliklere yönelik düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. *Kayıtlı birliktelik* olarak nitelenen birlikteliklerin, *uzun süreli birlikte yaşama* veya serbest evliliklerden farkı, uzun süreli birlikte yaşama veya serbest evliliklerde resmi şekil şartları aranmazken, kayıtlı birlikteliklerde, birlikteliklerin kurulması resmî şekil koşullarının bulunmasına bağlıdır. Kayıtlı birliktelikler genellikle Avrupa ülkelerinde olmak üzere, birkaç ülkede kabul edilmiş yeni bir kurumdur. Evlilikte olduğu gibi çiftler özel bir sicile ilişkilerini tecil ettirmek suretiyle birbirlerine olan bağlılıklarını resmî şekilde açıklar. Bu durumda ilişkiyi kayıt altına aldirmek, kayıtlı birlikteliğin kurulmasının koşuludur³⁵². O halde *common law* evliliklerde de *kayıtlı birlikteliklerde* de işlemin yapıldığı yer veya esasa uygulanacak hukuk, kuruluş yerini işaret etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, nişanlanmanın şekli şartları bakımından LRA kuralının önemi büyüktür. Ancak bu durum, kuralın mutlak bir uygulamaya sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Zira LRA yanında uygulama alanı bulacak diğer kural da nişanlanmanın esası hakkında uygulanacak hukuktur. Örneğin, yerleşim yeri İtalya’da olan iki Türk vatandaşının İtalyan Medeni Kanununda öngörülen yazılı şekilden faydalanarak nişanlanmalarında bir engel bulunmamaktadır³⁵³.

Sonuç itibarıyla, nişanlanmanın şekli bakımından, hem Türkiye’de bulunan yabancılar, hem de yabancı ülkelerde bulunan Türk vatandaşları açısından LRA ve *lex causae* kuralları uygulanabilecektir.

³⁵¹ YHGK, E. 2006/2-558, K. 2006/568, T. 20.9.2006.

³⁵² Tiryakioğlu/Öztürk, 18.

³⁵³ Göger, DHH, 167; Aysel Çelikel/Ergin Nomer/Kerem Giray/Emre Esen, *Devletler Hususi Hukuku Örnek Olaylar-Mahkeme Kararları*, 9. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2008, 159; İtalyan Medeni Kanunu madde 81: “*ergin bir kişinin resmî bir senette yer alan veya özel-yazılı olarak verilmiş karşılıklı evlenme vaadi, haklı bir sebep olmaksızın evlenmeden kaçınan nişanlıya diğer tarafın zararının tazmin külfeti yükler.*” Hüküm için bkz. http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/wpbreachofpromise.htm.

3.1.2.2. Evlat Edinme İşleminin Şekline Uygulanacak Hukuk

Evlat edinme, belirli şart ve usullere bağlı olarak, evlat edinen ile evlatlık arasında mahkeme kararı ile yapay soybağı kuran bir medeni hukuk işlemidir³⁵⁴.

II. Dünya Savaşından sonra 1970’li yıllara kadar sayıca fazla olmayan ülkeler arası evlat edinme olayları, 1970’lerden sonra hızla artmıştır³⁵⁵. Çocukların uzak coğrafyalardan ve farklı sosyo-kültürel çevrelerden getirilmesi, ülkeler arası evlat edinme meselesini dünya çapında bir mesele hâline getirmiştir³⁵⁶.

Günümüzde evlat edinme işlemi, çocuğun menfaatlerini gerçekleştirmenin temel amaç olarak ele alındığı ve devletin sorumluluğuna giren bir kurumdur³⁵⁷.

Evlâtlık ilişkisinin kuruluşunun gerçekleşme şekli, ulusal düzenlemelerde çeşitliliğin görüldüğü bir husustur. Ulusal hukuk sistemleri arasındaki maddi hukuka ilişkin farklılıklar, evlat edinmeyi milletlerarası özel hukuk bakımından ilgi çekici kılmaktadır³⁵⁸. Zira bazı hukuk sistemlerinde evlatlık ilişkisinin bir aile hukuku sözleşmesiyle kurulacağı kabul edilirken, bazı hukuk sistemleri ise bir mahkemenin veya idarî bir merciin kararını aramaktadır³⁵⁹. Ancak her devlette evlat edinme ilişkisine farklı yaklaşılsa da, hepsi için evlat edinme işleminin esas amacı, çocuk haklarını güvence altına alan gerekli düzenlemelerin yapılmasıdır³⁶⁰. Bu bakımdan evlat edinme ilişkisinin şeklen geçerliliği büyük önem taşımaktadır.

³⁵⁴ Akıntürk/Ateş Karaman, 370; Günseli Gelgel, *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, Beta Basım, İstanbul 2012, 37.

³⁵⁵ Ülkelerarası evlat edilmeler hakkında sayısal veriler için bkz. Peter Selman, *The Rise And Fall Of Intercountry Adoption in The 21 St Century*, *International Social Work*, vol. 52 (5): 575–594. <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0020872809337681> (Erişim Tarihi: 16.10.2017).

³⁵⁶ Sibel Özel, “Ülkelerarası Evlat Edinme”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ata Sakmar’a Armağan*, 2011/1, Beta Basım, İstanbul 2012, 609; ülkelerarası evlat edinme işlemleri hakkında açıklamalı raporlar için bkz. <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/publications2/explanatory-reports>

³⁵⁷ Aybay/Dardağan, 204.

³⁵⁸ Zeynep Derya Tarman/Işık Önay, “Milletlerarası Evlât Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli”, *AÜHFD*, 60(2), 2011, 331.

³⁵⁹ Sözleşme sistemine örnek olarak Roma ve Cermen hukukundaki bazı evlât edinme türleri verilmektedir. Karar sistemi ise günümüzde Türkiye ve İsviçre’de benimsenmiştir. Evlât edinme ilişkisinin kurulması için hem taraflar arasında bir sözleşme hem de mahkemenin izni veya onayının arandığı sistemlere ise karma sistem adı verilmektedir. Karma sistem Eski Türk Medeni Kanunu’nda benimsenmişti, Tarman/ Önay, 333; sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Halide Mutlay Erkoç, *Evlat Edinmenin Devletler Özel Hukukunda Kuruluşu ve Hükümleri*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987, 81-vd.

³⁶⁰ Feriha Bilge Tanrıbilir/Banu Şit Köşgeroğlu, “Uluslararası Özel Hukukta Evlat Edinme”, *Tuğrul Arat’a Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, 1023; Gelgel, 37.

Aşağıda evlat edinme işleminin şekli ile ilgili hem 5718 sayılı MÖHUK hem de Türkiye'nin taraf olduğu 1993 Tarihli Çocukların Korunması ve Ülkelerarası İşbirliğine Dair La Haye sözleşmesinde yer alan kurallara değinilecektir.

3.1.2.2.1. MÖHUK Bakımından

Türk milletlerarası özel hukukunda yabancı unsurlu evlat edinmelerin şekli konusunda kanun koyucu özel bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle evlat edinme işleminin şekline uygulanacak hukuk, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuka ilişkin genel düzenlemeye (MÖHUK m. 7) göre belirlenecektir³⁶¹. Yani evlat edinme işleminin şekline, evlat edinme işleminin yapıldığı yer hukuku veya evlat edinme işleminin esasına uygulanacak hukuk, alternatif olarak uygulanabilecektir. Evlat edinme işleminin esası hakkında yetkili olan hukuk ise evlat edinmenin hükümlerine uygulanacak hukuktur. Evlat edinmenin hükümleri, evlat edinenin milli hukukuna, eşlerin birlikte evlat edinmesi hâlinde ise, evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir (MÖHUK madde 18). Evlenmenin genel hükümleri ise eşlerin müşterek milli hukuklarına, tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad meskeni hukukuna, bulunmadığı takdirde Türk hukukuna tabidir (MÖHUK madde 13/3).

Ayrıca belirtmek gerekir ki, evlat edinme kurumunun niteliği bakımından öncelikle dikkate alınması gereken husus, çocuğun menfaatlerinin korunmasıdır. Bu nedenle yabancı unsurlu evlat edinme işlemlerinin şekli için alternatif nitelikli kuralın uygulanması, işlemlerin geçerliliğine hizmet edeceğinden, en doğru uygulama olacağı kabul edilmektedir. Fakat alternatif nitelikli kuralın her zaman uygulama alanı bulacağını söylemek de güçtür³⁶².

Alternatif nitelikli kurala göre, uygulanacak hukukun ayrı ayrı değerlendirilmesi hususunda, Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesine konu olay örnek gösterilebilir. Karara

³⁶¹ “Evlat edinmenin şekli açısından LRA veya *lex causae*’nin alternatif olarak uygulanmasına imkân verecek ve yapılan evlat edinme işlemini şekil açısından geçerli hale getirecek kanuni düzenlemenin yapılmasının yerinde olacağı” kanaati için bkz. Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, 72.

³⁶² Muvakkat Kanun döneminde yazılan eserler incelendiğinde, bu eserlerde yazarların evlat edinmenin şekli için evlat edinenin milli kanununun (Yörük, 340), LRA kuralının (O. F. Berki, *Devletler Hususi Hukuku*, 108), *lex causae* kuralının (Muammer Raşit Seviğ, *Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 152, İstanbul 1941, 32) veya iki kuralın alternatif olarak birlikte (Göğür, *DHH*, 85) uygulanmasını savundukları görülmektedir.

konu olayda³⁶³, evlat edinme ilişkisini kurmaya yönelik irade beyanının şekli sorunu ele alınmıştır. Karar ayrıca milletlerarası evlat edinmede, yetişkinlerin evlat edinilmesine ilişkin norm yetersizliğine de vurgu yapmaktadır. Bir yetişkinin evlat edinilmesine diğer eşin vermesi gereken onayın, lex causae veya LRA'ya uygun olması gerektiği kabul edilmektedir³⁶⁴. Olayda lex causae Alman hukuku, LRA ise Ukrayna hukukudur. Alman hukukuna göre, evlatlık alan kişinin noterlikçe düzenlenmiş³⁶⁵ ve eşinin onayını gösteren bir belgeye ihtiyaç varken³⁶⁶, belge noterlikçe düzenlenmediği ve sadece imzalar onaylanmış olduğu için şekil şartının, Alman Hukukuna göre yerine getirilmediğine karar verilmiştir. Alman hukukuna göre şeklen geçerli bir evlat edinme işlemi olmadığı için, işlem yeri hukuku olarak Ukrayna hukukuna göre geçerli bir işlem olup olmadığı araştırılmıştır. Ancak Ukrayna hukukunda yetişkinlerin evlat edinilmesi kurumunun düzenlenmemiş olması nedeniyle herhangi bir şekil kuralı da bulunamamıştır. Mahkeme, bu konuda sessiz kalınmış olmasının şekil serbestisi olarak yorumlanamayacağını kabul etmiştir. Ayrıca, küçüklerin evlat edinilmesi ile yetişkinlerin evlat edinilmesi işlemlerinin, işlevsel olarak kıyaslanmasının mümkün olmadığına, bu nedenle de kıyas yolu ile küçüklerin evlat edinilmesi hakkında öngörülen şekil kurallarının, yetişkinlerin evlat edinilmesinde uygulanamayacağına dikkat çekerek, ulusal hukukun yetersizliğine karar vermiştir³⁶⁷. Görüldüğü üzere, evlat edinme işleminin şekli geçerliliği, işlemin yapıldığı yer ve işlemin esası hakkında yetkili hukuka göre ayrı ayrı incelenmiştir.

TMK'ya göre evlât edinenin oturma yeri, birlikte evlât edinmede ise eşlerden birinin oturma yeri mahkemesince evlât edinme kararının verilmesiyle evlatlık ilişkisinin kurulmuş olmaktadır (m. 315). Evlât edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlât edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilmektedir. Araştırmada özellikle evlât edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlât edinenin eğitime yeteneği, evlât edinmeye

³⁶³ Mahkeme kararı için bkz. Stephan Lorenz/Ahmet Cemal Ruhi, “Yetişkinlerin Evlat Edinilmesi ve Lex Loci Actus”, *MHB Ergin Nomer'e Armağan*, 22, S: 2, 1173.

³⁶⁴ EGBGB madde 11 hükmünün İngilizce metni için bkz; https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0015

³⁶⁵ BGB madde 1750/I ve II hükmünün İngilizce metni için bkz; https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0015.

³⁶⁶ BGB madde 1767/II hükmünün İngilizce metni için bkz; https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0015.

³⁶⁷ Lorenz/Ruhi, 1182-1183.

yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir (m. 316).

Evlat edinmede hâkim tarafından bu ayrıntılı incelemenin yapılmamış olması Yargıtay tarafından bozma sebebi sayılmıştır³⁶⁸.

Nitekim “Olayda, dosya içeriğinden Kanada’da ikamet ettiği anlaşılan davacının, küçükler Meryem ve Mehmet’e bir yıl süre ile baktığı ve eğittiği konusunda herhangi bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, TMK’nın 305/1. maddesinde belirtilen bir yıl süreyle bakma ve eğitme şartının gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda araştırma yapıp deliller toplanmadan, yazılı şekilde karar verilmesi” usul ve yasaya aykırı bulunmuştur. Diğer taraftan aynı Kanunun, evlat edinme kararı verilmeden önce hâkime araştırma yükümlülüğü getiren 316. maddesinde, “evlat edinmeye ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlat edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verileceği” ve ayrıca bu araştırma yapılırken, özellikle, “evlat edinen ve edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlat edinenin eğitme yeteneği, evlat edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekeceği” hükmü mevcuttur. Mahkemece, sözü edilen maddede öngörüldüğü şekilde kapsamlı bir araştırma yapılmaksızın evlat edinen ve evlat edinilenler dinlenmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması da doğru bulunmamıştır.

Evlat edinmelerin şekli açısından mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi³⁶⁹ zamanında doktrinde bir tartışma mevcut idi. Bu Kanuna göre, evlat edinme işlemi hâkimin izni üzerine düzenlenecek resmî bir senetle kurulmaktaydı (madde 256). Hâkim, işlemin çocuğun menfaatine olup olmadığını değerlendirerek, olumsuz bir kanaate vardığında evlat edinme işlemine izin vermemekle yükümlüydü. Hâkim izninin nitelendirilmesi doktrinsel tartışmaları da beraberinde getirmiş idi.

Bir görüşe göre hâkim izni, şekil veya usule ait görünse bile, çocuğun menfaatinin korunmaya yönelik olduğundan, evlat edinmenin maddi şartları içinde

³⁶⁸ Yargıtay 2. HD., E. 7729, K. 10050, T. 27.6.2005 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). Akıncı/Demir Gökyayla, 140; Akıntürk/Ateş Karaman, 381, dpn. 96.

³⁶⁹ RG: 04.04.1926-339.

değerlendirilmeliydi³⁷⁰. Bu görüşü kabul edenler, milletlerarası evlat edinmelerde evlat edinme işleminde çocuğun menfaatinin olup olmadığının incelenmesinin önemli olduğunu ileri sürmekte ve hâkimin bu değerlendirmeyi yapabilmesini ise izin şartının, maddi şart olarak kabulüne bağlamaktaydılar. Çünkü bu şart, ancak maddi şartlar içinde kabul edilirse, Türk çocuklarının yurtdışında evlat edinilmesi söz konusu olduğunda, işlemin gerçekleştiği ülke hukukunun, evlat edinmenin maddi şartlarını çocuğun milli hukukuna tabi tutması hâlinde Türk hâkiminin izni şartı aranacaktı³⁷¹.

Aksi yöndeki diğer bir görüşe göre ise, evlat edinme işleminde hâkimin izni, işlemin şekline ilişkin veya usuli bir sorundur ve dolayısıyla lex fori kuralına tabi bir işlemdir. Böylelikle evlat edinme işleminin gerçekleştiği ülke makamlarının o ülke hukukuna uygun olarak işleme katılarak evlat edinmeye izin vermesi, işlemin geçerliliği açısından yeterli görülmekte idi³⁷².

Medeni Kanunun yeni düzenlemesiyle, evlat edinmenin şekil ve usulünde mülga Medeni Kanuna göre köklü bir değişiklik yapılmış³⁷³ ve evlat edinme işleminin artık mahkeme kararı ile kurulacağı düzenlenmiştir³⁷⁴. Dolayısıyla, mahkeme kararına evlat edinme işlemi için kurucu bir etki tanınmıştır³⁷⁵. Ayrıca hâkime konu ile ilgili kapsamlı bir araştırma yapma yükümü de yüklenmiştir.

Yeni düzenleme ile birlikte, bu sefer de hâkimin çocuğun menfaatini araştırma görevinin niteliği tartışılmıştır. Çünkü bu görevin niteliği, Türk vatandaşlarının yabancı ülkelerde yapacağı evlat edinme işlemlerinde ve Türkiye’de yapılacak evlat edinme işlemlerinde önem taşımaktadır³⁷⁶.

TMK madde 315 ve madde 316 hükümlerinin kenar başlığı *Şekil ve usul* olmasına rağmen, bu hükümlerin evlat edinmenin maddi şartlarına mı yoksa şekli ve usuli şartlarına

³⁷⁰ Doğan, 319.

³⁷¹ Aybay/Dardağan, 205.

³⁷² Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 230-231; Çelikel/Erdem, 288-289.

³⁷³ Akıntürk/Ateş Karaman, 380.

³⁷⁴ Evlat edinme işleminin yetkili makamların otoritesi altında gerçekleştirilen bir işleme dönüşmesi, işlemin şeklinden çok usule ilişkin sorunların ön plana çıkmasına neden olmaktadır. Evlat edinmenin sözleşme temeline dayandığı dönemde ise bu işlemin şekli önem taşımakta idi. Tanrıbilir/Şit Köşgeroğlu, 1040.

³⁷⁵ Aybay/Dardağan, 205.

³⁷⁶ Nomer/Şanlı, 278; Günseli Öztekin Gelgel, “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırımları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4, S: 8, Güz 2005/2, 143.

mı ilişkin olduğu tartışmanın kaynağını teşkil etmektedir. Bu hususu belirlemenin önemi büyüktür. Zira TMK'nın 315 ve 316. madde hükümleri, adli veya resmî makamların evlat edinme işlemine müdahalesine olanak tanıyıp hâkime takdir imkânı vererek, çocuğun yüksek yararını gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır.

Çocuğun menfaatini araştırma ödevinin, evlat edinmenin maddi şartları içinde ele alınmasının doğru olacağını ifade eden görüş karşısında farklı bir görüş olarak, çocuğun menfaatini araştırmaya ilişkin şartın bir usul sorunu olduğu ve bu nedenle de işlemin yapıldığı yer hukukuna tabi olması gerektiği görüşü yer almaktadır³⁷⁷.

Her iki görüşü de savunan yazarlar bulunmakla birlikte, doktrinde hakim görüş, Türk hukukunda hâkim tarafından evlat edinme kararı verilebilmesi için aranan evlat edinilenin menfaati şartının niteliği itibarıyla, maddi hukuka ait bir şart olarak kabul edilmesi durumunda bile, bu şartın gerçekleştirilme şeklinin bir usul meselesi olduğu ve TMK'nın ilgili madde hükümlerinin kenar başlıklarının da bunu kanıtlar nitelikte yazıldığıdır³⁷⁸.

Türkiye'de yapılan evlat edinme işlemlerinin maddi şartları, MÖHUK madde 18/I hükmü uygulandığında tarafların milli hukuklarına tabiyken, hâkimin yapacağı araştırmanın lex fori'ye yani Türk hukukuna tabi olması, uygulanacak hukukta parçalanmaya neden olacaktır fakat bu parçalanma, usuli bir sorun söz konusu olduğunda kaçınılmaz olabilmektedir³⁷⁹.

Nitekim hâkim tarafından yapılacak araştırmanın lex fori'ye tabi olması, hâkime de kolaylık sağlayacaktır³⁸⁰. Zira usuli işlemlerin, kural olarak, lex fori'ye tabi tutulmuş olması, evlat edinme işlemlerinin yapıldığı yer hukukunun öngördüğü şekilde yapılmasını haklı kılmaktadır³⁸¹.

Yabancı ülkelerde yapılan evlat edinme işlemlerinde, o ülkenin kendi hukukunun usulüne göre yetkili adli ve resmî bir makamın katılımı ile alınacak izin veya karar, Türk hukukunun aradığı *hâkim kararı* gerekliliğini yerine getirmiş olmaktadır³⁸². Dolayısıyla, evlat edinme işlemi yabancı bir ülkede gerçekleştirilmekteyse, çocuğun menfaatini

³⁷⁷ Aybay/Dardağan, 206.

³⁷⁸ Nomer/Şanlı, 279; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 231; Çelikel/Erdem, 288.

³⁷⁹ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 231; Tanrıbilir/Şit Köşgeroğlu, 1041.

³⁸⁰ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 231.

³⁸¹ Nomer/Şanlı, 279.

³⁸² Nomer/Şanlı, 279; Çelikel/Erdem, 289; Aybay/Dardağan, 206.

araştırma hususunun ne şekilde gerçekleştirileceği usule ilişkin bir mesele olduğundan, araştırmanın bu ülke hukukuna göre yapılması gerekmektedir³⁸³.

Böylece, TMK’ da evlat edinme işlemi için öngörülen mahkeme kararı, maddi şart veya usuli şart olmanın ötesine geçerek, idari bir işlem niteliğine bürünmüştür. Yargıtay da³⁸⁴, “*evlat edinmeye izin verilmesine ilişkin karar bir ilam niteliğinde olmayıp idari bir işlemdir*” demek suretiyle bu niteliği destekler şekilde kararlar vermiştir³⁸⁵. Hâkim tarafından verilen ve *şekil ve usul* başlığı altında düzenlenmiş bulunan, evlat edinme kararı idari işlem olarak nitelendirilse de sonuç değişmeyecek, işlemin yapıldığı yer hukukuna tabi olacaktır. O halde, yabancı ülkelerde gerçekleştirilen evlat edinme işlemleri için resmî bir senedin düzenlenmesi gerekiyorsa, bu senedin şekli geçerliliği, diğer resmî senetlerin şekli geçerliliği ile aynı şartlara tabi olacaktır³⁸⁶.

Görüldüğü gibi, mülga Medeni Kanun döneminde, evlat edinme işlemi için aranan hâkim izninin niteliği konusunda, TMK döneminde ise hâkimin evlat edinilenin menfaati hakkında vereceği karar konusunda tartışmalar bulunmaktadır. Hâkimin izni konusundaki eski tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa, evlat edinilenin menfaati hakkında verilecek karar, aslında maddi hukuka ait bir şart olsa bile, bu şart, gerçekleşme şekli açısından bir usul sorunudur ve işlemin yapıldığı yer hukukuna tabidir³⁸⁷. Dolayısıyla, çocuğun menfaatini denetleyen herhangi bir resmi kurum tarafından araştırma yapılması yeterli görülebilir³⁸⁸.

Türk hukukunda evlat edinme işleminin şekline uygulanacak hukukun belirlenmesindeki problemler hususlar tespit edildikten sonra, yukarıda da belirttiğimiz gibi konu ile ilgili milletlerarası sözleşmeyi de incelemek gerekmektedir. Zira yabancı unsurlu evlat edinme meseleleri, milletlerarası sözleşmelere konu olmuş bir milletlerarası

³⁸³ Nomer/Şanlı, 275; Tanrıbilir/Şit Köşgeroğlu, 1042.

³⁸⁴ 2.YHD, 24.9.1957; 2. YHD, 30.11.1967 tarihli kararlar için bkz. Hilmi Yazıcı/ Hasan Atasoy Şahis, *Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı*, Ankara 1970, 556.

³⁸⁵ Nomer/Şanlı, 279, dpn. 113; Çelikel/Erdem, 289; Aybay/Dardağan, 206.

³⁸⁶ Nomer/Şanlı s. 279.

³⁸⁷ Nomer/Şanlı s. 279. Çelikel/Erdem, evlat edinme işlemine resmi bir makamın ya da mahkemenin kararının gerekli olmasını *şekle* ilişkin bir işlem olarak görmekle birlikte, aynı zamanda *usul* hukukuna ilişkin bir olay olduğunu belirtmektedir. Yazarlar, aynı zamanda hâkimin evlat edinilenin menfaati konusunda yapacağı araştırmanın aslında şekle değil esasa ait bir araştırma olduğunu belirtmektedirler. Böyle bir araştırmanın yapılmamış olması ve mahkeme kararının eksikliğinin özellikle Türk vatandaşlarının yurtdışında gerçekleştirdikleri evlat edinme işleminin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği olaya göre belirlenmesi gerektiği kanaatindedirler. Çelikel/Erdem, 8. Bası, 273-274

³⁸⁸ Çelikel/Erdem, 8. Bası, 273-274

özel hukuk sorunudur. Ayrıca, milletlerarası özel hukuk kuralları, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla, uygulama alanı bulmaktadır.

Milletlerarası evlat edinme işlemleri, çocukların kaçırılmasının, ticaretinin ve satımının kullanılarak ciddi insani ve hukuki sorun doğurabilecek bir alandır. Ayrıca, hem ulusal hem de uluslararası evlat edinme düzenlemelerinin eksikliği, konuyu çok daha hassas bir şekilde irdelemeyi gerektirmektedir. Tüm bu nedenlerle evlat edinme işlemi çok taraflı sözleşmelere konu olmuştur³⁸⁹.

3.1.2.2.2. Çocukların Korunması ve Ülkelerarası İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi Bakımından

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 1993 yılında imzalanan bahsi geçen La Haye Sözleşmesi³⁹⁰ Türkiye tarafından da onaylanmıştır³⁹¹.

Sözleşme, milletlerarası evlat edinme işlemleri hakkında yeknesak kurallar tesisi yerine, ülkelerarası evlat edinme işlemi gerçekleştirecek menşe (gönderen)³⁹² devlet ve kabul eden devlet tarafından işlem sürecinde takip edilecek asgari koşulları düzenleme amacı ile hazırlanmıştır³⁹³.

Sözleşmeye göre, ilk olarak, çocuğun evlat edinilmeye uygun olup olmadığının tespiti gerekmektedir (madde 4/1-a). Sözleşmede, bu tespitin nasıl yapılacağı konusunda, açık bir hüküm olmamasına rağmen, Lahey Uluslararası Hukuk Konferansı tarafından çıkarılmış olan Uygulama Rehberinde³⁹⁴, çocuğun evlat edinilmeye uygun olup olmadığı

³⁸⁹ Nomer/Şanlı, 281; Özel, 609; Faruk Kerem Giray, "Uluslararası Sözleşmelerde Evlat Edinme", *MHB*, 1999-2000 Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, 19(1-2), 335.

³⁹⁰ Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. "Convention on Protection of Children and Cooperation in Respect of Intercountry Adoption", <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/intercountry-adoption>.

³⁹¹ RG: 19.4.2004-25438 ve Küçüklerin Evlat Edinilmesine Dair Tüzük, RG: 15.03.2009-27170. 1993 yılında hazırlanan Sözleşmeye taraf olan devletler için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/intercountry-adoption>.

³⁹² Tüzüğün *Tanımlar ve Kısaltmalar* başlıklı 3. maddesinin birinci fıkrasının dokuzuncu bendine göre, *menşe devlet*, evlat edinilecek küçüğün vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ve ülkesinde yaşadığı devleti ifade etmektedir.

³⁹³ Öztekin Gelgel, 144; Elif Çörekçi, *Ülkelerarası Evlat Edinme*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2009, 23.

³⁹⁴ Hague Conference on Private International Law, *The Implementation and Operation of The 1993 Hague Intercountry Adoption Convention: A Guide To Good Practice* (Guide No: 1), Bristol 2008, 107

menşe devletin vereceği bir karara bağlanmaktadır³⁹⁵. Bu durumda tümüyle menşe devletin kendi hukuku uygulanmakta ve milletlerarası özel hukuk kuralları da bu hukuk kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme, uygulamacıya doğrudan o ülkenin maddi hukuk kurallarının uygulanması hususunda bir yönlendirme yapmamaktadır³⁹⁶. Bu itibarla da örneğin, menşe devleti ülkesinin kanunlar ihtilafı kuralları, çocuğun evlat edinilebilmesi için gereken şekli şartları milli hukuk bağlamında ele almakta ise, o zaman çocuğun vatandaşlığı³⁹⁷ önem arz etmektedir³⁹⁸.

3.1.2.3. Taşınır Mallar Üzerindeki Ayni Hak İşlemleri

Tarihi gelişim içerisinde, taşınır malların ekonomik değerinin az, taşınmaz malların değerinin yüksek olduğunun kabulü ve bunun yanı sıra, taşınır mallarla hukuki işlem arasında, taşınmaz mallarda olduğu kadar sıkı bir bağ bulunmaması gibi nedenlerle, taşınır mallar üzerindeki ayni hak işlemlerinden doğan ihtilaflara pek önem verilmemiştir. Fakat zaman içerisinde milletlerarası ticari ilişkilerin artmasına paralel olarak, taşınır mallar üzerindeki ayni hak işlemlerinin tabi olduğu hukuk da önem kazanmıştır³⁹⁹.

Eşya üzerindeki aynî haklar, eşyanın bulundukları yer hukukuna (LRS) tabidir. Taşınır mallar üzerindeki mülkiyet ve diğer aynî hakların LRS'ye tabi olduğu kuralı milletlerarası özel hukukta fikir birliği içinde kabul edilen nadir bağlama noktalarındandır⁴⁰⁰. Taşınır mallarda LRS, işlem sırasında taşınır malların bulunduğu yeri ifade etmektedir⁴⁰¹.

Taşınır mallar üzerinde aynî hak doğuran işlemlerin şekli konusunda, MÖHUK'da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, konu hakkında yetkili hukukun tespiti gerekmektedir.

³⁹⁵ Özel, 613.

³⁹⁶ Guide To Good Practice No: 1, 82. Çörekçi, 8, dpn. 18

³⁹⁷ Madde 2: “Sözleşme, *mutat meskeni bir Akit Devlette (“menşe Devlet”)* bulunan bir çocuğun, *mutat meskeni diğer bir Akit Devlette (Kabul Eden Devlet)* bulunan bir kişi veya eşler tarafından, *menşe Devlette evlât edinildikten sonra kabul eden Devlete götürülmüş olması, götürülmekte olması veya götürülmek üzere olması hallerinde uygulanır.*”

³⁹⁸ Özel, 613; ayrıntılı bilgi için bkz. Guide To Good Practice No: 1, 107.

³⁹⁹ Doğan, 347; Doğangün, 157.

⁴⁰⁰ Taşınmazlar hakkında LRS kuralının uygulanışı daha eski olmakla birlikte kuralın taşınırlar hakkında uygulanışı için aynı şey söylenememektedir. Zira daha çok *mobilia personam sequuntur* uyarınca, taşınırları kişinin yerleşim yeri hukuku idare etmiştir. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 317.

⁴⁰¹ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 317.

Taşınır mallar üzerinde aynî hak doğuran hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku, farklı bağlama kurallarına tabi tutan iki görüş mevcuttur⁴⁰². Bunlardan ilki, taşınmazlar hakkında uygulama alanı bulan şekil kuralının (madde 21/4) taşınır haklarında da yetkili olduğunu savunmaktadır⁴⁰³. İkinci görüş ise, taşınır hakları üzerindeki aynî hak işlemlerinin şeklini, genel şekil kuralına (madde 7) tabi tutmaktadır⁴⁰⁴. Bir başka deyişle, taşınır hakları üzerinde aynî nitelikte hak doğuran hukuki işlemler, bu işlemlerin yapıldığı yer hukukunun veya işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun şekli kurallarına uygunsa, şeklen geçerli kabul edilmektedir.

İlk görüşü savunanlar bu fikirlerini kanunların mülkiliği esasına dayandırmaktadırlar. Ayrıca, aynî hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülme şartlarının LRS ilkesine tabi olduğunu ve bu nedenle de taşınır hakları üzerindeki aynî hak işlemlerinin şekline uygulanacak hukuk olarak da LRS'nin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁴⁰⁵.

Bizim de katıldığımız ve doktrindeki hakim görüş ise, taşınır mallar üzerindeki aynî hak işlemlerinin şekline genel şekil kuralının uygulanması yönündedir. Zira kanun koyucu taşınır mallar üzerindeki aynî hak işlemlerinin şekline ilişkin özel düzenleme yapma gereği duymamış, sadece taşınmaz mallar üzerindeki aynî hak işlemlerinin şekli hakkında hüküm öngörmüştür. Şayet taşınmazlar gibi, taşınır mallar üzerindeki aynî hak işlemleri de malların bulunduğu ülke hukukuna tabi tutulmak istenseydi, kanun koyucu, bunu 21/1 hükmünde: “*Taşınır hakları ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tâbidir*” düzenlemesiyle açıkça

⁴⁰² Taşınmaz mallar üzerinde aynî hak doğuran hukuki işlemlerin şekli hakkında daha önce MÖHUK'da hüküm olmaması sebebiyle, *lex rei sitae*'nin uygulanması kabul edilmekte ve taşınır mallar üzerindeki aynî hak işlemlerinin şekli hakkında da aynı uygulama öngörülmekteydi. Taşınır mallar üzerinde aynî hak işlemlerinin *lex rei sitae*'ya tabi tutan görüşler için bkz. Göger, (içtihatlar), 168; Göger, *DHH*, 272; Yörük, 366. Bu nedenle, taşınır malların şekli üzerinde o dönemde mevcut olan görüş ayrılıkları yerinde bir ayrım olarak gözükse de, bugün MÖHUK madde 21/4 hükmünün açıkça taşınmaz mallar üzerindeki aynî hak işlemlerinin şeklini düzenlemesi nedeniyle görüş ayrılıklarına gerek olmadığı kanaatindeyiz.

⁴⁰³ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 322; yazar, Almanya'da bulunan bir Türk ile bir Alman'ın, Türkiye'de depo edilmiş fındıkların satışı üzerinde Almanya'da bir sözleşme yapma ihtimalinde, fındıkların mülkiyetinin geçişine, akdin yapıldığı sırada fındıkların bulunduğu ülke olan Türk hukukunun uygulanması gerektiği örneğini vermektedir.

⁴⁰⁴ Çelikel/Erdem, 323; Aybay/Dardağan, 221; Doğan, 350; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 248; Can/Toker, 259; Acun Mekengeç, *Aynî Haklar*, 241.

⁴⁰⁵ Aysel Çelikel, *Menkul Eşya Üzerinde Aynî Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı*, İÜ Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972, 110-113.

belirttiği gibi vurgulayarak yapabilirdi. Ancak bundan kaçınılarak, yalnızca taşınmaz mallar üzerindeki aynı hak işlemleri hükmün kapsamına dâhil edilmiştir⁴⁰⁶.

Ayrıca gemi, uçak ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynı hak uyuşmazlıklarının da bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira sayılan araçların farklı hukuk sistemlerinde taşınır veya taşınmaz olarak nitelendirilmesi aynı hak işlemlerinin şekline uygulanacak hukuku değiştirebilmektedir. Bu hususta TTK madde 936 hükmü, “*Sicile kayıtlı olup olmadıklarına bakılmaksızın bütün gemiler bu Kanunun ve diğer kanunların uygulanmasında taşınır eşyadandır*” düzenlemesi ile gemilerin taşınır eşya olduğunu kabul etmektedir. Aynı şekilde Türk Sivil Havacılık Kanunu⁴⁰⁷ madde 56 hükmü, “*Bu Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, hava araçları menkul mal hükümlerine tabidir*” düzenlemesi ile uçaklar da taşınır olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca, sicile kayıtlı gemi, uçak ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynı hak uyuşmazlıkları hakkında MÖHUK madde 22 hükmüyle de özel bir düzenleme yapılarak, taşınır ve taşınmazlar üzerinde aynı hak doğuran hukuki işlemlerden ayrıldığı, ancak bu işlemlerin şekli hakkında da ayrıca bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda, gemi, uçak ve raylı taşıma araçlarının taşınır olarak kabul edilmesi ve bu araçlar üzerinde aynı hak doğuran hukuki işlemlerin şeklinin ayrıca düzenlenmemiş olması nedeniyle, bu tür işlemlerin şekline MÖHUK madde 7 hükmündeki, genel şekil kuralının uygulanması gerekmektedir⁴⁰⁸.

3.1.2.4. Sözleşmelerin Şekline Uygulanacak Hukuk

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraflara irade özgürlüğü tanıyan sözleşme serbestisi ilkesinin, milletlerarası özel hukuktaki yansıması hukuk seçimidir ve bu durum ticari hayatın da bir gerekliliğidir. Kural olarak, sözleşmenin kuruluşu ve hükümlerine ilk olarak tarafların seçtikleri hukuk uygulanır. Sözleşmeye uygulanmak üzere herhangi bir hukukun seçilmemiş olduğu hâllerde ise, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk sözleşme statüsü olarak uygulanmaktadır.

⁴⁰⁶ Doğangün, 156-157.

⁴⁰⁷ RG. 19.10.1983-18196.

⁴⁰⁸ Acun Mekengeç, 242; Kazım Çınar, *Yabancılık Unsuru İçeren Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016, 20.

Milletlerarası ticaretin hızla gelişmesi, milletlerarası mal satımlarında uygulanmak üzere yeknesak kuralların konulması ihtiyacını doğurmuştur. Bu nedenle Avrupa Birliği ülkelerinde, Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 1980 Tarihli Roma Konvansiyonunun⁴⁰⁹ yerine geçmek üzere, 2008 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü hazırlanmıştır⁴¹⁰.

Bu bağlamda, sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk konusu ele alınırken, MÖHUK ve Roma Konvansiyonunun hükümlerine göre inceleme yapılması tercih edilmiştir.

3.1.2.4.1. MÖHUK Bakımından

Sözleşme, tarafların belli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan bir hukuki işlemdir⁴¹¹. TBK'nın 1. maddesine göre: *“Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.”* Bir başka deyişle, iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, sözleşme kurulmuş olmaktadır.

Bir sözleşmenin kurulabilmesi ve sonuç doğurabilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir. Buna göre, bir sözleşmeden söz edebilmek için iki taraf bulunmalı ve bu taraflar, hukuki sonuç doğurmak üzere karşılıklı ve birbirine uygun şekilde iradelerini açıklamalıdır⁴¹².

Milletlerarası özel hukuk bakımından ise sözleşme kavramının doktrin ve mahkeme tatbikatında çeşitli kriterlere göre tanımlanmaya çalışıldığını daha önce de belirtmiştik.

Yabancı unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukuk, MÖHUK madde 24 hükmünde belirlenmektedir. Hükme göre: *“(1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından*

⁴⁰⁹ 19 Haziran 1980 Tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Roma Sözleşmesi. O. J. L 266/1, of 9 October, 1980 (Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Opened for Signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC).

⁴¹⁰ Tüzük, 17.06.2008’de kabul edilip 24.07.2008’de yürürlüğe girmekle birlikte; 17 Aralık 2009’dan sonra akdedilen sözleşmelere uygulanacak, dolayısıyla bu tarihten önce akdedilmiş sözleşmeler ile ilgili çıkan uyuşmazlıklara Roma Konvansiyonu uygulanmaya devam edecektir. Aslı Kök, *Roma I Tüzüğü Işığında Milletlerarası Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011, 3, dnp. 5.

⁴¹¹ Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, 77-78.

⁴¹² Şebnem Akipek/Erkan Küçükgüngör, *Sözleşmeler Rehberi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000, 16.

tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir. (2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. (3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir. (4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tabi olur.”

Hukuki işlemlerin şekline ise statücülerden beri LRA kuralı hâkim olmuştur. Bu kural, sözleşmenin şeklinin yapıldığı yer hukukuna tâbi olması anlamına gelmektedir. Bahsi geçen kuralın sözleşmelerin şekliyle ilgili kabul görmesinin temelinde, taraflardan, sözleşmenin yapıldığı yerdeki şekil kuralları yerine başka bir yer hukukunun öngördüğü şekil kurallarına uymalarını istemenin anlamsızlığı yatmaktadır⁴¹³. Ancak zaman zaman sözleşmenin yapıldığı yeri tespitte bazı güçlüklerle karşılaşılması, LRA kuralına alternatif olarak, sözleşme statüsünün uygulanmasına yol açmıştır.

Şekil zorunluluğu milletlerarası ticarete güvenlik sağlamaktadır. Bu zorunluluk, tarafların menfaatini korumakla kalmayıp, bazen maddi kuralların etkinliğini de arttırmaktadır. Doktrin ve mahkeme kararlarında sözleşmelerin şeklinin, milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin en geniş şekilde tatmin edildiği hukuka tabi olması, tercih edilen eğilim olarak kendisini göstermektedir. Gerçi günümüzde ticari akitlerde şekil şartı pek aranmamakta, ancak bir ihtilaf ortaya çıktığında da LRA ve lex causae arasındaki alternatif uygulama, kolaylık, sürat ve güven kazandırmaktadır⁴¹⁴.

Bu tip bir uygulama, sözleşmenin yapıldığı yeri tespitte zaman zaman ortaya çıkabilecek güçlükleri de ortadan kaldırmaktadır. Bugün sözleşmeye uygulanacak

⁴¹³ Erdener, 24-28; Alibaba, 98; P. B., Carter, “Contracts in English Private International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 57, 1986, 1-32.

⁴¹⁴ Tiryakioğlu, *Taşınır Mallar*, 68-69.

hukukun şekli gerekliliklere de karar vereceği konusunda kabul gören bir görüş mevcuttur. LRA kolaylık ve pratik ihtiyaçlar gibi sebeplere dayanırken, sözleşme statüsünün uygulanması da hukuki işlemlerdeki bütünlük fikrine hizmet etmektedir. Sözleşme statüsüne göre uygulanacak hukuk, objektif olarak uygulanacak hukuk olabileceği gibi, tarafların belirlediği hukuk da olabilmektedir⁴¹⁵.

Görüldüğü gibi, sözleşmenin şekil bakımından geçerliliği konusunda alternatif olarak uygulanması gereken hukuk sistemlerinden birisi sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktur (MÖHUK m. 7). Dolayısıyla, tarafların seçtiği hukukun şekil kurallarına yahut taraflar böyle bir hukuk seçiminde bulunmamışlarsa, objektif kriterlere göre belirlenecek esasa uygulanan hukukun şekil kurallarına uygunluk, sözleşmenin şekli geçerliliğini de belirleyecektir.

Tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunmaları ve fakat bu seçimi daha sonra değiştirmeleri de mümkündür. Genellikle hukuk seçimi, sözleşme ile birlikte onun bir hükmü olarak yapılırsa da, daha sonra ayrı bir sözleşme ile de hukuk seçiminin yapılması veya daha önce seçilmiş olan hukukun değiştirilmesi de mümkündür (MÖHUK madde 24/3).

Fakat uygulanacak hukukun değiştirildiği hâllerde, bazı sorunların doğması da muhtemeldir. Örneğin, yapıldığı sırada sözleşmeye uygulanması gereken hukuka göre şekil bakımından geçerli olan bir sözleşme, sonradan yapılan hukuk seçimi ile yetkili kılınan hukukun şekil koşullarına uymayabilir. Aksi durumda, yani, sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla esasa uygulanan hukuka göre şekil bakımından geçersiz olan bir sözleşme, örneğin bu hukuka göre mutlaka resmî şekilde yapılması gerekirken adi yazılı şekilde yapılmış ise, sonradan yapılan hukuk seçimi ile yetkili kılınan hukukun şekil koşullarını (adi yazılı şekil) taşıyor olabilir.

Sonradan yapılan hukuk seçimi, sadece sözleşmenin hükümlerinin yeni seçilen hukuka tâbi olması sonucunu doğurmalıdır. MÖHUK madde 24/3: *“Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak*

⁴¹⁵ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 83; Alibaba, 98-100; Tiryakioğlu, *Taşınır Mallar*, 68; M. R. Chesterman, “Choice of Law Aspects of Liens and Similar Claims in International Sale of Goods”, *ICLQ*, Vol. 22, 1973, 232.

geçerlidir” hükmü ile yeni seçilen hukukun geçmişe etkili olmasından bu sonuç çıkarılmalıdır. Yoksa geçmişe etkili olma, sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğinin de yeni hukuka tâbi olmasına yol açmaz. Bu konularda sözleşmenin kurulduğu an itibariyle sözleşmeye uygulanması gereken hukuk esas alınır.

Dolayısıyla, yukarıdaki örneklerden ilkinde, sonradan yapılan hukuk seçimine göre sözleşme şeklen geçerli olmasa dahi geçerli kalmaya devam eder. İkinci örnekte ise, sözleşme sonradan yapılan hukuk seçimi ile yetkilendirilen hukukun şekil koşullarını taşıyor olsa bile, sözleşmenin kurulduğu an itibariyle şekil konusunda uygulanması gereken hukukun şekil eksikliğine bağladığı sonuçların esas alınması gerekir. Bu hukuka göre, şekil eksikliğine rağmen sözleşme geçerli ise veya bu eksiklik, sonradan sözleşmenin şekil kurallarına uygun olarak yeniden yapılması ile düzeltilebiliyorsa, sözleşmenin geçerli olduğu sonucuna ulaşmak gerekmektedir⁴¹⁶.

Hangi unsurların şekle ilişkin olduğuna, *lex fori* karar vermektedir. Fakat bir işlemin şekle tâbi olup olmadığını, şekle tâbi ise bunun gerçekleşme biçimini ve şekle aykırılığın doğurduğu sonuçları ise şekle uygulanacak hukuk kuralları belirleyecektir. Dolayısıyla, *lex causae* ve LRA şeklin konusunu kapsamaktadırlar.

3.1.2.4.2. Roma Konvansiyonu Bakımından

1980 tarihli Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu ile bu Konvansiyonun yerine geçen Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuku benzer şekilde belirlemiştir⁴¹⁷.

Roma Konvansiyonunun 1. maddesine göre, bu Konvansiyon, sözleşmeden doğan yükümlülöklere, farklı ölkelerin hukukları arasında bir tercih yapılmasını gerektiren her durumda uygulanmaktadır.

Şekil hususunda ise Konvansiyonun 9. maddesinde alternatif bağlama noktalarına yer verildiği ve maddenin temelinde, sözleşmeyi geçerli kılmayı amaçlayan, *favor negotii*

⁴¹⁶ Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *MHB*, 30(1-2), 2010, 31-33.

⁴¹⁷ İngilizce metin için bkz. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Rome; Ole Lando, “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, (The EEC Convention), *CMLR*, Vol. 24, 1987, 181.

ilkesinin yattığı görülmektedir. Buna göre sözleşmenin şekline, sözleşme akdedildiği anda her iki taraf da o ülkede bulunuyor ise, sözleşmeyi idare eden hukuk ya da sözleşmenin yapıldığı yer hukuku uygulanmaktadır. Eğer taraflar farklı ülkelerde ise, sözleşmenin şekli geçerliliği hakkında, sözleşmeyi idare eden hukuk ya da taraflardan her birinin bulunduğu ülke hukukları uygulanır. Bunlardan birine göre şekli geçerlilik sağlanmışsa, sözleşme şeklen geçerli kabul edilmektedir⁴¹⁸.

Bununla birlikte, Roma Konvansiyonunda adı geçen alternatif uygulamanın birtakım sorunlara yol açtığı da ileri sürülmektedir. Türk hukukunda olduğu gibi, Konvansiyona göre de taraflar, sözleşme yapıldıktan sonra dahi seçtikleri hukuku değiştirebilmektedirler. Roma Konvansiyonunda, böyle bir değişikliğin sözleşmenin şekli geçerliliğini etkilemeyeceği düzenlenmiştir. Ancak, bu değişiklikle şeklen geçersiz olan bir sözleşme, geçerli hâle geliyorsa, yeni hukuk uygulanacak ve sözleşme değişiklik tarihinden itibaren şekli geçerlilik kazanacaktır⁴¹⁹.

Bir diğer sorun ise, sözleşmeye uygulanmak üzere birden fazla hukuk seçiminin yapılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Zira sözleşmenin farklı kısımlarının farklı hukuklara göre idare edildiği hâllerde, şekle hangi hukukun uygulanacağı sorunu doğabilecektir. Bu hususta, şekli geçerliliğin dayandığı problemlerin, şeklin sözleşme ile en sıkı irtibatlı kısmına uygulanacak hukuka tâbi olması gerektiği savunulmaktadır⁴²⁰.

Roma Konvansiyonuna bağlı olarak şekli geçerlilikten ne anlaşılması gerektiği hususunda birtakım örnekler de verilmektedir. Buna göre, sözleşmede iki imza bulunması gereği, sözleşmenin iki kopya olarak hazırlanması gereği, iş sözleşmelerinde rekabet etmeme şartının yazılı olması örnek teşkil etmektedir⁴²¹.

Roma I Tüzüğü de borç sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk düzenlemesi açısından Roma Konvansiyonu ile benzerlik göstermektedir. Tarafların aynı devlet ülkesinde bulunmaları hâlinde sözleşmenin şekli, sözleşmenin asli şartlarının tâbi olduğu hukuka veya LRA'ya göre geçerli ise, o sözleşme şeklen geçerli kabul edilecektir. Eğer sözleşme, farklı devletlerde bulunan kişiler arasında yapılmış ise, sözleşmenin şekli,

⁴¹⁸ Tiryakioğlu, *Taşınır Mallar*, 152; Alibaba, 99.

⁴¹⁹ Farklı görüş için bkz. Özdemir Kocasakal, *Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları*, 31-33.

⁴²⁰ Alibaba, 99.

⁴²¹ Cheshire/North, 507; Alibaba, 99.

sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka ya da taraflardan birinin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacaktır (madde 11/2). Benzer bir düzenleme İsviçre Devletler Özel Kanununun 124. madde hükmünde de⁴²² yer almaktadır. Buna göre sözleşmenin şekli, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka veya sözleşmenin kurulduğu yer hukukuna tâbidir. Ancak, sözleşme, farklı ülkelerde bulunan taraflar arasında yapılmışsa, sözleşmenin, sözleşme statüsünün yanı sıra, tarafların ülkesinde bulunduğu devletlerden birinin hukukuna göre şeklen geçerli olması da yeterli olacaktır⁴²³.

3.2. GENEL KURALIN UYGULAMA ALANINI GENİŞLETEN HÂLLER

Hukuki işlemlerin şeklini, işlemin yapıldığı yer hukukuna veya işlemin esası hakkında yetkili hukuka tabi tutan kural, yabancı unsurlu hukuki işlemlerde şekli belirleyen genel kuraldır. Daha önce de bahsedildiği üzere, yabancılık unsuru içeren nişanlanma, evlat edinme veya taşınır mallar üzerindeki ayni hak işlemlerinin ve sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk ile ilgili herhangi bir özel hüküm olmadığı için, bu konularda alternatif nitelikli genel şekil kuralı uygulama alanı bulmaktadır.

Alternatif nitelikteki şekil kuralını genişleten hâllerle, bazı hukuki işlemlerin şekli açısından işlem yeri hukuku veya işlemin esası hakkında yetkili olan hukuk dışında başka hukuk düzenlerinin de yetkili olması durumu ifade edilmek istenmektedir. Bu anlamda ölüme bağlı tasarrufların şekli hakkında, MÖHUK madde 20/4 hükmünün genel kuralın uygulama alanını genişlettiği kabul edilerek konu ölüme bağlı tasarruflarla sınırlanacaktır.

Ölüme bağlı tasarrufların şekli hususunda kanun koyucu, MÖHUK madde 20/4'te genel şekil kuralını genişleterek, ilave bağlama noktaları eklemiştir. Şöyle ki “*Ölüme bağlı tasarrufların şekline 7. madde hükmü uygulanır. Ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir*” hükmü ile Kanun, ölüme bağlı tasarrufların şeklinin yapıldıkları ülke veya esasları hakkında yetkili hukuk yanında, ölenin milli hukukuna uygun olarak yapılması hâlinde de geçerli olacağını kabul etmektedir.

⁴²² IPRG madde 124 hükmü için bkz. <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-14c0-11a6-0000-0000115fcc32/PILA.pdf>. (Erişim tarihi: 3.8.2018)

⁴²³ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 445-446; Alibaba, 99-100.

Ölüme bağlı tasarrufların şekli hakkında uygulanacak hukuk ve bu konuda kabul edilmiş milletlerarası sözleşmeler doğrultusunda genel kuralın uygulama alanını genişleten kural açıklanmaya çalışılacaktır.

3.2.1. Ölüme Bağlı Tasarrufların Vasıflandırılması

Milletlerarası özel hukukta vasıflandırılması gereken konulardan biri de, ölüme bağlı tasarruf işlemlerinde karşımıza çıkmaktadır. Zira yabancı unsurlu ölüme bağlı tasarruf işlemlerinin, esas bakımından geçerliliği⁴²⁴ ile şekli geçerliliğini birbirinden ayırmak gerekmektedir. Bunun nedeni, her ikisine uygulanacak hukukun birbirinden farklılık arz etmesidir.

Nitekim klasik vasıf ihtilafı örneklerinden biri de şu şekildedir:

Fransız miras hukukunda, el yazısı ile vasiyetname, belirli koşullarla kabul edilmektedir. Hollanda Medeni Kanununa⁴²⁵ göre ise, bir Hollandalı, yabancı ülkede el yazılı vasiyetname yapamamakta, ancak resmî vasiyetname yapabilmektedir⁴²⁶. Hollanda'da, el yazılı vasiyetnameler, irade bozuklukları nedeniyle geçersizlikleri önlemek için yasaklanmıştır⁴²⁷. Hollanda vatandaşının, Fransa'da, el yazısı ile bir vasiyetname düzenlemiş olduğu varsayımında, vasiyetnamenin geçerliliği, Fransız hukuku bakımından, bir şekil sorunuysa, Hollanda hukukuna göre ehliyet sorundur⁴²⁸. Konu, ehliyet olarak vasıflandırılırsa, Hollanda hukukunun uygulanmasıyla vasiyetname geçersiz olmaktadır; şekil olarak vasıflandırılması üzerine, düzenleme yeri olan Fransız hukukunun uygulanmasıyla vasiyetname şeklen geçerli olmaktadır⁴²⁹. Böylelikle vasıflandırma sonucunda bir hakkın kazanılması veya kaybı gündeme gelmektedir⁴³⁰.

⁴²⁴ Ölüme bağlı tasarrufların esas olarak geçerliliği mirasbırakanın, kanuni mirasçılarının saklı payları üzerinde tasarruf edip edemeyeceği edebilecekse hangi oranda edebilecekği ile ilgilidir. Ayrıca ölüme bağlı tasarrufların esas bakımından geçerliliğine taşınır hak bakımından ölenin milli hukukunu, taşınmazlar içinse taşınmazın bulunduğu ülke hukukunu ifade eden *lex successionis* uygulanmaktadır. Nuray Ekşi, *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, Beta Basım, 2013 İstanbul, 49; Osman F. Berki, "Devletin Mirasta Mevkii ve Bundan Doğan Kanun İhtilafları", *Ankara Barosu Dergisi*, C: 3, 1944, 4-5.

⁴²⁵ Hollanda Medeni Kanunu, madde 4: 95 hükmü için bkz. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook044.htm>.

⁴²⁶ Çelikel/Erdem, 78.

⁴²⁷ Aybay/Dardağan, 135.

⁴²⁸ Çelikel/Erdem, 78; Aybay/Dardağan, 135.

⁴²⁹ Çelikel/Erdem, 78.

⁴³⁰ Fransız mahkemesi örnekteki olayda vasiyetnamenin geçerli olmadığına karar vermiştir. Ancak doktrin, mahkemenin, Hollanda hukukunun vasıflandırmasını dikkate alarak değil de vasiyetnamelerin kişi hallerini ilgilendirmesi nedeniyle bu şekilde karar verdiğini savunmaktadır. Topçuoğlu, 91.

Karşılaştırmalı hukuktan bir diğer örnekte ise, vasiyetnamelerin resmî şekilde düzenlenmesinden ne anlaşılması gerektiği hususu üzerinde durulmuştur.

Fransız Medeni Kanununun 999. maddesine göre⁴³¹, Fransa dışında bir ülkede vasiyetname yapacak olan Fransız, ya Fransız Kanunundaki el yazısıyla vasiyet şekline yahut da bulunulan yabancı ülkenin kanunun hükümlerine göre yani resmî şekline göre hareket edecektir. Fakat yabancı mevzuatının *resmî şekil* kavramı ile kastettiği şey ile Fransız mevzuatının *resmî şekil* görüşü aynı değilse durum ne olacaktır? Fransa'da resmî şekil, resmî bir memurun müdahalesine ihtiyaç duyarken İngiltere'de buna ihtiyaç yoktur. Zira belirli sayıda tanık bulunması resmî şekil için yeterli görülmüştür. İngiltere'de vasiyet eden en az iki ergin tanık huzurunda basılı veya daktilo ile yazılmış vasiyetnamesini imzalayarak iradesini ortaya koyar ve tanıklar da aynı zamanda buna şahitlik ettiklerini vasiyet eden huzurunda imzalarsa, vasiyetnameler geçerli kabul edilmektedir. İngiltere'de tüm vasiyetnameler noterlikten geçmeden, yalnızca vasiyet eden ve iki tanıkla yapılabilmektedir⁴³².

Fransız mahkemesi, bu hâlde İngiltere'de ve İngiliz mevzuatına göre düzenlenmiş vasiyetname konusunda liberal davranarak, resmiyet meselesinin, *lex fori*'ye göre değil *lex loci actus*' a göre belirleneceğini kabul etmiştir⁴³³.

1961 tarihli Vasiyet Tasarruflarının Şekline İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Hakkında La Haye Sözleşmesinde şekil kapsamına dâhil edilen hususlar açıkça belirtilmektedir. Sözleşmenin 5. maddesine göre, Sözleşmenin amaçları bakımından, vasiyet tasarruflarının kabul edilen şekillerini sınırlayan ve vasiyetçinin yaşına, vatandaşlığına ve diğer kişisel niteliklerine ilişkin hükümler şekle dâhil sayılır. Aynı kural, bir vasiyet tasarrufunun geçerliliği için gerekli şahitlerde aranacak özelliklere de uygulanır. Aynı hüküm, AB Miras Tüzüğünde de yer almaktadır (madde 27/3)⁴³⁴.

⁴³¹ Fransız Medeni Kanunu madde 999 hükmü için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/Media/Traductions/English.../code_civil_20130701_EN.

⁴³² Wills of Act 1837 madde 14 hükmü için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26/section/14>.

⁴³³ Topçuoğlu, 97-98; Pınar Ünalçın, "Avrupa Birliği Üye Ülkelerinde Miras Hukukuna ve Vasiyetnamelere Kısa Bir Bakış", *LEGES Hukuk Dergisi*, Şubat 2012, S: 26, 24 ve 28.

