

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

**AYNÎ HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA
UYGULANACAK HUKUK
VE
YETKİLİ MAHKEME**

(DOKTORA TEZİ)

Merve ACUN MEKENGEÇ

KOCAELİ 2015

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

**AYNÎ HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA
UYGULANACAK HUKUK
VE
YETKİLİ MAHKEME
(DOKTORA TEZİ)**

Merve ACUN MEKENGEÇ

Prof. Dr. Pelin GÜVEN

KOCAELİ 2015

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

**AYNÎ HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK
HUKUK VE YETKİLİ MAHKEME**

(DOKTORA TEZİ)

Tezi Hazırlayan: Merve Acun Mekengeç

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 18.11.2015/20

Jüri Başkanı: Prof. Dr. Pelin Güven

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Ali Cem Budak

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Sibel Özel

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Herdem Belen

(Jüri, Yüksek Lisans için en az üç, Doktora için en az 5 öğretim üyesi ile oluşur)

KOCAELİ 2015

İÇİNDEKİLER

GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM AYNÎ HAKLAR

1. MADDÎ HUKUKTA GENEL OLARAK AYNÎ HAKLAR.....	6
2. AYNÎ HAKKIN UNSURLARI.....	9
2.1.Eşya	10
2.1.1. Eşya Kavramı.....	10
2.1.2. Eşya Sayılmayan Unsurlar.....	11
2.1.3. Eşya Dışındaki Aynî Hak Konuları.....	17
2.1.4. Eşya Türleri.....	18
2.1.4.1. Taşınır Eşya.....	18
2.1.4.2. Taşınmaz Eşya.....	22
2.2. Eşya Üzerinde Doğrudan Doğruya Hakimiyet.....	24
2.3. Herkese Karşı İleri Sürülebilirlik.....	25
3. AYNÎ HAKLARIN TÜRLERİ.....	26
3.1. Mülkiyet Hakkı	26
3.1.1. Genel Olarak.....	26
3.1.2. Mülkiyet Hakkının Kapsamı.....	29
3.1.2.1. Bütünleyici Parça	30
3.1.2.1.1. Genel Olarak.....	30
3.1.2.1.2. Türk Medeni Kanunu'na Göre Bütünleyici Parça Sayılanlar.....	34
3.1.2.1.2.1. Doğal Ürünler.....	34
3.1.2.1.2.2. Yapılar, Bitkiler ve Kaynaklar.....	36
3.1.2.2. Eklenti.....	38
3.1.3. Mülkiyet Hakkının Türleri.....	39
3.1.3.1. Taşınmaz Mülkiyeti	40
3.1.3.1.1. Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması.....	40
3.1.3.1.1.1. Aslen Kazanma-Devren Kazanma.....	40
3.1.3.1.1.2. Tescille Kazanma-Tescil Dışı Kazanma	41
3.1.3.1.2. Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı.....	43
3.1.3.1.3. Taşınmaz Mülkiyetini Devir Borcu Doğuran Sözleşmelerde Şekil.....	44
3.1.3.1.4. Taşınmaz Mülkiyetinin Kaybı.....	65
3.1.3.2. Taşınır Mülkiyeti	68
3.1.3.2.1. Taşınır Mülkiyetinin Kazanılması.....	68
3.1.3.2.1.1. Aslen Kazanma.....	69
3.1.3.2.1.2. Devren Kazanma.....	70
3.1.3.2.1.2.1. Anlaşma Yoluyla Mülkiyetin Devren Kazanılması	70
3.1.3.2.1.2.1.1. Genel Olarak.....	70
3.1.3.2.1.2.1.2. Zilyetliğin Devri Yolları.....	74
3.1.3.2.1.2.1.2.1. Yeni Zilyedin Dolaysız Zilyet Kılınması.....	75
3.1.3.2.1.2.1.2.2. Yeni Zilyedin Dolaylı Zilyet Kılınması.....	76
3.1.3.2.1.2.1.2.3. Emtiyayı Temsil Eden Senetlerin Teslimi	79
3.1.3.2.1.2.2. Zilyetlik Devredilmeksizin Mülkiyetin Kazanılması.....	82
3.1.3.2.1.2.3. Zilyetlik Devredilmesine Rağmen Mülkiyetin Geçmemesi.....	83
3.1.3.2.2. Taşınır Mülkiyetinin Kapsamı.....	86

3.1.3.2.3. Taşınır Mülkiyetini Devir Borcu Doğuran Sözleşmelerde Şekil.....	87
3.1.3.2.4. Taşınır Mülkiyetinin Kaybı.....	89
3.2. Sınırlı Aynî Haklar	91
3.2.1. Genel Olarak.....	91
3.2.2. Sınırlı Aynî Hakların Türleri.....	93
3.2.2.1. İrtifak Hakları.....	93
3.2.2.1.1. İntifa Hakkı.....	97
3.2.2.1.2. Oturma (Sükna) Hakkı.....	101
3.2.2.1.3. Üst (İnşaat) Hakkı.....	102
3.2.2.1.4. Kaynak Hakkı.....	106
3.2.2.1.5. Diğer İrtifak Hakları (Düzensiz İrtifaklar)	107
3.2.2.2. Taşınmaz Yükü.....	109
3.2.2.3. Rehin Hakları	111
3.2.2.3.1. Genel Olarak.....	111
3.2.2.3.2. Taşınmaz Rehni.....	112
3.2.2.3.3. Taşınır Rehni	123
3.2.2.3.3.1. Genel Olarak.....	123
3.2.2.3.3.2. Gemi Rehni.....	130
3.2.2.3.3.3. Uçak Rehni.....	134
4. AYNÎ HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA AÇILABİLECEK DAVALAR	135
4.1. Zilyetlik Davaları.....	135
4.1.1. Zilyetliğin Gasbında Geri Verme ve Tazminat Davaları	136
4.1.1.1. Geri Verme Davası.....	136
4.1.1.2. Tazminat Davası.....	137
4.1.2. Zilyetliğe Saldırı (Tecavüz) Hâlinde Açılabilir Davalar	138
4.1.2.1. Genel Olarak.....	138
4.1.2.2. Tazminat Davası.....	139
4.1.3. Taşınır Davası.....	140
4.1.4. Zilyetliğin İdari Yoldan Korunması.....	144
4.2. İstihkak Davası.....	145
4.3. Elatmanın Önlenmesi Davası.....	150
4.4. Diğer Davalar.....	153

İKİNCİ BÖLÜM

AYNÎ HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUK

1. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA AYNÎ HAKLAR	154
1.1. Genel Bilgi	154
1.1.1. Tarihçe.....	157
1.1.2. İlgili Mevzuat.....	159
1.2. Tarihsel Süreçte Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Dikkate Alınan Bağlama Noktaları	161
1.2.1. Genel Olarak.....	161
1.2.2. Çeşitli Bağlama Noktaları.....	161
1.2.2.1. Malikin Yerleşim Yeri Hukuku (Lex Domicilii)	162
1.2.2.2. Sözleşmenin Kurulduğu Yer Hukuku (Lex Loci Contractus).....	163

1.2.2.3. İşlemin En Sıkı İlişkili Olduğu Yer Hukuku (Proper Law Of The Transfer).....	164
1.2.2.4. İşlemin Yapıldığı Anda Malın Bulunduğu Yer Hukuku (Lex Rei Sitae).....	165
1.3. Vasıflandırma.....	165
1.3.1. Bağlama Konusunun Vasıflandırılması.....	165
1.3.2. Bağlama Noktasının Vasıflandırılması.....	170
1.4. Atıf Prensibi.....	172
2. AYNÎ HAKLARDA UYGULANACAK HUKUK	177
2.1. Uygulanacak Hukukun Tespiti İçin Ön Şartlar.....	177
2.1.1. Yabancılık Unsuru.....	178
2.1.2. Özel Hukuka İlişkin Olma.....	178
2.2 Esasa Uygulanacak Hukuk.....	182
2.2.1. Objektif Olarak Uygulanacak Hukuk	182
2.2.1.1. Genel Bilgi.....	182
2.2.1.1.1. Lex Rei Sitae Kuralı	185
2.2.1.1.1.1. Genel Olarak.....	185
2.2.1.1.1.2. Kuralın Uygulama Alanı/Kapsamı	189
2.2.1.1.1.2.1. Aynî Hak Kavramı	191
2.2.1.1.1.2.2 Aynî Hakkın Unsurları.....	191
2.2.1.1.1.2.2.1. Eşya	191
2.2.1.1.1.2.2.1.1. Genel Olarak.....	191
2.2.1.1.1.1.1.2. Eşya Türleri.....	192
2.2.1.1.1.2.2.2 Doğrudan Doğruya Hakimiyet ve Herkese Karşı İleri Sürülebilirlik.....	194
2.2.1.1.1.2.3. Aynî Hakkın Türleri.....	194
2.2.1.1.1.2.3.1 Mülkiyet Hakkı.....	195
2.2.1.1.1.2.3.1.1. Mülkiyet Hakkının Kapsamı/ Bütünleyici Parça-Doğal Ürünler- Eklenti.....	195
2.2.1.1.1.2.3.1.2. Mülkiyet Hakkının Kazanılması- Devri-Sona Ermesi.....	196
2.2.1.1.1.2.3.1.2.1. Genel Olarak.....	196
2.2.1.1.1.2.3.1.2.2. Mülkiyetin Kazanılmasının Sebebe Bağlı Olup Olmaması.....	196
2.2.1.1.1.2.3.2 Sınırlı Aynî Haklar.....	201
2.2.1.1.2. Lex Rei Sitae Kuralının İstisnaları	203
2.2.1.1.2.1. Taşınmakta Olan Mallar (Res in Transitu)	203
2.2.1.1.2.1.1. Genel Olarak.....	203
3.3.1.2.3.1.2. Taşınmakta Olan Malların Mülkiyeti Nakleden Sözleşmelerle Devredilmesi.....	207
3.3.1.2.3.1.3. Taşınmakta Olan Malların Emtiaı Temsil Eden Senetler Vasıtasıyla Devredilmesi.....	208
2.2.1.1.2.2. Taşıma Araçları.....	208
2.2.1.1.2.2.2. Deniz Araçları.....	213
2.2.1.1.2.2.3. Hava ve Raylı Taşıma Araçları.....	221
2.2.1.1.2.2.4. Diğer Taşıma Araçları.....	223
2.2.1.2. Esasa Uygulanacak Hukukun Zamanı-İşlem Anı.....	226
2.2.1.3. Statü Değişikliği (Yer Değişikliği) Hâlinde Uygulanacak Hukuk	227

2.2.1.3.1. Genel Olarak.....	227
2.2.1.3.2 Tamamlanmış Hukukî İşlemler.....	229
2.2.1.3.3 Tamamlanmamış Hukukî İşlemler.....	235
2.2.1.4 Özellik Arz Eden Bazı Durumlar	241
2.2.1.4.1 Kıymetli Evrak Statüsü ile Aynî Hak Statüsünün Çatışması	241
2.2.1.4.1.1. Genel Olarak.....	241
2.2.1.4.1.2. Konişmentonun Eşyayı Temsil İşlevine Uygulanacak Hukuk.....	244
2.2.1.4.1.3. Konişmentonun Devredilmesinin Aynî Sonuçlarına Uygulanacak Hukuk.....	248
3.3.4.1.2. Üçüncü Kişilerin Aynî Menfaatlerinden Doğan Uyuşmazlıklar.....	252
2.2.1.4.1.5. Değerlendirme.....	255
2.2.1.4.2. Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk.....	259
2.2.1.4.3. Kültür ve Tabiat Varlıkları.....	264
2.2.1.4.4. Tasarruf Yetkisi.....	273
2.2.1.4.5. Alacakların, Kıymetli Evrakın ve Diğer Hakların Rehnine Uygulanacak Hukuk.....	275
2.2.2. Sübjektif Olarak Uygulanacak Hukuk.....	278
3. EHLİYETE UYGULANACAK HUKUK.....	285
4. ŞEKLE UYGULANACAK HUKUK.....	296
4.1. Genel Olarak.....	296
4.2. Taşınırın Konu Olduğu Aynî Hak Kazanımlarının Şekline Uygulanacak Hukuk.....	297
4.3. Taşınmazların Konu Olduğu Aynî Hak Kazanımlarının Şekline Uygulanacak Hukuk.....	299
5. KAMU DÜZENİ VE DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN ETKİSİ.....	303
5.1. Kamu Düzeninin Etkisi.....	303
5.2. Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi.....	312

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AYNÎ HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA YETKİLİ MAHKEME

1. MİLLETLERARASI USUL HUKUKU HAKKINDA GENEL BİLGİ.....	317
1.1. Lex Fori'nin Hâkimiyeti.....	318
1.2. Vasıflandırma.....	324
2. MİLLETLERARASI YETKİ.....	326
2.1. Genel Olarak.....	326
2.2. Milletlerarası Yetki ve Yargı Yetkisi Arasındaki Fark.....	329
2.2.1. Genel Bilgi.....	329
2.2.2. Yargı Bağışıklığı.....	331
2.2.2.1. Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı.....	334
2.2.2.1.1. Kural.....	334

2.2.2.1.2. İstisnalar.....	335
2.2.2.1.2.1. Genel Olarak.....	335
2.2.2.1.2.2. Taşınmazlarla İlgili Davalar.....	339
2.2.2.2. Diplomatik Temsilcilerin ve Konsolosların Yargı Bağışıklığı.....	343
2.2.2.2.1. Genel Olarak.....	343
2.2.2.2.2. Taşınmazlarla ilgili Davalar.....	346
2.3. Yetkili Mahkeme İle İlgili Doktrinler.....	348
2.3.1. Forum Shopping Doktrini.....	348
2.3.2. Forum Non Conveniens Doktrini.....	349
3. YETKİLİ MAHKEME.....	352
3.1. Genel Yetkili Mahkeme.....	355
3.1.1. Davalının Yerleşim Yeri Mahkemesi.....	359
3.1.1.1. Davalı Gerçek Kişi.....	360
3.1.1.1.1. Türk Vatandaşı Gerçek Kişi.....	360
3.1.1.1.2. Yabancı Gerçek Kişi.....	362
3.1.1.2. Davalı Gerçek Kişinin Yerleşim Yeri.....	366
3.1.1.2.1. Türk Vatandaşı Gerçek Kişi Açısından.....	366
3.1.1.2.2. Yabancı Gerçek Kişi Açısından.....	372
3.1.1.3. Davalı Tüzel Kişi.....	379
3.1.1.3.1. Türk Hukukuna Göre Kurulan Tüzel Kişiler.....	379
3.1.1.3.2. Yabancı Hukuka Göre Kurulan Tüzel Kişiler.....	382
3.1.1.4. Davalı Tüzel Kişinin Yerleşim Yeri.....	382
3.1.1.4.1. Türk Hukukuna Göre Kurulan Tüzel Kişiler Açısından.....	382
3.1.1.4.2. Yabancı Hukuka Göre Kurulan Tüzel Kişiler Açısından.....	382
3.1.1.5. Davalıların Birden Fazla Olması Durumunda Genel Yetkili Mahkeme.....	382
3.1.1.5.1. Genel Olarak.....	382
3.1.1.5.2. İstisnalar.....	383
3.1.1.5.2.1. Ortak Yetkili Mahkemenin Bulunması.....	386
3.1.1.5.2.2. Davanın Sadece Davalılardan Birini Kendi Mahkemesinden Başka Bir Mahkemeye Getirmek Amacıyla Açılması.....	387
3.1.2. Türkiye’de Yerleşim Yeri’nin Bulunmaması Halinde Genel Yetkili Mahkeme.....	388
3.1.2.1. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Mutad Mesken.....	389
3.1.2.1.1. Gerçek Kişiler Açısından.....	389
3.1.2.1.1.1. Tüzel Kişiler Açısından.....	391
3.1.2.2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Mutad Mesken.....	392
3.2. Özel Yetkili Mahkemeler.....	394
3.2.1. Genel Olarak.....	394
3.2.1.1. Bir Yerde Geçici Olarak Oturanlara Karşı Açılacak Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi.....	395
3.2.1.2. Malvarlığı Unsurunun Bulunduğu Yer Mahkemesi.....	396
3.2.1.3. Karşı Davada Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi.....	400
3.2.1.4. Şubelerle İlgili Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi.....	401
3.3. Münhasır Yetkili Mahkemeler.....	404
3.3.1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Düzenlenen Yetkili Mahkemeler.....	404

3.3.1.1. Taşınmazın Aynından Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi	404
3.3.1.1.1. Genel Olarak.....	404
3.3.1.1.2. Münhasır Yetki-Kesin Yetki Arasındaki Fark.....	409
3.3.1.1.3. Açılabilir Davalar.....	411
3.3.1.1.4. Taşınmazın Aynına İlişkin Olmayan Davalar.....	415
3.3.1.1.5. Davanın Birden Fazla Taşınmaza İlişkin Olması Durumunda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi.....	419
3.3.1.1.6. Özellikli Bazı Durumlar.....	419
3.3.1.2. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin, Ortaklık veya Üyelik İlişkileriyle Sınırlı Olmak Kaydıyla, Bir Ortağına veya Üyesine Karşı veya Bir Ortağın Yahut Üyenin Bu Sıfatla Diğerlerine Karşı Açacakları Davalar.....	424
3.3.2. Diğer Kanunlarda Düzenlenen Yetkili Mahkemeler.....	426
3.4. Taşıma Araçları Üzerindeki Aynî Hak Uyuşmazlıklarda Yetkili Mahkemeler.....	426
3.5. Yetki Sözleşmesi.....	435
3.5.1. Yetki Sözleşmesi ile Türk Mahkemelerinin Yetkilendirilmesi.....	436
3.5.1.1. Yetki Sözleşmesi ile Türk Mahkemelerinin Yetkilendirilmesinin Şartları.....	439
3.5.1.1.1. Yetki Sözleşmesinin Taraflarına Yönelik Şartlar.....	439
3.5.1.1.2. Uyuşmazlığa Yönelik Şartlar.....	444
3.5.1.1.2. Uyuşmazlığa Yönelik Şartlar.....	446
3.5.1.1.4. Şekil Şartı.....	447
3.5.1.1.5. Yetki Sözleşmesinin Zamanı.....	449
3.5.1.2. Yetki Sözleşmesi ile Yetkilendirilen Türk Mahkemesinin Yetkisi.....	449
3.5.1.3. Özellikli Bazı Durumlar.....	450
3.5.1.3.1. Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Döneminde Yapılan Yetki Sözleşmelerinin Geçerliliği.....	450
3.5.1.3.2. Genel İşlem Koşullarında Yer Alan Yetki Şartının Geçerliliği.....	454
3.5.1.3.3. Esas Sözleşmenin Geçersizliğinin Yetki Sözleşmesine Etkisi.....	458
3.5.1.3.4. Üçüncü Kişi Yararına Yetki Sözleşmesi Yapılması.....	459
3.5.1.3.5. Konışimentoda Yer Alan ve Taşıma Sözleşmesine Gönderme Yapan Yetki Şartının Geçerliliği.....	460
3.5.2. Yetki Sözleşmesi ile Yabancı Mahkemelerin Yetkilendirilmesi.....	464
3.6. Yetkisiz Yerde Dava Açılması.....	469
4. AYNÎ HAKLARA İLİŞKİN VERİLEN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI-TENFİZİ	471
4.1. Genel Olarak.....	471
4.2. Tanıma-Tenfiz Şartları	478
4.2.1. Ön Şartlar.....	478
4.2.2. Asli Şartlar.....	484
4.2.2.1. Karşılıklılık.....	485
4.2.2.2. İlamın, Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Girmeyen Bir Konuda Verilmiş Olması veya Davalının İtiraz Etmesi Şartıyla İlamın, Dava Konusu veya Taraflarla Gerçek Bir İlişkisi Bulunmadığı Hâlde Kendisine Yetki Tanıyan Bir Devlet Mahkemesince Verilmiş Olmaması.....	490
4.2.2.2.1. İlamın Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Girmeyen Bir Konuda Verilmiş Olması.....	490

4.2.2.2.2. Davalının İtiraz Etmesi Şartıyla İlâmın, Dava Konusu veya Taraflarla Gerçek Bir İlişkisi Bulunmadığı Hâlde Kendisine Yetki Tanıyan Bir Devlet Mahkemesince Verilmiş Olmaması- İlâmın Aşkın Yetkili Bir Mahkemeden Alınmaması.....	494
4.2.2.3. Hükümün Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmaması.....	499
4.2.2.4. O Yer Kanunları Uyarınca, Kendisine Karşı Tenfiz İstenen Kişinin Hükümü Veren Mahkemeye Usulüne Uygun Bir Şekilde Çağrılmamış veya O Mahkemede Temsil Edilmemiş yahut Bu Kanunlara Aykırı Bir Şekilde Gıyabında veya Yokluğunda Hüküm Verilmiş ve Bu Kişinin Yukarıdaki Hususlardan Birine Dayanarak Tenfiz İstemine Karşı Türk Mahkemesine İtiraz Etmemiş Olması.....	506
4.3. Tanıma- Tenfiz Talebinin İleri Sürülmesi.....	507
SONUÇ.....	511
KAYNAKÇA.....	523



GİRİŞ

Aynî haklar eşya hukukunun temel konusu oluşturmaktadır. Eşyanın çeşitli şekilde sınıflandırılması mümkündür. Çalışmamız kapsamında taşınır ve taşınmaz eşya sınıflandırması tercih edilmiştir. Böylelikle maddî hukuk ile milletlerarası özel hukuk arasındaki uyum yakalanmıştır.

Çalışmamızda aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme konusu incelenmiştir. Üç bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde aynî haklar, ikinci bölümünde yabancılık unsuru taşıyan aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, üçüncü ve son bölümde ise, aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme konuları incelenmiştir. Son bölümde yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusuna da yer verilerek, milletlerarası usul hukukunda bütünlük yakalanmaya çalışılmıştır.

Aynî haklar konusunda hukuk sistemleri farklı yaklaşımları benimsemiştir. Milletlerarası ilişkilerin giderek artması ile bu farklılık zamanla sorunlar yaşanmasına sebebiyet vermiştir. Örneğin, bir taşınır mülkiyetinin geçişi bir hukuk sisteminde borçlandırıcı işlemin yapılması ile gerçekleşirken, başka bir hukuk sisteminde zilyetliğin devri ile gerçekleşebilmektedir. Özellikle taşınırın hareket kabiliyeti de düşünüldüğünde, eşyanın mülkiyetinin hangi hukuk sistemine göre geçeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte bir hukuk sistemine göre tamamlanmış ya da tamamlanmamış bir hukukî işlemin diğer hukuk sistemindeki durumunun ne olacağı da bir başka sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine, taşıma araçları üzerindeki aynî haklara uygulanacak hukuk konusu ile taşınmakta olan mallara uygulanacak hukuk konusu açıklığa kavuşturulması gereken farklı bir sorundur.

Türk Hukuku'nda aynî haklardan doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusunda uluslararası hukuktaki genel eğilime paralel olarak eşyanın bulunma yeri hukukunun (lex rei sitae) uygulanması prensibi kabul edilmiştir. MÖHUK sisteminde taşınır ve taşınmaz eşyalardan doğan aynî hak uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuk konusu düzenlenmiştir. Halbuki aynî hak taşınır ve taşınmazların

dışında bir hakta ya da malvarlığında (örneğin intifa hakkı) da kurulabilir. Bu durumda nasıl bir yol izleneceği ise MÖHUK'da düzenlenmemiştir. Bununla birlikte lex rei sitae kuralının benimsenmesinin altında yatan esas düşünce, eşyanın bulunma yerinin aynî hak uyumsuzluklarında en sıkı ilişkili hukuk olmasıdır. Kural olarak bu doğru bir yaklaşımdır. Ancak bazen öyle durumlarla karşılaşılabilir ki, eşya tamamen tesadüfî sebeplerle orada bulunuyor olabilir. İşte bu gibi durumlarda lex rei sitae en sıkı ilişkili hukuk olmayabilecek, hatta bir tesadüfe dayalı bile olabilecektir. Bu durumlar çalışmamızda titizlikle incelenmiş ve bu sorunlara çözüm önerileri getirilmiştir.

Türk Hukuku'nda aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimine izin verilmemiştir. Ancak uluslararası hukuktaki son eğilimlerin -özellikle taşınır konusunda- hukuk seçimine sıcak baktığını söylemek mümkündür. Çalışmamız kapsamında bu konu da irdelenmiştir.

Türk Hukuku'nda emtiayı temsil eden senetler yoluyla taşınır eşyanın mülkiyetinin nakli mümkündür. Çalışmamız kapsamında özellikle konişmentonun durumuna dikkat çekilmiştir. Zira, konişmentonun devri eşyanın mülkiyetinin naklini sağlamaktadır. Her hukuk sisteminde konişmentoya yüklenen hukukî sonuçların aynı olmamasından hatta hukuk sistemlerinin mülkiyetin nakli konusunda farklı esaslar benimsemiş olmasından dolayı, yabancılık unsuru taşıyan konişmentoların kullanımının yaratabileceği sorunlar üzerinde durulmuştur. Zira, konişmento deniz ticaretinde sıklıkla kullanılan bir kıymetli evraktır. Kıymetli evrak konusunda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (MÖHUK) (RG T. 12.12.2007, RG Sayı: 26728) bir düzenleme bulunmamaktadır. Konişmentonun aynî işlevi konusunda mevcut düzenlemelerin uyumsuzlukların çözümü konusunda yetersiz kalan boyutları üzerinde durularak, bu durumlara çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Yabancılık unsuru taşıyan aynî hak uyumsuzluklarında Türk mahkemelerinde dava açılmak istenmesi hâlinde öncelikle bakılacak kanun MÖHUK'tur. MÖHUK m.

40 hükmünün iç hukuka yaptığı yollama nedeniyle konu başta Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve diğer yetkili mahkemelerin yer aldığı mevzuat çerçevesinde çözüme kavuşturulacaktır. Çalışmamız kapsamında bu konular da incelenmiştir. Yetkili mahkeme konusu incelenirken davalının yerleşim yeri ve mutad meskeni ile ifade edilenin ne olduğu açıklığa kavuşturulmuştur. Yine, aynî hak uyuşmazlıklarında münhasır yetkili bir mahkemenin olup olmadığı, yetki sözleşmesi yapılıp yapılmayacağı, mahkemenin kendisini yetkisiz sayması hâlinde nasıl bir yol izlemesi gerektiği gibi durumlara yer verilerek konu bütün yönleriyle incelenmiştir.

Aynî haklar, esasen eşya hukuku konusu olmakla birlikte, miras, aile, ticaret, fikri mülkiyet, kıymetli evrak, icra ve iflâs hukuku gibi diğer hukuk dallarında da karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, ticaret hukuku kapsamında şirketlere sermaye olarak taşınmaz konması (Çalışmamızda şirketlerin sermaye koyma borcu konusuna sadece şekil açısından kısaca değinilmiştir. Zira, bu konuda Türk Hukuku'nda resmî şekil aranmadığından, konuya dikkat çekmek amaçlanmaktadır.), miras yoluyla intikâlde mirasçılarının mirası kazanımları kıymetli evrakın rehni, mal rejimleri kapsamında eşlerin aynî hak uyuşmazlıkları gibi konular çeşitli hukuk dallarında aynî hakkın görünümleridir. Çalışmamızda tüm bu konular kapsam dışında tutulmuştur. Zira, bu gibi durumlarda, uyuşmazlıklar hakkında her hukukî ilişkinin tâbi olduğu hukuk yetkili olacağından bu konular ayrı bir tez konusu olabilecek niteliktedir (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 308. Mal rejimlerine uygulanacak hukuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ERSEN-PERÇİN, Yıl: 2014 s. 1 vd.; ÖZTÜRK-YILMAZ, Yıl: 2006 s. 1 vd.; ŞENSÖZ, Yıl: 2009 s. 173-211. Mirasa uygulanacak hukuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BARAN-ÇELİK, Yıl: 2011 s. 1 vd.; GÜVEN, Yıl: 2006 s. 341-360); SEVİĞ, Yıl: 1963 s. 1 vd.; TANRIBİLİR, Yıl: 2000, s. 1 vd. Sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ACUN-MEKENGECİ, Yıl: 2014 s. 71 vd.; DEMİRKOL, Yıl: 2014 s. 1 vd. Milletlerarası iflâs konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GOTTWALD, Yıl: 2009 s. 339-372; BUDAK, Yıl: 1990 s. 836- 857; GÜNEYSU-GÜNGÖR, Yıl: 1997 s. 1 vd.; NOMER, Yıl: 2015 s. 586 vd. Kıymetli evrakın rehnine uygulanacak hukuk

konusuna kısaca değinilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. HOUTTE, Yıl: 1999 s. 47 vd.).

Çalışmamız kapsamında aynî haklar genel olarak eşya hukuku kapsamında irdelenmiştir. Bununla birlikte eşya hukuku kapsamında düzenlenen tüm konulara değinilmemiş, uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme konularının anlatılmasına yetecek ölçüde ve genişlikte açıklamalara yer verilmiştir. Örneğin, tapusuz taşınmazlar (Tapusuz taşınmazlar konusunda, zorunlu olmadığı takdirde açıklama yapılmamıştır) ve kadastro hukuku kapsamında verilmesi gereken bilgiler çalışmamız kapsamında değildir.

Kapsam dışında tuttuğumuzu belirtmek istediğimiz son iki konu ise, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (RG T. 07.06.2010, RG Sayı: 27545) ile 15 Nisan 1958 Tarihli Uluslararası Satış Sözleşmelerinde Mülkiyet Hakkının Devrini Belirleyecek Hukuka Dair Sözleşme (Convention on the Law Governing Transfer of Title in International Sales of Goods)'dir. CISG; 1) işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine, bu devletlerin âkit devletlerden olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanmaktadır (CISG m. 1). Bu Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenlemektedir. Antlaşmada aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece (*"Satıcı sözleşmede ve bu Antlaşmada öngörüldüğü şekilde malları teslim etmek, onlara ilişkin belgeleri vermek ve malların mülkiyetini geçirmekle yükümlüdür"* (CISG m. 30), özellikle; sözleşmenin veya sözleşmenin hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği; sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri düzenlenmediğinden (CISG m. 4) (Satıcının malın mülkiyetini devretme borcu CISG kapsamında değerlendirilir. CISG'da düzenlenmeyen konu mülkiyetin naklinin olası etkileridir. Örneğin, İtalyan bir tacir Alman bir tacirden bir araba satın almış fakat daha sonra arabanın çalıntı olduğu anlaşılın. Alıcının ne şekilde ve hangi şartlar altında arabanın maliki olmaya devam edeceği sorusu iç hukukun çözüm getireceği

bir mesele iken; mülkiyeti kazanamamış olan alıcının hangi haklara sahip olacağı konusu CISG'daki düzenlemelere (özellikle m. 49) tâbi olacaktır, bkz. HEIDERHOFF, Yıl: 2012 s. 35) çalışmamız kapsamına alınmamıştır (Satım konusu eşyanın mülkiyetinin geçişinin CISG'ın kapsamı dışında olduğu konusunda bkz. DAYIOĞLU, Yıl: 2011 s. 8. CISG konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DAYIOĞLU, Yıl: 2011 s. 1 vd.; SAĞLAM, Yıl: 2013 s. 2 vd.; ZELLER, Yıl: 2009 s. 1 vd.; ZEYTİN, Yıl: 2015 s. 27 vd.). 15 Nisan 1958 Tarihli Uluslararası Satış Sözleşmelerinde Mülkiyet Hakkının Devrini Belirleyecek Hukuka Dair Sözleşme'yi Yunanistan 15.04.1958 tarihinde İtalya ise 09.12.1959 tarihinde imzalamıştır. Söz konusu sözleşmeye başka herhangi bir ülke taraf olmayıp sözleşme yürürlüğe girmemiştir. Bu nedenle tez çalışmamızda sözleşmeye yer verilmemiştir (Konvansiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FAWCETT vd. Yıl: 2012 s. 1101 vd.).

BİRİNCİ BÖLÜM

AYNÎ HAKLAR

1. MADDÎ HUKUKTA GENEL OLARAK AYNÎ HAKLAR

Çalışmamızda aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme konusu incelenecektir. Bu konuda bilgi verebilmek için öncelikle “aynî hakkın” açıklanması gerekmektedir. Aynî hakkın açıklanmasına bir üst başlık niteliğinde olabilecek “hak” tanımından başlamakta yarar vardır.

Hak; hukuken korunan ve faydalanılması hak sahibinin veya onun temsilcisinin iradesine tâbi kılınan, bir başka ifadeyle, hukuken korunması isteme yetkisine sahip olunan çıkardır (TEKİNAY, Yıl: 1987 s. 129; AKINTÜRK VE ATEŞ-KARAMAN, 2014, s. 30. Hakkın başka bir tanımı için bkz. OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 135).

Doktrinde haklar, ortak yönleri asıl alınarak, belirli ölçütlerle gruplara ayrılarak irdelenmektedir. Örneğin haklar para ile ölçülebilen değeri bulunup bulunmamasına göre malvarlığı hakları-şahıs varlığı hakları; ileri sürülebileceği çevre açısından mutlak haklar- nisbî haklar; kullanılmasının etkisi bakımından alelâde haklar- yenilik doğuran haklar; şahsen kullanılması zorunlu olan ve olmayan haklar; kullanma yetkisi açısından bağımsız haklar-bağlı haklar olmak üzere başlıca beş gruba ayrılmıştır. Aynî haklar bu sınıflandırmanın içinde malvarlığı hakları kapsamında yer almaktadır (Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 136 vd. Hakların farklı şekilde yapılan sınıflandırılması için bkz. DURAL ve SARI, Yıl: 2013 s. 148 vd. Aynî hakların malvarlığı hakları kapsamında yer alması konusunda bkz. AKINTÜRK VE ATEŞ- KARAMAN, Yıl: 2014 s. 37; DURAL ve SARI, Yıl: 2013 s. 169-170).

Aynî hakkın tanımına TMK’de yer verilmemiştir. Bu kavramın tanımı doktrine bırakılmıştır. Doktrinde bu konuda klasik görüş, şahısçı görüş (Aynî hak, klasik görüşe göre *“bir şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan hak”* ; şahısçı görüşe göre ise, *“bir şey üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen hak”* olarak tanımlanmaktadır, bkz. AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 6; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 2. Benzer yönde, CANSEL ve İNAN, Yıl: 1964 s. 348 vd.; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 23 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 2-3) ve birleştirici görüş olmak üzere üç temel görüş ileri sürülmektedir (AKİPEK ve AKINTÜRK aynî hakkın tanımı ve mahiyeti konusunda iki farklı görüşün yer aldığını; bu görüşlerden ilkinin klasik görüşün oluşturduğunu; klasik görüşün kendi içinde aynî hakkın sadece iç içeriğini göz önünde tutarak yapıldığını, ikincisinin ise, aynî hakkın dış içeriğine göre tanımının yapıldığını; ikinci görüşün ise modern görüş olduğunu, bu görüşe göre aynî hakkın, iç ve dış içeriği göz önünde tutulmak suretiyle, *“kişilere eşyalar üzerinde herkese karşı ileri sürülebilen en geniş yetkileri tanıyan bir malvarlığı hakkı”*, şeklinde tanımlanmıştır, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 3 vd.). İsviçre ve Türk Hukuku’nda hâkim görüş, birleştirici görüştür. Birleştirici görüşün kabul ettiği yaygın tanıma göre aynî hak, bir şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen hak olarak tanımlanmaktadır (AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 7; AYAN, Yıl: 2012 (b) s. 3; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 5 vd. ve s. 71; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 3; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 4; ŞENGÜL, Yıl: 2013 s. 8. SEROZAN da aynî hakkı, eşya üstünde bir borç ilişkisinden, bir borçlunun varlığından bağımsız olacak şekilde, doğrudan egemenlik sağlayan hak olarak tanımlamaktadır, bkz. SEROZAN, Yıl: 2014 s. 16). TEKİNAY vd. ise, hukuk düzeninin kişilere tanıdığı iktidar doğrudan doğruya kişilere ilişkin bulunuyorsa ve kişi ile şey arasında başkasının araya girmesine ya da yardım etmesine gerek olmaksızın, vasıtasız bir ilişki kurulmuş olması halinde aynî haktan bahsedileceğini belirtmektedir, bkz. TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 6).

Aynî hak, hak sahibine eşya üzerinde bir takım hak ve yetkiler tanımaktadır. Bu yetkiler, yararlanma ve kullanma yetkisi, fiilî ve hukukî hâkimiyet alanında bulundurma yetkisi, hukukî işlemlere konu yapma yetkisidir. Aynî hak sahibi, bu hak

ve yetkileri herkese karşı ileri sürülebilmektedir (Herkese karşı ileri sürülebilirlik kavramı İsviçre doktrinde belirsiz bir kişi grubuna karşı ileri sürülebilirlik olarak ifade edilmiştir (bkz. GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1093). Böylelikle aynî hak sahibi, hâkimiyet ve yetkilerine saygılı davranılmasını üçüncü kişilerden isteme hakkına sahiptir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 8-10. Benzer yönde, SWADLING, Yıl: 2007 s. 220-221. Aynî hak, sahibine dokunulmazlık ve ayrıcalık yetkisi de tanımaktadır (UNDERKUFFLER, Yıl: 2005 s. 12).

Genel olarak aynî haklara hâkim olan prensipler; belirlilik, kamuya açıklık (Aynî haklarda kamuya açıklık ilkesi taşınırlarda zilyetlik, taşınmazlarda ise, tapu kütüğüne yapılan tescille sağlanmaktadır, bkz. AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 31 GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 205; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 26-27; REY, Yıl: 2007 s. 79 vd. TMK m. 1020'ye göre; “(1) Tapu sicili herkese açıktır. (2) İlgisini inanılır kılan herkes, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebilir. (3) Kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez”. Bu maddeye yönelik eleştirel bir bakış açısı için bkz. R. AYBAY, Yıl: 2013 s. 16-31), inancın korunması, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ile hak düşürücü süre veya zamanaşımının işlememesidir (AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 30 vd.; REY, Yıl: 2007 s. 77 vd.; SCWAB, Yıl: 2003 s. 11 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 36 vd. Ancak doktrinde aynî haklara hâkim olan başkaca prensipler olarak mutlak hak olma, tek taraflı çözülebilirlik, hâkimiyet, mülkiyet gibi prensipler de sayılmaktadır). Ancak belirtmek gerekir ki, bazı prensipler sadece belli konuları ilgilendirmektedir. Örneğin, sınırlı aynî hakların sırası sadece sınırlı aynî haklar açısından bir anlam ifade etmektedir.

Belirlilik ilkesi, bir aynî hakkın konusunu ancak belirli bir şeyin oluşturmasını; kamuya açıklık ilkesi, aynî hakkın varlığının herkese karşı açıklanmasını; inancın korunması ilkesi, iyi niyetli üçüncü kişilerin kamuya açıklanan duruma göre aynî hak kazanmak amacıyla yaptıkları hukukî işlemlerdeki inançlarının korunmasını; sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi; sadece MK'de öngörülen aynî hakların kurulabileceğini (numerus clausus); hak düşürücü süre ve zamanaşımına tâbi olmama ilkesi ise, aynî

hakkın fiilen kullanılması da hakkın düşmeyeceğini ve aynî hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesini sağlayan talep ve davaların zamanaşımına uğramayacağını ifade etmektedir (Aynî haklara ilişkin ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 94 vd.; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 50 vd.; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 6 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 25 vd.; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 62 vd. ; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 36 vd).

Aynî haklara hâkim olan ilkeler karşılaştırmalı hukukta da benzerlik göstermektedir. Örneğin İngiliz Hukuku'nda da aynî haklar sınırlı sayıdadır (numerus clausus), herkese karşı ileri sürülebilmektedir (SMITH, Yıl: 2012 s. 1724; SWADLING, Yıl: 2007 s. 221 ve 223. İngiliz Hukuku'nda sınırlı sayı ilkesine yönelik davalara Keppel v Bailey Davası (1834, 2 My&K 517, 39 ER 1042) ve Lords in King v David Allen (Billposting) Ltd Davası (1916, 2 AC 54, HL.) örnek olarak verilebilir, bkz. SWADLING, Yıl: 2007 s. 223-224. Sadece İngiliz Hukuku'nda değil Avrupa Birliğine üye ülkelerin çoğunda aynî hakların sınırlı sayıda olduğu ilkesi kabul edilmiştir. Fransız, İtalyan, Yunan ve Portekiz Hukukları bu konuda örnek olarak verilebilir. İspanyol Hukuku'nda ise teoride aynî hakları sınırlı sayıda olduğu kabul edilmemiş olsa bile, pratikte durum farklıdır (Real Property Law and Procedure in the European Union, Yıl: 2005 s. 14-15). Ayrıca yine bu hukuk sisteminde aynî haklarda zamanaşımı ya da hak düşürücü süre söz konusu değildir (SWADLING, Yıl: 2007 s. 379).

2. AYNÎ HAKKIN UNSURLARI

Aynî haklar eşya üzerinde söz konusu olup, eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Buna göre aynî hakkın üç unsuru eşya,

1- Eşya,

2- Doğrudan doğruya hâkimiyet ve

3- Herkese karşı ileri sürülebilirlik şeklinde belirlenmektedir. (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 4).

2.1.Eşya

2.1.1. Eşya Kavramı

Eşya kavramının her hukuk düzenince kabul edilmiş evrensel bir tanımı yoktur. Zira, her hukuk sisteminde eşyanın kriterleri farklı şekillerde belirlenmiştir.. Örneğin, eşya kimi hukuk sistemlerinde ekonomik değer kriteri üzerinden tanımlanmaktayken -cismani olmayan varlıkları da kapsayacak şekilde- (Örneğin Fransız Hukuku, Avusturya Hukuku), kimilerinde ise, cismani varlıklar (Alman Hukuku (Alman Medeni Kanunu § 90'a göre bir şeyin aynı hak olarak tanımlanabilmesi için, o şeyin maddî bir varlık olması gerekmektedir. Eşya kavramının çeşitli hukuk sistemlerindeki tanımı için bkz. AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 11 vd.) eşya olarak değerlendirilmektedir.

Türk-İsviçre Hukuk sisteminde eşya kavramının tanımına MK'de yer verilmemiştir. Doktrinde hukukî anlamda eşya, *“üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan* (AKİPEK ve AKINTÜRK'e göre maddî değeri az olan bir şey de eşya olarak değerlendirilebilir. Örneğin, parasal değeri olmayan ya da çok önemsiz olan, mektuplar eşyadır, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 28-29), *kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıklar”* olarak tanımlanmıştır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 8. Benzer yönde, AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 24 vd.; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 15; ESENER/GÜVEN, Yıl: 2012 s. 37; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 5. AKİPEK ve AKINTÜRK eşyayı; insanların ihtiyaçlarını gidermeye yarayan, üzerinde fiilî ve hukukî hâkimiyet kurulabilen maddî mallar olarak tanımlamaktadır, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 26. ATAAY ise eşyayı, hakka konu teşkil edebilen ve para ile ölçülebilen maddî varlıklar olarak ifade etmektedir ATAAY, Yıl: 1980 s. 298).

Hukuken eşyanın maddî mal olması, üzerinde hâkimiyet kurulmasının mümkün olması, gayri şahsi olması ve sınırlarının belli olması gerekmektedir (AYAN, Yıl:

2012 (a) s. 15; CANSEL ve İNAN, Yıl: 1964 s. 361; ESENER/GÜVEN, Yıl: 2012 s. 37).

Eşyayı, hukuk düzeninin üzerinde mülkiyet hakkının kurulabileceğini ve maddî olarak da üzerinde hâkimiyet kurulması mümkün olan maddî malların oluşturduğundan bahsetmiştik. Ancak bir şeyin (Şey, mal ve eşya hukuken aynı kavramları ifade etmemektedir. Dış alemi oluşturan, insan dışındaki her türlü maddî ya da maddî olmayan varlıklar için şey kavramı; haklara konu olabilecek bütün şeyler için ise mal kavramı kullanılmaktadır, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 25. GÜRSOY vd. ise şeyi, kişisel olmayan, üç boyutlu, kendi kendine maddî bir varlığı olan ve üzerinde insanların egemenlik kurmasının mümkün olduğu nesneleri olarak tanımlamakta ve bu kapsamda şeyin para ile ölçülebilen veya hukukî tasarruflara konu olabilir olmasının önemli olmadığını ileri sürmektedir, bkz. GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 19. Kural olarak eşyayı ise sadece maddî mallar oluşturmaktadır. Bu nedenle en geniş içerikli olan şey, ikinci sırada mal ve üçüncü sırada ise eşya yer almaktadır, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 29. Benzer yönde, AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 6 vd. Doktrinde, “şey” kelimesinin “nesne” anlamında kullanıldığında “eşya” kelimesinin “şey” kelimesinin çoğulunu ifade ettiği belirtilmektedir, bkz. AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 10) veya malın eşya olarak değerlendirilebilmesi için, mutlaka bir kimsenin, bunlar üzerinde hâkimiyet kurması gerekmez; o şeyin edinilebilir niteliğinin olması yeterlidir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 26). Örneğin, denizdeki balıklar, yabani meyveler bir kimsenin hâkimiyetinde yer almamakla birlikte, edinmeye elverişlidir. Bu nedenle eşya olarak değerlendirilmeye müsaittir.

2.1.2. Eşya Sayılmayan Unsurlar

Hukukî anlamda eşyanın tanımını yaparken maddî varlıkların eşya tanımına girdiğine değindik. Ancak her maddî varlık hukuken eşya vasfını taşımamaktadır. Doktrindeki tartışmalar doğrultusunda, eşya niteliği tartışmalı bazı değerlere

değınmek; yine gayrimaddî bazı değerlerle ilgili kısa açıklama yapmak yarar sağlayacaktır.

Tanımda da belirtmiş olduğumuz gibi kişi ve hayvanların dışındaki cismani varlıklar eşya olarak değerdendirilebilmektedir. Bu kapsamda insan vücudu, ceset, organlar, hava, deniz, akarsu gibi varlıklar ile fıkırî ürünlerin, eşya olarak değerdendirilip değerdendirilmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Zira, bu şeylerin eşya olduğunun kabul edilip edilmemesine göre bunların aynî hakka konu olup olmadığı tespit edilebilecektir.

İnsan vücudu bir eşya değildir ve aynî hakkın konusunu oluşturmaz. Elbetteki bir kimsenin kendi vücudu üzerinde bir hakkı vardır. Bu hak aynî hak değıl, kişilik hakkıdır. Kişilik hakkının konusu olan bir değır, aynı zamanda aynî hakkın konusunu oluşturmaz (ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 37; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 21; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 71). Ancak insan vücudunun bir parçası, o vücuttan ayrıldıktan sonra kural olarak ayrıldıkları kimsenin mülkiyetine tâbi olmakta ve eşya vasfına sahip olmaktadır (GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 21; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s.5; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 9. Ölü doğmuş çocuk, hiçbir zaman kişilik hakkı kazanmadığı için, cesetten farklı değerdendirilir ve vücuttan ayrılan parça gibi eşya sayılır, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 13). Örneğın, bir kimsenin kestirdiğı saçları, çektiirdiğı dişleri bu kapsamda eşya olarak değerdendirilir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 28; CANSEL ve İNAN, Yıl: 1964 s. 363; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 5; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 9; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 73. Konu ile ilgili tartışmalar için bkz. AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 124 vd. AKİPEK ve AKINTÜRK, bir bacağıın kesilmesi halinde eşya olarak değerdendirilip değerdendirilmeyeceğı noktasında duraksamaya düşülebileceğini, zira bunun ahlâkî inanışlara ve iş ilişkilerine göre çözümlenebilecek bir konu olduğunu ileri sürmektedir, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 28. Buna karşılık SEROZAN ise, bağışlanıp ayrılmış bir organın ve kanın eşya olduğunu belirtmektedir, bkz. SEROZAN, Yıl: 2014 s. 73. Kanın eşya olarak değerdendirilebileceğı konusunda bkz. CANSEL ve İNAN, Yıl:

1964, s. 363; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 21; TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 20. Amerikan mahkemeleri tarafından verilen çok tartışılan Moore v. Regents of University of California (1988) 249 Cal Rptr 494 (court of Appeals); (1990) 271 Cal Rptr 146 (California Supreme Court) davasında Moore adlı bir hasta Kaliforniya Regent Üniversitesi aleyhine bir dava açmıştır. Zira, hasta dalağından ameliyat olmuş iyileşmiştir. Ancak hasta kontrol adı altında sık sık hastaneye çağırılmış ve sürekli kendisinden kan alınmıştır. Moore, vermiş olduğu kanların akıbetini araştırdığında, kendi rızası alınmadan doktorun kendisinin vücut parçaları üzerinde araştırma yaptığını ve bu araştırmalar neticesinde bir hücre dizini elde ettiğini öğrenmiştir. Bu araştırma sonucunda elde edilen hücre dizini çok ciddi bir meblağ karşılığında doktor tarafından (patenti alınarak) bir ilaç şirketine satılmıştır. Amerikan mahkemesi bu davada Moore'un vücudundan ayrılan kanının ve organ parçalarının mülkiyetine sahip olmadığını, doktorun hasta ile doktor arasındaki sözleşmeyi ihlâl ettiğine karar vermiştir. Karar gerek Amerika'da gerekse de Kıta Avrupa'sında ciddi şekilde eleştirilmiştir. Eleştirilerin temelinde yatan düşünce bizcede haklı olarak vücuttan ayrılan parçaların eşya niteliği taşıdığı yönündedir. Karar ve tartışmalar için bkz. AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 142 vd).

Doktrinde, vücuttan ayrılan doku, kan, sperm veya yumurta gibi maddeler hemen nakledilmeyip bekletilecekse, kişilik hakkı kurallarıyla birlikte, uygun düşen eşya hukuku kurallarının da devreye girebileceği ileri sürülmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 6. Türk Hukuku'nda, üremeye yardımcı tedavi amacıyla evli çiftlerden alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başkalarında ya da başkalarından alınan embriyo ya da spermilerin de çocuk sahibi olmak isteyen çiftlerde kullanılması, nakledilmesi veya satılması yasak olduğu için, hukukî anlamda bunlar üzerinde hâkimiyet kurulması mümkün değildir. Bu nedenle, yumurta, sperm ve embriyo eşya olarak değerlendirilmez. Eşlerin kendilerinden alınan yumurta, sperm ve embriyolarında kişilik hakları söz konusu olmaktadır, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 11). Vücuda ayrılmaz bir şekilde birleştirilmiş yapay göz, diş dolgusu gibi organlar eşya olarak değerlendirilmeyecekken, buna karşılık vücuttan ayrılacak şekilde takılan takma diş gibi yapay organların ise eşya niteliğini

koruyacakları belirtilmektedir (GÜRSOY vd. Yıl: 1989 s. 22; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 6. L. SİRMEN de bu konuda aynı fikirleri benimseyip, örnek olarak emplante diş, yapay kaburgayı vermiştir, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 10. TEKİNAY vd. da benzer yönde, kullanılmakta olan yapay organların örneğin, takma kol, takma bacak ya da takma gözün artık insan varlığı ile bütünleştiğini ve bunları eşya olarak değerlendirmenin mümkün olmadığını belirtmektedir , bkz. TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 20).

Eşya olup olmadığının belirlenmesi gereken unsurlardan ikincisi cesettir. Ancak insan vücudundaki kadar net bir şekilde cesedin eşya olmadığını söylemek mümkün değildir. Zira, konu doktrinde tartışmalıdır. Ceset, eşya sayılma için aranan unsurları barındırmaktadır. Ancak ceset daha önce hayatta olan bir kimseye ait olduğundan klasik eşyadan daha farklıdır. İşte cesedin hukukî niteliğinin temelinde yatan tartışmada bu noktadan kaynaklanmaktadır.

Kişilik ölümle sona ermektedir (TMK m. 281/1). Ceset üzerinde ölen kişinin kişilik /hakkını ileri sürmesi mümkün değildir (AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 171; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 12. *“Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer”* (TMK m. 28/1). Bir görüş cesedin eşya olmadığını bu nedenle aynı hakkın konusunu oluşturmayacağını ileri sürerken (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 28; CANSEL ve İNAN, Yıl: 1964 s. 363; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 6; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 257. Vücut ve beden üzerindeki hak konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ATAAY, Yıl: 1996 s. 25-29), diğer görüş ise, cesedin tam anlamıyla eşya sayılmadığını, ceset üzerinde ölenin en yakın aile bireylerinin, şayet bu kişiler yoksa diğer mirasçıların mülkiyet benzeri bir mutlak hakkı olduğunu belirtmektedir (GÜRSOY vd. Yıl: 1989 s. 22). Bu görüş İsviçre Hukuku’nda kabul edilmektedir (Görüşün İsviçre Hukuku’nda eleştirisi için bkz. AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 163-164) (İsviçre Medeni Kanunu [Zivilgesetzbuch [ZGB] m. 28). Son yıllarda cesedin eşya olarak değerlendirilebileceği fikri ortaya atılmıştır. Bu fikre göre ceset, ölümle birlikte sahipsiz eşya statüsünü kazanır. Cesedin mülkiyeti de mirasçılar tarafından sahiplenme suretiyle kazanılmaktadır. Bir

üçüncü kişinin de bu yolla cesedin mülkiyetini kazanması söz konusu olabilmekle birlikte, mirasçılarının ceset üzerinde kişilik hakkı vardır (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 12). Cesedin eşya sayılması, Alman Hukuku'nda baskın görüştür (AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 164). Kanaatimizce ceset eşya değildir. Ancak, eşya hukukuna özgü bazı kurallar kıyasen uygulanabilir. Bu noktada belirtilmesi gereken bir husus daha vardır. Kişinin ölümünün üzerinden uzun bir süre geçtikten sonra cesedin eşya vasfını taşıması kabul edilebilir. Örneğin bir cesedin kemikleri, mumyalar, iskeletler, bir kazıda ortaya çıkan iskeletler artık eşya olarak değerlendirilebilir ve üzerlerinde aynî hak kurulabilir (AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 178).

Cesedin eşya vasfında olup olmadığı belirlendikten sonra organ nakli konuuna değinmekte fayda vardır. Türk Hukuku'nda bazı sınırlamalarla organ nakline izin verilmektedir (Organ nakli konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, Yıl: 1999/2000 s. 115-159; BALKIR, Yıl: 2010 s. 17-28). Bir kimseden örneğin, bir böbreğinin alınıp başkasına nakledilmesi halinde, bu organ başka bir vücudun bütünlüğüne girecektir. Kişinin organları üzerinde bir hakkı olduğu açıktır. Ancak bu hak, aynî hak değil, kişilik hakkıdır. Bu nedenle, bu varlıklar eşya olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin belirlenmesi gerektiğini ileri sürdüğümüz üçüncü unsur olan canlı organların eşya olmadığını söyleyebiliriz (CANSEL ve İNAN, Yıl: 1964 s. 363). Canlı organlar gibi, embriyo da eşya sayılmamakta; aynî hakkın konusunu oluşturmamaktadır (SEROZAN, Yıl: 2014 s. 73; L. SİRMEN, Yıl:2013, s. 11. Embriyonun eşya sayılıp sayılmayacağı konusundaki tartışmalar için bkz. AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 148 vd.).

Dördüncü unsur olarak değerlendirilme yapılması gereken hava, açık deniz, akarsu, güneş, ay, yıldız gibi şeylerdir. Bunlar birer maddî varlıktır. Ancak bu varlıkların üzerinde hâkimiyet sağlanması en azından bugün için olanaksızdır. Bu nedenle eşya olarak değerlendirilemezler (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 28; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 15; GÜRSOY vd. Yıl: 1989, s. 21; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s.7. Güneş, ay ve yıldız da eşya sayılmayacaktır, bkz. CANSEL ve İNAN, Yıl:

1964 s. 362; GÜRSOY vd. Yıl: 1989 s. 21). Benzer şekilde hava boşluğu, akan su, yakan güneş ışını da eşya sayılmaz (SEROZAN, Yıl: 2014 s. 72).

Doktrinde, maddî varlığı bulunmasına rağmen, ihtiyaca cevap verecek kadarı bir arada bulunmamak kaydıyla bir şeye yaramayan varlıkların da hukuken eşya sayılmayacakları ileri sürülmüştür. Örneğin bir pirinç tanesinin, bir kum tanesinin tek başına bir anlamı olmadığı; bunların hukuken eşya vasfı taşımadıkları belirtilmiştir (CANSEL ve İNAN, Yıl: 1964 s. 363; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 6; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 7). Öte yandan üzerinde bir yazı olması nedeniyle başka bir fonksiyon kazanan bir pirinç tanesi ise tek başına eşya olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir (AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 16; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 7. Konu ile ilgili tartışmalar için bkz. AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 30 vd.).

Son olarak, eşyanın unsurlarından birisinin maddî mal olması; fikir ve sanat eserleri, buluşlar gibi gayrimaddî malları kural olarak eşya kavramının dışında bırakır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 28; A. AYBAY, Yıl: 2009 s. 176; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 292; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 7; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 6). Bu kapsamda telif, patent, know-how, good-will (müşteri çevresi), bilgisayar programı eşya değildir (SEROZAN, Yıl: 2014 s. 73. İngiliz ve Fransız Hukuklarında fikri haklar mülkiyet konusu sayılabilmektedir, bkz. SEROZAN, Yıl: 2014 s. 73). Belirtmek gerekir ki bir fikrî ürün cisim üzerinde somutlaştığında, söz konusu cisim eşya olarak değerlendirilir. Örneğin pek çok fikrin bir araya gelmesiyle oluşan kitap gibi (Benzer örnekler için bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 7).

Senet üzerinde cisimleşmiş alacak hakkında, aynî hakla ilgili kurallar, senedin aynı zamanda taşınır eşya oluşturması ölçütünde senet için geçerli olacak; alacak hakkına ise, TBK ve TTK'deki kurallar uygulanacaktır (SEROZAN, Yıl: 2014 s. 16. Doktrinde poliçe, çek veya bono gibi kıymetli evrakın eşya olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir, bkz. TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 21).

Bu kapsamda son olarak bilgisayar programlarının eşya olup olmadığına değineceğiz. Konu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş bilgisayar programlarını eşya olarak değerlendirirken, diğer görüş bilgisayar programlarının eşya olamayacağını ileri sürmektedir. Buna karşılık karma görüş diyebileceğimiz üçüncü görüşe göre ise, bilgisayar programlarının eşya olup olmadığının bir önemi yoktur. Zira, son görüş uyarınca bilgisayar programları ne tam olarak eşyadır ne de değildir. Önemli olan bilgisayar programlarının eşya olarak değerlendiriliyormuş gibi, bir varlığın eşya sayılmasının hukukî sonuçlarının neredeyse hepsinin onlar için de geçerli olmasıdır (Tartışmalar için bkz AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 72 vd.).

2.1.3. Eşya Dışındaki Aynî Hak Konuları

Yukarıda eşyanın sadece maddi mallardan oluşabileceğini, aynî hakların da kural olarak eşyalar üzerinde kurulabileceğini belirtmiştik. Ne var ki iktisadî zorunluluklar sebebiyle, maddi olmayan mallar, hatta bazen malvarlığı üzerinde de aynî hak kurulabilmektedir. Bu açıdan en ilginç örnek, aşağıda ayrıntılı açıklayacağımız intifa hakkıdır. İntifa hakkı; eşya, hak, malvarlığı üzerinde kurulabilmektedir (TMK m. 794).

Yine haklar, aynî hakkın konusunu oluşturabilmektedir. Örneğin, bağımsız ve sürekli hak adı verilen haklar, tapuya taşınmaz olarak kaydedilebilmektedir. Böylece taşınmaz gibi işlem görebilmektedir. Bir başka örnekle, hak üzerinde sınırlı aynî haklardan intifa hakkı kurulabilmektedir (Örneğin, bir alacak hakkı üzerinde ya da paylı mülkiyette paydaşların sahip olduğu pay üzerinde intifa hakkı kurulabilir). Bu iki örnekte de aynî hakkın konusu, eşya dışında bir şeydir. Bununla birlikte, doğal güçler de taşınır mülkiyetine konu olabilir. İşte detaylarına çalışmamızın ileriki bölümlerinde gireceğimiz bu durumlarda ortada eşya yoktur ancak aynî hak mevcuttur.

2.1.4. Eşya Türleri

Eşya kavramını çeşitli ölçütlerle sınıflandırmak mümkündür. Bu sınıflandırma aynî hakların düzenlenmesinde esaslı rol oynamaktadır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 10). Türk Medeni Kanunu eşya hukukunu düzenlediği dördüncü kitabında taşınır-taşınmaz ayrımını esas almıştır. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da da taşınır ve taşınmazlar üzerindeki aynî haklara uygulanacak hukuk konusu düzenlenmiştir. İki kanun arasındaki paralellik taşınır-taşınmaz ayrımı ile sağlanmıştır. Bu nedenle çalışmamızda taşınır eşya-taşınmaz eşya ayrımını inceleyeceğiz (Doktrinde genel olarak eşya; taşınır eşya -taşınmaz eşya; basit eşya-birleşik eşya-eşya birliği; misli eşya-gayrimisli eşya; tüketime tâbi olan ve olmayan eşya; bölünebilen eşya-bölünemeyen eşya; özel mülkiyete tâbi olan eşya- özel mülkiyete tâbi olmayan eşya şeklinde sınıflandırılmaktadır. Sınıflandırmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKSOY-DURSUN, Yıl: 2012 s. 37 vd.; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 17 vd.; GÜRSOY vd. Yıl: 1989 s. 27 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 10 vd. Eşyanın doktrinde benzer yönde sınıflandırılması hakkında bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 31 vd.; ATAAY, Yıl: 1980 s. 300 vd.; CANEL ve İNAN, Yıl: 1964 s. 364 vd.; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 39 vd.; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 74 vd.; TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 21 vd. Taşınır-taşınmaz eşya ayrımının önemi için bkz. SEROZAN, Yıl: 2014 s. 259 vd.).

2.1.4.1. Taşınır Eşya

Türk Medeni Kanunu'nda taşınır eşyanın tanımına yer verilmemiştir. Ancak taşınır mülkiyetinin konusunun düzenlendiği m. 762 hükmünden taşınır eşyanın ne olduğunun çıkarılabilmesi mümkündür. Taşınır mülkiyetinin konusunu, nitelikleri itibariyle taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli olan ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına dahil olmayan doğal güçler oluşturur (TMK m. 762). Bu kapsamda taşınır eşya; taşınabilen maddî şeyler ile edinmeye elverişli doğal güçlerden oluşmaktadır. Taşınır eşyalara, otomobil, kitap, senet, cep telefonu,

bilgisayar örnek olarak verilebilir. Bunun dışında TMK’de bazı şeylerin taşınır olduğu özel olarak belirlenmiştir (TMK m. 728-729).

Taşınır eşyayı aslen hareket kabiliyeti olan maddi mallar oluşturmaktadır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 10; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 76; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 14). Buna göre, taşınır eşya bir yerden bir yere taşınabilmektedir. Taşınır nitelenmesi açısından, yer değiştirme faaliyetinin eşyanın kendi yapısından kaynaklanması ile bir başka güç sayesinde olması arasında bir fark yoktur. Örneğin, sal, kayık taşınır eşyadır ve yapısı uyarınca hareket edebilmekte, yer değiştirebilmektedir. Buna karşılık kitap, otomobil ise, başka bir güç sayesinde yer değiştirebilmektedir (AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 17; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 10. Benzer yönde, BELL vd. Yıl: 1998 s. 281). Bu kapsamda taşınır eşya toprağa bağlı olmayan, kendi kuvvetiyle ya da dışarıdan gelen bir fiil ya da etkiyle, bir yerden başka bir yere içeriğinde ve şeklinde bir azalma ya da bir değişiklik olmadan gidebilen ya da götürülebilen maddi mallar olarak tanımlanabilmektedir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 32. Benzer bir tanım için bkz. AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 17; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 246. Kamu malları taşınır ve taşınmaz kamu malları şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulabilir. Ancak kamu mallarının özel mülkiyete konu olması mümkün değildir. Taşınır kamu malları da bu nitelikleri devam ettiği süre içinde özel bir mülkiyete konu olamayacaklarından dolayı, taşınır mülkiyetine tâbi olmazlar, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 736. Kamu mallarının tasnifi için bkz. Kadastro Kanunu m. 16).

Bir eşyanın hukuken taşınır eşya olması için onun bir insan tarafından elle taşınabilir bir özelliğe sahip olması ya da hafif olması gerekmemektedir. Örneğin vinçle yerinden oynatılabilecek çok ağır bir makine taşınır eşya vasfındadır (SEROZAN, Yıl: 2014 s. 247).

Hayvanların taşınır eşya vasfını taşıyıp taşımadıklarının açıklığa kavuşturulması gerekir. Hayvanla, eşya olaral değerlendirilmeye müsait olmamakla birlikte doktrinde hayvanların eşya benzeri olarak nitelendirilebileceği ve eşyaya

uygulan kuralların hayvanlara uygulanabileceği ileri sürülmüş ve taşınır mülkiyetine ilişkin kuralların kıyasen hayvanlar için de uygulanması gerektiği belirtilmiştir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 9-10 ve 736). Hayvanların eşya olmadığı esası benzer şekilde Alman Hukuku (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Alman Medeni Kanunu) § 90/a) ve İsviçre Hukuku'nda da (İsviçre Medeni Kanunu) m. 641/a) düzenlenmiştir.

Taşınır eşyayı incelerken kısaca bütünleyici parça ve eklentiden de bahsetmek gerekmektedir. Eşya türlerini açıklarken yaptığımız açıklamalarda birleşik eşyadan söz etmiştik. Birleşik eşya birden çok yalın şeyin ayrılmaz şekilde birleşmesinden meydana gelen ve onu meydana getiren şeylerden ayrı bir varlığa sahip olan eşyadır. İşte birleşik eşyayı meydana getiren parçalar bütünleyici parçayı oluşturmaktadır (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 25. Benzer yönde, OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 11; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 75 vd.). Bir eşyanın taşınır eşya olarak değerlendirilebilmesi için, herhangi bir taşınmaz eşyanın bütünleyici parçası olmaması gerekir. Zira, bir taşınmazın bütünleyici parçası olan bir taşınır eşya, söz konusu taşınmazın hukukî rejimine bağlanır (TMK m. 684). Bütünleyici parça, eklendiği asıl taşınmaz gibi, özünü ve işlevini değiştirmeksizin yer değiştiremeyecektir. Bu nedenle taşınır eşya kimliğini yitirmektedir. Örneğin, bir evin gömme banyosu, mutfak evyesi, bir apartmanın kalorifer kazanı artık taşınır eşya olarak değerlendirilemeyecektir (SEROZAN, Yıl: 2014 s. 253). Benzer şekilde bir evin zeminine döşenmiş kalebodur ya da duvarlarına yapıştırılan duvar kâğıtlarının evin bütünleyici parçası olmasından dolayı, taşınır eşya olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Eklenti taşınır eşyadır. Bir taşınmazın eklentisi olan taşınır eşya kural olarak taşınmaz mülkiyetine konu olur. Belirtmek gerekir ki, tarafların bu durumun aksini kararlaştırmaları mümkündür (TMK m. 686). Örneğin, bir otelin mobilyaları onun eklentisidir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 78). Söz konusu otelin satılması halinde, kural olarak mobilyalar da satılmış olacaktır. Ancak taraflar, mobilyaların satım sözleşmesinin kapsamı dışında olacağını kararlaştırmışlarsa, otelin satılması, içindeki mobilyaların da satılması anlamına gelmeyecektir.

Taşınır eşyanın konusu hakkında ikinci ayrımı ise, doğal güçler oluşturmaktadır. Doğal güçlerin taşınır olarak değerlendirilebilmesi için, edinmeye elverişli olması ve taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmemesi gerekir (TMK m. 762). Doğal güçlerin maddî varlıkları olmadığı için, hukuken eşya vasfında değildirler. Enerji, ses ve renk dalgaları kendilerini -örneğin elektrik enerjisiyle hareket eden bir makinenin ya da ses dalgasıyla çalan bir radyonun durumunda olduğu gibi- genellikle etkileri altında bulunan cisimler sayesinde hissettirirler (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 580) .

Doğal gücün edinmeye elverişli olması, kişilerin bu doğal gücü hâkimiyet altına alarak yararlanabilmesi demektir. Elektrik enerjisi, atom enerjisi bu kapsamda değerlendirilebilirken; güneş ışınları, rüzgar hâkimiyet altına almaya elverişli olmayan doğal güçlerdendir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 737; TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 1). Yine benzer şekilde, akıp giden su, uçup kaçan hava, otomobildeki statik elektrik de hâkimiyet altına almaya elverişli olmadığından taşınır eşya sayılmaz (SEROZAN, Yıl: 2014 s. 256). Bu özelliğinden dolayı, mülkiyet de bu enerjiyi yaratan, onu nakleden ya da onun etkisi altında bulunan cisimlerin üzerinde kurulabilecektir, yoksa enerjinin, ses ya da renk dalgasının bizzat kendisi mülkiyet hakkına konu olmayacaktır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 580-581).

Doğal güçlerin taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturabilmesi için gereken ikinci şart ise, bu güçlerin taşınmaz mülkiyetine konu olmamasıdır. Örneğin, tapu kütüğüne sürekli ve bağımsız bir hak olarak kaydedilen kaynak hakkının konusunu oluşturan kaynak suyundan elde edilen radyoaktivite, taşınmaz mülkiyetinin kapsamında girer (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 583). Bu nedenle bu doğal güç taşınır mülkiyetinin konusunu oluşturmaz.

Bunların dışında, TMK’de taşınır olarak, başkasının arazisinde kalıcı olması amaçlanmadan yapılan kulübe, büfe, çardak ve benzeri hafif yapılar, bunların maliklerine ait olmakta ve taşınır hükümlerine tâbi olmaktadır (TMK m. 728). Ayrıca, bir kimse başkasının fidanını kendi arazisine ya da kendisinin veya üçüncü

kişinin fidanını başkasının arazisine dikerse, başkasının malzemesini kullanarak yapılan yapılara veya taşınır yapılara ilişkin hükümler bunlar hakkında da uygulama alanı bulacaktır (TMK m. 729/1).

2.1.4.2. Taşınmaz Eşya

Taşınmaz eşyanın hareket kabiliyet yoktur. Bu nedenle bir yerden bir yere taşınması söz konusu değildir. Taşınmaz eşya kural olarak yerinde sabit kalan ve bulunduğu yerden başka bir yere içeriğinde bir değişiklik olmadan nakledilmeyen maddî mallardır (AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 17; AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 455; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 39). Taşınmazlar ne kendi kendilerine ne de başkaları tarafından hareket ettirmeye elverişli olmayan eşyalardır.

Taşınmaz mülkiyetinin konusu arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ve kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerden oluşmaktadır (TMK m. 704). Bu üç kavram TMK m. 998 gereği tapu siciline taşınmaz olarak kaydedilebilir. TMK m. 704’de sınırlı olarak sayılanlar dışında herhangi bir şeyin, taşınmaz olarak değerlendirilmesi söz konusu değildir. Örneğin, gemiler İcra ve İflas Kanunu (RG T. 19.06.1932, RG Sayı: 2128) (İİK) m. 23/4 ve m.136 gereği taşınmaz olarak değerlendirilse de; hatta TTK açısından taşınmazlardaki gibi özel bir sicile ve özel bazı düzenlemeler (TTK’de gemilerin açıkça taşınır hükümlerine tâbi olduğu belirtilmiştir. Taşınmazlarla ilgili olan hükümlerden gemiler için uygulanacak olanlar ise TTK’nin 937’nci maddesinde ; *“(1) Bu Kanunda, İcra ve İflas Kanununun taşınmazlara ilişkin hükümlerine tâbi olacağı açıkça bildirilen gemiler hakkında 936 ncı madde hükmü uygulanmaz. (2) Türk Medenî Kanununun 429 uncu maddesinin birinci fıkrasının (2) numaralı bendi ile 444 üncü, 523 üncü ve 635 inci maddelerinin uygulanmasında, “taşınmaz” terimine yapı hâlinde veya tamamlanmış olan bütün gemiler ve “tapu sicili” terimine “gemi sicilleri” de dâhildir”* şeklinde düzenlenmiştir) tâbi tutulsa da, TMK karşısında taşınmaz mülkiyetine konu teşkil etmezler (AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 17; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 357).

Taşınmaz mülkiyetinin konusunu oluşturan arazi kavramının tanımına TMK’de yer verilmemiştir. Arazi, Tapu Sicili Tüzüğü’nde (RG T. 17.08.2013, RG Sayı: 28738) sınırları hukukî ve geometrik yöntemlerle belirlenmiş yeryüzü parçası olarak tanımlanmaktadır (Tapu Sicili Tüzüğü m. 9). Bir toprak parçasının MK anlamında taşınmaz olabilmesi için bağımsız ve belirli bir eşya niteliğinde olması gerekir. Bunun için toprak parçası, kendisini çevreleyen toprak parçalarından ayrılabilir nitelikte olmalıdır. İşte bir toprak parçasının kendisini çevreleyen topraklardan ayrılması, bir başka ifadeyle bağımsız hale gelmesi için sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme de ya plan üzerinde geometrik hatlarla çevresinin ve yüzölçümünün tespiti, bir başka ifadeyle kadastronun yapılmasıyla ya da arz üzerine konulan sınırlıklarla mümkündür (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 457).

Bağımsız ve sürekli haklar süresiz veya en az otuz yıl süreli olan ve tasarrufları kısıtlanmayan, izne tâbi kılınmayan bağımsız ve sürekli irtifak haklarını belirtmektedir (Tapu Sicili Tüzüğü m. 10/1). Tapu kütüğüne taşınmaz olarak tescil edilen bağımsız ve sürekli haklar, üçüncü kişilere devredilebilir, mirasçılara geçebilir ve bu hakların üzerinde her türlü aynî veya kişisel hak kurulabilir (Tapu Sicili Tüzüğü m.10/2). Bağımsız olma şartı, hakkın belli bir taşınmaz lehine kurulmamasını ya da şahısla kaim olmamasını ifade etmektedir (ERGÜNE, Yıl: 2008 s. 278).

Türk Medeni Kanunu bu hakları, taşınmaz olarak sayılmasıyla, bu hakların niteliğinde bir değişiklik yapıldığı anlamına gelmemektedir. Bu durumda, sadece bu hakların bazılarının taşınmaz gibi değerlendirilebilmesine olanak sağlanmış olmaktadır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 459; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 164). Taşınmaz olarak değerlendirilerek kendilerine tapu kütüğünde bağımsız bir sayfa açılabilen bu haklar, aslında devir ve intikâl kabiliyeti olan kişiye bağlı irtifak haklarıdır (ERGÜNE, Yıl: 2008 s. 279; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 164). Ancak bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı aynî hakların tapuya taşınmaz gibi kaydedilmesi bir zorunluluk değildir.

Son olarak ifade edelim ki, ana taşınmazın bağımsız mülkiyete konu olan bölümleri, kat mülkiyeti kütüğünün ayrı sayfalarına kaydedilmektedir (Tapu Sicili Tüzüğü m. 11).

Alman Hukuku'nda bir yeryüzü zeminin hukuksal anlamda taşınmaz olabilmesi için, kadastro tekniğine uygun olarak sınırlarının belirlenmiş ve tapuda kendisine ayrı bir sayfanın açılmış olması gerekir (GBO § 3 Abs.1). Bir başka ifade ile tapuya kayıtlı olmayanlar taşınmaz kabul edilmemektedir. (ACAR, Yıl: 2008 s. 3-4). Kazakistan Hukuku'nda ise uçaklar, gemiler, ana boru hattı parçaları taşınmaz sayılan varlıklar arasında sayılmıştır (Kazakistan Medeni Kanunu m. 117). İsviçre Hukuku'nda taşınmaz mülkiyeti payının tapuya taşınmaz olarak kaydedilebileceği esası kabul edilmiştir (ZGB m. 943/4). Görüldüğü gibi hukuk sistemleri taşınmazların neler olabileceği konusunda farklı kriterler benimsemiş olabilmektedir.

2.2. Eşya Üzerinde Doğrudan Doğruya Hakimiyet

Aynî hakların bir diğer unsurunu hak sahibinin eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlaması oluşturmaktadır. Doğrudan hâkimiyet hak sahibinin eşyadan hakkına uygun şekilde yararlanması için, hiçbir vasıtaya gerek olmamasında kendisini göstermektedir. Burada hâkimiyet doğrudan doğruya olduğu için, hak sahibi herkesten bu hâkimiyetini ihlâl etmemesini isteme hakkına sahip olur (OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 144; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 18-19. Alacak hakları ise nisbî haklardandır. Sadece tarafları arasında ileri sürülebilir. Etkisi kuvvetlendirilmiş nisbî haklar MK'nin şerh edilmesine olanak tanıdığı sınırlı sayıdaki haklardır. Bu haklardan bazıları sözleşmeden doğan önalım, alım, geri alım, (TMK m. 735, 736, 1009), arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan inşaat hakkı (TMK m. 1009), taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamalarının kaldırılması ya da değiştirilmesine ilişkin sözleşmeler (TMK m. 731/2), yasal önalım hakkından feragat sözleşmesidir (TMK m. 733/2). Aslında temelinde bir nisbî hak olan bu haklar, tapuya şerh edilmekle birlikte, hakkın etki alanı genişlemektedir. Başka bir ifade ile şerh; şerh edilen nisbî hakkın, taşınmazın sonraki maliklerine ve o

taşınmaz üzerinde şerhten sonra hak kazanan diğer şahıslara karşı ileri sürülmesini sağlamaktadır. Ancak bu hakların şerh edilmiş olması, onları nisbî hak kategorisinden çıkarıp aynî hak kapsamına dahil etmemektedir, bkz. OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 144-145. Hak sahibi herkesten bu hâkimiyetine saygı gösterilmesini isteyebildiği için, aynî haklar mutlak haklardandır (AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 8; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 59; OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 145. Benzer yönde, DURAL ve SARI, Yıl: 2013 s. 151-152; LIVER, Yıl: 1951 s. 5; SCWAB ve PRUTTING, Yıl: 2003 s. 138; SCHIMD ve HURLIMANN-KAUP, Yıl: 2003 s. 135). Ancak örneğin kişilik hakkı da bir mutlak haktır ve sahibine, hakkını herkese karşı ileri sürülebilme yetkisi vermektedir. İfade edilmelidir ki, aynî hakkı diğer mutlak haklardan ayıran unsur, aynî hakkın konusunu eşyanın oluşturmasıdır.

Taşınırlarda bu hâkimiyeti, söz konusu mal üzerinde fiilî tasarruf olarak ifade edebileceğimiz zilyetlik; taşınmazlarda ise, tapu siciline yapılan ve tescil adı verilen özel bir kayıt açıklamaktadır (OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 145. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 192-193; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 27 ve 155).

2.3. Herkese Karşı İleri Sürülebilirlik

Aynî hakların son unsurunu herkese karşı ileri sürülebilirlik oluşturmaktadır. Aynî hakkın ikinci unsurunu oluşturan eşya üzerinde doğrudan hâkimiyetin temel sonucu olarak, hak sahibi, herkesten hakkına uymasını, onu ihlâl etmemesini isteme hakkına sahiptir. Bu nedenle aynî hakkı kim ihlâl ederse, hak sahibi hakkına uyulmasını isteyebilir. Üstelik bu kişilerin çevresi konusunda bir sınırlama yoktur. İşte bu nedenle aynî haklar herkese karşı ileri sürülebilmektedir (OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 148. Benzer yönde, OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 20. Daha ayrıntılı bir sınıflandırma için bkz. CANSEL ve İNAN, Yıl: 1964 s. 356 vd.).

Haklar ileri sürülebileceği çevre açısından haklar mutlak haklar-nisbî haklar şeklinde bir ayrıma tutulmaktadır. Nisbî haklar (örneğin sözleşmeden doğan), sadece içinden doğdukları ilişkinin tarafları arasında hüküm, sonuç doğururken (kural olarak ilişkinin taraflarınca ihlâl edilebilirken); mutlak haklarda durum farklıdır. Bunlarda herkes hakları ihlâl edebilecekler çevresinde yer alır. Bu nedenle mutlak haklar da herkese karşı ileri sürülebilir (Mutlak haklar-nisbî haklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 153). Aynî hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesi, aynî hakkın mutlak hak olmasının sonucudur.

3. AYNÎ HAKLARIN TÜRLERİ

Aynî haklar farklı şekillerde sınıflandırılabilir. Örneğin, sağladığı yetkiye göre mülkiyet hakkı-irtifak hakkı; hakkın konusu olan şeye göre, taşınırlar üzerinde aynî haklar-taşınmazlar üzerinde aynî haklar; hak sahibinin tayin ediliş şekline göre şahsa bağlı aynî haklar-eşyaya bağlı aynî haklar şeklinde ayırım yapılması mümkündür (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 23 vd. Benzer sınıflandırma için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 18 vd.; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 23 vd.; LİVER, Yıl: 1951 s. 26 vd.). Biz çalışmamız kapsamında özellikle milletlerarası özel hukuk ve yabancılar hukuku açısından verilmesi gerekli olan maddî hukuk bilgilerinin, daha düzenli açıklanabilmesi için aynî hakları sağladıkları yetkiye göre sınıflandırmayı tercih ettik.

3.1. Mülkiyet Hakkı

3.1.1. Genel Olarak

Aynî haklar içinde en geniş yararlanma yetkisi tanıyan mülkiyet hakkı eşya hukuku, aile hukuku, miras hukuku gibi pek çok hukuk alanını ilgilendirmektedir. Hakkın temeli ise Anayasa'ya dayanmaktadır. Mülkiyet hakkı Anayasa'da (RG T. 09.11.1982, RG Sayı: 17863) temel haklar kısmında 35'inci maddede düzenlenmiştir. Ancak tanımına ne Anayasa'da ne de TMK'de yer verilmiştir

(Mülkiyet hakkının tanımı hakkında klasik görüş ve modern görüş olarak iki tür görüş ileri sürülmektedir. Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 374 vd. Farklı bir sınıflandırma için bkz. EREN, Yıl: 2014 s. 5 vd. Mülkiyet hakkı konusunda kavramcılık ve enstrümantalizm akımı farklı şekilde açıklamalarda bulunmuştur. Kavramcılık akımı daha ziyade mülkiyet hakkının ne olduğu konusu ile ilgilenmiş ve bu hakkın diğer haklardan farklılıkları üzerine yoğunlaşmışken, enstrümantalizm ise, mülkiyet hakkının hangi amaçlara hizmet edebileceği konusu üzerinde durmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. WATSON-HAMILTON, Yıl: 2010 s. 22). En geniş şekilde düzenlendiği MK'de, hakkın tanıdığı yetkiler sıralanmış, yetkilerin kapsamı dolayısıyla da en geniş yararlanma yetkisi tanınmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nda bir şeye malik olan kimsenin, hukuk düzeninin sınırları içinde, o şey üzerinde dilediği şekilde kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahip olduğu; malikin malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebileceği (m. 683) belirtilerek, hakkın içeriği oluşturulmuştur.

Temel haklardan olan mülkiyet hakkı sadece TMK ile değil başka kanunlarla da koruma altına alınmıştır. Bu koruma sadece özel hukukla sınırlı olmayıp, kamu hukukunda da kendini göstermektedir. Özel hukuktaki korumanın temeli TMK'ye dayanmaktadır. Kamu hukuku açısından da anayasa hukuku, ceza hukuku ve idare hukuku ile koruma sağlanmıştır. Yukarıda bahsettiğimiz gibi Anayasa m. 35 ile anayasal koruma sağlanmış, ceza hukuk açısından Türk Ceza Kanunu'nun (RG T. 12.10.2004, RG Sayı: 25611) (TCK) malvarlığına karşı suçlar başlıklı onuncu bölümünde; hırsızlık, yağma, mala zarar verme, ibadethane ve mezarlıklara zarar verme, hakkı olmayan yere tecavüz, güveni kötüye kullanma, bedelsiz senedi kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs, karşılıksız yararlanma, şirket ve kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme, suç eşyasının alınması veya kabul edilmesi, bilgi vermeme suçları düzenlenmiş olup; mülkiyet hakkı bu kapsamda da korunmuştur (TCK m. 141-169). İdare hukuku kapsamında taşınmazlara yönelik

olarak, Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun (RG T. 15.12.1984, RG Sayı: 18606) ile koruma sağlanmıştır.

Mülkiyet hakkı, eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlar ve hak sahibi bu hakkına uyulmasını herkesten talep edebilir. Bütün aynî haklarda bu özellik olsa da, mülkiyet hakkı eşya üzerinde egemenlik sağlayan aynî hakların en genişidir. Bu hak irtifak hakları gibi sadece kullanma ve/veya yararlanma yetkisi ya da rehin hakkı gibi sadece paraya çevirip değerlendirme hakkı sağlamamaktadır. Mülkiyet hakkı sahibine kullanma (us), yararlanma (fruktus) ve tasarrufta bulunma (hukukî ve fiilî tasarruf) (abusus) yetkilerini vermektedir (TMK m. 683/1). Mülkiyet hakkında bireyin çıkarları tam anlamıyla korunmaktadır (UNDERKUFFLER, Yıl: 2005 s. 61).

Mülkiyet hakkı milletlerarası sözleşmelerle de korunmuştur. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) (Sözleşmenin tam adı” İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi” olup, uygulamada “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” adı ile anılmaktadır. Sözleşme metninin yayınlandığı RG T. 19.03.1954, RG Sayı: 8662) 1 Numaralı Ek Protokolü'nün (Ek Protokolün yayınlandığı RG T. 19.03.1954, RG Sayı: 8662. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında mülkiyet kavramının sadece taşınır ve taşınmaz malları içermediği görülmektedir. Örneğin, Mahkeme şirket hisselerini (Bramelid v. Malmström/İsveç Davası, Başvuru No: 8588/79, Karar Yılı: 1982; Soutransavto Holding v. Ukrayna Davası, Başvuru No: 48553/99, Karar Yılı: 2002), emeklilik hakkını (Müller v. Avusturya Davası, Başvuru No: 5849/72, Karar Tarihi: 1975, Kjartan Ásmundsson v. İzlanda Davası, Başvuru No: 60669/00, Karar Yılı: 2005), patent haklarını (Smith Kline/French Laboratories v. Hollanda Davası, Başvuru No: 13633/87, Karar Yılı: 1990), istimlâk bedelinin geç ödenmesinden dolayı kişinin alacağı gecikme faizini (Aka v. Türkiye Davası, Başvuru No: 19639/92, Karar Yılı: 1998) mülk olarak değerlendirmiştir. Kararlar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int>) birinci maddesi mülkiyet hakkına ayrılmıştır. “Mülkiyetin korunması” başlıklı madde uyarınca: “Her hakikî veya hükmi şahıs mallarının masuniyetine riayet edilmesi hakkına maliktir. Herhangi bir kimse ancak âmme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve

devletler hukukunun umumi prensipleri dâhilinde mülkünden mahrum edilebilir. Yukardaki hükümler, devletlerin, emvalin umumi menfaate uygun olarak istimalini tanzim veya vergilerin veyahut sair mükellefiyetlerin veyahut da para cezalarının tahsili için zaruri .gördükleri kanunları yürürlüğe koymak hususunda malik bulundukları hukuka hâlel getirmez” (Maddenin günümüz Türkçesindeki hâli; (1) Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olmak şartıyla mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. (2) Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez, şeklindedir. Mülkiyet hakkının korunduğu başka uluslararası sözleşmeler ve bildiriler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TUĞRUL ve ATALAY, Yıl: 2004 s. 61-66).

3.1.2. Mülkiyet Hakkının Kapsamı

Belli bir kullanım şekli bulunmak, belli bir ekonomik amaca hizmet etmek üzere birbirine eklenmiş veya bağlanmış olan eşyalardan maddî eşyaya “asıl eşya” denmektedir. Asıl eşyaya maddeten ve ekonomik bakımdan bağlanan eşyalar, asıl eşyanın maddî bir varlık kazanmasının ardından, asıl eşyanın unsurları durumuna girerler (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 48-49; EREN, Yıl: 2014 s. 56). İşte mülkiyet hakkının kapsamına asıl eşyanın yanı sıra ona maddeten veya ekonomik bakımdan bağlanan eşyalar da girmektedir. Türk Medeni Kanun’u 684 ve 687’nci maddeleri arasında “*Mülkiyet hakkının kapsamı*” üst başlığı altında bütünüyle parça, doğal ürünler ve eklenti düzenlemiştir.

3.1.2.1. Bütünleyici Parça

3.1.2.1.1. Genel Olarak

Mülkiyet hakkının kapsamına bütünleyici parça, doğal ürünler ve eklenti girmektedir.. Bütünleyici parça yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır (TMK m. 684/2). TMK’de yapılan tanımdan bütünleyici parçanın varlığından bahsetmek için asıl eşya ve ona bağlanan bir başka eşyanın varlığına (Bir şeyin hangi kısmının asıl şey hangi kısmının bütünleyici parça olduğunun belirlenmesi, bileşik eşyanın malikinin kim olduğunun bilinmesi bakımından önem arz etmektedir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 51). Yapılacak belirlemede, iş hayatındaki ilkelerden yararlanılması gerekir (TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 526). Bu konuda önemli olan iş ilişkilerinde egemen olan görüştür. Bileşik eşyanın değerinin bu belirlemede dikkate alınması gerekmemektedir. (AKINTÜRK ve AKİPEK, Yıl: 2009 s. 51) ihtiyaç olduğu açıktır. Bu nedenle bütünleyici parça eşya türlerinden birleşik eşyada (Birleşik eşya birbirlerine katılan, birbirlerine eklenen, birbirlerine bağlanan bağımsız eşyalardan oluşan eşyadır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 48; EREN, Yıl: 2014 s. 55) karşımıza çıkmaktadır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 50).

Türk Medeni Kanunu’nun 682’nci maddesinin ikinci fıkrasının lafzından bütünleyici parçanın söz konusu olması için, iki şartın (1- yerel adetlere göre asıl şeyin temel unsuru olma, 2- o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmama) birlikte gerçekleşmesi gerektiği sonucunu çıkarmak mümkündür. Ancak doktrinde bu iki şarttan birinin gerçekleşmesinin bir eşyanın bütünleyici parça olarak kabul edilmesi için yeterli olduğu belirtilmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 290). Şöyle ki, ya bir şey asıl şeye sıkı bir maddî bağıllık ile bağlanmış ve maddeten asıl şeyden ayrılması ancak asıl şeyin yok olması, zarara uğraması veya yapısının değiştirilmesi ile gerçekleşebilecekse -bu halde bağlanan şey asıl şeyin temel unsuru haline gelmiş

ve bütünleyici parça olmuştur- ya da aradaki maddî bağlantı bu kadar sıkı olmamasına rağmen yerel âdetler bağlanan şeyi, asıl şeyin temel unsuru saydığından TMK onun bütünleyici parça vasfını kazandığını kabul etmiştir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 291).

Bütünleyici parça taşınır olabileceği gibi, taşınmaz da olabilir. Bir şeyin bütünleyici parça olabilmesi için, onun maddî mal niteliğinde olması gerekir. Örneğin, hakların bütünleyici parça olması mümkün değildir (EREN, Yıl: 2014 s. 57. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 51. Bütünleyici parça üzerinde bağımsız haklar kurulabileceği; örneğin, bir makinenin bütünleyici parçası üzerinde patent hakkının söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 280-281. Bir evin kapısı, bir geminin motoru, evin çatısı bütünleyici parçaya örnek olarak verilebilmektedir. Benzer şekilde bir otomobilin tekerlekleri ya da direksiyonu olmaksızın kendinden beklenen işlevi yerine getirmesi mümkün değildir. Otomobilin tekerleklerinin asıl şeye fiziksel hasar vermeden ayrılamaz (AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 11 vd. Bütünleyici parçanın iç ve dış bağıllık ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 53 vd.; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 11 vd.; EREN, Yıl: 2014 s. 57 vd. Asıl eşya ile bütünleyici parça arasındaki dış bağıllık çoğu kez onların birbirine yabancı cisimler yardımıyla bağlanması suretiyle gerçekleşmektedir. Örneğin, bütünleyici parçalar zamkla, çiviyle, vidayla, kayak veya lehimle, alçı veya çimentoyla asıl eşyaya bağlanmış olur. Ancak ekonomik ilişki hâlinde bulunan bir eşyanın, diğer eşyanın bütünleyici parçası sayılıp sayılmayacağı konusunda ise, aralarındaki maddî bağıllığın bu kadar sıkı olması gerekmemektedir. Bu konuda iş ilişkileri bakımından belirli bir eşya olabilmesi için söz konusu bütünleyici parçanın asıl eşya ile birlikte bulunmasının zorunlu olması ölçüdü kabul edilmektedir. Bu konuda evin çatısındaki kiremitler örnek olarak verilmektedir. Kiremitler çatıya yabancı bir cisimle bağlı olmamakla birlikte, binanın bütünleyici parçası niteliğindedirler, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 54). Bu nedenle tekerlekler ya da direksiyon da otomomilin bütünleyici parçasıdır. Örneklerdeki kapı, motor, çatı, tekerlek ve direksiyonun henüz asıl şeyle

maddî bağlantısı olmadan önce (örneğin gemi motoru henüz gemiye takılmadan) bunlar bağımsız eşya vasfındadır.

Yerel adetlere göre bir eşyanın bütünleyici parça sayılması kapsamında, yerel adetler ile neyin ifade edildiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Âdet sözcüğü sadece asıl şeyin bulunduğu yer ve bölgedeki kökleşmiş gelenek ve görüşleri ifade etmektedir. Örneğin, soğuk bölgelerde kalorifer tesisatı bir bütünleyici parça sayılabilirken, sıcak bölgelerde ise bağımsız eşya sayılabilmektedir (EREN, Yıl: 2014 s. 63. Benzer yönde, ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 229; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 222. TEKİNAY vd. ise burada bahsi geçen adet kelimesinin iş hayatında yerleşmiş olan anlayışı ifade ettiğini belirtmiştir, bkz. TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 539).

Asıl şeyle birleşmenin geçici olması hâlinde, bağlanan şey bütünleyici parça sayılamayacaktır. Bununla birlikte, geçici ayrılmalar da bütünleyici parça olma vasfının yitirilmesine neden olmaz. Örneğin, bir otomobilin motorunun, tamir amacıyla bir süre otomobilden ayrılması hâlinde, otomobil motoru, otomobilin bütünleyici parçası olmaya devam edecektir (L. SİRMEN, L. Yıl: 2013 s. 284. Benzer yönde, AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 13).

Bir şeye malik olan kişi o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olmaktadır (TMK m. 684/1) (TMK m. 684/1 hükmü emredici nitelikte olduğundan, tarafların bu kuralın aksini kararlaştırmaları mümkün değildir, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 285). Bu nedenle bir şey, başka bir eşyanın bütünleyici parçası olduğunda, artık bağımsız bir hak konusu olamaz. Böylelikle, bütünleyici parça, asıl şeyin hukukî kaderine bağlı olur. Asıl şeyi konu edinen her türlü hukukî işlem ve ilişkilerin bütünleyici parçayı da kapsar (AYAN, Yıl: 2012 (b) s. 16-17; EREN, Yıl: 2014 s. 65). Bütünleyici parçanın henüz bu vasfı kazanmasından önce üzerinde kurulmuş olan aynî haklar, kendisinin asıl şeyin bütünleyici parçası olması hâlinde ortadan kalkmaktadır. Bu durum, bütünleyici parçanın bağımsız eşya niteliğini kaybetmesinden kaynaklanmaktadır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 49;

SEROZAN, Yıl: 2014 s. 224; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 285). Örneğin, bir gemi motorunun üzerinde rehin kurulmuşken, bu motorun bir gemiye takılması hâlinde, gemi motoru üzerindeki rehin hakkı ortadan kalkacaktır.

Bütünleyici parça üzerinde bağımsız mülkiyet hakkı kurulamayacağı gibi (Konu bir Yargıtay kararına “... taşınmaz üzerinde bulunan yapı, ağaç gibi bütünleyici parça niteliğindeki muktesatların mukadderatının, arzın mukadderatına tâbi olmasına, muhtesatların üzerinde bulunduğu arzdan ayrı bir mülkiyetinden söz edilemeyeceğine, arzın kayden devri ile arz üzerinde bulunan muhtesatların mülkiyetinin de kural olarak alıcıya geçeceği...” şeklinde yansımıştır, bkz. Yarg. 7. HD, T. 31.03.2009 E. 2008/6125 K. 2009/984 [bkz. İBD, Yıl: 2010 s. 387-388]) bütünleyici parçanın sahiplenme ya da kazandırıcı zamanaşımına konu olması da mümkün değildir. Aynı şekilde malik de bütünleyici parça üzerinde bağımsız tasarruf işlemi bulnamaz. Zira, bütünleyici parça bağımsız bir eşya değildir (EREN, Yıl: 2014 s. 67. Benzer yönde, ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 227; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 303). Asıl şey hakkında yapılan borçlandırıcı işlemler (Hukukî işlemler gerekli irade beyanının sayısına göre; irade beyanının yöneltmesine göre; etki doğurduğu alana göre malvarlığına yaptıkları etkiye göre ve hüküm ifade edeceği ana göre olmak üzere sınıflandırılmaktadır, bkz. OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 170 vd. Benzer bir sınıflandırma için bkz. EREN, Yıl: 2012 s. 164 vd.; TEKİNAY, Yıl: 1985 s. 53 vd. Bu kapsamda hukukî işlemler malvarlığına yaptıkları etkiye göre borçlandırıcı, tasarrufî ve kazandırıcı işlemler olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Borçlandırıcı işlem, işlemi yapan kişinin malvarlığının pasifini çoğaltan; tasarruf işlemi, tasarrufta bulunanın malvarlığındaki bir hakka doğrudan doğruya etki ederek, o hakkı başkasına devreden ya da sınırlayan, külfet yükleyen, değiştiren veya sona erdiren; kazandırıcı işlem ise, bir kimsenin malvarlığına ilişkin bir menfaatin sağlandığı hukukî işlemlerdir. Bu işlemler malvarlığı azalan taraf için, borçlandırıcı işlem ve tasarrufî işlem meydana getirirken, malvarlığında artış meydana gelen taraf için ise, kazandırıcı işlem meydana getirmektedir, bkz. OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 174 vd. Benzer yönde, BELEN, Yıl: 2014 s. 97 vd.; DURAL ve SARI, Yıl: 2013 s. 203 vd.; EREN, Yıl: 2012 s. 170 vd.; TEKİNAY, Yıl: 1985 s. 57 vd.

Tasarruf işlemi konusunda bkz. VARDAR-HAMAMCIOĞLU, Yıl: 2014 s. 1 vd.) kural olarak bütünleyici parçayı da kapsamaktadır. Ancak bütünleyici parça tek başına borçlandırıcı işleme konu olabilmektedir. Örneğin, bir evin odasının kiraya verilmesi hâlinde, evin bütünleyici parçası olan oda, tek başına borçlandırıcı işleme konu olmuş olur (EREN, Yıl: 2014 s. 67-68. Benzer yönde, L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 286; TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 533).

Asıl şey üzerinde kurulan aynî haklar bütünleyici parçayı da kapsamaktadır. Örneğin, kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölüm olan bir taşınmazın rehnedilmesi hâlinde, bu taşınmazın bütünleyici parçası olan kapıları da rehne dahil olmaktadır. Ancak bu ilkenin istisnaları vardır. Örneğin, taşkın yapılar (TMK m. 725/1), üst hakkı (TMK m. 726/1), kaynak hakkı (TMK m. 756/2) bu kuralın istisnalarını oluşturmaktadır.

3.1.2.1.2. Türk Medeni Kanunu'na Göre Bütünleyici Parça Sayılanlar

Kural olarak, bir şeyin bütünleyici parça sayılması için TMK m. 684'de yer alan şartların gerçekleşmesi gerekir. Ancak Kanun bazı hallerde bu şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine bakmaksızın bu şeyleri bütünleyici parça saymıştır. Bu kapsamda doğal ürünler ile yapılar ve bitkiler yer almaktadır. Doğal ürünler, yapılar veya bitkiler bir arazi üzerinde varlık bulabileceklerinden, bu ilke taşınmazın -arazinin- (TMK m. 704/1) bütünleyici parçalarını saymıştır.

3.1.2.1.2.1. Doğal Ürünler

Mülkiyet hakkının kapsamı başlığı altında incelenecek olan diğer konu, doğal ürünlerdir. Dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülendiği amaca göre, adetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimler, ürünleri oluşturmaktadır (TMK m. 685/2). TMK m. 685/2'ye göre ürünleri doğal, hukukî ve yerel adetlerin bir şeyden elde edilmesini uygun gördüğü verimler şeklinde üçe ayırmak mümkündür (Ürünleri dönemsel ürünler ve yerel adetlerin bir

şeyden elde edilmesini uygun gördüğü ürünler şeklinde ikiye; dönemsel ürünleri de kendi içinde doğal ürünler ve hukukî ürünler olarak ikiye ayırmak da mümkündür). Aslında TMK m. 685 doğal ürünleri düzenlemektedir. Ancak bu düzenlemeyi yaparken hem diğer ürün çeşitlerine hem bütünleyici parça ile mülkiyet hakkına ilişkin açıklamalar getirmektedir.

Doğal ürünler ya her mevsim ya da her yıl ya da pek uzun olmayan aralıklarla elde edilen ürünlerdir. Örneğin, ağaçların meyveleri, tarladaki buğday bu kapsamda değerlendirilbilir.

Hukukî ürün ise bir eşyadan ya da alacaktan bir hukukî işlem neticesinde elde edilen dönemsel ürünlerdir. Örneğin, kira geliri, faiz birer hukukî üründür (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 63; AYAN, Yıl: 2012 (b) s. 17; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 231; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 297; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 225; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 288-289). Hukukî ürünler maddî olmayan malların-hakların- yaratmış olduğu ekonomik getiridir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 63).

Yerel adetlerin bir şeyden elde edilmesini uygun gördüğü ürünlerin zaman zaman tekrarlanarak ürün vermesi beklenmez. Yerel adetin o şeyi ürün olarak değerlendirmesi yeterlidir. Örneğin, bir maden cevheri ocaktan çıkarıldığında onun yenisi meydana gelmez. Yerel adetler cevherin ürün sayılmasını kabul ettiği oranda, maden cevheri ürün olarak değerlendirilecektir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 298).

Belirtmek gerekir ki, bütünleyici parça olan ürünler, doğal ürünlerdir. Hukukî ürünler bütünleyici parça olamazlar (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 297). Zira onlar maddî olmayan malların sağladığı gelirlerdir. Halbuki bir şeyin bütünleyici parça olabilmesi için hem asıl şeyin hem bütünleyici parçanın maddî mal olması gerekir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 51; EREN, Yıl: 2014 s. 57). TMK m. 685/son'da *“doğal ürünler asıl şeyden ayrılıncaya kadar onun bütünleyici parçasıdır”* şeklindeki ifade ile vurgulanmaktadır. Yerel adetlerin bir şeyden elde

edilmesini uygun gördüğü ürünler de bütünleyici parça değildir (TMK m. 685/3). Ancak bir şeyin maliki onun ürünlerinin de maliki olmaktadır (TMK m. 685/1).

Asıl şeyden ayrılan doğal ürünler bağımsız taşınır eşya kabul edilirler (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 70; EREN, Yıl: 2014 s. 71). Ancak asıl şeyden henüz ayrılmamış olan doğal ürünler borçlandırıcı işleme konu olabilirler (EREN, Yıl: 2014 s. 72). Örneğin, bir kişiye ait elma tarlasındaki 1 ton elmanın satım sözleşmesine konu olabilmesi gibi.

3.1.2.1.2.2. Yapılar, Bitkiler ve Kaynaklar

Taşınmaz mülkiyetinin kapsamına yasal sınırlamalar saklı kalmak kaydı ile yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girmektedir (TMK m. 718/2). Yapıyı bir arazinin üzerine kalıcı olması maksadıyla yapılan inşaat şeklinde tanımlayabiliriz. Belirtmek gereki ki taşınırlar yapı değildir. Başkasının arazisinin üzerinde kalıcı olması amaçlanmadan yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar olarak ifade edilen taşınır yapılar (TMK m. 728/1), taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmemektedir. Örneğin, bina arazinin bütünleyici parçası sayılırken, kulübe ise bütünleyici parça sayılmayacaktır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 296. Benzer yönde, SEROZAN, Yıl: 2014 s. 222. Taşkın yapı (TMK m. 725/1) ve üst hakkı (TMK m. 726, TMK m. 826 vd.) yapının üzerinde bulunduğu arazinin bütünleyici parçası olmaları kuralının istisnalarını teşkil etmektedir. Başkasına ait malzemenin de bütünleyici parça olması bazı hallerde söz konusu olmaktadır. Eğer, bir kimse kendi arazisindeki yapıda başkasının malzemesini ya da başkasının arazisindeki yapıda kendisinin veya bir başkasının malzemesini kullanırsa, bu malzeme arazinin bütünleyici parçası olmaktadır (TMK m. 722).

Bitkiler bir araziye dikilen fidanlar, ağaçlar gibi varlıklardır. Bunlar da üzerinde yetişmiş oldukları arazinin bütünleyici parçası olurlar. Ancak bitkilerin arazinin bütünleyici parçası olarak değerlendirilmesi için sürekli kalmak amacıyla dikilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle araziye geçici amaçlarla dikilen taşınır bitkiler

arazinin bütünleyici parçası olmazlar (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 534; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 525-526. Bitkiler üst hakkına konu olmazlar. Taşkın bitkiler, (bir taşınmazda bulunur, dalları ve kökleri taşmak suretiyle komşu araziye zarar veren bitkiler) taşkın yapılardan farklı bir rejime tâbi tutulmuştur. Şöyle ki; komşunun arazisine taşarak zarar veren dal ve kökler, onun istemi üzerine uygun bir süre içinde kaldırılmazsa, komşu bu dal ve kökleri kesip kendi mülkiyetine geçirebilmektedir. Ekilmiş veya üzerine yapı yapılmış arazisine dalların taşmasına katlanan komşu, bu dallarda yetişen meyveleri toplama hakkına sahip olur. Komşu ormanlar hakkında ise bu hükümler uygulanmaz [TMK m. 740]).

Kaynak arazinin içinden doğal olarak çıkan bir tür yer altı (Yer üstü suyu arazinin üzerinde belirli bir yatak içinde genellikle sürekli duran veya akan suları ifade eder. Bu sulara örnek olarak göl, çay, nehir, dere, ırmak verilebilir. Yer üstü sularından oluşan birikintilerden kaynak meydana gelmez, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 531) suyudur (AKİPEK v AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 529-531. OĞUZMAN vd. ise, insan emeği ile toprak sattından çıkan suyu da kaynak olarak ifade etmiştir, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 527. Doktrinde, yer altı suyunun insanlar tarafından yeryüzüne çıkarılması halinde yapay kaynağın oluşacağı ve yapay kaynaklar hakkında MK'nin değil, Yeraltı Suları Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 531). Kaynak yatağında bulunan suyu yatağı ile birlikte ifade etmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 527). Kaynaklar, arazinin bütünleyici parçasıdır (Kaynaklar, içinde bulundukları arazinin bütünleyici parçası olmalarından dolayı kural olarak o araziden ayrı olarak bir aynî hakkın konu olamazlar. Ancak TMK kaynaklar üzerinde, içinde kaynadıkları araziden ayrı irtifak hakkı kurulmasına izin vermektedir (m. 756/2, m. 837). Böylelikle bütünleyici parçanın asıl eşyadan ayrı bir aynî hakka konu olmaması kuralına istisna getirilmiştir). Bunların mülkiyeti ancak kaynadıkları arazinin mülkiyetiyle birlikte kazanılabilmektedir (TMK m. 756/1).

3.1.2.2. Eklenti

Türk Medeni Kanunu'nda eklentinin tanımına yer verilmiştir. Eklenti, asıl şey, malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel adetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması amacıyla, asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınırıdır (TMK m. 686/2). Ancak eklentinin asıl şeye özgülünmesi ve bu özgülünmenin ise geçici değil, kalıcı olması gerekmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 302). Bununla birlikte asıl şeyden geçici olarak ayrılması nedeniyle bir eşya eklenti niteliğini kaybetmeyecektir (TMK m. 686/3).

Bir eşyanın eklenti olabilmesi için, taşınır olması gerekir (TMK m. 686/2). Bir taşınmazın başka bir taşınmazın eklentisi olması mümkün değildir. Ancak asıl şeyin taşınır olma zorunluluğu yoktur.

Aynı ekonomik amaca özgülünen taşınır ve taşınmazlarda, taşınmaz daima asıl şey, taşınır ise eklenti oluşturur. Hatta taşınırın değeri taşınmazdan fazla dahi olsa sonuç değişmeyecektir. Örneğin, bir fabrika asıl şeyi, içindeki makineler ise, eklentisini oluşturmaktadır. Yine sadece eşyaların eklentisi olabilir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 300. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 73. Neyin asıl şey neyin eklenti olduğu ise, iş hayatındaki ilkelere göre belirlenecektir (TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 552).

Bir şeye ilişkin tasarruflar, aksi belirtilmedikçe onun eklentisini de kapsamaktadır (TMK m. 686/1). Ancak eklenti asıl şeyden bağımsız ayrı bir hukukî varlık olarak ayrı aynî hak konusu olabilir. Bu nedenle, örneğin asıl şey üzerinde ayrı mülkiyet, eklenti üzerinde ayrı mülkiyet olabilmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 303. Benzer yönde, AYAN, Yıl: 2012 (b) s. 21 vd.; EREN, Yıl: 2014 s. 74. ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 234. Bir şeyin eklentisi bağımsız bir şey olarak varlığını sürdürmekle birlikte, asıl şey ile eklenti arasında ekonomik bağıllık, bir amaç birliği vardır, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 291).

Asıl şeye zilyet olan kimsenin sadece geçici olarak kullanması veya tüketmesi için özgülünen ya da asıl şeyin özel niteliği ile herhangi bir ilişkisi bulunmadan sadece korunmak, satılmak veya kiraya verilmek üzere onunla birleştirilen şeyler eklenti sayılmaz (TMK m. 687). Örneğin, kiracının evin pencerelerine taktığı güneşlikler, kapıya taktığı zincirler eklenti sayılmayacağı gibi (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 74) gıda maddesi, kömür, çimento gibi nesneler de eklenti olarak değerlendirilemeyecektir (EREN, Yıl: 2014 s. 78).

3.1.3. Mülkiyet Hakkının Türleri

Mülkiyet hakkını çeşitli sınıflandırmalara tâbi tutmak mümkündür. Doktrinde, hakkın konusuna göre taşınır-taşınmaz mülkiyeti; sahibinin belirlenme şekline göre, kişiye bağlı-eşyaya bağlı mülkiyet; hak sahibinin sayısına göre, tek kişi (ferdî)-birlikte mülkiyet (birlikte mülkiyet paylı-elbirliği ile mülkiyet olarak ikiye ayrılmaktadır) şeklinde sınıflandırılmaktadır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 305 vd. Mülkiyetin hakkının çeşitleri ve çeşitler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 387 vd.; AYAN, Yıl: 2012 (b) s. 28 vd.; EREN, Yıl: 2014 s. 84 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 303 vd.; ÖZTAŞ, Yıl: 2011 s. 3 vd.; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 205 vd; TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 562 vd.).

Türk Medeni Kanunu'nun dördüncü kitabının birinci kısmının ikinci bölümü taşınmaz mülkiyetini, üçüncü kısmı ise taşınır mülkiyetini ayrıntılı şekilde düzenlemiştir. Bu nedenle biz aşağıda kanunun sistemine bağlı kalarak mülkiyetin çeşitlerinde taşınmaz mülkiyeti-taşınır mülkiyeti ayrımını esas alacağız. Zira diğer ayrımlar da düzenlenmekle birlikte temel ayrımın, taşınmaz mülkiyeti-taşınır mülkiyeti ayrımı olduğu görülmektedir (TMK'nin dördüncü kitabının birinci kısmının birinci bölümünde birlikte mülkiyet m. 688-703 arasında düzenlenmiştir). Ancak kısaca diğer ayrımlardan bahsetmek yarar sağlayacaktır.

Kişiye bağlı mülkiyet, bir eşyanın doğrudan doğruya bir veya birden çok kimseye ait olmasını ifade etmektedir. Eşyaya bağlı mülkiyette ise hak sahipliği, bir

veya birden çok taşınmaza bağlanarak (taşınmazın sahibi kimse malik olur) belirlenmektedir. Ferdî mülkiyet bir eşya üzerinde bir kişinin tek başına malik olmasını; birlikte (toplu) mülkiyet ise birden çok kimsenin malik olmasını ifade etmektedir. Birlikte mülkiyetin türlerinden paylı mülkiyet, bir mal üzerinde birden çok kimsenin payının (hissenin) olmasını; elbirliği mülkiyeti ise mal birden çok kimsenin ortaklaşa malik bulunmalarını ifade etmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 305 vd.).

3.1.3.1. Taşınmaz Mülkiyeti

3.1.3.1.1. Taşınmaz Mülkiyetinin Kazanılması

Taşınmaz mülkiyetinin (Toprak mülkiyetinin korunması; yatırımların cesaretlendirilmesi, çalışma alanlarının yaratılması, istikrarın sağlanması ve bireylerin çıkarlarının korunması için çok önemli bir yere sahiptir. Bu nedenle toprak mülkiyeti korunmaktadır, bkz. UNDERKUFFLER, Yıl: 2005 s. 87) kazanılması konusunda aslen-devren kazanma ya da tescille-tescilden önce kazanma şeklinde sınıflandırmalar yapılmaktadır. Medeni Kanun'da ise, "*kazanma yolları başlığı*" altında, hukukî işlem (m. 706), işgal (m.707), yeni arazi oluşması (m. 708), arazi kayması (m. 709), kazandırıcı zamanaşımı (m. 712-713), sahihsiz yerler ve yararı kamuya ait mallar (m. 715) başlıklarıyla düzenleme yapılmıştır.

3.1.3.1.1.1. Aslen Kazanma-Devren Kazanma

Hakların kazanılması başlığı, mülkiyet hakkının kazanılmasına taşındığında, mülkiyet hakkının aslen kazanılmasının, sadece hakkı kazananın iradesiyle olduğu sonucuna varılacaktır. Bu yolda hak objesinin daha önce hak konusu olup olmadığına bakılmaksızın doğrudan doğruya kazanılması asıldır. Niteim bu kazanıma kökten kazanım da denilmektedir (ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 195 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 358). Devren kazanım ise mülkiyet hakkının önceki sahibinin de iradesiyle, bütünüyle başkasına devri durumunda gündeme gelir. Bir taşınmazın

malikinden satın alma yolu ile edinilmesinde devren kazanma söz konusu olurken, işgal yoluyla ya da cebri müzayadeden ya da kazandırıcı zamanaşımı ile edinilmesinde aslen kazanma gündeme gelir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 358; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 337-338. Zamanaşımı açısından bkz. BELL vd. Yıl: 1998 s. 285).

3.1.3.1.1.2. Tescille Kazanma-Tescil Dışı Kazanma

Bir taşınmazın mülkiyetinin kazanılması, kural olarak tapu siciline tescil edilmesi şartına bağlıdır. TMK m. 705 “*Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tescille olur*” hükmünü içermektedir. Bu esas pek çok hukuk sisteminde de benimsenmiştir. Örneğin, Alman Hukuku’nda da taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, tapu siciline tescil edilmesine bağlı tutulmuştur (Alman Medeni Kanunu § 873). Hatta tescilde detaylı açıklamalara yer verilmesi gerektiği, aksi halde tescilden beklenen korumanın sağlanamayacağına Kanun’da yer verilmiştir (Alman Medeni Kanunu § 874). Buna karşılık örneğin, Fransız Hukuku’nda tescilin sadece açıklayıcı etkisi kabul edilmiştir (Real Property Law and Procedure in the European Union, Yıl: 2005 s. 34).

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması kural olarak tescil edilmesine bağlıdır (TMK m. 705/1). Tescilin taşınmaz mülkiyetini kazandırabilmesi için, diğer kurucu unsurların ve özellikle, tescil için gerekli olan sebebin eksik olmaması gerekmektedir. Tescilin sebebe bağlılığı ilkesinden dolayı, tescilin sebebini oluşturan hukukî işlem geçersiz ise, yapılan tescil yolsuz olacaktır (TMK m. 1024/2). Benzer yönde, HONSELL, Yıl: 2006 s. 107). Yolsuz olarak tescil edilen bir aynî hakkın varlığı hâlinde, bunu bilen ya da bilmesi gereken üçüncü kişiler bu tescile dayanamayacaktır (TMK m. 1024/1). Ancak tapu kütüğündeki tescile dayanarak mülkiyet ya da bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin iyi niyetli (Genel olarak iyiniyetle hak kazanmak her zaman mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, iyiniyetli kimse her zaman korunmamaktadır. İyiniyet ancak kanun tarafından öngörülen hallerde ve kanunun öngördüğü ölçüde koruyucu etki sağlamaktadır, bkz. OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 236. Benzer yönde, SWADLING, Yıl: 2007

s. 383-384. İyi niyet kavramının belirli olmaya yetecek kadar kesin, adil olacak kadar da esnek olması gerektiği konusunda bkz. SIMS, Yıl: 2004 s. 214) olması hâlinde, bu kazanımı korunacaktır (TMK m. 1023). Bu esas Almanya, Avusturya, İngiltere, Estonya, Macaristan, İskoçya, Slovakya, Slovenya, İsviçre, Hırvatistan ve Çek Cumhuriyeti Hukuklarında da kabul edilmiştir. Ancak her hukuk sisteminin bu esası Türk Hukuku'nda olduğu gibi kabul ettiğini söylemek mümkün değildir. Örneğin Danimarka, Finlandiya, Portekiz, İspanya ve Polonya Hukuklarında tapu sicilinin aynî hak kazanımlarında (taşınmazlar için) açıklayıcı etkisi olduğu kabul edilmekle birlikte iyi niyetli üçüncü kimselerin kazanımları korunmaktadır. Halbuki, Yunan Hukuku tapu sicilinin kurucu olduğunu kabul ederken, iyi niyeti korumamaktadır. Buna karşılık Belçika, İtalya, Fransa, Lüksemburg Hukuklarında ise, tapu sicilinin açıklayıcı olduğu kabul edilirken, Yunan Hukuku'nda olduğu gibi iyi niyet korunmamaktadır (Real Property Law and Procedure in the European Union, Yıl: 2005 s. 34).

Taşınmaz mülkiyetini kazanmanın kurucu unsuru olan tescilin sebebini, mülkiyeti devir borcu doğuran bir hukukî işlem oluşturmaktadır. Bu hukukî işlem çoğu zaman bir sözleşmedir. Bu kapsamda tescilin sebebini bir alım-satım sözleşmesi, bağışlama vaadi sözleşmesi oluşturabilmektedir. Bununla birlikte tescilin sebebini, ön alım veya alım hakkı gibi yenilik doğuran hakkın kullanılması da oluşturabilir (ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 196; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 360-361; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 340). Bu örneklerin dışında taşınmaz mülkiyetini kazanma sebebini başka hukukî işlemler de oluşturabilmektedir. Örneğin, ilân yoluyla ödül sözü vermek, vasiyetname ile bir kişiye taşınmaz bırakmak gibi (Benzer ve diğer örnekler için bkz. ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 195 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 360; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 340).

Tescilin taşınmaz mülkiyetinin kazanılması için kurucu unsur olması ilkesinin istisnaları da bulunmaktadır. Bu kapsamda, miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma halleri ile kanunda öngörülen diğer hallerde, mülkiyet tescilden önce

kazanılmaktadır. Ancak bu hallerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır (TMK m. 705/2).

Türk Medeni Kanunu'nda tescilsiz kazanımın düzenlendiği diğer hallere de örnek olarak, kişiliği sona eren bir tüzel kişinin mallarının kamu kurum veya kuruluşlarına geçmesi (m. 54), vakfa özgülenen taşınmazın mülkiyetinin vakfa geçmesi (m. 105), mal rejimi sözleşmelerinden mal ortaklığının kabulü hâlinde meydana gelen mülkiyet değişikliği (m. 256-257; m.716/3), yeni arazi oluşması (m. 708) verilebilir.

3.1.3.1.2. Taşınmaz Mülkiyetinin Kapsamı

Türk Medeni Kanunu'nda “*A. Taşınmaz Mülkiyetinin İçeriği*” üst başlığında “*I. Kapsam*” başlığı altında düzenlenen 718'inci madde uyarınca; “*(1) Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar. (2) Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer*”. Maddenin üst başlığı taşınmaz mülkiyetinin kapsamı olmakla birlikte, içerik araziye ilişkindir. Arazinin kapsamını yatay, dikey ve madde olarak kapsam şeklinde belirtmek mümkündür. Arazinin yatay kapsamını, arazinin sınırları içinde kalan toprak parçası; dikey kapsamını arzin üzerindeki hava boşluğu ile altındaki toprak tabakası (ancak malik sonsuz bir serbesti içinde olmayıp, kullanılmasında yarar olması ölçütü ile sınırlandırılmıştır) (Alman Hukuku'nda da benzer bir yaklaşım kabul edilmiştir (Alman Medeni Kanunu § 905); taşınmazın madde olarak kapsamını ise, yatay ve dikey kapsam içinde yer alan mallar oluşturmaktadır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 470 vd. Taşınmaz mülkiyetinin kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 510 vd.; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 241 vd.; EREN, Yıl: 2014 s. 328 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 470 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 409. Malvarlığı, tereke, işletme, şirket, portföy üzerinde mülkiyet hakkı söz konusu olmaz. Mülkiyete konu olan şeyler, bunların içerdiği ya da kapsadığı münferit eşyadır, bkz. A. AYBAY, Yıl: 2009 s. 176).

3.1.3.1.3. Taşınmaz Mülkiyetini Devir Borcu Doğuran Sözleşmelerde Şekil

Türk Borçlar Kanunu'nda mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler başlığı altında düzenlenmiş maddelere yer verilmemiştir. Doktrinde genel olarak; satım sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, trampa, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, miras taksim sözleşmesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler olduğu belirtilmiştir (ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 196; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 360). Saymış olduğumuz bu sözleşmeler dışında vekâlet sözleşmesi, adi ortaklık sözleşmesi, inançlı sözleşmeler de mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelere örnek olarak verilebilir (ESENER/GÜVEN, Yıl: 2012 s. 196; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 360).

Mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler borçlandırıci işlemleri; aynî hakkın kazanılması sonucunu doğuran işlemler ise, tasarruf işlemlerini ifade etmektedir. Tasarruf işlemi tasarruf yetkisi sahibi kişi yapar. O da kural olarak hak sahibidir. Mülkiyet hakkında kural olarak tasarruf işlemi yapma yetkisi maliktedir. Mülkiyet hakkı tescille kazanılır. Ancak tasarruf işlemi tescil değildir. Tescil memurun yaptığı usuli işlemdir. Tasarruf işlemi ise tescil talebidir. Tapu müdürlükleri taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde hem borçlandırıci işlemi hem tasarruf işlemi yapmaya yetkilidir (Tapu Kanunu m. 26) (ÖZMEN ve AKÇURA-KARAMAN, Yıl: 2013 s. 54-55).

Doktrinde, borçlandırıci işlem niteliğindeki sözleşmelerin konusu ve koşullarının sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde belirlenebileceği; bu kapsamda sözleşmenin geciktirici şarta ya da vadeye bağlanabileceği; ancak tapu dairelerinin uygulamalarının ise bu durumun tersi şeklinde olduğu; tapu dairelerinin borçlandırıci işlem ile tasarruf işlemi aynı belgede birleştirerek borçlandırıci sözleşmeye bu tür hükümlerin konulmasına izin vermedikleri belirtilmektedir (ÖZMEN, Yıl: 2012 s. 44; ÖZMEN ve AKÇURA-KARAMAN, Yıl: 2013 s. 54-55).

Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş olmasına bağlıdır (TMK m. 706/1) (Ölüme bağlı tasarrufların ve mal rejimi sözleşmelerinin şekli, kendilerine özgü şekillere tâbidir (TMK m. 706/2). Resmî şekil, sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının, kanundaki usule uygun olarak resmî memur tarafından düzenlenen belgede açıklanması ile ortaya çıkmaktadır (EREN, Yıl: 2012 s. 283. Benzer yönde, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU vd. Yıl: 2014 s. 301). Bu şekle uyularak düzenlenen belgeye resmî senet adı verilmektedir (OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2012 s. 151. Ayrıntılı bilgi için bkz AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 164 vd.).

Kanunlarda resmî olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukukî işlemler Noterlik Kanunu (RG T. 05. 02.1972, RG Sayı: 14090) hükümlerine göre noterler tarafından yapılmak zorundadır (Noterlik Kanunu m. 60/2). Böylelikle Türk Hukuku'nda resmî senet düzenleme yetkisi noterlere verilmiştir. Ancak taşınmaz mülkiyetini nakil borcu doğuran sözleşmeler ile sınırlı aynî hakların kurulması borcu yükleyen sözleşmelerde resmî senet düzenleme yetkisi ise, tapu sicil muhafız ve memurlarına verilmiştir (Tapu Kanunu m. 26/1).

Taşınmaz mülkiyetinin devrini öngören sözleşmelerde resmî şeklin kabul edilmesinin amaçları ve nedenleri olarak doktrinde; taşınmazların kural olarak taşınırlara oranla daha çok değer taşımaları nedeniyle bunların devrinde tarafları daha fazla dikkatli olmaya ve düşünmeye sevk etmek; tarafları acele ve gelişi güzel karar vermekten alıkoymak; tapu siciline yapılan tescil işlemi için sağlam ve güvenilir bir dayanak elde etmek; tarafların iradelerini resmî memur önünde açıklamaları ve bu durumun resmî senede geçirilmesi sayesinde tarafların ehliyetsizlik, irade bozukluğu, sözleşme şartlarının resmî senettekinden farklı olduğu şeklindeki değişik ve gelişi güzel itirazlarının önüne geçmek; resmî şekil sayesinde ispat kolaylığı ve güvenliğini sağlamak olarak özetlenmektedir (ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 197; A. KILIÇOĞLU, Yıl: 1981 s. 210; M. KILIÇOĞLU, Yıl: 2012 s. 142 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 341; TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 657 vd.).

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin esaslı noktalarının resmî şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir (GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 480; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 361. Satım sözleşmesinde satım bedeli, sözleşmenin objektif bakımdan esaslı noktasını teşkil etmektedir, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 1991 s. 307; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 352). Özellikle de taşınmazın satış bedelinin (gerçek satış bedeli) resmî senette yer alması sözleşmenin kurulmuş sayılması için gereklidir. Aksi halde muvazaa söz konusu olabilecektir (Muvazaa, tarafların yapmış oldukları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması ya da görünürdeki sözleşmeden farklı bir sözleşmenin hükümlerini doğurması konusunda yapmış oldukları anlaşmayı ifade etmektedir. Muvazaalı sözleşme hiç hüküm doğurmayacak ise adi muvazaa (basit ya da mutlak), muvazaalı sözleşmenin gerisinde gizli sözleşme varsa ve tarafların asıl iradesi gizli sözleşmenin meydana gelmesi ise mevsuf (nitelikli ya da nisbî) muvazaa söz konusu olmaktadır. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmede basit muvazaa varsa, bu sözleşme hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Buna karşın, sözleşmede nitelikli muvazaa söz konusu ise, görünürdeki sözleşme tarafların iradelerinin o yönde olmaması nedeniyle (muvazaa) hükümsüz iken, gizli sözleşme ise, Kanun'un aradığı geçerlilik şartlarının olmaması hâlinde kesin hükümsüz olacaktır. Örneğin, tarafların gerçek iradesinin taşınmaz satımı sözleşmesi yapılması yönünde olmasında rağmen tapuda bağışlama olarak gösterilmişse, satım sözleşmesi irade beyanının olmaması nedeniyle yok hükmünde, bağışlama sözleşmesi ise, şekil şartına uymadığı için geçerli olamayacaktır. Bu durumda her iki sözleşme de hükümsüz olacaktır. Bu açıdan taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin hepsinin resmî şekle tâbi olduğu unutulmamalıdır. Muvazaanın türlerinden biri olan, bedelde muvazaa, tarafların satım sözleşmesinde gerçek satış bedelini göstermeyip, bu bedeli daha düşük ya da daha yüksek göstermeleri hâlinde ortaya çıkmaktadır. Bu türe uygulamada daha az vergi ödemek için, taşınmaz satımlarında (gerçek değerden daha az gösterilerek), ön alım hakkın kullanılmasını engellemek amacıyla (gerçek değerden daha çok gösterilerek) başvurulmaktadır. Bu durumda kısmi muvazaa ortaya çıkmış olur, bkz. EREN, Yıl: 2012 s. 349 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 1991 s. 306. Uygulamada bu durum özellikle taşınmaz satım sözleşmesi veya ön alım hakkı kapsamında karşımıza çıkmaktadır. Türk Hukuku'nda,

önalım hakkı kapsamında; önalım hakkı sahibinin bu hakkını gerçek değer üzerinden kullanabileceği ve kendisine karşı taşınmaz bedelinde muvazaanın olduğunun ileri sürülerek sözleşmenin geçersiz olduğunun ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir (önalım kapsamında bkz. ŞİPKA, Yıl: 1996 s. 33. Taşınmaz satımında yapılan bedelde muvazaa konusunda ise, vergi mevzuatına göre, resmî senette eksik gösterilen bedel sonradan tamamlanmakta ve eksik ödenen harç cezalı olarak alınmaktadır. Bu nedenle, doktrinde satış sözleşmesinin geçerli olduğunun kabul edildiği ileri sürülmektedir, bkz. EREN, Yıl: 2012 s. 354-355). Ancak doktrinde, bu sözleşmenin vergi hukukuna göre geçerli olduğu kabul edilse dahi, borçlar hukuku anlamında geçerli olmayacağı; zira, burada muvazaanın ortaya çıktığını; her ne kadar kısmî muvazaada işlemin tamamı değil, sadece muvazaalı kısmı geçersiz olsa da, satım bedelinin eksik ya da fazla gösterilmesi hâlinde gizli bedel anlaşması muvazaa nedeniyle, görünürde bedel ise irade yokluğu nedeniyle geçersiz olacağı; tarafların borçlarını ifa ettikten sonra muvazaa iddiasını ileri sürmenin ise hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir (L. SİRMEN, Yıl: 1991 s. 306-320). Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerde muvazaa konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BAHADIR, Yıl: 2012 s. 1 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 379; L. SİRMEN, Yıl: 1991 s. 305-326. Bu kapsamda kısaca muris muvazaasından da bahsetmek gerekmektedir. Muris muvazaası olarak ifade ettiğimiz durum, miras bırakanın özellikle diğer mirasçılarından mal kaçırmak amacıyla gerçekleştirmiş olduğu nitelikli muvazaa türüdür. Miras bırakan burada gerçekte taşınmazını devretmek istemektedir. Ancak gerçekte bağışlamak istediği taşınmazını esas amacını gizlemek suretiyle, tapuda satım sözleşmesi ya da ölünceye kadar bakma sözleşmesi şeklinde göstermektedir. Aslında bu durumda hem gizli işlem olan bağışlama sözleşmesi, hem de görünürdeki işlem olan satım veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi geçersiz olacaktır. Ancak bu durumun ispatında güçlükler yaşanabilir. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda, muris muvazaasında ispat koşullarına ilişkin bazı bilgilere yer verilmiştir. Anılan karara göre; “... bedeller arasında fark olması, miras bırakanın varlıklı bir kimse oluşu, mal satmaya ihtiyacının olmaması, davalının belli bir meslek ve gelirin bulunmaması diğer tarafın davalının taşınmazın satış bedelini önceki evliliğinden olma oğluna ait

şirketin gelir ile ödediğine dair bir takım çekler ibraz edilmiş ise de, muhtelif tarihli çeklerin bu taşınmazı bedeli karşılığı olduğunu belirlenemediği, çeklerde davalının cirosunun bulunmaması, dosyaya yansıyan diğer bilgi ve belgeler, dinlenen tanık anlatımları yukarıda anlatılan ilkelerle birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde miras bırakanın temlikinin diğer mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla gerçekleştirildiğinin kabulü gerekir...” [Yarg. 1. HD, T. 20.03.2008 E. 2008/1125 K. 2008/3573 sayılı karar [bkz. İBD, C. 87, Sayı: 2, Yıl: 2013 s. 557-558)]. Yarg. 1. HD, T. 15.10.2009 E. 2009/8280 K. 2009/10263 sayılı kararında ise, muris muvazaasının araştırma yöntemi belirlenmiştir, bkz. İBD C. 87, Sayı: 2, Yıl: 2013 s. 558-560). Bununla birlikte edim ve karşı edim borçlarının açıklığa kavuşturulmasına yarayan ya da edim borcunu kuvvetlendiren kayıtların da resmî şekle tâbi olması gerekir. Örneğin, cezaî şartın kararlaştırılmış olması hâlinde, bunun resmî şekilde yapılması gerekmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 362. Cezai şartın resmî senette gösterilmesi gerektiği konusunda bkz. AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 316. Tapulu taşınmazın devrinin resmî şekilde yapılmaması halinde, satış işlemi geçersiz olacaktır. Bu şekilde yapılan işlem haricen satış olacak ve sadece kişisel bir hak sağlayacaktır. Konuya ilişkin Yarg. 1. HD, T. 27.02.2014, E. 2013/17499, K. 2014/4572 sayılı kararda bu durum; “... *Hemen belirtelim ki; tapulu taşınmazların temliki Türk Medeni Kanunu’nun 706., 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 237. (818 sayılı Yasanın 123. maddesi), 3644 sayılı Tapu Kanunu’nun 26. ve Noterlik Kanunu’nun 60. maddesi hükmü gereğince resmi şekilde yapılmadıkça hukuken değer taşımaz. Ne var ki, harici satış satan alana mülkiyet hakkı sağlamaz ise de kişisel hak sağlayacağı açıktır. Anılan hükümler karşısında böylesi bir satış nedeniyle taşınmazın tasarrufuna muvafakat (icazet) edildiği, açılan dava ile birlikte muvafakatin geri alındığı kuşkusuzdur...*” şeklinde açıklamıştır, bkz. YKD, C. 40, Sayı: 7, Temmuz 2014, s. 1392-1394).

Taşınmaz mülkiyetini devri borcu doğuran sözleşmelerde değişiklik (sözleşmesi) yapılacaksa, bu değişikliğin resmî şekilde yapılması gerekmektedir. Sözleşmeyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler ise, bu kuralın dışındadır (TBK m. 13).

Bir sözleşmeyi oluşturan iradelerin açıklanması kural olarak şekle tâbi değildir. (TBK m. 12/1). Bu prensip şekil özgürlüğü olarak ifade edilmektedir. Ancak şekil özgürlüğü prensibinin istisnaları bulunmaktadır. Zira, Kanun'da bazı sözleşmelerin geçerli olması için uyulması gereken şekil şartları belirlenmiştir. Öngörülen şekle uyulmadan kurulan sözleşmeler hüküm doğurmayacaktır (TBK m. 12/2). Şekil kuralı, kamu düzenini korumaya yönelmiş geçerlilik koşullarındandır. Bu nedenle Kanun'da belirlenen geçerlilik şekline uygun yapılmayan sözleşmeler kesin hükümsüzdür (BELEN, Yıl: 2014 s. 62. Benzer yönde, OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2012 s. 155 vd.). Kanun'un aradığı şekle uyulmadan yapılan bir sözleşme ölü doğmuştur. Hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz (BELEN, Yıl: 2014 s. 62-63). Bu hükümsüzlük zamanın geçmesiyle ya da işleme icazet verilmesiyle ortadan kalkmaz, herkes tarafından ileri sürülebilir ve hâkim tarafından re'sen nazara alınmalıdır (OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2012 s. 155).

Şekle aykırılığı ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuruyorsa, bunu hukuk düzeni korumayacağından (TMK m. 2/2), sözleşme geçerliymiş gibi sonuç doğuracaktır (OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2012 s. 157. Benzer yönde, AKYOL, Yıl: 1995 s. 72 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 348 vd. Bu durumda hâkimin vereceği karar mülkiyetin geçmesini sağlayacak (TMK m. 716) ve tapu memuru tescili yapmaya mecbur olacaktır. 30.09.1988 tarihli, 1987/2 E. ve 1988/2 K. sayılı YİBK'de; *"...Tapuda kayıtlı bur taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hâkimin M. K .nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine..."* karar verilmiştir, bkz. www.kazanci.com). Hakların amaçlarına uygun olarak kullanılıp

kullanılmadığını ve sınırlarının aşıp aşılmadığının önceden tespiti olanaksızdır. Hâkim, somut olaya göre hak sahiplerinin haklarını aşıp aşmadığına -hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığına- karar verecek olup, talep olmasa dahi somut olaya göre hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığına re'sen karar verecektir (A. KILIÇOĞLU, Yıl: 1981 s. 213; OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2012 s. 157).

Taşınmaz satımında şekle aykırılığı ileri sürmenin; şekle aykırılık nedeniyle hükümsüzlüğü ileri süren tarafın şekle uyulması hâlinde korunmaya değer bir menfaatinin bulunmaması; şekil şartından söz konusu işlemin şekle tâbi tutulmasındaki amacın dışında yararlanılmak istenmesi; şekle aykırılığı bizzat yaratan ve öneren kişinin sonradan şekle aykırılığı ileri sürmesi; tarafların şekle aykırılığı bilmelerine rağmen kendi iradeleri ile sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmeleri veya ifa hareketlerine girişmeleri hâlinde, bu durumun hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği kabul edilmektedir (A. KILIÇOĞLU, Yıl: 1981 s. 214. Benzer yönde, A. KILIÇOĞLU, Yıl: 2012 s. 151 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU vd. Yıl: 2014 s. 323).

Taşınmaz satış sözleşmelerindeki şekil konusunun farklı hukuk sistemlerindeki görünümüne bakmakta fayda vardır. Örneğin, Alman Hukuku'nda taraflar önce noterde bir satış sözleşmesi yaparlar. Noter sicilinde kayıtlı olan bu sözleşme taraflara bir öncelik hakkı kazandırır. Bundan sonra satıcının sözleşme konusu taşınmazı bir başkasına satması halinde, alıcı bu sözleşmeyi ileri sürebilecektir. Ardından tapu sicilinde tescil işleminin yapılması ile birlikte, sözleşme konusu taşınmaz mal alıcının mülkiyetine geçmiş olur (Alman Medeni Kanunu § 883 ve § 925) (Real Property Law and Procedure in the European Union, Yıl: 2005 s. 47).

Fransa, Belçika, İtalyan, Lüksemburg, Portekiz ve İspanya Hukuklarında ise taraflar arasında ön sözleşme yapılır. Bu sözleşmenin yapılması ile birlikte sözleşme konusu taşınmazın satış bedelinin %5 ile %10'u arasındaki bir miktar satıcıya ödenir. Satış, bu ödeme alındıktan sonra noterde tamamlanır. Noterde ödemenin tamamı

yapılır. Bu işlemler bittikten sonra tapu siciline tescil işlemi gerçekleşir. Tapuya yapılan tescil açıklayıcıdır (Real Property Law and Procedure in the European Union, Yıl: 2005 s. 48). Örneğin, taraflar aralarındaki sözleşmede alıcı taşınmaz için gerekli ücreti ödemeyi, satıcı da malın mülkiyetini geçirmeyi taahhüt etmiş olsun. Taşınmazın bedeli de sözleşmede yer alsın. Sözleşme resmî şekilde yapılmadığında, Alman Hukuku'na göre geçersizken, İtalyan, Belçika ve Avusturya Hukuku'na göre geçerli olacaktır (Real Property Law and Procedure in the European Union, Yıl: 2005 s. 65).

Şekle uyulmamış ve bu sebeple hükümsüz olan bir sözleşmede, başka bir sözleşmeye ilişkin şekle uyulmuş olabilir. Bu durumda tarafların yapmış oldukları sözleşmenin hükümsüz olduğunu bilmeleri halinde, şekline uyulan diğer sözleşmeleri yapacakları kabul edilebiliyorsa ve bu sözleşme için aranan geçerlilik koşulları yerine getirilmişse, şekil eksikliği nedeniyle hükümsüz olan sözleşmenin, şekline uyulmuş olan sözleşmeye çevrilerek hüküm doğurması kabul edilmektedir. Bu işleme tahvil denilmektedir. Örneğin, noterde yapılan bir taşınmaz satışı resmî şekle uyulmadığından dolayı hükümsüzdür. Ancak yukarıda bahsetmiş olduğumuz şartların gerçekleşmesi hâlinde bu sözleşmenin taşınmaz satış vaadi sözleşmesine çevrilmesi mümkün olacaktır (AKYOL, Yıl: 1995 s. 71; EREN, Yıl: 2012 s. 295-296; KANETİ, Yıl: 1972 s. 1 vd; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 202-203; OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2012 s. 156-157).

Mülkiyeti devir borcu doğuran işlemler taşınmaz satış sözleşmesi, arsa payı ya da kat karşılığı inşaat sözleşmesi, miras paylaşımı sözleşmesi, ölünceye kadar bakma sözleşmesi, vasiyetname gibi pek çok şekilde karşımıza çıkabilir. Mülkiyeti devir borcu işlemlerin şekli, resmî şekle tâbi olmakla Kanun bazen özel düzenlemeler getirmiş olabilir. Aşağıda mülkiyeti devir borcu doğuran işlem örneklerindeki şekil düzenlemelerini inceleyeceğiz.

Taşınmaz satışı mülkiyeti devir borcu doğurur ve resmî şekle tâbidir (TBK m. 237/1). Yine aynı şekilde bir taşınmazın veya taşınmaz üzerindeki aynî bir hakkın

bağışlanması sözü vermenin geçerliliği, sadece resmî şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (TBK m. 288/2). Ancak her zaman taşınmaz satımında olduğu kadar rahatça bu sonuca varmak mümkün değildir. Bu durum sözleşmenin karmaşık yapısından, uygulamadan ya da TBK'deki istisnalardan kaynaklanabilir. Örneğin, mal ile malın değişimi anlamına gelen trampa sözleşmesinde taraflar karşılıklı olarak bir malla diğer malı değiştirmektedirler. Taşınmaz iki malın trampa sözleşmesine konu olması hâlinde, sözleşme resmî şekle tâbi olacaktır (*“Satış sözleşmesine ilişkin hükümler, mal değişim sözleşmesine de uygulanır; buna göre taraflardan her biri, vermeyi üstlendiği şey bakımından satıcı, kendisine verilmesi üstlenilen şey bakımından alıcı durumundadır”* (TBK m. 283). Trampa sözleşmesinin şekli bir Yargıtay kararına konu olmuştur. Karara göre; *“... Bu sebeple trampa sözleşmeleri resmî şekle tâbidir...”* hükmüne yer verilmiştir, (Yarg. 8. HD T. 28.06.2011 E. 2011/3020 K. 2011/3784 [bkz, İBD C. 86, Sayı: 5 Yıl: 2012]). Taraflardan sadece birinin borcunu taşınmaz malın mülkiyetini devretmek oluşturabilir. Bu durumda da sözleşmenin tapuda resmî şekle tâbi olarak yapılması gerekir (YAVUZ vd. Yıl: 2014 s. 333; ZEVLİER ve GÖKYAYLA, Yıl: 2012 s. 164. Yarg. 8. HD T. 23.06.2005 E. 2005/3383 K. 2005/4684 sayılı kararına göre; *“...Tapulu taşınmaza ilişkin satış, bağış ve trampa gibi benzeri işlemlerin Tapu Sicil Müdürlüğü önünde resmî şekilde yapılmayan satış ve devirleri hukuken geçersizdir. 13.02.1997 günlü belgenin içeriğine göre, taraflar arasındaki ilişki trampa niteliğindedir. BK'nun 232. maddesi hükmüne göre satım hükümleri trampada da tatbik olunur...”* bkz. www.kazanci.com. Ancak tapu dairelerinin yanlış uygulamaları sonucunda, trampa sözleşmeleri sadece iki taşınmazın değişimi şeklinde yapılabildiği; bir taşınırla bir taşınmazın değişimi şeklinde yapılmak istenen trampa sözleşmeleri konusunda, tapu dairelerinde resmî senette satım gibi gösterip, bedelin nakit olarak alınması, otomobil satışının da ayrıca yapılması şeklinde bir önerinin de taraflara sunulduğu; ancak bu durumun pek çok sakıncası da olduğu belirtilmektedir, (ÖZMEN, Yıl: 2012 s. 45).

Uygulamada sıkça karşılaşılan arsa payı ya da kat karşılığı inşaat sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşme TBK'de düzenlenmemiştir. Ancak uygulamadan kaynaklanan ihtiyaçlar neticesinde pek çok kanun maddesinde yer almıştır. Örneğin,

TMK m. 1009 ve Tapu Kanunu m. 26 bunlardan bazılarıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi doktrinde ; *“arsa sahibinin arsasının belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesi”* olarak tanımlanmaktadır (ERMAN, Yıl: 2010 s. 1). Bu sözleşme taşınmaz satımı ile eser sözleşmesinin unsurlarını taşıyan karma nitelikte bir sözleşmedir (ERMAN, Yıl 2010 s. 18; ÖZMEN ve AKÇURA-KARAMAN, Yıl: 2013 s. 50-51). Bu sözleşmede arsa sahibinin edimi belirli bir arsa payının mülkiyetini müteahhide geçirmek olduğundan, bu işlemin taşınmaz satışı şeklinde, tapuda resmî şekilde yapılması gerekir. Müteahhidin edimi ise, eser sözleşmesine uygun olarak inşaat yaparak, arsa sahibinde kalması kararlaştırılan bağımsız bölümleri ona devretmektedir. Türk Hukuku’nda eser sözleşmesinin şekli için herhangi bir hüküm düzenlenmemiştir. Bu durumda arsa sahibi edimini yerine getirmek için resmî şekil şartına uymak zorunda olduğundan, taraflardan birinin edimi resmî şekle tâbi olmaktadır. Bu durumda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şeklinin de resmî şekilde yapılması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir (ÖZMEN ve AKÇURA-KARAMAN, Yıl: 2013 s. 53). Ancak yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi tapu dairelerinin uygulamaları nedeniyle, vade ve koşula bağlı sözleşmelerin taşınmaza ilişkin yapılmak istenmesi hâlinde, taraflar mülkiyeti devir taahhütlerini ön sözleşme niteliğinde gayrimenkul satış vaadi şeklinde yapmak zorunda bırakılmışlardır. Bu sözleşmeyi tapu memurları yapmayı kabul etmemektedirler (TBK m. 29 uyarınca; *“(1) Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir. (2) Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır”*. Bu hükümden dolayı taşınmaz satım vaadi sözleşmesinin (ön sözleşmenin) asıl sözleşme olan satım sözleşmesinin şekline uygun kurulması gerektiği; taşınmaz satım sözleşmesinin şeklinin Tapu Kanunu m. 26/1 ve Noterlik Kanunu m. 60/3 hükümleriyle birlikte değerlendirilerek, hem tapu memurları hem de noterler tarafından yapılabileceği konusunda bkz. ÖZMEN ve AKÇURA-KARAMAN, Yıl: 2013 s. 55-56). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de vade ve koşula bağlı yapılabilmesi için, tapu dairelerinin yaratmış oldukları fiilî durum neticesinde noterden ancak *“ön sözleşme”* şeklinde yapılabilmesi söz konusu olmaktadır

(ÖZMEN ve AKÇURA-KARAMAN, Yıl: 2013 s. 55-57). Doktrinde, bu nedenle uygulamada bu sözleşmenin daha çok “*gayrimenkul satış vaadi şeklinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi*” ya da buna benzer ifadeler kullanılarak yapıldığı ifade edilmektedir (ÖZMEN ve AKÇURA-KARAMAN, Yıl: 2013 s. 48. Örneğin T. 03.03.2004, 2004/15-80 E. 2004/ 122 K. sayılı YHGK; “... Davacı T.Emlak Bankası A.Ş. vekili, davalı şirketler ile davacı arasında 3.12.1991 tarihli Arsa Payı Karşılığı Bina Yapımı ve Satış Vaadi Sözleşmesi düzenlendiğini...” ifadesi yer almıştır, (bkz. www.kazanci.com). Benzer yönde, Yarg. 6 ncı HD T. 17.06.2004, E. 2004/4912, K. 2004/4978 sayılı kararında da; “... davacı ve kardeşi Turan, Burhan, Selahatin arasında yapılan İstanbul 4. Noterliğinin 3.11.1995 tarih, 27428 yevmiye numaralı satış vaadi ve kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedilmiş olmasına...” ifadeleri yer almıştır, bkz. İBD C. 81, Sayı: 5, Yıl 2007, s. 2252).

Yargıtay kararlarında ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapu memurları tarafından yapılabileceği gibi, noterler tarafından düzenleme biçiminde yapılabileceği kabul edilmiştir (Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuda resmî şekilde yapılması gerektiği konusunda Yarg. 1. HD T. 02.02.1995 E. 1994/2658 K. 1995/480, bkz. YKD, C. 21, Temmuz 1995, Sayı: 7, s. 1088-1089); arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ve satış vaadi senedinin noterde düzenleme şeklinde yapılması konusunda. YHGK’nin T. 28.04.2010 E. 2010/15-193 K. 2010/235, bkz. İBD C. 86, Sayı: 1, Yıl: 2012). Örneğin, YHGK’nin bir kararında (YHGK T. 30.04.1997 E. 1997/15-146 K. 1997/372 bkz. www.kazanci.com) arsa payı inşaat sözleşmesinin noterde düzenleme şeklinde yapılması gerektiği; “*Eser sözleşmesinin bir türü olan "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ise, özelliği olan bir "karma sözleşme" tipidir. Zira, bu tür sözleşmede yüklenicinin borcu, inşaatı yapıp teslim etmek ve arsa sahibinin borcu da, bedel olarak, arsa payının mülkiyetini yükleniciye geçirmektir. Burada, iki sözleşme içiçedir. Biri, hiçbir şekle bağlı olmayan "inşaat sözleşmesi"; diğeri ise M.K.nun 634 ve B.K.nun 213, Tapu Kanunu'nun 26 ve Noterlik Kanunu'nun 60. maddeleri uyarınca resmî biçimde yapılması gereken "mülkiyet nakil borcu doğuran sözleşme"dir. Bu nedenle "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" noterde "düzenleme" biçiminde yapılmakta ve mahkemelerce de bu*

husus "re'sen" gözetilmektedir” şeklinde karar altına alınmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi mümkündür (TMK m. 1009/1).

Miras paylaşımı sözleşmesi de mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelerdendir. Mirasçıların yapmış olduğu bu sözleşmenin konusu, tereke mallarının paylaşımı olup, borçlandırıci işlem niteliğindedir (ANTALYA, Yıl: 2009 s. 468; SEROZAN, ve ENGİN, Yıl: 2012 s. 508. SEROZAN/ENGİN miras paylaşım sözleşmesinin ya borçlandırıci sözleşme düzeyinde kalabileceğini ya da tasarruf sözleşmesi bağlamında elden (devirle) gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir, bkz. SEROZAN ve ENGİN, Yıl: 2012 s. 508). Her ne kadar bu sözleşme taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğurmuş olsa da, yazılı olarak yapılması hâlinde geçerli olacaktır (TMK m 676/3) (*“...1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra MK.nun 611. maddesinin 2. fıkrasına göre yapılan "yazılı miras taksim sözleşmesinin" geçerli olduğuna ve anılan Noterlik Kanunu'nun 89. maddesinin MK.nun 611/2. maddesi hükmünü değiştirmedigine, 26.11.1980, tarihli ilk görüşmede üçte ikiyi aşan çoğunlukla karar verildi.”* YİBK T. 26.11.1980 E. 1980/5 K. 1980/3 (bkz. www.kazanci.com). Borçlar hukukunun geçersizliğe ilişki hükümleri, miras paylaşım sözleşmeleri için de uygulanacaktır (TMK m. 680). Tarafların Noterlik Kanunu m. 89/3 gereğince, bu sözleşmenin noter önünde düzenlenmesini de isteme hakları vardır.

Türk Medeni Kanunu uyarınca, terekenin tamamı veya bir kısmı üzerinde miras payının devri konusunda mirasçılar arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği yazılı şekle tâbidir (m 677/1). Bu nedenle terekede bulunan taşınmazlar hakkında adi yazılı şekilde yapılmış olan bir sözleşme mülkiyeti devir borcu doğurmaya yeterli olacaktır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 366). Mirasçılardan birinin üçüncü kişiyle yapacağı böyle bir sözleşmenin geçerliliği ise, noter tarafından düzenlenmesine bağlıdır (TMK m. 677/2).

Ölüme bağlı tasarruf yoluyla bir kimseye taşınmaz bırakılması hâlinde, taşınırları üzerindeki borçlandırıci ve tasarrufi işlemlerin resmî şekle bağlı olması

kuralı geçerli olmayacaktır. Örneğin, vasiyetname ile bir taşınmazın bir kişiye bırakılması hâlinde, bu vasiyetname sözlü (TMK m. 539-541), el yazılı (TMK m. 538) ya da resmî vasiyetname (TMK m.532-537) şeklinde yapılabilecek olup (TMK m. 531), işlemin şekli geçerliliği için, tapuda resmî şekilde yapılması söz konusu olmayacaktır. Vasiyet alacaklısının sahip olduğu hak, miras bırakının ölümü ile birlikte taşınmazın kendine devrini istemektir. Buradaki talep yetkisi resmî şekilde satım sözleşmesi ile alacak hakkı elde eden alacaklının sahip olduğu talep yetkisi gibi olacaktır (ACAR, Yıl: 2008 s 355. Benzer yönde, OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 897-898).

Ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, bakım borçlusuna bir taşınmaz mülkiyetinin devrinin taahhüt edilmesi durumunda, TBK m. 612 ve TMK m. 545 hükümlerinden dolayı bu sözleşme noter veya sulh hâkimi ya da tapu sicil memurları tarafından düzenlenmesi hâlinde geçerli olacaktır. Bu durum YİBK’de (YİBK T. 10.12.1952 E. 1952/4 K. 1952/5, bkz. www.kazanci.com).; “... akitlerden birinin, ölünceye kadar bakmak ve onu görüp gözetmek şartıyla diğerine bir gayrimenkul temlikini mutazammın olarak yapmak istediği mukaveleleri tanzime, Sulh Hakimleriyle, Noterlerin ve Tapu Sicil Muhafız veya Memurlarının salahiyyetli bulunduklarına 10.12.1952 tarihinde mevcudun üçte ikisini geçen oyçokluğu ile karar verildi” şeklinde ifade edilmiştir.

İnançlı işlem (temlik), bir taşınmazın mülkiyetini devren kazanan kimsenin (itimat olunan-inanılan), bu mülkiyeti devreden (itimat eden-inanan) ile kararlaştırmış oldukları amaca göre kullanmayı ve gerektiği zaman mülkiyeti kendisine devretmiş olana veya bir üçüncü kişiye devretmeyi taahhüt etmesi ve itimat eden kişinin de bu taahhüde güvenerek taşınmazın mülkiyetini devretmesidir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s.381. Benzer yönde, AYAN, Yıl: 2012 (b) s. 146; EREN, Yıl: 2014 s. 229; ÖZTÜRK, Yıl: 1998 s. 43-44; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 354). Kanunlarda düzenlenmeyen ancak toplumsal ve ekonomik ihtiyaçlar sebebiyle doktrin ve Yargıtay içtihatları ile gelişen bu işlemin esasını güven unsuru oluşturmaktadır (EREN, Yıl: 2012 s. 366; ÖZTÜRK, Yıl: 1998 s. 43-45. İnançlı

işlemlere mülkiyetin ve alacağın devri ve ciro gibi tasarruf işlemlerinde çok rastlanmaktadır, bkz. EREN, Yıl: 2014, s. 229). Doktrinde inançlı mülkiyet devrinin, sözleşme konusunun taşınır veya taşınmaz olması hâlinde yapılabileceği belirtilmektedir (EREN, Yıl: 2014 s. 225; EREN, Yıl: 2012 s. 366-367; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 383 vd; ÖZSUNAY, Yıl: 1986 s. 188 vd.; SEROZAN, Yıl: 2006 s. 304).

İtimat edenle itimat edilenin aralarında inançlı işlemi konu alarak yapmış oldukları anlaşma inanç anlaşmasıdır (ÖZTÜRK, Yıl: 1998 s. 54 vd. Benzer yönde, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU vd. Yıl: 2014 s. 363-364. Doktrinde, taşınmazların teminaten temlikinde, temlikte bulunanın iade alacaklısı yararına bozucu şarta bağlama olanağı, tescilin şarta bağlanamaması nedeniyle yoktur. Bu nedenle iade alacağının ancak şerh edilmiş geri alım hakkıyla sağlama alınabileceği belirtilmektedir, bkz. SEROZAN, Yıl: 2006 s. 305). Doktrinde, taşınmazın devrine ilişkin inanç anlaşmasının resmî şekilde yapılması gerektiği belirtilmektedir (EREN, Yıl: 2014 s. 231; EREN, Yıl: 2012 s. 367; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 336. Tapu müdürlükleri inanç sözleşmesini düzenlemekten kaçınmaktadırlar. Bu nedenle taşınmaz mülkiyetinin teminat amacıyla devredildiği konusunda anlaşmış olan taraflar, bu işlemi satış sözleşmesi niteliğinde göstermekte, aralarında yapmış oldukları gizli sözleşmeyle borç ödendiği zaman taşınmazın mülkiyetinin itimat edene devredileceğini kararlaştırmaktadırlar. Bu durumda görünürdeki işlem tarafların gerçek iradelerine uymadığı (muvazaalı olduğu), gizli işlem ise resmî şekilde yapılmadığı için kesin olarak hükümsüz olacaktır. Yargıtay önceleri, bu geçersizliği kabul etmişken, daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve teminat amaçlı taşınmaz devirlerinin hukukî sebebinin satış gibi gösterilmesine rağmen geçerli kabul etmiştir. Borç ödenip, mülkiyetin inançlı olarak devredildiği yazılı bir belge ya da delil başlangıcı ile ispatlandığında, itimat eden TMK m. 716'ya dayanarak taşınmazın kendisine iadesini talep edebilecektir, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 356-357).

İnançlı işlemlere yönelik olarak YHGK T. 14.07.2010 E. 2010/14-394 K. 2010/395 sayılı kararına göre; “... Her ne kadar söz konusu belge, işlem tarihinden sonraki bir tarihte düzenlenmiş olsa da, 05.02.1947 tarih 20/6 sayılı İnançları Birleştirme Kararında belgenin yazılı olmasından başkaca bir şart aranmadığı dolayısı ile inanç sözleşmesinin düzenleme tarihinin işlem tarihinden önce veya sonra olmasının sonuca etkili olmayacağı ve hakkın elde edilmesini kısıtlamayacağı hususu yukarıda etraflıca açıklanmıştır.

İnançları Birleştirme Kararının başkaca kısıtlamalar veya şekil şartları öngördüğü sonucuna yorum yolu ile de ulaşamayacağından söz konusu belgenin sözü edilen İnançları Birleştirme Kararına uygun bir ispat vasıtası olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bununla birlikte yemin, ikrah, kabul ve yazılı delil başlangıcı gibi delillerin de işlem tarihinden sonraki bir tarihte ortaya çıkan deliller olmalarına rağmen ispat vasıtası olarak kullanılabilecekleri, istikrar kazanmış Yargıtay uygulamaları ile de sabit hale geldiğine göre olayımızda olduğu gibi tarafların imzasını içeren adi yazılı belgenin de düzenleme tarihine bakılmaksızın ispat vasıtası olarak ileri sürülmesinde bir engel bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Ayrıca, söz konusu belge içeriğinin tarafların gerçek iradesini yansıttığı açıkça anlaşılmaktadır. Hukukun amacının adaleti gerçekleştirmek olduğu hususu göz önünde tutulduğunda, tarafların gerçek iradesini yansıtan ve hiçbir hukuk normu veya hukuk normu yerine geçebilecek bir düzenleme ile açıkça yasaklanmayan bir konuda adalet ve hakkı, şekle kurban etmemek gerekmektedir.

Bununla birlikte, günlük hayatın bir parçası haline gelen ve hayatın her alanında toplumun her kesimi tarafından kullanılan inanç sözleşmesinin de önünü daraltıcı yorumlarla kapatmamak, tam tersine genişletici yorumlarla önünü açmak gerektiği de herkesin kabuluindedir.

Hal böyle olunca; Yerel mahkemece, aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyularak, taraflar arasında düzenlenmiş 09.02.1993 tanzim tarihli belgenin inanç sözleşmesi olduğu, tarihinin tapu devrinden sonraya ilişkin bulunmasının sonuca etkili olmadığı, dolayısı ile ispat vasıtası olarak ileri sürülmesinde bir engel bulunmadığı kabul edilerek, dosyada mevcut deliller doğrultusunda çekişmenin esasının incelenerek bir hüküm kurulması gerekirken, yanılgılı gerekçeyle önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır... ” , bkz.www.kazanci.com).

İnceleme konusu yapacağımız bir diğer hukukî ilişki satış vaadi sözleşmesidir. Zira uygulamada çok sık kullanılan satış vaadi sözleşmesinin mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmelerden olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Satış vaadi sözleşmesinde taraflardan biri veya her ikisi ileride esas sözleşme olan satış sözleşmesi yapmayı üzerine alır. Bu sözleşme bir ön sözleşme niteliğindedir (ÇENBERCİ, Yıl: 1966 s. 7 vd. ; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 203; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 391; ÖZENLİ, Yıl: 1986 s. 4; TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 61. Aksi görüş için bkz. SUNGURBEY, Yıl: 2003 s. 877. Yazara göre taşınmaz satış vaadi sözleşmesi, ön sözleşme değildir. Noterlik Kanunu'nda kullanılan taşınmaz satış vaadi sözleşmesi “taşınmaz mülkiyetini geçirme vaadi” başka bir ifade ile, “taşınmaz satım sözleşmesi” anlamında kullanılmıştır. Noterlere de asıl satım sözleşmesini senetleme ve Tapu Kanunu m. 26 ile de asıl satım sözleşmesinin tapu kütüğüne şerh edilebileceği yetkisi verilmiştir, (SUNGURBEY, Yıl: 2003 s. 877-878). Sözleşmenin Noterlik Kanunu m. 60/3 uyarınca noterde düzenleme şeklinde (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 393; TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 687) yapılması gerekmektedir. Ancak Kanunlarda öngörülen istisnalar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlı olduğu için (TBK m. 29/2), taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin de tapu sicil memurlarınca düzenlenmesi gerektiği; fakat Noterlik Kanunu m. 60/3 hükmü nedeniyle, bu sözleşmenin hem noterlerce hem de tapu sicil memurlarınca yapılabileceği ileri sürülmektedir (GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 490; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Yıl:

1959 s. 118; SURLU, Yıl: 2011 s. 130; TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 689-690. Aksi görüş için bkz. ÇENBERCİ, Yıl: 1966 s. 63; ÖZENLİ, Yıl: 1986, s. 63; VELİDEDEOĞLU ve ESMER, Yıl: 1956 s. 38. YHGK T. 15.12.1989 E. 1985/11-493 K. 1989/855 sayılı kararında tapuda veya re'sen noterlikçe düzenlenmemiş olan sözleşmenin geçeriz olduğu belirtilmiş, böylelikle de, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin dolaylı olarak tapu sicil müdürlükleri tarafından da yapılabileceği kabul edilmiştir, (bkz. SURLU, Yıl: 2011 s. 130). Bu sözleşmenin tapuya şerh edilmesi mümkündür (TMK m. 1009/1).

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi mülkiyeti devir borcu doğuran bir sözleşme değildir. Zira tarafların borç altına girdiği şey, taşınmaz satım sözleşmesi yapmaktır. Bu sözleşme bir borçlandırıcı işlemdir (AYAN, Yıl: 2012 (b) s. 138). Ancak ileride yapılacak satım sözleşmesi, mülkiyeti devir borcu doğurmaktadır. Nitekim Yargıtay *“Davadaki istemin dayanağı 5.12.2005 günlü taşınmaz mal satış vaadi sözleşmesidir. Taşınmaz mal satış vaadi sözleşmeleri kaynağı Borçlar Kanununun 22. maddesinden alır. Bu tür sözleşmeler alacaklısına doğrudan taşınmaz mal mülkiyetini geçirmez. Ancak, ileride taşınmaz mal mülkiyetinin alacaklıya aktarılması halinde Türk Medeni Kanununun 716. maddesine dayanılarak hükmen tescil isteme hakkı sağlar. Açıkçası, taşınmaz mal satış vaadi sözleşmeleri, asıl işlem ileride yapılmak üzere yapılan bir ön akit (akit yapma vaadi)dir”* (Yarg. 14. HD T. 18.04.2007 3765-4443 sayılı kararı, bkz. KARATAŞ, Yıl: 2009 s. 2, dipnot 4) şeklinde vermiş olduğu kararında bu konuya açıklık getirmiştir. Ancak uygulamada bu sözleşme usul ekonomisi açısından, mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler gibi muamele görmektedir.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu, önalım (şûf'a), geri alım (vefa), alım (iştirâ) gibi yenilik doğuran hakların (Bir hukukî ilişkinin kurulması, mevcut bir hukukî ilişkinin değiştirilmesi veya sona erdirilmesi için kural olarak hukukî ilişkinin taraflarının aynı yönde iradelerinin olması gerekmektedir. Ancak haklardan bazıları, hak sahibine tek taraflı olarak, yeni bir hukukî ilişki kurmak, mevcut bir hukukî ilişkiyi değiştirmek veya mevcut bir hukukî ilişkiye son vermek yetkisi vermektedir.

Kullanımlarıyla yeni bir hukukî durumun oluşmasını sağlayan bu haklara yenilik doğuran haklar denilmektedir (DURAL ve SARI, Yıl: 2013 s. 165; OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 156 vd.) kullanılmasıyla da doğabilmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 360-361). Alım hakkı, hak sahibine tek taraflı bir beyanla bir taşınmazın alıcısı olabilme yetkisini veren (Alım hakkının konusunu taşınır ya da taşınmaz eşya oluşturabilirken, önalım ve geri alım haklarının konusunu yalnızca taşınmaz eşya oluşturabilir, (YAVUZ vd. Yıl: 2014 s. 248 vd); ön alım hakkı, taşınmaz malikinin, taşınmazını bir üçüncü kişiye satması hâlinde ön alım hakkı sahibine tek taraflı bir beyan ile taşınmazın alıcısı olabilme yetkisini veren; geri alım hakkı ise, taşınmazını başkasına devretmiş bulunan bir kimsenin, tek taraflı beyanı ile taşınmazı geri alabilme yetkisi veren yenilik doğuran haklardır (BUZ, Yıl: 2005 s. 146 vd.; DURAL ve SARI, Yıl: 2013 s. 180; EREN, Yıl: 2014 s. 442 vd; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 258 vd.; OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 157-158; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 532 vd.; SCWAB ve PRUTTING, Yıl: 2003 s. 435 vd.; TAMAN-ŞIPKA, Yıl: 1994 s. 33; TEKİNAY, Yıl: 1988 s. 2-3). Bu hakların tanındığı sözleşmeler de sırasıyla, alım sözleşmesi, ön alım sözleşmesi ve geri alım sözleşmeleridir.

Bu hakların tapu siciline şerh edilme olanağı vardır (TMK m. 1009/1). Söz konusu haklar şerh edilmediği takdirde, sadece hakkı kuran malik ile küllî haleflerine karşı ileri sürülebilirken (Yasal önalım hakkı ise, şerh edilmese dahi herkese karşı ileri sürülebilecektir (TMK m. 731). Yasal ön alım hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AYDOĞDU, Yıl: 2013 s. 58. Alım, geri alım ve sözleşmeden doğan önalım hakkının tapu siciline şerh edilmesi durumunda, şerhin etkisi sözleşmeden itibaren on yıl devam etmektedir. Bu süreden sonra şerhin etkisi sona ermektedir (TMK m. 735/2, TMK m. 736/2). Şerhin hükmü konusunda bkz. AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 351 vd.) şerh edildiği takdirde ise taşınmazın herhangi bir malikine karşı ileri sürülebilir duruma gelecektir (TMK m. 735, TMK m. 736).

Tek taraflı irade açıklaması ile alım hakkının kullanılmasıyla, malik ile alım hakkı sahibi arasında alım sözleşmesindeki hükümlere uygun olarak bir satış ilişkisi

doğar ve malik taşınmazın mülkiyetini alım hakkı sahibine devretme borcu altına; alım hakkı sahibi de bedel ödeme borcu altına girmiş olur. Malik mülkiyeti devir borcunu ifa etmediği takdirde, alım hakkı sahibi TMK m. 716'ya dayanarak (ZGB m. 665) tescile zorlama davası açarak, mülkiyetin kendisine geçirilmesini hâkimden talep etme yetkisine sahip olur (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 533-534) . Geri alım hakkı, taşınmazın satıcısına tanınmış bir çeşit alım hakkı olduğundan, aynı esas bu sözleşme için de geçerli olacaktır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 537). Yine önalım hakkı (Önalım hakkı İspanyol ve İsveç Hukuklarında sınırlı şekilde, Alman, Macar, İngiliz ve Portekiz Hukuklarında ise genel anlamda kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Real Property Law and Procedure in the European Union, Yıl: 2005 s. 18 vd.) sahibinin hakkının ihlâl edilmesi hâlinde, hak sahibinin açacağı dava TMK m. 716 temelli dava olacaktır (“... Şufa davası sonunda davacının haklı olduğuna dair verilen hüküm, hak sahibinin şufa hakkını kullanması neticesinde, o hak sahibi ile (şefi ile) hisseyi diğer hissedardan satın almış bulunan yeni malik davalı arasında bir satış münasebetinin doğduğu ve bu satış münasebeti dolayısıyla, hissenin mülkiyetinin hâkim tarafından davalıdan alınıp davacıya geçirildiğini tespit eder. Gerçekten; şufa davası açan kimse, şufa hakkını kullanmış olması sonunda, kendisi ile hissenin yeni maliki arasında (Hisseyi satan hissedarla yeni malik arasında yapılmış bulunan aktin şartlarının aynı olan şartlarla) bir satış meydana gelmiş olduğunun tespiti ve (Bu satış sebebiyle hisseyi davalı davacıya temlik etme borcunu üzerine almış durumda bulunduğundan) Medeni Kanun'un 642. maddesi hükmünce, hissenin kendisine temlikini istemiş demektir. O halde, şufa davasında davacının haklı olduğunu bildiren ilam, Medeni Kanun'un 642. maddesi gereğince verilmiş bir hükmü ihtiva etmektedir. Bir gayri menkul temlik borcunu doğuran akte dayanılarak ve Medeni Kanun'un 642. maddesi hükmünce açılan bir dava sonunda ilam ile mülkiyet, davalıdan davacıya geçer; zira; Medeni Kanun'un 633. maddesi hükmünce, hak sahibi, mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini istemiş olduğu cihetle, hâkim de mülkiyetin davada haklı çıkan davacıya ait olduğuna karar verir...”, 11.02.1959 tarihli, 1959/10 E. ve 1959/12 K. sayılı YİBK, bkz. www.kazanci.com).

Ön alım hakkının kullanılması, taşınmazın üçüncü kişiye satılması şartına bağlı bir alım hakkıdır (OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 157; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 538). Önalım hakkı, taşınmazın satışı ya da ekonomik bakımdan satışa eşdeğer her türlü işlemin yapılması hâllerinde kullanılabilir (TBK m. 240). Taşınmazda intifa hakkı kurulmuş olması, bu hakkın kullanılması için yeterli bir sebep teşkil etmemektedir (Üçüncü kişi lehine intifa hakkı kurulmuş olmasının, ön alım hakkının kullanılması sonucunu doğurmayacağı hakkında Yarg. 6. HD T. 07.07.2009 E. 2009/5968 K. 2009/6609, bkz. İBD C. 86, Sayı: 6, Yıl: 2012 s. 339-340). Belirtmek gerekir ki önalım hakkı hem kanundan kaynaklanan yasal önalım hakkı hem de sözleşmeden doğan ön alım hakkı şeklinde ikiye ayrılmaktadır (Paylı mülkiyette bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması hâlinde, diğer paydaşların kullanabileceği önalım hakkı yasal önalım hakkıdır (TMK m. 732). Yasal Önalım hakkı, satışın hak sahibine bildirildiği tarihin üzerinden üç ay ve her halde satışın üzerinden iki yıl geçmekle düşmektedir (TMK m. 733/4). Bu hak alıcıya karşı dava açılarak kullanılabilir (TMK m. 734/1). Yasal önalım hakkının kullanılmasına ve vazgeçmeye ilişkin hükümler sözleşmeden doğan önalım hakkında da uygulanmaktadır (TMK m. 735/3). Yasal önalım hakkı ve sözleşmeden doğan önalım hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKALP-DEMİRTABAK, Yıl: 2010 s. 1 vd.; AYDOĞDU, Yıl: 2013 s. 1 vd.; EREN, Yıl: 2008 s. 103-126; M. KILIÇOĞLU, Yıl: 1997 s. 15 vd.).

Geri alım ve alım sözleşmeleri, resmî şekilde düzenlenmedikçe geçerli değildir. Önalım sözleşmesinin geçerliliği ise, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır (TBK m. 237/2-3). Alım, geri alım ve önalım haklarının vasiyetname ile kurulması hâlinde şekil meselesi, miras hukuku kurallarına bağlı olacaktır (TEKİNAY, Yıl: 1988 s. 4).

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran işlemlerin şekli geçerliliğine TTK'de de yer verilmiştir. Örneğin, TTK'nin ikinci kitabı ticaret şirketlerini düzenlemektedir. Bu kitabın birinci kısmının “*genel hükümler*” başlığı altında düzenlenen 128'inci maddesinin üçüncü fıkrası ticaret şirketlerinin sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak aynî bir hakkın

konulması borcunu içeren şirket sözleşmelerinin resmî şekil aranmaksızın geçerli olacağını düzenlemiştir (T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Tapu Dairesi Başkanlığı tarafından çıkarılan “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu” konulu ve 2013/7 sayılı Genelge’ye göre; “... 2- İlgi (c) Tebliğin 4’üncü maddesinin beşinci fıkrası uyarınca; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 128’inci maddesine göre bir ticaret şirketine aynî sermaye olarak konulan ve tapu, gemi ve fikri mülkiyet ile benzeri sicillerde kayıtlı bulunan mal ve hakların şirket adına tescilinin gecikmeksizin yapılması amacıyla, tescili yapan ticaret sicil müdürlüğü tarafından şirketin tescili ile eş zamanlı olarak tapu müdürlüğüne ilgi (c) Tebliğ’n 5’inci maddesinde düzenlenen hususların bildirilmesi gerekir. Tapu müdürlüğünce söz konusu bildirim alındığı anda, taşınmazın beyanlar sütununa “..... Şirket adına aynî sermaye olarak kabul edilmiştir. Tarih/yev.” şeklinde belirtme yapılması gerekmekte olup, tapu kaydında mevcut olması hâlinde birinci fıkra da yer alan aynî sermaye taahhüdüne ilişkin beyanın da aynı yevmiye ile terkin edilmesi gerekmektedir. İdareміzce taşınmazların aynî sermaye olarak konulmasının re’sen tescili mümkün olmadığı için, ilgililerin başvurusu üzerine şirketin harç bağışıklığı yoksa gerekli harç ve döner sermaye ücreti alındıktan sonra taşınmaz ve hakların yeni sahipleri adına tescili yapılabilir. 3- Kurulu ticaret şirketlerine aynî sermaye konulması (sermaye artırımı) hâlinde ilgi (e) Yönetmelik hükümleri ve ilgi (c) Tebliğ’in 4’üncü maddesi uyarınca, ilgili ticaret sicil müdürlüğünce eş zamanlı olarak tescilin sağlanması için tapu müdürlüğüne bildirim yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Anılan tebliğin 5’inci maddesinin birinci fıkrasının (b) ve (e) bendinde belirtilen belgelerle birlikte aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan şirket sözleşmesi ve değerlendirme raporunun (mülkiyet değişikliğine konu olan mal ve hakların mahkemece atanan bilirkişi tarafından tespit edilmiş değeri) örneklerinin bildirim eklenmesi gerektiği belirtilmiştir. Aynı Tebliğin 6’ncı maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan düzenleme uyarınca da tapu müdürlüğünce bildirim alındığı anda, taşınmazın beyanlar sütununa “.... Şirketi adın aynî sermaye olarak kabul edilmiştir. Tarih/yev.” şeklinde belirtme yapılması gerekmekte olup, İdareміzce taşınmazların aynî sermaye olarak konulmasının re’sen tescili mümkün olmadığı için, ilgililerin başvurusu üzerine şirketin harç bağışıklığı yoksa

gerekli harç ve döner sermaye ücreti alındıktan sonra mal ve hakların yeni sahipleri adına tescili yapılabilir...”). Aynı esas Kooperatifler Kanunu (RG T. 10.05.1969, RG Sayı: 13165) m. 2/2 uyarınca da benimsenmiştir. Tapuya kayıtlı taşınmazların sermaye olarak konulması için, ortaklık sözleşmesine bu taahhüt yazıldıktan sonra, imzaların noterce onaylatılması yeterli kabul edilmiştir. Böylelikle taahhüt aşaması tamamlanmış olur. İşlemin tasarruf aşaması için ise, yani şirketin bu aynî haklarda tasarruf edebilmesi için ise, tescil şart koşulmuştur (TTK m. 128/5) (BAHTİYAR, Yıl: 2012 s. 45).

3.1.3.1.4. Taşınmaz Mülkiyetinin Kaybı

Bir hak bir kişiden diğerine geçtiğinde yeni hak sahibi hakkı iktisap ederken, eski hak sahibi hakkını kaybetmektedir. Bu durum hakkın nisbî kaybıdır. Devren iktisap, intikâl olayının hakkı devralan açısından görünüşünü gösterirken, nisbî kayıp ise hakkı devreden açısından görünüşünü ifade etmektedir. Bir hakkın kaybı, hakkın tamamen ortadan kalkması şeklinde olursa bu durumda hakkın mutlak kaybı gerçekleşmiş olur. Hakların mutlak kaybı hukukî olay, hukukî fiil veya hukukî işlemle meydana gelir. Örneğin, taşınmazın kamulaştırılması halinde onun üzerindeki mülkiyet hakkı sona erecektir (OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 225).

Bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet, terkin (Terkin, bir tescilin çizilerek etkisiz hale getirilmesi işlemidir, bkz. GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 316; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 213; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 212. Terkin, şerhin de hükümden düşürülmesi için yapılmaktadır, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 33. Terkin hak sahibi tarafından yapılabilir.) Alman Hukuku (Alman Medeni Kanunu § 875) gibi pek çok hukuk sisteminde bu esas benimsenmiştir. “*Tapu sicili üzerinde yapılacak terkinler, terkin edilecek hakla ilgili kaydın üzerinin kırmızı mürekkepli kalemle çizilmesi ve altındaki satıra yine kırmızı mürekkepli kalemle "terkin edildi" ibaresi ile tarih ve yevmiye numarasının yazılması ve müdürün veya görevlendireceği tapu görevlisinin imzalamasıyla olur*” [Tapu Sicili Tüzüğü m.

70/1]) veya taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona ermektedir (TMK m. 717/1). Kamulaştırma hâlinde mülkiyetin ne zaman sona ereceği konusu ise, özel kanunla belirlenecektir (TMK m. 717/2). Taşınmaz mülkiyetinin kaybı çeşitli şekillerde gruplandırılabilir. Mülkiyetin tescille kazanılması ve tescilden önce kazanılmasına paralel yapılacak gruplandırmaya göre, mülkiyetin terkin ile ya da terkinden önce kaybı; mülkiyetin bir kişiden diğerine geçmesi sebebiyle önceki malik için sona erdiği halleri belirtmek üzere, mülkiyetin mutlak kaybı-nisbî kaybı şeklinde gruplanabilir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 463). Doktrindeki temel ayırım taşınmaz mülkiyetinin nisbî kaybı-mutlak kaybı şeklinde olduğunu söylemek mümkündür. Pek çok yazar bu sınıflandırmayı tercih ederek konuyu işlemiştir (Bu sınıflandırmanın tercih edildiği eserler için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 505 vd.; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 387 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 463 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 407 vd.).

Hak kayıpları için yapmış olduğumuz açıklamaları taşınmaz mülkiyetinin kaybına indirgediğimizde; taşınmaz mülkiyeti bir malikten diğerine geçiyorsa, bu durumda taşınmaz mülkiyetinin nisbî kaybı -devren kazanma hallerinde, taşınmaz mülkiyetini devreden taraf açısından- söz konusu olmaktadır. Zira, taşınmaz mülkiyetinin nisbî kaybında, mülkiyet hakkı sadece şimdiki malik tarafından ortadan kalkmış olmaktadır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 507; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 463). Taşınmaz mülkiyetinin nisbî kaybında, taşınmaz üzerindeki mülkiyet sona ermemekte; taşınmaz sahipsiz duruma gelmemektedir (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 408).

Miras ya da iki ortaklığın birleşmesi hâlinde ise, önceki malik ölüm ya da birleşme sonucunda hak sahibi olma vasfını yitirmektedir. Bu durumda önceki malikin mülkiyet hakkı yok olmamakta sadece ölümle mirasçılara ya da ortaklıkların birleşmesinde ise, yeni ortaklığa geçmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 463).

Kamulaştırma durumunda ise, özel kanun hükümlerine göre taşınmaz mülkiyeti kaybedilecektir (TMK m. 717/2). Kamulaştırma taşınmaz mülkiyetinin

idare tarafından kazanılmasıdır (GİRİTLİ vd. Yıl: 2006 s. 743. Taşınır mülkiyetinin idare tarafından kazanılması ise istinvâldır, bkz. GİRİTLİ vd. Yıl: 2006 s. 743. Kamulaştırma kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GİRİTLİ vd. Yıl: 2006 s. 743 vd.; GÜNDAY, Yıl: 2004 s. 221 vd.; GÜRBÜZ, Yıl: 2011 s. 205 vd.; YILDIRIM vd. Yıl: 2012 s. 803 vd.). Devlet ve kamu tüzel kişilerinin kamulaştırma hakkı vardır. Kamulaştırma, kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmının, kanunla gösterilen esas ve usullere göre kullanıldığı takdirde hukuka uygun olacaklardır (Anayasa m. 46). Anayasa uyarınca sadece taşınmaz mallar kamulaştırmaya tâbi olmaktadır. Kamulaştırılan taşınmaz malda malikin mülkiyet hakkı sona ermiş olur (*“Kamulaştırma halinde mülkiyetin ne zaman sona ereceği özel kanunla belirlenir”* [TMK m. 717/2]). Ancak taşınmazda eski malikin sahip olduğu mülkiyet hakkından yeni ve tamamen bağımsız özel (Özel kişiler lehine yapılan kamulaştırmalar istisnai olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kişilerin başında kamu hizmeti imtiyazcıları gelmektedir. Bunun dışında petrol hakkı sahipleri ile maden işletme ruhsatı sahipleri lehine de kamulaştırma yapılabilmektedir, bkz. GÜNDAY, Yıl: 2004 s. 223-224) veya kamu tüzel kişinin bir mülkiyet hakkı ortaya çıkmaktadır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 507. AKİPEK ve AKINTÜRK ile L. SİRMEN kamulaştırma konusunu taşınmaz mülkiyetinin nisbî kaybı başlığı altında incelerken [bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 507 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 408-409]; OĞUZMAN vd. ise konuyu, taşınmaz mülkiyetinin mutlak kaybı başlığı altında incelemiştir, [bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 467 vd])).

Taşınmaz mülkiyetinin mutlak kaybı ise, taşınmazın tamamen yok olması ve taşınmaz mülkiyetinin terk edilmesi halinde gerçekleşmektedir. Taşınmazın tamamen yok olması bazı doğa olayları sonucunda oluşabilmektedir. Taşınmaz mülkiyetinin mutlak kaybından söz edebilmek için, taşınmazın tamamen ve devamlı olarak yok olması gerekir. Örneğin, bir arazinin su baskını sonucu devamlı su altında kalması hâlinde taşınmaz yok olmuş sayılacağından, mülkiyet de sona erecektir. Belirtmek gerekir ki, taşınmaz yok olmayıp ondan yararlanma olanağının kaybolması halinde,

taşınmazın mülkiyeti kaybedilmez. Örneğin, bir sel sonucunda arazinin çamur ve taşla kaplanması hâlinde durum böyledir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 464. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 506-507; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 387).

Taşınmaz mülkiyetinin mutlak kaybına yol açan ikinci durum terktir. Terk, tapu idaresine yöneltilen tek taraflı bir irade beyanı ile mülkiyet hakkından feragat edilmesidir. Tapu memurunun tasarruf yetkisine sahip malikin bu beyanına istinaden gerekli işlemleri yapmasıyla taşınmaz mülkiyeti sona ermiş olacaktır. Terk halinde mülkiyet terkin ile sona ermektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 463. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 506; EREN, Yıl: 2014 s. 320). Bu durumda mülkiyet hakkı terk edilen taşınmaz, işgal yoluyla kazanmaya elverişli hale gelir ve herhangi bir kimse bu taşınmazı işgal ederse yeni bir mülkiyet hakkı kazanmış olur. (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 465).

Terk, sadece mülkiyet hakkını ortadan kaldırır. Taşınmaz üzerinde olan diğer sınırlı aynî haklar varlıklarını sürdürmeye devam ederler (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 464-465. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 506; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 388 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 408). Örneğin, bir taşınmaz üzerinde kurulmuş olan intifa hakkı, taşınmaz mülkiyetinin terk edilmesi hâlinde de varlığını sürdürmeye devam edecektir.

3.1.3.2. Taşınır Mülkiyeti

3.1.3.2.1. Taşınır Mülkiyetinin Kazanılması

Taşınır mülkiyeti de taşınmaz mülkiyeti gibi aslen ve devren kazanılabilir. Tekrardan kaçınmak amacıyla aslen ve devren kazanma konularının tanımları üzerinde durulmayacak, taşınır mülkiyetinin kazanılmasına yönelik ortaya çıkabilecek durumlara yer verilecektir.

Taşınır mülkiyetinin kazanılması ve kazanılma yolları TMK m. 763-777 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu nedenle TMK’de yer alan taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına yönelik hükümlerin genişletici yorum yolu ya da kıyasen, taşınır mülkiyetinin kazanılması için uygulanması söz konusu olmaz. Aynı şekilde, genel nitelikte düzenlenen hükümler de bu kapsamda uygulama alanı bulmayacaktır. Bunun esas sebebi de TMK’de sadece taşınır mülkiyetine ayrılan bir bölümün olmasıdır (EREN, Yıl: 2014 s. 489-490).

3.1.3.2.1.1. Aslen Kazanma

Taşınır mülkiyetinin hangi hallerde aslen kazanılacağı bir başlık altında TMK’de düzenlenmiş değildir. Bu tip kazanmalara örnek olarak, sahiplenme (TMK m. 767-768), bulunmuş eşya (lukata) (TMK m. 769-771), define (TMK m. 772), bilimsel değeri olan eşya (TMK m. 773), işleme (TMK m. 775), karışma ve birleşme (TMK m. 776), kazandırıcı zamanaşımı (TMK m. 777) [Taşınır mülkiyetinin zamanaşımı yoluyla kazanılması için, taşınıra malik sıfatıyla zilyet olmak gerekmektedir. Örneğin, rehin alan malik sıfatıyla rehin konusu malı zilyetliğinde bulundurmamaktadır. Bu nedenle rehin alanın TMK m. 777 kapsamında malın mülkiyetini zamanaşımı yoluyla kazanması mümkün değildir. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararına göre; *“Davanın mevzuu davalının mirasbırakana borç mukabili verilen merhunun borcun edası suretile istirdadı talebinden ibaret bulunmuş ve mahkemece de davalının satışa müteallik savunması reddedilerek rehin akdinin mevcudiyetine kanaat getirilmiş ve Medeni Yasanın 777. maddesi mucibince taşınır bir mala müruruzaman sebebi ile malik olabilmek için... davalının kendisine rehin suretiyle tevdi edilen menkulü müruruzaman sebebiyle iktisabı mümkün bulunmamış..”*, bkz. YHGK T. 18.02.1993 3/186-36 sayılı kararı, bkz. İNAL, N. Yıl: 2006 s. 526]), ürünlerin kazanılması (TMK m. 685, MK m. 804) sökü� alma hakkının kullanılması (TMK m. 801, 907; TBK m. 80, 529) ve iyi niyetle ortaya çıkan kazanma halleri (TMK m. 988, 990) verilebilmektedir (Yukarıda saymış olduğumuz haller MK’de taşınır mülkiyetinin kazanılması üst başlığı altında sıralanmıştır. Taşınır mülkiyetinin aslen kazanılması konusunda ayrıntılı bilgi için

bkz. AYAN, Yıl: 2012 (b) s. 520 vd.; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 146 vd; AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 590 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 750 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 537 vd.; TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 15 vd.).

3.1.3.2.1.2. Devren Kazanma

Mülkiyetin bir kişiden diğerine geçtiği hallerde ortaya çıkan devren kazanma, ya devreden ile devralanın bu konuda anlaşmaları sonucu ya da zilyetlik devredilmeden gerçekleşmektedir. Aşağıda, taşınır mülkiyetinin devren kazanılması konusunda devredenle devralanın anlaşması ve bu kapsamda zilyetliğin devri açıklanacak, ardından taşınır mülkiyetinin zilyetlik devredilmeksizin kazanılması üzerinde durulacaktır.

3.1.3.2.1.2.1. Anlaşma Yoluyla Mülkiyetin Devren Kazanılması

3.1.3.2.1.2.1.1. Genel Olarak

Devralan ile devredenin anlaşması sonucu taşınırın mülkiyetinin devren kazanılmasında, başka bir ifadeyle taşınır mülkiyetinin naklinde zilyetliğin devri gerekmektedir (TMK m. 763/1). Zilyetlik, taşınmaz mülkiyetindeki tescilin yerini tutmaktadır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 582; SCHMID/HURLIMANN-KAUP, Yıl: 2003 s. 23. Taşınırlarda zilyetliğin mülkiyete karine teşkil etmesi TMK m. 985 hükmünde düzenlenmiştir. Taşınır mülkiyetinin kazanılması için zilyetliğin teslim yoluyla devri gerekmektedir. Bunun yanı sıra zilyetlik, teslim olmaksızın da devredilebilir (AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 64 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 750).

Zilyetliğin devrinin, mülkiyeti geçirebilmesi için tarafların bu konuda anlaşması gerekir. Bu aynî anlaşmadır. Mülkiyetin geçmesi için borçlandırıci işlem (Taşınır mülkiyetinin sebebe bağlı olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. SEROZAN ile AKİPEK ve AKINTÜRK, doktrindeki ve yargıdaki hâkim fikrin taşınır eşya mülkiyetinin devrinde, taşınmaz mülkiyetinin devrindeki gibi sebebe

bağıllık (illilik) ilkesinin egemen olduğunu belirtmektedir, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 583-584; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 271. Ancak SEROZAN ile OĞUZMAN vd. taşınır mülkiyetinin devri için soyutluk ilkesinin benimsenmesi gerektiğini ileri sürmektedir, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 742; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 271. Sebebe bağıllık ilkesinin geçerli olduğu görüşü için bkz. EREN, Yıl: 2014 s. 498-499; EREN, Yıl: 2012 s. 189-190; ERBEK, Yıl: 2013 s. 946; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 13; REY, Yıl: 2007 s. 99; SCHMID ve HURLIMANN-KAUP, Yıl: 2003 s. 222; SUNGURBEY, Yıl: 2003 s. 1129) yeterli değildir; zilyetliğin devredilmesi gerekmektedir. Tarafların mülkiyetin geçmesi konusundaki anlaşmasına aynî sözleşme adı verilmektedir (AYAN, Yıl: 2012 (b) s. 510; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 738; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 256; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 530). Aynî sözleşmelerde sadece irade uyuşması yeterli değildir. Aynı zamanda teslim (veya tescil) gibi fiilî bir olayın da gerçekleşmesi gerekmektedir (ÇELİKTAŞ-ÖZDAMAR, Yıl: 2000 s. 403).

Zilyetliğin devrinin mülkiyetin devredilmesi sonucunu sağlayabilmesi için, zilyetliği devreden kişinin mülkiyeti devretme (tasarruf) yetkisi olmalıdır. Kural olarak mülkiyeti devir yetkisi, hak sahibi maliktedir. Taşınır mülkiyetinin kazanılmasında, iyiniyetle aynî hak kazanılması konusunda istisnai düzenleme yapılmıştır. Ayrıca bir taşınırın zilyetliğini iyiniyetle ve malik olmak üzere devralan kimse, devreden mülkiyeti devir yetkisi olmasa bile, zilyetlik hükümlerine göre kazanmanın korunduğu hallerde o şeyin maliki olacaktır (TMK m. 763/2) (*“Bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyiniyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunur”* [TMK m. 988]. *“(1)Taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde taşınır davası açabilir. (2) Bu taşınır, açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyiniyetle edinilmiş ise; iyiniyetli birinci ve sonraki edinenlere karşı taşınır davası, ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla açılabilir”* [TMK m. 989] *“Zilyet, iradesi dışında elinden çıkmış olsa bile, para ve hamile yazılı senetleri iyiniyetle edinmiş olan kimseye karşı taşınır davası*

açamaz” [TMK m. 990]). Malikin tasarruf yetkisini kısıtlayan bir sebebin varlığı hâlinde, malikin mülkiyeti devretmesi mümkün olmayacaktır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 739).

Türk Gemi Siciline Türk Deniz Hukuku’nda Türk/milli gemi sicili, yapı (inşa) hâlindeki gemilere mahsus sicil, uluslararası gemi sicili olmak üzere üç tür sicil bulunmaktadır. Genel olarak, gemi siciline, 940’ıncı madde gereğince Türk Bayrağını çekme hakkına sahip ticaret gemileri ile 935’inci maddenin ikinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerinde yazılı gemiler tescil edilmektedir (TTK m. 956). Onsekiz gros tonilatoda ve daha büyük her ticaret gemisinin maliki, tescil isteminde bulunmak zorundadır (TTK m. 957). Ancak Türk gemisi olmayan gemilerle, yabancı bir gemi siciline kayıtlı bulunan Türk gemileri, donanmaya bağlı harp gemileri, yardımcı gemiler ve Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişilerine ait münhasıran bir kamu hizmetinin görülmesine özgülenmiş gemiler Türk Gemi Siciline tescil olunamamaktadır (TTK m. 958). Ancak Türk Deniz Hukuku’nda Türk Gemi Sicili adı altında bir sicil bulunmamaktadır. Kanun’daki bu sicil, her üç sicili de ifade etmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÖZER, s. 43 vd. ve s. 97. Bu sicillerin dışında bir de Bağlama Kütüğü bulunmaktadır. Bağlama Kütüğü Denizcilik Müşterarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ‘ye 6 Mayıs 2009 tarihli ve 5897 sayılı (Rg T. 16.05.2009 RG Sayı: 27230) Kanun’u ifade etmektedir. Daha sonra bu Kanun’un uygulanmasına ilişkin yönetmelik çıkarılmıştır. Bu yönetmelik yeni “Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği” (RG T. 25.09.2014, RG Sayı: 29130) adıyla Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelik ile (m. 37) yürürlükten kaldırılmıştır. Bu Yönetmelik; 18 gros tonilatodan küçük ticari gemi, deniz ve iç su araçlarını, özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçlarını ve bunların mâlik ve işletenlerini kapsamaktadır. Milli Gemi Sicili ve Türk Uluslararası Gemi Siciline tescilli ticari gemi, deniz ve içsu araçları ile silahlı kuvvetlere ait gemi, deniz ve içsu araçları hakkında bu Yönetmelik hükümleri uygulanmamaktadır (Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği m. 2). Bağlama kütüğüne; 18 gros tonilatodan altında ve 2,5 metre ve üzerindeki; Milli Gemi Siciline veya Türk Uluslararası Gemi Siciline tescil

edilmemiş ticari gemi, deniz ve içsu araçları; boyu 2,5 metre ve üzerindeki özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçları zorunlu olarak kaydedilir. Bağlama kütüğüne; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun bayrak çekme hükümlerine bağlı olmaksızın; yabancı uyruklu olup oturma izni bulunan gerçek kişilere ait özel kullanıma mahsus gemi, deniz ve içsu araçları; devlete ait olup temel kamu hizmetlerinde kullanılan gemi, deniz ve içsu araçları; 2,5 metrenin altındaki ticari ve özel gemi, deniz ve içsu araçları; Gençlik ve Spor Bakanlığınca tescil edilmiş spor kulübü ve federasyonların envanterinde kayıtlı olup da münhasıran spor faaliyetleri için kullanılan gemi, deniz ve içsu araçları ise talep olması hâlinde kayıt edilir (Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği m. 9) kayıtlı bulunmayan Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynî haklara, Türk Medenî Kanununun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanacaktır (TMK m. 997/1). Bu nedenle, TMK'deki zilyetlikle ilgili hükümler gemiler konusunda da uygulanacaktır (KENDER vd. Yıl: 2014 s. 70-71; SÖZER, Yıl: 2014 s. 95).

Gemiler de taşınır eşya vasfında olduklarından (TTK m. 936) mülkiyetinin kazanılması konusuna da değinmek gerekmektedir. Genel kurallar aslında TMK'de düzenlendiği gibidir. Ancak gemilerin kendilerine özgü yapısı bulunduğundan bazı konuların üzerinde durulması gereği hasıl olmuştur. Gemiler çoğunlukla sipariş üzerine yapılmaktadır. Genel bir ifade ile bu siparişi veren ile yerine getiren arasında kurulan sözleşmeye “gemi inşa sözleşmesi” (Gemi inşa sözleşmesi Kanunlarda düzenlenen bir sözleşme değildir. Bu sözleşme çoğunlukla istisna (eser) sözleşmesi niteliğinde kabul edilmektedir. Ancak somut olayın özelliğine göre, karma sözleşme olarak da değerlendirilebilmektedir, bkz. SÖZER, Yıl: 2014, s. 99. Gemi inşa sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERBAŞ-AÇIKEL, Yıl: 2013 s. 5 vd.; KENDER vd. Yıl: 2014 s. 141 vd. ; SÖZER, Yıl: 2014 s. 99 vd.) adı verilmektedir. Geminin yapımında kullanılan malzeme tersaneye ait ise, geminin mülkiyeti tersane sahibinde olacak; malzeme gemiyi sipariş etmiş olana ait ise, mülkiyet sipariş edene ait olacaktır. Geminin mülkiyeti tersaneye ait ise, inşaatın bitmesi ile birlikte, tersana sahibi geminin mülkiyetini iş sahibine devretmelidir (SÖZER, Yıl: 2014 s. 100).

Gemiler genellikle sipariş üzerine yapılmakla birlikte, var olan gemilerin satın alınması suretiyle (devren) iktisabı da söz konusu olmaktadır. Ancak gemi inşa sözleşmesinde siparişi veren kimse, daha sonra gemiyi teslim almazsa hiç kullanılmayan geminin alınması da yine satış sözleşmesi ile gerçekleşmektedir. Burada da TMK'deki taşınır mülkiyetinin geçişine ilişkin hükümler uygulanmaktadır (SÖZER, Yıl: 2014 s. 99, dipnot 13 ve s. 101).

İsviçre Hukuku'nda da taşınır mülkiyetinin devri için zilyetliğin devri ve aynı anlaşma gerekmektedir (İsviçre Medeni Kanunu m. 714). Alman Hukuku'nda mülkiyetin devri ve zilyetliğin korunmasında da Türk Hukuku'na benzer bir sistem kabul edilmiştir. Konu Alman Medeni Kanunu § 929-936 arasında düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu § 929'da taşınır mülkiyetinin devredilmesi için teslim ve tarafların anlaşması şartını aramaktadır.

İngiliz (Sale of Goods Act (Menkul Satış Kaunu) m. 17-18) ve Fransız Hukukları (Fransız Medeni Kanunu m. 1138) ise taşınır mülkiyetinin devrinde zilyetliğin devri ya da teslim gibi bir şart aramamaktadır. Bu hukuklarda taşınır mülkiyeti sözleşme yapıldığında alıcıya geçmektedir. Bir başka ifadeyle bu hukuklarda borçlandırııcı işlem-tasarruf işlemi birliği ilkesi benimsenmiştir.

3.1.3.2.1.2.1.2. Zilyetliğin Devri Yolları

Zilyetlik bir kimsenin bir eşyayı fiilî hâkimiyeti altında bulundurması, bir eşya üzerinde fiilî kudret kullanmasıdır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 107. Benzer yönde, OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 53 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 46 vd.). Nitekim TMK m. 973 hükmüne göre “*Bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedidir*”. Zilyetlik için eşyanın zilyedin mülkiyetinde olması şart değildir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 107. Benzer yönde, L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 48-49).

Zilyetlik; zilyetlik hakkının konusuna göre eşya zilyetliği-hak zilyetliği, zilyet olma yetkisini veren hakkın mahiyetine göre aslî zilyetlik-fer'î zilyetlik, zilyetlik hakkının bir veya birden çok kişiye ait oluşu bakımından tek zilyetlik-birden çok kişinin zilyetliği şeklinde sınıflandırılabilir (Zilyetlik türleri için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 126 vd. ; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 62 vd.; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 108 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 55 vd.).

Zilyetlik yeni zilyedin dolaysız zilyet kılınması yoluyla ya da yeni zilyedin dolaylı zilyet kılınması yoluyla devredilebilir.

3.1.3.2.1.2.1.2.1. Yeni Zilyedin Dolaysız Zilyet Kılınması

Yeni zilyedin dolaysız zilyet kılınması için malın yeni zilyedin fiilî hâkimiyetine sokulmasını gerekir. Zilyetlik, şeyin veya şey üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların edinene teslimi veya edinenin önceki zilyedin rızasıyla şey üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma gelmesi hâlinde devredilmiş olmaktadır (TMK m. 977). Görüldüğü üzere ya mal yeni zilyede teslim edilecek ya da teslim yerine geçen bir sözleşme yapılarak zilyetlik devredilmiş olacaktır. Zilyetliğin bu şekilde devredilmesi hâlinde, yeni zilyet dolaysız zilyetliği kazanmış olacaktır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 72 vd. Dolaysız zilyetlik, mal üzerinde başka kimse araya girmeksizin hâkimiyete sahip olunmasını; dolaylı zilyetlik ise, mal üzerinde bir başkasının aracılığı ile hâkimiyet sağlanması durumunu ifade etmektedir. Zilyetlik sadece dolaylı ve dolaysız şeklinde sınıflandırılmamaktadır. Zilyetlik çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 126 vd.; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 52 vd.; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 40 vd.; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 82 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 58 vd.; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 108 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 55 vd.). Yeni zilyedin dolaysız zilyet kılınması, malın teslimi, araçların teslimi veya malın yeni zilyedin fiilî hâkimiyetine bırakılması halinde gerçekleşebilir.

Teslim malın madde itibariyle yeni zilyedin eline verilmesidir. Böylece yeni zilyet mal üzerinde hâkimiyeti kullanacak duruma sokulmuş olacaktır OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 73). Örneğin, bir kimsenin bir eşyasını bir başkasına kiraladığını düşünelim. Kiralama konusu mal teslim suretiyle kiracıya verildiği için, kiracı malı fiilen elinde bulunduracaktır. Bu nedenle de malın dolaysız zilyetliğini devralmış olacaktır.

Zilyetliğin dolaysız devrinde ikinci durumu o mal üzerinde hâkimiyeti sağlayacak araçların teslimi oluşturmaktadır. Örneğin, bir kişi sattığı malların bulunduğu deponun anahtarını başkasına teslim ettiğinde, depodaki malların zilyetliğini de devretmiş olur (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 74). Zira, anahtarlar depodaki mallar üzerinde hâkimiyet sağlamaktadır (Benzer yönde, OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 74. AYBAY ve HATEMİ, bu konuda aracın evdeki garajda kilitli olması hâlinde, anahtarının verilmesinin zilyetliğin devri sonucunu doğurmayacağını belirtmektedir, bkz. AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 47). Benzer şekilde bir aracın anahtarlarının teslim edilmesinde de aynı açıklamalar geçerli olacaktır.

Malın yeni zilyedin fiilî hâkimiyetine bırakılması ise, yeni zilyedin dolaysız zilyet kılınması başlığı altında yapacağımız son inceleme konumuzu oluşturmaktadır. Burada mal yeni zilyede teslim edilmemektedir. Ancak onun fiilî hâkimiyetine sokulmaktadır. Bir başka ifadeyle zilyetlik sözleşmesi yapılmıştır. Örneğin, tarlasını kiralayan bir kimsenin kiracıyı tarlasının başına götürüp kiraladığı yeri ona göstererek, kiracı olarak tarlayı kullanabileceğini söylemesi halinde kiracı tarlanın fiilî hâkimiyetini kazanacaktır. Tarlanın sahibi de zilyetliğini devretmiş olacaktır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 75).

3.1.3.2.1.2.1.2.2. Yeni Zilyedin Dolaylı Zilyet Kılınması

Yeni zilyedin dolaylı zilyet kılınması başlığı altında, temsilci aracılığı ile zilyetliğin kazanılması, hükmen teslim, zilyetliğin havalesi konularını inceleyeceğiz (Emtiayı temsil eden senetlerin teslimi yoluyla da yeni zilyet dolaylı zilyet kılınacaktır. Ancak ikinci bölümde konunun milletlerarası özel hukuk boyutu

kapsamında ayrıntılı bir inceleme yapmış olduğumuz için bu konuyu ayrı başlık altında incelemeyi tercih ettik).

Temsilciye yapılan teslim konusu, hazır olmayanlar arasında zilyetliğin devri kapsamında Kanun'da değerlendirilmektedir. Temsilciye yapılan teslim, temsil edilene yapılmış gibi zilyetliği geçirmektedir (TMK m. 978). Temsilci sıfatıyla hareket eden kimse kendisi için zilyelik iradesi taşımamaktadır. Bu nedenle fiilen hâkimiyetine giren malda sadece başkası için zilyet olabilecektir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 75).

Zilyetlik teslim olmadan devredilebilir. Teslim olmaksızın zilyetliğin devredilebilmesi için, üçüncü kişi veya zilyetliği devredenin, özel bir hukukî ilişkiye dayanarak zilyet olmaya devam etmesi gerekmektedir (TMK m. 979/1). Bu durumda yeni zilyet dolaylı zilyet olmuş olur ve bu konu TMK'de hükmen teslim olarak (TMK m. 766) ifade edilmektedir (AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 48; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 75. Hükmen teslim konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 151 vd.; AYAN, Yıl: 2012 (a), s. 69 vd.; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 48 vd.; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 304 vd.; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 92-93; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 77 vd.; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 121 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 70 vd. ; TEKİNAY vd. Yıl: 1989 s. 85 vd.). Zilyetliği devreden kişi kendisi dolaylı zilyet olup, bu zilyetliğini devrederse bu duruma zilyetliğin havalesi denilmektedir (AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 49; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 75. Zilyetliğin havalesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 153 vd.; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 49; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 303 vd.; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 92; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 79 vd.; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 124 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2014 s. 72 vd.). Örneğin, bir kimsenin ağustos ayında kürk satan bir mağazadan bir manto satın alması ancak bu mantonun kışa kadar o mağazada saklanması konusunda tarafların anlaşması hâlinde hükmen teslim; bir kişinin, özel şoförünün kullandığı aracını bir üçüncü kişiye satması ve aracın özel şoförden teslim alınması konusunda alıcı ile anlaşılması hâlinde ise, zilyetliğin

havalesi gerçekleşmiş olur (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 79-80. Konu ile ilgili başka örnekler için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 153; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 70 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 71 vd.). Zilyetliğin bu yolla devri, zilyet olmakta devam eden üçüncü kişiye karşı, ancak durumun devreden tarafından kendisine bildirildiği andan başlayarak hüküm doğurmaktadır (TMK m. 979/2). Hükmen teslimde ve zilyetliğin havalesinde üçüncü kişi, zilyetliği devredene karşı ileri sürebileceği sebeplerle şeyi edinene vermekten kaçınabilmektedir (TMK m. 979/3).

Hükmen teslimin üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak amacıyla (Doktrinde hükmen teslim yoluyla taşınır rehni kurulmasının mümkün olmadığı, TMK m. 939/son'da yer alan “*Taşınır, fiilen yalnız rehnedenin hâkimiyetinde kaldığı sürece rehin hakkı doğmaz*” hükmünün bu duruma engel olduğu ileri sürülmektedir, bkz. AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 49) yapılması hâlinde, mülkiyetin nakli sonuç doğurmayacaktır. Böyle bir amaç güdülüp güdülmediğini ise hâkim takdir edecektir (TMK m. 766, İsviçre Medeni Kanunu m. 744).

Malı elinde bulunduran kimsenin zilyetlik sıfatının değiştirilmesi olarak ifade edilen kısa elden teslim de bir diğer teslimsiz zilyetlik devri halidir (AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 68; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 71). Örneğin, bir kişi, bir başkasına kiraladığı (halen kiracı zilyetliğindeki) malının, sonradan, bir borcu için rehin olarak kiracıda kalmasını kabul ederse, rehin açısından kısa elden teslim gerçekleşmiş olur (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 72. Kısa elden teslim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AYAN, Yıl: 2012 (a), s. 68-69; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 47; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 93; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 71-72; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 120; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 69 vd.). Böylece, malı kiracıdan geri alıp sonra rehin vermesine gerek olmaksızın taşınır rehninin kurulması mümkündür.

3.1.3.2.1.2.1.2.3. Emtiayı Temsil Eden Senetlerin Teslimi

Bir taşıyıcıya veya umumi mağazaya bırakılmış emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi, emtianın teslimi gibi sonuç doğurmaktadır (TMK m. 980/1) (Konunun yansıdığı bir Yargıtay kararına göre; “... Bilindiği gibi bir nakliyeciyeye tevdi edilmiş olan ve emtiayı temsile eden kıymetli evrakın teslimi, emtianın teslimi anlamındadır... Bu açıdan, konşimentonun malı temsil eden kıymetli evrak niteliğinde olduğu kuşkusuzdur. Eğer konşimentoda veya satış sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamış ise, malı teslim borcunun gemiye yükleme ile beraber ifa edilmiş olacağı ve mülkiyetin yükleme tarihinde alıcıya geçmiş sayılacağı temel ilkedir...”, bkz. Yarg. 12. HD, T. 04.12.1984 E. 1984/4341 K. 1984/37659, [bkz. N. İNAL, Yıl: 2006 s. 699-700]). Böylece evrakı kazanan kimse, malların zilyetliğini de kazanmış olacaktır. Kıymetli evrakı iyiniyetle teslim alan kimse ile emtiayı iyiniyetle teslim alan kimse arasında uyuşmazlık çıkarsa emtiayı teslim alan tercih olunacaktır (TMK m. 980/2).

Emtiayı temsil eden senetlerin teslimi ile zilyetliğin devredilebilmesi için (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 156 vd.; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 51 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 83 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 74 vd.), bir taşıyıcıya ya da umumi mağazaya teslim edilen bir mal bulunmalı ve mal için, kıymetli evrak niteliğinde (“Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez” [TTK m. 646]) bir senet verilmiş olmalıdır. Bu kıymetli evrakın tesliminin, teslim alan kimseye malın dolaylı zilyetliğini geçirebilmesi için, evrakın teslimi işleminin geçerli olması gerekmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 84. Aynı yönde AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 74).

Umumi mağaza, makbuz senedi ve varant (Varant, sahibine önceden belirlenmiş bir fiyat üzerinden, belirli sayıda varlığı belirli bir tarihte veya belirlenen tarihe kadar satın alma ya da satma hakkı sağlayan bir menkul kıymet türüdür, bkz. ADIGÜZEL, Yıl: 2010 s. 229. Ayrıntılı bilgi için bkz. ADIGÜZEL, Yıl: 2010 s.

227-267) verme karşılığında serbest veya gümrüklenmemiş mal ve hububatı, saklama sözleşmesi uyarınca kabul etmek ve tevdi edenlere de bu senetlerle tevdi olunan mal ve hububatı satabilmek veya rehnedebilmek imkânı vermek amacıyla kurulan mağazalara denilmektedir (TTK m. 832/1). Umumî mağaza kurmak Gümrük ve Ticaret Bakanlığının iznine bağlıdır (TTK m. 832/2). Umumi mağazaların verebileceği kıymetli evrak makbuz ve varant olmak üzere iki tanedir (TTK m. 832). Malın makbuz senedi ile devri malın malik sıfatı ile dolaylı zilyetliğini, varantın teslimi ise, malın rehin hakkı sebebiyle dolaylı fer'i zilyetliğini geçirmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 84). Makbuz mülkiyet hakkı, varant ise rehin hakkı için düzenlenir.

Taşıyıcıların düzenleyeceği kıymetli evrak ise, taşıma senedidir. Bu senet taraflardan birinin istemi üzerine üç özgün nüsha olarak hazırlanır ve gönderen tarafından imzalanır. Gönderen, taşıyıcının da taşıma senedini imzalamasını isteyebilir. El yazısı ile imzalanmış taşıma senetlerinin suretlerindeki imza, damga veya mühür şeklinde ya da basılı olabilir. Bir nüsha gönderene aittir, diğeri eşyaya eşlik eder, üçüncüsü taşıyıcıda kalır. Taşıma senedi düzenlenmemiş olsa bile, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri ile taşıma sözleşmesi kurulur. Eşyanın taşıyıcıya teslimi, taşıma sözleşmesinin varlığına karine teşkil eder (TTK m. 856). Taşıma senedinin içeriğinde yer alması gereken kayıtlar ile senedin ispat gücü TTK'de düzenlenmiştir (*"Taşıma senedinin içeriği"* başlığı altında düzenlenen TTK m. 857'ye göre; *"(1) Taşıma senedi aşağıdaki kayıtları içerir: a) Düzenlenme yeri ve tarihi. b) Gönderenin adı, soyadı veya ticaret unvanı ve adresi. c) Taşıyıcının adı, soyadı veya ticaret unvanı ve adresi. d) Eşyanın teslim alınacağı yer ve gün ile teslim edileceği yer. e) Gönderilenin adı, soyadı veya ticaret unvanı ile adresi. f) Gerektiğinde bildirim adresi. g) Eşyanın türünün olağan işareti ile ambalajının çeşiti ve tehlikeli mallarda bunlara ilişkin mevzuatta öngörülen, diğer durumlarda ise genellikle tanınan işaretleri. h)Taşınacak paketlerin sayısı, işaretleri ve numaraları. i) Eşyanın net olmayan ağırlığı veya başka şekilde beyan edilen miktarı. j) Taşımanın yapılacağı süre. k) Kararlaştırılan taşıma ücreti ve teslim kadar ortaya çıkacak giderler ile taşıma ücretinin gönderenden başka biri tarafından ödenecek olması*

hâlinde buna ilişkin kayıt. l) Teslimde ödemeli taşımalarda teslimde ödeme kaydı ve ödenecek tutar. m) Eşyanın gümrük ve diğer resmî işlemlerine ilişkin talimatlar. n) Varsa taşımanın üstü açık ya da örtülmemiş bir araçta veya güvertede yapılabileceğine ilişkin sözleşme. (2) Taşıma senedine tarafların uygun gördüğü diğer kayıtlar da konulabilir". "Taşıma senedinin ispat gücü" başlığı altında düzenlenen TTK m. 858'e göre; " (1) İki tarafça imzalanan taşıma senedi, taşıma sözleşmesinin yapıldığına, içeriğine ve eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığına kanıt oluşturur. (2) İki tarafça imzalanan taşıma senedi, eşyanın ve ambalajının, eşyanın taşıyıcı tarafından teslim alındığı sırada, dış görünüşü bakımından iyi durumda bulunduğu ve taşınan paketlerin sayısının, işaretleri ile numaralarının, taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karinedir; meğerki, taşıyıcı taşıma senedine haklı bir sebeple çekince koymuş olsun. Çekince, taşıyıcının, kayıtların doğruluğunu denetleyecek, uygun araçlara sahip olmadığı sebebine de dayandırılabilir.(3) Eşyanın net olmayan ağırlığı veya başka şekilde beyan edilen miktarı ya da taşınacak paketlerin içeriği, taşıyıcı tarafından denetlenmiş ve denetlemenin sonucu her iki tarafça imzalanan taşıma senedine yazılmışsa, bu yazı, ağırlığın, miktarın ve içeriğin, taşıma senedinde yer alan kayıtlara uygun olduğuna karinedir. (4) Taşıyıcı, gönderen istemde bulunmuşsa ve buna uygun araçları varsa, eşyanın ağırlığını, miktarını veya içeriğini denetlemekle yükümlüdür. Bu hâlde, taşıyıcı denetleme ile ilgili giderleri ister"). Deniz yolu ile yapılan taşımalarda ise emtiayı temsil eden evrakın adı konişmentodur (FAWCETT vd. Yıl: 2008 s. 1109).

Konişmento (Konişmento hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAĞA, ve KENDER, Yıl: 2006 s. 66 vd.; ÇAKALIR, Yıl: 2002 s. 245-252; GASKELL vd. Yıl: 2000 s. 1 vd.; GÜRSES, Yıl: 2006 s. 271 vd.; ÜLGNER, Yıl: 2000 s. 497 vd.) bir taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlar. Aynı zamanda, konişmento, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı, ancak onun ibrazı karşılığında teslimle yükümlü olduğu senettir (TTK m. 1228/1). Konişmentonun kıymetli evrak fonksiyonuna sahip olması, bu belgenin devri ile yükün zilyetliğini devretmeksizin mülkiyetinin nakledilebilmesine olanak tanımaktadır (ÜLGNER, Yıl: 2013 s. 39. Benzer yönde, GASKELL vd. Yıl: 2000

s. 1-2. Konişmentosuz yük teslimi için bkz. ÜLGNER, Yıl: 2013 s. 39-43). Konişmentoya ilişkin hükümler TTK'nin 1228-1242'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Yukarıda incelemiş olduğumuz senetler dışında başka senetlerin eşyayı temsil etme yetkisi yoktur. Örneğin, vestiyer ve bagaj fişleri, markaları, bir eşyanın saklanmak veya temizlenmek üzere teslim edildiğini gösteren makbuz ya da belgeler eşyayı temsil etmezler. Bu belgeler sadece eşyanın alınmış olduğuna bir kanıt oluşturabilir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 157).

3.1.3.2.1.2.2. Zilyetlik Devredilmeksizin Mülkiyetin Kazanılması

Zilyetlik devredilmeden mülkiyetin kazanıldığı haller TMK'de bir başlık hâlinde düzenlenmiş değildir. Konuya ilişkin TBK'de, TTK'de ve TMK'de hükümler mevcuttur.

Türk Borçlar Kanunu m. 274-281 hükümlerinde düzenlenen açık arttırma yoluyla yapılan satışlar, zilyetlik devredilmeksizin mülkiyetin kazanılmasına örnek durumlardan birisidir. Bu hükümlerde açık arttırmada alınan malların mülkiyetinin geçişi konusunda taşınır ve taşınmaz mal ayrımına yer verilmiştir. Arttırmada taşınır bir mal alan kimse, o malın mülkiyetini o anda kazanmaktayken, taşınmaz mal alana mülkiyetin geçişi için tapu siciline tescil gerekmektedir (TBK m.279/1). Görüldüğü üzere açık arttırma ile satışlarda mülkiyetin geçişi konusunda taşınmazlarda ana kuraldan ayrılma söz konusu olmazken, taşınırlarda istisnai bir durum vardır.

Küllî halefiyet hallerinde mülkiyetin geçişi zilyetliğin devrine bağlı değildir (AYAN, Yıl: 2012 (b) s. 507; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 75; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 744; TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 5). Zira, mirasçılar, miras bırakanın ölümü ile mirası bir bütün olarak, kanun gereğince kazanmaktadırlar (TMK m. 599/1) Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere mirasçılar, miras bırakanın aynı haklarını, alacaklarını, diğer malvarlığı haklarını, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini doğrudan doğruya kazanırlar ve miras bırakanın borçlarından kişisel

olarak sorumludurlar. Aynı şekilde, atanmış mirasçılar da mirası, miras bırakanın ölümü ile kazanırlar. Yasal mirasçılar, atanmış mirasçılara düşen mirası onlara zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmekle yükümlüdürler (TMK m. 599/2-3). Görüldüğü gibi malların mülkiyetinin miras bırakanın ölümüyle birlikte kendiliğinden mirasçılar tarafından kazanılmasında, mirasçıların yasal ya da atanmış mirasçı olması arasında bir fark yoktur.

Ticaret ortaklıklarının birleşmesinde yine külli halefiyet ilkesi benimsenmiştir (BAHTİYAR, Yıl: 2012 s. 55). Çünkü, birleşme, birleşmenin ticaret siciline tescili ile geçerlilik kazanmaktadır. Tescil anında, devrolunan şirketin bütün aktif ve pasifi kendiliğinden devralan şirkete geçmektedir (TTK m. 153). Görüldüğü gibi, devrolunan şirkete ait taşınır ve taşınmazların devralan şirkete geçmesi için, herhangi bir işleme gerek görülmemiştir.

Konu vakıflar kapsamında da gündeme gelebilmektedir. Vakfa özgülenen malların mülkiyeti ile haklar, tüzel kişiliğin kazanılmasıyla vakfa geçmektedir (TMK m. 105/1). Başka deyişle vakfa özgülenen malların mülkiyetinin kazanılması için zilyetliğin devrine gerek olmayacaktır.

3.1.3.2.1.2.3. Zilyetlik Devredilmesine Rağmen Mülkiyetin Geçmemesi

Yukarıda taşınır mülkiyetinin kazanılması açıklamalarında ilkenin zilyetliğin devri ile kazanım olduğunu belirlemiş olduk. Ardından ilkenin ilk istisnası olarak nitelendirebileceğimiz zilyetlik devredilmeksizin mülkiyetin kazanılması konusunu inceledik. İlkenin ikinci istisnasını ise, zilyetlik devredilmesine rağmen mülkiyetin kazanılamayacağı haller oluşturabilecektir.

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, zilyetliğin teslim yoluyla devredilerek taşınırın mülkiyetinin karşı tarafa geçmesi kuralının istisnasını oluşturmaktadır. Sözleşme uyarınca, zilyetlik teslim suretiyle alıcıya devredilirken, taşınırın mülkiyeti tarafların kararlaştırdıkları şartın gerçekleşmesine kadar alıcıya geçmemekte, satıcıda

kalmaktadır (FAWCETT vd. Yıl: 2008 s. 1116-1117. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre “... *Menkul satışında mülkiyet teslim ile müşteriye intikâl eder. Bu esas kaidedir. Kafi sermaye ve itibara malik olmıyan tacirlerle yeni ev açan ailelerin veresiye ve taksit ile muamele yapmaları memleketin iktisadiyatının inkişafını temin bakımından zarurî ve faideli görülmüş ve uzun ilmî bir münakaşadan sonra isviçre mevzuatında veresiye ve taksitle satışlarda teslim hâlinde de mülkiyetin istisnaen bayi uhdesinde ipkasına cevaz verilmiş ve bu şartlı satış sahih ve muteber addedilmiştir... Medeni Kanun hükümlerine göre menkul mülkiyetinin intikâli için teslim lazımdır. "Madde - 687". Menkul mallarda zilyetlik mülkiyetin delili olduğundan mülkiyet de zilyetlik ile beraber intikâl eder. Ancak taksit ile yahut veresiye mal satışlarındaki zaruret ve ihtiyaç nazara alınarak satılan şeyin alıcıya teslimi hâlinde mülkiyeti satıcı uhdesinde alıkoymak için yapılan mukavelelerin muteber olduğu istisnaen tecviz edilmiştir...*”, bkz. YİBK, 10.04.1944 T. 1944/36 E. 1944/14 K. www.kazancı.com). Alıcı bu durumda bir mülkiyet hakkı değil, beklenen hak kazanmaktadır (ÖZEN, Yıl: 2008 s. 135). Bu sözleşmeye kredili satışlarda (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 587; AYANOĞLU-MORALI, Yıl: 2004 s. 407; TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 6; TEKİNAY, Yıl: 1993 s. 4. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin alıcı ve satıcı açısından pek çok yararı vardır. Satıcı parasını peşin almadan mal satmıştır ancak bu işlemin karşılığında aynı güçte bir güvenceye kavuşmuştur. Hatta bu güvencesi rehinden de daha kuvvetlidir. Zira, rehinde rehin alanın elindeki olanak rehin konusu taşınırı sattırıp alacağını tahsil etmekken, bu sözleşmede satıcı kendi malına yeniden kavuşma olanağını yakalamaktadır. Böylece hem satış parası alacağını hem de satılan malın iadesi alacağını güvence altına alır. Burada çifte teminat söz konusu olur. Alıcı da aldığı kredinin karşılığında “teslimsiz teminat” verme avantajına sahip olur. Böylece alıcı teminat diye gözden çıkarmış olduğu malı, elinde bulundurmaya devam edebilecektir. Taşıt araçlarının, beyaz eşyaların, mobilyaların ve elektronik aygıtların satışlarında rastlamak mümkündür (SEROZAN, Yıl: 1999 s. 991-992). Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde, parasını peşin ödemeye alımsızın (para taksitlerle de alınabilmektedir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 587)) malını satıp onun zilyetliğini devreden satıcı, sözleşmeye bir çekince eklemektedir. Bu çekinceyle, satış parası tamamen

ödeninceye kadar malın mülkiyetini ihtiyaten kendisinde tutmaktadır. Sözleşmeye eklenen çekince bozucu ya da geciktirici şart olabilir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 588; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 309; SEROZAN, Yıl: 1999 s. 988; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 536; TEKİNAY, Yıl: 1993 s. 9; TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 9-10. Şüphe hâlinde şart geciktirici niteliktedir, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 588). Bu şart çoğunlukla satış bedelinin ödenmesidir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 588; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s.747; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 536; TEKİNAY, Yıl: 1993 s. 9; TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 9). Ancak bu noktada şarta bağlanan taşınır mülkiyetinin devrini sağlayan tasarruf işlemidir, yoksa şartlı aynî tasarruf işleminin temelindeki sözleşme şarta bağlanmış değildir (L.SİRMEN, Yıl: 1992, s. 147; TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 9. OĞUZMAN vd. da şartın satış sözleşmesi için değil, mülkiyetin geçmesi için kararlaştırılmış olduğunu belirtmektedir, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 749).

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi sadece sözleşme konusunun taşınır olması hâlinde yapılabilmektedir (“*Taşınmaz satışında mülkiyeti saklı tutma koşulu da tescil edilemez*” [TBK m. 243/2]. Ancak hayvan satışlarında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılması yasaktır [TMK m. 764/2]). Mülkiyetin satıcıda kalması, satış sözleşmesine konulan bir kayıtla ya da ayrı bir sözleşme ile (Metin içinde geçen mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi hem mülkiyeti saklı tutma sözleşmesini hem esas sözleşmeden ayrı yapılan mülkiyeti saklı tutma kaydını içerecek şekilde anlaşılmalıdır) gerçekleşmektedir. Bu sözleşme ancak satış ve trampa sözleşmeleriyle mülkiyetin devrinin taahhüt edildiği taşınırlar hakkında yapılabilecektir (AKİPEK ve AKINTÜRK, s. 587. Sözleşme konusunun tükenebilir taşınır eşya da olabileceği hakkında bkz. AYANOĞLU-MORALI, Yıl: 2004 s. 411). Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin konusunu taşınmaz bir malın oluşturmamasının sebebi, taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasını sağlayan tescilin şarta bağlanamamasıdır (TBK m.243).

Bu sözleşme, noterce re’sen düzenleme şeklinde (resmî şekilde) yapılmalıdır. Resmî şekilde yapılan sözleşme (TEKİNAY, Yıl: 1993 s. 10), aynı zamanda

devralanın yerleşim yeri noterliğindeki özel sicile kaydedilmesiyle geçerli olur (TMK m. 764/1). Bu nedenle devralanın yerleşim yeri noterliğindeki sicile kayıt (tescil), geçerlilik şartıdır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 588; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 311; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 748; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 536; TEKİNAY, Yıl: 1993 s. 6; TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 7. Tescil yenilik doğurucu niteliktedir, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 588. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin herhangi bir noterde resmî şekilde düzenlenebilecektir, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 748). Devralanın yerleşim yeri noterliğindeki sicile yapılan kaydın üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırma işlevi yoktur (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 589; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 311; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 748; TEKİNAY, Yıl: 1993 s. 6; TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 7-8). Bu nedenle bu sicildeki yolsuz kayda güvenerek mülkiyetin iyi niyetle kazanılması mümkün değildir (ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 312; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 537). Ancak mülkiyeti saklı tutma sözleşmesiyle alıcıya teslim edilen bir malın mülkiyetini, ondan iyi niyetle devralan kişinin bu kazanımı TMK m. 988 hükmü uyarınca korunacaktır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 589; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 537).

3.1.3.2.2. Taşınır Mülkiyetinin Kapsamı

Türk Medeni Kanunu'nda taşınır mülkiyetinin kapsamı konusu düzenlenmemiştir. Doktrinde taşınır mülkiyetinin kapsamı konusunda, mülkiyet hakkı için getirilen sınırlamaların mahiyetlerine uygun düştüğü oranda taşınır mülkiyetini de etkilediği (Örneğin, komşuluk hukukundan kaynaklanan sınırlamalar taşınır mülkiyetinde söz konusu değildir. Taşınırlar açısından taşınmaz malikinin sorumluluğuna (TMK m. 730) benzer bir hüküm de TMK'de yer almamaktadır); bu konudaki en önemli hükmün Anayasa m. 35 ("*(1) Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. (2) Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. (3) Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*" [Anayasa m. 35]) olduğu; taşınır mülkiyetinden doğan yetkilerin dürüstlük kuralına aykırı kullanılamayacağı; malikin kendi iradesiyle yetkilerini sınırlandırabileceği

veya bu yetkilerden tamamen vazgeçebileceği; TMK’de mülkiyet hakkının korunmasına, bütünleyici parça ve eklentiye ilişkin hükümlerin taşınırılar bakımından da söz konusu olduğu; taşınır mülkiyetinde taşınmaz mülkiyetinde bahsetmiş olduğumuz dikey ve yatay kapsamın bulunmadığı belirtilmektedir (AYAN, Yıl: 2012 (b) s. 528-529).

3.1.3.2.3. Taşınır Mülkiyetini Devir Borcu Doğuran Sözleşmelerde Şekil

Yukarıda, taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran işlemler, sözleşmeler ve sözleşme örnekleri üzerinden inceleme yapmış ve taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin resmî şekle tâbi olduğunu belirtmiş ve ardından taşınmazlarla ilgili açıklamalarda ayrıntılı bilgi vermiştik. Çalışmanın bu bölümünde ise sadece özel sicile tescili gereken taşınır mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmeler konusuna değinilecektir. (Taşınır mülkiyetinin devri borcu doğuran sözleşmelerde tıpkı taşınmaz mülkiyetinin devri borcu doğuran sözleşmeler gibi, bağışlama, satım, miras paylaşımı, trampa gibi sözleşmelerdir. Yukarıda bu sözleşmeler hakkında bilgi verilmiş olduğundan, tekrardan kaçınmak amacıyla burada ayrıca değinilmeyecektir).

Türk Borçlar Kanunu satış sözleşmesi düzenlemelerinde satım konusu, eşya hukuku alanına ait taşınır-taşınmaz kavramlarının kullanılmasıyla yapılmıştır. Bu bağlamda taşınır satışı hakkında da hükümler getirilmiştir. Taşınır satışı, TMK uyarınca taşınmaz sayılanlar dışında kalan ve diğer kanunlarda taşınır olarak belirtilen şeylerin satışına denilmektedir (TBK m. 209/1). Sözleşme konusunun taşınır olması hâlinde, MK’de özel bir şekil şartı belirlenmemiştir. Bu nedenle taşınır satışı sözleşmeleri Kanunlarda aksi düzenleme olmadıkça kural olarak hiçbir şekle bağlı olmayacaktır (TBK m. 12/1). Ancak bazı taşınırılar için bu kuraldan ayrılma söz konusudur. Örneğin, motorlu taşıt araçlarının, gemilerin ve uçakların satışı konusunda farklı şekil esasları benimsenmiştir.

Trafik siciline tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri, satış ve devri yapılacak araçtan dolayı motorlu taşıtlar vergisi, gecikme faizi, gecikme zammı,

vergi cezası ve trafik idari para cezası borcu bulunmadığının tespit edilmesi ve taşıt üzerinde satış ve/veya devri kısıtlayıcı herhangi bir tedbir veya kayıt bulunmaması halinde, araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi veya trafik tescil kayıtları esas alınarak noterler tarafından yapılır. Noterler tarafından yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir (Karayolları Trafik Kanunu (RG T. 18.10.1983, RG Sayı: 18195) m. 20/d) (Araç mülkiyetinin devri için noterde yapılan devir işlemi yeterlidir. Ayrıca işlemin tamamlanması için trafik siciline tescil edilmesinin gerekmediğine dair bir Yargıtay kararına göre; *“2918 sayılı KTK’nın 20/d maddesi hükmü uyarınca, noterlerce gerçekleştirilen devir işlemleri araç mülkiyetinin devri için yeterli olup, işlemin tamamlanması için trafik tesciline alıcı adına tescil işlemi yapılması mutlak koşul değildir. Tescil işlemi idari bir tasarruf olup, yaptırılmaması ayrı bir yaptırıma tâbidir ve mülkiyetin devri için kurucu nitelik taşımaz. Bunun sonucu olarak da, trafik kayıtları mülkiyeti gösteren sicillerde olmakla birlikte, bu karene kesin değildir. Ayrıca noter satışıyla devralan, adına tescil işlemi yapılmamış olsa dahi aracın maliki sayılır...”*, bkz. Yarg. 17. HD T. 28.06.2010 2010/5796 E.2010/6034 K. [bkz. İBD, C. 86, Yıl: 2012 s. 410-411]).

Türk Gemi Siciline kayıtlı olan bir geminin devri için, malik ile iktisap edenin, mülkiyetin iktisap edene devri hususunda anlaşmaları ve geminin zilyetliğinin geçirilmesi gerekmektedir. Sözleşmenin yazılı şekilde yapılması ve imzaların noter onaylı olması gerektiği TTK m. 1001/2’de düzenlenmiştir. Ancak bu sözleşme gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir (TTK m. 1001/2).

Ayrıca Türk Gemi Siciline kayıtlı bulunmayan Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynî haklara, Türk Medenî Kanunu’nun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanacak olup, gemi veya payının devri hâlinde, taraflardan her biri, giderleri karşılamak şartıyla, kendisine devre ilişkin resmî veya imzası noterce onaylı bir senet verilmesini isteyebilme hakkına sahiptir (TMK m. 997).

Uçak (Hava hukukunda pek çok uluslararası sözleşme bulunmaktadır. Sözleşmeler ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HAVEL ve SANCHEZ, Yıl:

2014 s. 1 vd.; SORGUCU, Yıl: 2012 s. 28 vd.) satışlarının şekli ise, Türk Sivil Havacılık Kanunu'nda (RG T. 19.10.1983, RG Sayı: 18196) (TSHK) özel olarak düzenlenmiştir. İlgili Kanuna göre, hava aracının tamamı veya bir payının üzerindeki mülkiyet ve diğer aynî hakların tesisi, devri ve temlik için yazılı sözleşme yapılması gerekmektedir. Temlike ilişkin sözleşmeler yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli olmayacaktır. Ancak sözleşmeler uçak siciline tescil edilmeden üçüncü şahıslar bakımından hüküm ifade etmez (TSHK m. 66). Uçak satışlarında uçak siciline tescil kurucu unsur değildir. Tescil sadece üçüncü kişilere karşı bu satışın gerçekleştiğini ileri sürülebilmek açısından bir hak sağlamaktadır. Tescile tâbi olmayan hava aracı ya da payının temlikinde taraflar mülkiyetin devredene teslimden önce geçmesini kararlaştırabilmektedirler (TSHK m. 67).

3.1.3.2.4. Taşınır Mülkiyetinin Kaybı

Taşınır mülkiyetinin kaybını çeşitli şekillerde sınıflandırabiliriz. Taşınır mülkiyetinin kaybını malikin iradesiyle ya da malikin iradesi dışında inceleyebileceğimiz gibi, taşınır mülkiyetinin mutlak-nisbî kaybı başlıkları altında da inceleyebiliriz (AKİPEK ve AKINTÜRK taşınır mülkiyetinin kaybını; mülkiyetin yeni bir mülkiyet hakkının kurulmasıyla ve mülkiyetin yeni bir mülkiyet hakkı kurulmaksızın kaybedilmesi şeklinde bir ayrıma tutularak incelemiştir (s. 606-607). Biz taşınmaz mülkiyetinin kaybı konusunu incelerken kullandığımız sistematigi izlemeyi tercih ettik).

Taşınır mülkiyeti terk veya devredilmek suretiyle kaybedilmişse, malikin iradesiyle sona erme hali ortaya çıkmış olur. Şayet taşınır mülkiyeti işleme, karışma, birleşme sonucu veya zamanaşımı yoluyla kaybedilmişse malikin iradesi dışında sona erme gerçekleşmiş olur. Taşınır mülkiyeti malik tarafından terk edilmedikçe veya başkası tarafından kazanılmadıkça yalnız zilyetliğin kaybıyla sona ermemektedir (TMK m. 778).

Bir kimse taşınır eşya üzerindeki mülkiyet hakkını başkasına devrettiğinde, o kimse bakımından mülkiyet hakkı sona ermektedir. Bu durumda mülkiyet hakkının nisbî kaybı ortaya çıkmış olur (EREN, Yıl: 2014 s. 524; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 760; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 545). Nisbî kayıp taşınır mülkiyetinin devren kazanılması ile ortaya çıkabileceği gibi, taşınır mülkiyetinin aslen kazanılmasında da ortaya çıkabilmektedir (EREN, Yıl: 2014 s. 524-525. ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 332. Örneğin, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyetin aslen kazanılması hâlinde, diğer taraf için mülkiyetin nisbî kaybı; satım sözleşmesi sonucunda taşınır mülkiyetini devren kazanılması hâlinde, diğer taraf için yine mülkiyetin nisbî kaybı söz konusu olacaktır, bkz. EREN, Yıl: 2014 s. 525). Malikin mülkiyet hakkı bir başkasına geçmeksizin sona ermişse, bu durumda taşınır mülkiyetinin mutlak kaybı gerçekleşmiş olur (EREN, Yıl: 2014 s. 525; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 545). Taşınır mülkiyetinin mutlak kaybında, mülkiyet bir başkasına geçmekle değil kendiliğinden sona ermektedir (EREN, Yıl: 2014 s. 525). Eşyanın tamamen yok olması veya özel mülkiyete konu olmaktan çıkması hâlinde de taşınır mülkiyetinin mutlak kaybı söz konusudur (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 760; L. SİRMEN, Yıl: 2013, s. 545).

Bir kimse taşınır mülkiyetini mutlak olarak kaybederken, bazen başka bir kişi için yeni bir mülkiyet hakkı doğabilir. Örneğin işleme, karışma, birleşme ya da bulunmuş eşyada mülkiyetin kazanılması ile zamanaşımı yoluyla kazanmada malikin mal üzerindeki mülkiyet hakkı sona ermektedir. Ancak bu durumda aynı mal üzerinde başka bir kişi için yeni bir mülkiyet hakkı doğmaktadır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 760; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 545).

Mülkiyetin yeni bir mülkiyet hakkı kurulmaksızın kaybedilmesi başlığı altında da yine malikin rızasıyla ve malikin dışında kayıp şeklinde ikili bir ayrım yapılmaktadır. Malikin rızası ile kayıp başlığında mülkiyetin terki suretiyle kayıp incelenmektedir (Mülkiyet hakkının terk edilmesi ile birlikte söz konusu taşınır sahihsiz eşya konumuna girmekte ve başkası tarafından TMK m. 767 uyarınca sahiplenme ile yeni bir mülkiyet hakkı doğmaktadır. Sahipsiz eşyanın mülkiyetinin sahiplenme yoluyla kazanılması Alman Hukuku [Alman Medeni Kanunu § 958/2]

ve İsviçre Hukuku'nda da [İsviçre Medeni Kanunu m. 718] kabul edilmiştir). Burada mülkiyetin mutlak kaybı vardır. Malikin rızası dışında kaybın kapsamında, cebri icra, mahkeme kararı, taşınırın başkaları tarafından yok edilmesi veya tüketilmesi ile taşınırın müsadere edilmesi durumları üzerinde durulmaktadır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 606-607).

3.2. Sınırlı Aynî Haklar

3.2.1. Genel Olarak

Mülkiyet hakkı dışındaki bütün aynî haklar sınırlı aynî hakları oluşturmaktadır. Sınırlı aynî haklar mülkiyet hakkından doğan yetkilerin bir kısmının, hukukî soyutlamayla ayrılması suretiyle hak sahibine tanınmasından oluşmaktadır (BELEN, Yıl: 2001 s. 372; BELEN, Yıl: 2005 s. 34. Benzer yönde, AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 25; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 339). Sınırlı aynî haklar, mülkiyet hakkının sahibine sağladığı kullanma (usus), yararlanma (fructus) yetkilerinden sadece birini ya da ikisini sağlamaktadır (AYAN, Yıl: 2012 (c) s. 3; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 339; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 693). Bu haklar da aynî hak oldukları için, tipe bağlılık ve sınırlı sayı ilkeleri geçerlidir.

Sınırlı aynî haklar (Sınırlı aynî hakların konusu tıpkı mülkiyet hakkında olduğu gibi aslen taşınır ve taşınmazlardır. Ancak diğer değerlerin (örneğin hak, malvarlığı intifa hakkına konu olabilir) sınırlı aynî hakların konusunu oluşturabilmesi istisnaen mümkündür) kurulduktan sonra, mülkiyet hakkından bağımsız hale gelmektedir. Zira, sınırlı aynî haklar kurulduktan sonra, varlığını sürdürebilmek için mülkiyet hakkına ihtiyaç duymazlar. Bu nedenle eşya üzerinde mülkiyet sona erse veya eşya devredilse dahi, sınırlı aynî hak eşya üzerinde devam eder (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s.766. Benzer yönde, KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983 s. 5; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 549).

Mülkiyetin içeriği aynı eşya üzerinde birden fazla sınırlı aynî hak kurulmasına olanak tanımaktadır. Aynı eşya üzerinde birden fazla sınırlı aynî hakkın bulunması halinde, bunların içeriklerinin birbirleri ile olan ilişkisi, aralarındaki önceliği belirlemektedir. Bir ilişki sınırlı aynî haklar üzerinde “sıra” olarak ifade edilmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 771). Bir eşya üzerinde kurulan sınırlı aynî haklardan hangisine öncelik tanınacağına belirlenebilmesi için sınırlı aynî hakların sırasının incelenmesi gerekir.

Sınırlı aynî hakların sırası konusunu taşınır ve taşınmazlar üzerinde kurulan sınırlı aynî haklar açısından ayrı ele alıp incelemekte fayda vardır. Taşınır üzerinde kurulan sınırlı aynî haklarda sıra, bu hakların doğum tarihlerine göre belirlenir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 771). Bir başka ifadeyle, bir taşınır üzerinde kurulan sınırlı aynî haklarda öncelik tarih olarak ilk kurulan sınırlı aynî haktır.

Bir taşınmaz üzerinde de birden fazla sınırlı aynî hak kurulabilmektedir. Taşınmaz üzerinde birden fazla sınırlı aynî hakkın kurulması halinde, bu sınırlı aynî hakların birbirleri ile çatışması veya bağdaşması halinde sıra ilişkisinde değişiklik olacaktır. Bir taşınmaz üzerinde kurulan birden fazla sınırlı aynî hakkın içerikleri bağdaşıyorsa, sınırlı aynî haklar arasında sıra eşitliğinin olduğu kabul edilir. Bir başka ifadeyle söz konusu sınırlı aynî haklardan biri diğerinden önce gelmemektedir. Örneğin, aynı taşınmazda bir manzara kapatmama irtifakı ile geçit irtifakının kurulması hâlinde, bu haklardan birinin kullanılması hâlinde diğer hak sahibinin bir zarara uğraması söz konusu olmadığı için, bunlar arasında sıra eşitliği vardır. Ancak aynı taşınmazda bulunan birden fazla sınırlı aynî hak birbirleriyle çatışıyorsa, bu durumda bunlar arasında sıra kural olarak kuruluş tarihine göre belirlenir. Bu durum “kıdeme itibar” olarak da ifade edilmektedir. “Kıdeme itibar” prensibine göre hangisi daha önce kurulmuş ise, o sınırlı aynî hak, diğer sınırlı aynî haktan önce gelir (prior tempore potior iure). Bütün ilgililerin rızası ile taraflar sınırlı aynî hakkın sırasında değişiklik yapabilirler (Aynı yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 629 vd.; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 248 vd.; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 732 vd.;

KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983 s. 23 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 771-772; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 554 vd.; ÜNAL, Yıl: 2009 s. 735-753).

Taşınmaz rehinde sıra konusunda ise sabit dereceler sistemi benimsenmiştir. Ön sıradaki derecede kurulan rehin hakkı, diğer sıradakilere göre öncelik hakkına sahiptir. Ön sırada bulunan rehnin tarih açısından diğer sıradilere göre önce ya da sonra kurulmuş olmasının bir önemi yoktur.

Türk Hukuku'na göre sınırlı aynî haklar üç türdür. Bunlar; irtifak hakları, rehin ve taşınmaz yüküdür. Bu kapsamda örneğin, bir kira ilişkisi (Her hukuk sisteminin aynı esasları benimsediğini söylemek doğru olmaz. Örneğin, İngiliz Hukuku'nda bir arazinin kiralanması aynî hak kapsamında değerlendirilebilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SWADLING, Yıl: 2007 s. 268) sınırlı aynî haklar kapsamında değerlendirilmeye müsait değildir.

3.2.2. Sınırlı Aynî Hakların Türleri

3.2.2.1. İrtifak Hakları

İrtifak hakları, malın malikine mülkiyete ait bazı yetkileri kullanmama veya bu yetkiyi sınırlı aynî hak sahibinin kullanmasına izin verme külfeti yükleyen; böylelikle hak sahibine malı kullanma ve ondan yararlanma yetkisi sağlayan aynî haklardır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 635; AYAN, Yıl: 2012 (c) s. 9; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 25-26; ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 347; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 737; OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 141; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 775; SCHMID ve HURLIMANN-KAUP, Yıl: 2003 s. 256; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 547; TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 29). İrtifak hakları sağlamış oldukları yetkiye göre intifa hakkı, sükna (oturma) hakkı, üst hakkı, kaynak hakkı ve diğer irtifaklar şeklinde çeşitli alt başlıklara ayrılabilir.

Türk Medeni Kanunu'nun dördüncü kitabının ikinci kısmı sınırlı aynî haklara ayrılmıştır. İkinci kısmın ilk bölümünde irtifak hakları ve taşınmaz yüküne yer verilmiştir. Burada ilk ayrımı taşınmaz lehine irtifak hakkı, ikinci ayrımı ise, intifa hakkı ve diğer irtifak hakları oluşturmaktadır. Medeni Kanun'da irtifak hakları "*Taşınmaz Lehine İrtifak Hakları*" (eşyaya bağlı irtifaklar) (m. 779-838) başlığı altında taşınmaz irtifakları asıl alınarak düzenlenmiştir.

Bir irtifak hakkı sadece belirli bir şahıs lehine kurulabiliyorsa, bu irtifak hakkı şahsi irtifak olarak isimlendirilir. Şahsi irtifakların şayet başkasına devri ve miras yoluyla intikâli mümkün değilse, bu haklar şahısla kaim irtifak hakları (zorunlu olarak şahsa bağlı) olarak karşımıza çıkarlar. İntifa ve oturma hakkı böyledir (TMK m. 806/1, TMK m. 823) (Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 643 vd.; AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 30; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 700-701; OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 142; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 780; TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 29. Doktrinde şahsa bağlı irtifak haklarının, şahsi irtifak hakları olarak isimlendirildiği ancak bu durumun yanlış anlamaya müsait olması nedeniyle, kişiye (şahsa) bağlı irtifak hakkı terimin kullanılması gerektiği belirtilmiştir, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 644). Şahısla kaim irtifak hakları dışındaki diğer irtifak hakları hem şahsa bağlı hem devredilebilir ve mirasçılara intikâl edebilir şekilde kurulabileceklerdir. Üst hakkı (TMK m. 826/2) ve kaynak hakkı (TMK m. 837/2) kanunen bağımsızdır.

Taşınmaz lehine irtifak hakkı, bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine konulmuş bir yükür. Bu irtifak hakkında, yüklü taşınmazın maliki mülkiyet hakkının sağladığı bazı yetkileri kullanmaktan kaçınmaya veya yararlanan taşınmaz maliki yüklü taşınmazı belirli şekilde kullanmasına katlanmaya mecbur bırakılmıştır (TMK m. 779/1).

İrtifak hakkının bir başka taşınmaz lehine kurulması, eşyaya bağlı irtifak olarak isimlendirilmektedir. Eşyaya bağlı irtifaklarda taşınmaza kim malik olursa, söz konusu irtifak hakkına da o kişi sahip olmaktadır (AYAN, Yıl: 2012 (c) s. 29 vd.; OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 142-143; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013

s.781-782; SCHMID ve HURLIMANN-KAUP, Yıl: 2003 s. 260). Örneğin, (A) taşınmaz üzerinde (B) taşınmazı lehine bir geçit irtifakı kurulmuş ve geçit irtifakı kurulduktan sonra (B) taşınmazı el değiştirmiş olsun. Bu durumda, (B) taşınmazının yeni maliki (B) taşınmazı lehine kurulan geçit irtifakına sahip olacaktır.

İrtifak hakkının konusunu oluşturan taşınmaz, kural olarak başkasının mülkiyetindedir. Başka deyişle malikle irtifak hakkı sahibi ayrı kişilerdir. Ancak malik kendisine ait iki taşınmazdan biri üzerinde diğerinin lehine irtifak hakkı kurabilme hakkına sahiptir (TMK m. 782). Bu durum doktrinde “*malik lehine irtifak hakkı*” olarak ifade edilmektedir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 620 ve 636; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 247; GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 722 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 768; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s.5 50. AYBAY ve HATEMİ, malikin kendi mülkü üzerinde taşınmaz lehine bir irtifak hakkına sahip olabileceğini ancak malikin kendi mülkü üzerinde bir kişisel irtifak (intifa veya sükna) hakkına sahip olamayacağını belirtmektedir, bkz. AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 247. Karşı görüş için bkz. KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983 s. 16).

İrtifak hakkının kurulması, tapu kütüğüne tescil edilmesi şartına bağlıdır (TMK m. 780/1). (İntifa hakkı, taşınmaz üzerinde kurulabildiği gibi; alacak, taşınır ve haklar üzerinde de kurulabilmektedir (TMK m. 794/1). Dolayısıyla intifa hakkının tapu siciline tescil edilmesi, intifa konusunun taşınmaz olması şeklinde anlaşılmalıdır. Doktrinde irtifak haklarının kurulması için tescil prensibine bağlı olunmasının, esas itibariyle devren kazanımda geçerli olacağı ileri sürülmektedir, bkz. AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009, s. 254). Maddenin ikinci fıkrasında “*İrtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde, aksi öngörülmüş olmadıkça taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır*” denildiğinden ilk fıkra hükmünün yazılmasına gerek yoktur. Zira zaten taşınmaz mülkiyetinin kural olarak tescille kazanılır (TMK m. 705). Kanun koyucu burada kuralı tekrar etmiştir. Belirtmek gerekir ki, irtifak haklarının kurulması, tescilsiz iktisabın söz konusu olması, bu irtifak haklarının mahiyetlerinin taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz edinilmesi için konulmuş olan

kurallara uygun düştükleri ölçüde söz konusu olacaktır. (ACEMOĞLU, Yıl:1969 s. 799). Örneğin, oturma hakkının miras yolu ile kazanılması mümkün değildir.

İrtifak hakkının kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerli olması için, resmî şekilde düzenlenmesi gerekmektedir (TMK m. 781). Resmî senedi düzenleme yetkisi tapu memurundadır (Tapu Kanunu m. 26). İrtifak sözleşmesi de bir sözleşmedir. Her sözleşmede aranan geçerlilik şartları, bu sözleşme için de aranmaktadır (Sözleşmelerin geçerlilik şartları için doktrinde bütün sözleşmeler için aranan geçerlilik şartları ve bazı sözleşmeler için aranan geçerlilik şartları şeklinde ikili bir ayırım yapılmıştır. Bütün sözleşmeler için aranan şartlar, tarafların ehliyeti, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlâka ve kişilik haklarına aykırı olmaması, sözleşmenin konusunun imkânsız olmaması, irade beyanlarının sağlıklı olması (irade beyanlarının yanılma [hata], aldatma [hile] ve korkutma [tehdit] ile sakatlanmamış olması) ve sözleşmede muvazaanın bulunmamasıdır. Bazı sözleşmeler için aranan geçerlilik şartları ise, aşırı yararlanma bulunmaması, şekle uyulması ve genel işlem koşullarında getirilen sınırlamalara uyulmasıdır, bkz. OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2011 s. 82 vd. Benzer yönde, A. KILIÇOĞLU, Yıl: 2012 s. 84 vd. Bu kapsamda verilen bilgiler, tüm sözleşmeler için geçerli olduğundan, yapılan açıklamalar sadece irtifak sözleşmeleri ile sınırlı değildir). Bu kapsamda, örneğin bir irtifak sözleşmesinin Kanun'un emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olmaması gerekir. Aksi halde sözleşme kesin olarak hükümsüzdür (GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 760. Aynî hakkın kurulabilmesi için, borçlandırııcı işlem ve tasarruf işleminin yapılması gerekmektedir, bkz. GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 769. Geçerlilik şartlarına sahip olmayan bir irtifak sözleşmesinin tescil edilmesi hâlinde, bu tescil hüküm ifade etmez, yolsuz tescil olur. Ancak doğmamış bulunan bu irtifak hakkının iyi niyetle kazanılması mümkündür (GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 760) (TBK m. 27/1).

İrtifak hakları, tescilin terkinin veya yüklü ya da yararlanan taşınmazın (“Yüklü ve yararlanan taşınmazlara aynı kimse malik olursa, bu kişi, irtifak hakkını terkin

ettirebilir. (2) Terkin edilmedikçe irtifak, aynî hak olarak varlığını sürdürür” [TMK m. 784]. Doktrinde TMK m. 784/2 hükmünün malik lehine irtifakın bir diğer hâli olduğu belirtilmiştir, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 768. “(1) *Lehine irtifak kurulan taşınmaz için bu hakkın sağladığı hiç bir yarar kalmamışsa, yüklü taşınmazın maliki bu hakkın terkinini isteyebilir. (2) Yüğüne oranla çok az yarar sağlayan bir irtifak hakkının, bedel karşılığında kısmen veya tamamen terkinini istenebilir*” [TMK m. 785]] yok olmasıyla sona ermektedir (TMK m. 783).

3.2.2.1.1. İntifa Hakkı

İntifa hakkının tanımı TMK’de yer almamıştır. İntifa hakkı, kişi lehine kurulan, devir ve intikâl kabiliyeti olmayan, sahibine kullanma (İntifa hakkı sahibinin, intifa konusu taşınmazı kiralaması, söz konusu taşınmazın kullanılması niteliğindedir, bkz. AKSU, Yıl: 2006 s. 41) ve yararlanma yetkisi (tam yararlanma) (TMK m. 794/2) veren bir irtifak hakkıdır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 679; KIKINIS, Yıl: 1996 s. 38. Benzer yönde, ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 380; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 578). Mülkiyet hakkının malikine sağladığı yetkiler anımsandığında, diğer irtifak haklarına göre intifa hakkının malikine en geniş yetkileri tanıdığını görmekteyiz.

İntifa hakkının kurulmasıyla malik, eşyanın veya hakkın özdeğerini kendisinde tutmakta, bunlardan elde edilebilecek yararları ise belirli bir kişiye tahsis etmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 817). İntifa hakkı başkasında olan bir malın malikinin elinde, sadece çıplak mülkiyet kalmaktadır (ESENER ve GÜVEN, Yıl: 2012 s. 380; OĞUZMAN ve BARLAS, Yıl: 2011 s. 141; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 578).

İntifa hakkı taşınırlar (örneğin bir makine), taşınmazlar (örneğin kat mülkiyetine tâbi bağımsız bölüm), haklar (örneğin alacak hakkı) veya bir malvarlığı üzerinde (Malvarlığının intifa hakkına konu olması onun bir bütün olarak bu hakkın konusunu oluşturacağı anlamına gelmemektedir. Zira, malvarlığı eşya hukuku anlamında ne bir eşya ne de bir maldır. Malvarlığı üzerindeki intifa hakkının

konusunu, malvarlığının aktifinde bulunan hakların konusunu oluşturan maddî ve maddî olmayan mallar oluşturmaktadır. Bu nedenle, malvarlığı üzerinde tek bir intifa hakkı değil, malvarlığında bulunan malların konusu kadar intifa hakkı söz konusu olur. İntifa hakkı, malvarlığının ancak aktif kısmı üzerinde kurulabilir. İntifa hakkı malvarlığının tamamı üzerinde kurulabileceği gibi, malvarlığının belirli bir kısmı üzerinde de kurulabilir, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 683-684) (örneğin bir ticari işletmenin malvarlığı) kurulabilmektedir (TMK m 794/1). Bu yönüyle, diğer irtifak haklarından ayrılmaktadır.

Bir hakkın intifa hakkına konu olabilmesi için doğrudan doğruya veya kapsamış olduğu edim bakımında yararlanmaya elverişli olması ile temlik edilebilir nitelikte olması gerekmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 848; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 583). Bir alacak üzerinde kurulan intifa hakkı, onun getirisini edinmeye olanak tanır (TMK m. 820/1). Bu durumda alacağın özü alacaklının şahsında kalmaya devam ederken, bu alacağın semeresini (faiz ve temettü gibi getirisi) intifa hakkı sahibi tahsil etmektedir (SEROZAN, Yıl: 2014 s. 338. Doktrinde alacak intifasının gerçek anlamda bir aynî hak sayılamayacağı belirtilmektedir, bkz. SEROZAN, Yıl: 2014 s. 338).

Malvarlığı üzerinde intifa hakkı kurulabilmesi için, malvarlığında yer alan eşya ve haklar tek tek intifa hakkı konusu olmalıdır. Belirlilik ilkesinden dolayı tüm malvarlığı üzerinde aynî hak kurulması mümkün değildir. Bu nedenle malvarlığında yer alan taşınır, taşınmaz ve haklar üzerinde ayrı ayrı, kendilerine özgü şekillere uyulmak suretiyle intifa hakkı kurulması gerekir (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 583. Benzer yönde ÖZEN, Yıl: 2008 s. 427 vd.) Malvarlığı üzerinde intifa hakkı, bu intifa haklarının toplamıdır (ÖZEN, Yıl: 2008 s. 427).

İntifa hakkı yalnızca belirli bir gerçek ya da tüzel kişi lehine kurulabilir. Belirli olmayan bir kişi lehine intifa hakkı kurulması mümkün değildir. İntifa hakkı bir adi şirket lehine kurulduğunda, adi şirketin tüzel kişiliği olmadığı için (Ayrıntılı bilgi için bkz. ANSAY, Yıl: 1999 s. 9; KARAHAN, Yıl: 2012 s. 25; PULAŞLI,

Yıl: 2011 s. 12) ortaklar bu hakka elbirliği ile sahip olacaklardır. Ancak “bir ticari işletme kime ait olursa, intifa hakkına da o sahip olacaktır” şeklinde bir intifa hakkı kurulması mümkün değildir. İntifa hakkının bir taşınmazın mülkiyetine bağlanması suretiyle eşyaya bağlı olarak kurulması da mümkün değildir (ÖZEN, Yıl: 2008 s. 21).

İntifa hakkı kural olarak tüketilemeyen eşya üzerinde kurulmaktadır. Örneğin, taşınmaz ya da otomobil gibi. Ancak istisnai olarak para, yakıt ve yiyecek gibi tüketilebilen eşya üzerinde de intifa hakkı kurulabilmektedir (TMK m. 819). Tüketilebilen veya değer biçilen şeyler üzerinde kurulan intifa hakkı gerçek olmayan intifa hakkı olarak ifade edilmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 847; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 338; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 581). Böyle bir durumda intifa konusu taşınır eşyanın sadece zilyetliği değil, mülkiyeti de intifa hakkı sahibine geçecektir. İntifa hakkı sahibi eşyayı istediği şekilde kullanıp tüketebilecektir. İntifa hakkı sahibi, intifa süresi sona erdiğinde, intifa konusu eşyayı misli olarak veya değer olarak (aynen değil) geri vermek zorundadır (TMK m. 819).

İntifa hakkının kurulması, taşınırlarda zilyetliğin devri (Alman Hukuku’nda taşınırlar üzerinde intifa hakkı kurulabilmesinde teslim şartı aranmaktadır (Alman Medeni Kanunu § 1032). Fransız Hukuku’nda intifa hakkı çeşitli taşınır ve taşınmazlar üzerinde kurulabilmektedir [Fransız Medeni Kanunu m. 581]), alacaklarda alacağın devri, taşınmazlarda tapu kütüğüne tescil ile gerçekleşmektedir. (İntifa hakkı devredilmediği için devren kazanılamayacaktır. Bu hak, tesisen ya da aslen kazanılabilecektir, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 821; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 583). Taşınır ve taşınmazlarda intifa hakkının kazanılması ve tescilinde, aksine düzenleme olmadıkça, mülkiyete ilişkin hükümler uygulanır (TMK m. 795/2). Belirtmek gerekir ki, taşınmaz üzerindeki yasal intifa hakkı tapu kütüğüne tescil edilmemiş olsa bile, durumu bilenlere karşı ileri sürülebilir. Tescil edilmiş ise, herkese karşı ileri sürülebilmektedir (TMK m. 795/3).

İntifa hakkı yukarıda söylemiş olduğumuz gibi, şahsa bağlı bir irtifak hakkıdır. İntifa hakkı devredilemeyeceği gibi mirasçılara da intikâl etmez. Ancak sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılmıyorsa, intifa hakkının kullanılması başkasına devredilebilmektedir (TMK m. 806/1). Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Kanun'un intifa hakkının devredilmesine değil, sadece intifa hakkının kullanılmasının devrine izin vermiş olduğudur. Örneğin, intifa konusu eşya ariyete ya da kiraya verilebilecektir. (ÖZEN, Yıl: 2008 s. 55; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 337; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 579).

İntifa hakkının kullanımının devri, intifa hakkı sahibi ile üçüncü kişi arasında bir borç ilişkisi kurmaktadır. Örneğin, üzerinde intifa hakkı kurulan bir yapıyı, intifa hakkı sahibi bir başkasına kiraya verebilecektir. Ancak intifa hakkı sahibi ölürse veya hakkından vazgeçerse, üçüncü kişinin hakkı da sona ermiş olacaktır. İntifa hakkının kullanımı devrediliğinde malik ile üçüncü kişi arasında doğrudan doğruya bir hukukî ilişkisi kurulmamasına rağmen malik haklarını Kanun gereği devralana karşı doğrudan doğruya ileri sürebilmektedir (TMK m. 806/2) (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 579).

İntifa hakkı gerçek kişilerde hak sahibinin ölümüne kadar (süre belirtilmemişse) devam etmektedir. Bu nedenle hak sahibinin yaşamının gerçek kişi lehine kurulan intifa hakkının süresini oluşturduğu söylenebilecektir. Tüzel kişilerde ise, kararlaştırılan sürenin dolması, süre kararlaştırılmamışsa kişiliğin ortadan kalkmasıyla sona erecektir. Tüzel kişilerin intifa hakkının zamanı konusunda Kanun'da bir sınırlama yapılmış ve bu süre en çok yüz yıl olarak belirlemiştir (TMK m. 797) (İntifa hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 674 vd.; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 259 vd.; DEUBNER, Yıl: 1978 s. 9 vd.; KIKINIS, Yıl: 1996 s. 1 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 817 vd.; ÖZEN, Yıl: 2008 s. 1 vd.; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 336 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 578 vd.; TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 39 vd.).

3.2.2.1.2. Oturma (Sükna) Hakkı

Oturma hakkı, bir binadan veya binanın bir bölümünden konut olarak yararlanma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır (TMK m. 823/1). Bu hak sadece bir gerçek kişi lehine kurulabilir. Bu hakkın şahsen kullanılması zorunlu olduğundan, tüzel kişi lehine oturma hakkı tesis edilmesi mümkün olmamaktadır (KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983 s. 153; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 852). Bu hak, sahibine sadece oturma yetkisi vermektedir. Bu nedenle bir binanın işyeri olarak kullanılabilmesi için, oturma hakkı tesis edilemez (KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983 s. 153; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 599).

Oturma hakkı bir taşınmaz veya bağımsız ve sürekli hak olarak tapuya kaydedilen üst hakkı üzerinde kurulabilecektir (GÜRİSOY vd. Yıl: 1984 s. 888). Zira, bağımsız ve sürekli nitelikteki bir üst hakkı tapuya ayrı bir sayfa açılarak taşınmaz gibi kaydedilebilecektir. Ancak inşa edilecek yapı oturmaya elverişli olmalıdır.

Oturma hakkının kapsamı, genel olarak hak sahibinin kişisel ihtiyaçlarına göre belirlenir (TMK m. 824/1). Bu nedenle oturma hakkının kullanılmasının başkasına devredilmesi mümkün değildir (KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983 s. 153; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 852). Bu nedenle oturma hakkı sahibi, binanın kullanmadığı kısımlarını kiraya veremeyecektir, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 852; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 599).

Bu hakkın sahibi, hakkın kendisine özgülendiği açıkça belirtilmedikçe, bina veya onun bir bölümünde ailesi ve ev halkı ile birlikte oturabilmektedir. Ayrıca binanın bir bölümü üzerinde oturma hakkına sahip olan kimse, ortaklaşa kullanmaya özgülünen yerlerden de yararlanabilecektir (TMK m. 824/2-3). Alman Hukuku'nda da oturma hakkı sahibinin ailesi ve hizmetinde olan ya da kendisine bakan kimselerle birlikte oturabileceği kabul edilmiştir (Alman Medeni Kanunu § 1093/2).

Alman Hukuku'nda oturma hakkının binanın bir bölümü ile sınırlı olarak tanınması hâlinde, hak sahibinin binada oturanların genel olarak kullandığı tesis ve olanaklardan yararlanabileceği kabul edilmiştir (Alman Medeni Kanunu § 1093/3).

Oturma hakkı, başkasına devredilemeyen ve mirasçılara geçemeyen bir haktır (TMK m. 823/2). Bu nedenle sükna hakkı da tıpkı intifa hakkı gibi, şahısla kaim bir irtifak hakkıdır.

Lehine oturma hakkı tesis edilen kişi, binanın veya bir bölümünün tamamından yararlanma yetkisini haizse; bina veya bölümün muhafazası ve olağan bakımı için gerekli onarım ve yenileme giderlerine katlanmak zorundadır. Ancak hak sahibi bina veya onun bir bölümünü malik ile birlikte kullanıyorsa, bakım ve onarım giderleri malike ait olmaktadır (TMK m. 825).

Kanun, oturma hakkına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme getirmemiş, aksi belirtilmeyen hallerde, intifa hakkına ilişkin hükümlerin oturma hakkına da uygulanacağını belirtmiştir (TMK m. 823/3) (Alman Hukuku'nda da aynı esas benimsenmiştir [Alman Medeni Kanunu § 1093/1]. Oturma hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 696 vd.; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 263 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 851 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 599 vd.).

3.2.2.1.3. Üst (İnşaat) Hakkı

Üst hakkı başkasına ait arazinin altında veya üstünde bir yapı yapmak veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmek suretiyle, ona malik olma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır (TMK m. 726/1, 826/1). Üst hakkının gerek üst hakkı sahibi gerek taşınmaz (arazi) maliki açısından pek çok avantajı vardır (Yapı yapmayı düşünen kişinin inşaat için yeterli sermayesi olmasına karşılık, arsayı satın alma olanağı yoksa, bu kişi üst hakkından faydalanarak arsayı satın alma zorunluluğundan kurtulabilmektedir, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 857. Benzer yönde, AKİPEK, Yıl: 1972 s. 26-27.

Yapılan inşaat arazinin değerini arttıracaktır. Üst hakkı, arazisini elden çıkarmak istemeyen malike, bir bedel karşılığında arazisini değerlendirme fırsatı vermektedir. Üst hakkı sona erdiğinde yapılan yapı, arazi malikine kalacağından [TMK m. 828] malik açısından da avantajlı bir durum ortaya çıkmış olacaktır, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 703).

Bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyeti, üst hakkı sahibine ait olmaktadır (TMK m.726/1). (Üst hakkı bu özelliği ile yüklü taşınmaz malikinin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini sınırlar ve onu arazisinde bir yapının inşaatına ve/veya muhafazasına katlanmak zorunda bırakır. Yüklü taşınmaz maliki, arazisinin üst hakkı sahibi tarafından kullanılmasına katlanmak ve onun inşaatı yapmasını ve kullanması engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır, bkz. O. GÜRZUMAR, Yıl: 1998 s. 31-32). Bu niteliği ile üst hakkı “*üst arza tâbidir*” kuralının istisnasını teşkil etmektedir (BELEN, Yıl: 2005 s. 10; ERGÜNE, Yıl: 2008 s. 275; O. GÜRZUMAR, Yıl: 1998 s. 110). Bir başka ifadeyle üst hakkında, inşaat üzerindeki mülkiyet arazi mülkiyetinin madde itibariyle kapsamından çıkarılmış olmaktadır (O. GÜRZUMAR, Yıl: 1998 s. 114). Üst hakkında bir arazi üzerinde iki farklı mülkiyet vardır (Üst hakkı sahibinin sahip olduğu mülkiyet hakkı arazi üzerindeki mülkiyet hakkından bağımsızdır. Ancak bu ifade, üst hakkı sayesinde kazanılan mülkiyet hakkının tamamen bağımsız bir aynî hak olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira, bu mülkiyet hakkı üst hakkı içeriğine dahil bir yetki olarak, bu hakka ayrılmaz bir şekilde bağlı ve onu izleyen bir aynî haktır, bkz. O. GÜRZUMAR, Yıl: 1998 s. 114-115). Ancak üst hakkı sahibine tanınan mülkiyet hakkı irtifak hakkına bağlıdır, bağımsız değildir (ERGÜNE, Yıl: 2008 s. 277. Üst hakkı üzerinde tesis edilecek olan aynî haklar, üst hakkının konusunu oluşturan yüklü taşınmazı etkilememektedir. Yüklü taşınmaz üzerinde sonradan kurulmuş olan aynî haklar da, üst hakkından doğan mülkiyet hakkının konusunu oluşturan yapıyı etkilemeyeceklerdir. Bu nedenle de bu aynî haklar arasında sıra ilişkisi yoktur, bkz. GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 892; ÜNAL, Yıl: 1998 s. 174-175).

Üst hakkı kural olarak şahıs lehine kurulan bir başka ifadeyle şahsi bir irtifak hakkıdır. Üst hakkının gerçek ya da tüzel kişi lehine kurulması mümkündür. (O. GÜRZUMAR, Yıl: 1988 s. 36; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 857; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 601). Bu hak belirli birden fazla kişi lehine de kurulabilmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 857). Üst hakkının eşyaya bağlı irtifak şeklinde kurulması da mümkündür (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 708; O. GÜRZUMAR, Yıl: 1988 s. 54; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 857; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 601).

Aksi kararlaştırılmış olmadıkça üst hakkı devredilebilmekte ve mirasçılara (İsviçre Federal Mahkemesi'nin üst irtifakı üzerinde birlikte hak sahibi olanlardan birinin ölümünün sonuçlarına ilişkin vermiş olduğu bir kararda; bir arazinin maliki ile başka üç kişinin, bu arazi üzerindeki yapıların mülkiyetini dört eşit pay hâlinde paylaşmasına, üst irtifakının ise, yalnızca üç tanesi lehine kurulmasına yönelik olarak sözleşmelerine koymuş oldukları hükmün içeriğinin imkânsız olması nedeniyle geçeriz olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, tarafların yaptığı bu sözleşme hükmünün; irtifak üzerinde birlikte hak sahibi olacak dört kişi lehine (yapıların birlikte malikleri de dahildir) her birine dörtte bir oranında pay düşecek şekilde, bu yapılar ve onlardan geçen kanalizasyonlar üzerinde üst irtifakı tesis edilmesine yönelik geçerli bir hükme dönüştürülebileceğini belirtmiştir, bkz. ŞAFAK, Yıl: 2013 s. 1112-1113. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. ŞAFAK, Yıl: 2013 s. 1112-1122) geçebilmektedir. (TMK m. 826/2). Devir ve miras yoluyla intikâl olanağı, şahsi üst hakkına bağımsızlık imkânı vermektedir (Bir (taşınmaz üzerindeki) irtifak hakkı sahipliği diğer bir taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkına sahip olmaya bağlanmamış, böylelikle bu irtifak hakkının hukukî akıbeti (devri, miras yoluyla intikâlî vs.) diğer taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının akıbetine tâbi değilse ve bu irtifak hakkı başkasına devredilebiliyor ve mirasçıya geçebiliyorsa, o hak bağımsız bir irtifak hakkıdır, bkz. O. GÜRZUMAR, Yıl: 1988 s. 37). En az otuz yıl için kurulan üst hakkı ise sürekli niteliktedir (TMK m. 826/3). Bağımsız ve sürekli nitelikte olan üst hakkı, üst hakkı sahibinin istemi üzerine tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilecektir (TMK m. 826/3). (Doktrinde üst hakkında mülkiyet hakkına konu inşaatın niteliği bakımından

“taşınır” olmadığı, ancak TMK m. 704 ve 998 hükümleri karşısında da “taşınmaz” da sayılmayacağı; bu nedenle taşınmaz olarak tapu siciline kaydedilmediği takdirde (bağımsız ve sürekli olmaması hâlinde); en doğru çözümün inşaatın sui generis bir eşya olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 67. Bu sebeplerden dolayı üst hakkında mülkiyet hakkına konu yapı “taşınmaz şey” dir, bkz. BELEN, Yıl: 2001 s. 373; BELEN, Yıl: 2005 s. 37).

Üst hakkı, bağımsız bir hak olarak en çok yüz yıl için kurulabilir (Tarafların, yüzyıldan fazla bir süre kararlaştırmaları halinde, üst hakkının yüzyıl için kurulmuş olduğu kabul edilmelidir, bkz. O. GÜRZUMAR, Yıl: 1988 s. 39). Ancak süresinin dörtte üçü dolduktan sonra, kurulması için öngörülen şekle uyulmak kaydıyla, her zaman en çok yüz yıllık yeni bir süre için uzatılabilir. Bu konuda önceden yapılan taahhüt bağlayıcı değildir (TMK m. 836).

Üst hakkının kuruluşu, kural olarak eşyaya bağlı irtifak haklarının kurulmasına ilişkin TMK m. 780 ve 781 hükümlerine tâbidir. Üst hakkı taşınmazlar üzerinde kurulabilmektedir. Üst hakkının kurulmasına ilişkin irtifak sözleşmesi (tescilin hukukî sebebi) resmî şekle (Konun yansıdığı bir Yargıtay kararına göre; “... Aralarında resmî sözleşme olmasa bile yapı sahibi ile arazi sahibi arasında üst hakkı tanınacağına dair adi yazılı sözleşme olmadan doğrudan mahkemeye açılan dava ile hükmen üst hakkı tesisi istenemez...”, (Yarg. 14. HD T. 26.06.2007 E. 2007/7364 K. 2007/8334 [bkz. YKD, C. 37, Mart 2011, Sayı: 3, s. 458-459]) tâbidir (TMK m. 827) (“Üst hakkının içerik ve kapsamıyla ilgili olarak resmî senette yer alan, özellikle yapının konumuna, şekline, niteliğine, boyutlarına, özgülleme amacına ve üzerinde yapı bulunmayan alandan faydalanmaya ilişkin sözleşme kayıtları herkes için bağlayıcıdır” [TMK m. 827]. Üst hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK, Yıl: 1972 s. 25-69; AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 703 vd.; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 265 vd.; BELEN, Yıl: 2001 s. 371-396; BELEN, Yıl: 2005 s. 33-55; ERGÜNE, Yıl: 2008 s. 275-292; O. GÜRZUMAR, Yıl: 1988 s. 3 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 856 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 601 vd.).

Bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamamaktadır (TMK m. 726/3). Ayrıca ağaçlar ve ormanlar üst hakkına konu olmazlar (TMK m. 729/2). Doktrinde, tapuya taşınmaz olarak kaydedilmeyen bağımsız üst haklarının intifa hakkına konu olabilmesine teorik açıdan bir engel olmadığı ileri sürülmektedir (O. GÜRZUMAR, Yıl: 1988 s. 41).

3.2.2.1.4. Kaynak Hakkı

Kaynak yer altı suyunun doğal ve sürekli bir şekilde kendiliğinde yer üstüne çıkması, bir yer altı suyunun belirli bir taşınmaz içinde belirli bir noktada kaynamasıdır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 531). Kaynaklar TMK m. 756 uyarınca (Kaynak TMK gereği arazinin bütünleyici parçasıdır [TMK m. 718/2 ve TMK m. 756/1] yer altı sularından farklı olarak özel mülkiyete konu olabilirler.

Kaynak hakkı, hak sahibine başkasının arazisindeki suların alınması ve akıtılması hakkını sağlayan bir irtifak hakkıdır (TMK m. 837/1). Bu nedenle hak sahibi tarafından suyun alınması ve kendi arazisine akıtılması dışında bir hak temin etmek amacıyla kurulacak bir irtifak hakkı kaynak hakkı olmayacaktır. Örneğin, hak sahibine ait hayvanların su ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla kaynaktan yararlanma yetkisi veren irtifak hakkı, kaynak irtifakı değildir (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 607. Kaynak hakkı sahibi, kaynak sularını tutmak ve akıtmak için gerekli mecra gibi tesisleri yapma yetkisine sahiptir. Bu tesislerin yapımı için ayrıca üst hakkı kurulmasına gerek yoktur, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 865).

Kaynak hakkı şahsa ya da eşyaya bağlı olarak kurulabilir. Aksi kararlaştırılmış olmadıkça, kişisel nitelikte kurulan kaynak hakkı başkasına devredilebilmekte ve mirasçıya geçebilmektedir (TMK m. 837/2). Kaynak hakkı, bağımsız nitelikte ve en az otuz yıl için kurulmuş ise, tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilebilir (TMK m. 837/3).

Kaynak hakkının kazanılmasına ilişkin bir hükme MK’de yer verilmemiştir. Bu nedenle TMK m. 780/2’nin atfı ile taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasını düzenleyen hükümler kıyasen kaynak hakkının kazanılması için de uygulanacaktır.

3.2.2.1.5. Diğer İrtifak Hakları (Düzensiz İrtifaklar)

Malik, taşınmazı üzerinde herhangi bir kişi veya topluluk lehine atış eğitimi veya spor alanı ya da geçit olarak kullanılmak (Geçit hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. REY, Yıl: 2007 s. 560 vd.; ÖZSUNAY, Yıl: 1968 s. 1 vd.; ÖZSUNAY, Yıl: 1962 s. 751-789; SURLU, Yıl: 2007 s. 23 vd.) gibi belirli bir yararlanmaya hizmet etmek üzere başka irtifak hakları da kurabilmektedir (TMK m. 838/1). Taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin hükümler, bu tür irtifak haklarına da uygulanmaktadır (TMK m. 838/3).

Her ne kadar TMK’de atış eğitimi ya da geçitten bahsedilmiş olsa da, bu konuda bir sınırlama yoktur. Avlanma hakkı, odun kesme hakkı, ormandan kesilen odunların yüklü taşınmazdan kaydırılarak taşıma mahalline getirilmesi hakları da diğer irtifak haklarına örnek olarak verilebilmektedir (SURLU ve ÖZTÜRK, Yıl: 2007 s. 95).

Düzensiz irtifaklar şahsi irtifak olarak kurulabilabilirler. Zira, TMK m. 838/1’de bu irtifak haklarının “*bir kişi veya topluluk lehine*” (Topluluk lehine kurulan diğer irtifak, bir toplulukta yer alan belirsiz kişiler yararına kurulmuş olur, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 866) kurulabileceği belirtilmiştir. Örneğin, bir merada hayvan otlatma hakkının, bir spor alanından yararlanma hakkının TMK m. 838 uyarınca bir kişisel irtifak olarak kurulmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür (AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 267. Bir başka örnek olarak yüklü taşınmazda belli bir iktisadi faaliyetin yapılmaması verilebilir, bkz. KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983 s. 183).

Diğer irtifak hakları, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, başkasına devredilememekte ve mirasçılara geçmemektedir (TMK m. 838/2). Bu irtifak hakları, başkasına devrinin ya da mirasçılara geçmesinin kararlaştırılabilir olması yönüyle, şahısla kaim irtifak hakkı olan intifa ve oturma hakkından ayrılırlar (Diğer irtifaklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 719 vd.; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 267 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 865 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 608 vd.). Diğer irtifak haklarının kapsamı, hak sahibinin olağan ihtiyaçlarına göre belirlenir (TMK m. 838/2).

Genel olarak bir taşınmazdan zamanla sınırlı olarak yararlanma hakkı şeklinde ifade edebileceğimiz devre mülk hakkı Kat Mülkiyeti Kanunu'nda (RG T. 02.07.1965, RG Sayı: 12038) (KMK) düzenlenmiştir. Bu hak da, diğer irtifaklardan birini oluşturmaktadır (AKDEMİR-HAVUTÇU, Yıl: 1986 s. 46; HAVUTÇU, Yıl: 2002 s. 361; ÖZMEN, Yıl: 1988 s. 101 vd.; TOK, Yıl: 2000 s. 15. KMK m. 57 uyarınca da bu hak bir irtifak hakkıdır. Aksi görüş için bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 726-727. OĞUZMAN vd. devre mülk hakkında paylı mülkiyete tâbi bir taşınmazdan paydaşların mesken olarak yararlanmalarının zamana göre düzenlenmesinin söz konusu olduğunu, KMK'de irtifak hakkından bahsedilmesinin bu nedenle yanlış ve yanıltıcı olduğunu ileri sürmektedir, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 726-727).

Devre mülk hakkı, müşterek mülkiyet payına bağlı olarak kurulmakla birlikte, devir ve intikâl kabiliyetine sahiptir (KMK m. 57 ve KMK m. 58/4). Bu hak ancak konut nitelikli, kat mülkiyetine veya kat irtifakına çevrilmiş ya da müstakil yapılarda kurulabileceğinden (KMK m. 58/3), örneğin bir işyerinde, dükkânda devre mülk hakkı tesis edilemez (EREN, Yıl: 2014 s. 188. İşyeri amacıyla açılmış iş merkezi, alış veriş merkezi, imalâthanede de devre mülk hakkı kurulamaz, bkz. EREN, Yıl: 2014 s. 188). Devre mülk hakkı, resmî senet düzenlenmesi ve tapu kütüğüne tescil ile kurulacaktır (AKDEMİR-HAVUTÇU, Yıl: 1986 s. 69-71).

3.2.2.2. Taşınmaz Yükü

Taşınmaz yükü, bir taşınmazın malikini yalnız o taşınmazla sorumlu olmak üzere diğer bir kimseye bir şey vermek veya yapmakla yükümlü kılan bir sınırlı aynî haktır (TMK m. 839/1). Örneğin, iki kişiden birisinin meyve bahçesi diğerinin konserve fabrikası olsun. Meyve bahçesinin sahibi, bahçesinde sadece şeftali yetiştireceğini ve elde edilecek mahsulün tamamını konserve fabrikasının sahibine bir bedel karşılığında vereceğini taahhüt etmiş olsun. İşte bu taahhüt, tapuda meyve bahçesi sahibinin sayfasına tescil edildiği anda, taşınmaz yükü kurulmuş olur (Örnek için bkz. TEKİNAY, Yıl: 1994 s. 66. Bir taşınmaza malik olan kimsenin, kendi arazisindeki taş ocağından çıkardığı taşların belirli bir kısmını her yıl bir başkasına teslim etmeyi taahhüt ederek kurduğu aynî hak ilişkisi de taşınmaz yüküne örnek olarak verilmektedir, bkz. AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 268). Hak sahibi, bir başka taşınmazın maliki de olabilmektedir (TMK m. 839/2).

Taşınmaz yükünde alacaklı yükümlüye karşı hiçbir kişisel alacak hakkı elde etmemektedir. Bu hak alacaklıya sadece alacağını yüklü taşınmazın değerinden elde etme yetkisi verir (TMK m. 848/1). Bu yetkiye dayanarak hak sahibi, alacağını taşınmazı paraya çevirtmek suretiyle tahsil etme hakkına sahiptir.

Taşınmaz yükünün konusunu, irat senedi ve kamu hukukuna ilişkin taşınmaz yükleri saklı kalmak kaydıyla, ancak yüklü taşınmazın ekonomik niteliğinden doğan veya yararlanan taşınmazın ekonomik ihtiyaçlarını karşılayan bir edim oluşturabilir (TMK m. 839/3). Taşınmaz yükünde, yük altında bulunan taşınmaz, bir alacak hakkı açısından aynî teminat oluşturmakta; taşınmaz ile birlikte alacak da hakkın konusu haline gelmektedir (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 611. Benzer yönde, AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 26; OĞUZMAN, vd. Yıl: 2013 s. 869. Edim borcu ile aynî teminatın birbirinden bağımsız hukukî varlıkları yoktur, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 869).

Taşınmaz yükünün irtifak haklarından ayıran özellik, irtifak haklarında malikin yükümlülüğünün menfi (TMK m. 779), taşınmaz yükünde ise müspet olmasıdır. İrtifak haklarında borç mülkiyete özgü yetkileri kullanmaktan kaçınma ya da bunları başkasının kullanmasına katlanma şeklinde ortaya çıkarken (TMK m. 779), taşınmaz yükünde ise yükümlü suje bir şey verecek ya da yapacaktır (AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 269. Taşınmaz malikinin edimi olumlu edimdir, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 721; SCWAB ve PRUTTING, Yıl: 2003 s. 439. Taşınmaz yükünün irtifak hakları ve rehin hakkı ile karşılaştırılması konusu için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 724 vd.).

Taşınmaz yükü, taşınmaz malikine aynî bir borç yüklemektedir. Zira, borçlu durumdaki kişi yüklü taşınmazın malikidir.

Taşınmaz yükü tapu kütüğüne tescille kurulur (TMK m. 841). Aksine bir hüküm yoksa, taşınmaz yükünün kazanılmasında ve tescilinde taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır (TMK m. 840/1-3).

Taşınmaz yükü terkin veya yüklü taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona ermekle birlikte; feragat, yükten kurtarma ve diğer sona erme sebepleri, yüklü taşınmaz malikine, hak sahibinden terkin isteme yetkisi vermektedir (TMK m. 843). Hakkın konusu edimin ifasının olanaksızlaşması, miras yoluyla geçmeyeceği kararlaştırılan taşınmaz yükünde hak sahibi kimsenin ölmesi, sürenin sona ermesi durumunda, taşınmaz yükü terkenden önce sona ermiş olacaktır (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 616. Yüklü taşınmazın kamulaştırılması da taşınmaz yükünde sona erme sebeplerinden birini oluşturmaktadır, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 616). Taşınmaz yükü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 721 vd.; AYAN, Yıl: 2012 (c) s. 119 vd.; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 268 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 869 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 611 vd.).

3.2.2.3. Rehin Hakları

3.2.2.3.1. Genel Olarak

Sınırlı aynî hakların üçüncüsü, güvence hakları başlığı altında incelenen rehin hakkıdır. Rehin hakkı bir alacak yerine getirilmediğinde, hak sahibine hakkın konusu olan şeyi veya hakkı paraya çevirerek, elde edeceği para üzerinden alacağını öncelikle elde etme yetkisi veren bir aynî haktır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 735; AYAN, Yıl: 2012 (c), s. 133; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 881; SCWAB ve PRUTTING, Yıl: 2003 s. 302; SEROZAN, Yıl: 2006 s. 301; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 620).

Rehin hakkı kural olarak fer'i (alacağa bağlı) bir haktır. Hak bir alacağın güvencesini teşkil etmektedir. Rehin hakkının geçerliği, güvence altına alınmış alacağın geçerliğine bağlıdır (AYAN, Yıl: 2012 (a) s. 27; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 271; BROWN, Yıl: 2001 s. 191; SEROZAN, Yıl: 2006 s. 304; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 344; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 623).

Rehin hakkı taşınmaz rehni ve taşınır rehni olmak üzere iki türdür (TMK bir kısım haklar üzerinde rehin kurulması olanağı tanımıştır. Alacak ve haklar üzerinde kurulan rehin hakkının hukukî niteliği tartışmalıdır. Doktrinde alacaklar ve haklar üzerine kurulan rehni, hak sahibine aynî hak sağlamayacağı [ESKİOCAK, Yıl: 2009 s. 52; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 987], aynî hak benzeri mutlak hak olduğu [KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983 s. 254] ve mutlak etkisi sınırlı bir aynî hak olduğu [L. SİRMEN, Yıl: 1990 s. 10] ileri sürülmektedir. Bir taşınır üzerinde birden fazla rehin kurulup kurulmayacağı konusunda TMK'de bir hüküm yoktur. Doktrinde bir taşınmaz üzerinde birden fazla rehin kurulmasını düzenleyen TMK m. 855 hükmünün kıyasen taşınırlar hakkında da uygulanabileceği savunulmaktadır, bkz. A. AYBAY, Yıl: 2005 s. 187. TTK'de bazı haklar üzerinde rehin hakkı tanınmasını düzenlemiştir. Bu konular çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından bunlara değinilmeyecektir).

3.2.2.3.2. Taşınmaz Rehni

Taşınmaz rehninde alacaklı, alacağına kavuşmadığı takdirde rehin konusu tapuya kayıtlı taşınmazı (TMK m. 853) sattırıp, alacağına kavuşmak hakkına sahip olmaktadır. Taşınmaz alacağın teminatını teşkil etmektedir. Taşınmaz rehni, ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedi olmak üzere üç şekilde kurulabilmektedir (TMK m. 850). İpotekli borç senedi ve irat senedine (İpotekli borç senedi ve irat senedinde, taşınmaz malikine kredi veren (rehin alacaklısı), daha sonra paraya ihtiyaç duyduğunda elindeki senedi paraya çevirir ve böylelikle parasını taşınmaz malikinden değil, senedi devralan kişiden tahsil etmiş olur. Bu dolaşım süresi boyunca, taşınmaza yatırım yapılmış olur ve hisse senedi veya tahvil alınıp satılıyormuş gibi, taşınmazı kâğıda döken senet alınıp satılır. İpotekli borç senedinde alacağı güvence altına almanın dışında, bir de tedavül işlevi söz konusu olur. İrat senedinde de tedavül işlevi iyice ön plana çıkar. Her iki türde de senedin devri ile birlikte rehin hakkı el değiştirmiş olur. Tescille birlikte alacak yenilenir ve soyutlanır. İpotekte ise senet düzenlenmez, bkz. SEROZAN, Yıl: 2006 s. 303-305. Benzer yönde, ACAR, Yıl: 2008 s. 58 vd. İpotekli borç senedi ve irat senedine konu alacağın mutlaka para alacağı olması gerekir. Bu senetler maddî anlamda mücerret bir kıymetli evraktır. Ayrıca ipotekli borç senedi ve irat senedinin kurulması için resmî şekil gereklidir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇETİN, Yıl: 2004 s. 84 vd.) uygulamada rastlanmadığından çalışmamızda ipotek incelenecektir. İpotek, yasal ipotek adını verebileceğimiz kanundan doğan ipotek (TMK m. 892 vd.) ve sözleşmeden doğan ipotek şeklinde iki türde kurulabilmektedir.

İpotek, rehin verenle rehin alacaklısı arasında yapılacak resmî senede (İpotek tesisi için resmî senet düzenlenmesi konusunda Tapu Kanunu m. 26/8 bir istisna içermektedir) dayanmaktadır. Tapu memuru tarafından düzenlenen bu senede, rehin sözleşmesi ya da ipotek sözleşmesi adı verilmektedir. Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı olmak üzere ipotek, tapu kütüğüne tescil ile kurulur. Aynı esas Alman Hukuku'nda (Alman Medeni Kanunu § 873) ve İngiliz Hukuku'nda da (SMITH, Yıl: 2007 s. 412. İngiliz Hukuku'nda tapulu ve tapusuz arazi ayrımı vardır.

Çalışmamız kapsamında sadece tapulu arazilere ilişkin bilgiler verilmektedir) benimsenmiştir.

Taşınmaz rehninin kurulmasına ilişkin sözleşmenin geçerliği, sözleşmenin resmî şekilde yapılmasına (Doktrinde ipotek verme vaadini içeren bir sözleşmenin noterde düzenlenmiş olması hâlinde geçerli olmayacağı belirtilmektedir, bkz. BUDAK, Yıl: 2010 s. 17) bağlıdır (TMK m. 856). Tescil işlemi ile taşınmaz rehninde kamuya açıklık sağlanmış olmaktadır (Taşınmaz rehnindeki ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 756 vd.; ALTAY ve ESKİOCAK, Yıl: 2007 s. 43 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 885 vd.; SCWAB ve PRUTTING, Yıl: 2003 s. 303; SEROZAN, Yıl: 2006, s. 310 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 627 vd. Özellikle taşınmaz rehninde belirlilik ilkesi için bkz. ACAR, Yıl: 2008 s. 145 vd.).

Taşınmaz rehnini kurmakla yükümlü kişi tescile yanaşmazsa, kendisine karşı tescile zorlama davası açılıp açılmayacağı (TMK m. 716'nın kıyasen uygulanması) doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmaların temelinde TMK'de irtifak hakkı ve taşınmaz yükünde taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına atıf yapan hüküm benzeri bir hükme rehin konusunda yer verilmemesi yatmaktadır. Bir görüş, bu durumda bir kanun boşluğu doğduğunu, bu boşluğun diğer sınırlı aynî haklarda olduğu gibi taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle giderilmesi gerektiğini ve hâkimin hükmüyle taşınmaz rehninin kurulmuş olacağını kabul etmektedir (EREL, Yıl: 1974 s. 107; SEROZAN, Yıl: 2006 s. 308). Karşıt görüş ise, TMK m. 716'nın kıyasen uygulanmasını reddetmektedir. Bu görüşe göre, kamuya açıklık ilkesi taşınmaz üzerindeki aynî hak kazanımlarını tescile tâbi tutmuştur. Sicil dışı kazanım ise ancak istisnâî hallerde gerçekleşebilir. Taşınmaz yükü ve irtifak haklarında Kanun'da atıf olduğu için kıyasen uygulanması söz konusu olan TMK m. 716 hükmünün, rehin hakkının kazanılmasında uygulanmamasının sebebini, istisnaların kıyas suretiyle genişletilmemesi ilkesi oluşturmaktadır. Bu görüşe göre, mahkemenin vereceği hüküm eda hükmüdür ve

malik tescile muvafakat beyanında bulunmaya mahkum edilir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 899-900; SELİÇİ, Yıl: 1974 s. 440).

Doktrinde inşaatçı ipoteği ya da yapı alacaklısı ipoteği olarak ifade edilen ipotek bir yasal ipotektir. Eser sözleşmesinde, inşaatçı eser sözleşmesinden doğan hakkını genellikle inşaat bittikten sonra almaktadır. İnşaat işlerinin yapıyla bütünleşmesinden dolayı malzemelerini ya da eserlerini söküp almaları zordur (BAYSAL, Yıl: 2006 s. 149). Bu nedenle kanunda onların haklarını güvence altına alabilmek adına böyle bir çözüm yolu benimsenmiş ve bu ipotek hakkına, sıra açısından öncelik de tanınmıştır (TMK m. 897).

Yasal ipoteğin tescil olmaksızın kurulması mümkündür (TMK m. 892). Tescilin istenebileceği kanunî ipotek halleri ise, TMK m. 893’de sıralanmıştır.

Taşınmaz rehninde teminatın kapsamı taşınmaz rehninin sağladığı teminatın kapsamı ve taşınmaz rehninin teminat altına aldığı alacağın kapsamı şeklinde ikili bir ayrım ile incelenebilir. İlk ayrım için, taşınmaz rehninin taşınmazın bütünleyici parçaları ve eklentilerini kapsadığını söylemek gerekir. Rehnin kuruluşu sırasında makine, otel döşeme eşyası gibi açıkça eklenti olarak gösterilen ve tapu kütüğünde beyanlar sütununa yazılan şeyler, Kanuna göre bu nitelikte olamayacakları ispat edilmedikçe eklenti sayılmaktadır. Ancak üçüncü kişilerin eklentiler üzerindeki hakları saklıdır (TMK m. 862). TMK m. 686/1 hükmü gereğince, tarafların eklentiye rehnin kapsamı dışına çıkarmaları mümkündür.

Arazi üzerinde yapılan yapılar kural olarak arazinin bütünleyici parçasını teşkil etmektedir. Ancak yukarıda açıklamış olduğumuz “*üst arza tâbidir*” kuralının istisnasını oluşturan üst hakkında durum farklıdır (Üst arz tâbidir kuralının diğer istisnaları ise, mecralar [TMK m. 727/1] ve taşkın yapılarıdır [TMK m. 725]).