⁴³⁴ Ekşi, *Miras Hukuku*, 49-50; R. H. Graveson, *The Ninth Hague Conference Of Private International Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, Jan. 1961, Vol. 10, 21.

3.2.2. Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekline Uygulanacak Hukukta Atıf Sorunu

Ölüme bağlı tasarrufların şekli ile ilgili kanuni düzenlemenin amacı, bu işlemleri mümkün oldukça geçerli tutmaktır. Ölüme bağlı tasarruf işleminin tespit edilmiş bağlama noktalarına göre bir kez şeklen geçerli olduğu sonucuna ulaşılıyorsa, artık atfın dikkate alınması söz konusu hükmün amacı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle ölüme bağlı tasarrufların şekli açısından atfın reddedildiği söylenebilir. Zira ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukukun tespitinde atfın uygulanması, beklenen amacı gerçekleştirmeye engel olabilecek niteliktedir⁴³⁵.

Türk hukukunda ölüme bağlı tasarruf ile vasiyetname ve miras sözleşmesi kastedilmektedir. Ancak vasiyetnamelerin özellik arz etmesi ve milletlerarası sözleşmelere konu olması dolayısıyla çalışmamızda özellikle inceleme yapılacaktır.

Vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukuk, MÖHUK madde 20/4 hükmü ile *“Ölüme bağlı tasarrufun şekline 7. madde hükmü uygulanır. Ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir”* şeklinde düzenlemektedir. Bu hüküm ile MÖHUK madde 7 hükmüne göndermede bulunulmakta ve alternatif olarak ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerli kabul edilmektedir. Ancak, vasiyetnamelerin şekli geçerliliğini düzenleyen bu hükme göre öncelikli ve kapsamlı uygulama alanı bulan bir milletlerarası sözleşme mevcuttur. Vasiyetnamelerin geçerliliğini sağlamak amacıyla hazırlanan, 1961 tarihli Vasiyet Tasarruflarının Şekline İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Hakkında La Haye Sözleşmesi⁴³⁶ vasiyetnamelerin şekline uygulanmak üzere birbirine alternatif sekiz ayrı hukuku yetkili kılmaktadır.

Sözleşmeye göre, vasiyetnamenin şekli, vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı yer iç hukukuna, vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı anda veya ölümü anında vatandaşı bulunduğu devletin iç hukukuna, vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı veya ölümü anında ikametgâhının bulunduğu yer iç hukukuna, vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı veya ölümü anında mutad meskeninin bulunduğu yer iç hukukuna veya

⁴³⁵ Ataman Fıganmeşe, 51.

⁴³⁶ Türkiye Sözleşmeye 1983 yılında taraf olmuştur. R.G: 17. 1. 1983-17391. Sözleşme karşılıklılık aramadan, ilgili kişilerin akit devlet vatandaşı olmasa veya uygulanacak hukuk akit devletlerden birinin hukuku olmasa dahi uygulanacağından geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu nedenle vasiyet tasarrufları hakkında MÖHUK'dan önce Sözleşmenin uygulanması gereklidir.

taşınmazlar söz konusu olduğu takdirde, bu malların bulundukları yer iç hukukuna uygunsa geçerlidir (madde 1).

Sözleşmenin hükmünden de anlaşıldığı üzere⁴³⁷, ölüme bağlı tasarrufların şekli, sayılan sekiz hukukun iç hukuk düzenlemelerine tabi tutularak, atıf reddedilmekte ve yetkili kılınmış hukukların sadece iç maddi hukuklarının uygulanacağı kabul edilmiştir⁴³⁸.

Karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerinde, ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukukun atfa ilişkin uygulamaları ise şu şekildedir:

İngiliz hukukunda, *Foreign Court Theory* olarak isimlendirilen teoride, atfin her hukuki işlem için değil, ancak vasiyetnamenin şekli ve yabancı ülkede yapılmış olan evlenmelerin şekli gibi bazı konularda uygulanabileceği kabul edilmektedir⁴³⁹. Bu teoriye göre hâkim, kendisini uygulanacak hukukta yetkili olan hâkimin yerine koyarak, o hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaktadır⁴⁴⁰.

Belçika'da ikamet etmekteyken, İngiltere'nin şekil kurallarına uyarak vasiyetname düzenleyen bir İngiliz'in vasiyetnamesi ile ilgili davada, İngiliz kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili hukuk, son ikametgâh hukuku olan Belçika hukukudur. Teoriye göre, İngiliz hâkimi, kendisini Belçika hâkiminin yerine koyarak karar verecektir. Belçika kanunlar ihtilafı kuralları, ilgilinin milli hukukunu yetkili kılarken, İngiliz kanunlar ihtilafı kuralları ise son ikametgâh hukukunu yetkili görmektedir. Atıf, Belçika hukukunda kabul ediliyorsa Belçika hukuku uygulanacak, kabul edilmediği takdirde İngiliz hukuku uygulanacaktır. İngiliz hâkimi vasiyetçinin son ikametgâhı olarak Belçika hukukunu yetkili görerek, Belçika hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamış ve bu hukukun İngiliz hukukuna yaptığı atfı kabul etmiştir. İngiliz hâkim, Belçika iç hukukunun yalnız Belçika vatandaşları için uygulandığını ve yabancılar tarafından

⁴³⁷ La Haye sözleşmelerinin kökleşmiş geleneklerinden biri, kanunlar ihtilafına ilişkin sözleşmelerde atfı reddetmesidir. Zira La Haye Sözleşmeleri, özel bir konuda ihtilaf kurallarını birleştirmeyi amaçlamaktadır. Ancak diğer taraftan uygulanacağı belirtilen hukukun kapsamına kanunlar ihtilafı kurallarını da dâhil etmek sözleşmelerin yeknesaklaştırma amacını ortadan kaldırmaktadır. Nomer/ Şanlı, 158; Tiryakioğlu, *Taşınır Mallar*, 189; Diamond, 253.

⁴³⁸ Ataman Figanmeşe, 51; Acun Mekengeç, Atıf, 245.

⁴³⁹ İngiliz hukukunda atıf teorisi ve uygulaması için bkz. R. H. Graveson, *The Conflict of Laws*, 6th ed, 72; David F. Cavers *Dicey's Conflict of Laws* by J. H. C. Morris, *Harvard Law Review*, Vol. 63, No. 7 (May, 1950), 1278-1281; "E. G. L., Renvoi" in *The Conflict of Laws*, *The Yale L. J.*, Vol. 29, No. 2 (Dec., 1919), 214-218.

⁴⁴⁰ Çelikel/Erdem, 110.

yapılan vasiyetnamelerin onların milli hukuklarına tabi olduğu gerekçesiyle, sanki Belçika hâkimiymiş gibi karar vermiştir⁴⁴¹.

İngiliz mahkemelerine konu başka bir olayda İngiliz hâkim, Malta'da ikamet eden İngiliz'in, İngiltere'de İngiliz hukukuna göre yaptığı, ancak Malta hukukuna göre şeklen geçersiz olan vasiyetnamesi hakkında, ikametgâh hukuku olan Malta hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate alarak, vasiyetnamenin şeklen geçerli olduğuna karar vermiştir. Şayet Malta hukukunun maddi hukuku uygulanmış olsaydı geçersiz olacak bir işlem, atfin kabulü ile geçerli hâle getirilmiştir⁴⁴².

İspanya kanunlar ihtilafı kuralları, uygulanacak yabancı hukukun, İspanya hukukuna atıf yaptığı takdirde, İspanya hukukunun maddi hukuk kurallarının dikkate alınacağını düzenleyerek yalnızca iade atfı kabul etmektedir⁴⁴³. Benzer şekilde bir hüküm Alman hukukunda da bulunmaktadır. Şöyle ki, Alman kanunlar ihtilafı kuralları yabancı hukuka atıfta bulunmuşsa, o hukukun milletlerarası özel hukuk kuralları atfin amacı ile uyumsuz olmadığı sürece uygulanacaktır. Ancak, uygulanacak hukuk, Alman hukukunu göstermekteyse Alman hukukunun maddi hukuk kuralları uygulanır⁴⁴⁴.

3.2.3. Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekline Uygulanacak Hukuk

Ölüme bağlı tasarruflar, mirasbırakanın son dileklerini açıkladığı ve ölümünden sonra hüküm doğuracak hukuki işlemlerdir⁴⁴⁵.

Belirli bir olay ya da ilişkinin, aynı anda yabancı bir veya birden fazla hukuk düzeni ile temas hâlinde bulunması, bu hukuki olay ya da ilişkinin bir yabancılık unsuru taşıdığı anlamına gelmektedir. Bu durumda da, söz konusu olay ya da ilişki, milletlerarası özel hukukun kapsamına girmektedir. Dolayısıyla, yabancı bir ya da birden fazla hukuk düzeni ile ilişkisi olan ölüme bağlı tasarruflar milletlerarası unsur taşımaları sebebiyle

⁴⁴¹ Colier v. Rivaz kararı için bkz. Stanley B. Stein, Choice of Law and the Doctrine of Renvoi, www.lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/246462-stein.pdf; Çelikel/Erdem, 109.

⁴⁴² Frere v. Frere kararı için bkz. J. G. Collier, Conflict of Laws, 4th ed, Cambridge University Press, 2001, 20; Pippa Rogerson, Collier's Conflict of Laws, Fourth Edit, Cambridge University Press 2003, 423 Çelikel/Erdem, 109.

⁴⁴³ İspanya Medeni Kanunu madde 12/2 hükmü için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=221319; Ünalçın, 39.

⁴⁴⁴ EGBGB madde 4/1 hükmü için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0139.

⁴⁴⁵ Öztan, 135; Ahmet Kılıçoğlu, *Miras Hukuku*, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2007, 94.

milletlerarası özel hukukun kapsamına girmektedir. Ölüme bağlı tasarruflar bakımından yabancılık unsuru, tasarrufa dâhil olanların şahsından, tasarruf konusu olan terekenin bulunduğu yerden, tasarrufun yapıldığı yerden ve/veya tasarrufta bulunana tanınan hukuk seçimi imkânından kaynaklanabilir. Böylece bir ölüme bağlı tasarrufun yabancılık unsuru taşıdığı tespit edildiğinde, yapılması gereken, söz konusu tasarrufa uygulanacak olan hukuku tayin etmektir⁴⁴⁶.

Ölüme bağlı tasarrufla bir Türk vatandaşı, bir yabancıyı veya bir yabancı, bir Türk vatandaşını mirasçı olarak belirleyebilir⁴⁴⁷. Ancak ölüme bağlı tasarrufun geçerli olabilmesi için işlemin ehliyet, şekil ve esas yönünden geçerli olması gerekmektedir. Fakat belirtmek isteriz ki konu, çalışmamızın başlığı ile uyumlu olarak yalnızca ölüme bağlı tasarrufların şekli geçerliliğine uygulanacak hukukun incelenmesi ile sınırlandırılmıştır.

Nitekim ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuk tayin edilirken öncelikle, genel olarak, devletlerin miras konusunda benimsedikleri ayırım ve birlik sistemleri hakkında bilgi verildikten sonra ardından, MÖHUK'un 7. maddesindeki genel şekil kuralını genişletecek biçimde ölüme bağlı tasarrufların şeklini düzenleyen MÖHUK madde 20/4 hükmü, uygulamada doğabilecek problemler doğrultusunda değerlendirilecektir. Nihayetinde ise ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin hükmün uygulama alanını oldukça daraltan milletlerarası sözleşmelere yer verilecektir.

3.2.3.1. Genel Olarak

Ölüme bağlı tasarruf, yukarıda da belirtildiği gibi, mirasbırakanın ölümünden sonra hüküm doğuracak emirlerini içeren bir hukuki işlemdir. Tüm hukuk sistemlerinde bu işlemler, mirasbırakanı iyice düşünmeye zorlama, acele kararlar almasını engelleme, iradeyi kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıklama, mirasbırakanın gerçek iradesini saptama ve hüküm doğuracakları andan çok önce düzenlenmiş olmaları nedeniyle tahrip edilmelerini önleme gibi amaçlarla sıkı şekil şartlarına tabi tutulmaktadır⁴⁴⁸. Bu sıkı şekil

⁴⁴⁶ Neşe Baran Çelik, *Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008, 12.

⁴⁴⁷ Ölüme bağlı tasarrufla mirasçı olarak belirlenecek yabancı, bir vatansız, mülteci veya şartlı mülteci bile olabilir. Ekşi, *Miras Hukuku*, 49; Şakir Berki, "Türk Hukukunda Vasiyet", *AÜHFD*, VIII(3-4), 1951, 402.

⁴⁴⁸ Mustafa Dural/Turgut Öz, *Türk Özel Hukuku C:IV, Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, 62; Bilge Öztan, *Miras Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, 158.

şartları, devletlerin mülkiyet hakkına yaklaşımlarındaki farklılıklar nedeniyle her devlet açısından çeşitli biçimlerde ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁹.

Devletlerin maddi hukuk düzenlemelerindeki farklılıklar nedeniyle yabancı unsurlu miras uyuşmazlıklarının çözümünde öngördükleri bağlama kuralları da farklılık göstermektedir. Esas olarak devletlerin kabul ettiği *ayrım* ve *birlik* sistemleri miras uyuşmazlıklarında şekle uygulanacak hukuku belirlemektedir⁴⁵⁰.

*Ayrım sisteminde*⁴⁵¹, miras konusu olan taşınır ve taşınmaz mallar farklı hukuklara tabi tutulmaktadır. Taşınmaz mallar, taşınmazın bulunduğu yer olan LRS kuralına göre, taşınır mallar ise mirasbırakanın şahsi statüsüne, yani ya ölenin milli hukukuna ya da ölenin yerleşim yeri hukukuna göre işlem görmektedir⁴⁵².

*Birlik sisteminde*⁴⁵³ ise terekeye dâhil olan mallar bir bütün teşkil etmekte ve taşınır ve taşınmaz ayrımı yapılmaksızın tüm miras, mirasbırakanın şahsi statüsüne tabi tutulmaktadır.

Ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuk konusunun incelenmesi için, öncelikle, kuralın tarihi gelişimini ele almak faydalı olacaktır. Zira şekil konusunda ilk kanunlar ihtilafı, vasiyetnamelerin geçerliliği hakkında ortaya çıkmıştır⁴⁵⁴.

Civil Law hukuk sisteminde, vasiyetnamelerin şekli geçerliliklerinin tarihi gelişim sürecinde locus regit actum kuralına tabi tutulduğu görülmektedir. Daha katı ve köklü kurallar benimseyen Common Law hukuk sisteminde ise vasiyetnamelerin şekli geçerliliklerine uygulanacak hukuk konusunda, taşınır tereke için ölenin ölüm anındaki

⁴⁴⁹ Mesut Aygün/Ayşe Kübra Altıparmak, “650/2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğünde Mirasa Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Temmuz - Ağustos 2016, S:143 – 144, 31; Jean Pierre Plantard, “The Explanatory Report on the Convention Providing a Uniform Law on the Form of an International Will”, *Uniform Law Review*, 1974, vol. 1, 90.

⁴⁵⁰ Aygün/Altıparmak, 32.

⁴⁵¹ Özellikle Common Law sisteminin uygulandığı İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde ayrım sistemi kabul edilmiştir. Ancak Fransa, İsveç, Belçika, Avusturya gibi Civil Law sistemini benimsemesine rağmen ayrım sistemini uygulayan devletler de bulunmaktadır. Nomer/Şanlı, 287; Aygün/Altıparmak, 32.

⁴⁵² Nomer/Şanlı, 287; Şeref Ünal, “Miras Hukuku Konusundaki Uluslararası Gelişmeler”, *MHB*, 7(1), 1987, 28.

⁴⁵³ Almanya, Yunanistan, İtalya, İspanya, Portekiz, Polonya ve Türkiye de kural olarak birlik sistemini benimsemiştir. Aygün/Altıparmak, 32; Nomer/Şanlı, 287.

⁴⁵⁴ Erdener, 24; R. E. B. Tötterman, Functional Bases of the Rule Locus Regit Actum in English Conflict Rules, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol: 2, No: 1 (Jan., 1953), 27.

yerleşim yeri hukuku, taşınmazlar için de terekenin bulunduğu yer hukukunun uygulanması kuralı benimsenmiştir⁴⁵⁵.

Ayrım sisteminin uygulanmasının taşınmaz mallar açısından sorun doğurmayacağı, ancak taşınır mallar hakkında uygulanmasının işlem ve taraf menfaatine, hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olacağı yönünde bir görüş mevcuttur⁴⁵⁶. Bu görüşe göre, örneğin, İsviçre’de ikamet eden İsviçre vatandaşı mirasbırakan, tatil için Almanya’ya gittiği sırada bir kaza geçirip günlerinin sayılı olduğunu öğrenmesi üzerine İsviçre’deki taşınır ve taşınmaz malları ile Güney Afrika, Hollanda ve Amerika’daki taşınmaz mallarını konu edinen bir vasiyet yapmak istemektedir. Bu durumda son günlerini yaşayan bir kişiden, söz konusu dört hukuk düzenine de uygun vasiyetname yapmasını beklemek imkânsız görünmektedir.

Yabancı unsurlu ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukukun milli hukuk veya yerleşim yeri hukuku olduğu durumlarda, tartışılması gereken diğer bir husus ise uygulanacak hukuk belirlenirken hangi anın esas alınacağıdır. Zira kişinin ölüme bağlı tasarrufta bulunurken sahip olduğu vatandaşlığını veya yerleşim yerini sonradan değiştirmiş olma ihtimali bulunmaktadır. Böyle bir durumda ölüm anındaki vatandaşlığı veya yerleşim yeri ile ölüme bağlı tasarrufu yaptığı sıradaki vatandaşlığı veya yerleşim yeri farklı olmaktadır⁴⁵⁷. Statü değişikliğinden kaynaklanan bu zorlukların önüne geçmek için İngiltere’de⁴⁵⁸ ölenin ölüm anındaki ikametgâh hukuku yanında alternatif bağlama noktaları kabul edilmiştir⁴⁵⁹.

Nitekim aynı problemle Türk hukukunda da karşılaşılabılır, zira MÖHUK’un madde 20 hükmü ölüme bağlı tasarrufları ölenin milli hukukuna tabi tutarken, hangi anın esas alınacağını düzenlememektedir. Statü değişikliği nedeniyle ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı an ile ölüm anındaki vatandaşlıkların farklı olması hâlinde, ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı sırada mevcut olan milli hukuka göre geçerli olan bir işlemin,

⁴⁵⁵ Nomer/ Şanlı, 287; Aygün/Altıparmak, 32; Baran Çelik, 14-15.

⁴⁵⁶ E. J. Cohn, The Form of Wills of Immovables, *The International and Comparative Law Quarterly*, 5(3), (Jul., 1956), 395-404, 396-397.

⁴⁵⁷ Nomer/Şanlı, 228, dpn. 306; Baran Çelik, 152.

⁴⁵⁸ 1861’de yürürlüğe giren The Wills Act (Lord Kingdown’s Act)’in hüküm ve içeriği hakkında bkz. The Uniform Probate Code and the International Will Author(s): William F. Fratcher Source: Michigan Law Review, 66(3), pp. 469-496, (Jan., 1968), 472.

⁴⁵⁹ Baran Çelik, 153.

sonradan kazanılan vatandaşlık nedeniyle geçersizliği ihtimali doğabilmektedir⁴⁶⁰. Bu hâllerde, vasiyetnamenin şekli geçerliliğini, düzenlendiği tarihte tabi olduğu hukuka göre belirlemek, daha sonra ortaya çıkan hukuki sonuçlara ise yeni hukukun uygulanması yönünde görüşler bulunmaktadır⁴⁶¹. Diğer taraftan, ölenin milli hukuku denildiği için ölüm anındaki milli hukukun dikkate alınması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır⁴⁶². Kanaatimizce, kural olarak, yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esasına göre tayin edildiği hâllerde, aksine hüküm bulunmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır (MÖHUK madde 3). Ancak ölüme bağlı tasarruflar, değişken ihtilaflar başlıklı hükmün istisnasını teşkil ettikleri için, MÖHUK'un madde 20/5 hükmüne göre: “*Ölüme bağlı tasarruf ehliyeti, tasarrufta bulunanın, tasarrufun yapıldığı andaki milli hukukuna tabidir*” hükmünden hareketle, ölüme bağlı tasarrufun şeklen geçerli kılınmasını sağlamak amacıyla vasiyet tasarrufunun yapıldığı andaki milli hukuka bağlanmak hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik ilkelerini gerçekleştirmek bakımından daha uygun olacaktır⁴⁶³.

Hükmün uygulanması bakımından karşılaşılabilecek bir başka sorun da, tasarrufu yapan kişi, henüz hayattayken, ölüme bağlı tasarrufun şekli geçerliliği ile ilgili bir ihtilafta, ölüm olayı gerçekleşmeden ölenin milli hukukunun nasıl uygulanacağıdır. Örneğin miras sözleşmesinin şekle aykırılığı nedeniyle iptal ettirilmek istenmesi hâlinde, ölüme bağlı tasarrufun geçerliliği, henüz tasarrufta bulunan hayattayken gündeme gelebilecektir. Bu durumda ölüm olayı henüz gerçekleşmediği için, ölenin milli hukuku gibi bir bağlama noktasına bağlanılamamaktadır⁴⁶⁴.

Devletlerin farklı sistemleri kabul etmiş olmaları nedeniyle, ölüme bağlı tasarrufların şekli hakkında uygulanacak hukuklar, karşılaştırmalı hukukta çeşitli şekillerde karşımıza çıkmaktadır.

Örneğin Almanya’da *birlik sistemi* kabul edilmiş ve ölüm anında ölenin milli hukuku uygulanmaktadır. Ancak istisnai olarak yabancı ülkede bulunan taşınmazlar

⁴⁶⁰ Doğan’a göre bu tür geçersizliklerin önüne geçmek için MÖHUK madde 20/IV hükmünde bağlama kuralları birbirine alternatif oluşturacak şekilde düzenlenmiştir. Doğan, 341.

⁴⁶¹ Nomer/Şanlı, 32; Doğan, 233.

⁴⁶² Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 226, dpn. 306.

⁴⁶³ İleride görüleceği gibi, 1961 tarihli Vasiyet Tasarruflarının Şekline Dair Kanun Uyuşmazlıkları Hakkındaki La Haye Sözleşmesi, hem ölüm anındaki hem de ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı andaki hukukları bağlama noktası olarak kabul ederek statü değişikliklerinin etkisini ortadan kaldırmaktadır.

⁴⁶⁴ Nomer/Şanlı, 228, dpn. 306.

hakkında *ayrılık sistemi* kabul edilmekle birlikte, Almanya’da bulunan taşınmazlar için ise hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır⁴⁶⁵.

Buna karşın, Fransız kanunları, kural olarak *ayrılık sistemini* kabul ederek, taşınırlara mirasbırakanın yerleşim yeri hukukunu, taşınmazlara ise taşınmazların bulunduğu yer hukukunu uygulamakta ve hukuk seçimi imkânı tanımamaktadır⁴⁶⁶.

Bunu yanı sıra, Türk, Alman ve Fransız hukuk sistemlerinde kullanılan el yazılı vasiyetname şekli, İngiliz hukukunda yer almamaktadır. İngiliz hukukunda olağan şartlarda mutlaka tanıklar önünde mirasbırakanın el yazısı ile yazılmış, onun imzasını taşıyan ve resmî bir makamın katılımını gerektirmeyen özel bir vasiyetname türü bulunmaktadır⁴⁶⁷.

3.2.3.2. MÖHUK Bakımından

Türk hukukunda ölüme bağlı tasarruflar, vasiyetname ve miras sözleşmesi olarak ikiye ayrılmaktadır. Vasiyetname, mirasbırakanın ölüme bağlı tek taraflı bir hukuki işlemi olmakla birlikte, miras sözleşmesi ölüme bağlı iki taraflı bir hukuki işlemdir⁴⁶⁸.

Yukarıda da belirtildiği gibi, ölüme bağlı tasarrufların şekline, MÖHUK’un madde 7 hükmü uygulanır. Ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir (MÖHUK madde 20 /IV). Hükümden de anlaşıldığı üzere ölüme bağlı tasarrufların şekli, tasarrufun yapıldığı yer hukukunun, ölüme bağlı tasarrufun esası hakkında yetkili olan hukukun veya ölenin milli hukukunun öngördüğü şekilde yapılmış olması hâlinde şekil bakımından geçerli kabul edilmektedir.

Örneğin, bir yabancının Türkiye’de yapacağı taşınır mallarına ilişkin vasiyetname, yabancının milli hukukuna göre geçersiz olsa bile TMK’nın aradığı şekil şartlarını taşıyorsa, geçerli kabul edilmektedir.

Ölüme bağlı tasarrufların esası hakkında uygulanacak hukuk, yani *lex causae*, kural olarak ölenin milli hukukudur. Bu nedenle MÖHUK madde 20/4 hükmünde birbirine

⁴⁶⁵ Ünalçın, 18.

⁴⁶⁶ Kenneth G. Creid/ Marius J. Dewaal And Reinhard Zimmermann, *Comparative Succession Law Volume I-Testamentary Formalities*, Oxford University Press, 52; Ünalçın, 29.

⁴⁶⁷ Baran Çelik, 149, dpn. 486; J. Roubache, “France in International Succession”, *International Succession*, Edt. by L. Garb, The Netherlands, 2004, 218.

⁴⁶⁸ Zahit İmre/Hasan Erman, *Miras Hukuku*, 11. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul 2015, 56.

alternatif olarak öngörülen “ölenin milli hukuku” ve “ölüme bağlı tasarrufun esasına uygulanacak hukukun” aynı olduğu, dolayısıyla da, MÖHUK madde 20/4 hükmünün, madde 7 hükmündeki şekil kuralının bir tekrarı olduğunu iddia edenler bulunmaktadır. Fakat bu bağlama noktası, terekedeki taşınmaz malların Türkiye’de bulunması hâlinde bir anlam kazanmaktadır. Zira bu hâlde, Türkiye’de bulunan taşınmaz terekenin Türk hukukuna tabi tutulduğu ve terekenin bu kısmına ölenin milli hukuku kuralının uygulanmadığı dikkate alındığında, MÖHUK madde 20/4 hükmü ile getirilen kuralın, Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke hakkında ölenin milli hukukundaki şekil kurallarına uygun olarak da yapılmasına imkân verdiği söylenebilir⁴⁶⁹.

Başka bir deyişle, Türk hukukunda ölüme bağlı tasarrufların şekli bakımından, *birlik sistemi* kabul edilmiş olmasına rağmen, Türkiye’de bulunan taşınmazlar açısından bir istisna getirilerek, Türkiye’de bulunan taşınmazlar Türk hukukuna tabi tutulmaktadır. Böylece Türk hukuku, Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında *lex causae* olarak uygulama alanı bulmaktadır⁴⁷⁰. Buna göre MÖHUK uyarınca, ölüme bağlı bir tasarrufun şeklen geçerli olabilmesi için aşağıdaki hukuklardan birine göre düzenlenmiş olması gereklidir⁴⁷¹:

1. Yapıldıkları yer hukukunun maddi hükümleri,
2. Mirasbırakanın milli hukukunun maddi hükümleri (mirasbırakanın taşınır terekesi ile Türkiye dışında bulunan taşınmaz terekesi bakımından *lex causae* olması nedeniyle),
3. Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke bakımından Türk hukukunun maddi hükümleri (Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke bakımından *lex causae* olması nedeniyle),
4. Mirasbırakanın Türkiye’de bulunan taşınmaz terekesi hakkında ayrıca mirasbırakanın milli hukuku.

Yargıtay verdiği bir kararında⁴⁷², Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar hakkında Türk hukukunun uygulanacağı yönünde isabetsiz bir karar vermiştir. Bu karara göre:

⁴⁶⁹ Nomer/Şanlı, 227-228, dpn. 305; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 307

⁴⁷⁰ Nomer/Şanlı, 292.

⁴⁷¹ Baran Çelik, 161.

⁴⁷² Yargıtay 3. HD, E. 2010/14495, K. 2011/5129, T. 29.03.2011 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

“Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku uygulanır. Somut olayda; vasiyetname ile murisin oğlu davalı tüm servetin varisi tayin edilmiştir. Murisin serveti içinde Türkiye’deki taşınmaz mallar da bulunmaktadır. O hâlde, taşınmaz mal vasiyetinin geçerli olması için Türk Hukuk sistemindeki usul ile yapılmış olması gerekir. Resmî vasiyetname, iki tanık huzurunda resmî memur tarafından düzenlenir. Oysa dava konusu vasiyetname bu şekilde uygun düzenlenmiş değildir. Murisin serveti içinde Türkiye’deki taşınmaz mallar da bulunmaktadır. O hâlde, taşınmaz mal vasiyetinin geçerli olması için Türk Hukuk sistemindeki usul ile yapılmış olması gerekir.”

Dolayısıyla kararda, taşınmaz mallar için Türk Hukukunun uygulanacağı hükmü genişletilerek karar verilmiştir. Ancak, kanımızca, yalnızca Türk hukuku uygulanarak karar verilmesi yerinde değildir. Zira ölenin milli hukukuna uygunluğun da değerlendirilmesi gerekirdi. Diğer taraftan, bu hükmün karşısında Yargıtayın isabetli kararları da bulunmaktadır⁴⁷³. Zira Yargıtay verdiği bir başka kararında: *“Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku uygulanır. Mirasın açılması sebeplerine, iktisabına ve taksimine ilişkin hükümler terekenin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Türkiye’de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır. Ölüme bağlı tasarrufun şekline 7. madde hükmü uygulanır. Ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir. Ölüme bağlı tasarruf ehliyeti, tasarrufta bulunanın, tasarrufun yapıldığı andaki milli hukukuna tabidir”* şeklinde hüküm kurmuştur.

Bu nedenle, ölenin milli hukukuna göre geçerli şekilde düzenlenmiş vasiyetnamenin geçerli olduğu aşîkârdır. Buna rağmen, ilgili vasiyetname, tek başına taşınmazların intikali için yeterli olmayacaktır, alınacak mirasçılık belgesi için delil niteliği teşkil edecektir.

Yabancılik unsuru içeren bir diğer olayda, vasiyetnamenin şekli açıdan iptali istemiyle açılan davada, yerel mahkeme, TMK’ ya uygun bir vasiyetname yapılmadığı gerekçesiyle vasiyetnamenin iptaline karar vermiştir. Ancak Yargıtay, vasiyetnamenin yapıldığı yer hukuku olan Alman Hukukuna uygun bir vasiyetname olup olmadığı araştırılmaksızın kurulan hükmü bozmuştur⁴⁷⁴.

⁴⁷³ Yargıtay 2. HD, E. 2008/13740, K. 2008/14696, T.06.11.2008 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁴⁷⁴ Yargıtay 2.HD, E. 1990 / 4236, K. 1990 / 11548, T. 23.11.1990 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

Ölenin son arzularını gerçekleştirebilmek ve bu amaçla ölüme bağlı tasarrufları *favor testamenti*⁴⁷⁵ prensibi ışığında geçerli tutabilmek amacıyla bağlama noktalarının birbirine alternatif oluşturacak şekilde uygulanması gerekmektedir⁴⁷⁶.

Bu bağlamda cevaplandırılması gereken bir soru daha karşımıza çıkabilir. Amaç alternatif nitelikli bağlama noktaları koyarak ölüme bağlı tasarrufların şeklen geçerliliğini sağlamak olduğuna göre, sübjektif hukuk seçimi mümkün kılınarak, ölüme bağlı tasarruflar mirasbırakanın seçtiği hukuka tabi tutulabilir mi? Ölüme bağlı tasarrufu mirasbırakanın bildiği ve isteyerek seçtiği bir hukuka tabi tutmanın, statü değişikliği ile ilgili problemi ortadan kaldırmaya, hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik sağlamaya hizmet edeceği, bu nedenle de mümkün olması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır⁴⁷⁷. Ancak milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde, mirasa uygulanacak hukuk konusunda sınırlı bir hukuk seçimi öngören devletlerin⁴⁷⁸ bile, ölüme bağlı tasarrufların şekli konusunda, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesine atıfta bulunarak hukuk seçiminden bahsetmedikleri görülmektedir.

3.2.3.3. Milletlerarası Sözleşmeler Bakımından

Şekil nedeniyle ölüme bağlı tasarrufların geçersizliğinin önüne geçmek amacıyla, vasiyetnamelerin şekline uygulanacak yeknesak hukuk kuralları içeren milletlerarası sözleşmeler hazırlanmıştır. Bu sözleşmelerden, önemine binaen, 1961 tarihli *Vasiyet Tasarruflarının Şekline Dair Kanun Uyuşmazlıkları Hakkındaki La Haye Sözleşmesinin*⁴⁷⁹ aşağıda ayrıntısıyla incelenmesine, devamında ise *Mirasa İlişkin Avrupa Birliği Tüzüğü* ile *iki taraflı konsolosluk antlaşmalarının* şekle uygulanacak hukuku belirledikleri hükümlerinin sınırları dâhilinde konunun açıklanmasına gayret edilecektir.

⁴⁷⁵ Şüphe halinde hukuki işlemi ayakta tutma (*favor negotii*) kuralı, vasiyetnamelerde vasiyetin üstün tutulması (*favor testamenti*) kuralı olarak adlandırılır. Rona Serozan/B. İlkay Engin, *Miras Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2004, 188; Şamil Demir, “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”, *TAAD*, 4, S: 14, Temmuz 2013, 1163.

⁴⁷⁶ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 307.

⁴⁷⁷ Baran Çelik, 163.

⁴⁷⁸ AB Miras Tüzüğüne göre kişi, yalnızca yazılı şekilde düzenlenmiş ölüme bağlı tasarruflarda bu tasarruf hükümlerinden açıkça anlaşılır hukuk seçimi yapabilir. Bu seçim hakkı, Hukuk seçimini yaptığı veya ölüm anındaki milli hukuklarından biri ile sınırlıdır. Aygün/Altıparmak, 35.

⁴⁷⁹ RG: 17.01.1983-17931.

3.2.3.3.1. 1961 Tarihli La Haye Sözleşmesi

Yabancı unsurlu hukuki işlem ve ilişkilerinin çözümünde uygulanacak hukuk MÖHUK'a göre belirlenirken, o konu hakkında Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı tutulmaktadır (MÖHUK madde 1). Bu nedenle Türkiye'nin 1983 yılında taraf olduğu vasiyet tasarruflarının şeklini düzenleyen ve birçok devletin⁴⁸⁰ de taraf olduğu 1961 tarihli Vasiyet Tasarruflarının Şekline İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Hakkında La Haye Sözleşmesi, MÖHUK'un madde 20/IV hükmüne göre öncelikli olarak uygulama alanı bulmakta⁴⁸¹ ve Türkiye'nin koymuş olduğu çekinceler nedeniyle, hükmün uygulama alanını oldukça daraltmaktadır.

Loi uniforme nitelikteki bahsi geçen Sözleşme, karşılıklılık şartı aranmaksızın uygulanmaktadır. Böylece mirasbırakan veya mirasçılar akit devlet vatandaşı olmadığı veya uygulanacak hukukun akit devlet hukuklarından biri olmadığı hallerde dahi, *loi uniforme* niteliğinden dolayı Sözleşme uygulama alanı bulmaktadır (madde 6).

Sözleşmenin en önemli özelliği ise sekiz ayrı bağlama noktasını⁴⁸² aynı anda yetkili kabul ederek, vasiyet tasarruflarının şeklen geçerliliğini sağlamaya hizmet etmesidir. Nitekim bir vasiyet tasarrufu şekil yönünden aşağıda sayılan yetkili hukuklardan birine göre şeklen geçerliyse, bütün akit devletlerde şeklen geçerli kabul edilmektedir. Bu hüküm sayesinde Sözleşme, şekli geçerliliği koruma amacıyla MÖHUK'tan daha fazla koruma sağlamaktadır⁴⁸³. Bu bağlamda vasiyetnamelerin şekli konusunda sözleşmenin yetkili kıldığı hukuklar şunlardır:

- a. vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı yer iç hukuku,
- b. vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı anda veya ölümü anında vatandaşı bulunduğu Devletin iç hukuku,

⁴⁸⁰ RG: 24.4.1982- 17674. Sözleşmeye taraf devletler için bkz.

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=40>.

⁴⁸¹ Sözleşmenin, MÖHUK'a göre öncelikli olarak uygulanması gerekir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 1961 tarihli Sözleşmeyi dikkate almaksızın, Almanya'da düzenlenmiş olan vasiyetnamenin MÖHUK m. 20'deki şekil şartlarını taşınamaması nedeniyle geçersizliğine ilişkin verdiği kararı isabetli bulunmamıştır. Yargıtay 3.HD, E. 2013/17015, K. 2014/1384, T. 3.2.2014 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁴⁸² Sözleşme madde 1'de öngörülen bir hukuktan başka bir hukukun şekil şartlarına uygun olarak yapılmış vasiyet tasarruflarını tanıyan Akit Devletlerin mevcut veya gelenekteki kurallarını etkilemez. Akit devlet hukuklarında, sözleşmede sayılan hukuklar dışında başka bir hukuk yetkili kılınmışsa bu hukukun uygulanması da mümkündür. (madde 3)

⁴⁸³ Güven, 346.

- c. vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı veya ölümü anında ikametgâhının bulunduğu yer iç hukuku,
- d. vasiyetçinin vasiyet tasarrufunu yaptığı veya ölümü anında mutat meskeninin bulunduğu yer iç hukuku,
- e. taşınmazlar söz konusu olduğu takdirde, bu malların bulundukları yer iç hukuku. (madde 1)

Görüldüğü üzere statü değişikliklerinin daha önce bahsedilen etkisini önlemek amacıyla hem ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı an hem de ölüm anı dikkate alınmıştır.

Vasiyetnameler dışında kalan ölüme bağlı tasarruflar⁴⁸⁴ ile Türkiye'nin Sözleşmeye çekince koyduğu hâllerde, ölüme bağlı tasarrufların şekli hakkında MÖHUK madde 20/4 hükmü uygulama alanı bulmaya devam etmektedir.

Türkiye'nin Sözleşmeye koymuş olduğu çekinceler ise aşağıdaki gibidir:

- a. Vasiyetçinin ikametgâhının bulunduğu ülkeyi, mahkemenin bulunduğu yer hukukuna, yani Türk hukukuna göre tespit etme hakkını saklı tutmaktadır. Böylece ikametgâh bağlama noktasının yorumunun Türk hukukuna göre yapılacağı kabul edilmektedir (madde 9).
- b. Türk vatandaşlarının olağanüstü durumlar dışında yaptıkları sözlü vasiyetnameleri tanımama hakkını saklı tutmaktadır (madde 10). Zira Türk hukuku bakımından sözlü vasiyetname, el yazılı veya resmî vasiyetnamenin yapılamadığı hâllerde yapılabilecek istisnai nitelikte bir vasiyetname şeklindedir. Bu çekince aynı zamanda başka bir devlet vatandaşlığına sahip olmayan Türk vatandaşları hakkında kabul edilmiştir. Buna göre, Türk vatandaşlığı yanında başka bir devlet vatandaşı olmayan vasiyetçinin, olağanüstü durumlar dışında yapmış olduğu sözlü vasiyetnameler geçerli kabul edilmemektedir. Yapılan sözlü vasiyetname, yapıldığı yer hukukuna uygun olsa da durum değişmemektedir. Söz konusu çekince nedeniyle, Türk hukuku bakımından sözlü vasiyetnamesinin geçerli olabilmesi için ya sözlü vasiyetnamenin

⁴⁸⁴ Miras sözleşmeleri sözleşmenin kapsamı dışında kalmaktadır. Çelikel/Erdem, 315; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 315.

olağanüstü durumlarda yapılmış olması ya da Türk vatandaşı olan ilgilinin aynı zamanda başka bir devlet vatandaşı olması gereklidir⁴⁸⁵.

TMK madde 539 ve 540 hükümlerine göre, mirasbırakan, yakın ölüm tehlikesi, ulaşımın kesilmesi, hastalık, savaş gibi olağanüstü durumlar yüzünden resmî veya el yazılı vasiyetname yapamıyorsa, sözlü vasiyet yoluna başvurabilir. Bunun için mirasbırakan, son arzularını iki tanığa anlatır ve onlara bu beyanına uygun bir vasiyetname yazmaları veya yazdırmaları görevini yükler.

Resmî vasiyetname düzenlenmesinde okuryazar olma koşulu dışında, tanıklara ilişkin yasaklar, sözlü vasiyetteki tanıklar için de geçerlidir. Mirasbırakan tarafından görevlendirilen tanıklardan biri, kendilerine beyan edilen son arzuları, yer, yıl, ay ve günü de belirterek hemen yazar, bu belgeyi imzalar ve diğer tanığa imzalatır. Yazılan belgeyi ikisi birlikte vakit geçirmeksizin bir sulh veya asliye hukuk mahkemesine verirler ve mirasbırakanı vasiyetname yapmaya ehil gördüklerini, onun son arzularını olağanüstü durum içinde kendilerine anlattığını hâkime beyan ederler.

Yargıtay, eğer bir Türk mahkemesine hızlı ve kolay bir şekilde ulaşamıyorsa, MÖHUK' un 7. maddesi dikkate alındığında, bu mahkemenin yabancı bir mahkeme de olabileceği yönünde karar vermiştir⁴⁸⁶.

Türkiye'nin sözleşmeye taraf olurken koyduğu üçüncü çekince ise:

- c. Türk Devleti, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarrufunda yer alan, ancak Türk maddi hukukunda mirasla ilgili kabul edilmeyen vasiyet hükümlerini, Sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakma hakkını saklı tutmaktadır (madde 12). Örneğin, mirasla ilgisi olmayan, çocuğu tanıma hükmü içerecek şekilde düzenlenen vasiyetnamenin geçerliliği Sözleşmenin değil, MÖHUK'un şekil şartlarına göre değerlendirilmelidir.

Sözleşmeye konulan çekinceler nedeniyle belirli konuların sözleşmenin kapsamı dışında tutulduğu belirtildikten sonra, üzerinde durulması gereken önemli diğer bir husus ise daha önce de değindiğimiz üzere, ölüme bağlı tasarrufun şekli olarak

⁴⁸⁵ Doğan, 346.

⁴⁸⁶ Yargıtay 2. HD, E. 1992/7372, K. 1992/8705, T. 29.09.1992 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

vasıflandırılabilir konuların tespitidir. Hangi konuların ölüme bağlı tasarrufların içeriğini teşkil edebileceğini ise miras statüsü belirlemektedir.

Sözleşmenin Türkçe metnine göre tam anlaşılmayan bir ifade tarzı ile “*Sözleşmenin amaçları bakımından, vasiyet tasarruflarının kabul edilen şekillerini sınırlayan ve vasiyetçinin yaşına, vatandaşlığına ve diğer kişisel niteliklerine ilişkin hükümler şekle dâhil sayılır. Aynı kural, bir vasiyet tasarrufunun geçerliliği için tanıklarda aranacak özelliklere de uygulanır*” denilmektedir (madde 5). Bu hüküm ile belirli türde bir vasiyetnamenin düzenlenebilmesi için, vasiyetçiye ilişkin yaş, vatandaşlık, kişisel özellikler gibi belirli sınırlamalar varsa, bu sınırlamaların şekle ilişkin sayıldığı ve vasiyetnamenin şekli hakkında yetkili olan hukuka tabi olması gerektiği anlatılmak istenmektedir. Böylece vasiyetnamenin şekli hakkında uygulanacak hukukun özel vasiyet türleri bakımından arayacağı ek şartların da yerine getirilmiş olması öngörülmektedir⁴⁸⁷.

Örneğin, Alman hukukuna göre kişi, vasiyetname ehliyetini on altı yaşını tamamlamasıyla⁴⁸⁸, el yazılı vasiyetname yapabilme ehliyetini ise on sekiz yaşını tamamlamasıyla⁴⁸⁹ kazanmaktadır. On beş yaşındaki Türk vatandaşının düzenlemiş olduğu el yazılı vasiyetnamenin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk, Sözleşmeye göre Alman hukuku olarak belirlenmişse, Alman hukukunda el yazılı vasiyetname yapabilmek için öngörülen özel sınırlamalar da şekle dâhil olarak ele alınıp, bu özel şartlara da Alman hukukunun uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla bu kişi, Türk hukuku bakımından MÖHUK madde 20/5 hükmünde, vasiyetname düzenleme ehliyetine sahip olsa bile, Alman hukukunda el yazılı vasiyetname yapabilmenin özel şartı olarak öngörülen ve Sözleşmeye göre şekle dâhil sayılan on sekiz yaş şartını da sağlamalıdır⁴⁹⁰.

Bu bağlamda Türk hukukunda mevcut olmayan *trust*⁴⁹¹ veya *ortak vasiyet* gibi tasarruf türlerinin, Türkiye’de bulunan tereke hakkında sonuç doğurup doğurmayacağı da değerlendirilmelidir.

⁴⁸⁷ Şanlı, 230-231.

⁴⁸⁸ BGB madde 2229 hükmünün, İngilizce metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0236.

⁴⁸⁹ BGB madde 2247 hükmünün, İngilizce metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0236.

⁴⁹⁰ Nomer/Şanlı, 231, dpn. 314.

⁴⁹¹ Trust, malvarlığının bir kişi yararına veya belirli bir amaç uğruna, itimat edilen bir kişinin sahipliğine ve kontrolüne bırakılmasıdır. Trust’ın Türk hukukunda benzerlik gösterdiği kavramlar ve hukuki niteliği hakkında bkz. Turgut Öz, “Parçalanmış Bir Mülkiyet: Trust”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan-Cilt II*, XII Levha Yayıncılık, 2010 İstanbul, 1425 vd.; Nomer/Şanlı, 293.

Nitekim Türkiye’de bulunan bir taşınmaz üzerinde ölüme bağlı tasarruf yoluyla *trust* hakkının tesisi, bu hakkın Türk hukukuna yabancı olması nedeniyle mümkün değildir⁴⁹².

Ortak vasiyetname, ölüme bağlı tasarruf türlerinden biri olup, bu vasiyetname ile birden fazla kişi, son arzularını birlikte aynı veya ayrı belgelerde açıklayarak, birbirlerini veya üçüncü kişileri, mirasçı olarak atamaktadırlar⁴⁹³.

Alman ve Avusturya hukukları ortak vasiyetnameleri kabul ederken, Fransız ve İtalyan hukukları yasaklamakta, Türk ve İsviçre hukukları ise hiç düzenlememektedir⁴⁹⁴. Ortak vasiyetnamenin Türk hukukunda⁴⁹⁵ düzenlenmemiş ancak başka hukuklarda düzenlenmiş olması, kanunlar ihtilafının doğumuna neden olabilmektedir. Bu nedenle, yabancı unsurlu ortak vasiyetnamelerin şekline ilişkin bir uyuşmazlık Türk mahkemelerinin önüne geldiğinde, hâkimin karar vermesi gerekmektedir. Türk mahkemesi, öncelikle 1961 tarihli Sözleşmeyi uygulamak zorundadır. Zira Sözleşme, iki veya daha çok kişinin, tek bir belgeyle yaptıkları vasiyet tasarruflarının şekillerini de kapsamaktadır (madde 4). O hâlde, ortak vasiyetnamelerin şeklinin, Sözleşmenin şekle uygulanacak hukuku düzenlediği (madde 1) ülke hukuklarından birine göre geçerli olması yeterli olmaktadır.

Bununla birlikte, Türk hukukunda ortak vasiyetname yapılıp yapılmayacağı meselesinin çözüme kavuşturulması gerekir. Zira *ortak vasiyetname* kavramı, Türk hukukuna yabancı bir kavramdır. Ölüme bağlı tasarrufun bir şekli olarak ortak vasiyetnamenin geçerliliği, bu tasarrufun, şekli ya da maddi anlamda ölüme bağlı

⁴⁹² Nomer/Şanlı, 293.

⁴⁹³ Feriha Bilge Tanrıbilir, *Kanuni Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi, Ankara 2000, 82; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, 129-131.

⁴⁹⁴ Mustafa Dural, “Türk İsviçre Hukukunda Ortak Vasiyetnameler”, *MHAD*, 1969, 3(4), 165.

⁴⁹⁵ Türk doktrini ortak vasiyetnamelerin üç şekilde yapılabildiğini kabul etmektedir. Bunlar: Birlikte vasiyetname, karşılıklı vasiyetname ve birbirine bağlı vasiyetnamedir. Birlikte vasiyetname, vesayetçilerin tek bir işlem ile aynı anda ve aynı belgede içerik olarak birbirine uygun olma zorunluluğu bulunmadan vasiyette bulunmasıdır. Karşılıklı vasiyetname, tarafların birbirlerini karşılıklı mirasçı veya vasiyet alacaklısı tayin edecek şekilde vasiyette bulunmasıdır. Birbirine bağlı vasiyetname, birlikte yapılan vasiyetnamelerin her birinin hüküm doğurmasının diğerinin geçerliliğine bağlandığı vasiyetnamelerdir. Kocayusufpaşaoğlu, 130.

tasarruf⁴⁹⁶ olarak vasıflandırılarak çözüme kavuşturulması uygun gözükmektedir⁴⁹⁷. Ortak vasiyetname, ölüme bağlı tasarruf şekillerinden biri olarak kabul edilirse, ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuka tabi olacak, buna karşılık maddi hukuka ait bir mesele olarak kabul edilirse miras statüsünün uygulanması gerekecektir⁴⁹⁸.

Ortak vasiyetnamelerin vasıflandırılmasına ilişkin doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır.

Bir görüş, ortak vasiyetnamelerin yapılıp yapılmayacağını, şekle ilişkin bir problem olarak görürken⁴⁹⁹, aynı yönde ortak vasiyetnameleri şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar başlığı altında inceleyen ve bir şekil bozukluğu olarak gören benzer görüşler de bulunmaktadır⁵⁰⁰.

Bir diğer görüş ise, ortak vasiyetnamelerin yapılıp yapılmayacağını mirasın esasına ait görüp, karşılıklı ve birbirine bağlı vasiyetnamelerin kamu düzenini ilgilendirdiğini savunarak, ölenin milli kanunu bu şekilde vasiyetnameleri kabul etse bile, bunların Türkiye’de hukuki bir kıymetinin olmaması gerektiğini ifade etmektedir⁵⁰¹.

Daha farklı bir görüşü savunarak, ortak vasiyetnamelerin vasıflandırılmasını maddi hukuka ilişkin kabul edenler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre ise, ölüme bağlı tasarruf türleri, tasarrufun amacını ve konusunu kapsamaması nedeniyle tasarrufun şekli ile değil, maddi içeriği ile ilgilidir. Ölüme bağlı tasarrufun içeriğine dâhil sayılabilecek konular miras statüsüne tabi kılındığı için, ortak vasiyetnameler konusunda da miras statüsü yetkili görülmektedir. Dolayısıyla, miras statüsüne göre ortak vasiyetnamenin yapılması mümkünse, bu vasiyetname geçerli kabul edilmektedir⁵⁰².

Konu ile ilgili bizim de katıldığımız bu son görüş doğrultusunda, bir vasiyetnamenin hangi türde yapılabileceğinin şekle değil esasa ilişkin bir konu olduğunun

⁴⁹⁶ Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruflar, vasiyetname ve miras sözleşmesidir. Maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ise vasiyetname ve miras sözleşmesinin içinde bulunan ve tereke ile doğrudan ilişkisi bulunmayan tasarruflardır. Ölüme bağlı bağışlar, vasiyetname ile vakıf yapılması, mirasçılıktan çıkarma, vasiyetçinin evlilik dışı çocuğu tanınması gibi işlemlerdir. Zahit İmre/Hasan Erman, *Miras Hukuku*, Der Yayınları, 11. Tıpkı Basım, İstanbul 2015, 55-57.

⁴⁹⁷ Baran Çelik, 165.

⁴⁹⁸ Tanrıbilir, 82; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 299.

⁴⁹⁹ Dural, *Ortak Vasiyetnameler*, 173.

⁵⁰⁰ Kocayusufoğlu, 132; İmre/Erman, 228.

⁵⁰¹ Ş. Berki, *Vasiyet*, 186.

⁵⁰² Baran Çelik, 166.

kabulü gerekmektedir⁵⁰³. Dolayısıyla, ortak vasiyetname yapılıp yapılamayacağı hususunun miras statüsüne tabi olarak belirlenmesi, makul çözüm olarak görülmektedir. Miras statüsüne göre uygulanacak hukuk Türk hukuku olarak tespit edilmişse, Türk hukukunda ortak vasiyetnameleri düzenleyen hüküm bulunmamakla birlikte, bunları yasaklayan bir düzenleme de bulunmamaktadır. Bu nedenle ortak vasiyetnamelerin düzenlenmesini her somut olay açısından ayrı değerlendirip, baştan reddetmemek gerekmektedir⁵⁰⁴.

3.2.3.3.2. 650/2012 sayılı AB Konseyi Tüzüğü

Avrupa Birliğinde milletlerarası miras ilişkilerini düzenlemek amacıyla 650/2012 sayılı *Avrupa Veraset Belgesinin Tanzimine ve Geçerli Veraset Belgelerinin Kabulü ile İcrasına İlişkin Kararların Tanınması, Tenfizî ile Mahkemelerin Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk Hakkında AB Konsey Tüzüğü* hazırlanmıştır⁵⁰⁵. Bu Tüzük, üye devletlerin Tüzüğün kabul edildiği sırada taraf olduğu ve Tüzükteki konular bakımından uluslararası sözleşmelerin uygulanmasını etkilemeyecektir (madde 75/I). Dolayısıyla, Tüzüğe taraf olan devletler açısından, öncelikle, yukarıda bahsedilen ve pek çok AB ülkesinin de taraf olduğu 1961 La Haye Sözleşmesi'nin öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir (madde 75/II) .

1961 La Haye Sözleşmesinde olduğu gibi, Tüzük de birbirine alternatif olabilecek ve birden çok bağlama kuralı ile ölüme bağlı tasarrufu geçerli kılmayı amaçlamaktadır. Ancak 1961 La Haye Sözleşmesinden farklı olarak, Tüzük, sadece vasiyetnamelerin değil, miras sözleşmelerinin şekli geçerliliği hakkında uygulanacak hukuku da kapsamaktadır.

Tüzüğün yazılı olarak yapılan ölüme bağlı tasarrufların şekli konusunda yetkili kıldığı hukuklar aşağıdaki gibidir:

- a. ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı veya miras sözleşmesinin tamamlandığı ülke hukuku,

⁵⁰³ Çelikel/Erdem, 313.

⁵⁰⁴ Nihal Uluocak, *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (Kişisel Statü-Miras Statüsü)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, 146; Ekşi, *Miras Hukuku*, 63.

⁵⁰⁵ Tüzüğün İngilizce metni için bkz. http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012R0650#ntr6-L_2012201EN.01010701-E0006.

- b. mirasbırakanın veya miras sözleşmesinin taraflarından en az birinin tasarrufun yapıldığı veya miras sözleşmesinin kurulduğu andaki veya ölüm anındaki milli hukuku,
- c. mirasbırakanın veya miras sözleşmesinin taraflarından en az birinin tasarrufun yapıldığı veya miras sözleşmesinin kurulduğu andaki veya ölüm anındaki yerleşim yeri hukuku,
- d. mirasbırakanın veya miras sözleşmesinin taraflarından en az birinin tasarrufun yapıldığı veya miras sözleşmesinin kurulduğu andaki veya ölüm anındaki mutad mesken hukuku,
- e. taşınmazlar hakkında taşınmazın bulunduğu ülke hukuku. (madde 27/I)

Şekle ilişkin alternatif bağlama kuralları, daha önce yapılmış bir ölüme bağlı tasarrufun değiştirilmesi ve sona erdirilmesinde de uygulanmaktadır. (madde 27/II)

3.2.3.3. İki Taraflı Konsolosluk Antlaşmalarında Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekline Uygulanacak Hukuk

Türkiye'nin, çeşitli devletlerle imzalamış olduğu ikili konsolosluk ve ikamet antlaşmalarında⁵⁰⁶, miras uyuşmazlıklarına ve ölüme bağlı tasarruflara uygulanacak hukuk hakkında kanunlar ihtilafı kuralları bulunmaktadır⁵⁰⁷. Bu kurallar daha çok, mirasın açılması, terekenin idaresi ve korunması ile mahkemelerin yetkisine ilişkindir⁵⁰⁸.

Cumhuriyetin ilk yıllarında imzalanan konsolosluk antlaşmalarının miras konusunu düzenleyen hükümleri ile 1931 yılından sonra imzalanan konsolosluk antlaşmaları arasında farklılıklar bulunmaktadır⁵⁰⁹.

Türkiye ile Almanya arasında imzalanan Konsolosluk Antlaşmasında⁵¹⁰, mirasa uygulanacak hukuk dâhil olmak üzere, ayrıntılı düzenlemelere yer verildiği

⁵⁰⁶ Sözleşmeler için bkz. Aysel Çelikel/Cemal Şanlı/Günseli Öztekin/Bahadır Erdem/İnci Ataman/F. Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukuk Anlaşmaları C:II*, Beta Basım, 2005 İstanbul, 575-vd.

⁵⁰⁷ Ekşi, *Miras Hukuku*, 54; Tanrıbilir, *Kanuni Mirasçılık*, 190.

⁵⁰⁸ Tanrıbilir, *Kanuni Mirasçılık*, 193; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 310.

⁵⁰⁹ Bunun nedeni Lozan Anlaşmasına bağlı olarak imzalanan, İkamet ve Adli Selahiyet Sözleşmesinin 16. maddesine göre, taraf devlet vatandaşları kişi halleri ve taşınır mirasa ilişkin davalarını, ancak kendi mahkemelerinde açabilmekteydiler ve bu anlaşmanın süresi yedi yıllık olup 1931 yılında sona ermiştir. Vedat Raşit Seviğ, "Ahkâm-ı Şahsiye Dâvalarında Türk Mahkemesinin Yetkisi", *İHFM*, 1963, XXIX(4), 5-6.

⁵¹⁰ RG: 08.06.1930 – 1514.

görülmektedir. Bu antlaşmada, “Ölüme bağlı tasarruflar, tanzim edildikleri memleketin veyahut işbu tasarruflar tanzim edildiği zaman murisin tebaasından bulunduğu memleketin kanunlarına göre yazıldıkları takdirde, şekil itibar ile geçerlidir. Bu tasarrufların fesih ve iptalinde de aynı hüküm caridir” (madde 16) denilmek suretiyle, ölüme bağlı tasarrufların şeklinin yapıldığı yer hukukuna veya ölüme bağlı tasarrufun yapıldığı anda mirasbırakanın vatandaşlığında bulunduğu ülke kanunlarına uygun olarak yapılması suretiyle geçerli olacağı tespit edilmiştir.