Üst hakkında arazi üzerinde iki farklı mülkiyet söz konusu olmakta ve üst hakkı ile yapılan yapılar, arazinin bütünleyici parçası teşkil etmemektedir. Bu

nedenle, taşınmaz üzerinde bir ipotek tesis edilmesi hâlinde, üst hakkı bu ipoteğin kapsamında değerlendirilmeyecektir (SEÇER, Yıl: 2008 s. 1906. Taşınmazın bütünleyici parçalarına yönelik mülkiyeti muhafaza kayıtları geçersizdir. İpoteğin tesis edildiği sırada var olan veya daha sonra bu niteliğe sahip olan taşınmazın bütünleyici parçalarının ipotek kapsamına girmeyeceği konusunda yapılan anlaşmalar aynî etkiden yoksundur, bkz. KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983 s. 263. İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 83/c hükmü ; “(1)Taşınmaz rehni ipotek akit tablosunda sayılı bulunan eklenti taşınmazdan ayrı olarak haczedilemez. (2) Türk Kanunu Medenisinin 777 nci maddesi hükmü saklıdır” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümle ilgili Yargıtay’ın çelişkili kararları vardır. Örneğin, Yarg. 21. HD T. 23.11.2000 E. 2000/8182 K. 2000/8395 sayılı kararına göre taşınmaz ipoteği kurulunca taşınmazdaki bütünleyici parçalar ve eklentiler ipotek akit tablosunda yazılı olmasa dahi, ipoteğin kapsamına gireceğine karar verilmişken, YHGK T. 25.12.2002 E. 2002/12-1098 K. 2002/1108 sayılı kararında ise, İİK m. 83/c’nin uygulanabilmesi için, mahcuzun hem ipotek akit tablosunda yer alması hem de TMK anlamında eklenti sayılması gerektiğine karar verilmiştir, bkz. SÜPHANDAĞ, Yıl: 2006 s. 231-232. Yarg. 12. HD T. 29.09.2009 E. 2009/8522 K. 2009/17344 sayılı kararında ise, haczedilen malların ipotek listesinde belirtilmemiş olmasının onun eklenti niteliğinde olup olmadığının incelenmesine engel teşkil etmeyeceği esası belirtilmiştir, bkz. İBD C. 84, Sayı: 1, Yıl: 2010 s. 467-468).

İkinci ayırım açısından, teminatın kapsamı, ipotek türlerine göre farklılık göstermektedir. Miktarı belli olan bir alacağa ilişkin olarak kurulan taşınmaz rehnine “ana para” (Banka uygulamalarında ana para ipoteği sadece nakdi kredilerde -karz akdi şeklindeki kısa, orta ve uzun vadeli krediler- söz konusudur, bkz. REİSOĞLU, Yıl: 2003 s. 43) rehni ya da “kesin rehin” (TMK m. 851/1) denilmektedir. Taşınmaz rehninin, miktarı tam olarak belli olmayan, hatta henüz doğmamış ancak ileride doğacak olan bir alacağı teminat altına alması da mümkündür. Bu tür ipoteklere ise, “üst sınır ipoteği” ya da “maksimal ipotek” (TMK m. 851/2) adı verilmektedir.

Üst sınır ipoteğinin kurulabileceği durumlara ilişkin olarak doktrinde hesap ilişkisinden doğacak alacakları teminat altına almak için kurulan veya ileride doğması muhtemel bir taşınmaz alacağına yönelik olarak kurulan ipotek örnek verilmektedir (AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 274. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNEL, Yıl: 2006 s. 248 vd.). Bunun dışında, yurt dışında ikâmet eden kişilerin Türkiye'deki alacaklılarına karşı olan borçları için, yurt içinde bulunan taşınmazlar üzerinde ipotek kurulmaktadır. Uygulamada bu durum özellikle, yurt dışındaki ithalatçının, Türkiye'deki ihracatçıya olan borçlarından dolayı, Türkiye'de bulunan bir üçüncü kişinin taşınmazı üzerinde üst sınır ipoteği kurulması şeklinde gerçekleşmek ve ihracat alacakları için yurt içinde ipotek verilmesi adı ile anılmaktadır (BUDAK, Yıl: 2010 s. 18. İhracat alacakları için yurt içinde ipotek verilmesinde, bu ipoteğin paraya çevrilmesi aşamasında iki önemli sorun yaşanmaktadır. İlk sorun yurt içindeki asıl borçluya hesap kesimi veya muacceliyet ihbarının [TMK m. 887], ödeme emrinin ve ödeme emrine itiraz edilmesi hâlinde açılacak itirazın iptali davası ile ilgili dava dilekçesinin tebliğ edilmesinde ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar İİK m. 148/a uyarınca ipotek sözleşmesinin taraflarına tapu sicil müdürlüğüne yurt içinde bir tebligat adresi bildirilmesi zorunluluğu getirilmişse de, asıl borçlu için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Milletlerarası tebligat ise, milletlerarası anlaşma olsa dahi uzun zaman almaktadır. İkinci sorun ise, üst sınır ipoteğinde borçlunun muamele merkezinin yurt dışında olduğu hallerde borçlunun ödeme emrine yapacağı itirazı hükümden düşürmenin güçlüğüdür. Zira, itirazın iptali davalarında borçlunun bir Türk şirketi olması hâlinde, alacak miktarını kesinleştirmek amacıyla ticari defterlerle ispat usulünün uygulanması kolaydır. Ancak borçlunun yabancı olması hâlinde bu usulün uygulanması zordur. Bu konuda ihracatçılar, yapılacak sözleşmelerde yurt içinde ihracatçı adına tebligatı kabule yetkili olan bir üçüncü kişinin belirlenmesi yaşanan güçlükleri bir ölçüde hafifletecektir, bkz. BUDAK, Yıl: 2010 s. 18-19).

Rehnin tapu kütüğüne tescil edilmesinden sonra alacak için zamanaşımı işlememektedir (TMK m. 864). Ancak rehin hakkının yolsuz olarak tescil edilmesi hâlinde, zamanaşımı işlemeye devam edecektir (KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-

1983 s. 163). Ayrıca rehin hakkının olağan ya da olağanüstü zamanaşımı ile kazanılması mümkün değildir (ALTAY ve ESKİOCAK, Yıl: 2007 s. 17; KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983 s. 300).

Sınırlı aynî haklarda sıranın nasıl belirleneceğine yukarıda değinmiştik. Burada inceleyeceğimiz konuyu ilk kısmını aynı taşınmaz üzerinde kurulan birden çok taşınmaz rehnindeki sıra, ikinci kısmını ise bir taşınmaz üzerinde bulunan irtifak hakkı, taşınmaz yükü ve taşınmaz rehni arasındaki sıra ilişkisi oluşturmaktadır.

İlk olarak bir taşınmaz üzerinde birden çok ipotek tesis edilmesi halinde hangisinin öncelikli olduğunun açıklığa kavuşturalım. Türk Hukuk sisteminde sabit dereceler sistemi kabul edilmiştir. Sabit dereceler sisteminde taşınmazın farazi olarak değer parçalarına bölündüğü ve taşınmaz rehminin taşınmaz değerinin bir bölümü ile sınırlandırıldığı kabul edilmektedir. Taşınmazın bölünmüş olduğu değer parçalarına ise derece denilmektedir. Derece miktar ve sıra olarak belirlenen bir değer bölümünü ifade etmektedir. Birbirinden bağımsız olan bu derecelerde, derecenin değeri olarak belirlenen miktara erişinceye kadar taşınmaz rehni kurulabilir. Dereceler 1'inci, 2'nci, 3'üncü şeklinde sıralanır ve taşınmaz rehminin hangi derecede kurulacağı, taşınmaz maliki ile rehin alacaklısı arasındaki anlaşmaya göre belirlenir. Rehnin sağlamış olduğu güvence, tescilde belirtilen rehin derecesi ile sınırlıdır (TMK m. 870/1). Sıra olarak önde gelen derecedeki rehin sona erdiğinde, sonra gelen derecede yer alan rehinler kendiliğinden boşalan dereceye ilerleyemez (TMK m. 871/1). Bu durumda boş derece meydana gelmiş olur. Bu boş derecede taşınmazın maliki, derecenin miktarı kadar yeni bir rehin hakkı tesis edebilir (TTMK m. 871/2). Taşınmaz maliki bir rehin derecesini boş tutup sonra gelen derecelerde rehin kurabilir (TMK m. 870/2). Derecelerin içlerinde de yan dereceler kurulabilir (Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 769 vd.; ALTAY ve ESKİOCAK, Yıl: 2007 s. 197 vd.; AYBAY ve HATEMİ, Yıl: 2009 s. 277; EREL, Yıl: 1974 s. 27 vd.; KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983 s. 350 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 904-905; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 645 vd.). Bu sistemde, borçlunun borcunu ödememesine istinaden, taşınmazın paraya çevrilmesi

hâlinde, önce ilk derecede yer alan alacaklı tatmin edilmekte, daha sonraki derecelerde yer alan alacaklılar ancak ilk derecedeki alacaklının alacağına kavuşmasından sonra geriye bir para kalırsa o oranda alacaklarına kavuşabilmektedirler (Sabit dereceler sisteminde bir kamu kurum ve kuruluşunun katkısıyla iyileştirilen arazilerin değerinde artma meydana gelmesi hâlinde, bir istisna öngörülerek, bu durumda kurulacak rehnin, taşınmaz üzerindeki tüm derecelerin üstünde olduğu TMK m. 877 hükmünde kabul edilmiştir. Sonraki sıralarda kurulmuş bir rehin hakkından önce gelen bir rehin mevcut değilse veya borçlu önceki bir rehin senedi üzerinde tasarruf etmemişse ya da önceki sırada bulunan rehinli alacak, o derece için tescilde belirtilen miktardan az ise; taşınmazın paraya çevrilmesinde satış bedeli, boş derece hesaba katılmaksızın sonraki alacaklılara sıralarına göre dağıtılacaktır (TMK m. 872).

Sabit dereceler sisteminin istisnaları ya sözleşmeden ya da kanundan kaynaklanmaktadır. Sözleşmeden doğan istisna boşalan dereceye ilerleme hakkıyla kendisini gösterir. Sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan dereceye geçme hakkı veren sözleşmelerin geçerli olması için resmî şekilde yapılması gerekir. İlerleme sözleşmesinin aynî etki sağlaması ise, tapu kütüğüne şerh verilmesine bağlıdır (TMK m. 871/3). Boş dereceye ilerleme talebi, bir süre ile bağlı değildir. Rehin konusu taşınmaz paraya çevrilinceye kadar boş dereceye ilerleme talebinde bulunulmasına engel yoktur (ALTAY ve ESKİÖCAK, Yıl: 2007 s. 203. Boş dereceye ilerleme hakkı, malikin rehin dereceleri üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamamaktadır. Zira malik bir rehne boş dereceden yararlanma hakkı tanımakla, boşalacak derecede yeni bir rehin hakkı kurulması yerine, sonraki sıradaki rehnin ilerlemesini kabul etmiştir. Böylelikle de bir rehin üzerinde, bu rehin hakkı henüz boşalmadan tasarruf etmiş olmaktadır, bkz. EREL, 1974, s. 63). Sabit dereceler sisteminin kanundan doğan istisnası ise, taşınmazın paraya çevrilmesinde (TMK m. 872) ve arazinin iyileştirilmesi sonucu kurulan teshin hakkında (TMK m. 877-878) gerçekleşmektedir (Sabit dereceler sisteminin istisnaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 714 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 910 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 650 vd.).

İkinci olarak ise bir taşınmaz üzerinde irtifak hakkı, taşınmaz yükü ve rehin arasındaki sıra ilişkisini açıklığa kavuşturalım. İrtifak hakkı ve taşınmaz yükü sırasını, kurulduğu tarihe göre alırken, taşınmaz rehni ise bulunduğu derecenin tarihine göre almaktadır (TMK m. 1022/1) (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 649. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 771).

Tarihi daha eski olan rehin hakkı, aynı taşınmaz üzerinde alacaklının izni olmadan daha sonra kurulan irtifak haklarından veya taşınmaz yüklerinden önce gelmektedir. Sonradan kurulan ve rehnin paraya çevrilmesi sırasında daha eski tarihli rehinli alacaklılara zarar veren irtifaklar ve taşınmaz yükleri terkin edilir (TMK m. 869/2). Görüldüğü gibi, aynı taşınmazda bulunan irtifak hakkı veya taşınmaz yükü ile taşınmaz rehni çatışırsa, bunlar arasındaki sıra ilişkisi, irtifak hakkının veya taşınmaz yükünün kuruluş tarihi ile taşınmaz rehnin bulunduğu derecenin kuruluş tarihine göre belirlenecektir. Hangisi daha önce kurulmuşsa, o hak diğerinden önce gelecektir (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 649).

Bu kapsamda kısaca *lex commissoria* yasağından bahsetmek gerekir. Taşınmazın paraya çevrilmesi sonucu elde edilen para, borçlunun borcundan fazla ise, kalan miktar borçluya iade edilecektir. Borcun ödenmemesi halinde, rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersiz olacaktır (TMK m. 873/2). Bu durum doktrinde *lex commissoria* yasağı olarak ifade edilmektedir. Bu yasağın uygulama alanı bulabilmesi için, rehinli taşınmazı mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşmenin alacağın muaccel olmasından önce yapılması gerekmektedir (DERELİ, Yıl: 2009 s. 29 vd.; İ. HELVACI, Yıl: 2008 s. 264. Benzer yönde, BUDAK, Yıl: 2008 s. 71-72). Rehin konusu borç henüz muaccel olmadan, rehin konusu mal alacaklıya satılırsa veya alacağın muaccel olmasından sonra yapılan bir sözleşme ile rehin konusunun alacaklıya geçeceği kararlaştırılmışsa bu sözleşme geçerli olacaktır. Bir başka ifadeyle değindiğimiz iki durum *lex commissoria* yasağı kapsamında değerlendirilmemektedir (DERELİ, Yıl: 2009 s. 34 vd.; ESKİOCAK, Yıl: 2009 s. 4-5. *Lex commissoria* yasağının kapsamı konusunda tartışılabilir özel durumlar için bkz. BUDAK, Yıl: 2008 s. 64 vd.).

Taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmiş olması, taşınmazın mülkiyetinin başkasına devredilmesine engel değildir. Taşınmaz üzerinde ipotek varsa, bu ipotekten yeni malik de sorumlu olacaktır. Başka bir ifade ile burada eşyaya bağlı borç yaratılmıştır. Bu nedenle, yeni malik ipotekli bir taşınmaz satın almış olacağından, borçlu borcunu ödemezse, yeni malik taşınmazın sattırılmasına engelleyemeyecektir.

Taşınmaz rehni miktarı kural olarak Türk parası ile gösterilen belli bir alacak için kurulabilmektedir (TMK m. 851/1). Ancak yabancı para ipoteği kuralın istisnasıdır. Zira MK belirli nitelikteki para alacaklarında yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulmasına olanak tanımıştır (m. 851/2). Bu alacakların özellikleri TMK m. 851/2’de belirtilmiştir. Böylelikle kanun koyucu yabancı para birimi ile taşınmaz rehni kurulmasını sadece döviz kredisi ya da dövize endeksli kredi için kabul etmiştir (İ. HELVACI, Yıl: 2008 s. 164; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 916 ve 932; L. SİRMEN, Yıl: 2003 s. 6. Her ne kadar Kanun’da yabancı para üzerinden taşınmaz rehni tesis edilebileceği düzenlenmiş olsa da, yabancı para üzerinden kurulacak taşınmaz rehninin sadece belli özellikteki bir alacağa güvence sağlama amacına yönelik olduğu, bu nedenle yabancı para üzerinden taşınmaz rehni tiplerinden sadece ipotek tesis edilmesi mümkündür, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2003 s. 8). Vurgulamak gerekir ki, her türlü alacak için değil, sadece krediler için (Kredi kuruluşlarının özellikle bankaların dövize endeksli Türk parası kredisi vermeleri veya Türk Lirası üzerinden verilen bir krediyi dövize endeksli krediye dönüştürmelerinde kanuni bir engel yoktur. Bu şekilde dövize endeksli verilmiş bir Türk parası kredisine, endekslediği döviz üzerinden teminat olarak taşınmaz rehni kurulmasının kabul edilmesi istisnanın çerçevesini oldukça genişletmiştir, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 917) yabancı para ipoteğinin kurulması söz konusu olmaktadır (REİSOĞLU, Yıl: 2003 s. 46. Yabancı para üzerinden ipotek tesis edilmesi için, lehine ipotek tesis edilecek alacaklının, bir kredi kuruluşu olması gerekmektedir. Bu nedenle, bir gerçek kişi ya da herhangi bir tüzel kişi (dernek, vakıf veya herhangi bir ticaret ortaklığı) lehine yabancı para üzerinden ipotek kurulamayacaktır. Bu kapsamda mevduat, katılım ve kalkınma ve yatırım bankaları

ile, ikrazatçıların, finansman şirketleri, finansal kiralama şirketleri ve faktoring şirketleri kredi kuruluşu niteliğindedir, bkz. İ. HELVACI, Yıl: 2008 s. 160-161). Taşınmaz rehni ile güvence altına alınacak olan kredilerin, vadesi, türü ve konusu açısından bir kısıtlama yoktur (L. SİRMEN, Yıl: 2003 s. 3). Bu kapsamda gerek ana para ipoteği gerekse de üst sınır ipoteği kurulabilecektir (İ. HELVACI, Yıl: 2008 s. 167; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 916; REİSOĞLU, Yıl: 2003 s. 47. SİRMEN ise, yabancı para üzerinden taşınmaz rehninin sadece üst sınır ipoteği şeklinde kurulabileceğini belirtmektedir, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2003 s. 10. Bir taşınmazda, değerinin çok üstünde ipotek tesisi mümkündür. Yabancı para borçlarında, yabancı para karşısında Türk Lirasının değer kaybı göz önünde tutarak, yabancı para ipoteği ile bu risk bertaraf edilebilecektir, bkz. REİSOĞLU, Yıl: 2003 s. 45).

Yabancı para ipoteğinde, tarafların, yabancı para birimini seçmek konusunda sınırlı bir serbestisi vardır. Zira rehin haklarının hangi yabancı paralar üzerinden kurulabileceği Bakanlar Kurulunca belirlenmektedir (TMK m. 851/4) (Bakanlar Kurulu'nun, Taşınmazlar Üzerinde Rehin Hakkı Kurulabilecek Yabancı Paralar Hakkındaki Kararı 23.03.2002 tarihli ve 24704 tarihli RG'de yayımlanmıştır. Anılan kararın 1'inci maddesine göre; *"Yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için taşınmazlar üzerine yabancı para cinsinden kurulacak rehin hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nca alım satım konusu yapılan döviz üzerinden kurulabilir"*. Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nca alım satım konusu yapılan dövizler Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar İle Başbakanlık Hazine Müsteşarlığının 2008-32/34 Sayılı Tebliğine İlişkin I-M Sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Genelgesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Genelge (Sayı: 2010/4) (RG T. 09.04.2010, RG Sayı: 27547) ile düzenlenmiştir. Bu genelgeye göre Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası'nca alım satım konusu yapılan dövizler; ABD Doları (USD), Avustralya Doları (AUD), Bulgar Levası (BGN), Danimarka Kronu (DKK), Euro (EUR), İngiliz Sterlini (GBP), İran Riyali (IRR), İsveç Kronu (SEK), İsviçre Frangı (CHF), Japon Yeni (JPY), Kanada Doları (CAD), Kuveyt Dinarı (KWD), Norveç Kronu (NOK), Rumen Leyi (RON), Rus

Rublesi (RUB), Suudi Arabistan Riyali (SAR)'dir (Genelge m. 1). Tarafların bu konudaki serbestisi Bakanlar Kurulu'nun belirlemiş olduğu yabancı paralardan birini seçme noktasındadır.

Yabancı para üzerinden taşınmaz rehni kurulması haline, her derecenin ifade ettiği miktar, rehin konusu alacağın tespit edildiği para türü üzerinden gösterilecek olup, aynı derecede birden fazla para türü kullanılarak rehin kurulamayacaktır (TMK m. 851/2). Bu açıdan örneğin, 1'inci derecede 10.000 Amerikan Doları alacağı için, 8.000 Euro üzerinden rehin kurulamayacağı gibi, 1'inci derecede hem Amerikan Doları hem Euro olarak (yan derecelerde) rehin kurulamayacaktır. Ancak bir derecenin yan derecelerinde aynı para türü üzerinden birden fazla rehin kurulmasına engel bir durum yoktur.

Yabancı para üzerinden kurulan rehne ait bir derecenin boşalması hâlinde, onun yerine, tescil edileceği tarihteki karşılığı Türk parası veya yabancı para üzerinden rehin kurulabilir. Türk parası ile kurulmuş bir rehne ait derecenin boşalması hâlinde ise, yerine tescil edileceği tarihteki karşılığı yabancı para üzerinden rehin kurulabilecektir (TMK m. 851/3). Yabancı veya Türk parası karşılıklarının hesabında, hesap günündeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının döviz alış kuru esas alınmaktadır (TMK m. 851/4) (Tapu ve Kadastro Müdürlüğü'nün 2000/3 sayılı genelgesi yabancı para üzerinden ipotek tesisi konulu genelgesi bulunmaktadır. Anılan genelge; *"İlgi genelgenin (A) bendinin 10. paragrafında; yabancı kredi kurumunun açmış bulunduğu beş yıl ve daha fazla süreli dış kaynaklı kredinin güvencesi olarak kontrgaranti sözleşmesi ile aracı banka lehine taşınmaz rehni (ipotek) talep edilmesi hâlinde söz konusu rehin hakkının M.K. 766/a maddesi hükmü gereğince yabancı para ile tesis edilmesinin mümkün olduğu* açıklanmıştı.

Bu defa; Hazine Müsteşarlığı'nın 23 Kasım 1999 tarih, B.02.1.HM.0.BAK.06.02/T-1-85686 sayılı yazısında; "aracı bankanın Türkiye'de faaliyet gösteren bir başka bankanın kontrgarantisine istinaden yurt dışına garanti

verdiği durumlarda, yabancı para üzerinden kontrgaranti veren banka lehine de Medeni Kanun'un 766/a maddesi hükümleri çerçevesinde yabancı para üzerinden gayrimenkul ipoteği tesis edilmesinin mümkün olması gerektiği ve böyle bir uygulamanın Kambyo Mevzuatına ya da Medeni Kanun'un 766/a maddesine aykırılık teşkil etmeyeceği..." şeklinde görüş bildirilmiştir.

Buna göre ; yabancı kredi kurumunun açmış bulunduğu beş yıl veya daha fazla süreli dış kaynaklı kredinin güvencesi olarak Türkiye'de faaliyet gösteren aracı bankanın yutr dışına verdiği garantinin yurt içindeki bir başka bankanın kontrgarantisine istinaden verilmiş bulunması hâlinde aracı bankaya karşı düzenlenen kontrgaranti sözleşmesi nedeniyle kontrgaranti veren banka lehine M.K.'nun 766/a maddesi hükümleri çerçevesinde yabancı para üzerinden ipotek tesis edilmesi mümkündür” şeklinde bir düzenleme getirmektedir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün sitesindeki bilgiye göre, bu genelge hâlâ yürürlüktedir, (<http://www.tkgm.gov.tr/tr/icerik/20003-sayili-yabanci-para-uzerinden-ipotek-tesisi-konulu-genelge>) Ancak ilgili genelge mülga TMK döneminde çıkarılmış ve mülga Medeni Kanun dönemine ilişkin hükümlere yer vermiştir).

Taşınmaz rehni, tescilin terkinini veya taşınmazın tamamen yok olmasıyla sona ermektedir (TMK m. 858). Alacak sona erdiğinde ipotekli taşınmazın maliki, alacaklıdan ipoteği terkin ettirmesini isteyebilmektedir (TMK m. 883).

3.2.2.3.3. Taşınır Rehni

3.2.2.3.3.1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu taşınır rehni başlığı altında taşınmaz rehni dışındaki diğer rehin tiplerini toplamıştır. Bunlar, teslim bağı rehin ve hapis hakkı (m. 939-953), hayvan rehni (m. 940/1), alacaklar ve diğer haklar üzerindeki rehindir (m. 954-961). Ayrıca rehin karşılığı ödünç verme işi ile uğraşanlarla yapılan rehin (m. 962-969) ve rehinli tahvil düzenlenmiştir (m. 970-972).

Taşınır rehni, bir alacağı güvence altına almak için, bir taşınır eşya, hayvan, hak veya alacak üzerinde kurulan bir yüküdür ve rehinli alacaklı borcun yerine getirilmemesi hâlinde, rehin konusunu paraya çevirerek alacağına kavuşabilmektedir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 832; KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983, s. 440-441; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 986).

Taşınır eşyanın rehne konu olması teslim şartlı rehinle gerçekleşebilmektedir. Kanunda öngörülen ayırık durumlar dışında taşınır rehni, ancak zilyetliğin alacaklıya devredilmesi suretiyle kurulabilmektedir (TMK m. 939/1. Benzer şekilde ZGB m. 884/1). Taşınır eşyanın fiilen sadece rehnedenin hâkimiyetinde kaldığı sürece rehin hakkı doğmayacaktır (TMK m. 939/3. Benzer şekilde İsviçre Medeni Kanunu m. 884/3). Alman Hukuku'nda da benzer bir düzenleme kabul edilmiştir (Alman Medeni Kanunu § 1205).

Teslim şartlı rehnin uygulanmasının bazı istisnaları vardır. Zira, bu kuralın istisnasız uygulanması hâlinde, ekonomik pek çok sakıncanın doğabileceği; borçlunun elindeki taşınırı alacaklıya teslim etmesi hâlinde, faaliyetlerine devam etmekte güçlük yaşayabileceği için borcunu ödeyebilmesinin çoğu kez olanaksız hale geleceği ifade edilmektedir (BAHTİYAR, Yıl: 2013 (a) s. 42). Bu istisnalardan ilkinin hayvan rehni oluşturmaktadır. Yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için, zilyetlik devredilmeden icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar üzerinde rehin kurulabilir. Bu amaçla tutulacak sicil tüzükle belirlenecektir (TMK m. 940/1). Bu nedenle hayvan rehni rehin konusu hayvanın teslim edilmesine gerek yoktur (Kanun koyucunun hayvanların teslim edilmeden rehnedilebilmesini düzenlemiştir. Bu durumun nedeni hayvanlardan başka gösterebilecek teminatı olmayan borçluları korumaktır. Hayvan rehni MK'de çok kısa düzenlenmiştir. Bu nedenle teslim bağli taşınır rehnine ilişkin hükümler, hayvan rehni kıyasen uygulanacaktır, bkz. ESKİOCAK, Yıl: 2009 s. 29. CANSEL'de teslim şartlı taşınır rehninin diğer bütün taşınır rehni çeşitlerine uygulanabilecek prensip hükümlerini içerdiğini belirtmektedir, bkz. CANSEL, Yıl: 1967 s. 17. Hayvan rehninin ayrıntıları Hayvan

Rehni Tüzüğü ve Hayvan Rehni Tüzüğü'nün Uygulanması Hakkında Yönetmelik'de düzenlenmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERDEM, Yıl: 2011 s. 991-1009).

Gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınırlar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınırın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabileceği TMK m. 940/2'de düzenlendiğinden, teslim şartlı rehnin ikinci istisnasını bu durum oluşturur. Motorlu taşıt rehni (Motorlu taşıtlar trafik siciline tescil edilmektedir. Trafik siciline kayıtlı bulunan motorlu taşıtlar, teslim gerek olmaksızın, sicile yapılacak tescil ile rehnedilebileceklerdir, bkz. ESKİOCAK, Yıl: 2009 s. 31. Karayolları Trafik Kanunu m. 20/d'ye göre; *(1)Tescil edilmiş araçların her çeşit satış ve devirleri, satış ve devri yapılacak araçtan dolayı motorlu taşıtlar vergisi, gecikme faizi, gecikme zammı, vergi cezası ve trafik idari para cezası borcu bulunmadığının tespit edilmesi ve taşıt üzerinde satış ve/veya devri kısıtlayıcı herhangi bir tedbir veya kayıt bulunmaması hâlinde, araç sahibi adına düzenlenmiş tescil belgesi veya trafik tescil kayıtları esas alınarak noterler tarafından yapılır. Noterler tarafından yapılmayan her çeşit satış ve devirler geçersizdir. (2) Satış ve devir işlemi, siciline işlenmek üzere üç işgünü içerisinde ilgili trafik tescil kuruluşu ile vergi dairesine bildirilir. Bu bildirimle birlikte alıcı adına trafik tescil işlemi gerçekleşmiş sayılır. Satış ve devir tarihi itibarıyla, 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanunu hükümleri uyarınca eski malikin vergi mükellefiyeti sona erer, yeni malikin vergi mükellefiyeti başlar. (3) Yapılan satış ve devir işlemi üzerine noterler tarafından yeni malik adına bir ay süreyle geçerli tescile ilişkin geçici belge düzenlenir. (4) 197 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinde yer alan sorumluluk hükümleri saklı kalmak kaydıyla, anılan maddede ve bu bentte yer alan isteme ve bildirmeleri elektronik ortamda yaptırmaya ve bu konuda yükümlülük getirmeye, elektronik bildirmelere ilişkin usul ve esasları belirlemeye Gelir İdaresi Başkanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü yetkili olup, bu kurumlar satış, devir ve tescile ilişkin işlemlerin gerçekleştirilmesi için gerekli elektronik veri akışını sağlarlar. Satış ve devir işlemlerini yapanlar, bu işlemler sırasında edindikleri bilgileri ifşa ettikleri takdirde Türk Ceza Kanununun 239 uncu*

maddesi uyarınca cezalandırılırlar. (5) Satış ve devir işlemlerinin bildiriminden itibaren bir aylık süre içerisinde ilgili trafik tescil kuruluşu veya Emniyet Genel Müdürlüğünün uygun gördüğü kamu kurum veya kuruluşları tarafından yeni malik adına tescil belgesi düzenlenerek elden veya posta aracılığıyla teslim edilir. Tescil belgesinin bir ay içerisinde teslim edilememesi hâlinde yeni malike sorumluluk yüklenemez. (6) Bu bentte düzenlenen satış ve devir işlemleri her türlü harçtan, bu işlemlere ilişkin düzenlenen kâğıtlar damga vergisi ve değerli kâğıt bedellerinden istisnadır. Trafik tescil kuruluşunda yeni malik adına yapılacak tescil nedeniyle düzenlenmesi gereken değerli kâğıtların bedelleri, satış ve devir esnasında noterler tarafından tahsil edilir ve 1512 sayılı Noterlik Kanununun 119 uncu maddesi uyarınca beyan edilerek ödenir. Bu bentte yer alan işlemler sebebiyle noterlere herhangi bir pay veya aidat ödenmez. (7) 1512 sayılı Kanunun 112 nci maddesi uyarınca belirlenen ücret uygulanmaksızın satış ve devre ilişkin her türlü işlem karşılığında toplam 20 Türk Lirası maktu ücret alınır. Söz konusu ücret, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere önceki yılda uygulanan ücret tutarının o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca tespit ve ilan olunan yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle hesaplanır. (8) Haciz, müsadere, zapt, buluntu, trafikten men gibi nedenlerle; icra müdürlükleri, vergi dairesi müdürlükleri, milli emlak müdürlükleri ile diğer yetkili kamu kurum ve kuruluşları tarafından satışı yapılan araçların satış tutanağının bir örneği aracın kayıtlı olduğu trafik tescil kuruluşlarına üç işgünü içerisinde gönderilir. Aracı satın alanlar gerekli bilgi ve belgeleri sağlayarak ilgili trafik tescil kuruluşundan bir ay içerisinde adlarına tescil belgesi almak zorundadırlar. Alıcıların tescil belgesi almak için süresinde başvuramaları hâlinde bu araçları alıcıları adına re'sen kayıt ve tescil ettirmeye Emniyet Genel Müdürlüğü yetkilidir. (9) Bu bendin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye İçişleri ve Maliye Bakanlıkları yetkilidir". Bu hükümle rehin tesisine ilişkin açıklayıcı bir bilgiye yer verilmemiş, sadece satış ve devirlerin trafik tescil şube veya büroları tarafından gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Doktrinde motorlu araçların rehninin KTK m. 20/d belirtilen şekle tâbi olup olmadığı tartışmalıdır. Motorlu taşıtların rehninin KTK m. 20/d'deki şekle tâbi olmadığını ileri sürenler için bkz. ESKİOCAK, Yıl: 2009 s. 33; ÖĞÜZ, Yıl: 2000 s. 700. Aksi görüş

için bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 1018. Doktrinde, TMK m. 940/2’de geçen “*zilyetlik devredilmeden de*” ifadesinden dolayı, sicilli taşınırılar bakımından hem teslimine bağlı olarak hem sicilli teslimsiz rehnin kurulabileceğinin mümkün olduğu yorumuna neden olduğu ancak bu durumun ciddi sıkıntılara neden olabileceği ve bu nedenle “de” bağlacının maddeden çıkarılmasının gerekli olduğu belirtilmektedir, bkz. OZANOĞLU, Yıl: 2001 s. 27) ticari işletme rehni, (Ticari işletme rehni, ticaret sicil müdürlüğüne tescil ile teslimsiz olarak doğan bir haktır. Bu hak mutlak bir hak olup herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Ancak bu kuralın bir istisnası ticari işletme rehninin düzenlendiği Ticari İşletme Rehni Kanunu (TİRK) m. 9/2’de yer almaktadır. Maddeye göre, rehin alacaklısı, işletmenin sicil bölgesi dışında bulunan menkul mallar üzerinde iyi niyetli olarak mülkiyet ya da sınırlı aynî hak edinen kimseye karşı rehin hakkını ileri süremeyecektir. TİRK m. 3 ticari işletme rehninin kapsamını belirlemiştir. Maddeye göre; “*Ticari işletme rehni aşağıdaki unsurları kapsar: a - Ticaret unvanı ve işletme adı, b - Rehnin tescili anında mevcut ve işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan makina, araç, alet ve motorlu nakil araçları, c - İhtira beratları, markalar, modeller, resimler ve lisanslar gibi sınai haklar. (2) Taraflar ticaret unvanı, işletme adı ve menkul işletme tesisatı dışında kalan unsurlardan bir veya birkaçını rehnin dışında bırakabilirler. (3) Gemi ipoteği hakkındaki hükümler saklıdır*”. Bu kapsamda nakit paralar, döner malvarlığı (hammaddeler, üretilmiş mallar, alacaklar), taşınmazlar, gemi siciline kayıtlı gemiler, kiracılık hakkı, müşteri çevresi ticari işletme rehninin kapsamı dışındadır, bkz. BAHTİYAR, Yıl: 2013 (a) s. 45. Benzer yönde, ARKAN, Yıl: 2012 s. 54. Ticari işletme rehni konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ANTMEN, Yıl: 2001 s. 25 vd.; ARKAN, Yıl: 2012 s. 47 vd.; BAHTİYAR, Yıl: 2013 (a) s. 41 vd.; HAZNEDAR, Yıl: 2008 s. 15 vd.), hava araçlarının rehni (Bir alacağın temini için hava aracı üzerinde ipotek tesis edilebilir. Hava aracı ipoteği, alacaklıya hava aracı bedelinden alacağını alma yetkisini vermektedir. Müstakbel alacaklar veya şarta bağlı olan bir alacak için dahi ipotek tesis edilebilir. Hava araçları üzerinde akdî ve kanunî olmak üzere iki çeşit ipotek tesis edilebilir. Hava araçları üzerinde malik ile alacaklıların anlaşmaları ve sicile tescil ile kurulan ipotek akdi ipotektir. Bu ipotek tesisine ait anlaşmaların yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onanmış olması şarttır.

Hava araçlarının yapımı ve onarımından doğan alacaklar için yapımcı veya onarımcının, hava aracı üzerinde tescilini isteyebileceği ipotek ise, kanunî ipotektir [Türk Sivil Havacılık Kanunu m. 69-71]) (TSHK m. 69 vd.), maden cevherinin rehni (Madenlerden çıkarılan cevherler, arama ve işletme ruhsat sahibinin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden İşleri Genel Müdürlüğü'ne yazılı müracaatları üzerine bildirildiği şahıslara kabzedilmeksizin rehnedilebilir. Bu durum maden siciline kaydedilir. Bu kabil cevherlerin rehin süresi içinde satışı, rehin alan şahısların yazılı izni ile mümkün olmaktadır (Maden Kanunu m. 3 ve m. 39), gemi siciline kayıtlı gemilerin rehni (Bir alacağı teminat altına almak için gemi üzerinde ipotek tesis edilebilir. Gemi ipoteği alacaklıya, alacağını, geminin bedelinden alma yetkisini verir. Sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehni, sadece gemi ipoteği yolu ile sağlanır. İleride doğabilecek veya şarta ya da kıymetli evraka bağlı bir alacak için de ipotek kurulmasına bir engel yoktur. Gemi ipoteğinin kurulması için geminin maliki ile alacaklının gemi üzerinde ipotek kurulması hususunda anlaşmaları ve ipoteğin gemi siciline tescil edilmesi şarttır. İpoteğin kurulmasına ilişkin sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması ve imzalarının noterce onaylanması gerekmektedir. Bu anlaşma gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir. Bu şekillerden birine uygun olarak yapılmadıkça ipoteğin kurulmasına dair anlaşma geçerli olmayacaktır [TTK m. 1014-1015]) (gemi ipoteği) (TTK m. 1014 vd.) örnek verilebilmektedir.

Bazı özel kanunlarda teslim ve tescile gerek olmaksızın doğacağı öngörülen teslimsiz ve tescilsiz rehin türleri de bulunmaktadır. Bunlar, TMK m. 970-972'de düzenlenen rehinli tahvilat, kamuya açık yerlerin işletilmesinden doğan kamu alacakları için bu yerlerdeki eşyanın teminat niteliğinde olması ve tarım kredi kooperatiflerinin ortaklarının ürünleri, hayvanları ve tarımsal üretim gereçleri üzerinde sahip olduğu rehin haklarıdır (ESKİOCAK, Yıl: 2009 s. 9. Bazı özel kanunlarda teslim ve tescile gerek olmaksızın doğacağı öngörülen teslimsiz ve tescilsiz rehin türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ESKİOCAK, Yıl: 2009 s. 37 vd.).

Doktrinde taşınır rehninde alacağa bağlılık, kamuya açıklık, güvenin korunması, belirlilik, teminatın bölünmezliği, öncelik prensiplerinin varlığı kabul edilmektedir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 835 vd.; CANSEL, Yıl: 1967 s. 19 vd.; ESKİOCAK, Yıl: 2009 s. 56 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 990 vd; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 709 vd.).

Rehnin kapsamı TMK m. 947’de belirtilmiştir. Anılan hükme göre; “(1) *Rehin, taşınırı eklentileriyle birlikte kapsar. (2) Aksi kararlaştırılmış olmadıkça alacaklı, rehinli taşınırın doğal ürünlerini, bütünleyici parçası olmaktan çıkınca malike vermekle yükümlüdür. (3) Rehlin, paraya çevirme sırasında bütünleyici parça niteliğindeki doğal ürünleri de kapsar*”.

Aynı taşınır üzerinde birden çok rehin hakkı kurulabilecektir (TMK m. 948). Bu durumda alacaklıların rehin haklarının sırasının belirlenmesi gerekmektedir. Bu konuda rehin hakkının sırası kuruluş tarihine göre belirlenecektir (TMK m. 948/2).

Alacağın ödenmesi veya başka bir sebeple rehin hakkı sona erince alacaklı, rehinli taşınırı hak sahibine geri vermek zorundadır. Ancak alacaklı, alacağının tamamını almadıkça rehinli taşınırı veya onun bir kısmını geri vermek zorunda değildir (TMK m. 944). (Taşınır rehni konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 831 vd.; ESKİOCAK, Yıl: 2009 s. 1 vd.; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 986 vd.; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 341 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 707 vd.).

Türk Medeni Kanun, borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükümlerini geçersiz saymıştır (m. 949). Tıpkı taşınmaz rehninde olduğu gibi, teslim şartlı rehinde de lex commissoria yasağı kabul edilmiştir. Ancak rehinle güvence altına alınan borç muaccel olduktan sonra yapılan lex commissoria anlaşması geçerlidir. Zira bu durumda rehin veren, rehin konusunun paraya çevrilmesi veya rehinli alacaklıya devredilmesi arasında bir tercih

yapabilecek durumdadır (CANSEL, Yıl: 1967 s. 193 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 720).

Türk Medeni Kanun'un taşınır rehnini düzenleyen hükümleri arasında şekil şartına yer verilmemiştir. Bu nedenle taraflar taşınır rehnini şekle bağlı olmaksızın kurabileceklerdir. Ancak Yargıtay'a göre (Yarg. 15. HD T. 04.12.1989 E. 1989/3536 K. 1989/5058, bkz. ESKİOCAK, Yıl: 2009 s. 100-101). Uygulamada taraflar çoğu zaman yazılı rehin sözleşmesi yapma yoluna başvurmaktadır, bkz. ESKİOCAK, Yıl: 2009 s. 101). *“Her ne kadar Medeni Kanunun 853. maddesine göre “menkul rehninin teşekkülü için” yazılı şekil şartına lüzum olmayıp malın teslimiyle rehin gerçekleşir ise de, rehin akdinin varlığının ispatı HUMK.'nın 288. maddesi uyarınca yazılı belgeye bağlıdır”.*

Son olarak, bir sicile kayıtlı olmayan gemi ve uçaklar konusuna değinmek gerekmektedir. Türk Gemi Siciline kayıtlı bulunmayan Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı aynî haklara, TMK'nin taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanacaktır (TTK m. 997). Sicile kayıtlı olmayan bir geminin bir donatma iştiraki tarafından işletilmesi hâlinde ise, paydaş donatanlardan her birinin iştirak payının rehni, TMK'nin alacaklar ve diğer haklar üzerindeki rehinlere ilişkin hükümlerine tabidir (TTK m. 1012). Bağlama Kütüğüne kayıtlı olan gemiler üzerinde kütüğe kayıt yoluyla taşınır rehni kurulabilir (Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği m. 10).

Sicile kayıtlı olmayan hava araçlarının rehni konusunda taşınırlara ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacağından (TSHK m. 65), bu araçlar üzerindeki rehin tesisi TMK'nin taşınır rehni hükümlerine tâbi olacaktır.

3.2.2.3.3.2. Gemi Rehni

Gemi gerek TMK gerekse TTK (m. 936) hükümlerince taşınır eşyadır. İpotek taşınmaz rehni bir türü olup, taşınırların rehnedilmesinde ipotek ifadesinin

kullanılması doğru değildir. Ancak gemi rehni konusu TTK’de düzenlenmiş ve TTK’de gemi ipoteği olarak kullanılmıştır. Gemiler büyük ekonomik değere sahip yapılardır. Çoğu zaman gemilerin değeri bir taşınmazdan dahi yüksek olabilir. Bu sebepten dolayı, gemi rehninin taşınır rehni hükümlerine tâbi tutulmaması amacıyla, sicile kayıtlı gemiler için TTK’de özel düzenlemeler getirilmiştir. Getirilen özel düzenlemelerle sicile kayıtlı gemilerin rehni gemi ipoteği olarak ifade edilmiştir. TTK’deki sicile kayıtlı gemilerin rehni konusunda da zaten ipoteğe yaklaşıldığı görülmektedir. Gemi ipoteği kavramının kullanılması sicile kayıtlı gemiler ve kayıtlı olmayan gemiler konusunda ayrım yapabilmek açısından elverişli olsa da, yine de taşınmaz olmayan bir mal hakkında ipotek teriminin kullanılmasını doğru bulmamaktayız. Ancak TTK’de sicile kayıtlı gemiler için gemi ipoteği kavramı kullanıldığından, karışıklığa meydan vermemek için çalışma gemi ipoteği kavramı kullanılmıştır.

Bir alacağı teminat altına almak için gemi üzerinde ipotek tesis edilebilir. Gemi ipoteği alacaklıya, alacağını, geminin bedelinden alma yetkisi vermektedir. Sicile kayıtlı gemilerin sözleşmeye dayalı rehni, sadece gemi ipoteği yolu ile sağlanır. İleride doğabilecek veya şarta ya da kıymetli evraka bağlı bir alacak için de ipotek kurulmasına bir engel yoktur (TTK m. 1014).

Gemi ipoteğinin kurulması için geminin maliki ile alacaklının gemi üzerinde ipotek kurulması hususunda anlaşmaları ve ipoteğin gemi siciline tescil edilmesi şarttır (Ancak gemi üzerinde ipotek hakkının gerçek malik olmayan kimseden edinilmesi de mümkündür (TTK m. 983).

İpoteğin kurulmasına ilişkin sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması ve imzalarının noterce onaylanması gerekmektedir. Bu anlaşma gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilir. Bu şekillerden birine uygun olarak yapılmadıkça ipoteğin kurulmasına dair anlaşma geçerli olmayacaktır. Yabancı bir ülkede iktisap edilip, henüz Türk Gemi Sicili veya Türk Uluslararası Gemi Siciline tescil edilmemiş olan gemilerde bayrak şahadetnamesine şerh tescil hükmündedir. Geminin tescilinde

bu gibi ipotekler re'sen sicile geçirilir. Hamiline yazılı bir tahvile bağı alacağı teminat altına almak amacıyla gemi ipoteği kurulması için malikin sicil müdürlüğüne beyanda bulunması ve sicile tescil yeterli olmaktadır (TTK m.1015). TTK m. 865'e dayanılarak çıkarılan Gemi Sicil Nizamnamesi'nde gemi ipoteklerinin tesciline yönelik (özellikle m. 64, 69-70, 84) ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.

Yine, inşa hâlindeki gemiler üzerinde de gemi ipoteği tesis edilebilir. Omurgasının konulduğu andan kızaktan indirilinceye kadar, görünebilecek bir yerine ad ve numara konulmak suretiyle yapının açık ve sürekli bir şekilde ayırt edilmesi gerçekleştirildiği andan itibaren yapı hâlindeki gemi üzerinde ipotek kurulabilir. Ancak tamamlandığında onsekiz gros tonilatodan ufak olacak yapılar üzerinde ipotek kurulamaz (TTK m. 1054). Yapı hâlindeki gemi üzerinde ipotek, yapı maliki ile alacaklının yapı üzerinde ipotek kurulması hususunda anlaşmaları ve ipoteğin yapı hâlindeki gemilere özgü sicile tescili ile kurulmaktadır. İpoteğin kurulmasına ilişkin anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve imzalarının noterce onaylanması şarttır. Bu anlaşma gemi sicil müdürlüğünde de yapılabilmektedir (TTK m. 1055).

İpotekli gemi TMK'nin 875'inci maddesinin birinci fıkrasıyla 876'ncı maddesinde öngörülen alacaklar için teminat sağlamaktadır (TTK m. 1018/1). Bu kapsamda gemi ipoteği asıl alacağı, sözleşmesel faizleri, temerrüt faizlerini, ihbar ve takip masraflarını, diğer talî edaları ve sigortacıya ödenen pirim ve diğer paraları temin etmektedir(SÖZER,Yıl: 2014 s. 146). İpoteğin kapsamı hakkında TMK'nin 862 ve 863 üncü maddeleri uygulanacaktır (TTK m. 1020/1). Bu hükme göre ipoteğin kapsamına genel olarak gemi, kira, kamulaştırma, tazminat istemleri, sigorta tazminatı girmektedir (Gemi ipoteğinin kapsamı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. KENDER vd Yıl: 2014 s. 81 vd).

Sicile kayıtlı olan bir gemi üzerinde birden fazla ipotek tesis edilebilir. Bu ipotekler arasındaki sıra ve öncelik hakkı TMK' nin taşınmaz ipoteğinde uygulanan kurallara göre belirlenir. Burada da sabit derece sistemi uygulanır (TTK m. 1017,

TMK m. 870-872). Bu nedenle bir gemi üzerinde birden çok ipotek tesis edilmiş ise bunlar arasındaki sıra tescil tarihine göre değil, derecesine bakılarak tespit edilir.

Türk Ticaret Kanunu m. 1042 ile gemi ipoteğinin derecesinin değiştirilmesi konusu düzenlenmiştir. Bu hükme göre, yeni bir gemi ipoteği kurulurken tescil edilmiş bir gemi ipoteğinin derecesinin bu ipotek lehine değiştirilebilmesi için, gemi maliki ile derecesi değiştirilen ipotek alacaklısının, imzaları noterden onaylı bir sözleşme yapmaları veya gemi sicil müdürlüğünde anlaşmaları ve bu durumun gemi siciline tescili gereklidir. Mevcut gemi ipoteklerinin derecelerinin sonradan değiştirilebilmesi için ise, derecesi ilerleyen ipotek hakkı sahibi ile derecesi düşen ipotek hakkı sahibinin, imzaları noterce onaylı bir sözleşme yapmaları ya da gemi sicil müdürlüğünde anlaşmaları, malikin buna onay vermesi ve durumun gemi siciline tescili şarttır. Değişme sonucunda derecesi düşen ipotek üzerinde hak sahibi kişiler varsa bunların da onayları gerekir. İpotekli alacağın bölünmesi hâlinde, kısmi ipoteklerin kendi aralarındaki derecelerini değiştirmek için malikin onayı aranmamaktadır. Derece değişikliği, dereceleri değiştirilen ipotekler arasında bulunan ipoteklere zarar vermez.

Gemi ipoteğinin devri ise, TTK m. 1038’de düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca ipotekle teminat altına alınmış olan alacağın devri ile gemi ipoteği de yeni alacaklıya geçmektedir. Alacak ipotekten ve ipotek de alacaktan ayrı olarak devredilememektedir. Alacağın devri için eski ve yeni alacaklının bu hususta yazılı şekilde anlaşmaları ve devrin gemi siciline tescili gerekmektedir. Üst sınır ipoteğinde alacak, alacağın devrine ilişkin genel hükümlere göre de devredilebilir. Bu takdirde gemi ipoteği alacak ile birlikte geçmemektedir. Emre veya hamile yazılı bir senede bağlanmış alacaklar, gemi ipoteği ile teminat altına alınmışsa, alacağın devri bu alacakların bağlı oldukları senetlerin devri hakkındaki hükümlere tabidir. Bu takdirde, gemi ipoteği de alacak ile birlikte geçmektedir. İpotek ile teminat altına alınmış bir borcu ödemesi sebebiyle, malike veya onun hukukî seleflerine rücu hakkına sahip olduğu oranda gemi ipoteği, gemi maliki olmayan borçluya geçmektedir.

3.2.2.3.3. Uçak Rehni

Türk Hukuku'nda hava araçları üzerinde rehin hakkı tesis edilebilir. Hava araçları Ulaştırma Bakanlığı tarafından tutulan Uçak Sicili'ne tescil edilip edilmemelerine göre farklı hukukî rejimlere tâbi olurlar. Sicile kayıtlı olmayan hava araçlarının rehni konusunda taşınırılar ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır (TSHK m. 65). Sicile kayıtlı olan hava araçlarının rehni, “*hava aracı ipoteği*” başlıklı TSHK m. 69 vd. düzenlenmiştir (Gemi ipoteği kavramı için yapmış olduğumuz eleştiri hava aracı ipoteği kavramı için de geçerlidir).

Bir alacağın temini için hava aracı üzerinde ipotek tesis edilebilir (TSHK'nda da uçak ipoteği kavramı kullanıldığında, çalışma uçak ipoteği kavramı kullanılmıştır.) Hava aracı ipoteği, alacaklıya hava aracı bedelinden alacağını alma yetkisini vermektedir. Müstakbel alacaklar veya şarta bağlı olan bir alacak için dahi ipotek tesis edilebilir. Hava araçları üzerinde akdî ve kanunî olmak üzere iki çeşit ipotek tesis edilebilir. Hava araçları üzerinde malik ile alacaklıların anlaşmaları ve sicile tescil ile kurulan ipotek akdi ipotektir. Bu ipotek tesisine ait anlaşmaların yazılı şekilde yapılması ve imzaların noterce onanmış olması şarttır. Hava araçlarının yapımı ve onarımından doğan alacaklar için yapımçı veya onarımcının, hava aracı üzerinde tescilini isteyebileceği ipotek ise, kanunî ipotektir (TSHK m. 69-71).

Uçak ipoteği açısından tescilin teslime bağlı taşınır rehnindeki zilyetliğin yerini tuttuğu ifade edilmektedir. Yine, doktrinde hava aracı ipoteğinin sebebe bağlı bir hukukî işlem olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle de, uçak siciline tescil gerçekleşmiş olsa bile, geçersiz bir rehin sözleşmesine dayanılarak hava aracı ipoteğinin doğmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir (SORGUCU, Yıl: 2012 s. 34 vd).

Gemi ipoteği ile hava aracı ipoteğinin gerek nitelikleri, gerekse de öngörülüş amaçları açısından geçerli olan benzerlikten dolayı, TSHK'nda hüküm bulunmayan hâllerde öncelikle TMK'nin değil, TTK'nin gemi ipoteğine ilişkin hükümlerinin

uygulanması gerektiği belirtilmiştir (SORGUCU, Yıl: 2012 s. 34-36). Nitekim, mülga TTK m. 875’in ilk iki cümlesinde öngörülen kurallar(“*Bir alacağı temin için gemi üzerinde ipotek tesis olunabilir. Gemi ipoteği, alacaklıya geminin bedelinden alacağını alma salâhiyetini verir. İleride vücut bulacak yahut şarta bağlı olan bir alacak için dahi ipotek tesis edilebilir*” mülga TTK m. 875), uçak ipoteği açısından TSHK m. 69’un birinci ve ikinci cümlelerine aynen aktarılmış ve yasama gerekçesinde mülga TTK m. 875’in TSHK m. 69’a kaynak teşkil ettiği belirtilmiştir. Bu nedenle, mülga TTK m. 875’ ilişkin yasama gerekçesi ve diğer kaynaklar, TSHK m. 69 hakkında aynen geçerli olacaktır (ATAMER, Yıl: 2012 s. 165). Bu hükümler TTK m. 1014’de aynen tekrar edilmiştir (Uçak ipoteği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, Yıl: 2012 s. 145 vd.; HIZIR ve TURAEV, Yıl: 2008 s. 371-407, SORGUCU, Yıl: 2012 s. 33 vd).

4. AYNÎ HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA AÇILABİLECEK DAVALAR

Taşınır ve taşınmazların konu olduğu aynî haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda genel olarak açılabilir davalar zilyetlik davaları, istihkak davası ve elatmanın önlenmesi davasıdır.

4.1. Zilyetlik Davaları

Bir eşyaya zilyet olan kimse, zilyetliğinin gasp veya saldırıya uğraması durumunda kuvvet kullanma hakkına sahiptir. Zilyet, rızası dışında kendisinden alınan şeyi taşınmazlarda el koyanı kovarak, taşınırlarda ise eylem sırasında veya kaçarken yakalananın elinden söz konusu taşınırı alarak zilyetliğini koruyabilme hakkında sahiptir. Ancak zilyet, durumun haklı göstermediği derecede kuvvet kullanmaktan kaçınmak zorundadır (TMK m. 981) (Zilyetliğin kuvvet kullanılarak korunması konusunda bkz. AYAN, 2014: s. 88 vd; OĞUZMAN vd 2014: s. 81 vd.; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 140 vd.)

Zilyetlik davaları ile kastedilen ise, kuvvet kullanma hakkını kullanamamış ya da kullanmak istememiş olan zilyetlere tanınan davalardır. Söz konusu davalar TMK m. 982 ve 983’de düzenlenmiştir.

4.1.1. Zilyetliğin Gasbında Geri Verme ve Tazminat Davaları

4.1.1.1. Geri Verme Davası

Eşya üzerindeki fiilî hâkimiyetin gizlice, zorla ya da zilyedin rızası olmaksızın bir şekilde ele geçirilip, zilyedin zilyetliğine son verilmesi zilyetliğin gasbı anlamına gelmektedir (AKİPEK VE AKINTÜRK, Yıl: 2014 s. 180; OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 81; L. SİRMEN, Yıl: 2014 s. 82; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 140. Zilyedin rızasına dayanan ancak rızanın geçerli olmadığı müdahalelerde (örneğin tehdit ya da hilenin varlığı hâlinde) gasp ya da saldırı söz konusu olacağı konusunda bkz. OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 82). Örneğin bir taşınır zilyedinin fiilî hâkimiyetinden çıkarılarak alınıp götürülmesi, taşınırın zilyetliğinin gasbidir.

Bir eşya üzerinde bir başkasının zilyetliği bulunuyorsa ve eşya gasbedilmişse, gasbeden kimse, o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu geri vermekle yükümlüdür (TMK m. 982/1). Bu nedenle eşyası çalınmış bir kimse, bir süre sonra eşyasını hırsızın elinde görüp onu zorla alırsa, hırsız TMK m. 982/1’e dayanarak bu kişiye karşı dava açabilecektir (L. SİRMEN, Yıl: 2014 s. 82. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 186; OĞUZMAN vd, Yıl: 2014 s. 83). Ancak gasbeden, o şeyi davacıdan geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhâl ispat ederse onu geri vermekten kaçınabilmektedir (TMK m. 982/1-2). (Yukarıdaki örnekte, hırsızın açmış olduğu davada, davalı eşyanın kendisine ait olduğunu -örneğin faturasını göstermek suretiyle ispat ederse-eşyayı geri vermekten kaçınabilecektir. Aksi hâlde, davalının malı iade etmesi gerekmektedir. Üstün hakkın daima bir aynî hak olması gerekmemektedir. Söz konusu malın davalıda kalmasını haklı kılmak kaydıyla bir kişisel hakkın varlığı da yeterlidir. Belirtmek gerekir ki, üzerinde üstün nitelikli bir hakka sahip olduğunu

derhâl ispat edilememesi hâlinde malın davacıya iade edilecek olması, malın malikinin davacı olduğu anlamına gelmemektedir. Malik olduğunu iddia eden kimse şartların varlığı hâlinde istihkak davası veya taşınır davası açarak malını geri alabilecekti, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 184; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 82).

Zilyetliğin gasbı hâlinde açılabilir geri verme davasını, kendisine zilyetlik sıfatı tanınmış olan herkes açabilir. Bu kapsamda, asli ya da fer'î zilyet, dolaylı ya da dolaysız zilyet, tek başına ya da birlikte zilyetlerden her biri bu davayı açma hakkına sahiptir. (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 83. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2014 s. 181; OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 83).

Dolaysız zilyedin zilyetliğini dolaylı zilyet gasbederse, dolaysız zilyet dolaylı zilyede karşı bu davayı açabilir. Örneğin, malik rehin vermiş olduğu bir eşyasını rehin alanın rızası dışında zorla veya gizlice geri almışsa bu durumda rehin alan kişinin zilyetliğini gasbetmiş olur. Rehın alan kişi de, dolaysız zilyet sıfatıyla malike (dolaylı zilyede) karşı bu davayı açma hakkına sahip olacaktır. (OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 83. Türk Medeni Kanunu'nda "*Zilyetliğin gasbında dava hakkı*" başlığı altında düzenlenen bu dava, şeyin geri verilmesine ve zararın giderilmesine yönelik bir davadır (TMK m. 982/3). Bu davanın açılabilmesi için, gasp edenin kusurlu olması aranmamaktadır, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 185; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 84).

4.1.1.2. Tazminat Davası

Zilyetliğı gasp eden kimse, bu fiilî neticesinde davalının bir zarara uğramasına neden olmuşsa, aynı zamanda bir haksız fiil işlemiş olacaktır. İşte bu durumda, davacı hem zilyetliğı gasp edilen malın geri verilmesini hem zararının tazmin edilmesini isteme hakkına sahip olacaktır. Zira, TMK m. 982/3 hükmünde, açılacak davanın şeyin geri verilmesi ve zararın giderilmesine yönelik olduğu belirtilmiştir. (Doktrinde geri verme ve tazminatın aynı davada istenmesinin hukuken

mümkün olduğu ancak bunun uygun olmadığı belirtilmektedir. Bu görüşün gerekçesi olarak, tazminat davasının daha ağır işleyen bir yargılama usulünü gerektirdiği ve TBK m. 49 vd. hükümlerine tâbi olduğu ileri sürülmüştür, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 85. Tazminat davası TBK m. 49 vd. düzenlenen haksız fiil hükümlerine tâbi olduğundan, tazminat talep edilebilmesi için davalının kusurlu olması gerekmektedir (TBK m. 49/1). Hâlbuki yukarıda ifade etmiş olduğumuz gibi, geri verme davasında davalının kusurlu olup olmadığı incelenmemektedir.)

4.1.2. Zilyetliğe Saldırı (Tecavüz) Hâlinde Açılabilir Davalar

4.1.2.1. Genel Olarak

Bir malın, zilyedin fiilî hâkimiyeti alanından çıkarılmamasına rağmen, zilyedin fiilî hâkimiyeti kullanmasını kendisinin rızası olmaksızın engelleyen ya da zorlaştırılan hukuka aykırı fiiller, zilyetliğe saldırı olarak değerlendirilmektedir. (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 180; OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 81-82; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 85. Benzer yönde, SEROZAN, Yıl: 2014 s. 140). Örneğin, bir kimsenin zilyedi olduğu bir taşınmaza, yıkılmış bir binaya ait enkazı ya da inşaat malzemelerini yığmak ya da komşu taşınmazdaki bitkileri hasara uğratacak maddeleri dökmek zilyetliğe saldırı teşkil etmektedir. (TEKİNAY vd Yıl: 1989 s. 117). Saldırının sona erdirilmesi davası uygulamada “müdahalenin menî” ya da “elatmanın önlenmesi davası” adıyla (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 184. Doktrinde, istihkak davasının zilyetliğin gasbı hâlinde açılabilir zilyetlik davasına denk düşmesi hâlinde, elatmanın önlenmesi davasının da zilyetliğe tecavüz edildiğinde açılabilir zilyetlik davasına denk düştüğü belirtilmektedir, bkz. L. SEROZAN, Yıl: 2013 s. 215) anılmaktadır.

Saldırıda bulunan, şey üzerinde bir hak iddia etse dahi zilyetliği saldırıya uğrayan kişi ona karşı dava açabilmektedir (TMK m. 983/1). Bu davada da -tıpkı zilyetliğin gasbında geri verme davasında olduğu gibi- davacı ya da davalının hak

sahipliği tartışılmamaktadır (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 86. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 183; OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 88).

Davacının malın zilyedi olduğunu ve davalının fiilî neticesinde zilyetliğinin ihlâl edilmiş olduğunu ispat etmesi yeterlidir (SEROZAN, Yıl: 2014 s. 143). Bu davada geri verme davasından farklı olarak, davalının üstün hakka sahip olduğunu derhâl ispat etmesinin bir fonksiyonu olmayacaktır.

Zilyetliği saldırıya uğrayan kimsenin açacağı dava, saldırının sona erdirilmesi, sebebinin önlenmesi ve zararın giderilmesine yöneliktir (TMK m. 983/2). Zilyetlik davaları hak düşürücü sürelerle tâbidir (Bazı hâllerde hak sahibi kendisine verilen süre içinde hakkını kullanmamış ya da yapması gerekeni yapmamış ise, zamanın geçmesi hak sahibinin hakkının sona ermesine neden olur. Bu gibi durumlarda hak sahibinin hakkının sona ermesi sadece zamanın geçmesinden değil, hak sahibinin hareketsiz kalmasından kaynaklanır. Bu süre hak düşürücü süredir. Hâkim, hak düşürücü süreyi kendiliğinden dikkate alır. Zamanaşımı süresi ise, alacaklının alacağını elde etme konusunda hareketsiz kalması nedeniyle borçluya ifadan süresiz kaçınma hakkı vermektedir. Hâkim, zamanaşımı süresini ise kendiliğinden dikkate almaz, Zamanaşımı ve hak düşürücü süre konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ERDEM, Yıl: 2010 s. 5 vd.; OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2014 s. 600-601; TUTUMLU, Yıl: 2001 s. 25 vd.). Türk Medeni Kanunu m. 984 gereğince, zilyetliği gasp ve saldırıya uğrayan kimse, bu fiilî ve failini öğrenmesinden başlayarak iki ay ve her hâlde fiilin üzerinden bir yıl geçmeden dava açmalıdır. Aksi hâlde zilyedin dava açma hakkı olmayacaktır. Ancak doktrinde dava açmayı gerekli görmeyip, sadece süresi içinde talepte bulunulmasının yeterli olduğu da ileri sürülmektedir (GÜRSOY vd. Yıl: 1984 s. 107).

4.1.2.2. Tazminat Davası

Zilyetliğe saldırı davasını açabilecek olanlar ve zilyetliğe saldırı hâlinde tazminat davası, zilyetliğin gasbında açılacak dava ile aynı esaslara tâbidir.

Zilyetliğe gasp ve saldırı hâlinde açılan davalarda hak uyuşmazlığı çözümlenmemektedir. Sadece zilyetlik durumunu kuran bir karar verilmektedir. (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 87; TEKİNAY vd Yıl: 1989 s. 127. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 183-184; OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 88). Bu dava hem taşınırlarda hem taşınmazlarda zilyetliği koruyan bir davadır.

4.1.3. Taşınır Davası

Taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, o şeyi elinde bulunduran herkese karşı dava açma hakkına sahiptir. Taşınır davası olarak isimlendirilen bu dava beş yıl içinde açılmak zorundadır (TMK m. 989/1). 5 yıllık süre malikin taşınırının çalınması, kaybolması ya da iradesi dışında başka herhangi bir sebeple ortadan kalkması hâlinde işlemeye başlar. (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 196; GIRSBERGER vd Yıl: 2004 s. 1097; OĞUZMAN vd Yıl: 2013 s. 103; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 171).

Taşınır davasının açılabilmesi için,

- a. Zilyetliğin zilyedin iradesi dışında sona erdirilmiş olması,
- b. Şimdiki zilyedin ediniminin korunmadığı bir hâlin varlığı ve
- c. Şimdiki zilyedin üstün hak karinesinin çürütülmüş olması gerekmektedir.

Bu üç şartın varlığı hâlinde, taşınır üzerindeki zilyetliği sona eren kimse taşınır davası açabilecektir. Davanın adından da anlaşılacağı üzere bu dava sadece taşınırların konu olduğu uyuşmazlıklarda (Taşınır davasının sadece taşınırlar hakkında açılabilmesinin nedeni, zilyetliğin taşınırlarda hakka karine teşkil etmesidir, bkz. AKİPEK, Yıl: 1959 s. 19). Doktrinde tapu siciline kayıtlı olmayan taşınmazlar hakkında, doğal mahiyetlerine uygun düştüğü ölçüde taşınırlara ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı ve zilyetliğin bu taşınmazlarda da hakka karine oluşturması nedeniyle, taşınır davasının bu taşınmazların konu olduğu uyuşmazlıklarda da açılabilmesi belirtilmektedir, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK,

Yıl: 2009 s. 193) açılabilir. Söz konusu davanın dayanağını, zilyetliğe dayanan hak karineleri oluşturmaktadır (AKİPEK, Yıl: 1959 s. 19; AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 191-192; L. SİRMEN Yıl: 2013 s. 104). Yukarıda saymış olduğumuz bu şartlara kısaca değinmekte fayda vardır.

Taşınır davasının açılmasının ilk şartı, zilyetliğin zilyedin rızası dışında sona erdirilmiş olmasıdır. Bir başka ifadeyle, taşınır zilyedin hâkimiyetinden çıkmalıdır. TMK m. 989’da bu durum *“Taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan...”* şeklinde ifade edilmiştir. Maddede çalınma ve kaybolma durumu, rıza dışında zilyetliğin sona ermesine örnek verilmiştir. Taşınır davası açılması için, taşınırın zilyedin hâkimiyetinden çıkması ile kastedilen zilyet ile şey arasında maddî bağlantı bakımından meydana gelen değişiklik, vasıtasız zilyedin şey üzerinde etkili olacak tasarruflarda bulunmak ve şeyi dilediği şekilde kullanma olanağının iş hayatı ve normal hayatın gerekleri karşısında artık kalmamış olmasıdır. (AKİPEK, Yıl: 1959 s. 27).

Zilyetlik davasını açmak için gerekli süreyi kaçıran ya da bu davayı açmayan kimse taşınır davası açabilir. Bunun dışında, zilyetlik davasının açılmayacağı bazı hâllerde de bu dava ile koruma sağlanabilir. Örneğin, bir kimsenin malını birinin çalması hâlinde, malı çalınan kimse hırsızın karşı zilyetlik davası açabilir. Ancak bu hakkını süreyi kaçırdığı için kullanmayan ya da zilyetlik davası açmak istemeyen kişi malın kendisine geri verilmesi için taşınır davası açabilir. Hırsızın malı üçüncü bir kişiye devretmesi hâlinde ise, malikin üçüncü kişiye karşı zilyetlik davası açma hakkı olmayacaktır. Bu durumda malik, taşınır davası ile malının kendisine verilmesini sağlayabilir. (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 192; L. SİRMEN, L. Yıl: 2013 s. 97). Belirtmek gerekir ki, zilyetliğin irade dışı kaybı ile malın irade dışı kaybı aynı şeyi ifade etmemektedir. Her ne kadar malın irade dışı elden çıkması ile zilyetlik de irade dışı kaybedilecek olsa da, malın önceki zilyedinin elinden iradesiyle çıktığı durumlarda, zilyetliğin irade dışı sona erdirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Örneğin, bir kişinin malını birine rehin vermesi, rehlanan kişinin de bu malı üçüncü kişiye satıp teslim etmesi hâlinde, malını rehin veren malik

zilyetliğini irade dışı kaybetmiş olmaktadır. Bu durumda, üçüncü kişiye karşı dava açılması, üçüncü kişinin kötü niyetli olmasına bağlıdır. Zira, malik zilyetliğini irade dışı kaybetmiş olmakla birlikte, mal elinden kendi iradesiyle çıkmıştır, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 99).

Şimdiki zilyedin ediniminin korunmadığı bir hâlin varlığı ile kastedilen aslında emin sıfatıyla zilyetten bir taşınırın edinilmesi ile para ve hamile yazılı senetlerin iyi niyetle edinilmesidir. Zira, TMK bu durumlar için bir takım özel düzenlemeler getirmiştir. Şöyle ki, bir taşınırın emin sıfatıyla zilyedinden o şey üzerinde iyi niyetle mülkiyet veya sınırlı aynî hak edinen kimsenin bu edinimi, zilyedin bu tür tasarruflarda bulunma yetkisi olmasa bile korunmaktadır (Emin sıfatıyla zilyetten aynî hak kazanılmasının şartları; aynî hakkın emin sıfatıyla zilyetten kazanılmış olması, aynî hakkı kazananın üçüncü kişi olması, üçüncü kişinin kazandığı hakkın bir aynî hak olması, üçüncü kişinin aynî hakkı iyi niyetle kazanmış olması ve son olarak da üçüncü kişinin ediniminde tasarruf yetkisi dışında diğer geçerlilik unsurlarının mevcut olmasıdır, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 107 vd. Benzer yönde, OĞUZMAN vd, Yıl: 2014 s. 108 vd.) (TMK m. 988).

Ancak üçüncü kişi söz konusu mal üzerinde bir aynî hak kazanmış olacağından, artık ona karşı taşınır davası açılması mümkün değildir. Bu durumda, aynî hakkını kaybeden kişi, somut olayın özelliklerine göre, emin sıfatıyla zilyede karşı haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da sözleşmeye dayanarak tazminat isteme hakkına sahiptir.(L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 110; TEKİNAY vd Yıl: 1989 s. 175 vd).

Para (Doktrinde, tedavülden kaldırılmış paraların artık para olma vasfını kaybetmeleri nedeniyle TMK m. 990 (mülga TKM m. 903) hükmünün uygulanamayacağı ileri sürülmektedir, bkz. AKİPEK, Yıl: 1959 s. 70. Yine doktrinde zilyedin kötü niyetli olması hâlinde dahi para veya hamiline yazılı senetler kendisinin malvarlığına karışmış ve teşhis imkânı kalmamış ise, taşınır davasının konusunun ortadan kalkmış olduğu belirtilmiştir, bkz. OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 111.) ve hamiline yazılı senetlerin edinilmesi konusunda da TMK iyi niyeti korumuş ve

zilyedin, iradesi dışında elinden çıkmış olsa bile, para ve hamiline yazılı senetleri iyi niyetle edinmiş olan kimseye karşı taşınır davası açamayacağını düzenlemiştir (m. 990). Burada iyi niyetin tam olarak korunduğu bir durum vardır.

Taşınır davasında iyi niyetin korunduğu bir diğer hâl ise, taşınırın, açık artırmadan veya pazardan ya da benzeri eşya satanlardan iyi niyetle edinilmesidir. Bu durumda, malı iyi niyetli birinci ve sonraki edinenlere karşı taşınır davası ancak ödenen bedelin geri verilmesi koşuluyla açılabilir (TMK m. 989/2). Bu bedelin davalıya verilmesi dava şartı değildir. Zira, ödenen bedelin verilmesi için talep gerekmektedir. (OĞUZMAN vd, Yıl: 2014 s. 110; L. SİRMEN Yıl: 2013 s. 103). İyi niyetli kişi bedel kendisine verildiğinde malı iade etmek zorunda kalır.

Zilyetliğinin iradesi dışında sona erdiğini iddia ederek taşınır davasını açan davacı, bu davayı kazanabilmek için kendisinin önceden mala zilyet olduğunu kanıtlayarak, şimdiki zilyedin üstün hak karinesi çürütmüş olmalıdır.

Taşınırı çalınan, kaybolan ya da iradesi dışında başka herhangi bir şekilde elinden çıkan zilyet, taşınır davasını o şeyi elinde bulunduran herkese karşı beş yıl içinde açabilmektedir (TMK m. 989/1). Bir başka deyişle, irade dışında elden çıkan malı iyi niyetli olarak edinen zilyetlere karşı taşınır davası açılması, beş yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır. Bu süre, malın irade dışında elden çıktığı tarihten itibaren (Kültür varlıkları konusunda ise beş yıllık sürenin başlangıç noktasının eserin yeri ve zilyedin kimliğinin bilinmesi anı olarak değerlendirilmesi gerektiği konusunda bkz. ÖZEL, Yıl: 1998 s. 325) işlemeye başlamaktadır (OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 103; L. SİRMEN Yıl: 2013 s. 101. TMK m. 777/1 uyarınca; “Başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse, zamanaşımı yoluyla o taşınırın maliki olur”. TMK m. 777/1’deki beş yıllık süre ile TMK m. 989/1’de düzenlenen beş yıllık süre aynı olayla birlikte gerçekleşebileceği gibi farklı olaylarla da gerçekleşebilir. TMK m. 989’da yer alan süre, önceki zilyedin zilyetliğini kaybettiği andan, TMK m. 777/1’deki süre ise, yeni zilyedin iyiniyetli zilyetliğinin başladığı andan itibaren işlemeye başlamaktadır. Bu

nedenle, bu sürelerin her zaman örtüşme zorunluluğu yoktur. Örneğin, bir kimseden çalınmış bir mal üç yıl sonra iyi niyetli bir kişiye satılıp teslim edilmişse, TMK m. 989/1 gereğince işleyecek süre hırsızlık olayından itibaren işlemeye başlar ve hırsızlık olayının üzerinden beş yıl geçtikten sonra malik iyi niyetli üçüncü kişiye karşı taşınır davası açamaz. Ancak iyi niyetli üçüncü kişinin bu taşınırı zamanaşımı yoluyla edinmesi için TMK m. 777/1’de öngörülen beş yıllık süre henüz tamamlanmamıştır. Doktrinde iyi niyetli üçüncü kişi ne zaman malı edindiyse ondan sonra beş yıllık sürenin geçmesi gerektiği ve ancak bundan sonra işleyecek beş yıllık süre sonunda taşınırın mülkiyetini zamanaşımı yoluyla kazanılmış olacağı ileri sürülmektedir, bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 101. Benzer yönde, OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 106. Taşınır davası hak düşürücü süreye tâbi tutulmuşken, istihkak davası hak düşürücü süreye tâbi değildir. Malik, hakkını ispat etmek koşuluyla istihkak davasını her zaman açabilir. Ancak şimdiki zilyet kazandırıcı zamanaşımı yoluyla (TMK m. 777/1) taşınırın mülkiyetini kazanmış ise, artık istihkak davası açılması mümkün değildir, bkz. OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 106).

Zilyetliği kötü niyetli olarak kazanmış olan kimselere karşı taşınır davasının açılması için ise bir süre öngörülmemiştir. Bir başka deyişle, zilyetliğin kötü niyetli olarak edinildiği hâllerde malik, dava açmak için beş yıllık süreye bağlı değildir. (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 196; OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 107; L. SİRMEN, s. 101).

4.1.4. Zilyetliğin İdari Yoldan Korunması

Zilyetliğin idari yoldan korunması sadece taşınmazlar açısından başvurulabilecek bir yoldur. Zira, 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun (3091 sayılı Kanun) zilyetliğin idari yoldan korunmasını düzenlenmektedir. Kanun’un adından da anlaşılacağı üzere sadece taşınmazlara yönelik bir koruma sağlanmıştır. Ayrıca bu Kanun’un uygulama esaslarını belirlemek amacıyla “Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanunun Uygulanma Şekli ve Esaslarına Dair Yönetmelik”

(RG T. 31.07.1985, RG Sayı: 18828) (Taşınmaz Mal Yön.) çıkarılmış ve konu bu mevzuat kapsamında düzenlenmiştir.

Bu Kanun'un amacının; gerçek veya tüzel kişilerin zilyet bulunduğu taşınmaz mallarla kamu idareleri, kamu kurumları ve kuruluşları veya bunlar tarafından idare olunan veya Devlete ait veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan sahipsiz yerlere veya menfaati umuma ait olan taşınmaz mallara yapılan tecavüz veya müdahalelerin, idari makamlar tarafından önlenmesi suretiyle tasarrufa ilişkin güvenliği ve kamu düzenini sağlamaktır (3091 sayılı Kanun m. 1).

Taşınmaz malı zorla veya zilyedinden habersiz olarak işgâl etmek, ele geçirmek veya taşınmazın ayınında değişiklikler meydana getirmek taşınmaza yapılan tecavüzdür. Ayrıca taşınmaza yapılan müdahale ise, zilyedin taşınmaz mal üzerindeki mutlak hâkimiyetini kısmen veya tamamen ihlâl etmek olarak tanımlanmaktadır (Taşınmaz Mal Yön. m. 11).

Taşınmaz mallara tecavüz veya müdahale edilmesi hâlinde; taşınmaz mal merkez ilçe sınırları içinde ise, il valisi veya görevlendireceği vali yardımcısı, diğer ilçelerde ise kaymakamlar tarafından bu tecavüz veya müdahalenin önlenmesine karar verilmektedir. Ayrıca, taşınmaz mal yerinde zilyedine teslim edilmektedir (Zilyetliğin idari yoldan korunması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 190 vd.; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 87 vd.; TEZEL, Yıl: 1989 s. 12 vd). (3091 sayılı Kanun m. 2).

4.2. İstihkak Davası

Türk Medeni Kanunu m. 683/2'de; "*Malik, malını haksız olarak elinde bulunduran kimseye karşı istihkak davası açabileceği gibi, her türlü haksız elatmanın önlenmesini de dava edebilir*" hükmü düzenlenmiştir. Bu nedenle malik mülkiyet hakkına dayanarak istihkak ve elatmanın önlenmesi davasını açabilecektir.

Kökeni Roma Hukuku'ndaki “*Rei Vindicatio*” ya dayanan (ERDOĞMUŞ, Yıl: 2006 s. 95; NICHOLAS, Yıl: 2008 s. 100) istihkak davası (İstihkak davası ile tapu sicilinin düzeltilmesi davası (TMK m. 1025) arasındaki farklar ve benzerlikler için bkz. KURT, Yıl: 2004 s. 178 vd) (TMK m.683/2; İsviçre Medeni Kanunu m. 975), dolaysız zilyet durumunda olmayan malikin, malik olmayan dolaysız haksız zilyede karşı açtığı bir davadır. Bu dava bir eda davası olup, malik eşyanın geri verilmesini istemektedir (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 446; EREN Yıl: 2014 s. 32; OĞUZMAN vd Yıl: 2013 s. 275-276; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 270. SEROZAN, istihkak davasının mülkiyet davası olarak bilinmesine rağmen, davanın sınırlı aynî hakka da dayanabileceğini dikkate alarak zilyet olmayan aynî hak sahibinin (başta malik) zilyet olup da aynî hak sahibi olmayana karşı açtığı dava şeklinde tanımlamayı tercih etmektedir. SEROZAN, Yıl: 2014 s. 212).

İstihkak davası aynî hakka dayanan bir davadır. Bu dava, zilyetliğe dayanan bir dava olmadığından, davacının zilyetliğini ispat etmesi değil, aynî hakkını ispat etmesi gerekmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 277; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 212; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 270).

İstihkak davasını sadece aynî hak iddia edenler açabilir. Hâlbuki taşınır davasını aynî hak iddia edenler açabileceği gibi, zilyet de (örneğin kiracı) açabilmektedir (L. SİRMEN Yıl: 2013 s. 104).

Tapuya kayıtlı taşınmazlarda (Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazlar için de istihkak davası açılabilir, bkz. EREN, Yıl: 2014 s. 37; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 272) istihkak davasının fonksiyonunu, tapu sicilinin düzeltilmesi davası yerine getirmektedir OĞUZMAN vd Yıl: 2013 s. 276). Uygulamada tapu sicilinin düzeltilmesi davası ile tescilin yapılması-istihkak davası- aynı dilekçe ile yapıldığından, usul ekonomisi açısından pratik ve hızlı sonuçlar alınmaktadır. Ancak bu iki davanın ayrı ayrı açılması da mümkündür(EREN, Yıl: 2014 s. 38).

Davacı taşınmaz malı tapuda kayıtlı olan ya da olmayan kimse olabilir (EREN, Yıl: 2014 s. 38). Davanın temeli mülkiyet hakkına dayanmaktadır. Bu nedenle, üçüncü bir kişi çekişmeli malın mülkiyetini kazanmışsa artık ona karşı istihkak davası açılmayacaktır. Örneğin, tapu siciline güven (TMK m. 1023) ve kazandırıcı zamanaşımı (TMK m. 712-713) kurallarına göre bir kimse söz konusu taşınmaza malik olmuşsa, artık ona karşı istihkak davası açılmayacaktır (EREN, Yıl: 2014 s. 41).

İstihkak davası çeşitli sebeplerle açılabilmektedir. Örneğin, bir kimsenin başkasına bir malın mülkiyetini devretmek için zilyetliği kendi iradesi ile devretmiş olmasına rağmen, devrin sebebini oluşturan hukukî işlemin hükümsüz olması hâlinde açabileceği dava, istihkak davasıdır (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 97).

Bir başka örnek olarak, bir kimse bir başkasına kendi iradesi ile malının zilyetliğini devretmiş olup, devrin sebebini oluşturan sözleşme sona ermiş ise, malik malın geri verilmesini ya bu sözleşmeden doğan geri verme borcunun ifası kapsamında talep edecek ya da istihkak davası açabilecektir. Bu durumda taşınır davası açılmaz. (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 97).

Taşınır mülkiyetinin geçişinin sebebe bağlı olduğu kabul edildiğinde (Doktrinde, taşınır mülkiyetini sebebe bağlı olmadığı (soyutluğu) kabul edildiğinde ve borçlanma işleminin hükümsüzlüğünün tasarruf işlemine sirayet etmediği durumlarda istihkak davası değil, sebepsiz zenginleşme davası açılabileceği belirtilmektedir, bkz. SEROZAN, Yıl: 2014 s. 214), mülkiyetin geçişinin hukukî sebebini teşkil eden hukukî işlemin geçersizliği hâlinde istihkak davasının açılması gerekmektedir.

Taşınır davasının esastan sonuçlandırılarak, üstün hak sahipliğinin kesin hükme bağlanması hâlinde artık istihkak davası açılmayacaktır (L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 105).

İstihkak davasında davacı maliktir. Malikin söz konusu mal üzerindeki mülkiyet hakkı, bağımsız olabileceği gibi, paylı ya da elbirliği ile de olabilir. Paylı mülkiyet hakkına sahip olan paydaş, kendi payı için bağımsız bir dava açma hakkına sahiptir. Bunun yanısıra malın tamamı açısından bölünemeyen menfaatlerde, diğer paydaşları temsil hakkını kullanmak sureti ile tek başına dava açması da mümkündür (TMK m. 688/3; TMK m.693/3). Elbirliği mülkiyetinde ise, kural olarak tüm maliklerin birlikte bu davayı açmaları gerekmektedir (TMK m. 702/2). Ancak ortaklardan her biri, topluluğa giren hakların korunmasını sağlayabilir. Bu korumadan bütün ortaklar yararlanır (TMK m. 702/4).

İstihkak davasını çekişmeli mala hiçbir zaman dolaysız zilyet olmamış bir malik açabileceği gibi, zilyetliği sonradan haksız olarak kaybetmiş dolaylı zilyet durumundaki malik de açabilmektedir. Bu duruma, taşınır bir malını satan malikin, satış sözleşmesi kesin hükümsüzlük sebebi ile geçersiz olmuşsa, malın iadesini sağlamak için açacağı istihkak davası örnek verilebilir (EREN, Yıl: 2014 s. 38. Benzer yönde, OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 278-279; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 273).

Sınırlı aynî hak sahiplerinin de istihkak davası açma hakları söz konusu olabilir. Örneğin, rehin alacaklısı ya da intifa hakkı sahibi istihkak davası açabilecektir (GÜRSOY vd, Yıl: 1984 s. 362; EREN, Yıl: 2014 s. 39; SEROZAN, Yıl: 2014 s. 213; L. SİRMEN, L. Yıl: 2013 s. 272).

Malik, haksız zilyede karşı istihkak talebi dışında başka bir hukukî ilişkiden dolayı malın geri verilmesini isteme hakkına sahip olabilir. Örneğin, intifa ilişkisi sona erdiğinden, intifa hakkı sahibinin intifa konusu malı geri verme borcu vardır. Bu durumda malikin zilyede karşı istihkak talebi ile intifa ilişkisi nedeniyle geri verme talebinin yarışması söz konusu olur. Her iki talep birbirinden bağımsız doğar ve varlığını sürdürür (OĞUZMAN vd Yıl: 2013 s. 279. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 449; EREN, Yıl: 2014 s. 36; L. SİRMEN, L. Yıl: 2013 s. 271).

Benzer şekilde, kira, ariyet ya da vedia sözleşmelerinde, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmede de aynı durum söz konusu olur (EREN, Yıl: 2014 s. 36).

İstihkak davasında davalı, eşyaya haksız olarak el koyan (Davalının zilyetliği malike karşı haklı bir sebebe dayanıyorsa istihkak davası açılmaz. Örneğin, bir mal üzerinde kurulan intifa hakkı ya da malın kiraya verilmesi hâlinde, zilyedin zilyetliği haklı bir sebebe dayanmaktadır, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2014 s. 279) ve onu hâlen zilyetliğinde bulundurandır. Çekişmeli malı, haksız olarak davacı malikten ele geçiren zilyet, dolaylı zilyetliği kendinde kalmak sureti ile malın dolaysız zilyetliğini devretmiş olabilir. Örneğin, çekişmeli malı haksız olarak davacı malikten ele geçiren zilyedin bu malı kiraya vermesi gibi. Bu durumda davacı, istihkak davasını her iki zilyet aleyhine açabileceği gibi (dava arkadaşlığı), içlerinden biri aleyhine de açabilecektir (EREN, Yıl: 2014 s. 39-40. Benzer yönde, L. SİRMEN Yıl: 2013 s. 274). Davalı, çekişmeli mala istihkak davası açıldığında zilyet olmalıdır (EREN, Yıl: 2014 s. 40; OĞUZMAN vd. Yıl: 2014 s. 278-729).

Bu anda malı devrettiği için zilyetliği kesin olarak kayıp veya terk etmiş kimse aleyhine istihkak davası açılmaz. Böylesi bir durumda, söz konusu kişi aleyhine ancak TBK m. 49 vd. hükümlerine göre tazminat davası açılabilecektir (EREN, Yıl: 2014 s. 40).

İstihkak davası açabilecek malik, isterse zilyetlik davası (süresi içinde) açarak da hakkını koruyabilir. Zilyetlik davalarının açılması ve reddedilmesi hâlinde de (zilyetliğe gasp ve saldırı hâlinde açılan davalar) genellikle istihkak davası açılabilecektir. Zira, zilyetlik davalarında genellikle mülkiyet hakkı söz konusu olmamaktadır(AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 450).

Aynî nitelikte bir dava olan istihkak davasının açılması herhangi bir süreye tâbi değildir. Bir başka ifadeyle bu davanın açılması için herhangi bir hak düşürücü süre ya da zamanaşımı süresi yoktur (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 448; EREN, Yıl: 2014 s. 34; L. SİRMEN Yıl: 2013 s. 271. Eşyanın sözleşmesel ilişkiye dayalı

olarak iadesinin zamanaşımına uğraması nedeniyle dava edilememesi hâlinde, istihkak davasının zamanaşımı ya da hak düşürücü süreye tâbi olmaması önem taşımaktadır, bkz. EREN, Yıl: 2014 s. 35; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 271. Konuya ilişkin olarak verilmiş bir Yargıtay kararında (Yarg. 2. HD T. 05.05.1987, E. 1987/2302, K. 1987/4143 sayılı kararı, karar için bkz. İNAL, Yıl: 2006) da aynı esas benimsenmiştir. Karara göre; *“İstek adi istihkaka ilişkin olup, bu tür davalarda zamanaşımı sözkonusu olmaz. Ancak şartları gerçekleştiğinde kazandırıcı zamanaşımından söz edilebilir (MY. 777). Böyle bir durum bahis konusu değildir. Bu sebeple davalı tarafın zamanaşımı defî reddedilerek taraf delillerinin toplanması ve sonucu göre bir karar verilmesi zorunludur. Bu yön gözetilmeden ve isteğin niteliğinde yanlışla düşülerek davanın Borçlar Yasasının 66. maddesindeki bir yıl süre geçtikten sonra açıldığından sözedilerek ret edilmesi yasaya aykırıdır”*).

4.3. Elatmanın Önlenmesi Davası

Elatmanın önlenmesi davası, malikin zilyetliğine ve bu suretle mülkiyet hakkına yapılan ve devam eden bir saldırının önlenmesini sağlamaktadır (AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 451; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 276.) Bu dava malike, mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmasının haksız olarak güçleştirildiği hâllerde bu elatmaya karşı kendini koruma olanağı tanımaktadır (OĞUZMAN vd Yıl: 2013 s. 279).

Elatmanın önlenmesi davası da hem taşınırlar hem taşınmazlara yapılan haksız bir saldırının varlığı hâlinde açılacak bir davadır. Elatmanın hukuka aykırı bir elatma olması gerekmektedir (EREN Yıl: 2014 s. 44; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 276). Malik elatmaya katlanma yükümlülüğünde ise, bu davayı açamayacaktır. Örneğin, taşınmazı üzerinde geçit irtifakı kuran bir kimse taşınmazına el atıldığını iddia edemeyecektir (OĞUZMAN vd Yıl: 2013 s. 280).

Bir taşınmaza haksız olarak girmek, başkasının arazisine ağaç dikmek, bahçedeki bir ağacı kesmek, tel örgü çevirmek, lağım mecrası geçirmek, bir evi

yıkarak, yoldan yararlanmaya engel olmak, taşınmazın içinden su borusu geçirmek, kamulaştırmasız el atmak, şekil ve esas kurallarına uyulmaksızın yapılan kamulaştırma (“... *Usulü dairesinde istimlak muamelesine tevessül edilmeksezin, Devlet veya diğer bir amme hükmi şahsiyeti tarafından gayrimenkulü yola kalbedilen şahsın, gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyeti aleyhine, gayrimenkulünün bedelinin tahsili hakkında açacağı davanın Borçlar Kanununun altmışaltıncı maddesiyle kabul edilen bir senelik müruruzamana tabi olup olmadığı hususunda Temyiz Mahkemesi Üçüncü Hukuk Dairesinin 22.12.1952 tarih ve 13205/8949 sayılı ilamı ile Dördüncü Hukuk Dairesinin 22.5.1952 tarih ve 2401/2669 sayılı ilamı arasındaki içtihat aykırılığının halli istenilmiş olmakla 1221 sayılı kanunun muaddel sekizinci maddesi gereğince toplanan Hukuk Umumi Heyetinde mesele müzakere edilerek;... Böylece gayrimenkulü, istimlak edilmeksizin, yola kalbedilen malikin mülkiyet hakkı zeval bulmayıp baki kaldığı cihetle bu hakkına dayanarak her vakit meni müdahale davası açabileceği gibi, bunun yerine mülkiyet hakkının gayrimenkulünü yola kalbeden amme hükmi şahsiyetine devrine razı olarak, gayrimenkulünün bedelini de dava edebilir. Dava edeceği bedel gayrimenkulü üzerinde mülkiyet hakkının devrine karşılık olduğuna göre de mülkiyet hakkına dayanılarak açılacak olan bir davada müruruzamanın bahis mevzuu olamayacağı ve bu itibarla da hadisede Borçlar Kanununun altmışaltıncı maddesinin tatbik edilemeyeceği neticesine varılmıştır...*” (bkz. YİBK 16.05.1956 T. E. 1954/1, K. 1956/7 [www.kazanci.com]) hâlleri haksız elatmaya örnek olarak verilmektedir (EREN, Yıl: 2014 s. 44; GİRİTLİOĞLU, Yıl 1984 s. 16; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 276).

Taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır (TMK m. 737/2). Doktrinde bu hâllerin taşınmaza dolaylı elatma olduğu belirtilmektedir EREN, Yıl: 2014 s. 45. Benzer yönde, AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 453; L. SİRMEN Yıl: 2013 s. 277. Alman Hukuku’nda kağıt fabrikasından çıkan kükürt gazları, havuzda yetiştirilen kurbağaların çıkardıkları sesler, atış talimi alanından ya da özel uçak pistlerinden

gelen gürültüler, reklam amaçlı olarak yerleştirilen ışıklı levhaların gözleri rahatsız eden hâlleri dolaylı müdahale olarak kabul edilmektedir, bkz. EREN, Yıl: 2014 s. 45; GİRİTLİOĞLU, Yıl: 1983 s. 17).

Yargıtay uygulamalarına göre, fabrika bacalarından çıkan gazlar, işyerinin özelliğine göre gelen gürültü, işkembeciden gelen kokular, ahırdan sızan pis koku ve rutubet, köylerde harman yerlerinden çevreye yayılmış olan tozlar, kalorifer bacasından çıkan duman ve kurumun taşınmazı olumsuz etkilemesi, tahammül sınırını aşan müdahaleler olarak kabul edilmektedir (EREN, Yıl: 2014 s. 45; GİRİTLİOĞLU, Yıl: 1984 s. 18).

Elatmanın önlenmesi davasında mülkiyeti saldırıya uğrayan malik, elatmada bulunandan saldırıya son vermesini istemektedir. Saldırının bir zarara sebebiyet vermesine gerek yoktur. Ancak malik bu saldırı neticesinde bir zarara uğramışsa, saldırıda bulunandan haksız fiil kurallarına göre zararın tazminini isteyebilir(EREN, Yıl: 2014 s. 47). Elatmanın önlenmesi davasında davacı ve davalıya yönelik olarak söylenebilecekler, istihkak davasında olduğu gibidir (EREN, Yıl: 2014 s. 47; OĞUZMAN vd Yıl: 2013 s. 281). Bu nedenle, oradaki açıklamalarımız uygun düştüğü ölçüde burada da geçerliliğini koruyacaktır.

Elatmanın önlenmesi davası da aynî bir davadır. Bu nedenle, dava açmak için herhangi bir süre söz konusu değildir (EREN, Yıl: 2014 s. 46; L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 277).

Doktrinde, tapuya kayıtlı taşınmazlarda, tapudaki tescil sayesinde malikin her durumda dolaysız zilyetliğe sahip olduğu, malik tapuda hak sahibi olarak gözüktüğü sürece onun dolaysız zilyetliği kaybedemeyeceği, bu durumda onun dolaysız zilyetliğinin saldırıya uğramasının söz konusu olabileceği ve bu nedenle de malikin açacağı davanın istihkak davası değil, elatmanın önlenmesi davası olduğu belirtilmektedir, bkz. EREN, Yıl: 2014 s. 32. Aksi görüş için bkz. L. SİRMEN, Yıl: 2013 s. 270-271).

4.4. Diğer Davalar

Aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda açılacak davalar genel olarak zilyetliğe gasp veya saldırı halinde açılacak davalar, taşınır davası, istihkak davası ve el atmanın önlenmesi davasıdır. Ancak açılacak davalar bu davalarla sınırlı değildir. Örneğin, ipoteğin sırasına yönelik itiraza ilişkin bir davanın açılması durumunda ortada ne zilyetliğe yönelik gasp ya da saldırı, ne zilyetliğin irade dışında kaybı ne de mülkiyet hakkına yönelik bir tecavüz vardır. bu nedenle yukarıda saymış olduğumuz davaların açılması mümkün değildir.

Aynî haklarla bağlantılı olan, taşınır ve taşınmazlar açısından açılacak davaları isim isim saymak mümkün değildir. Bu kapsamda tespit davası, tescile zorlama davası, tapu sicilinin düzeltilmesi davası gibi davaların varlığına dikkat çekmek için çalışmamızda bu başlığa yer verilmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

AYNÎ HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK HUKUK

1. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA AYNÎ HAKLAR

1.1. Genel Bilgi

İlk bölümde ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı gibi, mülkiyet hakkı ve sınırlı aynî haklar şeklinde ikiye ayırabileceğimiz aynî haklar, bir şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen hakları ifade etmektedir. Mutlak hak olan bu haklar, sahibine pek çok koruma sağlamaktadır.

Tarih boyunca insanlık, daha çok mala sahip olup, zengin olabilmek için adeta yarışmıştır. Kimileri bunu hukuka uygun surette gerçekleştirirken, kimileri ise hukuk dışı yollara sapsmıştır. Hayatın içinde uygulaması çok sık karşımıza çıkan bu haklarla ilgili olarak uyuşmazlıkların yaşanmaması mümkün değildir. Nitekim aynî haklara ilişkin uyuşmazlık pek çok konuda ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda konuyla ilgili pek çok düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle aynî haklara ilişkin olarak getirilen düzenlemelerin açık, anlaşılır ve kapsamlı olarak belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

Taşınır ve taşınmaların farklı yapıları nedeniyle genellikle hukuk düzenleri, bu iki malın konusunu oluşturduğu hukukî işlemler için ayrı hükümler benimsemektedir. Ancak maddi hukuk açısından izlenen bu yöntem uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfî kuralları kuralları açısından farklılık göstermiştir. Zira, yabancılık unsuru taşıyan aynî haklardan doğan hukukî işlemlerde bu anlamda bütünlük yakalanmış, genel olarak malın bulunma yeri hukukunun uygulanması tercih edilmiştir. Ancak taşınırın hareket kabiliyeti olması nedeniyle, onlara özgü

bazı kurallara yer verilmesi ihtiyacı da doğmuştur (CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 478).

Aynî haklara ilişkin ilk düzenlemelerin yer aldığı dönemlerde konu genel olarak taşınmazlar kapsamında değerlendirilmiştir. Zira, taşınırlar daha ziyade miras ya da evlilik konusunun içinde incelemeye alınmıştır. Ancak ticaretin ve teknolojinin giderek gelişmesi sayesinde taşınırlar da taşınmazlar gibi önemli bir yere sahip olmuştur. Bugün bazı taşınırlar öyle yüksek ekonomik değere sahiptirler ki kimi zaman bu taşınırların ekonomik değeri bir taşınmaza yakın, hatta bazen fazla dahi olmaktadır. Örneğin, son teknoloji ürünü olan bir iş makinesinin değeri binlerce doları bulabilmektedir. Bunun dışında, taşınırların öneminin giderek artmasının bir diğer nedeni, genellikle ekonomik olarak taşınmazlara oranla daha az değerli olan taşınırları, sıradan insanların satın alabilmesinin taşınmazlara oranla daha kolay olmasıdır. Bu nedenle, çok daha sık aynî hak uyuşmazlıkları gündeme gelebilmektedir.

Milletlerarası özel hukuk kuralları yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin hukukî işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuku gösteren kurallardır. Diğer bir ifade ile milletlerarası özel hukuk kuralları gösterici hukuk kuralları, kanunlar ihtilâfî kurallarıdır. Bu kurallar, prensip itibarıyla maddî hukukta olduğu gibi, uyuşmazlığı kesin olarak çözümleyen kurallar içermemektedir. İstisnaen maddi hukuka ilişkin düzenleme getiren milletlerarası özel hukuk kurallarına da rastlanmaktadır (Bu konuya Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m. 20/3’de düzenlenen “*Türkiye’de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır*” hükmü örnek verilebilir).

Söz konusu uyuşmazlığın hangi hukuka göre çözümleneceğinin tespit edilmesi, kanunlar ihtilâfî hukukunun konusunu oluşturmaktadır (CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 1). Bu durum kanunlar ihtilâfî kurallarının maddî hukuk kuralları ile ilişki hâlinde olmadığı anlamına gelmemektedir. Örneğin, taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde aynî haklara ilişkin hukukî işlemler hayatın her zaman içinde yer almıştır. Her hukuk

sistemi taşınır-taşınmazlara yönelik olarak özellikle de maddî hukuk açısından farklı kurallar benimsemiş olabilmektedir. Bir hukuk sisteminde eşya olan bir şey başka bir hukuk sisteminde eşya olarak vasıflandırılmayabilir. Bu durumda uyumsuzluk konusunun aynî hakka ilişkin olup olmamasında bile farklı sonuçlar yaşanabilecektir. Benzer şekilde, sınırlı aynî hak türleri her hukuk sisteminde aynı şekilde düzenlenmemiş olabilir ya da mülkiyetin geçişi her zaman aynı kurallara bağlanmamış olabilir. İşte, milletlerarası özel hukukta konunun karmaşık yanını bu gibi durumlar oluşturmaktadır. Yine, taşınırın yer değiştirebilme özellikleri nedeniyle, söz konusu uyumsuzluk daha karmaşık bir hâl alabilmektedir. Bu gibi durumların önüne geçebilmek için, devletler özel hukukunda kapsamlı hükümlere yer verildiği görülmektedir.

Aynî haklara uygulanacak hukuk başlığı geniş bir başlıktır. Zira aynî haklar sağlararası veya ölüme bağlı tasarrufla ortaya çıkabileceği gibi, evlilik ya da miras yoluyla da karşımıza çıkabilir. Bununla birlikte aynî haklar taşınırın açısından maddî mallar ve maddî olmayan mallar kapsamında da ortaya çıkabilmektedir. Ancak çalışmamızda inceleyeceğimiz konu MÖHUK m. 21 kapsamında olacaktır. Ayrıca konunun bağlantısından dolayı MÖHUK m. 22 hükmüne de değinilecektir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 21'inci maddesi aynî haklara uygulanacak hukuku düzenleyen genel bir maddedir. Anılan hükme göre;

“(1) Taşınır ve taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. (2) Taşınmakta olan mallar üzerindeki aynî haklara varma yeri hukuku uygulanır. (3) Yer değişikliği hâlinde henüz kazanılmamış aynî haklar malın son bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. (4) Taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlere şekil yönünden bu malların bulundukları ülke hukuku uygulanır”.

Kanun’da her ne kadar aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda hükümlere yer verilmiş olsa da, aynî hak kavramı, varlığı, niteliği, çeşitleri, zilyetlik, bütünleyici parça ve eklenti kavramlarının vasıflandırılmasının hangi hukuka göre yapılacağından söz edilmemiştir. Bu konuda hata yapılması ise, uygulanacak hukukun yanlış tespit edilmesi anlamına gelebilecektir. Bu durum ise, Yargıtay aşamasında bozma sebebi olarak değerlendirilebilecektir. Bu nedenle vasıflandırma hususu burada büyük önem taşımaktadır.

Aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK m. 21 genel bir hüküm getirmektedir. Taşıma araçları üzerindeki aynî haklara uygulanacak hukuk konusu ise özel olarak 22’nci maddede düzenlenmiştir. Bu hükme göre;

“(1) Hava, deniz ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynî haklar, menşe ülke hukukuna tâbidir. (2) Menşe ülke, hava ve deniz taşıma araçlarında aynî hakların tescil edildiği sicil yeri, deniz taşıma araçlarında bu sicil yeri yoksa bağlama limanı, raylı taşıma araçlarında ruhsat yeridir”.

Görüldüğü üzere uçak, gemi ya da tren gibi taşıma araçları üzerindeki aynî haklar konusunda menşe ülke hukukları yetkilidir.

1.1.1. Tarihçe

Türk Hukuku’nda aynî haklara yönelik kanunlar ihtilâfî kurallarının geçmişi eskiye dayanmaktadır. İlk kural 7 Sefer 1284 tarihli (16 Haziran 1868) yabancıların anlaşmalarla sahip oldukları muafiyet saklı kalmak üzere, taşınır ve taşınmaz mallara ilişkin uyuşmazlıklarda Türk Kanunları yetkilidir. Bu Kanun, 23 Şubat 1330 tarihli (1915) *“Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanunu Muvakkat”* (EHVK) yürürlüğe girene kadar uygulamada kalmıştır. Aynî haklardan doğan kanunlar ihtilâfî da yukarıda bahsetmiş olduğumuz şekilde çözüme kavuşturulmuştur.

Tebaa-i Ecnebiyenin Emlake Mutasarrıf Olmaları Hakkında Kanun'dan sonra yürürlüğe giren EHVK taşınır ve taşınmaz mallar için ikili bir ayırım yapmamıştır. Kanun, sadece taşınmaz mallara ilişkin davaların Türk Kanunlarına tâbi olduğunu hükme bağlamış (EHVK m. 4). Taşınırlar için ise bir hükme yer vermemiştir. Doktrinde, EHVK kapsamında taşınmaz mallara ilişkin davaların, eşya hukuku kapsamında olan davalar olduğunun kabul edilmesinin gerçeklere ve o dönemde yürürlükte olan Medeni Kanun sistemine uygun düştüğü ileri sürülmekte (GÖĞER, Yıl: 1975 s. 272. Doktrinde EHVK'de tamamen Fransız Medeni Kanunu'ndan esinlenildiği belirtilmektedir, bkz. GÖĞER, Yıl: 1972 s. 226-227) ve taşınmazlara ilişkin olarak getirilen bu hükmün taşınırlar için de uygulanması gerektiği belirtilmekteydi (BERKİ, Yıl: 1961 s. 291; GÖĞER, Yıl: 1975 s. 272; SEVİĞ, Yıl: 1971 s. 73).

1330 tarihli Kanun'dan sonra 1982 yılında 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (RG T. 22.05.1982, RG Sayı: 17701) yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun kırk sekiz maddeden oluşmaktaydı ve kanunlar ihtilâfı konusunda o döneme kadarki en kapsamlı düzenlemelere sahipti. Kanun'da, aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun düzenlendiği 23'üncü maddede, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynı hakların, malların bulunduğu yer hukukuna tâbi olacağı düzenlenmişti. Bununla birlikte, taşınmakta olan mallar ile yer değişikliği hali konularında uygulanacak hukuk konusunda da ayrı bir hükme yer verilmişti. İlk kez kanunlar ihtilâfı alanına giren bu fıkra uyarınca,

“Taşınmakta olan mallar üzerindeki aynı haklara varma yeri hukuku uygulanır. Yer değişikliği hâlinde henüz kazanılmamış aynı haklar malın son bulunduğu yer hukukuna tâbidir”

düzenlemeleri kabul edilmişti. Son olarak ise, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukukî işlemlerin şekil yönünden bu malların bulundukları yer hukukuna tâbi olacağı düzenlenmişti.

2675 sayılı mülga MÖHUK, 2007 yılında 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kalkmıştır (5718 sayılı MÖHUK m. 64/1). Hâlâ yürürlükte olan 5718 sayılı MÖHUK aynî haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk konusunda mülga MÖHUK ile genel anlamda aynı kuralları benimsemiştir. İki Kanun düzenlemesi arasındaki fark ise, 5718 sayılı MÖHUK'da taşınır ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda “işlem anında” ibaresi eklenmiş, bağlama noktası olarak işlem anında malın bulunduğu ülke hukuku kabul edilmiştir. Ayrıca mülga MÖHUK'da taşınmakta olan mallar ile yer değişikliği hâlinde henüz kazanılmamış aynî haklara uygulanacak hukuk konusu aynı fıkra düzenlenirken, 5718 sayılı MÖHUK'da ise, bu konular ayrı fıkralarda düzenlenmiştir. Kanun'da aynî haklara uygulanacak hukuk; “(1) Taşınır ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. (2) Taşınmakta olan mallar üzerindeki aynî haklara varma yeri hukuku uygulanır. (3) Yer değişikliği hâlinde henüz kazanılmamış aynî haklar malın son bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. (4) Taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlere şekil yönünden bu malların bulundukları ülke hukuku uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir (MÖHUK m 21).

Görüldüğü üzere, Türk Hukuku'nda eskiden beri kanunlar ihtilâfı alanında aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda malın bulunma yeri hukukunun genel anlamda kabul edildiğini söylemek mümkündür.

1.1.2. İlgili Mevzuat

Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizinin düzenlenmiş olduğu MÖHUK aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk konusunda temel mevzuatı oluşturmaktadır. Ancak aynî haklar konusunda çok taraflı ya da iki taraflı bir uluslararası sözleşmenin varlığı hâlinde, bu sözleşmede ilgili mevzuat kapsamında uygulanacaktır. MÖHUK m. 1/2 hükmü;

“Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır” hükmünü içermektedir. Belirtmek gerekir ki, uluslararası sözleşmeler bir konuya ilişkin her türlü durumu çoğunlukla düzenlememektedir. Uluslararası sözleşmede düzenlenmemiş olan konularda, MÖHUK uyarınca yetkili hukuk tespit edilmeli, ardından sözleşmenin kapsamı dışında kalan konularda bu hukuka göre uyumsuzluk çözümlenmelidir. Ancak doktrinde uygulamada bu duruma dikkat edilmediği, uluslararası sözleşmenin kapsamı dışında kalan konularda doğrudan Türk Hukuku’nun uygulanması eğiliminin olduğu belirtilmektedir (ATAMER, Yıl: 2003 s. 93).

Aynî haklar çok kapsamlı bir konudur. Konunun sadece milletlerarası özel hukuk boyutunun bilinmesi yeterli değildir. Türk maddî hukukunda konu esas olarak Medeni Kanun (MK) kapsamında düzenlenmiştir. Bu nedenle MK hükümlerinin de bilinmesi, özellikle malın bulunduğu yerin Türkiye olması hâlinde önem arz edecektir. Bununla birlikte, Türk maddî hukukunda aynî haklara ilişkin konular sadece TMK’de düzenlenmiş değildir. Bunun dışında, Kamulaştırma Kanunu (RG T. 08.11.1983, RG Sayı: 18215), Ticari İşletme Rehni Kanunu (RG T. 28.07.1973, RG Sayı: 13909), Kat Mülkiyeti Kanunu, (RG T. 02.07.1965, RG Sayı: 12038), Türk Ticaret Kanunu (TTK), Türk Borçlar Kanunu (TBK), İcra ve İflas Kanunu (İİK) , Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK), Maden Kanunu gibi pek çok Kanun aynî haklarla ilgili olan hükümler içermektedir.

Yabancıların taşınmaz mülkiyeti ya da sınırlı aynî hak kazanması konusunda Tapu Kanunu’nun 35, 36 ve 37’nci maddeleri uygulama alanı bulmaktadır. Bu konuda Ekonomi Bakanlığı tarafından çıkarılan 2644 Sayılı Tapu Kanununun 36 ncı Maddesi Kapsamındaki Şirketlerin ve İştiraklerin Taşınmaz Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Hak Edinimine İlişkin Yönetmelik ve TKGM’nin çıkarmış olduğu Yabancıların Yapısız Taşınmaz Edinimi (2013/15 sayılı Genelge), Yabancılarla İlişkin Tapu İşlemlerinde Kimlik Tespiti (2013/13 (1750) Sayılı Genelge), Yabancı Sermayeli Şirketlerin Taşınmaz ve Sınırlı Aynî Hak Edinimleri (2012/13 sayılı Genelge) gibi bazı genelgeler (Genelgeler için bkz. <http://www.tkgm.gov.tr/tr>)

bulunmaktadır. Bu kapsamda yabancı sermaye ile kurulan ticaret şirketleri Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'na (DYYK) tâbi olduklarından bu Kanun'un ve Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği hükümlerinin de bilinmesi gerekmektedir. Zira, bu mevzuat da aynî hak ehliyeti konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulabilecektir.

1.2. Tarihsel Süreçte Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Dikkate Alınan Bağlama Noktaları

1.2.1. Genel Olarak

Milletlerarası özel hukukta yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuku belirleyebilmek için zorunlu olarak iki unsura ihtiyaç vardır. Bu unsurlar bağlama/bağlanma noktası ve bağlama/bağlanma konusudur. Uyuşmazlıktaki hukukî ilişkiye nitelendirmek için kullandığımız kavramlar bağlama konusunu oluştururken, bağlama konusunun belirli bir hukuk düzenine tâbi tutulmasında dikkate alınan olay ise, bağlama noktasını ifade etmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2013 s.77 vd.; DOĞAN, Vahit, Yıl: 2015 s. 164 vd.; NOMER, Yıl: 2014 s. 95 vd.; FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 45 vd.; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 29 vd.; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 38 vd.).

Aynî haklardan doğan uyuşmazlıkların belirlenmesinde bağlama noktası olarak esas alınan kriter genel olarak malın bulunma yeri (lex rei sitae) hukukudur. Ancak özellikle taşınırlar açısından dikkate alınan bazı farklı bağlama noktaları bulunmaktadır.

1.2.2. Çeşitli Bağlama Noktaları

Aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda, tarihsel sürece bakıldığında taşınımazlarda çoğunlukla malın bulunma yeri hukuku uygulanırken, taşınırlarda ise

farklı çözümlerin benimsendiği görülmektedir. Bu konuda özellikle taşınırlar açısından, malikin yerleşim yeri hukuku (lex domicilii), sözleşmenin kurulduğu yer hukuku (lex loci contractus), işlemin yapıldığı anda malın bulunduğu yer hukuku (lex rei sitae) (Lex rei sitae, bazen lex loci rei sitae veya situs olarak da ifade edilmektedir, bkz. CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 19) ve işlemin en sıkı ilişkili olduğu yer hukuku (proper law of the transfer) olmak üzere dört görüşün hâkim olduğu ileri sürülmektedir (ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 19 vd. Benzer yönde, GÖĞER, Yıl: 1975 s. 161-162; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 161

1.2.2.1. Malikin Yerleşim Yeri Hukuku (Lex Domicilii)

Malikin yerleşim yeri hukukunun uygulanması taşınırların konu olduğu aynı hak uyumsuzlukları için kullanılan bir bağlama noktası olmuştur (LORENZEN, Yıl: 1942 s. 795). İlk olarak İtalyan Statüçüleri tarafından ileri sürülen görüşün arkasında yatan düşünce, taşınırın maliki takip edeceğidir (LORENZEN, Yıl: 1942 s. 795; ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 19. Benzer yönde, FAWCETT vd. Yıl: 2012 s. 1072; TEKİNALP, vd. Yıl: 2012 s. 118).

İtalyan Hukuku'nda "*Mobilia Seguuntur Personam Maximi*" olarak ifade edilen görüş, özellikle taşınırların devri konusunda dikkate alınmıştır. Malikin yerleşim yeri hukukunun uygulanması İtalyan Hukuku'ndan sonra Fransız ve Hollanda Hukuklarında da taraftar toplamış, Common Law Hukukunu da etkilemiştir (FAWCETT vd. Yıl: 2012 s. 1072; ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 19. Görüş özellikle İngiliz Hukuku'nda uzun yıllar benimsenmiştir, bkz. FAWCETT vd. Yıl: 2012 s. 1072).

Bugün için hala Arjantin Hukuku'nda taşınırlar açısından malikin yerleşim yeri hukukunun uygulanması söz konusudur. Arjantin Hukuku'nda kural olarak taşınırlarda malın bulunduğu yer hukuku uygulanmaktadır. Ancak malikin sürekli olarak yanında taşıdığı ya da kendisinin kullandığı, başka bir yere satımı ya da nakledilmesi istenen taşınırlar konusunda malikin yerleşim yeri hukuku

uygulanacaktır (Arjantin Medeni Kanunu m. 11) (Arjantin Medeni Kanunu'nun İngilizce çeviri için bkz. http://archive.org/stream/argentinecivilc00whelgoog/argentinecivilc00whelgoog_djvu.txt).

Kanaatimizce aynî hak uyuşmazlıklarında malikin yerleşim yeri hukukunun uygulanması pratik ihtiyaçlara cevap verememektedir. Örneğin, bir mal üzerinde birden fazla kişinin malik olduğunu iddia etmesi ve bunların her birinin yerleşim yerlerinin de farklı olması durumunda, aynî hak ilişkisine birden fazla hukukun uygulanması gündeme gelebilecektir. Bu ise oldukça problemli bir duruma neden olacaktır. Ayrıca, görüş iyi niyetli üçüncü kişiler açısından da tehlikeli ve yanıltıcı sonuçların yaşanmasına sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle bugün için malikin yerleşim yeri hukuku kriteri, aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun belirlenmesinde kullanılabilecek bir bağlama noktası değildir. (FAWCETT vd. Yıl: 2012 s. 1073 vd.; LORENZEN, Yıl: 1942 s. 795 vd.; ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 19-20).

1.2.2.2. Sözleşmenin Kurulduğu Yer Hukuku (Lex Loci Contractus)

Aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun belirlenmesinde ileri sürülen ikinci görüş ise, sözleşmenin kurulduğu yer hukukudur. Bu görüş uyuşmazlığın vasıflandırılmasında sözleşme görüşünü benimseyen anlayışla uygunluk içermektedir. Buna göre sözleşmenin, malın bulunduğu yerde kurulması halinde; bugün adeta evrensel olarak benimsenen malın bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını sağlayacaktır. Ancak bu görüş, malın bulunduğu yer ile sözleşmenin kurulduğu yerin farklı olması halinde, uyuşmazlığın çözümü için sözleşmenin kurulduğu yerin uygulanmasını gerektirmektedir (ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 20-21).

Günümüzde sözleşmelerin kurulduğu yerler tesadüfi şekilde ortaya çıkabilir. Özellikle internet üzerinden akdedilen sözleşmelerde bu durumla karşılaşılma olasılığı yüksektir. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanması için işlemle

en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerekmektedir. Tesadüfî sonuçlara bağlı olabilecek uygulanacak hukuk kriteriyle ise, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanamayacaktır. Bu nedenle kanaatimizce bu görüş aynî haklardan doğan uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınmamalıdır. Ayrıca aynî hak uyuşmazlıkları sadece sözleşmesel ilişkiler kapsamında ortaya çıkmamaktadır. Örneğin, bir taşının ya da taşınmazın zamanaşımı ile iktisabı da aynî haklar kapsamında incelenen bir konudur. Bu görüş bu gibi durumlarda uygulanacak hukuku açıklamak noktasında da yetersi kalmaktadır.

1.2.2.3. İşlemin En Sıkı İlişkili Olduğu Yer Hukuku (Proper Law Of The Transfer)

Aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun belirlenmesinde kullanılabilecek üçüncü bağlama noktası olarak işlemin en sıkı ilişkili olduğu yer hukuku görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüş daha ziyade Amerikan Hukuku'nda benimsenmiştir. Bu görüş uyarınca hâkim olayın doğuşuna ve oluş tarzına göre somut olayla en sıkı ilişkili hukuku tespit edecektir. Hâkim tarafından belirlenen hukuk malın bulunduğu yer hukuku, malikin yerleşim yeri hukuku, sözleşmenin kurulduğu yer hukuku olabilecektir (ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 28-33. Hâkimlerin kendi hukukunu uygulama eğiliminde olmaları konusunda bkz. EHRENNZWEIG, Yıl: 1961 s. 241).

Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin sağlanmasına en iyi hizmet edecek görüş, taşınırlar açısından kanaatimizce bu görüştür (Benzer yönde, ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 35). Özellikle malın tesadüfî sebeplerle bir yerde bulunması halinde lex rei sitaenin uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukuk olduğunu savunmak mümkün olmamaktadır.

1.2.2.4. İşlemin Yapıldığı Anda Malın Bulunduğu Yer Hukuku (Lex Rei Sitae)

Aynî haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun belirlenmesinde işlemin yapıldığı anda malın bulunduğu yer hukukunun (lex rei sitae) uygulanmasının gerekliliği üzerinde de durulmuştur. Bugün için adeta evrensel bir kural haline gelen lex rei sitae kuralı çalışmamız kapsamında ilerideki bölümlerde detaylı bir şekilde incelendiğinden burada üzerinde durulmayacaktır.

1.3. Vasıflandırma

Uygulanacak hukukun doğru tespit edilebilmesi için bağlama konusu ve bağlama noktasının hukukî anlamda neyi ifade ettiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bağlama konusu ve bağlama noktası hakkında yapılacak nitelendirme vasıflandırmadır (Benzer yönde, AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 147-148; BRIGGS, Yıl: 2002 s. 10; CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 13-14; COLLIER, Yıl: 2002 s. 13-14; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 64; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 177; NOMER, Yıl: 2015 s. 96; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 48 vd.; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl 2011 s. 40; WILD, Yıl: 2003 s. 7). Yabancılik unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde öncelikle bağlama konusunun, ardından bağlama noktasının vasıflandırılması ve sonra da uygulanacak hukukun tespiti gerekmektedir.

1.3.1. Bağlama Konusunun Vasıflandırılması

Milletlerarası özel hukukta bağlama konusu kısaca, uyuşmazlık konusunun hukukî anlamda ne olduğu, hangi başlık altında yer aldığını belirtmektedir. Milletlerarası özel hukukta bağlama konuları olarak genel kavramlar kullanılır. Örneğin evlenme, boşanma, aynî hak, sözleşme, haksız fiil gibi. Ancak hukuk sistemlerinin bu hukukî ilişki ve işlemlere yükledikleri anlamlar farklı olabilmektedir. Uygulanacak hukukun doğru tespit edilebilmesi bağlama noktasının doğru vasıflandırılmasına bağlıdır (FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 45).

Bu nedenle bağlama konusunun vasıflandırılmasında dikkatli olunması gerekir. Aksi halde yanlış bir hukukun tespiti ile hak kayıpları söz konusu olabilecektir.

Bağlama konusunun vasıflandırılmasında temel olarak üç görüş bulunmaktadır. Bu görüşlere göre vasıflandırma;

- a) lex fori'ye (kendi hukukuna) göre,
- b) lex causae'ya (esasa uygulanan hukuka) göre,
- c) Bağımsız yoruma (bağımsız ve milli hukuklar üstünde bir sistem) göre yapılmalıdır.

Yukarıda saydığımız üç görüşe ek olarak uyuşmazlığın olaya göre çözümünün olması gerektiği de doktrinde ifade edilmektedir (NOMER, Yıl: 2015 s. 99. Benzer yönde, ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 83 vd.; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 42 vd.). Bu görüşler içinde en fazla taraftar toplayan görüş vasıflandırmanın lex fori'ye göre yapılmasıdır (BRIGGS, Yıl: 2002 s. 33 vd.; BROWN, Yıl: 2001 s. 25; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 83; DICEY ve MORRIS, Yıl: 1993 s. 36; NOMER, Yıl: 2015 s. 99; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 43; O'BRIEN, Yıl: 1999 s. 93; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 42. Yabancılik unsuru taşıyan kambiyo senetlerine ilişkin uyuşmazlıkların vasıflandırması iki aşamalı olması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, ilk aşamada uyuşmazlığa konu senedin kıymetli evrak niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi ve senedin kıymetli evrak niteliğinde olduğunun tespitinden sonra ikinci aşamaya geçilmesi gerekir. İkinci aşamada ise, uyuşmazlığın kambiyo senetleri hukuku içinde isimlendirilmesi yapılmalıdır. Konu ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AYGÜN, Yıl: 2014 s. 105).

Bu görüşe göre, örneğin kural olarak Türk hâkimi karşısına gelen bir uyuşmazlığın hangi hukukî ilişkiye dahil olduğunu Türk Hukuku açısından nitelendirecektir.

Hâkimin karşısına gelen uyuşmazlık kendi hukukunda tanımlanmayan bir hukukî ilişki olabilir. Örneğin, Türk hâkiminin karşısına İngiliz ve Amerikan Hukuklarında düzenlenen trust müessesesi (Bu aşamada kaynağı (Roma Hukuku'nda trustın izleri görülmektedir, bkz. JOHNSTON, Yıl: 2001 s. 1 vd.) İngiliz Hukuku olan trust ilişkisinden (JOHNSTON, Yıl: 2001 s. 1; SWADLING, Yıl: 2007 s. 271) bahsetmek gerekir. Trust ilişkisi geçmişte feodalizmin hoş olmayan sonuçlarından kaçınmak amacıyla kullanılmaya başlanmıştır. Ancak trust ilişkisi çok eski zamanlardan beri kullanılmış olsa da, trust kelimesinin söz konusu bu hukukî ilişki için kullanılmasının geçmişi çok eskilere dayanmamaktadır. İngiliz Hukuku'nda ilk kez Paul v Constance Davasında (1977) (1 WLR 527, CA) bu kelime kullanılmış ve ardından İngiliz Hukuku'na yerleşmiştir, (SWADLING, Yıl: 2007 s. 276, 288). Trust özellikle Amerikan Hukuku'nda da kullanılan bir hukukî ilişkidir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. HAY, Yıl: 2003 s. 223 vd.) Trust ilişkisi, inançlı işleme benzer bir hukukî durumdur. İnanan kişinin (settlor) herhangi bir mal üzerindeki mülkiyet hakkını inanılan kişiye (trustee) devretmesi, inanılan kişinin ise, sözleşme konusu mal üzerindeki mülkiyet hakkını başka bir lehdarın (beneficiary) lehine elinde bulundurması trust olarak ifade edilmektedir. (LEXTRAY, Yıl: 2013 s. 33. Benzer yönde, SWADLING, Yıl: 2007 s. 271 vd.). Trusta Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Konvansiyonu'na göre, (1 Temmuz 1985 tarihli, "*Convention On The Law Applicable To Trusts And On Their Recognition*" 01.01.1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Avusturalya, Hollanda, İsviçre, İtalya, Lüksemburg, Kanada, Malta ve Monako arasında yürürlüktedir. Sözleşmeye Türkiye taraf değildir, bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=59. Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, Yıl: 1986 s. 24-29) trust bir gerçek kişi tarafından sağlararası veya ölüme bağlı tasarrufla kurulan bir ilişkidir. Bu ilişkide kurucu gerçek kişi tarafından belli bir malvarlığı inanılan kişiye (trustee) devredilir ve inanılan kişi kendisine devredilen malvarlığını, lehdar ya da lehdarların (beneficiary/beneficiaries) yararına veya belirlenmiş bir amaca uygun olarak yönetmektedir (Konvansiyon m. 2). Trust ilişkisinin temelinde iki farklı mülkiyet yer almaktadır. Bu mülkiyet hakları, Common Law ve Equity'e dayanmaktadır (SWADLING, Yıl: 2007 s. 271). Common Law Hukuk sistemine dayalı mülkiyet

hakkında, malikin bir mal üzerindeki mülkiyet hakkı, aynî hak niteliğinde olup herkese karşı ileri sürülebilmektedir. Buna karşılık Common Law Hukuk sisteminin belli, sabit ve bir anlamda kalıplaşmış kuralları yerine hakkaniyete uygun olarak her davanın özelliklerine uyacak şekilde verilen kararlarla ortaya çıkan equity sistemine (LEXTRAY, Yıl: 2013 s. 23-24) dayalı mülkiyet hakkı ise, şahsi hak niteliğindedir. Bu nedenle herkese karşı değil, sadece Common Law'a dayalı mülkiyet hakkı sahibine karşı ileri sürülebilmektedir. Böylelikle bir malvarlığı üzerindeki mülkiyet hakkı inanılana ait iken, lehdar/lehdarların inanılan kişiye karşı ileri sürebilecekleri bir şahsi hakları vardır (LEXTRAY, Yıl: 2013 s. 39-40; SWADLING, Yıl: 2007 s. 272). Trust ilişkisi kurulduğunda inanılan kişi kendisine devredilen malın mülkiyetini kazanmasına rağmen, trust malvarlığı, inanılan kişinin kendi malvarlığından ayrı bir malvarlığıdır. İnanılan kişi, trust malvarlığını muhafaza etmek, bakımını yapmak, masraf ve vergilerini ödemek gibi bazı yükümlülükleri yerine getirmekle mükelleftir. Lehdarın/lehdarların hakları ise, trust malvarlığı üzerindeki hakkı trust sözleşmesinde belirlenmiş olduğu şekilde trust malvarlığından ve trust malvarlığının gelirinden faydalanmaktır. Ayrıca trust malvarlığı lehdar/lehdarlar tarafından satış, rehin, bağışlama veya ölüme bağlı tasarruf ile devir sözleşmelerine konu edilebilmektedir (LEXTRAY, Yıl: 2013 s. 40-41). Trust ilişkisinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için, trust anlaşmasının; inanan kişi ile inanılan arasında düzenlenen ve her iki tarafça da imzalanan trust sözleşmesi ile, inanılan kişinin tek taraflı irade beyanı olan ve sadece inanılan tarafından imzalanan trustee beyannamesi ile veya inanan kişinin ölüme bağlı tasarrufu ile kurulması gerekir (LEXTRAY, Yıl: 2013 s. 50. Trust Hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CHESHIRE, Yıl: 1967 s. 321 vd.; CHONG, Yıl: 2005 Part: 4, s. 855-883; COLLIER, Yıl: 2002 s. 216; HAY, Yıl: 2003 s. 223 vd.; LEXTRAY, Yıl: 2013 s. 5 vd.). Trust ilişkisi Kıta Avrupası Hukuk sistemine her ne kadar yabancı olsa da, uluslararası ticaretin giderek artması ile Kıta Avrupası Hukuk sisteminde de dikkat çekmeye başlamıştır. Hatta bu hukuk sisteminde bulunan bazı devletler, kendi ülkelerinde trust kurulmasına izin vermeseler bile, başka ülkelerde kurulmuş olan trust ilişkisini tanıma eğilimi göstermektedirler. Özellikle 1992 yılında yürürlüğe giren Trust'a İlişkin La Haye Konvansiyonu yabancı ülkelerde kurulan trust ilişkisini

tanımaya yönelik kurallar içermektedir (LEXTRAY, Yıl: 2013 s. 99) ile ilgili bir uyuşmazlık ya da İslam Hukuku'nda düzenlenen talak müessesesi ile ilgili bir uyuşmazlık gelebilir. Hâkimin uyuşmazlığın kendi hukukunda düzenlenmemesi gerekçesi ile davayı reddetmesi mümkün değildir. Bu durumda hâkimin karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak vasıflandırma yapması gerektiği doktrinde belirtilmektedir. (DOĞAN, Yıl: 2015 s. 181).

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 21'inci maddesinde yer alan ifade, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki “*aynî haklar*” şeklinde olduğundan, bu mallar üzerindeki şahsi talep haklarının MÖHUK m. 21 kapsamında değerlendirilmeyeceği kolaylıkla söylenebilir. Zira vasıflandırmanın kural olarak lex fori'ye göre yapılacağı kabul edildiğinden, örneğin bir taşınmaz üzerindeki kira hakkı MÖHUK m. 21 kapsamında değerlendirilmeyecekken, taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak kurulması MÖHUK m. 21'in uygulama alanına girecektir. Aynı esas 22'nci maddede düzenlenen taşıma araçları için de geçerlidir.

Vasıflandırmanın doğru yapılması uyuşmazlıkların çözülmesi için ilk ve belki de en önemli basamağı teşkil etmektedir. Zira, bu konuda yapılacak bir hata telafisi imkânsız sonuçlara yol açabilecektir. Örneğin, Türk Hukuku'nda arazinin kiralanması bir aynî hak sorunu yaşanmasına neden olmazken, İngiliz Hukuku'nda arazinin kiralanması bazı şartlarla aynî hak kapsamında değerlendirilebilen bir hukukî durumdur (SWADLING, Yıl: 2007 s. 268). İki hukuk sistemi bu noktada farklılık göstermektedir. Bu kapsamda İngiltere'deki bir arazinin kiralanmasından ortaya çıkan uyuşmazlığın Türkiye'deki mahkemelerde çözülmesi talep edildiğinde, Türk hâkimi lex fori'ye göre vasıflandırmayı yaptığında, uyuşmazlığı kira sözleşmesi olarak değerlendirecek ve MÖHUK m. 21 yerine MÖHUK m. 25 hükmünü uygulayacaktır.

Bağlama konusunun vasıflandırılmasının önemi açısından bir başka örnek olarak Re Maldonado's Estate davası verilebilir. Re Maldonado's Estate davasında İspanyol vatandaşı kadın geride mirasçısı olmadan ölmüştür. Kadının yerleşim yeri

(domicile) İspanya'dadır. Londra'da bir bankada bulunan 26.000 dolarlık terekesi ise İspanyol Hukuku'na göre son mirasçı olan İspanyol Devleti'ne, İngiliz Hukuku'na göre ise İngiltere'ye kalmaktadır. Zira, İngiliz Hukuku'na göre sahipsiz mal statüsünde olan mala Krallık el koymaktadır ve bu durum İngiliz Hukuku'na göre aynî hak statüsünde değerlendirilirken, İspanyol Hukuku'na göre (Avusturya Hukuku'nda olduğu gibi) ise miras statüsünde değerlendirilmektedir (Re Maldonado's Estate davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 49-50). İşte bu noktada bağlama konusunun vasıflandırılması problemi ortaya çıkmıştır. Bu davada mahkeme vasıflandırmasını lex fori'ye göre yapmıştır (FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 50).

1.3.2. Bağlama Noktasının Vasıflandırılması

Bağlama konusunun belirli bir hukuk düzenine tâbi tutulmasında dikkate alınan olayın bağlama noktası olduğuna yukarıda değinmiştik. Milletlerarası özel hukukta kullanılan en önemli bağlama noktaları bir kişinin vatandaşlığı, yerleşim yeri, mutad meskeni, malın bulunma yeri, bir fiilin yapıldığı yer (örneğin haksız fiilin ikâ yeri), bir mükellefiyetin yerine getirildiği yer, sicil yeri, tarafların anlaşması (hukuk seçimi), muhakeme usulünün yeri veya üzerinde devlet otoritesi bulunan fiillerin yeri (lex fori) dir (NOMER, Yıl: 2015 s. 104-105. Benzer yönde, ALTUĞ, Yıl: 1973, s. 142 vd.; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 29. Uyuşmazlıkların çözümü için tercih edilen bağlama noktaları en sıkı ilişkili hukuku belirleyebilmek için kullanılmaktadır, bkz. CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 2).

Hukuk sistemleri uyuşmazlıkların çözümünde genel olarak yukarıda saymış olduğumuz bağlama noktalarını kullanmaktadır. Ancak bağlama noktalarına verilen anlamın farklı olabilmesi bağlama noktasının vasıflandırılması konusunu gündeme getirmektedir.

Bağlama noktasının vasıflandırılmasının hangi hukuka göre yapılacağı konusunda bağlama konusunun vasıflandırılmasında ileri sürülen görüşler

geçerliliğini korumaktadır (DOĞAN bağlama noktasının vasıflandırılmasını lex fori'ye göre, lex causae'ya göre, mukayeseli hukuka göre, kademeli vasıflandırma ve milletlerarası özel hukuk bakımından vasıflandırma şeklinde incelemiştir, bkz. DOĞAN, Yıl: 2015 s. 178-180). Bağlama noktasının vasıflandırılması kural olarak lex fori'ye göre yapılmaktadır (Benzer yönde, ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 93; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 181; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 43; TEKİNALP vd. Yıl: 2012 s. 56. Doktrinde yerleşim yerinin vasıflandırılmasının hangi hukuka göre yapılması gerektiği konusundaki tartışmalar için bkz. ANSAY, Yıl: 1953 s. 666-687; HUYSAL, 2003 s. 189-194).

Bağlama noktasının ya da bağlama konusunun vasıflandırılmasının lex fori'ye göre yapılacak olması genellikle düzenlenmemektedir. Vasıflandırmanın genel olarak lex fori'ye göre yapılması doktrinde ve uygulamada kabul edilen bir çözümdür. Ancak bazı hukuk sistemlerinde vasıflandırmanın lex fori'ye göre yapılması kanunda yer alabilmektedir. Bu konuda Çin Hukuku örnek olarak gösterilebilir. Yabancı Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun (Kanun metninin İngilizcesi için bkz. <http://asadip.files.wordpress.com/2010/11/law-of-the-application-of-law-for-foreign-of-china-2010.pdf> erişim tarihi 05.01.2014. Hong Kong ve Macao, Çin Halk Cumhuriyetinin egemenliği altına sırasıyla 1997 ve 1999 tarihlerinde girmiştir. Ancak bu bölgeler Çin Anayasasına göre özel idari bölgeler olarak kabul edilmektedir. Bu bölgelerin kendi hukuk sistemleri mevcuttur. Hong Kong'da İngiliz hâkimiyetinin etkisi ile common law sistemi, Macao'da ise Portekiz Hukuku'nu temel alan bir sistem hâkimdir, bkz. ZHANG, Yıl: 2006 s. 299) m. 8'e göre yabancıların kişisel ilişkilerinin (medeni hukuk ile ilgili) vasıflandırması lex fori'ye göre yapılacaktır.

Bağlama noktasının lex fori'ye göre vasıflandırılmasında bazı istisnalar bulunmaktadır. İlk olarak vatandaşlık konusuna bakılırsa; bir kişinin vatandaşlığı, vatandaşlığı söz konusu olan devletin hukukuna göre belirlenecek, bu konuda lex fori uygulanmayacaktır (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 94; NOMER, Yıl: 2015 s. 107; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 30; TEKİNALP vd. Yıl: 2012 s. 43. Benzer yönde,

BRIGGS, Yıl: 2002 s. 27. İsviçre milletlerarası özel hukukunda bu durum bir kanuni düzenleme olarak yer almaktadır. İsviçre Hukuku'na göre gerçek kişinin vatandaşlığı, vatandaşı olduğu ülke tarafından tayin edilecektir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 22). Bir başka ifadeyle bir kimsenin Türk vatandaşı olup olmadığına Türk Hukuku, Alman vatandaşı olup olmadığına Alman Hukuku, İsviçre vatandaşı olup olmadığına İsviçre Hukuku karar verecektir. İkinci olarak, bir bağlama noktası hangi hukuk sisteminde kullanılıyorsa o hukuka göre vasıflandırılmalıdır (Benzer yönde, ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 93; NOMER, Yıl: 2015 s. 106-107; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 44-45; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2012 s. 44). Örneğin, yabancılık unsuru taşıyan bir uyumsuzluk hakkında Türk mahkemelerinde açılan bir davada hâkim İngiliz Hukuku'na gitmiş ise, (atıf yapılmışsa) İngiliz kanunlar ihtilâfı kurallarında kullanılan kavramın vasıflandırılması İngiliz Hukuku'na göre yapılacaktır. Zira İngiliz Hukuku'nda kullanılan -örneğin yerleşim yeri- kavramının Türk Hukuku ya da başka bir hukuk sistemi dikkate alınarak kanuna konmuş olması mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu bağlama noktasının o hukuk sisteminde ifade ettiği anlamı ile yorumlamak gerekmektedir.

1.4. Atıf Prensipleri

Yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının dikkate alınması durumu milletlerarası özel hukukta atıf (renvoi) olarak ifade edilmektedir (ACUN-MEKENGECİ, Yıl: 2013 (a) s. 239; ALTUĞ, Yıl: 1973, s. 143; BLOM, Yıl: 2003 s. 379; BRIGGS, Yıl: 1954-1955 s. 195; CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 29-30; ÇELİKEL, Yıl: 1983 s. 1; ÇELİKEL, Yıl: 1969 s. 234; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 112 ve 114; DOĞAN, Yıl: 1998 (a) s. 824; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 187; HAY, Yıl: 2003 s. 162-163; GRISWOLD, Yıl: 1937-1938 s. 1166-1167; LIPSTEIN, Yıl: 2000 s. 405-406; NOMER, Yıl: 2015 s. 143; SADROLEŞRAFI, Yıl: 1987 s. 516 vd. ; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 52; TANRIBİLİR, Yıl: 2010 s. 203; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 44). Bu prensip, hukuk sistemlerinin uygulanacak hukuku belirlemek amacıyla kullanmış olduğu bağlama

noktaları arasındaki farklardan kaynaklanan problemleri çözme tekniği olarak kullanılmaktadır (ACUN-MEKENGECİ, Yıl 2013 (a) s. 240; COLLIER, Yıl: 2002 s. 20; O'BRIEN, Yıl: 1999 s. 134-135. Atıf prensibinin milletlerarası özel hukukun en karmaşık konularından biri olduğu konusunda bkz. HARDER, Yıl: 2011 s. 659).

Türk Hukuku'nda sadece kişi (Common Law Hukuku'nda özellikle şahsın hukuku alanında yerleşim yeri, Kıta Avrupası Hukuku'nda ise vatandaşlık ilkesi egemendir, bkz. CARTER Yıl: 1987 s. 713-714; TİRYAKİOĞLU, Yıl: 2006 s. 13) ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda MÖHUK hükümlerince tespit edilen yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları uygulanacak ve bu hukukun gönderdiği hukukun da maddî hukuk hükümleri uygulanarak uyuşmazlık çözümlenecektir. Bunun dışındaki uyuşmazlıklarda ise, MÖHUK hükümlerine göre tespit edilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanarak uyuşmazlık çözümlenecektir. Zira MÖHUK m. 2/3 hükmü;

“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” şeklinde düzenlenmiştir.

Atfın uygulanmasının gündeme gelebilmesi için uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanması gerekmektedir (Benzer yönde, HARDER, Yıl: 2011 s. 679) Bir başka ifadeyle uyuşmazlık kişi ve aile hukuku kapsamında olmakla birlikte uygulanacak hukuk Türk Hukuku ise, atıf dikkate alınmayacaktır. Bu durumun nedeni MÖHUK m. 2/3'ün *“Uygulanacak yabancı hukukun...”* şeklinde düzenlenmiş olmasıdır. Kaldı ki uygulanacak hukukun Türk Hukuku olarak tespit edilmesi halinde atfın uygulanması sürekli olarak MÖHUK ve maddi hukuk arasında kısır döngü yaşanmasına sebep olurdu (ACUN-MEKENGECİ, Yıl: 2013 s.258).

Aynî haklar kişi ve aile hukuku kapsamına giren uyuşmazlıklar arasında değerlendirilmeyeceğinden Türk Hukuku'nda aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda atıf prensibinin uygulanması söz konusu değildir. Bu nedenle Türk hâkimi, uygulanacak hukuku MÖHUK hükümlerine göre tespit ettikten sonra, bu hukukun maddî hukuk hükümlerini uygulayarak uyuşmazlığı czmleneyecektir.

İsviçre Hukuku'nda atfin uygulanması iki şekilde gerçekleşebilir. Bu durumlardan ilki kanunda atfin uygulanacağı konusunda açık bir düzenleme olmasıdır (İsviçre Milletlerarası zel Hukuk Kanunu m. 14/1). İsviçre Hukuku'nda örneğin miras konusunda (İsviçre Milletlerarası zel Hukuk Kanunu m. 97/1) atfin uygulanacağı Kanunda yer almıştır. Atfin uygulama alanı bulabileceği ikinci durum ise, kişi ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklardır. Ancak İsviçre Hukuku'nda kişi ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda Türk Hukuku'nun aksine sadece iade atıf kabul edilmiştir (İsviçre Milletlerarası zel Hukuk Kanunu m. 14/2). Bununla birlikte konu kişi ve aile hukuku kapsamında olmuş olsa da, Kanun'da atfin uygulanacağı (sadece iade atfin değil) açıkça belirtilmiş olabilir. Bu durumda da atıf uygulanacaktır. Örneğin, kişinin adı (İsviçre Milletlerarası zel Hukuk Kanunu m. 37/1) bu kapsamda değerlendirilmektedir (Ayrıntılı bilgi için bkz. GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 461 vd. İsviçre Hukuku'nda öz ada ve soyada uygulanacak hukuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. PÜRSELİM-ARNING, Yıl: 2014 s. 127 vd.).

İsviçre Hukuku'nda aynî haklar konusunda ise, atıf prensibinin uygulanması kabul edilmemiştir. İsviçre doktrininde, İsviçre Milletlerarası zel Hukuk Kanunu m. 14 ile aynî haklar konusunda atfin kesin olarak reddedildiği belirtilmiştir. Ayrıca atfin uygulanması situsun genişletilmesi anlamına gelecektir. Aynî haklar konusunda atfin kabul edildiği ülke hukuklarının sayısının azlığı nedeniyle, aynî haklarda atfin reddedilmesi olumlu karşılanmaktadır (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1094).

İngiliz Hukuku'nda atıf prensibi bazı hallerde uygulama alanı bulmaktadır (Konuyla ilgili olarak bkz. BRIGGS, Yıl: 2002 s. 20). Örneğin, İngiliz Hukuku'nda atıf, vasiyetnamelerin şekil ve esasına ilişkin geçerlilik şartlarında (DICEY ve MORRIS, Yıl: 1993 s. 78. Vasiyetnamelerin geçerliliğinde atfin uygulandığı

davalara örnek olarak Re Annesley (1926) Ch 692; Re Ross (1930) 1 Ch 377, bkz BROWN, Yıl: 2002 s. 31 vd.; FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 67; CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 543, dipnot 83 örnek olarak verilebilir), kanunî miras hukukunda, aile hukukuna ilişkin bazı durumlarda uygulanabilmekteyken, haksız fiil ya da sözleşmeler alanında uygulanmamaktadır (FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 71-73; COLLIER, Yıl: 2002 s. 27. Ticari alanlarda atfin dikkate alınmayacağı konusunda bkz. CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 15). Bununla birlikte, taşınırın satışında, sağlararası ya da ölüme bağlı bağışlamalarda, ipotekte, kıymetli evrak ve şirketler hukuku alanında atfin uygulanması söz konusu değildir (FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 71).

Bu hukuk sisteminde atfin uygulanabilmesi için, taraflarca ileri sürülmesi gerekmektedir (COLLIER, Yıl: 2002 s. 21; CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 524. Anglo Sakson Hukuk sisteminde atfin uygulanması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. STEIN, ty, s. 581-593). Ancak genel olarak aynî haklar konusunda atfin uygulama alanı bulup bulmaması, bu hukuk sisteminde tartışmalıdır. Doktrinde her iki görüşü de savunan yazarların sayısı oldukça fazladır (CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 482 vd. İngiliz Hukuku'nda taşınmazların konu olduğu davalarda atif prensibinin uygulanmasının tartışmasız olduğu belirtilmektedir, bkz. FAWCETT vd. Yıl: 2012 s. 1100).

Bir eşyanın taşınır-taşınmaz olup olmadığına malın bulunduğu yer hukukuna göre karar verilecektir. Ancak doktrinde bu konuda atfin dikkate alınıp alınmayacağı noktasında İngiliz Hukuku'nda herkes tarafından kabul edilen kesin bir uygulamanın olmadığı ileri sürülmektedir. Genel itibariyle gerek taşınırlar gerekse de taşınmazlar açısından malın niteliği konusunda atfin dikkate alınmasının yararsız olacağı, ancak davacılarından biri tarafından bu konuda atfin dikkate alınmasının yararlı olacağı ileri sürülüp ispatlanırsa, bu takdirde atfin uygulanması gerektiği belirtilmiştir (CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 29-30).

Amerikan Hukuku'nda taşınır [(Restatement Second of Conflict of Laws) Kanunlar İhtilâfı Derleme II § 245) ve taşınmaz (§ 223) devrinde genellikle atıf kabul edilmemektedir. Ancak aynî haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda atfın uygulandığı istisnai bazı davalara rastlamak da mümkündür. Örneğin, Proctor v Frost (89 NH 304, 197 A 813 (1938), FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 1201) davasında uyuşmazlık konusu mortgage ile ilgilidir. Olayda evli bir kadının yerleşim yeri Massachusetts'dedir. Bu eyaletin hukukuna göre eşlerin mortgage ile borçlanarak ev alabilmesi için diğer eşin kefil olması gerekmektedir. Bu şart geçerlilik şartıdır. Ancak dosyada diğer eşin kefil olduğuna dair bir belge yer almamaktadır. Hâlbuki atfın uygulanması sonucunda yetkili eyalet hukuku New Hampshire Hukuku'dur. Bu hukuk ise eşlerin kefil olmasını aramamaktadır. Yüksek mahkeme kadının menfaatini dikkate almış ve atfın uygulanması gerektiğine karar vererek işlemi geçerli saymıştır (FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 1201).

Türk Hukuku'nda şekil konusu genel olarak atfın dışında kalmaktadır (AKINCI ve DEMİR-GÖKYAYLA ise, evliliğin şekline uygulanacak hukukun tespitinde atfın dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir (AKINCI ve DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2010 s. 21). Zira, şekle ilişkin genel hüküm olan MÖHUK m. 7 *“Hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir”* şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, burada işlemi yapıldığı ya da işlemin esasın hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmek suretiyle atıf reddedilmiştir. Bu nedenle Türk Hukuku'nda aynî hakkın şekline uygulanacak hukuk konusunda atıf dikkate alınmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki, taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlere şekil yönünden bu malların bulundukları ülke hukuku uygulanacaktır (MÖHUK m. 21/4). Bir başka ifadeyle taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlerin şekli aynî hak statüsü ile aynı esasa tâbi tutulmuştur.

İsviçre Hukuku'nda taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekli hususunda ayrı bir hükme yer verilmiştir. Şöyle ki, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 119/3 hükmüne göre, sözleşmenin şekline ilişkin şartlar, taşınmazın bulunduğu yer hukuku, başka bir hukukun uygulanmasına izin vermedikçe, bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir. Taşınmazın İsviçre'de bulunması hâlinde sözleşmenin şekli İsviçre Hukuku'na tâbidir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 119/3). Görüldüğü gibi, taşınmazın bulunduğu yer hukukunun başka bir ülke hukukunun uygulanmasına izin vermesi hâlinde, sözleşme konusunun taşınmaz olduğu hukukî işlemlerin şeklinde atıf prensibi dikkate alınacaktır. Ayrıca, sözleşmelerin şekli, taraflardan birinin korunması amacıyla özel bir şekil şartına uyulmasını öngördüğü takdirde yalnızca uygulanacak hukuka tâbidir, meğer ki bu hukuk, başka bir hukukun uygulanmasına izin versin (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 124/3). Görüldüğü gibi burada da atıf prensibinin uygulama alanı bulması söz konusu olabilecektir.

2. AYNÎ HAKLARDA UYGULANACAK HUKUK

2.1. Uygulanacak Hukukun Tespiti İçin Ön Şartlar

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un uygulama alanı bulabilmesi için, söz konusu işlem ya da hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıması ve özel hukuka ilişkin olması gerekmektedir (MÖHUK m. 1). Aynî haklar konusunda yabancılık unsurunun nasıl ortaya çıkabileceğinin ve konusunun özel hukuk kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan ve özel hukuka ilişkin bir aynî hakkın söz konusu olması hâlinde, bu hakka ilişkin uyuşmazlığın kural olarak MÖHUK m. 21 hükmüne göre çözümlenmesi gerekecektir. Şayet söz konusu eşya; hava, deniz ya da raylı taşıma aracı ise, bu durumda 22'nci madde uygulama alanı bulacaktır.

Aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklanacağı gibi aynî haklar konusunda yabancılık unsuru aynî hakkı kazandığını, devraldığını ya da kaybettiğini iddia eden

tarafın yabancı olması, mutad meskeninin ya da yerleşim yerinin farklı bir ülkede olması, aynî hak konusunun yabancı bir ülkede bulunması gibi durumlarda ortaya çıkabilecektir. Maddi hukuk açısından aynî haklar, özel hukukun bir kolu olan eşya hukukunun konusudur. Konu başta Türk Hukuku'nda TMK olmak üzere çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir. Bu durum konunun özel hukuka ilişkin olduğunu göstermektedir.

2.1.1. Yabancılık Unsuru

Yabancılık unsuru MÖHUK'da tanımlanmış değildir. Ancak yabancılık unsuru kavramı örneğin Milletlerarası Tahkim Kanunu (RG T. 05.07.2001, RG Sayı: 24453) (MTK) (*“Yabancılık unsuru”* başlıklı MTK'nin 2'nci maddesine göre; *“Aşağıdaki hallerden 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 hallerde 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.

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.

21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır”) kapsamında yer alan konularla ilgili olarak tanımlanmıştır. MÖHUK açısından ise, bu kavramın tanımı doktrine ve Yargıtay kararlarına bırakılmıştır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda tanımlanan yabancılık unsurunun doğrudan MÖHUK kapsamında düzenlenen hukukî işlemlerde uygulanması söz konusu değildir. Ancak bu hüküm kıyasen MÖHUK kapsamındaki hukukî işlemlerdeki yabancılık unsurunun tespiti konusunda uygulama alanı bulabilecektir (ACUN-MEKENGECİ, Yıl: 2014 s. 76).

Genel olarak kişilerin vatandaşlığı, (Yargıtay kararlarında uyumsuzluk konusunda taraflardan birinin ya da ikisinin Türk vatandaşı olmadığı durumlarda “... *dava kişi bakımından yabancılık unsuru içermektedir...*” ifadelerine yer verilmektedir, Yarg. 2. HD E. 29.09.2010 E. 2010/13616 K. 2010/15652; Yarg. 2. HD T. 19.01.2012 E. 2010/14140 K. 2012/615 [bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 15-16; 30-32]), yerleşim yeri, mutad meskeni, işlemin yapıldığı veya ifa edildiği yer, malların bulunduğu ya da varlığı yer, fiilin ikâ edildiği ya da sonuçlarının doğduğu yer yabancılık unsuru içerebilmektedir (CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 1; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 8 vd.; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 5 vd.; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 22; TURHAN, Yıl: 1997 s. 192-193).

Aynî haklardan doğan uyumsuzluklarda yabancılık unsuru; aynî hakkı kazandığını, devraldığını ya da kaybettiğini iddia eden tarafın yabancı olması (Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ne vatandaşlık bağı ile bağlı olmayan gerçek kişiler yabancı statüsündedir. Anayasa m. 66’ya göre; “(1) *Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür. (2) Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür. (3) Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir. (4) Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz. (5) Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz*”. Bu kapsamda, vatansızlar, mülteciler, şartlı mülteciler, yabancı devlet vatandaşlığına sahip olanlar, hatta doğumla Türk

vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler (mavi kartlılar) yabancıdır. Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybedilmesi konuları Türk Vatandaşlığı Kanunu ve buna ilişkin mevzuat ile düzenlenmiştir. Ancak TVK’de tüzel kişiler açısından bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle konu hangi alanda gündeme geldiyse, söz konusu konunun düzenlendiği mevzuat kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, ticaret şirketlerinin vatandaşlığının tespitinin gerekmesi halinde, TTK’ye bakılmalıdır), mutad meskeninin (Türk Hukuku’na göre mutad mesken (olağan oturma yeri) fiilî bir kavramdır. Zira, bu kavramın tanımına kanunlarda yer verilmemiştir) ya da yerleşim yerinin (Türk Hukuku’na göre gerçek kişilerin yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yeri ifade etmektedir [TMK m. 19]. Tüzel kişinin yerleşim yeri ise, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir [TMK m. 51]), farklı bir ülkede olması, aynı hakka konu olan eşyanın yurt dışında bulunan bir mal olması hâlinde ortaya çıkabilecektir.

Taşınmakta olan mallar açısından yabancılık unsurunu, taşımanın bir devletin topraklarından başka bir devletin topraklarına yapılması veya taşıma araçlarının tâbiyeti de katabilecektir. Örneğin, Almanya’dan Türkiye’ye hava yolu ile gelen bir mal hakkında satım sözleşmesi yapılması hâlinde, malın mülkiyetinin kazanılıp kazanılmayacağı ya da ne zaman kazanılacağı konusunda MÖHUK hükümlerine başvurulacağı açıktır. Zira, konu hem aynı hak kapsamındadır hem de yabancılık unsuru malın Almanya’dan Türkiye’ye taşınması sayesinde vardır. Ancak konu ile ilgili bir uluslararası sözleşmenin varlığı halinde o sözleşme hükümlerinin uygulama alanı bulacağını hatırlatmakta fayda vardır (Anayasa m. 90 ve MÖHUK m. 1/2).

2.1.2. Özel Hukuka İlişkin Olma

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için, söz konusu uyuşmazlığın özel hukuka ilişkin olması gerekmektedir (MÖHUK m. 1/1). Bu nedenle, öncelikle bir işlemin ya da hukukî ilişkinin özel hukuka ilişkin olup olmadığının hangi hukuka göre tespit edileceğinin

belirlenmesi gerekmektedir. Zira bir hukuk sisteminde özel hukuka ilişkin olarak değerlendirilen bir ilişki, başka bir hukuk sisteminde kamu hukukuna tâbi olabilir. Bu konuda vasıflandırmanın lex foriye göre yapılması gerekmektedir.

Roma Hukuku'ndan beri hukuk dalları özel hukuk ve kamu hukuku şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Kamu erkine sahip s  jeler ve bu s  jelerle fertler arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk dalı kamu hukukudur. Buna kar  şılık özel hukuk ise, eşit ki  şiler arasındaki hukukî ilişkileri düzenlemektedir. Bir ba  şka ifadeyle özel hukuk, toplumdaki ki  şilerin ilişkileri ile ilgilenmektedir. (SMITH, Yıl: 2007 s. 1691). Bu hukuk alanında, taraflardan biri di  ğ  rine göre üstün kabul edilmemektedir. Belirtmek gerekir ki, burada kastedilen e  şitlik, hukuk önündeki e  şitliktir, yoksa   rne  ğin, taraflardan birinin di  ğ  rine göre ekonomik açıdan üstün olması hâlinde de i  şlem özel hukuka ilişkin olacaktır (DURAL ve SARI, Yıl: 2013 s.11-12. Özel hukuk- kamu hukuku ayrımında önemli olan nokta, taraflardan birinin kamu erkine sahip olup olmaması de  ğ  l, bunu girdi  ği i  şkide kullanıp kullanmamasıdır. Kamu erkine sahip olan, girdi  ği hukukî i  şkide bu durumu kullanmıyorsa, o zaman taraflar e  şit konumda kabul edileceklerinden i  şlem özel hukuka ilişkin olacaktır, bkz. DURAL ve SARI, Yıl: 2013 s.12-13).

Aynı haklardan do  ğan uyuşmazlıklar, ki  şilerin do  ğrudan do  ğruya h  kimiyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Ayn   haklar e  şya hukukunun temel konusudur. TMK'de düzenlenen bu konu özel hukuka i  şkindir. Ancak her ne kadar kural olarak aynı haktan do  ğan uyuşmazlıklar özel hukuka tâbi olmu  ş olsa da, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanımının bir şekli olan kamulaştırma konusu, niteli  ği itibariyle kamu hukukuna ilişkin bir konudur. Bu nedenle, kamulaştırma yapılması, şartları, yetkili kurumlar vs. gibi konular kamu hukukuna tâbidir.   rne  ğin, bir yabancıya ait bir taşınmazın kamulaştırılmasına karar verilmesi hâlinde, konu özel hukuk kurallarına göre       mlenemeyece  ğ  nden, M    HUK kapsamında bir de  ğerlendirilme yapılması da söz konusu olmayacaktır. Sadece kamulaştırma yapılmasına taşınmazın malikinin rıza göstermemesi (  rnekte yabancı ki  şinin) hâlinde, lehine kamulaştırma yapılan özel veya kamu tüzel ki  şisi mahkemeye

başvurarak taşınmazın kendisi adına tescilini talep edecektir. Mahkemenin vereceği karar ile lehine kamulaştırma yapılan özel veya kamu tüzel kişisi, taşınmazın mülkiyetini tescilsiz kazanmış olacaktır. Konunun aynî haklarla ilgili olan kısmı sadece bu noktada kendini gösterecektir.

İsviçre Hukuku'nda İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu uyarınca tespit edilen yabancı hukuk tıpkı Türk Hukuku'nda olduğu gibi bir bütün hâlinde olaya uygulanmaktadır. Ancak uyuşmazlığı çözümleyecek yabancı hukuk hükmünün kamu hukuku niteliğinde olması, tek başına o yabancı hukukun uygulanmasına engel teşkil etmemektedir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 13).

2.2 Esasa Uygulanacak Hukuk

Yabancılik unsuru içeren bir hukukî ilişkinin tâbi olduğu hukuk temel olarak iki yöntemle tespit edilir. Bu yöntemlerde esas olan kriter hukuk seçimidir. Şayet uygulanacak hukuk konusunda kanun koyucu hukuk seçimine izin vermişse, bu takdirde uygulanacak hukuk sübjektif yöntemle tespit edilmiş olacaktır. Buna karşılık kanun koyucu hukuk seçimine izin vermemiş veya kanun koyucunun hukuk seçimine izin vermesine rağmen taraflar hukuk seçimi yapmamış ya da geçersiz bir hukuk seçimi yapmışsa bu takdirde uygulanacak hukuk, kanunda yer alan bağlama kurallarına göre tespit edilecektir. İşte bu durumda da uygulanacak hukukun objektif yöntemle tespit edilmesi söz konusu olacaktır.

2.2.1. Objektif Olarak Uygulanacak Hukuk

2.2.1.1. Genel Bilgi

Aynî haklar konusunda uygulanacak hukuk çeşitli hukuk sistemlerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir. Ancak bu hukuk sistemlerinin ortak noktası genel olarak lex rei sitae kuralının kabul edilmiş olmasıdır. Aşağıda örnek teşkil etmesi açısından bazı hukuk sistemlerinde aynî haklar konusunun nasıl düzenlendiği gösterilmiştir.

Türk Hukuku'nda aynî haklardan doğan uyumsuzluklar konusundaki genel kural MÖHUK m. 21'de;

“1) Taşınır ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

(2) Taşınmakta olan mallar üzerindeki aynî haklara varma yeri hukuku uygulanır.

(3) Yer değişikliği halinde henüz kazanılmamış aynî haklar malın son bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

(4) Taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlere şekil yönünden bu malların bulundukları ülke hukuku uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

Alman Hukuku'nda aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda malın bulunduğu yer hukuku yetkilidir. Yer değişikliği halinde, o mala bağlı aynî haklar varma yeri hukukuna aykırı olmadığı takdirde uygulanacaktır. Yer değişikliği halinde tamamlanmış aynî haklar ise, varma yerinde daha önceden elde edilmemiş olsa da, varma yeri ülkesinde elde edilmiş gibi kabul edilirler (EGBGB m. 43).

İsviçre Hukuku'nda taşınmazlar üzerindeki aynî hak uyumsuzluklarının malın bulunduğu yer hukukuna göre çözümleneceğini düzenlenmiştir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 99). Taşınırın konu olduğu aynî hak uyumsuzluklarının ise, (1) Taşınır mallar üzerinde aynî hakların edinilmesi ve kaybedilmesi konusunda, hak edinimini veya hak kaybını doğuran işlemin gerçekleştiği zaman itibariyle söz konusu taşınır malın bulunduğu devletin kanunları uygulanır. (2) Taşınır mallar üzerindeki aynî hakların içeriği ve bu hakların kullanımı, söz konusu taşınır malın bulunduğu yerde yürürlükte olan kanunlara tâbi olarak çözümleneceği düzenlenmiştir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 100).

Çin Hukuku'nda taşınır mallar konusunda hukuk seçimine izin verilmiş olmakla birlikte, bu seçimin yapılmaması halinde işlem anında malın bulunduğu yer hukuku (Yabancı Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun m.

37), taşınmazlar konusunda taşınmazın bulunduğu yer hukukunun yetkili olduğu esası (Yabancı Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun m. 36) kabul edilmiştir.

Amerikan Hukuku'nda aynî haklar konusunda yetkili hukukun şey ve taraflarla en sıkı ilişkili hukuk olduğu genel prensip olarak kabul edilmektedir (Kanunlar İhtilâfı Derleme II § 222). Taşınmazların devrinde malın bulunduğu yer hukukunun uygulanabileceği belirtilmiştir (Kanunlar İhtilâfı Derleme II § 223). En sıkı ilişkili hukukun tayininde ise Kanunlar İhtilâfı Derleme II § 6'daki düzenlemeler (Aslında Kanunlar İhtilâfı Derleme II § 6 uygulanacak hukuk kuralının seçimine ilişkin faktörleri belirlemektedir. Ancak Kanunlar İhtilâfı Derleme II § 222, 6'ncı § paragrafa atıf yaptığından dolayı bu kurallar burada da uygulama alanı bulmaktadır) dikkate alınacaktır (Kanunlar İhtilâfı Derleme II § 222). Bu düzenlemeler;

- a) Eyaletlerarası ve uluslararası sistemin ihtiyaçları,
- b) Mahkemenin konu ile ilgili politikaları,
- c) Diğer ilgili devletlerin konu ile ilgili politikaları ve diğer ilgili devletlerin belirli bir konunun belirlenmesinde göreceli menfaatleri,
- d) Haklı beklentinin korunması,
- e) Belirli hukuk alanının altındaki temel politikalar,
- f) Kesinlik, öngörülebilirlik ve sonucun yeknesaklığı ve
- g) Uygulanacak hukukun belirlenmesi ve uygulanmasında kolaylıktır.

Görüldüğü gibi aynî haklardan doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusunda genelde sübjektif hukuku kabul edilmemekte ve objektif olarak uygulanacak hukuk belirlenmektedir.

Aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda atfın uygulama alanı bulup bulmayacağı konusuna yukarıda değinmiştik. Türk Hukuku'nda aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda atfın uygulama alanı bulmayacağını hatırlatmakta fayda

vardır. Tekrardan kaçınmak amacıyla atıf konusunda yukarıdaki açıklamalarımıza gönderme yapmakla yetiniyoruz.

2.2.1.1.1. Lex Rei Sitae Kuralı

2.2.1.1.1.1. Genel Olarak

Milletlerarası özel hukukta genel bir ifade ile eşya üzerinde mülkiyet ve diğer aynî hakların kurulmasına, devrine ve sona ermesine ilişkin olarak, yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan kural; malın bulunma yeri olarak ifade edilen lex rei sitae (LRS) kuralıdır. Türk kanunlar ihtilâfı hukukunda, aynî haklardan doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuka ilişkin getirilen ilk kuraldan bugüne kadar benimsenen kural lex rei sitae olmuştur. Özellikle taşınmaz malların konu olduğu aynî hak uyuşmazlıklarında lex rei sitae kuralının uygulanması adeta bir tabu halini almıştır (CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 32 vd. lex rei sitae kuralının taşınmazlar açısından hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde uygulandığı konusunda bkz. E. BRIGGS, Yıl: 1954-1955 s. 197).

Doktrinde, taşınmaz mallar alanında lex rei sitae kuralının uygulanmasının bir anlamda zorunluluktan kaynaklandığı, taşınır mallarda ise, bunların bir ülkeden diğerine kolayca götürülebilecek olmaları nedeniyle, yetkili hukukun belirlenmesinin önemli olduğu ifade edilmektedir (TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 317; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 161. Benzer yönde, BRIGGS, Yıl: 2002 s. 208-209; CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 3 vd.; CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 478). Taşınır ve taşınmaz mallar üzerinde aynî hakların, malın bulunma yeri hukukuna (lex rei sitae) tâbi tutulması adeta evrensel bir kural halini almıştır (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 240; BRIGGS, Yıl: 2002 s. 206; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 299; DOĞAN, Yıl: 2014 s. 342; Real Property Law and Procedure in the European Union, Yıl: 2005 s. 8; LIANG ve QIAO, Yıl: 2014 s. 449; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 224; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 317). Örneğin, aynî haklar konusunda malın bulunma yeri kuralının

uygulanması; İngiliz Hukuku (BRIGGS, Yıl: 2002 s. 205 vd.; CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 31; CLARKOSN ve HILL, Yıl: 2002 s. 478 vd.; COLLIER, Yıl: 2002 s. 8 vd. İngiliz Hukuku'nda, lex rei sitae kuralının uygulanmasında 1860'lı yıllara kadar bir birlik yoktu. Bazen yerleşim yeri hukuku, bazen devrin tamamlandığı bazen de malın bulunduğu yer hukukunun uygulandığı görülmüştür. Özellikle 1858 tarihli Cammel v Sewell davasından sonra, lex rei sitae kuralının uygulanması benimsenmiştir, bk.z. RAFFERTY vd. Yıl: 2003 s. 764; CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 79. Cammel v Sewell davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. FAWCETT vd. Yıl: 2012 s. 1079-1081; RAFFERTY, Yıl: 2003 s. 766 vd.; ROSENBERG vd. Yıl: 1996 s. 784-786).

İsviçre Hukuku, (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1088 vd.) Alman Hukuku (EGBGB m. 43), Amerikan Hukuku (HAY, Yıl: 2003 s. 217 [Kanunlar İhtilâfi Derleme II § 222-223]). Kazakistan Hukuku (Kazakistan Medeni Kanunu m. 1107/1) ve Rus Hukuku'nda (Rus Medeni Kanunu m. 1205) kabul edilmiştir.

Malın bulunma yeri hukukunun aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda bağlama noktası olarak belirlenmesinin pek çok nedeni vardır. Öncelikle, malın bulunma yeri hukuku, mal üzerinde bilfiil kontrol yetkisine sahiptir (O'BRIEN, Yıl: 1999 s. 50). Ayrıca ticari konularda güven, üçüncü kişilerin haklarının malın bulunma yeri hukuku ile daha iyi korunabilecek olması, taşınırlar ve taşınmazlar üzerindeki aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda, malın bulunma yeri hukukunu en uygun bağlama noktası haline getirmiştir (CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 197 vd.; ÇELİKEL, Yıl: 1972, 22; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 317. Benzer yönde, KOSHIKAWA, Yıl: 1972 s. 515 ve 519 vd.; TEKİNALP vd. Yıl: 2012 s. 50. HAY, malın bulunma yeri hukukunun aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda tercih edilmesinin nedeni olarak, üçüncü kişilerin malın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağına olan güvenlerinin korunması olduğunu ifade etmektedir, bkz. HAY, Yıl: 2003 s. 218). Bu sebeplerin dışında malın bulunma yerinin özellikle taşınmazlar konusunda bağlama noktası olmasının nedeni, devletin taşınmazlarla olan sıkı ilişkisi ve egemenlik hakkından kaynaklanmaktadır

(CLARKSON ve HILL, Yıl: 2005 s. 482; LIANG ve QIAO, Yıl: 2014 s. 451. Benzer yönde, CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 19-20. Clarke v. Clarke Davası'nda (178 U.S. 186, 20 S. Ct. 873, 44 L. Ed. (1900) malın bulunduğu yerin kontrol ve yönetim özelliği üzerinde durulmuştur, bkz. HAY, Yıl: 2003 s. 219). Ayrıca hukukî işlemlerin korunması, aleniyet de lex rei sitae kuralının kullanılmasının gerekçeleri arasında yer almaktadır (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1093).

Aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda malın bulunduğu yer hukuku, aynî hak ile eşyanın fiziksel bağlantısından dolayı değil, aynî hak ile eşyanın bulunduğu yer arasında gerçek ve yasal bir ilişkinin olmasından kaynaklanmaktadır. Hatta bu ilişkinin adeta aynî hakkın ağırlık merkezini oluşturduğu (en sıkı ilişkili hukuk olduğu) ileri sürülmektedir (CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 31; SCHWENZER vd. Yıl: 2012, s. 504).

Taşınmaz mallar açısından zorunlu olarak uygulanan lex rei sitae kuralının taşınırlar açısından da uygulanmasının gerekleri olarak doktrinde; bu kuralının uygulanmasının, hukukî ilişkiye taraf olanların normal olarak o ilişkiden beklentilerine uygun olduğu; tarafların aynî hak tesisinde malın bulunduğu yer hukukunun yetkili olacağını düşündükleri; malın bir yerde bulunmasının bir kişinin yerleşim yerine benzer bir durum olması nedeniyle, kişiler için yerleşim yerinin karşılığını, mallar için bulunma yerinin oluşturduğu; aynî haklarda aleniyet ilkesinin benimsendiği ve bu ilkenin, üçüncü kişiler açısından en iyi şekilde, malın bulunma yeri hukuku ile uygulama alanı bulabileceği; ticari ilişkilerde güvenin en iyi şekilde bu hukukla sağlanabileceği; malın bulunma yerinin mal üzerinde kontrol yetkisine sahip olduğu, zira malın bulunduğu yer mahkemelerinin veya diğer yetkili mercilerin uyuşmazlık konusu taşınır malı haczettirmek ya da aynen teslim etme yetkisine sahip olduğu, aksi halde başka yerlerden alınan kararların malın bulunduğu yer mahkemesinde tenfiz edilmek istenmesi hâlinde güçlükler yaşanacağı gibi sebepleri ileri sürülmektedir (ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 22).

Aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda *lex rei sitae* kuralının uygulanması yönündeki fikirlere katılmaktayız. Ancak bu görüşlerin her uyuşmazlık için geçerli olduğunu savunmak da kanaatimizce güçtür. Özellikle malın tesadüfî sebeplerden dolayı bir yerde bulunması halinde, doğrudan malın bulunma yeri hukukunu aynî hak uyuşmazlıklarına uygulamak adil olmayan sonuçlar doğurabilir. Örneğin, internet üzerinden yapılan satış işlemlerinde (Elektronik sözleşmeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GEZDER, Yıl: 2006 s. 1 vd.; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Yıl: 2003 s. 2 vd.; SAĞLAM, Yıl: 2007 s. 1 vd.; SARIAKALI, Yıl: 2008 s. 18 vd.) malın bulunduğu yeri bilmek mümkün olmayabilir. Bir başka neden olarak yabancılik unsuru içeren alacak rehni uyuşmazlıklarında ya da bir hak üzerinde kurulan intifa hakkında malın bulunduğu yer hukukunun uygulanması söz konusu değildir. Zira ortada bir mal değil bir alacak/hak bulunmaktadır. Bu nedenle kanaatimizce MÖHUK’da aynî hakların düzenlendiği 21’nci maddenin son fıkrasından önce “halin tüm şartlarına göre uyuşmazlık konusu aynî hakla ilgili daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı halinde bu hukuk uygulanır. Ancak Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk Hukuku uygulanır” şeklinde bir fıkra getirilmesi gerekmektedir. Böylelikle MÖHUK m. 21/1-2-3’de düzenlenen bağlama noktaları karene olarak kabul edilmiş ancak daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı halinde o hukukun uygulanması ihtimali göz ardı edilmemiş olacaktır. Belirtmek gerekir ki uyuşmazlık konusu Türkiye’de bulunan bir taşınmaza ilişkinse Türk Hukuku’ndan başka bir hukukunun uygulanmaması gerekir. Bu durumda Türk Hukuku zaten en sıkı ilişkili hukuk olacaktır. Ancak maddede bu durumdan bahsedilmezse ileride sorunlar yaşanması söz konusu olabilir. Bu nedenle söz konusu uyuşmazlık Türkiye’de bulunan bir taşınmaz maldan kaynaklanmışsa, Türk Hukuku’nun uygulanması gerekeceğinin de belirtilmesi ile yaşanabilecek sorunların önüne geçilmiş olabilecektir.

İsviçre Hukuku’nda genel olarak aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda *lex rei sitae* kuralının uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 15 hükmünde genel istisna kuralı olarak adlandırılan bir kurala yer verilmiş ve uyuşmazlıkla ilgili en sıkı ilişkili hukukun uygulanması esası

düzenlenmiştir. Böylelikle kural olarak aynî haklardan doğan uyuşmazlıklar konusunda lex rei sitae hukuku uyuşmazlık konusunda en sıkı ilişkili hukuk değilse, başka bir hukukun uygulanması söz konusu olabilecektir. Zira İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 15 hükmünde şartların bütününün birlikte değerlendirilmesi sonucu, o konu ile ilgili daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı halinde, uyuşmazlığa bu hukukun uygulanması gerektiği düzenlenmiştir (Genel istisna kuralı hukuk seçiminin varlığı halinde uygulanamayacaktır [İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 15/2]. İsviçre milletlerarası özel hukukunda, uyuşmazlığın en sıkı ilişkili hukuk vasıtası ile çözümlenmesi esası benimsenmiştir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda düzenlenen bağlama kuralları da uyuşmazlıkla ilgili en sıkı ilişkili hukuku tespit etmektedir. Ancak bazen uyuşmazlıkla ilgili en sıkı ilişkili hukukun tespiti noktasında İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nda getirilen bağlama noktaları yetersiz kalabilir. Bu nedenle kanun koyucu “genel istisna” kuralı denilen 15’inci maddeyi düzenlemiştir, bkz. DESSEMONTET ve ANSAY, Yıl: 2004 s. 304). Bu kuralın uygulanabilmesi davanın yetkili hukuk ile bağlantısının çok sınırlı olması ve davanın bir başka hukuk ile çok daha sıkı ilişki içinde olması şartlarına bağlıdır.

2.2.1.1.1.2. Kuralın Uygulama Alanı/Kapsamı

Türk Hukuku’nda taşınır ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna; taşınmakta olan mallar üzerindeki aynî haklar, varma yeri hukukuna; yer değişikliği hâlinde henüz kazanılmamış aynî haklar ise, malın son bulunduğu ülke hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 21/1, 2 ve 3).

Alman Hukuku’nda da, taşınır-taşınmaz mal ayrımı yapılmaksızın, aynî haklar konusu düzenlenmiştir. Alman Hukuku’nda aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda malın bulunduğu yer hukuku yetkilidir. Yer değişikliği halinde, o mala bağlı aynî haklar varma yeri hukukuna aykırı olmadığı takdirde uygulanacaktır. Yer değişikliği halinde tamamlanmış aynî haklar ise, varma yerinde daha önceden elde

edilmemiş olsa da, varma yeri ülkesinde elde edilmiş gibi kabul edilirler (EGBGB m. 43).

İsviçre Hukuku'nda ise, taşınır-taşınmaz mallar için iki ayrı hükme yer verilmiştir. İsviçre Hukuku'nda taşınmaz mallardan doğan aynî hak uyuşmazlıkları İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 99'a tâbi iken, taşınır mallardan doğan aynî hak uyuşmazlıkları ise, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 100'e tâbi olacaktır. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 99 taşınmazlar üzerindeki aynî hak uyuşmazlıklarının malın bulunduğu yer hukukuna göre çözümleneceğini düzenlemiştir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 100 ise, taşınır mülkiyeti başlığını taşımaktadır. Maddeye göre; (1) Taşınır mallar üzerinde aynî hakların edinilmesi ve kaybedilmesi konusunda, hak edinimini veya hak kaybını doğuran işlemin gerçekleştiği zaman itibariyle söz konusu taşınır malın bulunduğu devletin kanunları uygulanır. (2) Taşınır mallar üzerindeki aynî hakların içeriği ve bu hakların kullanımı, söz konusu taşınır malın bulunduğu yerde yürürlükte olan kanunlara tâbidir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 100).

Bağlama noktası olarak belirlenen malın bulunduğu ülke hukukunun uygulama alanının belirlenmesi gerekir. Bu kural aynî hak kavramına, niteliğine, kapsamına, aynî hakkın kazanılmasına, devrine ve sona ermesine uygulanacaktır (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 241; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 344-345; NOMER, Yıl: 2015 s. 299; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 222; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 318-319; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 164). Ancak bu şekilde genel bir belirleme yeterli değildir. Konu kapsamlı olduğundan detaylı bir inceleme yapılması gerekmektedir. Aşağıda taşınırlar ve taşınmaz mallar açısından ortak olan konular üzerinde durulacak, ardından taşınır ve taşınmazlara özgü olan özel durumlar üzerinde ayrıntılı bir inceleme yapılacaktır.

2.2.1.1.1.2.1. Aynî Hak Kavramı

Bir şey üzerinde var olan hakkın aynî hak olup olmadığı malın bulunduğu yer hukukuna göre belirlenir. Bu sebeple aynî hakkın unsurları da aynı hukuka göre tespit edilecektir (TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 318; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 163).

2.2.1.1.1.2.2 Aynî Hakkın Unsurları

Türk Hukuku'na göre aynî hakkın unsurları eşya, doğrudan doğruya hâkimiyet ve herkese karşı ileri sürülebilirliktir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 4). Aynî hakkın unsurları da lex rei sitae kuralının hâkimiyeti altındadır (TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 318; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 163).

2.2.1.1.1.2.2.1. Eşya

2.2.1.1.1.2.2.1.1. Genel Olarak

Hukuk sistemleri eşya kavramı için farklı kuralların uygulanmasını kabul etmiş olabilir. Bu nedenle, aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespit edilebilmesi için, öncelikle “şeyin” eşya olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Aynî hakkın unsurlarından olan eşya, aynî hak statüsünün kapsamındadır ve bu nedenle lex rei sitae kuralının hâkimiyeti altındadır. Dolayısıyla, uyuşmazlık konusu “şey” Türkiye’de bulunuyorsa, söz konusu “şeyin” eşya olup olmadığına karar verecek hukuk, malın bulunduğu yer hukuku olan Türk Hukuku’dur. Örneğin, Türkiye’de bulunan bir iş makinesi üzerinde bir Alman vatandaşı lehine intifa hakkı kurulmak istendiğinde, Türk Hukuku’na göre iş makinesi taşınır eşya olduğundan, uyuşmazlık bir aynî hak uyuşmazlığı olarak değerlendirilecektir. Buna karşılık, Türkiye’de tescil edilmiş olan bir markanın rehnedilmesi konusunda bir uyuşmazlığın çıkması hâlinde, marka Türk Hukuku’na göre eşya niteliğinde

olmadığından marka rehni de bir aynî hak uyuşmazlığı doğurmayacaktır (Ancak Türk Hukuku'nda istisnaen eşya olmayan şeyler üzerinde de ayî hak kurulabilmektedir. Bu kapsama marka dahil değildir).

Eşya kavramına hukuk sistemleri farklı anlamlar verebilmektedir. Bu nedenle bir hukuk sistemine göre eşya olan bir şey, diğer hukuk sistemine göre eşya olarak değerlendirilmeyebilmektedir. Türk Hukuku'nda eşya; “*üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilecek, ekonomik bir değer taşıyan, kişi ve hayvanlar dışındaki cismanî varlıklar*” olarak tanımlanmıştır (OĞUZMAN vd, Yıl: 2014 s. 6). Bununla birlikte, doktrinde, bir şeyin hukuken eşya olarak değerlendirilebilmesi için, maddî mal olması, üzerinde hâkimiyet kurulmasının mümkün olması, gayri şahsi olması ve sınırlarının belli olması gerektiği ileri sürülmektedir CANSEL ve İNAN, Yıl: 1964 s. 361). Güneş, hava, su, organlar, insan vücudu, ceset, enerji gibi kavramların eşya olarak değerlendirilip değerlendirilmemesinde yetkili hukuk, malın bulunduğu yer hukuku olacaktır.

2.2.1.1.1.1.1.2. Eşya Türleri

Malın bulunduğu yer hukuku sadece bir şeyin eşya olup olmadığını belirlemede yetkili değildir. Aynı zamanda eşyanın türlerinin de bu hukuka göre belirlenmesi gerekir. Bu sebeple eşyanın taşınır-taşınmaz, basit-birleşik, bölünebilir-bölünemeyen, sahipli-sahipsiz, misli-gayrimisli eşya gibi çeşitlere ayrılması ve her çeşidin anlamı da malın bulunduğu yer hukukuna göre belirlenir (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2011 s. 241; CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 15-17; GIRSBERGER vd Yıl: 2004 s. 1093; ŞANLI vd Yıl: 2014 s. 222; TEKİNALP ve UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 318. Örneğin, bir yerde bulunan bir “şeyin” petrol kuyusu olup olmadığı sorusu malın bulunduğu yer hukukuna göre cevaplandırılacaktır, bkz. COLLIER, Yıl: 2002 s. 205). Hukuk sistemleri eşya türleri ve anlamları konusunda farklı esaslar benimsemiş olabilir. Örneğin, İngiliz Hukuku'na göre, bir kimse geride yasal ya da atanmış mirasçısı olmaksızın öldüğünde, kendisinin malvarlığı sahiipsiz mal statüsünde olmaktadır (SWADLING,

Yıl: 2007, s. 362). Hâlbuki Türk Hukuku'nda, geride yasal ya da atanmış mirasçısı olmaksızın ölen bir kimsenin malvarlığı devlete geçmektedir. Zira bu durumda devletin mirasçılığı söz konusudur (TMK m. 501). Bu kimsenin malvarlığı sahipsiz mal olarak değerlendirilmeye elverişli değildir.

Eşya türleri arasında özellikle taşınır-taşınmaz eşya ayrımı önemlidir. MÖHUK ve TMK'nin esas olarak bu ayrımı dikkate aldığını söylemek mümkündür. Hatta bu ayrım pek çok hukuk sisteminde de benimsenmiştir. Örneğin, İngiliz Hukuku'nda da esas itibariyle taşınır-taşınmaz mal ayrımından yola çıkarak aynî haklara uygulanacak hukuk konusu incelenmektedir (BRIGGS, Yıl: 2002 s. 205; CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 478 vd). Aynı esas İsviçre Hukuku'nda da benimsenmiştir. Dikkat edilmesi gereken nokta, bir malın taşınır ya da taşınmaz mal olup olmadığını belirlemeye, bu malın bulunduğu yer hukukunun yetkili olduğudur (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2011 s. 241; BECKETT, Yıl: 1934 s. 52-53; BRIGGS, Yıl: 2002 s. 205; BROWN, s. 191; CARRUTHERS, Yıl 2005 s. 17; CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 479-480; COLLIER, Yıl: 2002 s. 8; DICEY ve MORRIS, Yıl: 1993 s. 917; FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 1194-1195; O'BRIEN, Yıl: 1999 s. 537; DOĞAN, Yıl: 2014 s. 343; LIPSTEIN, Yıl: 2000 s. 408; NOMER, Yıl: 2015 s. 300; SEVİĞ, Yıl 1971 s. 76; TEKİNALP vd Yıl: 2012 s. 50; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 318; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 163. Bu konuda lex fori'nin yetkili olması konusunda bkz. HATEMİ, Yıl: 1975 s. 288-289). Ancak bu konu MÖHUK'da düzenlenmemiştir. Bazı hukuk sistemlerinde ise bu kural bir kanun hükmü olarak yer almaktadır. Örneğin, Rus Hukuku'nda bir malın taşınır ya da taşınmaz olduğunun malın bulunduğu yer hukukuna göre belirleneceği Rus Medeni Kanunu m. 1205/2'de düzenlenmektedir. Benzer şekilde Belçika Hukuku'nda (16.07.2004 tarihli Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 94) (Belçika Hukuku'nda taşınır ve taşınmazlar üzerindeki aynî hakların malın bulunduğu yer hukukuna tâbi olduğu 16.07.2004 tarihli Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 87'de düzenlenmiştir. Kanun'un 94'üncü maddesinde ise kuralın uygulama alanı belirtilmiş ve aynî hakkın doğası, içeriği, devri, hakkı kazanma ve sona erdirmeye biçimi, eşyanın taşınır taşınmaz mal olup olmadığı gibi pek çok

konunun m. 87'nin uygulama alanına girdiği düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. WAUTELET, Yıl: 2005/II s.116 vd) ve Kazakistan Hukuku'nda da (Kazakistan Medeni Kanunu m. 1107/2) aynı esas benimsenmiştir.

2.2.1.1.1.2.2.2 Doğrudan Doğruya Hakimiyet ve Herkese Karşı İleri Sürülebilirlik

Türk Hukuku'na göre aynî hakkın eşya dışındaki diğer iki unsuru hakkın doğrudan doğruya hâkimiyet sağlaması ve herkese karşı sürülebilmesidir. Bunlar da aynî hak statüsünün kapsamındadır ve lex rei sitae kuralına tâbidir.

Aynî hakkın unsurlarından olan hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesi, hakkın aleniyeti koşulunun gerçekleşmesiyle doğrudan ilgilidir. Bu koşulların neler olduğu ve gerçekleştirilme şartları hakkında, aynî hakkın üçüncü kişilere karşı ileri sürüldüğü yer hukuku-hakkın ileri sürüldüğü sırada malın bulunduğu yer hukuku-yetkilidir .

2.2.1.1.1.2.3. Aynî Hakkın Türleri

Aynî haklar farklı şekillerde sınıflandırılabilir. Bu sınıflandırmalardan biri de aynî hakların sağladıkları yetkiye göre mülkiyet hakkı ve sınırlı aynî hak şeklinde sınıflandırılmasıdır. Aynî hakların mülkiyet hakkı ve sınırlı aynî haklar şeklinde iki türünün bulunması Türk Hukuku'nun benimsemiş olduğu sistemdir. Ancak başka hukuklarda farklı aynî hak türlerinin bulunması söz konusu olabilir.

Aynî hakların çeşitleri (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 241; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 164) ve bu hakkın kapsamı konusunda yetkili hukuk malın bulunduğu yer hukukudur. Türk Hukuku'na göre aynî haklar mülkiyet ve sınırlı aynî haklar şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulur. Mülkiyet hakkını çeşitli şekillerde sınıflandırmak mümkündür. Örneğin, taşınır-taşınmaz mülkiyeti ya da birlikte mülkiyet-ferdî mülkiyet şeklinde sınıflandırma yapılabilir. Sınırlı aynî haklar ise,

irtifak hakları, taşınmaz yükü ve rehin şeklinde üçlü bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Malın Türkiye’de bulunması hâlinde, aynî hakkın çeşidi konusunda bu yapmış olduğumuz ayırım geçerlidir.

2.2.1.1.1.2.3.1 Mülkiyet Hakkı

Aynî haklar içinde en geniş şekilde yararlanma yetkisi tanıyan hak mülkiyet hakkıdır. Türk Hukuku’nda mülkiyet hakkı, sahibine kullanma, yararlanma ve tüketme yetkisi vermektedir. Mülkiyet hakkının sahibine ne tür yetkiler vereceği de yine malın bulunduğu yer hukukunun hâkimiyeti altında olacaktır

2.2.1.1.1.2.3.1.1. Mülkiyet Hakkının Kapsamı/ Bütünleyici Parça-Doğal Ürünler- Eklenti

Türk Hukuku’n göre genel olarak mülkiyet hakkının kapsamı bütünleyici parça, doğal ürünler ve eklentiden oluşmaktadır. Türk Hukuku’nda mülkiyet hakkı, sahibine kullanma, yararlanma ve tüketme yetkisi vermektedir. Mülkiyet hakkının sahibine ne tür yetkiler vereceği de yine malın bulunduğu yer hukukunun hâkimiyeti altında olacaktır (SEVİĞ, Yıl: 1971 s. 76).

Bir malın hukukî özelliği de yine malın bulunduğu yer hukukuna göre belirlenecektir. Bu kapsamda bir malın, bütünleyici parça ya da eklenti olup olmadığı lex rei sitae kuralına tâbi olacaktır (DOĞAN, yıl: 2014 s. 345; NOMER, Yıl: 2015 s. 300; ŞANLI vd Yıl: 2014 s. 222; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 319). Bununla birlikte, bütünleyici parça ya da eklenti üzerindeki hakların esas mala bağlı olup olmadığı ve mülkiyetin devrinin bütünleyici parça ve eklentiye kapsayıp kapsamadığı da malın bulunduğu yer hukukuna göre belirlenecektir.

2.2.1.1.1.2.3.1.2. Mülkiyet Hakkının Kazanılması- Devri- Sona Ermesi

2.2.1.1.1.2.3.1.2.1. Genel Olarak

Taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin kazanılması, devri, sona ermesi yine kuralın uygulama alanı içindedir. Bir başka ifade ile bu konularda da lex rei sitaenin hâkimiyeti söz konusudur. Bu nedenle mülkiyet hakkının kazanılması, devri ve sona ermesi konusunda malın bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2011 s. 241; NOMER, Yıl: 2015 s. 299; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 319-320; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 164. Benzer yönde, TEKİNALP vd Yıl: 2012 s. 119).

Mülkiyet genel olarak aslen ve devren kazanılmaktadır. Bu kapsamda örneğin bir taşınmazın mülkiyetinin aslen ya da devren kazanılması; tescille ya da tescilsiz kazanılması kuralın uygulama alanına girmektedir. Türk Hukuku'nda kural olarak taşınmaz mülkiyeti tescille kazanılmaktadır. Ancak bazı hâllerde bu kurala istisnalar getirilmiştir. Genel bir ifade ile, miras, mahkeme kararı, cebrî icra, işgâl, kamulaştırma hâlleri ile Kanun'da sayılan diğer hâllerde taşınmaz mülkiyeti tescilsiz kazanılmaktadır. Taşınmazın Türkiye'de olması hâlinde, kural olarak taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bu şekillere bağlıdır. Belirtmekte fayda vardır ki, taşınmaz mülkiyetinin tescilsiz kazanılmasının şartları da kuralın uygulama alanı içinde değerlendirilecektir. Örneğin, bir taşınmazın mülkiyetinin işgâl yoluyla kazanılabilmesi için, söz konusu taşınmazın işgâl yoluyla kazanıma elverişli olması gerekmektedir. İşte, bu şartlar da taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacaktır.

Taşınmaz mülkiyetinin kazandırıcı zamanaşımı ve diğer fiilî yollarla kazanılması konusuna bir Yargıtay kararında değinilmiştir (“... *Davacı vekili Avukat A. tarafından mahkemeye verilen 6.2.1984 tarihli dava dilekçesi ile; tapuda, ada 163 (1343), parsel 41, 133 ve 136 numaralarda, Federal Almanya uyruklu Paul Peter Danielsen adına kayıtlı üç parça taşınmaz ve köşkün, kayıt mâliki Paul Peter*

Danielsen'in ölümü tarihi olan 1958 tarihinden başlayarak, dava tarihine kadar 20 yıldan fazla süreyle çekişmesiz, arası ve mâlik sıfatı ile miras bırakan Federal Almanya uyruklu Hans Von Aulock ve onun 1980 yılında ölümü ile de, mirascı olan davacı B.Almanya uyruklu Gerhard Joseph Ernest tarafından aynı suretle tasarruf edildiği, bu nedenlerle anılan tapu kayıtlarının hukukî değerlerini yiterdiği ileri sürülerek taşınmazların davacı adına tapuya tesciline karar verilmesi istenilmiştir. Hazine vekili Avukat M.tarafından verilen 3.11.1983 günlü cevap lâyihasında: "Almanya'da iktisabî müruruzaman 30 yıl olup, davacının bu süreyi doldurmadığı; Almanya'da tescil talebinde bulunabilmek için, tescil isteyen isminin tapuda mukayyet olması şartının arandığı, oysa davacının adının tapuda mevcut olmadığı, tapuda mâlik gözüken Paul Peter Danielsen'in mirascısı Elly'nin Türkiye'de ikâmet edip dava konusu gayrimenkulde oturduğu, bu durumda davacının zilyetliğinin kesintiye uğradığı, yurt dışında yapılan satış vaadi sözleşmesinin geçerli olmadığı bildirilmiş ve yargılama sırasında da aynı hususlar tekrarlanmış ve ek olarak davacının Hans Von Aulock'un mirascısı olamayacağı ileri sürülmüş ve davanın bu sebeplerle reddine karar verilmesi istenilmiştir. ... Bu açıklamaya göre uyumsuzluk İstanbul'da Boğaziçinde vaki olup yabancı gerçek kişiye ait taşınmazların, yine yabancı bir gerçek kişi tarafından zilyetlik ve zamanaşımı yoluyla kazanılıp kazanılamayacağı noktasında toplanmaktadır. ... Bir taşınmazın mülkiyetinin kazanılması, zilyetliğinin hukukî sonuç doğurması, bulunduğu yerin kamu düzeni ile ilgilidir. Onun içindir ki, kazanma ve kullanma kurallarını tesbit, tamamen malın bulunduğu yer hukukuna aittir. Mülkiyetin kazanılması, bir akti ilişkiye bağlı olabileceği gibi, bunun dışında başka bir olaya, örneğin, zilyetlik gibi fiilî duruma da bağlı olabilir. Özellikle, taşınmazların zamanaşımı ve zilyetlik yolu ile kazanılmasında akdi ilişki söz konusu olmayabilir. Taşınmazlarda mülkiyetin "kazandırıcı zamanaşımı" veya diğer fiilî yollarla kazanılması hallerinde, her halde "Mekân Kanunu" yetkili olacaktır. Olayımızda, zamanaşımı yolu ile kazanıldığı ileri sürülen taşınmazlar Türkiye'de bulunduğu göre uyumsuzluğu zamanaşımı yolu ile kazanmaya ilişkin Türk Kanunlarının uygulanması gerekir" [Yarg. 8. HD T. 21.10.1986 E. 1986/9681 K. 1986/10741, (bkz. www.kazanci.com)]. Söz konusu Yargıtay kararı olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz edinilmesi

konusunda lex rei sitae kuralına uyulmasından ziyade yabancı gerçek kişilerin taşınmaz edinmesi konusunda o dönemki Tapu Kanunu düzenlemesinde yer alan “karşılıklılık” şartı ile ilgilidir. Ancak kararda “mekan kanunu” vurgusu yapıldığından yine de burada yer verilmesi uygundur. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Yıl: 1998, s. 311 vd). Kararda “*Taşınmazlarda mülkiyetin “kazandırıcı zamanaşımı” veya diğer fiilî yollarla kazanılması yoluyla kazanılması hallerinde her halde “Mekan Kanunu” yetkili olacaktır...*” şeklinde belirleme yapılmıştır.

Türk Hukuku’nda taşınır mülkiyetinin devredilmesi için, zilyetliğin devri ve teslim gerekmektedir. Bu nedenle sadece sözleşmenin yapılmış olması, mülkiyetin devredilmesi için yeterli değildir. İşte bir taşınırın mülkiyetinin devrinin, kural olarak zilyetliğin devri ve teslim ile mi yoksa sadece sözleşme yoluyla mı gerçekleşeceği konusunda malın bulunduğu yer hukuku karar verecektir (TEKİNALP ve UYANIK ÇAUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 320).

Yargıtay karşısına gelen bir uyuşmazlıkta (Yarg. 17. HD, T. 28.05.2013, E. 2012/7502, K. 2013/7935, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 120-124.) “... *Prensip olarak Milletlerarası eşya hukukunda “Lex rei sitae yani eşyanın bulunduğu yer hukuku hâkimdir. Türk Hukukunda bu prensip MÖHUK mad. 21/1’de kanuni hüküm olarak yer almıştır. Bu maddeye göre “taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer ayni haklar işlem anında malların bulunduğu yer hukukuna tabidir”. 2. fıkrasında ise “Taşınmakta olan mallar üzerindeki ayni haklara var ma yeri hukuku uygulanır” denilmektedir. Bu halde dava konusu taşınır malların bulunduğu veya vara yeri Türkiye olduğu için Türk Hukuku uygulanmalıdır. Hukukumuzda mülkiyet zilyetliğin devri ile yani teslimle geçtiğinden, borçlu tarafından malların gümrük müdürlüğü nezdinde teslim alındığı ve borçluya ait özel antrepoya konulduğundan mülkiyet borçluya geçmiştir. Dava konusu malların gümrük vergilerinin ödenerek millileştirilmesinin Gümrük Mevzuatına göre malın mülkiyetinin nakli konusunda belirleyici özelliği sahip bulunmamasına göre ...hükümün onanmasına ... karar*

verildi” şeklinde vermiş olduğu kararı ile mülkiyetin nasıl geçmiş kabul edileceğinin *lex rei sitae*’nin hâkimiyeti altında olduğunu belirlemiştir.

Taşınır malın mülkiyetinin devri amacı olmaksızın zilyetliğin devredilmesi ya da rıza dışı elden çıkması hâlinde mülkiyetin kime ait olacağı gibi hukukî sorunlar da malın bulunduğu yer hukukunun hâkimiyeti altında çözümlenecektir (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2013 s. 300).

Belirtmek gerekir ki yapılan bir sözleşmede mülkiyetin alıcıya geçirilmesi borcu ya da malın teslim edilmesi aynî hak statüsünün (*lex rei sitae*) kapsamında değildir. Burada sözleşme statüsünün hâkimiyeti bulunmaktadır. Bu nedenle taraflar arasında yapılan sözleşme uyarınca mülkiyetin karşı tarafa geçirilmesi borcu ya da malın teslimi borcunda *lex rei sitae* yetkili olmayacaktır (ZIEGIER vd Yıl: 1999 s. 133). Malların nitelendirilmesinde aynî hak statüsü ile hukukî ilişkinin konusu itibariyle ait olduğu hukuk kategorisi hakkında özel statünün belirlenmesi gerekir. Örneğin, mal rejimi statüsünün uygulandığı evlilik mallarında, bir malın ortaklık malı ya da kişisel mal olduğunun tespitinde mal rejimi statüsü yetkili olacaktır. Ancak bu tür mallar üzerinde mülkiyet ya da sınırlı aynî hak kazanılması, devri ya da sona ermesi malın bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir (ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 163-164. Doktrinde, her ne kadar bir malın taşınır ya da taşınmaz olduğuna malın bulunduğu yere göre karar veriliyor olsa da, miras konusunda durumun farklılık arz edebileceği belirtilmektedir. Bu nedenle miras statüsü konusunda taşınır miras ve taşınmaz mirasın farklı hukuklara tâbi tutulması ihtimâlinde, yetkili hukukun tespiti malın taşınır ya da taşınmaz olmasına göre değişiklik gösterebilecektir. Bu durumda *lex fori*’nin yetkisinin kabul edilmesi gerekeceği ileri sürülmektedir, bkz. ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 164). İsviçre Hukuku’nda da İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 100/1’deki düzenlemenin gerek hukukî işlemler gerekse de kanunî düzenlemeler sonucunda edinilen veya kaybedilen aynî hakları kapsadığı kabul edilmiştir (GIRSBERGER vd Yıl: 2004 s. 1090).

Malın bulunduğu ülke hukukunun uygulanması kuralı, bir taşınmaz üzerinde başka ülkede tasarruf yapıp yapılmayacağı konusunda da yetkilidir. Lex rei sitae kuralının uygulama alanına giren bir diğer hâl ise, mülkiyeti devir borcu doğuran hukukî işlemlerden olan alım, geri alım ve ön alım haklarında kendini göstermektedir. Bu haklar da malın bulunduğu yer hukukunun hâkimiyeti altındadır(TEKİNALP vd Yıl: 2012 s. 119). Ayrıca taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını kötüye kullanması, çeşitli kısıtlamaları ihlâl etmesi nedeniyle doğacak sorumluluğu da malın bulunduğu yer hukukuna tâbi olacaktır

2.2.1.1.2.3.1.2.2. Mülkiyetin Kazanılmasının Sebebe Bağlı Olup Olmaması

Taşınır ve taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasının sebebe bağlı olup olmadığı da yine malın bulunduğu yer hukukuna göre tespit edilecektir (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 241; DOĞAN, Yıl: 2015, s. 345; GÖĞER, Yıl: 1975 s. 271; NOMER, Yıl: 2015 s. 300; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 222; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 322). Taşınır ya da taşınmaz mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı olup olmamasına göre, aynî hakkın kazanılıp kazanılmayacağı değişiklik gösterebilir. Örneğin, Türk Hukuku'nda taşınmaz mülkiyetinin devri sebebe bağlıdır. Taşınır mülkiyetinin devri için ise MK'de bir düzenleme getirilmemiştir. Bu konu doktrinde tartışmalıdır. Halbuki Alman Hukuku'nda ise kural olarak (Alman Hukuku'nda kural soyutluk ilkesi olmasına rağmen, istisnaen sebebe bağlılık ilkesinin uygulamasına da rastlamak mümkündür. Örneğin, Alman Medeni Kanunu § 397'de düzenlenen takas, sebebe bağlı bir hukukî işlemdir) hem taşınırlar hem taşınmazlar için soyutluk ilkesi benimsenmiştir (Alman Medeni Kanunu § 873/1 ve § 929) (Alman Hukuku'nda soyutluk ilkesi egemen olmasına rağmen, Avrupa Eşya Hukuku Genel Tavsiye Çerçevesinde (Gemeinsamen Referenzrahmen für ein europäisches Sachenrecht) soyutluk ilkesine yer verilmemiştir, bkz. <http://www.europaeischer-referenzrahmen.de/englisch-sprachzertifikate.php>. Avrupa Eşya Hukuku Genel Tavsiye Çerçeve metni konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BAR ve CLIVE, Yıl: 2010 s. 1 vd.). Bu kapsamda belirtmek gerekir ki, doktrinde kanunlar ihtilâfi alanında tasarruf işleminin

soyut olmasının kanunlar ihtilâfı hukuku açısından daha uygun olduğu, böylelikle sözleşmenin kendi tâbi olduğu hukuka göre (sözleşme statüsüne göre) geçerli olmamasının aynî hak statüsünü etkilemesinin engellenebileceği belirtilmektedir (ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 87).

Taşınmaz mülkiyetinin sebebe bağlı olup olmadığı konusunda da *lex rei sitae* uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle taşınmaz mülkiyetinin sebebe bağlı olarak kabul edildiği bir hukuk sisteminde, genel olarak mülkiyetin devrinin gerçekleşebilmesi için sebebin geçerli olması gerekir. Sebebin geçersiz olması hâlinde, tapuda yapılan tescil yolsuz olacaktır. İşte genel olarak da bu yolsuz tescile dayanarak aynî hak kazanılıp kazanılmayacağı, malın bulunduğu yer hukukuna göre belirlenecektir. Bu konuda Türk, Alman, Avusturya, İngiliz, Estonya, Macar, İskoç, Slovak, Sloven, İsviçre, Hırvatistan ve Çek Cumhuriyeti gibi bazı ülke hukukları, tapu kütüğündeki tescile dayanarak mülkiyet ya da bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin iyi niyetini korurken, Yunan, Belçika, İtalyan, Fransız, Lüksemburg Hukuklarında ise, üçüncü kişinin iyi niyeti korunmamaktadır (Real Property Law and Procedure in the European Union, General Report, s. 34.)

2.2.1.1.2.3.2 Sınırlı Aynî Haklar

Eşya üzerinde sadece mülkiyet hakkı değil, sınırlı aynî hak tesis edilmesi de söz konusu olabilmektedir. Bu durumda da sınırlı aynî hakkın türü, kapsamı, kurulması, sona ermesi, içeriği taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tâbi olacaktır.

Sınırlı aynî hakkın bir türü olan irtifak haklarının çeşitleri, sınırlı sayı ilkesine tâbi olup olmadığı, irtifak çeşitlerinin kapsamı, devir ve intikâl kabiliyetinin olup olmadığı kuralın kapsamı içinde olduğundan, malın bulunduğu yer hukukuna tâbidir. Örneğin, bir irtifak hakkı olan oturma hakkının hangi tür mallar üzerinde tesis edilebileceği, kişinin sadece kendisinin oturması için mi yoksa ailesi ile birlikte oturması için mi oturma hakkının tanınabileceği taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacaktır.

Bir irtifak hakkı, iki taşınmaz arasında tesis edilmiş olup, bu iki taşınmazın sınırın iki yanında bulunması hâlinde, irtifak hangi taşınmaz üzerinde tesis edilmişse, başka bir ifade ile hangi taşınmaz üzerinde yükümlülük kurulmuşsa, o taşınmazın bulunduğu yer hukukunun hâkimiyeti altında olur. Bu hakkın kuruluşu, sona erme koşulları hakkında, üzerinde irtifak kurulan taşınmazın bulunduğu ülke hukuku yetkili olacaktır. Lehine irtifak tesis edilen taşınmazın bulunduğu yerin bu açıdan bir önemi olmayacağı doktrinde ileri sürülmektedir (SEVİĞ, Yıl: 1972 s. 76; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 171).

Türk Hukuku'nda rehin konusunda hangi hukukun uygulanacağına dair bir düzenleme MÖHUK'da yer almamaktadır. Kanaatimizce bu konuda da taşınır ve taşınmaz malın bulunma yeri uygulama alanı bulacaktır. Bu açıdan hem öncelik hakkı (Rehin hakkının tesis edildiği ülkedeki imtiyaz sırasının ne olduğunun bir önemi olmaksızın, lex fori'nin imtiyaz sırasının uygulanması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir. Bu durumun sebebi olarak imtiyazların, sadece tek bir liste tarafından düzenlenebileceği gösterilmektedir (SEVİĞ, Yıl: 1971 s. 76)) takip hakkı gibi üçüncü kişileri ilgilendiren konular hem taraflar arasındaki ilişkiler malın bulunduğu yer hukukuna göre belirlenecektir. Benzer şekilde, rehnin kapsamı, taşınır rehninin teslim şartlı yapılıp yapılmayacağı da malın bulunduğu yer hukukuna tâbi olacaktır. Bazı hukuk sistemlerinde ise, rehin konusunda hangi hukukun uygulanacağı kanunda düzenlenmiştir. Örneğin, Çin Hukuku'nda rehnin kurulduğu yer hukukunun rehne ilişkin uyuşmazlıklara uygulanacağı düzenleme alanı bulmuştur (Yabancı Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun m. 40).

Sınırlı aynî hakkın neler üzerinde tesis edilebileceği de yine malın bulunduğu yer hukukuna tâbidir. Ayrıca malın taşınır ya da taşınmaz olmasına göre isimlendireceğimiz taşınır rehni ve taşınmaz rehnine ilişkin kurallar da kuralın hâkimiyeti altında olacaktır. Örneğin, Türk Hukuku'na göre taşınmaz rehninin ipotek, ipotekli borç senedi ya da irat senedi şeklinde üç türü vardır. Türkiye'de bulunan bir taşınmaz üzerinde rehin tesis edilecekse, bu üç türden birine uyulması

gerekmektedir. Bu türlerin dışında dördüncü bir tür taşınmaz rehni tesis edilmesi mümkün değildir.

Taşınmaz üzerindeki aynî hak, bir kıymetli evraka dayanabilir. Örneğin, Türk Hukuku'nda irat senedi taşınmaz rehninin bir türünü oluşturur ve kıymetli evrak niteliğindedir. Bu durumda senette cisimlenen hak, taşınmazın bulunduğu yer hukukunun hâkimiyeti altındadır. Kıymetli evrakın borç ilişkisine dayanması hâlinde, lex causae borç statüsü olur

2.2.1.1.2. Lex Rei Sitae Kuralının İstisnaları

2.2.1.1.2.1. Taşınmakta Olan Mallar (Res in Transitu)

2.2.1.1.2.1.1. Genel Olarak

Bir mal üzerinde aynî hakka ilişkin bir uyuşmazlığın, mal bir yerde sabit dururken gerçekleşmesi gerekmez. Örneğin, mallar hareket hâlindeyken de bir satım sözleşmesinin konusunu oluşturabilirler. Bu durumda mülkiyetin intikâlinde hangi hukukun yetkili olacağının belirlenmesi gerekir. Zira, mallar taşınmaktayken, malın bulunduğu yer çoğu zaman tesadüfî şekilde ortaya çıkmaktadır. Hatta malın nerede bulunduğu belirlenmesi mümkün bile olmayabilir. İşte bu durum milletlerarası özel hukuk doktrinde taşınmakta olan mallardaki (res in transitu) aynî hak tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Örneğin, Almanya'dan Türkiye'ye tırla gönderilen malların taşınma esnasında satım sözleşmesine konu olması, taşınmakta olan mallara uygulanacak hukuk konusu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Res in transitu'nun iki tane temel özelliği vardır. Bu özelliklerden ilki malların hareket halinde olması ve mallar ile bulunma yeri arasında bir bağlantının mevcut olmamasıdır (ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 40. Benzer yönde, BROWN, Yıl: 2002 s. 202).

Taşınmakta olan mallar üzerineki aynî haklara uygulanacak hukuk konus MOHUK'da bir fıkra ile düzenlenmiş ve bu konuda varma yeri hukuku uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (MÖHUK m. 21/2). Doktrinde, varma yeri hukukunun (lex loci destinationis) mallar üzerinde nihai kontrol yetkisine sahip olması ve bu hukukun daha önceden taraflarca bilinen bir hukuk olması nedeniyle başka bir bağlama noktasına göre (akdin yapılma yeri hukuku veya gönderme yeri hukuku) daha yakın ilişkili hukuk olduğu ileri sürülmektedir (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 245; ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 33 vd.; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 303. Taşınmakta olan malların devrinde uygulanacak hukuk konusunda karşılaştırmalı hukukta sözleşmenin yapıldığı yer hukuku (lex loci contractus), gönderme yeri hukuku (lex loci expeditionis), sözleşmenin yapıldığı anda malın bulunduğu yer hukuku (lex rei sitae), varma yeri hukuku (lex loci destinationis), transferin en sıkı şekilde ilişkili olduğu hukukun uygulanması tartışılmıştır, bkz. ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 40. ÇELİKEL, taşınmakta olan mallar konusunda varma yeri hukuku yerine en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir, bkz. ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 42).

Konu, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda taşınmakta olan eşyalar (transit hâlinde olan eşyalar) üzerindeki aynî hakların hukukî işlemler sonucu edinilmesi ve kaybedilmesi, varış ülkesi hukukuna tâbidir şeklinde düzenlenmiştir. Bu hukukta, çıkış ülkesi ve varma yeri hukuklarının kabul edilmesi noktasında tartışmalar yaşanmıştır. Kanun Koyucu kural olarak varma yeri hukukunun uygulanmasını kabul etmiştir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 101). Ancak taraflar kanun gereği geçerli kabul edilen varış ülkesi kanunları (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 101) yerine çıkış ülkesinin kanunlarının uygulanmasını kararlaştırabilmektedirler (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1105). Varma yeri hukuku tarafların rızası ile eşyayı ulaştırmak istedikleri yerdir.

İsviçre Hukuku'nda taşınmakta olan mallar konusunda çıkış ülkesi ve varma yeri hukuklarının kabul edilmesi konusunda tartışmalar yaşanmıştır. Kanun Koyucu bu konuda varma yeri hukukunun uygulanmasını kabul etmiştir (İsviçre

Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 101). Taşınmakta olan mallar üzerinde aynî hak uyuşmazlıklarında taraflar kanun gereği geçerli kabul edilen varış ülkesi kanunları (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 101) yerine çıkış ülkesinin kanunlarının uygulanmasını kararlaştırabilmektedirler (273.3 Sayılı Bildiri, bkz. GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1105). Bu nedenle sınırlı bir hukuk seçiminin olduğunu söylemek mümkündür.

Konu İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda taşınmakta olan eşyalar (transit halinde olan eşyalar) üzerindeki aynî hakların hukukî işlemler sonucu edinilmesi ve kaybedilmesi konuları, varış ülkesi hukukuna tâbidir şeklinde düzenlenmiştir. İsviçre Hukuku'nda taşınmakta olan mallar konusunda varma yeri hukukunun tercih edilmiş olmasının nedeni, eşya ile çıkış ülkesi arasındaki mekânsal ilişkinin genellikle kesilmiş olmasından kaynaklanmaktadır (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1105).

Fransız Hukuku'nda da varma yeri hukuku daha geniş kabul görürken, Alman Hukuku'nda tarafların çıkış yeri ile varma yerinden hangisini seçtiklerini araştırmak konusunda bir eğilim oluşmuş ancak bu görüş kabul görmemiştir. Konu hakkında açık bir hükme de yer verilmemiştir. Konunun çözümü mahkeme kararlarına ve doktrine bırakılmıştır (TEKİNALP ve UYARNİK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 329-330).

İngiliz Hukuku'nda sözleşme hukuku tercih edilmekle birlikte, (TEKİNALP ve UYARNİK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 330) doktrinde bir gemi ile taşınmakta olan mallar hakkındaki aynî hak uyuşmazlıklarının geminin bayrak hukukuna (Uyrukluğunu gemiye bahsetmiş olan devlet, bayrak devleti olarak ifade edilir, bkz. MİSİLİ, Yıl: 2014 s. 188. Bayrak devletinin hukuku da bayrak hukukudur) göre çözümlenmesi gerektiği belirtilmektedir (FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 1222).

Çin Hukuku'nda taşınmakta olan mallar konusunda hukuk seçimine izin verilmiştir. Ancak İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi sınırlı bir hukuk seçiminin yapılması zorunluluğu yoktur. Taraflar istedikleri hukuku seçebilmektedirler. Şayet taşınmakta olan mallar konusunda taraflar hukuk seçimi yapmamışsa varma yeri hukukunun uygulanması kabul edilmiştir (Yabancı Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun m. 38).

Varış ülkesi, bir eşyanın yasal bir işlem sonucu, bir başka ifadeyle tarafların rızasıyla ulaştırılmak istendiği ülkedir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1105). Varma yeri hukuku bir eşyanın taşınmakta olup olmadığı ya da varma yerine ulaşmış olup olmadığı noktasında yetkilidir (NOMER, Yıl: 2015 s. 305). Transit geçişlerin söz konusu olması hâlinde, bu yerler varma yeri olarak nitelendirilmemelidir. Şöyle ki, bir firma, Hollanda'da ürettiği bir buzdolabını Türkiye'deki acentesine kara yoluyla göndermek için, işlemleri başlatmış ve buzdolabı yola çıkmış olsun. Buzdolabı Türkiye'ye geliş yolundayken, Almanya'da buzdolabının satışının yapılması ihtimalinde, Alman Hukuku transit geçilen ülke olacağından, aynî hakka ilişkin işlemler konusunda Alman Hukuku dikkate alınmayacaktır (Benzer örnek için bkz. AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 244; NOMER, Yıl: 2015 s. 304; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 329).

Taşınmakta olan malların belli bir yerde cebrî icraya konu olması ya da bunlar üzerinde kanunî rehin hakkının kurulması ise, malın fiilen bulunduğu yer hukukuna tâbi olacaktır (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 245; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 173). Bu durumda taşınmakta olan mallar ile bu malların fiilen bulunduğu yer hukuku arasında geçici veya rastlantısal olmayan bir bağ vardır (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 245).

Taşınmakta olan malların belli bir yerde cebrî icraya konu olması ya da bunlar üzerinde kanunî rehin hakkının kurulması ise, malın fiilen bulunduğu yer hukukuna tâbi olacaktır Doktrine bu durumda taşınmakta olan mallar ile bu malların fiilen bulunduğu yer hukuku arasında geçici veya rastlantısal olmayan bir bağ olduğu ifade

edilmektedir (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2011 s. 245; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 173). Ancak taşınmakta olan malın cebrî icraya konu olması durumunda bir usulî işlem söz konusu olacağından lex fori'nin hâkimiyeti bulunmaktadır. Aslında bu durumda lex rei sitae ve lex fori aynı yerdir. Ancak teorik açıdan aradaki farkın vurgulanabilmesi için, bu durumda lex rei sitae değil, lex forinin uygulama alanı bulacağının ifade edilmesi gerekir.

Taşınmakta olan mallar belirli bir yerde bulunurken, bir rehin hakkının tesisi ya da icraî bir fiilîn uygulanması hâlinde, bu malların bulunduğu yer olarak lex rei sitae'nin yetkisi mutlakdır (NOMER, Yıl: 2015 s. 304; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 173). Bu rehin hakkı ya da icrai fiil, mal nerede bulunuyorsa, o ülke hukukunun hâkimiyeti altında olacaktır. Bu noktada varma yeri hukuku uygulanmayacaktır.

3.3.1.2.3.1.2. Taşınmakta Olan Malların Mülkiyeti Nakleden Sözleşmelerle Devredilmesi

Taşınmakta olan mallar mülkiyeti nakleden bir sözleşme vasıtasıyla devredilebilir. Örneğin, bir mal Panama bayraklı bir gemide taşınırken (A) kişisi ile (B) kişisi arasında yapılan bir sözleşme ile devre konu olabilmektedir. Bu noktada mal ile bulunduğu yerin arasında bir bağlantı yoktur. Hatta sözleşme esnasında malın bulunduğu yer tesadüfi sebeplere bağlıdır. Bunu dikkate alan kanun koyucu bu konuda varma yeri hukukuna yetki tanımıştır (MÖHUK m. 21/2).

Taşınmakta olan malların mülkiyeti nakleden sözleşmeler vasıtasıyla nakledilmesi konusunda yukarıda genel bilgi kısmında yapmış olduğumuz açıklamalar geçerliliğini korumaktadır. Esas tartışabilecek konu taşınmakta olan malların emtiayı temsil eden senetler vasıtasıyla devredilmesidir.

3.3.1.2.3.1.3. Taşınmakta Olan Malların Emtiayı Temsil Eden Senetler Vastasıyla Devredilmesi

Taşınmakta olan malların konu olduğu bir sözleşme ilişkisinde malı satın almak isteyen kimseye, alıcının emtiayı temsil eden bir senet vermesi halinde aynî hakkın el değiştirmesi gündeme gelebilecektir. Zira çoğu zaman taşınmakta olan mallar emtiayı temsil eden senetlerin ciro ve teslimi ile devredilmektedir (ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 43).

Türk Hukukunda bir taşıyıcıya veya umumi mağazaya bırakılmış emtiayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi, emtianın teslimi gibi sonuç doğurmaktadır (TMK m. 980/1). Bu nedenle emtiayı temsil eden senetlerin devri, eşyanın mülkiyetinin devri anlamına gelebilmektedir. Bu senetler, makbuz senedi, varant, taşıma senedi ve konişmentodur. Taşınmakta olan mallar açısından konişmento ve taşıma senedi kıymetli evrak niteliğindedir. İşte böyle bir durumda aynî hakkın el değiştirip değiştirmeyeceği, kıymetli evrakın eşyayı temsil etme fonksiyonu olup olmadığı gibi problemler ortaya çıkacaktır. Bu noktada esas mesele ise kıymetli evrak statüsü ile aynî hak statüsünün çatışması halinde ortaya çıkacaktır.

2.2.1.1.2.2. Taşıma Araçları

Taşıma araçları, genellikle hareket halinde olduklarından lex rei sitae kuralını bu araçlar bakımından uygulamak adil değildir (DICEY ve MORRIS, Yıl: 1993 (b) s. 935; GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1101). Pek çok hukuk düzeninde de taşıma araçları üzerindeki aynî haklar konusunda ana kuraldan ayrılma yaşanmış ve özel bir hükümle konu düzenlenmiştir. Türk Hukuku'nda konu ilk defa (Mülga TTK m. 866/2 hükmü, gemilere yönelik tek taraflı bir bağlama kuralı içermekteydi. Anılan hükme göre bir Türk gemi siciline kayıtlı olan gemi üzerindeki mülkiyetin kazanılması ve kaybı Türk Hukuku'na tâbi tutulmuştu) 5718 sayılı MÖHUK'da yer almıştır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 22 uyarınca; *“(1) Hava, deniz ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynî haklar, menşe ülke hukukuna tâbidir. (2) Menşe ülke, hava ve deniz taşıma araçlarında aynî hakların tescil edildiği sicil yeri, deniz taşıma araçlarında bu sicil yeri yoksa bağlama limanı (“Bir geminin bağlama limanı o gemiye ait seferlerin yönetildiği yerdir” [TTK m. 947]), raylı taşıma araçlarında ruhsat yeridir”.*

Görüldüğü üzere, hava ve deniz taşıma araçları üzerindeki aynî haklar, aynî hakların tescil edildiği sicil yeri hukukuna; deniz taşıma araçlarında bu sicil yeri yoksa, bağlama limanı (*“Bir geminin bağlama limanı o gemiye ait seferlerin yönetildiği yerdir”* (TTK m. 946). Bağlama limanı ile geminin fiilen sevk ve idaresi kastedilmemekte, geminin ticari anlamda yönetiminden söz edilmektedir. Gemi bir ticari işletmenin malıdır ya da bir ticari işletme bir sözleşmeye dayanmak suretiyle geminin zilyetliğini ve gemiden ekonomik bakımdan yararlanma hakkına sahiptir. İşte, bu ticari işletme geminin yönetimini ticari amaçları doğrultusunda nereden yapıyorsa, geminin bağlama yeri de orası olmaktadır. Makul olarak, bu yerin bir limanda bulunması aslında şart değildir. Geminin maliki ya da kiracısının (günümüzde bunlar adeta istisnasız olarak tüzel kişilikler, çoğu zaman çok uluslu şirketler) işletme merkezi ülkenin herhangi bir yerinde ya da yurt dışında bulunabilir. Bu durumda geminin bağlama limanı işletme merkezinin olduğu yerdir. Bağlama limanı gemi malikinin ya da işleticisinin tercihiyle göre değişiklik göstermektedir. Kavram özünde ticari amaçların olması nedeniyle makul karşılanmaktadır. Bağlama limanının pratik açıdan önemini tescil oluşturmaktadır. Zira, gemi bağlama limanının tâbi olduğu sicil müdürlüğünce tescil olunmaktadır (TTK m. 955/1). Ancak bu temel kural geminin işletilmesinin Türkiye’deki bir sahil kentinden yönetilmesi hâlinde uygulama alanı bulabilmektedir. Gemi Türkiye’de fakat sahilde olmayan bir yerden yönetiliyorsa, geminin yönetimi yabancı bir ülkeden yapılıyorsa ya da işletme gemiden sevk ve idare ediliyorsa malik, gemisini dilediği yer siciline tescil ettirebilir (TTK m. 955/2). Bu gibi durumlarda geminin tescil edildiği sicil müdürlüğünün bulunduğu liman, bağlama limanı olarak kabul edilmelidir. Bağlama limanının adı da geminin adı gibi geminin kıçına yazılmalıdır

(TTK m. 939), bkz. SÖZER, Yıl: 2014 s. 34 vd.) hukukuna; raylı taşıma araçları üzerindeki aynî haklar ise, bu araçların ruhsat yeri hukukuna tâbi tutulmuştur (MÖHUK m. 22). Maddede taşıma araçları üzerindeki aynî hakların menşe ülke hukukuna tâbi kılınmasıyla, bu araçların maliklerinin en sıkı ilişkili oldukları kabul edilen hukuka bağlanma olanaklarının doğduğu belirtilmektedir (MÖHUK m. 22 gerekçesi).

Bu taşıma araçları nitelikleri gereği hareket hâlinedirler. Bu nedenle, doktrinde, hava, deniz ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynî hak uyuşmazlıklarında malın bulunduğu yer hukukunu uygulamanın adaletsiz sonuçlara sebebiyet vereceği, zira kimi zaman uygulanacak hukukun tespit edilmesinin dahi imkânsız ya da tamamen tesadüfî sebeplere bağlı olabileceği de belirtilmiştir (REBMANN vd, Yıl: 2006 s. 2616; SPICKHOFF, EGBGB § 45, Rn, 1). Yine, alacaklıların haklarını güvence altına alabilmek için de önceden bildikleri bir hukukun uygulanması bir başka ifadeyle tesadüfî sebeplerle ortaya çıkabilecek belirsiz bir hukukun uygulanmaması amacıyla da bu araçlar için ayrı bir hükme ihtiyaç olduğu belirtilmiştir.

Aslında sicil yeri, bu araçlar için bulunma yeri anlamı taşımaktadır. Bu konuda genel kabul görmüş olan kural *lex rei sitae* anlamında “*sicile kayıtlı olan yer*” hukukudur (DICEY ve MORRIS, Yıl: 1993 (b) s. 936. Doktrinde, MÖHUK m. 22’nin Alman Medeni Kanunu’na İlişkin Tatbikat Kanunu (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB)) m. 45’den alınmış olduğu belirtilmektedir, bkz. K. ATAMER, Yıl: 2003 s. 96). Hangi araçların deniz, hava veya raylı taşıma aracı sayılacağı MÖHUK m. 22/1’de belirtilen “*aynî hakların tescil edildiği sicil yeri*” hukukuna göre belirlenecektir (TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 335).

Maddede hava, deniz ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynî haklara uygulanacak hukuk konusu düzenlenmiştir. Bu nedenle, söz konusu bu taşıma araçlarının konu olduğu şahsi hak uyuşmazlıkları MÖHUK m. 22’nin kapsamı

dışındadır. Örneğin, bir hava aracının rehni, bir deniz aracı üzerinde intifa kurulması hükmün kapsamındadır. Ancak hava aracının kiralanması bir şahsi hak ilişkisi doğurduğundan hükmün kapsamı dışında kalmaktadır. Bu durumlar kendi statüsü içinde değerlendirilmelidir. Aynı örnek üzerinden gidildiğinde, hava aracının kiralanmasına uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilen hukuk olacaktır.

İsviçre Hukuku'nda, Türk Hukuku'ndaki kadar ayrıntılı bir düzenleme yerine, deniz ve hava taşıma araçları ile diğer taşıma araçları üzerindeki aynî hakların düzenlendiği diğer kanunların (Sözleşmelerin) hükümleri saklıdır (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 107) hükmüne yer verilmiştir. Katı bir yaklaşımla ele alındığında bu düzenlemedeki korumanın, sadece uluslararası anlamda konuyla ilgisi bulunan özel kanunlarla ilgili olduğu düşünülebilecektir. Özellikle de Deniz ve İç Su Gemileri ile Hava Taşıtları ile İlgili Olan Kanunlar ve Deniz Gemileri Üzerinde Tesis Edilmiş İmtiyaz ve İpotekler ile İlgili Belirli Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki 10 Nisan 1926 tarihli Uluslararası Antlaşma ile Hava Taşıtları Üzerindeki Hakların Uluslararası Alanda Tanınması Hakkındaki 19 Haziran 1948 tarihli Cenevre Antlaşması (Bir konu ile ilgili milletlerarası bir sözleşmenin varlığı hâlinde bu sözleşme hükümleri öncelikle uygulama alanına sahip olacaktır (MÖHUK m. 1/2). Deniz, hava ve raylı taşıma araçlarına ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu pek çok milletlerarası sözleşme vardır. Örneğin, Gemi Sahiplerinin Mesuliyetlerinin Tahdidi ve Konişmentoya Mûtaallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki 25 Ağustos 1924 tarihli ve Deniz Ticaret Vasıtalarının Rehni ve İmtiyazı ve Devlet Gemilerinin Muafiyetleri ile Alâkalı Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki 1926 tarihli Milletlerarası Sözleşmelere (Sözleşmenin Yayınlandığı RG T. 22.02.1955, RG Sayı: 8937) Türkiye taraftır. Yine, 1944 tarihli Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi (Chicago Sözleşmesi) uygulaması çok geniş bir uluslararası sözleşmedir. Sözleşmeye Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 191 ülke taraftır (Sözleşmeye, Afganistan, Almanya, Amerika Birleşik Devletleri, Andora, Angola, Antigua and Barbuda, Arjantin, Arnavutluk, Avusturalya, Avusturya, Azerbaycan, Bahamalar, Bahreyn, Bangladeş, Barbados, Belçika, Belize, Benin, Beyaz Rusya,

Bhutan, Birleşik Arap Emirlikleri, Birleşik Krallık, Bolivya, Bosna-Hersek, Bostvana, Brezilya, Brunei Darussalam, Bulgaristan, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Cezayir, Cibuti, Cook Adaları, Côte d'Ivoire, Çad Cumhuriyeti, Çek Cumhuriyeti, Çin, Danimarka, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, Ekvator Ginesi, El Salvador, Eritrea Ermenistan, Estonya, Etiyopya, Fas, Fiji, Filipinler, Finlandiya, Fransa, Gabon, Gambiya, Gana, Gine, Gine-Bissau Grenada, Guatemala, Guyana, Gürcistan, Güney Afrika, Güney Sudan, Haiti, Hırvatistan, Hindistan, Hollanda, Honduras, Irak, İran, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Jamaika, Japonya, Kamboçya, Kamerun, Kanada, Katar, Kazakistan, Kenya, Kıbrıs, Kırgızistan, Kiribati, Komor Adaları, Kongo, Kongo Demokratik Halk Cumhuriyeti, Kolombiya, Kore Cumhuriyeti, Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti, Kosta Riko, Kuveyt, Küba, Lao Demokratik Halk Cumhuriyeti, Lesoto, Letonya, Liberya, Libya, Litvanya, Lübnan, Lüksemburg, Macaristan, Madagaskar, Makedonya Cumhuriyeti, Malavi, Maldivler, Malezya, Mali, Malta, Marşal Adaları, Meksika, Mısır, Mikronezya (Federal Devleti), Moldovya Cumhuriyeti, Monako, Mongolya, Montenegro, Moritanya, Morityus, Mozambik, Myanmar, Namibiya, Nauru, Nepal, Nijer, Nijerya, Nikaraguay, Norveç, Orta Afrika Cumhuriyeti, Özbekistan, Pakistan, Palau, Panama, Papua Yeni Gine, Paraguay, Peru, Polonya, Portekiz, Romanya, Ruanda, Rusya Federasyonu, Saint Kitts and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent ve the Grenadines, Samo, San Marino, Sao Tome and Principe, Suudi Arabistan, Senegal, Sırbistan, Seyşeller, Sierra Leone, Singapur, Slovakya, Slovenya, Solomon Adaları, Somali, Sri Lanka, Surinam, Suriye Arap Cumhuriyeti, Svaziland, Şili, Tacikistan, Tanzanya Birleşik Cumhuriyeti, Tayland, Timor-Leste, Togo, Tonga, Trinidad ve Tobago, Tunus, Türkiye, Türkmenistan, Uganda, Umman, Ukrayna, Uruguay, Ürdün, Vanatua, Vietnam, Yemen, Yeni Zelanda, Yunanistan Zambiya ve Zimbabve taraftır. Sözleşmeye taraf devletlerin listesi ve sözleşme metninin İngilizce'si için bkz. <http://www.icao.int/publications> Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilsoz/bm_yeni.html). Bu sözleşme uyarınca hava araçları tescil edildiği Devletin tâbiyetindedir (Sözleşme m. 17). Sözleşmeye göre tescil ve nakil işlemleri, sicilin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir (Sözleşme m. 19). MÖHUK m. 22 bu açıdan uluslararası hukukla da maddî

hukukla (TSHK m. 50) da uyumlu bir hükümdür.) gibi uluslararası anlaşmalar akla gelmektedir. Bu özel kanunlara göre, yetkili mahkeme ile uygulanacak hukuk ağırlıklı olarak tescil yerine, taşıtların anavatanına ve bayrağını taşıdığı ülkeye göre belirlenmektedir. Ancak ulaşım araçlarının tamamı için özel kurallar bulunmamaktadır. Özel kural bulunanlarda ise, eşya hukukunda karşılaşılan kimi durumlar ele alınmamıştır. Doktrinde ve uygulamada her durum için standart, genel geçer bir çözüm geliştirilmiş olmasa da, özel normlar kapsamına girmeyen ulaşım araçlarının hepsinin genel eşya hukuku kurallarına tâbi tutulamayacağı görüşü ağır basmaktadır. Bu sebeple, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 107 uyarınca düzenlenen hüküm, özel kanun kapsamına girmeyen tüm durumların hiçbir fark gözetmeksizin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 100 kapsamına girdiği şeklinde anlaşılmamalıdır

İsviçre Hukuku'nda ticari amaçla kullanılan fakat özel kanunlara tâbi olmayan ve ticari amaçla kullanılmayan taşıma araçları üzerindeki aynî haklara uygulanacak hukuk konusu da incelenmiştir. İlk olarak ticari amaçla kullanılan fakat (deniz ve hava taşıtları gibi) özel kanunlara tâbi olmayan taşıma araçları üzerindeki aynî hakların, taşıtların tescil edilmiş oldukları yerdeki hukuka tâbi olması görüşü savunulmaktadır. Demiryolu taşıtlarında ise taşıtların, işletimini üstlenen demiryolu işletmesine ait kamu idare merkezinin bulunduğu ülkede yürürlükte olan hukukun esas kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir(GIRSBERGER vd Yıl: 2004 s. 1131-1132).

2.2.1.1.2.2.2. Deniz Araçları

Madde de geçen deniz araçları tabiri ile bir sicile kayıtlı olan ve/veya bağlama limanı bulunan bütün deniz araçları kastedilmektedir. Bir başka ifadeyle gerek denizin üzerinde gerekse altında giden (örneğin denizaltı) hatta su üzerinden uçan (örneğin deniz uçağı) deniz araçları, hükmün kapsamındadır. Yine, deniz aracının insan ya da eşya taşıması da farklılık arz etmeyecektir.

Hangi araçların deniz aracı sayılacağı “*aynî hakların tescil edildiği sicil yeri*” hukuku, sicile kayıtlı olmayan gemilerde ise bağlama limanı hukukuna göre belirleneceğine (TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 335) yukarıda değinmiştik. Deniz araçları denildiğinde akla ilk gelen gemilerdir. Örneğin, Türk Hukuku’nda yüzen havuzlar, mavnalar, şatlar, hovercraftlar dahi, tahsis gayesi suda hareket etmesini gerektirmesi şartıyla gemi sayıldığından (TTK m. 931 madde gerekçesi), deniz araçları içinde değerlendirilecektir.

Gemiler bir sicile kayıtlı olabilecekleri gibi (Gemilerin tâbiyeti çekme hakkına sahip olduğu milli bayrak ile belirlenir’ SÖZER, yıl: 2014 s. 36. Bir başka ifadeyle, Türk deniz hukuku uyarınca, Türk Bayrağı Türk tâbiyetinin dış göstergesi olarak kabul edilmektedir, bkz. GÖĞER, Yıl: 1972 s. 184. Benzer yönde, SÖZER, Yıl: 2014 s. 36. Türk Hukuku’nda kural olarak sadece Türk gemileri Türk Bayrağı çekebilir ve her Türk gemisinin Türk Bayrağı çekme yükümlülüğü bulunmaktadır (TTK m. 940/1 ve Bağlama Kütüğü Uygulama Yönetmeliği m. 12). Gemi tek bir kişinin malı ise, bu kişi Türk vatandaşı olmalıdır (TTK m. 940/2). Gemi birden fazla kişinin malı ise paylı mülkiyet hâlinde, payların çoğunluğunun, elbirliğiyle mülkiyet hâlinde, maliklerinin çoğunluğunun, Türk vatandaşı olması şartıyla Türk gemisi sayılır (TTK m. 640/3). Gemi tüzel kişiye ait ise, bu geminin Türk gemisi olması için ilk şart tüzel kişinin Türk Kanunlarına göre kurulmasıdır. Bunun dışında, tüzel kişiliğe sahip olan kuruluş, kurum, dernek ve vakıflara ait olan gemiler, yönetim organını oluşturan kişilerin çoğunluğunun Türk vatandaşı olması durumunda Türk gemisi sayılırlar. Yine, Türk ticaret şirketlerine ait olan gemiler, şirketi yönetmeye yetkili olanların çoğunluğunun Türk vatandaşı olmaları ve şirket sözleşmesine göre oy çoğunluğunun Türk ortaklarda bulunması, anonim ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde ayrıca payların çoğunluğunun nama yazılı ve bir yabancıya devrinin şirket yönetim kurulunun iznine bağlı bulunması şartıyla Türk gemisi sayılırlar (TTK m. 940/4). Yine, Türk Ticaret Siciline tescil edilen donatma iştiraklerinin mülkiyetindeki gemiler, paylarının yarısından fazlası Türk vatandaşlarına ait ve iştiraki yönetmeye yetkili paydaş donatanların çoğunluğunun Türk vatandaşı olması şartıyla Türk gemisi sayılmaktadırlar (TTK m. 940/5).

Yabancı uyruklu gerçek veya tüzel kişiye ait geminin (yabancı geminin) istisnaen Türk bayrağı çekme hakkı bulunmaktadır. Bir Türk gemisinin, kendilerine ait olduğu takdirde Türk Bayrağı çekme hakkını kaybedeceği kişilere, en az bir yıl süreyle kendi adlarına işletilmek üzere bırakılmış olması hâlinde, malikin istemi üzerine Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, bırakma süresince, o ülke kanunları buna imkân sağlıyorsa geminin yabancı bayrak çekmesine izin verebilir. Bu izin sona ermedikçe veya kanunî sebeplerle geri alınmadıkça gemi Türk Bayrağı çekemeyecektir (TTK m. 941/1). Türk gemisi olmayan bir gemi ise, ona Türk Bayrağı çekebilecek kişilere en az bir yıl süreyle kendi adlarına işletilmek üzere bırakılmışsa, malikin rızası alınmış olmak, Türk mevzuatının kaptan ve gemi zabıtları hakkındaki hükümlerine uyulmak ve yabancı kanunda da bunu engelleyen bir hüküm bulunmamak şartıyla, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı geminin Türk Bayrağı çekmesine izin verebilir. Şu kadar ki, izin alan kişi, her iki yılda bir, izin için gerekli şartların varlığını sürdürdüğünü ispatlamakla yükümlüdür (TTK m. 941/2). İkinci fıkrada belirtilen gemiler, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca tutulacak özel bir sicile kaydolunmaktadır (TTK m. 941/3)) bazen iki sicile birden bazen de hiçbir sicile kayıtlı olmayabilirler. Bir sicile tescil edilmemiş ve bağlama limanı da bulunmayan bir deniz aracı (örneğin, Türkiye’ye yakın Yunan adalarından gelebilecek deniz motosikleti veya sörf araçları gibi (Örnek için bkz. K. ATAMER, Yıl: 2003 s. 99. Yazar, bir sicile kayıtlı olmayan ve bağlama limanı da bulunmayan deniz araçları hakkında “malikin yerleşim yeri” kriterinin getirilebileceğini belirtilmiş, ancak bu durumun (Türkiye’ye yakın Yunan adalarından gelebilecek deniz motosikleti veya sörf araçları gibi) uygulamasının çok sınırlı olabileceği ve bu nedenle genel hükmün bunlar için de uygulanmasının kabul edilebileceği belirtilmiştir, bkz. K. ATAMER, Yıl: 2003 s. 99.) Türkiye’de bulunuyorsa, bu araçlar TMK ve TTK m. 936 gereği taşınır mal niteliğinde değerlendirilecek ve bunlar üzerindeki aynî hak uyuşmazlıklarında MÖHUK m. 21 uygulama alanı bulacaktır.

Çift sicile kayıtlı gemilerde (Gemilerde çift sicil uygulamasına yaygın olarak rastlamak mümkündür. Uluslararası alanda gemiler, bazı ekonomik sebeplerle

elverişli bayrak ya da ucuz bayrak sicillerinde (Panama, Liberya gibi) tescil edilip, ardından başka bir ülkenin geçici siciline kayıt yaptırabilmektedir, bkz. SÖZER, Yıl: 2014 s. 72. Elverişli bayrak ülkelerine yapılan tescillerle, ticaret filolarında yaşanan küçülme nedeniyle, yüksek maliyetle gemi işleten Batı Avrupa ülkelerinde 1980’li yıllarda yeni bir yapılanma baş göstermiştir. Bu ülkelerde ulusal gemi sicillerinin yanı sıra, elverişli bayrak ülkelerinin mevzuatındaki muhafiyetleri çeşitli ölçülerde ön gören uluslararası gemi sicili kurulması için hazırlıklar başlamıştır. Bu siciller belirli bir ülkede ve o ülkenin yasal düzenlemesine göre kurulan sicillerdir. Yabancılar a ait olan gemilerin de tescil edilebileceğini ifade edebilmek amacıyla bu sicillere uluslararası gemi sicili adı verilmiştir. Norveç, Danimarka, Almanya, Luxemburg, Kanarya Adaları (İspanya), İtalya, Kuerguelen Adaları (Fransa), Maderia’da (Portekiz) uluslararası gemi sicili oluşturulmuştur, bkz. EKŞİ, Yıl: 2000 s. 204) ise, geminin sicil yerini tayinde hangi sicil yerinin esas alınacağı konusunda tereddüt yaşanabilir. Bu nedenle, doktrinde bu konuda fikir birliği olmamakla birlikte bir görüş, birden fazla vatandaşlığa sahip olan gerçek kişilerin milli hukuklarından hangisinin dikkate alınması gerektiğinin düzenlendiği MÖHUK m. 4/1-b ve c hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği; böylelikle, aynı anda hem Türk hem yabancı gemi siciline kayıtlı gemiler hakkında sicil yeri olarak Türkiye, aynı anda birden fazla yabancı ülke siciline kayıtlı gemiler hakkında ise, daha sıkı ilişki içerisinde bulunan sicil yerinin uygulanmasının gerektiği belirtilmiştir ŞANLI vd Yıl: 2014 s. 229; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 334. K. ATAMER, Yıl: 2003 s. 98 bu konuda “deniz araçlarında, aynî hakların tescil edildiği asli sicil yeri” ibaresinin maddeye eklenerek konunun açıklığa kavuşturulması gerektiğini ileri sürmektedir). Yine, doktrinde bu konuda “deniz araçlarında, aynî hakların tescil edildiği asli sicil yeri” ibaresinin maddeye eklenerek konunun açıklığa kavuşturulması gerektiği belirtilmektedir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 22 uyarınca deniz araçlarındaki aynî hak uyuşmazlıklarında menşe ülke hukuku uygulanmaktadır. Ancak bu hukukunun uygulanmasının da bazı istisnaları bulunmaktadır. Bir limanda bulunan gemi üzerinde rehin tesisi ve icraî filler geminin bulunduğu yer hukukuna

tâbi olacaktır(NOMER, 2015 s. 305). Yine, bir geminin ihtiyaten veya icraen haczi, cebrî icra yoluyla satışı ve mülkiyetin intikâli de dâhil olmak üzere bu satışın sonuçları ve cebrî icraya ilişkin diğer bütün işlem ve tasarruflar, bu işlem ve tasarrufların yapıldığı sırada geminin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir (*“Bir geminin ihtiyaten veya icraen haczi, cebrî icra yoluyla satışı ve mülkiyetin intikali de dâhil olmak üzere bu satışın sonuçları ve cebrî icraya ilişkin diğer bütün işlem ve tasarruflar, geminin bu işlem ve tasarrufların yapıldığı sırada bulunduğu ülkenin hukukuna tabidir. Şu kadar ki, Türk bayraklı bir geminin yurt dışında cebrî icra yoluyla satışı hâlinde, artırmayı yapan kurum veya ilgililer tarafından, bu satıştan en az otuz gün önce artırmanın;*

a) Geminin kayıtlı olduğu Türk Gemi Siciline,

b) Geminin sicile kayıtlı malikine,

c) Gemi siciline tescil edilmiş diğer hakların ve alacakların sahiplerine,

bildirilmesi veya gideri ilgililer tarafından karşılanmak şartıyla tirajı ellibin üzerinde olan ve Türkiye düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biriyle ilan edilmesi zorunludur. Bu bildirim veya ilan yapılmaksızın geminin yurt dışında cebrî icra yoluyla satışı hâlinde kaydı silinemez ve gemi üzerinde Türk Gemi Siciline kayıtlı haklar ve alacaklar saklı kalır” (TTK m. 1350).

Mülga TTK’nin yürürlükte olduğu dönemde konunun yansıdığı bir uyuşmazlıkta Yargıtay ; *“... Gerek davanın açıldığı gerekse yakıtın verildiği tarih itibariyle yürürlükte bulunan TTK’nin 1235/6. maddesi gereğince, bu maddedeki şartlar gerçekleştiği takdirde yakıt alacağı gemi alacaklısı hakkı verir. Aynı Yasa’nın 1236. Maddesine göre de gemi alacaklılarının gemi ve teferruatı üzerinde kanuni rehin hakları vardır. Somut olayda, davacı Çanakkale’ye gelen gemi üzerinde rehin hakkı talep etmektedir. 5718 sayılı MÖHUK’un 21. maddesi gereğince taşınırlar ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar işlem anında malın bulunduğu yer hukukuna tabidir. Bununla beraber, bir limanda bulunan bu eşyalar üzerinde rehin tesisi ve icrai fiiller Lex Rei Sitae kuralına, yani bulundukları yer hukukuna tabidir...”* şeklinde karar vermiştir (Yarg. 11. HD T. 17.06.2013, E/K. 8856/12556, [bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 118-120]) (TTK m. 1350). Malın bulunduğu

yer hukukunun uygulanması burada lex rei sitaenin uygulanmasından kaynaklanmamaktadır. Bu filler icrai fiillerdir ve bir takım usuli işlemlerin yapılması konular düzenlenmiştir. Bu tip konularda lex fori'nin hâkimiyeti bulunmaktadır. Malın bulunduğu yer aynı zamanda lex fori olduğundan malın bulunduğu yer hukukunun uygulanması söz konusudur, yoksa lex rei sitae bu konuda yetkili değildir.

Gemi alacaklısı hakkı, sahibine gemi ve eklentisi üzerinde kanunî rehin hakkı vermektedir (Mülga TTK'nin yürürlükte olduğu dönemde konunun yansıdığı bir uyuşmazlıkta Yargıtay ; “... Gerek davanın açıldığı gerekse yakıtın verildiği tarih itibariyle yürürlükte bulunan TTK'nin 1235/6. maddesi gereğince, bu maddedeki şartlar gerçekleştiği takdirde yakıt alacağı gemi alacaklısı hakkı verir. Aynı Yasa'nın 1236. Maddesine göre de gemi alacaklılarının gemi ve teferruatı üzerinde kanuni rehin hakları vardır. Somut olayda, davacı Çanakkale'ye gelen gemi üzerinde rehin hakkı talep etmektedir. 5718 sayılı MÖHUK'un 21. maddesi gereğince taşınırlar ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar işlem anında malın bulunduğu yer hukukuna tabidir. Bununla beraber, bir limanda bulunan bu eşyalar üzerinde rehin tesisi ve icrai fiiller Lex Rei Sitae kuralına, yani bulundukları yer hukukuna tabidir...” şeklinde karar vermiştir (Yarg. 11. HD T. 17.06.2013, E/K. 8856/12556, [bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 118-120]). (TTK m. 1321). Gemi alacaklısı hakkı kural olarak belirtilen deniz alacaklarını rehin hakkı ile teminat altına almaya hizmet etmektedir. Bu nedenle söz konusu bu hak sınırlı aynî hak olarak nitelendirilir. (ÖZGENÇ, Yıl: 2013 s.235. Benzer yönde, GÜNAY, Yıl: 2009 s. 174). Nelerin gemi alacaklısı hakkı kapsamında değerlendirileceği TTK m. 1320'de sayılmıştır.

Gemi alacaklısı hakkının doğumuna uygulanacak hukuk konusunda lex rei sitae, lex fori, aynî hakların tescil edildiği sicil yeri hukuku, lex causea gibi çözüm önerileri getirilmiştir. Türk Hukuku doktrininde Örneğin, TEKİNALP ve EKŞİ, bu konuda lex rei sitae kuralının uygulanmasını, (bkz. TEKİNALP, Yıl: 1967 s. 25- 32; TEKİNALP, Yıl: 1967 s. 230-235; EKŞİ, Yıl: 2004 s. 61-62; ÖZGENÇ, milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine en iyi hizmet eden kuralın lex fori olduğunu

(bkz. ÖZGENÇ, Yıl: 2013 s. 247); ATAMER ise, bir deniz alacağının gemi alacaklısı hakkı verip vermediğinin temeldeki borç ilişkisine uygulanacak hukuka göre (lex causea) belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır, bkz. ATAMER, Yıl: 1997 s. 229) de bu prensiplerin bazıları savunulmaktadır.

Türkiye’de yargı yoluyla ileri sürülen bir alacağın gemi alacaklısı hakkı verip vermediği, Türk Hukuku uyarınca belirlenecektir (TTK m. 1320/3). Görüldüğü gibi, alacağın gemi alacaklısı hakkı verip vermediğinin Türk Hukuku’na göre karara bağlanması, gemi alacaklısı hakkına sebep olan olayın meydana geldiği sırada geminin bulunduğu yerin Türkiye olmasından dolayı değil (lex rei sitae), Türkiye’de yargı yoluyla ileri sürülmesinden kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle, tek taraflı bağlama kuralı getirilen hükümle lex fori’ye göre bir alacağın gemi alacaklısı hakkı verip vermediği tespit edilecekti. (TEKİNALP, kanunî rehin hakkının doğup doğmadığının, gemi alacaklısı hakkına sebep olan olayın meydana geldiği sırada geminin bulunma yeri (lex rei sitae) kanununa göre belirleneceğini ileri sürmektedir, bkz. TEKİNALP, Yıl: 1967 s. 26-27. GÖĞER ise, gemi alacaklısı hakkından doğan kanunlar ihtilâfı kurallarının belirlemeye lex rei sitae’nin tek başına yeterli olmadığını ileri sürmektedir, bkz. GÖĞER, Yıl: 1969 s. 58. Belirtmek gerekir ki, TTK m. 1320/3 hükmü 6102 sayılı TTK ile mevzuatımıza giren yeni bir hükümdür. Başka bir ifadeyle bu hükmün mülga TTK’de karşılığı yoktur. Gemi alacaklısı hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Yıl: 1967 s. 1 vd).

Gemi rehni konusunda Türkiye “*Deniz Ticaret Vasıtalarının Rehni ve İmtiyazı ile ilgili Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkında Milletlerarası Sözleşme* (RG T. 22.02.1955, RG Sayı: 8937) ”’ye taraftır. Sözleşme uyarınca gemi, tâbi olduğu âkid devletin limanlarından birine bağlı ve o limanın gerek kaza dairesine ait gerek merkezî bir ofisine ait genel bir kütüğüne tescil edilmişse, bu devletin kanunları gereğince konan rehinler diğer âkid devletlerce de geçerli olacaktır (m. 1). Sözleşme savaş gemilerine ve münhasıran kamu hizmetine tahsis edilmiş bulunan devlete ait gemilere uygulanmamaktadır (Sözleşme m. 15).

İmtiyazlı alacağın doğduğu sefer esnasındaki navlun, gemi üzerinde ve seferin başlangıcından itibaren sağlanmış bulunan navlun ile geminin eklentisi üzerindeki bazı haklara öncelik hakkı tanınmıştır. Öncelik hakkı tanınan haklar Sözleşmenin 2'nci maddesinde (1. Devlete karşı borçlanılmış bulunan mahkeme masrafları, alacaklıların müşterek menfaatleri namına geminin muhafazası veya satışa arzı ve parasının tevzii hususunda girilen masraflar, tonlâto, fener veya liman rüsumları ve aynı neviden diğer genel rüsum ve vergiler; kılavuzluk ve geminin en son vardığı limandaki bekçilik ve muhafazasına mütedair masraflar; 2 Kaptan, gemi mürettebatı ile diğer personelin 'gemi hizmetine alınmalarından mütevellit alacaklar; 3. Kurtarma, yardım ve geminin müşterek ayarlarına iştirakinden ileri gelen masraflar; 4. Çarpışma ve sair deniz kazalarından mütevellit zarar ve ziyanlarla, limandaki sanat eserlerine, doklara, seyriüsefere yarayan yollara iras edilen zararlar, yolculara veya mürettebata iras edilen cısrnanî yaralamalardan mütevellit zarar ziyan, hamule veya bagajların kaybı veya bun'arda husule gelen avaryadan mütevellit zarar ziyan; 5. Kaptanın aynı zamanda geminin sahibi bulunup bulunmadığı ve alacağın kendi alacağını yoksa; mütaahit, tamirci, mukriz veya mukavelelerle bağlı sair şahıslara ait alacak mı olduğu nazara alınmaksızın, gemürn bağlı bulunduğu liman dışında kanuni salâhiyetlerine istinaden ve geminin muhafazasına mütedair veya seferin devamı için gerekli hakikî sebeplerle kaptan tarafından akdedilmiş bulunan mukavelelerden ve icra edilen ameliyelerden mütevellit alacaklar” Sözleşme m. 2). sayılmıştır. Sözleşmede gemi üzerindeki rehinli alacakların sırası da belirlenmiş ve birinci maddede öngörülen gemi üzerindeki rehinlerin 2'nci maddede sayılan imtiyazlı alacaklardan hemen sonra yer alacağı; millî kanunların, ilk sırada yer alan rüçhanlı alacaklar ile bunlardan sonra yer alan rehinlerle garanti altına alınan alacakların sırasını bozmaksızın adı geçen maddede öngörülen alacaklardan diğerlerine bir imtiyaz bahşedilebileceği düzenlenmiştir (m. 3). İmtiyazlı alacaklar gemiyi, hangi elde bulursa bulsun, takip edeceklerdir (Sözleşme m.8). Sözleşmede belirlenen imtiyazlar, hiçbir formaliteye ve hiçbir özel şekil şartına tâbi değildir. Bu hüküm her devletin kendi mevzuatında gerek gemi üzerinde her hangi bir borçlanma gerekse yük satışı için kaptanın özel formalitelerin ifası talebini icabettiren hükümleri, muhafaza etmek hakkına halel

getirmemektedir (Sözleşme m. 11). Rehin gibi meşruhatı içeren ve gemide bulunması gereken evrakın şeklini ve cinsini millî kanunlar belirlemelidir. Bununla beraber, bu meşruhatı usulüne uygun şekilde talep etmiş olan alacaklı bu belgelerin kaydında meydana gelececek noksanlık, hata ve gecikme gibi sebeplerden dolayı sorumlu olmaz (Sözleşme m. 12). Sözleşmede düzenlenen konuların âkid devletlerin kendi kanunlarında düzenlenmiş olsa da, geminin âkid devletlerden birine mensup olması hâlinde, Sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca bu prensip âkid devletlerin âkid olmayan bir devletin tebaaları lehine olarak Sözleşme hükümlerini uygulamamak hakkına engel olmaz (Sözleşme m. 14).

Gemi üzerine konulan rehinlerin sırasının da hangi hukuka göre belirlenmesi gerektiğinin tespit edilmesi gerekir. Bu konuda da geminin bulunduğu yer hukuku (lex rei sitae), lex fori ya da sicil yeri hukuklarından birinin uygulanması söz konusu olacaktır. Bu noktada tamamen tesadüfî bir bağlama kuralı olarak karşımıza çıkabilecek lex fori yerine sicile kayıtlı gemilerde sicil yeri hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir (K. ATAMER, Yıl: 2003 s. 102).

2.2.1.1.2.2.3. Hava ve Raylı Taşıma Araçları

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 22'nin kapsamına giren diğer taşıma araçları hava taşıma araçları ve raylı taşıma araçlarıdır. Türk Hukuku uyarınca hava aracı havalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyeti bulunan her türlü araçtır (Kanun koyucu bir aracın hava aracı olarak değerlendirilebilmesi için aracın hem havalanabilen hem havada seyredebilme kabiliyeti bulunan bir araç olması gereğini aramıştır. Bir başka ifade ile bu iki unsur bir arada olmalıdır. Bu iki unsurun veya birinin geçici olarak kaybolması, aracı hava aracı olmaktan çıkarmamaktadır. Doktrinde, bu unsurları daimi olarak kaybeden araçların ise, artık hava aracı olma vasıflarını yitirmiş oldukları belirtilmiş ve tamir edilemeyecek derecede hasar gören bir helikopterin artık hava aracı olarak+ nitelendirilemeyeceği örneği verilmiştir, bkz. HIZIR ve TURAEV, s. 376) (TSHK m. 3). Uçak, helikopter gibi araçlar bu kapsamda değerlendirilmektedir. Raylı

taşıma aracı ise bir ray doğrultusunda hareket eden araçlar olarak tanımlanabilir. Bu araçlara örnek olarak da tren verilebilir (REBMANN vd Yıl: 2006 s. 2620-2621).

Maddede raylı taşıma aracı kavramının kullanılması; raylı sistem kavramının son teknolojik gelişmelere uygun bir kavram olmadığı, örneğin havada giden raylı sistemler (hava-ray gibi) ile mıknaatısla giden hava trenleri için sorun teşkil edebileceği nedeni ile eleştirilmiştir. Ancak hükme bu tip araçların da dahil olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (REBMANN vd Yıl: 2006 s. 2621).

Gemiler gibi uçakların da sicile tescil edilmeme ihtimâli vardır. Örneğin, Türk Hukuku’nda bir sivil hava aracının Uçak Siciline tescil edilebilmesi için hava aracının Türk sivil hava aracı sayılması (TSHK m. 49 uyarınca bir sivil hava aracı Türk kanunları uyarınca kurulup da, kamu kurumu niteliğindeki mesleki kuruluşlar, dernekler, siyasi partiler, sendikalar veya vakıfların mülkiyetinde bulunan hava araçları, idari organını oluşturan kişilerin çoğunluğunun Türk vatandaşı olması hâlinde Türk sivil hava aracı sayılacaktır. Yine, bir sivil hava aracı Türk kanunları uyarınca kurulup da Türk Ticaret Siciline kaydedilmiş ticari şirketler, kooperatifler ve bunların birliklerinin mülkiyetinde bulunan hava araçları, şirketi idare ve temsil etmeye yetkili olanların çoğunluğunun Türk vatandaşı olması ve şirket anasözleşmesine göre oy çoğunluğunun Türk ortaklarda bulunması hainde Türk sivil hava aracı sayılmaktadır (TSHK m. 49). Ayrıca Türkiye’nin de taraf olduğu Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi’nde (Chicago Sözleşmesi [Sözleşmenin Yayınlandığı RG T. 12.06.1945, RG Sayı: 6029]) konuya ilişkin hükümler yer almaktadır. Sözleşmenin üçüncü faslı “*Hava Nakil Vasıtasının Tabiiyeti*” başlığını taşımaktadır. Sözleşme hava araçlarının tâbiyeti konusunda tescil yerini esas almaktadır. Ayrıca, Sözleşmede çifte tescil kabul edilmemiştir. Konu, Sözleşmenin 17 ve 18’inci maddelerinde “*Hava nakil vasıtaları tescil edildiği Devletin tâbiyetini haizdir*” (Sözleşme m. 17). “*Bir hava nakil vasıtasının birden ziyade Devlete tescili muteber değildir, fakat tescilin bir Devletten diğerine nakli caizdir*” (Sözleşme m. 18) şeklinde düzenlenmiştir. Hava ve deniz araçlarının tâbiyeti konusunda ayrıntılı

bilgi için bkz. AYBAY, Yıl: 1997 s. 83-94; DOĞAN, Yıl: 2014 s. 222 vd.; GÜNGÖR, Yıl: 2014 s. 214 vd.; NOMER, Yıl: 2012 s. 45 vd.; SİRMEN, Yıl: 2005 s. 2 vd) başka bir memlekette tescil edilmemiş olması ve eğer tescil edilmiş ise oradan kaydının silindiğine dair belge getirilmiş olması ve hava aracının uçuşa elverişli bulunduğuna dair Ulaştırma Bakanlığınca verilmiş belgenin bulunması gerekmektedir (TSHK m. 60). Ancak bu şartları taşımayan bir hava aracının tescili söz konusu değildir. Bir hava aracı herhangi bir uçak siciline tescil edilmemiş ise, o hava aracı üzerindeki aynî hak uyuşmazlıklarında MÖHUK m. 22 değil, genel kural olan m. 21 uygulanacaktır. Yine, aynı esas raylı taşıma araçları için de geçerlidir. Şayet bir raylı taşıma aracının ruhsat yeri yoksa bu araç üzerindeki aynî hak uyuşmazlıklarında MÖHUK m. 21'in uygulanması söz konusu olacaktır.

2.2.1.1.2.2.4. Diğer Taşıma Araçları

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 22 açıkça hava, deniz ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynî hak uyuşmazlıklarına uygulanacak hukuku düzenlemiş, karayolu taşıma araçlarını, hükmün kapsamı dışında tutmuştur. Bu nedenle, bir karayolu taşıma aracının üzerindeki aynî hak genel hüküm olan MÖHUK m. 21'e göre yetkili olan hukuka tâbi olacaktır (K. ATAMER, Yıl: 2003 s. 96; DOĞAN, Yıl: 2014 s. 351; NOMER, Yıl: 2015 s. 305).

Karayolu taşıma araçlarının MÖHUK m. 22'nin kapsamına neden alınmadığı madde gerekçesinde yer almamaktadır. Taşıma araçlarına uygulanacak hukuk konusuna ilişkin düzenleme Alman Hukuku örnek alınarak yapıldığından, Alman Hukuku'ndaki düzenlemeye ve oradaki tartışmalara bakmak yararlı olabilecektir.

Alman Hukuku'nda da hava, deniz ve raylı taşıma araçları uyruk veya sicil kaydına esas teşkil eden hukuka tâbi tutulmaktadır (Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Kanunu m. 45). Ancak daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı hâlinde bu hukuk uygulanacaktır (Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu Kanunu m. 46). Alman Hukuku'nda da, tıpkı Türk Hukuku'nda olduğu gibi, karayolu taşıma araçları

bu hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır. Alman Hukuku'nda karayolu taşıma araçları üzerindeki aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda, taşınır mal hukukunda yer alan genel düzenlemelerin (EGBGB § 43) uygulanmaktadır (GIRSBERGER vd, Yıl: 2004 s. 1132; REBMANN vd, Yıl: 2006 s. 2616)

Alman Hukuku'nda hava, deniz ve raylı taşıma araçlarındaki aynî hak uyuşmazlıklarına özel hüküm getirilmesi, bir başka ifadeyle karayolu taşıma araçlarının hükmün kapsamı dışında tutulmasının bilinçli bir tercih olduğu belirtilmektedir (DORNER, Yıl: 2014, EGBGB § 45, Rn, 2; REBMANN vd Yıl: 2006 s. 2261; SPICKHOFF, EGBGB § 45, Rn, 7). Alman Hukuku'nda aslında hava, deniz ve raylı taşıma araçları için özel bir hükme ihtiyaç olması; aynı ihtiyacın karayolu taşıma araçları için bulunmaması; hava, deniz ve raylı taşıma araçlarının sık ve hızlı yer değiştirmeleri ve hatta hiçbir devletin hüküm ve tasarrufunda olmayan alanlarda, serbest bölgelerde de sıklıkla bulunabilmelerine karşın karayolu araçlarında bu gibi durumların yaşanmasının pek görülmemesi sebepleri ile karayolu taşıma araçlarının hükmün kapsamına alınmadığı belirtilmiştir. Ayrıca, Alman Hukuku'nda hava, deniz ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynî hak uyuşmazlıkları için ayrı hüküm getirilirken karayolu taşıma araçları konusunda genel hükme bağlı kalınması Uluslararası Özel Hukuk bağlamında Alman Danışma Konseyi'nin tavsiyelerine uygun olarak yapılmıştır. Doktrinde, bu durumun bir güvenlik meselesi olarak düşünüldüğü, zira, yurtiçinde yabancı plakalı pek çok aracın bulunduğu ve üstelik bu araçların sahte plakalı olma ihtimâlinin söz konusu olduğu, şayet bu araçlar için de sicil yeri hukukunun uygulanmasına gidilirse güvenlik zafiyatı ortaya çıkabileceğinden böyle bir düzenlemenin getirildiği; üstelik karayolu taşıma araçlarının hava, deniz ve raylı taşıma araçları gibi sık ve çabuk ülke değiştirme amacıyla edinilen taşıtlardan olmadığı, bu araçların hiç bir devletin hüküm ve tasarrufunda olmayan alanlarda bulunmasının da pek mümkün olmaması nedeniyle özel hükme ihtiyaçlarının bulunmadığı ve genel hükümle istenilen korumanın sağlanabileceği belirtilmiştir (REBMANN vd Yıl: 2006 s. 2261).

İsviçre Hukuku'nda ticari amaçla kullanılmayan sadece nadir olarak yurt dışına çıkan taşıma araçları, özellikle de binek otomobiller söz konusu olduğunda, bu taşıma araçlarındaki aynı haklar bakımından, bu taşıtların tescil edilmiş oldukları yerdeki hukukun uygulanması gerektiği, bu araçların özel bir düzenlemeye tâbi tutulmasını gerektirecek nedenlerin ticari amaçla kullanılanlara kıyasla çok daha zayıf olduğu ifade edilmektedir.

Türk Hukuku'nda, karayolu taşıma araçlarının hükmün kapsamı dışında bırakılması eleştirilmiş ve örneğin, Fransa da trafik siciline kayıtlı olan bir kamyonun Türkiye'deyken üzerinde bulunan mülkiyet hakkının TMK hükümlerine göre temlik edilmesinin uygulamanın ihtiyaçlarını karşılayamayacağı; uçaklar, gemiler ve trenler için uygulanan kuralın örneğin kamyonlar açısından değiştirilmesi için herhangi bir sebebin olmadığı ileri sürülmüştür (K. ATAMER, Yıl: 2003 s. 96-97).

Deniz, hava ve raylı taşıma araçlarının nitelikleri gereği hareket halinde olması, sık ve çabuk yer değiştirmeleri bir gerçektir. Bu araçlar bakımından MÖHUK m. 21'in uygulanması adaletsiz sonuçlar doğurabileceğinden, taşıma araçları için özel bir hüküm getirilmesi isabetlidir. Ancak MÖHUK m. 22'nin kapsamına karayolu taşıma araçlarının alınmamış olması kanaatimizce doğru değildir. Zira, özellikle ticari amaçlarla edinilen karayolu taşıma araçları da sık ve çabuk yer değiştirebilmektedir. Bu araçların da bulunduğu yer çoğu zaman tesadüfi sebeplere bağlı olabilmektedir. Yine, alacaklıların haklarını güvence altına alabilmek için de önceden bildikleri bir hukukun uygulanması bir başka ifadeyle tesadüfi sebeplerle ortaya çıkabilecek belirsiz bir hukukun uygulanmaması gereği bu araçlar için de söz konusudur. Yurt içinde sahte plakalı araçların olabilecek olması ve bu araçlar üzerindeki aynı hak uyuşmazlıklarına da sicil yeri hukukunun uygulanması durumunda ortaya çıkabilecek güvenlik zafiyatının engellenmesi için karayolu taşıma araçlarının genel hükmün kapsamında bırakılmasına gerek yoktur. Zira, sicil yerinin hukukunun uygulanması Türk kamu düzenini açıkça ihlal edebilecek nitelikte olursa, zaten o yabancı hukuk kuralı kamu düzeni müdahalesiyle (MÖHUK m. 5) uygulanmayacaktır. Ayrıca Türk Hukuku'nun doğrudan uygulanan kuralları da

uygulanmaya devam etmektedir. Bu nedenlerle, MÖHUK m. 22'nin kapsamına özellikle ticari amaçla kullanılan araçların da dahil edilmesi gerekmektedir.

2.2.1.2. Esasa Uygulanacak Hukukun Zamanı-İşlem Anı

Taşınır ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî hakların malın bulunduğu yer hukukuna bağlanması mülga MÖHUK'da da benimsenmiştir. Mülga MÖHUK ile 5718 sayılı MÖHUK hükümlerinde aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda getirilen kurallar arasında bir fark bulunmaktadır. Bu fark da 5718 sayılı MÖHUK hükümlerinde yer verilen “işlem anı”dır.

Gerekçede maddeye “işlem anı” ifadesinin eklenmesinin sebebi olarak, “... Ancak, malların hangi anda bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı maddede belirtilmemiş olduğundan, uygulamada taşınırlar ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet ve sair haklara malların hangi anda bulunduğu yer hukukunu uygulanacağı tereddütlere yol açmıştır. Bu sebeple belirtilen tereddüdü önlemek için; Tasarıda, maddeye “işlem anında” ibaresi ilave edilerek, muhtemel değişken statü (conflict mobile) ihtilâflarının ortaya çıkması önlenmiştir...” durumu gösterilmiştir.

İşlem anı ile kastedilen, aynî hakka yönelik işlemin yapıldığı andır. Örneğin, bir satış sözleşmesi yapılması hâlinde “işlem anının” sözleşmenin akdedildiği anı mı yoksa aynî hakkın kazanıldığı ya da devredildiği anı mı kastettiği açık değildir. Bir taşınmaz satışı söz konusu olduğunda Türk Hukuku'na göre uygulamada bu iki işlem aynı anda yapıldığından bir sıkıntı doğmayacaktır. Ancak bir taşınırın satışında aynî hakkın devri ile sözleşmenin aynı anda yapılması uygulama açısından kural olarak birlikte olmak zorunda değildir. Türk Hukuku'nda işlem anı ile kastedilenin borçlandırıcı işlemin yapıldığı an olduğu esası kabul edilmiştir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1094; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 345; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 322. ŞANLI işlem anı “aynî hak işlemi yapıldığı esna”nın kastedildiğini belirtmiştir, bkz. ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 225).

Eşyanın bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının işlem anı ile sabitlenmiş olması, bu işlemin tamamlanmış olduğunu ifade etmektedir (ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 224; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 327). Şayet işlem tamamlanmamışsa, uygulanacak hukuk MÖHUK m. 21/3 hükmüne göre tespit edilecektir.

İsviçre Hukuku'nda "işlem anı" ifadesi yerine "hak edinimini veya hak kaybını doğuran işlemin gerçekleştiği zaman" ifadesi Kanun'da yer almıştır. Doktrinde "hak edinimini veya hak kaybını doğuran işlemin gerçekleştiği zaman" ile hak iddia edilen aynî hakkın edinildiği, kaybedildiği veya devredildiği tarih itibarıyla yürürlükte olan eşya hukukunun geçerli olduğu belirtilmiştir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1094).

2.2.1.3. Statü Değişikliği (Yer Değişikliği) Hâlinde Uygulanacak Hukuk

2.2.1.3.1. Genel Olarak

Taşınmazların bulunduğu yerin tespit edilmesi zor değildir. Ayrıca taşınmazların hareket kabiliyeti olmadığından, yer değişikliğinin yaşanması neredeyse olanaksızdır. Ancak taşınmazın bulunduğu ülkenin siyasi sınırlarında bir değişiklik olması hâlinde taşınmaz hareket etmese de taşınmazın bulunduğu yer hukukunda değişiklik olacaktır. Nitekim, Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, konu bu kapsamda ele alınmıştır. Karara göre; "... Davacı taşınmazı, 12.7.1932 tarihli senetle Suriyeli Fariye'den satın almıştır. Taşınmazın öncesinin tapusuz olduğu anlaşılmaktadır. Satın alma tarihinde davacının Fransızların işgalinde bulunan Hatay mıntıkasında ve Yayladağı'nda oturduğu anlaşılmaktadır. 1939 tarihinde Hatay, Türkiye'ye ilhak edilmiştir. İlhaktan önceki evrede yani Hatay Cumhuriyeti'nin kurulduğu sırada Hatay bölgesinde Türk kanunlarının uygulanması kabul edilmiştir. Taşınmaz tapusuz olduğuna göre, o tarihte Hatay'da yürürlükte bulunan hükümlerin nazara alınması gerekmektedir. O tarihlerde Hatay'da Suriye'ye ait hükümler daha doğrusu Mecelle ve Arazi Kanunları hükümleri uygulanmaktaydı. Bunun dışında miras meseleleri hakkında 1328 tarihli veraset ve

intikâl hükümleri uygulanmaktaydı. Başka deyimle, satış tarihinde Suriye’de yürürlükte bulunan hükümlerin uygulanması gerekmekteydi. Taşınmaz arazi olduğuna ve mülk sayılmadığına göre, o tarihte yürürlükte bulunan hükümler uyarınca mürruzaman yoluyla kazanılması mümkündür. Olayın 1939 tarihine göre incelenmesi gerekmektedir. 1932 tarihinden önce taşınmazın yine Fariye tarafından tapusuz olarak tasarruf edildiği ve kazanılmış olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda taşınmaz o tarihte Suriye’de yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre geçerli bulunmaktadır. Bilahare Fransız hükümeti ile Türkiye arasında hükümlere göre halen Suriye uyruklu olan Fariye tarafından kazanılmış ve 1932 tarihinde de Fransızların işgalinde bulunan ve Yayladağı’nda ikâmet eden davacıya geçmiştir. Davacının iktisabı o tarihte Suriye’de yürürlükte bulunan Kanun hükümlerine göre geçerli bulunmaktadır. Bilahare, Fransız hükümeti ile Türkiye arasında gayrimenkul meselelerinin halli için bir takım komisyonlar kurulmuş bunun çözümü yönüne gidilmiş ancak Fransızların davranışı sebebiyle bir çözüme bağlanamamış ve bunun üzerine 1062 sayılı Yasa ile 1939, 1940 ve 1942 tarihlerinde Türk Hükümeti’nce çıkarılan kararnamelere göre, Suriyelilerin Türkiye’de bulunan taşınmaz mallarına vaz’iyet edilmiştir. Şu hale göre, misilleme kurallarına uygun olarak 1939 tarihinden itibaren bir Suriyeli’nin Türkiye’de gayrimenkul iktisabı mümkün olmadığı gibi bu tarihten sonra bir Suriye’linin taşınmazının bir Türk’e devri de mümkün olamayacaktır. Ancak, bu muameleler ve işlemler ilhaktan önce tamamlanmış ve Hatay Cumhuriyeti’nin kurulması ile Hatay Cumhuriyeti’nin kabul ettiği 7 Temmuz 1939 tarihli ve 3713 sayılı Kanunla o tarihte yürürlükte olan hükümlerin nazara alınması gerektiğine göre 1932 yılında yapılan satış geçerli sonuç doğuracaktır. Davacı ilhak suretiyle Türk vatandaşı sayılmış olduğuna göre, iktisabı korunacaktır. O itibarla davanın kabulüne ilişkin karar doğru olmaktadır...” (Yarg. 8. HD T. 29.05.1989 E. 1989/ 2319 K. 1989/5554, bkz. YKD, C. 15, Eylül 1989, Sayı: 9, s. 1260-1262). Görüldüğü gibi kararda, taşınmazın üzerinde bulunduğu ülkenin sınırlarında yaşanan değişiklik nedeniyle aynî hak statüsü de değişmiş ve statü değişikliğinden önce meydana gelerek sonuçlanan konular hakkında, eski statünün uygulanması esası benimsenmiştir.

Taşınırın hareket kabiliyeti olması nedeniyle, yer değişikliği çok kolaylıkla gerçekleşebilecektir. Bu durumda, daha önce kazandıkları ya da kaybettikleri aynî hakkın durumu ile henüz kazanamamış oldukları aynî hakların nasıl etkileneceğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Özellikle, taşınır mülkiyetinin zamanaşımı yoluyla kazanılması ya da taşınırı elinden rıza dışında çıkan kimsenin açabileceği davaya ilişkin süre gibi konularda yer değişikliğinin aynî hakka etkisi konusunda yanlış değerlendirme yapılması ciddi hak kayıplarına neden olabilecektir.

Statü değişikliği sonucu eşya hukuku statüsünün değişiklik gösterip göstermeyeceği konusunda, aynî hakka ilişkin işlemin tamamlanmış olup olmadığına göre ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir. Somut duruma göre uygulanacak hukuk değişiklik gösterebilecektir.

2.2.1.3.2 Tamamlanmış Hukukî İşlemler

Yer değişikliği hâlinde aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun değişiklik göstermesi için, kural olarak aynî hakka ilişkin işlemin tamamlanmamış olması gerekmektedir. Başka bir ifade ile kazanılan aynî hak ve mükellefiyetler, kural olarak varlıklarını yeni hukuk düzeninde korumaya devam edeceklerdir (DOĞAN, Yıl: 2015 s. 346-347; GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1095, 1097; WAUTELET, Yıl: 2005 s. 117).

Yer değişikliği sonucu yeni hukuk alanına giren eşya, ülkeye girdiği ana kadar olan statüsünün kendisine bahşetmiş olduğu hukukî durumunu muhafaza eder. Örneğin, bir menkul eşyanın bir ülkede kanunun aradığı şekilde el değiştirmiş olması hâlinde, bu eşyanın daha sonra başka bir ülkeye gönderilmesi, aynî hak açısından bir problem yaşanmasına sebebiyet vermez. Aynı şekilde, ilk aynî hak statüsüne göre son bulmuş bir rehin hakkının yeni aynî hak statüsünde canlanması söz konusu olmayacaktır. Zira, ilk ülkede tamamlanmış olan aynî hakka ilişkin durum, ikinci ülkede de tanınacaktır (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 243; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 346; NOMER, Yıl: 2015 s. 302; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU,

Yıl: 2011 s. 326. Benzer yönde, GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1101. ÇELİKEL ise bir ülkede oranın hukukuna uygun olarak kazanılan hakların diğer ülkelerde tanınması için, bu hakkın ileri sürüldüğü ülkede, oranın hukukuna göre yeni aynî hak doğurucu işlemlere konu oluşturmaması gerektiğini belirtmektedir, bkz. ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 70). Bu durumun sebebi, ilk ülkede aynî hakka ilişkin işlemin tamamlanmış olmasıdır. Artık ikinci ülkede yapılacak aynî hakka ilişkin işlemlerde yetkili hukuk ikinci ülke hukuku olacaktır. Aynî hak statüsü olarak yeni lex rei sitae uygulanacaktır.

Konuya ilişkin örnekleri arttırmak mümkündür. Bir başka örnek olarak, bir taşınırın zamanaşımı ile iktisabının 3 yıl olduğu bir ülkede, bu süre sona erdikten (bir başka ifade ile zamanaşımı ile mülkiyet kazanıldıktan sonra), zamanaşımı ile taşınır mülkiyetinin kazanılmasının 5 yıl olduğu bir ülkeye eşyanın gelmesi hâlinde, zamanaşımı tekrar işlemeye başlamaz. Zira, ilk ülkede tamamlanmış bir işlem söz konusudur ve kişi mülkiyeti kazanmıştır (Aynı yönde, AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 243; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2013 s. 300-301; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 333; SEVİĞ vd. Yıl: 1976 s. 338-339; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 224; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 327; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 166; ULUOCAK, Yıl: 1978 s. 155).

Aynı esas olağanüstü zamanaşımı yoluyla taşınmaz mülkiyetinin kazanılmasında da söz konusudur. Taşınmaz nerede bunuyorsa o yer kanuna göre zamanaşımı süresi tamamlanmışsa, taşınmazın mülkiyeti edinilebilir (Yarg. 8. HD T. 21.10.1986 E. 1986/9681 K. 1986/10741, bkz. www.kazancı.com).

Konunun yansıdığı bir Yargıtay kararına göre; “... Davacı vekili Avukat A. tarafından mahkemeye verilen 6.2.1984 tarihli dava dilekçesi ile; tapuda, ada 163 (1343), parsel 41, 133 ve 136 numaralarda, Federal Almanya uyruklu Paul Peter Danielsen adına kayıtlı üç parça taşınmaz ve köşkün, kayıt mâliki Paul Peter Danielsen'in ölümü tarihi olan 1958 tarihinden başlayarak, dava tarihine kadar 20 yıldan fazla süreyle çekişmesiz, arasız ve mâlik sıfatı ile miras bırakan Federal

Almanya uyruklu Hans Von Aulock ve onun 1980 yılında ölümü ile de, mirascı olan davacı B.Almanya uyruklu Gerhard Joseph Ernest tarafından aynı suretle tasarruf edildiği, bu nedenlerle anılan tapu kayıtlarının hukukî değerlerini yiterdiği ileri sürülerek taşınmazların davacı adına tapuya tesciline karar verilmesi istenilmiştir. Hazine vekili Avukat M.tarafından verilen 3.11.1983 günlü cevap lâyihasında: "Almanya'da iktisabî mürruruzaman 30 yıl olup, davacının bu süreyi doldurmadığı; Almanya'da tescil talebinde bulunabilmek için, tescil isteyen isminin tapuda mukayyet olması şartının arandığı, oysa davacının adının tapuda mevcut olmadığı, tapuda mâlik gözüken Paul Peter Danielsen'in mirascısı Elly'nin Türkiye'de ikâmet edip dava konusu gayrimenkulde oturduğu, bu durumda davacının zilyetliğinin kesintiye uğradığı, yurt dışında yapılan satış vaadi sözleşmesinin geçerli olmadığı bildirilmiş ve yargılama sırasında da aynı hususlar tekrarlanmış ve ek olarak davacının Hans Von Aulock'un mirascısı olamayacağı ileri sürülmüş ve davanın bu sebeplerle reddine karar verilmesi istenilmiştir. ... Bu açıklamaya göre uyşmazlık İstanbul'da Boğaziçinde vaki olup yabancı gerçek kişiye ait taşınmazların, yine yabancı bir gerçek kişi tarafından zilyetlik ve zamanaşımı yoluyla kazanılıp kazanılamayacağı noktasında toplanmaktadır. ...Bir taşınmazın mülkiyetinin kazanılması, zilyetliğinin hukukî sonuç doğurması, bulunduğu yerin kamu düzeni ile ilgilidir. Onun içindir ki, kazanma ve kullanma kurallarını tesbit, tamamen malın bulunduğu yer hukukuna aittir. Mülkiyetin kazanılması, bir akti ilişkiye bağı olabileceği gibi, bunun dışında başka bir olaya, örneğin, zilyetlik gibi fiilî duruma da bağı olabilir. Özellikle, taşınmazların zamanaşımı ve zilyetlik yolu ile kazanılmasında akdi ilişki söz konusu olmayabilir. Taşınmazlarda mülkiyetin "kazandırıcı zamanaşımı" veya diğer fiilî yollarla kazanılması hallerinde, her halde "Mekân Kanunu" yetkili olacaktır. Olayımızda, zamanaşımı yolu ile kazanıldığı ileri sürülen taşınmazlar Türkiye'de bulunduğu göre uyşmazlığı zamanaşımı yolu ile kazanmaya ilişkin Türk Kanunlarının uygulanması gerekir...".

Bir başka örnek olarak, taşınır bir malın, taşınır mülkiyetinin satış sözleşmesinin yapılması ile geçeceğini benimseyen bir hukuk sisteminden, taşınır mülkiyetinin teslimle geçeceği esasını benimseyen bir ülkeye getirilmesi hali

verilebilir. Örneğin, Fransız Hukuku'nda taşınır malın mülkiyeti satış sözleşmesinin yapılması ile geçmektedir (Fransız Medeni Kanunu m. 1138 (Madde de tarafların ücret ve mal üzerinde anlaşmaya varmaları hâlinde teslim ve paranın ödenmesine gerek olmaksızın mülkiyetin alıcıya geçeceği düzenlenmiştir. Fransız Hukuku'nda mülkiyetinin geçişi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BELL vd. Yıl: 1988 s. 287 vd.)). Bir başka ifadeyle taşınır mülkiyetinin geçişinde teslim şartına gerek yoktur. Halbuki Türk Hukuku'nda sözleşmenin yapılması, malın mülkiyetinin geçişi için yeterli olmayıp, teslim şartı vardır. Örneğin, Fransa'da bulunan bir tablo için, satış sözleşmenin yapılmış olduğunu ancak mal henüz Türk alıcı (T)'ye teslim edilmeden malın bir şekilde Türkiye'ye geldiğini varsayalım. Bu durumda, mal Türkiye'ye geldiğinden dolayı, artık Türk Hukuku'nun hâkimiyet alanına gireceği düşünülebilecek olsa da, sözleşme konusu mal Fransa'da iken sözleşmenin yapılması malın mülkiyetinin geçişi için yeterli olduğundan işlem tamamlanmıştır. Bu nedenle tablo teslim edilmese dahi, (T) tablonun mülkiyetini kazanmış olacaktır (Aynı yönde; AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 243; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 301; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 333; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 327; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 166; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 224).

Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd. davasında, (Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd. [1980] 2 W.L.R. 937 ve [1980] 1 All E.R. 1121. Karar için bkz. BROWN, Yıl: 2002 s. 199 vd.; GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1097; WILD, Yıl: 2003 (b) s. 189-192) İtalya'da yürürlükte bulunan lex rei sitae kuralına istinaden üzerinde mülkiyet hakkı tesis edilmiş olan sanat eserleri, aslında İngiltere'den çalınmıştır. Bu sanat eserlerinin İngiltere'de açık artırmaya çıkarılmasını konu alan davada, bunların eski sahibi söz konusu sanat eserlerinin kendisine iadesi talebinde bulunamamıştır. Zira, İtalya'da tamamlanmış bir hukukî işlem gerçekleşmiş ve sanat eserlerinin ilk sahibinin mülkiyet hakkı sona ermiştir.

Bir başka örnek olarak Adams v Clutterbuck Davasına yansıyan durumu verebiliriz. Davada İskoçya bozkırında tanınmış olan avcılık hakkı (bir çeşit diğer irtifak haklarından), bir başkasına İngiltere'de devredilmiştir. Yapılan bu işlem

İngiliz Hukuku'na göre geçersizdir. Zira, bu devir işleminin geçerli olabilmesi için temliknamenin mühürlü olması gerekmektedir. Ancak, söz konusu işlem İskoçya Hukuku'na göre geçerli olduğundan ve tamamlanmış olduğundan, avcılık hakkının devrinin geçerli olduğuna karar verilmiştir (Adams v Clutterbuck Davası (1883) 10 QBD 403. Dava için bkz. BROWN, Yıl: 2002 s. 197; CLARKOSUN ve HILL, Yıl: 2002 s. 481-482; RAFFERTY vd. Yıl: 2003 s. 760).

Statü değişikliğinde, önceki eşya hukuku statüsünde tesis edilen hak ve mükellefiyetlerin devam etmesi kuralının bir istisnası vardır. Bu istisna, önceki lex rei sitae'nin eşya hukuku hükümlerinin, sonraki lex rei sitae'nin eşya hukuku düzenine intibak etmemesi halinde kendini gösterir. Şöyle ki bu durumda, yeni statü önceki statünün yerine geçerek uyumsuzluk hakkında karar vermeye yetkili olacaktır (NOMER, Yıl: 2015 s. 302; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 327; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 167-168). Başka bir ifadeyle, önceki aynî hak statüsünün vermiş olduğu ancak yeni aynî hak statüsünün tanımadığı yetkilerin, yeni hukuk alanında kullanılması söz konusu olmamaktadır (NOMER, Yıl: 2015 s. 303). İsviçre Hukuku'nda aynî hakkın tesis edildiği ülke ile eşyanın bulunduğu yeni ülkenin hukuk sistemlerinin birbirinden farklı olması halinde, aynî hakkın tesis edildiği ülkede yürürlükte bulunan hukukun yeni ülkede yürürlükte bulunan hukuktaki karşılığının tespit edilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bir başka ifadeyle eşyanın satın alındığı ülkede geçerli biçimde gerçekleştirilen hukukî durumun yeni ülkedeki eşya hukuku kanunlarına göre uyarlanması (iç hukuka aktarılması) gerekmektedir. Bu durum kamu düzeni ile ilgili bir mesele olmayıp, geçerli maddi hukuk ile ilgilidir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1101-1102. Belirtmek gerekir ki İsviçre Hukuku'nda yukarıda bahsettiğimiz gibi bir "iç hukuka aktarma" işlemi mutlaka uygulanmak zorunda değildir. Zira, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 102/2'ye göre İsviçre'ye giriş yapan bir eşya üzerindeki yabancı mülkiyet hakkı, (yeni) İsviçre hukukunda öngörülen şartları yerine getirmiyor olsa bile üç ay boyunca muhafaza edilmektedir, bkz. GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1102). Ancak yabancı devlette kazanılan bir hak öylece yok olmayacaktır. Aksine mal önceki lex

rei sitae hukukunun yetki alanına geri döndüğünde yeniden geçerlilik kazanabilecektir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1102).

Alman Hukuku'nda ise aranan tek şart, olası bir statü değişiminde ilk lex rei sitaedeki geçerli olan hakların ikinci lex rei sitaedeki hukuk düzenine aykırı olmayacak şekilde kullanılabilir özellikte olmasıdır (EGBGB m. 43/2).

Önceki lex rei sitaenin eşya hukuku hükümleri, sonraki lex rei sitaenin eşya hukuku düzenine intibak etmemesi konusuna bir örnek olarak taşınır rehni verilebilir. Daha önce ifade etmiş olduğumuz gibi, Türk-İsviçre Hukuku'nda taşınır rehni kurulması kural olarak taşınırın rehin alacaklısına teslim edilmesine bağlıdır. Taşınırın rehin verende olması hâlinde taşınır rehni kurulması kural olarak mümkün değildir. Ancak başka bir hukuk düzeninde, taşınır rehni için teslim şartı aranmayabilir. Örneğin, taşınır rehni için teslim şartı aranmayan bir hukuk düzeninde tesis edilen taşınır rehnine konu eşyanın Türkiye'ye getirilmesi hâlinde, rehin verenin, rehin alacaklısı aleyhine rehin konusu taşınır mal üzerinde yapmış olduğu hukukî ya da fiilî tasarrufları korunamayacaktır. Zira bu rehnin Türkiye'de (yeni aynî hak statüsü) aynî muhteva ile kullanılmasının koşulları, ilk aynî hak statüsünün, ikinci aynî hak statüsü ile uyumlu olmasına bağlıdır. Bu örnekte iki situs arasında uyum olmadığından, Türkiye'de koruma sağlanması mümkün değildir (ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 168. Benzer yönde, ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 81-84; GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1103; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 327).

Önceki aynî hak statüsünde tesis edilen hak ve mükellefiyetlerin yeni statüde de varlıklarını sürdürmeleri yukarıda bahsettiğimiz tek istisna dışında geçerli olmaktadır. Bu kapsamda açıklığa kavuşturulması gereken ise, bu hak ve mükellefiyetlerin içeriğinin belirlenmesi konusunda eski aynî hak statüsünün mü yoksa yeni aynî hak statüsünün mü yetkili olacaktır. Bu konuda yeni hukuk alanının eşya hukuku hükümleri söz sahibi olacaktır (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1095; NOMER, Yıl: 2015 s. 302; SEVİĞ, Yıl: 1971 s. 74; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 327; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 166). Örneğin, taşınır

bir malın zilyetliğinin mülkiyet hakkına karine teşkil edip etmeyeceği, taşınmazlarda tapu sicilinin fonksiyonu yeni lex rei sitaenin hâkimiyeti altında olacaktır. Yeni lex rei sitae sadece aynî hakkın içeriğinde değil, aynı zamanda devamı ve kullanılmasında da yetkili olacaktır (TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 327).

İlk aynî hak statüsünde tesis edilen hak ve mükellefiyetlerin muhtevasının yeni aynî hak statüsüyle uyuma göstermemesi de söz konusu olabilir. Bu durumun bazı sorunlara yol açacağı açıktır. Bu sorunlar, intibak usulü (İntibak usulünde, bir arada olan hukuk düzenlerinden birisi olduğu gibi değil de, somut olaya uygun olacak şekilde kalıp değiştirerek uygulanmaktadır. Bu nedenle intibakta, diğer bir hukuka uydurulan ya da diğer hukukla ahenkleştirilen veya kıyaslanabilen bir hukuk düzeni ya da hukuk normu söz konusu olmamaktadır. Burada sadece kalıbı değişikliğe uğrayan ancak kendisinde değişiklik yaşanmayan, hükmünü olduğu gibi koruyan bir hukuk düzeni veya hukuk normu vardır, bkz. NOMER, Yıl: 2015 s. 132) ya da ilk aynî hak statüsünde tesis edilen hak veya mükellefiyetlerin kıyasen, ona fonksiyonel açıdan en yakın bulunan yeni statünün bir hukukî müessesesi olarak işlem görmesi yollarıyla aşılabılır (NOMER, Yıl: 2015 s. 302).

2.2.1.3.3 Tamamlanmamış Hukukî İşlemler

Taşınırıların bir yerden başka bir yere kolayca götürülebilmesi, onlar hakkında aynî haktan doğan uyumsuzluklar konusunda bir takım zorluklara neden olabilmektedir. Özellikle işlemin henüz tamamlanmamış olması hâlinde, bir başka ifadeyle henüz aynî hak kazanılmamış taşınırın yer değiştirmesi durumunda, aynî hakkın hangi lex rei sitae'ye göre belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Kanun koyucu yer değişikliği nedeniyle henüz kazanılmamış aynî hakların malın son bulunduğu yer hukukuna tâbi olacağını belirleyerek (MÖHUK m. 21/3) ikinci lex rei sitae'nin hâkimiyetini tanımıştır.

Kazandırıcı zamanaşımı ile taşınır mülkiyetinin kazanılması hukuktan hukuka farklı şekilde düzenlenmiştir. Örneğin, Türk Hukuku'nda bu süre 5 yıl olarak düzenlenmişken (TMK m. 777) ("*Başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse, zamanaşımı yoluyla o taşınırın maliki olur*" [TMK m. 777]), Alman Hukuku'nda 10 yıl (Alman Medeni Kanunu § 937) (1- Bir taşınırı asli zilyetliğinde 10 yıl boyunca bulunduran ki o taşınırın mülkiyetini kazanır. 2- Zamanaşımı yolu ile kazanım, kişinin taşınır asli zilyetliğinde bulundurduğu sırada iyi niyetli olmaması ya da daha sonra mülkiyet hakkını haiz olmadığını öğrenmesi hâlinde ise söz konusu olmaz [Alman Medeni Kanunu § 937]) olarak, belirlenmiştir. Bu nedenle Türkiye'de bulunan bir taşınırın kazandırıcı zamanaşımı ile iktisabı için gereken 5 yıllık süre dolmadan Almanya'ya götürülmesi hâlinde, o şey üzerinde 10 yıl geçmeden mülkiyetin kazanılması mümkün değildir (Benzer örnekler için bkz. AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 244; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 301; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 347; GÖĞER, Yıl: 1975 s. 277; NOMER, Yıl: 2015 s. 304; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 224; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 328). Doktrinde böylesi bir durumda Alman Hukuku uyarınca taşınır mülkiyetinin kazanılması için, Türkiye'de geçen sürenin düşürülerek, kalan sürenin sonunda mülkiyetin kazanılacağı ifade edilmektedir (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 244; NOMER, Yıl: 2015 s. 304). Kanaatimizce, ilk lex rei sitae'de geçen sürenin ikinci lex rei sitae'de zamanaşımı ile iktisap konusunda dikkate alınıp alınmayacağı konusunda, malın son bulunduğu yer olan ikinci lex rei sitae yetkili olmalıdır.