Türkiye ile İtalya arasında imzalanan Konsolosluk Antlaşması⁵¹¹ ise, taşınır mallar üzerindeki miras hakkına ilişkin her türlü meseleyi ölenin milli hukukuna tabi tutmuştur. Ancak terekedeki taşınmaz malları hükmün kapsamı dışında tutarak, taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna bağlamıştır⁵¹².

Belirtmek gerekir ki, bu Antlaşmalar, henüz yürürlükten kaldırılmamıştır. Ancak 1330 tarihli Muvakkat Kanun dönemindeki taşınır ve taşınmaz ayırımına uygun yapılmış ve yeni düzenlemeler karşısında değiştirilmemiş olduğu için, geçerliliklerini koruyup korumadıkları tartışılmaktadır⁵¹³.

Aynı şekilde Türkiye ve Ukrayna arasında imzalanan Adli Yardımlaşma ve İşbirliği Antlaşması ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin hükümler içeren, daha yeni tarihli bir anlaşma olarak örnek verilebilir⁵¹⁴. Bu Antlaşmaya göre: “Vasiyetnamenin şekli, vasiyetnamenin düzenlendiği tarihe göre, mirasçının vatandaşı olduğu âkit tarafın hukukuna tâbi olacaktır. Bununla birlikte, vasiyetnamenin düzenlendiği âkit tarafın hukukunda öngörülen şekle bağlı olması şartı da aranacaktır. Bu hüküm aynı zamanda vasiyetnamenin iptali veya değiştirilmesi hakkında da uygulanır” (madde 32). Ancak Almanya, İtalya ve Ukrayna’nın da 1961 tarihli Vasiyet Tasarruflarının Şekline İlişkin

⁵¹¹ RG: 07.04.1931 - 1768.

⁵¹² Sözleşmenin XI hükmü: “Miras hakkı ve menkul terekenin taksim müteveffanın (mirasbırakan) milli kanununa tabi olacaktır. Terekenin miras veya vasiyet hüccet ve senedine istinat ve işbu mirasa veya onun taksimine taallük eden bütün mesail (meseleler) müteveffanın mensup olduğu Devlet arazisindeki mehakim (mahkemeler) veya sair salâhiyetler makamlar tarafından, müteveffanın milli kanunlarına tevfi kan halledilecektir. Bu kararlar diğer memlekette tanınacaktır.” XV hükmü: “Fakat bu hüküm gayrimenkuller hakkında uygulanmayacaktır. Tereke hüccet ve senedine veya vasiyet hüccet ve senedine istinat eden ve gayrimenkul mirastaki hukuka veya işbu mirasın taksimine taallük eden meseleler, gayrimenkullerin kâin bulunduğu memleket kanunlarına tabi olacaklardır.”
https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc009/kanuntbmmc009/kanuntbmmc00901788.pdf.

⁵¹³ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 310.

⁵¹⁴ RG: 22.12.2003- 25324.

Kanun Uyuşmazlıkları Hakkında La Haye Sözleşmesine taraf oldukları dikkate alınarak, vasiyetnamelerin şekline uygulanacak hukukun, devletler arasında imzalanmış, ikili konsolosluk veya adli yardım antlaşmalarına göre değil, 1961 tarihli La Haye Sözleşmesine göre tespit edileceğini belirtmekte fayda vardır.

3.3. GENEL KURALIN UYGULAMA ALANINI DARALTAN HALLER

MÖHUK madde 7 hükmüne dönecek olursak, yabancı unsurlu hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir (MÖHUK madde 7). Bu kural, yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline ilişkin kabul edilen genel ve alternatif kural olmakla birlikte, bazı hâllerde yalnızca LRA kuralının, bazı hâllerde ise lex causae'nın uygulanması zorunlu hâle gelebilmektedir.

Tarihsel süreçte LRA kuralının niteliği bakımından zorunlu mu yoksa ihtiyari mi olduğu tartışılmıştır. Ancak kanunlaşma sürecinde, LRA ve lex causae kurallarının birbirine alternatif olduğunun kabulü ile birlikte, artık bu kuralların ihtiyari niteliği genel kabul gören görüş olmuştur. Bununla birlikte, bazen LRA bazen de lex causae kuralının, zorunlu olarak tek başına uygulanarak, genel şekil kuralının kapsamı dışında kalan istisnai hâlleri oluşturduğu görülmektedir.

Bu nedenle, çalışmamızın devamında genel kuralın istisnalarının incelenmesi amaçlanmıştır. Bu bağlamda öncelikle yalnızca LRA kuralının uygulanacağı hukuki işlemlerin şekli incelenecek ve milletlerarası özel hukukta sıkça karşılaşılan yabancı unsurlu kambiyo senetlerinin ve evlenmelerin şekline ilişkin tartışmalı hususlar ile çözüm önerileri tespit edilecektir. Daha sonra ise genel kurala istisna teşkil edecek diğer bir hâl olan ve yalnızca lex causae kuralının uygulanacağı taşınmazın aynına ilişkin hukuki işlemler, tüketici sözleşmeleri ve yapıldığı yerde bilinmeyen işlemlere yer verilecektir.

3.3.1. LRA Kuralı

Yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekline uygulanacak genel kuralın (MÖHUK madde 7) ilk istisnası, yalnızca LRA kuralının uygulanacağı hukuki işlemlerdir.

Hukuki işlemin yapıldığı ülke kanununu ifade etmek üzere kullanılan LRA, uluslararası ticaretin başlaması ile pratik ihtiyaçların ve mahkeme uygulamasının bir

sonucu olarak ortaya çıkmış bir kuraldır. Dolayısıyla, bu kuralın ortaya çıkmasında pratik bir takım sebepler yanında teorik sebepler de bulunmaktadır⁵¹⁵.

Yabancı bir kişi, ülkesinde bulunduğu devlette birtakım hukuki işlemleri yapma imkânına sahip olmalıdır ve bunun gerçekleşmesi de yabancıların bulunduğu ülkedeki şekil kurallarından istifade edebilmesine bağlıdır. Tarafların, işlemin etkili olacağı devlet kanunlarının emrettiği şekli bilmesi genellikle zordur. Özellikle tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları durumunda, hangi devlet kanununun tercih edileceğini belirlemek ayrı bir sorun oluşturabilir. Yabancı kişilerin yaptıkları hukuki işlemleri, vatandaşı oldukları devlet kanunlarına tabi tutmak, onların hukuki işlem yapmalarına engel olmak anlamına gelmektedir. Ayrıca şekil, hukuki işlem yapma iradesinin dışa aktarılma biçimi olduğu için, bu iradenin açıklandığı yerdeki şekil dâhilinde ifade edilmesi gerekmektedir⁵¹⁶.

3.3.1.1. LRA Kuralının Dayandığı Hukuki Esaslar

LRA kuralının dayandığı teorik esas bakımından dört temel görüş bulunmaktadır. Bunlar statü görüşü, kamu düzeni görüşü, milletlerarası teamül görüşü ve irade serbestisi görüşleridir⁵¹⁷.

Şekle uygulanacak hukuku açıklamak üzere, statücüler tarafından ileri sürülen görüşler, şahsi statü ve mülki statü olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Şahsi statüyü savunanlara göre, şekil kurallarına uygun olarak yapılan hukuki işlemler her yerde geçerlidir. Zira şekle uygulanacak hukuk kuralları, ehliyeteye uygulanacak hukuk kuralları gibi, şahsi görülmekte ve şekil kurallarına uygun olarak hukuki işlemlerin her yerde geçerli olduğu kanaatine varılmaktadır. Fakat bugün, şahsi statünün yalnızca kişi hâllerine ilişkin olduğu ve hukuki işlemin şekli konusunun kişi hâllerinden sayılmayacağı tartışılmaksızın kabul edilmektedir. Şahsi statü görüşüne karşı ileri sürülen mülki statü görüşü ise, bu statülerin devletin mülki egemenliğinin bir yansıması olduğu sonucundan hareketle, ülke içinde yaşayan herkesi bağlayacağını ve hukuki işlem ile hukuki işlemin yapıldığı yer arasında sıkı irtibat bulunduğunu kabul etmektedir. Mülki statü görüşü, her hukuki işlem için LRA kuralının uygulanmasını zorunlu hâle getirdiği ve hukuki

⁵¹⁵ Göğer, *DHH*, 28; Erdener, 24; Doğangün, 54.

⁵¹⁶ O. F. Berki, *Devletler Hususi Hukuku*, 10

⁵¹⁷ Erdener, 28; Doğangün, 64.

işlemlerin ülke dışına taşma etkisini karşılamadığından şekil kuralını tam açıklayamamaktadır⁵¹⁸.

LRA kuralını kamu düzeni fikrine dayandıran görüşe göre, hukuki işlemlerin şekline ilişkin kurallar, kuralı koyan devletin dinî, ahlaki, iktisadi ve hukuki görüşlerinin bir ifadesidir. Bu görüş, kamu düzeninin istisnai ve değişken olma niteliğini göz ardı etmektedir⁵¹⁹. Ayrıca doktrinde, bu fikre yaklaşan ve şekil kurallarını ülkesel kabul eden görüşün de kabul edilmesi güç görülmüştür. Zira ülkesellik, şekil kurallarının ülke dışına taşan etkisini açıklamakta yetersiz kalmaktadır⁵²⁰.

Milletlerarası teamül görüşüne göre ise, LRA ilkesi, devletlerin açık veya zımni uygulamaları ile tarih sürecinde kabul edilmiş olup, ayrıca bunun pozitif bir kurala bağlanması gerekmemektedir. Kuralın, milletlerarası teamüle dayandığını söylemek yanlış olmamakla birlikte, teamül olarak kalmış olsaydı, şekil şartları alanında farklı milletlerarası özel hukuk kurallarının varlığını önlemenin güç olacağını da kabul etmek gerekirdi⁵²¹.

Kuralın temelini açıklamaya çalışan son görüş, irade muhtariyeti görüşüdür. Yabancılik unsuru içeren hukuki işlemi yaparken, işlemin şekline uygulanmak üzere, tarafların açık iradeleri ile işlem yeri hukuku veya işlemin esası hakkında yetkili olan hukuklardan birini seçtikleri takdirde bu görüş anlam kazanmaktadır. Tarafların herhangi bir hukuku açık olarak seçmedikleri hâllerde, hukuki işlemi bir yerde yapmakla o yerin şekline uymak istedikleri varsayılmaktadır⁵²².

Kanaatimizce, LRA kuralının temelini bu görüşlerden yalnızca birine dayandırmanın tartışmaya açık yönleri bulunmaktadır. Bu nedenle nihai olarak, LRA kuralının, teorik ve pratik kaynağı bulunan, hukuki işlem taraflarının menfaatler durumunun gerekliliğinden doğan, fayda ve zorunluluk hâllerinin geçerli kıldığı bir hukuk kuralı olduğu sonucuna varmanın yerinde olacağı görüşündeyiz.

⁵¹⁸ Erdener, 28; Göğer, *DHH*, 117; Doğangün, 64.

⁵¹⁹ Erdener, 30; Göğer, *DHH*, 118; Doğangün, 65.

⁵²⁰ Göğer, *DHH*, 118.

⁵²¹ Erdener, 34; Göğer, *DHH*, 119; Doğangün, 67.

⁵²² Erdener, 38.

3.3.1.2. Kuralın Uygulanmasında İşlemin Yapıldığı Yer Sorunu

LRA kuralında anılan *locus* kavramının, yani hukuki işlemin yapıldığı yerin⁵²³ neresi olduğunun tespiti, bazı hâllerde sorun doğurmaktadır. Bu nedenle, LRA kuralının uygulanabilmesi için *işlemin yapıldığı yerin*, öncelikle tespit edilmesi gerekmektedir⁵²⁴. İşlemin yapıldığı yer sorununu, tek taraflı ve çok taraflı hukuki işlemler bakımından ayrı ayrı ele almayı uygun görmekteyiz.

3.3.1.2.1. Hukuki İşlemin Yapıldığı Yerin Vasıflandırılması

Hukuki işlemin yapıldığı yer kavramının vasıflandırılması, özellikle, hazır olmayanlar arasında kurulan hukuki işlemler bakımından zor olabilir. Zira bu konuda, kabul beyanının açıklandığı yer, kabul beyanının gönderildiği yer, kabul beyanının varlığı yer, kabul beyanının öğrenildiği yer hukuklarının uygulanmasını, her iki tarafın iradelerini açıkladığı yerin birlikte uygulanmasını, iradenin açıklandığı yerlerden birinin şekil kurallarının dikkate alınmasını veya her bir tarafın irade beyanına kendi beyanını açıkladığı yer hukukunun uygulanmasını teklif eden görüşler mevcuttur⁵²⁵.

İleride ayrıntısıyla anlatılacak olması sebebiyle burada yalnızca konu hakkında farklı görüşler olduğunu belirtmek isteriz. Türk hukukunda bu görüşlerden, her bir tarafın beyanının, kendi bulunduğu yer hukukunun şekil kurallarına veya irade açıklamalarından birinin yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına uygun gerçekleştirilmesinin yeterli kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşlerin hâkim olduğunu⁵²⁶ bildirmekle yetineceğiz.

⁵²³ 2675 sayılı MÖHUK madde 6 metninde *işlemin yapıldığı yer* kavramı, 5718 sayılı MÖHUK madde 7 hükmünde *işlemin yapıldığı ülke hukuku* ifadesi kullanılarak değiştirilmiştir.

⁵²⁴ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 116; Doğan, 267.

⁵²⁵ Göger, *DHH*, 126; Nomer/Şanlı, 209; Tekinalp/ Uyanık Çavuşoğlu, 117; Çelikel/ Erdem, 194; Doğan, 268; Burak Huysal, *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, 75.

⁵²⁶ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 117; aynı yönde bkz. Aybay/Dardağan, 162.

3.3.1.2.1.1. Tek Taraflı Hukuki İşlemlerde

Tek taraflı hukuki işlemler, yalnız bir tarafın irade beyanı ile hukuki sonuç doğurabilen işlemlerdir. Yalnız bir tarafın iradesini açıklaması, hukuki işlemin kurulması için yeterli olduğuna göre, bu iradenin açıklandığı yer, hukuki işlemin yapıldığı yerdir⁵²⁷.

İrade beyanının muhataba varmasının gerekli olup olmaması, iradenin açıklandığı yerin, hukuki işlemin yapıldığı yer olduğu kuralını değiştirmez. Zira tek taraflı iradenin hüküm doğurması için muhataba varmasının gerekli olup olmadığı meselesi, şekil sorunu olarak kabul edilmemektedir⁵²⁸. Bu anlamda, örneğin, feshi ihbar işleminde LRA kuralındaki yer, ihbarda bulunanın iradesini açıkladığı yerdir⁵²⁹.

Tek taraflı hukuki işlemlere, doğal ya da genetik babanın bir çocuğun kendisinden olduğuna dair kanunda belirtilen makamlara, kanunda belirtilen şekillerde tek taraflı irade açıklaması ile yapmış olduğu tanıma beyanı başka bir örnek olarak verilebilir⁵³⁰. Tanıma beyanlarının şekli, tanıma işleminin yapıldığı devlet hukukuna tabidir⁵³¹.

Bir hukuki işlem, kural olarak, sadece o hukuki işlemi yapan kimseler hakkında hüküm doğurmaktadır. Ancak ekonomik hayatın büyük bir gelişme göstermesi, uzmanlığın önem kazanması, milletlerarası ilişkilerin artması, kişilerin bütün hukuki işlemleri bizzat yapmasını imkânsız kılmıştır. Bu nedenlerle temsil, günümüzde önemi gittikçe artan bir hukuki müessese hâline gelmiştir. Temsil kurumu sayesinde işlemler bir temsilci vasıtasıyla yapılmakta ve böylece kişi dünyanın farklı yerlerinde aynı anda hukuki işlemler tesis edebilmektedir⁵³².

Temsilci tayini işlemi ile temsilci vasıtasıyla yapılan işlemler arasında bir ayırım yapmak gerekir. Temsilci tayini konusunda, temsil olunanın iradesini açıkladığı yer önem

⁵²⁷ Doğan, 267; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 116.

⁵²⁸ Doğan, 267; Nomer/Şanlı, 213; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 116.

⁵²⁹ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 116; Nomer/Şanlı, 213; Ruhi, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı)*, 59; Hanife Dirikkan, “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar”, *DEÜHFD*, 2002, 4(1), 46.

⁵³⁰ Ferit Hakkı Saymen /Halid Kemal Elbir, *Türk Medeni Hukuku, C. III. Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1960, 411; Akıntürk/ Ateş Karaman, 346.

⁵³¹ Türkiye’nin de onaylamış olduğu (RG: 7.4.1987-19424), Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında Kişi Halleri Komisyonu Sözleşmesi madde 4 hükmü: “Tanıma beyanlarının şeklini, tanıma işleminin yapıldığı devlet hukukuna tabi” olduğu şeklinde düzenleme yapmıştır. Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 143.

⁵³² Bahadır Demir, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, 6(1), 249.

arz etmekteyken, temsilci vasıtasıyla kurulan hukuki işlemlerde temsilcinin iradesini açıkladığı yer, hukuki işlemin yapıldığı yer olarak kabul edilmektedir⁵³³.

Örneğin, Almanya’da düzenlenerek Türkiye’de bulunan temsilciye gönderilmiş bir yetki belgesi, temsilci tayin eden kişinin iradesini açıkladığı yer Almanya olduğu için, Alman hukukunun aradığı şekil şartlarına sahip olması durumunda, hukuki işlemin şekli geçerliliğinin sağlanması için yeterli kabul edilmektedir⁵³⁴.

Bu bağlamda temsilci ve haberci vasıtasıyla yapılan işlemleri de birbirinden ayırmak gerekmektedir. Zira temsilci ile haberci, benzerlikleri olmasına rağmen, birbirinden farklı kavramlardır. Haberci, bir iradeyi değiştirmeden olduğu gibi başkasına ulaştıran, kendi iradesini kullanmayan kimsedir⁵³⁵. Bu nedenle, haberci vasıtasıyla kurulan hukuki işlemlerde, hukuki işlemin kurulduğu yer, habercinin iradesini açıkladığı yer değil, iradesi açıklanan kişinin iradesini haberciye açıkladığı yerdir⁵³⁶.

Yukarıdakilere istinaden, tek taraflı hukuki işlemlerin şekline, irade açıklamasında bulunan kişinin iradesini açıkladığı yer hukukunun uygulanacağı sonucu çıkarılabilir. Zira irade açıklamasında bulunan kişinin en yakın ve sıkı irtibatlı olduğu hukuk, taraf menfaatini sağlayacak olan hukuk, işlem yeri hukukudur. Ancak işlemin yapıldığı yer hukukunun bu nedenlerle zorunlu sayılması bazı hâllerde işlem menfaatini zedeleyebileceğinden, lex causae’nın uygulanma imkânı da ortadan kaldırılmamalıdır⁵³⁷.

3.3.1.2.1.2. İki Taraflı Hukuki İşlemlerde

İki taraflı hukuki işlemler, amaçlanan hukuki sonucun gerçekleşmesi için, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarının gerekli olduğu işlemlerdir. İki taraflı hukuki işlemler, her iki tarafın hazır bulunmasıyla hazırlar arasında veya hazır olmayanlar arasında yapılabilir⁵³⁸.

Hazır olanlar arasında kurulan bir sözleşmede, öneride bulunulduğu zaman, bu beyanın derhâl karşı tarafça kabul edilmesi gerekmekte (TBK madde 4/I) ve kabul

⁵³³Doğangün, 93; Nomer/Şanlı, 213.

⁵³⁴ Nomer/Şanlı, 213;

⁵³⁵ O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 2. Baskı, İstanbul 2012, 364.

⁵³⁶ Doğangün, 93; Nomer/Şanlı, 213.

⁵³⁷ Doğangün, 94.

⁵³⁸ Kemal Oğuzman/Nami Barlas, *Medeni Hukuk (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar)*, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, 121.

beyanıyla sözleşme kurulmuş olmaktadır. Böylece hazır olanlar arasında kurulan sözleşmelerde, sözleşmenin kurulma anıyla, hüküm ve sonuçlarını doğurduğu an aynı zamana tekabül etmektedir.

Hazırlar arasında yapılan hukuki işlemlerin şekli bakımından, LRA kuralının uygulanmasında işlemin yapıldığı yerin tespiti zor olmamaktadır. Zira taraflar, belirli bir yerde bir araya gelerek işlem yapmaktadırlar. Bu hâllerde işlem yeri, tarafların fiilen bir araya gelip karşılıklı olarak işlem yaptıkları yerdir⁵³⁹.

Ayrıca, telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla, doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri de hazır olanlar arasında yapılmış sayılmaktadır (TBK madde 4/II). Bu durumda taraflar, aynı hukuk düzeni içinde bulunuyorlarsa, bu hukukun şekil kurallarına uyulmasıyla sözleşme kurulmaktadır. Ancak yabancı unsurlu bir sözleşme söz konusu olduğu zaman, hazırlar arası karşılıklı hukuki işlemlerde bu araçlardan yararlanan taraflar, farklı hukuk düzenlerinde bulundukları için, tıpkı hazır olmayanlar arası hukuki işlemler gibi, tarafların hangi hukukun şekil kurallarına tabi olacağının tespit edilmesi gerekmektedir⁵⁴⁰.

Hazır olmayanlar arasında yapılan hukuki işlemlerin tarafları, fiilen birlikte olmadıkları ve irade açıklamalarını aynı anda yapamadıkları için, hukuki işlemin yapıldığı yerin tespiti problem doğurmaktadır. Yabancı unsurlu ve hazır olmayanlar arasında yapılan hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için bu yerin de tespiti gerekmektedir⁵⁴¹.

İki taraflı hazır olmayanlar arasında yapılan hukuki işlemlerde, işlemin nerede yapıldığı konusu ise tartışılmaktadır. Bu konuda uygulanması teklif edilen görüşleri şu dört başlık altında toplamak mümkündür:

a. *İnikat yeri sistemi*: Maddi hukuk alanında, sözleşmenin yapıldığı anın tespiti hususunda ileri sürülen son işlemin yapıldığı yere ilişkin teorilere yollama yapılarak sorunun, kabul haberinin gönderilmesi, açıklanması, kabul haberinin önerene ulaşması

⁵³⁹ Doğan, 268.

⁵⁴⁰ Doğangün, 95; Olcay Küçükpehlivan, *Sözleşmelerin İnternet Aracılığı ile Kurulması ve Geçerliliği*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006, 89.

⁵⁴¹ Göger, *DHH*, 123; Tekinalp/ Uyanık Çavuşoğlu, 116-117; Doğangün, 96; Doğan, 268.

veya kabul haberinin öğrenilmesi anlarının dikkate alınıp, hukuki işlemin yapıldığı yerin tespit edilmesini kabul eden sistemdir⁵⁴².

TBK, hazır olmayanlar arasındaki hukuki işlemlerde *gönderme teorisini*, örtülü kabul ile kurulan sözleşmelerde ise *ulaşma teorisini* kabul etmektedir. Ancak bu teoriler, maddi özel hukuku ilgilendirdiği için milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin gerektirdiği ihtiyaçlara cevap vermemektedir⁵⁴³. Zira teorilerin temeli, hukuki işlemin kurulma anının taraflardan birinin fiiline üstünlük tanınarak belirlenmesi ve karşı tarafın bunu kabule zorlanmasına dayanmaktadır⁵⁴⁴.

b. *Kümülatif sistem*: Hazır olmayanlar arası hukuki işlemlerde, taraflardan birinin hukukunu tercih etmenin milletlerarası özel hukuk menfaatlerini zedeleyeceği fikrinden hareket eden bu görüş, tarafların her ikisinin bulundukları yer hukuklarının birlikte uygulanması gerektiğini savunan sistemdir. Ancak bu sistemin, hukuki işlemin taraflarının durumlarını ağırlaştırdığına şüphe yoktur. Zira öneren veya kabul eden, hem kendi bulunduğu yer hukukunun şekil kurallarına hem de karşı tarafın bulunduğu yer şekil kurallarına uygun davranmak zorunda kalmaktadır⁵⁴⁵. Bu, hukuki işlemlerde kolaylık ve taraflara pratiklik sağlama amaçlarına ters düşmektedir⁵⁴⁶.

c. *Alternatif sistem*: Hazır olmayanlar arası yabancı unsurlu hukuki işlemlerde, hukuki işlemin taraflarının bulundukları yerlerden herhangi birinin şekil kurallarına uymuş olmalarını yeterli gören sistemdir. Bu sistemin, diğerlerine kıyasla, *favor negotii* ilkesine daha çok hizmet ettiğini savunan yazarlar bulunmaktadır⁵⁴⁷. Ancak taraflardan yalnız birisinin bulunduğu yer hukukunun dikkate alınması, taraflar arasındaki menfaatler dengesini bozabilmektedir⁵⁴⁸.

d. *Distribütif sistem*: Bu sisteme göre ise, ayrı ayrı devletlerin ülkesinde bulunan, yabancı unsurlu hukuki işlem taraflarının, her birinin kendi bulundukları yer şekil kurallarına uymak zorunda olduklarını kabul eden sistemdir. Buna göre, bir malı satmak

⁵⁴² Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 117; Doğançün, 99.

⁵⁴³ Doğançün, 97

⁵⁴⁴ Gülören Tekinalp, *Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1972, 154.

⁵⁴⁵ Doğançün, 99; Göger, *DHH*, 124; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 117.

⁵⁴⁶ Tiryakioğlu, *Taşınır Mallar*, 69.

⁵⁴⁷ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 117; Doğançün, 99.

⁵⁴⁸ Tiryakioğlu, *Taşınır Mallar*, 69.

amacıyla Türkiye’den öneride bulunan kişiye Türk hukuku, kabul beyanında bulunan Fransa’da bulunan kişiye ise Fransız hukukunun uygulanması gerekmektedir⁵⁴⁹.

Doğangün’e göre⁵⁵⁰, sistemler arasında gerçeklere en uygun ve LRA kuralının kabulünü kolaylaştıracak nitelikte olanı alternatif sistemdir.

Buna karşın, Göger ve Doğan’a göre⁵⁵¹, her bir tarafın irade açıklamasına kendi bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerekmektedir. Bu da distribütif sisteme denk düşmektedir.

Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu’na göre⁵⁵² ise, sözleşme hükümlerinin belirlenmesi açısından tek bir hukukun belirlenmesine ihtiyaç vardır. Ancak bu zorunluluk, iradelerin açıklanma şekli konusunda yoktur. Bu nedenle, tarafların her biri irade açıklamalarını kendi bulundukları yer hukukuna göre gerçekleştirebileceği gibi, favor negotii ilkesinin gerçekleştirilmesi için irade açıklamalarının LRA’lardan birine uygun yapılmış olması da işlemi geçerli kılmaktadır. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, hazır olmayanlar arasında yapılacak hukuki işlemlerde irade açıklamalarının şekli bakımından distribütif ve alternatif sistemlerin birlikte uygulandığı bir karma sistem kabul edilmiş olmaktadır.

Pozitif düzenlemelerde de bu esasın kabul edildiği görülmektedir. Örneğin, Alman hukukunda⁵⁵³ esasa uygulanan hukuk yanında, alternatif uygulama ile de uyumlu olarak, iki irade açıklamasının bu iradelerin açıklandığı yerlerden birine uygunluğu yeterli görülmektedir. Özellikle borç ilişkileri hakkında, İsviçre hukuku⁵⁵⁴ da benzer bir düzenlemeyi ihtiva etmektedir⁵⁵⁵.

Bunun yanı sıra, Avrupa Birliğinde Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri Hakkında Roma I Tüzüğünde⁵⁵⁶ ve Türk hukukunda da sözleşmeden doğan borç ilişkileri için aynı esas kabul edilmiştir⁵⁵⁷.

⁵⁴⁹ Göger, *DHH*, 124.

⁵⁵⁰ Doğangün, 101.

⁵⁵¹ Göger, *DHH*, 124; Doğan, 268.

⁵⁵² Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 117; aynı yönde bkz. Aybay/Dardağan, 162.

⁵⁵³ EGBG m.11/ 2 için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0015.

⁵⁵⁴ İsviçre Federal Code on Private International Law madde 124 hükmü için bkz. <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-14c0-11a6-0000-0000115fcc32/PILA.pdf>.

⁵⁵⁵ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 117; Doğan, 268, dpn. 24.

⁵⁵⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593>.

⁵⁵⁷ Nomer/Şanlı, 39, dpn. 88; Ahmet Cemal Ruhi, *27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, 59; Doğan, 268;;

Sonuç olarak, hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinin şekli için getirilen bu esas, hazır olmayanlar arasında yapılacak tüm hukuki işlemlerin şekli açısından da uygulanmalıdır⁵⁵⁸.

3.3.2. LRA Kuralının Zorunlu Olarak Uygulama Alanı Bulduğu Hukuki İşlemler

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak LRA kuralı, mevzuatımızda kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk bakımından Türk Ticaret Kanununda, evlenmenin şekline uygulanacak hukuk bakımından ise MÖHUK' un genel şekil kuralını düzenleyen hükmünden ayrı bir hükümde (MÖHUK madde 13/2) düzenlenmiştir.

Dolayısıyla lex causae, MÖHUK madde 7 hükmünden farklı olarak, sayılan bu işlemler için, alternatif bir kural değildir. Zira bu işlemlerin şekli geçerlilikleri muhakkak yapıldıkları ülke hukukuna uygun olmalarına bağlıdır.

Aşağıda sırasıyla yabancı unsurlu kambiyo senetlerinin şekli ile evlenmelerin şekline uygulanacak hukuka yönelik açıklamalara yer verilecektir.

3.3.2.1. Kambiyo Senetlerinin Şekline Uygulanacak Hukuk

Uluslararası ticaretin yaygınlaşması ve buna paralel olarak ulusal sınırların aşılmış olması, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların artmasına sebep olmaktadır. Bu yönden bakıldığında, yabancılık unsuru içeren kambiyo senetlerine de daha çok rastlandığını söylemek mümkündür⁵⁵⁹.

Yabancılık unsuru içeren kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk ile ilgili yasal düzenlemeler, MÖHUK'taki genel düzenlemeden farklı olarak, TTK' da *Kanunlar İhtilafı* başlığı ile düzenlenmiş bulunmaktadır. TTK, bu konuda MÖHUK'a nazaran özel kanun olması sebebiyle öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Ancak TTK'da hüküm bulunmayan hâllerde, genel kanun olarak MÖHUK'dan yararlanılacaktır⁵⁶⁰. Şu

Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 111; Nuray Ekşi, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon, *Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, MHB*, 1997-1998, 17(1-2), 153-162; Zeynep Derya Tarman, "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü", *BATİDER*, 2009, XXV(2), 328; Betül Dürgen/ Adem Yelmen, "Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, C:1, 2015, 457.

⁵⁵⁸ Doğan, 268.

⁵⁵⁹ Yılmaz, 269.

⁵⁶⁰ Yılmaz, 269; Mustafa Erkan, "Kambiyo Senetlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk: Tamamlayıcı Kuralda Vatandaşlık Faktörü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk*

hâlde denilebilir ki, kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen TTK hükümleri, MÖHUK'taki genel şekil hükmünün istisnalarından birini teşkil etmektedir⁵⁶¹.

Police ile yapılan borçlanmaların şekline ait kanunlar ihtilafı kuralları, TTK' nın 767. maddesi ile: “(1) *Police ile yapılan borçlanmaların şekli, bu borçlanmaların imzalandığı ülkenin hukukuna tabidir. (2) Bir poliçeye ilişkin borçlanma, yapıldığı ülkenin hukuku uyarınca şekil bakımından geçerli olmamakla beraber, aynı poliçeye ilişkin sonraki bir borçlanma yapıldığı ülke hukukunca geçerli bulunursa, ilk borçlanmanın şekil bakımından geçerli olmayışı, sonraki borçlanmanın geçerliliğini etkilemez. (3) Bir Türkün, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye’de başka bir Türk’e karşı geçerlidir.*” şeklinde düzenlenmektedir.

Bunun yanı sıra, TTK madde 778: “(1) *Bononun niteliğine aykırı düşmedikçe; ... j) Kanunlar ihtilâfına dair 766 ilâ 775 inci,*” maddeler hükümleri bonolar hakkında da geçerlidir” hükmü ile yapılan atıf dolayısıyla bononun şekline ve TTK madde 820: “(1) *Çeke ait borçlanmaların şekli, bu borçlanmaların imza edilmiş olduğu ülkenin hukukuna göre belirlenir. Bununla beraber, ödeme yeri hukukunun öngördüğü şekle uyulması yeterlidir. (2) 767 nci maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları da uygulanır*” hükmündeki atıf dolayısıyla da çeke ait borçlanmaların şekline uygulanacak hukuk konusunda, aynı hükümler uygulama alanı bulmaktadır.

Kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken, işlem menfaatlerinin gözetilmesinden hareketle, taahhütlerin imzalandığı yer hukukunun dikkate alınması gerekmektedir⁵⁶². Bu nedenle kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk, işlemin yapıldığı yer hukukudur. Ancak kambiyo senetlerinin şekli konusunda LRA kuralına sıkı bir şekilde bağlanmak, bazı sakıncaları ortaya çıkarmaktadır. Bu sakıncaları önlemek amacıyla tamamlayıcı nitelikte yetkili hukuklar, uygulanacak hukuk olarak kabul edilmiştir.

Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken, 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, 18(2), 752.

⁵⁶¹ Doğangün, 142.

⁵⁶² Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 36.

İleride de görüleceği üzere, TTK 'da kambiyo senetlerinin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk tespit edilirken, sadece LRA kuralı ile yetinilmeyerek, bu kural uyarınca geçerli olmayan taahhütlerin geçerliliğini sağlayabilecek başka hukuk sistemlerine de yetki tanındığı görülmektedir. Böylece, kambiyo taahhüdünün mümkün olduğu kadar geçerliliğinin, tedavül güvenliğinin ve süratinin sağlanması amaçlanmaktadır⁵⁶³.

3.3.2.1.1. Kambiyo Senetlerinin Vasıflandırılması

Kambiyo senetlerine ilişkin yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın vasıflandırılması iki aşamadan oluşmaktadır. İlk aşamada, uyuşmazlığa konu olan senedin kambiyo senedi olup olmadığının belirlenmesi gerekirken, senedin kambiyo senedi olduğu tespit edildikten sonra ikinci aşamada ise uyuşmazlığın kambiyo senetleri hukuku içinde vasıflandırılması söz konusu olacaktır⁵⁶⁴.

Örneğin, yabancı hukuk sisteminde yer alan, ancak hâkimin hukukunca bilinmeyen bir kambiyo senedi hakkında hâkimin, uyuşmazlığa konu olan kıymetli evrakın kambiyo senedi niteliğinde olup olmadığını nasıl tespit edeceği bir vasıf ihtilafıdır. Hâkimin bu durumda, vasıflandırma problemini kendi hukukuna uygun olarak çözüme kavuşturması gerektiği doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Ancak kendi hukukunda bilinmeyen, farklı kambiyo senedi türleri ile karşılaşması da muhtemeldir. Bu durumda hâkim, sadece Türk hukukuna göre değil, karşılaştırmalı hukukun kurallarından da faydalanarak kıymetli evrakın kambiyo senedi niteliğini tespit etmelidir. Bunun için de, hâkimin ilgili kıymetli evrakın görüldüğü hukuk sistemlerini ve kambiyo senetlerine ilişkin uluslararası anlaşma hükümlerini inceleyerek karar vermesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁶⁵.

Türk hukukunda kambiyo senetleri kıymetli evrakın bir türüdür. Dolayısıyla, hâkim, kıymetli evrak için düzenleme getiren TTK madde 645 hükmünde yer alan *hakkin, senetle iç içe olması ve senetten ayrı olarak ileri sürülememesi ve devredilememesi* özellikleri ile kambiyo senetlerinin müşterek özelliklerinin, yabancı ülkede düzenlenen senet açısından da mevcut olup olmadığına bakacaktır. Yabancı ülkede tanzim edilen bir

⁵⁶³ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 38-39

⁵⁶⁴ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 107.

⁵⁶⁵ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 104-vd.

senet, Türk hukuku açısından kambiyo senetlerini karakterize eden bu özellikleri taşıyorsa, hâkim, söz konusu senedi, kambiyo senedi olarak nitelendirecek ve hakkında TTK' da yer alan kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulayacaktır.

TTK'da poliçe, bono ve çekin tanımı yapılmamış, sadece bu senetlerin taşınmaları gereken şekil şartlarının neler olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, ancak bu hükümlerde yer alan kayıtları taşıyan senetlerin, poliçe, bono veya çek olarak nitelendirileceği kabul edilmiştir. Ancak hâkim, senedin kambiyo senedi niteliğinde olup olmadığını tespit ederken, poliçe, bono ve çek için Kanunda öngörülen şartların gerçekleşmesini aramamalı; sadece söz konusu senedin, kendi hukukunda ön görülen kambiyo senetlerinin müşterek özelliklerini taşıyıp taşımadığını araştırmakla yetinmelidir. Aksi hâlde, şekle uygulanacak hukukun etki alanına müdahale edilmiş olmaktadır⁵⁶⁶.

Konu ile ilgili Yargıtayın da vermiş olduğu bir kararında, bu iki hususun birbirine karıştırıldığı görülmektedir. İlk derece mahkemesi, Almanya'da düzenlenen bir poliçede, düzenleyenin imzası bulunmadığı ve TTK'nın öngördüğü şartları taşımadığı gerekçesiyle, bu senedin, poliçe olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Dolayısıyla, sırf TTK'ya dayanarak araştırma yapması, yabancılık unsurunu göz ardı ettiğini göstermektedir. Yargıtay ise yabancılık unsurunu dikkate almış, fakat vasıflandırma sorununu, şekle uygulanacak hukuk alanına taşıyarak çözmeye çalışmıştır. Oysa Yargıtay'ın yapması gereken, doğru olarak tespit ettiği yabancılık unsuruna binaen, önce senedin hâkimin hukukuna, TTK madde 645'e göre kambiyo senedi niteliğinde olup olmadığını tespit etmektir. Vasıflandırma problemini çözüp senedin kambiyo senedi olduğuna karar vermesinin ardından, düzenleyenin imzasının bir şekil meselesi olduğunu tespit ederek, TTK madde 767 hükmüne dayanarak, şekle uygulanacak kanunlar ihtilâfı kurallarının gösterdiği hukuka göre meseleyi çözmesi gerekmektedir⁵⁶⁷.

Kambiyo senetlerini ilgilendiren bir diğer husus da, hukuki işlemlerin yazıldığı dilin, şekil kapsamında olup olmadığıdır. Bu konuda iki farklı görüşün olduğunu söylemek mümkündür. İlk görüşe göre, yabancı unsurlu hukuki ilişkilerde tarafları hukuki ilişkinin dili konusunda serbest bırakıp, ortaklaşa bildikleri bir dili kullanmalarına

⁵⁶⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 104-vd; Aygün, *Çek*, 933.

⁵⁶⁷ Yargıtay 11. HD, E. 1976/3063, K. 1976/3106, T. 10.6.1976 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı); Örnek ve tespit için bkz. Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 107.

müsaade etmek, taraf menfaatine hizmet edeceği için hukuki işlemlerin yazıldığı dil, şekil kapsamında değerlendirilmemelidir⁵⁶⁸. İkinci görüşe göre ise, hukuki işlemlerin yapıldıkları dil, şeklin kapsamındadır⁵⁶⁹. Yargıtay bir kararında, yabancı dilde yazılan hükümleri, geçersiz kabul etmekte ve fakat kararda geçersizlik sebebinin, şekle aykırılık olup olmadığını açıklamamaktadır⁵⁷⁰.

Türk hukukunda yazılı şeklin, metin ve imza olmak üzere, başlıca iki unsuru vardır. Metinde kullanılan dil ve ifade biçiminin, senedin geçerliliğine etkisi yoktur. Yani metinde kullanılan dil, şekil kapsamında olsa dahi, işlemin geçerliliğini etkilememektedir⁵⁷¹.

TTK madde 780 hükmüne göre, çekin üzerinde yazılması zorunlu unsurlardan çek sözcüğü, Türkçeden başka dilde yazılan çeklerde o dildeki karşılığı olarak kullanılan kelimeyi kapsamalıdır. Bu kural Türk hukukunda çekin şekline ilişkin olmakla beraber, yabancı unsurlu bir çekte, uygulanacak hukukun Türk hukuku olarak tespit edildiği hâllerde, uygulama alanı bulabilmektedir⁵⁷².

3.3.2.1.2. Kambiyo Senetlerinin Şekline Uygulanacak Hukukta Atıf Sorunu

Kambiyo senetlerine ilişkin yabancı unsurlu bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, uygulanacak hukuk tespit edilirken, ehliyet dışında, atıf teorisi rol oynamaz.

Dolayısıyla, TTK'da, kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının (TTK madde 767) atıf yaptığı kanunlar, o ülkenin maddi hukuk hükümleridir⁵⁷³. Bu nedenle o ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmayacaktır. Bu sonuca, TTK'nın ehliyetle ilişkin kanunlar ihtilafı kuralında (TTK madde 766/I), atfı düzenleyen bir hükmün bulunması, ancak diğer kanunlar ihtilafı kurallarında bu hususta bir açıklık getirilmemesi gerekçe gösterilerek varılmaktadır. Dolayısıyla doktrinde, kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukukun belirlenmesinde atfın kabul edilmediği yönünde genel bir kabul bulunmaktadır. Bu genel kabulün nedeni ise şöyle

⁵⁶⁸ Doğan, 271.

⁵⁶⁹ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 117.

⁵⁷⁰ Yargıtay 11. HD, E. 3303-K. 5469, T. 30.11. 1979 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁵⁷¹ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, 243.

⁵⁷² İlhan Yılmaz, "Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Bakımından Çek", *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, 279.

⁵⁷³ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 109; Acun Mekengeç, Atıf, 273; Yılmaz, 275.

açıklanmaktadır: şayet şekil konusunda da atıf kabul edilmek isteniyorsa, TTK'nın, hiçbir hükmünde atıfla ilgili bir düzenleme getirilmemeli veya genel bir hüküm ile atıf konusu düzenlemeliydi⁵⁷⁴.

Kambiyo senetlerine ilişkin bağlama kuralı getiren Cenevre Konvansiyonu da atfa ancak ehliyeteye ilişkin konularda açıkça yer vermektedir. Onun dışında, milletlerarası anlaşmaların atfa imkân veren açık hüküm getirmediği her hâlde, anlaşma hükümlerine göre kanunları yetkili olan devletin maddi hukuk kurallarının uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷⁵.

3.3.2.1.3. Kambiyo Senetlerinde Şekil Kapsamına Giren Hususlar

Bir kambiyo senedinde düzenleyenin veya senet üzerine imza atan diğer şahısların borçlanmalarının geçerli olması için aranan şartlar, kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk konusunun kapsamına girmektedir⁵⁷⁶.

Kambiyo senetlerinin içermesi gereken zorunlu unsurların neler olduğu, ihtiyarî olarak konulması mümkün olan kayıtların olup olmadığının belirlenmesi, senedin dili, ne şekilde yazılacağı, senedin birden çok nüsha hâlinde yazılmasının mümkün olup olmadığı, ciro, aval veya kabul gibi işlemlerin geçerli olması için taşınması gereken kayıtların neler olduğu, kabul beyanının sözlü olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği, beyaz cironun mümkün olup olmadığı gibi meseleler de şekil bağlamında değerlendirilmektedir⁵⁷⁷.

Kambiyo senetlerinin şekline ilişkin milletlerarası özel hukukun temel sorunlarına değindikten sonra uygulanacak hukuk belirlenebilir. Bu bağlamda imza yeri hukuku ve tamamlayıcı kurallar açıklanmalıdır.

⁵⁷⁴ Görüş için bkz. Yılmaz, 274-275. Yazara göre, kambiyo senedinde ehliyeteye uygulanacak hukuk kuralıyla atıf konusunda bir düzenleme getirilmemiş olsaydı dahi, hükmün lafzından atfın uygulanacağı sonucuna varılabilirdi. Zira TTK uygulanacak "*hukuktan*" değil uygulanacak "*kanundan*" bahsetmektedir (6762 sayılı TTK madde 678). Ancak bu yorum, 6762 sayılı TTK için mümkündür. Zira bugün, yabancı unsurlu kambiyo senetlerinde ehliyeteye uygulanacak *devlet* hukukundan, şekle ise uygulanacak *ülke* hukukundan bahsedilmektedir.

⁵⁷⁵ Göğer, *DHH*, 70-71; Nomer/ Şanlı, 158.

⁵⁷⁶ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 117; Erkan, 751; Ernest Rabel, *The Conflict of Laws, A Comparative Study*, Volume 4, Property: Bills and Notes: Inheritance: Trusts: Application of Foreign Law: Intertemporal Relations, Second Edition, Michigan Legal Publications, Michigan, 1958, 157.

⁵⁷⁷ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 117; Erkan, 751; Rabel, Vol: 4, 157.

3.3.2.1.3.1. İmza Yerinin Tespiti

Bir kuralın uygulanmasında belirleyici olarak kabul edilen unsur, hukuksal sonuç doğuran işlemin yapıldığı, ortaya çıktığı, vuku bulunduğu yerdir. Milletlerarası özel hukukta *lex loci actus* ile ifade edilen bu durum, işlemlerin şekli bakımından bağlı olacağı şartların belirlenmesinde LRA olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁷⁸.

Kambiyo senetlerinin şekli, kambiyo borçlanmalarının imzalandığı yer hukukuna tabidir. Bu durumda bir kambiyo taahhüdünün şekil açısından geçerli olması, imza yeri hukukunun öngördüğü şekle uygun olmasına bağlıdır. Aksi durumda taahhüt her yerde geçersiz olmaktadır⁵⁷⁹.

Milletlerarası ticarete bir poliçe, bono veya çekin düzenlenmiş oldukları ülkenin dışında tedavül etmesi sık görülen olaylardır. Kambiyo senetlerinin düzenlenmesi, ibrazı, protesto çekilmesi, kabul, ciro ve aval gibi işlemler farklı ülke sınırları içerisinde yapılabilmektedirler. Dolayısıyla farklı ülkelerde yapılmış her bir işlemin şeklinin, yapıldığı ülke hukukunun şekil şartlarına uygun olması gerekmektedir⁵⁸⁰.

Kambiyo senetlerinin şeklinin, imza yeri hukukuna bağlanmış olması kuralı, MÖHUK' un genel şekil kuralından farklı olarak, taraflarca aksi kararlaştırılamayacak, emredici bir hükümdür⁵⁸¹. Ancak LRA'ya sıkı şekilde bağlanmanın sakıncalarını engellemek amacıyla tamamlayıcı kurallar kabul edilmiştir.

TTK madde 767/I hükmü, LRA ilkesinin uygulanma zorunluluğunu vurgulamakla, imza yerinin önemine işaret etmektedir. Bu nedenle imza yerinin tespiti konumuz açısından önem arz etmektedir.

Kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuku belirlemek için, yukarıda da belirtildiği üzere öncelikle, imza yerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu da, farklı hukuklarda, farklı anlamlarda kullanılmaya müsait bir kavram olan *imza yeri* bağlama noktasının yorumlanmasıyla mümkün gözükmektedir. Bir bağlama noktasının yorumunun ise genel olarak, *lex fori*'ye göre yapılacağı kabul edilmektedir⁵⁸². Bu

⁵⁷⁸ Aybay/Dardağan, 37.

⁵⁷⁹ Doğangün, 143; Aygün, 118; Özdemir, 262.

⁵⁸⁰ M. Raşit Seviğ, *Devletler Hususi Hukuku C. II*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 209, İstanbul 1943, 35; Poroy/Tekinalp, 277; Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 118. Doğangün, 144.

⁵⁸¹ Rabel, Vol: 4, 158; Nomer/Şanlı, 182.

⁵⁸² Nomer/Şanlı, 111; Çelikel/Erdem, 79.

nedenle, Türk mahkemeleri önündeki bir davada imza yerinin Türk hukukuna göre belirlenmesi gerekmektedir.

Nitekim Amerika Birleşik Devletlerinde düzenlenen bir poliçe, Fransa'da bulunan muhataba gönderilirse, işlem yerinin, imzanın atıldığı yer olan Amerika Birleşik Devletleri mi, yoksa muhatabın senedi kabul ettiği Fransa mı olduğu belirlenmelidir. Bir kambiyo taahhüdünün geçerliliği, taahhütte bulunacak şahsın imzaladığı anda tamamlanmış olup, muhatabın onu kabulüne bağlı değildir. Hal böyle olunca işlem yerinin imza yeri olduğu kabul edilmektedir⁵⁸³. Muhatabın kabulünün şekline ise, kabulün yapıldığı yer kanunu uygulanabilir⁵⁸⁴.

Kambiyo senetlerinin şeklen geçerli olması için, düzenlenme yerinin belirtilmesi gerekir. Şayet belirtilmemişse, senet, düzenleyenin adı yanında gösterilen yerde düzenlenmiş sayılır (TTK madde 672/ IV, 777/ IV, 781/III).

Düzenleyenin adının yanında herhangi bir yer yazılı değilse, bu durumda senet geçersiz sayılmaktadır (TTK madde 672/IV).

Kambiyo senetlerinde düzenlenme yerinin, senedin kambiyo senedi sayılabilmesinin koşulu olarak kabul edilmesinin ana nedenlerinden biri de, bu senetlerde şekil koşullarının, senedin düzenlendiği yer kanununa tabi tutulmasıdır⁵⁸⁵.

Kambiyo senedinin düzenlendiği yer olarak gösterilen veya kanunen düzenlenme yeri sayılan yerin, mevcut bir yer olması gerekmektedir. Ancak, senedin düzenlenme yeri olarak belirtilen veya kanunen düzenlenme yeri sayılan yerin, senedin fiilen düzenlenmiş olduğu yerden farklı olması durumunda nasıl bir yol izleneceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Senet, senette imza yeri olarak gösterilen yerde düzenlenmemiş olsa bile, kambiyo senedinin geçerliliğinin bundan etkilenmeyeceği kabul edilmektedir⁵⁸⁶.

Moroğlu, senedin fiilen düzenlendiği yer ile senet üzerinde yazılan yerlerin farklılığının, düzenleyenin, senedi senet üzerinde yazılan yer kanununa tabi tutmak istemesinin bir sonucu olduğu kanaatindedir. Böylece düzenleyenin, senedi bağlamak

⁵⁸³ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 119; Rabel, Vol: 4, 158-159.

⁵⁸⁴ M. R. Seviğ, 38; Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 119.

⁵⁸⁵ Erdoğan Moroğlu, "Kambiyo Senetlerinde Düzenlenme Yeri", *Makaleler*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, 509.

⁵⁸⁶ Doğangün, 144; Moroğlu, 510.

istediği hukuka tabi kılabileceğini ve bu yorumun kambiyo senetlerinde tedavül güvenliği prensibine uygun düştüğünü belirtmektedir. Ayrıca, bir poliçeyi, bonoyu veya çeki iktisabeden iyiniyetli hamilden, düzenlenme yerinin doğru olup olmadığını araştırmasının da beklenemeyeceğini vurgulamaktadır⁵⁸⁷.

Bu görüşün aksine, Nomer ve Özdemir, kambiyo senetlerinin şekline düzenlenme yeri hukukunun uygulanmasını içeren hükmün emredici nitelikte olduğunu ve tarafların başka bir hukuku yetkili kılma konusunda anlaşma yapamayacaklarını kabul etmektedirler⁵⁸⁸. Ancak yazarlar, bu ortak görüşten yola çıkıp farklı sonuçlara varmaktadırlar.

Nomer, poliçede gösterilen düzenlenme yeri ile gerçek imza yerinin farklı olması durumunda gerçek imza yerinin dikkate alınması gerektiğini öne sürmektedir⁵⁸⁹. Özdemir ise bu hâlde kambiyo senedine sahip olan kişilerin, gerçek düzenleme yerini araştırmak zorunda kalacakları için durumun adil olmayacağını, bu nedenle senedin üzerinde yazan yerin, düzenlenme yeri olarak esas alması gerektiğini savunmaktadır⁵⁹⁰.

Bu konudaki diğer bir görüş ise, senedin üzerinde yazan yer ile düzenlenme yerinin farklı olup olmadığı meselesinin bir ispat sorunu olduğunu, aksi ispat edilene kadar senedin üzerinde yazan yerin düzenlenme yeri olarak dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁹¹.

Bizim de katıldığımız son görüşe binaen kanaatimiz, düzenlenme yerinin, senette düzenlenme yeri olarak belirtilen yer olduğu yönündedir. Düzenlenme yeri belirtilmemişse, düzenleyenin adı yanında yazılı olan yer düzenlenme yeri sayılır. Ancak bunlar aksi ispat edilebilir karinelere. Zira senette yazılan düzenlenme yerinin aksini iddia eden taraf da bunu ispat ederek, senedin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuku belirleyebilecektir.

Görüldüğü üzere, senedin düzenlenmesi aşamasında imza yerinin belirlenmesine yönelik belirli karineler kabul edilmektedir. Ancak ciro, kabul ve aval gibi işlemlerin imzalandığı yerin, senette yazılması gibi bir zorunluluğun bulunmadığını ve bu hâllerde

⁵⁸⁷ Moroğlu, 510.

⁵⁸⁸ Nomer/Şanlı, 215, dpn. 14; Özdemir, 266-267.

⁵⁸⁹ Nomer/Şanlı, 215, dpn. 14.

⁵⁹⁰ Özdemir, 266-267.

⁵⁹¹ Erkan, 758, dpn. 43.

imza yerinin nasıl tespit edileceğine ilişkin doktrinin farklı görüşleri ileri sürdüğünü de belirtmek gerekmektedir⁵⁹².

Hirsch⁵⁹³ ve Doğanay'a⁵⁹⁴ göre, cirantalar, senedi imzalarken imza yerini senette göstermemişlerse, senetten aksi anlaşılmadıkça, senedin düzenlendiği yerin cirantalar açısından da işlem yeri olarak kabulü uygun olmaktadır. Yazarlara göre, senet üzerinde gösterilen yerin, gerçek imza yeri olduğuna güvenerek, iktisap eden iyiniyetli üçüncü kişilerin inancı da korunmuş olmaktadır⁵⁹⁵.

Domaniç'e göre ise hâkim, ciro edenin ticari defterlerinden, yazışmalarından ve aracı bankaların kayıtlarından delil olarak yararlanarak, bu işlemlerin yapıldığı yeri tespit etmelidir⁵⁹⁶.

Karşılaştırmalı hukukta ise imza yerinin daha kolay belirlenmesi, genellikle işlemlerin işletmelerin bulunduğu yerde yapılması ve gerçek duruma da uygunluk sağlayacak olması nedenleriyle, taahhütte bulunan kişinin yerleşim yeri lehine bir karine kabul edilmesi önerilmektedir⁵⁹⁷. Ancak bu hâlde de farklı ülkelerde yerleşim yerine farklı anlamlar verilmiş olması ihtimali karşımıza çıkmaktadır⁵⁹⁸.

Örneğin, İngiliz hukukunda⁵⁹⁹ önemli olan senedin yazıldığı ve imzalandığı yer değil, senedin hamile teslim edildiği yerdir⁶⁰⁰. Bu nedenle bir kambiyo senedinin devri, İngiliz hukukunda taşınabilir bir malın veya eşyanın devri ile ilgili bir mesele olarak ele alınmakta ve bu mesele, devir anında senedin bulunduğu yerin hukukuna tâbi tutulmaktadır⁶⁰¹.

⁵⁹² Doğanay, 144; Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 120

⁵⁹³ Ernst E. Hirsch, *Ticaret Hukuku Dersleri- C: III*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 86, İstanbul 1939, 98.

⁵⁹⁴ İsmail Doğanay, *Türk Ticaret Kanun Şerhi*, İkinci Cilt, Madde: 347-815, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, 1395.

⁵⁹⁵ Doğanay, 144, dnp. 99.

⁵⁹⁶ Hayri Domaniç, *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Eğitim Yayınları, İstanbul 1975, 346.

⁵⁹⁷ Rabel, Vol: 4, 164; Aygün, 120.

⁵⁹⁸ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 120.

⁵⁹⁹ Rabel, Vol: 4, 159. Kambiyo senetlerine uygulanacak hukuk iki büyük sistemin etkisi altında bulunmaktadır. Bunlar Cenevre Konvansiyonları sistemi ve Common Law sistemidir. Buraya kadar Türk hukukunun etkilenmiş olduğu Cenevre Konvansiyonları sisteminde bahsedilmiş olup, Common Law sistemi ile aralarında birçok fark olduğunu belirtmekte fayda bulunmaktadır. İngiliz hukukunda Bills of Exchange Act ile kambiyo senetlerinin şeklini düzenleyen madde 2 ve madde 72 hükümleri için bkz. <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/B-4/FullText.html>.

⁶⁰⁰ Erkan, 758.

⁶⁰¹ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 44.

Kanaatimizce, düzenleme aşamasındaki çözüm metodu burada da uygulanarak, iyiniyetli üçüncü kişileri de korumak amacıyla, senedin düzenlendiği yer, cirantalar açısından düzenlenme yeri olarak kabul edilebilir.

3.3.2.1.3.2. Tamamlayıcı Kurallar

TTK'nın 767. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında imza yeri hukukuna göre geçerli olmayan borçlanmaların geçerliliğini sağlayacak başka hukuk sistemlerine yetki tanınmaktadır. Tamamlayıcı kural olarak adlandırılan bu kurallar⁶⁰², poliçe ve bono yanında TTK madde 820 hükmündeki atıf nedeniyle çekler hakkında da uygulama alanı bulmaktadır.

Tamamlayıcı kurallardan ilki, taahhütlerin bağımsızlığı ilkesinin⁶⁰³ bir sonucudur. Poliçeye ilişkin bir borçlanma, yapıldığı ülkenin hukuku uyarınca şekil bakımından geçerli olmamakla beraber, aynı poliçeye ilişkin sonraki bir borçlanmanın yapıldığı ülke hukukunca geçerli bulunursa, ilk borçlanmanın şekil bakımından geçerli olmayışı, sonraki borçlanmanın geçerliliğini etkilemez (TTK madde 767/II).

İkinci tamamlayıcı kural ise, bir Türkün, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye'de başka bir Türk'e karşı geçerli olduğu kuralıdır (TTK madde 767/III).