Hukuk sistemlerinin aynî hak konusundaki farklı yaklaşımlarından birisi zamanaşımı meselesidir. Örneğin, kazandırıcı zamanaşımı ile taşınır mülkiyetinin kazanılması Türk Hukuku'nda 5 yıl (TMK m. 777), Alman Hukuku'nda ise 10 yıl (Alman Medeni Kanunu § 937) olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, Türkiye'de bulunan bir taşınırın kazandırıcı zamanaşımı ile iktisabı için gereken 5 yıllık süre dolmadan taşınırın Almanya'ya götürülmesi hâlinde, o şey üzerinde 10 yıl geçmeden mülkiyetinin kazanılması mümkün değildir. Doktrinde böylesi bir durumda Alman

Hukuku uyarınca taşınır mülkiyetinin kazanılması için, Türkiye’de geçen sürenin düşürülerek, kalan sürenin sonunda mülkiyetin kazanılacağı ifade edilmektedir

Kazandırıcı zamanaşımı örneğinde, ilk *lex rei sitae*’de henüz aynî hakkın kazanılması için gereken süre geçmeden, eşyanın yer değiştirmesi ve malın son bulunduğu yer hukukuna göre ise, kazandırıcı zamanaşımı şartlarının gerçekleşmesi hâlinde ise, eşyanın mülkiyeti kazandırıcı zamanaşımı ile kazanılacaktır. Zira, bu durumda henüz kazanılmamış bir aynî hakka ilişkin işlemde malın son bulunduğu yer hukuku yetkilidir. Örneğin, Almanya’dan eşyanın 7 yıl sonra Türkiye’ye getirilmesi hâlinde, Türkiye’de kazandırıcı zamanaşımı ile iktisap için aranan süre 5 yıl olduğundan, malın mülkiyeti kazanılmış olacaktır (Benzer yönde, AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 244; NOMER, Yıl: 2015 s. 304; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 224). Bu durumda Türk Hukuku’na göre, mal Türkiye’ye geldiğinde mülkiyeti kazanılmış olacağından, malın tekrar Almanya’ya gitmesi hâlinde, 10 yıllık sürenin sonuna kadar beklemeye gerek olmayacaktır. Zira, mülkiyet kazanılmıştır ve bu nedenle yer değişikliğinden etkilenilmeyecektir.

Malın ilk bulunduğu yer hukukundaki hükümlere göre belirli bir unsur geçersiz olduğunda, yer değişikliği hâlinde de geçersizliğin devam etmesi gerektiği belirtilmektedir. Örneğin, iyi niyetli mülkiyet iktisabını (para ve hamiline yazılı tahviller hariç) tanımayan Danimarka Hukuku’nda bir taşınırın mülkiyetini iyiniyetli olarak iktisap ettiğini zanneden bir kimse, malın yer değiştirmesi sonucunda yeni *lex rei sitae*’nin iyiniyetle taşınır malın mülkiyetinin kazanılmasına olanak tanınması ve aradığı şartların gerçekleşmesine rağmen, taşınırın mülkiyetini kazanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. Hatta bu konuda “Danimarka bir kez hayır dedi mi, hep hayır olarak kalır” şeklinde bir söz İsviçre doktrinine yerleşmiştir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1095).

İkinci *lex rei sitae*, ilk *lex rei sitae*’ye göre ortaya çıkan bir hakkın kullanılmasını kabul etmiyorsa, bu takdirde ilk *lex rei sitae*’de geçerli olan ancak tamamlanmamış aynî hakkın kazanılması ya da kaybedilmesi söz konusu

olmayacaktır. Örneğin ikinci *lex rei sitae*'nin eşya hukuku mevzuatına aykırı olan bir hukukî durumun söz konusu olması hâlinde, bu hukukî durum geçerli kabul edilmeyecektir. Bununla birlikte, eşya ilk *lex rei sitae*'nin etki alanına geri döner dönmez tekrar geçerlilik kazanacaktır (GIRSBERGER vd. Yıl 2004 s. 1095. Benzer yönde, SCHWENZER vd. Yıl: 2012 s. 503-504).

Yine, Türkiye'de bulunan bir taşınır eşyanın, teslim gerçekleşmeksizin bir satış sözleşmesine konu olması ihtimâlinde, teslimden evvel, taşınır mülkiyetinin sözleşmenin yapılması ile (teslime gerek olmaksızın) alıcıya geçmesi esasını benimseyen Fransa'ya gitmesi hâlinde üzerindeki mülkiyet iddiası Fransız Hukuku'na tâbi olacaktır. Zira, Türk Hukuku'na göre teslim gerçekleşmediği için, eşyanın mülkiyeti kazanılmamıştır. Başka bir ifadeyle yer değişikliği hâlinde henüz kazanılmamış bir aynî hak söz konusudur ve bu durumda ikinci *lex rei sitae* aynî hak statüsüne hâkim olacaktır.

Yer değişikliği konusunda henüz kazanılmamış aynî hakların malın son bulunduğu yer hukukuna tâbi olmasında, situs değişikliğinin gerçekten olmasına dikkat edilmelidir. Yoksa, sadece transit olarak malın yer değiştirmesi halinin değerlendirilmeye alınmaması gerekir. Yukarıdaki örnekte, Almanya'daki malın Türkiye'den transit olarak geçmesi nedeniyle Türk Hukuku'na göre mülkiyetin kazanılması gibi bir durum söz konusu olmayacaktır (NOMER, Yıl: 2015 s. 304-305. Benzer örnek için bkz. AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 244).

Bir başka örnek olarak Türkiye'de bulunan bir taşınır eşyanın, teslim gerçekleşmeksizin bir satış sözleşmesine konu olması ihtimalinde, teslimden evvel, taşınır mülkiyetinin sözleşmenin yapılması ile (teslime gerek olmaksızın) alıcıya geçmesi esasını benimseyen Fransa'ya gitmesi hâlinde, şey üzerindeki mülkiyet iddiası Fransız Hukuku'na tâbi olacaktır (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 301; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 347). Zira, Türk Hukuku'na göre teslim gerçekleşmediği için, eşyanın mülkiyeti kazanılmamıştır. Başka bir ifadeyle yer değişikliği hâlinde henüz

kazanılmamış bir aynî hak söz konusudur ve bu durumda ikinci lex rei sitae aynî hak statüsüne hâkim olacaktır.

Fransız Hukuku'nda olduğu gibi İtalyan Hukuku'nda da bir taşınır malın mülkiyetinin devredilmesinde teslim gerek yoktur. Malın mülkiyetinin geçmesi için tarafların anlaşması (konsensüs prensibi) yeterlidir. Bu uygulamayı benimseyen hukuk sistemlerinde bazen sıkıntılı sonuçlar yaşanması söz konusu olabilir. Örneğin, bir satıcı İsviçre'de bulunan mallarını bir Fransız'a satarak oraya gönderdiğinde söz konusu malların mülkiyeti konsensüs prensibine göre mallar sınırı geçtiği an alıcıya "kendiliğinden" devrolmaktadır. Bu durumda mülkiyetin tam olarak ne zaman devrolacağı tamamen tesadüflere bağlı olabilmektedir. Bu örnekte İsviçreli satıcının iflâsı hâlinde kasaların kamyonu yüklü halde İsviçre gümrüğünde bekler durumda olup olmamasına bağlı olarak mülkiyet el değiştirmiş olacaktır. Benzer bir şekilde İtalyan bir işadamı İsviçre'de bulunan mallarını Fransadaki bir alıcıya sattığında, Fransadaki alıcıya karşı (İsviçre'deki) ticari örf ve adet kurallarını argüman göstermesi oldukça zordur. Zira hem İtalya hem Fransa konsensüs prensibini benimsemiştir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1096).

Bir işlemin tamamlanmış olup olmaması tesadüfî sonuçlara bağlı olabilir. Örneğin, İtalyan Hukuku'nda bir eşyanın satın alan kimsenin eline geçmesinden sonra çalınması hâlinde, iyiniyetli mülkiyet kazanımını korunmaktadır (İtalyan Medeni Kanunu m. 1153). İsviçre'de yaşayan bir yabancı işçi İtalya'da bir arkadaşından satın alma niyetiyle çalıntı bir araba teslim aldığını ve deneme sürüşü için İsviçre'ye arabayı getirdiğini varsayalım. Bu durumda, İsviçre sınırından önce arkadaşını telefonla arayarak arabayı kesin olarak satın almaya karar verdiğini söylediği takdirde, arabanın yeni maliki kendisi olacaktır. Ancak arabayla birlikte İsviçre'ye giriş yaptığında ve telefon görüşmesini İsviçre sınırları içindeyken gerçekleştirdiğinde ise, henüz arabanın yeni maliki olması ihtimali yoktur (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004, s. 1097). Zira İsviçre Hukuku'nda mal malikin elinden rızası dışında çıktığında iyiniyetli üçüncü kişi kural olarak malın doğrudan maliki olmaz. Bu durumun sebebi, malikin 5 yıl boyunca çalınan eşyasının iadesini

talep etme hakkının varlığıdır (Bu süre örneğin, Fransız Hukuku'nda 3 yıldır [(1) Taşınırlarda zilyetlik aynî hakka karine teşkil etmektedir. (2) Taşınırı çalınan ya da kaybolan kimse, taşınırı çalındıktan ya da kaybolduktan sonra 3 yıl boyunca taşınırını elinde bulunduran kimseye karşı dava açma hakkına sahiptir (French Code Civil m. 2279]) (İsviçre Medeni Kanunu m. 934/1). Aynı şekilde konuşmanın Türkiye'den de yapılıp yapılmamasına göre işlemin tamamlanmış olup olmaması değişiklik gösterecektir. Türk (maddî) Hukuku'nda da İsviçre Hukuku'nda kabul edilen esas benimsenmiştir.

Bir taşınır malın bir ülkede bulunup (lukata), başka bir ülkeye götürülmesi hâlinde de, o şeyin mülkiyetinin kazanılması hakkında, malın son bulunduğu ülke hukuku yetkilidir (GÖĞER, Yıl: 1975 s. 277). Ancak bulunmuş şeyin mülkiyetinin bulunması anında derhal kazanılması gibi bir hüküm, malın bulunduğu ülke hukukunda varsa, bu takdirde malın yer değiştirmesi aynî hakka etki etmeyecektir. Bir başka ifadeyle, yer değişikliği yaşanmış olsa da, artık kazanılmış bir aynî hak olduğundan, malın son bulunduğu ülkede gerekli olan sürenin beklenmesine gerek olmayacaktır.

İsviçre Hukuku'nda İsviçre dışında bulunan bir taşınır mal üzerinde aynî hakka ilişkin bir işlem yapılmış olmasına rağmen, söz konusu taşınır mal İsviçre'ye giriş yapmış ve bu mal üzerindeki aynî hak halihazırda yurt dışında kazanılmamış ya da kaybedilmemiş olduğu takdirde; yurt dışında gerçekleşmiş olan işlemler İsviçre'de gerçekleşmiş gibi kabul edilir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 102/1). Bu hükmün kapsamına gerek hukukî işlemler sonucu, gerekse kanun gereği tesis edilen hukukî durumlar girmektedir. Bu hüküm tek taraflı bir bağlama kuralı getirmektedir. Söz konusu kurala göre bir eşya yabancı bir hukuk düzeninden İsviçre'ye kaydığında ve şayet eşya hukuku açısından ilgili işlem ilk lex rei sitae'ye göre henüz tamamlanmamışsa, yeni lex rei sitae'nin (İsviçre Hukuku'nun) geçerli olacağı hususu düzenlenmektedir. Bu durumda ilk lex rei sitae'nin mevzuatına göre gerçekleştirilmiş olan işlemlerin, İsviçre'de tanınıp tanınmayacağı İsviçre Hukuku'na göre belirlenecektir. Bu düzenlemenin eşyanın en azından bir süreliğine İsviçre'de

kalacağı varsayımdan yola çıkılarak yapıldığı ileri sürülmüştür (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1108). Bu durumda, zilyetliğin ön şartları, yurt dışında geçen sürelerin zilyetlik sürelerinden sayılıp sayılmayacağı da yeni *lex rei sitae*'ye tâbi olacaktır (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1109).

İsviçre Hukuku'nda hak sahibi olmayan kimselerden yapılan iktisaplar kanun karşısında herhangi bir özel muamele görmemektedir. Dolayısıyla da aynî hakların edinilmesi veya kaybedilmesi için genel olarak geçerli olan kurallar uygulanmaktadır. Bir başka deyişle hak sahibi olmayan kimsenin alıcıya örneğin mülkiyet devri gerçekleştirmek istemesi hâlinde, devir anındaki yerin kanunları belirleyici olmaktadır. Doktrinde kimi durumlarda, hak sahibi olmayan kimselerden yapılan iktisapların söz konusu eşyanın çalındığı ülkenin kanunlarına tâbi olması görüşü savunulduğu ancak bu görüşe karşı çıkılması gerektiği, çünkü alıcının menşee ülkede yürürlükte olan kanunları hesaba katmak zorunda bırakılmasının söz konusu olmaması gerektiği ifade edilmektedir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1096).

2.2.1.4 Özellik Arz Eden Bazı Durumlar

2.2.1.4.1 Kıymetli Evrak Statüsü ile Aynî Hak Statüsünün Çatışması

2.2.1.4.1.1. Genel Olarak

Lex cartea sitae olarak adlandırılan kıymetli evrak statüsü kıymetli evrakın bulunduğu yer anlamına gelmektedir. Bu kural, *lex rei sitae*'nin menkul mülkiyetinde oynamış olduğu rolü, kıymetli evrakta üstlenmektedir. Bir eşyanın veya bir hakkın senette cisimlenip cisimlenmediği, kıymetli evrakın meydana gelişi, devredilmesi, içeriğinin ne olduğu, hangi hakları sağladığı, kıymetli evrakın sahip olduğu fonksiyonları, hangi işlemlere konu olabileceği, kıymetli evrakta mülkiyet dışında bir aynî hakkın kurulup kurulmayacağı, kıymetli evrakın sona eriş sebeplerine uygulanacak hukuk konusunda *lex cartea sitae* yetkilidir. (AYBAY ve

DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 246; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 323-324; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 174).

Bir başka deyişle, yabancılık unsuru olan kıymetli evraka ilişkin bahsetmiş olduğumuz uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk, kıymetli evrakın bulunduğu yer hukuku olacaktır. Ancak kıymetli evrak statüsü kıymetli evraka ilişkin her durumda uygulama alanı bulacak yetkiye sahip değildir. Zira bazen öyle durumlar söz konusu olabilir ki, konu aynî hak kapsamında gündeme gelebilir. İşte bu durumda kıymetli evrak statüsü ile aynî hak statüsünden birinin uyuşmazlığa uygulanması zorunluluğu söz konusu olabilecektir. Konu özellikle, emtiayı temsil eden senetler konusunda gündeme gelmektedir.

Türk Hukuku'nda emtiayı temsil eden senetlerin devri, eşyanın mülkiyetinin devri anlamına gelmektedir. Bu senetler; makbuz senedi, varant, taşıma senedi ve konişmentodur. Taşınmakta olan mallar açısından konişmento ve taşıma senedi kıymetli evrak niteliğinde olacaktır.

Kıymetli evrak hukukunun eşya hukuku boyutu özellikle eşyayı temsil eden senetler konusunda (konumuz açısından konişmento) ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, eşyayı temsil eden senetlerden olan konişmentonun ispat işlevi, alacak senedi işlevi ve eşyayı temsil işlevi bulunmaktadır. Özellikle kıymetli evrakın eşyayı temsil işlevi kıymetli evrakın eşya hukuku boyutunu ortaya koymaktadır. Milletlerarası unsurlu ticari ilişkilerde konişmentonun eşyayı temsil işlevinin büyük önemi vardır. Özellikle deniz aşırı satımlarda, taşıma esnasında eşyanın fiilî olarak alıcıya teslim edilmesi pek mümkün değildir. Taşıma esnasında eşyanın alıcıya teslim edilmiş sayılması, konişmento sayesinde söz konusu olabilmektedir (BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Yıl: 2008 s. 60-61 Benzer yönde ÇALIŞKAN, Yıl: 2014 s. 263. Belirtmek gerekir ki taşıma sözleşmesinin tarafları arasında konişmentonun sebep olduğu sözleşmesel ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, konişmentonun eşyayı temsil işlevine uygulanacak hukuk ve konişmentonun ispat işlevine ilişkin uyuşmazlıklar açısından uygulanacak hukuk ayrıdır, bkz. ÇALIŞKAN, Yıl: 2014 s.

263-264; ÖZÇELİK, Yıl: 2007 s. 3; ÖZGENÇ, Yıl: 2014 s. 235 vd. Biz çalışmamız kapsamında aynî haklara uygulanacak hukuk konusunu ele aldığımızdan dolayı, konişmentonun eşyayı temsil işlevi üzerinde durmaktayız).

Konişmentonun eşyayı temsil etmesi, konişmentonun aynî etkisidir. Zira, taşıyanın zilyetliğindeki eşya konişmento sayesinde temlik ya da rehnedilebilir. Kanunlar ihtilâfı hukuku açısından eşyayı temsil etme yetkisi bulunan senetlerin bu işlevi, taşınırılar üzerindeki aynî haklara uygulanacak hukuk kapsamında özellikli bir duruma sebebiyet verir. Zira, bu senetlere bağlanan hak bir eşyaya ilişkindir ve bu eşya üzerindeki aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK m. 21'in uygulanması gerekir. Ancak bu senetler kıymetli evraktır. Bu nedenle bu senetlerin aynı zamanda kıymetli evrak statüsü kapsamında da değerlendirilmeye müsait yanları vardır. Konuya ilişkin Türk Hukuku'nda özel bir hükme yer verilmemiştir. Halbuki İsviçre Hukuku'nda konu ayrı bir hükümle düzenlenmiştir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 106).

Yabancılik unsuru içeren konişmentolarda kıymetli evrak statüsünün uygulama alanına;

a) Konişmentonun içeriğinde hangi hususların yer alacağı; bu hususlardan hangisinin/hangilerinin zorunlu olacağı; konişmentonun içeriğine aykırı davranılmasının sonuçları,

b) Konişmentonun düzenlenmesine ilişkin konulardan doğan uyuşmazlıklar hakkında konişmentonun bulunduğu yer hukuku yetkilidir. Bu nedenle konişmentonun ne zaman düzenlenmesi gerektiği,

c) Konişmentoyu düzenleme yetkisinin kime ait olduğu konusundaki uyuşmazlıklarda da konişmentonun bulunduğu yer yetkilidir. Bu kapsamda konişmentonun düzenlenmesinde taşıyanı temsile yetkili olan kişilerin (kaptan ya da

diğer gemi adamları gibi) kim/kimler olduğunun belirlenmesi girmektedir (ÖZGENÇ, Yıl: 2014 s. 240. Benzer yönde TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 323.

Konişmentonun aynî haklara ilişkin kanunlar ihtilâfı problemleri; konişmentonun eşyayı temsil edip etmediği ve temsil etmesi hâlinde eşya üzerinde ne tür bir aynî yetkiyi temsil ettiğinin hangi hukuka göre belirleneceği, konişmentonun devrinin eşya üzerindeki aynî haklara olan etkisi konusunda hangi hukukun yetkili olacağı, senet hamili olan kişiyle, konişmento hamili olmayan ancak eşya üzerinde menfaat iddia eden kimseler arasındaki uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği şeklinde üç ana başlık altında toplanabilmektedir (BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Yıl: 2008 s. 61)

2.2.1.4.1.2. Konişmentonun Eşyayı Temsil İşlevine Uygulanacak Hukuk

Taşınır mal üzerindeki mülkiyet, emtiayı temsil eden senetler yoluyla da devredilebilir. Senedin bulunma yeri olarak ifade edebileceğimiz *lex rei cartea*'nın (NOMER, Yıl: 2015 s. 301; OOI, Yıl: 2003 s. 106; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 323) bir taşınır malın mülkiyetinin, emtiayı temsil eden senetler yoluyla devredilmesi hâlinde uygulama alanı bulup bulmayacağının belirlenmesi gerekir. Bir senedin kıymetli evrak niteliğinde olup olmadığı ve bu senetlerin devrinin mülkiyetin devri anlamına gelip gelmeyeceği hukuk sistemlerinde farklı şekilde düzenlenmiş olabilir.

Konişmento bir kıymetli evraktır. Bu nedenle, konişmentonun eşyayı temsil işlevine konişmentonun bulunma yerinin (*lex cartea*) uygulanması akla gelebilir. Bununla birlikte, konişmentonun eşyayı temsil işlevi eşya üzerindeki aynî hakla doğrudan bağlantılı olduğundan malın bulunma yerinin (*lex rei sitae*) konişmentonun eşyayı temsil işlevine uygulanması da düşünülebilir. Meselenin, bu iki bağlama noktasının dışında başka bir bağlama noktasına göre çözümlenmesi de savunulabilir.

Nitekim doktrinde, senedin eşyayı temsil işlevinin varlığına uygulanacak hukukun malın bulunduğu yer hukuku; (SEVİĞ, Yıl: 1958 s. 278. SEVİĞ, malın bulunduğu yer hukukunun izni olmaksızın bir senedin eşyayı temsil yetkisine sahip olmasının mümkün olmadığını belirtmektedir, bkz. SEVİĞ, Yıl: 1958 s. 278. SADROLEŞRAFI ise, senet üzerinde yapılan tasarrufun malın teslimi anlamına gelip gelmediğini, malın bulunma yeri hukukuna göre karara bağlanması gerektiğini ileri sürmektedir, bkz. SADROLEŞRAFI, Yıl: 1987 s. 413) devir işlemi esnasında senedin bulunduğu yer hukuku; (ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 43; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2013 s. 302; GÖĞER, Yıl: 2014 s. 109. Benzer yönde, ÖZGENÇ, Yıl: 2014 s. 245. ŞANLI vd, Yıl: 2014 ise, senedin kıymetli evrak niteliği ve malı temsil yetkisinin senedin bulunduğu yer hukukuna tâbi olması gerektiğini belirtmiştir, bkz. ŞANLI vd Yıl: 2014 s. 226.) senedin düzenlenmesi anında eşyanın bulunduğu yer hukuku olduğu (BEALE, Yıl: 1919 s. 539-540; ÇALIŞKAN, Yıl: 2014 s. 267; ÖZÇELİK, Yıl: 2007 s. 136 vd.; “*Oceans Bill of Lading*”, s. 227) şeklinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Konişmentonun eşyayı temsil işlevinin varlığına malın bulunduğu yer hukukunun uygulanması, eşyanın hangi anda bulunduğu yerin tam olarak belirlenememesi ve taşınmakta olan mallar açısından eşyanın bulunduğu yerin tespitinde yaşanabilecek zorluklar nedeniyle eleştirilmektedir (ÖZÇELİK, Yıl: 2007 s. 134; BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Yıl: 2008 s. 62). Yine, konişmentonun eşyayı temsil işlevine devir esnasında senedin bulunduğu yer hukukunun uygulanması ise, özellikle konişmentonun ciro edilmesi hâlinde, hangi ciro yerinin esas alınacağını belirsiz olması nedeniyle eleştirilmektedir (ÖZÇELİK, Yıl: 2007 s. 135-136; BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Yıl: 2008 s. 63. ÖZÇELİK bu kapsamda somut uyuşmazlığın konu olduğu devrin yapıldığı yer hukukunun uygulanmasının düşünülebileceği, ancak bu hâlde de konişmentonun birden fazla kez ciro edildiği durumlarda, aynı konişmentonun eşyayı temsil işlevi ve içeriğine uygulanacak hukukun değişebileceği belirtilmiş ve bu durum milletlerarası ticarete beklenen güven ve öngörülebilirlik ilkeleri ile bağdaşmayacağından eleştirilmiştir bkz. ÖZÇELİK, Yıl: 2007 s. 135-136).

Konişmentonun eşyayı temsil işlevine uygulanacak hukukun senedin düzenlenmesi anında malın bulunduğu yer hukuku görüşü, özellikle Amerikan ve İngiliz Hukuku'na dayanmaktadır. Zira, İngiliz Hukuku'nda konişmentonun eşyayı temsil edip etmemesine ilişkin konularda, konişmentonun düzenlendiği anda malın bulunduğu yer hukuku uygulanmaktayken, Amerikan Hukuku'nda da eşya üzerinde mülkiyet hakkının senette mündemiç olup olmadığı, senedin düzenlendiği anda eşyanın bulunduğu yer hukukuna göre tespit edilmektedir (ÇALIŞKAN, Yıl: 2014 s. 267. Benzer yönde, ÖZÇELİK, Yıl: 2007 s. 137. Amerikan Hukuku'nda konu Kanunlar İhtilâfı Derleme II § 248'de kanun hükmü olarak yer almaktadır).

Konişmentonun düzenlendiği anda eşyanın bulunduğu yerin tespiti çoğunlukla güç değildir. Zira, konişmento kural olarak eşyanın taşıyan tarafından teslim alınmasından sonra veya eşya gemiye yüklendikten sonra düzenlenmektedir. Bu nedenle, konişmentonun düzenlendiği yer, eşyanın bulunduğu yer ile aynıdır. Konişmento gerek eşyanın teslimi gerekse gemiye yüklenmesinin ardından düzenlensin, düzenlenme yeri kural olarak yükleme limanının bulunduğu yer olacaktır. Aynı şekilde kural olarak, konişmento düzenlenmeden taşıma başlamayacağı için, konişmentonun düzenlenmesi anında eşyanın bulunduğu yer yükleme limanıdır (BEALE, Yıl: 1919 s. 539-540; ÖZÇELİK, Yıl: 2007 s. 137-138. Ancak doktrinde, konişmentonun düzenlendiği yer ile eşyanın bulunduğu yer farklı ise (örneğin, eşyanın bulunduğu yükleme limanı bir devletteyken konişmento taşıyanın başka bir ülkedeki acentası aracılığıyla düzenlenmişse) eşyanın bulunduğu yer hukukuna öncelik verilmesi; bu durumda konişmentonun eşyayı temsil işlevine uygulanacak hukukun, eşyanın bulunduğu yer hukuku olması gerektiği belirtilmiştir (ZAPHIRIOU, Yıl: 1956 (naklen) ÖZÇELİK, Yıl: 2007 s. 138).

Konişmentonun taşıma başladıktan sonraki bir aşamada (eşya taşınmaktayken) düzenlenmesi hâlinde, eşyanın bulunma yerine göre işlem yapmak hakkaniyete uygun değildir. Zira, konişmentonun düzenlenmesi anında eşya tesadüfen bir yerde olabilir. Bu durumda, konişmentonun düzenlenmesi anında malın bulunduğu yer hukuku yerine (konişmentonun taşıma başladıktan sonra

düzenlenmesi hâlinde eşyanın bulunduğu yerin tespitinde yaşanacak güçlükler ve çoğu zaman belirsizlikler nedeniyle), tespiti mümkün olan konişmentonun düzenlendiği yer hukukunun uygulanabileceği belirtilmiştir. Hatta konişmentonun düzenlendiği yer hukukunun, konişmento birden çok kez devir işlemine konu olsa dahi, senedin düzenlenme yeri tespit edilebileceğinden konişmentonun eşyayı temsil işlevine uygulanacak hukuk konusunda yeknesak bir sonuca ulaşılabileceği ifade edilmektedir. Konişmentonun eşyayı temsil işlevine uygulanacak hukukun bu şekilde tespit edilmesi adaletli olsa da özellikle elektronik konişmentonun (Örneğin Türk Hukuku'nda TTK m. 1526/2 hükmü ile elektronik konişmento düzenlenebilmektedir.) kullanılması hâlinde, konişmentonun düzenlendiği yerin tespit edilememesi söz konusu olabilecek ya da bu yer tesadüfi bir yer olabilecektir.

Amerikan Hukuku'nda olduğu gibi, İsviçre Hukuku'nda da yabancılık unsuru içeren kıymetli evraka uygulanacak hukuk konusunda ayrı bir hükme yer verilmiştir. İsviçre Hukuku'nda yukarıda değinmiş olduğumuz görüşler yerine başka bir bağlama noktası tercih edilmiştir. Şöyle ki, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 106/1 uyarınca, kıymetli evrakın eşyayı temsil edip etmediği konusunda taraf iradesine öncelik verilmiş, kıymetli evrakta belirlenen hukukun, kıymetli evrakın eşyayı temsil edip etmeyeceğine uygulanacağı düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle bu konuda hukuk seçimine olanak tanınmıştır. Ancak hukuk seçimi, hukukî işlem güvenliğini sağlamak adına evrakta belirtilmediği sürece geçerlilik kazanamayacaktır. Evrak üzerinde herhangi bir hukuk seçimi belirtilmediğinde ise kıymetli evrak borçlusunun, bir başka ifadeyle senedi düzenleyen kişinin (nakliye şirketi, antrepo sahibi gibi) işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır (Bu konuda Alman Hukuku'nda ise, varma yeri hukuku uygulanmaktadır, bkz. GIRSBERGER vd Yıl: 2004 s. 1126).

İsviçre Hukuku'ndaki bu düzenleme Türk kanunlar ihtilâfı sisteminde aynı haklar bakımında hukuk seçiminin kabul edilmemiş olması; deniz ticareti hukukunda konişmentoyu düzenleyen taşıyıcı olması ve işyerinin kolay bayrak ülkesinde

olması hâlinde adaletsiz sonuçlar doğurabileceği nedeniyle eleştirilmiştir (ÖZGENÇ, Yıl: 2014 s. 252-253).

2.2.1.4.1.3. Konişmentonun Devredilmesinin Aynî Sonuçlarına Uygulanacak Hukuk

Hukuk sistemleri mülkiyetin devredilmesi konusunda farklı esaslar benimsemiş olabilmektedir. Örneğin, Türk-İsviçre Hukuku ve Alman Hukuku'nda taşınır eşyanın mülkiyetinin devredilmesi için tarafların bu konuda anlaşmış olması ve eşyanın zilyetliğinin devredilmesi gerekir. Ancak Fransız Hukuku'nda ise taşınır eşya üzerindeki mülkiyet hakkının devri için tarafların bu konuda anlaşmış olmaları yeterlidir. Ayrıca teslimin gerçekleşmesine gerek yoktur (Fransız Medeni Kanunu m. 1138). Türk Hukuku'nda nama yazılı kıymetli evrak senet zilyetliğinin devri ve temlik beyanı ile, emre yazılı kıymetli evrak, senet zilyetliğinin devri ve ciro yoluyla, hamiline yazılı kıymetli evrak ise, senet zilyetliğinin nakli ile devredilebilir (BAHTİYAR, Yıl: 2013 s. 19 vd.; POROY ve TEKİNALP, Yıl: 2014 s. 71 vd.; SEZER, Yıl: 2013 s. 35 vd).

Her üç grupta da kıymetli evrakın devredilebilmesi için, zilyetliğin devri gerekmektedir. Zilyetliğin devri de taraflar arasında yapılan aynî sözleşmenin varlığına bağlıdır. Aynî sözleşme taşınırlarda, mülkiyetin devri veya diğer bir aynî hakkın kurulması için gereken ve zilyetliğin devriyle tasarruf işlemini oluşturan sözleşmedir (TEKİNAY vd Yıl: 1993 s. 55).

Türk-İsviçre ve Alman Hukuklarında (Alman Ticaret Kanunu m. 650) emtiayı temsil eden senetlerin devri - konişmentonun devri, eşyanın mülkiyetinin devri anlamına gelmektedir. Ancak konişmentonun devrinin eşya üzerindeki mülkiyet hakkını devrini sağlayabilmesi için tarafların mülkiyetin nakli konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Bir başka ifade ile konişmentonun devri, taşınır mülkiyetinin geçişi için eşyanın fiilen teslimi zorunluluğunu ortadan kaldırmakla birlikte, tarafların anlaşması gereği varlığını sürdürmeye devam edecektir. Fransız Hukuku'nda ise, mülkiyetin geçişi için teslim gerekmediğinden, konişmentonun

düzenlenmesi mülkiyetin teslimsiz geçişi konusunda kurucu unsur teşkil etmeyecek, konişmento bu hukuk sisteminde sadece satıcının satış sözleşmesinden kaynaklanan borcunu gereği gibi yerine getirdiği anlamına gelecektir. Böylece senedi devralan kimseye varma limanında yetkili hâmil sıfatıyla eşyayı talep yetkisi tanınmış olacaktır.

Hukuk sistemlerinin, konişmentonun devrinin eşya üzerindeki mülkiyet hakkını devredip devretmediği konusundaki farklı yaklaşımları, yabancılik unsuru içeren uyumsuzluklar açısından konişmentonun aynî sonuçlarına hangi hukukun uygulanacağı sorusunu beraberinde getirmektedir.

Taşınır eşyanın senede bağlanması hâlinde, senedin devri ile eşya üzerindeki aynî hakların devredilmiş olup olmayacağına hangi hukukun karar vereceği konusunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu konuda ilk akla gelen bağlama noktaları senedin bulunduğu yer ve malın bulunduğu yerdir. Senetler malların bulunduğu yerde devredildiğinde malın bulunduğu yer ile senedin bulunduğu yer aynı yer olduğundan pek sorun yaşanmayabilir. Asıl sorun, senetlerin malların bulunduğu yerden başka bir yerde devredilmesi hâlinde karşımıza çıkacaktır. Zira, bu durumda kıymetli evrak statüsü ile aynî hak statüsünün çatışması söz konusu olacak ve birine yetki verilmesi tercih edilecektir. Ancak senede bağlanan eşya üzerindeki aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK’da bir hüküm yoktur.

Doktrinde, eşyanın bulunma yeri hukukunun, AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2007 s. 246; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl:2011 s. 324; ŞANLI vd Yıl: 2014 s. 226) devir ile en sıkı ilişkili hukukun, malikin yerleşim yeri hukukunun ve senedin bulunduğu ve aynı zamanda devrin yapıldığı yer hukukunun (BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Yıl: 2008 s. 69; ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 43-44; ÖZÇELİK, Yıl: 2007 s. 155 vd.; ÖZGENÇ, Yıl: 2007 s. 249 vd. Senedin devri ile senet üzerindeki aynî hakkın devredilip devredilmeyeceğine uygulanacak hukuk konusunda devir yeri hukukunun uygulanması gerektiği konusunda bkz. KOSHIKAWA, Yıl: 1972 s. 518; “*Oceans Bills of Lading*”, s. 229-230)

uygulanması şeklinde farklı görüşler bulunmaktadır. Görüşler için bkz. BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Yıl: 2008 s. 64 vd.; ÖZÇELİK, Yıl: 2007 s. 144 vd).

Senedin devri ile eşya üzerindeki aynî hakkın devredilmiş olup olmayacağına senedin bulunduğu ve devir işleminin yapıldığı yer hukukunun uygulanması bir İngiliz Mahkeme kararına yansımıştır. Bu davada (1895 tarihli North Western Bank v. Poxnter davası), mallar İngiltere'den İskoçya'ya giderken malları temsil eden senetler İngiltere'de rehnedilmiş ve mallar İskoçya'ya geldiğinde borçlunun alacaklıları tarafından mallara el konulmuştur. Bu esnada senetler İngiltere'de mallar ise İskoçya'da bulunmaktadır. Haczin (el koymanın) geçerliliği, rehnin geçerliliğine bağlıdır. Bu seneetler üzerindeki rehin tesisinin işlemin yapıldığı yer olarak İngiliz Hukuku'na mı yoksa malların bulunduğu yer olarak İskoçya Hukuku'na mı tâbi olması gerektiğinin karara bağlanması gerekmektedir. Mahkeme senetlerin bulunma ve devir yeri olan İngiliz Hukuku'nu uygulayarak uyuşmazlığı çözmüştür. (Karar için bkz. ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 44; ÖZÇELİK, Yıl: 2007 s. 153. İngiliz mahkemesi Roland M. Baker v. Brown davasında da benzer yargılara ulaşmıştır. Karar hakkında bilgi için bkz. ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 44).

İsviçre Hukuku'nda kıymetli evrakın malı temsil edip etmemesi ile emtiayı temsil eden senetler üzerindeki aynî hakların tâbi olduğu hukuk birbirinden ayrılmış ve farklı bağlama noktaları getirilerek düzenleme yapılmıştır. Eşyayı temsil eden kıymetli evrakın, ticari ve hukukî fonksiyonları bakımından malın yerine geçmesi durumundan yola çıkılarak kanunlar ihtilâfı hukuku çerçevesinde, eşya üzerindeki aynî hakların kıymetli evrakın eşya sıfatıyla tâbi olduğu hukuka göre değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 106/2). Buna göre uygulanacak hükümler, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 100 (1) Taşınır mallar üzerinde aynî hakların edinilmesi ve kaybedilmesi konusunda, hak edinimini veya hak kaybını doğuran işlemin gerçekleştiği zaman itibarıyla söz konusu taşınır malın bulunduğu devletin kanunları uygulanır. (2) Taşınır mallar üzerindeki aynî hakların içeriği ve bu hakların

kullanımı, söz konusu taşınır malin bulunduğu yerde yürürlükte olan kanunlara tâbidir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 100), 101 (Transit hâlindeki eşyalar üzerindeki aynî hakların hukukî işlemler sonucu edinilmesi ve kaybedilmesi konuları, varış ülkesi hukukuna tâbidir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 101), 102/1 (Taşınır bir mal İsviçre'ye giriş yaptığı ve yurt dışında bu mal üzerinde, İsviçre Hukukunda öngörülen gerekleri yerine getirmeyen bir mülkiyet muhafazası geçerli biçimde yapılmış olduğu takdirde söz konusu mülkiyet muhafazası İsviçre'de üç ay boyunca geçerliliğini korur (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 102/2) ve 104 ((1) Taraflar taşınır mallar üzerindeki aynî hakların edinimi ve kaybedilmesi konusunda çıkış veya varış ülkesinin hukukunu ya da ilgili hukukî işlemin tâbi olduğu hukuku geçerli hukuk olarak kabul edebilirler. (2) Hukukun seçimine dayanarak üçüncü kişilere karşı itiraz edilemez (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 104).’dür. Emtiyayı temsil eden senetler üzerinde rehin tesisi de, alacakların, kıymetli evrakın ve hakların rehni konusunun düzenlendiği İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 105’e değil, bu hükümlere tâbidir. (GIRSBERGER vd Yıl: 2004 s. 1127) Örneğin, İsviçreli bir ithalatçı tarafından satın alınarak bir konişmentoyla Hindistan’dan Almanya’ya sevk edilen mallar, deniz nakliye şirketi tarafından ithalatçıya usule aykırı biçimde Hamburg’da konişmentosuz olarak teslim edilmiş olsun. İsviçre Hukuku’na göre, malların alıcıya teslim edilmiş olmasına rağmen satıcı tarafından ilgili İngiliz Bankasına başvuru yapılarak senedin iskonto edilmesini teminat altına almak üzere konişmento vasıtasıyla mallar üzerinde rehin hakkı tesis edilip edilemeyeceğine (şayet bu teminat altına alma işleminin gerçekleşme zamanında konişmento İngiltere’de bulunuyorsa) İngiliz Hukuku’na göre karar verilir. İngiliz Hukuku’nda bu durumda büyük ihtimâlle mallar üzerinde rehin hakkı tesis edilecektir. Zira, konuya ilişkin British and West of England Bank Ltd. / Midland Railway Co (British and West of England Bank Ltd. / Midland Railway Co. [1891] 2 Q. B. 653) arasında görülen davada benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Ancak söz konusu kıymetli evrakın Almanya’da bulunması hâlinde, bu durumda mallar üzerinde rehin hakkı tesis edilmiş kabul edilmeyeceği belirtilmektedir.(GIRSBERGER vd Yıl: 2004 s. 1127).

3.3.4.1.2. Üçüncü Kişilerin Aynî Menfaatlerinden Doğan Uyuşmazlıklar

Konişmento ile taşınır malın mülkiyetin devredilebilmesi için, teslimi gerek kalmamaktadır. Konişmentonun devri malın teslimi anlamına gelmektedir. Sonuç itibariyle konişmento satım akdinin ifası amacıyla düzenlenmektedir. Bu satım ilişkisine banka gibi üçüncü kişilerin dahil olması da mümkündür. Özellikle akreditif ilişkisinde gündeme gelebilecek bu durumda, banka veya diğer finans kuruluşlarının konişmentonun temsil ettiği eşya üzerinde dahil olduklara haklara uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekir. Yine, konişmento hamili ile bu sıfatı haiz olmayan ancak eşya üzerinde hak iddia eden kimseler arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda da hangi hukukun uygulanacağını belirlenmesi gerekir. İşte özellikle bu iki durum üçüncü kişilerin aynî haklarından doğan uyuşmazlıklarında uygulanacak hukukun belirlenmesi gereğine neden olmuştur.

İlk olarak satım ilişkisi içinde yer alan banka ya da diğer finans kurumları üzerinde durulacaktır. Akreditif, açtıran olarak ifade edilen kişinin talimatıyla, havale ödeyicisinin (muhatabın), açtıranın ad ve hesabına ödemedi bulunma; lehtarın da süresi içinde ve birtakım şartlara uygun şekilde belgeleri ibraz etmesiyle ödemeyi talep etme yetkisini kazandığı bir tür havaledir (Ü. TEKİNALP, Yıl: 2009 s. 552. Akreditifin hukukî niteliği konusundaki tartışmalar için bkz. ÖZALP, Yıl: 2015 s. 18-19. Genel anlamda akreditif ilişkisine uygulanacak hukuk konumuzun kapsamı dışındadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, Yıl: 2011 s. 27 vd.; ÖZEL, Yıl: 1991 s. 1 vd). Doktrinde, uygulamada çoğu zaman tarafların satış sözleşmesinin konusunu teşkil eden yük bedeline ilişkin ödemenin akreditif yoluyla yapılacağını kararlaştırarak (KENDER vd, Yıl: 2014 s. 190) alıcının talimatlarına uygun şekilde hareket eden ve satıcının lehine akreditif açacak bir banka tespit ettikleri; bu durumda bankanın alıcıya ödeme yapmasının en önemli şartının konişmento ve taşımaya ilişkin diğer belgelerin kendisine teslim edilmesi olduğundan, satıcının alıcının ödeme gücü bakımından herhangi bir tereddütünün kalmayacağı; zira bankanın, satıcı lehine akreditif açarak satıcının malları göndermesi ve taşımaya ilişkin belgeleri tedarik etmesi şartıyla, herhalukârda alıcının

satıcıya olan borcunu ödemeyi taahhüt ettiği; bu şekilde akreditif ilişkilerinin doğrudan satım ve taşıma ilişkilerine bağlanmış olduğu belirtilmiştir (ÖZÇELİK Yıl: 2007 s. 16).

Alıcı ile banka arasındaki ilişki, alıcının malın bedelini bankaya peşin olarak yatırması hâlinde bankanın satıcıya mal bedelini ödemesinden ibaret olacaktır. Ancak uygulama daha ziyade, bankanın alıcıya satım bedeli kadar kredi açması şeklinde gerçekleşmektedir. Bu durumda banka alıcının ödememe riskinden kendini korumak amacıyla konişmento vasıtasıyla mallar üzerinde rehin tesis edebilmektedir. Bu hâlde bankanın konişmento hamili sıfatıyla senedin temsil ettiği malları üzerinde sahip olduğu aynî hakkın türü ve bu haktan kaynaklanan yetkilerinin neler olduğunun belirlenmesi gerekir. Doktrinde bu konuda akreditife uygulanacak hukukun, eşyanın bulunduğu yer hukukunun ve konişmentonun bulunduğu yer hukukunun uygulanması şeklinde çeşitli görüşler bulunmaktadır (Bu görüşler ve görüşlere yönelik eleştiriler için bkz. ÖZÇELİK, Yıl: 2008 s. 158 vd. Doktrinde, emtiayı temsil eden senedin hamili ile bu sığata sahip olmayan ancak eşya üzerinde menfaat iddia eden kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarda kural olarak eşyanın taşınmakta olan bir eşya olmadığı; zira, senedin hamili ile, eşya üzerinde doğrudan zilyetliği bulunan kişi arasında uyuşmazlık çıkabilmesinin, eşyanın üçüncü bir kişiye teslim edilmiş olmasına bağlı olduğu; ancak eşya taşınmaktayken, senedin hamili ile eşya üzerinde menfaat iddia eden kişi arasında uyuşmazlık çıkarsa, konişmentonun devrinin aynî hak üzerindeki etkileri açısından kabul edilen kriterlerin uygulanması gerektiği ileri sürölmektedir, bkz. BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Yıl: 2008 s. 70).

Kanaatimizce bu görüşlerden en uygun görüş konişmentonun bulunduğu yer hukukunun uygulanmasıdır. Zira, bankanın konişmento üzerindeki aynî hakları konişmentoya hamil olmasından itibaren gündeme gelmektedir. Bu durumda banka konişmento hamilidir ve konişmentonun bulunduğu yer ile bankanın bulunduğu yer aynı yerdir. Bankanın bulunduğu yer hukuku taraflar açısından öngürülebilir bir hukuktur. Üstelik bankanın bulunduğu yer hukuku uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukuktur.

Üçüncü kişilerin aynî menfaatlerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun da belirlenmesi gerekmektedir. Emtiayı temsil eden senedin hamili ile bu sifata sahip olmayan ancak eşya üzerinde menfaat iddia eden kişiler arasında uyuşmazlıklar yaşanabilir. Senet hamili, elindeki senede dayanırken, üçüncü şahıslar ise, farklı bir hukukî sebebe dayanarak hak iddia edebilirler. Böylesi bir durumun özellikle, eşyanın taşıyan tarafından, hamil sıfatını taşıyan bir kişiye teslim edilmemesi ve senedin yetkili hamili ile eşyayı zilyetliğinde bulunduran kimse arasında doğma ihtimali yüksektir (BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Yıl: 2008 s. 70 Türk maddi hukukunda TMK m. 980 gereğince; “*Kıymetli evrakı iyiniyetle teslim alan kimse ile emtiayı iyiniyetle teslim alan kimse arasında uyuşmazlık çıkarsa emtiayı teslim alan tercih olunur*”).

Söz konusu hâl İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 106/3’de düzenlenmiş ve doktrinde “*çatışan davacı*” olarak ifade edilmiştir. Bu durumda hak iddia edenlerden bir tanesi malın mülkiyetini doğrudan kendi elinde bulundurmasına dayanarak; diğeri ise malın mülkiyetini bir eşyayı temsil eden kıymetli evrak üzerinden dolaylı olarak elinde bulundurmasına dayanarak aynî haklar üzerinde hak talebinde bulunmaktadır. Bu fıkra göre aranan ön şart, birbiriyle çatışan aynî hakların, mallar veya senet üzerinde uygulanan hukuka göre geçerli biçimde meydana gelmiş olmasıdır (GIRSBERGER Yıl: 2004 s. 1127). Bunların hangisinin öncelikli olduğu konusu, malların bulunduğu yer hukuka göre belirlenmelidir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 106/3).

Bu konuda cevaplanması gereken bir diğer soru ise, hangi tarihin esas kabul edileceğidir. Bu durumda iki tarih akla gelmektedir. Bu tarihlerden ilki satın alma şartlarına dayanak oluşturan malların bulunduğu yerdeki tarih, ikincisi ise, hukukî uyuşmazlığın başladığı tarihtir. Doktrinde uygulama olanağının daha yüksek olmasından dolayı, hukukî uyuşmazlığın başladığı tarihin esas alınması gerektiğini düşünülebileceği ifade edilmiştir.

Amerikan Hukuku'nda da emtiayı temsil eden senedin hamili ile bu sifata sahip olmayan ancak eşya üzerinde menfaat iddia eden kişiler arasında uyuşmazlıklar çıkması hâlinde hangisinin hakkına öncelik tanınacağı konusunda pozitif bir düzenleme yer almakta ve İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi bu durumda eşya üzerindeki mülkiyet hakkının kime ait olduğuna eşyanın bulunduğu yer hukukuna göre karar verileceği esası kabul edilmektedir (Kanunlar İhtilâfı Derleme II § 248 [2] [a]).

2.2.1.4.1.5. Değerlendirme

Türk Hukuku gibi bazı hukuk sistemlerinde konişmentonun teslimin edilmes ile malın ayrıca teslim edilmesine gerek olmaksızın malın mülkiyetinin devredilebilmesi ve konişmentonun çeşitli işlevleri bu evrakın deniz ticaretinde büyük öneme sahip olmasına neden olmaktadır.

Yukarıda etraflıca incelediğimiz gibi kıymetli evrakın (özellikle konişmentonu) eşyayı temsil işlevine; kıymetli evrakın devrinin aynî sonuçlarına ve üçüncü kişilerin aynî menfaatlerinden doğan uyuşmazlıklarda kural olarak eşya uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusunda pek çok görüş ileri sürülmüştür. Böylesine önemli ve böylesine karmaşık bir ilişki için ise MÖHUK'da bir düzenleme yoktur.

Genel anlamda konişmentonun aynî sonuçları konusunda MÖHUK'da özel bir düzenleme olmadığından, konu genel hükümler çerçevesinde çözümlenecektir. Bu noktada ilk olarak konunun vasıflandırılması gerekir. Kanaatimizce konişmentonun aynî sonuçları meselesi, bir aynî hak meselesidir. Bu nedenle uygulanacak hukuk MÖHUK m. 21 uyarınca tespit edilmelidir.

Konişmentonun aynî işlevine MÖHUK m. 21'in uygulanmasının yetersiz ve adaletsiz sonuçlar doğuracağı açıktır. Zira, MÖHUK m. 21 konişmentonun aynî işlevleri düşünülerek kaleme alınmamış, genel anlamda aynî haklara uygulanacak hukukun tayin edilmesi amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Kaldı ki hüküm, genel

aynî hak uyuşmazlıkları açısından dahi milletlerarası özel hukuktaki yeni gelişmelere uyum sağlamamaktadır.

Konişmentonun eşyayı temsil işlevi, eşya üzerindeki aynî hakla doğrudan bağlantı içindedir. Özellikle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku gibi taşınır mülkiyetinin nakli için teslim şartını arayan hukuk sistemlerinde bu durum daha çok hissedilmektedir.

Konişmentonun teslimi eşyanın mülkiyetinin devredilmesini sağladığından, malın bulunduğu yere göre konişmentonun eşyayı temsil edip etmediğine karar verilmesi gerekir. Ancak hangi anda malın bulunduğu yerin dikkate alınacağını da belirlenmesi gerekir. Bu an, konişmentonun (senedin) düzenlendiği an olmalıdır. Konişmentonun düzenlendiği yer ile eşyanın bulunduğu yer çoğunlukla aynı yerdir ve bu yer yükleme limanıdır. Buna karşılık şayet konişmento yükleme yapıldıktan sonra düzenlenmişse, malın bulunduğu yere göre işlem tesis etmek adaletsiz sonuçlar doğurabilir. Zira, bu durumda çoğu zaman tesadüfi sebeplerle bir yerde olan malın nerede olduğunu belirlemek çok güçtür. Bu takdirde, konişmentonun eşyayı temsil işlevine konişmentonun düzenlendiği yer hukukunu uygulamak gerekir. Sonuç olarak konişmentonun eşyayı temsil işlevine konişmentonun düzenlendiği anda malın bulunduğu yer hukuku; konişmentonun düzenlenmesinden sonra taşımanın başlaması hâlinde ise konişmentonun düzenlendiği yer hukukunun uygulanması gerekir. Ancak elektronik konişmentonun düzenlenmesi halinde ise, konişmentonun düzenlenme yerinin belirlenmesi ya zor olabilir ya da bu yer tamamen tesadüfi bir yer olabilir.

Konişmentonun devrinin eşya üzerindeki aynî hakkı devredip devretmeyeceğine ise, senedin bulunduğu ve devir işleminin yapıldığı yer hukukunun uygulanması gerekir. Zira, konişmentonun devrinin aynî sonuçlarından en çok konişmento hamili etkilenecektir. Bu kişinin başka hukuklardan ziyade senedi devraldığı yer hukukunu bilmesi olasıdır. Bu nedenle, konişmentonun devrinin eşya üzerindeki aynî hakkı devredip devretmeyeceğine devir yeri hukukunun uygulanması

konişmentoyu devralan kişinin haklı beklentilerine uygun olacaktır(Benzer yönde, ÖZÇELİK, Yıl: 2007 s. 155; “*Oceans Bills of Lading*”, s. 232).

Konişmentonun devrinin eşya üzerindeki aynî hakkı devredip devretmeyeceğine devir yeri hukukunun uygulanması ile sabit mallar ile taşınmakta olan mallar arasında bir ayrım yapılarak farklı bağlama noktalarının belirlenmesine gerek yoktur. Zira, devir yeri hukuku gerek mal taşınmakta olan bir mal olduğunda, gerekse mal sabit bir mal olduğunda kolayca tespit edilebilir.

Son olarak üçüncü kişilerin aynî menfaatlerinden doğan uyuşmazlıklar konusunda; satış sözleşmesinin konusunu teşkil eden yük bedeline ilişkin ödemenin akreditif yoluyla yapılacağını kararlaştırılması hâlinde, bankanın alıcının ödememe riskinden kendini korumak amacıyla konişmento vasıtasıyla mallar üzerinde sahip olduğu hakka ise, konişmentonun bulunduğu yer hukukunun uygulanmasıdır. Emtiyayı temsil eden senedin hamili ile bu sığata sahip olmayan ancak eşya üzerinde menfaat iddia eden kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklarda yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, taraflardan biri hakkını malların mülkiyetini doğrudan kendi elinde bulundurmasına, diğeri ise malların mülkiyetini bir eşyayı temsil eden kıymetli evrak üzerinden dolaylı olarak elinde bulundurmasına dayandırmaktadır. Bu noktada hangisinin hakkına üstünlük tanınacağı ise, dava tarihinde malın bulunduğu yer hukuka göre belirlenmelidir. Zira, mesele temelde bir aynî hak meselesidir ve aynî haklara uygulanacak konusunda ana kural malın bulunduğu yer hukukudur.

Konişmentonun aynî işlevine uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK’da bir değişikliğe gidilmelidir. Görüldüğü gibi mesele, MÖHUK m. 21 hükmü ile adaletli bir şekilde çözüme kavuşamamaktadır. Kanaatimizce MÖHUK m. 22’den sonra kanuna bir hüküm eklenmelidir. Eklenecek hüküm aşağıdaki şekilde olmalıdır.

1- Kıymetli evrakın eşyayı temsil işlevine kıymetli evrakın düzenlendiği anda malın bulunduğu yer hukuku uygulanır.

2- Eşyayı temsil eden senedin devrinin aynî sonuçlarına devrin yapıldığı yer hukuku uygulanır.

3- Eşyayı temsil eden senedin hamili ile hamil olmayan fakat mal üzerinde doğrudan hak iddia eden kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda hangisinin hakkına öncelik tanınacağı malın bulunduğu yer hukukuna göre karara bağlanır.

4- Hâlin tüm şartlarına göre daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı hâlinde, o hukuk uygulanır.

Görüldüğü gibi yukarıdaki şekilde bir hükmün MÖHUK'a eklenmesi ile mevcut durumdaki sıkıntılar aşılabilecek ve milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanmış olacaktır. MÖHUK'a İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 15 hükmünde yer alan "genel istisna" kuralı şeklinde bir düzenleme getirilmediği takdirde, maddenin sonuna hâlin tüm şartlarına göre daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı hâlinde, o hukukun uygulanacağı şeklinde konulan hükümle birlikte, pek çok sorun da aşılabilecektir. Örneğin, kıymetli evrakın eşyayı temsil işlevine uygulanacak hukuk evraka yazılmamışsa, kıymetli evrakın eşyayı temsil işlevine kıymetli evrakın düzenlendiği anda malın bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiğini önermiş bulunuyoruz. Şayet örneğin konişmentonun taşıma başladıktan sonraki bir aşamada (eşya taşınmaktayken) düzenlenmesi hâlinde, eşyanın bulunma yerine göre işlem yapmak hakkaniyete uygun olmayacağından, konişmentonun düzenlendiği yer hukukunun uygulanabilmesi gerekir. Zira, malın eşya taşınmaktayken nerede olduğunu tespit etmek mümkün olmayabileceği gibi, tespit edilse bile çoğunlukla tesadüfi sebepler karşımıza çıkabilecektir. Hâlbuki, konişmentonun düzenlendiği yer hukukunun taraflarca tespiti mümkündür. Önerdiğimiz maddedeki son hüküm ile bu hukukun uygulanması sağlanabilecektir. Ancak teknolojik gelişmeler nedeniyle kimi zaman konişmentonun düzenlendiği yerin tespit edilmesi mümkün olmayabilir. Örneğin, elektronik konişmentonun düzenlenmesi hâlinde konişmentonun düzenlendiği yerin tespit edilmesi mümkün olmayabileceği gibi, düzenlendiği yer tesadüfi bir yer de olabilir. İşte, yine maddenin sonuna eklenmesini önerdiğimiz

hükümle bu ve benzeri sıkıntılar da aşılmış olacaktır. Yine, üçüncü kişilerin aynı menfaatlerinden doğan uyuşmazlıklardan biz akreditif ilişkisinde bankanın sahip olduğu hak ve çatışan haklar durumunu inceledik. Teknolojik gelişmelerle ileride bu durum daha farklı şekillerde de ortaya çıkabilir. O nedenle, önerdiğimiz maddenin son fıkrası sayesinde akreditif ilişkisinde olunan bankanın haklarına yönelik olarak Kanun'a hüküm konulmasına gerek kalmayacak, ileride karşılabilecek sorunlar da büyük ölçüde aşılmış olabilecektir.

2.2.1.4.2. Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin, zilyetliği teslim yoluyla devredilmesi suretiyle taşınırın mülkiyetinin karşı tarafa geçmesi kuralının istisnasını oluşturduğuna; bu sözleşme uyarınca zilyetlik, teslim suretiyle alıcıya devredilirken, taşınırın mülkiyeti ise, tarafların aralarında kararlaştırdıkları şartın gerçekleşmesine kadar alıcıya geçmeyip, satıcıda kaldığına; (*"... Menkul satışında mülkiyet teslim ile müşteriye intikâl eder. Bu esas kaidedir. Kafi sermaye ve itibara malik olmıyan tacirlerle yeni ev açan ailelerin veresiye ve taksit ile muamele yapmaları memleketin iktisadiyatının inkişafını temin bakımından zarurî ve faideli görülmüş ve uzun ilmi bir münakaşadan sonra isviçre mevzuatında veresiye ve taksitle satışlarda teslim hâlinde de mülkiyetin istisnaen bayi uhdesinde ipkasına cevaz verilmiş ve bu şartlı satış sahih ve muteber addedilmiştir... Medeni Kanun hükümlerine göre menkul mülkiyetinin intikâli için teslim lazımdır. "Madde - 687". Menkul mallarda zilyetlik mülkiyetin delili olduğundan mülkiyet de zilyetlik ile beraber intikâl eder. Ancak taksit ile yahut veresiye mal satışlarındaki zaruret ve ihtiyaç nazara alınarak satılan şeyin alıcıya teslimi hâlinde mülkiyeti satıcı uhdesinde alıkoymak için yapılan mukavelelerin muteber olduğu istisnaen tecviz edilmiştir..."* 10.04.1944 tarihli, 1944/36 E. ve 1944/14 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, bkz. www.kazancı.com) bu sözleşmesinin Türk Hukuku uyarınca sadece, sözleşme konusunun taşınır olması hâlinde yapılabileceğine (*"Taşınmaz satışında mülkiyeti saklı tutma koşulu da tescil edilemez"* [TBK m. 243/2]. Hayvan satışlarında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi yapılması yasaktır [TMK m. 764/2]); sözleşmenin,

resmî şekilde yapılması gerektiğine ve sözleşmenin (TEKİNAY, Yıl: 1993 s. 10) aynı zamanda devralanın yerleşim yeri noterliğindeki özel sicile kaydedilmesiyle geçerli olacağına (TMK m. 764/1) çalışmamızın ilk bölümünde değinmiştik.

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesi için vasıflandırma yapılması gerekir. Zira her hukuk sistemi bu sözleşmeyi aynı şekilde değerlendirmeye tâbi tutmamaktadır. Türk Hukuku'nda bu kavramın adında sözleşme ifadesi yer aldığından, ilk bakışta bu sözleşmenin bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğu izlenimi uyanmaktadır. Ancak bu sözleşme bir borçlar hukuku sözleşmesi değildir. İşlevi itibariyle bir menkul rehni gibidir. Aslında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, satım sözleşmesi dolayısıyla alıcıya teslim edilen mal üzerinde, aralarında anlaştıkları şartın gerçekleşmesi anına kadar satıcının mülkiyet hakkına sahip olmaya devam etmesidir. Doktrinde bu sözleşmenin de aynî hak statüsü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve malın bulunduğu ülke hukukuna tâbi olduğu bizce de haklı olarak ileri sürülmektedir (ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 222; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 320. Benzer yönde, ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 71 vd.; ESEN, Yıl: 2007 s. 391). Ancak İngiliz Hukuku'na göre ise, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine uygulanacak hukuk sözleşmeye uygulanacak hukuktur (FAWCETT vd. Yıl: 2012 s. 1120. Ancak yazar aksi görüştedir, bkz. FAWCETT vd. Yıl: 2012 s. 1121. Ayrıntılı bilgi için bkz. FAWCETT vd. Yıl: 2012 s.1116 vd.).

Statü değişikliğinde, önceki eşya hukuku statüsünde edinilmiş hak ve mükellefiyetlerin devam etmesi kuralının bir istisnası vardır. Bu istisna önceki lex rei sitaenin eşya hukuku hükümlerinin, sonraki lex rei sitaenin eşya hukuku düzenine intibak etmemesi hâlinde söz konusu olmaktadır. Bir başka ifadeyle, yeni statü önceki statünün yerine geçerek uyuşmazlık hakkında karar vermeye yetkili olacaktır (NOMER, Yıl: 2015 s. 302; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 327; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 167-168). Doktrinde mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde bu istisnanın gerçekleşebileceği ileri sürülmektedir. Şöyle ki, Alman Hukuku'nda sözlü ya da yazılı şekle tâbi olarak tesis edilen ve geçerli olan

“mülkiyeti muhafaza kaydının”, eşya Türkiye’ye geldiğinde hükmünü kaybedeceği; zira Türk Hukuku’nda bu kaydın geçerliliği için TMK m. 764 gereği, kaydın sicile tescil edilmesi gerektiği (Kimi hukuk sistemleri yabancı devletlerde yapılan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesini mal kendi topraklarına getirildiği takdirde tescil edilmesini şart koşturmaktadırlar. ABD’nin birçok eyaletinde bu esas benimsenmiştir, bkz. ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 73); Türkiye’de geçerli olarak kurulan mülkiyeti muhafaza kaydının, eşya Almanya’ya götürüldüğünde hükümlerini koruyacağı belirtilmektedir (NOMER, Yıl: 2015 s. 302-303. Benzer yönde, ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 168-169). Buna karşılık doktrinde bizim de katıldığımız diğer görüş ise, kural olarak bir ülkede usulüne uygun olarak kabul edilen bir mülkiyeti muhafaza sözleşmesinin, diğer ülkelerde de geçerli olarak kabul edilmesi gerektiği, zira hakkın geçerliliğinin işlem anında malın bulunduğu yer hukukuna tâbi olduğu, hakkın geçerli olup olmamasının sözleşmenin ileri sürüldüğü devletle bir ilgisi olmadığını belirtmektedir (ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 72. Aynı yönde, ESEN, Yıl: 2007 s. 394. ESEN, tescil şartının sadece Türkiye’de bulunan taşınır haklarında geçerli olduğunu ileri sürmektedir, bkz. ESEN, Yıl: 2007 s. 394; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 227-228).

Yargıtay bir geminin mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ile yapılan satışına ilişkin vermiş olduğu bir kararda yukarıda bahsetmiş olduğumuz görüşlerden ilkinin benimsenmiştir. Karara göre (Yarg. 21. HD T. 13.04.2004 E. 2003/11058 K. 2004/3676 [bkz. EKŞİ, Yıl: 2007 s. 94-97]) “... *Prensip olarak milletlerarası eşya hukukunda Lex Rei Sitae yani eşyanın bulunduğu yer hukuku hakimdir. Türk hukukunda da bu prensip MÖHUK md. 23/1’de kanunî bir hüküm olarak yer almıştır. Bu maddeye göre, “taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar malların bulunduğu yer hukukuna tâbidir”. Bu nedenle davacı banka ile borçlu arasında yapılan mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi Avusturya hukukuna göre yapılacaktır. Ancak bir taşınır eşya belirli bir hukuk alanından diğer bir hukuk alanına geçerse, bu eşya kendiliğinden yeni hukuk alanının eşya hukuku statüsüne tâbi olur. Bu bir statü değişikliğidir. Önceki hukuk alanında tesis edilmiş aynî hak ve mükellefiyetler eşyanın o hukuk alanını terk etmesi hâlinde de prensip olarak varlığını korur. Bunun ayrık durumu önceki hukuk alanının eşya hukuku*

hükümleri sonraki hukuk alanının (yeni Lex Rei Sitae) eşya hukuku düzenine uymuyorsa yeni statü önceki statünün yerini alır.... Dava konusu olayımızda bu ayrık durum gerçekleşmiştir. Türk Medeni Kanununun 764. maddesi uyarınca mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerliliği alıcının yerleşim yeri siciline tescil şartına bağlıdır. Dosyadaki bilgi ve belgelerden böyle tescilin olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda Avusturya hukukuna göre yapılmış mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi Türk hukuk sistemine göre geçersizdir...” (Kararın eleştirisi için bkz. ESEN, Yıl: 2007 s. 385-396; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 227-228).

Türk Hukuku’nda mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine yönelik bir hükme MÖHUK’da yer verilmemiştir. Ancak İsviçre Hukuku’nda konu İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 102’de düzenlenmiştir. Anılan hükme göre; (1) Taşınır bir mal İsviçre’ye giriş yaptığı ve bu mal üzerindeki aynî hak halihazırda yurt dışında kazanılmamış ya da kaybedilmemiş olduğu takdirde yurt dışına gerçekleşmiş olan işlemler İsviçre’de gerçekleşmiş gibi kabul edilir. (2) Taşınır bir mal İsviçre’ye giriş yaptığı ve yurt dışında bu mal üzerinde, İsviçre Hukuku’nda öngörülen gerekleri yerine getirmeyen bir mülkiyet muhafazası geçerli biçimde yapılmış olduğu takdirde söz konusu mülkiyet muhafazası İsviçre’de üç ay boyunca geçerliliğini korur. (3) Bu gibi bir mülkiyet muhafazasının varlığı gerekçe gösterilerek iyi niyetli kişilere karşı itirazda bulunulamaz. Görüldüğü gibi tek taraflı olarak hazırlanan İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 102/1’de bir eşya yabancı bir hukuk düzeninden İsviçre’ye kaydığında ve şayet eşya hukuku açısından ilgili işlem önceki yerin mevzuatı altında *henüz tamamlanmamışsa* yeni hukukun - İsviçre Hukuku’nun geçerli olacağı hususu düzenlenmiş ve eski mevzuata göre gerçekleştirilmiş olan işlemlerin geçerli olup olmayacağına İsviçre Hukuku’na göre karar verileceği belirtmiştir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1108). İsviçre Hukuku’na göre gerek mülkiyet karinesinin iptali (İsviçre Medeni Kanun’u m. 930) gerekse mülkiyetin muhafazasının devamlılığı için, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin alıcının ikâmet yerindeki resmî sicile işlenmesi zorunludur (İsviçre Medeni Kanunu m. 715/1). Yurt dışında geçerli biçimde gerçekleştirilen mülkiyet muhafazasının sınırı geçer geçmez ortadan kalkmasını engellemek adına İsviçre

Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 102/2'deki (maddî hukuka dayanan) bir geçiş düzenlemesine yer verilmiştir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 102/2'de yurt dışında yapılp İsviçre Hukuku'nun aradığı şartları taşımayan bir mülkiyet muhafazasının İsviçre'de üç ay boyunca geçerli olacağı Kanun'da belirtilerek, bu konuda yaşanabilecek sorunlar engellenmiştir. Ancak doktrinde yurt dışında tesis edilmiş olabilecek uzatma ve genişletme formlarının İsviçre siciline işlenmesinin, yeterli kesinliğin söz konusu olmaması sebebiyle, neredeyse imkânsız gibi görüldüğü ileri sürülmüştür (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1110). Kanaatimizce MÖHUK'da da benzer bir hükme yer verilmesi gerekmektedir.

Mülkiyeti muhafaza kaydı ile bir mal satıldıktan sonra, zilyet tarafından başka bir ülkeye götürölüp, söz konusu malın üçüncü kişiye devredilmesi hâlinde, ikinci ülkede doğan mülkiyet uyuşmazlığı ikinci aynî hak statüsüne tâbi olacaktır. Başka bir ifadeyle, mülkiyeti muhafaza kaydının etkisi, bu hakkın taraflar arasında ya da üçüncü kişilere karşı ileri sürölüp sürölemeyeceğı yeni aynî hak statüsünün hâkimiyeti altındadır (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 302; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 327; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 168-169. Aksi görüş için bkz. ESEN, Yıl: 2007 s. 396 vd.; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 227 vd).

Mülkiyeti saklı tutma şartı konusunda verilebilecek bir örnek de, sözleşmenin yapıldığı ülkede, mülkiyetin saklı tutulması kaydı için ilânın şart koşulması hâlidir. Bu kayıtla bağı olan bir otomobil Türkiye'ye getirilip satılırsa, iyi niyetli alıcıya karşı oradaki ilânın ileri sürölmesi mümkün değildir. Bu durumun nedeni, ilânın etkisinin otomobilin kayıtlı olduğı ülkede tekel niteliğinde olmasıdır. Otomobilin Türkiye'ye getirilmiş olmasıyla, Türk Hukuku'ndaki aynî haklara ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır (SEVİĞ, Yıl: 1971 s. 75).

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi için aranan şartlar henüz tamamlanmadan (örneğin, sicile tescilin gerekli olduğı bir hukukta bu tescil yapılmadan), sözleşme konusu mal yer değiştirir ve bu yer değişikliğı esnasında sadece geçici olarak Türkiye'de bulunursa, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerli olup olmadığına

Türk Hukuku'na göre karar verilmemesi gerekir. Bu konuda yetkili hukukunun malın kalıcı olarak bulunacağı yer hukuku olması gerektiğini düşünmekteyiz.

2.2.1.4.3. Kültür ve Tabiat Varlıkları

Taşınır ve taşınmaz mallar açısından kültür varlıklarının özellikli bir yeri vardır. Kültür varlıkları eşsiz ve yeri doldurulamayacak olma özelliğine sahiptir (Kültür ve tabiat varlıklarının zilyetlikle iktisabı konusunda 2683 sayılı Kanun'da bir hükme yer verilmiştir. Hükme göre; *“Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının malikleri bu varlıkların bakım ve onarımlarını Kültür ve Turizm Bakanlığının bu Kanun uyarınca bakım ve onarım hususunda vereceği emir ve talimata uygun olarak yerine getirdikleri sürece, bu Kanunun bu konuda maliklere tanıdığı hak ve muafiyetlerden yararlanırlar. Ancak, kültür ve tabiat varlıklarını koruma bölge kurullarınca birinci grup olarak tescil ve ilan edilen kültür varlıklarının bulunduğu taşınmazlar ile birinci ve ikinci derece arkeolojik sit alanlarındaki taşınmazlar zilyetlik yoluyla iktisap edilemez”* [2683 sayılı Kanun m. 11/1]. Bu hükümden kastedilen kazandırıcı zamanaşımı ile zilyetliğin iktisabıdır, bkz. ÖZEL, Yıl: 2005 s. 123. Konunun yansıdığı bir Yargıtay kararına göre; *“... 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasında kültür varlıklarından, 2. fıkrasında da, tabiat varlıklarından ne anlaşılması gerektiği açıkça belirtilmiş, 3. fıkrasında da, sit alanının tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini taşıyan kent ve kent kalıntıları, önemli tarih hadiseleri cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ve korunması gerekli alanlar olarak tanımlamıştır. Maddenin 5. fıkrasında da, koruma alanı, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması veya tarihi çevre içinde korunmalarında etkinlik taşıyan korunması zorunlu olan alan olarak ifade edilmiştir. Bu tanımlardan da anlaşılacağı üzere, arkeolojik sit alanı genelde çok geniş bir sahayı kapsamakta, kültür ve tabiat varlıkları ile bunların korunma alanı ise "sit alanı" içerisinde, ancak daha küçük yüzölçüme sahip kısımlarda kalmaktadır.*

Kültür ve tabiat varlıkları ile bunların korunması için zorunlu bulunan alanlardan oluşan bütünler, geçmişten günümüze intikâl eden ve bugünden de yarınki nesillere aynen devredilmesi gereken, yeri doldurulmaz çok değerli kültür arazileridir. Aynı Kanunun 11. maddesi ile de, yalnızca korunması zorunlu kültür ve tabiat varlıkları ile bunların koruma alanlarının zilyetlikle iktisap edilemeyeceği hükme bağlanılır.

Az önce de belirtildiği üzere, uyuşmazlık konusu parselin bulunduğu Kekova 1. derece doğal ve arkeolojik sit alanı içerisinde Koruma Kurulu kamın ekli listede isim, nitelik ve yerleri yazılı 36 adet anıt eser yer almaktadır. Belirtilen anıt eserlerin bir bölümü 2863 sayılı Kanunun 6. maddesinde zilyetliği korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarındandır. Aynı maddenin 3. fıkrasında da; sit alanı içerisinde bulunan taşınmaz kültür varlıklarının korunması gerekli taşınmaz ve kültür varlıkları olduğu açıklanmıştır. Tüm bu açıklamalara göre, dava konusu parsel ve çevresinin bulunduğu Kekova 1. Derece arkeolojik doğal sit alanı ile içerisinde bulunan anıt eserler 2863 sayılı Kanun hükümleri uyarınca korunması gerekli taşınmaz ve kültür varlıklarındandır. Aynı Kanunun 5. maddesinde de korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür varlıkları Devlet malı niteliğinde olup 11. maddeye göre de, zilyetlik yolu ile kazanılmaları mümkün değildir. Yukarıdan beri açıklanan madde ve hukukî olgular karşısında dava konusu taşınmazın kazandırıcı zamanaşımı ve zilyetlik yolu ile edinilmesi mümkün bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle kabulü yoluna gidilmiş olması doğru değildir” (Yarg. 8. HD T. 29.04.2002 E. 2002/1261 K. 2002/3523 [bkz. www.kazanci.com]). Özellikle son yıllarda, tarihsel, arkeolojik, estetik değerlere sahip olan kültür varlıkları gerek ulusal gerekse de uluslararası alanda dikkate çekmeye başlamıştır. Zira, bu eserlerin tarihsel ve estetik değeri her yerde kabul edilmektedir (UNDERKUFFLER, Yıl: 2005 s. 110. Kültür ve tabiat varlıkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SANCAKDAR, Yıl: 2012 s. 27 vd.). Bununla birlikte bu varlıkların yüksek ekonomik değere sahip olması kötü amaçlarla kullanılmak istenmesine sebebiyet vermektedir (PECCORARO, Yıl: 1990-1991 s. 1).

Türk Hukuku'nda Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile düzenlenmiş olan kültür varlıkları; *"(1) Kültür varlıkları"; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır. (2) "Tabiat varlıkları"; jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerlerdir"* (2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 3/a/1-2). Benzer şekilde, Amerikan Hukuku'nda da tarihi yapılar, doğa harikası alanlar, dini objeler, arkeolojik kalıntılar kültür varlıkları arasında yer almaktadır (UNDERKUFFLER, Yıl: 2005 s. 110).

Kültür varlıklarının uluslararası alandaki faaliyeti gerek kamu hukuku gerekse de özel hukuk açısından pek çok uluslararası meselenin doğumuna sebebiyet vermektedir. Bu varlıkların iadesi de hemen her hukuk sistemi açısından talep edilebilir olmakla birlikte karmaşık konuları da beraberinde getirmektedir. (CARDUCCI, Yıl: 2006 s. 68). Kanunlar ihtilâfı kuralları birçok olayda, bir devletin kendi ulusal kültür ve tabiat varlıklarını meşru olarak koruma amacı gütmesi ile ilgili konularda yetersiz kalmaktadır. Günümüzde devletler, kültürel varlıklarını – milletlerarası sözleşme yoluyla sağlanan  z mler dışında (Konu ile ilgili bir uluslararası sözleşme olan 1995 UNIDROIT Konvansiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GRIBBLE ve FORREST Yıl: 2006, s. 320-321; ÖZEL Yıl: 1999 s. 509-534; ÖZEL, Sibel, Yıl: 2013 s. 237-258. UNIDROIT Konvansiyonun temel amacı çalınan kültür değerlerini ait oldukları kişiye geri döndürmektir, bkz. ZELIG, Yıl: 2005 s. 305. Avrupa Birliği'nde kültürel eşyaların ihracatı konusu 09. 12. 1992 tarihli, 3911/92 sayılı (OJ L 395 of 31.12.1992) Konsey Tüzük'  ile düzenlenmiştir. Tüzük 01.04.1993'de yürürlüğe girmiş olup, 1996, 2001 ve 2003 yıllarında çeşitli değişikliklere uğramıştır. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. HOFFMAN, Yıl: 2006 s. 191-193) –    ana yönteme başvurarak korumaya çalışmaktadır. Bu yöntemler;

- (1) Kültürel varlıkların devlet malı olarak addedilmesi,
- (2) Devletin kültürel varlıklara el koyma ya da müsadere etme hakkına sahip olması,
- (3) Bu tür varlıkların yurt dışına çıkarılmasının devlet tarafından yasaklanmasıdır (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1100. Kültür varlıklarına uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimi için bkz. PECCORARO, Yıl: 1990-1991 s. 1 vd).

İlk kategoride açıklanan şekilde korunan kültürel varlıklar “domaine public” ya da res extra commercium olarak kabul edilmektedir. İkinci kategoride, bir devlet, kendi topraklarında bulunan kültürel varlıklara el koymaya veya müsadere etmeye karar verdiğinde (Konuya ilişkin olarak, Yeni Zelanda / Ortiz davasında İngiliz başsavcının ünlü kararı, [1984] 1 A.C. 1, bkz. GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1100 Olayda beş tane Maori tahta oyma panosu Sotheby’s’de satışa sunulmuş ve 1820 ya da 1830’lu yıllarda komşu kabilelerin saldırılanlarından korunmaları için Taranaki bölgesinde bir bataklığa gömülmüştür. Bir süre sonra bu bölgenin yerlileri bölgeyi terketmek zorunda kalmıştır. 1972 yılında Maori yerlilerinin bir kısmı panoları çıkararak İngiliz tacir Entwistle’e satmıştır. Entwistle 1972 tarihli Yeni Zelanda Tarihi Eserler Kanunu’nu tarafından öngörülen ihracat iznini almadan eserleri New York’a götürmüştür. Bu eserler New York’da ünlü bir koleksiyoncu olan Ortiz’e satılmıştır. Ortiz panoları beş yıl İsviçre’de tuttuktan sonra, 1977 yılında kızının kaçırılması üzerine, fidye parasını temin maksadıyla eserleri Londra’da Sotheby’s’de satışa sunmuştur. Yeni Zelanda hükümeti de bu durumdan haberdar olunca, satışı durduran ve eserlerin kendisine ait olduğunu belirten bir karar almak amacıyla mahkemeye başvurmuştur. Yeni Zelanda Hükümeti bu davada devlet malının iadesi talebinde bulunmuştur. Yeni Zelanda mevzuatlarını ilk derece mahkemesi mülkiyetin devlete intikâli şeklinde yorumlamış ancak üst derece mahkemesi (Court of Appeal) ve Lordlar Kamarası (House of Lords) ise, mülkiyetin otomatik olarak devlete geçmeyeceğini ve bunun için eşyaya el konulmasının gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme Maori oymalarına Yeni Zelanda’da el konulmadığından mülkiyetin devlete geçmemiş olduğuna; Yeni Zelanda kamu hukuku kurallarının ülke dışında

etkili olmayacağına karar vemiştir, bkz. ÖZEL, Yıl: 1999 s. 147-148.) bu varlıklar üzerinde, eşya hukuku altındaki bir hak kullanımına denk kabul edilebilecek münhasır bir hak kullanımı yapmış olur. Üçüncü kategoride durum farklıdır. Zira, kültürel varlıklarını korumak isteyen devlet bu yöntemde, hiç tartışmasız özel bir kişiye ait sanat eserlerini de kapsayan yurt dışına çıkarma yasağı koymaktadır. Yabancı devlet bu durumda mülkiyet talebinde ya da benzer başka bir talepte bulunamasa da söz konusu varlık ya da eserin iadesini istemektedir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1100).

Kültür varlıklarının, alâlade ticari objeler ile aynı sınıflandırma içinde değerlendirilerek aynı hükümlere tâbi tutmanın hukukun temel amacına aykırı olduğu belirtilmektedir (Kanun'un 5'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre; *“Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tâbi gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir”*. Bu maddede Türkiye’de bulunan veya bulunacak olan tüm kültür varlıkları için, kanunen tesis edilmiş olan bir devlet mülkiyeti esası getirilmiştir. Üzerinde zaten özel veya kamu hukuku kişilerine ait bir mülkiyet hakkı bulunan kültür varlıkları hükmün kapsamı dışındadır. Türk Hukuku’nda mülkiyet hakkının bir kanun maddesi ile el değiştirmesi söz konusu değildir. Ancak Anayasa m. 46 ile taşınmazların kamulaştırılması söz konusu olabilmektedir. Üzerinde hukuken geçerli bir özel mülkiyet hakkı bulunan bir taşınmaz kültür varlığı, Kanun kapsamındaki korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı olarak tescil edildiğinde, kültür varlığı üzerindeki mülkiyet hakkı devlete geçmemektedir. Bu varlıkların bakım ve onarılmasından mülkiyet hakkına sahip olanlar sorumludur. Bir başka deyişle devletin sorumluluğu bu kapsamda yoktur. Belirtmek gerekir ki, mülkiyet hakkına sahip olanlar, gerekli bakım ve onarım işlemlerini yerine getiremezlerse, bu takdirde mülkiyetlerindeki taşınmaz kültür varlıkları kamulaştırılır. Zira 2683 sayılı Kanun m. 11/3’e göre; *“Bu Kanunun belirlediği bakım onarım sorumluluklarını yerine getirmekte aczi olanların mülkleri, usulüne göre kamulaştırılır. Mazbut veya mülhak vakıf varlıkları bu hükme tâbi*

değildir”. Belirtmek gerekir ki kamulaştırılan korunması gerekli olan kültür varlığının kendisi olup, varlığın bulunduğu arazi parçası değildir. Özel mülkiyette bulunan kültür varlıklarının maliklerinin, bu mallar üzerindeki tasarruf hakkı kısıtlanmıştır, bkz. ÖZEL, Yıl: 2005 s. 129-130. Konu ile ilgili kapsamlı bilgi için bkz. ÖZEL, Yıl: 2005 s. 113-138; ÖZEL, Yıl: 1998 s. 6 vd.). Bu varlıklarda kamunun koruması yaygın olarak görülmektedir. Örneğin, bu varlıkların ithalat ve ihracatının yapılması pek çok yerde yasaktır (UNDERKUFFLER, Yıl: 2005 s. 112). Bu varlıklar açısından en büyük sorun eserlerin fiziksel olarak iyi şartlarda korunması, illegal dolaşımın önlenmesi (UNDERKUFFLER, Yıl: 2005 s. 111) ve toplumun kendi kültür mirasından mahrum kalmamasıdır. Ayrıca kültür varlıklarına yönelik taleplerin yoğunluğu ve bu konuda büyük miktarda paraların el değiştirdiği de bir gerçektir. Bu gibi nedenlerden dolayı taşınır mal niteliğine sahip olan kültür varlıkları hakkındaki aynî hakka yönelik işlemlerde malın bulunma yeri hukukunun (Karşılaştırmalı hukukta *lex situs*’un uygulandığı bazı davalar için bkz. HOFFMAN, Yıl: 2006 s. 169 vd.) uygulanması adaletsiz sonuçlara neden olabilir. Zira, *lex rei sitae*’ye bağlanma kültür varlıklarının kendine özgü yapısı düşünülerek getirilen bir çözüm değildir. Çalıntı, kayıp ya da emanete bırakılan kültür varlıkları yurtdışına çıkarılıp iyiniyetli bir üçüncü kişiye satıldığında, bu kültür varlığının mülkiyetinin gerçek malikte mi kalacağı yoksa iyiniyetli üçüncü kişiye mi geçeceği bir sorun teşkil etmektedir. *Lex rei sitae*’nin koşulsuz uygulanması halinde, kimi zaman gerçek malikin kimi zamansa iyiniyetli alıcının haklarının korunması söz konusu olabilecektir. Bu nedenlerle doktrinde, tercih ya da sonuç seçimi prensibi olarak adlandırılan ve önceden saptanmış bir bağlama kuralı yerine, mülkiyet talebi ile açılan davada mahkemenin uygulanması öngörülen kuralları analiz ederek, belirli bir amacı gerçekleştirmek için konulan kuralı tercih etmesi gerektiği; bu noktada gerçek maliki korumak amacıyla getirilen kuralların kültür varlıklarının korunmasına hizmet etmeleri nedeniyle o hukukun *lex situs* ya da kaynak ülke olup olmadığına bakılmaksızın uygulanmasının gerektiği belirtilmiştir (ÖZEL, Yıl: 1998 s. 360 vd. ÖZEL, bu prensibin kültür varlıklarının konu edildiği her türlü davada değil, sadece çalıntı, kayıp ya da emanete bırakılan kültür varlıklarının gerçek maliklerince açılan istihkak davalarında geçerli olması gerektiğini savunmaktadır, ÖZEL, Yıl: 1998 s.

360). Yine, devletin mülkiyet hakkına sahip olmadığı ve sadece ihraç yasaklarının olduğu kültür varlıklarının, devletin izni olmaksızın yurt dışına götürülmesi, ülkesinden götürülen kültür varlığının iadesini isteyen ülkenin bu talebinin esasını mülkiyet hakkı değil, kendisinin ihraç yasakları oluşturmaktadır. Ancak bu talep, devletler arasında ikili ya da çok taraflı bir anlaşma yoksa ya da konuyu düzenleyen bir iç hukuk mevzuatı bulunmuyorsa, başarıya ulaşmamaktadır. Zira, bu tür talepler kaynak ülke ihracat yasaklarının yabancı ülkede icrası anlamına gelmektedir (ÖZEL, Yıl: 1998 s. 409). (Türk Hukuku'na göre korunması gereken taşınır kültür ve tabiat varlıkları; “a) Jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü kültür ve tabiat varlıkları; Her çeşit hayvan ve bitki fosilleri, insan iskeletleri, çakmak taşları (sleks), volkan camları (obsidyen), kemik veya madeni her türlü aletler, çini, seramik, benzeri kab ve kacaklar, heykeller, figürinler, tabletler, kesici, koruyucu ve vurucu silahlar, putlar (ikon), cam eşyalar, süs eşyaları (hülliyyat), yüzük taşları, küpeler, iğneler, askılar, mühürler, bilezik ve benzerleri, maskeler, taçlar (diadem), deri, bez, papirus, parşümen veya maden üzerine yazılı veya tasvirli belgeler, tartı araçları, sikkeler, damgalı veya yazılı levhalar, yazma veya tezhipli kitaplar, minyatürler, sanat değerine haiz gravür, yağlıboya veya suluboya tablolar, muhallefat (relique'ler), nişanlar, madalyalar, çini, toprak, cam, ağaç, kumaş ve benzeri taşınır eşyalar ve bunların parçaları, Halkın sosyal heyetini yansıtan, insan yapısı araç ve gereçler dahil, bilim, din ve mihaniki sanatlarla ilgili etnografik nitelikteki kültür varlıkları. Osmanlı Padişahlarından Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V. Mehmet Reşat ve Vahidettin ve aynı çağdaki sikkeler, bu Kanuna göre tescile tabi olmaksızın yurt içinde alınıp satılabilirler. Bu madde kararına girmeyen sikkeler bu Kanunun genel hükümlerine tabidir. b) Milli tarihimizdeki önemleri sebebiyle, Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşuna ait tarihi değer taşıyan belge ve eşyalar, Mustafa Kemal ATATÜRK'e ait zati eşya, evrak, kitap, yazı ve benzeri taşınırlar” [2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m. 23]. Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ise; “a) Korunması gerekli tabiat varlıkları ile 19 uncu yüzyıl sonuna

kadar yapılmış taşınmazlar, b) Belirlenen tarihten sonra yapılmış olup önem ve özellikleri bakımından Kültür ve Turizm Bakanlığınca korunmalarında gerek görülen taşınmazlar, c) Sit alanı içinde bulunan taşınmaz kültür varlıkları, d) Milli tarihimizdeki önlemleri sebebiyle zaman kavramı ve tescil söz konusu olmaksızın Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluşunda büyük tarihi olaylara sahne olmuş binalar ve tesbit edilecek alanlar ile Mustafa Kemal ATATÜRK tarafından kullanılmış evler. Ancak, Koruma Kurullarınca mimari, tarihi, estetik, arkeolojik ve diğer önem ve özellikleri bakımından korunması gerekli bulunmadığı karar altına alınan taşınmazlar, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı sayılmazlar. Kaya mezarlıkları, yazılı, resimli ve kabartmalı kayalar, resimli mağaralar, höyükler, tümülüsler, ören yerleri, akropol ve nekropoller; kale, hisar, burç, sur, tarihi kışla, tabya ve isihkamlar ile bunlarda bulunan sabit silahlar; harabeler, kervansaraylar, han, hamam ve medreseler; kümbet, türbe ve kitabeler, köprüler, su kemerleri, su yolları, sarnıç ve kuyular; tarihi yol kalıntıları, mesafe taşları, eski sınırları belirten delikli taşlar, dikili taşlar; sunaklar, tersaneler, rıhtımlar; tarihi saraylar, köşkler, evler, yalılar ve konaklar; camiler, mescitler, musallalar, namazgahlar; çeşme ve sebiller; imarethane, darphane, şifahane, muvakkithane, simkeşhane, tekke ve zaviyeler; mezarlıklar, hazireler, arastalar, bedestenler, kapalı çarşılar, sandukalar, siteller, sinagoglar, bazilikalar, kiliseler, manastırlar; külliyele, eski anıt ve duvar kalıntıları; freskler, kabartmalar, mozaikler, peri bacaları ve benzeri taşınmazlar; taşınmaz kültür varlığı örneklerindendir. Tarihi mağaralar, kaya sığınakları; özellik gösteren ağaç ve ağaç toplulukları ile benzerleri; taşınmaz tabiat varlığı örneklerindendir” [2863 sayılı Kanun m. 6])

Kültür ve tabiat varlıklarının korunması konusunda, hukukî işlemlerin korunması hususu işe yaramadığında, bu gibi koruma amaçlı normların kamu hukukuna dayanan niteliği gerekçe gösterilerek yabancı devlete itiraz edilip edilemeyeceği sorusunu cevaplamak gerekir. Bu konu İsviçre doktrinde incelenmiştir. Doktrinde, İsviçre’de görev yapan bir hâkimin “lex rei sitae” çerçevesinde yabancı bir koruma normu uygulamak zorunda olduğunda (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 100/1), söz konusu normun İsviçre

Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 13/2 gereği kamu hukuku kapsamına giriyor olmasının, prensip olarak kullanımına engel teşkil etmeyeceği belirtilmektedir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1100).

Yabancı devletin kamu hukuku karakterli koruma normunun uygulandığı bir başa örnek olarak Almanya Federal Yüksek Mahkemesinin Nijerya kararı verilebilir. Bu davada kaynak ülkedeki ihraç yasaklarına aykırılık ahlaka aykırı bir davranış olarak görülmüş ve bu durumun sözleşmenin ifasına engel olacağına hükmedilmiştir. Olayda Nijeryalı bir şirket, Hartcout limanından (Nijerya) Hamburg'a (Almanya) Nijerya sanat eserleri ile dolu olan üç sandığın taşınması için bir sigorta sözleşmesi yapmıştır. Sigorta bir Alman şirketi ile Alman Hukuku'na tâbi olarak yapılmış ve eserler Nijerya'nın ihracat izni olmadan yurt dışına çıkarılmıştır. Seyahat esnasında altı adet bronz heykel kaybolmuş ve davacı bu kayıptan dolayı sigorta şirketi aleyhine tazminat davası açmıştır. Söz konusu karara göre, uluslararası toplumda hâkim olan temel kanaate göre her ülke, kendi kültürel mirasını koruma ve bu kültürel miras için tehdit oluşturan, dolayısıyla da mücadele edilmesi gereken uygulamaları yasaklama hakkına sahiptir. Kültürel bir varlığın menşe ülkedeki yasağa rağmen yurt dışına çıkarılmasında sanat eserlerinin uluslararası ticaretinde eşitlik ilkesini korumak adına Medeni Kanun çerçevesinde korunmaya hak kazanmayacağı ve aynı şekilde bu eserlerin sigortalanmasının da korunmayacağı belirtilmiştir. Zira, böyle bir sözleşmede sigortalanabilir bir menfaat bulunmamaktadır. Bu kararda yabancı ülkede ihraç yasağı dolayısıyla dikkate alınmış ve işlem geçersiz sayılmıştır. Ayrıca Mahkeme, ahlâka aykırılık yanında 1970 UNESCO Konvansiyonu'nun temsil ettiğini öngörmüş olduğu milletlerarası kamu düzeni kavramına da dayanarak tazminat talebini reddetmiştir (Bundesgerichtshof 22 Haziran 1972 59 Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, s. 82, NJW 1872 Heft 35, s. 1575. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1100; ÖZEL, Yıl: 1998 s. 406 vd.; ULUOCAK, Yıl: 1994 s. 145).

2.2.1.4.4. Tasarruf Yetkisi

Tasarruf yetkisi, tasarruf işlemine konu olan şeye doğrudan doğruya etki yapabilen, onun üzerinde bulunan bir hakkı başkasına devretme, değiştirme ya da son vermeyi ifade etmektedir (S. HELVACI, Yıl: 2013 s. 53; OĞUZMAN vd. Yıl: 2012 s. 49). Tasarruf yetkisinin hangi hukuka bağlı olacağını tespit edebilmek için öncelikle kısaca borçlandırııcı işlem-tasarruf işlemi ayrımından bahsetmek gerekir. Hukukî işlem yapabilme ehliyeti, borçlandırııcı işlem yapabilme ehliyeti (sözleşme ehliyeti) yanında tasarruf işlemi yapabilme ehliyetini (tasarruf ehliyeti) de kapsamaktadır. Tasarruf ehliyeti fiil ehliyetinin bir görünüm şeklidir (S. HELVACI, Yıl: 2013 s. 52-53; OĞUZMAN vd. Yıl: 2012 s. 49).

Hukukî işlem yapabilme ehliyeti, borçlandırııcı işlem yapabilme ehliyeti (sözleşme ehliyeti) yanında tasarruf işlemi yapabilme ehliyetini (tasarruf ehliyeti) de kapsamaktadır. Tasarruf ehliyeti fiil ehliyetinin bir görünüm şeklidir Bir kimsenin borçlandırııcı işlemde bulunma ehliyeti ile tasarruf ehliyetinin de birbirinden ayrılması gerekir. Örneğin, bir taşınmaz satışı sözleşmesi yapıldığında borçlandırııcı işlemi yapma ehliyeti sözleşme yapma ehliyeti; resmî şekilde yapılan bu sözleşmenin tapuda tescil edilmesi suretiyle mülkiyetin kazanılması (ya da terkin suretiyle mülkiyetin kaybı) için gereken ehliyet ise, tasarruf ehliyetidir. Tasarruf ehliyeti için, kişinin hem madden hem de şeklen tasarruf hakkına sahip olması gerekir. Bir başka ifadeyle, kişinin hem gerçekten malın maliki olması (madden) hem tapuda malik olarak gözükmesi (şeklen) gerekmektedir. Aksi halde söz konusu işlemi yapan kişinin tasarruf ehliyeti olmayacaktır.

Taşınmaz mülkiyeti edinme konusunda Türk Hukuku'nda borçlandırııcı işlemle tasarruf işlemi iç içe geçmiştir. Uygulamada her ikisi de tapuda yapılmaktadır. Örneğin, bir yabancı gerçek kişinin Türkiye'de taşınmaz mülkiyeti edinmesi genel olarak Tapu Kanunu m. 35 hükmüne tâbidir. Bu madde hükümleri uyarınca gerekli şartları taşıyan yabancı gerçek kişinin taşınmaz mülkiyeti ya da sınırlı aynî hak edinme konusunda tapuda yapacağı tescili talep işlemi tasarruf ehliyetidir. Bir başka

örnek olarak, Türkiye’de bulunan bir taşınmazın inançlı işlemin konusunu oluşturduğunu farz edelim. Bu sözleşmede gereken tüm şartlara uyulmuş olsa da, inanan ya da inanılanın yabancı olması hâlinde, bu kişi/kişilerin yabancıların taşınmaz edinmesi için gereken şartları taşıması gerekir. Türk Hukuku’na göre yabancının taşınmaz edinmesi mümkün değilse, -uygulama nedeniyle- yabancı ne borçlandırıci işlemi yapma ehliyetine (taşınmaz satımı sözleşmesi) ne de tasarruf işlemi ehliyetine (tescil) sahip olacaktır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise taşınmazlar açısından tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının aynî hak statüsünün kapsamı içinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir.

Bir kimse fiil ehliyetine sahip olduğunda genel olarak hukukî işlem ve bu arada tasarruf işlemi yapmaya ehildir. Ancak tasarruf edilecek hakka sahip değilse veya hakka sahip olmakla birlikte tasarruf yetkisi bulunmuyorsa, o kişi ehliyetli olmasına rağmen, söz konusu hakta tasarruf edemeyecektir. Yapacağı tasarruf işlemi, tasarruf yetkisi yokluğundan geçersiz olacaktır. Aynı şekilde bir kimsenin tasarruf yetkisi olmakla birlikte tasarruf ehliyeti yoksa, bu takdirde de ehliyetsizlik sebebiyle geçerli bir tasarruf işlemi yapamayacaktır (OĞUZMAN vd Yıl: 2014 s. 49. Benzer yönde, DURAL ve ÖĞÜZ, Yıl: 2014 s. 51-52).

Türk Hukuku’nda tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını TMK m. 194’de düzenlenen aile konut şerhinde (Aile konutu konusunda diğer eşin rızası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞİPKA, Yıl: 2004 s. 1 vd.) TMK m. 199’da düzenlenen ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinde, çekişmeli hakların korunmasında, haciz, iflâs kararı veya konkordato durumlarına ilişkin bazı hâllerde görmek mümkündür. Örneğin, TMK m. 194 gereği aile konutu şerhi Aile konutu şerhinin konulması (prosedürü) ise, usule ilişkin olduğundan lex fori’nin uygulanması gerekir. Ayrıca aile konutu şerhi konulmasına ilişkin dava taşınmazın aynına ilişkin değildir (Yarg. 2. HD T. 25.06.2014 E. 2014/2879 K. 2014/14489 [bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 68-70]).

konulan bir taşınmazda, taşınmaz maliki diğer eşin rızasını almadıkça taşınmazın mülkiyetini devredemeyeceği gibi, aile konutu üzerindeki hakları da sınırlandırılmayacaktır. Bu durum doktrinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılması olarak kabul edilmektedir. Bu durumda örneğin, Polonya vatandaşı ve malın maliki olan eşin, kendi hukuku bu taşınmazı satmasına izin verse bile, Türkiye’de bu işlemi gerçekleştiremeyecektir. Zira, maddede yabancı-vatandaş ayrımı yapılmamıştır. Hükmün getiriliş amacı ailenin malvarlığının korunmasıdır. Burada tasarruf yetkisine uygulanacak hukuk tasarruf edilecek şeye uygulanan hukuka tâbi olmalıdır. Bu nedenle aile konutu şerhi bulunan bir taşınmazın satışı konusundaki tasarruf yetkisine uygulanacak hukuk taşınmazın bulunduğu yer hukukudur.

2.2.1.4.5. Alacakların, Kıymetli Evrakın ve Diğer Hakların Rehnine Uygulanacak Hukuk

Alacakların, kıymetli evrakın ve diğer hakların rehnine uygulanacak hukuk konusu MÖHUK’da düzenlenmemiştir. Ancak konuya ilişkin bir hüküm İsviçre Hukuku’nda yer almaktadır. İsviçre Hukuku’nda bu konuda objektif yöntem ve sübjektif yöntem birlikte uygulanmaktadır. Bir başka ifade ile kanun koyucu bu konuda ilk olarak hukuk seçimine imkân tanımıştır (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 105/1). Bu hukuk seçimine dayanarak üçüncü kişilere karşı itiraz edilememektedir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 105/1).

Tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde ise, alacakların ve kıymetli evrakların rehni, rehin alacaklısının yerleşim yeri hukukuna tâbi olur; diğer hakların rehni ise bunlarla ilgili olarak geçerli olan hukuka tâbi olmaktadır (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 105/2). Borçluya karşı sadece, rehnedilen hakkın tâbi olduğu hukuka dayanarak itiraz edilebilmektedir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 105/3).

Kanun’da geçen “rehin” ifadesi, rehin işlemini bir bütün olarak kapsamaktadır. Bu duruma rehin hakkının içeriği ile kullanımı, özellikle de uygulamada ön plana

çıkan değerlendirme – örneğin kendi namına yürütülen hisse senedi işlemleri- de dahildir. Ancak her ne kadar rehin ifdesi rehin işlemini bir bütün olarak kapsamakta olsa da, rehnedilen kıymetli evraklar farklı ülkelerde bulunduğu, rehin alacaklısının haklarını kullanabilmesi genellikle rehnin bulunduğu ülkeye de bağlı olmaktadır (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1121).

Üzerinde rehin tesis edilen varlığın bir alacak, kıymetli evrak ya da başka bir hak niteliği mi taşıdığına, söz konusu hakkın tâbi olduğu hukuka, bir başka ifade ile alacak mevzuatına, kıymetli evrak mevzuatına ya da başka bir hak mevzuatına göre karar verilecektir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1122).

Maddenin ilk fıkrasında bir rehin işleminde taraflarının uygulanacak hukuku seçme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Kanun hükmüne göre bu hak sadece alacaklar ve kıymetli evraklar üzerinde tesis edilen rehinlerde değil, aynı zamanda “başka haklar” üzerinde tesis edilen rehinlerde de geçerlidir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1122). Diğer haklara örnek olarak gayrimenkul rehin hakkı, müşterek mülkiyet payları, (senetsiz) şirket hisseleri, gayri maddi varlık hakları, miras payları verilebilir. Bu hakların üzerinde rehin tesisinin şartları ve etkileri, büyük ölçüde bu hakların niteliğine bağlıdır. Bu nedenle söz konusu hakların tâbi olduğu mevzuata göre düzenlenmesi gerekmektedir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1124).

Türk Hukuku’nda alacakların, kıymetli evrakın ve diğer hakların rehnine uygulanacak hukuk konusunda özel bir düzenleme yer almamaktadır. Alacak, kıymetli evrak ya da diğer haklar üzerinde sınırlı aynî hak kurulup kurulamayacağı bir vasıflandırma problemidir. Vasıflandırmanın lex fori’ye göre yapılması gerekir. Türk maddi hukukunda alacakların, kıymetli evrakın (Türk Hukuku’nda kıymetli evrakın rehni konusunda bkz. KUBİLAY, Yıl: 1987 s. 497-513) (TTK m. 647) ve hakların rehni mümkündür. Kıymetli evrakın rehninin hukukî niteliği konusunda tartışma tespit edilememekte birlikte, alacak ve haklar üzerinde kurulan rehin hakkının hukukî niteliği ise tartışmalıdır. Doktrinde alacaklar ve haklar üzerine

kurulan rehnin, hak sahibine aynî hak sağlamayacağı, (ESKİÖCAK, Yıl: 2009 s. 52; OĞUZMAN vd. Yıl: 2013 s. 987) aynî hak benzeri mutlak hak olduğu (KÖPRÜLÜ ve KANETİ, Yıl: 1982-1983 s. 254) ve son olarak mutlak etkisi sınırlı bir aynî hak olduğu (L. SİRMEN, Yıl: 1990 s. 10) görüşleri ileri sürülmektedir.

Türk Hukuku'nda alacak rehninin aynî hak statüsünde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak malın bulunduğu yer hukukunun uygulanması ortada bir mal olmadığı için mümkün değildir. MÖHUK m. 21 hükmünde en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gibi bir düzenleme de yer almadığından böyle bir uyumsuzlıkla karşılan hâkimin uluslararası hukuktan yararlanarak kanun boşluğunu doldurması gündeme gelebilir (Hâkim iç hukuktaki kanun boşluğunu doldurmak için kullandığı usulü kural olarak milletlerarası özel hukuk alanında da kullanacaktır. MK m. 1/1 uyarınca kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vermelidir. Milletlerarası özel hukukta da hâkim çözmek zorunda olduğu hayat ilişkisinin ağırlık noktasını, yerini araştırmalı ve çeşitli menfaatleri karşılaştırarak milletlerarası özel hukuk hakkaniyetini belirleyerek en uygun hukuk sistemine bu hayat ilişkisini bağlamak zorundadır, bkz. NOMER, Yıl: 2015 s. 85. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GİRAY, Yıl: 2011 s. 555-577). Bu kapsamda İsviçre Hukuku'nda yer alan “rehin alacaklısının yerleşim yeri hukukunun” uygulanması söz konusu olabilecektir.

Kıymetli evrakin rehni konusunda da MÖHUK'da bir düzenleme yer almamaktadır. Kanaatimizce burada kıymetli evrakin bulunduğu yer ile malın bulunduğu yer aynı yer olacağından bir problem doğmayacak ve malın bulunduğu yer hukuku uygulanarak uyumsuzluk çözümlenecektir.

Diğer hakların rehni ise, bunlarla ilgili olarak geçerli olan hukuka tâbi olmalıdır. Örneğin, bir miras payının rehni miras statüsüne tâbi olmalıdır.

2.2.2. Sübjektif Olarak Uygulanacak Hukuk

Milletlerarası özel hukukta taraf iradelerini egemen kılmak amacıyla (Milletlerarası özel hukukta hukuk seçiminin davacının menfaatinin doğru şekilde korunması ya da devlet menfaatinin (düzeninin) hukuk seçimini gerçekten gerekli kılması hâlinde söz konusu olması konusunda bkz. EHRENZWEIG, Yıl: 1961 s. 252). Bazı uyuşmazlığa durumlarda uygulanacak hukuku seçme hakkı tanınmıştır. Bu şekilde uygulanacak hukukun tespiti sübjektif yöntem olarak ifade edilebilir.

Türk Hukuku'nda hukuk seçimi olanağı en geniş şekilde sözleşmeler alanında kendini göstermektedir. Hatta sözleşmeler alanında uygulanacak hukuku seçme olanağı adeta evrensel bir nitelik hâlini almıştır.

Yabancılik unsuru taşıyan hukukî işlemlerde uygulanacak hukuku seçebilmek için MÖHUK'da açık bir hükme ihtiyaç vardır. Türk Hukuku'nda hukuk seçimi olanağı evlilik mallarına (MÖHUK m. 15/1), sözleşmelere (MÖHUK m. 24, MÖHUK m. 26, MÖHUK m. 27, MÖHUK m. 28, MÖHUK m. 29), haksız fiillere (MÖHUK m. 34) ve sebepsiz zenginleşmeye (MÖHUK m. 39) uygulanacak hukukta vardır. Aynî haklar konusunda ise hukuk seçimi olanağı söz konusu değildir.

Türk Hukuku'nda yabancılik unsuru içermeyen durumlarda uygulanacak hukukun yabancı hukuk olarak seçilmesinin uyuşmazlığa yabancılik unsuru katıp katmayacağı konusu özellikle sözleşmeler konusunda tartışmalıdır. Doktrinde bir grup bu konuda sözleşmenin yabancılik unsuru içeren bir sözleşme olduğunu savunurken (BEKTAŞ, Yıl: 2010 s. 32; ÇİLİNGİROĞLU, Yıl: 1989 s. 113; NOMER, Yıl: 2015 s. 315) diğer grup ise bu durumun tek başına sözleşmeye yabancılik unsuru katmayacağını ileri sürmektedir (ACUN-MEKENGECİ, Yıl: 2014 s. 78; DEMİRKOL, Yıl: 2011 s. 48; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Yıl: 2010 s. 33-34; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 369; SARGIN, Yıl: 2002 s. 184). Bu tartışmayı aynî haklar konusuna taşıdığımızda kanaatimizce yabancılik unsuru içermeyen aynî hakka ilişkin bir uyuşmazlıkta tarafların uygulanacak hukuku

seçmelerinin, uyuşmazlığı yabancılik unsuru taşıyan bir hukukî ilişki haline getirmesi mümkün değildir. Zaten Türk Hukuku'nda aynî haklar konusunda hukuk seçimine izin verilmediğinden yapılacak böylesi bir seçim geçerli olmayacaktır. Yabancılik unsuru içeren bir sözleşmede tarafların hukuk seçimi yapmış olması, söz konusu uyuşmazlık açısından çıkabilecek mülkiyet ya da sınırlı aynî hak uyuşmazlıklarına (aynî hak) etki etmeyecektir (BRIGGS, Yıl: 2008, s. 402).

Karşılaştırmalı hukuka baktığımızda Türk Hukuku'nda olduğu gibi aynî haklar konusunda hukuk seçiminin kabul edilmediği hukuk sistemlerine rastlamak mümkündür. Bu konuda örnek olarak Alman Hukuku'nu (EGBGB m. 43), Kazakistan Hukuku'nu (Kazakistan Medenî Kanunu m. 1107), İngiliz Hukuku'nu (BRIGGS, Yıl: 2008 s. 420. İngiliz Hukuku'nda aynî haklar konusunda hukuk seçimine imkân tanınmamasının sebebi olarak, aynî haklarda söz konusu hak ile ilgili üçüncü kişilerin olabileceği, üçüncü kişinin aynî hakla ilgili her türlü bilgiye ulaşabilmesi için uygulanacak hukuku bilmesi gerekmesi gösterilmektedir, bkz. BRIGGS, Yıl: 2008 s. 420) vermek mümkündür.

Aynî haklar konusunda hukuk sistemlerinin hepsinde hukuk seçiminin reddedildiği söylenemeyecektir. Son zamanlarda özellikle taşınırmlar konusunda hukuk seçimine izin verildiğini görmek mümkündür. Zira, geleneksel situs kuralına sıkı sıkıya bağlılık gösterildiğinde, tarafların çıkarlarının her zaman korunamayacağının görülmesi üzerine, taşınır mallar konusunda en azından sınırlı bir hukuk seçimi hakkına izin verilmesi yönündeki talepler giderek artmıştır. Hukuk seçimine izin verilmesinin sağlayacağı avantajların, özellikle eşyanın bulunduğu yerin çoğu kez belirsiz ya da tesadüflere bağlı olduğu uluslararası ticari işlemlerde kendini göstereceği de ileri sürülmektedir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1117).

Taşınır mallar üzerindeki aynî haklar konusunda hukuk seçimine izin veren hukuk sistemlerine Çin Hukuku ve İsviçre Hukuku'nu örnek olarak verebiliriz. Çin Hukuku'nda Yabancı Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun m. 37'ye göre, taşınır mallar üzerinde aynî haklarda uygulanacak hukuk konusunda

hukuk seçimi yapılması olanağı vardır. Hukuk seçiminin yapılmaması hâlinde ise, işlem anında malların bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, taşınmaz mallar üzerinde aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda ise, hukuk seçimi söz konusu değildir.

Çin Hukuku'nda sözleşmelere uygulanacak hukuk ile aynî haklara uygulanacak hukuk farklı kurallarla belirlenmiştir. Doktrinde taşınır malların konu olduğu aynî hak uyuşmazlıklarında *lex rei sitae*'nin önemini korumaya devam ettiği; ancak sözleşmelerle aynî haklar arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu ve hukuk seçimi yolu ile sözleşmelere uygulanacak hukuk ile aynî haklara uygulanacak hukuku tek bir hukuk sistemine bağlı kılmamanın mümkün olduğu ifade edilmiştir (LIANG ve QIAO, Yıl: 2014 s. 455).

İsviçre Hukuku'ndaki hukuk seçimi olanağı Çin Hukuku'na göre daha sınırlıdır. Zira, sınırlı bir hukuk seçimi söz konusudur. İsviçre Hukuku'na göre, taraflar taşınır mallar üzerindeki aynî hakların edinimi ve kaybedilmesi konusunda çıkış veya varış ülkesinin hukukunu ya da ilgili hukukî işlemin tâbi olduğu hukuku, geçerli hukuk olarak kabul edebilirler (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 104/1). Hukuk seçimine dayanarak üçüncü kişilere karşı itiraz edilemeyecektir. Bir başka ifade ile hukuk seçimi yalnızca taraflar arasında bağlayıcı olup, üçüncü kişilere karşı hukuk seçimi ileri sürülemeyecektir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 104/2) (ZIEGIER vd. Yıl: 1999 s. 396).

İsviçre Hukuku'nda aynî haklar bakımından hukuk seçimine sadece aynî hakların *edinilmesi ya da kaybedilmesi* konusundaki mülkiyet uyuşmazlıklarında izin verilmektedir. Doktrinde ise, böylesi bir sınırlamanın gerekli olmadığı, tarafların İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 100/2 uyarınca kendi aralarındaki ilişkide aynî hakların içeriği ve kullanımını da düzenlemekte serbest oldukları, kapsamın bu şekilde belirlenmesinin ise daha ziyade akademik açıdan anlam taşıdığı, zira, madde 104/2 uyarınca hukuk seçiminin üçüncü tarafların aleyhlerine

olacak şekilde icra edilmesinin söz konusu olmadığı ileri sürülmektedir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1117).

İsviçre Hukuku'nda taşınır mallar konusunda hukuk seçimine izin verilmesinde göz önünde tutulan esas konu uluslararası ticari işlemlerdir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1095; ZIEGIER vd. Yıl: 1999 s. 397). Bir eşyanın bir ülkeden diğerine gönderilmesi gerektiğinde eşyanın bulunduğu yer her zaman yasal menfaatlerin ağırlık noktasını oluşturmaz. Hata, bu konuda lex rei sitae kuralının sadece “ortalama bir menfaat değerlendirmesinin bir dışa vurumu” olduğu ileri sürülmektedir. Anılan türdeki ticari işlemler için bu sebepten dolayı “*Uluslararası Ticari İşlemler*” başlığı altında kayda değer argümanlarla desteklenen özel kuralların benimsenmesi önerilmektedir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1095).

Hukuk seçimi uygulamadaki önemini, İsviçre'den bir “*konsensüs*” ülkesine mal teslimatı gerçekleştiğinde kazanmaktadır. Örneğin, taraflar malların Fransa'ya ihracında uygulanacak hukuk olarak Fransız Hukuku'nun geçerli olmasını kararlaştırdığında malların mülkiyeti, mallar henüz İsviçreli satıcının elinden çıkmamış olsa dahi, daha sözleşme akdedildiği anda Fransız alıcıya geçmektedir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1117).

İsviçre Hukuku'nda aynî hakların kazanılması ve kaybedilmesi konusunda düzenleme getiren hükümler (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 99-100 gibi) gerek hukukî işlemler gerekse de kanun gereği kazanılan ya da kaybedilen aynî haklara uygulanmaktadır. Ancak hukuk seçimi olanağı kural olarak hukukî işlemler sonucu kazanılan ya da kaybedilen aynî haklarda söz konusu olmaktadır (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1093-1094).

Yine, İsviçre hukuku'nda hukuk seçimi ithâl mallar üzerindeki mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışlar konusunda pratik öneme sahiptir. İsviçre Hukuku'nda mülkiyeti muhafaza kaydıyla satış konusunda ayrı bir hükme yer verilmiştir. Söz

konusu hükme göre taşınır bir mal İsviçre'ye giriş yaptığı ve yurt dışında bu mal üzerinde, İsviçre Hukuku'nda öngörülen gerekleri yerine getirmeyen bir mülkiyet muhafazası geçerli biçimde yapıldığı takdirde, söz konusu mülkiyet muhafazası İsviçre'de üç ay boyunca geçerliliğini korur (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 102/2). Bu gibi bir mülkiyet muhafazasının varlığı gerekçe gösterilerek iyi niyetli kişilere karşı itirazda bulunulamaz (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 102/3). İsviçre'ye giriş yapmış eşyalara ait mülkiyetin muhafazası, iyiniyetli kişiler uyarınca etkisinin kısıtlanması sonucunda (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 102/3) genellikle sadece kısmi olarak geçerliliğini koruyabilmektedir. Bu nedenle bazı durumlarda hukuk seçimi daha avantajlı gibi görünmektedir. Taraflar bu gibi eşyaların alım-satımında İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 104/1 uyarınca yurt dışındaki çıkış ülkesinin hukukunu geçerli kabul ettiğinde ve bu hukukta yürürlükte olan kanunlar, örneğin, taraflar arasında yapılacak anlaşma yoluyla eşyanın devredilmesine karşın mülkiyetin muhafazasına izin verdiği takdirde (örneğin Alman Medeni Kanunu § 455 ve ayrıca İngiltere'de: Clough Mill Ltd. / Martin arasında görülen dava [1985] I W.B.R. 111,116), mülkiyetin saklı tutma sözleşmesi taraflar arasında İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 102/2 öngörülen üç aylık süre sona erdikten sonra da geçerliliğini koruyabilecektir

İsviçre Milletlerarası Özel hukuk Kanuu m. 104/2 hükmü hukuk seçimine dayanarak üçüncü kişilere karşı itiraz edilemeyeceğini düzenlemektedir. Bununla birlikte üçüncü kişilerin seçilen hukuku dayanak almasına izin verilmektedir. Üçüncü kişi bilhassa uluslararası ticari işlemlerde hukuk seçiminden menfaat sağlayabilir. Bu menfaati özellikle de eşyanın yeri bilinmediğinde veya tesadüflere bağlı olduğunda ortaya çıkmaktadır. Ancak seçilen hukukun uygulanmasının istenmemesi halinde örneğin, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 100/1 uyarınca *lex rei sitae*, taşınmakta olan mallar için ise, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 101 uygulanacaktır (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1118). Bir başka ifadeyle hukuk seçimi yapılmamış gibi, kanunî düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.

Hukukî işlemin tarafları dışındaki herkes üçüncü kişi olarak kabul edilmektedir. Hatta söz konusu tarafların alacaklıları da bu duruma dahildir. Bir eşya İsviçre'den Fransa'ya satıldığında ve taraflar Fransız Hukuku'nu uygulanacak hukuk olarak seçtiğinde, üçüncü taraflar, söz konusu eşya İsviçre'de satıcının mülkiyetinde kalmaya devam ettiği sürece ilgili eşyayı malik olan satıcıdan satın alabilir. Satıcının ödeme aczine düştüğü durumlarda ilgili eşya henüz (İsviçre'de) satıcının mülkiyetinden çıkmamış olduğu takdirde, Fransız alıcı mülkiyet talebinde bulunarak, satıcının iflâs masası kapsamına girmiş olan eşyaların kendisine verilmesini isteyemez. Taraflar aynı örnekte İsviçre Hukuku'nu seçtiği takdirde Fransız alıcı, mallar Fransa'ya ulaşmış olsa bile, teslimat gerçekleşmediği sürece malların mülkiyetini kazanamaz. Buna karşın üçüncü taraflar teslimat henüz gerçekleşmemiş olsa dahi, malların sınırı aşması ile birlikte Fransız alıcıdan yasal olarak geçerli alımlar yapabilir. Zira, üçüncü taraflar için Fransız Hukuku'ndaki sözleşme ile malın mülkiyetinin geçmesi prensibi geçerli olacaktır (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1119).

İsviçre Hukuku'nda hukuk seçimi olanağının tanındığı bir diğer hüküm İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.105'te düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm alacakların, kıymetli evrakın ve diğer hakların rehnini düzenlemektedir.

Aynî haklar konusunda hukuk seçiminin açık veya örtülü olarak yapıp yapılamayacağı noktasında İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda bir hüküm yoktur. Doktrinde, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçiminin düzenlendiği İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 116/2'nin kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmektedir (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1118). Söz konusu hükme göre hukuk seçimi açık veya örtülü yapılabilir. Örtülü hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için ise, sözleşmenin hükümlerinden ve şartlarından hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde seçilen hukukun anlaşılması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, İsviçre Hukuku'nda farazi hukuk seçimi olanağı yoktur (İsviçre Hukuku'nda sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1200 vd.).

Hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için, yapılan anlaşmada, hukuk seçiminin (aynı zamanda) İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 104/1 uyarınca eşya hukukuna tâbi bir işleme ilişkin olduğu açıkça belirtilmiş olmak zorundadır (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1118). Alacak, kıymetli evrak ve diğer hakların rehninde yapılan hukuk seçimi için de aynı esas geçerlidir. Yapılan sözleşmeden hukuk seçiminin özellikle, sadece borçlar hukuku değil, eşya hukuku kapsamına giren unsurları da kapsadığı net olarak anlaşılmalıdır (GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 1122).

İsviçre Hukuku'nda aynî haklar kapsamında inceleyebileceğimiz bir diğer hukuk seçimi konusu ise, kıymetli evrakın bir malı temsil edip etmemesi noktasında kendini göstermektedir. Zira, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 106/1 hükmünde kıymetli evrakın belirli bir malı temsil edip etmediğinin söz konusu evrakta yazılı olan hukuka göre belirleneceği düzenlenmiştir. Evrakta herhangi bir hukuk belirtilmemişse, evrakı düzenleyen kişinin ikâmet ettiği devlette yürürlükte olan hukuk uygulanır. Böylelikle kıymetli evrakın bir malı temsil edip etmediği konusunda hukuk seçimi yapılabileceğinin İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda da kabul edildiğini söylemek mümkündür.

Hukuk seçimi konusunda son olarak belirtmek isteriz ki, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmiş olmaları, söz konusu hukukun mülkiyetin devrine de uygulanacağı anlamına gelmemektedir. Zira, sözleşmeye uygulanacak hukuk ile, mülkiyetin devri -aynî hak uyuşmazlığı- farklıdır (ZIEGIER vd. Yıl: 1999 s. 396. Benzer yönde, ACUN-MEKENGİÇ, Yıl: 2014 s. 170. Yargıtay karşısına gelen bir uyuşmazlıkta bu durumu açıkça ifade etmiştir. Söz konusu kararda; “... *anılan sözleşmede Bulgaristan Hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmıştır. Bu halde sözleşmeden doğan bağlama kuralı olarak MÖHUK 24. maddesi gereğince tarafların açık olarak seçtikleri kanun uygulanacaktır. Ancak bu kuralın uygulama alanı aktin meydana gelişi, mehtevası ve iflasına ilişkin sorunlar, cezai şartlar, zamanaşımı, hasar, sona erme sebepleri ve hükümlerini oluşturmaktadır.*”(Gülören Tekinalp Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları

sh.255) Somut olayda sorun sözleşmenin geçerliliğinden değil hacizli malın mülkiyetinin tesbitinden kaynaklandığı için aynî haklara ilişkin bağlama kuralı uygulanmalıdır. Presip olarak Milletlerarası eşya hukukunda “Lex rei sitae” yani eşyanın bulunduğu yer hukuku hakimdir.... Bu halde dava konusu taşınır malların bulunduğu veya varma yeri Türkiye olduğu için Türk Hukuku uygulanmalıdır...” (Yarg. 17. HD, T. 28.05.2013, E. 2012/7502, K. 2013/7935 [LALE, Yıl: 2014 s. 120-124]).

3. EHLİYETE UYGULANACAK HUKUK

Ehliyet Türk Hukuku’nda hak ve fiil ehliyeti şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Hak ehliyeti, kişinin hak ve borçlara sahip olabilme ehliyetini; fiil ehliyeti ise, bir kimsenin iradi davranışla hukukî sonuç meydana getirmesi anlamına gelmektedir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2012, s. 40 ve 47).

Hak ve fiil ehliyeti başlığı altında, sözleşme yapma ehliyeti de yer almaktadır. Sözleşme yapma ehliyeti özellikle Türk-İsviçre Hukuku gibi, mülkiyetin kazanılmasının sebebe bağlı olarak kabul edildiği sistemlerde önem arz edecektir. Zira, örneğin Türk Hukuku’na göre, tam ehliyetsiz olan bir kimsenin yapmış olduğu taşınmaz satışı sözleşmesi geçersiz olacağından, tasarruf işleminin sebebini oluşturan borçlandırıcı işlem geçersiz olacaktır. Bu durumda tasarruf işlemi de geçersiz olacak ve aynî hakkın kazanılması mümkün olmayacaktır.

Bütün insanlar hak ehliyetine sahiptir ve hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olma konusunda eşittirler (TMK m. 8). Ehliyet açısından kişiler tam ehliyetli, tam ehliyetsiz, sınırlı ehliyetsiz ve sınırlı ehliyetli olmak üzere dört gruba ayrılmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2012 s. 75 vd.).

Türk Hukuku’nda tam fiil ehliyeti için ise, ayırt etme gücüne sahip olmak, kısıtlı olmamak ve ergin olmak gerekmektedir (TMK m. 10). Türk Hukuku’na göre

erginlik 18 yaşının doldurulması ile başlamaktadır (TMK m. 11). Erginlik, Çin (Çin Medeni Kanunu [General Principles of the Civil Law of the People's Republic of China], m. 11/1.Çin Hukuku'nda 16 yaşının üstünde olup, 18 yaşını doldurmamış kimse kendi geliriyle temel yaşam kaynağına sahipse, tam fiil ehliyetine sahip kabul edilir [Çin Medeni Kanunu m. 11/2]), Fransız, İspanyol, İngiliz, İtalyan, İsveç, Rus, Çekoslovak, Norveç, Hollanda ve Almanya'da 18 yaşının doldurulması ile; Güney Kore'de 20, Brezilya ve Singapur'da 21 yaşının doldurulması ile kazanılır. ABD'de ise erginlik yaşı federal devlete göre değişiklik göstermektedir. Örneğin Combia, Missisipi, New York, Puerto Rico'da 21; Alabama, Delaware, Nebraska, Wyoming'de 19; Arkansas, Ohio, Tennessee, Utah'da 18 (liseye giden gençler mezuniyet sonrası); Amerikan-Samoa'da ise 14'tür (TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 75).

Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar tam ehliyetsizler grubuna girmektedir. Bunların yapmış oldukları işlemler kesin olarak hükümsüz olup, kural olarak bu kişiler yasal temsilcileri vasıtasıyla hak ve borç altına girebilirler. Tam ehliyetsizlerin aynî haklara ilişkin hukukî işlemler konusundaki durumlarının incelenmesi gerekir. Türk Hukuku'nda, tam ehliyetsizler işleme (TMK m. 775), karışma veya birleşme (TMK m. 776) sebepleriyle bir taşınır mülkiyetini kazanabilirler; zamanaşımı ile mülkiyet kazanmada malik gibi hareket etmek gerekeceğinden, tam ehliyetsizin bu iradesinden bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle, tam ehliyetsizlerin zamanaşımı ile mülkiyet kazanması söz konusu olmaz. Aynı şekilde bu kimselerde terk iradesinin yokluğundan, bu kişilerin terk yoluyla mülkiyet hakkını sona erdirmeleri mümkün değildir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2012 s. 79). Bu kimseler her ne kadar kural olarak yasal temsilcileri sayesinde hak ve borç altına girebilecek olsalar da, yasal temsilciler, ayırt etme gücüne sahip kişilerin mallarını bağışlayamaz, vakfedemez ve onun adına kefil olamazlar (TMK m. 449).

Sınırlı ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip küçük ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılardır. Bu kimseler kural olarak yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı

hakları kullanmada ise, bu rıza gerekli değildir (TMK m. 16). Örneğin, sınırlı ehliyetliler kendi lehlerine yapılan bir bağışlamayı kabul edebilirler. Ancak bağışlananın yasal temsilcisi bu kişinin bağışlamayı kabulünü yasaklar veya bağışlanan şeyin geri verilmesini emrederse, bağışlama ortadan kalkar (TBK m. 287).

Sınırlı ehliyetli ise, kendisine yasal danışman atanan kişidir (TMK m. 429). Kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlandırılması gerekli görülen ergin bir kişiye TMK’de sayılan bazı işler için, görüşü alınmak üzere bir yasal danışman atanmaktadır (TMK m. 429). TMK’de sayılan bu işler; dava açma ve sulh olma, taşınmazların alımı, satımı, rehnedilmesi ve bunlar üzerinde başka bir aynî hak kurulması, kıymetli evrakın alımı, satımı ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırları dışında kalan yapı işleri, ödünç verme ve alma, ana parayı alma, bağışlama, kambiyo taahhüdü altına girme ve kefil olmadır (TMK m. 429). Bu kapsamda örneğin, sınırlı ehliyetli bir kişi taşınmaz almak istiyorsa yasal danışmanının görüşünün alınması gerekmektedir.

Aynî hakkın doğumuna ya da sona ermesine neden olan işlemle ilgili ehliyetin genel kurala, bir başka ifadeyle MÖHUK m.9’da “ehliyet” başlığı ile düzenlenen hükme tabidir. İlgili hükümde gerçek kişiler, tüzel kişiler, statüsü bulunmayan tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyeti düzenlenmiştir.

Yabancılik unsuru taşıyan hukukî işlemlerde gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 9/1). Kişinin milli hukukuna göre kazanmış olduğu erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermemektedir (MÖHUK m. 9/3).

Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri ise, statülerindeki idare merkezi (Bir şirketin idare merkezi, şirketin idare edildiği yerdir. Şirketin idare edilmesi ise, şirketin yönetilmesi, amaçlarının ve politikalarının

belirlenmesi, şirketin genel kurul ve yönetim kurulu toplantılarının yapılması ve burada alınan kararların icra edilmesi ve şirketin kontrol edilmesi anlamındadır, bkz. AYGÜL, Yıl: 2007 s. 61-62; TZOUGANATOS, Yıl: 1986 s. 480. Benzer yönde, TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 93) hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk Hukuku uygulanabilmektedir (MÖHUK m. 9/4). Son olarak statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna göre belirlenir (MÖHUK m. 9/5). Fiilî idare merkezi ile esas idare merkezi kastedilmektedir (Milletlerarası konsern (bağlı işlemler/ortaklıklar) hukukunda, ana şirkete bağlı olan yavru şirketlerin kendilerine ait merkezleri olduğu kabul edilmektedir. Bu açıdan yavru şirketlerin ehliyeti konusunda yavru şirketin idare merkezinin bulunduğu yer hukuku yetkilidir, bkz. NOMER, Yıl: 2015 s. 230). Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyeti açısından tâbi oldukları hukuk, bir tüzel kişinin (veya kişi veya mal topluluğunun) haklara ehil olup olmadığı, ne ölçüde ehil olduğu ve sahip bulunduğu ehliyetin ne zaman sona ereceği gibi konularda yetkilidir (NOMER, Yıl: 2015, s. 230. Benzer yönde, DOĞAN, Yıl: 2015 s. 259-260). Özel hak ehliyetleri hüküm statüsüne tâbi olmaktadır. Örneğin, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki iktisap sınırlamaları malın bulunduğu yer hukukuna göre belirlenir (NOMER, Yıl: 2015 s. 231).

Alman Hukuku'nda ehliyet kişinin milli hukukuna tâbi tutulmuştur (EGBGB m. 7/1). İsviçre Hukuku'nda ise ehliyet konusunda hak ve fiil ehliyeti olarak ayrı hukuklara tâbi tutulmuştur. Hak ehliyeti, vatandaş-yabancı ayrımı olmaksızın İsviçre Hukuku'na tâbi kılınırken, hak ehliyetinin başlangıcı ve sona ermesine yönelik haller, ehliyetin var olduğunu kabul eden hukukî ilişkiye uygulanacak hukuka tâbidir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 34). Fiil ehliyeti ise, yerleşim yeri hukukuna tâbi tutulmuştur. Yerleşim yeri hukukuna göre fiil ehliyeti bir kez kazanıldıktan sonra, yerleşim yerinin değişmesi, fiil ehliyetinin varlığını etkilememektedir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 35). İngiliz ve Amerikan Hukukları'nda ise ehliyet aynî hak statüsünün kapsamındadır (BROWN, Yıl: 2001 s. 197; DICEY ve MORRIS, Yıl: 1993 (b) s. 961; O'BRIEN, Yıl: 1999

s. 551; RAFFERTY vd. Yıl: 2003 s. 758; WILD, Yıl: 2003 (a) s. 161. Doktrinde aynî hak ehliyetine uygulanacak hukukun malın bulunduğu yer hukuku olduğunun baskın görüş olduğu ancak bu görüşün terk edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir, bkz. FAWCETT vd. Yıl: 2012, s. 1105. Konu Landry v. Lachapella [1937] 2 DLR 504 davasına da yansımıştır, bkz. RAFFERTY vd. Yıl: 2003 s. 758).

Mülteci, vatansız ve çifte vatandaşlığa sahip olan kişilerin ehliyetlerinin nasıl tespit edilmesi gerektiğine de bu kapsamda kısaca değinilmesinde fayda vardır. Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, hak ve fiil ehliyeti konusunda yetkili hukuk ilgilinin milli hukukudur. Bir başka ifadeyle ehliyet konusunda yetkili hukuk vatandaşlık esasına göre belirlenmiştir. MÖHUK’da “*vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk*” başlığı altında konu düzenleme alanı bulmuştur. Vatansızlar (Vatansız kişilerin ehliyeti konusu 28 Eylül 1954 tarihinde imzalanan Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme”de “*Vatansız bir kişinin kişisel statüsü daimi ikametgahının ait olduğu ülkenin kanununa, ikametgâhı yoksa oturduğu ülkenin kanununa göre düzenlenir*” şeklinde belirlenmiştir [Sözleşme m. 12/1]. Vatansızların ehliyeti konusunda MÖHUK ile Sözleşmenin uyumlu olduğu söylenebilir) ve mültecilerin (Mültecilerin ehliyeti konusunda mültecinin yerleşim yeri hukukunun uygulanması, 24.08.1951 tarihinde imzalanan Mültecilerin Hukukî Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi m. 12/1’de “*Her mültecinin bireysel statüsü, daimi ikametgahının bulunduğu ülkenin yasalarına veya eğer daimi ikametgahı yoksa, bulunduğu ülkenin yasalarına tabidir*” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi mültecilerin ehliyeti konusunda MÖHUK ile Sözleşme uyumludur) ehliyeti hakkında yerleşim yeri hukuku yetkilidir. Eğer yerleşim yerleri yoksa, mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Alman Hukuku’nda vatansız ya da milliyeti tanımlanamayan bir kişinin milli hukuku olarak mutad meskeni, yoksa yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır (EGBGB m. 7/2).

Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında ise, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk Hukuku, birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında ise,

daha sıkı ilişki hâlinde bulundukları devlet hukuku uygulama alanı bulmaktadır (MÖHUK m. 4). Konu Alman Hukuku'nda da Türk Hukukuna benzer bir şekilde düzenlenmiştir. Alman Hukuku'na göre birden fazla vatandaşlık varsa, bu vatandaşlıklardan en sıkı ilişki içinde olunan vatandaşlık milli hukukun belirlenmesinde dikkate alınır. Birden fazla vatandaşlıklardan birinin Alman vatandaşlığı olması halinde Alman vatandaşlığı dikkate alınacaktır. Alman Hukuku'ndaki düzenlemedeki tek fark, sıkı ilişkinin nasıl belirleneceği noktasının Kanuna yansımış olmasıdır. Şöyle ki maddede sıkı ilişkinin özellikle kişinin mutad meskeni ya da hayat ilişkilerinin merkezi olan yere göre belirleneceği EGBGB m. 7/1'de yer almaktadır.

Türk Hukuku'nda önceden beri uygulaması olmakla birlikte kavramsal olarak Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (RG T. 11.04.2013, RG Sayı: 28615) (YUKK) ile literatüre yeni girmiş olan “*şartlı mülteciler*”in (“(1) Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikâmet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir” [YUKK m. 62]. Şartlı mülteci kavramı YUKK'dan evvelki dönemde sığınmacı olarak ifade edilmekteydi. Örneğin, Türkiye'ye İltica Eden Veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiyeden İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar Ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik [RG T. 30.11.1994, RG Sayı: 22127] m. 3'e göre “*Sığınmacı: ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikâmet ettiği ülke dışında bulunuyorsa*

oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancıyı” ifade eder) ehliyeti konusunda mevzuatta herhangi bir hüküm yoktur. Kanaatimizce MÖHUK m. 4/1-a maddesinin mülteciler için getirmiş olduğu hükmün kıyasen şartlı mülteciler için de uygulanması söz konusu olabilir (Türkiye’de sığınmacı (şartlı mülteci) statüsünde bulunan iki Afgan uyruklu çiftin boşanmalarına ilişkin açılan davada Yargıtay MÖHUK m. 4/1-a’nın haklı olarak uygulanması gerektiğini belirtmiştir, Yarg. 2. HD T. 08.02.2010 E. 2009/19552 K. 2010/2037 [bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 27-28]). Böylelikle şartlı mültecilerin ehliyeti, yerleşim yeri hukukuna göre belirlenecektir. Bu kimselerin yerleşim yerleri yoksa mutad mesken o da yok ise, dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku ehliyetlerine uygulanacak hukuku belirlemede yetkili olacaktır.

Mülkiyet hakkı Anayasanın ikinci kısmının “*Temel Haklar ve Ödevler*” üst başlığı altında düzenlenen ikinci bölümünde “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” başlığı altında 35’inci maddede;

“(1) Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. (2) Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. (3) Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz”

şeklinde düzenlenmiştir. Temel haklar ve özgürlükler başlığı altında düzenleme alanı bulan bu hakkını (Mülkiyet hakkının güvenli bir şekilde korunması ekonomik gelişmenin ön şartını oluşturmaktadır, bkz. LAWSON-REMER, Yıl: 2012, s. 167) yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilmesi mümkündür (Anayasa m.16).

Yabancıların taşınmaz mülkiyeti ve sınırı aynî hak edinmesi konusu hak ehliyetinin sınırlandırılması (S. HELVACI, Yıl: 2013 s.50; OĞUZMAN vd. Yıl: 2012 s. 43-44) ile ilgilidir. Türkiye’de yabancıların taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinmesi genel olarak Tapu Kanunu m. 35-37’de düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlere göre;

“(Değişik : 6302 - 3.5.2012 / m.1) Kanuni sınırlamalara uyulmak kaydıyla, uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olan yabancı uyruklu gerçek kişiler Türkiye’de taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilirler. Yabancı uyruklu gerçek kişilerin edindikleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikteki sınırlı aynî hakların toplam alanı, özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün yüzde onunu ve kişi başına ülke genelinde otuz hektarı geçemez. Bakanlar Kurulu kişi başına ülke genelinde edinilebilecek miktarı iki katına kadar artırmaya yetkilidir.

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinebilirler. Bu ticaret şirketleri dışındakiler taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı aynî hak tesis edilemez. Bu ticaret şirketleri ile yabancı uyruklu gerçek kişiler lehine taşınmaz rehni tesisinde bu maddede yer alan sınırlamalar uygulanmaz.

Bakanlar Kurulu, ülke menfaatlerinin gerektiği hallerde yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinimlerini; ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, satın aldıkları yapısız taşınmazda geliştireceği projeyi iki yıl içinde ilgili Bakanlığın onayına sunmak zorundadır. İlgili Bakanlıkça başlama ve bitirilme süresi belirlenerek onaylanan proje tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydedilmek üzere taşınmazın bulunduğu tapu müdürlüğüne gönderilir. Onaylanan projenin süresi içinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ilgili Bakanlıkça takip edilir.

Askeri yasak bölgeler, askeri güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ait harita ve koordinat değerleri bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde ve bu yerlere ait değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri değişikliklerin yapıldığı tarihten itibaren bir ay içinde Millî Savunma Bakanlığınca, özel güvenlik bölgeleri ve değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri ise İçişleri Bakanlığınca aynı sürede Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu Bakanlığa verilir. Bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl sonra bu fıkra uyarınca gönderilen belge ve bilgilere göre tapu işlemleri yürütülür.

Bu madde hükümlerine aykırı olarak edinilen, edinim amacına aykırı kullanıldığı ilgili Bakanlık ve idarelerce tespit edilen, süresi içinde ilgili Bakanlığa başvurulmayan veya süresi içinde projeleri gerçekleştirilmeyenler ile bu maddenin birinci fıkrası kapsamındaki sınırlamalar dışında miras yoluyla edinilen taşınmazlar ve sınırlı aynî haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek bir yılı geçmeyen süre içinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir” (Tapu Kanunu m. 35).

“(Değişik : 6302 - 3.5.2012 / m.2 / Yürürlük / m.5/2) 29/5/2009 tarihli ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci maddesi kapsamındaki kişiler hariç olmak üzere yabancı uyruklu gerçek kişilerin, yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin ve uluslararası kuruluşların yüzde elli veya daha fazla oranda hissesine sahip oldukları veya yönetim hakkını haiz kişilerin çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme yetkisine sahip oldukları Türkiye’de kurulu tüzel kişiliğe sahip şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinebilir ve kullanabilirler.

Birinci fıkrada belirtilen şirketlerin Türkiye’de kurulu başka bir şirkete doğrudan veya dolaylı olarak ortak olması durumunda, yabancı yatırımcının ortak olunan şirketteki nihai ortaklık oranının yüzde elli veya daha fazla olması halinde; yabancı yatırımcıların, taşınmaz maliki yerli sermayeli şirketlerin hisselerinin yüzde elli veya daha fazlasını doğrudan veya dolaylı olarak edinmesi ve taşınmaz maliki

mevcut yabancı sermayeli şirketlerde yabancı yatırımcıların ortaklık oranının hisse devri sonucunda yüzde elli veya daha fazlasına ulaşması durumunda da aynı esaslar geçerlidir.

18/12/1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu şirketlerin, askeri yasak bölgeler, askeri güvenlik bölgeleri ve aynı Kanunun 28 inci maddesi çerçevesinde belirlenen bölgelerdeki taşınmaz mülkiyeti edinimleri Genelkurmay Başkanlığının ya da yetkilendireceği komutanlıkların; özel güvenlik bölgelerindeki taşınmaz mülkiyeti edinimleri ise taşınmazın bulunduğu yerdeki valiliğin iznine üdir. Bu fıkra kapsamında yapılacak değerlendirmelerde, edinimin ülke güvenliğine uygunluğu esas alınır.

Yukarıdaki fıkralar kapsamı dışında kalan yabancı sermayeli şirketler, yerli sermayeli şirketlerin tabi olduğu hükümler çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinebilir ve kullanabilirler.

Taşınmaz rehni tesisinde, taşınmaz rehninin paraya çevrilmesi kapsamındaki mülkiyet edinimlerinde, şirket birleşmelerinden ve bölünmelerinden doğan taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak naklinde, organize sanayi bölgeleri, endüstri bölgeleri, teknoloji geliştirme bölgeleri ve serbest bölgeler gibi özel yatırım bölgelerindeki taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinimlerinde ve ilgili mevzuata göre belli sürede elden çıkarma zorunluluğunun devam etmesi kaydıyla bankaların, 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu çerçevesinde kredi olarak sayılan işlemler nedeniyle ya da alacaklarını tahsil amacıyla edindikleri taşınmazlarda bu madde hükümleri uygulanmaz.

Bu madde kapsamında edinilen taşınmazların kullanımı, valiliklerce tapu kayıtları çerçevesinde belli aralıklarla izlenir.

Bu madde hükümlerine aykırı şekilde edinildiği veya kullanıldığı tespit edilen taşınmazlar ve sınırlı aynî haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek süre içinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, ilgili kurum ve kuruluşların görüşlerinin alınmasını müteakip Ekonomi Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikle düzenlenir” (Tapu Kanunu m. 36).

“Yabancı hakikî şahısların intikal işleri Türkiye Cumhuriyeti mahkemelerinden verilen veyahut kendi salâhiyetli makamlarından verilipte Türk kanunlarının veraset usulü hakkındaki hükümlerine uygun olduğu Türk mahkemelerince tasdik edilen veraset senetlerine istinaden yapılır” (Tapu Kanunu m. 37).

Türkiye’de taşınmaz edinmek isteyen bir yabancı Tapu Kanunu’nda düzenlenmiş olan şartları yerine getirmiş olmalıdır. Bu şartları yerine getirmemiş olan bir yabancının Türkiye’de taşınmaz edinmesi mümkün olmayacaktır. Örneğin, bir yabancının Türkiye’de olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla taşınmaz edininip edinmeyeceği konusunu ele alalım. Olağanüstü kazandırıcı zamanaşımının süresi, şartları vs. gibi konular aynî hak statüsünün kapsamındadır. Bu sorunlar malın bulunma yeri olan Türk Hukuku’na göre çözümlenecektir (MÖHUK m. 21). Ancak bu şartların sağlanmış olması söz konusu yabancının bu taşınmazı olağanüstü kazandırıcı zamanaşımı yoluyla edinmesi için yeterli değildir. Zira yabancının söz konusu taşınmazı edinme ehliyeti Tapu Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir.

Kısıtlıların taşınmaz edinmesi konusunda burada kısaca bilgi vermek faydalı olacaktır. Zira, bir kimse kısıtlandığında Türk Hukuku’na göre kendi tasarrufu ile taşınmaz edinmesi söz konusu olmayacaktır. Uluslararası hukukta çoğu zaman bir mahkeme kararına istinaden bir kimsenin kısıtlanması söz konusu olur. Bu nedenle, bir yabancı kısıtlanmışsa, Türkiye’de bu kısıtlılık halinin geçerli olabilmesi için

yabancı hukuka göre alınan mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz edilmesi gerekmektedir. Şayet henüz tenfiz edilmiş bir mahkeme kararı yoksa, bu kimse kısıtlanmış gibi Türkiye’de işleme tâbi tutulamaz. Bu nedenle, hakkında yabancı ülkede alınan kısıtlılık kararı Türkiye’de tenfiz edilmemiş bir kimse, Türkiye’de taşınmaz edinirken, genel olarak yabancılara uygulanan şartlara tâbi olacaktır.

Avrupa Birliğinde Birlik üyesi olmayan devlet vatandaşlarına taşınmaz satımı konusunda sınırlayıcı hükümlere yer veren devlet sayısı azdır. Örneğin İngiltere, Fransa, Almanya, Hollanda, Portekiz, Finlandiya ve İsveç yabancılara taşınmaz edinmesi konusunda herhangi bir kısıtlayıcı hükme yer vermemiştir (Real Property Law and Procedure in the European Union, Yıl: 2005 s. 83. Avrupa Birliği’nde yabancılara taşınmaz edinmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BALKAN, Yıl: 2009 s. 1 vd. ; T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu’nun 2006/1 sayılı ve 06.02.2006 tarihli raporu, <http://www.acikistihbarat.com/dosyalar/cumhurbaskanligi-denetleme-kurulu-toprak-satisi-raporu.doc>) (Yabancılara taşınmaz edinmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜVEN, Yıl: 2006 s. 1183-1214; GÜVEN, Yıl: 2011 s. 211-246; GÜVEN, Yıl: 2012 s. 80-97; ÖZEL, Yıl: 2012 (a) s. 38-51; ÖZEL, 2012 (b) s. 37-47; ÖZTEKİN-GELGEL, Yıl: 2003 s. 405-422; SARGIN, Yıl: 1997 s. 1 vd.).

4. ŞEKLE UYGULANACAK HUKUK

4.1. Genel Olarak

Taşınır ve taşınmazlar üzerinde aynî hakkın kazanılması, kaybı, niteliği, devredilmesi, vs. gibi pek çok durum aynî hak statüsünün kapsamı içinde değerlendirilir. Ancak öyle durumlar vardır ki bunlar aslında aynî hak statüsüne tâbi olmamakla birlikte, aynî hakla ilişkin hukukî işlemin geçerliliğini tesis ederler.

Aynî hakkın doğumu ya da sona ermesine sebep olan işlemle ilgili şekil konusu aynî hak statüsünün kapsamı dışındadır (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 304).

Aynî hak kazanımlarının geçerli olabilmesi için kimi durumlarda belirli şekillere uyulması gerekebilir. Ancak aynî hak kazanımının geçerli olabilmesi için uygulanacak şekil konusu kendi statüsüne tâbi olur. Konu oldukça önemlidir. Zira, her ne kadar aynî hak statüsüne göre işlem geçerli olsa da, işlemin şeklen geçersiz olması işlemin geçersizliğine sebebiyet verebilecektir.

Türk Hukuku'nda taşınır ve taşınmazlar üzerindeki aynî hakka ilişkin hukuki işlemlerin şekli aynı esaslarla düzenlenmiştir. Zira MÖHUK m. 21/4 hükmünde taşınmaz mallara yönelik olarak özel bir bağlama noktası kabul edilmiştir.

Türk Hukuku'nda taşınır ve taşınmazlar üzerindeki aynî hakka ilişkin hukukî işlemlerin şekli aynı esaslarla düzenlenmemiştir. Zira, MÖHUK m. 21/4 hükmünde taşınmazlar mallara yönelik olarak özel bir bağlama noktası kabul edilmiştir.

4.2. Taşınırların Konu Olduğu Aynî Hak Kazanımlarının Şekline Uygulanacak Hukuk

Taşınmazlar üzerinde aynî hak kazanılmasına yönelik hukukî işlemlerin şekli lex rei sitae kuralına tâbi tutulmuştur (MÖHUK m. 21/4). Taşınmazlar açısından borçlandırıci işlem ve tasarruf işlemi ayırımına yer verilmediğinden MÖHUK m. 21/4 hükmünün gerek borçlandırıci işlemler de gerekse de tasarruf işlemlerinde uygulama alanı bulacağını bir kez daha hatırlatmakta fayda vardır.

Bu kapsamda asıl inceleme konumuzu taşınır mallar oluşturmaktadır. Zira, taşınır mallar açısından MÖHUK m. 21/4 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Bu durumda taşınırlar üzerinde aynî hak kazanılmasına yönelik hukukî işlemlerin şekli konusu, aynî hak statüsünün kapsamı dışında bırakılmış olduğundan, hangi hukukun bu konuda yetkili olduğunun tespit edilmesi gerekir.

Taşınırlar üzerinde aynî hak doğuran hukukî işlemlerin şekli konusunda özel hüküm olmadığından, şekle ilişkin genel kuralın (MÖHUK m. 7) uygulanması

gerekir. MÖHUK m. 7 uyarınca; “*Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esasî hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir*”. Locus Regit Actum (Locus Regit Actum hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BERKİ, Yıl: 1961 s. 106 vd.; ERDENER, Yıl: 1958 s. 1 vd.; GÖĞER, Yıl: 1975 s. 116 vd.) olarak ifade edilen bu kural, alternatif bağlama noktası olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle hukukî işlemin şekli maddede sayılan iki bağlama kuralından hangisine göre geçerli olursa olsun, şekli geçerlilik sağlanmış olacaktır. Benzer yönde, CARRUTHERS, Yıl: 2005 s. 3). Yoksa, her iki kurala göre geçerli olması aranmamaktadır. Alman Hukuku’nda da Türk Hukuku’ndaki benzer şekilde işlemin yapıldığı yer hukukuna ya da işlemin esasına uygulanacak hukukun aradığı şekilde yapılan hukukî işlemlerin şeklen geçerli olacağı kabul edilmiştir (EGBGB m. 11/1).

Taşınırılar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemlerin şekli ile kastedilen bir taşınır üzerindeki aynî hakkın karşı tarafa zilyetliğin devri yolu ile geçip geçmeyeceği meselesi değildir. Bir başka ifadeyle burada şekil ifadesi ile taşınırın mülkiyetinin alıcıya geçmesi için teslimin gerekli olup olmadığı kastedilmektedir. Yoksa yukarıda anlatılmış olduğu gibi bu durum aynî hak statüsünün kapsamı içindedir ve lex rei sitaenin hâkimiyeti altındadır. Şekil konusunda kastedilen ise, taşınır mülkiyetinin karşı taraf geçmesi için örneğin sözleşme yapılması gerekir mi, gerekli ise bu sözleşme yazılı mı sözlü mü yapılmalı gibi durumlardır.

Yukarıda bir malın taşınır ya da taşınmaz olarak değerlendirilmesinin malın bulunduğu yer hukukuna göre yapılacağına değinmiştik. Yine, Türk Hukuku’na göre gemiler ve uçakların taşınır eşya olarak kabul edildiklerine de değinmiştik. Sicile kayıtlı olan gemi, uçak ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynî hak uyuşmazlıklarında MÖHUK m. 21 değil m. 22 uygulanacaktır. Ancak MÖHUK m. 22 hükmü aynî hakların şekline ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. Bu araçlar da taşınır olduklarından bu araçlar üzerindeki aynî hakların şekline MÖHUK m. 7 uygulanacaktır.

4.3. Taşınmazların Konu Olduğu Aynî Hak Kazanımlarının Şekline Uygulanacak Hukuk

Hukukî işlemlerin şekli MÖHUK'da genel hükümler arasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre hukukî işlemlerin şeklen geçerli olması yapıldıkları ülke hukukuna ya da işlemin esası hakkında yetkili olan hukuka uygun olarak yapılmasına bağlıdır (MÖHUK m. 7). Taşınmazlar üzerinde aynî haklara ilişkin hukukî işlemlerde şekle hangi hukukun uygulanacağı sorunun ortaya çıkması için, taşınmazın bulunduğu yer ile hukukî işlemin yapıldığı yerin farklı olması gerekmektedir.

Kanun, taşınmazlar üzerinde aynî hak doğuran hukukî işlemlerde genel kurala (MÖHUK m. 7) bir istisna getirmiştir. Taşınmazlar üzerinde aynî hak doğuran işlemlerin şekline taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır (MÖHUK m. 21/4). Doktrinde, taşınmazlara yönelik olarak böyle bir kuralın getirilmesinin sebebinin işlem güvenliği ve kamu düzeni olduğu ileri sürülmektedir (DOĞANGÜN, Yıl: 1996 s. 152. Bu hükmün MÖHUK uyarınca kabulünden önce dahi, taşınmaz mülkiyetinin nakline ilişkin hukukî işlemlerin şekli konusunda Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında, Türk Hukuku'nun yetkili olduğu doktrinde kabul edilmektedir, bkz. GÖĞER, Yıl: 1975 s. 311).

Hüküm çok yanlı bir bağlama kuralı getirmiştir. Zira, bu fıkra sadece taşınmazın Türkiye'de olması hâlinde uygulama alanı bulmayacak, taşınmaz nerede bulunuyorsa, taşınmaz üzerinde aynî hak doğuran hukuk işlemin şekli geçerliliği konusunda uygulanacaktır.

Türkiye'de bulunan bir taşınmazın örneğin, satım sözleşmesine konu olması hâlinde, mülkiyetin el değiştirmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle taşınmaz üzerinde aynî hak doğuran bir hukukî işlem vardır. Doktrinde, MÖHUK m. 21/4'ün sadece taşınmaz satış sözleşmesinin tasarruf işlemi kısmı hakkında geçerli olmayacağı, aynı zamanda, borçlandırıci işlem aşamasına da uygulanacağı ileri

sürülmüştür (DOĞANGÜN, Yıl: 1996 s. 151; NOMER, Yıl: 2015 s. 212; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 171). Kanaatimizce MÖHUK m. 21/4’de kastedilen aynî hakka ilişkin işlemler aslında taşınmaz üzerinde borçlandırıcı işlemleri değil, tasarruf işlemlerini kapsamalıdır. Ancak uygulamada özellikle taşınmaz satımında borçlandırıcı işlem ile tasarruf işlemi iç içe geçmiş olduğundan MÖHUK m. 21/4’ü sadece tasarruf işlemleri için uygulamak teorik bir tartışmadan ileriye gidemeyecektir. Bu nedenle MÖHUK m.21/4 hükmü taşınmazlar üzerindeki hem borçlandırıcı he tasarruf işlemleri için uygulanacaktır.

Türk Hukuku’nda taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerin resmî şekle tâbi olduğunu hatırlamakta fayda vardır. Ayrıca taşınmaz mülkiyeti nakli borcu doğuran sözleşmeler ile sınırlı aynî hak kurulması borcu yükleyen sözleşmelerde resmî senet düzenleme yetkisi, tapu sicil muhafız ve memurlarına verilmiştir (Tapu Kanunu m. 26/1). Bu kurala uyulmadan yapılan taşınmaz satış sözleşmeleri geçersiz olacaktır. Nitekim Yargıtay karşısına gelen bir uyuşmazlıkta; (Yarg. 8. HD, T. 17.03.2009, E. 2008/5772, K. 2009/1132, bkz. ÇİÇEKLİ, Yıl: 2014 s. 83-85) (“... *Davacılar Lester Desmond F. Ve arkadaşı vekili, dava konusu 1140 ada 1 parselin 50/642 arsa paylı 9 numaralı bağımsız bölümünün tapu maliki olan davalılarından John Patrick S. ve Brenda Maria S. vekili olan diğer davalı Avukat M.C.’den 19.8.2004 tarihli senet ile satın ve devraldığını, ancak tapu devriin yapılmadığını, bir süre sonra tapu kaydının muvazaalı olarak diğer davalı Ahmet Ş. ’a satıldığını ileri sürerek tapu kaydının iptali ve vekil edenleri adına tesciline karar verilmesini, bu isteklerinin yerinde görülmemesi durumunda satış bedelinin davalılardan tazmin edilmesine karar verilmesini istemiştir. Mahkemece, sonradan tazminata ilişkin istek bölümü ana dosyadan ayrılarak başka esas numarası üzerinden yargılamaya devam edilmiştir.*

Davalı Ahmet Ş. vekili, vekil edeninin tapuya güvenerek satın ve devraldığını, iyiniyetli olduğunu belirterek davanın reddini savunmuş, diğer davalılar savunma yapmamıştır.

Mahkemece, tapulu taşınmazların satış ve devrinin resmi 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 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 23. maddesinde aynen "...Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar malların bulunduğu yer hukukuna tabidir. Taşınmaz mallar üzerindeki aynî 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.

Tapu dışı satışın yapıldığı tarihte dava konusu taşınmaz tapuda kayıtlı bulunan bir yerdir. Tapuda kayıtlı bulunan bir taşınmazın tapu dışı satışı Türk Medeni Kanununun 706, Borçlar Kanununun 213 ve Tapu Kanununun 26. Maddesi hükümleri karşısında geçersizdir. Böyle bir satış tapu dışı satın ve devralan kişiye herhangi bir hak bahsetmez. Mahkemece bu gerekçeyle davanın reddine karar verilmiş olması usul ve kanuna uygundur..." şeklinde karar verilmiştir.

Taşınmazlar üzerinde mülkiyeti devir borcu doğuran sözleşmeler sadece satım sözleşmesinden ibaret değildir. Satım sözleşmesinin dışında, bağışlama, trampa sözleşmeleri de mülkiyeti devir borcu doğurmaktadır. Bunlar da resmî şekle tâbidir. Bunun dışında, örneğin, önalım, geri alım ve alım hakkı da taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğurmaktadır.

Yargıtay'da vermiş olduğu bir kararda (Yarg. 2. HD T. 16.03.2001 E. 2001/1071 K. 2001/3978, bkz. <http://www.kararara.com/yargitay/yhdk8/yrgtyk17925.htm>.), "... Yurt dışında taşınmazın devri konusunda yapılan 9.12.1998 tarihli sözleşme Türkiye'de açılan boşanma davasına bakan hakimin tasdikine sunulmadığı için değer ifade etmez. (MK.150/5) Taşınmaz

mallar ve diğer aynî haklar malların bulunduğu yer hukukuna tâbidir. (2675 sayılı yasanın 23.m) Taşınmaz Türkiye’dedir. Mülkiyetin nakli konusunda Medeni Kanunun 634, Borçlar yasasının 213 ve Tapu Kanununun 26. ve Noterlik Yasasının 89. maddeleri çerçevesinde işlem yapılmadığından isteğin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır...” hükmüne yer vererek, Türkiye’deki bir taşınmazın mülkiyetinin nakli için, Türk Hukuku’na uyulması gerektiğini ifade etmiştir.

Taşınmazlar üzerinde bir çok hukukî işlem tesis edilebilir. Örneğin, bir taşınmazın kira sözleşmesine konu olması mümkündür. Bu durum aynî hakka ilişkin olmadığından, bu sözleşmenin şekli konusunda MÖHUK m. 21/4 uygulama alanı bulmayacak, konu genel hüküm olan MÖHUK m. 7 kapsamında çözümlenecektir.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şekli geçerliliğinin MÖHUK m. 21/4’e göre mi yoksa MÖHUK m. 7’ye göre mi geçerli olması gerektiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Hatırlanacağı üzere taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ön sözleşme niteliğindedir. Bu sözleşme Türkiye’de noterler tarafından (düzenleme şeklinde) yapılmaktadır. Türkiye’deki bir taşınmaza ilişkin olarak, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, yabancı ülkelerde noter görevini yerine getiren makamlar tarafından (Türk Hukuku’nun aradığı şekle uygun olarak) yapılması mümkündür (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 306; DOĞANGÜN, Yıl: 1996 s. 151; GÖĞER, Yıl: 1975 s. 282; NOMER, Yıl: 2015 s. 212; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Yıl: 2001 s. 155, dipnot, 289; SEVİĞ, Yıl: 1971 s. 79; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 322; ULUOCAK, Yıl: 1989 s. 172). Yabancı ülkelerdeki Türk konsoloslarının noter gibi görev yapma yetkisi bulunduğu hatırlanmasında fayda vardır (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 306; DOĞANGÜN, Yıl: 1996 s. 151; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 322). Bu durumda yabancı ülkede Türkiye’de bulunan bir taşınmaz için, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapılacaksa bu sözleşmenin MÖHUK m. 21/4 gereği Türk Hukuku’na uygun olarak yapılması gerektiği sonucu çıkarılabilmektedir.

Taşınmaz üzerinde aynî haklara ilişkin hukukî işlemlerin şekli açısından taşınmazın bulunduğu yer hukukunun yetkisi mutlakdır. Türkiye’de bulunan bir taşınmazda, taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin hukukî işleme, Türk Hukuku’nda aranan şekil şartından başka bir şekle tâbi olarak işlem yapılması geçersiz olacaktır. Kanaatimizce, taşınmazın başka bir yerde bulunması hâlinde ise, şekle aykırı şekilde işlem yapılmasının yaptırımı yine taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tâbi olmalıdır. Zira, bu duruma geçerlilik tanınıp tanınmamasına göre aynî hakkın kazanılıp kazanılmaması söz konusu olabilecektir.

5. KAMU DÜZENİ VE DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN ETKİSİ

Milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca tespit edilen hukukun uygulanması, büyük önem taşımaktadır. Aksi hâlde milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanamayacağı gibi(Milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GİRAY, Yıl: 2011 s. 555-577; NOMER, Yıl: 2015 s. 14-15; SADROLEŞRAFİ, Yıl: 1971 s. 74 vd) hâkim hukuku re’sen uygulama görevini yerine getirmemiş olacaktır. Ayrıca hâkimin uygulanacak hukuku dikkate almaksızın vereceği karar Yargıtay aşamasında bozulabilecektir. Ancak her ne kadar kural tespit edilen hukukun uygulanması olsa da, bazen yabancı hukukta yer alan bazı hükümlerin uygulanmaması söz konusu olabilmektedir. İşte yabancı hukukun uygulanmasının tek sınırını “*kamu düzeni*” ve “*doğrudan uygulanan kurallar*” belirlemektedir (LIANG ve QIAO, Yıl: 2014 s. 456-457).

5.1. Kamu Düzeninin Etkisi

Milletlerarası özel hukuk kuralları kapsamında belirlenen yabancı hukukun uygulanması konusunda kamu düzeninin etkisi ile ilgili düşüncelerin muhtemelen ortaçağdan itibaren başladığı doktrinde ifade edilmektedir (DAYINLARLI, Yıl: 1988 s. 658). Bu konu MÖHUK’da düzenleme alanı bulan konulardan biridir. İlgili hükme göre;

“(1) Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır”. Görüldüğü gibi, yabancı hukukta yer alan hükmün Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi hâlinde, bu hüküm uygulanmayacak, gerekli görülen durumlarda Türk Hukuku uygulanarak uyuşmazlık çözümlenecektir. Böylelikle kamu düzeni yabancı hukukta yer alan kabul edilemez kuralların uygulanmasını engelleyecektir (HAY, Yıl: 2003 s. 165; FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 140).

Türk Hukuku’nda kamu düzeni kavramı MÖHUK’da tanımlanmamış, kamu düzeninin tanımı daha ziyade doktrine bırakılmıştır (Kamu düzeni kavramının çeşitli şekillerde yapılan tanımları için bkz. ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 149; DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 24 vd.; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 215 vd.; GÖĞER, Yıl: 1975 s. 93-93; NOMER, Yıl: 2015 s. 159 vd.; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 73-74; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 52 vd.). Kamu düzeninin içinde yer alan kavramlar belirsizdir. Devletler genellikle kesin çizgilerle bu sınırları çizmek yerine somut olaya göre değerlendirme yapma yolunu tercih etmişlerdir. (KOSTERS, Yıl: 1920 s. 747. Benzer yönde, ÖKÇÜN, ty, s. 97 vd.). Bununla birlikte, 10.02.2012 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı’nda (10.02.2012 tarihli 2010/1 E. ve 2012/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı [RG T. 20.09.2012, RG Sayı: 28417]) bu kavramın bir çeşit tanımına yer verilmiştir. Kararda kamu düzeni; “... O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka 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 çizilebilir...” şeklinde tanımlanmıştır.

Kamu düzeni kavramı zaman içinde ve toplumdan topluma değişebilen bir kavramdır (HAN ve MA, Yıl: 2000 s. 425; BLOM, Yıl: 2003 s. 377; NOMER, Yıl: 2015 s. 163). Kamu düzeninin müdahalesi konusunda genel olarak, bu müdahaleye istisnai olarak başvurulması gerektiği söylenmelidir. Yabancı hukukun sadece Türk Hukuku'ndan farklı olması ya da Türk Hukuku'nda yer alan emredici hükümlere aykırı her durum kamu düzeni müdahalesine sebep olamayacaktır (NOMER, Yıl: 2015 s. 160 vd. Benzer yönde, DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 32 vd.; TEKİNALP vd. Yıl: 2012 s. 59). Kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için, yabancı hukukun olaya uygulanmasının doğuracağı somut sonuçların, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki kamu düzeninin uygulanmasında hâkimin takdirine büyük yer verilmektedir (Kamu düzeni konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ALTUĞ ve YASAN, Yıl: 2003 s. 139-149; AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 124 vd.; BERKİ, Yıl: 1961 s. 80 vd.; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 148 vd.; DAYINLARLI, Yıl: 1988 s. 658-691; DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 23 vd.; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 215 vd.; GÖĞER, Yıl: 1975 s. 93 vd.; A. GÜRZUMAR, Yıl: 1994 s. 21-54; NOMER, Yıl: 2015 s. 159 vd.; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 72 vd.; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 52 vd.; TEKİNALP vd. Yıl: 2012 s. 59 vd.; TİMUR, Yıl: 1942 s. 1 vd.).

Yabancı hukukun, Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, iki sonuç meydana gelir. Bu sonuçlar doktrinde kamu düzeninin olumlu ve olumsuz etkisi olarak ifade edilmektedir (BLOM, Yıl: 2003 s. 375; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 218-219; NOMER, Yıl: 2015 s. 165; TANRIBİLİR, Yıl: 2010 s. 216-217). Kamu düzeninin olumlu etkisi, söz konusu uyumsuzlığa Türk Hukuku'nun uygulanacak olması; olumsuz etki ise uyumsuzlığa yabancı hukukun uygulanmamasıdır. Yabancı hukukta yer alan hüküm Türk kamu düzenini açıkça ihlâl ediyorsa, bu durumda doğrudan Türk Hukuku uygulanmaz. Bu durumda ortaya boşluk çıkabilir. Şayet boşluk çıkması hâlinde, bu boşluk öncelikle yabancı hukuka ait başka bir hükümle doldurulmalı, eğer o hukukta olaya uygulanabilir hüküm yoksa Türk Hukuku uygulanmalıdır (DOĞAN, Yıl: 2015 s. 218-219; NOMER, Yıl: 2015 s. 167;

TANRIBİLİR, Yıl: 2010 s. 216-217). Yabancı hukukun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde direkt Türk Hukuku'nun uygulanması konusunda bkz. ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 156-157. Doktrinde, Türk mahkemelerinde görülen davada uygulanacak yabancı hukukun hem kamu düzenine hem Türk Anayasasına aykırı olması hâlinde, kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olacağı; ancak yabancı hukukun kamu düzenine aykırı olmayıp sadece Türk Anayasasına aykırı olması hâlinde kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olamayacağı; ancak bu hükmün Anayasaya aykırı olması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmasının ise Anayasa Mahkemesinin sadece “olayla sınırlı” olarak karar verme yetkisinin içtihat yoluyla açılması hâlinde söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Ayrıca yabancı hükmün kendi Anayasasına aykırı olması hâlinde ise, ilgili ülkenin anayasal düzeninin, kendi mahkemelerine, kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi vermemiş olması halinde, Türk mahkemesi söz konusu uyumsuzlukta uygulayacağı yabancı hukukun kendi Anayasasına aykırı olup olmadığını denetleyemeyeceği belirtilmiştir. Ancak ilgili ülkede yasaların Anayasaya uygunluğunun denetlenme yetkisi mahkemelere verilmiş ise, Türk mahkemesinin ilgili devletin anayasa yargısı usullerine başvurması gerektiği, şayet bu başvurunun yersiz ve yararsız olacağı daha baştan belli ise, Türk mahkemesinin sadece somut olayla sınırlı kalmak üzere yabancı yasanın kendi Anayasasına aykırı olup olmadığının denetimine girişmesi gerektiği ileri sürülmektedir, bkz. A. AYBAY, Yıl: 2004 s. 139-145).

Kamu düzeninin müdahalesi konusunda diğer hukuk sistemlerine bakıldığında, Alman Hukuku'nda kamu düzeninin müdahalesinin Türk Hukukundaki benzer şekilde düzenlendiğini görmekteyiz. Alman Hukuku'nda da yabancı hukukun uygulanmaması, söz konusu kuralın uygulanması halinde Alman Hukuku'nun önemli temel prensipleri ile aşık bir uyumsuzluk içermesi halinde söz konusudur. Bu durumda bu yabancı kural uygulanmayacaktır. Yabancı hukuktaki kuralın Alman Hukuku'ndaki temel haklar ile çatışması halinde, yabancı hukuktaki kural özellikle uygulanmayacaktır (EGBGB m. 6). Özel olarak kamu düzenine ilişkin hüküm getirilmeyen konularda genel kamu düzeni müdahalesinin düzenlendiği EGBGB m.

6 hükmü uygulanacaktır (GÜVEN, Yıl: 2011 s. 442). İsviçre Hukuku'nda da yabancı hukukun uygulanması, kuralın İsviçre kamu düzenine aykırı olması halinde mümkün değildir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 17) (İsviçre Hukuku'nda kamu düzeninin müdahalesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GIRSBERGER vd. Yıl: 2004 s. 254 vd.; GÜVEN, Yıl: 2011 s. 437 vd.). Benzer düzenleme Çin Hukuku'nda da yer almaktadır. Çin Hukuku'nda yabancı hukukun uygulanması Çin Hukuku'nun kamu düzenine aykırı olması halinde uygulanmayacaktır (Yabancı Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun m. 5).

Common Law Hukuku'nda kamu düzeni ise, Kıta Avrupası Hukuklarına göre daha dar bir etkiye sahiptir. İngiliz mahkemeleri kamu düzenine önemli bir faktör olarak nadiren yer vermektedir (FAWCETT vd. Yıl: 2012 s. 1093). Common Law Hukuku'nda da kamu düzeni kavramının tanımına yer verilmemiştir. İngiliz Hukuku'na göre kamu düzeni İngiliz Hukuku'nun temel değerlerinin yansımasıdır (BRIGGS, Yıl: 2002 s. 44). İşte bu temel değerleri ihlal eden yabancı hukuk kuralının uygulanmasının önüne geçebilmek için kamu düzeni müdahalesinden yararlanılmıştır (BRIGGS, Yıl: 2002 s. 44). Örneğin, İngiliz Hukuku'nda ahlâka aykırı sözleşmeleri geçersiz kılmak (FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 139-140; O'BRIEN, Yıl: 1999 s. 169; NOMER, Yıl: 2015 s. 164; ÖKÇÜN, ty s. 100) ve devletin hayati menfaatlerine zarar verme ihtimali olan yabancı hükümleri uygulamamak için kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmaktadır (NOMER, Yıl: 2015 s. 164. Benzer yönde, FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 139-140; ÖKÇÜN, ty s. 100) Bunun dışında dost bir hükümete zarar vermek için yapılan hukukî işlemler (Böylesi işlemler, İngiltere'nin o devlet ile olan ilişkilerini zarara sokabileceği gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmaktadır. Konuya yönelik bir dava olan Dynamit Actien-Gesellschaft v Rio Tinto Co Ltd (1918) AC 260 davası için bkz. FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 143-144) insan hürriyetini ve hareket serbestisini İngiliz Hukuku'nun kabul edemeyeceği şekilde sınırlayan, (ÖKÇÜN, ty s. 100) adalete (Lord Nicholas in Kuwair Airways Corp'n v Iraqi Airways Co (Nos 4 and 4) (2002) 2 AC 883, HL, karar için bkz. FAWCETT ve

CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 142-143), insan haklarına aykırı olan (FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 145; O'BRIEN, Yıl: 1999 s. 170. Konuya yönelik bir dava olan Oppenheimer v Cattermole (1973) AC 249 at 277-278 davası için bkz. FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 145) veya kötü niyeti koruyan (İngiliz mahkemesi kötü niyetin korunması sonucunu doğuran hukukun uygulanmasını kamu düzenine aykırı bulmuştur. Konuya ilişkin bir dava için bkz. Winkworth Case [1980] Ch 496, bkz. FAWCETT vd. Yıl: 2012 s. 1092-1093) yabancı hukuk kuralı kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmaktadır.

Aynî haklar konusunda kamu düzeninin çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Zamanaşımı, bu konuda örnek teşkil edebilecek bir konudur. Aslında zamanaşımı konusu kural olarak kamu düzenini ilgilendiren bir konu değildir (Konun yansıdığı bir Yargıtay kararında; “... *Zamanaşımın kendisi kamu düzenini ilgilendiren bir konu değildir...*” ifadelerine yer verilmiştir, bkz. Yarg. 11. HD E. 28.05.1998 E. 1998/383 K. 1998/3945 [bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 44-45]). MÖHUK’da zamanaşımı konusunda genel hükümler kısmında bir maddeye yer verilmiş ve zamanaşımı konusu hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tâbi tutulmuştur (MÖHUK m. 8). Böylelikle zamanaşımı sözleşmesel ilişkilerde taraflarca seçilen ya da objektif olarak belirlenen akit statüsüne, haksız fiillerde haksız fiil statüsüne, aynî haklarda aynî hak statüsüne (lex rei sitae) tâbi tutulmuştur. Bu hakuklar, zamanaşımının başlangıcı, süresi, durması, kesilmesi ve hükümlerine uygulanacaktır (NOMER, Yıl: 2015 s. 213. Milletlerarası sözleşmelerde zamanaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, Yıl: 1989 s. 637-649). Kıymetli evrakta zamanaşımı ise özel olarak düzenlenmiş ve TTK m 769, m. 778 ve m. 818 gereği, müracaat hakkının kullanılması için gereken süreler, poliçe, bono ve çekin keşide edildiği yerde geçerli olan mevzuata göre belirlenecektir.

Yabancı hukukta düzenlenen zamanaşımı süresinin Türk Hukuku’ndan daha uzun ya da daha kısa düzenlenmiş olması kural olarak Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektirmez. Zira, kamu düzeni müdahalesi istisnai etkiye sahiptir. İlgili yabancı hukukun Türk Hukuku’ndan farklı hükümler içermesi tek başına kamu

düzeni müdahalesinin uygulanması için de yeterli sebep teşkil etmez (NOMER, Yıl: 2015 s. 214. Konun yansıdığı bir Yargıtay kararına göre; “*Dairemizin 15.9.1989 tarih ve 1989/5912-4324 sayılı kararında da belirtildiği gibi, “yabancı hukukta zamanaşımı süresinin Türk Hukukundan farklı şekilde düzenlenmiş olmasının kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir...*”, Yarg. 11. HD T. 28.05.1998 E. 1998/383 K. 1998/3945 [bkz. YKD, C. 25, Sayı: 3, Yıl: 1999 s. 351-352]). Ancak belirli bir talep hakkını zamanaşımına tâbi tutmayan ya da Türk Hukuku’na göre çok uzun ya da çok kısa bir zamanaşımı süresi öngören yabancı kanun hükmünün kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması gerekir. Bu durumda yabancı hukuktaki genel zamanaşımı süresi uygulanabilir (NOMER, Yıl: 2015 s. 214. Benzer yönde, ŞANLI, Yıl: 1989 s. 643-644).

Aynî haklar açısından konuyu değerlendirdiğimizde, örneğin Türk Hukuku’nda taşınırın olağan kazandırıcı zamanaşımı ile mülkiyetlerinin iktisabı için 5 yıllık süre öngörülmüştür. Bu süreyi 1 ay ya da 20 yıl gibi belirleyen hukuklar için kamu düzeni müdahalesi ortaya çıkabilir. Ancak bu sürenin 3 yıl olarak belirlenmiş olduğu (örneğin Fransız Medeni Kanunu m. 2279) yabancı bir hukuka karşın kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmaz. Zira, yabancı hukukun sadece Türk Hukuku’ndan farklı şekilde bir kural belirlemiş olması az evvel de belirtmiş olduğumuz gibi, tek başına kamu düzeni müdahalesini gerektirmez.

Türk Hukuku’nda başkasının mülkiyetinde olan taşınır bir malın, davasız ve aralıksız beş yıl iyi niyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimsenin, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla o taşınırın maliki olabileceği MK m. 777’de düzenlenmiştir. Bu taşınır malın, kazandırıcı zamanaşımı süresinin 3 yıl olduğu bir ülkeye götürülmesi hâlinde, MÖHUK m. 21/3 gereği malın mülkiyeti kazanılmış olacaktır. Ancak bir kişinin Türkiye’de bu malı 5 yıl süreyle malik sıfatıyla zilyetliğinde bulundururken iyi niyetli olması gerekmektedir. Örneğin, bu kimsenin malın malikinin kim olduğunu öğrenmesine rağmen, sırf malın mülkiyetini kazanmak için, kazandırıcı zamanaşımı yoluyla malın maliki olabilmek için iyi niyetin aranmadığı bir ülkeye götürmesi hâlinde de bu davranışı korunacak mıdır

sorusu gündeme gelebilir. Kanaatinizce burada kanuna karşı hile söz konusu olduğundan (Kanuna karşı hile için hükmünden kaçınılan bir hukuk kuralı, kendisinden yararlanılmak istenilen başka bir hukuk kuralı, hileli bir fiil ve son olarak da hile kastı gerekmektedir, bkz. NOMER, Yıl: 2015 s. 124. Benzer yönde, AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 138; BERKİ, Yıl: 1961 s. 92-93; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 98-100; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 197-199; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 51. Örneğimizde, hükmünden kaçınılan bir hukuk kuralı TMK m. 777 hükmünde yer alan 5 yıl boyunca iyi niyetin devam etmesi kuralı; kendisinden yararlanılan başka bir hukuk kuralı olarak, yabancı hukukta taşınırın kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyetinin kazanılabilmesi için iyi niyetin aranmamasından yararlanmak, hileli bir fiil ve hile kastı için, kişinin taşınırı mülkiyeti Türkiye’de kazanmasının mümkün olmaması nedeniyle yabancı bir ülkeye götürmüş olduğundan kanuna karşı hile için aranan şartlar gerçekleşmiştir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında kanuna karşı hile konusunun genel olarak kanunlarda düzenleme alanı bulmadığını ancak doktrin ve uygulamada kabul edildiğini söylemek mümkündür. Örneğin, bu konu Fransız ve Türk Hukuku’nda düzenlenmemekle birlikte doktrin ve uygulama açısından kabul edilmekteyken, İngiliz Hukuku’nda ise kabul edilmemektedir. Zira, İngiliz mahkemeleri, İngiliz Hukuku’nun evlenmenin şekli ile ilgili maddelerinden sakınmak amacıyla İskoçya’da İskoç Hukuku’na uygun olarak yapılmış olan bir evliliği geçerli saymıştır’ bkz. ÖKÇÜN, ty s. 114. Türk hukuk düzeninin kanuna karşı hileyi koruması mümkün değildir. Kanuna karşı hile, kamu düzeni müdahalesi ile önlenilmektedir, bkz. AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 139; NOMER, Yıl: 2015 s. 131. ÖKÇÜN, kanuna karşı hilenin tespiti halinde, hâkimin bertaraf edilmek istenen yabancı hukuku uygulayacağını halbuki kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesi ile reddedilen yabancı hukukun yerine bir başka yabancı hukukun uygulanmasının söz konusu olmadığını belirtmektedir, bkz ÖKÇÜN, ty s. 116). Örneğimizde de kişinin sırf iyi niyetinin ortadan kalkması neticesinde artık Türkiye’de maliki olmayacağı bu taşınırı, iyi niyetin aranmadığı başka bir ülkeye götürerek malın maliki olma girişiminin korunmaması gerekir. Bu durumda kişi her ne kadar malın son bulunduğu yere göre maliki olmuş olsa da, taşınır davasının Türkiye’de açılması hâlinde, hâkim

kamu düzeni müdahalesiyle bu durumu bertaraf etmelidir. Kanaatimizce kötü niyetli bir hareketle bir hak kazanılması, kamu düzenimizi açıkça ihlâl eder) bu şekilde hareket eden bir kimsenin aynî hak kazanması mümkün değildir.

Türk Hukuku uyarınca aynî haklar zamanaşımına uğramaz. Örneğin, bir kişi bir malın maliki ise, onun üzerinde herhangi bir işlem yapmasa da yine o malın maliki olmaya devam edecektir. Yabancı hukukun aynî hakların zamanaşımına uğrayacağına ilişkin bir hükmünün olması hâlinde, bu hükmün uygulanmaması gerekir. Kanaatimizce bu durumda kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilecektir.

Taşınır ve taşınmazlar üzerinde rehin hakkı tesis edileceği zaman, en başından rehinle teminat altına alınan alacağın ödenmemesi hâlinde, rehinli malın rehinli alacaklının mülkiyetine geçeceğine ilişkin bir anlaşmanın yapılması Türk Hukuku uyarınca geçersizdir. Roma Hukuku'ndan beri gelen bu ilke lex commissoria yasağı olarak ifade edilir (Lex commissoria yasağının Roma Hukuku'ndan bu yana varlığını sürdüğü konusunda bkz. JOHNSTON, Yıl: 1994 s. 183). Yabancı hukukta böyle bir kural olmayabilir. Örneğin, bir rehin alacaklısına teslim edilmeden tesis edilen bir taşınırın lex commissoria yasağının olmadığı bir ülkeden, Türkiye'ye getirilmesi hâlinde; rehin alacaklısının rehinle teminat altına alınan borç ödenmediğinden rehin konusu olan eşyanın mülkiyetini kazandığı iddiası ile Türkiye'de açtığı bir davada, hâkim kamu düzenini müdahalesini dikkate almalıdır. Bu durumda Türk Hukuku'nun uygulanması ihtimalinde rehin alacaklısı malın mülkiyetini kazanamayacaktır.

Doktrinde, yabancı hukukla uygun bir şekilde tesis edilen (örneğin taşınır rehlinin teslimsiz gerçekleşmesi) rehin hakkının Türk maddi hukukundaki düzenleme şekline aykırı olsa dahi Türkiye'de geçerli olacağı ve bu durumun kamu düzeni ile ilgili olmadığı belirtilmektedir. Ancak malın borçlu zilyet tarafından Türkiye'ye getirilip kötü niyetli bir kimseye satılması halinde yabancı ülkede tesis edilen rehinlerin Türkiye'de ileri sürülmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir (ÇELİKEL, Yıl: 1972 s. 81).

5.2. Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi

Milletlerarası özel hukukta sadece özel hukuka ilişkin menfaatler değil, bazı durumlarda ekonomik, siyasi ve sosyal menfaatler de dikkate alınmaktadır. Doğrudan uygulanan kurallar (müdahaleci kurallar), kamu yararını öngören, sosyal ve ekonomik yarar sağlayan kurallardır. Bu kurallar özel hukuk karakterli olabileceği gibi, kamu hukuku karakterli kurallar da olabilmektedir (Doktrinde doğrudan uygulanan kural kavramının milletlerarası özel hukuk doktrinine FRANCESCAKIS tarafından kazandırıldığı; Francescakis'in bu kuralların sadece yöntem bakımından taşıdığı özelliği yansıttığını ve onların içeriği hakkında bir fikir vermediğini belirttiğini ve bu kurallar için güvenlik kanunları kavramının kullanılmasının uygun olacağını savunduğu ileri sürülmüştür, bkz. ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Yıl: 2001 s. 8).

Türk Hukuku'nda doğrudan uygulanan kurallar adı altında ilk düzenleme 5718 sayılı MÖHUK ile mevzuatta yer almıştır (Kanun tasarısında "*Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları*" (MÖHUK m. 6) yer almamakla birlikte, MÖHUK m. 31'de (Tasarı m. 30) düzenlenen sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına yer verilmiştir. MÖHUK Tasarısı için bkz www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf). Kanun'da doğrudan uygulanan kurallara iki maddede yer verilmiştir. İlki MÖHUK m. 6'da düzenlenen "*Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları*" başlığını taşıyan hüküm, diğer ise MÖHUK m. 31'de düzenlenen "*doğrudan uygulanan kuralları*" (Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının milletlerarası özel hukuk doktrinindeki tarihsel gelişimi için bkz. HELLNER, Yıl: 2009 s. 447 vd.) başlığını taşıyan hükümdür. Bu maddelerde konu "*(1) Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır*" (MÖHUK m. 6); "*(1) Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda*

bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır” (MÖHUK m. 31) (MÖHUK m. 31’in uygulaması sadece sözleşmeler kapsamında olacağından, burada ayrıntısına girilmeyecektir. Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. CHONG, ty s. 27-70; ERKAN, Yıl: 2011 s. 81-121; SCHÄFER, ty s. 1 vd.) şeklinde düzenlenmiştir. Her ne kadar Türk Hukuku’da lex fori’nin doğrudan uygulanan kuralları ilk kez 5718 sayılı MÖHUK ile düzenlenmiş olsa da daha önceki dönemlerde de uygulamada dikkate alınmaktaydı.

Doğrudan uygulanan kurallar hakkında genel olarak; tarafların aksini kararlaştıramayacağı, uygulanacak hukukun yabancı hukuk ya da Türk Hukuku olmasının bir önemi olmaksızın uygulama alanı bulan, hatta söz konusu hukukî işlem ya da ilişkinin yabancılık unsuru taşıyıp taşıyamamasının dahi önemi olmaksızın direkt uygulanan, emredici nitelikte olan, kamu hukuku ya da özel hukuk normu olarak düzenlenebilen, kamu menfaatine hizmet eden, siyasi, politik, ekonomik, zayıf konumdaki kişileri koruma amacı gibi nedenlerle düzenlenmiş olan kurallar olduğunu söyleyebiliriz. Bu kurallara rekabet hukuku, iş hukuku, tüketici hukuku, kültür varlıklarının korunması, yabancıların taşınmaz edinmesi, şirketler hukuku, kambiyo hukuku, tarım politikası, ithalat-ihracat gibi alanlarda rastlamak mümkündür (Doğrudan uygulanan kurallar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz AYBAY ve DARDAGAN, Yıl: 2008 s. 141 vd.; BUXBAUM, Yıl: 2007 s. 21-36; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 236 vd.; NOMER, Yıl: 2015 s. 182 vd.; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Yıl: 2001 s. 1 vd.; PAUKNEROVÀ, ty s. 29 vd.; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 58 vd.; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 7 vd.). Bunun dışında hayvanları ve çevreyi koruma konusunda, politik, askeri, güvenlik ve ekonomik alanlarda da doğrudan uygulanan kurallara rastlamak mümkündür (BLESSING, Yıl: 1999 s. 14). Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da sadece lex fori’nin ve üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarından bahsedilmiştir. Ancak bunun dışında lex causea’nın da doğrudan uygulanan kuralları vardır. Aynî haklar açısından lex fori’nin ve lex causea’nın (aynî hak statüsünün) doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulması mümkündür. Bir başka ifade ile aynî haklar açısından MÖHUK m. 31’in uygulanması söz konusu değildir.

Bir uyuşmazlık hakkında yabancı bir hukukun yetkili olması hâlinde, bu hukuk bütün hükümleri ile uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle MÖHUK'da *lex causea*'nın doğrudan uygulanan kuralları için ayrıca bir düzenleme yapılmasının bir anlamı yoktur. *Lex causea*'nın doğrudan uygulanan kurallarının tek sınırını Türk kamu düzeninin oluşturacağını söylemekte fayda vardır.

Doktrinde yabancıların taşınmaz edinmesine (aynî hak kazanması) ilişkin kuralların doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Aslında yabancıların taşınmaz edinmesi konusu, hukukî ilişkinin süjesinin yabancı olması ve söz konusu ilişkinin maddî hukuka ilişkin çözümler içermesi nedeniyle bir maddî hukuk kuralı olarak düşünölmeye elverişlidir. Ancak her devletin kendine özgü bir yabancılar politikası vardır. Devletler bu politikayı belirlerken, esas olarak kendi çıkarlarını dikkate alarak düzenlemeler yapmaktadır. Bu doğrultuda izlenmiş olan belirli politikaları yansıtan bu kurallar da doğrudan uygulanan kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır(ÖZDEMİR KOCASAKAL, Yıl: 2001 s. 26).

Özellikle gemi ve uçakların ekonomik değeri dikkate alınarak bu araçların mülkiyetlerinin devrinde ve bu araçlar üzerinde rehin tesisinde özel düzenlemeler getirilmiş ve TMK'deki taşınmazlara yönelik düzenlemelere yaklaşma sağlanmıştır. Türk Gemi Siciline kayıtlı bir geminin devri için malik ile iktisap edenin, mülkiyetin iktisap edene devri hususunda anlaşmaları ve geminin zilyetliğinin geçirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, mülkiyetin devrine ilişkin anlaşmanın yazılı şekilde yapılması ve imzaların noter onaylı olması gerekir (TTK m. 1001). Bu hükme göre gemi örneğın, Almanya'da bulunsa dahi, Türk Gemi Sicili'ne kayıtlı olduğundan, mülkiyetin devri için Türk Hukuku'nda aranan şartlara uyulması gerekecektir. Aksi hâlde, mülkiyet devredilmemiş olacaktır. TTK'de öngörölen bu kural da doğrudan uygulanan kural niteliğindedir (Aynı Yönde ÖZDEMİR- KOCASAKAL, Yıl: 2001 s. 155 dipnot 289). Gemi ipoteğinin kurulması için geminin maliki ile alacaklının gemi üzerinde ipotek kurulması hususunda anlaşmaları ve ipoteğın gemi siciline tescil edilmesi şarttır. İpoteğın kurulmasına ilişkin sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması ve imzalarının noterce onaylanması gerekir. Bu anlaşma gemi sicil

müdürlüğünde de yapılabilir. İpoteğin kurulmasına ilişkin anlaşma bu şekillerden birine uygun olarak yapılmadıkça geçerli olmamaktadır (TTK m. 1015/1-2). Yine, hava aracının tamamı veya bir payının üzerinde mülkiyet ve diğer aynî hakların tesisi, devri ve temlik için yazılı sözleşme yapılması lazım ve kafidir. Temlike ilişkin sözleşmeler yazılı şekilde yapılmadıkça geçerli değildir. Sözleşmeler uçak siciline tescil edilmeden üçüncü şahıslar bakımından hüküm ifade etmez (TSHK m. 66). Bu düzenlemeler kanaatimizce doğrudan uygulanan kural niteliğindedir.

Mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına uygulanacak hukuk kısmında incelemiş olduğumuz Yargıtay kararında (Yarg. 21. HD T. 13.04.2004 E. 2003/11058 K. 2004/3676, bkz. RUHİ, Yıl: 2008 s. 250-252) Yargıtay, *“Türk Medeni Kanununun 764. maddesi uyarınca mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin geçerliliği alıcının yerleşim yeri siciline tescil şartına bağlıdır. Dosyadaki bilgi ve belgelerden böyle tescilin olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda Avusturya hukukuna göre yapılmış mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi Türk hukuk sistemine göre geçersizdir...”* şeklinde hüküm tesis ederek, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde gerekli olan tescili kanaatimizce doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirmiştir.

Kültür ve tabiat varlıkları uluslararası alanda ayrı bir özelliğe ve öneme sahiptir. Devletler genellikle bu varlıklarla ilgili gerek kanunlarda gerekse uluslararası sözleşmelerle çeşitli düzenlemeler yapmak suretiyle, söz konusu varlıkları hukuksal zeminde koruma yoluna gitmektedir. Türk Hukuku’nda da konu 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (RG T. 23.07.1983, RG Sayı: 18113) ile düzenlenmiştir.

Forun kültürel varlıkların korunmasına yönelik mevzuatının ihlâl edilmesi suretiyle yapılan satış sözleşmelerine, sözleşme her ne kadar yabancı hukuka tâbi olsa da, forun hükümlerini uygulayan mahkeme kararlarına rastlamak mümkündür. Özellikle kültürel varlıkların ait oldukları ülkeden, bu ülke hukukunun yasaklamasına rağmen ihraç edilip, diğer bir ülkede, o ülkenin mülkiyetin kazanılmasına ilişkin hükümlerine uygun olarak üçüncü kişilere devredilmesi halinde

karşımıza çıkmaktadır. Zira, kültürel varlıkların bu kişi tarafından başka bir zamanda malların asıl ait oldukları ülkeye getirilmesi üzerine, bu devlet malların kendisine iadesine yönelik olarak davalar açılmaktadır. Bu durumda genellikle davalı, lex fori'nin aynî hakkın kazanılmasını lex rei sitae kuralına tâbi tutan kanunlar ihtilâfi kuralının uygulanmasını istemektedir. Böylece malın kendisine devredildiği ülke hukukuna göre yürürlükte olan kurallara uygun olarak mülkiyeti kazandığını ileri sürmektedir. Halbuki for devletinin bu varlıkların ihracatına yönelik kuralları doğrudan uygulanan kural niteliğindedir. İhracaat yasağına yönelik kurallar, mülkiyetin kazanılması bakımından, devrin yapıldığı yer hukukunun uygulanmasını öngören kanunlar ihtilâfi kurallarına göre öncelikli olarak uygulama alanı bulmalıdır (Aktaran: ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Yıl: 2001 s. 35).

İsviçre Hukuku'nda da doğrudan uygulanan kurallar düzenleme alanı bulmuştur. İsviçre Hukukunun emredici karaktere sahip olan kuralları, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda göre tespit edilen uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanacaktır (m. 18). Federal Konsey tarafından bu maddenin gerekçesi olarak her hukuk düzeni gibi İsviçre Hukuku'nun da devlet açısından özel önem taşıyan ve imtiyazlı bir şekilde uygulanması gereken hükümlere sahip olduğu; bu hükümlerin özel amaçlarının gerektirdiği uygulama alanına giren durumlarda uygulanacak hukukun hangi hukuk olduğunun önemli olmadığı ve yabancı bir hukuk kuralının uygulanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir (Aktaran: ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Yıl: 2001 s. 34).

İngiliz Hukuku'nda da 2000'li yıllarla birlikte doğrudan uygulanan kuralların tartışıldığı görülmektedir. Bu hukuk sisteminde de forun doğrudan uygulanan kuralları direkt uygulama alanı bulmaktadır (FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 150-151). Çin Hukuku'nda yabancıların kişisel ilişkilerine dair (medeni hukuk ile ilgili) Çin Hukuku'nda olan doğrudan uygulanan kurallar var ise, bu kurallar direkt uygulama alanı bulmaktadır (Yabancı Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Kanun m. 4).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AYNÎ HAKLARDAN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA YETKİLİ MAHKEME

1. MİLLETLERARASI USUL HUKUKU HAKKINDA GENEL BİLGİ

Özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemelerin milletlerarası yetkisini düzenleyen kuralların bütünü milletlerarası usul hukukunun bir parçasını oluşturmaktadır. Bunun dışında, davada yabancıların tabi oldukları statü ile ilgili kurallar (taraf ehliyeti-dava ehliyeti gibi), yabancılık sıfatına bağlı teminat gösterme yükümlülüğü, yabancıların adli yardımdan yararlanması, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi gibi konular milletlerarası usul hukukunu oluşturmaktadır.

Milletlerarası (medeni) usul hukuku milli hukuk alanı içinde, kendi mahkemelerinin usul hukukuna (özel hukuk) ilişkin düzenlemeler yapan bir hukuktur. “Milletlerarası usul hukuku” ifadesi yanlış anlaşılmaya müsait bir kavramdır. Zira, kavram kullanıldığında adeta tüm hukuk sistemlerinin uyguladığı tek bir usul hukuku varmış gibi bir yanılgıya neden olmaktadır. Hâlbuki milletlerarası usul hukuku, usul hukukunun bir parçasıdır. Üstelik bu hukuk milli bir hukuktur (NOMER, Yıl: 2015 s. 372; NOMER, Yıl: 1999 s. 634. Benzer yönde, MIURA, Yıl: 1972 s. 523).

Türk Hukuku’nda yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi konuları MÖHUK’da düzenlenmiştir (MÖHUK m.1).

1.1. Lex Fori'nin Hâkimiyeti

Özel hukuka ilişkin davalarda takip edilecek usul kural olarak kendisine başvurulmuş mahkemenin –lex fori'nin- hukukudur. Bu kapsamda tarafların vatandaşlığının bir önemi bulunmamaktadır. Davada izlenecek usulün esas amacı maddî açıdan doğru bir hükme ulaşmaktır. Bu bakımdan davanın, görüldüğü mahkemenin dışında başka bir mahkemenin usulüne tabi tutulmasına gerek yoktur (NOMER, Yıl: 2015 s. 386).

Doktrinde, milletlerarası usul hukukunda lex fori'nin hâkimiyetinin olmasının (BECKETT, Yıl: 1934 s. 46; BROWN, Yıl: 2001 s. 35-36. ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 433; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 27; NOMER, Yıl: 2009 s. 17; O'BRIEN, Yıl: 1999 s. 113; ŞANLI vd., Yıl: 2014 s. 316) sebepleri olarak, mahkemenin ait bulunduğu devletin hukukuna göre kurulmuş olması nedeniyle görev ve faaliyet alanının da bu hukuka göre tespit edilmesi gerektiği; yargılama faaliyetinin kamu hukuku alanına dahil olması; davada takip edilen usulün esas amacının maddî açıdan doğru bir hükme ulaşmak olduğu ve bu amaca ulaşabilmek için mahkemenin başka hukukların hâkimiyeti altında yürütülmemesi gerektiği belirtilmektedir (NOMER, Yıl: 2015 s. 386. Benzer yönde, DOĞAN, Yıl: 2015 s. 27 vd.; NOMER, Yıl: 2009 s. 17 vd.; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 316. Konu bir Yargıtay kararına “... Anılan yasanın 27. maddesinde Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesinde İç Hukukun yer itibariyle yetki hükümlerinin esas alınacağı kuralı kabul edilmiştir. Öte yandan prensip olarak Milletlerarası Usul Hukukunda uygulanması gereken Kanun daima hâkimin kendi Kanunudur. (Lex Fori). Bu prensip Yargı faaliyetinin kamu hukukuna dahil olmasının ve mahkemenin sadece kendisinin tâbi olduğu Usul Hukukunu uygulamakla yetkili kılmasının sonucudur... o halde olayda iddianın tanıkla ispat edilip edilmeyeceğine ilişkin usul sorunu HUMK. muza göre çözülmek ve karara bağlanmak gerekir....” şeklinde yansımıştır (Yarg. 3. HD T. 12.12.1989 E. 1989/4375 K. 1989/7250 [bkz. GÖKKAYA, Yıl: 1996, s. 154-156]). Benzer yönde bir karar için bkz. Yarg. 2. HD, T. 27.05.1998, E.1998/4842, K. 1998/6521, bkz. www.kazanci.com).

Lex fori'nin hâkimiyetindeki bazı durumlara örnek olarak, bir kimsenin davasını bizzat takip edip edemeyeceği (Türk Özel Hukuku'na göre bir kişinin davada avukatla temsil edilme zorunluluğu bulunmamaktadır. Zira, HMK m. 71 hükmü; *“Dava ehliyeti bulunan herkes, davasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açabilir ve takip edebilir”* şeklinde düzenlenmiştir. Ancak bir kimse davasını kendisi takip etmeyip bir vekil aracılığı ile takip edecekse bu vekil, bir avukat olmalıdır. Ancak bazı hukuk sistemlerinde davaların avukatla takip edilmesi mecburiyeti vardır. Örneğin, Alman Hukuku'nda belirli mahkemelerde (asliye ve yüksek eyalet mahkemesi) davanın avukat vasıtasıyla takip edilmesi gerekmektedir (Zivilprozessordnung (ZPO) (Alman Medeni Usul Kanunu) § 78): Alman medenî usul hukukunda avukatla temsil zorunluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AKKAN, Yıl: 2009 s. 1-14. ZPO'nun İngilizce çevirisi için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html), yabancı bir mahkeme kararının kesin hüküm kuvvetinin ülkede tanınıp tanınmayacağı, mahkemenin kullanacağı dil, süreler, duruşmanın yapılaş şekli, tarafların duruşma salonunda bulundukları yer, dilekçelerin gönderilme usulü gibi konular verilebilir.

Milletlerarası usul hukukunda lex fori'nin hâkimiyeti olmakla birlikte, usul hukukuna ilişkin her konu lex fori'ye tâbi değildir. Bir başka ifadeyle, milletlerarası usul hukukunda lex fori prensibinin uygulanmasının bazı istisnaları söz konudur (Milletlerarası usul hukukunda lex fori'nin uygulanmasının istisnaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, Yıl: 2015 s. 386 vd). Biz çalışmamız kapsamında sadece taraf ve dava ehliyeti ile taraf sıfatına değineceğiz.

Bir yabancı'nın Türkiye'de dava (konumuz açısından aynî hakka ilişkin) bir dava açmak istemesi hâlinde, taraf ve dava ehliyetine sahip olması gerekir. Ancak yabancıların taraf ve dava ehliyeti (Taraf ehliyeti, davada taraf olma yeteneğini ifade eder. Türk usul hukukunda taraf ehliyeti maddî hukuktaki hak ehliyetinin medeni usul hukukuna yansıdığı şekli ifade etmektedir. Kimlerin taraf ehliyetine sahip olduğu TMK hükümlerine göre belirlenmektedir. Zira, HMK m. 50; *“Medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir”*

hükümünü içermektedir. Bu nedenle hak ehliyeti bulunan her gerçek (TMK m. 8) ve tüzel kişinin (TMK m. 48) taraf ehliyeti bulunmaktadır. Taraf ehliyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ALANGOYA vd. Yıl: 2011 s. 113 vd. ; ERİŞİR, Yıl: 2007 s. 1 vd.; GÖRGÜN, Yıl: 2014 s. 128 vd.; KALE, Yıl: 2010 s. 1 vd.; KURU, Yıl: 2001 s. 887 vd; KURU vd. Yıl: 2014 s. 208 vd.; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 294 vd.; ULUKAPI, Yıl: 2014 s. 180 vd.; E. YILMAZ, Yıl: 2013 s. 508 vd. Dava ehliyeti, bir kişinin kendisinin veya yetkilendirdiği bir temsilci (vekil) aracılığı ile bir davayı, davacı ya da davalı olarak takip etme ve usulî işlemleri yapabilme ehliyetidir. Fiil ehliyetine sahip olan her gerçek ve tüzel kişinin dava ehliyeti bulunmaktadır (HMK m. 51). Bir başka ifade ile dava ehliyeti, fiil ehliyetinin medeni usul hukukuna bürünmüş şeklidir. Dava ehliyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ALANGOYA vd. Yıl: 2011 s. 116-117; GÖRGÜN, Yıl: 2014 s. 130 vd.; KURU, Yıl: 2011 s. 1026 vd.; KURU vd. Yıl: 2014 s. 215 vd.; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 298 vd; ULUKAPI, Yıl: 2014 s. 182-183; E. YILMAZ, Yıl: 2013 s. 540 vd.) MÖHUK’da özel olarak düzenlenmiş konulardan değildir. Dava ehliyeti ve taraf ehliyeti hak ve fiil ehliyetinin usul hukukunda görünüş şeklini oluşturmaktadır. Bu nedenle, yabancıların Türkiye’de açılmış bir davada, dava ve taraf ehliyetine sahip olup olmadıkları konusunda, “Ehliyet” başlıklı MÖHUK m. 9 hükmü uygulama alanı bulacaktır (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 449 vd.; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 26 ve 260; NOMER, Yıl: 2015 s. 385 vd.; NOMER, Yıl: 2009 s. 19-20; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 326). Vatansızların, mültecilerin ve birden fazla vatandaşlığa sahip olanların dava ve taraf ehliyetleri konusunda ise, MÖHUK m. 4 hükmü (“(1) Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe;

a) Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hallerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku,

b) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku,

c) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki halinde bulundukları devlet hukuku,

uygulanır” (MÖHUK m. 4)) uygulanacaktır (Kural olarak taraf ehliyeti ve dava ehliyeti bulunan kimsenin talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olarak ifade edilen dava takip yetkisi de bulunmaktadır. Bu yetki kanunda belirtilen özel durumlar dışında, maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre belirlenmektedir (HMK m. 53). Ancak bazı istisnai durumlarda davada taraf olarak gösterilen kişinin dava takip yetkisi bulunmamaktadır. Örneğin, müflisin iflâs masasına giren malları üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanır (İİK m. 191). İflas masasının kanunî temsilcisi iflâs idaresi olmaktadır (İİK m. 227). İşte bazı istisnalar haricinde müflisin taraf olduğu hukuk davalarında ve takiplerde, müflisin dava ve taraf ehliyeti bulunmasına rağmen, dava takip yetkisi yoktur, bkz. KİRAZ, Yıl: 2012 s. 13; KURU, Yıl: 2001 s. 1155; KURU vd. Yıl: 2014 s. 327; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 301. Dava şartlarından olan dava takip yetkisi (HMK m. 114/1-e), genellikle iflâs idaresi, vasiyeti tenfiz memuru, tasfiye memuru gibi görevliler tarafından görevleri gereği yerine getirilmektedir. Bu şekildeki bir idare görevi yabancı hukuk tarafından verilmiş ise, bu göreve sahip şahsın dava takip yetkisine sahip olup olmadığına Türk Hukuku karar vermelidir. Ayrıca böyle bir idare görevinin Türk Hukuku’na göre tanınmış olması gerekmektedir. Doktrinde dava takip yetkisinin maddî hukuka dayanması hâlinde Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenen hukukun davaya giren şahsın dava takip yetkisinin bulunup bulunmadığına karar vereceğini, (örneğin, müşterek maliklerden birinin bağımsız mülkiyet hakkından doğan bir hakkını ileri sürmesi hâli) buna karşılık dava takip yetkisi usul hukukuna dayanmakta ise, bu konuda lex fori’nin hâkimiyetinin olduğu ifade edilmektedir, bkz. NOMER, Yıl: 2015 s. 391; NOMER, Yıl: 2009 s. 23. Benzer yönde, ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 453).

Böylelikle Türk Hukuku’nda yabancıların bir davada dava ve taraf ehliyetine sahip olup olmadıkları konusu lex fori’ye göre değil (İngiliz Hukuku’nda ise taraf ehliyeti lex fori’ye göre belirlenmektedir, bkz. DICEY ve MORRIS, Yıl: 1993 s. 172), kendi milli hukuklarına göre belirlenecektir (Bazı hukuk sistemlerinde ise, yabancıların dava ve taraf ehliyetine uygulanacak hukuk konusu Kanunlarında özel olarak düzenlenmiştir. Bu hukuk sistemlerinden biri Rus Hukuku’dur. Rus

Hukuku'nda da yabancıların ve vatansızların davada taraf olma ehliyetine milli hukukları uygulanacaktır (Rus Medeni Usul Kanunu m. 399/1). Ancak Türk Hukuku'nda farklı olarak, yabancıların Rusya'da yerleşim yeri bulunuyorsa milli hukuku olarak Rus Hukuku uygulanacaktır (Rus Medeni Usul Kanunu m. 399/3). Vatansızların davada taraf olma ehliyetinde (milli hukuk olarak) ise, Türk Hukuku ile benzer bir düzenleme tercih edilmiştir. Vatansızların taraf olma ehliyetine yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır (Rus Medeni Usul Kanunu m. 399/4). Yabancıların hem Rus hem yabancı devlet vatandaşlığı varsa Rus vatandaşlığı dikkate alınacak; ancak yabancıların çok vatandaşlığı bulunuyorsa (Rus vatandaşlığı hariç) bu takdirde kişinin davada taraf olma ehliyetine (milli hukuku olarak) yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır (Rus Medeni Usul Kanunu m. 399/2), bkz. GAVRILOV, Yıl: 2006 s. 332). Örneğin, Türkiye'de dava açmak isteyen bir Alman vatandaşının taraf ehliyeti MÖHUK m. 9/1 gereği, kendi milli hukuku olan Alman Hukuku'na göre belirlenecektir. Taraf ehliyeti Alman Hukuku'nda da Türk Hukuku'na benzer şekilde düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle Alman Hukuku'nda da hak ehliyetine sahip olan bir kimsenin taraf ehliyeti olduğu esas kabul edilmiştir (Alman Medeni Usul Kanunu § 50/1). Bu nedenle, Alman usul hukuku uyarınca kişinin taraf ehliyetinin bulunması, hak ehliyetine sahip olması hâlinde gerçekleşmiş olacaktır (Alman Medeni Usul Kanunu § 50/1).

Yabancı hukuk sistemlerinin hepsinde usul hukukundaki taraf ehliyeti ile maddî hukukun hak ehliyeti kavramının örtüştüğünü söylemek mümkün değildir. Örneğin, Alman Hukuku'nda hak ehliyetine sahip olmayan bir dernek dava edilebilmektedir (Alman Medeni Usul Kanunu § 50/2). Bir başka ifadeyle hak ehliyeti olmayan topluluğun pasif dava ehliyeti bulunmaktadır. Bu nedenle yabancıların Türkiye'de açılan bir davada taraf ehliyetine sahip olup olmadıkları, onların hak ehliyetine sahip olup olmadıklarına göre değil, kendi milli hukuklarına göre davada taraf ehliyetine sahip olup olmadıklarına göre belirlenmelidir (NOMER, Yıl: 2009 s. 20. Benzer yönde, NOMER, Yıl: 2015 s. 389).

Dava ve taraf ehliyeti konusuna değinmişken, kısaca işlem güvenliği ilkesinden bahsetmekte yarar vardır. MÖHUK m. 9/2’de yer alan konu, kişinin kendi milli hukukuna göre ehliyetsiz olmasına rağmen, işlemi yaptığı yer hukukuna göre ehliyetli olması hâlinde, yaptığı hukukî işlemle bağlı olduğunu düzenlemektedir. Örneğin, Türkiye’de bulunan bir taşınmaz hakkında yapılan bir satım sözleşmesinde kişi kendi milli hukukuna göre ehliyetsiz iken, Türk Hukuku’na göre ehliyetliyse, kişinin yapmış olduğu işlem geçerli kabul edilecektir. Zira, işlem güvenliği ilkesi bu kapsamda uygulama alanı bulacaktır.

Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler kuralın istisnasını teşkil etmekte ve bu konularda ilke uygulama alanı bulmamaktadır. Fıkrayı taraf ve dava ehliyetine uyguladığımızda, milli hukukuna göre taraf ehliyetine sahip olmayan bir yabancının, Türk Hukuku’na göre taraf ya da dava ehliyeti varsa, Türkiye’de açılan bir davada taraf ya da dava ehliyetine sahip olduğu kabul edilmelidir. En azından böyle bir yabancının -işlem güvenliği açısından- pasif taraf (davalı) ehliyetine sahip olduğunu kabul etme zorunluluğu bulunmaktadır (NOMER, Yıl: 2015 s. 389; NOMER, Yıl: 2009 s. 20. İşlem güvenliği ilkesinin taraf ve dava ehliyetinde de uygulama alanı bulması konusunda bkz. ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2015 s. 451-452. Aile, miras ve başka ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî hak doğuran işlemler işlem güvenliği ilkesinin istisnasını teşkil ettiğinden, bu istisnalar taraf ve dava ehliyeti açısından da uygulanacaktır. Benzer yönde, ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2015 s. 452).

Yabancı bir teşebbüsün Türkiye’deki şubesi kural olarak, yabancı teşebbüsün hukukî durumuna tâbidir. Bunun sebebi, şubenin özel bir hak ehliyetinin olmamasıdır. Ancak şubenin işlemlerinden dolayı yabancı teşebbüs dava edilebilmektedir (NOMER, Yıl: 2009 s. 390).

Son olarak taraf sıfat (husumet) kavramına değinmekte fayda vardır. Taraf sıfatı, kendisi lehine veya aleyhine dava açılan kimsenin, dava konusu maddî hukuk ilişkisinde hak sahibi veya mükellef olarak yer alıp almadığı, maddî hukuk ilişkisine

katılıp katılmadığı veya söz konusu hak ve borcun süjesi (tarafı) olup olmadığının tespit edilmesini ifade etmektedir (KARSLI, Yıl: 2014 s. 295. Benzer yönde GÖRGÜN, Yıl: 2014 s. 143; KURU vd. Yıl: 2014 s. 224; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 303; ULUKAPI, Yıl: 2014 s. 184). Örneğin, bir istihkak davasında davacının malik, davalının zilyet olup olmadığı konusu sığata ilişkindir (ALANGOYA vd. Yıl: 2011 s. 121). Taraf sıfatı bir usul konusu olsa da lex fori'nin hâkimiyeti altında değildir. Taraf sıfatı esasa uygulanacak hukuka göre belirlenmelidir (DOĞAN, Yıl: 2015 s. 26).

1.2. Vasıflandırma

Kullanılan hukukî kavramların çeşitli hukuk sistemlerinde farklı anlamlara sahip olabildiği, vasıflandırma sorununu ortaya çıkarmaktadır. Bu durumda özellikle farklı anlamlara sahip kavramlardan hangisinin kabul edileceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde, yanlış hüküm tesis edilebilir.

Milletlerarası usul hukuku kavramlarının vasıflandırılması kural olarak lex fori'ye göre yapılmaktadır. Vasıflandırma usul hukuku alanında kaldığı sürece lex foriye göre yapılacaktır. Örneğin bir mahkemenin milletlerarası yetkisi davalının yerleşim yeri mahkemesine göre tespit edilecekse, “yerleşim yeri” lex fori'ye göre vasıflandırılır (NOMER, Yıl: 2015 s. 404).

Bir hukukî kavramın usul hukukuna mı yoksa maddî hukuka mı ait olduğu bir vasıflandırma problemidir. Zira, hukuk sistemlerinin hukukî kavramların değerlendirmesinde seçtikleri yollar birbirleriyle örtüşmeyebilmektedir. Örneğin, zamanaşımı konusu Kara Avrupa'sı Hukuklarında maddî hukuka aittir. Hâlbuki zamanaşımı Common Law Hukuku'nda ise bir usul hukuku meselesi olarak değerlendirilmektedir. Bu gibi durumlarda vasıflandırmanın nasıl yapılması gerektiği sorununun çözümlenmesi gerekmektedir.

Bir hukukî kavramın usul hukukuna ya da maddî hukuka ait olup olmadığı konusunu, meselenin düzenlendiği kanuna göre yapmak doğru olmayabilir. Zira, medeni kanunlarda usul hukukuna ilişkin hükümler (Örneğin, TMK m. 32/2’de gaiplik davasında yetkili mahkeme “*Yetkili mahkeme, kişinin Türkiye’deki son yerleşim yeri; eğer Türkiye’de hiç yerleşmemişse nüfus sicilinde kayıtlı olduğu yer; böyle bir kayıt da yoksa anasının veya babasının kayıtlı bulunduğu yer mahkemesidir*” şeklinde düzenlenmiştir. Bir başka örnek olarak TMK m. 576/2 hükmü verilebilir. İlgili hükme göre; “*Mirasbırakanın tasarruflarının iptali veya tenkisi, mirasın paylaşılması ve miras sebebiyle istihkak davaları bu yerleşim yeri mahkemesinde görülür*”. TTK’de de usul hukukuna ilişkin hükümler yer almaktadır. TTK m. 1063’de “*1) Donatan aleyhine, bu sıfatı dolayısıyla, herhangi bir alacaktan dolayı geminin bağlama limanının bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir*” hükmü bu konuya örnek verilebilir), usul kanunlarında ise maddî hukuk karakterli hükümler yer alabilmektedir. Vasıflandırma bu noktada da lex fori’ye göre yapılacaktır. Örneğin, zamanaşımı konusu Türk Hukuku’nda maddî hukuka ait bir mesele olarak kabul edildiğinden, Türk mahkemelerinde açılan yabancılık unsuru taşıyan bir davada zamanaşımı konusu maddî hukuka ait bir düzenleme olarak değerlendirilecektir (NOMER, Yıl: 2015 s. 404-405; NOMER, Yıl: 2009 s. 39. Benzer yönde, DOĞAN, Yıl: 2015 s. 27; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 325).

Bir uyuşmazlığın adli mahkemelerde mi yoksa idari ya da ceza mahkemelerinde mi görüleceği, uyuşmazlığın çekişmesiz yargı işi ya da çekişmeli yargı işi olup olmadığı konusu da vasıflandırma meselesidir. Bu durumlarda da vasıflandırma lex fori’ye göre yapılacaktır (NOMER, Yıl: 2015 s. 407; NOMER, Yıl: 2009 s. 41).

Bu kapsamda tacir sıfatının vasıflandırılmasına da değinmek gerekir. Zira, ileride yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi konusu anlatılırken, sözleşmenin tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılması gereğinden bahsedilecektir. Tacir sıfatı maddî hukuka ait bir kavramdır. Ancak usule ilişkin faaliyetlere girişilmesi durumunda bu kavram bir usul hukuku kavramı olarak

ortaya çıkmaktadır. Bu durumda tacir sıfatının sadece lex fori'ye göre vasıflandırılacağını söylemenin mümkün olmadığı; kavramın sırf usul konularına ilişkin olarak kullanılması hâlinde vasıflandırmanın lex fori'ye göre yapılacağı belirtilmektedir. Ayrıca, tacir sıfatının tayininin uyuşmazlığa uygulanacak hukuktan da çıkabileceği, örneğin, bir borç ilişkisine yabancı hukukun uygulanması hâlinde, tarafların tacir olup olmadıklarının bu yabancı hukuka uygulanacak hukuka göre tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir (NOMER, Yıl: 2015 s. 412). Bu durumda örneğin, bir usul hukuku konusu olan yetki sözleşmesi yapılması durumunda tarafların tacir sıfatı lex fori'ye göre vasıflandırılacaktır (Aksi görüş için bkz. MERAKLI- YAYLA, Yıl: 2015 s. 1998-1999. Yazar tacir sıfatının lex fori'ye göre vasıflandırılmasının ağır sonuçları olabileceğinden, bu sıfatın vasıflandırılmasının (yetki sözleşmesi bakımından) hukukî ilişkiye uygulanacak maddî hukuka göre yapılması gerektiğini, aynı esasın kamu tüzel kişiliğinin belirlenmesinde de geçerli olacağını belirtmiştir, bkz. MERAKLI-YAYLA, Yıl: 2015 s. 1998-1999). Benzer şekilde kamu tüzel kişiliğinin tespiti de lex fori'ye tâbi olacaktır.

2. MİLLETLERARASI YETKİ

2.1. Genel Olarak

Yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta bir mahkemenin yetkili olup olmadığı “*milletlerarası yetki*” (Milletlerarası yetki ülke içi yetkiden farklıdır. Ülke içi yetki bir siyasi birlik sınırları içinde mahkemelerin yer itibariyle yetkisini belirlemektedir. Halbuki milletlerarası yetki ise, yabancılık unsuru taşıyan davalarda bir devlet mahkemelerinin yetkili olup olmadığını belirlemektedir, bkz. ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 509). kavramı ile ifade edilmektedir. Milletlerarası usul hukukunun bir parçası olan milletlerarası yetki kavramı (Milletlerarası yetkiden bahsedebilmek için dava konusu hukukî olayda var olması gereken yabancılık unsuru, tarafların yabancı olması, dava konusu hukukî işlemin yapıldığı yerin ya da ifa yerinin yabancı ülkede olması, taraflardan en az birinin yerleşim yerinin ya da mutad meskeninin yabancı ülkede olması, uyuşmazlık konusunun yabancı ülkede

bulunması veya olayın başka bir ülkede meydana gelmiş olması gibi durumlardan en az birinin varlığı hâlinde ortaya çıkacaktır, bkz. ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 351) da tıpkı milletlerarası usul hukuku deyiminde olduğu gibi yanılığa sebebiyet verebilmektedir. Zira, ilk bakışta tüm devlet hukukuna isnat edilen bir milletlerarası yetki düzenini ya da milletlerarası yetki kurallarını çağrıştırmaktadır (Milletlerarası yetki kavramının yanıltıcı olmasından dolayı eleştirisi için bkz. ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl:2014 s. 510; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 38; EKŞİ, Yıl: 2000, (a) s. 18; NOMER, Yıl: 1974 s. 393-394; NOMER, Yıl 2015 s. 417; NOMER, Yıl: 2009 s. 52. Milletlerarası yetki konusu Türk Hukuku'nda ilk kez 2675 sayılı mülga MÖHUK ile düzenlenme alanı bulmuştur). Hâlbuki, kavram esas itibariyle bir davanın hangi devlet mahkemesinde görüleceğini ifade etmektedir.

Milletlerarası yetki kuralları her bir devlet tarafından serbest olarak belirlenmektedir. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta, örneğin (A) ülkesi kendini yetkili görürken (B) ülkesi de yetkili görebilmektedir. Bu noktada davayı hangi devlet mahkemesinde açacağına karar verme yetkisi davacıda olacaktır. Davacı kendisi için hangi devlet mahkemesinde dava açmak avantajlı ise, orada davasını açabilecektir.

Yabancılık unsuru taşıyan olaylarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukuktaki yetki kurallarına göre belirlenecektir (MÖHUK m. 40). Bu nedenle, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta milletlerarası yetkili bir mahkemenin bulunması, iç hukukta yer itibariyle yetkili bir mahkemenin varlığına bağlıdır.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi konusunda MÖHUK sistematüğinde önce genel bir hüküm, ardından ise özel hükümlerin yer aldığı görölmektedir. Zira, MÖHUK'da 40'ncı madde *“Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder”* hükmünü düzenlemiş, sonrasında sırasıyla, 41'inci maddede *“Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar”*, 42'nci maddede *“Yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı davalar”*, 43'üncü maddede *“Miras davaları”*, 44'üncü maddede *“İş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları”*, 45'inci maddede

“Tüketici sözleşmelerine ilişkin davalar”, 46’ncı maddede *“Sigorta sözleşmesine ilişkin davalar”* ve 47’nci maddede ise, *“Yetki anlaşması ve sınırları”* başlığı altında özel düzenlemelere yer verilmiştir.

İç hukuktaki yer itibarıyla yetkili bir mahkemenin bulunması denildiğinde, ilk akla gelen HMK uyarınca yetkili bir mahkemenin bulunmasıdır (Milletlerarası yetkinin belirlenmesinde, tarafların vatandaşlığı kural olarak etkili değildir. Ancak MÖHUK m. 41’de Türk vatandaşlığına bağlı olarak bazı uyuşmazlıklar hakkında Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi düzenlenmiştir). Benzer şekilde bazı uyuşmazlıklar hakkında Türkiye’de yerleşim yeri olmayan yabancılara ilişkin olarak da Türk mahkemelerinin yetkisi, yabancı olmaya ve Türkiye’de yerleşim yeri olmamaya bağlı olarak MÖHUK m. 42’de belirlenmiştir. Söz konusu hüküm; *“(1) Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayan yabancı hakkında vesayet, kayyımlik, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararları ilgilinin Türkiye’de sakin olduğu yer, sakin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesince verilir”* şeklinde düzenlenmiştir). Ancak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin sadece HMK kapsamında yetkili bir mahkemenin bulunmasına bağlandığı sonucuna varmak yanlış olur. Zira, MÖHUK’da genel anlamda iç hukukta yetki kurallarına yollama yapmıştır. Bu nedenle, TMK’de, TTK’de, İİK’de, TİRK’de ya da başka bir kanunda ya Kanun Hükmünde Kararnamede (KHK) (Türk Hukuku’nda Kanun Hükmünde Kararnamelerle de yetkili mahkemeleri düzenlenmektedir. Örneğin 554 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK m. 49, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK m. 25, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK m. 63’de yetkili mahkemeye ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu düzenlemeler tabîi hâkim ilkesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle doktrinde eleştirilmektedir, bkz. TANRIVER, Yıl: 2013 s. 27-28) yetkiye ilişkin hükümlere göre de Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilebilecektir. Kaldı ki HMK m. 5 uyarınca da aynı sonuca varılmaktadır. Zira, hüküm mahkemelerin yetkisinin diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, HMK’ye tâbi olduğunu düzenlemiştir.

Milletlerarası yetki kuralları ile devletler kendi mahkemelerinin yetkili ya da yetkisiz olduklarına karar verebileceklerinden, Türk hâkiminin yetkisizlik kararı vermesi hâlinde, yetkili olan yabancı mahkemeyi belirlemesi gibi bir durum söz konusu olmayacaktır (SEVİĞ, Yıl: 1997 s. 183; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 356). Nitekim Yargıtay da (Yarg. 2. HD T. 18.03.1998, E. 1998/938, K. 1998/3251 (bkz.www.kazanci.com)); “... yetkili bir Türk mahkemesinin olmaması hâlinde yetki itirazı yapılabilir. Türk mahkemesi yetki itirazı üzerine sadece kendisinin milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığını inceler. Milletlerarası yetkiye sahip olmadığının tespiti hâlinde başka bir ülkenin yetkisini belirlemeden davanın reddine karar vermesi icabeder. Çünkü Türk mahkemesi yabancı mahkemeye yetki veremeyeceği gibi atıflandırmada da bulunmaz...” şeklinde bir karar vermiştir.

2.2. Milletlerarası Yetki ve Yargı Yetkisi Arasındaki Fark

2.2.1. Genel Bilgi

Yargı yetkisi ile milletlerarası yetki kavramları çok genel bir ifade ile bir devletin mahkemelerinin karar verme yetkisini ifade etmekle birlikte (NOMER, Yıl: 1974 s. 397) bu iki kavram birbirinden farklıdır. Bu nedenle bu iki kavram arasındaki farkın net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir (Yargıtay’ın Anayasanın hak aramaya ilişkin hükmüne dayanarak her Türk vatandaşının Türk mahkemelerine başvurabileceğini ifade eden Yarg. 2. HD T. 02.04.1976, E. 2362/ K. 2889 sayılı kararı bulunmaktadır. *Bu karara göre, “Anayasa’nın 31. [Şimdiki anayasa’nın 36.] maddesinde aynen “herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz” [denmektedir]. Bu hüküm karşısında vatandaş, Türk mahkemeleri önünde hak arama özgürlüğünden mahrum bırakılamaz”,* bkz. NOMER, Yıl: 1998 s. 693, dipnot 19. Karar doktrinde Yargıtay’ın hak arama özgürlüğüne ilişkin hükmü yanlış yorumladığı; yargı yetkisi ile milletlerarası yetkiyi birbirine karıştırdığı; milletlerarası yetkinin iç hukuk kuralları tarafından düzenlendiği ve milletlerarası

yetkinin doğmaması halinde Türk mahkemelerinin davaya bakamayacağı yönünden eleştirilmiştir, bkz. NOMER, Yıl: 1998 s. 693, dipnot 693. Benzer yöndeki bir eleştiri için bkz. NOMER, Yıl: 2009 s. 54).

Milletlerarası yetki, milletlerarası usul hukukuna ait bir kavramdır. Milletlerarası yetki yabancılik unsuru taşıyan bir davanın hangi devlet mahkemesinde görüleceğini ifade eder. Devletler hukukuna ait bir kavram olan yargı yetkisi ise, karar verme-hükmetme hâkimiyetini ifade etmektedir (ÖZKAN, Yıl: 1981 s. 189. Benzer yönde, BRIGGS, Yıl: 2002 s. 48; NOMER, Yıl: 1974 s. 403; NOMER, Yıl: 2009 s. 54 vd). Yargı yetkisi, devletin egemenlik hakkının bir görünümünü teşkil etmektedir (ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 328. Benzer yönde, EKŞİ, Yıl: 2000 (a) s. 29; NOMER, Yıl: 2015 s. 419; ÖZKAN, Yıl: 1981 s. 189).

Devletlerin ülkeleri üzerinde kural olarak münhasır yetkileri vardır. Böylece, uluslararası anlaşmalarla aksi öngörülmedikçe, belirli bir devletin üzerindeki tek yetkili, bu devlet olmaktadır. Bu yetkiler her türlü yasama, yürütme ve yargı yetkisini kapsamaktadır (PAZARCI, Yıl: 2004 s. 153). Milletlerarası yetki ise, devletlerin egemenliğinden ziyade kişilere tanınan haklarla ilgidir (BORCHERS, Yıl: 1992 s. 126. Bu vurgu International Shoe Co. v. Washington Davasında {326 U.S. 310 [1945]} yapılmıştır. Bu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BORCHERS, Yıl: 1992 s. 125 vd.).

Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılmaktadır (Anayasa m. 9). Bu kavram devletler hukukunun konusunu oluşturur. Yargı yetkisinin olmaması hâlinde davacının mahkemeyi harekete geçirmesi mümkün değildir. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olmadığı bir durumda, davacının davayı başka bir devlet mahkemesinde gördürme ihtimâli ise bulunabilmektedir.

Yargı yetkisi ve milletlerarası yetkiye bağlanan sonuçlar da farklıdır (NOMER, Yıl: 2015 s. 419). Örneğin, HMK’de yargı yetkisinin mevcudiyeti bir dava şartı

olarak düzenlenmiştir (HMK m. 114/1-a). Yargı yetkisi HMK’de dava şartları arasında sayıldığından hâkim davanın her aşamasında yargı yetkisinin varlığını re’sen dikkate alabilecek ve yargı yetkisinin yokluğu taraflarca yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilecektir (HMK m. 115/1). Buna karşılık milletlerarası yetki ise dava şartı değildir.

Devletler kendi koymuş oldukları kurallarla, yabancılık unsuru taşıyan taşımaların kendi mahkemelerinin ne zaman yetkili olacağını belirleme hakkına sahiptir. Milletlerarası yetki kuralları bu açıdan kaynağı itibariyle milli karaktere sahiptir. Devletlerin belirleyeceği kurallar sadece kendi mahkemelerinin ne zaman yetkili olacağına ilişkindir. Bir başka ifadeyle, milletlerarası yetki kuralları, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığın hangi ülkenin mahkemesinin görüleceğini değil, kuralı koyan devlet mahkemesinde görülüp görülmeyeceğini tayin etmektedir. Bu konudaki sınırı her devlet kendisi belirlemektedir. Hâlbuki yargı yetkisinin sınırları devletler hukuku tarafından –dışarıdan- çizilmektedir (ALTUĞ, Yıl: 1983 s. 25-26; NOMER, Yıl: 1974 s. 395; NOMER, Yıl:2009 s. 55 vd.)

2.2.2. Yargı Bağışıklığı

Yargı yetkisinin sınırını oluşturan yargı bağışıklığı (NOMER, Yıl: 1999 s. 633; NOMER, Yıl: 2015 s. 421-422. Benzer yönde, ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 329. Devletler hukukunda tanınan bağışıklık yargı bağışıklığı ve icra bağışıklığı olmak üzere ikili bir ayrımla incelenebilir. Yargı bağışıklığı genel bir ifade ile yargılama yapılmasından ve hüküm verilmesinden muafiyet anlamına gelmekteyken; icra bağışıklığı ise verilen hükmün icrasından muafiyet anlamındadır. Yabancı devlet aleyhine başlatılan ilâmlı icra takiplerine ilişkin icra emrinde uluslararası andlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borçlu devlete ait olan mallar hakkında cebri icra yapılabileceği ayrıca ihtar edilmektedir (İİK m. 32/2). İcra muafiyeti de tıpkı yargı muafiyeti gibi sınırlıdır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, Yıl: 2015 s. 430 vd.; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Yıl: 2002 s. 525-576; SÜRAL, Yıl: 2015 s. 1097 vd.; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 337 vd.) konusu MÖHUK m. 49’da ; “(1)

Yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan hukuki uyuşmazlıklarda yargı muafiyeti tanınmaz. (2) Bu gibi uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine tebligat yapılabilir” (Yabancı devletin yargı muafiyetinin olmadığı durumlarda diplomatik temsilcilere tebligat yapılması, MÖHUK m. 49/2’de düzenlenmiştir. Konu çalışmamız kapsamında olmamakla birlikte kısaca değinmekte fayda vardır. Yargı muafiyetinin olmadığı özel hukuk ilişkilerinde medeni usul hukuku bütünüyle işlerlik kazanacak ve bu durum özellikle tebligat, duruşma, duruşmada hazır bulunmama gibi konularda önem arzedecektir. Yargı muafiyetinin olmadığı özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda yabancı devletin diplomatik temsilcilerine yapılan tebligatın usulüne uygun olması gerekir. Bu nedenle tebligat Tebligat Kanunu ve Tebligat Kanunu’nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik’de belirtildiği şekile yapılmalıdır, bkz. NOMER, Yıl: 2015 s. 428. Diplomatik temsilcilere tebligat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 108 vd.; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 606 vd.; NOMER, Yıl: 2015 s. 428 vd.; SARGIN, Yıl: 2003 s. 24 vd.; SÜRAL, Yıl: 2005 s. 133 vd.) şeklinde düzenlenmiştir.

Devletlerin kendi ülkelerinde kullanabildikleri yargı yetkisine (Devletler yargı yetkilerini kural olarak ülkelerinde yaşayan yabancılar da dahil olmak üzere herkese karşı kullanabilirler. Hatta Bozkurt-Lotus Kararına göre devlet yargı yetkisini, kendi ülkesi dışında ortaya çıkan olaylarda da kullanabilmektedir. Karara konu uyuşmazlık, Bozkurt adlı Türk yük gemisi ile Lotus adlı Fransız ticaret gemisinin Ege Denizi açıklarında çatmasına dayanmaktadır. Olayda bu çatma sonucunda Türk gemisi batmış ve Türk gemicilerin kaybolmuştur. Bu nedenle Fransız kaptan Türk yetkilileri tarafından tutuklanıp cezaya çarptırılmıştır. Bu durumun ardından Fransa, Fransız kaptanın salıverilmesi için bir nota göndermiş, ancak bu notanın reddedilmesi üzerine, dava Milletlerarası Daimi Adalet Divanı önüne götürülmüştür. Söz konusu karara göre; “... milletlerarası hukukun devletin yetkilerine getirdiği birinci ve en önemli sınırlama, -aksini öngören müsaade edici bir kural bulunmadıkça- yetkilerini herhangi bir şekilde bir başka devletin ülkesinde kullanamamasıdır.... Devletlerin, kanunların uygulanma alanını ve mahkemelerin yetki alanının ülkesi dışında bulunan

kişi, mal ve eylemlere teşmil etmemeleri yolunda bir genel yasağı getirmesi şöyle dursun, bu konuda onları sadece bazı yasaklayıcı kurallarla sınırlanmış olan, geniş bir takdir hakkı bırakmıştır...”, bkz. TOLUNER, Yıl: 1989 s. 3-4. Bu kararda uluslararası yetkiye ilişkin varılan sonuçların ceza yargılaması dışında, hukuk yargılamasını da kapsadığı fikri genel kabul görmektedir, bkz. DARDAĞAN, Yıl: 2005 s. 37) devletler hukukunca kabul edilen sınır oldukça geniştir. Bu sınır, özellikle bazı kişileri bir devletin karar verme hâkimiyeti dışında bırakmak ve belirli objeleri dokunulmaz yapmak şeklinde oluşmuştur. Hiçbir devlet, başka bir devleti yargılayamaz. O nedenle, yabancı devlet ve onun organları dokunulmaz sayılmaktadır (NOMER, Yıl: 2015 s. 421-422). Böylelikle yargı yetkisinin sınırı yargı bağışıklığı olarak ortaya çıkmıştır.

Yargı bağışıklığı ilk zamanlarda, sadece devlet başkanlarının şahsına tanınmıştır. Ancak, zamanla yargı bağışıklığından yararlananların kapsamı genişletilmiştir. Bugün için yargı bağışıklığı yabancı devletlere, Devlet Başkanlarına, Hükümet Başkanlarına ve Dışışleri Bakanı'nın yanında devleti sınırlı biçimde temsil yetkisini haiz diplomatik ve konsüler temsilcilere, ayrıca yabancı devletin askeri kuvvetlerine mensup kişilere, uluslararası örgütlere ve bazı uluslararası mahkemelerin hâkimleri ve diğeri ilgililerine de tanınmıştır (ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 331. Benzer yönde DENZA, Yıl: 1998 s. 230; TOLUNER, Yıl: 1989 s. 373 vd. Örneğini, Uluslararası Türk Kültür Teşkilatı (TÜRKSOY) ile Türkiye arasında “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Uluslararası Türk Kültür Teşkilatı (TÜRKSOY) Arasında Evsahibi Ülke Anlaşmasının 4'üncü maddesine göre TÜRKSOY, faaliyetleri çerçevesinde gerçekleştireceğı her işlem bakımından yargı muafiyetinden yararlanacaktır. Bu kuralın tek istisnasını, bir aracın sebep olduğı kazalar ve kişisel yaralanma ve ölüme ilişkin davalar oluşturacaktır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 344 vd.) Biz çalışmamızda sadece yabancı devletin yargı bağışıklığı ile diplomatik temsilciler ile konsolosların yargı bağışıklığı konularına değineceğiz. Ayrıca çalışmamızda yabancı devletin ve diplomatik temsilciler ile konsolosların yargı bağışıklığı konusu bütün boyutları ile ele alınmayacak sadece aynî haklarla bağlantılı olabileceğı ölçüde incelenecektir (Yargı

bağışıklığı konusu ayrı bir tez konusu olabilecek ağırlıkta bir konudur. Üstelik çalışmamızın temeli aynî haklardır. Bu nedenle böylesi bir sınırlandırmaya gidilmesi gereği hasıl olmuştur). Bu kapsamda özellikle taşınmazlar ve gemiler konusundaki özel düzenlemelere yer verilecektir.

2.2.2.1.Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı

2.2.2.1.1. Kural

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 49’da yabancı devletlere (Türk Hukuku’nda mülga 2675 sayılı MÖHUK’dan önce yabancı devletlere mutlak bağışıklık tanınmış ve yabancı devlet aleyhine açılan davalar konusuna bakılmaksızın reddedilmiştir, bkz. AYBAY, Yıl: 2007 s. 110. Örneğin Yarg. 4. HD, T. 30.09.1955, E. 1955/4710, K. 1955/4151 sayılı kararında yabancı devletin mutlak bağışıklığı kabul edilmiştir. Kararlar için bkz. AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 102 vd. Mutlak bağışıklık, uyumsuzluk konusuna bakılmaksızın bir devletin, yabancı bir devletin mahkemesinde kendi rızası olmaksızın yargılanamaması anlamına gelmektedir, bkz. YANG, Yıl: 2013 s. 7), özel hukuk ilişkilerinden doğan hukukî uyumsuzluklarda yargı muafiyeti tanınmayacağı düzenlenmiştir. Devletlerin yargı muafiyeti- bir devletin başka bir devlet mahkemesinde yargılanmaması- devletlerin eşitliği prensibine dayandırılmıştır (AYBAY, Yıl: 2005 s. 109, dipnot 1; NOMER, Yıl: 2015 s. 422). Yargıtay bir kararında (Yargıtay, 4. HD, T. 12.10.1987, E. 1987/7309, K. 1987/737, bkz. AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 105-106), yabancı devlete özel hukuk ilişkilerinden dolayı yargı muafiyeti tanınmaması şeklindeki düzenlemenin kapsamının (mülga MÖHUK m. 33), yabancı bir devletin egemenlik hakkına dayanarak yapmış olduğu tasarrufun dışında kalan, özel bir kişi gibi özel hukuk faaliyetinde bulunması, ticari ilişkilere girmesi neticesinde doğan uyumsuzluklara yönelik olduğunu, yoksa yabancı bir devletin egemenlik hakkına dayanarak yaptığı

tasarrufların MÖHUK m. 49 (mülga MÖHUK m. 33) kapsamında değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir.

Yabancı devlete karşı açılan davalarda, dava konusu işlem ve eylemin özel hukuka ilişkin olup olmadığı noktasındaki vasıflandırma *lex fori*'ye (davaya bakan mahkemenin hukukuna) göre yapılacaktır. Buna göre, dava konusu işlem ve eylem özel hukuk alanında düzenlenmiş ve niteliği gereği de devletin egemenlik haklarını kullanmasını makul ve mantıklı bir sonucu olarak gözüküyorsa, özel hukuk tasarrufu sayılmalıdır. Bu durumda yabancı devlete yargı muafiyeti tanınmayacaktır (ŞANLI, Yıl: 2014 s. 333. Benzer yönde, NOMER, Yıl: 2015 s. 424-425). Ancak dava konusu işlem veya eylem, *lex fori*'deki düzenleniş biçimi itibariyle, devletin devlet olmasının bir gereği olarak yapılan ya da devletin devlet olma fonksiyonunu yerine getirmesinin bir sonucu olarak yapılan bir işlem veya eylem niteliğinde ise, egemenlik tasarrufu sayılmalı ve yargı muafiyeti tanınmalıdır (ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 336). Örneğin devletin polis teşkilatının gerçekleştirdiği kamu güvenliğini sağlamaya yönelik işlemleri hâkimiyet tasarrufudur. Buna karşılık, üzerine konsolosluk binası inşa etmek için bir taşınmaz satın alması ise, hâkimiyet tasarrufu değildir (ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 336).

2.2.2.1.2. İstisnalar

2.2.2.1.2.1. Genel Olarak

Yabancı devletin kural olarak yargı bağımsızlığı bulunmaktadır. Ancak yabancı devletin bu hakkının bazı istisnaları da bulunmaktadır. İstisnaların ortaya çıkması durumunda yabancı devletin yargılanması gündeme gelmektedir. Örneğin, devlet yargı muafiyetinin olduğu bir uyuşmazlıkta, bu hakkından vazgeçerse artık yargılanabilecektir. Öyle ki, devlet, hâkimiyet tasarruflarında dahi, yargı muafiyetinden feragat edebilir (NOMER, Yıl: 2015 s. 429; AYBAY, Yıl: 2009 s. 287).

Yabancı devlet davalı olarak yargı muafiyetinden feragat ederse kendisine karşı yargı yolu açılır. Bu haktan vazgeçme açık olmalıdır (AYBAY, Yıl: 2009 s. 287). Örneğin, yetki anlaşması veya tahkim anlaşması yapmış olan bir devlet, yetkili mahkemedeki davasında veya tahkim yargılamasında yargı muafiyetinden feragat etmiş sayılır. Artık bu devlet yargı muafiyetini ileri süremez (NOMER, Yıl: 2015 s. 430. Benzer yönde, ÖZEL, Yıl: 1991 s. 905; TOLUNER, Yıl: 1989 s. 389 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, Yıl:1991 s. 903-919; SÜRAL, Yıl: 2015 s. 92 vd. ; TOLUNER, s. 389 vd.).

Devletlerin sahip olduğu yargı muafiyetinin istisnaları konusunda milletlerarası hukukta temelde iki Sözleşmeden bahsetmek gerekir. Bu Sözleşmelerden ilki 1972 tarihli Devletin Yargı Muafiyetine İlişkin Avrupa Konvansiyonu'nda (Avrupa Konvansiyonu (Avrupa Konvansiyonu, Almanya, Avusturya, Belçika, Hollanda, İngiltere, İsviçre, Kıbrıs, Lüksemburg arasında yürürlüktedir. Sözleşme Portekiz tarafından imzalamış ancak henüz orada yürürlüğe girmemiştir, bkz.

<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=074&CM=8&DF=23/09/2015&CL=ENG>), diğeri ise 2004 yılında kabul edilen Devletler ve Devlet Mallarının Yargı Muafiyetine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Sözleşme, Avusturya, Belçika, Çin, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, İzlanda, Hindistan, İran İslam Cumhuriyeti, Japonya, Lübnan, Madagaskar, Meksika, Fas, Norveç, Paraguay, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Senegal, Sierra Leone, Slovakya, İsveç, İsviçre, Timor-Leste, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı olmak üzere toplam yirmi sekiz devlet tarafından imzalanmış ancak henüz yürürlüğe girmemiştir, bkz.

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III13&chapter=3&lang=en) (BM Sözleşmesi)'dir (Türkiye, Avrupa Konvansiyonu ve BM Sözleşmesi'ne taraf değildir. Bu sözleşmelerin, uluslararası teamül kuralı oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle bu iki sözleşme çalışmamızda incelemeye alınmıştır. BM Sözleşmesinin başlangıç kısmında devletlerin yargı bağımsızlığı uluslararası örf ve âdet hukuku olarak kabul edilmiştir). Bu sözleşmelerde

yabancı devletin yargı muafiyetinin istisnaları genel olarak; yargı muafiyetinden feragat, ticari faaliyetler, iş sözleşmeleri, haksız fiiller, mülkiyeti zilyetlik ve kullanım hakkı, fikri ve sınai mülkiyet, şirketlere ve diğer topluluklara katılım, gemiler, tahkim şeklinde belirlenmiştir (Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SÜRAL, Yıl: 2015 s. 92 vd. Örneğin, Avrupa Konvansiyonu’na göre, bir âkit devlet diğer âkit devlet ülkesinde devletin bir sözleşme nedeniyle mahkemenin bulunduğu ülkede ifa edeceği borçlarla ilgili davalarda (m. 4); devletin özel bir kişi ile taraf olduğu ve mahkemenin bulunduğu ülkede ifa edilecek hizmet sözleşmesi ile ilgili davalarda; devletin mahkemelerinin bulunduğu ülkedeki bir şirket veya diğer ortaklık ilişkisinden doğan davalarda (aksi kararlaştırılabilir) (m. 6), devletin mahkemenin bulunduğu ülkede özel bir kişi gibi yapmış olduğu ticari veya mali faaliyetlerinden doğan davalarda (m.7) (aksi kararlaştırılabilir); devletin mahkemenin bulunduğu ülkedeki fikri hak davalarında (m. 8); davayı gören mahkemenin ülkesinde bulunan taşınmaz malların kullanılması, zilyetliği veya kullanım hakkından ya da bunlardan kaynaklanan bir yükümlülüğünden doğan davalarda (m. 9); taşınır-taşınmaz mallar üzerinde miras, terk ve bağışlamadan doğan davalarda (m. 10), kişilere ya da maddi mallara verilen zararların tazminine yönelik davalarda (m. 11) yargı bağışıklığını ileri sürülemez. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DICKINSON vd. Yıl: 2005 s. 43 vd. SÜRAL, Yıl: 2015 s. 288 vd.).

Çalışmamız kapsamında yabancı devletin yargı muafiyetinden yararlanamayacağı durumlar bakımından “gemiler” konusuna değinmek gerekir. Bir devletin, genel olarak devlete ait olan ya da bir devletin donatanlığını (Donatan geminin malikidir. Donatanlık, o kişinin kanun tarafından yapılan belirlemeye riayet edilerek yaptığı işe bağlı kazanılan bir sıfattır. Ayrıca donatanlık geminin üzerindeki mülkiyet hakkının aidiyetini de göstermektedir, bkz. SÖZER, Yıl: 2014 s. 164. Donatan TTK’de gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan gemi maliki olarak tanımlanmaktadır (m. 1061). Donatanın yaptığı gemiler için yargı muafiyeti vardır. 1958 tarihli Cenevre Deniz Hukuku Konferansı’nda (1958 tarihli Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmesi dört sözleşmeden oluşmaktadır. Bu sözleşmeler Kara Suları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi, Kıta Sahaneliği Sözleşmesi, Açık Deniz

Sözleşmesi, Balıkçılık ve Açık Denizin Canlı Kaynaklarının Korunması Hakkında Sözleşme'dir. Sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDÜZ, Yıl: 2003 s. 331 vd.)“*bir devlete ait bulunan veya onun tarafından işletilen ve münhasıran ticari olmayan resmi maksatlara tahsis edilmiş bulunan gemilerin*” diğer devletlerin yargısından tam bir muafiyete sahip olacağı belirtilmiştir. Aynı esas 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Konvansiyonu'nda da benimsenmiştir (m. 32) (Aynı yargı muafiyetinden devlete ait hava araçlarının, özellikle de hava harp araçlarının yararlanacağı konusunda bkz. NOMER, Yıl: 2015 s. 422).

Bir devlete ait olan tüm gemilerin yargı bağıışıklığından yararlanması özellikle ticari hayatta çeşitli sakıncalar doğurabilecektir. Bu nedenle, devlete ait olan gemilerin bazı şartlarla özel hukuk tüzel kişilerine ait gemilerin konumuna yaklaştırılması için bazı çalışmalar yapılmıştır. Bu çalışmalardan ilkinin 1926 tarihli Devlete Ait Gemilerin Yargı Muafiyeti Hakkında Bazı Kuralların Yeknesaklaştırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme oluşturmaktadır. Türkiye Sözleşme'ye taraftır (RG T.22.02.1955, RG Sayı: 8937). Sözleşme gemilerin işletilmesinden ya da yüklerin taşınmasından doğan zararlara uygulanmaktadır. Ancak yükün veya geminin mülkiyetine ve zilyetliğine yönelik davalar Sözleşme'nin kapsamı dışındadır (SÜRAL, Yıl: 2015 s. 177). Sözleşme ile devlete ait olmayan ama devlet tarafından işletilen özel kişilere ait gemiler üzerindeki aynî haklara ilişkin dava açılabilmesi kuralı Brüksel'de 10 Nisan 1926 tarihinde, Devlet Gemilerinin Muafılığına Mütedair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi İçin İmzalanmış Milletlerarası Anlaşmaya Ek olarak Brüksel'de 24 Mayıs 1934 tarihinde imzalanan Protokol (RG T. 22.02.1955, RG Sayı: 8937) (Ek Protokol)'e konu olmuş ve yabancı gemiler devlet malı kapsamından çıkarılmıştır. Bu gemiler hacze ya da başkaca bir icrai işleme konu edilmeyeceklerdir. Ancak bu muafiyet ilgili tarafın diğer hak ve taleplerini etkilemeyecektir (Ek Protokol m. 1) (Alman Yüksek Mahkemesi, Sözleşme ile tanınan muafiyetin kamu hizmetlerinin aksamamasını amaçladığını; ancak özel bir kişiye karşı açılan aynî hakka ilişkin bir dava esnasında gemiye el konulması gerekmediğinden kamu hizmetlerinin aksamayacağını ve bu nedenle de

söz konusu Protokol ile aynî haklara ilişkin davalar açısından muafiyete yer verilmediğini açıklamıştır, bkz. SÜRAL, Yıl: 2015 s. 177-178, dipnot 692).

Gemilere özgü durum BM Sözleşmesi'nde de yer almıştır. Devletler arasında aksi kararlaştırılmadıkça bir gemiye malik olan ya da işleten bir devlet, dava konusu eylemin gerçekleştiği anda geminin kamusal ticari olmayan amaçlar dışında kullanılması hâlinde, bu geminin işletilmesine ilişkin olan bir davada yetkili bulunan diğer bir devlet mahkemesinde, yargı muafiyetini ileri süremez (Sözleşme m. 16 (SÜRAL, Yıl: 2015 s. 178). Ancak geminin mülkiyeti ya da zilyetliğine yönelik davalar bu hükmün kapsamı dışında tutulmuştur (DOUGLAS, Yıl: 2013 s. 268).

2.2.2.1.2.2. Taşınmazlarla İlgili Davalar

Taşınmazlar devletlerin en hassas davrandıkları konulardan birini oluşturmaktadır. Taşınmazlar konusunda yabancı devlete yargı muafiyeti tanınıp tanınmayacağı noktasında MÖHUK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuya bazı uluslararası sözleşmelerde yer verilmiştir. Bu sözleşmelerden ilkinin Avrupa Konvansiyonu ve ikincisini ise, BM Sözleşmesi oluşturmaktadır.

BM Sözleşmesi'nin 13'üncü maddesinde devletler arasında aksi kararlaştırılmadıkça, bir devlet mahkemenin bulunduğu devlette bulunan taşınmazlar üzerindeki herhangi bir hakkından, menfaatinden, zilyetlik veya kullanım hakkı ya da bu menfaatinden kaynaklanmış herhangi bir yükümlülük ile ilgili olan davalarda yargı muafiyetini ileri sürememektedir (BM Sözleşmesi m. 13/a). Yine, devlet taşınır veya taşınmazlarla üzerinde miras, bağış veya terk sebebiyle edindiği herhangi bir hak veya menfaatlerle ilgili davalarda (m. 13/b) veya devlet vakıf (tröst) malvarlığı, iflas masası veya bir şirketin tasfiyesi hâlindeki malvarlığı gibi bir malvarlığının yönetimine ilişkin hak veya menfaatine ilişkin davalarda yargı muafiyetini ileri süremeyecektir (SÜRAL, Yıl: 2015 s. 168) (m. 13/c). Maddede sadece taşınmazlar üzerindeki aynî haklara yönelik bir istisna kabul edilmemiştir. Zira, hak, menfaat ve zilyetlik kavramları birlikte kullanılarak (özellikle a bendi) taşınmaza yönelik pek

çok dava istisna kapsamında kabul edilmiştir. Bu nedenle, taşınmaz üzerindeki aynı haklara yönelik uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere, bir taşınmazın kirası, işgâli, bina malikinin sorumluluğuna ilişkin davalar 13'üncü madde kapsamındadır (TERHECHTE, Yıl: 2013 s. 230).

Avrupa Konvansiyonu'nun 9 uncu maddesinde (Konvansiyon'un İngilizce metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/074.htm>) de, bir devletin bir başka âkit devletin sınırlarında bulunan taşınmaz malvarlığı üzerindeki mülkiyet, zilyetlik veya kullanım hakkından veya bunlardan kaynaklanan bir yükümlülüğünden doğan davalarda bu âkit devletin mahkemeleri önünde yargı muafiyetinin olmayacağı düzenlenmiştir. Bu davalara örnek olarak mahkemenin bulunduğu devletin sınırları içindeki yabancı devlete ait taşınmazlara ilişkin davalar, yabancı devletin ipotek alacaklısı/borçlusu olduğu davalar, taşınmazın kullanımına ilişkin kira, tahliye gibi davalar verilebilir (Konvansiyon'a Yönelik Açıklamalar (Explanatory Report, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=074&CM=8&DF=23/09/2015&CL=ENG>), paragraf 44). Yine, Konvansiyon'un 10'uncu maddesinde bir âkit devletin başka bir âkit devletin mahkemelerinde görülen taşınır veya taşınmazlar üzerindeki miras, bağış veya terk sebebiyle edinmiş olduğu herhangi bir hak veya menfaatten doğan davalarda da yargı muafiyetini ileri süremeyeceği düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi Avrupa Konvansiyonu ve BM Sözleşmesi mülkiyet, zilyetlik ve kullanım hakkı konusunda yabancı devletin yargı muafiyeti ile ilgili olarak benzer esasları getirmiştir (İngiltere Avrupa Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerden biridir. İngiliz Hukuku'nda da benzer bir yaklaşım kabul edilmiştir. Avrupa Sözleşmesi'ni uygulamak amacıyla 1978 tarihli Devletin Yargı Muafiyeti Kanunu'nu kabul etmiştir. Bu Kanun'a göre bir devletin Birleşik Krallıkta bulunan taşınmaz malvarlığı üzerindeki mülkiyet, zilyetlik veya kullanım hakkından veya bunlardan kaynaklanan bir yükümlülüğünden doğan davalarda yargı muafiyeti yoktur (m. 6/1). Devlet, taşınır veya taşınmaz bir malvarlığı üzerinde miras, bağışlama veya terk

nedeniyle doğan bir menfaate ilişkin davalarda da yargı muafiyetinden yararlanamamaktadır (m. 6/2). Ayrıntılı bilgi için bkz. DICKINSON vd. Yıl: 2005 s. 329 vd.; HILL ve CHONG, Yıl: 2010 s. 258 vd. ; SÜRAL, Yıl: 2015 s. 169 vd.).

Türkiye yargı muafiyeti konusunda 18 Nisan 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesine (Onay Kanunu No: 3042, Kabul Tarihi 04.09. 1984, RG T. 12.9.1984, RG Sayı : 18513) (DİHVS) ve 24 Nisan 1963 Tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesine (Onay Kanunu No:1901, Kabul Tarihi: 20.05.1975, RG T. 29.05.1975, RG Sayı:15249) (KİHVS) taraftır. DİHVS’ye göre, misyon binaları dokunulmazdır. Kabul eden Devlet yetkilileri misyon şefinin (“*Misyon şefi, gönderen Devlet tarafından bu sıfatla hareket etmek üzere görevlendirilen şahıstır*” (DİHVS m. 1/a)) rızası olmadıkça bu binalara giremezler. Kabul eden Devlet, misyon binalarını (“*Misyon binaları, misyon şefinin ikametgâhı dahil olmak üzere ve mülkiyete bakılmaksızın, misyonun maksatları için kullanılan binalar veya bina bölümleri ile bunlarla irtibatlı arazidir*” (DİHVS m. 1/i)) herhangi bir tecavüz veya zarara karşı korumak ve misyonun huzurunun herhangi bir şekilde bozulması veya itibarının kırılmasını önlemek üzere her türlü tedbiri almalıdır. Misyon binaları ile içindeki eşyalar, diğer mallar ve misyonun nakil vasıtaları arama, el koyma, haciz veya icradan bağışlıktırlar (Sözleşme m. 22). Bir diplomatik ajanın (“*Diplomatik ajan, misyon şefi veya misyonun diplomatik kadrosunun bir üyesidir*” (DİHVS m. 1/e). DİHVS’nin Türkçe tercümesinde diplomatik ajan tabiri kullanılmıştır. Ancak biz çalışmamızda diplomatik ajan tabiri yerine uygulamada kullanılan diplomatik temsilci tabirini kullanmayı tercih ettik.)özel konutu misyonun binaları gibi aynı dokunulmazlık ve korunmadan yararlanacaktır (Sözleşme m. 30/1). Sözleşmenin 22’nci maddesi sadece haciz ve icra bağışıklığını kapsamaktadır. Madde diplomatik misyona ait taşınmaz malvarlığı üzerinde mülkiyet, zilyetlik veya kullanımdan doğan davaların görülmesine engel teşkil etmemektedir (SÜRAL, Yıl: 2015 s. 171).

KİHVV’nin konsolosluk binalarının dokunulmazlığı konusu “*konsolosluk binalarının dokunulmazlığı*” başlıklı 31’nci maddesinde düzenlenmiştir. Maddede

konsolosluk binalarının 31'nci maddede öngörülen ölçüde dokunulmazlıklarının olduğu kabul edilmiştir. Kabul eden Devlet makamları, konsolosluk şefinin onun tarafından tayin edilmiş kimsenin veya gönderen Devletin diplomatik temsilcilik şefinin muvafakati dışında, konsolosluk binalarının münhasıran konsolosluk işleri için kullanılan kısmına giremezler. Bununla beraber, âcil koruma tedbirleri alınmasını gerektiren yangın veya sair felâket hâlinde konsolosluk şefinin zımnî rızası alınmış sayılabilmektedir. Kabul eden Devletin, konsolosluk binalarına müsaadesiz girilmesine veya binaların tahrip edilmesine ve konsolosluğun huzurunun bozulmasına veya konsolosluğun onurunun kırılmasına engel olmak amacıyla gerekli her türlü tedbirleri almak gibi özel yükümlülükleri bulunmaktadır. Konsolosluk binaları, mobilyaları, konsolosluk malları ve keza ulaşım araçları millî savunma veya kamu yararı amaçlarıyla hiçbir çeşit elkoymaya konu teşkil edemezler. Bu amaçlarla istimlâk yapılması gerekli ise, konsolosluk görevlerinin yerine getirilmesinin sekteye uğramaması amacıyla uygun tedbirler alınır ve gönderen Devlete peşin, âdil ve yeterli bir tazminat ödenir (KİHVS m. 31). Bu maddede kural olarak konsolosluk binalarının dokunulmaz olduğu kabul edilmiş ancak maddede gösterilen ölçüde sınırlı olduğu da belirtilmiştir. Maddede konsolosların özel evlerine yönelik bir düzenleme getirilmemiştir. Görüldüğü gibi DİHVS uyarınca diplomatik misyonların binalarına misyon şefinin rızası olmadıkça girilemezken, aynı kural konsolosluk binalarıyla ilgili olarak daha sınırlı bir şekilde düzenlenmiştir (Konsolosluk binalarının dokunulmazlığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AYBAY, Yıl: 2009 s. 252 vd.).

Bu konuda Türkiye'yi doğrudan ilgilendiren ve AHİM'e taşınan bir davadan bahsetmek gerekir. Türkiye ile Bulgaristan Halk Cumhuriyeti arasında imzalanan, Diplomatik ve Konsüler Misyonlar İçin Bina Satın Alınmasına İlişkin 14 Nisan 1988 tarihli bir Protokol bulunmaktadır. Bu protokol uyarınca bir bina Bulgar makamlarınca Türkiye'nin Burgaz Başkonsolosluğu olarak kullanılması için 15 Nisan 1988 tarihinde Türk makamlarına teslim edilmiştir. Bulgaristan Halk Cumhuriyeti rejimi 1991 yılında sona ermiştir. Bunun üzerine binanın önceki malikleri mülkiyetin kendilerinden alınması konusunda usulsüzlükler yapıldığı

gerekçesiyle çeşitli davalar açmış ve nihayetinde konu AİHM önüne gelmiştir. Mahkeme 2 Ekim 2006 tarihli ve 58694 başvuru sayılı kararında KİHVS m. 31/4 gereği Türkiye'nin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir (Kararın özet çevirisi için bkz. www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/58694_00.pdf).

2.2.2.2. Diplomatik Temsilcilerin ve Konsolosların Yargı Bağışıklığı

2.2.2.2.1. Genel Olarak

Milletlerarası hukuk açısından bir diplomatik misyonda çalışan bütün kişilerin hukukî statüsü aynı değildir. Bunlar devleti temsil yetkisini haiz misyon şefi; diplomat sıfatını haiz diplomatik personel; idari ve teknik personel ile müstahdemler olmak üzere sınıflandırılabilir (TOLUNER, Yıl: 1989 s. 400). Diplomatik temsilci misyon şefi veya misyonun diplomatik kadrosunun bir üyesidir (DİHVS m. 1/e). Diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklığı (Diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklığı konusunun hukuksal temeli hakkında üç farklı teori ileri sürülmektedir. Bu teoriler, ülkesellik, temsilci karakter ve görevin gereğidir. Bu teorilerden günümüzde en çok kabul “göreni “görevin gereği” teorisidir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TAN, Yıl: 2005 s. 34 vd.) konusu esas itibarıyla DİHVS'nin 31'inci maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmeye göre diplomatik temsilci (diplomatik ajan), kabul eden Devletin cezaî yargısından bağışıktır. Diplomatik temsilci kural olarak kabul eden devletin medeni ve idari yargısından da bağışıktır (“*Bir diplomatik ajanın beraberinde oturan aile üyeleri, kabul eden Devletin vatandaşı değilse, 29 ila 36 ncı maddelerde belirtilen ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanırlar*” (DİHVS m. 37/1)). Ancak bazı hâllerde medeni ve idari yargıdan muafiyetten yararlanamayacaktır. Bir başka ifadeyle, diplomatik temsilcinin cezai bağışıklığı mutlakken, idari ve medenî bağışıklığı Sözleşmede sayılan bazı hâllerde kaldırılmıştır (SARGIN, Yıl: 2003 s. 20). Diplomatik temsilcinin kabul eden Devletin medenî ve idarî yargısından muaf olmadığı durumlar;

a) Misyonun maksatları için gönderen Devlet adına malik olunmayan ve kabul eden Devletin ülkesinde bulunan özel taşınmazlar ile ilgili bir aynî hak davası;

b) Diplomatik temsilcinin gönderen Devlet adına değil de bir özel kişi olarak vasiyeti tenfiz memuru, mirasın idarecisi, kanunî mirasçı veya vasiyet olunan sıfatıyla ilgilendiği mirasa ilişkin bir dava;

c) Diplomatik temsilcinin kabul eden Devlet dahilinde resmî görevleri dışında yaptığı herhangi bir meslekî veya ticarî faaliyet ile ilgili bir davadır (DİHVS m. 31). Görüldüğü gibi diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığı hukukî işlem ya da ilişkinin niteliğine göre değil, bizzat diplomatik temsilcinin şahsına bağlıdır (Bu bağışıklığın “*ratione materiae*” değil, “*ratione personae*” bir karaktere sahip olduğu konusunda bkz. TAN, Yıl: 2005 s. 398).

Diplomatik temsilcinin yargı bağışıklığı medeni ve idari hukuk uyuşmazlıklarında yukarıda sayılan üç halde yoktur. Bunun dışındaki hallerde diplomatik temsilci yargı bağışıklığından yararlanacaktır. Ancak Türkiye tarafından ek ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmadığı takdirde, Türk vatandaşı olan veya orada daimî surette mukim bulunan bir diplomatik temsilci, sadece görevlerinin ifası esnasında yapılan resmî işlemler bakımından yargı bağışıklığından ve dokunulmazlıktan yararlanmaktadır (DİHVS m. 38). Böylelikle diplomatik temsilcinin medeni ve idari konularda yargı bağışıklığından yararlanabilmesi için;

1. Türkiye tarafından ek ayrıcalık ve bağışıklıklar tanınmadığı takdirde, Türk vatandaşı olan veya orada daimî surette mukim bulunan bir diplomatik temsilci olması,

2. Medeni ve idari hukukla ilgili uyuşmazlığın diplomatik temsilcinin görevinin ifası esnasında yapılan resmî işlemlerle ilgili olması gerekmektedir.

Diplomatik temsilcilerin ve 37 nci madde gereğince bağışıklıktan yararlanan şahısların yargı bağışıklığı gönderen Devlet tarafından kaldırılabilir. Ancak bağışıklığın kaldırılması daima açıkça yapılmalıdır. Bir diplomatik temsilci veya 37 nci madde gereğince yargı bağışıklığından yararlanan bir şahıs tarafından yargı yoluna başvurulması, onun esas dava ile doğrudan doğruya ilgili herhangi bir karşı dava bakımından yargı bağışıklığını ileri sürmesine engel olmaktadır. Medenî veya idarî davalar bakımından yargı bağışıklığının kaldırılması, hükmün icrası bakımından da bağışıklığın kaldırılmış olduğu anlamına gelmez. Hükmün icrası bakımından ayrıca bir bağışıklığın kaldırılması kararı gerekmektedir (DİHVS m. 32).

Sözleşmede aslanan diplomatik temsilcilerin yargı bağışıklıklarının varlığıdır. Ancak açıkça belirlenmiş hâllerde bu bağışıklıktan yararlanılamayacaktır. Bu nedenle, Sözleşmede yer alan istisnai hükümlerin dar yorumlanması gerekmektedir (SARGIN, Yıl: 2003 s. 23).

Konsolosların yargı muafiyeti konusu ise genel olarak KİHVS’nde düzenlenmiştir (Türkiye’nin de taraf olduğu iki taraflı pek çok Konsolosluk sözleşmesi bulunmaktadır. Genel olarak bu sözleşmelerde konsolosların yargı muafiyetleri konsolosluk görevleri ile ilgili fiil ve işlemlerle sınırlandırılmıştır, bkz. NOMER, Yıl: 2015 s. 439). Sözleşmeye göre, Konsolosluk memurları ve Konsolosluk hizmetlileri, resmî görevlerinin yerine getirilmesi sırasında işledikleri fiillerden dolayı kabul eden Devletin adlî ve idarî makamlarının yargısına tâbi değildirler. Ancak kabul eden devletin ülkesinde bir taşıt aracının, geminin ya da bir hava aracının sebebiyet verdiği zarardan kaynaklanan uyuşmazlıkla ilgili bir hukuk davasında yargı muafiyetleri yoktur (KİHVS m. 43). Gönderen Devlet, bir konsolosluk mensubu hakkında, 41, 43 ve 44 ncü maddelerde öngörülen ayrıcalık ve bağışıklıklardan feragat edebilir. Bu feragat daima açık olmalı ve KİHVS m. 45/3’deki hükümler saklı kalmak üzere, kabul eden Devlete yazılı olarak bildirilmelidir. Bir konsolosluk memuru veya bir konsolosluk hizmetlisi, 43’ncü madde uyarınca yargı bağışıklığından yararlandığı bir konuda bir dava ikame ederse, esas talebe doğrudan doğruya bağlı herhangi bir mukabil talep hakkında yargı

bağışıklığını ileri süremez. Hukukî veya idarî bir dava ile ilgili olarak yargı bağışıklığından feragat, kararın uygulanmasına ait tedbirlere ilişkin bağışıklıktan da feragat edildiği anlamına gelmemektedir. Bunlar için de ayrı bir feragat gereklidir (KİHVS m. 45).

Konsoloslara tanınan yargı muafiyeti konsolosun şahsına aittir. Konsolosların resmî sıfatıyla yapmış olduğu işlemlerde kendilerine dava açılması önlenmiştir. Dokrinde, konsolosların resmî görevleri ile yapmış oldukları fiil ve işlemlerden doğabilecek hukukî uyuşmazlıklarda, bu işlemleri devleti temsilen yapmış olduklarından söz konusu yargı muafiyetinin Devletin yargı muafiyeti olduğu belirtilmiştir (NOMER, Yıl: 2015 s. 439).

2.2.2.2.2. Taşınmazlarla İlgili Davalar

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi diplomatik temsilcilerin DİHVS m. 31’de düzenlenen üç istisna dışında yargı bağışıklıkları vardır. Bu istisnalardan birini de ; *“Misyonun maksatları için gönderen Devlet adına malik olunmayan ve kabul eden Devletin ülkesinde bulunan özel taşınmazlar ile ilgili bir aynî hak davası”* oluşturmaktadır (DİHVS m. 31/a). Görüldüğü üzere, diplomatik temsilci, misyonun maksatları için gönderen Devlet adına malik olunmayan ve Türkiye’de bulunan özel taşınmazlarla ilgili aynî hak davalarında yargılanabilecektir. Örneğin, diplomatik temsilci evlilik mallarına dahil olan taşınmazına ilişkin mülkiyet uyuşmazlığından kaynaklanan bir davada, söz konusu taşınmaz kendisinin gönderen devlet adına ve misyon amaçları için tasarruf ettiği bir taşınmaz olmadığı için, (DİHVS m. 31/a’daki istisnanın kapsamına girecek) bu konuda Türkiye’de yargılanabilecektir (TAN, Yıl: 2005 s. 114. Benzer yönde DENZA, Yıl: 1998 s. 250-251. Yine, diplomatik temsilcinin kendi konutuna yönelik aynî hak uyuşmazlıklarında da yargı bağışıklığı bulunmamaktadır, bkz. DENZA, Yıl: 1998 s. 243. Benzer yönde, LYONS, Yıl: 1953 s. 119).

Diplomatik temsilcinin yargı bağımsızlığı konusunda böyle bir istisna getirilmesinin nedeninin, taşınmaz ile taşınmazın bulunduğu ülke mahkemeleri arasındaki güçlü yargısal bağ olduğu belirtilmektedir (DENZA, Yıl: 1998 s. 238).

DİHVS m. 31/1'da açıkça özel bir taşınmazla ilgili olan aynî hak davalarını yargı bağımsızlığının istisnası olarak düzenlemiştir. Bir başka ifade ile diplomatik temsilci Türkiye'de bulunan (kabul eden devlette) ve misyonun amaçları için gönderen devlet adına malik olunmayan bir taşınmazın aynına ilişkin davalarda yargılanabilecektir. Madde misyonun amaçları için gönderen devlet adına malik olunmayan ve Türkiye'de bulunan bir taşınmaza ilişkin şahsi hak davaları bakımından bir düzenleme getirmemiştir. Bu nedenle, Türkiye'de (kabul eden devletin ülkesinde) bulunan taşınmaza ilişkin şahsi hak davalarında diplomatik temsilcinin yargı bağımsızlığından yararlanabileceği sonucu akla gelebilecek olabilirse de, DİHVS m. 38 hükmü ile birlikte değerlendirme yapılması gerekir. İlgili hükme göre, Türkiye tarafından ek ayrıcalık ve bağımsızlıklar tanınmadığı takdirde, Türk vatandaşı olan veya Türkiye'de daimî surette mukim bulunan bir diplomatik temsilci, sadece görevinin ifası esnasında yapılan resmî işlemler bakımından yargı bağımsızlığından yararlanacağından, diplomatik temsilcinin Türkiye'de bulunan bir taşınmazla ilgili şahsi hak davasının göreviyle ilgili olması hâlinde, yargı bağımsızlığı bulunacak; buna karşın Türkiye'de bulunan bir taşınmazla ilgili şahsi hak davası diplomatik temsilcinin görevi ile ilgili değilse kendisi Türkiye'de yargılanabilecektir. Örneğin, taşınmazı haksız yere işgal eden kişiye karşı açılan ecrimisil davaları, taşınmazın satış bedelinin ödenmemesi nedeniyle açılan dava, ipotekle temin edinilen para alacağının ödenmesine ilişkin dava, kira ve tahliye davaları taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar kapsamına girmemektedir. Şayet bu davalar diplomatik temsilcinin görevi ile ilgili olursa diplomatik temsilci Türkiye'de yargılanamayacaktır. Bir başka ifade ile diplomatik temsilcinin yargı bağımsızlığı olacaktır. Bu tip uyuşmazlıklar için bir dava açılması hâlinde, dava, dava şartı yokluğundan reddedilir (HMK m. 114/1-a). Buna karşın, bu davalar diplomatik temsilcinin görevi ile ilgili bir uyuşmazlıktan kaynaklanmıyorsa- kendi oturduğu

evin kirası ve tahliyesi gibi- diplomatik temsilcinin yargı muafiyeti olmayacağından, diplomatik temsilci Türkiye’de yargılanabilecektir.

Doktrinde, hukukçuların genellikle diplomatik temsilcilerin taşınmazlara yönelik bütün aynî davalarda yargı muafiyetinden yararlanmamaları esasını benimsedikleri; DİHVS m. 31’in ise sadece belirli nitelikteki taşınmazlara ilişkin davalar bakımından diplomatik temsilcilere yargı muafiyeti tanınmamasını düzenlediğini; bu açıdan Sözleşme’nin 31’nci maddesinin bir milletlerarası örf ve âdet hukuku kuralını ifade ettiğinden şüphe edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür (NOMER, Yıl: 2015 s. 435. Doktrinde, diplomatik temsilcilerin sadece belirli nitelikteki taşınmazlarda değil, kabul eden devletin topraklarında bulunan tüm taşınmazlar konusunda yargı bağışıklığının olmaması savunulmakta ve DİHVS m. 31/a hükmü bu sebeple eleştirilmektedir, LYONS, Yıl: 1953 s. 137 vd.).

DİHVS’nde taşınmazın aynına ilişkin davanın ne olduğu açıklanmamıştır. Hangi davaların taşınmazın aynına ilişkin değerlendirileceği taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanmak suretiyle tespit edilecektir (DENZA, Yıl: 1998 s. 239).

2.3. Yetkili Mahkeme İle İlgili Doktrinler

2.3.1. Forum Shopping Doktrini

Milletlerarası özel hukuk doktrininde, tarafların kendisi için en avantajlı devlet mahkemesinde dava açmaları “*forum shopping*” olarak ifade edilmektedir (FINCH, ty s. 67-68; NOMER, Yıl: 2015 s. 488; NOMER, Yıl: 2009 s. 118-119; ŞANLI vd Yıl: 2015 s. 352). Bu ilkeye göre, bir kimse dava ile çok zayıf, geçici ya da tesadüfî bir irtibatı bulunsu dahi, taraflarla gerçek bir bağlantısı olmayan devlet mahkemesinde davasını açabilmektedir (NOMER, Yıl: 2015 s. 488; NOMER, Yıl: 2009 s. 118-119; SEVİĞ, Yıl: 1997 s. 179; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 352). Bu durumda davacı genel olarak, davanın daha hızlı ilerlediği ya da daha az masraflı yerde davasını açmayı tercih etmektedir(BICKEL, Yıl: 1949, s. 14). Örneğin bu ilke

uyarınca Türkiye’de bir Fransız ile Türk arasında bir taşınır satışına ilişkin bir sözleşme yapıldığında, sözleşme konusu malvarlığı unsuru Türkiye’de olsa dahi Fransız mahkemeleri kendini yetkili görebilmektedir (Fransız Medeni Kanunu m. 14). Buna karşın sözleşmedeki malvarlığı unsurunun Türkiye’de bulunması hâlinde, davalının yerleşim yeri Türkiye’de bulunmasa bile Türk mahkemelerinin yetkisi doğmaktadır (HMK m. 9 ikinci cümle). Somut uyuşmazlıkla ilgili hem Türk hem Fransız mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olduğundan, davalı kendisi için avantajlı olan devlet mahkemesinde davasını açabilecektir. Bu durumda, aslında dava ile çok zayıf bir ilişkisi bulunan Fransız mahkemelerinde davanın görülebilecek olması forum shopping doktrininin bir görünümünü teşkil etmektedir.

2.3.2. Forum Non Conveniens Doktrini

Forum shopping ilkesini bertaraf etmek maksadıyla, özellikle Amerikan Hukuku’nda “*forum non conveniens*” doktrini geliştirilmiştir. Zira, davalı ile yargılamanın yapıldığı yer arasında çok az bir bağlantı olması hâlinde adil olmayan sonuçlar doğabilecektir (STEWART, Yıl: 1986 s. 1265). Bu doktrine göre mahkeme, dava ile daha yakın bir ilişkiye sahip (taraflar, şahitler vs gibi (HEISER, Yıl: 2010 s. 1016; HILL, Yıl: 2005 No: 9.2.16; TETTLEY, Yıl: 2005 s. 213)) bir mahkemenin varlığını tespit ederse, milletlerarası yetkisinden feragat ederek, yetkisizlik kararı vermektedir (HILL, Yıl: 2005 No: 9.2.17; NYGH, Yıl: 2000 s. 515; O’BRIEN, Yıl: 1999 s. 199; ROSENBERG vd Yıl: 1996 s. 181-182; S. SİRMEN, Yıl: 2014 s. 201 vd; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 352. Benzer yönde, CHESHIRE vd. Yıl: 2008 s. 425-426 ve 428; CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 123; DICEY ve MORRIS, Yıl: 1993 (a), s. 398; STEWART, Yıl: 1986, s. 1264; TETTLEY, Yıl: 2005 s. 204. Bu ilkenin uygulandığı hukuklara ABD, Avustralya, Hollanda, İngiltere, İskoçya ve Kanada örnek verilebilir, bkz. ŞANLI vd Yıl: 2014 s. 353. Örneğin, Muduroğlu Ltd ve TC Ziraat Bankası Davasında İngiliz mahkemesi Türkiye lehine forum non conveniens doktrinini uygulamıştır. Karar için bkz. EKŞİ, Yıl: 2000 (a) s. 69 vd. Yine 603820/4 Numaralı 02.05.2005 Tarihli New York Mahkemesi tarafından verilen Imanagement Services Ltd v. Mehmet E. Karamehmet

Kararı; 2778 Numaralı 28 Aralık 1972 Tarihli Pensilvanya'nın Alleghney Bölgesi Mahkemesi tarafından verilen Sümerbank v. Türkdoğan Kararı; 12 Aralık 1994 tarihli New York Mahkemesi tarafından verilen Canadian Imperial Bank of Commerce v. Pamukbank TAS kararı, forum non conveniens doktrininin Türk vatandaşlarının taraf olduğu davalarda tartışıldığı örnek kararlardır. Kararlar için bkz. ÇALIŞKAN, Yıl: 2006 s. 74 vd.).

Forum non conveniens doktrini, on dokuzuncu yüzyılın ortalarında ilk olarak İskoçya'da ortaya çıkmış ve özellikle Anglo-Amerikan Hukuku'nda uygulanmıştır (BARRET, Yıl: 1947 s. 386-387; DICEY ve MORRIS, Yıl: 1993 (a) s. 398; PISTIS, ty, (sayfa numarası belirtilmemiştir); O'BRIEN, Yıl: 1999 s. 199; S. SİRMEN, Yıl: 2014 s. 202). Bu doktrin, İngiliz Hukuku'nda Logan v. Bank of Scotland davası (Logan v. Bank of Scotland davası [1906] 1 K.B. 141 (C.A.)) ile uygulanmaya başlamış olsa da (PISTIS. Bu davada İngiliz mahkemesi, İskoç mahkemesinin yapmış olduğu gibi, davanın tüm unsurlarını sıralayarak (davalı, davacı, tanıklar ve diğer delillerin İskoçya'da bulunması ve uygulanacak hukukun İskoç Hukuku olması), davanın İngiltere'de açılmasının mümkün olmasına rağmen davanın uygun olmayan bir mahkemede açılmasının davalı açısından adil olmayan sonuçlar, eza verici ve sıkıntı doğuran bir sonucu olacağına karar vermiştir. Forum non conveniens doktrinin modern ilkeleri ise, Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd. ([1987] AC 460) davası ile konulmuştur, bkz. CHESHIRE vd. Yıl: 1967 s. 426 vd.; O'BRIEN, Yıl: 1999 s. 203 vd.; PISTIS; SİRMEN, Yıl: 2014 s. 204-205. Benzer yönde, FINCH, s. 72-73 ve 76), 1973 yılına kadar uygulanmasının oldukça sınırlı olduğu belirtilmektedir (PISTIS, ty. Benzer yönde, HEISER, Yıl: 2010 s. 1017 vd. İngiliz Hukuku'nda ilkenin uygulandığı çeşitli davalar için bkz. BARRET, s. 386 vd.; HILL, Yıl: 2005 No: 9.2.18 vd; DICEY ve MORRIS, Yıl: 1993 (a) s. 398 vd.; O'BRIEN, Yıl: 1999 s. 200 vd.; PISTIS, ty. Amerikan Hukukun'da da Gulf Oil Corp. v. Gilbert (330 U. S. 501 [1947]) ve Koster v. Lumbermen's Mutual Co. (330 U. S. 518 [1947]) davaları ilkenin uygulandığı ilk davalardandır, bkz. BICKEL, Yıl: 1949, s. 12; ROSENBERG vd. Yıl: 1996 s. 182).

Bu doktrinin uygulanmasında mahkemelerin takdir hakkı vardır. Ancak mahkemelere tanınan bu takdir hakkı sınırsız değildir. Mahkemenin bu doktrini uygulaması için; yargılama için doğal ve elverişli diğer bir mahkemenin varlığı, yabancı ülkedeki yetkili mahkemede dava açılmasının davacı bakımından dezavantajlara sebep olmaması ve son olarak yargılamanın durdurulmasının lehinde ve aleyhinde olan faktörler arasında denge olması gerekmektedir (EKŞİ, Yıl: 2000 (a) s. 62. Benzer yönde, FINCH, ty s. 69 vd. Amerikan Hukuku'nda da, Amerikan mahkemesinde dava açıldığında yargılamanın yapılması ciddi şekilde zahmetli olacak ve başka bir mahkemede yargılama yapılması taraflar açısından daha elverişli olarsa, bu doktrin uygulama alanı bulabilecektir, bkz. NYGH, Yıl: 2000 s. 517 ROSENBERG vd. Yıl: 1996 s. 181 vd.). Ayrıca, bu ilkenin uygulama alanı bulması için, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkta en az iki devlet mahkemesinin milletlerarası yetkisinin doğması zorunludur. Aksi hâlde, zaten kendisinde dava açılan mahkemenin, bir başka mahkemenin dava ile daha yakın ilişkili olması nedeniyle milletlerarası yetkisinden feragat etmesi söz konusu olmayacaktır. Örneğin, Türkiye'de mutad meskeni bulunan bir Amerikalı ve bir Türk arasında Türkiye'de yapılan ve uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun Türkiye'de bulunduğu bir taşınır satışı sözleşmesi yapıldığını farz edelim. Amerikalı davacı, Amerika'da davasını açtığında, Amerikan mahkemeleri tebligatın tarafların o esnada Amerikada bulunmaları sayesinde yapıldığına dayanarak kendisini yetkili görebilir. Bu durumda Amerikan hâkimi, HMK m. 9 ikinci cümleye göre uyuşmazlığın çözümü için Türk mahkemelerinin de yetkili olduğu, Türk mahkemelerinin uyuşmazlıkla daha yakın bir irtibatının bulunduğu, Türkiye'de dava açılmasının davacı açısından dezavantajları olmadığı gibi sebeplere dayanarak forum non conveniens doktrininin uygulayarak kendi yetkisinden feragat ederek yetkisizlik kararı verebilecektir. Ancak Türk Hukuku'nda forum non conveniens doktrininin uygulanması kabul edilmemektedir. Bir başka ifade ile hâkim, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunduğu bir uyuşmazlıkta, söz konusu davaya bakmak zorundadır. Zira Anayasa m. 36 gereğince hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmamaktadır.

3. YETKİLİ MAHKEME

Yetki, bir davanın hangi yerdeki görevli mahkeme (Görev, belirli bir davaya o yerdeki mahkemelerden hangisi tarafından bakılacağını belirtmektedir, bkz. KURU vd., Yıl: 2014 s. 117) tarafından bakılabileceğini ifade eden bir kavramdır (ALANGOYA vd. Yıl: 2011 s. 83; KARSLI, Yıl: 2014 s. 213; KURU, Yıl: 2001 s. 379; KURU vd. Yıl: 2014 s. 129; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 162; ÜSTÜNDAĞ, Yıl: 2000 s. 194. Benzer yönde, AKSOYOĞLU, Yıl: 2008 s. 78). Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin etmektedir (MÖHUK m. 40). Bu nedenle aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi de iç hukukta yetkili bir mahkemenin bulunup bulunmamasına bağlıdır. Özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda genel olarak yetkili mahkemelerin düzenlenmiş olduğu Kanun HMK'dir. Ancak Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin sadece HMK uyarınca belirleneceği yanlışlığına düşülmemelidir. Zira, MÖHUK m. 40 direkt iç hukuka gönderme yapmıştır. Bu nedenle HMK dışında başka kanunlarda da yetkili mahkemeye ilişkin belirleme yapılmışsa, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi doğacaktır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da da 41'nci ve 46'ncı maddeler arasında yetkili mahkemeye ilişkin özel düzenlemeler yer almaktadır. Bu düzenlemeler sırasıyla Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar yabancıların kişi hâllerine ilişkin davalar, miras davaları (Miras davalarında yetkili mahkeme konusunun MÖHUK m. 43 hükmü aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulabilecek bir hükümdür. Ancak çalışmamız kapsamında miras konusu incelemeye alınmadığından, bu hükmün değerlendirilmesine girilmeyecektir), iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları, tüketici sözleşmelerine ilişkin davalar ve sigorta sözleşmelerine ilişkin davalar şeklindedir. Bu düzenlemeler arasında aynî haklara yönelik hükümler olmadığından, MÖHUK m. 40 atfıyla iç hukuktaki düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda genel yetkili mahkeme (m. 6) düzenlenmiştir. Kural olarak tüm davalar, genel yetkili mahkemede -davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi- açılabilir. Bazı davalar için, genel yetkili mahkemenin yanı sıra başka yer mahkemeleri de yetkilidir. Bu nitelikteki yetki kurallarına özel yetki kuralları denilmektedir. Davacı davasını isterse genel yetkili mahkemede isterse özel yetkili mahkemede açabilmektedir (KARSLI, Yıl: 2014 s. 218; KURU vd. Yıl: 2014 s. 130; PEKCANITEZ vd. 2013 s. 167. Benzer yönde, ALANGOYA vd. Yıl: 2011 s. 83). Genel ve özel yetki kuralları kesin olmayan yetki kurallarıdır

Bir uyuşmazlık konusunda hem genel yetkili mahkemenin hem özel yetkili mahkemenin milletlerarası yetkisi bulunduğu, davacı kural olarak davasını yetkili olan mahkemelerden herhangi birinde açabilecektir. Bu konuda davacıya verilen seçim hakkının sınırını TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Zira TMK m. 2 genel bir kuraldır (E.YILMAZ, Yıl: 2013 s. 97).

Nitekim Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta (YHGK T. 09.05.1984, E/K 12-524/522. Karar için bkz. YILMAZ, E. Şerh, s. 97. Aksi yönde bir karar için bkz. Yarg. 11. HD T. 13.10.2003, E/K. 2970/9235. Karar için bkz. E. YILMAZ, Yıl: 2013 s.98); “... *Kaldı ki, bir hakkın kötüye kullanılmasını yasa himaye etmez (MK m. 2). İyiniyet kuralları, yetki konusunda da uygulama yeri bulur...*” şeklinde bir karar vermiştir.

Bazı davalar ise, sadece bir yer mahkemesinde açılabilir. Bu şekilde yetkisi tesis edilen mahkeme kesin yetkili mahkeme olmaktadır. Davanın başka yer mahkemesinde görülüp karara bağlanması mümkün değildir. Örneğin, HMK m. 12’de düzenlenmiş olan taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda mahkemenin yetkisi kesindir. Kesin yetkinin varlığı hâlinde, genel yetkili mahkemenin yetkisi kaldırılmıştır (ALANGOYA vd. Yıl: 2011 s. 83; KARSLI, Yıl: 2014 s. 231; KURU, Yıl: 2001 s. 432; KURU vd. Yıl: 2014 s. 132; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 172; ULUKAPI, Yıl: 2014 s. 161).

Genel, özel ya da kesin yetkili bir mahkemenin bulunmaması ya da uyuşmazlık hakkında Türk mahkemelerinin yetkili kılındığı bir yetki sözleşmesi yapılmamışsa, kural olarak Türk mahkemelerinin söz konusu uyuşmazlık hakkında milletlerarası yetkisi bulunmayacaktır. Buna rağmen, davanın yetkisiz yerde açılması ve yetki itirazının yapılmaması durumunda, bu yer mahkemesi milletlerarası yetki kazanabilecektir. Zira, HMK m. 19'a göre; *“(1) Yetkinin kesin olduğu davalarda, mahkeme yetkili olup olmadığını, davanın sonuna kadar kendiliğinden araştırmak zorundadır; taraflar da mahkemenin yetkisiz olduğunu her zaman ileri sürebilir. (2) Yetkinin kesin olmadığı davalarda, yetki itirazının, cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir. Yetki itirazında bulunan taraf, yetkili mahkemeyi; birden fazla yetkili mahkeme varsa seçtiği mahkemeyi bildirir. Aksi takdirde yetki itirazı dikkate alınmaz. (3) Mahkeme, yetkisizlik kararında yetkili mahkemeyi de gösterir. (4) Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir”*. Yetki itirazı ilk itirazdır (HMK m. 116/1-a). Bu nedenle süresi içinde yetki itirazı ileri sürülmeyip, bir başka deyişle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olmadığına yönelik itirazın yapılmaması hâlinde, davanın açıldığı yer mahkemesi yetkili hâle gelecektir (HMK m. 19/4). Böylelikle, bu yer mahkemesinin milletlerarası yetkisi doğmuş olacaktır.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini düzenleyen kurallara göre yetkili bir mahkemenin bulunmaması hâlinde, kural olarak söz konusu uyuşmazlık için Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunmayacaktır. Bu durumda davaya bakan Türk hâkimi söz konusu uyuşmazlık için Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunmadığına karar vermelidir. Yoksa yabancı bir mahkemenin yetkili olduğuna hükmedememektedir Yabancılik unsuru içeren bir gemi alacaklısı hakkının sağladığı kanunî rehin hakkı konusunda çıkan bir uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi MÖHUK'un 40. maddesinden yola çıkarak ... isimli gemi donatanı .. Ltd'nin ikâmet adresinin Çin olması sebebiyle ve yakıt tedarikini sağlayan davacının ... Co.SA'nın ise Libya'da mukim bir şirket olması ve yakıt tedarikinin

Bahamalar’da gerçekleşmesi nedeni ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olmadığına, Çin Mahkemelerinin yetkili olduğuna karar vermiştir. Ancak Yargıtay ise, “... Gemi alacaklısı hakkı veren alacak ve buna bağlı kanuni rehin hakkı gemiye yönelik bir hak olması sebebi ile TTK’nın 1235. maddesindeki hallerin gerçekleşmesi halinde kendiliğinden doğar. Dairemizin 1999/5412-6635, 2000/8775 E. 2001/727 K. sayılı ve 2012/5290 E. 2013/5238 K. sayılı ilamlarında da belirtildiği üzere, kanuni rehin hakkının gemiyi takip etmesi nedeni ile Türk limanına gelmiş gemi açısından rehin hakkı tesisi davasında Türk Mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Bu durumda davalı cevap layihasında Türk mahkemelerinin yetkisi kabul edildiği takdirde geminin Çanakkale limanına gelmiş olması ve tedbirinde buradan verilmesi nedeni ile İstanbul Mahkemelerinin yetkili olmayıp, Çanakkale Mahkemelerinin yetkili olduğu savunmasına göre, mahkemece Çanakkale Mahkemelerinin yetkili olduğu gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş...” şeklinde karar vererek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur, (Yarg. 11. HD T. 17.06.2013, E/K. 8856/12556, [bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 118-120]). İlk derece mahkemesinin kararında davalının (donatanın) yerleşim yerinin Çin’de olması nedeni ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olmadığı, Çin mahkemelerinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Kararda geçen bu ifade yanlıştır. Zira, Türk hâkimi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkili olup olmadığına karar verebilir. Şayet Türk mahkemesinin somut uyuşmazlık açısından milletlerarası yetkisi yoksa bu durumu belirtmelidir. Yoksa yabancı devlet mahkemesinin yetkili olduğuna karar veremez. Zira, mahkemelerin yetkisi devletin egemenlik hakkı ile ilgilidir. Benzer yönde, KURU, Yıl: 2001 s. 642; NOMER, Yıl: 2015 s. 476).