Tamamlayıcı kuralların kaynağı⁶⁰⁴, 1930 tarihli *Poliçe, Bonolara ilişkin Bazı Kanun İhtilâflarının Çözümüne Dair Cenevre Konvansiyonu*⁶⁰⁵ ile *Çeklere ilişkin Bazı*

⁶⁰² Tamamlayıcı kuralların kaynağı hakkında bkz. Mustafa Nuri Devres, "Ticari Senetlerde Kanunlar İhtilafı", *Adliye Ceridesi*, 1936, S: 13, 785, 784-813; Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 41; Erkan, 754.

⁶⁰³ Kıymetli evrakın tedavülünün güvenli bir şekilde gerçekleşmesi için, özellikle kambiyo senetlerinde herhangi bir imzanın sahtelik ya da ehliyetsizlik gibi nedenlerden dolayı sahibini bağlamaması durumunda (imzaların bağımsızlığı ilkesi gereğince diğer imzaların geçerliliği ilkesi benimsenmiştir. Reha Poroy/Ünal Tekinalp, *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Yeniden Yazılmış 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, 144. "TTK madde 677: (1) Bir poliçe, poliçe ile borçlanmaya ehil olmayan kişilerin imzasını, sahte imzaları, hayali kişilerin imzalarını veya imzalayan ya da adlarına imzalanmış olan kişileri herhangi bir sebeple bağlamayan imzaları içerir, diğer imzaların geçerliliği bundan etkilenmez."*

⁶⁰⁴ Ali Kemal Elbir, "Ticaret Kanunumuz ve Beynelmîlel La Haye ve Cenevre Konferansları", *İstanbul Baro Mecmuası*, S: 1-2, (ss 172-), 185, 1936, 172; Ernst E. Hirsch, "Poliçe ve Çek Hukukunun Birleştirilmesine Dair Cenevre Uyuşması (2) -Çek Hukukuna Dair Anlaşma", (Çev. Yavuz Abadan), *Siyasi ilimler Mecmuası*, S: 36, 1934, 32-35.

⁶⁰⁵ Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Bills of Exchange and Promissory Notes, <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/exchange-notes.xml>.

*Kanun ihtilâflarının Çözümüne Dair 1931 tarihli Cenevre Konvansiyonudur*⁶⁰⁶. Türkiye bu Konvansiyonları imzalamış olmakla beraber⁶⁰⁷, onaylayarak yürürlüğe koyma işlemini gerçekleştirmemiştir. Türk hukuku açısından tamamlayıcı kuralların kaynağını, Cenevre Konvansiyonlarına dayanarak tamamlayıcı kuralları düzenleyen İsviçre Borçlar Kanunu teşkil etmektedir⁶⁰⁸.

3.3.2.1.3. 2.1. TTK madde 767/II Hükümü

Bir poliçe veya bonoya ilişkin borçlanma, yapıldığı ülkenin hukuku uyarınca, şekil bakımından geçerli olmamakla beraber, aynı poliçe veya bonoya ilişkin sonraki bir borçlanmanın yapıldığı ülke hukukunca geçerli bulunursa, ilk borçlanmanın şekil bakımından geçerli olmayışı, sonraki borçlanmanın geçerliliğini etkilemez.

Bu hükme göre, borçlanmaların geçerli olabilmesi için üç unsur aranmaktadır:

1. yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçerli olmayan bir ilk taahhüt,
2. bu ilk taahhüdün sonraki taahhüdün yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçerli olması,
3. sonraki taahhüdün de yapıldığı yer hukukunun şekli şartlarına uygun olması.

Türk hukuku yönünden gerekli şartları taşıyan, ancak düzenlendiği ülke hukukunun aradığı şekli şartlarına uymayan bir poliçe veya bonodan dolayı, düzenleyen Türkiye’de sorumlu tutulamamaktadır. Fakat aynı poliçe veya bonoya ilişkin Türkiye’de imzalanan ve Türk hukukuna göre geçerli olan sonraki taahhütler, ilk taahhüt geçerli olmasa dahi geçerliliğini korumaktadır⁶⁰⁹.

⁶⁰⁶ Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws in Connection with Cheques, <http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/laws-cheques.xml>.

⁶⁰⁷ Sözleşmeye taraf olan devletler için bkz. https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=550&chapter=30&clang=_en (Erişim Tarihi: 13.03.2017)

⁶⁰⁸ İsviçre Borçlar Kanunu madde 1087 hükmünün İngilizce metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf>. (Erişim Tarihi: 13.03.2017)

⁶⁰⁹ Doğangün, 145.

Türk vatandaşının, Yeni Zelanda vatandaşı lehine, Türkiye’de, *poliçe* kelimesini yazmadan poliçe düzenlediği varsayımında, TTK madde 671/I hükmüne göre⁶¹⁰, poliçenin şeklen geçerli olması için senet metninde *poliçe* kelimesinin bulunması gerekmektedir. Bu durumda, poliçe kelimesi olmadan keşide edilen poliçe, LRA kuralı uyarınca geçerli olmamaktadır. Senedin lehdarı olan Yeni Zelanda vatandaşının daha sonra poliçeyi, kendi ülkesinde ciro etmesi hâlinde, yapılan ciro, Yeni Zelanda hukukunun şekil şartlarına uygun olmak kaydıyla geçerli kabul edilmektedir. Dolayısıyla, keşide yeri olan Türk hukukuna göre şeklen geçersiz olan senet, cironun yapıldığı Yeni Zelanda’da yürürlükte olan hukuka göre geçerli olmaktadır⁶¹¹.

TTK madde 820 hükmündeki gönderme nedeniyle, aynı kural bir farkla, çekler hakkında da uygulama alanı bulmaktadır. Zira bu fark, yabancı unsurlu çeklerin şekli, çekin düzenlendiği yer hukuku ile birlikte, alternatif olarak çekin ödeme yeri hukukunun şekil kurallarına tabi tutulmasından kaynaklanmaktadır.

Bu anlamda 767/II hükmünü, çekler hakkında şu şekilde anlamak gerekmektedir: imza edilmiş olduğu ülkenin ya da çekin ödeme yeri hukukunun öngördüğü şekil kurallarına göre geçerli olmayan çek taahhüdünün, aynı çeke ilişkin sonraki taahhüdün yapıldığı yer hukukuna göre geçerli bulunması hâlinde ilk taahhüdün imza yeri veya ödeme yeri hukukuna göre geçerli olmayışı, sonraki taahhüdün geçerliliğini etkilememektedir⁶¹².

Hamilin, senetten doğan haklarını kullanırken, karşısında muhatap bulmasını sağlayacak 767/II hükmü, kambiyo senedinin dolaşım yeteneği ve işlem güvenliğini sağlaması bakımından yerinde bir düzenleme olarak görülürken, çeşitli açılardan da eleştirilmektedir⁶¹³.

⁶¹⁰ Madde 671/ I Poliçe; a) *Senet metninde “poliçe” kelimesini, senet Türkçe’ den başka bir dille yazılmışsa, o dille poliçe karşılığı olarak kullanılan kelimeyi...*” içerir.

⁶¹¹ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 121-122.

⁶¹² Yılmaz, 282.

⁶¹³ Aygün, Çek, 952. Eleştiriler için bkz. Ernst Rabel, *The Conflict of Laws A Comparative Study* Volume 4: Property, Bills and Notes, Inheritance, Trusts, Application of Foreign Law, Intertemporal Relations, Ann Arbor: University of Michigan Law School Press, 1958, 169 vd.

3.3.2.1.3.2.2. TTK Madde 767/III Hükümü

Kambiyo senetlerinin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk belirlenirken, LRA kuralına sıkı şekilde bağlılık bazı problemleri doğurabilmektedir. Zira bu hâlde, yabancı bir ülkede, Türk vatandaşları arasında yapılmış poliçe keşidesinin ve cirosunun mutlaka imzalandığı ülke hukukuna tabi olması gerekmekte ve Türk vatandaşlarıyla ilgili olmasına rağmen, Türk hukuku uygulanamamaktadır⁶¹⁴.

Bu mahzurları önlemek amacıyla, Cenevre Konvansiyonlarından hareketle önce İsviçre’de, İsviçre Borçlar Kanunundan⁶¹⁵ iktibas yoluyla da TTK ‘da, LRA kuralının istisnası olarak, aynı devlet vatandaşlığına sahip olan tarafların, müşterek milli hukuklarının kabul ettiği şekil şartlarına uygun olarak işlem yapabilmeleri tamamlayıcı kural olarak kabul edilmiştir⁶¹⁶.

TTK madde 767/III hükmüne göre, “*Bir Türkün, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması, Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye’de başka bir Türk’e karşı geçerlidir.*”⁶¹⁷

3.3.2.1.3.2.2.1. LRA Kuralının Şekil Şartlarını Taşımayan Kambiyo Senetlerinin Geçerliliği

Tarafları Türk vatandaşı olan bir kambiyo senedi, LRA’nın şekli şartlarını taşımasa dahi, aşağıda sayılan unsurların varlığı, kambiyo senedinin Türkiye’de geçerli olarak etki doğurmasını sağlamaktadır.

3.3.2.1.3.2.2.1.1. Tarafların Türk Vatandaşı Olması

TTK madde 767/III hükmünün uygulanabilmesinin ilk şartı, kambiyo senedi ile yapılan borçlanmada tarafların her ikisinin de Türk vatandaşı olmasıdır. Zira bu kural

⁶¹⁴ M. R. Seviğ, 37.

⁶¹⁵ İsviçre Borçlar Kanunu madde 1087/III hükmünün İngilizce metin için bkz. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf>.

⁶¹⁶ M. R. Seviğ, 37; Aygün, Çek, 952; Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 122; Erkan, 753.

⁶¹⁷ Bu hak Yargıtay kararları ile de teyit edilmiştir. Yargıtay 11. HD’nin E. 1976/3063, K. 1976/ 3106, 10.06.1976 tarihli kararına göre: “ *TTK 679. (yeni TTK ‘da m. 767.) maddesi gereğince yabancı bir memlekette bir Türkün yapmış olduğu bir poliçe taahhüdü, Türk mevzuatının gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye’de bir Türk’e karşı geçerlidir. Almanya’da tanzim edilen dava konusu poliçelerde keşideci Türk olduğu gibi lehtarı da Türk’ tür.*” Karar için bkz. Talih Uyar, *İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri*, 2. Bası, Manisa 1989, 1218-1219.

yalnızca Türk vatandaşları için getirilmiş tek yanlı bir bağlama kuralıdır. Yukarıda da değinildiği üzere, taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu veya tarafların her ikisinin de aynı devlet vatandaşı olmasına rağmen, Türk vatandaşı olmadığı hâllerde, tamamlayıcı kuralın uygulanmasına imkân sağlanmamaktadır⁶¹⁸. Şu hâlde tarafların ikisi de Türk vatandaşı değilse, LRA kuralının zorunlu olarak uygulanması gerekmektedir⁶¹⁹.

Kuralın uygulanması bakımından tespit edilmesi gereken ikinci husus ise tarafların ne zamandan itibaren Türk vatandaşı olması gerektiğidir; yani, taahhüdün yapıldığı anda mı iki tarafın da Türk vatandaşı olması gerekir, yoksa daha sonra senedin el değiştirerek Türk vatandaşının eline geçmesi durumunda da şart gerçekleşmiş sayılacak mıdır?⁶²⁰ Bu sorunun cevabı, öncelikle TTK'nın ifadesinde ve kurala kaynak teşkil eden Cenevre Sözleşmelerinin hazırlık çalışmalarında yer alan tartışmalarda aranmalıdır.

Kanunun ifadesinden yola çıkacak olursak, borçlanmanın bir Türk'e karşı yapılmış olması şeklinde değil, borçlanmanın bir Türk tarafından yapıp, Türkiye'de başka bir Türk'e karşı ileri sürülebileceğinden bahsedilmektedir⁶²¹.

Cenevre Konferansında Felemenk temsilci, kambiyo taahhüdünde belirli bir kişiye karşı taahhüt alınamayacağını, poliçeyi imzalayan kişinin, belirli olmayan bir kişiye ve tüm hamillere karşı sorumluluk altına girdiğinden bahisle aynı konunun tartışılmasını istemiştir. Tartışmalar sonucunda, çoğunluk, sadece taahhüdün yapıldığı sırada değil, sonrasında senedin el değiştirmesi ile tarafların vatandaşlıklarının aynı olmasının şartı sağladığı yönünde görüş belirtmişlerdir⁶²².

Türk hukuku bakımından sadece keşideci-lehtar veya ciranta- ciro edilen gibi, ilişkinin doğrudan taraflarının Türk vatandaşı olması hâlinde değil, işlemin karşı tarafını teşkil eden yabancıнын, senedi sonradan bir Türk vatandaşına ciro etmesi hâlinde de hükmün uygulanabileceği kabul edilmektedir⁶²³. Dolayısıyla kuralın uygulanması

⁶¹⁸ Bağlama kuralları genel olarak iki yanlı düzenlenmektedir. Tek yanlı bağlama kurallarının azaltılması amacıyla, çok yanlı olarak uygulanması yönünde bir eğilim mevcuttur. Ancak TTK' da öngörülen bu hükmün iki yanlı uygulanması mümkün kabul edilmemektedir. Zira 767/I hükmü, emredici bir kural olup, TTK 767/III hükmü, bu kuralın istisnasını teşkil ettiğinden, dar bir yorum yapılması gerekmektedir. Çelikel/Erdem, 70; Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 123, dñn. 353.

⁶¹⁹ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 121.

⁶²⁰ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 123; Aygün, Çek, 954; Erkan, 756

⁶²¹ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 123; Erkan, 756.

⁶²² Cenevre Konferansındaki tartışmalar için bkz. Devres, 793.

⁶²³ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 123; Aygün, Çek, 954; Erkan, 756

bakımından borçlanmada Türk vatandaşı, keşideci olabileceği gibi, ciranta da olabilmektedir⁶²⁴.

Türk vatandaşlığının tespiti hususunda olası diğer problemler ise çifte vatandaşlık ve değişken ihtilaflar hâlinde vatandaşlığın belirlenmesi ile bu hakkın kullanımı bakımından özel statülü yabancıların durumudur.

Tarafların birden çok vatandaşlığı varsa ve bunlardan bir tanesi Türk vatandaşlığı ise, MÖHUK madde 4/1(b) hükmü gereğince, Türk vatandaşlığı dikkate alınarak TTK madde 767/III hükmü uygulama alanı bulabilecektir⁶²⁵.

Milletlerarası özel hukukta, bağlama kuralının bağlama noktasında zaman içerisinde meydana gelen değişiklik nedeniyle hangi andaki bağlama noktasına göre uygulanacak hukukun tespit edileceği meselesine *değişken ihtilâflar* denilmektedir⁶²⁶. Değişken ihtilafların çözümü konusunda, TTK’ da kural bulunmaması nedeniyle, MÖHUK madde 3 hükmündeki genel düzenlemenin uygulama alanı bulması gerekmektedir⁶²⁷. Bu hükme göre: “ (1) Yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır.”

Kambiyo senedi düzenlenirken, düzenleyen Türk vatandaşı olmayıp sonradan Türk vatandaşı olursa ve lehtar da Türk vatandaşı ise, kambiyo taahhüdünün taraflarının Türk vatandaşı olması şartı gerçekleşmiş olmaktadır. Diğer bir örnekte, tam tersi durumda, düzenleyen Türk vatandaşı iken, lehtar ise senedi elde ettiği zaman Türk vatandaşı değilken, ancak sonradan Türk vatandaşı olursa, tarafların Türk vatandaşı olması şartı gerçekleşmiş kabul edilmektedir⁶²⁸.

Türk Hukukunda doğumla Türk vatandaşı olup da sonradan çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından ayrılan kişiler ile bu kişilerin üçüncü dereceye kadar olan altsoyları, özel statülü yabancı olarak kabul edilmiştir. Türk Vatandaşlığı Kanunu⁶²⁹, bu

⁶²⁴ Erkan, 757.

⁶²⁵ Çifte vatandaşlığın mevcudiyeti halinde vatandaşlığın tespiti ve istisna getirilebilecek konular hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnci Ataman Figanmeşe, “Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı”, *MHB Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan*, 1999-2000, 19-20(1-2), 95-114.

⁶²⁶ Tanrıbililir, *Değişiklikler Üzerine*, 210.

⁶²⁷ Çelikel/Erdem, 164; Erkan, 757.

⁶²⁸ Erkan, 757.

⁶²⁹ RG: 12.6.2009 -27256. Bundan sonra kısaca TVK olarak anılacaktır.

kişilerin belirli istisnalar dışında, Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edeceklerini düzenlemektedir (TVK madde 28/I). Bu kişilere, çıkma izni aldıktan sonra, kendilerine tanınan haklardan yararlanmaları amacıyla *Mavi Kart* verilmektedir.

Mavi Kartlıların, seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithâl etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Ayrıca, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup, bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler (TVK madde 28/II). Bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunamazlar. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilirler (TVK madde 28/III).

Mavi Kartlıların, Türkiye’de çalışma haklarının kapsamı, TVK ile Uluslararası İşgücü Kanunu⁶³⁰ birlikte değerlendirilerek belirlenmelidir. Zira UİK’na göre, Mavi Kartlıların Türkiye’de çalışma hakları saklı tutulmuştur (UİK madde 6/IV). Diğer yabancılardan farklı olarak, Türkiye’de çalışma izni olmaksızın çalışabilecekleri gibi, yalnızca Türk vatandaşlarına hasredilmiş meslekleri de yapabileceklerdir⁶³¹.

Bu bağlamda Mavi Kartlıların, TTK 767/III kapsamında *Türk* kavramına dâhil olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Erkan’a göre, bu kişilerin kambiyo senedi düzenleme yetkisi, TVK’da sayılan istisnai haklardan olmadığı ve TTK açıkça Türk olma şartını aradığı için Mavi Kartlılar, hükmün kapsamı dışında kalmaktadır⁶³². Ancak kanaatimizce, Mavi Kartlıların istisnaen yararlanamayacakları haklar sayıldıktan sonra, diğer haklardan Türk vatandaşları gibi aynen yararlanacak olmalarının düzenlenmesi ve çalışma hakkı bakımından kamu hizmeti dışında herhangi bir sınırlama olmaması nedeniyle, TTK madde 767/III kapsamında değerlendirilebilirler.

Bununla birlikte, lex fori’nin yetkisini tesis etmek için aranan şartlardan ilki olan Türk vatandaşı olma şartının tespiti konusunda, tartışılması gereken son husus, hükümdeki *Türk* ibaresinin tüzel kişileri kapsamına alıp almadığıdır. Zira TTK

⁶³⁰ RG: Tarih: 13.8.2016 -29800. Bundan sonra kısaca UİK olarak anılacaktır.

⁶³¹ Vahit Doğan, Türk Yabancılar Hukuku, 2. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara 2017, 164.

⁶³² Erkan, 765.

hükmünden, sadece gerçek kişi Türk vatandaşlarını mı, yoksa Türk tabiiyetine sahip tüzel kişi ticaret şirketlerinin de mi kastedildiği tam olarak anlaşılmamaktadır⁶³³.

Günümüzde ekonomik hayatta büyük görevler üstlenmiş olan ticaret şirketlerinin tabiiyeti uzun zaman tartışılmıştır. Bir kısım görüşler, yalnız gerçek kişilerin tabiiyeti olduğunu savunurken, bir kısım ise tabiiyetin vatandaşlığa göre üst bir kavram olduğunu ve hem gerçek hem de tüzel kişileri kapsadığını savunmuşlardır⁶³⁴. Günümüzde, tüzel kişilerin de tabiiyetinin bulunduğu konusunda tereddüt olmamakla birlikte, doktrinde tüzel kişilere tabiiyet verilmesinde dikkate alınacak sistem ve ölçütler halen tartışılmaktadır⁶³⁵.

Kanaatimizce, TTK 767/III hükmündeki, *Türk* ibaresi, tüzel kişileri kapsamamaktadır. Zira Anayasada, *Türk Vatandaşlığı* başlığı altında, “*Türk devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes, Türk’tür*” tanımından sonra gerçek kişilerin Türk vatandaşlığını kazanma yolları anlatılmaktadır (madde 66). Yorum yoluyla, Türk kavramının içerisine tüzel kişileri dâhil etmek mümkündür⁶³⁶. Ancak bunun yerine, TTK’ da değişiklik yapılarak, ticari hayatta sıklıkla kambiyo senedi düzenleyen ticaret şirketlerinin de kuralın kapsamına dâhil edilmesi sağlanabilir⁶³⁷.

Bu tartışmaların giderilmesi için Cenevre Konvansiyonlarına taraf olmayıp, kambiyo senetlerine ait kanunlar ihtilafını, kendi özel düzenlemelerinde çözen Common Law sistemine bakılabilir⁶³⁸. Zira ancak vatandaşlık unsurundan bağımsız bir düzenleme ile tartışmalara son verilebilir⁶³⁹. Common Law sistemine dâhil Birleşik Krallık uygulamasında, kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk kural olarak LRA’dır. Birleşik Krallık dışında düzenlenen ve düzenlendiği yerde şeklen geçerli olmayan bir kambiyo senedi, şekil açısından Birleşik Krallık hukukuna uygunsa, ödemenin

⁶³³ Erkan, 761-762; Yılmaz, 272.

⁶³⁴ Vahit Doğan, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2017, 231; B. Bahadır Erdem, *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 3. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013, 6.

⁶³⁵ Gülin Güngör, *Tabiiyet Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler)*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, 210.

⁶³⁶ Türk hukukunda tüzel kişilerin Türk tabiiyetini kazanmasını, kaybetmesini veya ispatını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Anayasa madde 69/10: “*Yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan ve Türk uyrukluğunda olmayan gerçek ve tüzel kişilerden maddi yardım alan siyasi partiler temelli olarak kapatılır*” hükmünden, tüzel kişilerin de tabiiyeti olduğu sonucuna varılmaktadır.

⁶³⁷ Hükümün genişletilerek tüzel kişilerin dâhil edildiği yorum metotları için bkz. Erkan, 763-764.

⁶³⁸ F.R. Ryder/A. Bueno/R. Hedley/M. Phillips, *Bytes on Bills of Exchange: The Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Bank Notes and Cheques*, 21.edn., London: Sweet&Maxwell, 1998, 356.

⁶³⁹ Erkan 767.

gerçekleştirilmesi amacıyla Birleşik Krallıkta geçerli kabul edilebilmektedir⁶⁴⁰. Görüldüğü gibi, vatandaşlık unsurundan bağımsız yapılan bu düzenleme, vatandaşlığın tespitine bağlı sorunları ortadan kaldırdığı gibi kambiyo senetlerinin ödenme ve tedavül yeteneğini de arttırmaktadır⁶⁴¹.

3.3.2.1.3.2.2.1.2. Borçlanmanın LRA Kuralına Göre Şeklen Geçersiz Olması

Kambiyo senetleri, imzalandıkları yer hukukunun şekil şartlarına uygun yapılmış ise TTK madde 767/III hükmünün uygulama imkânı bulunmamaktadır. Zira hüküm, tamamlayıcı nitelikte olup, LRA kuralına göre şekli bir geçersizlik söz konusu olduğunda devreye girmektedir.

Bu noktada aynı senet üzerinde yer alan taahhütlerin şekil bakımından geçerliliklerinin bazıları için LRA kuralına, bazıları içinse tarafların milli hukuklarına göre belirlenmesi sonucu doğabileceği ve bu sonucun senet borçluları açısından adil olmayan sonuçlar doğurabileceği tartışmaları ortaya çıkmaktadır. Oysa doktrinde bu tartışma eleştirilmekte ve tam tersi bir sonuca ulaşılarak hükmün bu hâliyle, senedin ayakta kalmasına hizmet ettiği sonucuna varılmaktadır⁶⁴². Zira kambiyo senedinin şeklen geçerli olup olmadığı belirlenirken, ilk önce ve mutlak bir şekilde LRA'ya bakmak gerekmektedir. LRA kuralına göre şeklen geçersiz bir kambiyo senedi varsa, bu hâlde tarafların milli hukuklarına göre geçerli bir taahhüdün olup olmadığı incelenmektedir⁶⁴³.

LRA kuralına göre geçersiz olan bir taahhüdün, tarafların ortak milli hukuklarının aradığı şekil şartlarına uygun olması hâlinde, geçerli olacağını kabul eden bu hükme yer verilmesi gerekir. Zira bu hüküm, kambiyo senetlerinin mümkün olduğu kadar, şekil bakımından geçerliliğini sağlamak suretiyle tedavül emniyetini ve süratini gerçekleştirmeye yöneliktir⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ Bills of Exchange Act m. 72 hükmü için bkz. <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/B-4/FullText.html>.

⁶⁴¹ Erkan, 767.

⁶⁴² Erkan, 760; Özdemir, 270

⁶⁴³ Erkan, 760; Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 124.

⁶⁴⁴ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 124.

3.3.2.1.3.2.2.1.3. Borçlanmanın Türk hukukunun Gösterdiği Şekle Uygun Olması

LRA kuralına göre şeklen geçersiz olan kambiyo senetleri, ancak Türk hukukunun öngördüğü şekil şartlarına uygun olmak kaydıyla, TTK madde 767/III hükmüne göre geçerlilik kazanabilmektedir.

TTK, kıymetli evrakın düzenlenmesini, ağırlaştırılmış ve özel şekil şartlarına bağlamaktadır. Tedavül güvenliği bakımından kıymetli evrakta bulunması gereken tüm şekli şartlar Kanunda gösterilmekte ve şekil serbestisi ilkesinden ayrı bir düzenleme getirilmektedir⁶⁴⁵. Bu şartlara uyulmaması hâlinde senet, kambiyo senedi niteliğini kazanamamaktadır⁶⁴⁶.

Türk hukukunda, kambiyo senetlerinin sahip olması gereken şekli şartlar, poliçe için TTK madde 671-672, bono için madde 776-777 ve çekler için madde 780-781 hükümlerinde düzenlenmektedir.

3.3.2.1.3.2.2.1.4. Talebin Türkiye’de Yapılması

Kambiyo senetlerinin şekli ile ilgili TTK madde 767/III hükmünün uygulanabilmesi için kambiyo borçlanmalarının Türk hukukunun gösterdiği şekil şartlarını taşıması ve taraflarının her ikisinin de Türk vatandaşı olmasının yanı sıra, talebin Türk mahkemelerinde yapılmış olması gerekmektedir. Aksi hâlde kural uygulama alanı bulamamaktadır. Talep, aynı kuralı benimsemiş ve Cenevre Konvansiyonu sistemine dâhil bir ülke mahkemelerinde yapılmış olsa dahi, sonuç değişmemekte ve tamamlayıcı kural uygulanamamaktadır. Şartların gerçekleşmediği bu hâllerde, hâkim LRA’ ya göre karar vermektedir⁶⁴⁷.

Kambiyo senetlerinin tedavül yeteneğini arttırmak amacıyla kabul edilen bu hüküm, yalnızca tarafların vatandaşı oldukları devlet mahkemelerinden talepte bulunması hâlinde geçerli olmaktadır. Örneğin, yerleşim yeri Almanya’da olan iki Türk vatandaşının mobilya fuarı için gittikleri İtalya’da düzenledikleri poliçenin, İtalya’nın şekil kurallarını taşınamaması nedeniyle geçersiz olduğu varsayımında, taraflar, Alman Mahkemeleri

⁶⁴⁵ Fırat Öztan, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Güncelleştirilmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012, 80-vd.

⁶⁴⁶ Ali Bozer/ Celal Göle, *Kıymetli Evrak Hukuku*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, 61.

⁶⁴⁷ Erkan, 759.

önünde, poliçenin milli hukukları olan Türk hukukuna uygun olduğunu ileri sürememektedirler. Zira Alman Mahkemeleri, LRA kuralına göre uyuşmazlığı çözüme kavuşturmalıdır. Ancak Almanya’da yaşayan Türk vatandaşı, Türkiye’ye gelip Türk mahkemeleri önünde diğer şartların oluştuğunu da ispat etmek koşuluyla dava veya icra takibinde bulunmak isterse, kıymetli evrak diğer Türk’e karşı geçerli kabul edilmemektedir⁶⁴⁸.

Bu durum dava veya icra takibinde bulunacak kişi açısından, *forum shopping* sorununu gündeme getirmektedir⁶⁴⁹. Örneğe dönecek olursak, talebin Almanya’da yapılması durumunda, LRA olan İtalyan hukukuna göre şeklen geçersiz bir kambiyo borçlanması doğmaktadır. Oysa talep Türk mahkemeleri önünde yapıldığında, kambiyo senedi şeklen geçerlilik kazanmaktadır. Dolayısıyla davacı, talebini Türk mahkemeleri önünde yapmak isteyecektir. Zira kanunun açık hüküm nedeniyle şartlar sağlandığı için, tarafların senedin geçerliliğine ilişkin çabasını hukuki ve kanuni görmek gerekmektedir⁶⁵⁰.

3.3.2.1.3.3. Çekler Hakkında Alternatif Ödeme Yeri Hukuku

Çeke ait borçlanmaların şekline uygulanacak hukuk, poliçe ve bonolara ait borçlanmalara ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarından farklı düzenlenmektedir.

Kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk açısından genel kural LRA, imza yeri hukukuna işaret etmektedir. Ancak TTK madde 820 hükmü, “Çeke ait borçlanmaların şekli, bu borçlanmaların imza edilmiş olduğu ülkenin hukukuna göre belirlenir. Bununla beraber, ödeme yeri hukukunun öngördüğü şekle uyulması yeterlidir. 767. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları da uygulanır” hükmü ile çekler bakımından, imza yeri hukukuna alternatif olarak ödeme yeri hukukunu da yetkilendirmektedir.

⁶⁴⁸ Örnek için bkz. Erkan, 760.

⁶⁴⁹ *Forum shopping*, davacının davası hakkında yetkili mahkemelerden birini kendi menfaatine uygun olarak seçme imkânını ifade eder. Christopher A. Whytock, The Evolving Forum Shopping System, Cornell Law Review, Volume: 96, Issue: 3 March 2011, article 8, 485; milletlerarası unsurlu olaylarda, davacının başvurduğu mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarından yararlanarak, uyuşmazlığının belirli bir maddi hukuka tabi tutulmasını temin etmek istemesi *forum shopping*’i ortaya çıkaran temel nedenlerdendir. Nomer/Şanlı, 424.

⁶⁵⁰ Nomer/Şanlı, 424; Erkan, 760.

Böylece, çek borçlanmalarının imza yeri veya ödeme yeri hukukun gösterdiği şekle uygun olması koşuluyla geçerli olduğu sonucuna varılmaktadır⁶⁵¹.

Çekler açısından getirilen bu alternatif kural, çek ile yapılan taahhütlerin hukuki niteliğine uygun olarak geçerliliğini sağlamayı amaçlamaktadır⁶⁵². Keza, bankaların müşterilerine verdikleri çek karneleri, bu bankaların bulundukları ülkede yürürlükte olan mevzuata uygun şekilde bastırılmaktadır. Çeklerde ödeme, çekin muhatap bankaya ibrazı üzerine, bankanın bulunduğu yerde yapılmaktadır. Dolayısıyla çekin ödeme yeri, muhatap bankanın bulunduğu ve çek karnelerini mevzuata uygun şekilde bastırdığı yerdir⁶⁵³. Böylece, ödeme yeri hukukuna tanınan yetki, genellikle, çeklerin şekli bakımından geçerliliği sağlamaktadır⁶⁵⁴. Ayrıca, çeklerde ödemenin taşıdığı önem, taraflar ile ödeme yeri arasındaki sıkı ilişkiye işaret etmektedir. Bu nedenle, çeklerde şekle uygulanacak hukuk bakımından ödeme yerinin öngörülmüş olması, sadece işlem menfaatine değil, taraf menfaatine de hizmet etmektedir⁶⁵⁵.

Bu alternatif imkân dışında, şekil konusunda poliçe ve bonolara ilişkin kanunlar ihtilâfî kuralları ile çeklere ilişkin kanunlar ihtilâfî kuralları arasında başka fark bulunmamaktadır⁶⁵⁶.

Genel kuralın istisnasını teşkil eden tamamlayıcı kurallar, TTK madde 820 hükmündeki atıf nedeniyle çek hakkında da uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla imza yeri veya ödeme yeri hukukuna göre şeklen geçersiz olan çek taahhütleri hakkında, TTK madde 767/II hükmü nedeniyle, sonraki taahhüdün yapıldığı yer hukuku veya 767/III hükmü nedeniyle, tarafların ortak milli hukukları tamamlayıcı olarak devreye girmektedir.

Tarafların milli hukuklarını yetkilendiren tamamlayıcı kuralın çekler açısından pratik faydasının olup olmadığı hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Özellikle TTK madde 767/III hükmünün, “*Türkiye’ de başka bir Türk’e karşı geçerlidir*” kısmındaki *Türkiye’de* ibaresi yoruma muhtaçtır ve çekler hakkında bu sözcüğün

⁶⁵¹Özdemir, 274; Aygün, 159; Doğangün, 146; Erkan, 758. MÖHUK madde 7 hükmünde olduğu gibi, TTK madde 820 hükmü de çekin mümkün olduğunca şeklen geçerli tutulmasını sağlamak için alternatif bağlama kuralını favor negotii ilkesi doğrultusunda getirmektedir. Yılmaz, 279.

⁶⁵² Çelikel/Erdem, 192; Aygün, 159.

⁶⁵³ Hirsch, 100; Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 159.

⁶⁵⁴ Özdemir, 275; Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 159; Erkan, 759.

⁶⁵⁵ Doğangün, 149.

⁶⁵⁶ Aygün, *Kambiyo Senetleri*, 159.

Türkiye’de ödenecek çek olarak anlaşılmaması gerekmektedir. Zira çekler için getirilen genel kural gereğince ödeme yerinin Türkiye olduğu çeklerde, zaten 767/III hükmündeki şartlar oluşmasa dahi, Türk kanunları uygulama alanı bulmaktadır. Bu nedenle *Türkiye’de* ibaresini *Türkiye’de ödenecek çek* olarak yorumlamamak gerekmektedir⁶⁵⁷.

O hâlde, bu kuralın pratik faydası, ödeme yerinin Türkiye olmadığı, başka bir deyişle, Türkiye’de olmayan yabancı bir muhatap üzerine keşide edilmiş çekler hakkında ortaya çıkmaktadır⁶⁵⁸.

Konu ile ilgili örnek vermek gerekirse, İngiltere Londra İş Bankasında hesabı olan bir Türk vatandaşının, bir diğer Türk vatandaşına muhatabı söz konusu banka olan çeki Londra’da vermiş ve çekin İngiliz hukukundaki şekli kurallarına aykırı şekilde keşide edildiği ve Türkiye’de bir dava veya takip söz konusu olduğu varsayımında, artık tamamlayıcı kural uygulanmalıdır. İmza veya ödeme yeri olan İngiliz hukukuna göre geçersiz olan çek, şekil bakımından Türk hukukunun aradığı şartları taşımak kaydıyla Türkiye’de geçerli olmaktadır⁶⁵⁹.

3.3.2.2. Evlenmelerin Şekline Uygulanacak Hukuk

LRA kuralının zorunlu olarak uygulama alanı bulduğu hallerden bir diğeri de evlenmelerin şekli ile ilgilidir.

Evlenmenin şekline ilişkin milletlerarası özel hukuk kuralları, milletlerarası alanda, evlenmenin maddi şartlarına oranla daha çok birlik gösterirler. Evlenmenin şekli orta çağlardan beri LRA kuralının uygulama alanlarından en önemlisidir⁶⁶⁰.

Kadın ile erkeğin, yeni bir aile kurmak ve birbirlerine karşı sadakat ve yardımda bulunmak üzere gerçekleştirdikleri evlilik işlemi, milletlerarası özel hukuk alanında kanun ihtilâflarına en çok rastlanılan işlemlerden biridir. Zira evlilik hakkında, çeşitli ülke hukukları arasında birliğin olmaması ve her devletin evlenmenin geçerliliği için esas ve şekil bakımından farklı hükümler koymuş olması gibi nedenler, genel olarak kanun ihtilâflarının doğumuna sebebiyet vermektedir. Devletler arasında gittikçe artan sıkı ilişki

⁶⁵⁷ Yılmaz, 280.

⁶⁵⁸ Yılmaz, 280.

⁶⁵⁹ Örnek için bkz. Yılmaz, 281.

⁶⁶⁰ Nomer ve Şanlı, 248.

ve temaslar, farklı devlet vatandaşları arasındaki evlenmelerin çoğalmasına neden olarak, bu ihtilâfları daha karışık bir hâle sokmaktadır ⁶⁶¹.

Evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuk, konumuzun kapsamında olmadığından dolayı, burada yalnızca yabancı unsurlu evlenme işlemlerinin şekline uygulanacak hukuku belirlerken doğabilecek problemler üzerinde durulacaktır.

Karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda, evlenmelerin şekli hususunda iki esas kabul edilmektedir. Bu esaslar, yapıldığı yer hukukunun şekli kurallarına uygun evlilikler ve konsolosluk evlilikleridir.

Türk hukukunda evlenmenin şeklinin, yapıldığı yer hukukuna tabi olması gerektiği, genel kabul gören kuraldır (MÖHUK madde 13/2). Dolayısıyla, evlenme işleminde, genel şekil kuralındaki alternatif bağlama kuralının uygulamasından vazgeçilerek, yalnızca evlenme işleminin yapıldığı yer olan LRA kuralı uygulanmaktadır. Bu kural, evlenmelerin şekli hakkında *lex loci celebrationis* olarak adlandırılmaktadır⁶⁶². Yapıldıkları yer hukukunun şekil kurallarına uygun olan evlilikler dışında, konsolosluk evlenmelerinde konsolosu gönderen devletin milli şekil kurallarına uygun olan evlenmeler de geçerli kabul edilmektedir⁶⁶³.

LRA kuralının basit olması, evliliğin tarafları açısından erişim kolaylığı, sonuçlarının öngörülebilirliği ile kesinliği, taraf menfaatinin baskın olduğu evlilik ilişkisinin kuruluş aşamasında tarafların makul beklentilerini karşılaması ve topal evliliklerin önlenmesine hizmet etmesi, nihayetinde milletlerarası özel hukukta yeknesaklığı ve karar ahengini sağlaması bakımından, hemen tüm ülkelerin milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde geçmişten bu yana yerleşik bir kural olarak benimsenmiştir⁶⁶⁴.

Çalışmamızın devam eden kısmında, öncelikle, milletlerarası özel hukukta kabul edilen çeşitli evlenme şekilleri ve evlenmenin şekli kapsamında değerlendirilebilecek hususlar üzerinde durulmasına ve akabinde LRA kuralına uygun olarak yapılan evliliklerin Türkiye’de veya yurtdışında yapılmasına göre ayrıma tabi tutularak ele

⁶⁶¹ Jale Güral, “Evlenmeden Doğan Kanun İhtilâfları”, *AÜHFD*, 1946, 3(1), 147.

⁶⁶² Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 125; Doğan, 290; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 177; Tanrıbilir, *Değişiklikler Üzerine*, 224. Evlenmenin kurulduğu yeri belirlemek için kullanılan deyim *lex loci celebrations*’dur. Aybay/ Dardağan, 37.

⁶⁶³ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 177.

⁶⁶⁴ Akgün Tekgül, 273.

alınmasına, son olarak ise konsolosluk evlenmelerinin şekli şartlarına yer verilmesine gayret edilecektir.

3.3.2.2.1. Milletlerarası Özel Hukukta Evlenme Şekilleri

Evlenme, tarihsel süreçte özellikle Roma Hukukunda, hukuki bir ilişki ya da sözleşme olarak değil, kadın ve erkeğin fiilen birlikte yaşadığı sosyal bir olgu olarak kabul edilmiştir. Evlilikler herhangi bir şekle tabi tutulmadığı için devletin veya dini görevlinin evlilik törenine katılması gerekmemiştir⁶⁶⁵. Günümüzde ise evlenme, genellikle şekle bağlı işlemler arasında kabul edilmekte⁶⁶⁶ ve bu şekil, ülkelere göre değişebilmektedir⁶⁶⁷.

Evlenme, karşılaştırmalı hukukta, genellikle, kanunla yetkilendirilmiş resmî memur önünde ve resmî şekilde yapılmaktadır. Türkiye, İsviçre, Almanya, Hollanda ve Yugoslavya resmî şekilde evlenmeyi kabul eden ülke örneklerindendir.

Bununla birlikte, bazı ülkelerde bir dine mensup kişiler arasında sadece o dine göre yetkili kişiler önünde evliliğin gerçekleştirilmesi zorunludur. Örneğin, İran ve Suudi Arabistan'da, dinî şekilde evlenme kabul edilmektedir⁶⁶⁸.

Bazı ülkelerde ise, hem resmî hem de dinî şekilde yapılan evlilikler geçerli sayılmaktadır. Yani, taraflar isterse dinî şekilde evlenmeyi tercih edebilmektedirler. İngiltere, İskoçya, Danimarka, İsveç, Norveç, Finlandiya, Yunanistan ve İspanya bu evlenme şeklini uygulayan devletlerdir⁶⁶⁹. Ayrıca İtalya ve Portekiz gibi ülkelerde resmî şeklin esas olduğu, ancak dinî evlenme şeklini de tarafların tercihinin bırakan evlenme şekli geçerli sayılmaktadır⁶⁷⁰.

⁶⁶⁵ Özlem Söğütlü Erişgin, "Roma Toplumunda Kadının Konumu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, 4(2), 10-11; Öztürk, 29-30.

⁶⁶⁶ "Özel hukukta hiçbir hukuki işlem yoktur ki, evlenme kadar sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuş olsun..." Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku C:III, Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, 61.

⁶⁶⁷ Yörük, 294-295; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 177; Doğan, 290.

⁶⁶⁸ Akgün Tekgöl, 52; K.A. Kuhn, *Comparative Commentaries on Private International Law or Conflict of Laws*, The Macmillan Company, New York 1937, 140.

⁶⁶⁹ Ekşi, *Medeni Olmayan Evliliklerin Tanınması*, 8-9; Akgün Tekgöl, 53-54.

⁶⁷⁰ Örnek ülkeler için bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 177; Hamid Tahenni, *Conflict Of Law Rules in Marriage: An Approach*, University Of Glasgow 1995, 36-40.

Konunun daha iyi anlaşılması bakımından yabancı unsurlu evliliklerin şekli ile ilgili bazı ülkelerin yasal düzenlemelerine değinilecektir.

Örneğin, Almanya’da yapılan evlilikler, ancak Alman hukukunun şekli şartlarına uygun yapılmışsa geçerlilik kazanmaktadır. Dolayısıyla, Almanya’da evlenmek isteyen iki yabancı, taraflardan birinin milli hukukuna ya da her ikisinin milli hukuklarının öngördüğü şekilde evlenmek isterlerse, Alman hukuku bu evliliği geçersiz kabul edilecektir. Bu katı prensip, yabancı devletin hükümetleri tarafından belirlenen bazı kişilere, dolayısıyla resmî makamlara evlendirme yetkisinin tanınmasıyla yumuşatılmıştır⁶⁷¹.

Buna karşın İtalya’da evlenmenin şekli, evliliğin yapıldığı yer hukukuna veya evlilik yapıldığı anda eşlerden birinin milli hukukuna veya eşlerden her ikisinin de birlikte ikamet ettiği yer hukukuna göre geçerli ise, şeklen geçerli kabul edilmektedir⁶⁷².

İsviçre’de ise evlenmenin şekli İsviçre kanunlarına tabi olmakla birlikte bu kuralın bir istisnası mevcuttur. Şayet, yabancı ülkelerin vatandaşları, İsviçre’de evlilik şartlarını yerine getiremiyorsa, taraflardan birinin milli hukukunun öngördüğü şartlara sahip olunması hâlinde evlilik yapılabilir. Bunun yanı sıra, yurtdışında geçerli olarak kurulan bir evlilik, İsviçre’de de tanınmaktadır. Eşlerden biri İsviçre vatandaşı ise veya her ikisi de İsviçre’de ikamet etmekteyse, bu kişilerin yurtdışındaki evlilikleri, İsviçre hukukunun evliliği geçersiz kılan hükümlerini ihlal etme amacıyla yapılmamak şartıyla tanınmaktadır. Ayrıca, aynı cinsiyetteki kişilerin yurtdışında yaptıkları evliliklerin, İsviçre’de tescilli ortaklık olarak tanınacağı düzenlenmektedir⁶⁷³.

Dinî evlenmenin kabul edildiği Suudi Arabistan’da⁶⁷⁴ ise evlenme akdine ilişkin çeşitli kanunî düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir. Bu düzenlemelerde evlenme

⁶⁷¹ EGBGB madde 13 hükmü için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0015; Gerhard Hohloch, Çev: Zarife Şenocak, “Alman Aile Hukukundaki Yeni Gelişmeler Reformun Hareket Noktaları, Reformun Gerçekleşmesi ve Diğerleri”, *İÜHFM*, 1996, 45(1), 378.

⁶⁷² İtalyan Kanunlar İhtilafı Hukuku Reform Yasası, madde 28 hükmü için bkz. <http://www.unife.it/giurisprudenza/giurisprudenza/studiare/private-international-law/materiale-didattico/archivio/italian-statute-on-private-international-law-of-31-may-1995-no-218-as-originally-adopted-unofficial-english-translation>.

⁶⁷³ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Kanununun madde 44 ve 45 hükümleri için bkz. <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000.../PILA.pdf>. Ali Çivi, “İslam Hukukuna Göre Yurtdışında Yapılan Evliliklerin İsviçre’de Tanınması”, *İKÜHFD*, S:2, 2010, 158.

⁶⁷⁴ İslam hukukunda, evlenmeye resmî bir memurun veya bir din adamının katılması gerekli değildir. Ancak evlenme işleminin toplumsal hayattaki öneminden dolayı din adamı önünde yapılması örf halini almıştır.

işlemini gerçekleştirmeye yetkili kişiler ve yetki alanları, evlenme işleminden önce ve sonra izlenmesi gereken resmî prosedür belirlenmektedir⁶⁷⁵.

Amerika, İngiltere ve Japonya’da, evlenmenin şekli evlenmenin yapıldığı yer hukukuna tabi kılınmıştır. Evlenme, ülke içerisinde de yapılsa, yabancı ülkede de yapılsa, şeklen yapıldığı yer hukukuna tabi kılınmıştır. Başka bir hukukun, örneğin tarafların milli hukuklarının, evlenmenin şekli şartlarına uygulanması kabul edilmemektedir⁶⁷⁶.

Çin Halk Cumhuriyetinde ise Çin vatandaşı ile yabancının evleneceği zaman uygulanacak hukuk, Çin Devletinin müşterek menfaatlerini ihlal etmediği sürece evliliğin yapıldığı yer hukuku olarak belirlenmiştir⁶⁷⁷.

Son olarak Türk hukukunda, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (madde 174)⁶⁷⁸ ve TMK (madde 143)⁶⁷⁹ ile resmî nikâh esası kabul edilmiştir. 2017 yılında, Evlendirme Yönetmeliğinde yapılan değişikliklerden sonra, Türk hukukunda, dinî şekilde evlenmeye müsaade edilip edilmeyeceği tartışılmaya başlanmıştır⁶⁸⁰. Zira bu değişiklikle İçişleri Bakanlığının, il ve ilçe müftülüklerine evlendirme memurluğu görev ve yetkisi verebileceği yönünde bir yenilik getirmiştir (Evl. Yönt. madde 7/I). Ancak müftülere verilmiş olan bu görev, resmî nikâh kıyma yetkisidir. Dolayısıyla, müftü de Medeni Kanun ve Evlendirme Yönetmeliği’ne uygun prosedürü uygulayacaktır ve dinî nikâhta

Suudi Arabistan’da bu uygulama yerini giderek resmî görevliler önünde nikâh yapılması ve bunların tescil edilmesi işlemlerine bırakmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce, bu evlilik de dinî değil resmî bir evlenme şeklidir.

⁶⁷⁵ Suudi Arabistan’ın aile hukukunu düzenleyen Türkiye’dekine benzer kapsamlı bir Medenî Kanun’u bulunmamaktadır. Aile hukuku genel olarak, Kur’an’a, Sünnete, diğer şer’i delillere, fıkıh kitaplarına ve hâkimlerin içtihatlarına dayanılarak uygulanmaktadır. Bununla birlikte resmî iş ve işlemleri düzenleyen çeşitli kanunlar bulunmaktadır. Örneğin, evlenmede resmî işlemleri düzenleyen Ahvâl-i Medeniyye Kanunu vardır. M. Ali Yargı, “Suudi Arabistan’da Evlenme İşlemleri”, *M.Ü. İlâhiyat Fakültesi Dergisi*, C: 40, 2011/1, 170.

⁶⁷⁶ Nomer ve Şanlı, 248.

⁶⁷⁷ Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Kanunu madde 147 ve 150 hükümleri için bkz. http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182628; İbrahim Kıyma/İsmail Kıyma, *Çin Halk Cumhuriyeti Hukuk Derlemeleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, 149-150.

⁶⁷⁸ *İnkılap Kanunlarının Korunması* başlıklı hükme göre, “Anayasanın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin laiklik niteliğini koruma amacını güden, aşağıda gösterilen inkılap kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz.

⁶⁷⁹ “Evlenme töreni biter bitmez evlendirme memuru eşlere bir aile cüzdanı verir. Aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dinî töreni yapılamaz. Evlenmenin geçerli olması dinî törenin yapılmasına bağlı değildir.”

⁶⁸⁰ Evlendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, R.G: 02.12.2017- 30258.

gerekli olan kadına mehir sorma, iki erkek şahit bulundurma gibi uygulamalar olmayacaktır.

Fakat Türkiye’de evlenmek isteyen eşlerden birinin yabancı olması hâlinde ise bu tartışma yersiz olmaktadır. Zira eşlerden biri yabancı ise müftülerin nikâh kıyma yetkisi bulunmamaktadır⁶⁸¹. Bu hâlde, belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri evlendirmeye yetkilidir (Evl. Yönt. madde 7/ II).

3.3.2.2.2. Evlenmenin Şekli Kapsamına Giren Hususlar

Evlenmenin şekli kapsamındaki hususların belirlenmesi bir vasıflandırma meselesidir. Daha önce belirtildiği gibi vasıflandırma yapılmasına ilişkin genel kural, vasıflandırmanın lex fori’ye göre yapılmasıdır. Dolayısıyla, Türk hukukuna göre hangi unsurların evlenmenin şekline ilişkin olduğu yine Türk hukukuna göre belirlenecektir.

Evlenme başvurusu, evlenmenin ilanı, şekil eksiklerine itiraz, evliliği gerçekleştirecek resmî makam, evlenme kararının beyanı ve tarzı, şahitlerin katılımı, dinî merasimin yapılabilme zamanı, aleniyet, evlenmenin tescili ve evlenmeden sonra verilecek belgeler Türk hukukunun evlenmenin şekline dâhil kabul ettiği konulardır⁶⁸².

3.3.2.2.3. Evlenmenin Şekli Kapsamına Giren Hususların Vasıflandırılması

Vasıflandırma problemi, hukuk sistemlerinin bağlama konusu veya bağlama noktalarına farklı anlamlar yüklemelerinden veya dava konusu hukuki ilişkinin dâhil edileceği hukuki kategorinin farklılaşması dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklardan ibaret değildir. Bazı durumlarda dava konusu hukuki işlem, hem hâkiminin hukukunda hem de uygulanacak hukukta aynı kategori içinde yer almakla beraber, aynı kategori içindeki farklı dilimler içinde sınıflandırılmış olabilir. İşte bu durumda da çözüme kavuşturulması gereken bir vasıflandırma sorunu doğmaktadır⁶⁸³.

Örneğin, İngiltere’de eğitim gören, on yedi yaşındaki Türk vatandaşı kız, TMK’nın aradığı⁶⁸⁴, ana-baba rızasını almadan İngiltere’de, İngiliz erkeği ile İngiliz hukukuna

⁶⁸¹ Ebru Şensöz Malkoç, “Yabancıların Türkiye’de Evlenmesi Konsolosluk Evlenmelerinin Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları”, *MHB*, 37(2), 2017, 715.

⁶⁸² Aybay/ Dardağan, 184; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 185; Nomer ve Şanlı, 249; Doğan, 294.

⁶⁸³ Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 48-49, dpn. 96.

⁶⁸⁴ Madde 126: “Küçük, yasal temsilcisinin izni olmadıkça evlenemez.”

uygun şekilde evlenmişlerdir. Hem İngiliz hem de Türk kanunlar ihtilafı kuralları, evlenmenin şeklini, evlenmenin yapıldığı yer hukukuna, evlenme ehliyetini ise evlenecek kişilerin milli kanunlarına tabi tutmaktadır. Ancak evlenme yaşı tutmayan Türk kızının evlenebilmesini sağlayacak ana-baba rızası için, her iki hukukun vasıflandırması birbirinden farklıdır. Yasal temsilcinin rızası, Türk hukukuna göre esasa ait iken, İngiliz hukukuna göre şekle ait bir meseledir. Rıza konusunun vasıflandırılması, evlenmenin geçerli olup olmadığını belirlemek açısından gereklidir. Zira konu, şekil olarak vasıflandırılırsa, evlenme geçerli olmaktadır. Aksi hâlde, ehliyet olarak vasıflandırılması durumunda ise evlenmenin iptali mümkün olmaktadır⁶⁸⁵. Bu örnekteki uyuşmazlıkta, başka bir hukuka, İngiliz hukukuna göre kazanılmış bir hukuki durum söz konusudur. Bu durumun muhafazası olay için en doğru ve adil çözüm olabilir⁶⁸⁶.

Evlenmenin dinî biçimde yapılmasının, şekil veya esasa ilişkin olması da bir vasıf ihtilafıdır. Özellikle Yunan Hukukunda, 1982 yılına kadar olan süreçte evlenmenin dinî şekilde yapılması bir gereklilik olarak düzenlenmiştir. Ayrıca evliliğin dinî şekilde yapılması, şekle değil, esasa ait bir mesele olarak kabul edilmiştir. Ancak, 1982 yılından sonra Medeni Evlenmenin Yapılışı Hakkında Kanun ile Yunan Medeni Kanunu hükümlerinde değişiklik yapılarak, resmî nikâh da geçerli kabul edilmiş ve evlenmenin şekline ait bir hukuki kategori biçiminde kanunda yer bulmuştur⁶⁸⁷. Türk hukukunda, evlenme işlemine, resmî evlendirme memurunun veya din adamının katılması ve bu kişilerin yetkileri, evlenmenin maddi şartlarını değil, şekli şartlarını ilgilendiren sorunlardır. Her iki hukuk sistemi de hukuki işlemi, evlenme hukuk kategorisi içinde düzenlemiş olmakla birlikte, Yunan hukukunda sorun, evlenmenin maddi geçerliliğine, Türk hukukunda ise evlenmenin şekline ilişkindir⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ Çelikel/Erdem, 77-78; Nuray Ekşi, *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, 16.

⁶⁸⁶ Çelikel/Erdem, 86.

⁶⁸⁷ Ekşi, *Medeni Olmayan Evliliklerin Tanınması*, 8-9; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 119.

⁶⁸⁸ Çelikel/Erdem, 190; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 48-49, Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 119.

Bunun yansıra, evlenmenin vekil vasıtasıyla⁶⁸⁹ yapılması da vasıflandırmaya ihtiyaç duyan diğer bir meseledir. Zira vasıflandırmayla, bu konunun şekil veya esasa ait olup olmadığının tespiti uygulanacak hukukun değişmesine neden olmaktadır⁶⁹⁰.

Türk hukukunda bir işlemin, vekil vasıtasıyla yapılıp yapılmayacağı, şekle değil esasa ilişkin bir konudur. Bu nedenle konu, vekil aracılığıyla yapılmak istenen işlemin esasına uygulanacak hukuka göre karara bağlanmaktadır. Buna karşılık, vekil tarafından yapılan beyanın şekli ise esasa değil, şekle uygulanacak hukuka tabidir⁶⁹¹.

Türk hukukunda vekil vasıtasıyla evlilik esasa ilişkin bir sorunken, Amerikan ve İngiliz hukuklarında şekle ilişkin kabul edilip, LRA kuralı uygulanmaktadır⁶⁹².

İngiltere'deki Apt. v. Apt. davasında, İngiliz Temyiz Mahkemesi, evlilik töreninin, vekil vasıtasıyla gerçekleştirilmesini, evliliğin şekline ilişkin sayarak, lex loci celebrationis kuralını uygulamıştır. Karara konu olayda, İngiltere'de oturan erkek, Arjantin Buenos Aires'te oturan kadınla, evlilik akdinin yapılması için bir vekil tayin etmiştir. Vekil vasıtasıyla yapılan evlilik, Arjantin'de geçerlidir. Ancak İngiltere'de tarafların, merasimde, bizzat hazır bulunmaları gerekmektedir. İngiliz mahkemesi, vekil vasıtasıyla evliliği şekle ilişkin sayarak, Arjantin hukukuna göre geçerli olduğu sonucuna varmıştır⁶⁹³.

Aynı şekilde Amerika'da vekil vasıtasıyla yapılan evlilikleri geçerli sayan mahkeme kararları da mevcuttur. Bu kararlara bakıldığında vekil vasıtasıyla yapılan evlilik, şekil olarak vasıflandırılıp LRA kuralının uygulandığı görülmektedir⁶⁹⁴.

⁶⁸⁹ Bir kısım yazarlar vekil vasıtasıyla evlenme, (bkz. Ekşi, *Medeni Olmayan Evliliklerin Tanınması*, 15); bir kısım yazarlar ise temsilci vasıtasıyla evlenme (bkz. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 119) ifadesini kullanmaktadırlar. Vekâlet ve temsil birbirinden farklı iki kurumdur. Kanaatimizce, Türk hukuku açısından vekil vasıtasıyla evlilik ifadesi daha yerinde olacaktır. Zira evlenme, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması nedeniyle temsil kabul etmeyen işlemlerden sayılmakla birlikte, Evlendirme Yönetmeliğinde vekil kavramı kullanılmaktadır. Yönetmelikte, açıkça belirtildiği üzere, vekil vasıtasıyla evlenme başvurusu mümkünken, vekâletle evlenme yapılamaz (Evlendirme Yönetmeliği madde 17 ve 27). Ayrıca karşılaştırmalı hukukta bu tip evlenme çeşitlerinin vekil vasıtasıyla yapıldığını ifade etmek üzere, *Proxy marriages* olarak isimlendirildiğini ve özel bir vekâletname verilerek evlenmenin gerçekleştirilebileceğini belirtmek isteriz.

⁶⁹⁰ Çelikel/Erdem, 77-78.

⁶⁹¹ Çelikel/Erdem, 190; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 119; Huysal, 72.