3.1. Genel Yetkili Mahkeme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenen yetki kuralları, bütün davalar ve bazı davalar için olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bütün davalar için uygulanan yetki kurallarına genel yetki kuralı ve bu mahkemeye de genel yetkili mahkeme denilmektedir. Genel yetkili mahkeme davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK m. 6/1). Bu kapsamda davalı

gerçek ya da tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yerinin Türkiye’de olması hâlinde, bu yer mahkemesinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır. HMK’de açıkça davanın açıldığı andaki yerleşim yeri ifadesi kullanıldığından, dava açıldıktan sonra davalının yerleşim yerinin değişmesi, mahkemenin milletlerarası yetkisini etkilemeyecektir. Böylelikle dava açıldığı anda davalının yerleşim yerine göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi varsa, dava açıldıktan sonra davalının yerleşim yerini değiştirmesi ile Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisine yönelik bir değişiklik olmayacaktır. Ancak dava ile ilgili tebligatlar yeni yerleşim yerine yapılacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 6, Türkiye’de yerleşim yeri olanlar açısından genel yetkili mahkemeyi (Avrupa Birliği Hukuku’nda üye devletlerin hukuklarının birleştirilmesi için gerek uygulanacak hukuk alanında (örneğin Roma I, Roma II Tüzükleri) gerekse de milletlerarası usul hukuku alanında çalışmalar yapılmıştır. Milletlerarası usul hukuku konusunda Ticari ve Hukukî Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Konvansiyonu (Brüksel Konvansiyonu) (OJ L 304 - 30.10.1978), Avrupa Toplulukları üye devletlerinin hukuklarının birleştirilmesi ve uyumlaştırılması çalışmalarından birini oluşturmaktadır. Bu Konvansiyon ile ilgili çalışmalar, 1960 yılında Daimi Temsilciler Komitesi’nin (Committee of Permanent Representatives) kararı ile başlamış ve 1964 yılında Konvansiyon taslağı tamamlanmıştır. Ardından taslak, 27 Eylül 1968 tarihinde imzalanmış ve 1973 yılında yürürlüğe girmiştir, bkz. G. TEKİNALP, Yıl: 1990 s. 180. Konvansiyon’un imzalanmasının ardından, Avrupa Toplulukları’na yeni üyelerin girmesi nedeniyle Konvansiyon, dört katılma konvansiyonu ile değişikliğe uğramıştır. (Söz konusu Katılma Konvansiyonları şunlardır: 1. Convention of Accession of 9 October 1978 of the Kingdom of Denmark, of Ireland and of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland [OJ L 304 - 30.10.1978, s. 1–102]; 2. Convention of Accession of the Hellenic Republic [OJ L 388 - 31.12.1982, s. 1-36]; 3. Convention on the Accession of the Kingdom of Spain and the Portuguese Republic [OJ L 285 - 3.10.1989, s. 1-98]; 4. Convention on the Accession of Republic of Austria, the

Republic of Finland and the Kingdom of Sweden [OJ C 15 - 15.1.1997, s. 1–9], to the Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters and to the Protocol on its Interpretation by the Court of Justice, (bkz. KÜÇÜKYALÇIN, Yıl: 2004 s. 333; G. TEKİNALP, Yıl: 1990 s. 180-181). Bu değişikliklerin sonucunda ortaya çıkan Brüksel Konvansiyonu’nun beş adet versiyonu birleştirilip uyumlaştırılmış ve tek bir metin (OJ C 189-28.7.1990, s. 1-122) hâline getirilmiştir, bkz. SAKMAR ve EKŞİ, Yıl: 2002 s. 724 – 726. Konvansiyon’un kapsamına giren davalarda üye devletlerin mahkemeleri, milletlerarası yetkilerini Konvansiyon’da yer alan milletlerarası yetki kurallarına göre belirleyeceklerdir. Brüksel Konvansiyonu’nda genel yetkili mahkeme olarak davalının yerleşim yeri mahkemesi belirlenmiştir (m. 2). Konvansiyon daha sonra Hukukî ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkındaki Konsey Tüzüğü (EC No 44/2001) (Brüksel I Tüzüğü) şekline dönüştürülmüştür. Tüzük 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Brüksel I Tüzüğü m. 76). Brüksel I Tüzüğü’nün uygulama alanına ticari ve hukukî konular girmektedir. Tüzük, idare ve vergi konularında uygulanmayacaktır. Tüzük’te üye devlet mahkemelerinden verilen kararların diğer üye devletlerde tanınması ve tenfizi hakkında düzenlemelere de yer verilmiştir. Tüzüğün 68/1 hükmüne göre, bu Tüzüğün hükümleri, Brüksel Konvansiyonu hükümlerinin yerini alarak Konvansiyonu hükümsüz kılmıştır. Tüzük, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üye devletler açısından bağlayıcı olup üye devletlerin başka bir işlem yapmasına gerek olmaksızın doğrudan uygulanmaktadır. Tüzüklerin yürürlüğe girmesiyle, üye devletlerin tüzükleri milli mevzuatlarına aktarmalarına ve bunları onaylamalarına gerek yoktur. Üye devletler tüzükleri uygulamak zorundadır ve ayrıca tüzüklerde değişiklik yapamamaktadırlar. Tüzükler, üye devletlerde yerleşik veya üye devletlerin tâbiyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile bütün daire ve kuruluşlar ve Topluluk’taki bütün organ, kurum ve yetkililer için geçerlidir (bkz. G. TEKİNALP ve Ü. TEKİNALP, Yıl: 2000 s. 71). Her ne kadar Tüzüklerle ilgili uygulama bu şekilde olsa da, Brüksel I Tüzüğü m. 1/3 uyarınca, Avrupa Birliği üyesi ülkelerden sadece Danimarka açısından uygulanmayacaktır. Zira Danimarka, Maastricht ve Amsterdam Antlaşması’na Ek 5 No’lu Protokol’ün (OJ C 340 -

10.11.1997) 1 ve 2'nci maddelerinde ve ayrıca Avrupa Topluluğu'nu Kurucu Antlaşma'da (OJ C 224 - 31.08.1992) belirtildiği üzere Tüzüğü uygulamayacaktır. Brüksel I Tüzüğünde milletlerarası yetki kuralları, 1-31'nci maddeler arasında yer almaktadır. Milletlerarası genel yetki kuralları, 2-4'üncü maddeler arasında düzenlenmiş olup, Avrupa Toplulukları'na üye devletlerde ikâmet eden kişilerin, vatandaşlıkları dikkate alınmaksızın o üye devletin vatandaşları gibi işlem görerek, yerleşim yerlerinin olduğu üye devlette, kural olarak yerleşim yeri esası dikkate alınarak, dava edilebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Bir kişinin bir üye devlette ikâmetgâhının hangi şartlarda var olduğu esası her bir üye devletin iç hukukuna bırakılmıştır. Tüzüğün 5-7'nci maddeleri arasında özel yetki kuralları düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde sigorta (m. 8-14), tüketici (m. 15-17) ve bireysel hizmet sözleşmelerine (m. 18-21) yönelik ayrı yetki kuralları getirilmiştir. Tüzüğün 22'nci maddesinde ise, taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ve onların kullanım haklarına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olacağı düzenlenmiştir. Brüksel Konvansiyonu ve Brüksel I Tüzüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ALİBABA, Yıl: 2009 s. 1-20; BARIATTI, Yıl: 2011 s. 247 vd.; CHESHIRE vd. Yıl: 2008 s. 204 vd.; ERDEM, Yıl: 2003 s. 1009-1026; FAWCETT vd. Yıl: 2012 s. 16 vd.; KUIPERS, Yıl: 2009 s. 1505-1524; NIELSEN, Yıl: 2013 s. 503 vd. NIELSEN'in deyimi ile Avrupa Birliği Hukuku'nun mihenk taşı olan Brüksel I Tüzüğü (bkz. NIELSEN, Yıl: 2013 s. 503) 10 Aralık 2010 tarihinde Avrupa Birliği Komisyonu Brüksel I Tüzüğü'nün revizyonu amacıyla bir teklifte bulunmuş (bkz. STONE, Yıl: 2011 s. 112) ve Brüksel I Recast Tüzüğü 20.12.2012 tarihinde Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanmıştır. Ancak Tüzüğün uygulanmasına (m. 75 ve 76 ise 10 Ocak 2014'de uygulanmaya başlanmıştır) 10 Ocak 2015 tarihinden itibaren başlanmıştır (Brüksel I Recast Tüzüğü m. 80). Tüzük, (a) gerçek kişilerin ehliyeti, evlilik ya da benzeri ilişkilerden doğan mal rejimlerindeki mülkiyet problemleri, (b) iflâs, batık şirketlerin veya diğer hukukî kişilerin tasfiyesi ile ilgili işlemler, yargısal düzenlemeler, konkordatolar ve benzer işlemler; (c) sosyal güvenlik; (d) tahkim; (e) bir aile ilişkisi, ebeveynlik, evlilik veya akrabalıktan doğan yükümlülüklerin idamesi; (f) ölüm nedeni ile doğan idame yükümlülükleri de dahil olmak üzere vasiyetname ve veraset konularına uygulanmaz

(Brüksel Recast I Tüzüğü m. 2). Brüksel I Recast Tüzüğü'nde de genel yetkili mahkeme davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Tüzüğe göre, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerden herhangi birinde ikâmet eden kişiler, vatandaşlıkları dikkate alınmaksızın, bu devlet mahkemelerinde söz konusu Tüzük uyarınca dava edilebilirler (m. 4/1). Avrupa Birliğine üye ülkelerin uyruğunda olmayıp, ikâmet eden kimseler hakkında, bu âkit devletin uyruğu olan kişiler hakkındaki yetki kuralları uygulanır (m. 4/2). Eğer davalı Üye Devlette ikamet etmiyorsa, her bir üye devletin mahkemelerinin yargı yetkisi madde 18 (1), madde 21 (2) ve madde 24 ve 25'e tabi olup, o Üye Devletin hukukunca belirlenecektir (Brüksel Recast I Tüzüğü m. 6/1)) düzenlemektedir. Türkiye'de yerleşim yeri olmayanlar açısından genel yetkili mahkeme ise, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir (HMK m. 9).

Davalının birden fazla kişi olması hâlinde, dava birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak dava sebebine göre Kanun'da, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, dava o yer mahkemesinde görülecektir. Birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırmak suretiyle yetkisizlik kararı verecektir (HMK m. 7).

3.1.1. Davalının Yerleşim Yeri Mahkemesi

Genel yetkili mahkeme olarak, davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olması, davacıya kendisine yabancı olan bir mahkemede dava açma külfeti yüklemektedir. Doktrinde davalının menfaatinin davacının kine tercih edilmesinin özellikle milletlerarası yetki konusunda haklılık kazandığı belirtilmiştir. Bu görüşün gerekçesi olarak, davalının yaşadığı yerde dava edilmesinin, onun savunmasını daha rahat ve emin şekilde yapmasını sağlayacağı, buna karşılık davacının alacağını

düşündüğü mahkeme kararını davalının yerleşim yeri olduğu yerde icra ettirebileceğine (davalının malvarlığının da burada olma ihtimâlinin yüksek olması nedeniyle) olan güveninden kaynaklandığı ileri sürülmüştür (NOMER, Yıl: 1999 s. 630).

Genel yetkili mahkeme olarak belirlenen davalının yerleşim yeri mahkemesinin tespit edilebilmesi özellikle davalının yabancı olması hâlinde güçlüklerle neden olabilir. Bu nedenle öncelikle kimlerin yabancı statüsünde değerlendirildiğinin açıklanması ve ardından yerleşim yeri kavramının Türk tâbiyetinde bulunanlar ve yabancılar açısından irdelenmesi gerekmektedir.

3.1.1.1 Davalı Gerçek Kişi

Davalı, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Davalının gerçek ya da tüzel kişi olmasına göre yerleşim yerlerinde değişiklik olacaktır. Ayrıca davalının Türk ya da yabancı olması da yerleşim yerinin belirlenmesinde farklılık yaratabilecektir. Bu nedenle, bu kavramların detaylı bir şekilde incelenmesi gerekir.

3.1.1.1.1 Türk Vatandaşı Gerçek Kişi

Davalı gerçek kişi Türk vatandaşı ya da yabancı gerçek kişi olabilir. Türk vatandaşlığı Anayasal temelde düzenleme alanı bulan konulardandır. Anayasa'nın “*Türk Vatandaşlığı*” başlıklı 66 ncı maddesine göre;

“Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür.

Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür.

Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.

Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz.

Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz”.

Görüldüğü gibi burada Türk vatandaşlığı etnik köken olarak değil, Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olma esasına dayanarak düzenlenmiştir (ÖZEL, Yıl: 2012 s. 56. Benzer yönde, GÜZEL-POLAT, Yıl: 2011 s. 154; TÜTÜNCÜBAŞI, Yıl: 2013 s. 156. Anayasa m. 66’da yer alan Türk tanımı üzerine kapsamlı bir inceleme için bkz. ÖZEL, Yıl: 2012 s. 40-59). Türk vatandaşlığını TVK kapsamında kazanan ya da kaybetmeyen kişi Türk vatandaşdır (Anayasa m. 66/3 gereği Türk Vatandaşlığı Kanunu (TVK) ve Türk Vatandaşlığı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik (RG T. 06.04.2010, RG Sayı: 27544) ile Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybı konuları düzenlenmiştir. Genel olarak Türk vatandaşlığı doğumla ya da sonradan kazanılır (TVK m. 5). Doğumla kazanılan vatandaşlık soybağı esasına göre (TVK m. 7) ya da istisnaen toprak esasına göre (TVK m. 8) kazanılırken, sonradan kazanılan vatandaşlık ise; yetkili makam kararıyla, evlat edinme (TVK m. 17) ile ve seçme hakkının kullanılması yolu ile (TVK m. 21) kazanılır (TVK m. 9). Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığı; olağan yolla (TVK m. 11), istisnai yolla (TVK m. 12), ikamet şartına bağlı olarak (TVK m. 13) ve ikamet şartına bağlı olmaksızın (TVK m. 14) yeniden ya da evlenme yolu ile kazanılır (TVK m. 16). Türk vatandaşlığı, yetkili makam kararı veya seçme hakkının kullanılması ile kaybedilir (TVK m. 23). Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kaybı; çıkma, kaybettirme ya da vatandaşlığa alınmanın iptali ile gerçekleşir (TVK m. 24). Türk vatandaşlığının kazanılması ve kaybı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ERDEM, Yıl: 2013 s.89 vd.; DOĞAN, Yıl: 2014 s. 39 vd.; GÜNGÖR, Yıl: 2014 s. 1 vd.; NOMER, Yıl: 2012 s. 3 vd.). Bu nedenle, davalının Türk vatandaşı olup olmadığı bu esaslar çerçevesinde belirlenecektir. Bir kişinin, Türk vatandaşlığı konusunda tereddüde düşülmesi hâlinde bu husus İçişleri Bakanlığından sorulacaktır (TVK m. 36/2).

Çok vatandaşlık, giderek daha sık rastlanan bir durum hâlini almıştır. Kişinin birden çok vatandaşlığı olduğu durumlarda hangi vatandaşlığının esas alınacağı

problemi ortaya çıkabilir. Bu konuya ilişkin olarak uygulanacak hukuk kapsamında MÖHUK m. 4/1-b ve c bendinde bir düzenleme getirilmiştir. İlgili düzenlemeye göre;

“b) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları halinde Türk hukuku,

c) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki halinde bulundukları devlet hukuku, uygulanır”. Bu hüküm kıyasen uygulandığında, birden fazla vatandaşlığı olup bu vatandaşlıklardan birinin Türk vatandaşlığı olması hâlinde kişi Türk vatandaşı sayılacak, çok vatandaşlıklardan hiç birinin Türk vatandaşlığı olmadığı durumlarda ise, kişinin daha sıkı ilişki hâlinde olduğu vatandaşlığı dikkate alınacaktır (Doktrinde, MÖHUK m. 4/1-b bendinin usul hukuku alanında da uygulama alanı bulunduğu, çeşitli konularda savunulmuştur. Örneğin, teminat konusunda bkz. NOMER, Yıl: 2015 s. 492; ŞANLI, Yıl: 2013 s. 138; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 415; TURHAN, Yıl: 1977 s. 879; TÜTÜNCÜBAŞI, Yıl: 2012 s. 202. ATAMAN-FİGANMEŞE, ise MÖHUK m. 4/1-b bendinin usul hukuku alanında uygulama alanı bulmayacağını ileri sürmektedir (ATAMAN-FİGANMEŞE, Yıl: 2001 s. 110).

3.1.1.1.2. Yabancı Gerçek Kişi

Anayasa m. 66 /1 gereğince Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olanlar Türk sayılmaktadır. Bu hükmün mevhumu mualifinden Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olmayanların yabancı olduğu sonucu çıkmaktadır. Yabancılar genel olarak yabancı bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olanlar (MÖHUK m. 4/1-b istisnasına dikkat edilmelidir), vatansızlar, mülteciler ve göçmenlerdir (ALTUĞ, Yıl: 1974 s. 363; ÇELİKEL ve ÖZTEKİN-GELGEL, Yıl: 2014 s. 17 vd.; ÇİÇEKLİ, Yıl: 2014 s. 29 vd.; TEKİNALP, Yıl: 2003 s. 6 vd).

Her devlet kimin kendi vatandaşı olduğunu belirleme yetkisine sahiptir. Bu yetki, devletin egemenlik hakkının bir görünümüdür. Bu kapsamda yabancı bir

devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olan bir kimsenin yabancı olduğu doğrudan söylenebilecektir. Örneğin, bir kimse Alman vatandaşı ise, Türk Devleti açısından yabancıdır.

Herkesin bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olduğunu söylemek mümkün değildir. Uygulaması çok sık olmamakla birlikte, bazı kimseler hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı değildir. Bu kimseler vatansız (haymatloz) olarak ifade edilmektedir (Vatansızlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL ve ÖZTEKİN-GELGEL, Yıl: 2014 s. 18-19; ODMAN, Yıl: 2011 s. 1 vd).

Mülteci, ırkı, dinî, tâbiyeti, muayyen bir içtimaî gruba mensubiyeti veya siyasi kanaatleri yüzünden takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu memleket dışında bulunan, oraya dönemeyen veya mezkur korkuya binaen dönmek istemeyen kişidir (Mültecilerin Hukuku Durumuna Dair Sözleşme m. 2). Bu kimseler de yabancı statüsünde değerlendirilmektedir (Mülteciler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BARKIN, Yıl: 2014 s. 333-360; ÇELİKEL ve ÖZTEKİN-GELGEL, Yıl: 2014 s. 19 vd. ; ÇİÇEKLİ, Yıl: 2014 s. 221 vd.; ERGÜVEN, ve ÖZTURANLI, Yıl: 2013 s. 1007-1061). Türkiye, bu Sözleşmeye koymuş olduğu çekince ile sadece Avrupa'dan meydana gelen olaylar nedeniyle Türkiye'ye gelen kişileri mülteci statüsünde değerlendirmektedir.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda bu çekince doğrultusunda mülteci statüsünün *“(1) Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında...”* verileceği düzenlemiştir (m. 61).

Kanun şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi kimseleri de ayrıca düzenlemiştir. Buna göre şartlı mülteci ("*(1) Avrupa ülkeleri dışında meydana gelen olaylar sebebiyle; ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancıya veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikâmet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonrasında şartlı mülteci statüsü verilir*") (YUKK m. 62). Türk Hukuku'nda şartlı mülteci kavramı YUKK'dan evvelki dönemde sığınmacı olarak ifade edilmekteydi.

İkincil koruma statüsü ise, "*(1) Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde;*

a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek,

b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak,

c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak, olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye, statü belirleme işlemleri sonrasında..." verilmektedir (YUKK m. 63). Bu kimseler de yabancı statüsündedir.

Bir diğer yabancı grubu ise, göçmenlerdir. Çeşitli nedenlerle (ekonomik, dini, siyasi gibi) bağlı bulunduğu ülkeyi terk ederek yerleşmek amacı ile başka bir ülkeye giden kimselere göçmen ("*Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu Kanun gereğince kabul olunanlardır*") (İskân Kanunu m. 3/d). "*Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olmayan yabancılar ile Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı bulunup da sınır dışı*

edilenler ve güvenlik bakımından Türkiye'ye gelmeleri uygun görülmeyenler göçmen olarak kabul edilmezler” (İskân Kanunu m. 4)) (muhacir) denilmektedir (ÇELİKEL ve ÖZTEKİN-GELGEL, Yıl: 2014 s. 23; ÇİÇEKLİ, Yıl: 2014 s. 207). Göçmenler gerekli işlemlerin tamamlanmasının ardından Bakanlar Kurulu Kararı ile Türk vatandaşlığına alınırlar (İskân Kanunu m. 8/4) (Ayrıca göçmenler TVK m. 12 uyarınca istisnai yolla da Türk vatandaşlığını kazanabilirler).

Bu kapsamda kısaca doğumla Türk vatandaşı olup çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkanların (mavi kartlılar) durumuna değinmek gerekir. Aslında bu kimseler de yabancıdır. Ancak TVK m. 28 gereğince neredeyse Türk vatandaşları ile aynı haklara sahip olduklarından (Mavi kartlılar ve bunların üçüncü dereceye kadar alt soylarının milli güvenlik ve kamu düzenine ilişkin istisnalar saklı kalmak kaydıyla, seçme ve seçilme, muafin araç veya ev eşyası ithâl etme hakları ile askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü yoktur. Bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbidirler. Mavi kartlılar ve bunların üçüncü dereceye kadar alt soyları, bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tâbi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevlerinde bulunamazlar. Ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalıştırılabilirler. Bakanlar Kurulu gerekli görmesi hâlinde üçüncü dereceden itibaren hangi dereceye kadar olan altsoyların bu maddede tanınan haklardan faydalanabileceğini belirleyebilir (TVK m. 28/1, 2, 3, 4)) bu kimseler özel statülü yabancı olarak değerlendirilmektedir (Yargıtay kadının mavi kartlı, kocanın ise Türk vatandaşı olduğu boşanma davasına ilişkin bir kararında, mavi kartlıların Türk vatandaşlarına tanınan haklardan (Vatandaşlık Kanunundaki istisnalar haricinde) aynen yararlanacağını ve bu nedenle davada yabancılık unsuru olmadığını belirterek, MÖHUK hükümlerinin uygulanamayacağına hükmetmiştir, (Yarg. 2. HD, T. 01.04.2013, E. 2012/23566, K. 2013/8998 [bkz. ÇİÇEKLİ, Yıl: 2014 s. 54-55]). Yargıtay’ın benzer bir kararı için bkz. Yarg. 2. HD, T. 03.04.2014, E. 2013/24136, K. 2014/7745, bkz. ÇİÇEKLİ, Yıl: 2014 s. 56-57. Kanaatimizce Yargıtay’ın bu değerlendirmesi doğru değildir. Zira, bir kimse mavi kartlı olsa dahi sonuçta yabancı devlet vatandaşıdır. Bu nedenle, uyumsuzlukta yabancılık unsuru bulunmaktadır.

Mavi kartlıların TVK'daki istisnalar haricinde Türk vatandaşları ile aynı haklara sahip olması, onların Türk vatandaşı olduğu anlamına gelmemektedir).

Son olarak, birden fazla vatandaşlığa sahip olup bu vatandaşlıklarından birisinin Türk vatandaşlığı olan bir kimsenin, Türk vatandaşlığı esas alınacağından (MÖHUK m. 4/1-b), bu kimse yabancı statüsünde değerlendirilmeyecektir (Türk vatandaşlığının yanısıra Suriye vatandaşlığına sahip olanların taşınmaz edinme konusundaki ayıksı durumu için bkz. HUYSAL, Yıl: 2007 s. 391 vd.). Birden fazla vatandaşlığı olup, bu vatandaşlıklarından hiç birinin Türk vatandaşlığı olmadığı bir kimsenin ise, daha sıkı ilişkide olduğu vatandaşlığı esas alınacaktır (MÖHUK m. 4/1-c). Bu durumda hangi vatandaşlık dikkate alınır alınsın kişi, yabancı statüsünde olacaktır.

3.1.1.2. Davalı Gerçek Kişinin Yerleşim Yeri

3.1.1.2.1. Türk Vatandaşı Gerçek Kişi Açısından

Yerleşim yeri kavramı hukuktan hukuka farklılık arz eden bir kavramdır (Alman Hukuku'nda yerleşim yeri kişinin daimi olarak yerleştiği yer olarak tanımlanmaktadır (Alman Medeni Kanunu m. 7/1). Alman Hukuku'nda Türk Hukuku'ndan farklı olarak yerleşim yerinin tekliği ilkesi benimsenmemiştir. Zira kişinin yeni bir yerleşim yeri kurması eskisini terk etmesi koşuluna bağlanmamıştır. Bir başka ifadeyle, Alman Hukuku'nda kişi birden çok yerleşim yerine sahip olabilir (Alman Medeni Kanunu m. 7/2). Tam ehliyetsizler veya sınırlı ehliyetsizler yerleşim yerlerini yasal temsilcilerinin onayı ile kurmaktadır (Alman Medeni Kanunu m. 8). Eğer kişinin yerleşim yeri ya da mutad meskenine gönderme yapan bir hüküm varsa ve kişi ehliyetsiz ya da sınırlı ehliyetsiz ise, onun yasal temsilcisinin rızası olmadan yapmış olduğu yerleşim yeri değişikliği, tek başına uygulanacak hukukun seçiminde dikkate alınmaz (EGBGB m.7/3). Askerlerin yerleşim yeri ayrı bir hükümle düzenlenmiş ve askerlerin yerleşim yerinin garnizonlarının bulunduğu yer olduğu

kabul edilmiştir (Alman Medeni Kanunu m. 9). Askerlerle ilgili hüküm, sadece gönüllü askerlik yapanlar için uygulanabilmektedir. Çocuğun yerleşim yeri ise, anne ve babasının yerleşim yeri; anne babanın ortak yerleşim yeri yoksa anne ya da babasından birinin (velayet kimdeyse) yerleşim yerine; velayet anne ya da babaya verilmez bir üçüncü kişiye verilirse velayet hakkı kendisine verilen kişiye bağlı olacaktır (Alman Medeni Kanunu m. 11). Fransız Hukuku'nda medeni hakları kullanabilen her kişinin başlıca yerleştiği yer (daimi mesken) yerleşim yeri sayılmaktadır (Fransız Medeni Kanunu m. 102). Yerleşme niyeti ile bir başka yere göç eden kimse yerleşim yerini değiştirmiş sayılacaktır (Fransız Medeni Kanunu m. 103). Evli bir kadın hayat ortaklığı kurallarını ihlal etmemek şartı ile bağımsız bir yerleşim yeri tesis edebilir (Fransız Medeni Kanunu m. 108). Ergin olmamış küçüğün yerleşim yeri ise, anne ve babasının yerleşim yeri; anne ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa anne ya da babasından birinin (velayet kimdeyse) yerleşim yeridir (Fransız Medeni Kanunu m. 108/2). Vesayet altındaki kişilerin yerleşim yeri ise de vasinin yerleşim yerine bağlıdır (Fransız Medeni Kanunu m. 108/3). Evde sürekli kalan hizmetçiler ile başkası tarafından devamlı çalıştırılan kişinin yerleşim yeri, kendisini çalıştıran kişinin yerleşim yerine bağlıdır (Fransız Medeni Kanunu m. 109). Sözleşmeye konulacak bir hükümle sözleşme taraflarının gerçek yerleşim yerleri dışında bir yeri yerleşim yeri olarak belirleyebilecekleri düzenlenmiştir (Fransız Medeni Kanunu m. 110). İsviçre Hukuku'na göre de yerleşim yeri bir kimsenin devamlı yerleşme niyeti ile oturduğu yerdir. Bir kişinin aynı anda birden fazla yerleşim yerinin olması mümkün değildir (İsviçre Medeni Kanunu m. 23). Yerleşim yerinde değişiklik, ancak yenisinin edinilmesine bağlıdır (İsviçre Medeni Kanunu m. 24). Çocuğun yerleşim yeri anne ve babasının yerleşim yeri; anne ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa anne ya da babasından birinin (velayet kimdeyse) yerleşim yer; diğer hallerde ise oturma yeridir (İsviçre Medeni Kanunu m. 25). Vesayet altındaki kişinin yerleşim yeri, bağlı olduğu makamın yerleşim yeridir (İsviçre Medeni Kanunu m. 25). İsviçre Hukuku'nda maddi hukuktaki yerleşim yeri ile milletlerarası özel hukuktaki yerleşim yeri kavramları arasında bir ayırım yapmak istemiş ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda da yerleşim yeri kavramı tanımlanmıştır. Ancak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 20'de yapılan

düzenlemelerle Kanun koyucunun bu amaca ulaştığının söylenemeyeceği, zira İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 20 ile İsviçre Medeni Kanunu m. 23'ün bire bir aynı olduğu konusunda bkz. HUYSAL, Yıl: 2003 s. 178. Alman, Fransız ve İsviçre Hukuklarında yerleşim yeri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. VARDAR-HAMAMCIOĞLU, Yıl: 2009 s. 34 vd. Fransız Hukuku için ayrıca bkz. CAPITANT, Yıl: 1948 s. 144-151. İngiliz Hukuk sisteminde esas yerleşim yeri (domicile) ve seçilen (sonradan edilen) yerleşim yeri (residence) anlayışı bulunmaktadır. Esas yerleşim devamlı yerleşim yeri olarak kabul edilir. Esas yerleşim yerinin terki çok zordur. İngiltere'deki katı yerleşim yeri anlayışı Avrupa Birliği'ne üye olması nedeniyle yumuşama göstermiştir. Amerikan Hukuku'nda da benzer esaslar kabul edilmiştir. İngiliz ve Amerikan Hukuklarında yerleşim yeri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BRIGGS, Yıl: 2002 s. 22 vd.; BROWN, Yıl: 2001 s. 50 vd.; CARTER, Yıl: 1987 s. 713-128; FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 154 vd., CLARKSON VE HILL, Yıl: 2002 s. 23 vd.; DICEY ve MORRIS, Yıl: 1993, s. 115 vd.; O'BRIEN, Yıl: 1999 s. 37 vd.; WILD, Yıl: 2003 (a), s. 32 vd. Çin Hukuku'nda yerleşim yeri kişinin sürekli kalıp oturduğu yerdir. Ancak sürekli kalınan yer ile oturlan yer farklı ise, sürekli kaldığı yer yerleşim yeri sayılır (Çin Medeni Kanunu m. 15)). Türk Hukuku açısından HMK m. 6/2 uyarınca davalının yerleşim yeri TMK hükümlerine göre tespit edilecektir. Yerleşim yeri bir kimsenin bir yere bağlılığını ifade eden bir kavramdır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2012, s. 130; ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 66. Benzer yönde, VARDAR-HAMAMCIOĞLU, Yıl: 2009 s. 4 vd.). TMK m. 19'da "*Yerleşim yeri*" başlığı altında düzenlenen hükümde, yerleşim yerinin bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olduğu ifade edilmiştir. Bir kimsenin bir yerde sürekli kalma niyetiyle oturması ile kastedilen, kişinin o yeri yaşamının, kişisel ilişkilerinin, aile hayatının, meslek faaliyetlerinin merkezi hâline getirmesidir. Ancak bu merkezlerden aile hayatının merkezi hâline getirilmiş olması diğerlerine oranla daha yüksek rol oynamaktadır. Zira, bir kimsenin çalıştığı yer ile yaşadığı yerin farklı yerlerde olması mümkündür (OĞUZMAN vd. Yıl: 2012 s. 132-133; ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 69).

Sürekli kalma niyetiyle oturlan yerin bir ev olması şart değildir. Örneğin, bir kimsenin otelde yaşaması hâlinde, sürekli kalma niyeti varsa bu yer onun yerleşim yeri olarak kabul edilecektir (OĞUZMAN vd. Yıl: 2012 s. 135). Benzer şekilde kişinin oturduğu yerin kendi maliki olduğu ev, aile yanı, kiralanmış bir oda, otel veya pansiyon olması önemli değildir (KOCAMAN, Yıl: 2008 s. 571).

Yargıtay karşısına gelen bir olayda (Yarg. 2. HD T. 25.06.2003, E. 2003/8088, K. 2003/9483, bkz. www.kazanci.com)“... bir kimsenin oturduğu yerde gayrimenkul satın alması, oraya yerleşmek niyetiyle oturduğunu gösterir ve orası Türk Medeni Kanununun 19/1. maddesi gereğince onun yerleşim yeri kabul edilir...” şeklinde bir karar vererek, bir yerde taşınmaz alınmasını yerleşme niyetinin göstergesi olarak kabul etmiştir. Bunun gibi bir kimsenin işyerinin orada olması, mahalle muhtarlığından aldığı ikametgâh belgesi, vergi dairesi ile ilişkileri, çocuğunun gittiği ilköğretim vs. de sürekli kalma niyetinin göstergesi olabilir (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 48).

Bir kimse aynı anda birden fazla yerleşim yeri edinemeyecektir (İsviçre Medeni Kanunu m. 23/2’de yerleşim yerinin tekliği ilkesi benimsenmiştir. İngiliz Hukuku’nda da bir kimsenin iki tane “domicil”i bulunamamaktadır, bkz. FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 155. Alman Medeni Kanunu’nda ise, bir kimsenin aynı anda birden fazla yerleşim yeri bulunabileceği düzenlenmiştir [Alman Medeni Kanunu m. 7/2]) (TMK m. 19/2). Bu ilke doktrinde yerleşim yerinin tekliği olarak ifade edilmektedir (KOCAMAN, Yıl: 2008 s. 569; OĞUZMAN vd. Yıl: 2012 s. 131; ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 68). Bir kimsenin birden fazla konutu, örneğin yazlık ve kışlık evi olabilir. Bu durumda bu konutlardan hangisi daha fazla hayat merkezi olarak değerlendirilmeye müsait ise, o yer yerleşim yeri sayılacaktır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2012 s. 140. YHGK karşısına gelen bir olayda aile konutu ile yerleşim yerinin birbirine karıştırılmaması gerektiğini, aile konutunun eşlerin barınmak için kullandıkları yer olduğunu, yerleşim yerinin ise, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle kalmak oturduğu yer olduğu; aile konutunda sürekli kalma koşulunun bulunmadığı buna karşılık yerleşim yerinde bu şartın arandığını ve bu nedenle aile konutu ile

yerleşim yerinin her zaman aynı yer olmayabileceğine karar vermiştir. Karar için bkz. YHGK T. 12.02.2014, E. 2013/2-473, K. 2014/92, [Yargı Dünyası, Yıl: 2014 s. 45-51]).

Bir kişinin yerleşim yerini değiştirmesi mümkündür. Uygulamada bu durum “*ikâmetgahın aldırılması*” olarak ifade edilmektedir. Ancak bir kişinin yerleşim yerini değiştirmesi yenisini edinmesine bağlıdır (TMK m. 20/1). Belirtmek gerekir ki bir kimsenin uzun süre yurt dışında bulunması yerleşim yerini değiştirdiği anlamına gelmemektedir (Konunun yansıdığı bir uyuşmazlıkta Yargıtay; “... *Bir kimsenin uzun süre yurt dışında bulunması yerleşim yerinin nakledildiğini göstermez. Davalı yetkili mahkemeyi doğru göstermiştir...*” şeklinde karar vermiştir (Yarg. 2 HD T. 24.02.2005, E. 2005/735, K. 2005/2814 [bkz. RUHİ, Yıl: 2008 s. 467])).

Velayet altında bulunan çocuğun (18 yaşını doldurmamış herkes Türk Hukuku uyarınca çocuk sayılmaktadır. Ancak evlenmeye ya da mahkeme kararıyla ergin kılınma hâlinde ise, bu kural geçerli olmayacaktır. Zira evlenme kişiyi ergin kılmaktadır (TMK m. 11/2) ve onbeş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilmektedir (TMK m. 12). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2012 s. 63 vd.) yerleşim yeri konusu TMK’de özel olarak “*Velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır*” şeklinde düzenlenmiştir (TMK m. 21/1). Velayet altındaki çocuklar genellikle anne ve/veya babaları ile birlikte yaşamaktadırlar. Bu açıdan velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri ana ve babasının yerleşim yeridir. Ancak örneğin, kural olarak boşanma hâlinde çocuğun velayeti anne ya da babasına bırakılacaktır. Bu durumda çocuğun yerleşim yeri, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Vesayet altındaki kişilerin yerleşim yeri ise, bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir (TMK m.21/2).

İnsanlar uzun süre yerleşim yerlerinden ayrı yerlerde bulunabilmektedir. Özellikle üniversite öğrencileri bulundukları şehrin dışında bir yer kazandıklarında en az iki yıl süreyle çoğunlukla yaşadıkları şehirden ayrı yerde yaşamlarını sürdürürler. Benzer şekilde, örneğin lise öğrencileri aileleri ile birlikte yaşadıkları şehrin dışında yatılı okullarda okuyabilmektedir. İnsanların yerleşim yerlerinden başka yerlerde uzun süreli yaşamaları sadece eğitim görmek amacıyla ortaya çıkan bir durum değildir. Örneğin sağlık, bakım ya da ceza işlenmesi nedeniyle hapishanede bulunmaları da söz konusu olabilir. Bu durumda yerleşim yerinin neresi olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nda insanların yerleşim yerlerinden başka yerlerde (kurumlarda) bulunmaları hâlinde yerleşim yerlerinde değişiklik olup olmayacağı konusunda bir hüküm yer almaktadır. Söz konusu hükme göre bir öğretim kurumuna devam etmek için bir yerde bulunma ya da eğitim, sağlık, bakım veya ceza kurumuna konulma, yeni yerleşim yeri edinme sonucunu doğurmamaktadır (m. 22). Maddede sayılan yerlerde bulunmanın yerleşim yeri edinme sonucunu doğurmaması, kural olarak buralarda kalmanın sürekli kalma niyeti taşımamasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu hüküm karine niteliğindedir. Bir başka ifadeyle, sürekli kalma niyetinin ispatı hâlinde, bu yerler de yerleşim yeri sayılacaktır (OĞUZMAN vd. Yıl: 2012 s. 135; ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 69).

Davalının yerleşim yeri TMK m. 19/1 uyarınca tespit edilemezse 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu (RG T. 25.04.2006, RG Sayı: 26153) m. 48-53'üncü maddeleri uygulama alanı bulacaktır. Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nün tuttuğu kayıtlar resmî kayıttır. Bu nedenle Nüfus Müdürlüklerindeki kayıtların yetkili mahkemenin belirlenmesinde esas alınması gerekmektedir. Ancak nüfus kayıtlarındaki bilgiler karine olarak kabul edilmelidir (AKSOYOĞLU, Yıl: 2008 s. 78; KARSLI, Yıl: 2014, s. 215; KİRAZ, Yıl: 2012 s. 7; KURU, Yıl: 2001 s. 386; KURU vd. Yıl: 2014 s. 131. Benzer yönde, ÜSTÜNDAĞ, Yıl: 2000 s. 197; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 164; UMAR, Yıl: 2014 s. 23; YILMAZ, Yıl: 2013 s. 101-102).

Bir kimsenin oturduğu yerde taşınmaz edinmesinin oraya yerleşme niyetinde olduğunun göstergesi olduğuna yukarıda değinmiştik. Bu durumda orası kişinin yerleşim yeri olarak değerlendirilebilir. Böylesi bir durumda nüfus kaydının başka yerde olması halinde ise, kayıt yeri artık yerleşim yeri olarak kabul edilemeyecektir (Yarg. 2. HD T. 25.06.2003, E. 2003/8088, K. 2003/9483 [bkz. www.kazanci.com]).

Davalının Türk olması hâlinde yukarıda saymış olduğumuz hükümler uygulama alanı bulacaktır. Genel yetkili mahkemede davanın açılmayacak olması hâlinde diğer yetkili mahkemeler uyarınca Türk mahkemelerinin yetkisi varsa, yine Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır.

3.1.1.2.2 Yabancı Gerçek Kişi Açısından

Davalının Türk vatandaşı olması halinde Türk Hukuku'na göre (MK hükümleri uyarınca) yerleşim yerinin tespit edileceği noktasında her hangi bir sorun yaşanmamaktadır. Davalının yabancı olması hâlinde ise, bir vasıflandırma sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda vasıflandırma lex fori'ye göre yapılacaktır (ANSAY, Yıl: 1953 s. 685; ÇİÇEKLİ, Yıl: 2005 s. 250; EKŞİ, Yıl: 2000 (a) s. 35-36 ve 83; ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 78). Türk hâkiminin önüne gelen somut uyuşmazlıkla, mahkeme davalının yerleşim yerini lex fori'ye göre vasıflandıracığı için, TMK anlamında yerleşim yeri tespit edilmelidir.

Daha önce açıklamış olduğumuz gibi, yabancı sadece yabancı devlet vatandaşlığına sahip kimseler için kullanılan bir kavram değildir. Türk Hukuku açısından yabancı, genel olarak yabancı bir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olanlar, vatansızlar, mülteciler, göçmenler, mavi kartlıları da kapsamaktadır. Davalının bu sayılanlardan biri olması hâlinde yerleşim yeri TMK uyarınca sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer olacaktır.

Yabancıların Türkiye'de yerleşim yeri tesis edip edemeyecekleri konusunda ikâmet izninden bahsetmek gerekmektedir. Türkiye'de, vizenin veya vize

muafiyetinin tanıdığı süreden ya da doksan günden fazla kalacak yabancılar ikâmet izni almak zorundadır (YUKK m. 20’de “ikâmet izninden muafiyet” bağılığı altında düzenlenen hükme göre; “(1) Aşağıda sayılan yabancılar ikâmet izninden muaf tutulurlar: a) Doksan güne kadar vizeyle veya vizeden muaf olarak gelenler, vize süresi veya vize muafiyeti süresince b) Vatansız Kişi Kimlik Belgesi sahibi olanlar c) Türkiye’de görevli diplomasi ve konsolosluk memurları ç) Türkiye’de görevli diplomasi ve konsolosluk memurlarının ailelerinden Dışişleri Bakanlığınca bildirilenler d) Uluslararası kuruluşların Türkiye’deki temsilciliklerinde çalışan ve statüleri anlaşmalarla belirlenmiş olanlar e) Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu anlaşmalarla ikâmet izninden muaf tutulanlar. f) 5901 sayılı Kanunun 28 inci maddesi kapsamında olanlar g) 69 uncu maddenin yedinci fıkrası ile 76 ncı ve 83 üncü maddelerin birinci fıkraları kapsamında belge sahibi olanlar (2) Birinci fıkranın (c), (ç), (d) ve (e) bentlerinde belirtilen yabancılara, şekil ve içeriği Bakanlık ve Dışişleri Bakanlığınca birlikte belirlenen belge tanzim edilir. Bu yabancılar, ikâmet izninden muafiyet sağlayan durumları sona erdikten sonra da Türkiye’de kalmaya devam edeceklerse, en geç on gün içinde ikâmet izni almak üzere valiliklere başvurmakla yükümlüdür”) (YUKK m. 19). YUKK’a göre ikâmet izinleri kısa dönem ikâmet izni, aile ikâmet izni, öğrenci ikâmet izni, uzun dönem ikâmet izni, insani ikâmet izni, insan ticareti mağduru ikâmet izni şeklinde toplam altı çeşittir. (İkamet izinleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL ve ÖZTEKİN-GELGEL, Yıl: 2014 s. 91 vd.; ÇİÇEKLİ, Yıl: 2014 s. 97 vd.; ÖZBEK-HADİMOĞLU, Yıl: 2012 s. 163 vd.).

Yabancıların ikâmet izni almış olmaları, Türkiye’de yerleşim yeri tesis edebilmeleri için gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Zira, ikâmet izni, yerleşim yeri tesisi için aranan yerleşme niyetinin (Milletlerarası özel hukuk anlamında bir yerleşim yeri kavramı oluşturulması halinde, öncelikle yerleşim yerinin, yerleşme niyeti kriterinden arındırılması, yerleşim yeri olarak belirlenecek yerin, kişinin yaşam ilişkilerini merkezi olduğu konusunda bkz. HUYSAL, Yıl: 2003 s. 183) varlığının bir göstergesi değildir. Sadece yabancıların Türkiye’de yasal olarak oturduğunun belirtisidir. Bir kimsenin Türkiye’de yerleşme niyeti olmasa da ikâmet izni alarak

Türkiye’de yaşaması mümkündür (ACUN, Yıl: 2013 s. 458; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 509; ÇİÇEKLİ, Yıl: 2005 s. 252; EKŞİ, Yıl: 2000 (a) s. 94. UYANIK-ÇAVUŞOĞLU ise bir yabancının daimi ikamet izni alması halinde, onların sakin olduğu yeri yerleşim yeri olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir, bkz. UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 976. Benzer yönde, KURU, Yıl: 2001 s. 404. Yargıtay eski tarihli bir kararında; “... ikametgah yerleşme niyetiyle oturulan yerdir... bir kimsenin geçici olarak bir yerde oturması oranın ikametgahı olduğunu göstermez. Yabancıların geçici ikamet izni almış olmaları da ikametgah için yeterli sayılmaz....” şeklinde hüküm vermiştir, (Yarg. 2. HD T. 27.05.1998, E. 1998/4842, K. 1998/6521, [bkz. EKŞİ, Yıl: 2007, s. 126-127]).. Kanaatimizce her ne kadar ikâmet izninde yazan yer doğrudan kişinin yerleşim yeri anlamına gelmeyecek olsa da (Doktrinde yabancıların geçici ikamet izni almış olmalarının yerleşim yerinin belirlenmesi açısından yeterli olmayacağı belirtilmiştir, bkz. GENÇCAN, Yıl: 2013 s.157. Benzer şekilde Yargıtay bir kararında, “... Yabancı uyruklu karı koca Türk mahkemesinde boşanma davası açabilirler... Boşanma davası, davacının ikametgahı veya eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesinde açılır (HUMK m. 9/son)... Yabancıların geçici ikamet izni almış olmaları da ikametgah için yeterli sayılmaz...” ifadelerine yer vermiştir, (Yarg. 2. HD, T. 27.05.1998, E/K, 4842-6521, [bkz. GENÇCAN, Yıl: 2013 s. 158]), aksinin ispat edilmesi her zaman mümkündür.

İkamet izinleri arasında saymış olduğumuz, “uzun dönem ikâmet” iznine değinmek gerekir. Zira, Türkiye’de kesintisiz en az sekiz yıl ikâmet izniyle kalmış olan ya da Göç Politikaları Kurulunun belirlediği şartlara uyan yabancılara, Bakanlığın onayıyla valilikler tarafından süresiz ikâmet izni verilmektedir (Ayrıca mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri ile insani ikâmet izni sahiplerine ve geçici koruma sağlananlara, uzun dönem ikâmet iznine geçiş hakkı tanınmamaktadır (YUKK m. 42)). Uzun dönem ikâmet izni verilmesinin şartları arasında kesintisiz en az sekiz yıl Türkiye’de ikâmet izni ile kalmış olmak da yer almaktadır (YUKK m. 43’e göre; “(1) Uzun dönem ikâmet iznine geçişte aşağıdaki şartlar aranır: a) Kesintisiz en az sekiz yıl ikâmet izniyle Türkiye’de kalmış olmak b)

Son üç yıl içinde sosyal yardım almamış olmak c) Kendisi veya varsa ailesinin geçimini sağlayacak yeterli ve düzenli gelir kaynağına sahip olmak ç) Geçerli sağlık sigortasına sahip olmak d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmama. (2) Göç Politikaları Kurulunun belirlediği şartlara sahip olması nedeniyle uzun dönem ikâmet izni verilmesi uygun görülen yabancılar için birinci fıkranın (d) bendi dışındaki şartlar aranmaz.”) (YUKK m. 43/1-a).

Kanaatimizce her ne kadar yerleşme niyetinin varlığı için bir yerde yaşanan süre doğrudan belirleyici olmasa da, en az sekiz yıl bir yerde yaşayan ve süresiz ikamet iznine sahip olan bir kimsenin, söz konusu yerde yerleşmek niyetinde olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle uzun dönem ikâmet iznine sahip yabancıların ikâmet izinlerinde yazan yerin onların yerleşim yeri olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Aksinin ispatı ise her zaman mümkündür. Benzer yorumu aile ikamet izni almış yabancılar için de yapmak mümkün olabilir. Zira, aile ikamet izni, ailenin bir arada yaşamasına olanak sağlamak amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Bir kimsenin ailesi ile birlikte yaşadığı yerde yerleşmek niyetinde olduğu düşünülebilir.

Doktrinde de benzer şekilde insan ticareti mağduru ikamet izni sahibi yabancıların Türkiye’de yerleşim yeri sahibi olamadıkları gibi mutad meskenlerinin de olamayacağı, uzun dönem, aile ve öğrenci ikamet izni sahibi yabancıların HMK m. 6 anlamında Türkiye’de ikamet sahibi oldukları belirtilmektedir (DOĞAN, Yıl: 2015 s. 58-59).

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında (Yarg. 2. HD, T. 10.05.2011, E. 2010/4537, K. 2011/8105, bkz. ÇİÇEKLİ, Yıl: 2014 s. 122-124)“... Dosyaya sunulan belgelerden, davacının 6.11.2008 tarihi ile 6.11.2010 tarihleri arasında iki yıl süreli yabancılar mahsus ikamet tezkeresiyle Türkiye’de bulunduğu anlaşılmaktadır. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununa göre, Türkiye’de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli ikamet tezkeresi almış olan yabancıların Genel Müdürlükçe “Yabancılar Kütüğüne” kaydedilmeleri (Nüfus Hizmetleri Kanunu m.

8/1 hükmü 2013 yılında değişikliğe uğramış ve artık Türkiye’de herhangi bir amaçla en az doksan gün süreli ikamet izni alan yabancılar, Genel Müdürlükçe yabancılar kütüğüne kaydedilmektedir) (m. 8/1) ve yerleşim yeri adreslerinin bu kütüğe işlenmesi, bu Kanuna dayanılarak çıkarılan 15.8.2007 tarihinde yürürlüğe konulan “Adres Kayıt Sistemi Yönetmeliğine” göre de, bu durumda olan yabancıların yerleşim yeri ve diğer adres bilgilerinin elektronik ortamda tutulması zorunludur (Yönetmelik md. 10). O halde, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünden, davacının “yabancılar kütüğünde” kaydının olup olmadığı ve aynı kütükte dava tarihi itibarıyla Türkiye’deki yerleşim yeri adresiyle ilgili bir bilginin bulunup bulunmadığı tespit edilmeli, kişilerin adres beyan formundaki bildirimlerini aksi sabit oluncaya kadar geçerli (Yönetmelik md. 13/1) olacağı da dikkate alınmalı, bu ve tarafların gösterdiği tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir...” ifadelerine yer vermiştir.

Kararın karşı oy yazısında ise, “... Türk hukukuna göre, “yerleşim yeri” bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir (TMK md. 19/1). Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz (TMK m. 19/2).

Bir kimse için, Türkiye’deki yerleşim yerinin mevcut olup olmadığı konusunda sübjektif ve objektif unsurların bir arada gerçekleşmiş olması gereklidir. Sübjektif unsur “yerleşme niyeti” objektif unsur “sürekli olarak oturma”dır. Bir yabancı, sürekli Türkiye’de oturmakta, yani objektif unsur gerçekleşmiş olsa bile; sübjektif unsur (yerleşme niyeti) oluşmamışsa; o kişinin Türkiye’de yerleşim yerinin mevcut olduğundan söz edilemez. Yerleşme niyetinin araştırılmasında; yabancı kişinin Türkiye’de ikamet tezkeresine –uzun süreli bile olsa- sahip olması yetmez. Yabancı kişinin Türkiye’de ikamet tezkeresinde gösterilen adresinin bulunduğu yeri “ekonomik ve sosyal olarak yaşamının odağı” haline getirmiş olup olmadığına bakılacaktır. Öğretide ikamet tezkeresinin yerleşim yerine karine bile teşkil etmediği savunulmaktadır. Düşünceme göre de böyledir....” ifadelerine yer verilmiştir. Biz karşı oy yazısına katılmaktayız.

Yargıtay bir kararında, bir yabancının Türkiye’de Türk Kanunlarının mümkün gördüğü oranda ticaretle uğraşmasını Türkiye’de yerleşme niyetinin varlığı için yeterli sebep olarak görmemiştir. Karara göre (Yarg. 2. HD T. 21.02.1977 E. ve K. 1136/1490 (İKİD, Yıl: 1977 s. 5505-5506) naklen OĞUZMAN vd., Yıl: 2012 s. 135); “... adı geçeninin tüm davranışlarıyla böyle bir niyet taşıdığıının gerçekleşmesi zorunludur. Davacılar gerçekten İzmir’de yerleşme niyetinde olsalardı, 403 sayılı Vatandaşlık Kanunu’nun 6. maddesinin (c) ve (f) bentleri gereğince vatandaşlığa alınmaları yolunda girişimlerde bulunmaları mantıklı olurdu. Bu tür eylemlerin varlığı iddia ve ispat olunmamıştır...”. Kanaatimizce yabancıların yerleşim yeri edinmelerinin Türk vatandaşlığı kazanmalarına veya en azından bunun için girişimlerde bulunmalarına bağlı görmek doğru değildir. Bir yabancının Türkiye’de yerleşim yeri tesis etmesine TMK açısından bir engel olmadığı ve sürekli kalma niyetinin vatandaşlığa bağlı olmadığı doktrinde haklı olarak ifade edilmektedir (ÇİÇEKLİ, Yıl: 2005 s. 256-257; EKŞİ, Yıl: 2000 (a) s. 94; OĞUZMAN vd., Yıl: 2012 s. 135. Doktrinde TMK’deki yerleşim yeri tanımının sadece iç hukuk düşünülerek yapılması nedeniyle, devletler özel hukuku açısından yetersiz kaldığı belirtilmiş ve devletler özel hukukunda özel bir yerleşim yeri kavramının getirilmesi ileri sürülmüştür, bkz. GÖĞER, Yıl: 1969 s. 245).

Bir kimsenin önceki yerleşim yeri belli değilse ya da yabancı ülkedeki yerleşim yerini bırakıp, Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş ise hâlen oturduğu yer, o kişinin yerleşim yeri sayılacaktır (TMK m. 20/2). Bu nedenle, bir yabancı, yabancı ülkedeki yerleşim yerini bırakmış ancak Türkiye’de de henüz bir yerleşim yeri edinmemişse, örneğin kısa süreli ikâmet iznine sahipse, bu kimsenin oturduğu yer (ikâmet izninde yazan yer) o kimsenin kanundan (TMK’den) dolayı yerleşim yeri sayılacaktır. Bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için, kişinin önceki yerleşim yerinin belli olmaması ya da kişinin yabancı ülkedeki yerleşim yerinin bırakılması gerekir. Bu şartlar gerçekleşmemişse, bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır. Bu durumda, kişinin Türkiye’de yerleşim yeri olmayacaktır.

Bu kapsamda mültecilerin durumunun incelenmesi gerekir. Mültecilerin Hukukî Durumuna Dair Sözleşme gereğince, “*Her Taraf Devlet, ülkesinde yasal olarak ikamet eden mültecilere, genel olarak aynı koşullardaki yabancılara yönetmeliklerce sağlanan, toprakları üzerinde ikamet edeceği yeri seçme ve özgürce seyahat etme hakkını tanıyacaktır*” (Sözleşme m. 26).

Değişik ülkelerden kaçak gelen veya pasaportla Türkiye’ye gelerek yabancı ülkelere birine gönderilmek veya Türkiye’de kalmak isteği ile iltica hakkı talebinde bulunan yabancı kişilerin haklarında yapılan işlem sonuçlanıncaya kadar geçecek süre içerisinde geçici olarak barındırılmaları için mülteci misafirhaneleri yapılmıştır (Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği (RG 29.04.1983, RG Sayı: 18032) m. 1). Misafirhaneye kabul edilen mültecilere “*İlticası tetkik edilen mülteci*” sıfatıyla ikâmet tezkeresi verilmektedir (Mülteci Misafirhaneleri Yönetmeliği m. 24). Mültecilerin ikâmet tezkeresinde yazan yer onların yerleşim yeridir. Her ne kadar bu kişiler geçici olarak Türkiye’de bulunsalar ve yerleşme niyetleri olmasa da bu kimselerin önceki yerleşim yerleri ya belli değildir ya da yabancı ülkedeki yerleşim yerini bırakıp, Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş kişi statüsünde kabul edilmelilerdir. Bu durumdaki kimselerin yerleşim yeri hâlen oturdukları yer olacağından, ikâmet tezkerelerinde yazan yer onların yerleşim yeri olarak kabul edilebilecektir (TMK m. 20/2 gereğince).

Şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi kişiye (Ülkesini terk ederek diğer ülkelere giden ve sığınma talep eden yabancılara sağlanan dört çeşit uluslararası koruma statüsü vardır. Bunlar mülteci, sığınmacı, ikincil koruma ve geçici koruma statüsüdür. İlk üç uluslararası koruma statüsü bireyselken, geçici koruma statüsü kitlesel akınla veya kitlesel akın döneminde bireysel gelenlere sağlanmaktadır. Geçici koruma statüsü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Yıl: 2014, s. 65-89), Göç İdaresi Genel Müdürlüğünce, kamu düzeni veya kamu güvenliği nedeniyle belirli bir ilde ikâmet etme, belirlenen süre ve usullerle bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilebilir. Bu kişiler, adres kayıt sistemine kayıt yaptırmak ve ikâmet adresini valiliğe bildirmekle yükümlüdür (YUKK m. 82).

Kanaatimizce şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibinin valiliğe bildirdiği adres, TMK m. 20/2 gereğince onların yerleşim yeridir.

3.1.1.3. Davalı Tüzel Kişi

3.1.1.3.1. Türk Hukukuna Göre Kurulan Tüzel Kişiler

Türk Hukuk düzeninde ortak bir amacın sürekli olarak gerçekleşmesini sağlayacak örgütlenmeye sahip kişi veya mal toplulukları bulunmaktadır. Bu kişi ve mal topluluklarına, birleşen kişilerden veya malı tahsis eden kişiden bağımsız bir kişilik tanınmıştır. İşte bu tür kişi veya mal topluluklarına tüzel kişiler (hükmî şahıslar) denilmektedir (AKINTÜRK ve ATEŞ-KARAMAN, Yıl: 2014 s. 179; OĞUZMAN vd., Yıl: 2014 s. 246. Benzer yönde, DURAL ve ÖĞÜZ, Yıl: 2014 s. 209 vd.).

Tüzel kişilerin de bir tâbiyeti bulunmaktadır. Tüzel kişiliğin tâbiyeti konusunda karşılaştırmalı hukukta çeşitli kriterler (Tüzel kişilerin tâbiyetlerinin tespitinde kurucularının vatandaşlığını esas alan sistem, sermayenin bulunduğu yer sistemi, kuruluş yeri sistemi, merkez yeri sistemi, kontrol yeri sistemi gibi çeşitli sistemler kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ANSAY, Yıl: 1970 s. 63 vd.; AYGÜL, Yıl: 2007 s. 21 vd.; DOĞAN, Yıl: 2014 s. 213 vd.; GÜNGÖR, Yıl: 2014 s. 199 vd.; MOROĞLU, Yıl: 2002 s. 414 vd; G. TEKİNALP, Yıl: 1973 s. 558 vd.; G. TEKİNALP, Yıl: 2001 s. 909 vd.) kabul edilmiştir. Türk Hukuku'nda konuyu düzenleyen genel bir hüküm olmadığı için (Tüzel kişilerin tâbiyetine yönelik hükümlerin yer aldığını söyleyebileceğimiz Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Munkasim Şirketler ile Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanunu Muvakkat 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Söz konusu Kanun'da konuya yönelik açık bir hüküm yer almamakla birlikte, Kanunun 15'inci maddesinde “yabancı ülkede kurulmak” ifadesi kullanıldığı için, yabancı ülkelerde kurulan şirketlerin Türk

şirketi olamayacağı sonucu çıkarılmaktaydı, bkz. DOĞAN, Yıl: 2014 s. 217, dipnot 3), çeşitli kanunlardan (Çeşitli kanunlar açısından Türk tâbiyetindeki şirketlerin belirlenmesi konusunda bkz. GÜNGÖR, Yıl: 2014 s. 204 vd.) hareketle tüzel kişilerin tâbiyeti belirlenmektedir. Bir başka ifadeyle, örneğin ticari işletmenin tâbiyetinin belirlenebilmesi TTK kapsamında, derneklerin tâbiyetinin belirlenilmesi Dernekler Kanunu (RG T. 23.11.2004, RG Sayı: 25649) (DK) kapsamında cevaplanan bir konudur. Konu hangi mevzuat açısından gündeme geliyorsa, tüzel kişinin tâbiyeti de o mevzuata göre belirlenmektedir.

Doktrinde ticari işletmenin tâbiyetinde dikkate alınan hükmün TTK'nin 40'ıncı maddesi olduğu belirtilmiştir (DOĞAN, Yıl: 2014 s. 217; GÜNGÖR, Yıl: 2014 s. 208-209. İşletme merkezi ve idare merkezi kriterlerinin kesin çizgilerle ayrılamayacağı, işletme kavramının bir üst kavramı; idare merkezinin ise bu üst kavramın altında yer alan organizasyonu ifade ettiği; bu kavramın farklı merkezleri ifade edemeyeceği konusunda bkz. G. TEKİNALP, Yıl: 1973 s. 570). TTK m. 40'a göre;

“(1) Her tacir, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren onbeş gün içinde, ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirir.

(2) Her tacir kullanacağı ticaret unvanını ve bunun altına atacağı imzayı notere onaylattırdıktan sonra sicil müdürlüğüne verir. Tacir tüzel kişi ise, unvanla birlikte onun adına imzaya yetkili kimselerin imzaları da notere onaylatılarak sicil müdürlüğüne verilir.

(3) Merkezi Türkiye’de bulunan ticari işletmelerin şubeleri de bulundukları yerin ticaret siciline tescil ve ilan olunur. Ticaret unvanına ve imza örneklerine ilişkin birinci ve ikinci fıkra hükümleri bu işletmelere de uygulanır. Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça merkezin bağlı olduğu sicile geçirilen kayıtlar şubenin bağlı

bulunduğu sicile de tescil olunur. Ancak, bu hususta şubenin bulunduğu yer sicil müdürlüğünün ayrı bir inceleme zorunluluğu yoktur.

(4) Merkezleri Türkiye dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubeleri, kendi ülkelerinin kanunlarının ticaret unvanına ilişkin hükümleri saklı kalmak şartıyla, yerli ticari işletmeler gibi tescil olunur. Bu şubeler için yerleşim yeri Türkiye'de bulunan tam yetkili bir ticari mümessil atanır. Ticari işletmenin birden çok şubesi varsa, ilk şubenin tescilinden sonra açılacak şubeler yerli ticari işletmelerin şubeleri gibi tescil olunur”.

Ayrıca TTK m. 48/3 uyarınca; “(3) Merkezi yabancı ülkede bulunan bir işletmenin Türkiye'deki şubesinin ticaret unvanında, merkezin ve şubenin bulunduğu yerlerin ve şube olduğunun gösterilmesi şarttır”.

Bahsi geçen hükümlerde TTK'nin “merkezi Türkiye dışında bulunan” ibaresini kullandığı görülmektedir. TTK'nin bu hükümlerinden hareketle Türkiye'de kurulmuş ve idare merkezi (İş yönetim merkezinin tüzel kişinin yerleşim yeri olduğu konusunda bkz. ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 80) Türkiye'de olan ticari işletmeler Türk tabiiyetinde kabul edilmektedir (ANSAY, Yıl: 1970 s. 108; DOĞAN, Yıl: 2014 s. 217; TEKİNALP, Yıl: 1973 s. 919).

Doktrinde bir başka görüş ise, tüzel kişilerin ehliyetine uygulanacak hukukun onların tâbiyetini de belirleyeceğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre MÖHUK m. 9'a göre tüzel kişilerin tâbiyeti belirlenecektir (ERDEM, Yıl: 2013 s. 25; ÖZDEN, Yıl: 1999 s. 33). Bu durumda yine idare merkezi kriteri tüzel kişilerin tâbiyetini belirlemede kullanılan ölçüt olacaktır.

Dernekler açısından da Türkiye'de kurulan ve idare merkezleri Türkiye'de olan derneklerin, Türk dernekleri olduğu kabul edilmektedir (DOĞAN, Yıl: 2014 s. 218-219; GÜNGÖR, Yıl: 2014 s. 212). Vakıflar açısından da aynı esas kabul edilmektedir (GÜNGÖR, Yıl: 2014 s. 213-214).

3.1.1.3.2. Yabancı Hukuka Göre Kurulan Tüzel Kişiler

Yukarıda belirlediğimiz esaslar doğrultusunda bir tüzel kişi eğer Türk tâbiyetinde olan bir tüzel kişi değilse, yabancı tüzel kişi olacaktır. Bu kapsamda, örneğin yurt dışında kurulmuş ve idare merkezi yurt dışında olan bir ticaret şirketi, yabancı ticaret şirketi olacaktır.

3.1.1.4. Davalı Tüzel Kişinin Yerleşim Yeri

3.1.1.4.1. Türk Hukukuna Göre Kurulan Tüzel Kişiler Açısından

Tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi bir yerleşim yeri edinmek zorunlardır. Tüzel kişilerin yerleşim yeri kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça (Örneğin, dernek tüzüğünde ya da vakıf senedinde tüzel kişinin yerleşim yeri olarak başka bir yer belirtilmiş olabilir, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2012 s. 260) işlerinin yönetildiği yerdir (TMK m. 51). Bir başka ifadeyle, tüzel kişilerin yerleşim yeri; bütün iş ilişkilerinin toplandığı, üçüncü şahıslar ile ilişkiye girilmesi ve işlevlerde bulunulabilmesi açısından zorunlu olan kararların alındığı ve yerine getirildiği yerdir (ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 78-79). Yine, tüzel kişinin yerleşim yeri dış ilişkilerine, teşkilatına ve amacına göre tüzel kişinin sürekli merkezi olarak görülen yerdir (TUNÇOMAĞ, Yıl: 1961 s. 182). Doktrinde, tüzel kişinin işlerinin yönetildiği yer ile günlük yönetim işlerinin görüldüğü yerin kastedildiği belirtilmektedir (DURAL ve ÖĞÜZ, Yıl: 2014 s. 261; EGGER, Yıl: 1947 Art.56, N.10; ÖZSUNAY, Yıl: 1987 86. Doktrinde, tüzel kişinin şubesi bulunsa dahi, asıl yerleşim yerinin kuruluş belgesinde gösterilmiş olan yer, eğer kuruluş belgesinde bu bilgiye yer verilmemişse, yerleşim yeri gösterilinceye kadar işlerini yönettiği yer olduğu belirtilmiştir, bkz. DURAL ve ÖĞÜZ, Yıl: 2014 s. 261; ÖZUĞUR, Yıl: 2003 s. 116; ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 79).

Türk Medeni Kanunu m. 51'in ifadesinden tüzel kişinin esas yerleşim yerinin işlerinin yönetildiği yer olduğu anlamı çıkmaktadır. Ancak bu yer ikincil bir unsur

olarak değerlendirilir. Zira, tüzel kişinin ana statüsünde yerleşim yerinin belirtilmesi kanunla getirilmiş olan bir zorunluluk olduğundan (Türk Hukuku'nda anonim şirketler esas sözleşmelerinde (TTK m. 339/2-a), limited şirketler (TTK m. 576/1-a), kollektif şirketler (TTK m. 213/1-c) ve komandit şirketler (TTK m. 305 yollamasıyla m. 213/1-c) şirket sözleşmesinde şirketin merkezini belirtmek zorundadır. Aynı şekilde kooperatifler de ana sözleşmelerinde kooperatifin merkezini belirtmek zorundadır (Kooperatifler Kanunu [RG T. 10.05.1969, RG Sayı:13195] m. 3/3). Dernekler, Dernekler Kanunu m.4/a uyarınca dernek tüzüğünde dernek merkezini; yine vakıflar vakıf senedinde vakfın yerleşim yerini belirtmek zorundadır (Vakıflar Kanunu m. 106)). TMK m. 51'in uygulama alanı oldukça daralmıştır (DURAL ve ÖĞÜZ, Yıl: 2014 s. 261-262; VARDAR-HAMAMCIOĞLU, Yıl: 2009 s. 122. Benzer yönde, ÖZSUNAY, Yıl: 1982, s. 86 vd). TMK m.51, kuruluş belgesinde yerleşim yerlerinin belirtilmemiş olması hâlinde, bu eksiklik tamamlanıncaya kadar veya tamamlanmadığı sürece uygulama alanı bulacak ve böylece kişiler hukukunda kabul edilen “yerleşim yerinin zorunluluğu ilkesi” açısından önemli bir işlevi yerine getirecektir (TMK m. 51 Gerekçe).

Tüzel kişinin merkezi denildiğinde bu yer kural olarak idare merkezi olarak anlaşılmaktadır. Tüzel kişinin merkezi, idare merkezi ve yerleşim yeri kural olarak statülerinde gösterilen yerdir. Bu yerlerin fiilen farklı yerlerde olması hâlinde, bir başka ifadeyle statüsünde gösterilen yer ile (merkezi), gerçek idare merkezinin (örneğin tüzel kişinin genel kurulunun, yönetim kurulunun toplanıp çalıştığı, kararlar aldığı yer TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 93) farklı yerlerde olması hâlinde hangisinin tüzel kişinin merkezi olarak değerlendirileceği konusunda açıklık sağlanmalıdır. Doktrinde bu konuda fikir birliği yoktur. Bir görüş (EGGER, Yıl: 1947 Art. 56, N.9; TUNÇOMAĞ, Yıl: 1961, s. 181. VARDAR-HAMAMCIOĞLU ise, fiili idare merkezi-yerleşim yeri ayrımına girmeksizin, tüzel kişinin en üst yönetimin bulunduğu yer (genel kurulun ya da yönetim kurulunun işleri yönettiği yer) ile günlük işlerin yönetildiği yerin farklı yerlerde olmaları hâlinde tüzel kişinin günlük işlerinin yönetildiği yerin onun yerleşim yeri sayılacağını belirtmiştir, (Yıl: 2009 s. 122). Benzer yönde, ÖZSUNAY, Yıl: 1982 s.

86), tüzel kişinin kuruluş belgesinde bir yerin tüzel kişinin merkezi olarak gösterilmesi hâlinde -o yer tüzel kişinin idare merkezi olmasa dahi- o yerin tüzel kişinin yerleşim yeri olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Diğer görüş ise, fiilî idare merkezinin tüzel kişiler için yerleşim yeri sayılmasının kanunî bir varsayıma dayandığını ve fiilî idare merkezinin tüzel kişinin itibari yerleşim yeri (Kanunun bir kişi için yerleşim yeri saydığı yere itibari/saymaca/varsayılan/farazi yerleşim yeri denilmektedir, bkz. ARPACI, Yıl: 2000 s. 84; OĞUZMAN vd., Yıl: 2014 s. 135-136; VARDAR-HAMAMCIOĞLU, Yıl: 2009 s. 101-102).sayılması gerektiğini savunmaktadır (ARPACI, Yıl: 2000 s.101). Kanaatimizce fiilî idare merkezi ile ana sözleşmede merkez olarak gösterilen yerin farklı olması hâlinde yerleşim yeri olarak fiilî idare merkezinin dikkate alınması gerekir. Zira, kanunda fiilî idare merkezi ile ana sözleşmede gösterilen merkezin aynı yer olması esası üzerinden hareket edildiği kanısındayız. Bu yerlerin farklı olması hâlinde de Kanun'un lafzına sıkı sıkıya bağlı kalmak yerine, amaçsal yorum yapılarak fiilî idare merkezinin tüzel kişinin yerleşim yeri olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Yerleşim yerine yüklenen hukukî anlamlar düşünüldüğünde ana sözleşmede “merkez” olarak gösterilen göstermelik bir yere önem vermenin, hukuken sakıncalı sonuçlar doğurabilecektir. Nitekim, Avrupa Birliği Hukuku'nda (Brüksel I Tüzüğü (m. 60) ve Brüksel Recast I Tüzüğü (m. 63) kapsamında tüzel kişinin yerleşim yeri olarak gerçek idare merkezinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir) da tüzel kişilerin yerleşim yeri olarak gerçek idare merkezi kriteri esas alınmaktadır.

İsviçre Hukuku'nda da ise, tüzel kişilerin merkezlerinde ikâmet ettikleri; şirketin merkezinin kuruluş belgesinde veya şirket sözleşmesinde gösterilen yer olduğu; burada bir belirleme yapılmamışsa, esas idare merkezinin şirketin merkezi olarak kabul edileceği belirtilmiştir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 21).

Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamamakla birlikte, bu kural ticari ve sınai kuruluşlar hakkında uygulanmaz (TMK m. 19/3 hükmünün yerleşim yerinin tekliği ilkesinin istisnası olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu

tartışmalar için bkz. TUNÇOMAĞ, Yıl: 1961 s. 162 vd.; VARDAR-HAMAMCIOĞLU, Yıl: 2009 s. 47 vd. (TMK m. 19/3)).

3.1.1.4.2. Yabancı Hukuka Göre Kurulan Tüzel Kişiler Açısından

Yabancı tüzel kişilerin yerleşim yerlerinin vasıflanırılması yine lex fori'ye göre yapılacağından yabancı tüzel kişilerin yerleşim yeri de kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yer olacaktır (TMK m. 51).

3.1.1.5. Davalıların Birden Fazla Olması Durumunda Genel Yetkili Mahkeme

3.1.1.5.1. Genel Olarak

Davalıların birden fazla olması hâlinde yetkili mahkeme HMK m. 7'de;

“(1) Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır.

(2) Birden fazla davalının bulunduğu hâllerde, davanın, davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verir” şeklinde düzenlenmiştir. HMK m. 7'nin gerekçesinde (Hükümet Gerekçesi için bkz. KURU vd. Yıl: 2013 s. 64, dipnot 11. Aynı yönde KIRMIZI, s. 56) “... davaya, ancak o yer mahkemesinde bakılır...” denilerek ortak yetkili mahkemenin yetkisi kesin yetki hâline getirilmiştir.

Davalıların birden fazla olması hâlinde genel yetkili mahkeme bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesi olacaktır. Bu konuda vatandaş-yabancı ayrımı

yapılmamıştır. Örneğin, bir yabancı ve bir Türk vatandaşının bir davada davalı sıfatına sahip olması durumunda, taraflardan sadece birinin Türkiye’de yerleşim yeri bulunuyorsa, söz konusu uyuşmazlık yerleşim yeri bulunan davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir.

3.1.1.5.2. İstisnalar

Kural olarak davalıların birden fazla olması hâlinde genel yetkili mahkeme (KIRMIZI, Yıl: 2012 s. 56; KURU vd. Yıl: 2014 s. 134) davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Ancak birden fazla davalıya karşı taraflardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açılmasının bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu istisnalar;

- a) Ortak yetkili mahkemenin bulunması,
- b) Davanın sadece davalılardan birini kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açılmasıdır.

3.1.1.5.2.1. Ortak Yetkili Mahkemenin Bulunması

Dava sebebine göre davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkemenin olması hâlinde, davaya ortak yetkili mahkemede bakılacaktır (HMK m. 7/1). Bu durumda artık davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinin genel yetkili olması söz konusu olmayacaktır. Örneğin, bir haksız fiilin birden fazla kişi tarafından işlenmesi hâlinde bu kişilere karşı açılacak tazminat davası (TBK m. 49 vd.) haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimâlinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesidir (KARSLI, Yıl: 2014 s. 217; KİRAZ, Yıl: 2012 s. 7; KURU, Yıl: 2001 s. 420; KURU vd. Yıl: 2014 s. 135; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 166; UMAR, Yıl: 2014 s. 37; YILMAZ, Yıl: 2013 s. 111) (HMK m. 16).

Zilyetliğe gasp ve saldırı hâlinde açılacak tazminat davaları da temelinde haksız fiil sorumluluğuna dayanan davalardır. Bu nedenle zilyetliğe gasp ve saldırıda bulunan kişilere karşı açılacak tazminat davalarında davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesi genel yetkili mahkeme değildir. Zira, söz konusu uyuşmazlık hakkında ortak yetkili mahkeme (HMK m. 16 uyarınca) bulunmaktadır.

3.1.1.5.2.2. Davanın Sadece Davalılardan Birini Kendi Mahkemesinden Başka Bir Mahkemeye Getirmek Amacıyla Açılması

Davalıların birden fazla olması hâlinde davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinin genel yetkili mahkeme olduğu kuralının ikinci istisnasını, davanın sadece davalılardan birini kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açılması oluşturmaktadır. Bu durumun deliller veya belirtilerle anlaşılması gerekmektedir.

Davanın sadece davalılardan birini kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açılması dürüstlük kuralına (TMK m. 2 ve HMK m. 29/1 (Medeni usul hukukundaki dürüstlük kuralı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, Yıl: 1989 s. 1 vd.)) aykırıdır. Bu nedenle böylesi bir düzenlemenin HMK’de yer alması isabetlidir.

Hâkim, davacının kötü niyetli hareketini kendiliğinden dikkate alamayacaktır. Bunun için ilgili davalının yetki itirazında (HMK m. 116/1-a) bulunması gerekmektedir. Bu durumda hâkim, itiraz eden davalı hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verecektir (HMK m. 7/2’nin temelinde Anayasa m. 37’de düzenlenen “(1) Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. (2) Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz” hükmünün yer aldığı konusunda bkz. KURU vd. Yıl: 2014 s. 135) (HMK m. 7/2).

3.1.2. Türkiye’de Yerleşim Yerin Bulunmaması Hâlinde Genel Yetkili

Mahkeme

Türkiye’de bulunan herkesin Türkiye’de bir yerleşim yerine sahip olduğu söylenemeyecektir. Bu nedenle, Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanların da varlığı dikkate alınmış ve HMK’de bu kişiler için genel yetkili bir mahkeme tespit edilmiştir.

Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme HMK m. 9’da düzenlenmiştir. İlgili hükme göre;

“(1) Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir”.

Belirtmek gerekir ki, Türkiye’de yerleşim yeri olmayan kimsenin yabancı olması gerektiği gibi bir yanılgıya düşülmemelidir. Zira, Kanun’da vatandaşlığa yönelik bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle, Türkiye’de yerleşim yeri olmayan Türk vatandaşları da bu maddeye dayanarak dava açabileceklerdir.

Mutad mesken kavramı milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku kapsamında farklı anlamlara sahip olabilmektedir. Bu nedenle kavramın her iki hukuk dalı açısından da neyi ifade ettiğinin üzerinde durulmalıdır.

3.1.2.1. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Mutad Mesken

3.1.2.1.1. Gerçek Kişiler Açısından

Sadece iç hukuktaki kanunlarda değil, uluslararası sözleşmelerde (Mutad meskenin bağlama noktası olarak kullanıldığı Avrupa Birliği Hukuku mevzuatı ve bazı La Haye Konvansiyonları için bkz. ROGERSON, Yıl: 2000 s. 86 vd. (örneğin La Haye Konvansiyonları)) de bağlama noktası olarak kullanılan mutad mesken kavramının tanımına, Türk kanunlarında yer verilmemiştir. Benzer şekilde bu kavramın tanımı Alman, İngiliz, Amerikan Hukuk'larında da düzenlenmemiştir. Böylelikle fiilî bir kavram olan mutad meskenin tanımı doktrine (Mutad mesken kavramının tanımının kanunlarda yer almamasının bilinçli olduğu, böylece yerleşim yeri ve tâbiyetteki katılığa alternatif olarak kullanılmasının sağlanacağı ifade edilmektedir, bkz. DICEY/MORRIS, Yıl: 1993 s. 162. Ayrıca mutad meskenin kanunî bir kavram olmayıp fiilî kavram olmasından dolayı, kanunî kalıplara bağlı kalınmamasının faydalı olacağı belirtilmiştir, bkz. FAWCETT/CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 185 vd.) bırakılmıştır. İsviçre Hukuku'nda ise mutad mesken, gerçek kişinin süresi önceden sınırlanmış olsa bile, belirli bir süre yaşadığı ülke olarak Kanun'da tanımlanmıştır (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 20/1-b). Bu nedenle mutad mesken kavramı İsviçre Hukuku'nda kanunî bir kavramdır.

Doktrinde genel olarak mutad mesken, bir kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer veya ülke (NOMER, Yıl: 2015 s. 120), kişinin aktüel menfaatlerinin merkezi (ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 33), fiilen oturulan yer (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 188; ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 82), kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olan yer (SARCEVIC ve VOLKEN, Yıl: 2004 s. 108; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 68. Benzer yönde, ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 38), kişinin yaşamını sürdürdüğü, maddî ve şahsi bağlantılarının kurulmuş olduğu, kişinin mutaden oturduğu, yaşadığı yer (AKINCI ve DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2010 s. 215) şeklinde ifade edilmektedir.

Bir yerin mutad mesken olarak değerlendirilebilmesi için iki şartın gerçekleşmesine ihtiyaç vardır. Bunlardan ilki, fiilî oturmaktır. Ancak fiilî oturma tek başına mutad meskenin varlığı için yeterli değildir. Bu oturmanın kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olmasını sağlayacak şekilde yoğun olması gerekir (ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 38. Benzer yönde, ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 33; TEKİNALP, Yıl: 1979, s. 896. Alman Hukuku'nda altı aylık oturma mutad meskenin tayini için yeterli kabul edilmiştir, bkz. ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 33-34). Zira, mutad mesken geçici bir bulunma yerini ifade etmez. Aksine mutad meskenin, devamlılık göstermesi ve ilgilinin sosyal ve ekonomik ilişkilerini mutad mesken olarak nitelendirilen yerde gerçekleştirmesine yetecek uzunlukta olması gerekmektedir (DOĞAN, Yıl: 2015 s. 175; EKŞİ, Yıl: 2000 (a) s. 91-92; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 38; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 68. Benzer yönde, ARSLAN, Yıl: 2014 s. 94 vd.; ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 82). Ancak yerleşim yerinin tespitinde aranan yerleşme niyeti mutad meskende aranmamaktadır (COLLIER, Yıl: 2002 s. 56; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 175-176; ROGERSON, Yıl: 2000 s. 93. Bir kimsenin bir ülkede mutad meskeni olmak zorunda değildir. Örneğin, bir kişi mevcut mutad meskenin terk etmekle birlikte, gittiği ülkede mutad mesken edinmemiş ise, bu kişinin mutad meskeni bulunmamaktadır, bkz. FAWCETT ve CARRUTHERS, Yıl: 2008 s. 186). Bu nedenle yabancıların yerleşme niyetinin yokluğundan (Uzun dönem ikamet izni konusundaki istisnaya dikkat edilmelidir) dolayı ikamet tezkeresinde yazan yerin yerleşim yeri olarak değerlendirilmeye müsait olmaması halinde, bu yer mutad mesken olarak değerlendirilebilecektir.

Belirtmek gerekir ki, mutad meskende oturma süresinden çok, niteliği önemlidir (ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 33. Benzer yönde, EKŞİ, Yıl: 2000 (a) s. 92; NOMER, Yıl: 2015 s. 120. Doktrinde örneğin, Almanya'da sürdürmekte olduğu üniversite eğitimi sonunda ikâmet ettiği Türkiye'ye dönme niyetinde olan bir kimsenin, eğitim için Almanya'da ne kadar süre kaldığının önemi olmaksızın, eğitim süresince mutad meskeninin Türkiye olduğu; bir suç nedeniyle uzun yıllar Türkiye'de bir hapishanede kalan bir Alman turistin hapiste kaldığı süre içinde, mutad meskeninin Türkiye değil, Almanya olduğu ifade edilmektedir, bkz. NOMER,

Yıl: 2015 s. 121). Bu açıdan kişi bir yerde kısa süreli oturmuş olsa da şayet o yerin kişinin hayat ilişkilerinin merkezi haline geldiği kabul edilebilecek ise, söz konusu yer, mutad mesken olarak değerlendirilebilecektir.

Türk Hukuku'nda yerleşim yerinin tekliği ilkesi benimsenmiştir. Ancak mutad mesken için kanunlarda böyle bir düzenleme yer almamaktadır. Doktrinde bir kişinin bir tane mutad meskeni olması gerektiği belirtilmektedir (ARSLAN, Yıl: 2014 s. 92; COLLIER, Yıl: 2002 s. 56; ÖZKAN, Yıl: 2003 s. 35; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2011 s. 68. Aksi görüş için bkz. ROGERSON, Yıl: 2000 s. 105. Birden fazla mutad meskenin varlığının kabul edilmesi halinde, uygulanacak hukuk konusunda yaşanabilecek sıkıntılar için bkz. ARSLAN, Yıl: 2014 s. 91 vd.).

Bir kimse mutad meskenini kendi iradesi ile sona erdirebilmektedir. Örneğin, bir kimse mutad meskeninin bulunduğu yerden bir başka yere gitmesi halinde, mutad meskenini iradi olarak terk etmiş olabilecektir. Ancak bu kapsamda kısa süreli değişikliklerin dikkate alınmaması gerekir (ARSLAN, Yıl: 2014 s. 96-97).

Doktrinde mutad meskenin kaybının sadece iradi değil aynı zamanda bir mecburiyetten de ileri gelebileceği belirtilmektedir. Bu kapsamda bir kimsenin mutad meskenini terk iradesi olmadan bir başka yere gidip orada uzun süreli bir hapis cezasına çarptırılması hali örnek verilmektedir (ARSLAN, Yıl: 2014 s. 97-98).

3.1.2.1.2. Tüzel Kişiler Açısından

Tüzel kişilerin mutad meskeni olarak esas idare merkezinin esas alınması gerekir (NOMER, Yıl: 2015 s. 120; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Yıl: 2001 s. 56; TEKİNALP ve UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Yıl: 2008 s. 367. Benzer yönde, ACUN, Yıl: 2013 s. 126). Nitekim, Avrupa Birliği Hukuku'da da bazı Tüzükler'de tüzel kişilerin mutad meskeni ile esas idare merkezinin anlaşılması gerektiği

düzenlenmiştir. Örneğin, 593/2008 sayılı ve 17.6.2008 tarihli Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (OJ 04.07.2008 L 177). (Roma I Tüzüğü) m. 19/1’de tüzel kişiler, tüzel kişiliği olmayan ortaklıklar veya diğer topluluklar için, mutad mesken ile esas idare merkezlerinin anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir. Yine, aynı esas 864/2007 sayılı ve 11.7.2007 tarihli Sözleşme Dışı Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AT Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (OJ L 199, 31.7.2007). (Roma II Tüzüğü) m. 23/1 de de benimsenmiştir.

3.1.2.2. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Kapsamında Mutad Mesken

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda mutad mesken kavramına iki yerde yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden ilki Türkiye’de yerleşim yerinin bulunmaması hâlinde yetkili mahkemenin düzenlendiği HMK m. 9 iken, ikincisi ise, “*Teminat gösterilecek hâller*” başlıklı HMK m. 84’tür. İki maddede geçen mutad mesken kavramı ise farklı şekilde kullanılmıştır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 9’da kullanılan mutad mesken kavramının neyi ifade ettiği konusu Kanun’da ya da madde gerekçesinde (“*1086 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi ve 16 ncı madde hükümleri birlikte değerlendirilmiştir. Türkiye’de yerleşim yeri olmayanlar hakkında açılacak davalar için, mutad meskenlerinin bulunduğu yer mahkemesi, genel yetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir. Ancak diğer özel yetki kurallarına göre yetkili olabilen mahkeme varsa, onların yetkisi devam etmek kaydıyla, belirli bir malvarlığına ilişkin dava, o malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir. Bu maddede, davalının Türkiye’de son oturduğu yer ve Türkiye’de herhangi bir malı veya teminatı bulunuyorsa, dava konusu olmayan o malın veya teminatın bulunduğu yerin de yetkili olması kabul edilmemiştir. Böylelikle, Türk mahkemelerinin vermiş oldukları kararların, yabancı ülkelerde tanınması veya tenfizi gerektiğinde, “aşkın yetki” gerekçesiyle tanıma veya tenfiz talebinin reddi engellenmek istenmiştir*”, (HMK m. 9 Hükümet Gerekçesi, [bkz. KURU vd. Yıl: 2013 s. 65-66, dipnot 13])

tanımlanmamıştır. Bu kavramın tanımı doktrine bırakılmıştır. Doktrinde HMK m. 9’da geçen mutad mesken kavramının “*sakin olunan yer* (KURU vd. Yıl: 2014, s. 133. KARSILI ise HMK m. 9’da kullanılan mutad mesken kavramını, Türkiye’de oturulan yer olarak ifade etmektedir, bkz. KARSILI, Yıl: 2014 s. 215, “*herkesçe bilinen oturulan yer* [YILMAZ, Yıl: 2013 s. 672])” anlamında kullanıldığı; kişinin Türkiye’de konutu bulunmamasına rağmen, belirli bir otelde ya da belirli bir kampingteki çadırda ya da belirli bir marinadaki teknesinde kalması ve hayatın olağan akışı içinde orayı kendine gerçek anlamda mesken edinmiş olması halinde, burasının mutad mesken olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (YILMAZ, Yıl: 2013 s. 119-120. Doktrinde, mutad meskenin bulunma veya oturma yeri kavramlarına oranla daha güçlü bir bağlantı gerektirdiği, mutad mesken kavramının, bir kişinin belirli bir coğrafi alanda bağlantı kurması ve hayat ilişkilerinin o alanda yoğunlaşmış olması esasının arandığı belirtilmiştir, bkz. TANRIVER, Yıl: 2008 s. 639-640; TAŞ-KORKMAZ, Yıl: 2013 s. 1778. ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN Türkiye’de yerleşim yeri olmayan kişilere karşı açılacak davalarda yetkiyi düzenleyen hükümde mutad mesken kavramına ilişkin tanımın verilmemesini eleştirmektedir, bkz. ALANGOYA vd. Yıl: 2006 s. 20). Benzer şekilde objektif olarak algılanabilecek tarzda aynı yerde sürekli ve tekrar eden bir oturma aşışar olması gerektiği, tek bir defalık kalmadan söz edilemeyeceği de belirtilmektedir (KILIÇOĞLU, Yıl: 2012 s. 126).

Teminat konusunun düzenlendiği HMK m. 84’ün gerekçesinde ise, mutad mesken “*kişinin tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması* (KURU vd. Yıl: 2013 s. 133-134, dipnot 119)” şeklinde tarif edilmiştir.

Doktrinde gerekçedeki bu ifadeden hareketle, mutad meskenin artık yerleşmek niyeti ile orada yaşamaya başlamak durumunda ortaya çıkması ve bu durumun ise, eski yerleşim yerinin değişip yenisinin edinilmesi anlamına geldiği ileri sürülmüştür (UMAR, Yıl: 2006 s. 129).

3.2. Özel Yetkili Mahkemeler

3.2.1. Genel Olarak

Kanun koyucu bazı davalar için genel yetkili mahkemenin yanında özel yetkili mahkemenin yetkisini de düzenlemiştir. Bu durumda davacı davasını isterse genel yetkili mahkemede, isterse özel yetkili mahkemede açabilecektir. Özel yetkinin varlığı, genel yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmamaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda özel yetki konusu sırasıyla HMK m. 8'de *"Bir yerde geçici olarak oturanlara karşı açılacak davalarda yetki"*, HMK m. 9'da *"Türkiye'de yerleşim yerinin bulunmaması hâlinde yetki"* (HMK m. 9 uyarınca; *"(1) Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir"*). HMK m. 9 uyarınca özel yetkili mahkeme malvarlığına yönelik davalarda söz konusu olabilecektir), HMK m. 10'da *"Sözleşmeden doğan davalarda yetki"*, HMK m. 14'de *"Şubeler ve tüzel kişilerle ilgili davalarda yetki"* (HMK m. 14 uyarınca; *"(1) Bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. (2) Özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir"*). Şube ve tüzel kişilerle ilgili davalarda özel yetkili mahkeme sadece HMK m. 14/1 uyarınca söz konusu olacaktır. Zira HMK m. 14/2'de düzenlenen mahkemenin yetkisi kesin yetkidir.), HMK m. 15'de *"Sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda yetki"* (HMK m. 15 uyarınca; *"(1) Zarar sigortalarından doğan davalar, sigorta, bir taşınmaza veya niteliği gereği bir yerde sabit bulunması gereken yahut şart kılınan taşınıra ilişkinse, malın bulunduğu yerde; bir yerde sabit bulunması gerekmeyen veya şart kılınmayan bir taşınıra ilişkinse, rizikonun gerçekleştiği yerde de açılabilir. (2) Can sigortalarında, sigorta ettirenin,*

sigortalının veya lehtarın leh veya aleyhine açılacak davalarda onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir. (3) Bu hüküm deniz sigortalarından doğan davalarda uygulanmaz". Sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda özel yetkili mahkeme sadece HMK m. 15/1'in uygulama alanı bulması hâlinde söz konusu olacaktır. Zira HMK m. 15/2 can sigortalarına yönelik kesin yetkili mahkemeyi düzenlemiştir. Doktrinde "zarar sigortaları" ifadesinin "tazminat sigortaları" olarak, "can sigortaları" ifadesinin ise " meblağ sigortaları" olarak değiştirilmesi gerektiği belirtilmektedir, bkz. TANRIVER, Yıl: 2012 s. 18)", HMK m. 16'da "*Haksız fiilden doğan davalarda yetki*" başlıkları altında düzenlenen maddelerde yer almaktadır. Bunların dışında özel kanunlarda da yetkili mahkemeye ilişkin hükümler yer alabilir. Şayet özel kanunlarda düzenlenen yetkiye ilişkin hükümlerde kesin yetki söz konusu değilse, davacı bu yer mahkemesinde de davasını açabilecektir.

3.2.1.1. Bir Yerde Geçici Olarak Oturanlara Karşı Açılacak Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 8 uyarınca;

"Memur, işçi, öğrenci, asker gibi, bir yerde geçici olarak oturanlara karşı açılacak alacak veya taşınır mal davaları için, orada bulunmaları uzunca bir süre devam edebilecekse, bulundukları yer mahkemesi de yetkilidir".

Görüldüğü gibi, bir yerde geçici süre oturan kimselerin aslında oturdukları yer o kişiler için yerleşim yeri teşkil etmemektedir. Ancak bu kimselere karşı açılacak alacak ve taşınır mal davaları için Kanun Koyucu özel yetkili bir mahkeme tesis etmiştir. Kanun'da bir yerde geçici oturan kimseler sınırlı şekilde sayılmamıştır. Bir başka ifadeyle HMK m. 8 uyarınca davalı; memur, işçi, asker, öğrenci dışında bir kimse de olabilir. Örneğin sanatoryumda, cezaevinde kalan kişilere karşı da, orada bulunmaları uzunca bir süre devam etmişse, HMK m. 8 uyarınca bulundukları yerde dava açılabilir (KURU, Yıl: 2001 s. 479-780; KURU vd. Yıl: 2014 s. 141. Benzer yönde, KILIÇOĞLU, Yıl: 2012 s. 123; YILMAZ, Yıl: 2013 s. 116). Benzer şekilde milletvekillerine karşı da seçildikleri

dönem boyunca Ankara’da dava açılabilecektir (KILIÇOĞLU, Yıl: 2012 s. 123). Örneğin, kendisine karşı taşınır davası açılacak kimsenin, memur, işçi, asker ya da öğrenci gibi bir yerde geçici olarak bulunan bir kimse olması hâlinde, geçici olarak bulunma durumu uzun süre devam etmişse, bulundukları yer mahkemesinde de dava açılabilecek (HMK m. 8) ve böylelikle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 8 hükmü gerçek kişiler için uygulama alanı bulan bir hükümdür. Bir başka ifadeyle bu hüküm tüzel kişiler ve tüzel kişiliği bulunmayan kişi ve mal toplulukları için uygulama alanı bulmamaktadır (YILMAZ, Yıl: 2013 s. 117).

3.2.1.2. Malvarlığı Unsurunun Bulunduğu Yer Mahkemesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 9 hükmünün ikincisi cümlesi diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin davaların, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de (forum patrimonii) açılabileceğini düzenlemiştir (Alman Hukuku’nda da davalının Almanya’da malum ikâmetgâhı bulunmamasına rağmen malvarlığı bulunuyorsa, dava malvarlığının bulunduğu yer mahkemesinde açılabilmektedir (Alman Medeni Usul Kanunu § 23)). HMK m. 9 hükmü; “(1) Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir” şeklindedir. Bu düzenlemeye göre Türkiye’de davalının mutad meskeni bulunuyorsa, uyuşmazlık konusu malvarlığına ilişkin olmakla birlikte, uyuşmazlık konusu malvarlığı Türkiye’de bulunmasa dahi, dava davalının Türkiye’deki mutad meskeni mahkemesinde açılabilecektir. Zira, hüküm öncelikle Türkiye’de yerleşim yeri olmayanlar için genel yetkili mahkeme olarak “davalının mutad meskeni” mahkemesinin yetkisini belirlemiş, ardından malvarlığı davalarına ilişkin olarak özel yetkili bir mahkeme tesis etmiştir. Özel yetkili mahkemeler, genel yetkili

mahkemenin yetkisini ortadan kaldıracak güce sahip değildir. Bu mahkemelerle, genel yetkili mahkemeye ek olarak davanın görülebileceği bir yer mahkemesi düzenlenmektedir. Her ne kadar hükümde “diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere” ifadesinden bir an için sadece başka özel yetkili mahkemelerin varlığı hâlinde o yer mahkemelerinin de (özel) yetkili olacağı ve bu anlamda genel yetkili mahkemenin yetkisinin ortadan kaldırıldığı yanlışlığına düşülebilecek olsa da, “diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere” ifadesinin evleviyetle “genel yetkili mahkemenin yanında diğer özel yetki halleri saklı kalmak üzere” şeklide anlaşılması gerekir (YILMAZ HMK m. 9 ikinci cümleinin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmaması ve bu konuda amaçsal yorum yapılması gereğini belirterek aynı sonuca varmıştır, bkz. E. YILMAZ, Yıl: 2013 s.121-122). Bu durumda, bir yabancıнын ikâmet tezkeresinde yazan yer (Yabancıların ikâmet tezkeresinde yazan yerin yerleşim yeri sayıldığı durumlar hariçtir), HMK m. 9 uyarınca yabancıнын mutad meskeni olarak somut duruma göre kabul edilebilir. Örneğin bir yabancıнын, bir başkasının taşınır eşyasına yönelik gerçekleştirdiği bir saldırı nedeniyle açılacak davada, yabancıнын ikâmet tezkeresinde yazan yer, kural olarak genel yetkili mahkeme olabilecektir. Ancak bu davanın uyuşmazlık konusu mal varlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılmasına bir engel yoktur. Ayrıca uyuşmazlık hakkında başka özel yetkili mahkeme bulunması hâlinde, dava o yer mahkemesinde de görülebilecek ve bu surette Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır. Davanın Türkiye’de mutad meskeni bulunmuyorsa ve dava konusu mal da Türkiye’de değilse (diğer özel yetki halleri saklı kalmak kaydıyla), bu kişiye karşı HMK m. 9 (ikinci cümle) uyarınca dava açılması mümkün değildir. Hatta bu kimsenin Türkiye’de başka mal, alacak ya da teminatının bulunması da bu sonucu değiştirmeyecektir (KURU vd., Yıl: 2014 s. 133. Benzer yönde, KIRMIZI, Yıl: 2012 s. 57).

Bu madde kapsamında açılacak davalar, mal varlığı haklarına ilişkin (mamalek hukukundan doğan) her türlü mal ve alacak davalarıdır (KURU vd., Yıl: 2014 s. 132; E. YILMAZ, Yıl: 2013 s. 121). Alacak davalarında dava konusu alacak Türkiye’de doğmamış- örneğin yabancı davalının kendi ülkesinde doğmuş- olsa bile bu alacak için davalının Türkiye’de mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesinde

dava açılabilir, bkz. KURU vd. Yıl: 2014 s. 133. Alman Mahkemelerinde, davalının henüz muaccel olmayan alacağı hatta davacıdan olan alacağı dahi mal kapsamında değerlendirilmiştir, bkz. DARDAĞAN, Yıl: 2005 s. 180). Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar da malvarlığına ilişkin davalar olmasına rağmen, bu konuda HMK uyarınca kesin yetkili mahkeme bulunduğu, HMK m. 9'un uygulanması mümkün olmayacaktır. HMK m. 9'da yer alan malvarlığı kavramına taşınır ve taşınmaz mallar, üçüncü kişilerdeki alacaklar, kıymetli evrak, fikrî ve sınai haklar, kendisinin veya üçüncü kişinin gösterdiği teminat gibi unsurlar girmektedir (KILIÇOĞLU, Yıl: 2012 s. 126; KİRAZ, Yıl: 2012 s. 7. Benzer yönde, AKSOYOĞLU, Yıl: 2008 79; DARDAĞAN, Yıl: 2005 s. 179-180; KARSLI, Yıl: 2013 s. 215 vd).

Doktrinde HMK m. 9 ikinci cümleinin ifade şeklinin değiştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Hüküm bir görüşe göre madde “... *bir malvarlığı parçasına ilişkin dava, ihtilaf konusu malvarlığı parçasının bulunduğu yerde de açılabilir*” şeklinde olmalıyken (UMAR, Yıl: 2006 s. 123), diğer görüşe göre ise (TANRIVER, Yıl: 2012 s. 18) “*uyuşmazlık konusu malvarlığının aktifinde yer alan unsurun bulunduğu yer ...*” şeklinde düzeltilmelidir.

Türkiye’de mutad meskeni olmayan bir kimsenin, mal varlığı hakkına yönelik bir uyuşmazlık çıkması hâlinde, bu uyuşmazlık konusu malvarlığının Türkiye’de bulunmamasına rağmen, Türk mahkemelerine yetki verilmesi aşkın yetki olarak değerlendirilmelidir. Nitekim, doktrinde de maddenin mülga HUMK m. 16’da düzenlenen şeklinin (“*Türkiye dâhilinde malûm ikametgâhı olmıyanlar aleyhindeki mal dâvaları Türkiye’de sakin oldukları mahal mahkemesinde ve Türkiye’de malûmf meskeni yoksa emvalinin veya münazaalı şeyin veya teminatı varsa o teminatın bulunduğu mahal mahkemesinde bakılır*” (mülga HUMK m. 16)) herhangi bir bağlantı aranmaksızın davalının malvarlığının ya da teminatının bulunduğu yer mahkemesinin yetkisini tesis etmesi aşkın yetki olarak kabul edilmekteydi (DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 177 vd.) Aşkın yetki hâlinde davalının çok zayıf bir bağlantının olduğu bir devlette kendini savunmaya zorlanması, davalının temel usulî

menfaatlerinin gözardı edilmesi anlamına gelir (DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 193). Hatta bu durum AİHS m. 6'yı ihlâl edici nitelikte değerlendirilebilir. Aşkın yetkili mahkemelerden verilen kararların tanınması ve tenfizinde de sorunlar yaşandığı bir gerçektir. Nitekim, HMK m. 9'un gerekçesinde bu durum “... *Bu maddede, davalının Türkiye’de son oturduğu yer ve Türkiye’de herhangi bir malı veya teminatı bulunuyorsa, dava konusu olmayan o malın veya teminatın bulunduğu yerin de yetkili olması kabul edilmemiştir. Böylelikle, Türk mahkemelerinin vermiş oldukları kararların, yabancı ülkelerde tanınması ve tenfizi gerektiğinde, “aşkın yetki” gerekçesiyle tanıma ve tenfiz talebinin reddi engellenmek istenmiştir*” şeklinde belirtilmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 9'un ikinci cümlesi ile getirilen düzenleme doktrinde, milletlerarası yetki kurallarının yabancı ve vatandaşların mümkün olduğunca Türk mahkemelerinde dava açabilmelerini sağlayıcı şekilde esnek olmaları gerektiği, bu düzenlemeye göre mal ve alacak davalarının uyuşmazlık konusu malvarlığının Türkiye’de olmaması hâlinde sadece davalının Türkiye’deki mutad meskeni mahkemesinde açılabilceği, bu durumda da Türkiye’de mal ve alacakları bulunan ancak mutad meskeni olmayan borçlu için, yetkili bir mahkemenin bulunmaması nedeniyle AİHS m. 6'nın ihlâlinin gündeme gelebileceği gerekçesi ile eleştirilmiştir (ŞANLI vd., Yıl: 2014 s. 321. Ayrıca yine doktrinde, HMK m. 9 cümle 2'deki yeni düzenlemeden dolayı, Türkiye’de yerleşim yeri ve meskeni bulunmayanlar hakkında mutad meskenin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi, Türkiye’deki malvarlığı unsurunun dava konusu olması durumunda söz konusu olacak, aksi takdirde Türk mahkemesinde dava açılmayacağından, bu değişikliğin yapılmaması gerektiği de belirtilmiştir, bkz. E. YILMAZ, ty s. 10). Kanaatimizce diğer özel yetki hallerine ilişkin yetkili mahkeme bulunmamak kaydıyla, Türkiye’de mutad meskeni olmayıp uyuşmazlık konusu malla ilgili malvarlığı bulunmayan fakat başka mal ve alacağı bulunan kimseye Türkiye’de dava açılmayacak olması- bir başka ifadeyle bu konuda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunmaması AİHS m. 6'nın ihlalini gündeme getirebilecek nitelikte değildir. Aksine, tersi düzenlemede bu ihlal gündeme gelebilir. Zira, diğer

özel yetki hallerine ilişkin yetkili mahkeme bulunmamak kaydıyla, Türkiye’de mutad meskeni olmayıp uyuşmazlık konusu malla ilgili malvarlığı bulunmayan fakat başka mal ve alacağı bulunan kimseye Türkiye’de dava açılabilmesi hâlinde yetkili mahkeme ile gerçek bir irtibat bulunmayacaktır. Bu durumda da aşkın yetkili mahkeme söz konusu olacaktır.

3.2.1.3. Karşı Davada Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Bir kimseye karşı bir dava açılmış olup, söz konusu davada davalının da kendi alacağı için aynı mahkemede (aynı dava dosyasında), davacıya dava açmak istemesi karşı dava olarak değerlendirilir (KURU, Yıl: 2001 (a) s. 455; KURU vd. Yıl: 2014 s. 139. Benzer yönde, YILMAZ, Yıl: 2013 s. 160).

Karşı davada yetkili mahkemenin, kesin yetkinin söz konusu olmadığı hallerde, asıl davaya bakan mahkemedir (HMK m. 13). Karşı dava için Kanun’da kesin yetkili bir mahkeme tesis edilmiş ise, karşı dava asıl davanın açıldığı yerde değil, kesin yetkili mahkemenin olduğu yerde açılmalıdır. Örneğin taşınmaz bedelinin tahsil davası, taşınmazın aynından kaynaklanan bir dava değildir. Zira, burada taşınmazla ilgili şahsi bir hak söz konusudur. Taşınmaz bedelinin tahsili için açılan davada, davalı tapu kaydının iptali ile mülkiyetin kendi adına tescilini istemiş ise, artık taşınmazın aynından kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusu olur. Bu durumda, karşı davanın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde (HMK m. 12) açılması gerekir.

Nitekim Yargıtay’da karşısına gelen bir olayda (Yarg. 14. HD T. 15.10.2007, E. 2007/12078, K. 2007/11744, bkz. İBD C. 82, Sayı: 1, Yıl: 2008 s. 411-412) benzer şekilde bir karar vermiştir. Söz konusu karara göre;

“Davada, Bursa ili Yıldırım ilçesi, Arabayatağı köyünde bulunan 581 sayılı şeftali bahçesi cinsi ile tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satılarak teslim edildiği ancak, satış bedelinin ödenmesi iddiası ile 101 milyon lira satış bedelinin tahsili

istenmiştir. Karşı davada ise, davalı ve davacılar, dayanılan harici satış senedi uyarınca 581 parsel mülkiyetinin devri gerektiği halde ferağın verilmediği iddiası ile taşınmazın tapu kaydının iptali ve müştereken adlarına tescili isteminde bulunulmuştur.

Mahkemeye karşı dava kabul edilerek taşınmazın tapu kaydının iptali ve karşı davacılar adına tesciline, vazgeçilmesi nedeniyle asıl davanın reddine karar verilmiştir.

Görülüyor ki, Bursa ili Yıldırım ilçesinde bulunduğu anlaşılan taşınmaz mülkiyetinin aktarımı için Arpaçay Mahkemelerinde dava açılmış ve istek hükmü altına alınmıştır. Taşınmaz mülkiyetinin intikalini sağlamak amacıyla açılan davanın HUMK'un 13. maddesindeki kesin yetki hükmü gözetilerek "taşınmazın bulunduğu yer" mahkemesinde açılması kuralı kamu düzenine ilişkin ve kesindir...".

3.2.1.4. Şubelerle İlgili Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Türk Hukuku'nda genel bir şube tanımı haklı olarak yapılmamıştır. Zira, şirket, dernek, vakıf vb. açısından şube farklı anlamlara gelebilmektedir. Şirket, dernek, vakıf gibi tüzel kişilerin şubelerinin doğru bir şekilde belirlenebilmesi için her bir tüzel kişilik türü için getirilmiş olan mevzuata bakmak gerekmektedir (E. YILMAZ, Yıl: 2013 s. 162). Örneğin şube, Ticaret Sicili Yönetmeliği (RG T. 27.01.2013, RG Sayı: 28541)'nde (TSY) tanımlanmıştır Bu tanım ticari işletmeler için şubenin ne anlama geldiğini belirtilmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre şube, bir ticari işletmeye bağlı olup ister merkezinin bulunduğu sicil çevresi içerisinde isterse başka bir sicil çevresi içinde olsun, bağımsız sermayesi veya muhasebesi bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kendi başına sınai veya ticari faaliyetin yürütüldüğü yerler ve satış mağazalarıdır (TSY m. 118/1). Şube, Dernekler Kanunu'nda ise, dernek faaliyetlerinin yürütülebilmesi için bir derneğe bağlı olarak açılan, tüzel kişiliği olmayan ve bünyesinde organları bulunan alt birim şeklinde tanımlanmıştır (DK m. 2/h). 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na (RG T. 01.11.2005,

RG Sayı: 25983 (Mük.) göre de, “*Elektronik işlem cihazlarından ibaret birimler hariç olmak üzere, bankaların bağımlı bir parçasını oluşturan ve bu kuruluşların faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını kendi başına yapan, sabit ya da seyyar bürolar gibi her türlü işyerini*” ifade etmektedir (m. 3).

Şubeler ve tüzel kişilerle ilgili davalarda yetkili mahkeme HMK m. 14’de

“(1) *Bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir.*

(2) *Özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir*” şeklinde düzenlenmiştir.

Maddenin ilk fıkrası bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda genel yetkili mahkemeye ek olarak şubenin bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabileceğini düzenlemektedir. İkinci fıkrasında ise, bu hükmün istisnasını teşkil edebilecek şekilde, bazı uyuşmazlıklar için kesin yetkili mahkeme düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, iflâs davaları da HMK m. 14/1’in istisnasını teşkil etmektedir. Zira iflâs davaları mutlaka borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde açılmalıdır (İİK m. 154/3).

Şube kendi başına işlem yapabilirse de bu işlemten doğan hak ve borçlar şubenin bulunduğu gerçek veya tüzel kişiliğe –merkeze- ait olacaktır. Bu nedenle şubenin yaptığı işlemten dolayı merkeze karşı merkezin bulunduğu yer mahkemesinde (HMK m. 6 gereği) dava açılabilir (KURU, Yıl: 2001 (a) s. 468; KURU vd. Yıl: 2014, s. 139; YILMAZ, Yıl: 2013 s.165. Benzer yönde, ALANGOYA vd. Yıl: 2011 s. 99. Şubenin işlemlerinden dolayı, şubenin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilmesi, davacı açısından kolaylık teşkil etmektedir. Zira, böyle bir hüküm olmasaydı, şubenin ayrı bir tüzel kişiliği bulunmadığından, şubenin işlemlerinden dolayı merkezin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılması gerekecekti. Benzer

yönde, YILMAZ, Yıl: 2013 s. 161). Ayrıca HMK m. 14/1’de düzenlenmiş olan yetki kuralı, şubenin bağlı olduğu merkeze karşı açılacak davalara ilişkindir. Yargıtay şube işlemini geniş yorumlayarak merkez adına işlem yapılmasını da HMK m. 14/1 kapsamında değerlendirmektedir (“... *Hakiki veya hükmi bir şahsın muhtelif mahallerde şubeleri bulunduğu takdirde, o şubenin işleminden dolayı, o şubenin bulunduğu yerde dahi davanın ikame edilebileceği hükmü öngörülmüştür. Maddede, öngörülen şube işleminden amaç Genel Müdürlük adına işlem yapmaktır. Başka bir anlatımla, "işlemin doğrudan şube işleminden kaynaklanması zorunlu olmayıp genel müdürlük adına işlem yapmak üzere dava ikame edilen yerde şubenin bulunması yeterlidir. Zira, Anayasanın 141/son maddesi gereğince Hakim en az giderle ve en kısa sürede davayı sonuçlandırmakla yükümlüdür. Esasen, şubenin bulunduğu yerlerde, davalara, Genel Müdürlüğü temsilen Kurum avukatlarının katıldığı da söz götürmez. Hal böyle olunca, davanın yetkili mahkemede açıldığı kabul edilerek, davanın görülmesi gerekirken yetkisizlik kararı verilmesi isabetli değildir...*” (Yarg. 21. HD T. 09.12.2003, E. 2003/10903, K. 2003/10063 [www.kazanci.com])).

Aynî haklar kapsamında HMK m. 14/1’in uygulanması söz konusu olabilir. Örneğin, bir kimse, bir bankanın şubesinden bir kasa kiralarak içine altın kolyesini koymuş olsun. Bu kolyenin, şubenin kasa anahtarının bir başka müşteriye verilmesi nedeniyle, söz konusu kişinin haberi olmaksızın veya rızası hilafına kullanılmış ve yok olduğunu varsayalım. Böylesi bir durumda bu kişi taşınır davası açabilir. Zira kasa anahtarı ile kasadaki kolyenin zilyetliğini sağlamış olan bir kimsenin eşyaları, rızası dışında elinden çıkmıştır. Rızası dışında elinden çıkmasına sebep olan fiil ise, banka şubesinin yapmış olduğu hareket neticesinde gerçekleşmiştir. Bu durumda kasadaki eşyalarını kaybeden kişi, şubenin bulunduğu yerde de dava açabilecektir. Bu şubenin Türkiye’de olması hâlinde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır

3.3. Münhasır Yetkili Mahkemeler

Aynî haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda kesin yetkili mahkeme HMK uyarınca taşınmazın aynından doğan davalarda (m. 12) ve özel hukuk tüzel kişilerinin açabileceği bazı davalarda (m. 14/2) karşımıza çıkabilir. Ayrıca özel kanunlarda da aynî haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar için kesin yetkili mahkemeler tesis edilmiş olabilir.

3.3.1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Düzenlenen Yetkili Mahkemeler

3.3.1.1. Taşınmazın Aynından Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

3.3.1.1.1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 12 “*Taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir. (2) İrtifak haklarına ilişkin davalar, üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılır. (3) Bu davalar, birden fazla taşınmaza ilişkinse, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da açılabilir (İsviçre Hukuku’nda da taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkların ancak taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılabileceği düzenlenmiştir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 97))*” hükmünü düzenlemektedir (“1086 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinde yer alan taşınmazlara ilişkin yetki kuralı, günümüz Türkçesine uyarlanıp, kısaltılarak yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, bir taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin dava ve işlerle, taşınmazın zilyetliğine veya Türk Medeni Kanununda düzenlenen hapis hakkından farklı olarak, taşınmazın her türlü alıkoyma hakkına ilişkin dava ve işler, taşınmazın bulunduğu yerde açılacaktır. Hükümde, bu tür dava ve işler için, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin kesin olduğu açıkça belirtilmiştir. Taşınmaz

üzerindeki aynî hakka ilişkin dava, doğrudan doğruya taşınmaz üzerindeki bir aynî hakka, örneğin istihkak davasında olduğu gibi, mülkiyet hakkına ilişkin olabileceği gibi; şahsi bir talep hakkı doğuran sözleşmeye dayanarak taşınmaz üzerinde bir aynî hak değişikliği veya aynî hak sahipliğinde bir değişiklik ortaya çıkaran bir dava açılıyorsa, böyle bir talep hakkına ilişkin dava da, taşınmazın aynına ilişkin dava olarak kabul edilip, madde kapsamında değerlendirilecektir. Buna karşılık, taşınmaza ilişkin olmakla birlikte, taşınmaz üzerinde aynî hakka değil de, şahsi bir hakka ilişkin dava, örneğin kiralanan taşınmazın tahliyesi davası için, bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. Zira dava, taşınmaz üzerinde şahsi bir hakka ilişkindir. Şüphesiz böyle bir durumda, bir başka yetki kuralına göre, örneğin tahliye davası için, sözleşmenin ifa edileceği yer kuralına göre, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi yine yetkili olabilir. Ancak, böyle bir durumda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi, bu maddede belirtildiği şekilde kesin yetkili olmayacaktır. Bir taşınmaz üzerindeki irtifak hakkına ilişkin davalar ise üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yerde açılacaktır. Bu halde de şüphesiz, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi, kesin yetkidir. Taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin davalar, birden fazla taşınmaza ilişkinse, taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğeri için de dava açılabilir” (HMK m. 12’nin Hükümet Gerekçesi, [bkz. KURU vd. Yıl: 2013 s. 68, dipnot 16])).

Maddenin birinci fıkrasında taşınmazın aynına ilişkin davaların taşınmazın bulunduğu yerin, ikinci fıkrasında ise, üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu (HMK m. 12/1’de taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin kesin yetki olduğu açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, irtifak haklarına ilişkin davalarla ilgili olarak bu husus maddede açıkça belirtilmemiştir. Ancak irtifak haklarına ilişkin davalarda üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın yetkisinin kesin yetki olduğuna Hükümet Gerekçesinde yer verilmiştir. Şöyle ki; “... Bir taşınmaz üzerindeki irtifak hakkına ilişkin davalar ise üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yerde açılacaktır. Bu hâlde de şüphesiz, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi, kesin yetkidir...”, (HMK m. 12’nin Hükümet Gerekçesi, [bkz. KURU vd. Yıl: 2013 s. 68, dipnot 16]))

düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle davanın başka bir yer mahkemesinde görülmesi mümkün değildir.

Taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin kesin yetki şeklinde düzenlenmesinin nedeni olarak doktrinde, bu davalara en çabuk, en kolay, en az masrafla ve en emin bir şekilde taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi tarafından bakılabilecek olması gösterilmektedir. Bu durumun nedeni; tapu kayıtlarının o ilçede olması, keşfin orada yapılması (HMK m. 288), tanıkların keşif yerinde dinlenmesidir (HMK m. 290). Hâkim keşifte taşınmazın durumunu bizzat görecektir ve tanıkları bizzat dinleyecektir (bu işlemlerin istinabe (Davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında kalan usulî işlemler konusunda o işlemin yapılabileceği başka yer mahkemesinden aldığı hukukî yardım, istinabedir. Örneğin, şahit dinlenmesi, yemin ettirilmesi gibi, bkz. GÖRGÜN ve KODAKOĞLU, Yıl: 2012 s. 68 vd.; KURU vd. Yıl: 2014 s. 191 vd.; ULUKAPI, Yıl: 1995, s. 172 vd. Bu durum sadece iç hukukta değil, uluslararası alanda da gerçekleşebilir. Örneğin Türkiye’de açılan tapu kaydının iptali davasında Almanya’da bulunan kişiye Alman mahkemesi tarafından yemin ettirilmiştir (Yarg. 2. HD T. 13.03.1973, E/K 1627/1564,[bkz. EKŞİ, Yıl: 2009 s. 157-158]). Bu konuda yürürlükte olan çeşitli iki taraflı ya da çok taraflı uluslararası sözleşme bulunmaktadır. Bahsettiğimiz kararda istinabe işlemi Almanya ile Türkiye arasındaki adli yardımlaşma sözleşmesi kapsamında yerine getirilmiştir. Benzer şekilde Yarg. 2. HD T. 15.11.1996, E. 1996/10721, K. 1996/11701 sayılı kararı (bkz. www.kazanci.com); Yarg. 2. HD T. 12.03.2001, E. 2001/2269, K. 2001/3659 sayılı kararı (bkz. www.kazanci.com); Yarg. 2. HD T. 17.06.2002, E. 2002/5796, K. 2002/8084 sayılı kararı (bkz. www.kazanci.com); istinabeye başvurulmuş kararlara örnek teşkil etmektedir. Milletlerarası özel hukukta istinabe konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 88 vd.; ÇELİKEK ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 480 vd.; ERDEM, Yıl: 1989 s. 121-133; ERDEM, Yıl: 1992 s. 47 vd.; NOMER, Yıl: 2015 s. 581 vd.) yoluyla yaptırılmasına oranla). Böylelikle dava hakkında dolaysız bilgi sahibi olacak ve taşınmazın durumu hakkında en iyi bilgi sahibi olan hâkim olarak en doğru şekilde karar verebilecektir (KURU vd. Yıl: 2014 s. 147; YILMAZ, Yıl: 2013 s. 144. Benzer yönde, KURU,

Yıl: 2001 (a) s. 525; YILMAZ, Yıl: 2007 s. 21 vd. Kamu düzenine ilişkin yetkinin ortak özellikleri için bkz. YILMAZ, Yıl: 2007 s. 30 vd. Ancak doktrinde HMK m. 12 kapsamındaki uyuşmazlıklarda mahkemenin yetkisinin kesin yetki (milletlerarası usul hukuku açısından da münhasır yetki) olarak düzenlenmesinin 21'inci yüzyıl için çok katı olduğu belirtilerek eleştirilmiştir. Bu görüşün gerekçeleri olarak; günümüzde insanların, taşınmazlarının bulunduğu yerde değil, hayat ilişkilerini yaşamak istedikleri yerde sürdürdükleri; Türkiye'de bir taşınmazı bulunan yabancı ya da Türk vatandaşı, yaşamını Türkiye dışında sürdürse dahi davasını taşınmazının bulunduğu yerde açmak zorunda bırakılmasının yurt dışında yaşayan kimseleri adil yargılanmaya ulaşmalarında sıkıntıya sokabileceği; taşınmazın aynına ilişkin veya aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davaların mutlaka taşınmazın bulunduğu yerde açılmasının nedeninin yargılamanın en çabuk, en etkin ve en az masrafla taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde yapılabilecek olması iken, her zaman bu durum doğru olmadığı, örneğin, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin hâkiminin iş yoğunluğu sebebiyle ilgili dosyayı incelemesi ve karara bağlamasının olağan sürenin dışına çıkabileceği; taşınmazın bir mahkemenin yetki alanına bulunmasına rağmen coğrafi, açıdan başka yer mahkemesine daha yakın olabileceği belirtilmiştir. Hatta gene de taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin en çabuk, en etkin ve en az masrafla karara ulaşabileceği kabul edilse dahi, taraf iradeleri ve/veya tarafların davanın görülmesindeki menfaatlerinin her zaman taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde sağlanamayacağı, özellikle davacı ve davalının yurt dışında yaşaması ihtimalinde taraflar için en uygun yerin taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi olmayacağı; davanın taşınmazın bulunduğu yerde açılması zorunluluğunun usul ekonomisi ilkesi ile uyumlu olmadığı, HMK m. 12 kesin yetki olarak düzenlendiğinden davanın her aşamasında bu durumun ileri sürülebilecek olmasının davaların uzamasına ve adaletin gecikmesine neden olacağı; taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin delillere ulaşmada kolaylık, keşif yapılması, tanıkların ve tarafların dinlenmesi gibi konularda daha yerinde bir mahkeme olduğu kabul edilmekle birlikte, taraflara bu konuda yetki sözleşmesi yapılması olanağının tanınması hâlinde, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin sağlayacağı kolaylığın adli yardım yoluyla edinilebileceği ifade edilerek, taşınmazın aynına ilişkin ve

taşınmaz üzerinde aynî hak sahipliğinde değişikliğe neden olacak uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin bir tabu olmaktan çıkarılması ve bu mahkemenin genel yetkili ya da tarafların iradeleri ile belirledikleri bir başka mahkemede de davanın görülmesinin mümkün olması şeklinde düzenleme yapılabileceği belirtilmiştir, bkz. ERKAN, Yıl: 2012 s. 10-49).

Taşınmazın bulunduğu yer, taşınmazın bulunduğu il merkezi ve ilçeler ile bunlara adlî yönden bağlanan ilçelerin idarî sınırlarıdır (Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun (RG T. 07.10.2004, RG Sayı: 20606, Yürürlük Tarihi: 01.04.2005) m. 7/1 (*“Hukuk mahkemelerinin yargı çevresi, bulundukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adlî yönden bağlanan ilçelerin idarî sınırlarıdır”* (Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m. 7/1)). Mahkeme taşınmazın hangi ilçenin sınırında kaldığını kendiliğinden tespit etmelidir. Taşınmazın bulunduğu yer, taşınmazın tapuda yazılı olan yere göre değil, fiilen içinde bulunulan ilçenin idari sınırlarına göre belirlenmelidir(YILMAZ, Yıl: 2013 s. 145. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında da bu duruma vurgu yapılmıştır. Söz konusu Yargıtay kararında; *“... “taşınmazın bulunduğu yer” ifadesinden taşınmazın il veya ilçe idari sınırları bakımından fiilen bulunduğu yer olduğu yoksa tapuda kayıtlı yer olmadığı...”* belirtilmiştir (Yarg. 1. HD, T. 19.01.2012, E/K 12020/341 [YILMAZ, Yıl: 2013 s.145] Yine, bir başka Yargıtay kararında da benzer ifadelere yer verilmiştir. Söz konusu karar; *“Bilindiği ve 6100 sayılı HMK’nun 12/1 (1086 sayılı HUMY’nun 13/1) maddesinde düzenlendiği üzere taşınmazın aynına ilişkin davalar taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılır. Bu maddedeki taşınmazın bulunduğu yerden maksat “taşınmazın il ve ilçe sınırı bakımından fiilen bulunduğu” yerdir. Yoksa tapuda kayıtlı olduğu yer değildir. Bu yetki kuralı kamu düzenine ilişkin ve kesin olup, mahkemece kendiliğinden (re’sen) gözetilmesi zorunludur. ./.. Somut olayda dava konusu taşınmaz tapuda Amasra İlçesi Kazpınarı Köyü Çamlık mevkiinde kayıtlı olup, yapılan keşifte sınır krokisi uygulanmış ve fen bilirkişisi taşınmazın Kazpınarı köyü sınırları içinde kaldığını rapor etmiştir. ./.. Hal böyle olunca, mahkemenin*

yetkili olduğu gözetilerek işin esasının incelenmesi gerekirken yanılığın değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. ./.. Kabule göre de yetkisizlik kararı verildiğine göre de davalı yararına avukatlık parası tayin ve takdiri ile yetinilmesi gerekirken davacı yararına da avukatlık parasına hükmedilmesi isabetsizdir”, (Yarg. 1. HD, T. 06.02.2012, E. 2012/12793, K. 2012/787 sayılı kararı (naklen) PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s.173, dipnot 47) şeklindedir).

Öncelikle taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıkların neler olduğunun tespiti gerekmektedir. Maddede taşınmazın aynına ilişkin dört durumdan bahsedilmiştir. Bunlar;

- 1- Taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin davalar,
- 2- Aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar,
- 3-Taşınmazın zilyetliğine yönelik davalar,
- 4-Alıkoyma hakkına ilişkin davalardır.

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme konusunu incelemeden önce usul hukuku açısından kesin yetki ile milletlerarası usul hukuku açısından münhasır yetkinin ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

3.3.1.1.2. Münhasır Yetki-Kesin Yetki Arasındaki Fark

Milletlerarası usul hukukunda HMK uyarınca kesin yetkili olan mahkemeler, genellikle münhasır yetkili mahkeme olarak ifade edilmektedir. Ancak milletlerarası usul hukukunda kullanılan münhasır yetki ile usul hukukunda kullanılan kesin yetki birbirinin yerine kullanılabilecek kavramlar değildir. Usul hukuku anlamında kesin yetki, davanın Türkiye’de açılacağı yer mahkemesinden başka bir yerde açılmayacağını ifade ederken, özellikle milletlerarası usul hukukunda kullanılan münhasır yetki ise, davanın sadece Türk mahkemesinde görülmesi anlamına gelmektedir. Bu kapsamda münhasır yetki açısından Türkiye içinde bir ya da birden

çok mahkemenin yetkili olması önemli değildir. Önemli olan davanın sadece Türk mahkemelerinde görülebilecek olmasıdır (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 532 ve 632; GÜNEYSU-GÜNGÖR, Yıl: 1997 s. 10; NOMER, Yıl: 2015 s. 480; NOMER, Yıl: 2009 s. 111; SARGIN, Yıl: 1996 s. 152. Benzer yönde, ALTUĞ, Yıl: 1983 s. 28; ÇELİKEL, Yıl: 1982 s. 9; ESEN, Yıl: 2002 s. 186).

Yargıtay bir kararında (Yarg. 18. HD, T. 17.1.2013, E. 2012/12365, K. 2013/483, bkz. www.kazanci.com. Aynı yönde, Yarg. 18. HD, T. 20.3.2014, E. 2013/16914, K. 2014/5145, bkz. www.kazanci.com.) da münhasır yetki kuralları devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkiyi ifade eden, devletin egemenlik ve hükümlanlık haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kurallar şeklinde tanımlanmıştır. Yine, Yargıtay (Yarg. 18. HD, T. 17.1.2013, E. 2012/12365, K. 2013/483, bkz. www.kazanci.com. Aynı yönde, Yarg. 18. HD, T. 20.3.2014, E. 2013/16914, K. 2014/5145, bkz. www.kazanci.com), yetki kuralının münhasır yetki hükmü getirmiş olup olmadığının, yetki kuralının ifadesinden ve konuluş gayesinden hareketle belirlenebileceğini; münhasır yetki kuralının o maddenin ifadesinden, konuluş amacından ve yabancı unsurlu davaların özellikleri nazara alınarak tayin edileceğini belirtmiştir.

Doktrinde, milletlerarası özel hukuktaki ilişkilerin ve milletlerarası özel hukukun taşıdığı amaçların farklı olmasından dolayı, Türk mahkemelerinin iç hukuk itibariyle kesin yetkili olması, her zaman milletlerarası yetki anlamında münhasır yetkili olduğu anlamına gelmeyeceği belirtilmektedir (NOMER, Yıl: 2015 s. 515; ÇELİKEL, Yıl: 1982 s. 9; EKŞİ, Yıl: 2000 s. 222; ESEN, Yıl: 2002 s. 186; LALE, Yıl: 2014 s. 217-218; SARGIN, Yıl: 1996 s. 151-152; SÜRAL, Yıl: 2012 s. 188; UYANIK, Yıl: 1994 s. 65. Benzer yönde, ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 631 vd.).

Taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi milletlerarası usul hukuku açısından münhasır yetkidir (ALTUĞ, Yıl: 1983 s. 58; EKŞİ, Yıl: 2000 s. 100; ERDEM, 2002 s. 167; GÜVEN,

Yıl: 2013 s. 95; HUYSAL, Yıl: 2012 s. 85; NOMER, Yıl: 1998 s. 716; KURU, Yıl: 2001 (a) s. 634; UYANIK, Yıl: 1994 s. 71).

3.3.1.1.3. Açılabilir Davalar

Taşınmaz üzerindeki aynî hakka ilişkin dava; doğrudan doğruya taşınmaz üzerindeki bir aynî hakka ilişkin olabileceği gibi, şahsi bir talep hakkı doğuran sözleşmeye dayanarak taşınmaz üzerinde aynî hak değişikliği veya aynî hak sahipliğinde bir değişiklik de meydana getirebilir. Böylesi bir taleple açılacak dava taşınmazın aynına ilişkin kabul edilecektir (HMK m. 12'nin Hükümet Gerekçesi).

Taşınmazın üzerindeki aynî hakka ya da aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalara, istihkak davaları, tescil davaları (TMK m. 713), yolsuz tescilin silinmesi ve değiştirilmesi davası (TMK m. 1025), taşınmaza ilişkin taksim ve paydaşlığın giderilmesi davası, önalım davası (TMK m. 732-735), elatmanın önlenmesi davası örnek verilebilir (KARSLI, Yıl: 2014 s. 231; KURU, 2001 (a), s. 499 vd.; KURU vd. Yıl: 2014 s. 145. Benzer örnekler için bkz. ALANGOYA vd. 2011 s. 101 vd.; GENÇCAN, Yıl: 2013 s. 172 vd.; GÖRGÜN ve KODAKOĞLU, Yıl: 2012 s. 81; ÖNEN, Yıl: 1965-66 s. 586 vd.; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 173; ULUKAPI, Yıl: 2014 s. 161; UMAR, Yıl: 2014 s. 51 vd.; YILMAZ, Yıl: 2007 s. 43 vd. Yarg. 14. HD, T. 20.01.1987, E. 1987/6631, K. 1987/370 sayılı kararında elatmanın önlenmesi davasının mülga HUMK m. 13 (HMK m. 12) kapsamında olduğu esası “... Dava, yaylaya elatmanın önlenmesi istemine ilişkindir. HUMK.'nun 13. maddesi hükmünce, taşınmaza müteallik davalar, taşınmazın bulunduğu mahal mahkemesine açılır. Bu husus, kamu düzeni ile ilgilidir ve resen gözönünde tutulur. Davalı vekili de, çekişmeli taşınmazın, Çıldır İlçesi'ne bağlı davalı Ağıllı Köyü sınırları içerisinde kaldığını ve davaya bakmaya Çıldır İlçesi Mahkemesi'nin yetkili olduğunu savunduğuna göre, sözü edilen yerin, Hanak ve Çıldır İlçelerinden hangisinin sınırları içerisinde kaldığının saptanması ve hasıl olacak sonuç dairesinde yetkili mahkemenin tayini gerektiğinin düşünülmemesi, HUMK.'nun 13. maddesine aykırıdır....” şeklinde belirtilmiştir, bkz.

www.kazanci.com). Ayrıca, tapu siciline şerh verilen, alım, önalım ve geri alım haklarından doğan uyuşmazlıklarda açılacak davalar(ÖNEN, Yıl: 1965-66 s. 591. Benzer yönde, GÖRGÜN ve KODAKOĞLU, Yıl: 2012 s. 81; ULUKAPI, Yıl: 2014 s. 162) ile ölünceye kadar bakma sözleşmesine dayalı tapu iptali ve tesciline ilişkin davalar, taşınmaz satışının iptali, ipoteğin kaldırılması, orman kadastro tespitine ilişkin davalar, malikin arazisinden çıkan su kaynağına el atma (genel sular için HMK m. 12 uygulanmaz) davaları da taşınmaz üzerindeki aynî hakka ya da aynî hak sahipliğinden değişikliğe yol açabilecek davalardandır (YILMAZ, Yıl: 2013 s. 149 vd. Söz konusu davalarla ilgili çeşitli Yargıtay kararları için bkz. YILMAZ, Yıl: 2013 s. 149 vd.). Ayrıca sınır belirlemeye yardım davası (sınır tespiti davası) (Arazi malikleri, komşusunun istemi üzerine belli olmayan sınırların belirlenmesi için tapu planlarının düzeltilmesine veya arz üzerine sınır işaretleri konulmasına katkıda bulunmakla yükümlüdür (TMK m. 720). İşte bu yükümlülük nedeni ile açılacak dava sınır tespiti davasıdır.) da taşınmazın aynından kaynaklanan davalardandır (AKİL, Yıl: 2012 s. 134).

Yine, ipoteğin kaldırılması taşınmazın aynına ilişkin davalara örnek verilebilir. Bu davada da taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kesindir. Bu nedenle bu davanın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerekir (ÖNEN, Yıl: 1965-66 s. 594. Benzer yönde, KURU, Yıl: 2001 (a) s. 502). Nitekim Yargıtay mülga HUMK'nin yürürlükte olduğu dönemde vermiş olduğu bir kararında bu durumu açıkça belirtmiştir. Karara göre (Yarg. 14. HD T. 11.02.2000 E. 2000/211 K. 2000/812 (bkz. ALTAY ve ESKİOCAK, Yıl: 2007 s. 326). Konu ile ilgili benzer bir karar için bkz. Yarg. 14. HD, T. 06.10.2000, E. 2000/4586, K. 2000/5912 (Yasa Hukuk Dergisi, Yıl: 2001 s. 271)); “... *İpoteğin kaldırılması davalarının, taşınmazın bulunduğu yerdeki mahkemede açılması gerektiği, HUMK.'nun 13. maddesi gereğince taşınmaz üzerindeki aynî haklara ilişkin davaların taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi gerekir. Anılan madde kamu düzenine ilişkin olup, mutlak yetki kuralıdır. İpotek işlemi de bir taşınmaz mal üzerinde hak doğurduğuna göre, ipoteğin kaldırılmasına ilişkin davalarda da 13. madde hükmünün uygulanması*

gerekir. Kamu düzeninden olduğundan görev, sözleşme ile başka mahkemeye devredilemez... ”.

Taşınmaz mal zilyetliğine yönelik davalara, taşınmaz mal zilyetliğine gasp ve saldırı hâlinde açılacak davalar örnek olarak gösterilebilir. Taşınır davası da zilyetliğe yönelik bir davadır. Ancak bu davanın konusunu taşınır oluşturan (Tapuya kayıtlı olmayan taşınmazların konu olduğu uyuşmazlıklarda taşınır davası açılacaktır, bkz. AKİPEK ve AKINTÜRK, Yıl: 2009 s. 193), taşınır davasında HMK m. 12’nin uygulama alanı bulması söz konusu değildir.

Taşınmaz mal zilyetliğine yönelik davalarda zilyetlik korunmaktadır. Söz konusu davaları açmak için, taşınmazın maliki olmak gerekmemektedir. Örneğin, bu davayı kiracı bile açabilmektedir. Bir sözleşmesel ilişkiye dayanmaksızın zilyetliğin korunmasına yönelik davalarda HMK m. 12 uygulama alanı bulacaktır (MUŞUL, Yıl: 2013 s. 93. Aksi görüş için bkz. ÖNEN, Yıl: 1965-66 s. 597).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 12’nin Hükümet Gerekçesinde, alıkoyma hakkına ilişkin davaların da taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde görülmesi gerektiği belirtilmiştir. Taşınmazlar açısından alıkoyma hakkı TMK m. 994’de yer almaktadır. Söz konusu maddenin konumuz açısından ilgili hükmüne göre (“(2) *İyiniyetli zilyet, diğer giderler için tazminat isteyemez. Ancak, şeyin geri verilmesinden önce kendisine bu giderler için bir tazminat önerilmezse, kendisi tarafından o şeyle birleştirilen ve zararsızca ayrılması mümkün bulunan eklemeleri o şeyi geri vermeden önce ayırıp alabilir. (3) Zilyedin elde ettiği ürünler, yaptığı giderler sebebiyle doğan alacaklarına mahsup edilir*” [TMK m. 994/2-3]); “*İyiniyetli zilyet, geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir*”. Bu hükümde düzenlenmiş olan geri vermekten kaçınma hakkı, alıkoyma hakkı olarak kabul edilmekte ve HMK m. 12’de yer alan “*alıkoyma hakkına ilişkin davalar*” kapsamında değerlendirilmektedir (ÖNEN, Yıl: 1965-66 s.

600; YILMAZ, Yıl: 2007 s. 51). Böylelikle TMK m. 994'den kaynaklanan uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kesindir (AKİL, Yıl: 2012 s. 145; ÖNEN, Yıl: 1965-66 s. 602; E. YILMAZ, Yıl: 2013 s.159. SARI'da mülga TMK'nin yürürlükte olduğu dönemde aynı yorumu mülga TMK m. 907 için yapmıştır, bkz. SARI, Yıl: 1997 s. 13 vd. . Mülga TMK m. 907, TMK m. 994'e karşılık gelmektedir. TMK m. 994 uyarınca;

“İyiniyetli zilyet, geri vermeyi isteyen kimseden şey için yapmış olduğu zorunlu ve yararlı giderleri tazmin etmesini isteyebilir ve bu tazminat ödeninceye kadar şeyi geri vermekten kaçınabilir.

İyiniyetli zilyet, diğer giderler için tazminat isteyemez. Ancak, şeyin geri verilmesinden önce kendisine bu giderler için bir tazminat önerilmezse, kendisi tarafından o şeyle birleştirilen ve zararsızca ayrılması mümkün bulunan eklemeleri o şeyi geri vermeden önce ayırıp alabilir.

Zilyedin elde ettiği ürünler, yaptığı giderler sebebiyle doğan alacaklarına mahsup edilir”). Milletlerarası yetki açısından da bu yer mahkemesi münhasır yetkilidir.

İrtifak hakkına ilişkin davalar açısından bir ayırım yapılmaksızın, üzerinde irtifak tesis edilen taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bu yetki de kesin yetkidir (PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 174). Örneğin, oturma hakkı sahibinin, oturma hakkının konusunu oluşturan taşınmazı işyeri olarak kullanmaya başlaması üzerine, taşınmaz malikinin açacağı davanın, üzerinde irtifak hakkı tesis edilen taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması gerekmektedir. Bir başka örnek olarak mecra geçirilmesine karar verilmesi davası (TMK m. 727/2, m. 744), üst hakkının tescili davası (TMK m. 726), kaynak irtifakının tescili davası (TMK m. 756) mecra konusunda değişiklik davası (TMK m. 746), su irtifakında değişiklik davası (TMK m. 761/3), irtifakın yerinin değiştirilmesi davası (TMK m. 791), irtifakın terkin davası verilebilir (TMK m. 785) (UMAR, Yıl: 2014 s. 54).

3.3.1.1.4. Taşınmazın Aynına İlişkin Olmayan Davalar

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 12 hükmüne göre taşınmazın aynına ilişkin davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kesinken, taşınmazın aynına ilişkin olmayan davalarda ise, kesin yetki söz konusu değildir. Bir başka ifadeyle uyumsuzluk, taşınmaz üzerindeki bir şahsi hakka ilişkinse taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkisi söz konusu olmayacaktır (AKSOYOĞLU, Yıl: 2008 s. 81; ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 504; KARSLI, Yıl: 2014 s. 231; KURU, 2001 (a) s. 509 vd.; KURU vd. Yıl: 2014 s. 145; NOMER, Yıl: 2015 s. 449; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 173; UYANIK, Yıl: 1994 s. 73-74; YILMAZ, Yıl: 2007 s. 47. Aksi görüş için bkz. EKŞİ, Yıl: 2000 s. 99-100; NOMER, Yıl: 1981 s. 62; ŞANLI, Yıl: 1986 s. 45. Doktrinde HMK m. 12 (mülga HUMK m. 13) kapsamındaki davalara taşınmaza ilişkin şahsi davaların da gireceği; ancak madde kapsamındaki şahsi davalar ile şerh edilmiş şahsi hakların kastedildiği belirtilmiştir, bkz. ÜSTÜNDAĞ, Yıl: 2000 s. 204. Benzer yönde, KURU, Yıl: 2001 (a) s. 507 vd. Kira sözleşmesinin şerhine ilişkin davanın HUMK m. 13 kapsamında değerlendirildiği bir karar için bkz. Yarg. 14. HD, T. 21.05.1980, E. 1980/1561, K. 1980/2841, (YKD, Yıl: 1981 s. 208-209). Benzer şekilde taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin şerhinin kaldırılmasına yönelik olan bir davayı da (Yarg. 14. HD, T. 23.03.1989, E. 1989/696, K. 1989/2865 [YKD, Yıl: 1989 s. 1450]) Yargıtay HUMK m. 13 kapsamında değerlendirmiştir. Doktrinde şahsi hakların şerh edilmesi halinde Yargıtay'ın bu davaları taşınmaza ilişkin saydığı ancak Yargıtay'ın dayanak olarak davada taşınmaza ilişkin bir hakkın öne sürülüyor olmasını yeterli gördüğü ve o hakkın bir aynî hak olması şartını aramadığı ifade edilmekle birlikte (HUMK m. 13/2 gereğince) ancak bugün için artık bu yorumun geçerli olmadığı belirtilmiştir, bkz. UMAR, Yıl: 2014 s. 53). Bu nedenle taşınmaz üzerindeki şahsi hakka ilişkin uyumsuzluklarda, davanın taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılması gibi bir zorunluluk yoktur (Doktrinde Yargıtay içtihatları doğrultusunda taşınmazın aynına ilişkin olmayan şahsi hak davaları bakımından da taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin paralel yetkili bir mahkeme olarak düzenlenmesinin düşünülebileceği; ayrıca kiraların sosyal öneminden dolayı özellikle mesken

kiralarında taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin kesin yetkili olarak düzenlenmesi önerilmektedir, bkz. ALANGOYA vd. Yıl: 2006 s. 23).

Doktrinde, bir davanın taşınmazın aynına ilişkin olup olmadığını tam olarak belirlemek için bazı çözüm önerileri ileri sürülmüştür. Bu kapsamda, eğer taşınmaz, davada uyuşmazlığın doğrudan doğruya konusunu teşkil etmekteyse, bir başka ifadeyle uyuşmazlık doğrudan doğruya o taşınmaza ilişkin olup söz konusu taşınmaz davanın sebebi ise, uyuşmazlığın çözümü açısından, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olduğu; buna karşılık uyuşmazlık vasıtasız olarak söz konusu taşınmaza ilişkin bulunmaz, aksine örneğin o taşınmaz dolayısıyla doğmuş olan bir alacağa ilişkin bulunur ise, uyuşmazlık konusunun şahsi bir hak olan alacak hakkına ilişkin olacağı ve bu durumda da söz konusu uyuşmazlık için taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin kesin yetki niteliğinde olmayacağı belirtilmiştir (ÖNEN, Yıl: 1965-66, s. 583-584).

Taşınmazın aynına ilişkin olmayan davalara, kira sözleşmesinden kaynaklanan davalar (Türk Hukuku'nda taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu esas benimsenmiştir. Brüksel I Tüzüğünde ise, taşınmaz mallara ilişkin aynî haklar veya taşınmaz malların kiralanmasını konu edinen uyuşmazlıklarda, taşınmaz malın bulunduğu üye devletin münhasır yetkisinin olduğu belirtilmiştir (m. 22). Tüzük'te Türk Hukuku'ndan farklı olarak taşınmazın kiralanması hâlinde de münhasır yetkili mahkeme düzenlenmiştir. Ancak Tüzükte sadece bazı şartlarla taşınmaz kirasında münhasır yetkinin doğduğu kabul edilmiş, buna karşılık kira dışında örneğin taşınmaz malın satımına ilişkin sözleşmenin feshi nedeniyle açılan tazminat davalarında münhasır yetki kabul edilmemiştir. Örneğin, Divan taşınmaz malın satımına ilişkin sözleşmenin feshi nedeniyle açılan bir tazminat davası olan 05.04.2001 tarihli ve 518/99 sayılı (2001/C 200/66) Richard Gaillard v. Alaya Chekili davasında münhasır yetkinin olmadığına karar vermiştir. Aynı esas Brüksel Recast I Tüzüğü içinde geçerlidir. Zira, Brüksel Recast I Tüzüğü'nün 24'üncü maddesinde benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ayrıca Brüksel Recast I Tüzüğü m. 24'de Tüzük kapsamında münhasır yetkili olan diğer

mahkemeler de sayılmıştır) kiralanan taşınmazın tahliyesi, taşınmaz satım bedelinin ödenmesi için açılan davalar, ipotekle temin edilmiş olan para alacağının ödenmesine ilişkin davalar, satış vaadi sözleşmesinin feshine ve bu sözleşmede kararlaştırılmış olan cezai şartın ödenmesine ilişkin davalar, davalıya ait arsa üzerinde bina yapmış olan davacının bina için yaptığı giderlerin ödenmesine ilişkin davalar, taşınmazla ilgili sigorta sözleşmesinden doğan davalar gösterilebilir. Bu davalarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kesin değildir (GÖRGÜN ve KODAKOĞLU, Yıl: 2012 s. 81; KURU, Yıl: 2001 (a) s. 509 vd.; KURU vd. Yıl: 2014 s. 145 vd.; ÖNEN, Yıl: 1965-66 s. 605 vd.; UMAR, Yıl: 2014 s. 53 vd.; YILMAZ, Yıl: 2013 s. 154. Kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin kesin yetkili olmadığı konusunda bkz. GÖRGÜN ve KODAKOĞLU, Yıl: 2012 s. 81; ULUKAPI, Yıl: 2014 s. 158; MUŞUL, Yıl: 2013 s. 93-94; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 174; YILMAZ, Yıl: 2013 s. 154.; YILMAZ, Yıl: 2007 s. 47 vd. EKŞİ ise, tahliye davaları ile kira tespiti davalarında uygulanacak hukuk ile mahkemenin yetkisi arasında sıkı bir bağlantı olmasından dolayı mülga HUMK m. 13'ün (HMK m. 12) hem taşınmaz üzerindeki aynî haklara hem şahsi haklara ilişkin davaları kapsayacak şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmektedir, bkz. EKŞİ, Yıl: 2000 s. 99).

Nitekim Yargıtay da Almanya'da bulunan bir taşınmazın satımı için, kararlaştırılan bedelin bir kısmının ödenmemiş olması üzerine, kalan kısmın ödenmesi için açılan bir davada (Yarg. 13. HD T. 29.01.1993, E. 1993/408, K. 1993/560 K. sayılı kararı, bkz. www.kazancı.com) “.. HUMK.'nun 13. maddesine göre taşınmaz üzerinde bir aynî hakka ilişkin uyuşmazlıklarda taşınmazın bulunduğu yerde davanın açılması gerekir. Taşınmazın üzerinde şahsi hakka ilişkin davalar m. 13 hükmüne dahil değildir. Olayımızdaki devir sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin ödenmesi davası da taşınmazın aynına ilişkin değildir. Şahsi bir alacak davasıdır. O nedenle 13. maddenin uygulanma olanağı yoktur. O nedenle olayımızda kamu düzeni ile ilgili kesin yetki söz konusu değildir.

Burada uluslararası yetki itirazı söz konusudur. Taraflar arasında düzenlenen ve dava dilekçesine ekli olarak sunulan (Kira anlaşması ve devir senedi) başlıklı belgenin 8. maddesinde, uyuşmazlık çıkar da Almanya ve Türkiye mahkemelerinin yetkili olduğu belirtilmiştir. Bu sözleşme Almanya’da bulunan taşınmazın satışı ile ilgilidir ve davacı satış bedelini talep etmektedir. Taraflar Türk vatandaşı olup, Almanya’da oturdıkları ve sözleşmeyi Almanya’da yaptıkları anlaşılmaktadır. Türk mahkemelerinin de yetkili olduğuna dair anlaşma geçerlidir. Bu sözleşme altındaki imzanın davalıya ait olduğunu anlaşılırsa, Türk mahkemesinin uluslar arası yetkisine itiraz edemez...” şeklinde karar vermiştir.