⁶⁹² Çelikel/Erdem, 234; Ekşi, *Medeni Olmayan Evliliklerin Tanınması*, 15-17

⁶⁹³ John O' Brien, *Smith's Conflict Of Laws*, Second Edition, London 1999, Cavendish Publishing, 423.

⁶⁹⁴ W. H. Howery, Marriage by Proxy and Other Informal Marriages, *University of Kansas City Law Review*, Vol: 13, 1944-1945, 60-61.

Portekiz⁶⁹⁵, İspanya⁶⁹⁶ ve Hollanda⁶⁹⁷ gibi bir kısım ülkeler vekil aracılığıyla evlenmeye imkân tanımaktadır⁶⁹⁸. Bu noktada, iki hususu birbirinden ayırt etmek gerekmektedir. Şayet vekil, diğer eşin seçimini de yapmakla yetkilendirilmiş ise bu hâlde vekalet esasa ilişkin bir meseledir. Burada vekaletin şekil meselesi olarak ele alınıp, yapıldığı yer hukukuna tabi olması kabul edilemez. Ancak, vekalet yetkisi evlenilecek eşin tespitiyle ilişkin değil de, sadece, evlenme iradesinin beyanına ilişkinse, bu durumda vekalet konusu şekle ait bir meseledir. Dolayısıyla, evlenmenin yapıldığı yer hukuku, vekil vasıtasıyla evliliğe müsaade ediyorsa, vekaletin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁶⁹⁹. Doktrinde, evlenmenin yapıldığı yer hukukuna göre değil de, müstakbel eşin milli hukukuna göre, evlenmenin vekil vasıtasıyla yapılıp yapılamayacağına karar verilmesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır⁷⁰⁰.

Türk hukukuna göre evlenme başvurusu vekil aracılığıyla yapılabilmektedir. Ancak tören sırasında tarafların, iradelerini bizzat açıklamaları gerekmektedir. Zira evlenme, kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir haktır⁷⁰¹.

Evlendirme Yönetmeliği⁷⁰² Türk hukukunda evlenmenin şeklini şu şekilde düzenlenmektedir: “Evlenme, evlendirmeye yetkili bir görevli önünde, en az iki tanıkla birlikte ve bizzat tarafların huzuru ile aleni olarak yapılır. Davetli bulunmaması, evlenmenin aleni yapılmadığı manasına gelmez. Vekâletle evlenme yapılamaz.

⁶⁹⁵Portekiz Medeni Kanunu m. 162: “(Vekâleten evlilik)1. Eşlerden birinin evlilik töreninde bir savcı tarafından temsil edilmesi yasaldir. 2. Evlenmede verilecek özel vekâletnamede, diğer eşin açıkça belirtilmesi ve evlilik şeklinin belirtilmesi gerekmektedir.” Hüküm için bkz. http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=1620&artigo_id=&pagina=1&fic=1&nid=775&tabela=leis&diplomas=&artigos=&so_miolo=.

⁶⁹⁶ İspanyol Medeni Kanunu madde 55: *Evlilik akti, bölgede ikamet etmeyen müstakbel eşlerden birinin, özel olarak resmî bir belge ile yetkilendirilmiş bir avukat vasıtasıyla evlenme törenine katılması ile gerçekleştirilebilir. Fakat diğer eşin, evlenme törenine şahsen katılımı zorunludur.*” hüküm için bkz. <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/es/es122en.pdf>.

⁶⁹⁷ Hollanda Medeni Kanunu m. 41: “Adalet Bakanlığı, önemli sebeplerin varlığı halinde tarafların evlenme aktini, özellikle de onaylanmış resmî belgeleri olan vekiller vasıtasıyla yapmasına izin verebilir.” hüküm için bkz. Ian Sumner/ Hans Warendorf, *Family Law Legislation Of The Netherlands : A Translation Including Book 1 Of The Dutch Civil Code, Procedural And Transitional Provisions And Private International Law Legislation*, Anwerp 2003, 46.

⁶⁹⁸ Doğan, 294, dpn. 235.

⁶⁹⁹ Doğan, 295; Albrecht Dieckmann, Çev: Ejder Yılmaz / Necip Ortan, “Bir Alman Yurttaşının Temsilci Aracılığıyla (Elden) Evlenmesinin Devletler Özel Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1977/1, 177-183.

⁷⁰⁰ Yücel Sayman, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu*, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3010, İstanbul 1982, 161-162.

⁷⁰¹ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/M. Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku C: III Aile Hukuku*, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, 67.

⁷⁰² R.G: 7.11.1985-18921. Bundan sonra, Evl. Yönt. olarak kısaltılacaktır

Evlendirme memuru önceden tespit edilen yer ve zamanda tarafların ve şahitlerin önünde kadın ve erkekten her birine ayrı ayrı olmak üzere birbirleriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Her birinin müsbet cevap vermesi ve bu cevapların iki şahit tarafından da duyulduğunun doğrulanması üzerine, evlenmenin kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu yüksek sesle açıkladıktan sonra evlenme kütüğünü taraflara ve şahitlere imza ettirir ve kendisi de tarih ve saat koyarak imzalar.

Yabancılar Türkçe bilmedikleri takdirde, evlendirme memuru, Türk devletince tanınmış devletlerin birinci resmî dili olması kaydıyla bu dili bilen tercüman kullanabilir. Taraflarca bu tercüman daha önceden tören yerinde bulundurulur” (Evl. Yönt. Madde 27).

Hangi konuların evliliğin şekli, hangi konuların evliliğin maddi şartları hakkında olduğunun tespiti bir vasıflandırma meselesidir ve buna hâkimin hukukuna göre karar verilmesi yönünde bir eğilim bulunmaktadır. Dolayısıyla Türkiye’de görülmekte olan yabancı unsurlu bir davada, evliliğin geçerliliği tartışmalı ise, meselenin evliliğin şekline mi yoksa esasına mı ait olduğu Türk hukuku uygulanarak belirleneceği yönünde genel bir kabul bulunmaktadır⁷⁰³. Veyahut normlar arasındaki herhangi bir uyumsuzlukta, intibak metodu ile bu uyumsuzluğun giderilmesinin sağlanması önerilmektedir. Bu metotta, bir arada bulunan hukuk sistemlerinden birisi olduğu şekliyle değil, olaya uygun şekilde kalıp değiştirerek uygulanmaktadır⁷⁰⁴.

Türk hukukunda evlenme iradesinin beyan şekli, evlenmenin evlendirme memuru huzurunda yapılması, tarafların evlenme iradelerini bizzat beyan etmeleri, evlenmeyi kabul beyanlarının şekli ve zamanı ile evlenmenin tamamlandığı an gibi konular evliliğin şekline ait kabul edilmektedir.

Dolayısıyla, yapılacak vasıflandırma, ehliyet ve esasa ait düzenlemeler ile şekle ait düzenlemelerin geçerlilik alanları arasında sınır çizilmesini sağlamaktadır⁷⁰⁵. Bu nedenle vasıflandırma için hangi hukukun dikkate alınacağı önem arz eder.

⁷⁰³ Nomer ve Şanlı, 231; Ziya Akıncı/Cemile Demir Gökyayla, *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, 17.

⁷⁰⁴ Nomer ve Şanlı, 134; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 49, dpn. 96.

⁷⁰⁵ Nomer ve Şanlı, 209.

3.3.2.2.4. Evlenmenin Şekline Uygulanacak Hukukta Atıf Sorunu

Evliliğin şekline uygulanacak hukuk, evlenmenin yapıldığı yer hukukudur. Kural olarak evlenme, bir aile hukuku kurumu olduğu için, madde 2/3 hükmü gereği, atfın uygulanması gerekmektedir. Ancak evlenmenin şeklini düzenleyen madde 13/2 hükmünde, genel şekil hükmünde atfı reddeden açık düzenleme gibi, atfı reddeden bir düzenleme olmaması, bu konuda atfın kabul edilip edilmeyeceğini tartışmalı hâle getirmektedir. Zira MÖHUK madde 13/2 hükmüne göre, “*Yabancı unsurlu evlenmelerin şekli, yapıldıkları yer hukukuna tabidir.*” Bu hukukun, evlenmenin şekli için kabul ettiği şartlara uygun olarak yapılan evlilikler, Türk hukuku bakımından da geçerli kabul edilmektedir.

Yargıtayın evlenmenin şekline ilişkin verdiği bir kararı⁷⁰⁶ doktrinde bazı yazarlarca, evlenmenin şekli hakkında atfın dikkate alınması gerektiği anlamında yorumlanmıştır⁷⁰⁷. Bu karara göre: “*Devletler hususî hukukunda kabul olunan, Türk Yargıtayının da benimsediği sisteme göre, evlenme ehliyeti kişilerin kendi milli kanunlarında yazılı hükümlere, evlenme merasimi ise evlenmenin yapıldığı yer kanununda yazılı şekle tâbidir. Kişi seçimlik hakkına sahiptir. Dilerse konsoloslukta, dilerse o yer kanununun öngördüğü merci önünde evlenebilir. Öyle ise, davalının Irak'taki evlenmesinin yapılış şekli araştırılmak, merasim yukarıda açıklanan nitelikte ise evlenme geçerli sayılıp boşanma sebepleri incelenmek, aksi hâlde şimdiki gibi karar verilmek gerekir. Bu yolda bir işlem yapılmadan davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır.*”

Hukuki işlemlerde şekil konusunu düzenleyen kanunlar ihtilafı kuralı, atfı düzenleyen kural gibi, genel hükümler içerisinde yer aldığından, atfın kapsamı dışında kalır⁷⁰⁸. Ancak kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasını bertaraf eden genel kurala (m. 2/III) aykırı hareket edilse bile, evlenmenin şekli konusunda atıf kabul edilerek evlilik ayakta tutulacağından bu bertaraf etmenin, haklı gözükebileceği ifade edilmektedir⁷⁰⁹. Bu

⁷⁰⁶ Yargıtay 2. HD., E. 1974/7820, K. 1974/7499, T. 29.11.1974.

<https://www.yargitay.gov.tr/dergiler/ykd/ekim1975.pdf>.

⁷⁰⁷ Akıncı/Demir Gökyayla, 21, dpn. 24; Çelikel/Erdem, 236, dpn. 58; Nomer ve Şanlı, 250, dpn. 68.

⁷⁰⁸ Nomer/ Şanlı, 158.

⁷⁰⁹ Nomer/ Şanlı, 250.

durumda atfın uygulanması, tarafların amaçlarına ve işlem menfaatine hizmet etmektedir⁷¹⁰.

İngiliz hukukçular, atıf teorisinin, olaya göre adaleti sağlayan bir çözüm yolu olduğundan bahisle, atfın bazı olaylarda kabul edilmesinin bazı olaylarda ise reddedilmesinin daha adaletli olacağı yönünde görüş belirtmektedirler. Böylece, şeklen geçersiz bir evliliğin, geçerli kalması istenmekte ve atfın kabulüyle bu mümkün oluyorsa, bu hâlde atıf kabul edilmektedir⁷¹¹.

Türk hukukunda da, atfa başvuruyla şekli geçerlilik sağlanabiliyor ise evlenmenin yapıldığı yer hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınması gerektiği yönündeki aynı görüş ağır basmaktadır⁷¹². Bu görüş, evlenmenin şeklini düzenleyen hükmün, şekli düzenleyen genel hükümden farklı olarak, atfa kapalı biçimde düzenlenmemiş olması üzerine temellenmektedir⁷¹³. Zira genel hükümde *maddi hukuk hükümlerinin*, evlenmenin şeklini düzenleyen hükümde ise *ülke hukukunun* uygulanacağı düzenlenmektedir. Böylelikle, milletlerarası özel hukuk kurallarının da ülke hukuku kapsamında değerlendirmiş olmaktadır.

Bu görüşe göre, örneğin, evliliğin yapıldığı yer hukuku, evlenmenin şekli geçerliliği açısından, evliliğin yapıldığı yer hukuku dışında, tarafların milli hukuklarına uygun yapılmış olmasını da kabul etmekte ise, milli hukuklara uygun yapılan bu evlilikler de Türk hukuku bakımından geçerli kabul edilmektedir⁷¹⁴. Sonuç olarak, evliliklerin, milletlerarası alanda geçerliliğini korumak adına, evlenmenin şekli, evlenmenin yapıldığı yer hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına tabi tutularak atıf kabul edilmiş olmaktadır⁷¹⁵.

Kural olarak, evlenmenin şekline yapıldığı ülke hukukunun uygulandığını belirtmiştik. Ancak atıf kabul edildiğinde, evliliğin yapıldığı ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları, tarafların milli hukuklarına göre yapılmış evlilikleri geçerli saymakta ise, bu hâlde, evlenmelerin şekline uygulanacak hukuk olan LRA kuralının zorunlu niteliği ortadan kalkmaktadır. Zira bu zorunluluk, görüleceği üzere yalnızca, konsolosluk

⁷¹⁰ Doğangün, 185; Çelikel, Atıf, 4.

⁷¹¹ Dicey-Morris, *The Conflict Of Laws*, 12th ed., I-I, London, 78; Çelikel/Erdem, 111.

⁷¹² Uluocak, Atıf, 113; Acun Mekengeç, Atıf, 262, dpn. 96; Çelikel/Erdem, 189, dpn. 4 ve s. 236; Çelikel, Atıf, 4.

⁷¹³ Uluocak, Atıf, 113; Çelikel, Atıf, 4.

⁷¹⁴ Nomer/ Şanlı, 250; Akıncı/Demir Gökyayla, 21; Acun Mekengeç, Atıf, 262.

⁷¹⁵ Akıncı/Demir Gökyayla, 21.

evlenmeleri bakımından kalkmakta ve konu LRA kuralının bir istisnasını teşkil etmektedir. Konsolosluklarda tarafların milli hukuklarına göre yapılan evlilikler şeklen geçerli kabul edilmektedir. Atfın kabul edilmesiyle birlikte, konsolosluk evlenmelerinde olduğu gibi, resmî makamların, tarafların milli hukuklarına uygun gerçekleştirdikleri diğer evliliklerin de şeklen geçerlilik kazanma ihtimali doğmaktadır⁷¹⁶.

*Evlenme Aktinin Şekli Geçerliliğinin Tanınması Hakkında 1978 Tarihli Sözleşme'nin*⁷¹⁷ 2. madde hükmü ile evlenmenin şekli, evliliğin yapıldığı yer hukukuna tabi tutulmaktadır⁷¹⁸. Söz konusu hüküm uyarınca, evlenmenin şekli hakkında, evliliğin yapıldığı yer hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınabileceği gibi, bu hukukun atıfta bulunduğu yer hukukunun da kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınabilecektir. Dolayısıyla, Sözleşme ile evlenmenin şekline ilişkin atıf kabul edilmiş ancak, atfın nerede kesileceğine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır⁷¹⁹.

Evlenmenin şekline uygulanacak hukukun belirlenmesinde atfın dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin sorununun çözümü için bir başka öneri de, tarafların Türkiye ile ilişkilerine göre değerlendirme yapılması doğrultusundadır. Bu görüşe göre, evlenmenin şeklen geçerli olup olmadığına karar verecek Türk hâkiminin, eşlerin Türkiye ile bağlantısına göre bir değerlendirme yapması önerilmektedir. Türk hâkimi, bu değerlendirmeye göre, şayet eşlerin Türkiye ile bir bağlantısı tespit edilebiliyorsa atfı dikkate almamalı, ancak Türkiye ile herhangi bir bağlantı bulunmuyorsa atfı dikkate almalıdır. Evlenme töreni Türkiye'de yapılmışsa, taraflardan biri Türk vatandaşı ise, tarafların Türkiye'de malları varsa veya yerleşim yeri ya da mutad mesken açısından Türkiye ile sıkı bir bağlantı bulunmaktaysa, o hâlde atfın dikkate alınmaması önerilmektedir. Türkiye ile herhangi bir bağın tespit edilemediği tam tersi bir durumda

⁷¹⁶ Acun Mekengeç, Atıf, 262-263.

⁷¹⁷ Türkiye henüz sözleşmeye taraf değildir. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/8e321c1a-9151-4608-a8a1-6dbec0f92cfd.pdf>, *Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*.

⁷¹⁸ Sözleşmenin Fransızca metninde *loi* terimi yerine daha geniş anlamda *droit* teriminin kullanılması atfın kabul edildiğine bir gösterge sayılmıştır. Zira aşağıda bahsedeceğimiz, 1961 Tarihli Ölüme Bağlı Tasarrufların Şekline İlişkin Kanunlar İhtilafı Kurallarına Dair Sözleşmede *loi* teriminin kullanıldığı ve atfın reddedildiği görülmektedir. Tersinden bir sonuç çıkarmak gerekirse, Evlenme Aktinin Şekli Geçerliliğinin Tanınması Hakkındaki Sözleşmenin, evlenmelerin şekline uygulanacak hukuk bakımından atfı kabul ettiği savunulmaktadır. Acun Mekengeç, Atıf, 262; Ataman Figanmeşe, Atıf, 61. Sözleşmelerin metinleri için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflisoz/lahey.html>.

⁷¹⁹ Ataman Figanmeşe, Atıf, 61.

ise, şekle uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının izleyeceği çözüm yoluna bakılmasından bahsedilmektedir⁷²⁰.

Evlenmelerin şekline uygulanacak hukuk konusunda atfın dikkate alınıp alınmayacağı belirlenirken, kesin bir kural koymak yerine, atfın kabulüyle evlenmenin şeklen ayakta tutulması sağlanmakta ise atfın tercih edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2675 sayılı Kanunun, şekle uygulanacak hukuk konusunda atfı reddeden açık bir düzenlemesi olmaması nedeniyle, doktrinde atfın, ancak uygulanacak hukuk, işleme geçerlilik sağlamakta ise kabul edildiğini görmekteyiz. Aynı yorumla, MÖHUK'da evlenmelerin şekli hakkında atfın uygulanmasını yasaklayan açık bir hüküm olmaması nedeniyle bu yorum tarzını benimsemekteyiz⁷²¹.

3.3.2.2.5. Evlenme Yeri Hukuku

Evlenmelerin şekline evlenmenin yapıldığı yer hukukunun uygulanması kuralı, ülkelerin büyük bir kısmında benimsenmektedir⁷²². Fakat evlenmede LRA kuralının uygulanması, bazı ülkelerde zorunlu olarak, bazı ülkelerde ise ihtiyari olarak kabul edilmektedir. Özellikle, konsolosluk evlenmelerinin yasak olduğu İsviçre ve Macaristan gibi devletlerde LRA kuralı zorunlu olarak uygulama alanı bulmaktadır⁷²³.

LRA kuralının zorunlu nitelikte olduğu kabul edilirse, yabancıların ancak evlenme yeri hukukuna uygun olarak gerçekleştirdikleri evlenmeler geçerli sayılacaktır. İsviçre kanun koyucu LRA kuralının zorunlu niteliği haiz olduğunu kabul etmekte ve buna karşın Alman hukukunda kuralın ihtiyari ve zorunlu niteliği birlikte benimsenmiştir. Zira Almanya dışında yapılacak evlenmeler için LRA kuralına ihtiyari nitelik tanınmaktayken, Almanya'da yapılacak evlilikler için ise İsviçre'dekine benzer şekilde zorunlu nitelik tanınmaktadır⁷²⁴.

Türk hukukunda, kural olarak, evlenmelerin şekline, evlenmenin yapıldığı yer hukuku uygulanmak zorundadır. Evlenme işlemine karşı, devletin duyduğu ilgi, evlenme

⁷²⁰ Sayman, 250.

⁷²¹ Çelikel/Erdem, 189, dpn. 4.

⁷²² Peter M. North, "Development of Rules of Private International Law In the Field of Family Law", *Academie de Droit International Recueil Des Cours*, 1980-I, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1980, 21.

⁷²³ Güral, 177; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 177; Çelikel/Erdem, 235.

⁷²⁴ Güral, 177.

işlemini gerçekleştirecek memurun kendi kanunları ile bağlı bulunması ve bu alandaki aleniyet prensibi, evlenmenin şekline her zaman LRA kuralının uygulanmasını haklı kılmaktadır⁷²⁵.

Bunula birlikte konsolosluk evlenmeleri, bu zorunlu kuralın istisnasını teşkil etmektedir. Zira konsolosluk evlenmelerinde, aşağıda görüleceği üzere, konsolosu gönderen devletin hukukunun öngördüğü şekil kuralları uygulanmaktadır⁷²⁶. Bunun dışında, *ülkede yapılan evlilikte ülkedeki şekil geçerlidir* prensibine katı olarak bağlılık esastır⁷²⁷.

3.3.2.2.5.1. Türkiye’de Yapılan Evlilikler

Türk hukukunda, MÖHUK madde 13/2 hükmü ile yabancı unsurlu evlenmelerin şekli, yapıldığı ülke hukukuna tabi kılınmıştır. Dolayısıyla, Türkiye’de yapılan evlenmelerin TMK’ya uygun olarak resmî şekilde yapılması gerekmektedir⁷²⁸.

Bu nedenle, Türkiye’de evlenecek kişiler, konsolosluk evlilikleri bir kenara bırakılacak olursa, kural olarak, ancak Türk hukukunun gösterdiği şekilde evlenebilirler. Örneğin, kendi ülkelerinde dinî şekilde evlenmenin esasa ilişkin olduğu bir devletin vatandaşları dahi, Türkiye’de ancak Türk evlendirme memuru önünde evlenebilirler⁷²⁹.

Türkiye’de yapılan evliliklerin şekli, evlenme törenine göre, üçe ayrılarak ele alınabilir⁷³⁰. Türkiye’de yapılacak evlenmeleri incelerken, araştırmamızı aynı doğrultuda, törenden önceki, tören sırasındaki ve törenden sonraki şekli şartlarına göre sadece yabancı unsurlu evlenmeler için özellik arz eden kısmıyla açıklamaya çalışacağız.

⁷²⁵ Göğer, *DHH*, 122.

⁷²⁶ Bu durum, milletlerarası özel hukukta “actor regit actum” olarak adlandırılmaktadır. A. Gündüz Ökçün, *Türk Konsoloslarının Evlendirme Yetkisi*, *SBFD*, Haziran 1968, XXII(2), 212; Sayman, 140.

⁷²⁷ Nomer/ Şanlı, 249; Lynn D. Wardle, “International Marriage Recognition: A World Dilemma”, *Families Across Frontiers*, ed: Nigel Lowe, Gillian Douglas, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, Londra, 1996, 83; Tötterman, 27.

⁷²⁸ Çelikel/Erdem, 234.

⁷²⁹ Milletlerarası özel hukukta bu konuda klasikleşen örnek, iki Katolik İspanyol’un, 1981’den önce, yani İspanyol Medeni Kanununda medeni ve dinî şekilde evlenmenin kabulünden önce Türkiye’de kilisede evlenmesi örneğidir. Bu evlilik Türk hukukuna göre geçersiz, İspanyol hukukuna göre geçerlidir. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 179; Çelikel/Erdem, 235.

⁷³⁰ Öztan, 164; Akıntürk/Ateş, 84.

3.3.2.2.5.1.1. Evlenme Töreninden Önceki Şekil Şartları

Geçerli bir evlenme işleminin ilk şekil şartı, evlenme töreninden önceki usul ve şartların yerine getirilmiş olmasıdır. Müstakbel eşler, öncelikle evlenme yönünde müracaatlarını yapmış olmalıdır.

O hâlde, evlenme başvurusunun hangi makama yapılacağı, şekle ilişkin bir sorundur ve evlenmenin yapıldığı yer hukukuna tabidir.

Yabancıların evlenmeye yönelik müracaatları, evlendirme memurluğunca kabul edilmektedir. Zira Evlendirme Yönetmeliğinin Türk vatandaşlarının evlenmeleri hakkındaki esas ve usul hükümleri yabancılar için de uygulanmaktadır (Evl Yönt. madde 12/3).

Türkiye’de bir Türk vatandaşı ile bir yabancı ya da farklı uyruklu yabancı iki kişi, yetkili Türk evlendirme memuru önünde evlenebilirler. Eşlerden birinin yabancı olması hâlinde evlendirmeye belediye evlendirme memurlukları ile nüfus müdürleri yetkilidir. (Evl Yönt. madde 12/1).

Buna karşın aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı, kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde evlenme yapabilecekleri gibi, yetkili Türk makamları önünde de evlenebilirler. (Evl Yönt. madde 12/2).

Evlenme töreninden önce, Türkiye’de evlenmek isteyen yabancılar, vatandaşı oldukları devlet tarafından düzenlenmiş ve evlenmelerine engel olmadığını gösteren *evlenme ehliyeti belgesini*⁷³¹ Türk evlendirme memurluğuna sunmak zorundadır. Evlenme ehliyet belgesinin, tarafların uyuşu bulunduğu devlet makamlarından bizzat temin edilmesi esastır. Bunun mümkün olmaması hâlinde, bu belge, evlendirme memurları tarafından Nüfus Ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü aracılığı ile de istenebilmektedir (Evl Yönt. madde 12/4).

⁷³¹ Türkiye, 5 Eylül 1980 tarihli *Evlenme Ehliyet Belgesi Verilmesine Dair Kişi Halleri Komisyonu Sözleşmesine* tarafıdır. Sözleşmenin amacı, akit devletler bakımından yeknesak bir evlenme ehliyet belgesi verilmesini sağlamaktır. R.G: 29.04.1988-19799.

Evlenme ehliyet belgesi, yabancıнын kimlik bilgilerini içerir ve kayıttaki bilgi ve belgelere göre evlenmesine engel bir hâlinin olup olmadığını belirtir şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir (Evl Yönt. madde 20/9).

Bunun yanı sıra yabancılar için yetkili merkezi makamlarca veya o devletin yerel temsilcilikleri tarafından kişinin adını, soyadını, ana ve baba adı ile doğum tarihini ve evlenmesine engel hâlinin bulunup bulunmadığını gösterir şekilde düzenlenerek verilmiş ve usulüne göre tasdik edilmiş olan belge, evlenme ehliyet belgesi kabul edilmektedir (Evl Yönt. madde 20/6) ⁷³².

3.3.2.2.5.1.2. Evlenme Töreni Sırasındaki Şekil Şartları

Evlenme töreni sırasında taraflar iradelerini çeşitli şekillerde açıklayabilir. Çoğu hukuk düzeninde evliliğin, iki tarafı olan diğer sözleşmeler gibi tarafların evlenme yönündeki karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulması ilkesi benimsenmiştir⁷³³.

Türk hukukunda evlenme, evlendirmeye yetkili bir görevli önünde en az iki tanıkla birlikte ve bizzat tarafların huzuru ile aleni olarak yapılır (Evl Yönt. madde 27/1). Evlendirme memuru tanıklar önünde evlenecek olan kadın ve erkeğe ayrı ayrı birbirleriyle evlenmek isteyip istemediklerini sormakta ve aldığı olumlu-sözlü cevapla nikâhı tamamlamaktadır (Evl Yönt. madde 27/4). Görüldüğü üzere evlenmenin bizzat tarafların huzurunda yapılması gerektiği evlenmenin şekline ait bir husustur. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda bu hususun teyit edildiği görülmektedir⁷³⁴. Hükme göre: *“Arzusu ne kadar kesin olursa olsun, hatta sağ kalsa idi evlenme iradesini açıklayacağı muhakkak ve mutlak bulunsa bile, bir kişinin ölümünden sonra mirasçılarının başvurusu ile evlendirme memuru, taraflar arasında nikâh akdini icra edemeyeceği gibi, mahkemece de doğrultuda karar verilemez. Zira ölümle kişilik sona ermiş olup, tamamen şahsa bağlı bir hakkı, onun adına hiç kimse kullanamaz.”*

Evlenecek olan kişi yabancı ise ve Türkçe bilmiyorsa, evlendirme memuru, Türk devletince tanınmış devletlerin birinci resmî dili olması kaydıyla bu dili bilen tercüman

⁷³² Yabancılar için verilmiş olan ehliyet belgeleri taraf olduğumuz Sözleşmeye uygun olarak düzenlenmişse, ayrıca onaylanması gerekmez. Dural/Öğüz/Gümüş, 63.

⁷³³ Akgün Tekgül, 32.

⁷³⁴ Yargıtay 2. HD., E. 1986 / 8684, K. 1986 / 9357, T. 27.10.1986 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

kullanabilir. Taraflarca bu tercüman daha önceden tören yerinde bulundurulur (Evl Yönt. madde 27/6).

3.3.2.2.5.1.3. Evlenme Töreninden Sonraki Şekil Şartları

Evlenme töreninin ardından evlenen taraflara kanunen verilmesi gereken resmî belgelerin takdimi, evlenmenin nüfus idaresine veya belirlenen resmî makamlara bildirilmesi ve aile kütüğüne tescil edilmesi evlenme töreninden sonraki işlemlerdir⁷³⁵.

Yetkili Türk makamları önünde evlenen yabancı uyruklu kadın ve erkeğe bir aile cüzdanı ve ayrıca istekleri üzerine çok dilli evlenme belgesi düzenlenerek verilmektedir.

Bu yabancılar, Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu Üyesi bir devletin vatandaşı iseler, bu evlilik, 1958 tarihinde İstanbul'da imza edilen 3 numaralı Uluslararası Bilgi Teatisi Hakkında Sözleşme⁷³⁶ gereğince, gerekli kart doldurularak yabancının doğum yeri nüfus idaresine gönderilmektedir.

Evlenenlerden birinin yabancı olması hâlinde de aynı işlem yapılmaktadır (Evl Yönt. madde 34).

3.3.2.2.5.2. Yurtdışında Yapılan Evlilikler

Türk vatandaşları veya bir Türk vatandaşı ile yabancı ülke vatandaşı, yabancı bir ülkede, o ülkenin hukukuna göre evlendirmeye yetkili bulunan makamlar önünde evlenebilmektedirler (Evl Yönt. madde 11/1). O ülke hukukuna göre, evlenmenin resmî veya dinî şekilde yapılması geçerli kabul edilmekteyse, artık bu evlilik, Türk hukuku bakımından da geçerli sayılmaktadır. Zira evlenmenin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır.

Şu hâlde, dinî evlenmenin kabul edildiği bir ülkede, LRA kuralına uygun olarak yapılan evlilikler Türk hukukuna göre geçerlidir. Türk vatandaşları veya yabancılar, hem dinî hem de resmî nikâhın yapılmasına izin veren yabancı bir ülkede, bu şekillerden birine uygun olarak evlenebilirler.

⁷³⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, 96; Sayman, *Evlenmenin Kuruluşu*, 163; Akgün Tekgül, 58

⁷³⁶ RG: 13.07. 1962-11153.

Nitekim Yargıtay kararına konu olayda: “ *Tarafların Afgan uyruklu oldukları ve Türkiye’de “mülteci” olarak bulundukları anlaşılmaktadır. Tarafların, boşanma istekleriyle açtıkları davada, yerel mahkemenin kayıtlı bir evlilik olmadığı gerekçesiyle reddettiği davada, dosyaya aslı ve Türkçe tercümesi sunulan belgeye göre, İran’da, o ülke kanunlarının öngördüğü şekle uygun olarak evlendikleri sabittir. Evliliğin şekli, yapıldığı ülke hukukuna tabidir. Bu evlilik geçerlidir. Bunun geçerli kabul edilmesi için Türk hukukuna uygun olması gerekmez*” hükmü ile yerel mahkemenin kararını isabetli şekilde bozmuştur⁷³⁷.

3.3.2.2.5.2.1. Türk Mevzuatına Uygunluk

Evlendirme Yönetmeliğinin 11. madde hükmü, yabancı ülkede, o ülke hukukunun öngördüğü şekil şartlarını taşıyan evliliklerin, *Türk mevzuatına* aykırı olmamak şartıyla, Türkiye’de de geçerli kabul edileceğini düzenlenmektedir. Hükümdeki *Türk mevzuatına uygunluk* ibaresi, tartışmaya açıktır. Ancak Türk milletlerarası özel hukuk kuralları da Türk mevzuatının bir parçası olduğu için hüküm, bu doğrultuda yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, yabancı ülkede yapılmış bir evliliğin şeklinde, TMK’daki evlenme hükümlerine uygunluğu değil, yapıldığı yerdeki hukuk kurallarına uygunluğu aranmalıdır⁷³⁸.

Kanaatimizce, Yönetmeliğin bahsedilen hükmü Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun⁷³⁹ 24. madde hükmü ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu düzenlemeye göre, “*yurt dışında yabancı yetkili makamlar önünde Türk vatandaşlarının yaptığı evlenmeler, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı TMK hükümlerine uygun olmak ve butlanla batıl olmayı gerektiren bir sebep bulunmamak kaydıyla*” geçerlidir. Dolayısıyla kanaatimizce, Türk mevzuatına uygunluk, esasa ilişkin şartlar bakımından aranacak ve Türk hukukundaki butlan sebeplerinden birinin mevcudiyeti hâlinde, yurtdışında yapılan evlilikler geçerli olmayacak şeklinde yorumlanabilir.

⁷³⁷ Yargıtay 2. HD, E. 2012/13194, K. 2013/1781, T. 24.01.2013 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁷³⁸ Şanı/Esen/Ataman Figanmeşe, 125-126.

⁷³⁹ R.G: 29.04.2006 -26153. Metinde NHH olarak kısaltılacaktır.

3.3.2.2.5.2.2. Evliliğin Bildirimi ve Tescil

Evliliğin tescili ve bazı ülke vatandaşlarının yabancı ülkelerde gerçekleştirdikleri evliliklerini, milli hukukları uyarınca belirli bir süre içerisinde bildirmelerine ilişkin şart esas itibarıyla şekilden sayılmaktadır.

Türk hukukunda evliliğin bildirimi ve tescil işlemi, yurtiçinde ve yurtdışında yapılan evlilikler için ayrı ayrı düzenlenmektedir.

Yurt içinde, tarafları Türk vatandaşı veya yabancı olsun, yetkili Türk makamları önünde yapılan evlenmeler, evlenmenin yapıldığı tarihten itibaren on gün içinde usulüne uygun olarak düzenlenecek evlenme bildirim formu ile o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilir (Evl Yönt. madde 32).

Türk vatandaşlarının, yabancı ülkelerde gerçekleştirdikleri evlilikleri de, yetkili Türk makamlarına bildirmeleri gerekmektedir.

Evlendirme bildiriminin, eşlerin ikisi de Türk vatandaşı ise erkek tarafından, eşlerden sadece birisi Türk vatandaşı ise Türk vatandaşı olan eş tarafından, yabancı yetkili makamdan alınacak belgenin, evlendirme tarihinden itibaren en geç otuz gün içerisinde, en yakın Türk konsolosluluğuna verilmesi veya gönderilmesi suretiyle yapılması zorunludur. Eğer evlenmenin yapıldığı yerde ve yakınında Türk Konsoloslugu yoksa bu takdirde bildirim, yabancı yetkili makamdan alınan resmî belgenin yurtiçinde Türkçe'ye çevrilip Dışişleri Bakanlığı'na onandıktan sonra nüfus ve vatandaşlık işleri Genel Müdürlüğüne veya ilgili nüfus idaresine verilmesi suretiyle yapılır (Evl Yönt. madde 11/2, NHK madde 24).

Yurt dışında yabancı yetkili makamlar önünde yapılan evlenmeler, dış temsilciliklerimize intikal ettirildiği takdirde, usulüne uygun olarak düzenlenmiş evlenme bildirimi formu ile otuz gün içerisinde erkeğin, erkek yabancı uyruklu ise kadının kayıtlı olduğu ilçe nüfus müdürlüğüne bildirilir (Evl Yönt. madde 32).

Öngörülen bildirim yükümlülüğü, evliliğin geçerliliği ile ilgili olmayıp, tescil işlemi ile ilgilidir. Bu nedenle, bildirim yükümünün yerine getirilmemiş olması, evliliğin

geçerliliğini etkilememektedir. Ancak Türk vatandaşı olan kişi, nüfus kayıtlarında evli gözükmeyeceği için evliliğin ispatı sorunu doğabilecektir⁷⁴⁰.

Türk nüfus kayıtlarına tescil edilmemiş evlilik, yapıldığı yer hukukunun öngördüğü şartlara uygun olarak kurulmuş ise, her türlü delille ispat edilebilir. Örneğin, *“Davalıya ait getirtilen Türkiye'deki aile nüfus kayıtlarında, taraflar evli görülmemektedirler. Ancak evliliğin nüfus siciline yazılmamış olması, hukuki sonucunu etkilemez. Nüfus sicili dışında başka belgelerle de evliliğin ispatı mümkündür”*⁷⁴¹ demek suretiyle Yargıtay kararlarında da bu hususa vurgu yapılmaktadır⁷⁴².

Büyükelçilik, başkonsolosluk ve konsolosluklar tarafından yapılan evlenmeler, evlenmenin yapıldığı tarihten itibaren, otuz gün içinde ilgili nüfus müdürlüklerine bildirilir.

Evlenme tescili işleminin, ilke olarak evliliğin yapıldığı yerin bağlı olduğu bölgeden sorumlu Türk dış temsilciliğine başvurularak yapılması gerekmekte birlikte, başka bir ülkedeki Türk dış temsilciliğine müracaatla da tescil ettirilebilir. Evliliğin gerçekleştiği ülkenin dışında, başka bir ülkedeki Türk temsilciliğine yapılacak evlilik bildirimi başvurularında izlenecek yöntem, evliliğin gerçekleştiği ülkenin Milletlerarası Ahvali Şahsiye Komisyonu'nun 1976 tarihli *Çok Dilde Nüfus Kayıt Örnekleri Verilmesine İlişkin XVI No'lu Sözleşmesi*'ne⁷⁴³ taraf olup olmadığına göre farklılık göstermektedir. Evlilik, sözleşmeyi onaylamış herhangi bir ülkenin yerel makamı huzurunda gerçekleştirilmişse, vatandaşlarımızın tescil başvurusunun alınmasında ülke ayırımı gözetilmez. Ancak evliliğin anılan sözleşmeyi onaylamamış bir ülkenin yetkili makamı huzurunda gerçekleşmiş olması hâlinde, ibraz edilen evrak, doğruluğunun tespiti ve evliliğin tescili için bildirimde bulunmak üzere, evliliğin gerçekleştiği ülkedeki ilgili Türk Dış Temsilciliğine gönderilir⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰ Güral, 173; Sayman, 168; Çelikel/Erdem, 236; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 180; Doğan, 291.

⁷⁴¹ Yargıtay 2. HD. , E. 5498, K. 5784, T. 3.6.1986; Yargıtay 2. HD., E. 1993/2449, K. 1994/189, T. 30.3.1994 (Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı); tescilin geçerlilik şartı olmadığına dair kararlar için bkz. Gülören Tekinalp, “Türk Hukukunda MÖHUK’tan İtibaren Milletlerarası Aile Hukukundaki Gelişmeler”, *Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, 775.

⁷⁴² Doğan, 292; Akıncı/Demir Gökyayla, 24.

⁷⁴³ R.G: 12.9.1984 – 18513. Taraf devletlerin listesi için bkz. <https://www.nvi.gov.tr/PublishingImages/Lists/PageContents/EditForm/No%2016.doc>.

⁷⁴⁴ <https://www.konsolosluk.gov.tr/Procedure/ShowProcedureDetail/?procedureId=3&procedureDetailId=5018>

3.3.2.2.6. Konsolosluk Evlilikleri

Konsolosluk evlenmeleri, yabancı ülkede bulunan konsolosluklarda veya büyükelçiliklerde, konsolos, elçi veya yetkili büyükelçilik veya konsolosluk memurunun tabi olduğu ülkeden aldığı yetkiyle, kendi vatandaşları veya vatandaşı ile bir yabancı arasında bizzat anılan kişiler tarafından veya huzurunda, gönderen devletin binasında ve bu devletin hukukuna uygun yapılan evlilikleri ifade etmektedir⁷⁴⁵.

3.3.2.2.6.1. Genel Olarak

Yabancılık unsuru içeren evlenmelerin şekline, kural olarak, evliliklerin yapıldığı ülke hukukunun uygulanması esastır. Ancak bu genel kurala, konsolosluk evlilikleri açısından istisna getirilmiştir⁷⁴⁶. Zira kişiler, bulundukları ülkelerde, mensubu oldukları ülkenin diplomatik temsilciliklerinde evlenmek isteyebilirler. Bu evliliklerde, konsolosun⁷⁴⁷ görev yaptığı devletin şekil kuralları değil, konsolosu gönderen devletin şekil kurallarına uyulması gerekmektedir⁷⁴⁸.

Müstakbel eşler, yerel makamlar yerine konsoloslukta evlenmeyi tercih edebilir. Bu tercihin nedeni, konsolosluk evliliklerinin taraflara kendilerini dil ve kültür bakımından daha yakın buldukları bir ortamda, milli hukuklarının öngördüğü biçime uygun bir evliliği gerçekleştirme olanağı sağlamasıdır. Diğer taraftan, bu evliliklerin, kişinin vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devlet tarafından tanınmasına gerek olmaması da bir tercih nedenidir⁷⁴⁹.

Görüldüğü üzere, konsolosluk evlilikleri, evlenmelerin şekline LRA kuralının uygulanmasının istisnasını teşkil etmektedir⁷⁵⁰. Örneğin, İtalya'daki Türk konsolosluğunda yapılan evlenmelerin şekline, Türk hukuku uygulanmakta ve aynı

⁷⁴⁵ Sayman, 169; Cansu Akgün, “Konsolosluk Evlenmelerinin Şekline Uygulanacak Hukuk”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, XXI(3), 112-113; Ernst Rabel, “The Conflict of Laws, A Comparative Study, Volume: 1, Introduction: Family Law”, Second Edition, Michigan Legal Publications, Michigan 1958, 220.

⁷⁴⁶ Rona Aybay, *Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2009, 218.

⁷⁴⁷ Konsolosluk evlenmelerinde yetkili memur, misyon şefi olan büyükelçi ve başkonsolosun yanı sıra Dışişleri Bakanlığının konsolosluk işlerini yürütmek amacıyla yetki vereceği görevlilerdir. Fahri konsolos ve fahri başkonsolosların evlendirme yetkisi yoktur.(Evl. Yönt. madde 10)

⁷⁴⁸ Doğan, 293; Akıncı/Demir Gökyayla, 21.

⁷⁴⁹ Aybay, 219.

⁷⁵⁰ Aybay, 218; Ökçün, 212.

şekilde Türkiye’de bulunan İtalya konsolosluğunda yapılan evliliklerin şekline de Türk hukuku değil, İtalyan hukuku uygulanacaktır.

Evlilik ilişkisinin, özel hukuk yanında kamu hukukunu ve kamu düzenin de ilgilendiren yönü dolayısıyla, devletler, konsoloslarına evlendirme yetkisi verirken veya kendi sınırları içerisindeki konsolosların evlendirme yetkisini tanıırken oldukça dikkatli davranmaktadırlar. Zira memurların yapacağı bir hata, çok eşliliğe, evliliğin iptaline veya tanınmamasına neden olabilir⁷⁵¹.

3.3.2.2.6.2. Şartları

Konsolosluk evlenmelerinin gerçekleştirilmesi için yetki ve taraflara ilişkin bazı şartların mevcudiyeti aranmaktadır.

Bu şartlar, gönderen devlet tarafından konsolosuna evlendirme yetkisinin verilmesi, konsolosun evlendirme yetkisinin görev yaptığı devlet tarafından tanınmış olması, evlenmenin gönderen devletin hukukuna uygun bir şekilde yapılması ve evlenen kişilerden en az birinin, konsolosu gönderen devletin vatandaşı olmasıdır⁷⁵².

Konsolosların evlendirme yapabilmesi, ilk olarak çifte yetkilendirmeye bağlıdır. Bunun anlamı, hem gönderen hem de konsolosun görev yaptığı ülkede, konsolosların, evlendirme yetkisinin kabul edilmesidir⁷⁵³.

3.3.2.2.6.2.1. Gönderen Devletin Yetki Vermesi

Konsoloslar, kendilerini gönderen devletin resmî memurları olduklarından, görev alanları ve yetkileri bu devletlerin iç hukuku ile belirlenmektedir⁷⁵⁴. O nedenle bir konsolosun evlendirme yetkisi, ancak iç hukukta konsolosa bu yetkinin tanınmasına bağlıdır.

⁷⁵¹ Akgün, 112; Gotthard Jaeschke, “Türk Hukukunda Evlenme Akdinin Şekli”, Çev: Necmettin Berkin, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 19(1-2), 1953, 408.

⁷⁵² Nomer ve Şanlı, 253; Sayman, 170; Aybay, 220; Doğan, 290; Akgün, 117.

⁷⁵³ Doğan, 293; Sayman, Evlenmenin Kuruluşu, 179.

⁷⁵⁴ Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Güncellenmiş 7. Baskı, Bata Basım, 2013 İstanbul, 255.

Konsoloslara evlendirme yetkisi Türk hukukunda, ilk kez 1927 yılında bir *Bakanlar Kurulu Kararı* ile verilmiştir⁷⁵⁵. Günümüzde ise yetkinin dayanağını Evlendirme Yönetmeliği teşkil etmektedir.

Yurt dışında mahalli mevzuatın kabul etmiş olması şartı ile evlendirme memurluğu yetki ve görevi, yurt dışında, bu yetkinin mahalli mevzuat ile tanınması şartı ile misyon şefi olan büyükelçi ve başkonsolosun yanı sıra Dışişleri Bakanlığının konsolosluk işlerini yürütmek amacıyla yetki vereceği görevlilere aittir ve fahri konsolosların evlendirme yetkisi yoktur (Evl. Yönt. madde 10). Ayrıca, Türkiye'nin de taraf olduğu Yabancı Ülkelerde Yapılan Evlenme Merasiminin Kolaylaştırılması Hakkındaki Sözleşme, bu konuda kolaylaştırıcı hükümler içermektedir⁷⁵⁶.

Öte yandan *Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesinde*⁷⁵⁷, konsolosun görevleri arasında, *noter ve kişi hâlleri memuru sıfatıyla hareket etmeyi, benzeri görevleri, kabul eden devletin hukukuna aykırı olmamak kaydı ile görev yapma yetkisi* sayılmaktadır (madde 5/f). Adı geçen hükümde, konsolosun evlendirme yetkisinden açıkça bahsedilmiş olmamakla birlikte, “kişi hâlleri memuru ve benzeri görevleri yapma” ibaresinin, evlendirme memurluğunu da kapsadığı kabul edilmektedir. Ancak hükmün devamı ile birlikte yorumlanarak, kabul eden devletin kanunlarına aykırı olmamak koşuluyla bu görevi icra edebilecekleri gözden kaçırılmamalıdır⁷⁵⁸.

Konsolosun evlendirme yetkisi, Türk hukukunda olduğu gibi, genel bir kurala veya gönderen devlet ile kabul eden devlet arasındaki bir milletlerarası antlaşmaya⁷⁵⁹ dayanıyor olabilir. Ancak evlendirme yetkisi veren genel bir kural veya bir milletlerarası antlaşma yoksa evlenme, yapıldığı ülkede geçerli bir evlilik olarak kabul edilemeyecektir. Gönderen devlet bakımından da geçersiz sayılan bu evlilikler, kabul eden devlet de dâhil, başka devletlerde de geçersiz kabul edilmektedir⁷⁶⁰.

⁷⁵⁵ Eski Türkçe metin için bkz. <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/67>. Sayman, 171; Ökçün, 213; Jaeschke, 401; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 182.

⁷⁵⁶ RG: 22.12.1967-12783.

⁷⁵⁷ RG: 29.05.1975-15249.

⁷⁵⁸ Aybay, 221; Çelikel/Erdem, 237.

⁷⁵⁹ Türkiye ile aralarındaki konsolosluk sözleşmeleri ile konsoloslarına evlendirme yetkisi veren devletlerden bazıları şunlardır: Türkiye-Almanya (RG: 01.03.1952-8100), Türkiye-Suriye (RG: 18.01.1987-19345), Türkiye-Çin (RG: 15.05.1991-20846). Sözleşmeler için bkz. Çelikel/Şanlı/Öztekin/Erdem/Ataman/Giray, 975-vd.

⁷⁶⁰ Çelikel/Erdem, 237; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 183; Akgün, 118-119.

Devletlerin, konsolosların evlendirme yetkisi konusunda, üç şekilde hareket ettiği görülmektedir:

Buna göre bir kısım devletler, konsoloslarına bu yetkiyi tanımamaktadır. Örneğin, ABD, Kanada, Avustralya ve Japonya devletleri konsoloslarına evlendirme yetkisi tanımamaktadır⁷⁶¹.

Bir kısım devletler ise belirli şartlarla konsoloslarına evlendirme yetkisi tanımaktadırlar. Örneğin, İngiltere’de⁷⁶², İngiliz konsolosun, özel bir yetkiyle donatılmış olması, evleneceklerden en az birinin Britanya vatandaşı olması, kabul eden devletin evlenmeye itiraz etmemesi, taraflardan her birinin kendi ülkesinde bu evliliğin geçerli olması ve son olarak da kabul eden devlet yasalarının tarafların evlenmesi için yeterli olanak sağlamamış olması şartları aranmaktadır⁷⁶³. Fransa⁷⁶⁴ ve İsviçre⁷⁶⁵ gibi bazı devletler de ancak milletlerarası antlaşma hükümleri gereğince konsolosluklarına evlendirme yetkisi tanımaktadırlar⁷⁶⁶.

3.3.2.2.6.2.1. Kabul Eden Devletin Yetkiyi Tanınması

Konsolosların kendi devletlerince tanınan evlendirme yetkisini kullanabilmeleri, kabul eden devletin bu konudaki rızasına bağlanmaktadır. Zira konsoloslar, yabancı bir devletin ülkesinde görevlerini yerine getirmektedirler. Bu yabancı devlet, egemenlik

⁷⁶¹ Aybay, 221; Gizem Ersen, *Yabancıların Evlenme Hakkı*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007, 97.

⁷⁶² İngiltere yabancı evlilik kanunu madde 3 hükmü için bkz. [https://media.sclqld.org.au/documents/digitisation/v11_pp247-256_Marriage%20And%20Divorce_Foreign%20Marriage%20Acts,%201892%20to%201947%20\(Imperial\).pdf](https://media.sclqld.org.au/documents/digitisation/v11_pp247-256_Marriage%20And%20Divorce_Foreign%20Marriage%20Acts,%201892%20to%201947%20(Imperial).pdf).

⁷⁶³ Travers Twiss, *The Conflict of Marriage Laws*, Law Mag. & Rev. Quart. Rev. Juris. & Quart. Dig. All Rep. Cases, vol. 8, 1882-1883, 3-4.

⁷⁶⁴ Fransa yabancı ülkelerdeki Fransız konsoloslarına bu yetkiyi tanımakta ancak bazı sınırlamalar getirmektedir. Fransız medeni kanunu 170. Madde hükmüne göre, Fransız diplomasi görevlileri veya Fransız konsolosları, sadece cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile belirtilen devletlerde, bir Fransız erkekle yabancı bir kadın arasında evlendirme işlemi yapabilirler. Karşılıklılık esası gereği, Fransa’da, yabancı konsolosluk veya elçilik görevlileri kendi vatandaşlarını, gönderen devletin ulusal hukukuna uygun şekilde evlendirebilirler. Ancak mahkeme içtihatlarından kaynaklanan bu kurala göre, bu tür evlenmelerin Fransız hukukuna geçerli sayılabilmesi için her iki tarafın da, konsolosu gönderen devlet vatandaşı olması gerekmektedir. Fransız Medeni Kanunu için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/.../Code_22.pdf.

⁷⁶⁵ İsviçre’de, “İsviçre’de evlilik merasiminin şekli İsviçre kanunlarına tabidir.” (İsviçre Devletler Özel Kanunu, m. 44/3) hükmünden yola çıkılarak İsviçre’de konsolosluk evlenmelerinin reddedildiğini, ancak bu yönde bir yumuşama olduğu belirtilmektedir. Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 183, dñn. 43; Gñral, 175; Aybay, 221, dñn. 441.

⁷⁶⁶ Aybay, 221.

hakkının doğal sonucu olarak, ülkesindeki yabancı memurların hizmet görmesini kendi rızasına bağlı kılmak istemektedir⁷⁶⁷.

Bu nedenle, bir Türk konsolosunun, yurtdışında evlendirme yetkisini kullanabilmesi, kabul eden devletin bu yetkiyi tanımış olmasına bağlıdır. Kabul eden devlet, konsolosun evlendirme yetkisi için gerekli olan olumlu irade beyanını, genel bir hükümle veya gönderen devlet ile akdedeceği bir antlaşma ile yapabileceği gibi zımni olarak da açıklayabilir. Kabul eden devletin, gönderen devletin konsolosunun ülkesinde yaptığı evlilikleri geçerli sayması zımni bir kabul anlamına gelmektedir⁷⁶⁸.

Yabancı ülke konsolosunun Türkiye’de evlendirme görevini yerine getirmesi, Türk hukukunun buna izin vermesine bağlıdır. Türkiye’de görev yapan yabancı konsolosların evlendirme yetkisi, Evlendirme Yönetmeliği ile ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir.

Görüldüğü üzere, konsolosu gönderen devlet, konsolosuna evlendirme yetkisi vermişse ve kabul eden devlet de konsolosların evlendirme yetkisini kabul etmekte ise konsoloslar hem gönderen hem de kabul eden devlet hukukuna göre şeklen geçerli bir evlenme gerçekleştirebilmektedirler⁷⁶⁹. Yalnızca gönderen veya kabul eden ülkenin bu yetkiyi vermesi bir anlam ifade etmemektedir⁷⁷⁰.

Bir diğer ihtimal ise gönderen devletin yetki verdiği, ancak kabul eden devletin bu yetkiyi tanımadığı hâllerde, evliliğin akıbetinin değerlendirilmesi söz konusu olabilir. Bu hâlde, verilen tek taraflı yetkinin, milletlerarası alanda bir etkisinin olmayacağı, kabul eden devlet bakımından geçerli bir evlilik doğmayacağı, ancak gönderen devlet nezdinde geçerli bir evlilik doğabileceği kabul edilmektedir. Uygulamada toplam evlilik olarak isimlendirilen bu evlilikler, üçüncü bir ülkede de hüküm ifade etmemektedir⁷⁷¹.

3.3.2.6.2.2. Gönderen Devletin Şekil Kurallarına Uygunluk

Yabancılık unsuru içeren evliliklerin şekline LRA kuralının uygulanmasının genel kural olduğunu, ancak konsolosluk evlenmelerinin bunun istisnasını teşkil ettiğini daha önce de belirtmiştik. Bu istisnai durum, konsolosluk evliliklerinin şeklinin, gönderen

⁷⁶⁷ Güral, 174; Sayman, 173.

⁷⁶⁸ Sayman, 173; Akgün, 119; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 183.

⁷⁶⁹ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 183.

⁷⁷⁰ Doğan, 293.

⁷⁷¹ Sayman, 174; Akgün, 120-121.

devletin hukukunun aradığı şekil şartlarına uygun olarak yapılması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır. Bir diğer ifadeyle, konsolosluklarda yapılan evliliklerde, evliliğin yapıldığı ülke hukukunu şekil kurallarına değil, konsolosun bağlı olduğu devletin şekil kurallarına uyulmaktadır⁷⁷².

Böylelikle taraflar, tıpkı vatandaşı oldukları devletin resmî makamları önünde evlenmiş gibi, gönderen devlette ayrıca evliliklerinin tanınmasına gerek kalmamaktadır⁷⁷³. Bu durumun diğer bir sonucu da kabul eden devletin, evlenmenin şekli koşulları bakımından kendi maddi hukuk kurallarına uyulmadığı gerekçesiyle, evliliği tanımaktan kaçınamayacağıdır⁷⁷⁴.

3.3.2.2.6.2.3. Taraflara İlişkin Şartlar

Konsoloslar, genel olarak, kendilerine verilmiş olan yetkiye göre biri veya her ikisi de kendi devlet vatandaşı olan kişiler arasında evlendirme yetkisini haizdir⁷⁷⁵. Bu konuda *mutad (geleneksel)* ve *liberal sistem* olmak üzere, iki farklı görüş bulunmaktadır⁷⁷⁶.

Bu bağlamda aşağıda, Türk konsolosluklarında ve Türkiye’de bulunan yabancı konsolosluklarda kabul edilen sistem tespit edilmeye çalışılacaktır.

Mutad sisteme göre, konsolosluklarda evlenen kişilerden her ikisinin de konsolosu gönderen devlet vatandaşı olması gerekmektedir. Bu sistem çerçevesinde gerçekleştirilen evliliklerde, tarafların her ikisine de evlenmenin hem maddi hem de şekli şartları bakımından gönderen devletin, iç hukuk hükümleri uygulanmaktadır⁷⁷⁷.

Brezilya, Haiti ve Dominik Cumhuriyeti ile Fransa⁷⁷⁸ bu sistemi uygulamaktadırlar⁷⁷⁹.

⁷⁷² Sayman, 178; Aybay, 22; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 178; Doğan, 293; Akgün, 123.

⁷⁷³ Akgün, 123; Ersen, 94.

⁷⁷⁴ Akgün, 124; Ersen, 99.

⁷⁷⁵ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 184.

⁷⁷⁶ Bir kısım yazarlar mutad sistemin liberal sisteme göre daha çok ülke tarafından kabul edilip uygulandığı görüşünde olmakla beraber, Akgün, 117; Güral, 175, diğer bir kısım yazarlar ise çok taraflı milletlerarası sözleşmelerden de yola çıkarak liberal sistemin ağır bastığını savunmaktadır. Sayman, 183. İtalya dışında diğer tüm devletlerle imzalanan ikili sözleşmelerde mutad sistemin benimsendiği görülmektedir. Şensöz Malkoç, 725, dpn.54. Türk hukukunda çoğunluk mutad sistem lehinedir. Göğer, *DHH*, 178; Seviğ, *Kanunlar İhtilâfı*, 69.

⁷⁷⁷ Sayman, 182; Aybay, 220; Akgün, 117; Ersen, 100.

⁷⁷⁸ Bkz. dpn. 537.

⁷⁷⁹ Ersen, 100; Luke T. Lee/ John Quigley, *Consular Law And Practice*, Third Edition, Oxford University Press 2013, 250.

Liberal sisteme göre ise, konsoloslar, evliliğin taraflarından biri gönderen ülke vatandaşı olması, diğeri ise ne gönderen ne de kabul eden ülke vatandaşı olmaması koşullarıyla, ayrı iki ülke vatandaşını evlendirme yetkisine sahiptirler⁷⁸⁰.

Bu tanımdan şu iki sonuç çıkarılabilir: gönderen devlet vatandaşı olmayan tarafın kabul eden devlet vatandaşı da olmaması gerekir ve konsoloslar hiç biri kendi uyruğunda olmayan kişileri evlendirme yetkisine sahip değildir⁷⁸¹.

Kabul eden devletin kendi vatandaşının, kendi ülkesindeki yabancı bir konsoloslukta yapacağı evliliği tanınması egemenlik hakkını zedeleyebileceğinden, gönderen devletin vatandaşı olmayan tarafın, kabul eden devletin de vatandaşı olmaması gerekmektedir. Bu kişiler ancak kabul eden devletin resmî makamları önünde evlenebilmektedirler⁷⁸².

Liberal sisteme örnek vermek gerekirse, A devletinde görev yapan B devleti konsolosu, B devleti ve C devleti vatandaşlarını evlendirebilmektedir. Evlilik, B devleti vatandaşı için, hem şekil hem de maddi şartlar bakımından, B devleti kanunlarına tabiyken, C devleti vatandaşı için yalnız şekil olarak B devletinin hukukuna tabidir⁷⁸³.

Liberal sistemi uygulayan ülkelere Danimarka, Portekiz, Almanya ve İngiltere gibi devletler örnek gösterilebilir.⁷⁸⁴

Türk hukukunda kabul edilen sistem ise Türk konsolosları ve Türkiye’de görev yapan yabancı konsoloslar açısından ayrı ayrı incelenmelidir.⁷⁸⁵

3.3.2.2.6.2.3.1. Yabancı Konsolosluklarda

Yabancı konsolosluklarda gerçekleştirilen evlenmelerde taraflara ilişkin şartlar, Türkiye’de bulunan yabancı konsolosluklar ile yurtdışında bulunan yabancı konsolosluklar bakımından ayrı ayrı ele alınarak değerlendirilecektir.

⁷⁸⁰ Aybay, 220; Akgün, 116.

⁷⁸¹ Aybay, 220; Berki, 66.

⁷⁸² Sayman, 183; Aybay, 220; Akgün, 116; Ersen, 100.

⁷⁸³ Örnek için bkz. Ersen, 100.

⁷⁸⁴ Lee/Quigley, 251.

⁷⁸⁵ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 184.

3.3.2.2.6.2.3.1.1. Türkiye’de Bulunan Yabancı Konsolosluklarda

Türkiye’de bulunan yabancı konsolosluklar, yukarıda sayılan şartları yerine getirmiş olmak kaydıyla, kendi vatandaşlarını evlendirebilmektedir.

Türkiye’deki konsolosluklarda evlenecek yabancıların durumu, *“Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde evlenme yapabilecekleri gibi yetkili Türk makamları önünde de evlenebilirler”* denilmek suretiyle düzenlenmektedir (Evl. Yönt. 12/2)⁷⁸⁶.

Hükümden de anlaşıldığı üzere, yabancı konsolosların Türkiye’de evlendirme yetkileri bakımından mutad sistem kabul edilmektedir. Ancak bu hükme rağmen, Türkiye’nin yapacağı ikili veya çok taraflı sözleşmelerle, yabancı konsolosların Türkiye’de evlendirme yetkisinde benimsenen mutad sistemin yumuşatılabildiği görülmektedir⁷⁸⁷.

Bu konuda İtalya ve Bulgaristan ile Türkiye arasındaki konsolosluk sözleşmeleri örnek verilebilir⁷⁸⁸. Sözleşmelerde liberal sistem benimsenmiş ve taraflardan birinin İtalyan veya Bulgar olması diğerinin ise Türk vatandaşı olmaması koşuluyla, Türkiye’de bulunan İtalya ve Bulgaristan konsoloslarının gerçekleştirdikleri evlilikler, geçerli kabul edilmektedir. Bu iki ülke dışında, Türkiye’nin imzalamış olduğu konsolosluk antlaşmalarının hepsinde⁷⁸⁹ devletler, konsoloslarına yalnızca kendi vatandaşlarını

⁷⁸⁶ 1985 Evlendirme Yönetmeliği öncesi dönemde, yabancı konsolosların Türkiye’de evlendirme yetkisi ile alakalı herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Onun yerine uygulamada, evlendirme yetkisinin kullanılması bu konuda milletlerarası sözleşme akdedilmiş ülke vatandaşlarına tanınmaktaydı. Bu konuda Yargıtay 2. HD’nin E. 6837, K. 3705, 21.09.1946 tarihli kararı ve yorumu için bkz. Sayman, 184; Aybay, 225.

⁷⁸⁷ Sayman, 183.

⁷⁸⁸ Türkiye- Bulgaristan (RG: 16.07.1953-14569), Türkiye-İtalya (RG: 07.04.1931-1768).

⁷⁸⁹ Şensöz Malkoç, 725, dpn. 54; Türkiye ile Almanya (m.18); Afganistan; Arnavutluk (m.36/1), Azerbaycan (m.37/b), Belçika (m.38/d), Bulgaristan (m.28/f), Bosna-Hersek (Türkiye-Yugoslavya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi m.30), Cezayir, Çek Cumhuriyeti (m.31/1/c), Çin (m. 10/4), Gürcistan (m.37/b), Hırvatistan (Türkiye-Yugoslavya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi m.30), Kazakistan (m. 37/b), Kırgızistan (m.37/b), Libya (m.34/8/b), Litvanya (m.37/b), Lübnan (m. 37/1/b), Makedonya (Türkiye-Yugoslavya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi m.30), Mısır (m.35/8/b), Moldova (m.37/1/b), Özbekistan (m.37/1/b), Polonya (m.36/1), Romanya (m.14/2), Rusya Federasyonu (Türkiye- SSCB Arasında Konsolosluk Sözleşmesi m.37/1/b), Sırbistan (Türkiye-Yugoslavya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Arasında Konsolosluk Sözleşmesi m.30), Karadağ (m.12/4) (R.G. T. 23.06.2017-S.30105/1), Slovakya (m.31/1/c), Suriye (m.36/b), Tunus (m.35/8/b), Türkmenistan (m.37/b), Ukrayna (m. 8/4) gibi ülkeler arasında yapılan konsolosluk sözleşmelerine göre, evlenecek kişilerden her ikisinin de konsolosu gönderen devlet vatandaşı olduğu durumlarda, konsolosların evlendirme yetkisi vardır. Türkiye’nin taraf olduğu iki taraflı konsolosluk sözleşmeleri için bkz. Çelikel/Şanlı/Öztekin/ Erdem/Ataman/Giray, 575-1319. Ayrıca bkz. http://www.adalet.gov.tr/genelgeler/genelge_pdf/71-1.pdf (Erişim tarihi: 27.11.2017).

evlendirme yetkisi tanımaktadırlar⁷⁹⁰. Bu yetkiyi aşarak yapılan evlilikler, tarafların hukukuna göre geçerli sayılsa bile, Türk hukuku bakımından şeklen geçersiz kabul edilmektedir⁷⁹¹. Örneğin, Türkiye’de bulunan Azerbaycan konsolosluğunda evlenen Azeri ile Gürcü vatandaşlarının evlilikleri Türkiye’de geçersiz kabul edilmektedir.

Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’nin iç hukukumuzda yaptığı atıfla, Türkiye ile İtalya ve Bulgaristan dışındaki diğer devletler arasında imzalanan konsolosluk antlaşmalarının ilgili hükümleri ve Evlendirme Yönetmeliği’nin 12. maddesi, konsoslara sadece her ikisi de kendi vatandaşı olan kişileri evlendirme yetkisi tanımaktadır⁷⁹².

Türkiye’de gerçekleştirilen konsolosluk evlenmelerinin şekli, gönderen devletin hukukuna tabidir. Dolayısıyla, milli hukukları dinî şekilde evlenmeye müsaade eden ülke vatandaşları, konsolosluklarında ve konsolos memurları önünde dinî şekilde evlenebilmektedirler⁷⁹³.

3.3.2.2.6.2.3.1.2. Yurtdışında Bulunan Yabancı Konsolosluklarda

Konsolosluk evlilikleri kapsamında ayrıca, Türk vatandaşlarının, yurtdışında Türk konsolosluğu dışında başka bir konsoloslukta evlenmek istemesi durumu da özellikle değerlendirilmelidir, zira bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bir Türk vatandaşı ile bir Fransız’ın, Almanya’daki Fransa konsolosluğunda evlenmesi ihtimalinde, Alman ve Fransız hukuklarının bu yetkiyi tanımış olmaları karşısında, Türk hukukunda bu evliliğin geçerliliğinin değerlendirilmesi tartışmaya neden olabilir.

Evlendirme Yönetmeliği madde 11/1 hükmüne göre, yurtdışında evlenecek Türk vatandaşlarının evlenme yeri hukukuna göre evlenmeleri geçerli kabul edilmektedir. Bu nedenle, Fransa konsolosluğunda yapılan evliliğin Türk hukukunda da geçerli kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁹⁴.

⁷⁹⁰ Çelikel/Erdem, 235; Doğançün, 138; Akgün, 127.

⁷⁹¹ Nomer/ Şanlı, 245.

⁷⁹² Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 312; Şensöz Malkoç, 719.

⁷⁹³ Sayman, 178; Akgün, 127.

⁷⁹⁴ Çelikel/Erdem, 238.

3.3.2.2.6.2.3.2. Türk Konsolosluklarında

Türk konsoloslarının yurtdışında evlendirme yetkisi, Evlendirme Yönetmeliğinin 10. madde hükmü ile şu şekilde düzenlenmektedir: “*Yurt dışında mahalli mevzuatın kabul etmiş olması şartı ile evlendirme memurluğu yetki ve görevi; yurt dışında, bu yetkinin mahalli mevzuat ile tanınması ve eşlerden ikisinin de Türk vatandaşı olması şartı ile; misyon şefi olan büyükelçi ve başkonsolosun yanı sıra Dışişleri Bakanlığının konsolosluk işlerini yürütmek amacıyla yetki vereceği görevlilere aittir.*”

Yönetmeliğin 10. maddesiyle, Türk konsolosluklarında evlenecek kişilere ilişkin bir sınırlama getirilmekte ve eşlerden her ikisinin de Türk vatandaşı olması aranmaktadır. Hükmün 2006 yılında değiştirilmesinden⁷⁹⁵ önce herhangi bir açıklık bulunmaması nedeniyle, Türk konsoloslarının kimler hakkında evlendirme yetkisini haiz olduğu doktrinde tartışılmaktaydı. Değişiklikten önce, konu hakkında doktrindeki görüşler aşağıdaki şekildedir:

Tekinalp ve Nomer/Şanlı, Türk konsoloslarının, taraflardan ikisinin de Türk vatandaşı olduğu evliliklerin yanı sıra, kabul eden devletin milli hukukunun izin vermesi koşuluyla taraflardan en az birinin Türk vatandaşı olduğu evlilikleri de gerçekleştirebileceğini savunmaktaydılar⁷⁹⁶.

Sayman ve Ökçün ise Türk konsoloslarının, Türk vatandaşları ile bir yabancı arasındaki evlenmelerde yetkili ve görevli olduğunu belirten açık bir hüküm olmamasına rağmen, bunu açıkça engelleyen bir düzenlemenin de bulunmamasından yola çıkarak liberal sistem lehine bir görüş bildirmiştir. Neticede Türk konsoloslarının, bir Türk ile kabul eden devlet vatandaşı olmayan bir yabancı arasında gerçekleştirdikleri nikâhın Türk hukuku bakımından kabul olacağını ileri sürmüşlerdir⁷⁹⁷.

Aybay ise Türk konsolosunun evlendirme yetkisinin, kural olarak, sadece Türk vatandaşları için geçerli olduğunu ve bu evliliklerin zaten istisnai nitelikte olduğundan yola çıkarak, evliliklerin uygulama alanının dar yorumlanması gerektiğini savunmuştur.

⁷⁹⁵ RG:8.12.2006-26370. değişiklikten önce evlendirme yönetmeliği madde 10 hükmü şu şekildedir: “*Yurtdışında mahalli mevzuatın kabul etmiş olması şartıyla evlendirme memurluğu yetki ve görevi konsolos ve başkonsoloslara aittir.*”

⁷⁹⁶ Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 3. Bası, Beta Basım, İstanbul 1986, 141; Ergin Nomer/Cemal Şanlı, *Devletler Hususi Hukuku*, 14. Bası, Beta Basım, İstanbul 2006, 244.

⁷⁹⁷ A. Gündüz Ökçün, “Türk Konsoloslarının Evlendirme Yetkisi”, *Milletlerarası Hukuk Yazıları*, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1998, 275; Sayman, 184.

Yani, konsolosların sadece iki Türk vatandaşını evlendirebileceği kuralından ancak uluslararası sözleşmeler gereğince vazgeçilebileceğini ileri sürmüştür⁷⁹⁸.

Mevcut düzenlemede, Türk konsoloslarının evlendirme yetkisi bakımından, tıpkı Türkiye’de görev yapacak yabancı konsoloslar için olduğu gibi, mutad sistemin benimsendiği söylenebilir. Zira Yönetmeliğin açık hükmü karşısında, Türk konsoloslarının yalnızca iki Türk vatandaşı arasındaki nikâh işlemlerini gerçekleştirebileceği kabul edilmektedir. Ancak burada da Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler göz önünde bulundurularak istisnai durumların olabileceği kabul edilmektedir⁷⁹⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türk konsolosları, evlendirme yetkisini kullanmasına müsaade etmeyen bir devlette evlendirme işlemini gerçekleştirmişse, yapılan bu evlilik Türk hukukuna göre geçerli olmakla birlikte, kabul eden devlette ve muhtemelen diğer devletlerde hükümsüz sayılacaktır⁸⁰⁰.

3.3.2.2.7. Çok Vatandaşlık Durumunda Evlilik

Birden çok devlet vatandaşlığına sahip olan kişilerin evliliklerinde hangi vatandaşlıklarının dikkate alınacağı da sorun doğurabilecek bir konudur⁸⁰¹. Zira Türk vatandaşlarının aynı anda birden çok devlet vatandaşlığında bulunması mümkündür (TVK madde 3/1-b).

Bu sorunun giderilmesi ve uygulanacak kanunun belirlenmesi amacıyla her devletin kendi vatandaşlığına öncelik tanınması, genel ilke olarak benimsenmektedir. Örneğin, kişi, hem A hem de B devleti vatandaşı ise, A devleti için A devletinin, B devleti içinse B devletinin vatandaşı sayılmaktadır⁸⁰².

Özellikle konsolosluk evliliklerinde, hangi devletin kanunlarının uygulanacağını tespit edilmesi gerekmektedir. Konsolosluk evlenmeleri açısından genel ilke uygulandığında total bir evliliğin ortaya çıkması muhtemeldir. Örneğin, biri Türk diğeri hem Türk hem Belçika vatandaşı olan iki kişinin, Belçika’daki Türk konsolosluğunda

⁷⁹⁸ Aybay, 227.

⁷⁹⁹ Türkiye-İtalya arasındaki 26 Mart 1931 tarihli Türkiye Cumhuriyeti ile İtalya Krallığı Arasında Mün’akit Konsolosluk Mukavelenamesi’nin 18. maddesi uyarınca, konsolosların evlendirme memurluğu yetkisine, evlenecek kişilerden en az birinin konsolosu gönderen devletin vatandaşı olması ve hiçbirinin kabul eden devletin vatandaşı olmaması halinde sahiptir.

⁸⁰⁰ Nomer/Şanlı, 14. Bası, 244; Doğangün, 138; Akgün, 130.

⁸⁰¹ Aybay, 229; Akgün, 130.

⁸⁰² Aybay, 229.

evlenmek istemesi durumunda, evliliğin, Türk hukuku bakımından geçerli, ancak Belçika hukuku bakımından geçersiz sayılması söz konusu olmaktadır⁸⁰³.

Taraflarından birinin aynı zamanda Alman vatandaşı olduğu iki Türk vatandaşının, Almanya'daki Türk konsoloslukunda evlenmek istemesi üzerine, Dış İşleri Bakanlığı, Adalet Bakanlığının da görüşünü alarak Türk dış temsilciliklerine bir Genelge göndermiştir⁸⁰⁴.

Adalet Bakanlığının görüşünün konuyla ilgili kısmı şu şekildedir: *“Türk konsolosluklarının Almanya Federal Cumhuriyetinde nikâh akdi yapma yetkileri bulunmaktadır. Ancak bu yetki tarafların her ikisinin de Türk vatandaşı olmaları hâline münhasırdır. Taraflardan birisinin hem Türk ve hem Alman olarak çifte uyruklu olması hâlinde ise, Konsoloslukların evlenme akdi yapmaları mümkün olmakla ve bu tür evlenmeler Türk hukukuna göre geçerli olmakla beraber, bu evlenmeler mahalli devlet tarafından kabul edilmemektedir. Bu durumda taraflardan birisinin çifte uyruklu olması hâlinde evlenme akdinin konsolosluklarca yapılmayarak, söz konusu “locus regit actum” kuralı gereğince mahalli şekle uygun olarak evlendirme memurlukları önünde yapılması uygun olacaktır.”*

Bu görüşe binaen Dış İşleri Bakanlığının görüşü de şöyledir: *“Adalet Bakanlığımız mütalaası uyarınca, evlenmek maksadı ile Başkonsolosluklara yapılan müracaatlarda, taraflardan birinin Türk vatandaşlığı yanında Alman da dâhil başka bir devletin daha vatandaşı olduğunun tespiti hâlinde, evlenme akdinin yapılmayarak bu gibi çifte uyrukluların yetkili mahalli makamlar önünde evlenmelerinin teminini rica ederim.”*

Aybay'a göre, böyle bir durumda konsolos, evlendirme işleminden kaçınamayacağı için, konsolosların evlenmek isteyen taraflara, evliliklerinin Türk hukuku bakımından geçerli olsa dahi Alman hukukunda tanınmayacağı uyarısında bulunmaları gerekmektedir. Doktrinde bu görüşe ek olarak, şahsın hukukuna ilişkin işlemlerin, özellikle, evlenmelerin eşlerden her ikisinin de vatandaşı olduğu devletler bakımından geçerli kabul edilmesi ve hukuki sonuç doğurması son derece önem arz ettiğinden, çifte

⁸⁰³ Akgün, 130-131.

⁸⁰⁴ 25 Mart 1981 tarihli ve 522/3/1623 GEN.59 sayılı yazısıyla Almanya'daki Başkonsolosluklara iletilen Genelge metni bulunamadığından, aynen Aybay, 230-231'den aktarılmıştır.

vatandaşların evlendirme işlemlerini yetkili makam önünde yapmak üzere yönlendirilmesinin daha uygun olduğu sonucuna varılmaktadır⁸⁰⁵.

3.3.2.2.8. Vatansızların ve Mültecilerin Durumu

Vatansız, mülteci, şartlı mülteci gibi özellik arz eden diğer yabancılar, konsolosluk evlenmelerinden yararlanamamaları nedeniyle, ancak bulundukları ülkenin yetkili makamları önünde evlenebilirler.

İkamet izni alarak Türkiye’de bulunanlar dışında, 2013 tarihli 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁸⁰⁶ kapsamındaki yabancılardan, vatansız, mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma statüsünde bulunanlar ve uluslararası koruma başvuru sahipleri ile geçici koruma kapsamına alınan yabancıların müracaatları, evlendirme memurları tarafından kabul edilir.

Bu kişilerin evlenme manilerinin bulunup bulunmadığı, il göç idaresi müdürlüklerince tutulan dosyalarındaki bilgi ve belgelere göre, il göç idaresi müdürlüklerince tespit edilerek evlenme ehliyet belgesi düzenlenir. İl göç idaresi müdürlüklerince düzenlenen evlenme ehliyet belgelerine göre yapılan evliliklere ilişkin evlenme bildirimi, il göç idaresi müdürlüğüne yapılmaktadır (Evl Yönt. madde 13).

Yukarıda da belirtildiği üzere, konsolosların evlendirme yetkisi, taraflardan en az birinin gönderen devletin vatandaşı olması şartına bağlanmaktadır. Bu hâlde vatansızların, vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu bir devlet olmadığı için, mültecilerin ise vatandaşlık bağı ile bağlı oldukları devlet ile aralarında sorunlar bulunması nedeniyle konsolosluklar önünde evlenmeleri mümkün gözükmemektedir⁸⁰⁷.

3.3.2.2.9. Aynı Cinsiyetten Kişilerin Kayıtlı Hayat Ortaklığı

Aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığı ile yine bu kişilerin evliliklerinin şekline uygulanacak hukuk, kanaatimizce, bu kategoride değerlendirilmelidir. Her ne kadar Türk hukukunda bu tür birlikteliklerin kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşma olasılığı yüksek olsa da, dünyada yaklaşık yirmi sekiz ülkede konu ile ilgili yasal

⁸⁰⁵ Şensöz Malkoç, 729.

⁸⁰⁶ R.G: 11. 04. 2013- 28615.

⁸⁰⁷ Ersen, 91.

düzenleme olduğu göz ardı edilemez⁸⁰⁸. Bu nedenle zaman içerisinde Türk hukukunda da bu tür birlikteliklere ilişkin kanunlar ihtilafı problemlerinin doğması muhtemeldir⁸⁰⁹. Zira Türk hukukunda yasal düzenlemenin bulunmaması, bir Türk vatandaşı ile bir Alman vatandaşının Almanya’da bu tür bir birlikteliğe engel olamayacaktır.

İsviçre hukukunda, aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklığını düzenleyen kanunun kabulünden sonra İsviçre Devletler Özel Kanununda da değişiklik yapılmış ve kayıtlı hayat ortaklığına ilişkin yeni hükümler eklenmiştir⁸¹⁰. Bu hükümlere göre, İsviçre’de kurulmuş bir kayıtlı hayat ortaklığının şekli şartlarına evliliğin şekline uygulanacak hukuk kuralları kıyasen uygulanacak ve hayat ortaklığı İsviçre hukukuna tabi tutulacaktır⁸¹¹.

Belçika hukukunda ise, İsviçre hukukundan farklı olarak, tescil yeri bağlama noktası kabul edilmiştir. Nitekim kayıtlı hayat ortaklığı ilişkisinin şekli şartları hakkında ilk tescil yeri hukukunun yetkili olduğu düzenlenmiştir⁸¹². Kayıtlı hayat ortaklığının tescil yeri hukukuna tabi tutulmasının, hukuki işlemlerin şekli hakkında geçerli olan işlemin yapıldığı yer hukukunu uygulanması anlamına geldiği ve böylelikle kayıtlı hayat ortaklığının kişisel statüye ilişkin bir konu olarak kabul edilmesine karşın, taraf menfaati yerine işlem menfaatinin esas alındığı söylenmektedir⁸¹³.

Böylelikle tescil yeri hukukunun veya evlenmenin şekline uygulanacak hukukun kıyasen uygulanmasıyla tespit edilen hukukun aynı hukuku işaret ettiği söylenebilir. Zira her ikisi de işlemin yapıldığı yer hukukunun uygulanması sonucunu doğurmaktadır.

⁸⁰⁸ Örneğin, İsviçre’de 18.6.2004, Hollanda’da 01.04.2001, Belçika’da 01.06.2003 ve İspanya’da 03.07.2005 tarihlerinde aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklıklarını düzenleyen yasalar kabul edilmiştir. Hatice Selin Pürselim Doğan, “Almanya’da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya’da Bulunan Terekenin Paylaşılması”, *MHB*, 31(1), 2011, 244-245.

⁸⁰⁹ Mustafa Dural, “İsviçre’de Eşcinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi”, *E-Journal Of Yasar University* (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi) Cilt 8, Özel Sayı – 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 927; Nina Dethloff, Çev: Burcu Kalkan Oğuztürk, “Evlatlık ve Velayet Hakkı-Tescil Edilmiş (Kayıtlı) Hayat Ortaklıkları Alanındaki Problemler”, *Küresel Bakış*, 1(1), Nisan 2011, 15.

⁸¹⁰IPRG madde 65/a ve ilgili hükümler için bkz. <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-14c0-11a6-0000-0000115fcc32/PILA.pdf>.

⁸¹¹ Candan Yasan, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2013, 82-84. Zira “İsviçre’de evlilik merasiminin şekli İsviçre kanunlarına tabidir.” (İsviçre Devletler Özel Kanunu, m. 44/3).

⁸¹² Yasan, 88-89.

⁸¹³ Yasan, 88, dpn. 40.

3.3.2.2.10. Evlenmenin Şekli Şartlarını Yerine Getirmemenin Sonuçları

Türkiye’de evlenme ancak TMK, Nüfus Hizmetleri Kanunu, Evlendirme Yönetmeliği ve Türkiye ile diğer devletler arasında akdedilen iki taraflı ve çok taraflı konsolosluk antlaşmaları ile belirlenen yetkili memur veya resmî makamların önünde yapıldığı takdirde geçerli olmaktadır. Bunlar dışında, diğer memur ya da resmî bir makamın huzurunda yapılan evlenmeler hukuken yok hükmündedir.

Evliliğin şekline aykırılığın sonuçları, evliliğin şekline uygulanacak hukuka tabidir⁸¹⁴. Bir başka deyişle, evlenmenin şeklinde mevcut olan eksik ve hataların sonuçlarını, evlenmenin yapıldığı yer hukuku belirlemektedir⁸¹⁵. O hâlde, konsolosluk evlilikleri dışında, Türkiye’de, evlendirmenin, evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmış olması dışında diğer şekil kurallarına aykırılık nedeniyle butlanına karar verilemez⁸¹⁶.

Şekle aykırı konsolosluk evliliklerinin karşılaşılabileceği yaptırımın belirlenmesi bakımından tabi olacağı hukuk hakkında, doktrinde iki farklı görüş olduğunu söylemek mümkündür. Bunlardan ilki, evlenme konsoloslukta yapılmışsa, şekle aykırılığın yaptırımının konsolosun hukukuna göre belirlenmesi görüşünü kabul etmektedir⁸¹⁷.

İkinci görüş ise Türkiye’de yabancı elçilik ve konsolosluklara evlendirme yetkisi veren Evl. Yönt. madde 12/2 hükmünü, emredici nitelikte ve kamu düzeninden kabul ederek, milletlerarası özel hukuk bakımından doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir⁸¹⁸. Hükmün doğrudan uygulanan kural olduğu kabul edildiğinde, Evlendirme Yönetmeliği’nin bu hükmü, evlenmenin geçerliliğine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları devreye girmeksizin, doğrudan somut olaya uygulanabilmektedir⁸¹⁹.

O hâlde, ikinci görüşün kabulü hâlinde, Türkiye’de bulunan yabancı konsoloslar, yetkisi olmadığı hâlde evlendirme işlemini gerçekleştirmişse veya her ikisi de kendi

⁸¹⁴ Akıncı/Demir Gökyayla, 21.

⁸¹⁵ Nomer ve Şanlı, 255; Aybay/Dardağan, 184-185; Çelikel/Erdem, 233; Doğan, 295. Doğan, ayrıca, Alman hukukunda yapıldığı yer hukukunun şekil kurallarına aykırı olmasına rağmen, hüküm statüsünün şekil kurallarına uygun olan evliliklerde, *favor negotii* ilkesinin göz önünde tutularak, alternatif bağlama kuralının dikkate alınması gerektiğinin kabul edildiğini belirtmektedir.

⁸¹⁶ Aybay/Dardağan, 184-185; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 125.

⁸¹⁷ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 188.

⁸¹⁸ Şensöz Malkoç, 719.

⁸¹⁹ Sayman, 177; Şensöz Malkoç, 719-720.

devletinin vatandaşı olmayan kişileri evlendirmişse, Türk hukuku bakımından geçerli bir evlilikten söz edilemez⁸²⁰. Bu durumda geçersizliğin yaptırımı da Türk hukukuna göre belirlenecektir. Acaba konsolosların, yetkilerini aşarak Türkiye’de gerçekleştirdikleri bu evlilikler, hangi tür bir geçersizlik yaptırımı ile karşılaşacaktır?

Evlenmenin mutlak butlan veya yokluk yaptırımı ile karşılaşmasının sonuçları birbirinden çok farklı olduğu için bu hususun tespiti önem arz etmektedir⁸²¹.

Aybay’a göre, Türkiye’de bulunan yabancı konsolosların, yetkilerini aşarak gerçekleştirdikleri evlilikler mutlak butlanla batıldır. Örneğin, Türkiye ile Macaristan arasında yapılan konsolosluk antlaşmasında, “*Başkonsolos, konsolos ve muavin konsoloslar ve diğer konsolosluk memurları nikâh akdedemezler*” şeklinde hüküm bulunmaktadır. Yazar, böyle bir düzenlemeye rağmen, konsolos tarafından evlendirme işleminin gerçekleştirildiği varsayımında, TMK’nın ve Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin⁸²² ilgili hükümleri⁸²³ uyarınca Cumhuriyet Savcılığına bildirilen bu evlilik hakkında, evliliğin butlanına hükmedilmesi istemiyle dava açılması gerektiği görüşündedir⁸²⁴.

Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe ise konsolosların yetkilerini aşarak evliliği gerçekleştirmeleri hâlinde, evliliğin yok hükmünde olduğunu ileri sürmekte ve şöyle bir örnek vermektedir: Azerbaycan başkonsolosu, Türkiye ile Azerbaycan arasındaki konsolosluk sözleşmesine⁸²⁵ göre Türkiye’de sadece Azerbaycan vatandaşlarını evlendirebilir. İstanbul’daki Azerbaycan başkonsolosu, kendi vatandaşı erkek ile Gürcistan vatandaşı bayanı evlendirdiği varsayımında, gerçekleştirdiği evlilik yok hükmündedir. Yazar, Bu gibi durumlarda, Türk mahkemelerinde boşanma davası

⁸²⁰ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 126.

⁸²¹ Evlenmenin mutlak butlan veya yokluk yaptırımı ile karşılaşmasının sonuçları hakkında bkz. Metin İkizler, *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, Seçkin Yayıncılık, Erzurum 2017, 46.

⁸²² RG: 23.11.2006- 26355.

⁸²³ TMK Madde 155- Evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmış olan bir evliliğin kanunun diğer şekil kurallarına uyulmaması sebebiyle butlanına karar verilemez.

NHK Uyg.Yönt. Madde 57 – (1) Nüfus müdürlüğüne gönderilen evlenme bildirimleri üzerinde yapılan ilk inceleme sonucunda; evlenmenin kanunen yetkili kılınmış memurlarca yapılmadığının anlaşılması, aile kütük kayıtlarına göre karı veya kocadan birinin başkasıyla evli olduğunun tespit edilmesi, eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması ya da evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması veya karı ve koca arasında TMK’nın 129 uncu maddesinde belirtildiği şekilde evlenmeye mani derecede kan ya da kayın hısımlığının bulunması hallerinde evlenme aile kütüğüne işlenir ve durum tescil işlemini yapan nüfus müdürlüğünce Cumhuriyet savcılığına bildirilir.

⁸²⁴ Aybay, 228-229.

⁸²⁵ RG: 21.4.1993- 2155.

açılmayacağını, sadece evlenmenin yokluğunun tespiti davası açılabileceğini savunmaktadır⁸²⁶.

Nomer/Şanlı'ya göre, Türkiye'de bulunan yabancı konsoloslar, ancak kendi vatandaşları arasındaki evlilikleri gerçekleştirmeye yetkilidirler. Kendi vatandaşları ile bir diğer devlet vatandaşı arasındaki bir evliliği gerçekleştirdikleri takdirde, bu evlilik, kendi hukuklarına göre geçerli sayılsa bile, Türk hukuku bakımından yok kabul edilmektedir⁸²⁷.

Kanaatimiz, doktrindeki hakim görüş⁸²⁸ doğrultusunda, bu tür evliliklerin yok hükmünde olduğudur. Zira TMK, evliliğin mutlak butlan veya nisbi butlanla karşılaşması gereken hâlleri 145 ve 154. maddeleri arasında sınırlı olarak saymaktadır⁸²⁹. Evlenmenin kanunun yetkili kıldığı makam önünde gerçekleşmemiş olması bu sebeplerden biri değil, evliliğin kurucu şekil şartlarından biri olup, bu şarta uyulmamasının yaptırımını da yokluktur.

Yargıtayın görüşü de bu yönde olup, Yugoslavya ile Türkiye arasında konsolosluk antlaşması⁸³⁰ akdedilmeden önceki dönemde, verilmiş bir karar⁸³¹ ile Yugoslavya'nın Türkiye Konsolosluğu'nda akdedilen evlenmenin, o tarihte Türkiye ile Yugoslavya arasında konsoloslara böyle bir yetki tanıyan milletlerarası antlaşma hükmünün bulunmaması sebebiyle, evliliğin yok hükmünde olduğuna ve evlenme akdi var olmadığından boşanma davasının bakılma kabiliyetinin de bulunmadığına karar vermiştir⁸³².

3.3.3. Lex Causae Kuralı

Lex causae, hukuki işlemin özüne, dolayısıyla, esasına uygulanmak üzere belirlenen hukuk kurallarının genel adıdır. Belirli bir hukuki ilişkide, lex causae'nın ne

⁸²⁶ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 126, dpn. 59.

⁸²⁷ Nomer ve Şanlı, 254.

⁸²⁸ Nomer ve Şanlı, 254; Çelikel/Ertem, 237; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 126; Akıncı/Demir Gökyayla, 22; Şensöz Malkoç, 741-743.

⁸²⁹ Evlenmenin butlanı sebeplerinin sınırlı sayıda olduğu hakkında karar için bkz. Yargıtay 2.HD., E. 6762, K. 7915, T. 04.07.1997 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁸³⁰ RG. 14.08.1971-13926.

⁸³¹ Yargıtay 2. HD, E.6837, K. 1946/3705, T. 21.9.1946. karar için bkz. Erdoğan Göğçer, *Kanunlar İhtilafı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları)*, AÜHF Yayınları No: 326, Ankara 1973, 57.

⁸³² Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 183.

olacağı, olayın özelliğine göre bağlama noktası olarak kabul edilen olgu ve kavramlardan hareket ederek belirlenmektedir⁸³³.

Hukuki işlemlerin şeklini hukuki işlemin yapıldığı yer hukukuna tabi kılan LRA kuralının tarihi gelişim içerisinde, milletlerarası örf-adet hukukunun en eski kuralı olduğunu daha önce de belirtmiştik. Fakat zaman içerisinde hukuki işlemin şeklinin, hukuki işlemin özüne uygulanan hukuka uygun bir tarzda gerçekleştirilmesini de yeterli kabul eden anlayış da yerleşmeye başlamıştır. Zira içeriği olmayan bir irade açıklaması yapılamayacağından, irade açıklamasının içeriği hangi hukuka tabi ise, şeklinin de aynı hukuka tabi tutulması mantıklı bir sonuç olarak görülmektedir⁸³⁴.

Lex causae, her somut olay açısından farklı bir hukuku ifade etmektedir. Bu farklılıklar ise esasa uygulanacak hukukun tespitini gerektirmektedir. Esasa uygulanacak hukuk, diğer bir deyişle hüküm statüsü, aynî haklarda lex rei sitae (malın bulunduğu yer), borçlar hukukunda lex obligationis (borç statüsü), kişinin hukukunda ise milli hukuk olmaktadır⁸³⁵.

Hukuki işlemi daha fazla ayakta tutma çabası, hukuki işlemlerin şekli hakkında LRA ile lex causae'nın alternatif olarak uygulanması sonucunu doğurmuştur. Diğer taraftan LRA gibi, lex causae kuralı da hukuki ilişkilerde kolaylık sağlama düşüncesi ve pratik ihtiyaçlar nedeniyle kabul edilmiştir. Hatta bazı hâllerde lex causae pratik ihtiyaçlara daha iyi karşılık vermektedir⁸³⁶. Örneğin, yapıldığı yer hukukunun hiç tanımadığı ve bu sebeple de o yerde şekline ait hükümlerin düzenlenmediği bir hukuki işlem ancak lex causae'ya göre şeklen geçerli şekilde yapılabilir⁸³⁷.

3.3.4. Lex Causae Kuralın Zorunlu Olarak Uygulama Alanı Bulduğu Hukuki İşlemler

Şekil statüsüne dâhil olduğu kabul edilmekle birlikte, genel nitelikteki alternatif kural yerine, sadece hüküm statüsüne göre gerçekleştirilen şeklin, işlemi geçerli kılacağı fikrinin hâkim olduğu hukuki işlemler, taşınmazlar üzerinde aynî hak doğuran işlemler

⁸³³ Aybay/Dardağan, 35.

⁸³⁴ Aybay/Dardağan, 159; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 112; Tekinalp, *Temsil*, 92; Doğangün, 52.

⁸³⁵ Aybay/Dardağan, 35-39; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 112.

⁸³⁶ Tekinalp, *Temsil*, 93;

⁸³⁷ Nomer ve Şanlı, 211.

ile yapıldığı yerde bilinmeyen veya mümkün olmayan işlemlerdir. Bunların yanı sıra, tüketici sözleşmeleri de bu kategoride sayılabilir. Zira tüketici sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk 5718 sayılı MÖHUK'da ayrıca belirlenmesine rağmen, bu hukuk sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ile örtüşmektedir.

3.3.4.1. Taşınmaz Mallar Üzerindeki Aynî Hak İşlemleri

Ayni hak, bir kimseye bir şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve bu sebeple herkese karşı ileri sürülebilen haklardır⁸³⁸. Bir eşya üzerindeki hakkın veya mükellefiyetin aynî hak olup olmadığına *lex rei sitae* karar vermektedir. Dolayısıyla, aynî hakkın unsurları, eşya kavramının niteliği, ayni hakların kapsamı taşınmazın bulunduğu yer hukukuna göre belirlenmektedir⁸³⁹.

Taşınmazın aynına ilişkin işlemlerde kabul edilmiş olan özel şekil kuralları aleniyet ve hukuki güvenlik yanında devletin asli unsurlarından biri olan toprak üzerindeki menfaatleri de ilgilendirdiğinden, hukuki önemi büyüktür. İşlemin esası bakımından şeklin önem arz ettiği hususlarda ise genellikle LRA kuralından ayrılıp *lex causae*'nin tek bağlama kuralı olarak uygulandığı görülmektedir⁸⁴⁰.

Taşınmaz mallar üzerinde ayni hak doğuran hukuki işlemlerin şekli de, bu malların bulundukları ülke hukukuna tabidir⁸⁴¹. LRS, taşınmaz malların şekli hakkında *lex causae* niteliğinde ve uygulanması zorunlu tek kuraldır.

Bu durumda Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve mülkiyet dışındaki diğer ayni hakların kurulması, değiştirilmesi ya da sona ermesi, TMK ve Tapu Kanunu⁸⁴² hükümlerine göre yapılmaktadır⁸⁴³.

TMK madde 705-706/1 hükümlerine göre, Türk hukukunda taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler resmî şekil ve tescil şartına tabidir. Tapu Kanunu madde

⁸³⁸ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay, *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, 4; Oğuzman/Barlas, 146.

⁸³⁹ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 318.

⁸⁴⁰ Huysal, 82.

⁸⁴¹ Muvakkat Kanun, 2675 Sayılı Kanun ve 5718 Sayılı Kanun, taşınmazların aynına ilişkin şekli ve maddi şartlar dâhil bütün sorunların çözümünde LRS ilkesini geleneksel bir bağlama kuralı olarak kabul etmiştir. Çelikel/Erdem, 324; Doğangün, 150; Erdener, 83; Tekinalp, temsil, 94; Nihal Uluocak, "Taşınmaza İlişkin Satış Vaadi Sözleşmesi-Şekil-Yetkili Hukuk- Sebepsiz Zenginleşme-Yetkili Hukuk", *MHB*, S:1, 1981, 55.

⁸⁴² RG: 29.12.1934 – 2892.

⁸⁴³ Çelikel/Erdem, 324.

26/1 hükmüne göre bu resmîyeti tapu sicil memur ve muhafızları vermektedir. Bu kurallara uyulmadan yapılan taşınmaz satım sözleşmeleri geçersiz olmaktadır⁸⁴⁴.

Nitekim Yargıtay da bu yönde karar vermiştir⁸⁴⁵. Karara göre “*Davacılar L. D. F. ve arkadaşı vekili, davaya konu bağımsız bölümünün tapu maliki olan davalılardan J. P. S. ve B. M. S. vekili olan diğer davalı Avukat M. C.'den 19.8.2004 tarihli senet ile satın ve devralındığını, ancak tapu devrinin yapılmadığını, bir süre sonra tapu kaydının muvazaalı olarak diğer davalı A. Ş.'a satıldığını ileri sürerek tapu kaydının iptali ile vekil edenleri adına tesciline karar verilmesini, bu isteklerinin yerinde görülmemesi durumunda satış bedelinin davalılardan tazmin edilmesine karar verilmesini istemiştir.*

Davalı A. Ş. vekili, vekil edeninin tapuya güvenerek satın ve devraldığını, iyi niyetli olduğunu belirterek davanın reddini savunmuş, diğer davalılar savunma yapmamıştır. Mahkemece, tapulu taşınmazların satış ve devrinin resmî şekilde yapılması gerektiği, tapu dışı yolla satışın geçersiz olduğu gerekçesiyle iptal ve tescil davasının reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir. 2675 Sayılı MÖHUK’ un 23. maddesinde “...Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynı haklar malların bulunduğu yer hukukuna tabidir. Taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukuki işlemler şekil yönünden bu malların bulundukları yer hukukuna tabidir...” denilmektedir. Buna göre, “dayanak tapu dışı 19.8.2004 tarihli satış sözleşmesi yabancı uyruklu davacılar ile davalılar arasında Türkiye’de yapıldığından ve Türkiye’de bulunan taşınmazın satışı amaçlandığından uyuşmazlığın çözümünde Türkiye Cumhuriyeti Kanunları uygulanacaktır.”

3.3.4.1.1. Kuralın Kapsamı

MÖHUK madde 21/4 hükmüne göre, *yabancılik unsuru içeren ve taşınmazlar üzerinde aynı hak doğuran hukuki işlemlerin şekli, bu malların bulundukları ülke hukukuna tabidir*. Böyle bir kuralın varlığı, taşınmazlar üzerinde işlem güvenliğinin sağlanması ve kamu düzeni gerekçelerine dayandırılmaktadır⁸⁴⁶.

⁸⁴⁴ Çelikel/Erdem, 324; Acun Mekengeç, 243.

⁸⁴⁵ Yargıtay 8. HD, E. 2009/5772, K. 2009 / 1132, T. 17.03.2009 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁸⁴⁶ Nomer ve Şanlı, 215; Çelikel/Erdem, 192; Çınar, 376.

Milletlerarası özel hukukta taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, MÖHUK madde 25 hükmü ile “*taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tâbidir*” şeklinde düzenlenmektedir. Bu hükümde ise taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekli hakkında bir düzenleme öngörülmemektedir. O nedenle şekle uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda, şekle ilişkin MÖHUK madde 7 genel düzenlemesinden önce, MÖHUK madde 21/4 hükmü dikkate alınmalıdır. Zira taşınmazlar üzerindeki sözleşmeler iki veya çok taraflı hukuki işlemlerdir. Dolayısıyla taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler, taşınmazlar üzerinde aynî hak doğuran hukuki işlemlerdir⁸⁴⁷.

Hükümün uygulama alanının belirlenebilmesi için, öncelikle taşınmazlar üzerinde aynı hak doğuran hukuki işlem kavramının içeriğini tespit etmek gerekmektedir.

Taşınmazlar üzerinde *borç doğuran işlemler* ile *tasarruf işlemleri* vardır. MÖHUK madde 21/4 hükmü, tasarruf işlemlerinin şekline uygulanacak hukuku belirlenirken borçlandırıcı işlemlerin şekli ise MÖHUK madde 7 hükmündeki genel şekil kuralına tabidir⁸⁴⁸. Ayrıca uygulamada, özellikle taşınmaz satımında, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi iç içe geçmiş olduğundan, MÖHUK 21/4 hükmünü sadece tasarruf işlemlerine uygulamak, teorik bir tartışmadan öteye gidememektedir⁸⁴⁹. Zira tasarruf işlemi, hakka doğrudan etkide bulunan, onu sınırlayan, değiştiren, sona erdiren ya da başkasına geçiren işlemdir. Türk hukukunda taşınmaz üzerindeki tasarruf işlemi sebebe bağlı olduğu için, sebep işlem geçersiz olursa, tasarruf işlemi de geçersiz olmakta ve tescil yapılmışsa, o tescil de yolsuz tescil sayılmaktadır⁸⁵⁰.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, 21/4 hükmü yalnızca tasarruf işlemlerini kapsamına rağmen, aynı hakka doğrudan doğruya etki eden işlemler ve aynı haklara doğrudan doğruya etkili bir hukuki işlem yapma borcu doğuran işlemler de hükmün uygulama alanına dâhildir⁸⁵¹.

Dolayısıyla, taşınmaz üzerinde mülkiyeti devir borcu doğuran satış sözleşmesi dışında, bağışlama ve trampa sözleşmeleri de mülkiyeti devir borcu doğurmakta ve resmî

⁸⁴⁷ Çınar, 96.

⁸⁴⁸ Acun Mekengeç, 243.

⁸⁴⁹ Acun Mekengeç, 243-244.

⁸⁵⁰ Çınar, 53.

⁸⁵¹ Nomer ve Şanlı, 215; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 248; Aybay/Dardağan, 221; Doğançün, 153.

şekle tabi tutulmaktadır. Bunlar dışında, ön alım, alım ve geri alım hakkı da taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğurmaktadır⁸⁵².

Benzer şekilde İsviçre hukukunda da taşınmazlar üzerindeki menfaatler, taşınmazın bulunduğu yerin kanunlarına tabi kılınmıştır⁸⁵³.

Alman hukukunda ise, taşınmaz mülkiyetini veya taşınmaz mal kullanma hakkını konu edinen sözleşmeler, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka veya sözleşmenin kurulduğu yer hukukuna bakılmaksızın, taşınmazın bulunduğu ülkenin kanunlarının zorunlu resmî gerekliliklerine tabi tutulmuştur⁸⁵⁴.

Konu ile ilgili Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma 1 Tüzüğü'nün⁸⁵⁵ sözleşmelerin şekli geçerliliğini düzenleyen 11. maddesine göre, sözleşmenin yapıldığı anda aynı ülkede bulunan taraflar arasındaki sözleşmelerde, o ülkenin ya da sözleşmenin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümleri, sözleşmenin şekline uygulanır. Taraflar farklı ülkelerde ise, üç farklı bağlama kuralı öngörülmüştür. Bunlar, sözleşmenin esasına uygulanacak ülke hukuku, sözleşmenin yapıldığı anda tarafların bulunduğu ülke hukuku ve sözleşmenin yapıldığı anda tarafların mutad mesken hukukudur. Yani bu hukuklardan birinde aranan şekil şartı sağlanmışsa, sözleşme ayakta kalacaktır. Aynı maddenin 5. fıkrasında taşınmazlara ilişkin sözleşmeler için de özel bir hüküm getirilmiştir. Buna göre, sözleşmeye uygulanacak hukuk ya da sözleşmenin yapıldığı yer fark etmeksizin, taşınmaz üzerindeki aynı haklara ve taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmelerde, taşınmazların bulunduğu yer hukukunun şekil şartları uygulanmamaktadır.

Türk hukukunda ise taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukuki işlemlere şekil yönünden bu malların bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını düzenleyen MÖHUK madde 21/4 hükmü ile aynı sonuca ulaşılmaktadır. Nitekim sözleşmeler de iki taraflı hukuki işlem olduğu için, taşınmazın üzerindeki aynî haklara ilişkin sözleşmelere

⁸⁵² Acun Mekengeç, 245.

⁸⁵³ İsviçre MÖHUK, m. 119/3 hükmü için bkz. <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-14c0-11a6-0000-0000115fcc32/PILA.pdf>.

⁸⁵⁴ EGBGB madde 11/4 hükmü için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0015.

⁸⁵⁵ Regulation No 593/2008 Of The European Parliament And Of The Council Of 17 June 2008 On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593>

de şekil yönünden lex rei sitae uygulanacaktır. Bu durum, resmî şekil şartının da zorunlu bir neticesi olarak görülmektedir⁸⁵⁶.

Roma I Tüzüğü'nün 11. maddesinde belirtildiği üzere, Avrupa'nın pek çok ülkesinde taşınmazlar üzerindeki hukuki işlemlerin şekline, taşınmazın bulunduğu yer hukukunun zorunlu şekil şartlarının uygulanacağı düzenlenmiştir.

Sözleşmeden Doğacak Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu⁸⁵⁷ madde 9/6'da: *"Bu maddenin 1 ve 4. paragraflarına⁸⁵⁸ rağmen, konusu taşınmaz mal üzerindeki bir aynî hak ve onun kullanılmasına ilişkin olan sözleşmeler, taşınmazın bulunduğu ülkenin hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukuk hangi hukuk olursa olsun, eğer müdahaleci şekilde düzenlenmiş şekil şartları varsa, bu nitelikteki şekil şartlarına tâbidir"* hükmü yer almaktadır⁸⁵⁹.

Roma Konvansiyonu, Türkiye taraf olmamasına rağmen, 5718 sayılı MÖHUK'un hazırlanmasında sözleşmelere uygulanacak hukuk belirlenirken esin kaynağı olmuştur. O nedenle Konvansiyonun yukarıda söz konusu edilen hükmünden yola çıkarak, Türkiye'de bulunan taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemlerin şekli bakımından geçerlilik şartlarını düzenleyen hükümlerin, doğrudan uygulanan kural olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre, MÖHUK madde 21/4 hükmü olmasaydı dahi, Türk hukukunun taşınmaz üzerindeki aynî haklara ilişkin şekil bakımından öngördüğü kurallar, Türkiye'de bulunan bir taşınmazla ilgili işleme zorunlu olarak uygulanacaktı⁸⁶⁰.

⁸⁵⁶ Çınar, 109; Kök, 38.

⁸⁵⁷ 2008 yılında, 1980 tarihli Roma Konvansiyonu yerine, Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma I Tüzüğü) kabul edilmiştir. Zeynep Derya Tarman, Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü, *BATİDER*, XXV(2), 2009, 299; Dürgen/Yelmen, 452.

⁸⁵⁸ Konvansiyonun Türkçe metni için bkz. Ekşi, Konvansiyon, 169-170. Konvansiyon madde 9/1: *"Aynı ülkede bulunan kişiler arasındaki sözleşme, konvansiyona göre belirlenen esasa uygulanacak hukukun veya bu ülkelerden birinin hukukunun şekil şartlarını yerine getirmişse şeklen geçerlidir."*

Madde 9/4: *Mevcut veya ileride yapılacak olan bir sözleşmeye hukuken tesir edecek muamele, eğer Konvansiyona göre sözleşmeyi idare eden veya idare edecek hukukun veya muamelenin yapıldığı yer hukukunun şekil şartlarını yerine getirmişse şeklen geçerlidir."*

⁸⁵⁹ Dürgen/Yelmen, 464.

⁸⁶⁰ Özdemir Kocasakal, Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, 64; Hatice Özdemir Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001, 155-156.

3.3.4.1.2. Taşınmazların Kullanımına İlişkin Sözleşmeler

Taşınmazı kullanma ve yararlanma hakkı veren sözleşmeler, mülkiyetin naklini ya da bir hakkın kesin olarak devrini değil, sadece o şey ya da hakkın kullanımını veya ondan yararlanılmasını sağlamaktadır⁸⁶¹. Bu anlamda taşınmazlar üzerinde kira ve kullanım ödöncü (ariyet) sözleşmeleri, kullanma hakkı veren sözleşmeler olarak sayılabilir⁸⁶².

Taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmelerde resmî şekil şartı aranmadığı ve borçlandırıcı işlem – tasarruf işlemi zorunlu olarak birbirine bağlı bulunmadığı için MÖHUK madde 21/4 hükmünün uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Nitekim MÖHUK madde 21/4 hükmü taşınmaz üzerindeki ayni hakların şekline uygulanacak hukuk olarak taşınmazın bulunduğu yer hukukunu özel olarak yetkili kılmış ve fakat taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuka dair özel hüküm bulunmadığı için, bu durumda MÖHUK madde 7’de yer alan genel hükme gidilmesi söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla taşınmazın kullanımına ilişkin işlemler, hukuki işlemin yapıldığı yer hukukuna ya da işlemin esasına uygulanacak hukukuna göre yapılmışsa geçerli kabul edilebilmektedir⁸⁶³. Zira uygulamada yabancılık unsuru taşıyan kira sözleşmelerinde, işlemin yapıldığı yer ile taşınmazın bulunduğu yerin farklı olması çoğunlukla ihtimal dâhilinde olan bir durumdur.

Kira sözleşmesi, kişisel bir borç olup yalnız tarafları arasında hukuki ilişki kurarken, bazı hâllerde, kira sözleşmesi tapuya şerh edilerek bu kişisel hak güçlendirilebilmektedir⁸⁶⁴. Taşınmaz üzerinde kullanma hakkı veren bir kira sözleşmesi, sözleşmenin yapıldığı yer veya sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabiyken, aynı bir etki doğuran şerh işlemi hakkında aynı şeyi söylemek mümkün gözükmemektedir. Zira tapu siciline şerh ülkesel bir uygulamadır ve başka bir hukuk düzenine göre şerh işleminin gerçekleştirilmesi mümkün değildir⁸⁶⁵.

Tapuya yapılacak şerh işlemi, taşınmazın aynına ilişkin olduğundan, taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanmalıdır. Dolayısıyla, taşınmaz kira işlemlerinin tapu

⁸⁶¹ Çınar, 154.

⁸⁶² Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013, 203.

⁸⁶³ Acun Mekengeç, 245; Çınar, 54.

⁸⁶⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, 370-372. TBK Madde 312: *Taşınmaz kiralarda, sözleşmeyle kiracının kiracılık hakkının tapu siciline şerhi kararlaştırılabilir.*

⁸⁶⁵ Çınar, 97.

siciline şerhi, taşınmazın Türkiye’de bulunduğu hâllerde Türk hukukunun şekil kurallarına uyularak gerçekleştirilmelidir⁸⁶⁶.

Ayrıca, Roma Konvansiyonu 9/6 hükmü ile yalnız taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerin şeklinin değil, onların kullanımına ilişkin sözleşmelerin şeklinin de taşınmazların bulunduğu ülke hukuku tarafından idare edileceği düzenlenmiştir⁸⁶⁷.

3.3.4.1.3. Taşınmaz Satım Vaadi Sözleşmesinin Şekline Uygulanacak Hukuk

Taşınmaz satım vaadi sözleşmesi, bir taşınmazın ileride belirli şartlarla belirli bir kişiye satılması borcunu içeren bir ön sözleşmedir⁸⁶⁸. Türk hukukuna göre taşınmaz satım vaadi sözleşmesi resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli olmaz⁸⁶⁹ (TBK madde 237/2). Bu resmiyetin şekli, Noterlik Kanunu⁸⁷⁰ madde 60/3 hükmüne göre noterin görevidir. O hâlde, yabancı ülkelerde noter görevini yerine getiren makamların, Türkiye’deki bir taşınmaza ilişkin taşınmaz satım vaadi sözleşmesi yapıp yapamayacağının açıklanması gerekmektedir. Nitekim konuya taşınmaz satım vaadi sözleşmelerinin şekli geçerliliğinin tabi olduğu hukuku tespit etmekle başlamak gerekmektedir. Zira MÖHUK madde 21/4 hükmünün uygulanması ile MÖHUK madde 7 hükmünün uygulanması farklı hukuk düzenlerinin yetkisini doğurabilmektedir.

Doktrinde çoğunlukla taşınmaz satım vaadi sözleşmelerinin, MÖHUK 21/4 hükmü dışında olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, taşınmazlar üzerinde aynı hak devri doğuran hukuki işlemlerin şekli, taşınmazın bulunduğu ülke olan Türk hukukunun aradığı resmî şeklide gerçekleştirilmesi gerekirken, bu resmiyeti Türk tapu sicil memurlarının vermesi zorunludur. Öte yandan, Türkiye’de bulunan taşınmazlar üzerinde aynı hak devri ile doğrudan ilgili olmayan taşınmaz satım vaadi gibi işlemler ise, işlemin yapıldığı ülke hukukuna uygun olmak koşuluyla Türkiye’de geçerli kabul edilmektedir. Bu nedenle yabancı bir ülkede Türkiye’deki bir taşınmazın satışının vaadi hakkında sözleşmenin yabancı bir noter önünde yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu işlem

⁸⁶⁶ Faruk Kerem Giray, “Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukukunca Değerlendirilmesi”, *MHB*, 2003, 23(1-2), 443.

⁸⁶⁷ Alibaba, 99.

⁸⁶⁸ Eren, 220.

⁸⁶⁹ Taşınmaz satım vaaadinin Türk hukukunda düzenlenişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yasin Alp, *Taşınmaz Satım Vaadi Sözleşmesi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2017, 2.

⁸⁷⁰ RG: 05.02.1972-14090.

yabancı ülkelerde noterlik görevini yerine getiren makamlar tarafından yerine getirilebileceği gibi, Türk konsolosları tarafından da yerine getirilebilir⁸⁷¹.

3.3.4.1.4. Temsilci Vasıtasıyla Taşınmaz Devri

Taşınmazlar üzerinde aynı hak doğuran bir hukuki işlemin temsilci aracılığıyla yapılması durumunda, temsilciyi yetkilendirmenin özel bir şekle tabi olup olmadığı sorunu doğmaktadır⁸⁷².

Bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre, temsilcinin üçüncü kişi ile yapacağı işlem şekle bağlı bir işlem olsa dahi, bu temsil yetkisinin verilme şekline LRA veya lex causae kurallarının uygulanmasını öngören genel kuraldan ayrılmayı gerektirecek bir sebep değildir⁸⁷³. Bu nedenle taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekle tabi tutulmuş olması, bu sözleşmelerin temsilci aracılığıyla yapılması hâlinde, verilmesi şekle bağlı olmayan temsil yetkisinin de şekle tabi tutulmasını gerektirmeyecektir. Temsil yetkisinin verilmesi bir şekle bağlı olmamakla birlikte, Tapu Sicil Tüzüğü⁸⁷⁴ madde 18/4 hükmü ile Noterlik Kanunu madde 89 hükmü⁸⁷⁵ birlikte değerlendirildiğinde, temsilcinin Türkiye’de yapacağı işlemlerde vekâletnamenin resmî şekilde düzenlenmesinin arandığı görülmektedir. Dolayısıyla, Türk hukukunda kural olarak, temsil yetkisinin verilmesinde bir şekil öngörülmemekle birlikte, temsilcinin Türk tapu memurları önünde işlem yapacak olması hâllerine özgü bir istisna getirilmektedir. Bu istisnaya göre temsilci, Türkiye’de tapu memuru önünde işlem yaparken, yetkisini ispat eden bir belge göstermek zorundadır.

Böylece ilk görüşe göre, iç hukuk kurallarının yorumu, milletlerarası özel hukuk alanındaki genel kuraldan ayrılmayı gerektirmemektedir. Sadece Türk tapu memuru önündeki işlemlerde bir istisna söz konusudur. Buna karşılık, yine bu görüşü savunanlar, işlemler Türk tapu memuru önünde yapılmıyorsa ve Türk hukuku herhangi bir şekilde

⁸⁷¹ Nomer ve Şanlı, 216; Çelikel/Erdem, 353, Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 322; Aybay/Dardağan, 221; Acun Mekengeç, 245; Çınar, 96.

⁸⁷² Huysal, 80; Çınar, 96, dpn. 378.

⁸⁷³ Tekinalp, Temsil, 103.

⁸⁷⁴ RG: 17/8/2013- 28738, “İstem vekâleten yapılmışsa, vekilden 18/1/1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanununa göre düzenlenmiş ve istem konusu işleri yapmaya yetkili olduğunu içerir vekâletname istenir. ”

⁸⁷⁵ “Niteliği bakımından tapuda işlem yapılmasını gerektiren sözleşme ve vekâletnamelerle, vasiyetname, mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış, gayrimenkul satış va'di, vakıf senedi, evlenme mukavelesi, evlat edinme ve tanıma, mirasın taksimi sözleşmesi ve diğer kanunlarda öngörülen sair işlemler bu fasıl hükümlerine göre düzenlenir. ”

uygulama olanağına sahipse, LRA ve lex causae kurallarının alternatif olarak uygulanacağından şüphe edilmemesi gerektiğini kabul etmektedirler⁸⁷⁶.

İkinci görüş ise karşılaştırmalı hukuktan yola çıkarak taşınmazın aynına ilişkin işlemlerde, yetkilendirme işleminin de taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun şekli şartlarına uygun olması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş, temsil ilişkisinin, temsilci aracılığıyla şekli ve maddi anlamda geçerli bir işlem gerçekleştirme amacından yola çıkarak LRS kuralının uygulanmasının yerinde olacağını belirtmektedir⁸⁷⁷.

3.3.4.2. Tüketici Sözleşmeleri

Tüketici sözleşmesi, bir mal veya hizmeti, kendi kullanımı için ve meslekî veya ticarî faaliyeti dışında bir amaçla edinen kişinin (tüketici), söz konusu mal veya hizmeti mesleği veya ticarî faaliyeti çerçevesinde sunan tarafla (satıcı/ sağlayıcı) yaptığı sözleşme olarak ifade edilebilir. Tüketici sözleşmesinde, sözleşmeye konu olan mal ya da hizmetin kâr elde etme amacı olmaksızın, belirli bir bedel karşılığı, kişinin (tüketicinin) özel kullanımı veya tüketimi için sağlanması söz konusudur⁸⁷⁸.

Kanun koyucu, menfaatlerini savunma bakımından aralarında dengesizlik bulunduğunu kabul ettikleri taraflardan, zayıf tarafı korumak amacıyla, bazı özel sözleşme tipleri için özel düzenleme yapma gereği duymuştur. Tüketici sözleşmelerinde, satıcı karşısında zayıf taraf olan tüketiciyi korumak amacıyla, tüketici lehine düzenlemeler getirilmiştir. Milletlerarası özel hukuk sisteminde de, tüketiciyi koruma düşüncesi ile daha önce belirtildiği üzere, hakkında hüküm bulunmayan tüketici

⁸⁷⁶ Doğangün, 155; Tekinalp, Temsil Yetkisi, 103; Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku Genel Prensipler-Uygulama, Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Kararların Tanınması ve Tenfizi*, 5. Baskı, İstanbul 1988, 221.

⁸⁷⁷ Çınar, 96, dpn. 378; Huysal, 82-83.

⁸⁷⁸ Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, *AÜHFD*, 63(4), 2014, 842; Aydın Zevkliler, *Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, 2. Bası, Ankara 2001, 43; Günseli Öztekin Gelgel, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun Bünyesinde Tüketici Sözleşmeleri”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri*, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret- Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi- 2, İstanbul 2010, 197; Burcu İrge Erdoğan, “Milletlerarası Özel Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesine İlişkin Genel Değerlendirme”, *MHB*, 37(2), 2017, 525.

sözleşmelerine ve bu sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuku düzenleyen yeni bir hüküm getirilmiştir⁸⁷⁹.

3.3.4.2.1. MÖHUK Bakımından

Özel nitelikli sözleşmelerin en önemlilerinden biri olan tüketici sözleşmeleri MÖHUK'da sözleşmelerin düzenlendiği hükümden ayrı başka bir hüküm ile düzenlenmiştir⁸⁸⁰.

Tüketici sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk, MÖHUK madde 26/3'te: *“İkinci fıkradaki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır”* hükmüyle düzenlenmektedir.

Bu hükümden anlaşıldığı üzere, MÖHUK madde 26/2 hükmü kapsamına giren tüketici sözleşmeleri ile bu hükmün kapsamına girmeyen tüketici sözleşmeleri arasında ikili bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayırım, tüketici sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukukun belirlenmesinde de, aşağıda da görüleceği üzere, etkili olmaktadır.

3.3.4.2.1.1. MÖHUK madde 26/2 hükmünün Kapsamındaki Sözleşmeler

MÖHUK madde 26/2 hükmüne göre: *“Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için;*

a) Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilan sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukuki fiiller bu ülkede yapılmış veya

b) Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya

c) İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş olmalıdır.”

⁸⁷⁹ Vahit Doğan, “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *SÜHFD*, 1996, 5(1-2), 172; Vahit Doğan, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, *MHB*, 1995, 15(1-2), 21-39.

⁸⁸⁰ Çelikel/Erdem, 407.

Görüldüğü gibi bir tüketici sözleşmesinin şekline, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için, MÖHUK madde 26/2 hükmündeki üç grup tüketici sözleşmesinin kapsamına girmesi gerekmektedir. Bu üç grup dışındaki tüketici sözleşmelerinin şekli ise genel şekil kuralına (madde 7) tabidir⁸⁸¹.

Tüketici sözleşmelerini lex causae kuralı kapsamında ele alma nedenimiz ise MÖHUK madde 26/2 hükmü kapsamında yapılan tüketici sözleşmelerinin esasına uygulanacak hukuk olan tüketicinin mutad meskeni hukuku, zayıf tarafın korunması eğilimi doğrultusunda, şekil konusundaki genel kuralın dışına çıkılarak, tüketici sözleşmelerinin şekline de uygulanacak olmasıdır⁸⁸². Zira tüketici sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimi yapmamış oldukları hâllerde, esasa uygulanacak hukuk mutad mesken hukukudur.

Tüketicinin mutad mesken hukuku, milletlerarası özel hukukta tüketiciyi koruma amacı bulunan tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukukun objektif metotla tayininde, bugün için ulaşılan en son nokta olarak görülmektedir. Milletlerarası özel hukukun, tüketiciyi kendi mutad meskeni hukukuna göre koruma amacı o kadar güçlü görülmektedir ki tüketici sözleşmesinin esası hakkında yetkili olmanın yanı sıra, tüketici sözleşmesinin şeklini idare eden hukuk üzerinde de bağlama kuralı olarak etki göstermektedir. Bu bağlamda, şekli idare eden objektif bağlama kuralı da yine tüketicinin mutad meskeni hukuku olarak uygulanmaktadır⁸⁸³. Tüketici sözleşmelerinde hem esasa hem de şekle uygulanacak hukukun tüketicinin mutad mesken hukuku olarak kabul edilmesinin nedeni, tüketiciyi koruyan ve emredici nitelik taşıyan esasa ilişkin hukuk kuralları ile aynı niteliği haiz şekil kuralları arasındaki yakın ilgiye dayandırılmaktadır. Böylece, MÖHUK madde 26/3 hükmü ile tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruma amaçlı emredici şekil kurallarının dolanılması yolu da kapatılmaktadır⁸⁸⁴.

Tüketici sözleşmelerinde şekil için aranan şartlar, akdin zayıf tarafı olan tüketicileri koruyan maddi kurallarla birleştirilmiştir. Şekle ilişkin kurallar, söz konusu maddi

⁸⁸¹ Çelikel/Erdem, 409; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 284; Doğan, 398.

⁸⁸² Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 427; Zeynep Çalışkan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *MHB*, 2008, 28(1-2), 44.

⁸⁸³ Ole Lando, *Contracts*, Chapter 24, *Private International Law* (Edt. Lipstein, K.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, 99-100; Tiryakioğlu, 69.

⁸⁸⁴ Gülin Güngör, “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku -Düşünsel Temeller”, *AÜHFD*, 57(2), 2008, 122.

kurallarından ayrılamayacağı için, sözleşme statüsünün uygulanması gerekir ki, bu da tüketici sözleşmelerinde tüketicinin mutad meskeni hukukudur⁸⁸⁵.

Alternatif uygulama metodu getiren genel şekil kuralı, tüketici sözleşmelerinin niteliği ile bağdaşmadığı için, bu sözleşmeler hakkında özel bir hüküm sevk edilmesi yerinde görülmüştür. Ayrıca, tüketici sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukuk ile şekle uygulanacak hukuk arasında birlik sağlanması gerektiği de genel olarak kabul edilmektedir⁸⁸⁶.

3.3.4.2.1.2. MÖHUK madde 26/2 hükmünün Kapsamı Dışındaki Sözleşmeler

MÖHUK madde 26/2 hükmünün kapsamına girmeyen tüketici sözleşmelerinin şekli ise genel şekil kuralına tabi olduğundan, tüketici sözleşmesinin yapıldığı yer hukukuna göre veya tüketici sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuka göre şeklen geçerli bir sözleşme yapılmış olması yeterli görülmektedir. Tüketicinin, mutad meskeninin bulunduğu devletin ülkesinde sözleşme yaptığı hâllerde, esasa uygulanacak hukuk ile LRA birleşeceğinden, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacına aykırı bir sonuç doğmamaktadır⁸⁸⁷.

Buna karşılık, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk tüketicinin mutad meskeni hukuku değilse, bu hâlde milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacına ulaşamaması gibi bir sakınca doğabilmektedir. Zira tüketici sözleşmesinin yapıldığı yer hukukuna göre şeklen geçerli ve fakat tüketici sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuka göre şeklen geçersiz olma ihtimali doğmaktadır. Bu hâlde sözleşmenin yapıldığı yer esas alınacak ve sözleşme geçerli olmaktadır. Nihayetinde ise milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı gerçekleşmektedir. Ancak tam tersi bir durumda tüketici sözleşmesi, yapıldığı yer hukukuna göre geçersiz ama esasına uygulanacak hukuka göre geçerli ise, bu sefer esasa uygulanacak hukuka itibar edilecektir. Fakat bu durumda milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı gerçekleşmeyecektir⁸⁸⁸.

Doktrinde, MÖHUK madde 7 hükmünün alternatif yapısının tüketiciyi koruma amacını sağlamaktan uzak olduğu savunulmaktadır. Zira milletlerarası özel hukukun

⁸⁸⁵ Tiryakioğlu, *Taşınır Mallar*, 69.

⁸⁸⁶ Çelikel/ Erdem, 409; Çalışkan, 44

⁸⁸⁷ Güngör, *Tüketicinin Korunması*, 225.

⁸⁸⁸ Güngör, *Tüketicinin Korunması*, 226.

tüketiciyi koruma amacının gerçekleşmesi, tüketici sözleşmesinin esasına uygulanacak hukukun tüketicinin mutad meskeni hukuku olması ve tüketici sözleşmesinin şeklini de münhasıran bu hukukun yönetmesi hâlinde mümkün görülmektedir. Ancak genel şekil kuralının işlem menfaatini üstün tutan yapısı buna müsaade etmemektedir⁸⁸⁹.

Konuya İsviçre ve Alman hukuku açısından bakıldığında, örneğin İsviçre hukukunda, tüketici sözleşmelerinin idare eden hukukun ki, bu hukuk tüketicinin mutad meskeni hukukudur, tüketiciyi korumayı amaçlayan şekil kuralları bulunuyor ve bu kurallar yabancı hukukun uygulanmasına izin vermiyorsa, tüketicinin mutad meskeni hukukunun şekle ilişkin hukuki sorunları da idare etmesi kabul edilmektedir⁸⁹⁰.

Alman hukukunda ise, tüketici sözleşmesinin taraflarına hukuk seçimi imkânı tanınmış olmakla birlikte, bu seçim, tarafların o hukukun uygulanmasında kabul edilebilir bir menfaati bulunmuyorsa geçersiz kabul edilmektedir⁸⁹¹.

3.3.4.2.2. Roma Konvansiyonu Bakımından

Roma Konvansiyonunun 9. maddesi, hukuki işlemlerin şekline ilişkin bağlama kurallarını içermektedir. Bu hükme göre, hukuki işlemlerin şekli LRA veya lex causae kurallarına tabidir. Ancak tüketici sözleşmeleri açısından hükme istisna getirilmektedir. Zira madde 9/5 hükmü uyarınca, 5. maddenin ikinci fıkrasındaki⁸⁹² şartlar altında kurulmuş olan tüketici sözleşmelerinin şekli, hukuk seçimi yapılmış olsun veya olmasın, tüketicinin, mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir⁸⁹³.

3.3.4.3. Yapıldığı Yerde Bilinmeyen veya Mümkün Olmayan İşlemler

Taraflar arasında yapılan yabancı unsurlu hukuki işlemin, işlem yeri hukukunda hiç tanınmadığı ve bu nedenle de söz konusu hukuki işlemin şekline ilişkin hükümlere yer

⁸⁸⁹ Güngör, *Tüketicinin Korunması*, 227.

⁸⁹⁰ İsviçre MÖHUK madde 124/3 hükmü için bkz. <https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-14c0-11a6-0000-0000115fcc32/PILA.pdf>.

⁸⁹¹ Güngör, *Tüketicinin Korunması*, 49.

⁸⁹² Sözleşme madde 5/2: “Taraflarca seçilen hukuk, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun müdahaleci kurallarının ona sağladığı korumadan tüketiciyi mahrum etme sonucunu doğuramaz”. Bkz. Ekşi, Roma Konvansiyonu, 157

⁸⁹³ Yeşim Atamer, “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, *İÜHFM*, LV(1-2), 1995-1996, 432.

verilmediği durumlarda, hukuki işlemin ancak lex causae ilkesinin öngördüğü şekilde yapılması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁹⁴.

O hâlde, yapıldığı yerde bilinmeyen veya mümkün olmayan işlemlerin şekli, lex causae'nın uygulama alanına dâhildir. Zira bu durumlarda, işlemin yapıldığı yer hukukunun, işlemin şekli konusunda sessiz kalmış olması, şekilsizlik olarak yorumlanmamakta, işlem sadece lex causae'ya göre gerçekleştirilebilmektedir⁸⁹⁵.

Alternatif nitelikli şekil kuralında *“hukuki işlemlerin şeklinin hukuki işlemin esasını idare eden hukuka uygun olarak da yapılabileceğini”* öngörülmesi, yapıldığı yer hukukunun tanımadığı hukuki işlemlerin şekli geçerliliğinin sağlanması amacıyla, işlem menfaatinin gözetilmesi fikrinin bir ürünü olarak ortaya çıkmış gözükmektedir⁸⁹⁶.

Yapıldığı yerde bilinmeyen veya mümkün olmayan işlemler hakkında, Bremen İstinaf Mahkemesinin konuya ilişkin değerlendirmelerinin olduğu bir karara rastlanılmaktadır⁸⁹⁷. Karara konu olay, taraflarından biri Alman vatandaşı olan iki kişinin, Kolombiya'da Alman vatandaşı nişanlının bizzat bulunmaksızın, kendini temsil ettirmesi yoluyla evlenmesine ilişkindir. Sorun, Kolombiya hukukunda temsilci vasıtasıyla evlenmeye müsaade edilmesine karşın, Alman hukukunda bu kurumun öngörülemediğinden kaynaklanmıştır. Zira Alman vatandaşı temsil yetkisini Almanya'da vermiş ancak evlenme işlemi Kolombiya'da kilise önünde gerçekleşmiştir. İlk derece mahkemesi, Alman hukukunda temsilci vasıtasıyla evlenmenin düzenlenmediği gerekçesi ile evlenmenin yokluğuna karar vermiştir. Doktrinde bu karar eleştirilmiştir. Zira işlem yeri hukukunda bilinmeyen bir hukuki işlem bakımından, işlem yeri hukukunun genel kurallarından hareketle şekil kurallarını belirlemenin, söz konusu hukuki işlemi tanıyan lex causae'nın uygulanmasının pratik yararlarını göz ardı etmek anlamına gelmesi olarak yorumlanmıştır. Bu olumsuzlukları ortadan kaldırmak için, işlem yeri hukukunda tanınmayan bir hukuki işlemin şekline lex causae'nın uygulanması gerektiği kabul edilmiştir⁸⁹⁸.

⁸⁹⁴ Nomer/ Şanlı, 211; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 120; Aybay/Dardağan, 164; Doğançın, 157.

⁸⁹⁵ Nomer ve Şanlı, 216; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 120-121.

⁸⁹⁶ Nomer ve Şanlı, 181-182; Güngör, Tüketicinin Korunması, 49.

⁸⁹⁷ Karar İçin Bkz. Albrecht Dieckmann, Çev: Ejder Yılmaz/ Necip Ortan, “Bir Alman Yurttaşının Temsilci Aracılığıyla (Elden) Evlenmesinin Devletler Özel Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *AÜHFD*, 35(1-4), 1981, 457-vd.

⁸⁹⁸ Dieckmann, 471-472; Doğançın, 159-160.

Sonuç olarak, bir hukuki işlemi sadece yapıldığı yerde bilinmiyor veya bu işlem hakkında hüküm bulunmuyor diye geçersiz saymak yerine, *lex causae* lehine bir yaklaşımla işlemi ayakta tutmak gerektiği kabul edilmektedir.

3.3.5. Milletlerarası Özel Hukukta Genel Şekil Kuralının Kapsamı Dışında Kalan Bazı Konularda Uygulanacak Hukuk

Çalışmanın girişinde de belirttiğimiz gibi incelememizin “Milletlerarası Özel Hukukta Şekil” başlığını taşıması ve milletlerarası usul hukukuna ilişkin işlemlerde şekli konusunun ayrıca bir tez konusu yapılabilecek genişlikte olması nedeniyle, usuli konuların kapsam dışında tutulması uygun görülmüştür. Bu bağlamda, hukuki işlemlerin ispatı ile alakalı olduğu gerekçesiyle usuli konulardan yalnızca ispat şekline uygulanacak hukuka ilişkin tespitler yapılmış ve konu genişliği nedeniyle sınırlandırılmıştır.

3.3.5.1. İspat Şekline Uygulanacak Hukuk

Yabancılık unsuru taşıyan davalarda en önemli ispat vasıtası belgelerdir. Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir davada, yabancı ülkelerde, yabancı dilde düzenlenen belgelerin, ispat vasıtası olarak kullanılabilmesi ile belgede yer alan hukuki işlemin şekli geçerliliği birbirine karıştırılmamalıdır. Zira öncelikle belgede yer alan hukuki işlemin şekli geçerliliği LRA veya *lex casusae*’ ya göre tespit edilip şeklen geçerli olduğu sonucuna varılmalı, ardından geçerli olduğu tespit edilen bu işlemi yansıtan belgenin Türk mahkemelerinde delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı değerlendirilmelidir. Geçerli olmayan bir işlemi yansıtan belgenin de Türk mahkemelerinde delil olarak kullanılması mümkün değildir⁸⁹⁹.

Bir hukuki işlemin belli bir delille ispatı zorunluluğu, bu işlemin geçerli olabilmesi için gerekli olan şekil şartından farklı bir meseledir HMK’nın 200. maddesinde olduğu gibi, belli bir değer üzerindeki hukuki işlemlerin senetle ispatını öngören kurallar da esasen birer şekil şartı mahiyetindedir⁹⁰⁰. Ancak burada şekil bir geçerlilik şartı olmayıp, sadece bir ispat şartıdır. Geçerlilik şartı olan şekil kanun tarafından emredilmiş olabileceği gibi, taraflarca da kararlaştırılmış olabilir. İlk halde kanunî şekil söz konusu

⁸⁹⁹ Çelikel/Erdem, 499; Doğan, 32; Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, 438-439;

⁹⁰⁰ Çelikel/Erdem, 499; Oğuzman/Barlas, 197.

iken, ikinci halde rızaî veya iradi şekil söz konusudur. Geçerlilik şartı olan şekle aykırılık hukuki işlem için bir hükümsüzlük sebebi teşkil etmektedir. Oysa ispat şekline aykırılık hukuki işlemin geçersizliğini doğurmaz. İspat edilemeyen hakkın varlık değeri taşıdığı konusunda şüpheye düşülebilirse de, ispat şartının yerine getirilmemiş olması halinde dahi ikrar veya hâkim tarafından teklif edilen yeminden kaçınılması halinde hukuki işlemin ispatı mümkündür. Ancak şeklin geçerlilik şartı olduğu hallerde ise, gerekli şekle uyulmadan yapılan hukuki işlemin geçerliliği ikrar veya yemin suretiyle dahi tesisi edilemez. Diğer taraftan hâkim, geçerlilik şeklini resen gözetmek durumunda iken, ispat şekli bakımından böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Ayrıca geçerlilik şekline ilişkin kurallar emredici nitelikte olup taraflar bunun aksini kararlaştıramazken, ispat şekline tâbi tutulan bir işlemin bu şekle bağlı kalınmadan ispat edilebileceğinin kararlaştırılması mümkündür⁹⁰¹.

MÖHUK bazı usuli konuları düzenlemiş olmasına rağmen, deliller, ispat yükü, ispat şekilleri ve bu konularda uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir pozitif düzenleme yapmamıştır. İspat hukuku esasen usul hukuku karakterli olsa dahi, ispata ilişkin birçok mesele, uygulanacak hukuku tayin bakımından özel bir incelemeyi gerektirmektedir.

Bu nedenle, anılan konular hakkında uygulanacak hukukun doktrinde tartışıldığı görülmektedir. İspat hukuku ve delillere lex fori, lex causae veya LRA kuralının uygulanmasını teklif eden görüşlere rastlanmaktadır. Bunlar dışında, delillerin sunulma biçimine uygulanacak hukuk hakkında lex fori'nin, delil türlerine uygulanacak hukuk konusunda ise lex fori'nin⁹⁰² veya LRA prensibinin⁹⁰³ uygulanmasını öneren iki farklı görüş bulunmaktadır.

O hâlde, bir işlemin varlığının adi veya resmî senetle ispat zorunluluğu, bu işlemin geçerli olması için aranan şekil şartlarından ayrı bir konudur. Bir işlemin tabi olması

⁹⁰¹ Oğuzman/Barlas, 196; Eren, 240; Tan Dehmen, 113, Seyithan Deliduman, Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 1-2, 2000, 430-431

⁹⁰² Delil türlerine lex fori prensibinin uygulanmasını kabul eden Yargıtay kararı için bkz Yargıtay 13. HD, E. 1989 / 4375, K. 1989 / 7250, T. 12.12.1989 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı), “Ödünç sözleşmesinin Almanya’da kurulmuş bulunması nedeniyle tanık dinletilmesi istenmiştir. Ödünç işleminin değerine göre, olayda tanık dinlenmesine olanak yoktur. Ancak, dava dilekçesinin deliller bölümünde gerekirse yemin deliline de dayanıldığından davacıya, davalıya yemin teklif etme hakkı olduğu hatırlatılmalıdır. Kaldı ki ödünç sözleşmesi Türkiye’de yapılmıştır. Federal Almanya usul yasasına göre tanık dinlenebileceğinden söz edilerek tanıkların dinlenmesi ve sözlerine değer verilmesi yasaya aykırıdır.”

⁹⁰³ Öztekin, 43-45.

gereken şekil, geçerlilik şartı olarak konulmuş olabileceği gibi ispat şartı olarak da gerekli olabilmektedir. Hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi için belirli bir şekilde yapılmış olması aranmışsa, işlem o şekilde yapılmadıkça geçerli olmamaktadır. Geçerli olmayan bir işlem hakkında da başka bir kesin delil gösterilse bile, işlem geçerli hâle gelmemektedir⁹⁰⁴.

Yabancılık unsuru taşıyan hukuki işlemlerde şeklin gerçekleştirilme biçimi LRA kuralına tabi olduğu hâlde, bir şekil şartının geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olacağı *lex causae*'ya tabi olarak belirlenmektedir. Örneğin, taşınmazların aynına ilişkin hukuki işlemlerde olduğu gibi, *lex causae*'nın şekil kurallarına uyma mecburiyeti varsa işlemin bu şekil kurallarına uyulmadan yapılması, işlemi geçersiz kılmaktadır⁹⁰⁵.

Bir işlemin hangi tür delil ile veya hangi biçimde düzenlenmiş bir senetle ispat edileceği ise *lex fori*'ye tabidir. Örneğin, bir işlem, yabancı maddi hukukun geçerlilik şartı olarak aradığı şekil olan re'sen düzenleme biçiminde yapılmadığında geçersiz olduğu hâlde, düzenlenmiş olan adi yazılı senet ispat şartı olarak kesin delil etkisini korumaktadır. Geçerlilik şartı olarak bir şekil şartına tabi tutulmayan işlem, belirli bir biçimde yapılmadığı için ispat edilemiyorsa, açılmış olan dava işlemin geçersiz olmasından değil, ispat edilememesi nedeni ile reddedilir⁹⁰⁶.

Belirtmek gerekir ki usul hukuku kuralları ülkeseldir. Buradaki ülkesellik, yargılama hukuku alanında *lex fori*'nin hâkimiyeti anlamına gelmektedir. Yargılama hukuku alanında *lex fori*'ye üstünlük tanınmasının iki nedeni vardır. İlk neden, yargılama hukukunun kamu hukuku karakterli olması, ikinci neden ise yargılama hukuku kurallarının hızla, az giderle ve güvenle adaleti dağıtma amacına hizmet etmesidir. Ancak usul hukukunda bu iki nedenle *lex fori* lehine kabul edilen anlayışın bugün için bazı istisnalar getirilmesiyle terkedildiği görülmektedir⁹⁰⁷. Konumuz açısından bu istisnaların en önemlisi, yazılı delillerin geçerliliği ile ilgilidir. Yazılı delillerin geçerliliğinin, LRA

⁹⁰⁴ Çelikel/Erdem, 499.

⁹⁰⁵ Çelikel/Erdem, 499; Doğan, 33.

⁹⁰⁶ Örnek için bkz. Çelikel/Erdem, 499-500. MÖHUK bazı usuli konuları düzenlemiş olmasına rağmen, deliler, ispat yükü, ispat şekilleri ve bu konularda uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir pozitif düzenleme yapmamıştır. Doktrinde uygulanacak hukuk konusunun tartışıldığını görmekteyiz. İspat hukuku ve delillere *lex fori*, *lex causae* veya LRA kuralının uygulanmasını teklif eden görüşlere rastlamaktayız. Bunlar dışında, delillerin sunulmuş biçimine uygulanacak hukuk hakkında *lex fori*'nin delil türlerine uygulanacak hukuk konusunda ise *lex fori*'nin veya LRA prensibini uygulanmasını öneren iki farklı görüş bulunmaktadır.

⁹⁰⁷ Göger, DHH, 347; Doğan, 31.

kuralına tabi olduğu kabul edilmektedir⁹⁰⁸. Hatta LRA kuralının zorunlu olarak uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁰⁹. İşlem yeri hukuku, hukuki işlemin şekline ilişkin kuralları ve aynı zamanda ispat şeklini ve kuvvetini de belirlemektedir. Nitekim hukuki işlemin şeklinin yapıldığı yer hukukuna tabi kılınmasının tüm faydaları, hukuki işlemin ispatı açısından da geçerli kabul edilmektedir⁹¹⁰.

Şekil, işlemi yalnız görünür kılmakla yetinmemekte, aynı zamanda görünür hâle soktuğu işlemin ispatını da sağlamaktadır⁹¹¹.

Yazılı delillerin geçerliliğinden farklı olarak, yazılı olmayan deliller açısından lex fori'ye üstünlük tanınmaktadır. Zira yazılı olmayan delillerin, hukuki işlemin şekli ile, dolayısıyla, LRA kuralı ile ilişkisinin kurulmasının zorlama olmaktan öteye gidemeyeceği savunulmaktadır⁹¹².

3.3.5.2. Senetlerin Şekline Uygulanacak Hukuk

Senet, belirli bir işlem hakkında tam bir bilgi içeren, bir kişi tarafından kendi aleyhine olacak bir vakıanın, ilerideki delilini oluşturmak için yazıp veya yazdırıp imzaladığı ve karşı tarafa verdiği belgedir⁹¹³. Diğer bir tanıma göre senet, bir beyanın, ispatını sağlayacak şekilde yazı ile dışa vurulmasıdır⁹¹⁴.

Senet kavramının oluşması için, senette yer alan metnin, bir hukuki işlem hakkında bilgi vermesi ve imzalanmış olması gerekmektedir. Aksi hâlde bu belgenin, senet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Diğer yandan belgede yer alan beyanın, mutlaka

⁹⁰⁸ Göğer, DHH, 347; Günseli Öztekin, “İsbat Hukukuna Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler”, *MHB*, 1989, 9(1), 45; Doğangün, 175; Seviğ/Seviğ, 452.

⁹⁰⁹ Aybay/Dardağan, 164.

⁹¹⁰ Öztekin, İsbat, 44.

⁹¹¹ Muammer Raşit Seviğ, *Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi*, İstanbul 1941, 133. Bu halde hukuki işlemin şekli geçerliliğini sağlayacak olan LRA gibi lex causae da ispat şekli ve ispat kuvveti bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Zira MÖHUK'un 7. maddesi ile tanımlanmış olduğu imkân sayesinde, işlemin şekli, öngörülen hukuklara uygun olarak yapıldığı takdirde aynı zamanda bu hukukun ispat şekli de uygulama alanı bulmaktadır. Doğangün, 176.

⁹¹² Öztekin, İsbat, 44.

⁹¹³ Baki Kuru/Ramazan Aslan/Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, 372; Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammed Özeker, *Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Yetkin yayınları, Ankara 2013, 724.

⁹¹⁴ H.Yavuz Alangoya/M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 5. Bası, İstanbul 2005, 351

düzenleyenin aleyhine delil oluşturmaya amacıyla yapılması gerekmeyip, tamamen tesadüfî bir şekilde de düzenlenebilir⁹¹⁵.

Bir senedin yabancılık unsuru çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Senedin, yabancı bir ülkede meydana getirilmiş olması, senedi meydana getiren kişi ya da kişilerin vatandaşlığı, senedin yabancı bir hukuka dayanılarak düzenlenmiş olması ve senedin istifade edileceği yerde kullanılan dillerden başka bir dilde düzenlenmiş olması gibi unsurlar, bir belgeye yabancılık katabilecek özellikler olarak akla gelmektedir⁹¹⁶.

Senetler, düzenleyen kişilere ve ispat güçlerine göre resmî veya özel senetler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁹¹⁷.

Usul hukukunda, senetlerin ispat kuvveti senedin resmî veya özel olmasına göre değişmektedir. Bu sebeple yabancı ülkelerde düzenlenmiş senetlerde bunların resmî senet vasfını taşımaları, senedin düzenlendiği yer hukukuna, yani yabancı hukuka göre tespit edilmektedir⁹¹⁸.

3.3.5.2.1. Yabancı Resmî Senet

Tüm hukuk düzenlerinde resmî ve özel senet ayrımının bulunduğu görülmektedir. Resmî senetler ile özel senetler içerikleri bakımından değil şekil bakımından birbirinden farklıdır⁹¹⁹.

Resmî senet, resmî bir makam veya memurun katılımı ile düzenlenmiş senetlerdir. O halde devlete bağlı resmî makam ya da kişiler tarafından, bağlı bulundukları devletin hukukunca kendilerine tanınan yetki alanı dâhilinde ve yine o devletin hukukunun belirlediği şekle uyularak düzenlendiğinde, resmî senetten söz etmek mümkün olmaktadır⁹²⁰. Türk hukukunda, Noterlik Kanunu'na göre bu resmiyeti kural olarak noterler vermektedir⁹²¹.

⁹¹⁵ Kuru/Aslan/Yılmaz, 372; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, 724.

⁹¹⁶ Mine Tan Dehmen, *Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancı Belgelerin İspat Gücü*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012, 29; Doğan, 33.

⁹¹⁷ Kuru/Aslan/Yılmaz, 372; Pekcanitez/Atalay/ Özekes, 724; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 439.

⁹¹⁸ Nomer ve Şanlı, 396.

⁹¹⁹ Tan Dehmen, 15.

⁹²⁰ Tan Dehmen, 16.

⁹²¹ Madde 60: "Noterlerin görevleri: 1. Yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek, 2. Kanunlarda resmî olarak yapılması emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak, 3. Gayrimenkul satış vaadi

3.3.5.2.1.1. Yabancı Resmî Senetlerin Kesin Delil Etkisi

Yabancı resmî senetlerin kesin delil etkisi Türk hukukundaki düzenleme ile milletlerarası sözleşmeler ayrı ayrı dikkate alınarak incelenmelidir.

3.3.5.2.1.1.1. Türk Hukukundaki Durum

Yabancı bir ülkede, yabancı resmî memur veya makamlarca düzenlenen resmî senetlerin Türkiye’de ispat gücüne sahip olabilmesi, bir başka deyişle, yabancı resmî senetlerin Türk mahkemelerindeki kesin delil etkisi, HMK’ da düzenlenmektedir. HMK madde 224 hükmü: *“Yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmî belgelerin, Türkiye’de bu vasfı taşıması, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlıdır”* hükmü gereğince, yabancı ülkelerde düzenlemiş senetlerin, yapıldıkları yer hukukuna göre gerekli şartları taşımaları koşulu ile resmî senet kimliği taşıyıp taşımadığının nasıl belirleneceği düzenlenmektedir⁹²².

Aynı yönde bir hüküm Noterlik Kanununda da mevcuttur. Madde 195 hükmüne göre: *“Yabancı memleketlerde usulü uyarınca yapılan noterlik işlemlerinin altındaki o memleketin yetkili merciinin imza ve mühürü, konsolos tarafından onanır. Özel kanun hükümleri saklıdır”* Bu yönde, Yargıtayın vermiş olduğu bir kararın karşı oy yazısında, yabancı ülkede noter tarafından düzenlenen vekâletnamelerin, Türk konsolosu tarafından onaylanmamış olduğu gerekçesi ile geçersiz sayılması gerektiği belirtilmektedir⁹²³. Ancak bu kararda Yargıtay isabetli olarak, aşağıda ayrıntısıyla bahsedilecek olan 1961 La Haye Sözleşmesi kapsamındaki noter senetlerine *Apostille* şerhi konulmuş olmak

sözleşmesi yapmak, 4. Bu kanuna uygun olarak dışarda yazılıp getirilen kâğıtların üzerindeki imza, mühür veya herhangi bir işareti veya tarihi onaylamak, 5. Bu kanun hükümlerine göre yapılan işlemlerin dairede kalan asıl veya örneklerinden veya getirilen kâğıtlardan örnek çıkarıp vermek, 6. Belgeleri bir dilden diğer dile veya bir yazıdan başka bir yazıya çevirmek, 7. Protesto, ihbarname ve ihtarname göndermek, 8. Kanunen tescili gereken işlemleri tescil etmek, 9. Bu ve diğer kanunlarla verilmiş sair işleri yapmak” madde 82/1: *“Bu kanun hükümlerine göre belgelendirilen işlemler resmî sayılır.”*

⁹²² Gülören Tekinalp, “Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki ve Tasdik (Legalisation) Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi”, *MHB*, 1986, 6(2), 158.

⁹²³ Yargıtay 2. HD, E.2007/ 6660, K.2008/4253, T. 27.03.2008 ve E. 2004/2368, K. 2004/3329, T. 17.03.2004. Aynı şekilde, yabancı ülkedeki noterler tarafından tanzim edilen vekâletnamelere istinaden Türk mahkemelerinde açılan davalarda, vekâletnamede, *Apostille* şerhinin veya HMK m. 224 hükmüne göre konsolosluk onayının bulunmaması halinde ilgili tarafa süre verilerek bu eksikliğin giderilmesi gerektiği hakkındaki karar için bkz. Yargıtay 2. HD, E. 15638, K. 6871, T. 25.01.2005 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

kaydıyla, Almanya’da, Alman noteri tarafından düzenlenen bu vekâletnamenin Türk konsolosluk memurlarınca onaylanmamış olmasını eksiklik olarak görmemiştir.

Yabancı memleketlerde düzenlenen senetlerin, o devletin yetkili makamları veya Türk konsolosları tarafından gerçekleştirilecek tasdik işlemi, bu senedin ispatına yani doğruluğuna ilişkin bir husustur. Dolayısıyla LRA kuralı gereğince bunlar resmî senet olmasına karşın, Türk mahkemelerinde delil olarak kullanılabilmeleri, sayılan makamlar tarafından tasdik edilmiş olmalarına bağlanmıştır. Bu onayı taşımayan senetlerin, delil olarak kullanılabilmesinin ise Türk mahkemelerinin takdirinde olduğu kabul edilmektedir⁹²⁴.

HMK’da öngörülen yabancı yetkili makam veya Türk konsolosu tarafından gerçekleştirilecek tasdik, işlemin veya senedin geçerliliğini etkilememektedir. Zira işlemin veya senedin geçerliliği, MÖHUK madde 7 hükmüne göre tespit edilmektedir. Tasdik, sadece ihtilaf hâlinde, senedin ispat kuvveti üzerinde etkili olmaktadır. Yabancı otoritenin düzenlediği senet MÖHUK madde 7 hükmüne göre şeklen geçerlidir, ancak ispat kuvveti Türk hukukuna, dolayısıyla HMK’ya tabidir. Taraflar HMK’ya göre onaylanmış bir yabancı resmî belgeye dayanan hukuki işlemin, işlem yeri hukukuna veya esasa uygulanacak hukuka göre şeklen geçersiz bulunduğunu iddia edip, bunu Türk ispat hukukundaki genel kurallar çerçevesinde ispatlayabilirler⁹²⁵. Dolayısıyla Türk hukukunun aradığı bir resmî senet, Alman noteri tarafından veya Texas eyaletindeki bir notary public tarafından kendi hukuklarına göre düzenlenebilir. Başka bir deyişle, işlemin esasına uygulanacak hukuk şekle hâkim bulunuyor ve fakat işlem diğer bir ülkede yapılıyorsa, işleme resmîyet veren makamların verdikleri resmîyet de geçerlidir. Ancak bu senetlerin ispat gücü HMK’ya tabidir⁹²⁶.

HMK’ın 224. maddesinde öngörülen tasdik, belgenin içeriğine, yani belgede yer alan vakıaların doğruluğuna veya belgenin dayandığı işlemin geçerliliğine ilişkin değildir. Belgenin şeklen doğruluğuna ve altındaki imzaya ilişkindir⁹²⁷. Ayrıca HMK madde 224/2 hükmü ile Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı

⁹²⁴Çelikel/Erdem, 500-501; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 115; Tekinalp, Resmî Belgeler, 158; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 439. Doğan, 33.

⁹²⁵ Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul 2006, 180.

⁹²⁶ Nomer ve Şanlı, 214.

⁹²⁷ Şanlı, Ticari Akitler, 180.

resmî belgelerin tasdiki ile ilgili hükümleri saklı tutulmuştur. Nitekim Türkiye, taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarla, resmî senetlerin konsolosluklarca tasdiki mecburiyetini kaldırmayı amaçlamıştır. Aşağıda bu sözleşmelerden bir kısmına değinmeyi uygun görmekteyiz.

3.3.5.2.1.1.2. Milletlerarası Sözleşmelerdeki Durum

Türkiye'nin imzaladığı sözleşmelerden, Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi, Diplomasi ve Konsolosluk Memurlarınca Düzenlenen Belgelerde Onay İşleminin Kaldırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi, Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına Dair Sözleşme özellik arz etmesi nedeniyle aşağıda incelenmiştir.

3.3.5.2.1.1.2.1. Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi

Türkiye'nin 1984 yılında imzaladığı 1961 tarihli bu Sözleşme⁹²⁸, Türkiye için 1985 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, senedin varlığı veya geçerliliği hakkında bir düzenleme içermemekle birlikte, senedin ispat hukuku açısından doğruluğunun tespit edilmesine ilişkin şartları ihtiva etmektedir. Zira daha önce de bahsedildiği üzere, senedin şeklen oluşması MÖHUK madde 7 hükmündeki genel şartlara veya diğer kanunlardaki veya milletlerarası sözleşmelerdeki özel bağlama kurallarına tabidir. O hâlde, resmî senet yapıldığı ülke hukukunun veya esasa uygulanacak hukukun öngördüğü şekil şartlarını taşıyorsa, herhangi bir memur veya makamın onayına gerek kalmaksızın şeklen geçerli kabul edilmektedir⁹²⁹.

Bu durumda Sözleşmenin amacının ne olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Sözleşme, çeşitli yabancı resmî belgelerin uzun süren, zahmetli ve masraflı konsolosluk veya siyasi memurlarca tasdiki işleminin kaldırılmasını amaçlamaktadır⁹³⁰. Ancak sözleşme ile getirilen sistem, HMK sistemini yürürlükten kaldırmamakta, yalnızca ona

⁹²⁸ RG: 16.9.1984-18517. Sözleşmeye taraf 115 ülke için bkz. <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=41>. Ayrıca Cemal Şanlı, "La Haye Devletler Özel Hukuku Sözleşmeleri", *İBD*, 63(7-9), 1989, 378-379.

⁹²⁹ Çelikel/Erdem, 500-501; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, 115; Tekinalp, *Resmî Belgeler*, 159; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 439; Doğan, 33.

⁹³⁰ Tekinalp, *Resmî Belgeler*, 160; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 440.

bir alternatif teşkil etmektedir. Taraflar sözleşmede öngörülen basit usule rağmen, HMK'ya başvurabilirler⁹³¹. Ancak bu durum, resmî senetlerin de arasında bulunduğu resmî belgelerin, hiçbir tasdik işlemine tabi olmadan ve herhangi bir kontrol yapılmadan kullanıldığı anlamına gelmemektedir. Zira akit devletler, hukuk güvenliği ilkesine aykırı durumların oluşmasını istemezler. Bu nedenle de sözleşmenin kapsamına giren belgelerin doğruluğu hakkında milli hukuklarındaki onay işleminin yerine *Apostille* sistemi oluşturmuşlardır⁹³².

Sözleşme ile tasdik işlemi kaldırılan belgeler sınırlı olarak sayılmaktadır. Bunlar:

- a) Savcı, zabıt kâtibi veya adliye memuru tarafından verilmiş belgeler de dâhil olmak üzere, Devletin bir yargı organına veya mahkemesine bağlı bir makam veya görevli memur tarafından düzenlenmiş olan belgeler,
- b) İdarî belgeler,
- c) Noter senetleri,
- d) Kişilerce özel sıfatla imzalanmış belgeler üzerine konulmuş olup belgenin kaydının veya belirli bir tarihte mevcut olduğunun ve imzaların doğruluğunun resmî makam ve noterlerce onaylanması gibi resmî beyanlardır.

Bununla birlikte Sözleşme, doğrudan diplomasi veya konsolosluk memurları tarafından düzenlenmiş belgelerle, ticaret veya gümrük işlemleriyle doğrudan doğruya ilgili olan idarî belgelere uygulanmaz (madde 1) ⁹³³.

Dolayısıyla, Sözleşmeye taraf olmayan devletlerin resmî makamlarınca düzenlenen resmî belgeler ile Sözleşme kapsamı dışında kalan konular bakımından, HMK'daki usul zorunluluk arz etmektedir.

Sözleşmedeki usule göre her akit devlet, tasdik onayını vermek üzere yetkili makamını belirlemek zorundadır (madde 6) ⁹³⁴.

⁹³¹ Çelikel/Erdem, 502; Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, 441.

⁹³² Çelikel/Erdem, 502; Tekinalp, *Resmî Belgeler*, 160.

⁹³³ Bu istisnaların sebebi, ikili konsolosluk anlaşmaları veya çok yanlı sözleşmeler ile konsolosların yaptıkları işlemlerin doğruluklarının, zaten herhangi bir tasdik işlemi aranmaksızın kabul edilmesi, gümrük ve ticaret anlaşmaları ile yeterince elverişli kuralların kabul edilmesi olarak görülmektedir. Tekinalp, *Resmî Belgeler*, 160.

⁹³⁴ Adalet Bakanlığı'nın 1.3.2008 tarihli ve 68/1 sayılı genelgesine göre, Türkiye için tasdik makamı, idari belgeler için Valilikler, adli belgeler için Ağır Ceza Mahkemesi olan merkezlerdeki Adalet Komisyonu Başkanlıkları olarak belirlenmiştir.

Yetkili makamların tasdik işlemi, belgedeki imzanın doğruluğunun, belgeyi imzalayan kişinin sıfatının ve gerektiğinde, bu belge üzerindeki mühür veya damganın aslı ile aynı olduğunun teyidi anlamını taşımaktadır (madde 3).

Yabancı ülkelerde düzenlenen resmî belgelerin ispat gücüne ilişkin, Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi'nin yanı sıra, Türkiye'nin konu ile ilgili taraf olduğu iki sözleşme daha bulunmaktadır.

3.3.5.2.1.1.2.2. Diplomasi ve Konsolosluk Memurlarınca Düzenlenen Belgelerde Onay İşleminin Kaldırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi

Türkiye'nin 1987 yılında onayladığı 1968 tarihli Sözleşme⁹³⁵, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde bulunan diplomasi ve konsolosluk memurlarının düzenlediği yabancı belgelerin, milli makamlarca düzenlenen belgeler gibi kullanılmasını temin etmek amacıyla, tasdik işleminin kaldırılmasını amaçlamaktadır.

Sözleşmeye göre, diplomasi ve konsolosluk memurlarının resmî sıfatlarına dayanarak düzenledikleri resmî belgeler ile imza tasdikleri gibi resmî beyanlar, tasdikten muaf tutulmuştur (madde 2).

Daha önce izah edilmiş olduğu gibi, 1961 tarihli Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi, diplomasi ve konsolosluk memurları tarafından düzenlenen belgeleri, Sözleşmenin kapsamı dışında tutmuştur. Diplomasi ve konsolosluk memurları tarafından düzenlenen belgelerin tasdikini konu edinen 1968 tarihli Avrupa Sözleşmesi, bu yönüyle, taraf devletler bakımından 1961 tarihli La Haye Sözleşmesinin bu alandaki boşluğunu doldurmakta, onu tamamlayıcı bir role sahip bulunmaktadır.

3.3.5.2.1.1.2.2.3. Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına Dair Sözleşme

Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu tarafından 1977 yılında hazırlanan ve Türkiye'nin 1987 yılında onayladığı Sözleşme⁹³⁶, diğerlerinden farklı olarak yalnız resmî

⁹³⁵ RG: 12.04.1987-19429. Sözleşmeye taraf devletler için bkz.

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/063>

⁹³⁶ RG: 16.10.1987-19343. Sözleşmeye taraf devletler için bkz.

http://www.ciec1.org/SITECIEC/PAGE_Conventions/PBUAAO0_w2hxdmlBZHF3enBjfAA.

belgelerin değil, bazı konularla sınırlı olmak üzere, her tür belgenin tasdikten muaf tutulmasına ilişkindir.

Sözleşmeye göre, âkit devletlerden her biri, kullanma amaçları ne olursa olsun, gerçek kişilerin şahsî hâllerine, ehliyetlerine, aile durumlarına, vatandaşlıklarına, ikametgâh veya meskenlerine ait işlem ve belgeler ile evlenme akdi yapılması veya diğer bir şahsî hâl işlemi düzenlenmesi amacıyla verilen her türlü belgeleri, diğer âkit devletin bunları veren makamının imzasını, gerektiğinde mühür veya damgasını taşıması ve tarih konulmuş olması şartı ile tasdik veya benzeri bir formalite aramaksızın kabul eder (madde 2).

Bahsi geçen bu üç sözleşme dışında, Türkiye'nin birçok devletle yabancı resmî ya da özel belgelerin tasdikten muaf tutulmasını sağlamak amacıyla imzalamış olduğu konsolosluk sözleşmeleri bulunmaktadır⁹³⁷.

3.3.5.2.2. Yabancı Özel senet

Resmî bir makam veya memurun katılımı olmaksızın düzenlenen senetlere özel (adi) senet denir⁹³⁸. Yabancı resmî makamlarca düzenlenmiş veya onaylanmış belgeler dışında kalan belgeler, özel senet niteliğinde olabilir. Örneğin, resmî onay taşımayan taraf anlaşmaları, konşimento, gözetme raporu, çeki listesi gibi belgeler özel belge hükmündedirler.

Bu belgeler Türkçe düzenlenmiş ise doğrudan Türk mahkemelerinde delil olarak kullanılabilirler. Şayet özel belge, yabancı bir dilde düzenlenmiş ise, bu durum belgenin ispat değeri bakımından önem taşımaz. Ancak, Türk mahkemelerinde delil olarak kullanılması için Türkçe tercümesinin de sunulması gerekmektedir. Mahkeme kendiliğinden veya diğer tarafın talebi üzerine, belgenin resmî tercümesini de isteyebilir (HMK madde 223). Mahkemenin, yabancı belgenin resmî tercümesini istemesi durumunda, tercüme Türkiye'de veya yurtdışında yaptırılabilir. Özel belge, Türkiye'de veya yurtdışında Türkçeye çevrilip, Türkiye'de ise tercümanın bağlı olduğu noter

⁹³⁷ Konsolosluk Sözleşmeleri için bkz. Şanlı, *Ticari Akitler*, 184, dpn. 223.

⁹³⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, 374; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, 733.

tarafından, yurtdışında ise tercümanın imza örneğinin bulunduğu konsolosluk tarafından onaylanması suretiyle mahkemeye delil olarak sunulabilir⁹³⁹.

Yabancı özel senetlerin Türkçe çevirilerinin, Türk noterleri veya konsoloslarınca onaylanabilmesi için, çevirinin yeminli tercümanlarca yapılmış olması gerekmektedir. Kural olarak, yurtiçinde noterler veya yurtdışında konsoloslar, kendilerinde imza örneği ve yemin metni bulunmayan tercümanlarca yapılmış Türkçe çevirileri onaylamamaktadır. Noterlerin veya konsolosların onayı, yalnızca, yeminli tercümanın imzasına ilişkindir. Yeminli tercümanın imzası ise, tercümanın orijinal metne dayandığını ve bu metnin gerçekliğini göstermektedir⁹⁴⁰.

⁹³⁹ Doğan, 33; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 443.

⁹⁴⁰ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, 443.

SONUÇ

Çalışmamızda milletlerarası özel hukukta şekil sorunu ele alınıp bu yönde araştırma yapılmıştır.

Hukuk, bir şekil ve ifade içinde varlık kazanıp, yürürlüğe geçmektedir. Her hukuk düzeni kendi özel şartlarını ve hukuki işlemlerin özelliklerini dikkate alarak, şekil kurallarını düzenlemekte ve hukuki işlemlerin belirli şekil kurallarına uyularak yapılmasını öngörmektedir.

Milletlerarası özel hukuktaki gelişmelere paralel olarak, yabancılık unsuru içeren özel hukuk işlemlerinde her geçen gün artış meydana gelmektedir. Bu ilişkilerin geçerli olarak kurulması, yalnızca asli şartların bulunmasını değil, aynı zamanda bir hukuki işlemi dışa karşı görünür kılan şekli şartların da bulunmasını gerekli kılmaktadır. Ancak bu işlemler, bünyelerinde barındırdıkları yabancılık unsuru nedeni ile birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlıdır. O halde, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun tespiti meselesi önem arz etmektedir.

İncelememiz sırasında varılan sonuca göre, yabancılık unsuru içeren hukuki işlemlerden bir kısmının şekli, alternatif nitelikli şekil kuralına tabidir. Hukuki işlemlerin diğer bir kısmı ise alternatif nitelikteki şekil kuralından daha dar veya daha geniş biçimde düzenlenmiş bağlama noktalarına tabidir. Biz de çalışmamızda değerlendirmelerimizi bu doğrultuda yaparak, nişanlanma, evlat edinme, taşınır mallar üzerindeki aynı hak işlemleri ile sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuku genel kural kapsamında incelemiş bulunmaktayız. Diğer taraftan, mevzuat ve milletlerarası sözleşmeler ile ölüme bağlı tasarruf işlemlerinin şekli geçerliliği hususunda başkaca bağlama noktaları kabul edilerek alternatif kuralın genişletildiğini görmekteyiz.

Bunun yanı sıra alternatif kural yerine yalnızca LRA veya yalnızca lex causae kurallarının uygulandığı hukuki işlemler de bulunmaktadır. Doktrinde alternatif nitelikli kuralın istisnaları olarak sayılan bu durumları, çalışmamızda alternatif nitelikli kuralın kapsamını daraltan haller başlığıyla incelemiş bulunmaktayız.

Nitekim yabancılık unsuru arz eden evlenme ve kambiyo senetlerinin şekli geçerliliği, esas olarak LRA kuralına tabidir. Taşınmaz mallar üzerindeki aynı hak işlemleri, tüketici sözleşmeleri ve yapıldığı yerde bilinmeyen veya mümkün olmayan

işlemler ise *lex causae* kuralının uygulama alanı dâhilindeki işlemlerdir. Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken Türk mevzuat, doktrin ve uygulaması ile birlikte karşılaştırmalı hukuk kuralları da çalışmamızda ayrıca incelenmiştir.

Tarafların, bir hukuki sonuca ulaşmak amacıyla, yapmış oldukları yabancı unsurlu hukuki işlemlerin geçerliliği açısından bürüneceği şekil büyük önem taşımaktadır. Yabancılık unsuru içeren hukuki işlemler, hukuki işlemlerin yapıldıkları ülke hukuku (LRA) veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun (*lex causae*) şekil kurallarına uygun olmak şartıyla geçerlilik kazanmaktadır.

Her hukuk düzeni aynı hukuki işlemi farklı bir şekil kuralına tabi tutmuş olabilir. Hâkimin, önüne gelen yabancı unsurlu davada, tek bir maddi hukuku uygulaması veya uygulanacak hukuku keyfi olarak belirlemesi, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini ve işlem güvenliğini zedeleyebilir. Bu nedenle şekle uygulanacak hukukun, milletlerarası özel hukuktaki temel ilkeler doğrultusunda belirlenmesi gerekmektedir.

Yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekli bakımından, bu işlemlerin yapılmasında kolaylık, hız, güven, istikrar gibi oldukça kapsamlı ve önemli hususları içeren, işlem menfaatlerinin ön plana çıktığı görülmektedir. Bu manada, özellikle LRA ilkesinin, bunun yanında pek çok durumda da *lex causae* ilkesinin söz konusu menfaatleri sağlayacağı tespit edilmiştir.

Hukuki işlemlerin şekli konusunda bir kanunlar ihtilafının doğabilmesi için, bu işlemlerin mutlaka yabancılık unsurunu içermesi gerekmektedir. Bu unsur, taraflardan birinin yabancı olması, işlemin yabancı ülkede gerçekleştirilmesi, işlemin yabancı ülkede bulunan bir taşınır veya taşınmaz mal üzerinde hak doğurması, hakkın yabancı ülkede imzalanan bir senede dayanması biçiminde şahıs veya ülkeye göre ortaya çıkabilmektedir.

Sözleşmeler alanında ise uluslararası ticaretteki yeni gelişmeler doğrultusunda, şahsi ve coğrafi unsurlardan bağımsız, uluslararası ticari hayatın yarar alanına giren işlemler, yabancı unsurlu kabul edilmektedir. Doktrinde farklı görüşler olmakla birlikte, Türk vatandaşlarının sözleşmelerine uygulamak üzere yabancı bir hukuku seçmiş olmaları, kanaatimizce, sözleşmeye yabancılık unsuru katmamaktadır.

Tarihi gelişim sürecinde, LRA kuralı, kanunlar ihtilafı kuralları arasında ortaya çıkma ve uygulanma zamanı bakımından en eski ve en yaygın kuraldır. Kuralın temeli

M.S. 4. yüzyıla kadar gitmektedir. Roma hukukunda yabancı akınları ve yabancılarla ticari ilişkilerin artması, değişik şekil kurallarının karşı karşıya gelerek kanunlar ihtilafının doğmasına neden olmuştur. Zamanla LRA kuralının ihtiyaçları karşılayamaması nedeni ile lex causae kuralı da şekle uygulanmak üzere kabul edilmiştir.

Türk hukukunda ise kuralın gelişimi belirlenirken, milletlerarası özel hukukun kaynaklarına göre üçlü bir ayırım yapılmıştır. Şöyle ki, Muvakkat Kanun'da, hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuku konusunda genel bir düzenleme olmamakla beraber, özel düzenlemeler, doktrindeki tartışmalar ve mahkeme kararları ile bir sistem oluşturulmuştur. Bu sistemde şekil, taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklar dışında işlemlerin yapıldığı ülke hukukuna tabi tutulmuştur. 2675 sayılı MÖHUK'ta şekil düzenlemesi, 5718 sayılı MÖHUK'a göre bir takım farklılıklar içermektedir. Bu farklılıklardan en önemlisi, 5718 sayılı MÖHUK'un, şekil kuralında atfı bertaraf edecek biçimde düzenlenmesi ve tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk ile bu kapsamda tüketici sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuku belirten yeni bir hüküm eklenmesidir. Ayrıca genel şekil kuralı milletlerarası özel hukuk kurallarının tasnifi bakımından çok yanlı, aynı zamanda hem bağımlı hem de bağımsız ve alternatif nitelikte bir kuraldır. Şekil kuralının alternatif niteliği, klasik kanunlar ihtilafı metodolojisiyle uyuşmamaktadır. Zira kanunlar ihtilafı kuralları maddi sonuç ile ilgilenmeksizin yalnızca uygulanacak hukuku gösterirler. Hatta alternatif nitelikteki bu kuralın, gerçek anlamda bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığı ve maddi nitelikte bir kural olduğu sonucuna da varılabilir. Fakat işlem güvenliği ilkesi doğrultusunda, işlemi hukuki sonuca götürecektir şekli geçerliliğin sağlanması için bu alternatiflik kaçınılmazdır.

Yabancı unsurlu hukuki işlemlerin şekli için öngörülen kurallar, işlem ve taraf menfaatine hizmet eder. Zira bu kurallar, işlemin yapılmasına hız ve kolaylık sağlarken, geçerli bir hukuki sonuca ulaşmak için de gereklidir. Ayrıca tarafların işlemi yaparken en sıkı ilişki içinde oldukları hukuk LRA veya lex causae'dır.

Bununla birlikte, hukuki işlemin şekline uygulanacak hukuku belirlemeden evvel, bu hukuki işlemin şekli ile alakalı, milletlerarası özel hukukun temel sorunlarının çözülmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, çalışmamızda, vasıflandırma, önmele, atf, kanuna karşı hile, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar şekille bağlantılı olduğu ölçüde açıklanmaya çalışılmıştır.

Nitekim hâkim, önüne gelen olayda yabancılık unsurunu tespit ettikten sonra vasıflandırma yapmalıdır. Zira bu vasıflandırma sonucunda uygulanacak hukuk da farklılaşabilecektir. Vasıflandırma konusu çalışma konumuz bakımından özellikle, evliliğin belirli bir şekle bağlı olup olmadığı, evlenme iradelerinin taraflarca açıklanma metodu, evlenmede kanuni temsilcinin izni, vekil vasıtasıyla evlenme iradesinin açıklamasının şekil veya esasa ilişkin olarak değerlendirilmesi, ölüme bağlı tasarruflarda esasa ilişkin hususlar ile şekle ait hususlar arasında sınır çizilmesi ve kıymetli evrakın kambiyo senedi niteliğinin belirlenmesi konularında önem kazanmıştır. Tüm bu hususlar, esas olarak, klasik vasıflandırma metodu ile çözülerek hâkimin hukukuna göre vasıflandırılmalıdır. Ancak son zamanlarda, olaya göre vasıflandırma yapıp milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleştirilmesi amacıyla, *lex causae*'ya göre vasıflandırma yapıldığı da görülmektedir. Özellikle hukuki işlemi ayakta tutma çabası ve kazanılmış hakların zarar görmemesi bakımından bu metoda başvurulduğu görülmektedir.

Hukuki işlemlerin şeklen geçerli olup olmadığı, bazen önmele teşkil etmektedir. Özellikle evlenmenin şekli geçerliliği, velayet, nafaka, evlenmenin genel hükümleri veya miras gibi sorunlara binaen öncelik arz edebilmektedir. O halde, şeklin önmele olarak karşımıza çıktığı durumlarda *lex fori* veya *lex causae* bağlanma tercih edilebilir. Ancak genel bir kurala göre hareket etmek yerine, olaya göre çözüm esası benimsenebilir. Zira böylelikle milletlerarası karar ahengi veya iç karar ahengi tercih edilerek milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanabilecektir.

Hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken, atıf reddedilecek şekilde hüküm getirilerek, eski düzenleme nedeniyle doğmuş olan tartışmalar bertaraf edilmiştir.

Karşılaştırmalı hukuk bakımından da hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı kabul edilip atıf reddedilmekle birlikte yalnızca bazı özel durumlarda, örneğin vasiyetnamelere veya evlenme veyahut tüketici ve taşınmaz satım sözleşmelerinde işleme geçerlilik kazandırmak amacıyla atfın kabul edildiği görülmektedir. Türk hukukunda evlenmenin şekli, evlenmenin gerçekleştiği ülke hukukuna tabi tutulmuştur. Bu kuralda, genel şekil kuralında atfı reddeden düzenlemeden farklı düzenleme yapılması ve evlenmenin şeklinin kanunda genel hükümler kısmında

yer almaması nedeniyle, geçersiz bir evlenme atıf yolu ile şeklen ayakta tutulabiliyorsa atfın dikkate alınabileceği kabul edilmiştir.

Ölüme bağlı tasarruf işlemlerine uygulanacak hukuku düzenleyen milletlerarası sözleşme hükümleri ve ulusal hukuk kuralları bu işlemleri mümkün olduğunca ayakta tutmayı amaçlayarak, atfı reddetmektedir. Ancak atfın uygulanması ile vasiyetnameler şeklen geçerli kılınabiliyorsa, bu durumda buna imkân tanınmakta ve atıf kabul edilmektedir. Ayrıca, kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukuk belirlenirken de atfın dikkate alınmaması gerektiği sonucuna varılabilmektedir.

Bunun dışında, kanuna karşı hile yolu ile şekle uygulanacak hukukun değiştirilmesi mümkündür. Türk hukukunda kanuna karşı hilenin yaptırımı açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, konu hakkında karşılaştırma hukukun iki şekilde çözüm getirdiği görülmüştür: hile ile elde edilen sonucu geçersiz kılmak veya kamu düzeni müdahalesini uygulamak. Ancak şekil konusunda yapılan hileler esas hakkında yapılan hileler kadar ağır sonuçlar doğurmayacağı için, işlemi geçersiz kılmak yerine, doktrin ve milletlerarası uygulama dikkate alınarak her olay ayrı değerlendirilebilmelidir.

Nitekim yabancılık unsuru içeren hukuki işlemlerin şekli hakkında ortaya çıkabilecek milletlerarası özel hukuk sorunları ve bu sorunların çözüm alternatifleri belirlendikten sonra, uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespit yapılırken öncelikle LRA kuralı ile lex causae kuralının birbirlerine alternatif uygulama alanı bulduğu hukuki işlemler incelenmiştir.

Hukuk sistemlerinde nişanlanmanın şeklinin özel olarak düzenlenmediği görülmektedir. Yabancılık unsuru barındıran nişanlama işlemlerinin şekli alternatif nitelikli kurala tabidir. Dolayısıyla LRA, nişanlanmanın gerçekleştiği yer iken, lex causae aynı devlet vatandaşları için müşterek milli hukukları ve farklı devlet vatandaşları için ise Türk hukukudur. Nişanlanmaya benzeyen serbest evliliklerin şekline de, tıpkı nişanlanma gibi, LRA veya lex causae kurallarının uygulanması gerektiği yönünde görüşler mevcuttur. Ancak kanaatimizce bu birlikteliklerde herhangi bir şekil şartı aranmadığı için taraflar arasında doğacak özel hukuk sorunları, sorunun niteliğine göre uygulanacak hukuk belirlenerek çözülebilecektir. Son yıllarda yasal düzenleme konusu olan Common law evlilikleri ile kayıtlı birlikteliklerin şekli geçerliliği ise yapıldıkları yer hukukuna tabi tutulmaktadır. Dolayısıyla bu birlikteliklerin şekli kuruluş yeri hukukuna tabidir.

Yine son yıllarda sayısı artmaya devam eden ülkeler arası evlat edinme işlemlerinin şekli şartları da alternatif nitelikli genel kuralın kapsamındadır. Nitekim TMK, mahkeme kararı ile evlat edinme ilişkisinin kurulacağını belirtmiştir. Ancak mahkeme, evlat edinme kararını vermeden önce, çocuğun menfaatini araştırmakla yükümlüdür. Hâkimin araştırma yapma yükümlülüğünün ve hâkimin kararının TMK' da şekil ve usule ait olarak düzenlenmesine rağmen bu hususların kanaatimizce milletlerarası özel hukukta niteliği tartışmalıdır. Zira hâkimin araştırma yükümü evlat edinmenin maddi şartlarından veya usule ait kabul edilmesi uygulanacak hukukun farklılaşmasına neden olabilecektir. Evlat edinmede çocuğun menfaatini araştırma yükümü, her ne kadar evlat edinmenin maddi şartlarından olsa da, bu şartın gerçekleştirilme şekli bir usul meselesidir ve işlemin yapıldığı yer hukukuna tabidir. Dolayısıyla, yabancı ülkede gerçekleştirilen bir evlat edinme işlemi varsa, o ülkenin kendi hukukunun aradığı usule göre yetkili bir makamdan alınacak izin, Türk hukukunda aranan hâkim kararı şartını yerine getirmeye yeterli sayılmaktadır.

Alternatif nitelikli şekil kuralının uygulama alanı bulduğu diğer hukuki işlemler ise, taşınır mallar üzerindeki aynî hak işlemleri ile sözleşmeler olduğu kanaatindeyiz. Zira taşınmaz mallar üzerindeki aynî hak işlemlerinin şekline uygulanacak hukuku kanun açıkça düzenlemektedirken taşınır mallar üzerindeki aynî hak işlemlerinin şekline uygulanacak hukuk konusunda sessiz kalmaktadır. Fakat taşınır mallar üzerindeki aynî hak işlemlerinin şekline, işlem anında malların bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiğini öneren aksi yönde bir görüş de bulunmaktadır.

Sözleşmeler hakkında ise LRA veya *lex causae* alternatif olarak uygulama alını bulmaktadır. LRA'nın, yani sözleşmenin yapıldığı yerin tespitinin bazı hallerde zor olması, *lex causae*'nin şekil kurallarının uygulanmasını zorunlu kılabilir. Sözleşmelerin esasına uygulanacak hukuk ise sübjektif olarak taraflarca seçilebileceği gibi objektif kriterlere göre de belirlenebilir. Buradaki asıl sorun, sözleşmeye uygulanacak hukukun sonradan değiştirilmesi hâlinde, bu değişiklikten sözleşmenin şekline uygulanacak hukukun etkilenip etkilenmeyeceğidir. Zira yapıldığı sırada sözleşmeye uygulanacak hukuka göre şekil bakımından geçerli olan bir sözleşme, sonradan yapılan hukuk seçimi ile geçersiz hale gelebilir veya tam tersi de mümkün olabilir. Yani sözleşme kurulduğu tarihte esasa uygulanacak hukuka göre şeklen geçersizken, daha sonra yapılan hukuk seçimi ile de geçerli hale gelebilir. Bu durumda, sonradan yapılan hukuk seçimi,

sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğini kanaatimizce etkilememeli, yalnızca sözleşmenin hükümleri yeni seçilen hukuka tabi olabilmelidir.

Ölüme bağlı tasarrufların şekline uygulanacak hukuk kuralına gelince, alternatif nitelikteki genel şekil kuralının uygulama alanını genişletmektedir. Zira ölenin milli hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerli kılınmıştır. Ancak uygulanacak hukuk belirlenirken, tasarrufun yapıldığı an mı yoksa ölüm anının mı dikkate alınacağı belirlenmelidir. Vasiyette bulunanın son arzularını gerçekleştirmenin yanında hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik ilkelerini sağlamak için, vasiyet tasarrufunun yapıldığı andaki hukuka bağlanmak gerekmektedir. Bir diğer tartışma ise, genel şekil kuralına göre esasa uygulanacak hukukun *ölenin milli hukuku* olması sebebiyle miras hükmü ile *ölenin milli hukukuna* bağlanmanın bir tekrar olup olmadığı üzerinedir. Ancak bu husus, bir tekrar olmayıp, terekenin Türkiye’de bulunan bir taşınmaz olduğu hallerde önem arz etmektedir. Zira Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke hakkında esasa uygulanacak hukuk, ölenin milli hukukundan farklı olarak, Türk hukukuna tabi tutulmuştur. Bu nedenle Türkiye’de bulunan taşınmaz tereke Türk hukukuna veya ölenin milli hukukuna tabidir.

Bununla birlikte, alternatif nitelikteki genel şekil kuralının iki istisnası vardır. Bunlardan ilki yalnızca LRA kuralının uygulandığı yabancı unsurlu kambiyo senetlerinin şekli ve evlenmenin şeklidir.

Kambiyo senetlerinin devredilebilir olma özelliği, kambiyo senetlerine özgü pek çok yabancı unsurlu uyumsuzluğun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu uyumsuzlukların çözümü noktasında, kambiyo senetlerinin şekline uygulanacak hukukun tespitine yönelik farklı hukuk sistemleriyle ve farklı hükümlerle karşı karşıya kalmak mümkün olabilmektedir. Türk hukukunda yabancılık unsuru içeren kambiyo senetleri ile yapılan borçlanmaların şekline uygulanacak hukuk Türk Ticaret Kanununda, borçlanmaların imzalandığı ülke hukukuna tabi kılınmıştır. Senet üzerinde yazılan yer ile senedin fiilen düzenlendiği yerin farklı olması durumunda imza yerinin belirlenmesi gerekmektedir. Senet üzerinde yazan yer ile düzenleme yerinin farklı olup olmadığı bir ispat meselesidir ve aksi ispat edilene kadar senette yazılan yer, düzenleme yeri olarak senedin şekli geçerliliğini belirler. Kambiyo senetlerinin LRA’ya göre şeklen geçersizliğini önlemek amacıyla, bir kısım tamamlayıcı kurallar da kabul edilmiştir. Buna

göre, bir Türk vatandaşının, yabancı ülkede poliçeyle borçlanması Türk hukukunun gösterdiği şekle uygun bulunduğu takdirde, Türkiye’de başka bir Türk’e karşı geçerlidir. Dolayısıyla, LRA yerine belirli şartlarla lex fori kuralının uygulanması kabul edilerek, kambiyo senedine geçerlilik tanınabilir. Kuralın uygulanmasında vatandaşlığın tespitine ilişkin tartışmalı konular mevcuttur. Araştırmamız neticesinde tartışmalar hakkında vardığımız kanaatler şu şekildedir: kuralın uygulanması bakımından Türk vatandaşı keşideci olabileceği gibi, ciranta da olabilir. Bu nedenle işlemin karşı tarafını teşkil eden yabancının senedi bir Türk vatandaşa ciro etmesi halinde de TTK’daki tamamlayıcı kural uygulama alanı bulabilmektedir. Tarafların birden çok vatandaşlığı varsa ve bunlardan biri Türk vatandaşlığı ise yine kural uygulanabilecektir. Bu bağlamda doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni alarak Türk vatandaşlığından ayrılan ve Mavi Kart sahibi kişiler, Türk Vatandaşlığı Kanununda sayılan istisnai haller dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanacakları için ve kanımızca, tamamlayıcı kural kapsamında olabileceklerdir. Ayrıca tüzel kişiler tamamlayıcı kural kapsamına girmemektedirler.

Tamamlayıcı kuralın uygulanması bakımından vatandaşlıkla ilgili birçok tartışmalı husus mevcuttur. Bu tartışmalara son vermek amacıyla, Common Law sisteminden faydalanılarak, vatandaşlık unsurundan bağımsız düzenleme yapılması önerilebilir. Diğer taraftan, kambiyo senedinin şeklen geçerliliği talebin, ancak Türk mahkemeleri önünde yapılmış olmasına bağlıdır. Bu durum, dava ve icra takibinde bulunacak kişi için forum shopping sorunu doğurabilir. Zira talep başka bir ülke mahkemesinde yapılırsa, şeklen geçersiz bir kambiyo borçlanması doğacakken, Türk mahkemelerinde yapılırsa, kambiyo senedi şeklen geçerli kabul edilebilecektir. Ancak Kanundaki açık hüküm sayesinde, bu durumu forum shopping olarak değil hukuki bir yol olarak yorum yapabiliriz. Böylece, tarafların çabasını, kambiyo senedini ayakta tutma amacına uygun yorumlamak gerekeceği kanaatindeyiz.

Milletlerarası özel hukukta en çok kanunlar ihtilafına neden olan ve Türk hukukunda LRA kuralının zorunlu olarak uygulandığı diğer konu ise evlenmenin şekli geçerliliğidir. Evlenme, genellikle şekle bağlı bir işlem olmakla birlikte, bu şekil ülkeden ülkeye değişmektedir. Evlenmede resmi şekli veya dini şekli kabul etmiş ülkeler olduğu gibi her iki şekli birlikte kabul eden ülkeler de bulunmaktadır. LRA kuralının uygulanmasının zorunlu sonucu, devletlerin kendi vatandaşlarının, yabancı bir ülkede o

ülke hukukunun aradığı şekil şartlarını taşıyan bir evlilik gerçekleştirmişlerse, bu evliliklerin geçerli kabul edilmesi olarak tezahür edecektir. Ayrıca, evlenmenin şartlarından bir kısmı vasıflandırmaya muhtaçtır. Evlenmede yasal temsilcinin rızasının esasa veya şekle ilişkin bir konu olarak vasıflandırılması, uygulanacak hukukun farklılaşmasına ve bir hukuka göre geçerli, diğerine göre geçersiz bir evliliğin doğmasına neden olabilecektir. Ancak kazanılmış bir hakkın korunması için, esasa ait bir hususun şekil olarak vasıflandırılması da mümkündür. Vekil vasıtasıyla evlilik hususunun da esasa veya şekle ait olarak vasıflandırılması, ülke hukuklarına göre farklı sonuçların ve total evliliklerin doğmasına neden olabilir.

Türk hukukunda bir işlemin, vekil vasıtasıyla yapılıp yapılmayacağı, şekle değil esasa ilişkin bir konu olup, vekil aracılığıyla yapılmak istenen işlemin esasına uygulanacak hukuka göre vasıflandırılmalıdır. Buna karşılık, vekil tarafından yapılan beyanın şekli ise esasa değil, şekle uygulanacak hukuka tabidir.

Konsolosluk evlenmeleri, evlenmenin şekline LRA kuralının bir istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır. Konsolosların evlendirme yetkisi genel bir kural ile veya milletlerarası antlaşma ile tanınmış olabilir. Bu yetkinin, kabul eden devlet tarafından açıkça veya zımnen tanınması gerekmektedir. Aksi halde, gerçekleştirilen konsolosluk evliliği hiçbir ülkede geçerli kabul edilmeyebilecektir. Konsolosu gönderen devlet yetki verdiği halde, kabul eden devlet bu yetkiyi tanımamış ise, bu evlilik yalnızca gönderen devlette geçerli sayılacaktır.

Konsolosluk evlilikleri hakkında iki sistem kabul edilmiştir. Bu sistemlerden mutad sisteme göre, konsolosluklarda evlenen kişilerden her ikisinin de konsolosu gönderen devlet vatandaşı olması gerekmektedir. Liberal sisteme göre ise, konsoloslar, evliliğin taraflarından birinin gönderen ülke vatandaşı olması, diğerinin ise ne gönderen ne de kabul eden ülke vatandaşı olmaması koşuluyla, ayrı iki ülke vatandaşını evlendirme yetkisine sahip olabileceklerdir. Türkiye’de bulunan yabancı konsolosluklar bakımından mutad sistem kabul edilmiş olmasına rağmen bir takım ikili konsolosluk antlaşması ile bu kuralın yumuşatıldığı görülmektedir. Bunun yanı sıra Türk konsoloslarının evlendirme yetkisi, mevzuatta yapılan değişiklikten önce tartışmalıydı. Ancak günümüzde, Türk konsolosları yalnızca iki Türk vatandaşının nikâh işlemini gerçekleştirebilmektedir. Çifte vatandaşlığın söz konusu olduğu hallerde her devlet öncelikle kendi vatandaşlığını

dikkate almaktadır. O halde, yurtdışındaki Türk konsoloslukunda evlenmek isteyen müstakbel eşlerden biri Türk vatandaşı iken, diğerinin ise Türk vatandaşlığı yanında başka bir devlet vatandaşlığı da bulunuyorsa ve bu vatandaşlık, konsolosu kabul eden devletin vatandaşlığı ise, Türk konsolosu evlendirme işlemini yapmaktan çekinemeyecek, ancak taraflara evlenmenin kabul eden devlette geçerli olmayacağı ihtimali olduğu uyarısını yapması gerekecektir. Bu halde, evlenme işleminin konsolosluk yerine, yetkili memur önünde yapılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca günümüzde yasal düzenleme konusu olmaya başlayan aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri de kanunlar ihtilafı problemleri doğması muhtemel alanlardandır. Türk hukukunda kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması olası olan aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı hayat ortaklıklarının şekli, karşılaştırmalı hukukta evliliğin şekline uygulanacak hukuk kurallarının kıyasen uygulanması veya tescil yeri hukukunun uygulanması ile çözüme kavuşturulmaktadır.

Nitekim araştırma esnasında, işlemin esas bakımından şeklin önem arz ettiği hususlarda, genellikle şekle uygulanacak hukuk konusunda LRA kuralından ayrılıp, lex causae kuralının tek bağlama kuralı olarak kabul edildiğini tespit etmiş bulunmaktayız. O halde, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerinde aynı hak doğuran hukuki işlemlerin, Türk hukukuna tabi olması kaçınılmazdır. Zira aleniyet ve hukuki güvenlik yanında toprak üzerindeki menfaatlerin korunması da bunu gerektirmektedir.

Ayrıca MÖHUK’ta taşınmazlara ilişkin sözleşmeler hakkında 21/4. ve 25. madde hükümleri düzenlenmektedir. O halde, taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerin şekil bakımından hangi hükme tabi olduğu belirlenmelidir. Zira 25. madde hükmü uygulandığı takdirde, genel şekil kuralını dikkate almak gerekmekte ancak 21/4. madde hükmü dikkate alındığında ise uygulanacak hukuk farklılaşacaktır. Zira bu halde taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerin şekli taşınmaz malların bulundukları ülke hukukuna tabi tutulmuştur. Kanaatimizce, taşınmaz mallar üzerinde aynı hak doğuran hukuki işlemlerin şekli hakkında MÖHUK madde 25 hükmünden önce, açıkça düzenleme yapan MÖHUK madde 21/4 hükmü dikkate alınmalıdır. Taşınmazları kullanma hakkı veren işlemler için ise genel nitelikteki alternatif şekil kuralı uygulanabilmelidir. Zira uygulamada çoğunlukla, taşınmaz kullanımına ilişkin yabancılık unsuru ihtiva eden işlemlerin yapıldığı yer ile taşınmazın bulunduğu yer farklılık arz etmektedir. Ancak bu işlemlere

ilişkin aynı etki doğuracak diğer işlemler yine taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna uygun şekilde gerçekleştirilmelidir. Aynı hak devri ile ilgili olmayan satım vaadi gibi işlemler ise, işlemin yapıldığı yer hukukuna uygun olmak koşuluyla geçerli kabul edilmektedirler.

Alternatif uygulama metodu getiren genel şekil kuralı, tüketici sözleşmelerinin niteliği ile bağdaşmadığı için, bu sözleşmeler hakkında özel bir hüküm sevk edilmesi yerinde görülmiştir. Ayrıca, tüketici sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukuk ile şekle uygulanacak hukuk arasında birliğin sağlanması gerekmektedir. Bu nedenle, tüketici sözleşmelerinde esasa uygulanacak hukuk olan mutad mesken hukuku tüketici sözleşmelerinin şekli geçerliliğini de belirlemelidir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Yabancılık unsuru içeren hukuki işlemin şekli geçerliliği ile Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir davada, yabancı ülkelerde ve yabancı dilde düzenlenen belgelerin, ispat vasıtası olarak kullanılabilmesinin şekli geçerliliği birbirine karıştırılmamalıdır. Zira öncelikle belgede yer alan hukuki işlemin şekli geçerliliği LRA ve/veya *lex causae*'ya göre tespit edilip, şeklen geçerli olduğu sonucuna varılmalı, ardından geçerli olduğu tespit edilen bu işlemi yansıtan belgenin Türk mahkemelerinde delil olarak kullanılıp kullanılamayacağı *lex fori*'ye göre değerlendirilmelidir. Ancak yazılı delillerin değerlendirilmesinde, *lex fori* kuralına bir istisna getirilmiş bulunmaktadır. Yazılı delillerin geçerliliğinin LRA kuralına tabi olması bir zorunluluk olarak görülmektedir. zira hukuki işlemin şeklinin yapıldığı ülke hukukuna tabi kılınmasının tüm faydaları, hukuki işlemin ispatı açısından da geçerli kabul edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız, “Nişanlanma ve Nişanlılık”, *AÜHFD*, 54(2), 2005, 65-152.
- Acun Mekengeç, M., “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensibinin Uygulanması”, *EÜHFD*, XVII(3-4), 2013, 237-283.
- Acun Mekengeç, M., *Aynî Haklardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme*, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2016.
- Akgün, C., “Konsolosluk Evlenmelerinin Şekline Uygulanacak Hukuk”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXI(3), 2017, 109-136.
- Akıncı, Z., *Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, Ankara 1994.
- Akıncı, Z., Demir Gökyayla, C., *Milletlerarası Aile Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Akıntürk, T., Ateş Karaman, D., *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku II. Cilt*, 16. Bası, Beta Basım, İstanbul 2014.
- Akipek, Ş., Küçükgüngör, E., *Sözleşmeler Rehberi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Alangoya, H.Y., Yıldırım M. K., Deren-Yıldırım, N., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 5. Bası, İstanbul 2005.
- Alatlı, A., *Batiya Yön Veren Metinler II-Rönesans / Protestan Reformu Erken Modern Dönem / Bilim Çağı*, 2014, Alfa Yayınları.
- Alibaba, A., *Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara 2005.
- Alp, Y., *Taşınmaz Satım Vaadi Sözleşmesi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Antalya 2017.
- Altuğ, Y., Yasan, M., “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, *Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan*, Alkım Yayınevi, İstanbul 2003, 139-149.

- Ansay, T., “İkametgâhın Tayininden Doğan Kanunlar İhtilafı”, *AÜHFD*, X(1-4), 1953, 666-687.
- Arık, F.K., “Muaddel İsviçre Borçlar Kanununda Ticaret Senetlerinden Doğan Kanun Çatışmaları”, *Siyasi Bilimler Mecmuası*, 11(125), 1941, 198–203.
- Arslan (Akyüz), S. P., *Şekle Aykırılık Nedeni İle Geçersiz Taşınmaz Satımlarından Doğan Hukuki Sonuçlar*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2004.
- Ataman Figanmeşe, İ., “Çifte Vatandaşlık Hâlinde MÖHUK'un 4. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı”, *MHB Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan*, 19-20(1-2), 1999-2000, 95-114.
- Ataman Figanmeşe, İ., “Lahey Sözleşmelerinde İade ve Devam Eden Atıf ve Bu Konuda Gelişen Yeni Anlayış”, *MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan*, 22(2), 2002, 39-74.
- Atamer, Y., “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, *İÜHFM*, LV(1-2), 1995-1996, 421-446.
- Aybay, R., Dardağan, E., *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2005.
- Aybay, R., *Tarih ve Hukuk Açısından Konsolosluk*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2009.
- Aygün, M., “ABD Kanunlar İhtilâfı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metotlar, II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk (ABD Kanunlar İhtilafı)”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XX(2), 2016, 129-170.
- Aygün, M., “Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti (Çek)” , *AÜHFD*, 61(3), 2012, 925-972.
- Aygün, M., *Milletlerarası Özel Hukukta Kambiyo Senetleri*, (Kambiyo Senetleri), (Yayımlanmış Doktora Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2008 .

- Aygün, M., “Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü (Yabancılık Unsuru)”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan*, C: 16, Özel Sayı 2014, 1025-1066.
- Aygün, M., Altıparmak, A.K., “650/2012 Sayılı Avrupa Birliği Miras Tüzüğünde Mirasa Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(143 – 144), Temmuz - Ağustos 2016, 29-57.
- Baran Çelik, N., *Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2008.
- Bayata Canyaş, F. A., “5718 Sayılı Yeni MÖHUK Uyarınca Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Özellikle Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Hâluk Konuralp Anısına Armağan, C. III*, Ankara 2009.
- Bayraktaroğlu Özçelik, G., “Yabancı Unsurlu Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin Tayini”, *AÜHFD*, 63(4), 2014, 833-878.
- Beale, J. H., Dicey's "Conflict of Laws" , *Harvard Law Review*, 10(3) (Oct. 26, 1896), 168-174.
- Belbez, H., “Yunan Devletler Hususi Hukuku”, *AÜHFD*, 1(3), 1943, 457-470.
- Berki, O. F., “Devletin Mirasta Mevkii ve Bundan Doğan Kanun İhtilafları”, *Ankara Barosu Dergisi*, C: 3, 1944, 4-8.
- Berki, O. F., *Devletler Hususi Hukuku-Tabiiyet ve Yabancılar Hukuku C:1*, 7. Baskı, Ankara 1970.
- Berki, O.F., “Devletler Hususi Hukukunda Kanuna Karşı Hile”, *AÜHFD*, 1(3), 1944, 406-423.
- Berki, Ş., “Türk Hukukunda Vasiyet”, *AÜHFD*, VIII(3-4), 1951, 3-vd.
- Bozer, A., Göle, C., *Kıymetli Evrak Hukuku*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017.

- Bozkurt Yaşar, S., “Türk Özel Hukukunda Şekil Kavramı ve Şekil Eksikliği Sebebi ile Hükümsüzlüğün TMK. m. 2/f.sı Gereğince Sınırlanması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 1(4), Aralık 2006, 31-44.
- Can, H., Toker, A. G., *Milletlerarası Özel Hukuk Ders Kitabı*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı.
- Cavers, D.F., Dicey's Conflict of Laws by J. H. C. Morris, *Harvard Law Review*, 63(7), (May, 1950), 1278-1281.
- Cheshire/North/Fawcett, *Cheshire's Private International Law*, Oxford University Press, 14th Revised Edition.
- Chesterman, M. R., “Choice of Law Aspects of Liens and Similar Claims in International Sale of Goods”, *ICLQ*, V.: 22, 1973.
- Cin, H., *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 341, Ankara 1974.
- Cohn, E. J., The Form of Wills of Immovables, *The International and Comparative Law Quarterly*, 5(3), (Jul., 1956), 395-404.
- Collier, J. G., *Conflict of Laws*, 4th ed, Cambridge University Press, 2001.
- Creid, K. G., Dewaal M.J., Zimmermann, R., *Comparative Succession Law Volume I- Testamentary Formalities*, Oxford University Press.
- Çalışkan, Z., “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, *MHB*, 28(1-2), 2008, 28-50.
- Çelikel, A., “Türk Milletlerarası Özel Hukuk’unda “Atıf” Prensiplerinin Uygulanması (Atıf)”, *MHB*, 3(2), 1983, 1-10.
- Çelikel, A., Erdem, B. B., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15. Bası, Beta Basım, İstanbul 2017.
- Çelikel, A., “Devletler Hususi Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod”, *İÜHFM*, 35(1-4), 1969, 231-248.
- Çelikel, A., *Menkul Eşya Üzerinde Ayni Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı*, İÜ Fakülteler Matbaası, İstanbul 1972.

- Çelikel, A., Şanlı, C., Öztekin, G., Erdem, B.B., Ataman, İ., Giray, F. K., *Milletlerarası Özel Hukuk Anlaşmaları C:II*, Beta Basım, İstanbul 2005.
- Çınar, K., *Yabancılık Unsuru İçeren Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2016.
- Çivi, A., “İslam Hukukuna Göre Yurtdışında Yapılan Evliliklerin İsviçre’de Tanınması”, *İKÜHFD*, S: 2, 2010, 157-162.
- Çörekçi, E., *Ülkelerarası Evlat Edinme*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum 2009.
- Daniel, B. R., “The Renvoi in Private International Law”, *International Journal of Social Science and Humanity*, 3(1), January 2013, 66-69.
- Dayınlarlı, K., “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”, *Yaşar Karayalçın’a Armağan*, Ankara 1988, 653-679.
- Delaume, G. R., “What Is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma”, *ICLQ*, 28, 1979, 258-279.
- Deliduman, S., “Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1-2, 2000, 413-435.
- Demir, B., “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Doğrudan Temsil Müessesesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6(1), 2015.
- Demir, Ş., “Ölüme Bağlı Tasarrufların Yorumu”, *TAAD*, 4(14), (Temmuz 2013).
- Dethloff, N., “Evlatlık ve Velayet Hakkı-Tescil Edilmiş (Kayıtlı) Hayat Ortaklıkları Alanındaki Problemler”, Çev: Kalkan Oğuztürk, B., *Küresel Bakış*, 1(1), Nisan 2011, 13-20.
- Devers, A., Çev: Tiryakioğlu, B., Öztürk, N., Private International Law Aspects Of Non-Marital Unions Some French Reflections On The Applicable Law, “Evlilik Dışı Beraberliklerin Milletlerarası Özel Hukuk Yönü Uygulanacak Hukuka İlişkin Fransa’daki Bazı Görüşler”, *MHB*, 37(2), 963–994.
- Devres, M.N., “Ticari Senetlerde Kanunlar İhtilafı”, *Adliye Ceridesi*, S: 13, 1936, 784-813.

- Diamond, A.L., *Harmonization Of Private Internaional Law Relating To Contractual Obligations*, Recueil Des Cours, Martinus Nijhoff Publishers, 1986/I, 233-312.
- Dicey-Morris, *The Conflict Of Laws*, 12th ed., I-I, London.
- Dieckmann, A., Çev: Yılmaz, E., Ortan, N., “Bir Alman Yurttaşının Temsilci Aracılığıyla (Elden) Evlenmesinin Devletler Özel Hukuku Bakımından Ortaya Çıkardığı Sorunlar”, *AÜHFD*, 35(1-4), 1981, 457-484.
- Dirikkan, H., “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar”, *DEÜHFD*, 4(1), 2002, 39-75.
- Doğan, İ., *Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.
- Doğan, V., “Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Süleyman ARSLAN'a ARMAĞAN)*, 6(1-2), 821-849.
- Doğan, V., “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, *SÜHFD*, 5(1-2), 1996, 153-179.
- Doğan, V., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 4. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2017.
- Doğan, V., “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, *MHB*, 15(1-2), 1995, 21-39.
- Doğan, V., *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 14. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara 2017.
- Doğan, V., *Türk Yabancılar Hukuku*, 2. Baskı, Savaş Kitabevi, Ankara 2017.
- Doğanay, İ., *Türk Ticaret Kanun Şerhi, İkinci Cilt*, Madde: 347-815, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- Doğangün, T., *Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 1989.
- Domaniç, H., *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Baskı, Eğitim Yayınları, İstanbul 1975 .
- Dural, M., “Türk İsviçre Hukukunda Ortak Vasiyetnameler”, *MHAD*, 3(4), 1969, 265-173.

- Dural, M., “İsviçre’de Eşcinsel Hayat Ortaklığının Düzenlenişi”, *E-Journal Of Yasar University* (Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi), C: 8, Özel Sayı – 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, 927-937.
- Dural, M., Ögüz, T., Gümüş, M. A., *Türk Özel Hukuku C: III Aile Hukuku*, 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Dural, M., Ögüz, T., Gümüş, M.A., *Türk Özel Hukuku C: III, Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Dural, M., Öz, T., *Türk Özel Hukuku C: IV, Miras Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- Dürgen, B., Yelmen, A., “Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Hâller”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı*, C:1, 2015, 449-480.
- Ekşi, N., “Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”, *MHB*, 12(1-2), 1992, 1-10.
- Ekşi, N., *Milletlerarası Özel Hukukta Medeni Olmayan Evliliklerin ve Adli Olmayan Boşanmaların Tanınması*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Ekşi, N., “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon”, *Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, MHB*, 17(1-2), 1997-1998, 153-162.
- Ekşi, N., *Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Miras Hukuku*, Beta Basım, İstanbul 2013.
- Elbir, A. K., “Ticaret Kanunumuz ve Beynelmilel La Haye ve Cenevre Konferansları”, *İstanbul Baro Mecmuası*, S: 1-2, 1936, 172-185.
- Elçin, D., “Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorun”, *TAAD*, 9(33), (Ocak 2018), 211-241.
- Erdem, B. B., *Türk Vatandaşlık Hukuku*, 3. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013.
- Erdener, N., *Türk Devletler Hususi Hukuk Sisteminde Locus Regit Actum Kaidesinin Tatbiki*, Yenilik Basımevi, İstanbul 1958.
- Erdoğan, İ., “Hukuki Muamelelerde Şekle Aykırılığın Sonuçları”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 1, Haziran 1997, 114-123.

- Eren, F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.
- Erkan, M., “Kambiyo Senetlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk: Tamamlayıcı Kuralda Vatandaşlık Faktörü”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı*, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken, 10-11-12 Mayıs 2012 Sempozyum, 18(2), 2012, 751-768.
- Erkan, M., “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XV(2), 2011, 81-121.
- Ersen, G., *Yabancıların Evlenme Hakkı*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2007.
- Esener, T., “Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi”, *AÜHFD*, 11(1), 1954, 478-513.
- Fratcher, W.F., The Uniform Probate Code and the International Will, *Michigan Law Review*, Vol. 66, No. 3 (Jan., 1968), 469-496.
- Gelgel, G., *Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler*, Beta Basım, İstanbul 2012.
- Giray, F. K., “Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukukunca Değerlendirilmesi”, *MHB*, 23(1-2), 2003, 423-448.
- Giray, F.K., “Uluslararası Sözleşmelerde Evlat Edinme”, *MHB*, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, 19(1-2), 1999-2000, 333-350.
- Gotlieb, A.E., “The Incidental Question Revisted Theory and Practice in the Conflict of Laws”, *ICLQ*, Vol.26, 1977, 734-798.
- Göğer, E., *Devletler Hususi Hukuku (Kanunlar İhtilafı)*, 3. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 356, Ankara 1975.
- Göğer, E., *Kanunlar İhtilafı (İçtihatlar Açısından Bağlama Kuralları)*, AÜHF Yayınları No: 326, Ankara 1973.
- Graveson, R. H., *The Conflict of Laws*, 6th ed.
- Graveson, R. H., The Ninth Hague Conference Of Private International Law, *ICLQ*, Jan. Vol: 10, 1961, 18-69.

- Güngör, G., “Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku “Düşünsel Temeller”, *AÜHFD*, 57(2), 2008, 115-132.
- Güngör, G., *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2000.
- Güngör, G., *Tabiiyet Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler)*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Güral, J., “Evlenmeden Doğan Kanun İhtilâfları”, *AÜHFD*, 3(1), 1946,147-178.
- Gürzumar, A., “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”, *MHB*, S: 1-2, 1994, 21-54.
- Hague Conference on Private International Law, The Implementation and Operation of The 1993 Hague Intercountry Adoption Convention: A Guide To Good Practice (Guide No: 1), Bristol 2008.
- Hirsch, E. E., “Poliçe ve Çek Hukukunun Birleştirilmesine Dair Cenevre Uyuşması (2) – Çek Hukukuna Dair Anlaşma”, (Çev. Yavuz Abadan), *Siyasi ilimler Mecmuası*, S: 36, 1934, 32–35.
- Hirsch, E. E., *Ticaret Hukuku Dersleri- C: III*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 86, İstanbul 1939.
- Hohloch, G., Çev: Şenocak, Z., “Alman Aile Hukukundaki Yeni Gelişmeler Reformun Hareket Noktaları, Reformun Gerçekleşmesi ve Diğerleri”, *İÜHFM*, 45(1), 1996, 369-395.
- Howery, W. H. , Marriage by Proxy and Other Informal Marriages, *University of Kansas City Law Review*, Vol: 13, 1944-1945, 48-102.
- Huysal, B., *Milletlerarası Özel Hukukta Temsile Uygulanacak Hukuk*, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015.
- İkizler, M., *Evlenmenin Hükümsüzlüğü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.
- İmre, Z., Erman, H., *Miras Hukuku*, 11. Tıpkı Basım, Der Yayınları, İstanbul 2015.
- İnal, E., *E-Ticaret*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

- İrge Erdoğan, B., “Milletlerarası Özel Hukukta Deniz Yoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmesine İlişkin Genel Değerlendirme”, *MHB*, 37(2), 2017, 473–507.
- Jaeschke, G., Çev: Berkin, N., “Türk Hukukunda Evlenme Akdinin Şekli”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 19(1-2), 1953, 408-vd.
- Kalensky, P., *Trends of Private International Law*, Acedemia Prague, Prague 1971.
- Kaya, C., *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni Kavramının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile İlişkisi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2015.
- Kaya, S., *Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Kılıçoğlu, A., *Miras Hukuku*, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2007.
- Kıyma, İ., Kıyma, İ., *Çin Halk Cumhuriyeti Hukuk Derlemeleri*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012.
- Kiestra, L. R., *The Impact Of The European Convention On Human Rigts On Private International Law*, Springer, 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., *Miras Hukuku*, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A., *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Korkmaz, F., *Roma Hukukunda Stipulatio*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2014.
- Kök, A., *Roma I Tüzüğü Işığında Milletlerarası Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2011.
- Köseoğlu, M., “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, *MHB*, 28(1-2), 2008, 147-172.

- Kuru, B., Aslan, R., Yılmaz, E., *Medeni Usul Hukuku*, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Küçükpehlivan, O., *Sözleşmelerin İnternet Aracılığı ile Kurulması ve Geçerliliği*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2006.
- Lando, O., “*On Some Writers on The Conflict of Laws of Contracts*”, *Essays in Honour of Sir Peter North: Reform and Development o Private International Law*, (Edited by James Fawcett), New York: Oxford University Press 2002, 237-253.
- Lando, O., “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, (The EEC Convention), *CMLR*, Vol: 24, 1987.
- Lando, O., Contracts, Chapter 24, *Private International Law* (Edt. Lipstein, K.), *International Encyclopedia of Comparative Law*.
- Latey, W., Conflicts of Jurisdiction in Matrimonial Causes, *The International and Comparative Law Quarterly*, 14(3), (Jul., 1965), 845-861.
- Lee L. T., Quigley J., *Consular Law And Practice*, Third Edition, Oxford University Press, 2013.
- Lorenz, S., Ruhi, A.C., “Yetişkinlerin Evlat Edinilmesi ve Lex Loci Actus”, *MHB Ergin Nomer’e Armağan*, 22(2), 1173-1186.
- Lorenzen, E. G., The Renvoi Doctrine in the Conflict of Laws. Meaning of "The Law of a Country", *The Yale L. J.*, 27(4), (Feb., 1918), 509-534.
- Lorenzen, E.G., “The Validity of Wills, Deeds and Contracts as Regards Form in The Conflict of Laws”, *Yale L.J.*, V: 20, 1910-1911, 427 (The Validity of Wills).
- Moroğlu, E., *Kambiyo Senetlerinde Düzenlenme Yeri*, Makaleler, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Mutlay, Erkoç, H., *Evlat Edinmenin Devletler Özel Hukukunda Kuruluşu ve Hükümleri*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 1987.

- Mutlu, I. U., *Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeninin Etkisi*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2003.
- Nomer E., Şanlı, C., *Devletler Hususi Hukuku*, 14. Bası, Beta Basım, İstanbul 2006.
- Nomer, E., *Devletler Hususi Hukuku Genel Prensipler-Uygulama, Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Kararların Tanınması ve Tenfizi*, 5. Baskı, İstanbul 1988.
- Nomer, E., Devletler Hususi Hukukunda “Önmele”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 27(1-4), 2011, 340-357.
- Nomer, E., Şanlı, C., *Devletler Hususi Hukuku*, 14. Baskı, Beta Basımevi, İstanbul 2006.
- Nomer, E., Şanlı, C., *Devletler Hususi Hukuku*, 21. Baskı, Beta Basımevi, İstanbul 2015.
- North, P. M., “Development of Rules of Private International Law In the Field of Family Law”, *Academie de Droit International Recueil Des Cours*, 1980-I, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1980.
- O’ Brien, J., *Smith’s Conflict Of Laws*, Second Edition, London 1999, Cavendish Publishing.
- Oğuzman, K., Seliçi, Ö., Oktay, S., *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- Onar, S. S., *İdâre Hukukunun Umumi Esasları, C. I*, İstanbul 1966.
- Ökçün, A. G., *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Ankara 1967.
- Ökçün, A. G., *Türk Konsoloslarının Evlendirme Yetkisi, Milletlerarası Hukuk Yazıları*, Sermaye Piyasası Kurulu, Ankara 1998.
- Ökçün, G., Türk Konsoloslarının Evlendirme Yetkisi, *SBFD*, XXII(2), Haziran 1968, 211-218.
- Önder, F., *Borçlar Hukuku Açısından E-İmza*, (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale 2007.
- Öz, T., “Parçalanmış Bir Mülkiyet: Trust”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan-Cilt II*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Özdemir Kocasakal, H., *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2001.

- Özdemir Kocasakal, H., “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *MHB*, 30(1-2), 2010, 27-62.
- Özdemir Kocasakal, H., *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2001.
- Özdemir, H., “Kambiyo Taahhütlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk”, *Nihâl Uluocak’a Armağan*, İstanbul 1999.
- Özdemir, H., “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 73(10-11-12), 1999, 926-941.
- Özel, S., “Ülkelerarası Evlat Edinme”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ata Sakmar’a Armağan*, 2011/1, Beta Basım, İstanbul 2012, 609-618.
- Öztan, B., *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 39. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Öztan, B., *Miras Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Öztan, F., *Kıymetli Evrak Hukuku*, Güncelleştirilmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2012.
- Öztekin Gelgel, G., “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun Bünyesinde Tüketici Sözleşmeleri”, *Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret- Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi- 2*, İstanbul 2010.
- Öztekin Gelgel, G., “Devletler Özel Hukukunda Velayet, Çocuk Kaçırmaları, Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4, S: 8, Güz 2005/2, 119-148.
- Öztekin Gelgel, G., Erdem, B.B., *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Beta Basım, İstanbul 2008.
- Öztekin, G., *İşbat Hukukuna Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler*, *MHB*, 9(1), 1989, 37-46.

- Öztürk, N., *Milletlerarası Özel Hukukta Aile Kurma Amaçlı Evlilik Benzeri Yaşam Modelleri*, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekes, M., *Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.
- Plantard, J.P., “The Explanatory Report on the Convention Providing a Uniform Law on the Form of an International Will”, *Uniform Law Review*, V: 1, 1974, 90-98.
- Poroy, R., Tekinalp, Ü., *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, Yeniden Yazılmış 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Pürselim Doğan, H. S., “Almanya’da Tescil Edilmiş Eşcinsel Hayat Ortaklığında Veraset İlamının Alınması ve Bu İlama Dayanılarak Türkiye ve Almanya’da Bulunan Terekenin Paylaşılması”, *MHB*, 31(1), 2001, 243-266.
- Rabel, E. “*The Conflict of Laws, A Comparative Study, Volume: 1, Introduction: Family Law*”, Second Edition, Michigan Legal Publications, Michigan 1958.
- Rabel, E., *The Conflict of Laws, A Comparative Study, Volume 4, Propert Bills and Notes: Inheritance: Trusts: Application of Foreign Law: Intertemporal Relations*, Second Edition, Michigan Legal Publications, Michigan 1958.
- Robertson, A. H., “A Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws: Part I. Previous Statements of the Problem in English”, *Harvard Law Review*, 52(5), (Mar. 1939), 747-772.
- Rogerson, P., *Collier's Conflict of Laws*, Fourth Edit, Cambridge University Press 2003.
- Roubache, J., Edt. by L. Garb “France in International Succession”, *The Netherlands*, 2004.
- Ruhi, A. C., *27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Ruhi, A. C., *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- Ruhi, A. C., Kaplan, Y., “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordere Public)”, *MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan*, 22(2), 2002, 643-663.

- Ruhi, A .C., *Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Ryder, F.R., Bueno, A., Hedley, R., Phillips, M., *Byles on Bills of Exchange: The Law of Bills of Exchange, Promissory Notes, Bank Notes and Cheques*, 21.edn., London: Sweet&Maxwell, 1998.
- Sauveplanne, J.G, “Consumer Protection in Private International Law”, *NILR*, C: 32/1, 1985.
- Sayman, Y., *Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu*, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 3010, İstanbul 1982.
- Saymen, F.H., Elbir, H.K., *Türk Medeni Hukuku, C. III. Aile Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1960.
- Schmidt, T.S., *The Incidental Question in Private International Law*, Rec. Des. Cours, Vol: 233, 1993-1992.
- Selman, P., “The Rise And Fall Of Intercountry Adoption in The 21 St Century, International Social Work”, Vol. 52(5), 575–594.
<http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0020872809337681>.
- Serozan, R., Engin, B. İ, *Miras Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2004.
- Seviğ, M. R., *Devletler Hususi Hukuku C. II*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 209, İstanbul 1943.
- Seviğ, M. R., Seviğ, V. R., *Devletler Hususi Hukuku*, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 992.
- Seviğ, M. R., *Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 152, İstanbul 1941.
- Seviğ, V.R., “Ahkam-ı Şahsiye Dâvalarında Türk Mahkemesinin Yetkisi”, *İHFM*, XXIX(4), 1963.
- Seviğ, V.R., “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Atıf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı”, *MHB*, 2(1), 1982, 14-16.

- Seviğ, V.R., “Devletler Hususi Hukukunda Hile Teorisinin Temeli”, *İÜHFM*, 4(15), 1949, 1148-vd.
- Seviğ, V.R., *Mirasla İlgili Devletler Hususi Hukuku Kaideleri*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1963.
- Seviğ, Vedat Raşit Mülkilik Esası ve Müktesep Haklar, *İHFM*, 18(1-2), 1952, 161-187.
- Söğütlü Erişgin, Ö. “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(2), 2013, 1-31.
- Sur, M., *Uluslararası Hukukun Esasları*, Güncellenmiş 7. Baskı, Bata Basım, İstanbul 2013.
- Sumner, I., Warendorf, H., *Family Law Legislation Of The Netherlands: A Translation Including Book 1 Of The Dutch Civil Code, Procedural And Transitional Provisions And Private International Law Legislation*, Antwerp 2003.
- Sütken, E., *Roma Hukuku’nda Şekil*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir 2010.
- Şanlı, C., La Haye Devletler Özel Hukuku Sözleşmeleri, *İBD*, 63(7-9), 1989, 378-379.
- Şanlı, C., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1986.
- Şanlı, C., *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Bası, Beta Basım, İstanbul 2006.
- Şanlı, C., Esen, E., Ataman Figanmeşe, İ., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- Şensöz Malkoç, E., “Yabancıların Türkiye’de Evlenmesi Konsolosluk Evlenmelerinin Hukuki Geçerliliği ve Sonuçları”, *MHB*, 37(2), 2017, 711–760.
- Tan Dehmen, M., *Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancı Belgelerin İspat Gücü*, (Yayımlanmış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2012.
- Tahenni, H., *Conflict Of Law Rules in Marriage: An Approach*, University Of Glasgow 1995.

- Tanrıbilir, F.B., “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, *TBB Dergisi*, S: 87, 2010, 195-227.
- Tanrıbilir, F.B., *Kanuni Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi, Ankara 2000.
- Tanrıbilir, F.B., Şit Köşgeroğlu, B., “Uluslararası Özel Hukukta Evlat Edinme”, *Tuğrul Arat’a Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Tarman Z. D., Önay, I., “Milletlerarası Evlât Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli”, *AÜHFD*, 60(2), 2011, 331-365.
- Tarman, Z. D., Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü, *BATİDER*, XXV(2), 2009.
- Tarman, Z.D., “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”, *BATİDER*, XXV(2), 2009, 299-332.
- Tekdoğan Bahçivancı, I. S., “Evlilik Dışı Birlikte Yaşam Modellerine Uygulanacak Hukuk”, *TAAD*, S: 33 (Ocak 2018), 623-684.
- Tekinalp, G., Uyanık Çavuşoğlu, A., *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, Güncelleştirilmiş 10. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Tekinalp, G., *Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1972.
- Tekinalp, G., *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 3. Bası, Beta Basım, İstanbul 1986.
- Tekinalp, G., Türk "Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı", *İÜHFM*, 44(1-4), 1978, 91-103.
- Tekinalp, G., *Türk Devletler Hususi Hukukunda Temsil Yetkisi*, İÜHFY No: 2377, İstanbul 1977.
- Tekinalp, G., “Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Ve Tasdik (Legalisation) Mecburiyetinin Kaldırılması Hakkında La Haye Sözleşmesi”, *MHB*, 6(2), 1986, 157-162.

- Tekinalp, G., Tekinalp, Ü., “Internationales Privatrecht / Handelsrecht”, *İHFM*, 55(1-2), 1996, 549-553.
- Tekinalp, G., “Türk Hukukunda MÖHUK’tan İtibaren Milletlerarası Aile Hukukundaki Gelişmeler”, Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.
- Timur, H., “Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı”, *İHFM*, S. 4, 1941, 866- 905.
- Tiryakioğlu, B., *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, AÜHF Yayınları No: 503, Ankara 1996.
- Toçuoğlu, H., “Vasıf İhtilafları”, *AÜHFD*, 6(1), 1949, 80-141.
- Topçuoğlu, H., *Kanuna Karşı Hile, (Kanundan Kaçınma Yolları)*, Selüloz Basımevi, İzmit, 1950.
- Tötterman, R. E. B., “Functional Bases of the Rule Locus Regit Actum in English Conflict Rules”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 2, No. 1 (Jan., 1953), 27-46.
- Tuğ, A., *Türk Özel Hukukunda Şekil*, 2. Baskı, Konya 1994.
- Twiss, T., The Conflict of Marriage Laws, *Law Mag. & Rev. Quart. Rev. Juris. & Quart. Dig. All Rep. Cases*, vol. 8, 1882-1883.
- Uluocak, N., “Evlenmenin Şekli Geçerliliğinde “In Favorem” Atıf Uygulaması (Atıf)”, *MHB*, 4(2), 1984, 107-119.
- Uluocak, N., “Taşınmaza İlişkin Satış Vaadi Sözleşmesi-Şekil-Yetkili Hukuk- Sebepsiz Zenginleşme-Yetkili Hukuk”, *MHB*, S:1, 1981, 54-59.
- Uluocak, N., *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (Kişisel Statü-Miras Statüsü)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987.
- Umur, Z., *Roma Hukuku*, Beta Basım, 3. Bası, İstanbul 1999.
- Uyar, T., *İcra Hukukunda Kambiyo Senetleri*, 2. Bası, Manisa 1989.
- Ünal, Ş., “Miras Hukuku Konusundaki Uluslararası Gelişmeler”, *MHB*, 7(1), 1987, 27-32.

- Ünalçın, P.,” Avrupa Birliği Üye Ülkelerinde Miras Hukukuna ve Vasiyetnamelere Kısa Bir Bakış”, *LEGES Hukuk Dergisi*, S: 26, Şubat 2012, s. 17-vd.
- Velidedeoğlu, H. V., *Türk Medeni Kanununa Göre Medeni Hukuku*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 1419, İstanbul 1969.
- Vural Çelenk, B., “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, *YBHD*, S: 3, 2017, 27-296.
- Wardle, L. D., “International Marriage Recognition: A World Dilemma”, *Families Across Frontiers*, edt: Nigel Lowe, Gillian Douglas, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London 1996.
- Whytock, C. A., *The Evolving Forum Shopping System*, Cornell Law Review, Volume: 96, Issue: 3 March 2011, Article 8.
- Yargı, M. A., Suudi Arabistan’da Evlenme İşlemleri, *M.Ü. İlâhiyat Fakültesi Dergisi*, C: 40, 2011/1, 167-186.
- Yavuz, C., Acar, F., Özen, B., *Borçlar Hukuku Dersleri*, 12. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2013.
- Yazıcı, H., Atasoy, H., *Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı*, Ankara 1970.
- Yılmaz, İ, “Türk Hukukunda Yabancılık Unsuru Bakımından Çek”, *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001.
- Yörük, A.K., *Nazari Ameli Devletler Hususi Hukuku*, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 464.
- Zengin Özküçükparlak, B., 6098 S. Türk Borçlar Kanununda Görme Engelliler ve İmza Atamayanlar Bakımından Adi Yazılı Şekil, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), Aralık 2015, 137-161.
- Zevkliler, A., *Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun*, 2. Bası, Ankara 2001.
- Zevkliler, A., Ertaş, Ş., Havutçu, A., Aydoğdu, M., Cumalıoğlu, E., *Borçlar Hukuku – Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler*, 2. Baskı, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013.

Zimmermann, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of The Civil Trial*,
Oxford University Press, Capetown 1992.



ELEKTRONİK KAYNAKLAR

<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=24642>.

http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1056.

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/71>.

http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Prel.htm.

<http://italiantortlaw.altervista.org/civilcode.html>.

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=1620&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=775&tabela=leis&diplomas=&artigos=&so_miolo=

<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/es/es122en.pdf>.

<http://www.dutchcivillaw.com/legislation/dcctitle4444.htm>

<https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000-14c0-11a6-0000-0000115fcc32/PILA.pdf>.

<http://www.unife.it/giurisprudenza/giurisprudenza/studiare/private-international-law/materiale-didattico/archivio/italian-statute-on-private-international-law-of-31-may-1995-no-218-as-originally-adopted-unofficial-english-translation>.

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0015.

<https://assets.hcch.net/docs/8e321c1a-9151-4608-a8a1-6dbec0f92cfd.pdf>.

<http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafli-soz/lahey.html>.

<https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000.../PILA.pdf>.

[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-112541%22\]} .](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-112541%22]})

<http://echr.ketse.com/doc/38797.07-en-20100706/view/>.

<http://italiantortlaw.altervista.org/civilcode.html>.

<https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/publications2/explanatory-reports>.

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0015

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0015.

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/intercountry-adoption>.

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=40>.

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012R0650#ntr6-L_2012201EN.01010701-E0006

<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=40>.

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/B-4/FullText.html>.

<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/exchange-notes.xml>.

<http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/laws-cheques.xml>.

https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=550&chapter=30&clang=_en

<https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf>.

http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=182628

<https://www.rwi.uzh.ch/dam/jcr:00000000.../PILA.pdf>.

<http://www.unife.it/giurisprudenza/giurisprudenza/studiare/private-international-law/materiale-didattico/archivio/italian-statute-on-private-international-law-of-31-may-1995-no-218-as-originally-adopted-unofficial-english-translation>.

<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/B-4/FullText.html>.

<https://www.nvi.gov.tr/PublishingImages/Lists/PageContents/EditForm/No%2016.doc>.

<https://www.konsolosluk.gov.tr/Procedure/ShowProcedureDetail/?procedureId=3&procedureDetailId=5018>

https://media.sclqld.org.au/documents/digitisation/v11_pp247-

<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/67>

https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/13681/version/3/.../Code_22.pdf

http://www.adalet.gov.tr/genelgeler/genelge_pdf/71-1.pdf

[256_Marriage%20And%20Divorce_Foreign%20Marriage%20Acts,%201892%20to%201947%20\(Imperial\).pdf](256_Marriage%20And%20Divorce_Foreign%20Marriage%20Acts,%201892%20to%201947%20(Imperial).pdf).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593>

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc009/kanuntbmmc009/kanuntbmmc00901788.pdf.

https://www.legifrance.gouv.fr/Media/Traductions/English.../code_civil_20130701_EN



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler	
Adı Soyadı	Bahar KÜPE
Doğum Yeri ve Tarihi	Erzurum – 11.01.1987
Eğitim Durumu	
Lisans Öğrenimi	İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Y. Lisans Öğrenimi	Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
Bildiği Yabancı Diller	İngilizce
Bilimsel Faaliyetleri	
İş Deneyimi	
Stajlar	
Projeler	
Çalıştığı Kurumlar	Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İletişim	
E-Posta Adresi	bahar.godekmerdan@atauni.edu.tr
Tarih	11.12.2018