Şahsi talep hakkı dava konusu yapılmakla birlikte dava sonunda verilecek hükümle, tapu sicilinde değişiklik söz konusu olacaksa, bu durumda HMK m. 12 uygulanacak ve taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili olacaktır. Örneğin, Alman vatandaşı alıcı Bay (A) ile Türk vatandaşı satıcı Bay (T) arasında İstanbul’da bulunan bir taşınmaz için taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapıldığını varsayalım. Satıcının kanunî bir engel olmamasına (Alman vatandaşının Tapu Kanunu m. 35 anlamında taşınmaz edinmesi konusunda gerekli şartları yerine getirmiş olduğu kabul edilmiştir.) rağmen, Bay (A)’nın satış sözleşmesi yapılmasına yönelik beyanına karşılık vermemesi hâlinde, Bay (A)’nın açacağı davada taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi münhasır yetkilidir (Benzer görüş için bkz. KARSILI, Yıl: 2014 s. 232; KURU, Yıl: 2001 (a) 504; MUŞUL, Yıl: 2013 s. 94; ULUKAPI, Yıl: 2014 s. 162. Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı için bkz. YHGK T. 13.06.1984, E. 1984/14-374, K. 1984/706 (www.kazancı.com)). Zira, mahkemenin vereceği karar satım sözleşmesi kurulmuş gibi, söz konusu taşınmazın Bay (A) adına tescil ettirilmesini sağlayacaktır. Böylelikle de taşınmaz üzerinde aynî hak değişikliği meydana gelmiş olacaktır.

Son olarak özellikle aynî haklarla ilgili olduğundan HMK m.12/2’ye değinmek gerekir. Bu madde uyarınca irtifak hakkına ilişkin davalarda üzerinde irtifak hakkı kurulan “taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi” kesin yetkili mahkeme olarak düzenlenmiştir. Bu hükümden irtifak hakkının taşınırılar üzerinde kurulması

hâlinde, mahkemenin kesin yetkili olmayacağı sonucu çıkmaktadır. Örneğin, bir taşınırın intifa hakkının konusunu oluşturduğu bir intifa sözleşmesinde kesin yetkili bir mahkeme bulunmamaktadır.

3.3.1.1.5. Davanın Birden Fazla Taşınmaza İlişkin Olması Durumunda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi

Taşınmazın bulunduğu yerde açılması zorunlu olan davanın birden fazla taşınmaza ilişkin olması halinde, dava taşınmazlardan birinin bulunduğu yer mahkemesinde açılabilir (HMK m. 12/3). Burada davacıya bir seçim hakkı tanınmıştır. Davacı davasını, söz konusu dava ile ilgili olan taşınmazların bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açmak konusunda serbesttir (KILIÇOĞLU, Yıl: 2012 s. 147. Benzer yönde, KURU, Yıl: 2001 (a), s. 521; KURU vd. Yıl: 2014 s. 147; ULUKAPI, Yıl: 2014 s. 163). Buna karşılık doktrinde, davacının tamamen serbest olmaması gerektiği, hükmün dar yorumlanarak değer esasına göre hareket edilmesi ve değeri en yüksek olan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde davanın açılması gerektiği ileri sürülmüştür (ÖNEN, Yıl: 1965-66 s. 610-611; YILMAZ, Yıl: 2007 s. 53).

3.3.1.1.6. Özellikli Bazı Durumlar

Taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıklar konusundaki özellikli durumlar olarak inceleyeceğimiz iki durum vardır. Bunlar; uyuşmazlık konusu taşınmazın birden fazla ilçenin sınırında kalması ve bir uyuşmazlık hakkında yargılama yapılırken yargı çevresinin değişikliğe uğraması hâllerinde yetkili mahkemenin hangi yer mahkemesi olacağıdır.

Uyuşmazlık konusu taşınmazın, birden fazla ilçenin sınırları içinde kalması hâlinde yetkili mahkemenin hangi ilçenin bulunduğu yer mahkemesi olacağının tespit edilmesi gerekmektedir. Zira taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda yetki kesindir. Davanın başka bir yer mahkemesinde açılması mümkün değildir. Örneğin,

bir Alman vatandaşının almış olduğu taşınmazın bir kısmı (A) ilçesi sınırlarında bir kısmı ise (B) ilçesi sınırlarında ise, taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıklarda hangi ilçe mahkemesinde dava açılmalıdır? HMK’de ya da diğer kanunlarda konuya ilişkin bir hüküm yoktur. HMK’de sadece uyuşmazlık konusunun birden fazla taşınmaza ilişkin olması hâlinde taşınmazlardan birinin bulunduğu yerde, diğerleri hakkında da açılabilceği düzenlenmiştir (HMK m. 12/son). Ancak yukarıdaki örnekte vermiş olduğumuz durum, HMK m. 12/son’a uygun değildir. Konu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş (ÖNEN, Yıl: 1965-66 s. 612. Kanaatimizce böylesi bir durumda HMK m 12/son kıyasen uygulanabilir. Bu nedenle biz, bu görüşe katılmaktayız) HMK m. 12/son’un (mülga HUMK m. 13/son) kıyasen uygulanması gerektiğini belirtirken, diğer görüş (YILMAZ, Yıl: 2007 s. 52-53) ise, usul ekonomisi açısından davanın hangi yer mahkemesinde açılması daha elverişli ise, orada açılması gerektiği, bu konuda davacıya seçim hakkının tanınması gerektiğini ileri sürmektedir.

Söz konusu durum bir Yargıtay kararına konu olmuştur. Karara göre göre (Yarg. 1. HD T. 26.11.2001, E. 2001/12357, K. 2001/12795 sayılı kararı, bkz. ÇELİK, Yıl: 2005 s. 626-627. (www.kazancı.com)); *“Dava, tapu kaydı ve zilyetliğe dayalı elatmanın önlenmesi isteğine ilişkindir. Mahkemece, taşınmazın büyük bölümünün Ç. İlçesi sınırlarında kaldığından bahisle HUMK’nun 13. maddesi uyarınca yetkisizliğe karar verilmiştir. Tüm dosya içeriği, toplanan kanıtlar ve yerinde yapılan uygulamayla çekişmeli taşınmazın bir bölümünün A. ilçesi sınırlarında kalmış olmasına karşın; büyük bölümünün Ç. ilçesi sınırlarında kaldığı anlaşılmaktadır. Gerçekten, taşınmaz mala ilişkin davaların görülmesine yönelik yetki, kamu düzeninden kaynaklanmakta olup, kesin yetki niteliği taşır. (HUMK’nun 13) Öte yandan, anılan madde hükmü uyarınca, davaya birden fazla taşınmaz konu edilmiş ise; bir yada birkaç gayrimenkulun bulunduğu yer mahkemesi davaya bakmakla yükümlüdür. Anılan madde hükmü kıyasen değerlendirildiğinde; dava konusu taşınmazın birden fazla ilçenin sınırları içinde kalması hâlinde de davanın o ilçelerden birinde açılması görülebilirlik koşulunun gerçekleştiği anlamını taşır...”*. Görüldüğü gibi kararda uyuşmazlık konusunun birden fazla taşınmaza ilişkin olması

hâlinde bu taşınmazların bulunduğu yer mahkemelerinden birinde davanın açılabilirliğinin düzenlendiği mülga HUMK m. 13/son (HMK m. 12/son) hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği belirtilmiştir.

Bir uyuşmazlık hakkında yargılama yapılırken, yargı çevresinin değişikliğe uğraması hâlinde mahkemenin nasıl bir yol izleyeceğinin belirlenmesi gerekir. Bu konuyu ikili bir ayırım yaparak incelemek daha doğru olacaktır. Zira, uyuşmazlığın taşınmazın aynından kaynaklanıp kaynaklanmamasına göre vereceğimiz cevapta değişiklik olacaktır. İlk olarak uyuşmazlık taşınmazın aynından kaynaklanmıyorsa, mahkeme kendiliğinden davayı bir başka yer mahkemesine devredemeyecektir. Dava açıldıktan sonra taşınmazın bir mahkemenin yargı çevresine girmesi veya o yerde mahkeme teşkilatı kurulması, mahkemenin yetkisini etkilemeyecektir. Ancak uyuşmazlık konusu taşınmazın aynına ilişkin ise, bu durumda mahkeme kendiliğinden harekete geçecek ve yetkisizlik kararı verecektir. Zira, taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda yetki kesindir kesindir (ÇELİK, Yıl: 2005 s. 579). Örneğin, taşınmazın aynına ilişkin bir dava doğru yerde açıldıktan sonra, davanın açıldığı köy daha sonra kurulmuş olan başka bir ilçenin sınırlarında kalırsa, bu takdirde davanın açıldığı yer mahkemesinin yetkisi sona erecek ve dosya yeni kurulan yer mahkemesine gönderilecektir (PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 174. Çekişmesiz yargı işleri konumuz kapsamında değerlendirmeye alınmamaktadır. Ancak HMK m. 382’de düzenlenen eşya hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işlerinden kısaca bahsetmekte fayda vardır. HMK m. 382/2-ç’ye göre eşya hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işleri; “1) Taşınmaz üzerinde taraf oluşturulmasına ve hak ihlaline sebebiyet vermeyecek düzeltmelerin yapılması. 2) Taşınmaz rehninde alacaklı için kayyım tayini”dir. Özellikle konumuz açısından önem taşıyan husus HMK m. 382/2-ç/1 hükmüdür. Bu tür uyuşmazlıklarda davacı tapu kayıtlarının malik hanesindeki kimlik bilgilerinin nüfus kayıtlarına uygun biçimde düzeltilmesini talep etmektedir. Bunun dışında ileri sürebilecekleri herhangi bir hakkı da bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu konuyu incelemiş ve ; “Bu tür davalarda Tapu Sicil Tüzüğü’nün 25. maddesinde belirtilen ve kütükte bulunması zorunlu olan kimlik bilgilerinden tapu malikinin adı ve soyadı,

baba adı ile edinme nedeni, tarih ve yevmiye numarasına ilişkin yanlış yazılan bilgilerin düzeltilmesi istenebilir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382/1. maddesinde; "Çekişmesiz yargı, hukukun mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır" hükmüne yer verilmiş; bu ölçütler ise ilgililer arasında uyumsuzluk olmayan haller, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkın bulunmadığı haller ve hakim in re'sen harekete geçtiği haller olarak ifade edilmiştir.

Kanunda çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğu önce genel çerçevesi belirlenerek, daha sonra da mümkün olduğunca sayılarak belirtilmiştir. Ancak bu sayma sınırlı olmadığından yasa maddesinde sayılmayan fakat çekişmesiz yargı ölçütlerini taşıyan diğer işlerin de çekişmesiz yargı işi olarak kabulü gerekir. Yani, 382. maddede sayılmamakla beraber çekişmesiz yargının ölçütlerinden birini veya birkaçını taşıyan bir iş de çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilebilir.

Tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davalarında, davacı taraf tapu kayıtlarındaki kimlik bilgilerinin nüfus kayıtlarına uygun hale getirilmesini talep etmekte olup, bu tür davalarda hasım gösterilen Tapu Sicil Müdürlüğü ile aralarında bir uyumsuzluk yoktur. Tapu Sicil Müdürlüğü davada sadece yasal hasım olarak yer almaktadır. Gerçekte davada taraf değil, sadece ilgilidir. İlgililerin uzlaşması halinde çekişmenin ortadan kalktığından söz edilemez veya bu davalarda ilgili tarafın davayı kabulü sonuç doğurmaz. Taraflar arasında bu anlamda gerçek bir çekişmenin varlığı söz konusu değildir.

Davacıların yukarıda belirtildiği gibi davada tapu kayıtlarının malik hanesindeki kimlik bilgilerinin nüfus kayıtlarına uygun biçimde düzeltilmesi dışında ileri sürebilecekleri herhangi bir hakları da bulunmamaktadır.

Yine bu tür davalarda, kimlik bilgilerinde düzeltme yapılması istenen tapu maliki ile ilgili araştırmada mülkiyet nakline neden olunmaması için, taraf delilleri

dışında gerekli görülen hususlarda re'sen araştırma yapılması gerekmektedir. Ayrıca, bu davaların sonucunda verilen kararlar kesin hüküm sayılmamaktadır. Kararın haksız veya hatalı görülmesi halinde ileri sürülen delillere göre yeniden düzeltme talebinde bulunulabilmesi, hükmün değiştirilebilmesi mümkündür. Bunların yanında, uygulamada davanın kabulüne karar verilmesi halinde dahi yargılama giderleri davacı üzerinde bırakılmakta, Tapu Sicil Müdürlüğü yargılama giderlerinden ve vekalet ücretinden sorumlu tutulmamaktadır.

Bütün bu değerlendirmelere göre; tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davaları da 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinde belirtilen çekişmesiz yargı işlerinden sayılmalıdır. Kaldı ki, 382. maddenin 2-ç/1 fıkrasında "Taşınmaz üzerinde taraf oluşturulmasına ve hak ihlaline sebebiyet vermeyecek düzeltmelerin yapılması" çekişmesiz yargı işi sayılmış olup, niteliği itibariyle tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davalarından başka bu tarife uyacak bir dava türü de bulunmamaktadır.

Halen yürürlükte bulunan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 383. maddesine göre de, çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece sulh hukuk mahkemeleridir. Bu itibarla, çekişmesiz yargı işi olan tapu kayıtlarında kimlik bilgilerinin düzeltilmesi davalarına sulh hukuk mahkemelerince bakılması gerekir.

Anılan Yasa'nın 114/1-c ve 115. maddeleri gereğince, görev dava şartlarından olup mahkeme, dava şartlarının mevcut olup olmadığını davanın her aşamasında kendiliğinden araştırmalıdır. Bu tür davaların asliye hukuk mahkemesinde görülmesi mümkün olmadığından, dava şartının yokluğu nedeniyle davanın görev yönünden reddine, dosyanın görevli sulh hukuk mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekirken işin esasına girilerek davanın esastan sonuçlandırılması doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir..." şeklinde karar vermiştir (Yarg.14. HD T. 23.03.2012, E. 2012/3410, K. 2012/4231 sayılı kararı, [<http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=17488>])).

3.3.1.2. Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin, Ortaklık veya Üyelik İlişkileriyle Sınırlı Olmak Kaydıyla, Bir Ortağına veya Üyesine Karşı veya Bir Ortağın Yahut Üyenin Bu Sıfatla Diğerlerine Karşı Açacakları Davalar

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 14/2 hükmüne göre;

“Özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir”. Doktrinde bu fıkra uyarınca tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin, münhasır yetki şeklinde kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (GÜVEN, Yıl: 2013 s. 101).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 14/2 kapsamında çeşitli davaların açılması söz konusudur (HMK m. 14/2 kapsamında açılacak çeşitli davalar için bkz. E. YILMAZ, Yıl: 2013 s. 166 vd. Doktrinde söz konusu maddede ortak veya üye kelimelerinin kullanılmasının nedeninin tüzel kişiliğin türüne göre belirleme yapılacak olmasından kaynaklandığı ve bu takdirde şirket tüzel kişiliklerinde ortak, derneklerde ise üye ilişkisinin söz konusu olacağına vurgu yapıldığı belirtilmiştir, bkz. E. YILMAZ, Yıl: 2013 s. 167). Ancak konumuz açısından önem arz eden konu ise aynî hak uyuşmazlıklarıdır. Bu kapsamda açıklığa kavuşturulması gereken konu HMK m. 14/2 kapsamına giren uyuşmazlığın konusunun bir taşınmazın aynı ile ilgili olması hâlinde, HMK m. 12'nin mi yoksa HMK m. 14/2'nin mi uygulanacağıdır. Zira, tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer ile taşınmazın bulunduğu yer farklı yerlerde olabilir. Örneğin, bir kooperatif ortağı tarafından diğer bir ortağa ya da kooperatife karşı daire (taşınmaz) tahsisinin iptali için bir dava açılmış olması hâlinde yetkili mahkeme neresidir? Bu konu 2001 tarihli bir Yargıtay (Yarg. 11. HD T. 21.12.2001, E. 2001/7262, K. 2001/10088, bkz. www.kazanci.com) kararında tartışılmıştır. Söz konusu karara göre;

“... Dava, kooperatif dairesinin davalı üye adına mevcut tahsisinin iptaline ve dairenin iadesi istemine ilişkindir.

Mahkemece, davanın taşınmazın aynına yönelik olduğu gerekçesiyle yetkisizliğe dair hüküm kurulmuş ise de, davanın açıklanan özelliği nazara alındığında, salt taşınmaza yönelik bir dava olmadığı; davanın üye tarafından, kooperatif ve başka bir üye aleyhine, dairenin adına tahsisini sağlamaya yönelik olarak açıldığı anlaşılmaktadır.

HUMK.nun 17. maddesi gereğince tüzel kişi olan kooperatif ile üyeleri arasındaki davaların kooperatifin ikametgahı addolunan mahal mahkemesinde görülmesi gerekir. MK.nun 49. maddesine göre de hükmi şahsın ikametgahı, nizamnamesinde aksine hüküm bulunmadıkça muamelelerinin yürütüldüğü yerdir. Bu yetki kuralı, kamu düzenine ilişkin kesin yetki kuralı olup, mahkemece resen dikkate alınması gerekir. Kaldı ki dava, taşınmaza ilişkin tapu iptali davası olmayıp, 1163 sayılı Yasanın 2. maddesinde düzenlenen tahsis işleminin iptaline yönelik bulunmakta olduğundan HUMK.nun 13. maddesinin uygulama alanı da bu davada bulunmamaktadır...”

Her ne kadar söz konusu karar mülga HUMK ve mülga TMK döneminde verilmiş olsa da, karara konu hükümlerde köklü bir değişiklik yapılmamıştır. Görüldüğü gibi, Yargıtay böylesi bir durumda HMK m. 12’nin değil, HMK m. 14/2’nin uygulanması gerektiği yönünde içtihat oluşturmuştur.

Yine, Yargıtay (Yarg. 11. HD, T. 04.07.2006, E. 2005/7565, K. 2006/7925) kooperatif üyeliğinden ihraç edilen kişinin, kooperatife ait bağımsız bölümlerinden (dükkân) birinin kapı kilidini kırarak dükkânı işgâl etmesi sebebiyle açılan müdahalenin men’i, taşınmazın eski hâle getirilmesi ve haksız işgâl nedeniyle tazminat davasında HMK m. 14/2’nin (HUMK m. 17/2) uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

3.3.2. Diğer Kanunlarda Düzenlenen Yetkili Mahkemeler

Türk Özel Hukuku'nda yetkili mahkeme konusu genel olarak HMK kapsamında düzenlenmekle birlikte, başka kanunlarda da yetkili mahkemeye ilişkin kurallara yer verildiği görülmektedir. Örneğin TMK m. 32'de gaiplik davalarında yetkili mahkeme, İİK m. 154'de iflâs davalarında yetkili mahkeme konuları düzenlenmiştir.

Aynî haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme konusunda özel kanunlarda hüküm olabilmektedir. Örneğin, bu kapsamda Ticari İşletme Rehni Kanunu'nda (TİRK) bir hüküm bulunmaktadır. Ticaret veya esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı bir ticarî işletme üzerinden rehin hakkı TİRK'de yer alan hükümler çerçevesinde yapılmaktadır (TİRK m. 1). Kanun'da "*yetkili mahkeme*" başlıklı bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu hükme göre TİRK'in uygulanmasından çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde, ticari sicilin bulunduğu yer mahkemesi görevli ve yetkilidir (TİRK m. 22). Ticari sicilin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi doktrinde kesin yetki olarak belirtilmiştir (BELGİN-GÜNEŞ, Yıl:2012 s. 201; KURU, Yıl: 2001 (a), s. 545; KURU vd. Yıl: 2014 s. 149; ULUKAPI, Yıl: 2014 s. 164; Yılmaz, Yıl: 2007 s. 65). Benzer şekilde diğer kanunlarda da böylesi hükümlerin varlığı hâlinde, yabancılık unsuru taşıyan aynî haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilebilecektir.

3.4. Taşıma Araçları Üzerindeki Aynî Hak Uyuşmazlıklarda

Yetkili Mahkemeler

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 22 hava, deniz ve raylı taşıma araçları üzerindeki aynî hak uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuku düzenlemiştir. Böylesi uyuşmazlıklarda Türk Hukuku'nda hangi yer mahkemesinin yetkili olacağının tespit edilmesi gerekmektedir.

Gemiler uluslararası ticarete sıklıkla kullanılan yük ve yolcu taşıma araçlarıdır. Gemilerle ilgili pek çok uyuşmazlığın çıkması mümkündür. Örneğin, gemi kaydının silinmesi davası, kanunî rehin hakkının doğup doğmadığı, donatan aleyhine herhangi bir alacaktan dolayı açılacak bir dava, kaptanın yüke zarar vermesi neticesinde açılabilir olan dava bu davalardan bazılarıdır.

Gemiler üzerindeki aynî hak uyuşmazlıklarında yetkili mahkemeye yönelik özel bir düzenleme HMK’de bulunmamaktadır. TTK’nin Deniz Ticareti kısmılı beşinci kitabında yetkili mahkemenin düzenlendiği bazı hükümler tespit edilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu’nun Deniz Ticareti Kitabı’nda “*yetkili mahkeme*” başlığında üç hüküm yer almaktadır. Bu hükümlerden ilkinin TTK m. 1063 oluşturmaktadır. İlgili hükme göre; “*(1) Donatan aleyhine, bu sıfatı dolayısıyla, herhangi bir alacaktan dolayı geminin bağlama limanının bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir*”. Görüldüğü gibi burada özel yetkili bir mahkeme düzenlenmiş ve genel yetkili mahkemeye ek olarak böylesi bir uyuşmazlıkta geminin bağlama limanının bulunduğu yer mahkemesine de yetki verilmiştir. İkinci düzenleme ise, TTK m. 1087’de yer almaktadır. İlgili hükme göre; “*(1) Paydaş donatanlar aleyhine bu sıfatları dolayısıyla diğer paydaş donatanlar veya üçüncü kişiler tarafından herhangi bir alacaktan dolayı geminin bağlama limanının bulunduğu yer mahkemesinde de dava açılabilir. (2) Davanın paydaş donatanlardan biri veya birkaçı aleyhine açılmış olması hâlinde de aynı hüküm uygulanır*” denilerek yine bu tip uyuşmazlıklar hakkında genel yetkili mahkemenin yanında özel yetkili bir mahkeme belirlenmiştir. Yine, TTK m. 1310/3’de “*Gemi adamlarına ve kurtaranın diğer adamlarına verilecek pay*” başlıklı maddede pay cetveline karşı, cetvelin bildirilmesinden sonra Türkiye’de ilk varılan yerdeki mahkemede o yere varma tarihinden itibaren onbeş gün içinde itiraz edilebileceği düzenlenmiştir.

İnceleme konumuz kapsamında TTK’de yetkili mahkeme başlığını taşıyan son hüküm 1354 vd. maddelerdir. İlgili hükümlere göre dava açılmadan önce Türk ve yabancı bayraklı gemilerde ihtiyati haciz kararını vermeye yetkili mahkeme; yine

dava açıldıktan sonra ihtiyati haciz kararını vermeye yetkili mahkeme; deniz alacağının esası hakkında yetkili mahkeme gibi konular düzenlenmiştir.

Türk bayraklı gemilerde ihtiyati haciz kararı, geminin demir attığı, şamandıraya veya tonozla bağlandığı, yanaştığı veya kızağa alındığı yer mahkemesi ya da bir Türk Gemi Siciline kayıtlı gemilerde, sicil yeri mahkemesi; sicile kayıtlı olmayan gemilerde malikin yerleşim yeri mahkemesi; 941'inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca (*“(1) Bir Türk gemisi, kendilerine ait olduğu takdirde Türk Bayrağı çekme hakkını kaybedeceği kişilere, en az bir yıl süreyle kendi adlarına işletilmek üzere bırakılmış olursa, malikin istemi üzerine Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, bırakma süresince, o ülke kanunları buna imkân sağlıyorsa geminin yabancı bayrak çekmesine izin verebilir. Bu izin sona ermedikçe veya kanuni sebeplerle geri alınmadıkça gemi Türk Bayrağı çekemez.*

(2) Türk gemisi olmayan bir gemi, ona Türk Bayrağı çekebilecek kişilere en az bir yıl süreyle kendi adlarına işletilmek üzere bırakılmışsa, malikin rızası alınmış olmak, Türk mevzuatının kaptan ve gemi zabıtları hakkındaki hükümlerine uyulmak ve yabancı kanunda da bunu engelleyen bir hüküm bulunmamak şartıyla, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı geminin Türk Bayrağı çekmesine izin verebilir. Şu kadar ki, izin alan kişi, her iki yılda bir, izin için gerekli şartların varlığını sürdürdüğünü ispatlamakla yükümlüdür.

(3) İkinci fıkra da belirtilen gemiler, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığınca tutulacak özel bir sicile kaydolunur” (TTK m. 941)) tutulan özel sicile kayıtlı gemilerde kiracının yerleşim yeri mahkemesi olarak düzenlenmiştir (TTK m. 1354). Yabancı bayraklı gemilerde dava açılmadan ihtiyati haciz kararı ise, sadece geminin demir attığı, şamandıraya veya tonozla bağlandığı, yanaştığı ya da kızağa alındığı yer mahkemesi tarafından verilmektedir (TTK m. 1355). Bu hükümler aslında gemi üzerindeki aynî haklara ilişkin bir konudaki yetkili mahkemeyi değil, Türk ve yabancı bayraklı gemilerde ihtiyati haciz kararının nereden alınacağını düzenlemektedir Deniz alacaklarının esası hakkında yetkili mahkeme de yine, 1354

ve 1355' inci maddeleri uyarınca yetkisi belirlenen mahkemelerdir. Deniz alacakları bakımından TTK m. 1354-1355'in uygulama alanı bulabilmesi deniz alacağının esasına ilişkin olarak yapılmış bir yetki veya tahkim sözleşmesinin bulunmamasına bağlıdır (TTK m. 1359) (Konu esas itibariyle TTK m. 1354-1361 arasında düzenlenmiştir. Yukarıda incelemeye almadığımız diğer hükümlere ise burada değinilecektir. İlgili sözleşmeye konulmuş bir yetki veya tahkim kaydına ya da ayrıca yapılmış olan bir yetki ya da tahkim sözleşmesine göre, hakkında ihtiyati haciz kararı uygulanacak olan deniz alacağının esası hakkında hüküm vermeye bir hakem kurulu veya yabancı mahkeme yetkili olsa ya da deniz alacağının esasına yabancı bir devletin hukuku uygulansa bile, 1354 ve 1355 inci maddelere göre yetkili olan mahkemeler, bir deniz alacağı için teminat elde edilmesini sağlamak üzere ihtiyati haciz kararı vermeye yetkilidir (TTK m. 1356). Bir deniz alacağı hakkında, yurt içinde mahkemede dava açıldıktan sonra, ihtiyati haciz kararı, sadece davayı gören mahkemeden istenebilmektedir. Bir deniz alacağı hakkında, hakem önünde veya yurt dışındaki bir mahkemede dava açılmışsa, kesin hüküm verilinceye kadar ihtiyati haciz kararı, sadece 1354 ve 1355 inci maddelere göre yetkili olan mahkemeden istenebilmektedir (TTK m. 1357). Yokluğunda ihtiyati haciz kararı verilmiş olan kişilerin itirazları hakkında karar vermeye; esas hakkında dava açılmadan önce, ihtiyati haciz kararını vermiş olan mahkeme; esas hakkında Türkiye'de dava açılmışsa, bu mahkeme; esas hakkında hakem önünde veya yurt dışındaki bir mahkemede dava açılmışsa, ihtiyati haciz kararını veren mahkeme yetkilidir. Bu mahkemeler ihtiyati haciz kararının değiştirilmesi, istihkak iddiaları, tarafların yatırdıkları teminatların artırılması veya azaltılması, türünün değiştirilmesi veya iptali hususlarında yapılacak başvurular hakkında karar vermeye de yetkilidir (TTK m. 1358). İhtiyati haciz kararı veren mahkeme, haksız çıkan alacaklı aleyhine açılacak tazminat davasını da görmeye yetkilidir. Deniz alacağının esası hakkında yurtiçinde veya yurt dışında mahkemede veya hakem önünde dava açılmışsa, bu davanın sonuçlanması, tazminat davası yönünden bekletici sorun oluşturur (TTK m. 1361)).

Deniz alacaklarının neler olduğu TTK m. 1352’de yirmi ik kalem hâlinde sayılmıştır. Bu alacaklardan konumuz itibariyle önemli olan iki tanedir. Bunlar;

“t) Geminin mülkiyeti veya zilyetliğine ilişkin her türlü uyuşmazlık.

v) Gemi rehni, gemi ipoteği veya gemi üzerinde aynı nitelikteki aynî bir yükümlülük” tür. Görüldüğü gibi geminin mülkiyeti ya da zilyetliğine yönelik bir uyuşmazlık çıktığında ya da gemi rehni, gemi ipoteği ya da gemi üzerinde aynı nitelikteki bir aynî yükümlülük söz konusu olduğunda bir deniz alacağı oluşmuş olacaktır. Bu deniz alacağı bakımından bir yetki ya da tahkim sözleşmesi yapılmamışsa, Türk bayraklı gemilerde yetkili mahkeme;

a) Geminin demir attığı, şamandıraya veya tonozla bağlandığı, yanaştığı veya kızağa alındığı yer mahkemesi,

b) Türk Gemi Siciline kayıtlı gemilerde, sicil yeri mahkemesi,

c) Sicile kayıtlı olmayan gemilerde malikin yerleşim yeri mahkemesi,

d) 941’inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca tutulan özel sicile kayıtlı gemilerde kiracının yerleşim yeri mahkemesidir (TTK m. 1354). Yabancı bayraklı gemilerde ise, geminin demir attığı, şamandıraya veya tonozla bağlandığı, yanaştığı ya da kızağa alındığı yer mahkemesidir.

TTK m. 1359 deniz alacağına ilişkin uyuşmazlıklarda yetki ve tahkim sözleşmesi yapılabileceğini dolaylı yolla düzenlemiştir. TTK m. 1354-1355’de davanın sadece burada düzenlenen mahkemelerde açılabilceğı belirtilmiş olsa da, TTK m. 1354-1355 ve 1359 birlikte değerlendirildiğinde deniz alacakları açısından 1354 ve 1355’de düzenlenen mahkemeler kanaatimizce kesin yetkili mahkemeler değildir. Gemi taşınır bir eşyadır. Taşınır eşyalar üzerindeki aynî haklara yönelik uyuşmazlıklar hakkında HMK’de kesin yetkili bir mahkeme de düzenlenmemiştir. Bu nedenle, bir deniz alacağı doğuran gemi üzerindeki aynî hakka ilişkin her türlü uyuşmazlıkta HMK’deki yetkiye ilişkin hükümler ile TTK m. 1354-1355 hükümleri birlikte uygulanacaktır. Bir başka ifade ile, TTK m. 1354-1355’de düzenlenen yetkili mahkemeler özel yetkili mahkemeler olarak değerlendirilmelidir (Brüksel Recast I Tüzüğünde bir Üye Devlet’in mahkemesinin bir geminin kullanılması veya

işletilmesi sorumluluğuna ilişkin yargı yetkisine sahip olduğu davalarda, bu mahkeme ya da o Üye Devletin iç hukukuna göre bu amaçla ikame edilmiş başka bir mahkeme de bu sorumluluğun sınırlandırılması iddiaları üzerinde ayrıca yargı yetkisine sahip olacağı düzenlenmiştir (Brüksel Recast I Tüzüğü m. 9)).

Deniz Ticaret Vasıtalarının Rehni ve İmtiyazı ve Devlet Gemilerinin Muafiyetleri ile Alâkalı Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki 1926 tarihli Milletlerarası Sözleşmede düzenlenen konularda hiçbir şey, mahkemelerin yetkisini, millî kanunlarca tanzim edilen usul ve icra yollarını ihlâl etmeyeceği yer almıştır. Zaten Sözleşmede gemi rehni konusunda yetkili mahkeme de düzenlenmemiştir. Bu nedenle, yukarıda bahsi geçen konularda TTK m. 1354-1355 ile HMK uygulama alanı bulacaktır.

Yargıtay mülga TTK'yi uygulayarak 2013 yılında vermiş olduğu bir kararında (*"Davacı vekili, müvekkili şirketin uluslararası pazarda faaliyet gösteren, gemilere yakıt ve yan ürünleri tedarik eden bir şirket olduğunu, bu faaliyeti kapsamında, gemi ilgililerinin talebi doğrultusunda ... isimli gemiye Bahamalar'da yakıt tedarik ettiğini, söz konusu yakıt tedarikine ilişkin olarak doğan 129.859.38 USD tutarında borcun 22.08.2011 tarihinde muaccel olmasına rağmen fatura bedelinin bu güne kadar ödenmediğini, taraflar arasında kararlaştırılan ödeme koşulları uyarınca fatura bedelinin muacceliyet tarihine kadar ödenmemesi durumunda bu tarihten itibaren ödeme tarihine kadar %2,5 faiz işleyeceğini, müvekkilinin alacağının ve buna bağlı rehin hakkının güvence altına alınmasını teminen 25.11.2011 tarihinde Çanakkale 1. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafında 2011/133 D. İş sayılı dosya tahtında ihtiyati haciz kararı verildiğini ve bu kararın Çanakkale 2. İcra Müdürlüğü'nün 2011/6578 E. sayılı dosyası kapsamında infaz edildiğini, ileri sürerek 129.859.38 USD alacaklarının taraflar arasındaki anlaşma uyarınca muacceliyet tarihinden ödeme tarihine kadar işleyecek aylık %2,5 faizi ile birlikte davalıdan tahsiline ... isimli gemi üzerinde kanuni rehin hakkı tesisine karar verilmesini talep ve dava etmiştir.*

Davalı acente, söz konusu gemi donatanı/işleteni adına acenteleri ile bir sözleşme imzalanmadığını, bu nedenle şirketlerine husumet yöneltilemeyeceğini, ilgili geminin ilgililerine tebligat yapılması gerektiğini belirtmiştir.

İlk derece mahkemesi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmadığı gerekçesi ile reddetmiş. Bunun üzerine Yargıtay; “ Ancak, dava açılmadan önce Çanakkale 1. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2011/133-134 sayılı dosyasında Çanakkale’ye gelen geminin haczine ve teminat mektubu ibraz edildiğinde haczin teminat üzerine kaydırılmasına karar verilmiş ve gemi donatanına izafeten gemi kaptan vekilinin ihtiyati hacze itirazı da reddedilmiş ve süresi içinde işbu dava açılmıştır. Gerek davanın açıldığı gerekse yakıtın verildiği tarih itibarıyla yürürlükte bulunan TTK’nın 1235/6. Maddesi gereğince, bu maddedeki şartlar gerçekleştiği takdirde, yakıt alacağı gemi alacaklısı hakkı verir. Aynı Yasa’nın 1236. Maddesine göre de gemi alacaklılarının gemi ve teferruatı üzerinde kanuni rehin hakları vardır. Somut olayda, davacı Çanakkale’ye gelen gemi üzerinde rehin hakkı talep etmektedir. 5718 sayılı MÖHUK’un 21. Maddesi gereğince taşınırlar ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynı haklar işlem anında malların bulunduğu yer ülke hukukuna tabidir. Bununla beraber, bir limanda bulunan bu eşyalar üzerinde rehin tesisi ve icrai fiiller Lez Rei Sitae kuralına, yani bulundukları yer hukukuna tabidir (Devletler Hususi Hukuku, Ergin-Nomer, 17. Bası, sayfa 303). Gemi alacaklısı hakkı veren alacak ve buna bağlı kanuni rehin hakkı gemiye yönelik bir hak olması sebebi ile TTK’nın 1235. maddesindeki hallerin gerçekleşmesi halinde kendiliğinden doğar. Dairemizin 1999/5412-6635, 2000/8775 E. 2001/727 K. sayılı ve 2012/5290 E. 2013/5238 K. sayılı ilamlarında da belirtildiği üzere, kanuni rehin hakkının gemiyi takip etmesi nedeni ile Türk limanına gelmiş gemi açısından rehin hakkı tesisi davasında Türk Mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Bu durumda davalı cevap layihasında Türk mahkemelerinin yetkisi kabul edildiği takdirde geminin Çanakkale limanına gelmiş olması ve tedbirinde buradan verilmesi nedeni ile İstanbul Mahkemelerinin yetkili olmayıp, Çanakkale Mahkemelerinin yetkili olduğu savunmasına göre, mahkemece Çanakkale Mahkemelerinin yetkili olduğu gözetilmeksizin yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş...” (Yarg. 11. HD T.

17.06.2013, E/K. 8856/12556, [bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 118-120]) gemi alacaklısı hakkının bir kanunî rehin hakkı olduğunu; olayda davacının Çanakkale’ye gelen gemi üzerinde rehin hakkı talep ettiğini; kanunî rehin hakkının gemiyi takip etmesi nedeniyle Türk limanına gelen gemi bakımından Türk mahkemelerinin görevli ve yetkili olduğuna karar vermiştir.

Hava araçları da deniz araçları gibi pek çok uyuşmazlığa konu olabilir. Örneğin, hava aracının satış bedelinin ödenmemesi, hava yolu ile yolcu, yük ya da bagaj taşımadan, hava aracının satışından, hava aracı üzerindeki rehinden kaynaklanan uyuşmazlıkları olabilir. Hava araçlarının konu olduğu uyuşmazlıklar hakkında TSHK m. 17’de sadece hava aracının kaybolması hâlindeki yetkili mahkeme düzenlenmiştir. İlgili hükme göre; *“Kendisinden alınan son haberden itibaren 90 gün geçen hava aracının kaybolduğuna mahkemece karar verilebilir. Yetkili mahkeme bu aracın siciline kayıtlı olduğu yer mahkemesidir. Kaybolma kararını veren mahkeme durumu re’sen Ulaştırma Bakanlığına bildirir. Hava aracında bulunanlar hakkında Medeni Kanun Hükümleri ve 05.06.1945 tarih ve 4749 sayılı Kanun ile onaylanmış olan Uluslararası Sivil Havacılık Anlaşmasının 25 inci maddesi hükmü saklıdır”* şeklinde belirleme yapılmıştır. Ancak bu hüküm hava aracı üzerindeki aynî hak uyuşmazlıkları açısından değerlendirilmeye elverişli değildir.

Sivil havacılık konusunda daha önce de değinmiş olduğumuz gibi Türkiye’nin de taraf olduğu bazı uluslararası anlaşmalar bulunmaktadır. Örneğin, 12 Eylül 1929 tarihli “Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Varşova Konvansiyonu ”na (Varşova Konvansiyonu) Varşova Konvansiyonu’nda değişiklik yapan 1955 tarihli La Haye Protokolü (Varşova Konvansiyonu ve La Haye Protokollerinin Onay Kanunlarının Yayımlandığı RG. T. 13.03.1977, RG Sayı: 15877) 1961 tarihli “Guadalajara Anlaşması”, 1966 tarihli “Montreal Geçici Anlaşması”, 1971 tarihli “Guatemala Protokolü” ve 1975 tarihli “Montreal Protokolleri” ile düzenlemeler yapılmıştır (Sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SORGUCU, Yıl: 2012 s. 19 vd.;

ŞANLI, Yıl: 1992 s. 1 vd.) Türkiye bu Sözleşmelerden sadece Varşova ve La Haye Protokolüne taraftır. Varşova Konvansiyonu uluslararası planda hava araçları ile yolcu, yük ve eşya taşımacılığını ve bu taşımacılıktan doğan taşıyanın sorumluluğu ile taşımada kullanılan taşıma belgelerini doğrudan düzenlemek amacıyla sevk edilmiştir (Varşova Konvansiyonu m. 17). Varşova/La Haye Konvansiyonu'nun uygulama alanı sözleşmeye taraf olan devletlerin konu itibarıyla, ücret içeren taşıma sözleşmelerine binaen hava araçları ile yolcu, yük ve bagaj taşımacılığı ile sınırlıdır. Bu Konvansiyon'un uygulanabilmesi için, taşıma, bir sözleşmeye dayanmalı (m. 32); ücret karşılığında ve (m. 33); hava araçları ile yapılmalıdır (m. 34). Ayrıca taşıma uluslararası karakterli olmalıdır (ŞANLI, Yıl: 1992 s. 13-14). Konvansiyon'a göre dava, davacılar âkit devletlerden birinde olmak şartıyla, taşıyanın yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde, taşıyanın esas iş merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde, taşıyanın, taşıma sözleşmesini yaptığı iş yerinin bulunduğu yer mahkemesinde ya da varma yeri mahkemesinde açılabilir (m. 28) (ŞANLI, Yıl: 1992 s. 15). Ancak konu aynî haklar kapsamında değerlendirilmeye müsait değildir. Yine, hava hukuku kapsamında incelemiş olduğumuz bir diğer sözleşmede Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşme'de yetkiye ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır.

Hava araçlarına yönelik olarak HMK'de de bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle hava araçları üzerindeki aynî hak uyuşmazlıkları HMK'deki yetkiye ilişkin hükümler çerçevesinde çözüme kavuşturulmalıdır (Benzer yönde, ŞANLI, Yıl: 1992, s. 45 vd). Hava araçları da taşınır eşyalardır. HMK'de taşınır eşyalar üzerindeki aynî hak uyuşmazlıklarına yönelik getirilmiş kesin yetkili bir mahkeme bulunmamaktadır. Bu nedenle örneğin bir hava aracının mülkiyetine yönelik bir uyuşmazlığın yaşanması hâlinde genel yetkili mahkeme HMK m. 6 uyarınca davalının dava açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesi olacaktır. Yine, aynı esas raylı taşıma araçları için de kabul edilebilir.

3.5. Yetki Sözleşmesi

Tarafların arasında bir sözleşmenin olması hâlinde, bu sözleşmeye koyacakları yetki şartı ile ya da ayrı bir sözleşme yapmak suretiyle (Metin içinde yetki şartı ya da yetki sözleşme olarak ayrı ifade kullanmak yerine, HMK’de kullanılan yetki sözleşmesi kavramının kullanılması tercih edilmiştir. Bu nedenle metinde geçen yetki sözleşmesi ifadesi yetki şartını da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Belirtmek gerekir ki, uygulamada ayrı yetki sözleşmesi yapılmasına az rastlanılmaktadır. Somut olaylarda daha ziyade yetki şartına yer verildiği görülmektedir, bkz. KURU, Yıl: 2001 (a) s. 556; KURU vd. Yıl: 2014 s.153; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 182; UMAR, Yıl: 2014 s. 71; YILMAZ, Yıl: 2013 s. 201) aralarında çıkabilecek uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerini ya da yabancı bir mahkemeyi yetkilendirebilirler.

Yetki sözleşmesi sayesinde, davacı davalıyı Anayasa m. 37’de (“(1) Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. (2) Bir kimseyi kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz” (Anayasa m. 37).) düzenlenen tabii hâkiminden (Yargılanacak olan uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce, yürürlükteki kanunlar aracılığıyla, görevi, yetkisi ve işleyişi belirlenen mahkemenin hâkimine tabî hâkim, bu durumu öngören ilkeye ise, tabii hâkim ilkesi denilmektedir, bkz. ÖZBUDUN, Yıl: 2012 s. 133; TANÖR, Yıl: 1994 s. 222. Doktrinde “kanunîlik” ve “öncedenlik” unsurlarının tabii hâkim ilkesinin iki temel ögesini oluşturduğu belirtilmektedir, bkz. TANRIVER, Yıl: 2013 s. 12. Tabii hâkim ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TANRIVER, Yıl: 2013 s. 10-35) başka bir mahkeme önüne çıkarabilmektedir (AŞIK, Yıl: 2011 s. 30; KURU vd. Yıl: 2014 s. 153). Hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın yetki sözleşmesi yapılmasına izin verilmiş olması hâlinde, ekonomik açıdan güçlü olan taraf zayıf konumda olan tarafı istediği şekilde sözleşme yapmaya zorlayabilecektir (EKŞİ, Yıl: 2000 (a) s.126; KURU vd. Yıl: 2014 s. 154).

Yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi HMK’de, yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi ise, MÖHUK’da düzenlenmiştir. Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu kanunlarda bazı şartlar öngörülmüştür. Bu şartlara aykırı şekilde yapılan yetki sözleşmesi geçerli olmayacaktır.

Yetki sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre yetki sözleşmeleri maddî hukuka ilişkin bir sözleşmedir. Bu nedenle borçlar hukukuna tâbi olması gerektiği ileri sürülmektedir (POSTACIOĞLU, Yıl: 1975 s. 160, dipnot 13; ÜSTÜNDAĞ, Yıl: 1961 s. 333. Benzer yönde, ALTUĞ, Yıl: 1983 s. 63-64). Diğer görüşe göre ise, yetki sözleşmesi usul hukukuna ilişkin bir sözleşmedir (ALANGOYA vd. Yıl: 2011 s. 175; AŞIK, Yıl: 2011 s. 20; BELGİN-GÜNEŞ, Yıl: 2012 s. 199; BOLAYIR, Yıl: 2009 s. 47; KURU, Yıl: 2001 (a) s. 555; KURU vd. Yıl: 2014 s. 152; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 179; YILMAZ, Yıl: 2013 s. 198 vd.). Bu görüşte olan yazarlara göre genel olarak, yetki sözleşmesinin asıl etkisinin usul hukuku alanında doğması ve aslında yetkili olmayan bir mahkemenin yetkili olmasının sağlanmış olması, bu sözleşmeyi usul hukukuna ilişkin bir sözleşme yapmaktadır. HMK’de sözleşmenin şekli dışında (yazılı şekil) kuruluşuna dair bir düzenleme getirilmemesi nedeniyle, uygun olduğu ölçüde bu sözleşmeye maddî hukuk kurallarının uygulanacak olması (örneğin irade sakatlığı), sözleşmeyi usul hukukuna ilişkin bir sözleşme olmaktan çıkarmamaktadır. Bunlar yan etkiler olup, sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesinde ölçüt olarak dikkate alınmamalıdır (Yetki sözleşmesinin usul hukukuna ilişkin bir sözleşme olması konusundaki gerekçeler konusunda bkz. AŞIK, Yıl: 2011 s. 19 vd.; KURU vd. Yıl: 2014 s. 152. Yetki sözleşmesinde borçlar hukuku hükümlerinin kıyasen uygulanması konusunda bkz. AŞIK, Yıl: 2011 s. 21. Benzer yönde, KURU vd. Yıl: 2014 s. 152). Kanaatimizce de yetki sözleşmeleri usul hukukuna ilişkin bir sözleşmedir.

3.5.1. Yetki Sözleşmesi ile Türk Mahkemelerinin Yetkilendirilmesi

Yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin doğması için, Türkiye’de yer itibariye yetkili bir mahkemenin varlığı

gerekmektedir. Taraflar, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi yokken, yetki sözleşmesi ile Türk mahkemesini yetkilendirerek, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetki kazanmasını sağlayabilirler. Belirtmek gerekir ki, yetki sözleşmesi usul hukuku sözleşmesi olduğundan, içinde yabancılık unsuru bulunan bir yetki sözleşmesi ile Türk mahkemesinin yetkilendirilmesi hâlinde, bu sözleşmenin şekli ve diğer geçerlilik şartları lex fori olarak Türk Hukuku'na tâbi olacaktır (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 66; AKINCI, Yıl: 2002 s. 3; EKŞİ, Yıl: 2000 (a) s. 125; KURU, Yıl: 2001 s. 641; NOMER, Yıl: 2009 s. 109; SARGIN, Yıl: 1996 s. 236. Yetki sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olması nedeniyle, yabancı ülkede yapılmış olan yetki sözleşmesinin Türk usul hukukuna tâbi olacağı konusunda bkz. KURU, Yıl: 2001(a) s. 555. Brüksel I Tüzüğü'nün uygulanabilmesi için taraflardan birinin Birlik içinde yerleşim yerine sahip olması gerekmektedir. Şayet bu şart gerçekleşmiş ise, yapılan yetki sözleşmesinin geçerliliği Brüksel I Tüzüğü m. 23'e uygun olmasına bağlıdır. Taraflardan birinin dahi yerleşim yeri Birlik içinde yer almıyorsa, o takdirde yetki sözleşmesinin geçerliliği yetkilendirilen mahkemenin hukukuna tâbi olacaktır. Örneğin tarafları Birlik sınırları dışında yerleşim yeri edinmiş iki Alman vatandaşının Türkiye'de meydana gelen bir kazadan dolayı Alman Mahkemelerini yetkili kılmaları durumunda, Tüzük m. 23'ün uygulanmasını sağlayacak bir irtibat noktası bulunmadığından (tarafların birinin dahi yerleşim yerinin Birlik içinde bulunmaması) yetki anlaşmasının geçerliliği Alman Hukuku'na; Türkiye'de yerleşim yeri olan bir kimse ile Almanya'da yerleşim yeri olan bir kimse arasında Alman Mahkemelerini yetkili kılmak amacıyla yapılan bir yetki sözleşmesinin geçerliliği ise, Tüzük hükümlerine göre karara bağlanacaktır, bkz. YARDIMCI, Yıl: 2013 s. 20-21. Benzer yönde, NIELSEN, Yıl: 2012 s. 590. Brüksel Recast I Tüzüğü'nde ise tarafların yetki sözleşmesi için yerleşim yerlerinin Birlik içinde olması şartı aranmamaktadır. Taraflar Birlik üyesi devletlerden birinin/birkaçının mahkemelerinin yetkili olacağını kararlaştırabilirler (Brüksel Recast I Tüzüğü m. 25). Yetki sözleşmesinin maddî geçerliliği seçilen üye ülkenin hukukuna; şekli geçerliliği ise, Brüksel Recast I Tüzüğü m. 25'e bağlı olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. RATKOVIĆ ve ZGRABLIJĆ-ROTAR, Yıl: 2013 s. 252 vd.).

Yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi HMK m. 17-18’de düzenlenmiştir. HMK m. 17’de “Yetki sözleşmesi” başlığı altında düzenlenen hükme göre;

“(1) Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. (2)Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır”.

Bu hükümde kimlerin yetki sözleşmesi yapabileceği, yetki sözleşmesi ile birden fazla mahkemenin yetkisinin kararlaştırılabileceği ve tarafların aksini kararlaştırmamaları hâlinde, yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemenin münhasır yetkili olacağı düzenlenmiştir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 18’de “Yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları” başlıklı maddeye göre ise,

“(1) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz. (2) Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır”.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 18’de ise, yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için aranan şartlar yer almaktadır. HMK m. 17 ve 18 yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi şartlarını düzenlemektedir. MÖHUK’da sadece yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi konusu düzenlenmiştir. MÖHUK m. 40 gereğince, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar hakkında yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi konusunda HMK m. 17-18 uygulanacaktır.

3.5.1.1. Yetki Sözleşmesi ile Türk Mahkemelerinin Yetkilendirilmesinin

Şartları

3.5.1.1.1. Yetki Sözleşmesinin Taraflarına Yönelik Şartlar

Yetki sözleşmesi ile bir Türk mahkemesinin yetkili kılınabilmesi için, öncelikli aranan şart, bu sözleşmenin tacirler ya da kamu tüzel kişileri arasında Yetki sözleşmesi ile bir Türk mahkemesinin yetkili kılınabilmesi için, öncelikli aranan şart, bu sözleşmenin tacirler ya da kamu tüzel kişileri arasında (HMK m. 17/1 hükmünün tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılmayan bütün yetki sözleşmelerini geçersiz kılması doktrinde BUDAK tarafından eleştirilmektedir. BUDAK, HMK m. 17/1 hükmünün, uyuşmazlığın doğmasından sonra ve önce şeklinde bir ayırım yapması gerektiğini, zira uyuşmazlık doğduktan sonra yapılan yetki sözleşmelerinde, iktisadi bakımdan daha güçlü tarafça karşı tarafa bir baskı yapılması suretiyle ya da onun tecrübesizliğinden yararlanarak bir yetki sözleşmesi yapıldığının kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir, bkz. BUDAK, Yıl: 2013 s. 50; BUDAK, Yıl: 2012 s. 9-10) yapılmasıdır. Bir başka ifadeyle, tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan gerçek veya tüzel kişiler kendi aralarında ya da bir tacir ya da kamu tüzel kişisi ile yetki sözleşmesi yapamayacaktır (Benzer yönde, AŞIK, Yıl: 2011 s. 21; KİRAZ, Yıl: 2012 s. 9; KURU vd. Yıl: 2014 s. 154; UMAR, Yıl: 2006 s. 123-124. Doktrinde, yetki sözleşmesinin de kesin yetki olmayan hâllerde yapılabileceği düşünüldüğünde, tacir ya da kamu tüzel kişileri arasında yapılmayan yetki sözleşmelerinde hâkimin bu durumu re'sen dikkate almasının söz konusu olmadığı belirtilmiştir, bkz. AŞIK, Yıl: 2011 s. 41; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 187-188; UMAR, Yıl: 2014 s. 73-74. Benzer yönde, KARSLI vd. Yıl: 2014 s. 35. Yine, doktrinde kanunda değişiklik yapılarak, tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılmayan yetki sözleşmelerinde hâkimlerin bu durumu re'sen dikkate almasının sağlanması gerektiği, böylelikle yetki sözleşmesinin tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılmasına yönelik düzenlenmenin amacına daha uygun bir yaklaşımın kabul edilmiş olacağı belirtilmektedir, bkz. AŞIK, Yıl: 2011 s. 42). Sözleşmenin her iki tarafının da tacir ya da kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir. Örneğin, bir

tüketicinin yetki sözleşmesi ile Türk mahkemesinin yetkilendirildiği bir sözleşmenin tarafı olması hâlinde bu sözleşme geçersiz olacaktır (BUDAK yetki sözleşmesi ile zayıf konumda olan kimseleri korumak için getirilen “*tacir ve kamu tüzel kişileri*” esasının ilke olarak isabetli olduğunu belirtmekle birlikte, olması gereken hukuk açısından eleştirmektedir. Zira sadece tacir ve kamu tüzel kişileri arasında yapılan yetki sözleşmelerine geçerlilik tanındığından örneğin esnafın, avukatların ya da doktorların da yetki sözleşmesi ile Türk mahkemesini yetkilendirememeleri söz konusudur. Hâlbuki bu kimselerin sosyal ve iktisadî açıdan özel bir korumaya ihtiyaçları olduklarını söylemek güçtür. Böyle bir düzenleme yerine özel korumaya ihtiyacı olanların belirlenip (örneğin tüketiciler) onların yaptıkları yetki sözleşmesini geçersiz saymanın daha doğru olduğunu belirtmektedir, bkz., BUDAK, Yıl: 2014 s. 8-9. KARSLI ise, zayıfın güçlüye karşı korunmasının bütün usul sözleşmeleri için geçerli olacak şekilde Kanun’da düzenlenmesi gerektiğini; böylelikle her tacir veya kamu tüzel kişisinin karşısındaki tacir veya kamu tüzel kişisi ile eşit oranda güce sahip olmayacağından (örneğin, bir banka ile yeni kurulmuş az sermayeli ve kıt kaynakları olan bir ticaret şirketi eşit şartlarda değildir) bu sorunun da çözümlenebileceğini belirtmektedir, bkz. KARSLI, Yıl: 2014 s. 227. Tacir ve kamu tüzel kişisi olmayanların da kendi aralarında yetki sözleşmesi yapmalarına izin verilmesinin özel hukuk ilişkileri açısından daha yerinde olduğu konusunda bkz. E. YILMAZ, Yıl: 2011 s. 224. Benzer yönde, AKSOYOĞLU, Yıl: 2008 s. 82). Doktrinde, taraflardan birinin tacir ya da kamu tüzel kişisi olmadığı bir yetki sözleşmesinin geçersizliğini sadece tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan tarafın ileri sürebileceği; bu durumun modern hükümsüzlük (Klasik hükümsüzlük teorisi iki çeşit hükümsüzlüğü (kesin hükümsüzlük ve gerçek anlamı ile iptal edilebilirlik) karşı karşıya koymaktadır. Bu teoride her özel durumda bu iki tipten ya birinin ya da diğerinin bulunabileceği esastan hareket etmektedir. Modern hükümsüzlük teorisi ise, bu duruma karşı çıkmış ve kesin hükümsüzlük” ve gerçek anlamı ile “iptal edilebilirlik” arasında, kısmen birinin kısmen diğerinin özelliklerini taşıyan karma nitelikte ara kuralların bulunabileceğini ortaya koymuştur, bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU vd. Yıl: 2014 s. 588) teorisinin bir örneğini teşkil ettiği belirtilmiştir (BUDAK, Yıl: 2012 s. 11-12. Doktrinde HMK m. 17’deki şartlar ve

sınırlamanın maksadından hareketle özellikle gerçek kişi tacirlerin sadece ticari işleriyle ilgili olmak kaydıyla yetki sözleşmesi yapabileceği belirtilmiştir, bkz. KARSLI, Yıl: 2014 s. 229).

Tacir veya kamu tüzel kişisi olma durumu (Tacir ya da kamu tüzel kişisinin vasıflandırılması *lex fori*'ye tabidir. Türk Hukuku'nda bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denilmektedir. Ayrıca, bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilân araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilân etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılmaktadır (TTK m. 12/1-2). TTK m. 12/3'de ise bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimsenin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Doktrinde tacir gibi sorumlu olanların yetki sözleşmesi yapamayacakları belirtilmektedir, bkz. E. YILMAZ, Yıl: 2013 s.200. Ayrıca ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılmaktadır (TTK m. 16/1). Buna karşılık, Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmamaktadır (TTK m. 16/2). Ayrıca tacire ilişkin hükümler donatma iştirakine de aynen uygulanmaktadır (TTK m. 17). Kamu hukuku tüzel kişileri ise, kamu otoritesine sahip olan tüzel kişilerdir, bkz. OĞUZMAN vd. Yıl: 2014 s. 251. Benzer yönde, ÖZSUNAY, Yıl: 1982 s. 38 vd. Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur (Anayasa m. 123/3)) yetki sözleşmesi yapılırken olması gerekir Tacir olmayan kişilerin yapmış oldukları ticari iş niteliğindeki konularda tarafların yetki sözleşmesi ile Türk mahkemesini yetkilendirmesi mümkün değildir. (Konunun yansıdığı bir

Yargıtay kararında; “... yetki sözleşmesi yapılmasında, tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olmasının aranmış olmasıdır. Diğer bir anlatımla, maddedeki tacirden anlatılmak istenen, işin ticari nitelikte olması değil, tarafların kanunlarda tacir olarak tanımlanan kişiler olmasıdır. Sözleşmenin konusunun ticari iş olması gerçek kişilere yetki sözleşmesi yapma imkanı vermemektedir” (Yarg. 12 HD T. 12.02.2013, E/K 27860/3739, [bkz. YILMAZ, E. Şerh, s. 201])). Asıl mesele, bu durumun dava safhasında da devam ediyor olmasının aranıp aranmayacağı ya da başta tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayan bir kimsenin daha sonradan tacir ya da kamu tüzel kişisi olması hâlinde yetki sözleşmesinin geçerlilik kazanıp kazanmayacağıdır. Doktrinde, tarafların tacir ya da kamu tüzel kişisi olmalarının daha sonradan ortadan kalkması durumunun önemli olmadığı, zira yetki sözleşmesinde aranan şartların sözleşmesinin yapılması anında arandığı belirtilmektedir. Bu durumda yetki sözleşmesi varlığını sürdürecektir. Yetki sözleşmesi yapma yetkisi olmayan kimselerce yapılan yetki sözleşmelerinde, tarafların sonradan tacir ya da kamu tüzel kişisi olma sıfatını kazanmaları hâlinde ise, yetki sözleşmesinin geçerli hâle gelmeyeceği ileri sürülmektedir (AŞIK, Yıl: 2011 s. 26. Benzer yönde, KARSLI vd. Yıl: 2014 s. 35-36).

Yetki sözleşmesi yapılabilmesi için tarafların tacir ve kamu tüzel kişisi olması kuralının, tarafların cüzî ve küllî halefleri için de aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, tarafların cüzî ve küllî haleflerinin de tacir ya da kamu tüzel kişisi olması aranmamaktadır. Zira, HMK m. 17 ile getirilen koruma sadece taraflara yöneliktir (AŞIK, Yıl: 2011 s. 42-42; KİRAZ, Yıl: 2012 s. 10. KURU vd. yetki sözleşmesinin tarafların cüzî ve küllî haleflerini bağlayacağını belirtmiştir, bkz. KURU vd. Yıl: 2014 s. 156). Diğer görüş ise, yetki sözleşmesinin tarafların cüzî ve küllî haleflerini bağlaması için, onların da tacir ya da kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir. Bu görüşü savunanlar, Kanun’un lafzı yorumuyla bu sonuca varılabileceğini ve yetki sözleşmesinin taraflarının Kanun’da dar tutulduğunu, bunu genişletmemek gerektiğini belirtmektedirler (BELGİN-GÜNEŞ, Yıl: 2012 s. 217; BOLAYIR, Yıl: 2009 s. 134; KARSLI vd. Yıl: 2014 s. 35; KİRAZ, Yıl: 2012 s. 9. Kambiyo senetlerinde yer alan yetki kaydının cirantaları bağlayıp bağlamayacağı

konusunun, cüzî halefiyete benzer şekilde ele alınması gerektiği konusunda bkz. KARSLI vd. Yıl: 2014 s. 36).

Dava arkadaşlığının bulunması hâlinde tarafların tacir ve kamu tüzel kişisi olmasının aranıp aranmayacağının da açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu konuda doktrinde, mecburi dava arkadaşlarından sadece birisinin tacir veya kamu tüzel kişisi olması hâlinde, yetki sözleşmesinin (tacir veya kamu tüzel kişisi olan taraf için de) geçersiz olacağı; ihtiyari dava arkadaşlığının olması hâlinde ise, yetki sözleşmesinin tacir veya kamu tüzel kişisi olan taraf/taraflar için geçerli, diğerleri için geçersiz olması gerektiği belirtilmektedir (BUDAK, Yıl: 2012 s. 19-21. Benzer yönde, KİRAZ, Yıl: 2012 s. 10).

İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda yetki sözleşmeleri konusu 17'nci maddede düzenlenmiştir. Bu kanunda yetki sözleşmesi açısından, tarafların tacir ya da kamu tüzel kişisi olması gibi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Ancak Kanun'un 35'inci maddesinde, tüketiciler, işçiler ve konut kiralari ile tarımsal hasılat kiralardaki kiracıların bu sıfatları ile yapmış oldukları sözleşme ilişkilerinden kaynaklanan davalarda, kanunen yetkili olan mahkemeye başvurma hakkından önceden feragat edemeyeceği belirtilmiştir.

Alman Usul Hukuku'nda ise, Türk Hukuku'ndakine benzer bir düzenleme yer almaktadır. Alman Medeni Usul Kanunu m. 38/1'e göre yetki sözleşmesi; tacirler, kamu tüzel kişileri ve kamu hukukuna ilişkin özel malvarlığı toplulukları (Federal Demiryolları veya Federal Posta İdaresi gibi, bkz. KARSLI, Yıl: 2014 s. 226) arasında yapılabilecektir. Ancak Türk Hukuku'ndan farklı olarak, Alman Hukuku'nda kanunda sayılan üç gruba dahil olmayanların bazı şartlar altında yetki sözleşmesi yapabilmesine olanak tanınmıştır. Bu şartlar Alman Medeni Usul Kanunu § 39'da sayılmıştır.

3.5.1.1.2. Uyuşmazlığa Yönelik Şartlar

Yetki sözleşmesi kural olarak bütün uyuşmazlıklarda yapılabilecektir (AŞIK, Yıl: 2011 s. 28; KURU, Yıl: 2001 (a) s. 558; KURU vd. Yıl: 2014 s. 154; ÜSTÜNDAĞ, Yıl: 2000 s. 35). Ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâlleri bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Bu iki durumun varlığı hâlinde, yetki sözleşmesi yapılması mümkün değildir (Bu kapsamda taksitle satış sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından alıcının yetki sözleşmesi yapamayacağını belirtmek gerekir. Zira, TMK m. 262 hükmüne göre; *“Yerleşim yeri Türkiye’de olan alıcı, tarafı olduğu taksitle satış sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklar konusunda, yerleşim yerindeki mahkemenin yetkisinden önceden feragat edemeyeceği gibi, tahkim sözleşmesi de yapamaz”*.).

Bu kapsamda aynî haklar açısından özellikle HMK m. 12 önem taşımaktadır. Zira, taşınmazın aynına ilişkin davalarda HMK’de belirlenen mahkemelerin yetkisi kesindir. Bu konularda yetki sözleşmesi yapılması mümkün değildir. Örneğin, taşınmazın taksimi ve paydaşlığın giderilmesi (TMK m. 732-733), yolsuz tescilin silinmesi ve değiştirilmesi (TMK m. 713), kaynak irtifakının tescili davasında (TMK m. 756) HMK m. 12 uyarınca kesin yetkili mahkemeler belirlenmiştir. Bu tip davalarda taraflar yetki sözleşmesi yaparak başka bir yer mahkemesini yetkilendiremezler (AŞIK, Yıl: 2011 s. 27; KURU vd. Yıl: 2014 s. 154; SARGIN, Yıl: 1996 s. 43-44. Daha önce ifade ettiğimiz gibi taşınmaz rehninin üç çeşidi vardır. Bunlar ipotek, ipotekli borç senedi ve irat senedir. Uygulamada ise en çok ipotek kullanılmaktadır. Tarafların ipotek sözleşmesine yetki şartı koyması hâlinde, yetki şartının geçerli olup olmayacağının açıklığa kavuşturulması gerekir. Para veya teminat borcu için takip hususunda HMK’nin yetkiye ilişkin hükümleri kıyas yolu ile uygulanacaktır. Ancak takibe esas olan akdin yapıldığı icra dairesi de takibe yetkilidir (İİK m. 50). Doktrinde bu hükümden dolayı tarafların ipotek sözleşmesine yetki şartı koyabileceği ve yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmiş mahkemenin itirazın iptali davası açısından da yetkili olduğu kabul edilmektedir, bkz. BUDAK, Yıl: 2010 s. 19; PEKCANITEZ, Yıl: 2000

http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Arastirma_ve_Raporlar/IpoteginParayaCevrilmesi_Sorunlar_200006.doc, (sayfa numarası belirtilmemiştir). BUDAK özellikle ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibin kayıtsız şartsız borç ikrarı içeren bir ipotek sözleşmesine dayanmaması bir başka deyişle ödeme emri ile yapılması hâlinde, ipotek sözleşmesine yetkili icra dairesini ve itirazın iptali davası açısından yetkili mahkemeyi belirleyen bir yetki şartı konulmasının faydalı olduğunu ileri sürmektedir. Zira, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip, kayıtsız şartsız borç ikrarını içeren bir ipotek sözleşmesine dayanarak yapılmışsa, bir başka deyişle borçluya icra emri gönderilmişse takibin herhangi bir icra dairesinde başlatılması mümkündür (İİK. m. 149 ve İİK m. 34), bkz. BUDAK, Yıl: 2010 s. 19) Yine, şahıs varlığına ilişkin davaların çoğu, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri nitelikte değildir. Bu konuya örnek olarak babalık davası, evlenmenin butlanı davası verilebilir (AŞIK, Yıl: 2011 s. 28. Doktrinde istisnaen de olsa bazı şahıs varlığı davalarında yetki sözleşmesi yapılma ihtimalinin düşük de olsa var olduğu kabul edilmektedir. Bu konuya örnek olarak TMK m. 24 ve MK m. 25'e dayanılarak açılan kişilik haklarına saldırının durdurulması ya da saldırının önlenmesi verilmektedir, bkz. AŞIK, Yıl: 2011 s. 28). Bu konuda da yetki sözleşmesi yapılamamaktadır.

Buna karşılık taşınmaz üzerindeki şahsi hakka yönelik bir uyuşmazlık için yetki sözleşmesi yapılabilecektir. Örneğin, bir taşınmaz kirası ya da tahliye davasında yetki sözleşmesi yapılabilmektedir. Yine, taşınırın aynından kaynaklanan uyuşmazlıklar konusunda kesin yetkili bir mahkeme düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu tip konularda da yetki sözleşmesi yapılabilmektedir. Örneğin, bir taşınırın intifa hakkının konusunu oluşturduğu intifa sözleşmesine, yetki kaydı konulmasına engel bir durum yoktur.

Yetki sözleşmesi ile bir mahkemenin yetkilendirilebilmesi için uyuşmazlığın belirli ya da belirlenebilir olması gerekmektedir (HMK m. 18/2). Örneğin, bir satış sözleşmesinin alacaklı tarafını (A), borçlu tarafını ise (B) oluştursun. Bu kişilerin yapacakları yetki sözleşmesinin diğer şartların varlığı hâlinde geçerli olabilmesi için, “(A) ile (B) arasında yapılan satış bedelinin ödenmemesi nedeniyle çıkabilecek

uyuşmazlıklarda İstanbul mahkemeleri yetkilidir (KURU vd. Yıl: 2014 s. 154-155. Yetki sözleşmesi ile Türk mahkemesinin yetkilendirilmesi için uyuşmazlıkla mahkemenin bağlantılı olması gerekmemektedir. İsviçre Hukuku'nda ise yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, uyuşmazlıkla bağlantılı olma koşulu aranmaktadır. Zira, yetki sözleşmesinin yapılabilmesi için taraflardan birinin yerleşim yeri, mutad meskeni veya işyerinin, seçilen Kanton ile aynı yerde olması veya uyuşmazlığa İsviçre Hukuku'nun uygulanması gerekmektedir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 5/ 3)) şeklinde bir şartın varlığı gerekmektedir. Örnekteki ifadede “satış bedelinin ödenmemesi” ifadesi yerine “satış sözleşmesinden” ifadesinin de kullanılması mümkündür. Zira, bu durumda da taraflar arasındaki uyuşmazlık belirlenebilir niteliktedir. Ancak tarafların bundan sonra aramızda çıkabilecek tüm uyuşmazlıklarda İstanbul mahkemeleri yetkilidir gibi bir şarta yer vermeleri hâlinde ise, bu şart geçerli olmayacaktır. Zira, uyuşmazlığın belirlenebilir olma niteliği yoktur (KURU vd. Yıl: 2014 s. 155. Benzer yönde, KURU, Yıl: 2001 (a) s. 561-562).

Uyuşmazlık konusunun ve mahkemenin belirli olması yetki sözleşmesinin yapılması için geçerlilik şartıdır. Ancak seçilen mahkeme ile dava konusu uyuşmazlık arasında bir bağlantının olması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle uyuşmazlık ile yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemenin bağlantısı olmasa dahi, diğer şartların varlığı hâlinde bu yer mahkemesi yetkili hâle gelebilecektir.

3.5.1.1.3. Seçilen Mahkemeye Yönelik Şartlar

Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin de belirli olması gerekir. Mahkemenin belirli olması noktasında tarafların yetki sözleşmesinde İstanbul mahkemesini ya da Adana mahkemesini yetkili kılmaları yeterlidir. Ancak tarafların “*Türkiye mahkemeleri yetkilidir*” ya da “*taraflardan herhangi birinin istediği herhangi bir yer mahkemesinde dava açılacaktır*” veya “*Ege Bölgesindeki mahkemeler yetkilidir*” şeklinde bir belirleme yapmaları hâlinde, yetki sözleşmesi geçersiz olacaktır. Zira, bu

durumda yetkili kılınmış olan mahkemenin hangi mahkeme olduğu belirli değildir (EKŞİ, Yıl: 2000 (a) s. 130; KURU vd. Yıl: 2014 s. 155; MUŞUL, Yıl: 2013 s. 89; NOMER, Yıl: 2015 s. 478; NOMER, Yıl: 2009 s. 110; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 183; SARGIN, Yıl: 1996 s. 216; Benzer yönde, YILMAZ, Yıl: 2013 s. 211. Bu durum doktrinde kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilmektedir, bkz. KURU vd. Yıl: 2014 s. 157).

Tarafların yetki sözleşmesi ile birden fazla mahkemeye yetki vermelerinde ise herhangi bir hukuka aykırı durum söz konusu olamayacaktır (Brüksel Recast I Tüzüğü ile de taraflar birlik üyesi birden fazla mahkemenin yetkisini kararlaştırabilirler (m. 25)). Zira, HMK m. 17/1 bu durumu açıkça düzenlemiştir. Örneğin, tarafların yapmış oldukları yetki sözleşmesinde, aralarındaki eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta İstanbul ve Ankara mahkemelerini yetkili kılmaları, diğer şartların varlığı hâlinde geçerli olacaktır. Yetki sözleşmesi ile birden fazla mahkemenin yetkisi belirlenmiş ise, her iki taraf da sözleşmede belirtilen mahkemelerden birinde dava açma hakkına sahip olacaktır.

Doktrinde, yetki sözleşmesi ile birden fazla mahkemenin yetkilendirilmesi noktasında hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek nitelikte, adeta tarafların birisi nerde ise orada dava açılabilmesini sağlamaya yönelik olarak onlarca mahkemenin kararlaştırılmaması belirtilmiştir (AŞIK, Yıl: 2011 s. 38; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 184. EKŞİ, yetki sözleşmesi ile çok fazla mahkemenin yetkilendirilmesinin belirlilik ilkesi ile bağdaşmayacağını ifade etmektedir, bkz. EKŞİ, Yıl: 2000 (a) s. 130).

3.5.1.1.4. Şekil Şartı

Yetki sözleşmesi bağımsız bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, taraflar arasındaki sözleşmeye konulan bir yetki kaydı (şartı) ile de yapılabilmektedir (KARSLI, Yıl: 2014 s. 223; KURU vd. Yıl: 2014 s. 153; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 182; YILMAZ, Yıl: 2013 s. 201). Kanun'da yetki sözleşmesinin yazılı

yapılmadıkça geçerlilik kazanamayacağı belirtilmiştir (HMK m 18/2). Doktrinde, yazılılık şartının geçerlilik şartı olduğu savunulduğu gibi (PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 182), bu şartın ilk bakışta geçerlilik şartı gibi algılanabileceği, ancak tarafların zımni (örtülü) yetki sözleşmesi yapma olanakları olduğuna göre, yazılılık şartını geçerlilik şartı olarak değerlendirmenin doğru olmayacağı da savunulmaktadır (YILMAZ, Yıl: 2013 s. 210-211). Yetki sözleşmesinin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir (AŞIK, Yıl: 2011 s. 30; KURU vd. Yıl: 2014 s. 154; YILMAZ, Yıl: 2013 s. 211).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça yetki sözleşmesinin yazılı yapılması gerektiği ve aksi hâlde sözleşmenin geçerli olmayacağı düzenlenmiş olduğundan, yetki sözleşmesinin varlığının tanıkla ya da başka herhangi bir delil ile ispat edilmesi mümkün değildir. Alman Hukuku'nda ise, tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılan yetki sözleşmesi bir şekle tâbi kılınmamış ve tarafların açık veya örtülü olarak yetki sözleşmesi yapabilecekleri Kanun'da düzenlenmiştir (Alman Medeni Usul Kanunu § 38/1).

Belirtmek gerekir ki, yetki sözleşmesinin şekli asıl sözleşmenin tâbi olduğu şekilden bağımsızdır. Örneğin, bir otomobil satışının geçerlilik şekli, resmî şekildir (noterde yapılması gerekir). Ancak otomobil satışına yönelik olan yetki sözleşmesinin noterde yapılmasına gerek olmayacaktır.

Doktrinde, yetki sözleşmesinin şarta bağlı olarak yapılabileceği ancak şartlı sözleşmelerde, dava açıldıktan sonra şartın gerçekleşmesinin yetkili hâle gelen mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmayacağı ileri sürülmektedir (AŞIK, Yıl: 2011 s. 40). Kanaatimizce burada bahsi geçen şart bozucu şarttır. Ancak sözleşmenin geciktirici şarta bağlanması hâlinde, şart gerçekleşmeden taraflar arasında yetki sözleşmesinin yapıldığını kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda yetki sözleşmesinde belirlenen mahkemede dava açan davacıya karşı davalının yetki ilk itirazında bulunması söz konusu olabilecektir.

3.5.1.1.5. Yetki Sözleşmesinin Zamanı

Tarafların yetki sözleşmesini yapabilmeleri için bir zaman sınırlamasına HMK’de yer verilmemiştir. Aksine yetki sözleşmesinin uyumsuzluk doğmadan ya da doğduktan sonra yapılabileceği HMK m. 17’de düzenlenmiştir. Kanaatimizce yetki sözleşmesinin mahkeme safhasında dahi yapılması mümkündür. Ancak ilk itiraz süresinden sonra yapılmış olan bir yetki sözleşmesinin bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle usulen yetki sözleşmesinin en geç cevap dilekçesinin tebliğ anına kadar yapılabileceğini kabul etmek gerekecektir.

3.5.1.2. Yetki Sözleşmesi ile Yetkilendirilen Türk Mahkemesinin Yetkisi

Kural olarak yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen Türk mahkemesinin yetkisi münhasırdır (AŞIK, Yıl: 2011 s. 39; BOLAYIR, Yıl: 2009 s. 143; KURU vd. Yıl: 2014 s. 155; MUŞUL, Yıl: 2013 s. 87-88; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 184-185; YILMAZ, Yıl: 2013 s. 201. Doktrinde münhasır yetki sözleşmesinin kanunen yetkili mahkemeye veya mahkemelere güvensizlik ifade edeceği belirtilmiş ve bu nedenle kamu düzenine aykırı olacağı ileri sürülmüştür, bkz. KURU, Yıl: 2006 s. 63). Münhasır yetki ile söz konusu uyumsuzluk için davanın yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemeden başka yer mahkemesinde açılmaması kastedilmektedir (YILMAZ, Yıl: 2013 s. 201. YILMAZ, münhasır yetki sözleşmesi yapılmasına ilişkin getirilen düzenlemenin milletlerarası usul hukukunun iç hukuka yansması olarak değerlendirmektedir, bkz. YILMAZ, Yıl: 2013 s. 203). Söz konusu uyumsuzluk hakkında genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisi ortadan kalkmaktadır. Ancak tarafların bunun aksini kararlaştırmaları mümkündür (HMK m. 17/2). Şayet taraflar yapmış oldukları yetki sözleşmesinin genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisini ortadan kaldırmasını istemiyorlarsa bu hususu ayrıca (Doktrinde kanunen yetkili mahkemelerin yetkisinin muhafaza edilmek istenmesi halinde, yetki sözleşmesinde bu durum açıkça belirtilmiş olmamakla birlikte bu konuya yönelik irade, sözleşmeden anlaşılabiliyorsa geçerli olduğu belirtilmiştir. Örneğin, “*bu sözleşme ile ilgili uyumsuzluklar hakkındaki davalar İstanbul*

mahkemelerinde de açılabilir” şeklindeki yetki şartı, kanunen yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmış olmayacaktır, bkz. BUDAK, Yıl: 2012 s. 5) sözleşmede belirtmeleri gerekmektedir. Benzer düzenleme İsviçre Hukuku’nda da kabul edilmiştir (İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 17).

3.5.1.3. Özellikli Bazı Durumlar

3.5.1.3.1. Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Döneminde Yapılan Yetki

Sözleşmelerinin Geçerliliği

Bilindiği gibi, HMK m. 450 ile HUMK yürürlükten kaldırılmıştır. HUMK’nin yürürlükte olduğu dönemde yetki sözleşmesi ile Türk mahkemesinin yetkilendirilmesi konusunda oldukça farklı şartlar benimsenmişti. Mülga HUMK döneminde yapılan yetki sözleşmelerinin HMK’nin yürürlüğe girmesi ile birlikte akıbetlerinin ne olacağının belirlenmesi gerekir. Zira, HMK 01.10.2011 tarihinde yürürlüğü girmiştir. O dönemde yapılan yetki sözleşmelerine istinaden bugün dava açılması olasıdır.

Mülga HUMK’de yetki sözleşmeleri konusu 22’nci maddede; *“Mahkemenin salahiyeti intizamı amme esasına binaen tayin edilmemiş olan hallerde iki taraf bir veya mütaaddit muayyen hususa mütaallik ihtilâflarının salahiyettar olmıyan mahal mahkemesinde görülmesini tahriren mukavele edebilirler. Bu halde işbu mahal mahkemesi o davaya bakmaktan imtina edemez”* şeklinde düzenlenmişti (Mülga HUMK’nin yürürlükte olduğu dönemde yapılan yetki sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ALANGOYA vd. Yıl: 2011 s. 106 vd.; BOLAYIR, Yıl: 2009 s. 29 vd.; PEKCANITEZ vd., Yıl: 2010 s. 129 vd). Görüldüğü üzere tarafların tacir ya da kamu tüzel kişisi olmasına yönelik bir sınırlama olmadığı gibi, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin yetkisi münhasır da değildir. Hâlbuki HMK bu konuları açık olarak düzenlemiştir. HMK ile yetki sözleşmelerinin

uygulama alanı daraltılmıştır. Ancak mülga HUMK'ye oranla HMK'de yetki sözleşmelerinin etkileri güçlendirilmiştir (KURU ve BUDAK, Yıl: 2011 s. 11).

Mülga HMK döneminde iki gerçek kişi hatta iki tüketici arasında yapılmış bir yetki sözleşmesine istinaden, bugün yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemede dava açılabilir mi? Ya da mülga HUMK'nin yürürlükte olduğu dönemde yapılmış olan yetki sözleşmesine istinaden bugün dava açıldığında, bu mahkemenin yetkisi münhasır mı olacaktır? Bu sorular uygulamada sıklıkça karşılaşılabilecek durumlara ilişkindir.

Doktrinde konu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yetki sözleşmesi usul hukuku sözleşmesidir. Her ne kadar bu sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği maddî hukuka ilişkin olsa da, hükümleri usul hukukuna tâbidir. Usul hukukunda derhâl uygulama ilkesi geçerlidir (Derhal uygulama ilkesi yeni kanunun eski kanundan daha mükemmel olduğu, ülkede aynı anda iki yargılama kanunun uygulanmaması ve kanunların yürürlükte bulundukları sürede düzenlendikleri alanlarda uygulanması gerektiği ve kamu düzeni anlayışına dayanmaktadır, bkz. BERKİN, Yıl: 1979 s. 167 vd. Kanunların zaman açısından yürürlüğü konusundaki ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BAYSAL, Yıl: 2004 s. 475-503). Bir dava, dava konusu olayın meydana geldiği anda değil, uyuşmazlığın yargı önüne getirilmiş olduğu andaki kurallara tâbidir. Hatta yargılama esnasında, yargılama kurallarında bir değişiklik olursa, yeni kurallara göre yargılama yapılacaktır. Kanun koyucu bu kuralın aksi yönünde bir düzenleme getirebilmektedir. HMK m. 448'de “*Bu Kanun hükümleri, tamamlanmış işlemleri etkilememek kaydıyla derhâl uygulanır*” denilmek suretiyle, derhâl uygulama ilkesinin benimsenmiş olduğu Kanun'da da vurgulanmıştır. HMK'de sadece tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yetki sözleşmesi yapılabileceği benimsenmiş olduğundan, HMK'nin yürürlüğe girmesinden sonra tacir ya da kamu tüzel kişisi olmayanlar arasında yapılan yetki sözleşmesi geçersiz olacaktır. Zira, tamamlanmış bir işlem söz konusu değildir (PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 179. Benzer yönde, AŞIK, Yıl: 2011 s. 44-45; BELGİN-GÜNEŞ, Yıl: 2012 s. 218-219; BOLAYIR, Yıl: 2009 s. 145-146; KARSLI vd. Yıl: 2014 s. 36-37;

Doktrinde, her iki taraf tacir olmasına rağmen sözleşmeyi imzalayan kefilin tacir olmaması hâlinde, HMK'nin yürürlüğe girmesi anından itibaren kefile karşı yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemede dava açılmayacağı belirtilmektedir, bkz. PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 181. Benzer yönde, AŞIK, Yıl: 2011 s. 45). Bu nedenle, bu görüşe göre, mülga HUMK döneminde akdedilmiş olan bir yetki sözleşmesi eğer tacirler ya da kamu tüzel kişileri arasında ise ve diğer şartları da sağlıyorsa, HMK'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte geçerliliğini koruyacaktır. Ancak mülga HUMK döneminde tacir ya da kamu tüzel olmayanlar –örneğin iki tüketici- arasında yapılmış olan yetki sözleşmesi HMK'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte (01.10.2011) geçersiz olacaktır.

Diğer görüşe göre ise, HMK m. 17-18'e göre geçersiz olan fakat mülga HUMK'ye göre geçerli olarak yapılmış olan yetki sözleşmelerinin, HMK'nin yürürlüğe girmesiyle geçerliliğini koruyacağı ifade edilmektedir. Usul sözleşmelerinin kurulmaları ve geçerlilikleri bakımından maddî hukuk hükümlerine tâbi tutuldukları, bu nedenle maddî hukukta yapılan yeni kanunların eski kanun zamanında geçerli olarak yapılan sözleşmeleri geçersiz hâle getirmediikleri gerekçesi, bu görüşün dayanak noktasını teşkil etmektedir (KURU vd. Yıl: 2014 s. 156; BUDAK, Yıl: 2013 s. 54-55; BUDAK, Yıl: 2012 s. 17-19. YILMAZ ise kazanılmış hak kurumu nedeniyle HUMK döneminde yapılan yetki sözleşmelerinin geçerliliklerini sürdürdüğünü belirtmektedir, bkz. YILMAZ, Yıl: 2013 s. 205-206. HUMK'a göre geçerli olan bir yetki sözleşmesine göre dava açıldıktan sonra, HMK'nin yürürlüğe girmesi hâlinde ise, davanın görüldüğü mahkeme yetkisini muhafaza edecektir, bkz. BUDAK, Yıl: 2013 s. 54).

Yargıtay ilk görüşü destekler nitelikte kararlar vermektedir. Örneğin, Yargıtay karşısına gelen bir olayda (Yarg. 11. HD T. 02.07.2012, E. 2012/8460, K. 2012/11618, (bkz. KARSLI vd. Yıl: 2014 s. 37, dipnot 18). Benzer yönde, Yarg. 11 HD T. 02.04.2012, E/K 8430/11618, (bkz. YILMAZ, Yıl: 2013 s.208); Yarg. 13. HD T. 11.06.2012, E. 2012/9903, K. 2012/15337, (bkz. İBD, Yıl: 2013 s.437-438) “... somut olaya gelindiğinde, tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanlar arasında yapılmış

olan yetki sözleşmesine dayanılarak yetkili kılınmış mahkemede, 1 Ekim 2011 tarihinden sonra dava açılmayacaktır. Bu nedenle dava tarihi itibarıyla, HMK'nın 17. m. uyarınca geçerliliği kalmayan yetki şartına göre yetkisizlik kararı verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..." şeklinde karar vermiştir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin yetkisi münhasır değildi. Taraflar isterlerse davalarını yetki sözleşmesi ile kararlaştırdıkları mahkemede, isterlerse Kanunen yetkili olan diğer mahkemelerin birinde açabilirlerdi (HUMK m. 22) (Konuya ilişkin pek çok Yargıtay kararı bulmak mümkündür. Örneğin, Yarg 6. HD, T. 18.03.2008, E. 2008/702, K. 2008/3197 sayılı kararında; "... Öte yandan HUMK.'un 22. maddesi hükmü gereği taraflar kamu düzenine ilişkin olmadığı hallerde aslında yetkisiz olan bir mahkemeyi yetki sözleşmesi ile yetkili kılabilirler. Ancak yetki sözleşmesi ile yasal olarak yetkili olan genel ve özel yetkili Mahkemelerin yetkisi kaldırılamaz...", karar için bkz. İBD, Yıl: 2008, s. 1573-1574). Ancak yukarıda açıklamış olduğumuz gibi, HMK'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin yetkisi münhasırdır. Bu noktada çözümlenmesi gereken mesele ise, mülga HUMK'nin yürürlükte olduğu dönemde yapılan yetki sözleşmesinin HMK açısından da geçerli bir yetki sözleşmesi olması hâlinde, (örneğin yetki sözleşmesinin iki tacir arasında yapılmış olması) uyuşmazlık çıktığında, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkeme münhasır yetkili mi kabul edilecektir yoksa davacı davasını başka bir yer mahkemesinde de açabilecek midir? Bu noktada doktrinde, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemenin yetkisinin münhasır kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir (BUDAK Yıl: 2013 s. 57. Aksi görüş için bkz. YILMAZ, Yıl: 2013 s. 203. Doktrinde her ne kadar usul kurallarında derhal uygulama ilkesi geçerli olsa da, mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, mülga Kanun'a uygun yetki sözleşmesine dayanılarak bir dava açılması hâlinde, HMK açısından bu yetki sözleşmesi geçersiz dahi olsa, mahkemenin bu

davayı görmeye devam edeceği, zira, artık tamamlanmış bir işlem söz konusu olduğu ileri sürülmektedir bkz. BOLAYIR, Yıl: 2009 s. 146).

3.5.1.3.2. Genel İşlem Koşullarında Yer Alan Yetki Şartının Geçerliliği

Genel işlem koşullarına (Genel işlem koşullarını içeren benzer nitelikteki sözleşmelere standart, tip, formüler veya kitlesel sözleşmeler denilmektedir, bkz. EREN, Yıl: 2012 s. 219. Özellikle banka, sigorta, seyahat, taşıma, iletişim, ulaştırma, elektrik, doğalgaz, su, telefon, internet veya dayanıklı tüketim mallarına ilişkin taksitli satış sözleşmelerinde (Örnekler için bkz. EREN, Yıl: 2012 s. 219.) genel işlem koşulları asıl sözleşmede yer alabileceği gibi, sözleşme ekinde farklı yazı türünde, kapsamda ya da farklı dilde de kaleme alınabilmektedir, bkz. KILIÇOĞLU, Yıl: 2012 s. 122) Genel işlem koşullarına yönelik düzenlemeler, Türk Hukuku'nda ilk kez mülga Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (RG 08.03.1995, RG Sayı: 22221) 6'ncı maddesinde "*Sözleşmedeki haksız şartlar*" (bu hüküm Kanun'a 2003 yılında eklenmiştir) başlığı ile düzenlenmiştir. Ardından 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (RG T. 28.11.2013, RG Sayı: 28835) yürürlüğe girmiş ve TKHK m. 5'de "*Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar*" başlığı altında konu düzenlenmiştir. Genel işlem koşullarına ilişkin genel düzenleme ise, TBK m. 20-25 arasında yer almıştır. Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla önceden hazırlamış olduğu sözleşme hükümleridir. Bu sözleşme hükümlerini düzenleyen tek başına hazırlamakta ve karşı tarafa sunmaktadır. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, onların nitelendirmesinde önem taşımamaktadır (TBK m. 20/1). Bu noktada sözleşmenin güçlü tarafınca önceden ve tek başına hazırlanması ile kastedilen, sözleşmenin diğer tarafının bu hazırlamada söz sahibi olmamasıdır. Yoksa, söz konusu genel işlem koşullarından yararlanan güçlü tarafın bizzat hazırlaması değildir. Örneğin, bir finans kurumunun kredi sözleşmesini kendi çalışanlarına hazırlatmayıp, bir hukuk bürosuna hazırlatması ya da başka bir kurumun kullanmış olduğu sözleşmeyi aynen alması hâlinde de, sözleşmedeki güçlü taraf bu koşulları tek taraflı ve önceden hazırlamış

olacaktır (OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2012 s. 165. Benzer yönde, EREN, Yıl: 2012 s. 219; KILIÇOĞLU, Yıl: 2012 s. 122). Genel işlem koşullarının yer almış olduğu sözleşmelerin birbirinin aynısı olması gerekmemektedir. Zira “Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez” hükmünü içermektedir (TBK m. 20/2). Sözleşmedeki güçlü taraf sözleşmeyi istediği şekilde şekillendirebilir. Karşı tarafın çoğu zaman genel işlem koşullarının tartışılmasını sağlayacak bir ortamı dahi olmamaktadır. Bu durumda, zayıf konumda olanı korumak amacıyla “*Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz*” hükmünü içermektedir (TBK m 20/3). Böylelikle sözleşmede yer alan hükümler, genel işlem koşulu niteliğinde ise, bu koşulların genel işlem koşulu olmadığına kararlaştırılmasının hukuken geçerliliği olmayacaktır. Bir başka ifadeyle, genel işlem koşullarına ilişkin getirilen düzenlemeler emredici nitelikte olduğundan, tarafların aksini kararlaştırmaları, sonuç doğurmayacaktır (EREN, Yıl: 2012 s. 220; OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2012 s. 166). Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemesinde, bu koşullarının uygulanmasına yönelik olarak hiçbir kurum ya da kuruluş kapsam dışında bırakılmamıştır. Bir başka ifadeyle imtiyazlı bir grup oluşturulmamıştır. Zira, TBK m. 20/4 hükmü ; “*Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de, niteliklerine bakılmaksızın uygulanır*” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun’da karşı tarafın menfaatine aykırı olan genel işlem koşullarının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi ve bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması gerekmektedir. Ayrıca karşı tarafın bu koşulları kabul etmesi gerekir. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır (TBK m. 21/1). Yazılmamış sayılacak genel işlem koşulları karşı tarafın aleyhine olmalıdır (EREN, Yıl: 2012 s. 220-222; OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2012 s. 168). Şayet bir genel işlem koşulu sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı ise TBK m. 21/2 gereği yazılmamış sayılacaktır (Yazılmamış sayılmanın yaptırımını konusunda

doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, yazılmamış sayılmayı “kesin hükümsüzlük” yaptırımı olarak kabul etmekteyken, (bkz. OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2012 s. 168), diğer görüş, “esnek geçersizlik” olarak değerlendirmektedir (ANTALYA, esnek geçersizliğin kesin hükümsüzlükten daha ağır bir geçersizlik türü olduğunu ve yokluk ile kesin hükümsüzlük arasında bulunduğunu (esnek geçersiz) belirtmektedir, bkz. ANTALYA, Yıl: 2012 s. 310). Başka bir görüş ise, yazılmamış sayılmadan anlaşılması gerekenin “kısmi yokluk” olduğunu (EREN, Yıl: 2012 s. 221) ve son olarak ise de yazılmamış sayılmanın yokluk olduğu belirtilmektedir, (KILIÇOĞLU, Yıl: 2012 s. 124). Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korumaktadır. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri sürememektedir [TBK m. 22]). Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacaktır (TBK m. 23). Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılmaktadır (TBK m. 24). Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamamaktadır (TBK m. 25). Genel işlem koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, Yıl: 2012 s. 285 vd.; EREN, Yıl: 2012 s. 214 vd.; GÖRGEÇ, s. 403-440; KILIÇOĞLU, Yıl: 2012 s. 115 vd.; OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2012 s. 164 vd.) yönelik olarak getirilen düzenlemeler zayıf konumda olan kimseleri korumak amacıyla getirilmiştir. Özellikle büyük işletmeler yapmış oldukları sözleşmelerde genel işlem koşullarına yer vermektedir. Bu koşulların içinde yetki şartının yer alması da muhtemeldir. Örneğin, bir bankadan otomobil almak için kredi çekildiğini ve kredi tutarını güvence altına almak için otomobile rehin konulduğunu farzedelim. Bu durumda banka matbu kredi sözleşmesinin içindeki bir maddede çok küçük harflerle, tartışma ortamı olmaksızın, karşı tarafı bilgilendirmeksizin otomobile rehin konulduğunu ve rehin hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda İstanbul Mahkemelerinin (davalının yerleşim yeri Ankara iken)

yetkili olduğunu belirtmişse, genel işlem koşullarında yer alan ve aynî hakka ilişkin bir yetki kaydı ortaya çıkmış olacaktır.

Öncelikle yetki sözleşmesi ile Türk mahkemesinin yetkilendirilmesi hâlinde, bu yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için tarafların tacir ya da kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir. Bu açıdan genel işlem koşullarında yer alan yetki şartının geçerli olabilmesinin ilk koşulu, sözleşmenin her iki tarafının da tacir ya da kamu tüzel kişisi olmasıdır. Ayrıca yetki sözleşmesi yapılması için aranan tüm şartların varlığı hâlinde, genel işlem koşullarında yer alan yetki şartının geçerliliğini tartışmanın bir anlamı olacaktır. Aksi hâlde zaten yetki şartının geçersiz olacağının hatırlatılmasında fayda vardır.

Yetki sözleşmesinde, tarafların güçlerinin bir birine denk olduğu ileri sürülebilecek olsa da, doktrinde genel işlem koşulları içinde yer alan bir yetki şartının karşı taraf aleyhine (mesela karşı tarafın yerleşim yeri dışındaki bir mahkemenin yetkili kılınması hâlinde) ise, bu yetki şartının karşı tarafça göz önüne alınıp açıkça kabul edildiğinin belgelenmemesi hâlinde, geçersiz olacağı; bu yetki şartının gözden kaçmaması amacıyla daha büyük ve koyu harflerle yazılması gerektiği ancak yine de dürüstlük ilkesinin denetimine tâbi olacağı belirtilmektedir (BUDAK, Yıl: 2013 s. 58-59; BUDAK, Yıl: 2012 s. 21-22. Genel işlem koşullarında yer alan yetki şartının geçerli olmayacağı konusunda bkz. KURU, Yıl: 2001 s. 559; UMAR, Yıl: 2014 s. 67-68. Benzer yönde BOLAYIR, Yıl: 2011 s. 137).

İsviçre Federal Mahkemesi, genel işlem koşulları içinde yer alan yetki şartının geçerli olabilmesi için, hem şekli hem maddî olmak üzere iki temel şart öngörmektedir. Yetki şartının müşterinin açıkça görebileceği bir yerde ve dikkatini çekebilecek şekilde basılması şekli şartını oluştururken; yanlış anlamalara yol açmayacak şekilde yazılması maddî şartı oluşturmaktadır. Ayrıca Federal Mahkeme, şekli ve maddî şartın yanı sıra, yetki kaydının etkilerinin müşteriye açıklanmış

olması şeklinde ifade edilen beklenmezlik kriterinin varlığını da özellikle aramaktadır (BOLAYIR, Yıl: 2011 s. 53).

3.5.1.3.3. Esas Sözleşmenin Geçersizliğinin Yetki Sözleşmesine Etkisi

Esas sözleşmenin geçersiz olmasının yetki şartının geçerliliğine etki edip etmeyeceği de açıklanması gereken bir diğer konudur. Kural olarak yetki sözleşmesi ile esas sözleşme maddî ve şekli açıdan birbirinden bağımsızdır. Bu nedenle birinin geçersiz olması diğerinin geçersiz olması anlamına gelmeyecektir. Ancak bazen öyle hâllerle karşılaşılır ki, artık esas sözleşmenin geçersizliği yetki şartının da geçersizliği anlamına gelecektir.

Bu kapsamda esas sözleşme ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlâka ve kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olmasından dolayı geçersiz hâle gelmişse, HMK m. 17 ve 18'deki şartları taşıyan yetki kaydının da geçersiz olacağını söylemek mümkündür (BOLAYIR, Yıl: 2011 s. 58-59). Örneğin, büyük bir sanat galerisi sahibi bir kişinin yine büyük bir sanat galerisi sahibi bir kişiden bir tablo satın aldığını ve tarafların bu satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda Kocaeli Mahkemesini yetkili kıldığını kabul edelim. Şayet söz konusu tablo, sözleşmenin yapıldığı sırada yanmış olursa, fiilî imkânsızlık durumu ortaya çıkacak ve sözleşme geçersiz olacaktır (OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2012 s. 89). Bu durumda yetki şartı da esas sözleşmenin konusunun imkânsız olmasından dolayı geçersiz olacaktır. Buna karşılık, bir iş makinesinin rehnini konu alan bir rehin sözleşmesinde, borç vadesinde ödenmediğinde iş makinesinin mülkiyetinin rehin alacaklısına geçeceğine ilişkin bir hükmün yer aldığını ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Kocaeli Mahkemesinin yetkili olacağını kararlaştırıldığını farz edelim. Bu durumda rehin sözleşmesi lex commissoria yasağına aykırılık içerdiğinden sadece yasağı aykırı olan hüküm geçersiz olacak, rehin sözleşmesi ise geçerliliğini koruyacaktır. Bu durum, yetki sözleşmesinin geçerliliğine etki etmeyecek ve yetki sözleşmesi geçerliliğini sürdürecektir.

3.5.1.3.4. Üçüncü Kişi Yararına Yetki Sözleşmesi Yapılması

Üçüncü kişi yararına yetki sözleşme yapılıp yapılmayacağına ilişkin bir düzenleme HMK’de yer almamaktadır. Ancak Türk Hukuku’nda üçüncü kişi yararına sözleşme (Üçüncü kişi yararına sözleşme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Yıl: 2014 s. 1141; OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2013 s. 428 vd.)yapılması mümkündür. Üçüncü kişi yararına sözleşme konusu TBK m. 129’da; *“(1) Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir. (2) Üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düştüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler. Bu durumda, üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez”* şeklinde düzenlenmiştir.

Doktrinde üçüncü kişi yararına yetki sözleşmesi yapılmasının, TBK m. 129’da düzenlenmiş olan üçüncü kişi yararına sözleşmenin farklı bir görünüm şekli olduğu ve TBK m. 129’un kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmektedir (BOLAYIR, Yıl: 2009 s. 75-76. Üçüncü kişi yararına yetki sözleşmesi yapılabileceği konusunda bkz. UYANIK, Yıl: 1994 s. 102). Örneğin, bir kamu idaresi ile bir müteahhit arasında yapılan eser sözleşmesine, işlerin yapıldığı yerdeki mahkemenin yetkili olacağına ilişkin bir şartın konulması hâlinde, bu yetki şartının, sadece sözleşmenin tarafı olan kamu idaresi ile müteahhit arasında çıkabilecek uyuşmazlıklar için değil, aynı zamanda eser sözleşmesinin tarafı olmayan taşeronlara ilişkin ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar için de geçerli olduğu ileri sürülmektedir (Aktaran: BOLAYIR, Yıl: 2009 s. 75, dipnot 252).

Üçüncü kişi yararına yapılan yetki sözleşmesinde de HMK m. 17-18’de aranan şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle, üçüncü kişinin de tacir ya da kamu tüzel kişisi olması gerektiği unutulmamalıdır (BOLAYIR, Yıl: 2009 s. 135).

3.5.1.3.5. Konişmentoda Yer Alan ve Taşıma Sözleşmesine Gönderme Yapan

Yetki Şartının Geçerliliği

Yetki sözleşmesi ayrı bir sözleşme ile yapabileceği gibi, esas sözleşmeye konulacak bir kayıt ile de yapılabilir. Deniz ticaretinde sıklıkla kullanılan konişmento üzerinde de navlun sözleşmesine gönderme yapılarak sözleşmedeki yetkili mahkemenin yetkisi kabul edilebilir. Uygulamada “*bütün diğer şartlar Charter party’deki* (Çarter sözleşmeleri, navlun sözleşmelerinin bir türünü oluşturmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KENDER vd. Yıl: 2014 s. 158 vd.; ÜLGNER, Yıl: 2000 s. 1 vd. SÖZER, Yıl: 2014 s. 323) *gibidir*” şeklinde konişmentolarda taşıma sözleşmesine genel gönderme yapan hükümlere sıklıkla rastlanmaktadır (ŞANLI, Yıl: 2002 s. 776. TTK m. 1237/3 uyarınca; “*Konişmentoda, yolculuk çarteri sözleşmesine gönderme varsa, konişmento devredilirken çarter partinin bir suretinin de yeni hamile ibraz edilmesi gerekir. Bu takdirde çarter partide yer alan hükümler, nitelikleri elverdiği ölçüde konişmento hamiline karşı da ileri sürülebilir. Ancak, 1245 inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi hükmü saklıdır*”). Bu nedenle, konişmentoda yer alan ve taşıma sözleşmesine gönderme yapan yetki şartının geçerli olup olmayacağının tespit edilmesi gerekmektedir.

Konişmentoda yer alan ve taşıma sözleşmesine yapılan atıfların yetki şartı açısından geçerliliği konusu, maddî ve şekli geçerliliğe ilişkin olduğundan öncelikle yetki sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti gerekmektedir (ÖZGENÇ, Yıl: 2014 s. 295). Yetki sözleşmesinin hukukî niteliği konusunda farklı görüşler bulunsa da milletlerarası usul hukuku açısından genel kabul gören görüş yetki sözleşmesinin usulî bir sözleşme olduğudur. Milletlerarası usul hukukunda hâkim ilke olan lex fori gereğince, yetki sözleşmesinin geçerliliğine hâkimin hukuku (lex fori) uygulanacaktır. Böylelikle Türk mahkemelerinin önünde konişmentoda yer alan yetki şartının geçerli olup olmadığına (konişmentoda yer alan ve navlun sözleşmesine yapılan atfın yetki şartını kapsayıp kapsamadığı) lex fori olarak Türk Hukuku’na göre karar

verilmelidir. Bu noktada lex forinin uygulanması konişmentodaki kaydın hem şekli hem maddi geçerliliğine ilişkindir (ÖZGENÇ, Yıl: 2014 s. 296).

Konişmentoda yer alan ve navlun sözleşmesine gönderme yapan kayıt ile navlun sözleşmesinde yer alan Türk mahkemelerinin yetkili kılınması kaydının şeklen geçerli kabul edilip edilmeyeceği HMK m. 17-18 uyarınca tespit edilecektir. Bu şartlardan biri dahi eksik olursa yapılan yetki sözleşmesi geçersiz olacaktır.

Türk mahkemelerinin yetkilendirilebilmesi için aranan şartlardan biri yetki sözleşmesinin yazılı yapılmasıdır (HMK m.18). Yazılı şekil şartının varlığı için yazılı bir metin ve imza gerekmektedir. Doktrinde, konişmentoda yükletenin imzasının bulunmamasından dolayı HMK m. 18’de aranan yazılılık şartının gerçekleşmeyeceği; ancak navlun sözleşmesinde yer alan yetki şartının, atıf kaydı ile üçüncü kişi konumunda olan konişmento hamili açısından geçerliliği için senet ciro edilirken atılan imzanın ise yeterli olduğu belirtilmektedir (ÖZGENÇ, Yıl: 2014 s. 296. Tilly Russ kararında (EU Cases/Court of Justice of the European Union/1984/ECJ 19.06.1984 C-71/83 sayılı Partenreederei Ms. Tilly Russ and Ernest Russ v. NV Haven-& Vervoerbedrijf Nova and NV Goeminne Hout davası) konişmentonun ciro edilmesi alıcı konumuna gelen kişinin konişmentoda yer alan ve taşıma sözleşmesine gönderme yapan yetki kaydı ile bağlı olabilmesinin lex foriye göre karara bağlanacağı; uygulanacak hukukun imkân tanınması hâlinde söz konusu yetki kaydının geçerlilik kazanacağı; yine bu kaydın şekli geçerliliğinin kabulü için yeni alıcı tarafından şekli şartlara uyulması gerektiği kararına varılmıştır. Konişmentoda yer alan ve navlun sözleşmesine gönderme yapan yetki kaydının konişmentoyu devralan kişi için hüküm ifade etmesi ticari hayatta genel kabul gören şartlardır, bkz. CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 77). Gerçekten de Türk Hukuku’na göre konişmentonun içereceği kayıtlar arasında yükletenin imzası yer almamaktadır (TTK m. 1229). Bu durum aslında konişmentonun tek taraflı olarak düzenlenmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak gerek TTK m. 1229/o hükmündeki taraflarca uygun görülen diğer hususların konişmentoya yazılabilecek olması gerekse yükletenin, istem üzerine, konişmentonun kendisi tarafından imzalanmış olan bir

kopyasını taşıyana vermek zorunda olması (TTK m. 1228) nedeniyle bu imza eksikliğinin tamamlanması söz konusu olabilir. Ancak bu imza eksikliği hâlinde HMK m. 18'deki şartın gerçekleşmemesi nedeniyle konşimentodaki yetki kaydı geçerli olmayacaktır.

Konişmentoda yer alan ve navlun sözleşmesine atıf yapan yetki kaydının maddi geçerliliğinin de ayrıca tespit edilmesi gerekir. Yetki sözleşmesini usul hukuku sözleşmesi olarak kabul etmemiz, sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının aranmaması anlamına gelmeyecektir. Bir başka deyişle, konişmentoda yer alan ve navlun sözleşmesine yapılan genel bir atıf kaydı (Örneğin, Amerikan Mahkemelerinde görülen *In Wm. H. Muller & Co. v. Swedish American Line, Ltd.* (350 U.S. 903 [1955]) davasında mahkeme, konişmentoda yer alan ve taşıma sözleşmesine genel atıf yapan yetki kaydını geçerli saymıştır. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. “Oceans Bills of Lading”, Yıl: 1958, s. 219-220), navlun sözleşmesinde kararlaştırılan yetkili mahkemenin yetkisinin kabul edildiği anlamına gelecek midir? Yoksa bu konuda özel atıf mı aranmalıdır? Doktrinde bu konuda özel atıf kaydının olması gerektiği; aksi takdirde konişmento hamilinin tarafı olmadığı bir sözleşme ile bağlı kılınabileceği; konişmentoda navlun sözleşmesine yapılan atfın navlun sözleşmesinde kararlaştırılan yetkili mahkemeye ilişkin hükmünün tarafları bağlayabilmesi için özel atıf kaydında hangi tür uyuşmazlıklar için bu yetki kaydının kabul edildiğinin açıkça belirtilmesi gerektiği, zira navlun sözleşmesi ve konişmentonun iki farklı hukukî ilişki olması nedeniyle doğabilecek uyuşmazlıkların da farklı olabileceği ve bu durumda uyuşmazlığın belirli olamayacağı belirtilmiştir (ÖZGENÇ, Yıl: 2014 s. 298-299). Biz de bu görüşe katılmaktayız (Aşağıda inceleme konusu yapacağımız yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi konusunda da konişmentoda yer alan ve navlun sözleşmesine gönderme yapan yetki şartının geçerli olup olmayacağına değinmek gerekir. Örneğin, konişmentonun ön yüzünde “çarter parti uyarınca tâbi olunan yetki klozu geçerlidir” diye bir kaydın olması ve çarter partide Bremen Mahkemeleri’nin yetkili olacağı esası yazılmış olabilir. Bu durumda aslında Bremen’de açılan davada Bremen

Mahkemelerinin yetkili olup olmadığına Alman Hukuku'na göre karar verilecek olup, bu noktada meselenin Türk Hukuku ile bağlantısı bulunmamaktadır. Ancak Bremen mahkemesi kendisini yetkisiz sayarsa ya da Türk mahkemesinde yetki itirazında bulunulmazsa dava Türk mahkemelerinde görülebilecektir. Bu durumda da konişmentoda yer alan ve charter partiye gönderme yapan yetki kaydının geçerli olup olmadığı ancak yetki itirazının yapılması hâlinde incelenebilir. MÖHUK m. 47'de yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi için herhangi bir şekil şartı düzenlenmemiştir. Sadece yetki sözleşmesinin yazılı delille ispat edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, MÖHUK m. 47 uyarınca bu yetki kaydı şekli olarak geçerli kabul edilmelidir. Bunun dışında uyuşmazlık borç ilişkisinden kaynaklanıyorsa ve Türkiye'de uyuşmazlık konusunda münhasır yetkili mahkeme yoksa konşimentodaki yetki şartı geçerli olacaktır. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında konişmentoda yabancı mahkemenin yetkilendirilmesini MÖHUK m. 47'deki (mülga MÖHUK m.31) şartlara tâbi tutmuş ve bu şartların varlığı hâlinde konşimentodaki yetki kaydına geçerlilik tanımıştır (Yarg.11. HD, T. 22.05.2000, E. 2000/3706, K. 2000/4482). Aynı esas YHGK, T. 26.03.2008, E. 200/11-277, K. 2008/280 sayılı kararda da benimsenmiştir. Kararlar için bkz. www.kazanci.com. Yargıtay konişmentonun arka yüzünde yer alan yetkiye ilişkin düzenlemede yetkili mahkemenin taşıyıcının ticari kaydının olduğu yerdeki mahkeme şeklinde belirlenmesi durumunda yetkili mahkemenin açıkça gösterilmemiş olması nedeniyle anılan yetki sözleşmesinin geçersiz olduğuna karar vermiştir (Yarg. 11. HD, T. 15.01.2009, E. 2008/9521, K. 2009/219, bkz. www.kazanci.com). Yine, Yargıtay (bir kararında konişmentoda yer alan ve navlun sözleşmesine gönderme yapılan yetki kaydı ile yabancı mahkemenin yetkilendirildiği bir uyuşmazlıkta, yetki kaydının MÖHUK m. 47'deki şartları taşıdığını (Bremen Mahkemeleri yetkilendirilmiştir); ancak yabancı uyruklu davacının, Türk uyruklu olan ve Türkiye'de yerleşim yeri bulunan davalının yerleşim yeri mahkemesinde açılan davaya, davalının yetki sözleşmesi nedeniyle yetki itirazında bulunmasını dürüstlük kuralına aykırı olduğuna karar vermiştir, bkz. Yarg. 11. HD, T. 06.03.2009, E. 2008/5454, K. 2009/2604, (www.kazanci.com). EKŞİ, Yıl: 2000, s. 178; NOMER, Yıl: 2015 s. 479; NOMER, Yıl: 2009 s. 111).

3.5.2. Yetki Sözleşmesi ile Yabancı Mahkemelerin Yetkilendirilmesi

Yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta Türkiye’de iç hukuka göre yetkili bir mahkemenin bulunması hâlinde, Türk mahkemeleri milletlerarası yetki kazanabilecektir. Bununla birlikte bazı şartların varlığı hâlinde taraflar yetki sözleşmesi de yapabileceklerdir. Yapılacak yetki sözleşmesinde Türk mahkemelerine yetki verilebileceği gibi, yabancı mahkemenin de yetkisi kararlaştırılmış olabilir.

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmadığı bir uyuşmazlık hakkında tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmeleri ile Türk Hukuku ilgilenmezken (EKŞİ, Yıl: 2000 s. 178; NOMER, Yıl: 2015 s. 479; NOMER, Yıl: 2009 s. 111), Türk Hukuku’na göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi varken tarafların yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmeleri bu noktada inceleme konumuzu oluşturacaktır.

Yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi konusu MÖHUK m. 47’de düzenlenmiştir. İlgili hükme göre;

“(1) Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür.

(2) 44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez”.

Hükümden de anlaşılacağı üzere yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi için Türk Hukuku’na göre münhasır yetkili bir mahkeme bulunmaması (MÖHUK’da zayıf konumda olan kişileri korumak amacıyla bazı davalar için yetkili mahkemeler düzenlenmiştir. Bunlar iş, tüketici ve sigorta

sözleşmelerinden kaynaklanan davalardır. Milletlerarası usul hukukunda bu mahkemeler sınırlı münhasır yetkili mahkemeler olarak kabul edilmektedir. Sınırlı münhasır yetkinin anlamı bu mahkemelerinin yetkisinin yetki sözleşmesi ile bertaraf edilemeyeceğidir. Bir başka ifade ile yabancılık unsuru taşıyan iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda geçerli bir yetki sözleşmesi yapılmışsa, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkeme MÖHUK m. 44, 45 ve 46'da düzenlenen mahkemelere ek olarak yetkili mahkeme tesis etmiş olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 554 vd.; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 69 vd.; GÜVEN, Yıl: 2013 s. 105; NOMER, Yıl: 2015 s. 472-473 ve 513 vd.; NOMER, Yıl: 2009 s. 112; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 495), uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması ve borç ilişkisinden kaynaklanması gerekmektedir. Yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen yabancı mahkeme ile uyuşmazlık arasında herhangi bir bağlantı koşulu aranmamaktadır (AKINCI, Yıl: 2002 s. 10; NOMER, Yıl: 2015 s. 478; NOMER, Yıl: 2009 s. 109-110. Yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan mahkemenin uyuşmazlıkla bağlantılı olmasının aranmasının yarar ve sakıncaları için bkz. AKINCI, Yıl: 2002 s. 6 vd). Yetki sözleşmesinin yazılı delille ispat edilmesi gerekmektedir (Yetki sözleşmesi ile yabancı mahkemenin yetkilendirilmesinin herhangi bir şekle tâbi olmadığı Yarg. 9. HD, T. 03.06.2010, E. 2010/7281, K. 2010/16168, (bkz. ÇİÇEKLİ, Yıl: 2014 s. 143-146) kararında da belirtilmiştir. İsviçre Hukuku'nda yetki sözleşmesi telegram, teleks, faks ya da metni kanıtlayabilecek benzer iletişim araçlarıyla yapılabilecektir (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 5/1)). Aksi hâlde sözleşme geçersiz olacaktır. Ayrıca, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen yabancı mahkemenin yetkisi münhasır olup (Yarg. 11. HD T. 19.11.1990, E. 1989/7016, K. 1990/7400 sayılı kararında (bkz. EKŞİ, Yıl: 2007, s. 139-141); Yarg. 15. HD T. 16.05.1994, E. 1994/967, K. 1994/3183 sayılı kararı (bkz. EKŞİ, Yıl: 2007, s. 141-142); Yarg. 19. HD, T. 18.03.2010, E. 2009/13170, K. 2010/3042, (bkz. ÇİÇEKLİ, Yıl: 2014 s. 142-143) bu konuya örnek olarak verilebilecek Yargıtay kararlarından sadece üçünü oluşturmaktadır), davanın Türk mahkemelerinde görülmesi ya yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması ya da yetki sözleşmesine rağmen, Türk mahkemelerinde açılmış olan davaya davalının yetki itirazında bulunmaması hâlinde söz konusu olacaktır. Maddenin

ikinci fıkrasında sırasıyla, “iş sözleşmesi ve iş ilişkisi davaları”, “tüketici sözleşmesine ilişkin davalar” ve “sigorta sözleşmesine ilişkin davalar” konusunda MÖHUK’da belirlenmiş mahkemelerin yetkisinin yetki sözleşmesi ile bertaraf edilemeyeceği de düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, yetki sözleşmesinin yapılmasının şartlarından biri uyuşmazlık konusunun borç ilişkisinden kaynaklanmasıdır. Söz konusu uyuşmazlığın borç ilişkiden kaynaklanıp kaynaklanmadığı konusu bir vasıflandırma problemidir. Bu konudaki vasıflandırma lex fori’ye göre yapılacaktır.

Türk Hukuku’na göre borç ilişkisi, iki veya daha çok kişi arasında kurulan ve alacaklıya borçludan belirli bir edimi isteme yetkisi veren, borçluyu da böyle bir edimi ifa ile yükümlü kılan bir hukukî ilişkidir (EREN, Yıl: 2012 s. 1; KILIÇOĞLU, Yıl: 2014 s. 1 vd.; OĞUZMAN ve ÖZ, Yıl: 2014 s. 3). Türk Hukuku’na göre borç ilişkisi ya hukukî işlemde ya da kanundan doğar. Hukukî işlemde doğan borç ilişkilerinin kaynağını sözleşmeler oluştururken, kanundan doğan borç ilişkilerinin kaynağını haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, kusursuz sorumluluk hâlleri, vekâletsiz iş görme vb. gibi kanunda sayılmış olan diğer hâller oluşturmaktadır (EREN, Yıl: 2012 s. 1; KILIÇOĞLU, Yıl: 2014 s. 37 vd).

Uyuşmazlık konusunun borç ilişkisinden kaynaklanması gerektiği için, aile, miras, kişi hukukundan doğan uyuşmazlıklarda yetki sözleşmesi ile yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi mümkün değildir (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 570-571; NOMER, Yıl: 2015 s. 484; NOMER, Yıl: 2009 s. 114; UYANIK, Yıl: 1994 s. 53). Ayrıca aynî haklar konusunda da yetki sözleşmesi ile yabancı mahkeme yetkilendirilemeyecektir (UYANIK, Yıl: 1994 s. 53).

Doktrinde aile, miras ve kişi hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda yetki sözleşmesi ile yabancı mahkemenin yetkilendirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmekle birlikte (AKINCI, Yıl: 2002 s. 63) bu sonuca kanundaki “borç ilişkisi” ifadesinden varılamayacağı, bu kavramın aile, kişi ve miras hukukuna ilişkin

ihtilâfları içine alacak şekilde geniş yorumlanmasının mümkün olduğu, aile, miras ve kişi hukununa ilişkin konularda yetki sözleşmesi yapılmamasının nedeninin bu konularda mahkemenin yetkisinin kamu düzeni ya da münhasır yetki esasına dayanmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir (SARGIN, Yıl: 1997 s. 153. Söz konusu eser mülga MÖHUK döneminde yazılmıştır. Mülga MÖHUK’da yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi konusu MÖHUK m. 31’de düzenlenmişti. Anılan hükme göre; *“Yer itibariyle yetkinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması hâlinde dava yetkili Türk mahkemesinde görülür”*. Mülga MÖHUK’un yürürlükte olduğu dönemde yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilebilmesi için, Türk mahkemelerinin yetkisinin kamu düzeni veya münhasır yetki esasına göre tayin edilmemesi şartı yer almaktaydı. Yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi konusunun düzenlendiği 5718 sayılı MÖHUK m. 47’de *“kamu düzeni”* kavramına yer verilmemiştir. Bu kavrama 5718 MÖHUK’da yer verilmemesinin sebebi olarak; *“... 2675 sayılı Kanunun 31 inci maddesi hükmünde, esas itibariyle bir değişiklik yapılmamış, madde daha anlaşılır bir hale getirilmek için yeniden düzenlenmiştir. İlk cümlede bulunup fonksiyonu ve yararı belirlenemeyen ve açıklanamayan “kamu düzeni” kavramının madde metninden çıkarılmasının doğru olacağı düşünüülerek, “kamu düzeni veya” ibaresi kaldırılmıştır...”* ifadelerine yer verilmiştir (MÖHUK m. 47 Gerekçesi)).

Yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi konusunda MÖHUK m. 47’de sayılan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği, yetki sözleşmesinin Türk mahkemesinin önüne geldiği anda tespit edilebilecektir (ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 380. Türk mahkemelerinin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi konusunda tarafların tacir ya da kamu tüzel kişisi olması geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir. Ancak yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi konusunda böyle bir şart yoktur. Bu durumda, örneğin iki esnaf bir uyuşmazlık hakkında yapacakları bir yetki sözleşmesi ile Türk mahkemesini yetkilendiremezken, diğer

şartların varlığı hâlinde, yabancı bir mahkemeyi yetkilendirebileceklerdir. Doktrinde bu durum eleştirilmiş ve tacir ve kamu tüzel kişisi olmayan bir kimsenin yabancı bir mahkemede dava açmaya veya davalı olarak savunma yapmaya zorlanması, Türkiye’de kanunen yetkili olmayan bir mahkemede dava açmaya veya davalı olarak savunma yapmaya zorlanmasına oranla daha sakıncalı bir sonuç doğuracağı; MÖHUK’daki hükmün Anayasa’daki eşitlik ilkesine de aykırı hâle geldiği ve bu hüküm değiştirilinceye kadar, HMK m. 17 hükmünü milletlerarası yetki sözleşmelerinde de kıyasen (evleviyetle) uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür’ bkz. BUDAK, Yıl: 2013 s. 48; BUDAK, Yıl: 2012 s. 3-4. SÜRAL ise, tacir veya kamu tüzel kişisi olanların Türk mahkemesini yetkilendirmesine karşılık, tacir olmayan gerçek kişilerin yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmesinin kabul edilmeyecek bir sonuç olmadığını belirtmektedir, bkz. SÜRAL, Yıl: 2012 s. 193).

Doktrinde yetki sözleşmesi ile yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi durumunda yabancı derdestliğin (Bir davanın derdest olması, davanın görülmekte olması anlamına gelmektedir. Aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanarak daha önce bir dava açılmış ve bu dava görülmekte ise, aynı konunun yeni bir dava konusu yapılması mümkün değildir, bkz. GÖRGÜN, Yıl: 2014 s. 157; KURU vd. Yıl: 2014 s. 252; PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 427; ULUKAPI, Yıl: 2014 s. 244. Zira, derdestlik bir dava şartıdır (HMK m.114/1-ı). Derdestlik dava şartı olduğundan hâkim tarafından re’sen nazara alınacak ve taraflarca yargılamanın her safhasında ileri sürülebilecektir. Mahkeme, dava şartı noksanlığını tespit ederse davanın usulden reddine karar vermelidir (HMK m. 115)) kabul edileceği ileri sürülmektedir (AKINCI, Yıl: 2002 s. 35 vd.; ALTUĞ, Yıl: 1983 s. 219. MÖHUK m. 47’nin yabancı derdestliği dikkate alan hükümler değil, yetkiye ilişkin hükümler olduğu konusunda bkz. SARGIN, Yıl: 1996 s. 189). Kanaatimizce HMK’nın yürürlüğe girmesi ile birlikte, yetki sözleşmesi ile yabancı mahkemenin yetkilendirilmesinde yabancı derdestliğin kabul edilmesi söz konusu değildir (Doktrinde bir görüş HMK uyarınca dava şartı olarak düzenlenen derdestlik konusunun, MÖHUK açısından dava şartı olarak dikkate alınamayacağını; HMK m. 114/1-ı hükmünün bir iç hukuk kuralı olarak Türkiye dahilindeki bir mahkemede

derdest olan bir davanın, yine Türkiye’de bulunan başka bir mahkemede açılması hâlinde uygulanma imkânı bulacağını ve milletlerarası nitelikli davalarda derdestlik itirazı yetki itirazı (HMK m. 116/1-a) olarak dikkate alınacağını ileri sürerken (bkz. NOMER, Devletler Hususi Hukuku, s. 451-452), diğer görüş ise, HMK’deki düzenleme uyarınca derdestliğin bir dava şartı olması nedeniyle yargılamanın her safhasında ileri sürülebileceğini ve mahkemece de dikkate alınabileceğini belirtmektedir (bkz. ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 411; ŞANLI, Yıl: 2013 s. 152). Biz ikinci görüşe katılmaktayız. Mülga HUMK döneminde derdestlik ilk itirazlar arasında düzenlenmişti (Mülga HUMK m.187/3). Hâlbuki HMK’de ise derdestlik dava şartıdır. Yetki itirazı ise, ilk itirazdır. Bu nedenle MÖHUK m. 47’deki itirazın, yetki itirazı olarak dikkate alınması gerekeceğinden, MÖHUK m. 47’de düzenlenen yetki sözleşmesi ile yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi hâli, artık yabancı derdestlik olarak dikkate alınmamalıdır. Zira açıkça hükümde “... *Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görüleceğinden...*” şeklindeki düzenleme yer almaktadır.). Yine, doktrinde, yabancı derdestliğin, MÖHUK m. 41’de düzenlenen “*Türklerin kişi hâllerine ilişkin davalar*” davalar kapsamında da gündeme geldiği belirtilmektedir (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 58; ŞANLI, Yıl: 2013 s. 151-152; TAN-DEHMEN, Yıl: 2013 s. 177. Yabancı derdestlik hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, Yıl: 2002 s. 121-147; DOĞAN, Yıl: 2003 s. 987-1008; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 50). Aynî haklardan doğabilecek uyuşmazlıklar Türklerin kişi hâllerine ilişkin bir uyuşmazlıktır değildir. Bu nedenle aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda milletlerarası derdestlik gündeme gelmemektedir.

3.6. Yetkisiz Yerde Dava Açılması

Kamu düzenine ilişkin olmayan yetki hâllerinde taraflar yetkisiz bir mahkemeyi iki şekilde yetkili kılabilmektedirler. Bu hâllerden ilki yukarıda detaylı bir şekilde incelediğimiz yetki sözleşmesiyle, ikincisi ise, yetkisiz yerde dava açılmasına rağmen davalının yetki itirazında bulunmamasıdır (KURU vd. Yıl: 2014 s. 152. Benzer yönde, PEKCANITEZ vd. Yıl: 2013 s. 183. HMK m. 19/3’e göre

mahkeme yetkisizlik kararı vereceği zaman yetkili mahkemeyi de göstermek zorundadır. Ancak uyuşmazlık hakkında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi yoksa, mahkemenin yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermesi gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle yabancılık unsuru taşıyan milletlerarası uyuşmazlıklar hakkında, Türk mahkemesi yetkisizlik kararı verirken, somut olayda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi yoksa, HMK m.19/3'ü uygulayamayacak sadece somut uyuşmazlık hakkında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmadığına karar verebilecektir).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 19/4 uyarınca, *“Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir”* hükmünü içermektedir. Genel ya da özel yetkili mahkeme uyarınca Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesis edilememesine rağmen, davanın yetkisiz Türk mahkemesinde açılması ve davalının cevap dilekçesinde yetki itirazında bulunmaması ya da usulüne uygun şekilde yetki itirazında bulunmaması hâlinde bu yer mahkemesi yetkili hâle gelecektir. Böylelikle de somut uyuşmazlık hakkında Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır. Benzer bir düzenleme İsviçre Medeni Usul Kanunu'nda da yer almaktadır. Tıpkı Türk Hukuku'nda olduğu gibi, davacının yetkisiz mahkemede dava açması hâlinde, davalı cevap dilekçesinde yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı yer mahkemesi yetkili hâle gelecektir (İsviçre Medeni Usul Kanunu m. 18).

Burada dikkat edilmesi gereken ilk nokta, yetkinin kesin olmaması gereğidir. Dikkat edilmesi gereken ikinci nokta ise, davalının yetki itirazını usulüne uygun ve süresi içinde yapmış olup olmadığıdır. Yetki itirazı ancak ilk itiraz olarak ileri sürülebilmektedir (HMK m. 116/1-a). İlk itirazların hepsi cevap dilekçesinde (*“(1) Cevap dilekçesini verme süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Ancak, durum ve koşullara göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya, bir defaya mahsus olmak ve bir ayı geçmemek üzere*

ek bir süre verilebilir. Ek cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhâl bildirilir” (HMK m. 127). “(1) Dava açılması ve davaya cevap verilmesi dilekçe ile olur. (2) Cevap süresi, dava dilekçesinin davalıya tebliğinden itibaren iki haftadır. Ancak mahkeme durum ve koşullara göre cevap dilekçesinin bu süre içinde hazırlanmasının çok zor yahut imkânsız olduğu durumlarda, yine bu süre zarfında mahkemeye başvuran davalıya, bir defaya mahsus ve iki haftayı geçmemek üzere ek bir süre verebilir. Ek cevap süresi talebi hakkında verilen karar taraflara derhâl bildirilir” (HMK m. 317)). belirtilmek zorundadır. Aksi hâlde dinlenemezler (HMK m. 117/1). Yetkinin kesin olmadığı davalarda, yetki itirazının, cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerektiği ayrıca HMK m. 19/2’de de düzenlenmiştir.

Birden fazla yetkili mahkemenin bulunduğu bir davada, davacının davasını yetkisiz bir mahkemede açması hâlinde, davalı yetki itirazında bulunabilecektir. Yetki itirazında bulunan taraf, yetkili mahkemeyi, birden fazla yetkili mahkeme varsa seçtiği mahkemeyi de bildirmelidir. Aksi takdirde yetki itirazı dikkate alınmamaktadır (HMK m. 19/2). Bu kapsamda davalının bir tek mahkemenin adını vermesi asıl olandır. Ancak davalının birden fazla mahkemenin adını vermesi hâlinde ise, davacının bir seçim hakkı doğmuş olacaktır. Bu durumda mahkeme davacıya hangi mahkemeyi seçtiğini sormalı ve onun vereceği cevaba göre yetkisizlik kararında yetkili mahkemeyi belirlemelidir (E. YILMAZ, Yıl: 2013 s. 99. Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta; “... davalı yetki itirazında birden fazla mahkemeyi yetkili gösterirse seçim hakkı davacıya geçer. Mahkemenin bunun üzerine davacıdan seçim hakkını hangi mahkeme için kullandığını sorması ve yetkisizlik kararı ile dava dosyasını davacının seçtiği mahkemeye göndermesine karar vermek gerekir...” şeklinde bir karar vermiştir, (Yarg. 11. HD T. 11.05.2000, E. 2000/3355 K. 2000/4148, [bkz. <http://legalbank.net>])).

4. AYNÎ HAKLARA İLİŞKİN VERİLEN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI-TENFİZİ

4.1. Genel Olarak

Yargı organları devletlerin egemenlik haklarını kullanma yollarından birini oluşturmaktadır. Her devlet kendi yasalarını koyma ve uyuşmazlıkları çözüme kavuşturma görevini yargılama ile yerine getirir. Özellikle uluslararası ilişkilerin giderek artmasıyla bir devlet mahkemesinde alınan kararın başka bir devlette de geçerli kılınmasının gerekli olduğu durumlar ortaya çıkabilir (Bir kararın başka bir ülkede tanınması ve tenfiz edilmesinin amacı; ülkeler arasında karşılıklılığı sağlamak, mahkemelerin iş yoğunluğunu azaltarak para ve zaman kaybının önüne geçebilmek, ilgililerin menfaatlerini korumak gibi çeşitli sebeplere dayanmaktadır, bkz. NOMER, Yıl: 2009 s. 144-145; NOMER, Yıl: 2015 s. 496. Yargıtay da mahkeme kararlarının verildikleri ülke dışında kesin hüküm, kesin delil ve icrai güce sahip olmaları, milletlerarası toplumda kişisel ilişkilere ve ticari hayatın getirdiği ekonomik ilişkiler kurma, yaratma ve oluşan uyuşmazlıkların çözümü için tartışmasız mahkeme kararı yanında gerekli olan yabancı ilâmın tanınması ve tenfizinin kabul edilmesini gerektiğini; böylesi bir zorunluluğun, iki hâkimiyeti karşı karşıya getirdiğini; bu hâkimiyetlerden ilkinin, her devletin egemenliğinin ve milli menfaatlerinin korunması gereği ve ikincisinin ise milletlerarası menfaatlerin gerekleri ve kişilerin haklarına saygı kuralının İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile bu hakların korunup korunmasının benimsenmesi olduğunu belirtmiştir, bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, bkz. www.kazanci.com. Aynı yönde, Yarg. 3. HD, T. 3.6.2014, E. 2014/7513, K. 2014/9261, bkz. www.kazanci.com). Yabancı mahkemeden verilen kararların hiçbir işleme tâbi tutulmaksızın doğrudan geçerli olması kural olarak (Kural olarak hukuk düzenleri, yabancı devlet mahkemelerinden alınan kararların kendi ülkelerinde de kesin hüküm ve kesin delil sonucunu doğurmasını ancak o kararın tanınması ve tenfiz edilmesi hâlinde geçerlilik tanımışlardır. Türk hukukunda da yabancı mahkemelerden alınan kararların Türkiye’de kesin hüküm ve kesin delil etkisi doğurması o kararın tanınması ve tenfizine bağlanmıştır. Ancak doğrudan

tanıma denilen bir usul de yabancı mahkemeden alınan kararın tanıma usulüne tâbi tutulmaksızın doğrudan uygulanması söz konusu olmaktadır. Doğrudan tanıma usulü, yabancı ilâmın kesin hüküm ve ya kesin delil etkisinin hiçbir şart incelenmeden ve tanıma kararı alınmasına gerek olmaksızın, bir başka ülkede doğrudan kabul edilmesidir. Bu usulde yabancı ilâmın kesin hüküm ve kesin delil etkisi doğrudan meydana gelmektedir. Bu usul genellikle milletlerarası sözleşmelerde ve istisnaen iç hukuk düzenlemeleriyle uygulanmaktadır. Bu usulde yabancı ilâmın kesin hüküm ve kesin delil etkisinin kabul edilmesi –sözleşmelerde doğrudan tanıma engellerinin kabul edildiği durumlar hariç- bir şarta bağlı değildir. Türk Hukuku’nda doğrudan tanıma usulü bazı milletlerarası sözleşmelerle kabul edilmiştir. Örneğin, Türkiye’nin de taraf olduğu Kişi Hallerine İlişkin İşlemlerin Düzeltilmesi Kararları ile İlgili Sözleşme (m. 2/2) (RG T. 21.12.1966, RG Sayı: 12483), Bazı Ölümünün Tespitine İlişkin Sözleşme (m. 4) (RG T. 26.12.1971, RG Sayı: 14054), Türkiye ile Irak Arasındaki Adli Yardım Sözleşmesi ‘nde (m. 84) (RG T. 02.08.1992, RG Sayı: 21303) doğrudan tanıma usulü kabul edilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENSÖZ, Yıl: 2012 s. 97 vd.) –pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi (Örneğin, İsviçre Hukuku’nda da yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için bazı şartlar aranmaktadır. Aranan şartlar genel olarak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 25-32 arasında düzenlenmektedir. Ancak bu genel düzenlemelere ek olarak örneğin, yabancı ülkede isim değişikliğine ilişkin m. 39, yabancı ülkede gerçekleşen ölmüş sayılma ve gaiplik durumlarına ilişkin m. 42, yurtdışında meydana gelen evlenmelere ilişkin m. 45, evlilik mallarına ilişkin m. 58, boşanma ve ayrılığa ilişkin olarak m. 65’de ayrıca hükümlerin yer aldığı görülmektedir. İsviçre Hukuku’nda yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizinde genel olarak kararın verildiği devletteki mahkemelerin ya da idari mercilerinin yargı yetkisini haiz olması, karar karşı kanun yollarının tüketilmiş olması veya kararın kesinleşmiş olması ile kararın reddedilmesi şartlarının sayıldığı İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 27’deki red sebeplerinin bulunmaması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. GIRSBERGER vd. Yıl: 2014 s. 334 vd.; Alman Hukuku’nda ise yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi şartları genel olarak Alman Medeni Usul Kanunu § 328, 722 ve

723’de düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KARAASLAN ve KARAASLAN, Yıl: 2005 s. 121-143; TÜTÜNCÜBAŞI, Yıl: 2015 s. 1525-1551. İngiliz Hukuku için BRIGGS, Yıl: 2002 s. 114 vd.; CLARKSON ve HILL, Yıl: 2002 s. 154 vd.; Fransız Hukuku için bkz. ŞENSÖZ ve SERMET, Yıl: 2011 s. 653-690. Brüksel Recast I Tüzüğünde ise, üye devlet mahkemelerinden verilen kararlar hiçbir işleme gerek olmaksızın üye ülkelerde tanınmış (m. 36) ya da tenfiz edilmiş (m. 39) gibi geçerli olacaktır. Ancak söz konusu karar Tüzük m. 45’de (tenfizinin reddi için m. 46’da 45’deki şartlara gönderme yapılmıştır) sayılan tanıma veya tenfiz için red sebeplerinden birini taşıyorsa taraflardan biri mahkemeye başvurabilecektir. Avrupa Birliği Hukuku’nda mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BEAUMONT ve WALKER, Yıl: 2015 s. 31-63; TAKAHASHI, Yıl: 2012 s. 1-15; SÜRAL, Yıl: 2007 s. 1 vd.)- Türk Hukuku’nda da mümkün değildir. Bu kararların Türkiye’de kesin delil, kesin hüküm etkisi ile icra edilmesinin kabul edilmesi tanıma-tenfiz şeklinde isimlendirilen bir usulün uygulanmasını gerektirmektedir.

Tanım, yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilmiş bir kararın kesin hüküm ve kesin delil kuvvetinin kabul edilmesidir. Yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesi ise tanımadan farklı olarak, tenfiz ülkesinde o kararın kesin hüküm ve kesin delil etkisinin yanı sıra icra kabiliyetinin de kabul edilmesidir (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 616; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 102-103; NOMER, Yıl: 2009 s. 145 vd. Ayrıca tenfiz Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı’nda da; “... *Tenfiz (exequatur) doktrinde değişik şekillerde açıklanmaktadır. Tenfiz yabancı mahkeme kararına, kesin hüküm ve kesin delil kuvveti uygun görmek yanında, Türk icra organları aracılığıyla Türkiye’de icra edilebilme gücünün verilmesine ilişkin bir mahkeme kararıdır...*” şeklinde tanımlanmıştır, (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, bkz. www.kazanci.com). Bir ilâmın başka bir ülkede o devletin icra organlarını harekete geçirerek uygulanmasını, icra edilebilirliğini sağlamak, ancak tenfiz kararının varlığı ile mümkündür (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, bkz. www.kazanci.com).

Özellikle geçmiş dönemlerde tanıma ve tenfiz kavramlarının karıştırıldığı görülmektedir. Bu nedenle, Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü çeşitli genelgeler yayımlayarak konuyu açıklığa kavuşturmak istemiş ve özellikle tazminat, çocuk teslimi, nafaka gibi cebrî icrayı gerektiren hâllerin bulunması hâlinde kararın tenfizi, bulunmaması hâlinde ise kararın tanınmasının yeterli olacağını belirtmiştir, bkz. Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nün 8.8.1989 tarihli ve 112.1.105.1640.1989.32341 sayılı Genelgesi, bkz. NOMER, Yıl: 1998 s. 711. Örneğin, bir boşanma kararında nafaka veya velayete ilişkin bir karar varsa, o boşanma kararının tenfizi, salt bir boşanma kararında ise o kararın tanınması söz konusu olmaktadır. Daha sonraları Yargıtay'ın çeşitli kararlarında, tanıma ve tenfizin nitelik farkı üzerinde durularak eda hükümlerini taşıyan kararların tenfizi; tespit ve yenilik doğurucu kararların ise, tanınmasının yeterli olacağı belirtilmiştir. Yargıtay'ın konu ile ilgili bir kararında, “yenilik doğurucu kararda eda hükmünün bulunması hâlinde ise, -örneğin boşanma ile verilen tazminat, nafaka gibi- eda içeren kısımlar için tenfiz istenmesi gerektiği belirtilmiştir, bkz. Yarg. 2. HD, T. 15.8.1994, E. 7563, K. 7540, (RG. 10.10.1994/22077); Yarg. 2. HD. T. 11.1.1995, E. 94-12868, K. 95-211, bkz. NOMER, Yıl: 1998 s, 711).

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi; Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda yer alan hükümler dışında, genel olarak MÖHUK'da düzenlenmiştir (MÖHUK m. 1; m. 50-59). MÖHUK m. 50'de ön şartlar, m. 54'te asli tenfiz şartları, m. 58'de ise tanıma şartları yer almaktadır. Tanıma şartlarının düzenlendiği MÖHUK m. 58'1 uyarınca tenfiz şartlarına gönderme yapılmış ve sadece MÖHUK m. 54/1-a bendinde düzenlenen karşılıklılık şartının uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Hâkim, yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi talebini MÖHUK m.50 ve 54'deki şartlar varsa kabul etmek, değilse reddetmek zorundadır. Tanıma-tenfiz davasında davalı ancak tanıma-tenfiz şartlarının bulunmadığını veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebebin ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilmektedir

(MÖHUK m. 55/2). Yine, yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi davasında hâkim de, yabancı mahkeme kararının maddî hukuk açısından doğruluğunu inceleyemez. Bu kurala revision au fond yasağı denilmektedir (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 623; DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 75. NOMER, Yıl: 2015 s. 508; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 472-473; ŞANLI, Yıl: 2013 s. 221). Bir başka ifadeyle hâkim yabancı mahkeme ilâmının esasî hakkında incelemede bulunamaz (Brüksel Recast I Tüzüğünde de içeriği tetkik yasağı kabul edilmiştir (m. 45/3 ve m. 52). Buna karşın, bazı hukuk sistemlerinde ise, yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizinde hâkim yabancı ilâmın içeriğini denetleyebilmektedir. Bir başka ifade ile bu hukuk sistemlerinde revision yasağı kabul edilmemiştir. Belçika ve Lüksemburg Hukukları bu hukuk sistemlerine örnek gösterilebilir, DOLUNAY, Yıl: 2015 s. 47. Revision sistemi uzun süre Fransa’da da kabul edilen bir sistemdir. Ancak 1964 yılında verilen “Munzer” kararıyla tamamen kaldırılmıştır, bkz. ÖZBAKAN, Yıl: 1987 s. 55; ŞANLI, Yıl: 2013 s. 222-223, dipnot 253). Bu kapsamda tenfiz hâkimi, tanıma ve tenfize konu olan yabancı mahkeme kararında, yabancı hukuka uygulanan hukukun doğru seçilip seçilmediği, delillerin doğru takdir edilip edilmediği gibi kararın esasına ilişkin bir değerlendirme yapamaz. Tenfiz hâkimi, yabancı hâkimin kararını verirken yeterli delil toplayıp toplamadığına kendi usul kurallarına göre karar veremez. Zira, revision au fond yasağı bu durumu engellemektedir (Söz konusu durum bir Yargıtay kararına; *“Öncelikle belirtelim ki, öğretide hakimin yargısal işlevini yerine getirirken uyacağı usul kurallarının (Lexfori) hakimin kuralları olduğu yönünde duraksama yoktur. Şu halde, ispat vasıtalarının nev'i, ileri sürülme ve toplanma biçimi, delilin kabul edilebilirliği, hakimin usul kanunu çerçevesinde belirlenecektir. Şüphesiz toplanan delillerin takdirine ilişkin tüm kurallar da hakimin usul kurallarıdır. Şu halde bir boşanma kararı oluştururken hakim, hangi vakıaları sabit kabul edileceğini kendi usul kuralları çerçevesinde topladığı delile göre takdir ve açıklayacaktır. Böyle olunca Besigheim (Almanya) hakiminin yeterli delil toplayıp toplamadığını Türk Usul Hukuku çerçevesinde değerlendirmek mümkün değildir. Türk tanıma ve tenfiz Hakimi prensip olarak yabancı mahkeme kararının doğruluğunu inceleyemez. Gerek yabancı kararda uygulanmış olan usul, gerekse kararda yeralan maddi ve*

hukuki tespitler tanıma ve tenfiz hükmünün inceleme konusu dışındadır. Bu sistem "revision aufonal" yasağı olarak ifade edilir usulde veya kararın hükmünde yapılmış olan hatalar tanıma ve tenfiz kararına kural olarak etkili olamaz. Bu nedenledir ki 2675 sayılı Kanunun 37. maddesi, tanınması ya da tenfizi istenen yabancı kararla ilgili kesinleşmiş ilamın mahkemeye ibrazını yeterli görmüştür.

Nitekim, Yasa koyucu tarafından (Revisionaufond) "davanın yeniden incelenmesi" amaçlanmış olduğu olgusundan yola çıkıldığında, yabancı mahkeme dava dosyasının tümünün görülüp değerlendirilmesi zorunluluğu kendiliğinden ortaya çıktığı açıktır. Bu durumda, Türk Mahkemesince dosyanın tamamen getirtilip incelemeye alınması kaçınılmaz olacaktır. Böyle bir prosedürün öngörülmesi halinde, yabancı mahkeme kararının tanınması ya da tenfizi değil, davanın yeniden yargılamasının yapılarak yeni bir hüküm kurulması sözkonusu olacağından, 2675 sayılı Yasanın tanıma ve tenfize ilişkin yasal kurallarının amacına aykırı düşen bu yöntem asla üstün görülemez..." (YHGK, T. 21.06.2000, E.2000/2-1051, K. 2000/1068, [bkz. www.kazamci.com]) şeklinde yansımıştır). Yine, aynı davanın Türk mahkemelerinde görülmesi hâlinde farklı sonuca varılacak olması, "tek başına" tanıma ve tenfiz engeli oluşturmayacaktır. Zira, esasa uygulanacak yabancı hukuk gibi yabancı mahkeme kararlarının da Türk mahkemelerinden verilecek kararlarla aynı olması beklenmeyeceğinden, revision au fond yasağından ayrılmayı gerektirecek bir özellik de bulunmamaktadır (Yarg. 11. HD, T. 18.10.2010, E. 2009/336, K. 2010/10456, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 405-409).

Bir yabancı mahkeme kararı Türkiye’de tanınp-tenfiz edilmedikçe hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Ancak tanınmamış ya da tenfiz edilmemiş bir yabancı mahkeme kararından Türk mahkemesinde görülen bir uyuşmazlıkta takdiri delil olarak yararlanılması mümkündür (EKŞİ, Yıl: 2013 s.145; DOLUNAY, Yıl: 2015 s. 29; NOMER, Yıl: 2009 s. 146-147).

4.2. Tanıma-Tenfiz Şartları

4.2.1. Ön Şartlar

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması (Tanıma için gerekli şartların düzenlendiği MÖHUK m. 58’de ön şartlara ilişkin hüküm içeren MÖHUK m. 50’ye atıf yapılmamış, sadece tenfiz şartlarının düzenlendiği MÖHUK m. 54’e atıf yapılmıştır. Her ne kadar tanıma için MÖHUK m. 50’ye açık atıf yapılmamış olsa da tenfiz için aranan ön şartlar tanıma için de aranacaktır, bkz. GÜVEN, Yıl: 2013 s. 24) ve tenfizinin ön şartları MÖHUK m. 50’de

“(1) Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.

(2) Yabancı mahkemelerin ceza ilamlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümden yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için gerekli olan ön şartları;

- a) Yabancı mahkeme kararı,
- b) Özel Hukuka İlişkin Olma,
- c) Kesinleşme şeklinde sıralamak mümkündür.

Yabancı mahkeme kararları genel anlamda yabancı bir ulusal devlet mahkemesince verilen kararlardır. Yine, AİHM, Avrupa Birliği Adalet Divanı gibi milletlerarası mahkemeler de yabancı mahkemelerdir (AİHM tarafından verilen kararların Türkiye’de icrası yargılamanın yenilenmesi yolu ile mümkündür, bkz. NOMER, Yıl: 2015 s. 503). MÖHUK’da açıkça kararı veren organın bir mahkeme (Bu kuralın istisnası- milletlerarası sözleşmeler hariç- Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 30/2’de düzenlenen hükümdür. Bu hüküm uyarınca evlat edinme olaylarına ilişkin

olarak yabancı idari makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş bulunan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkündür) olması şartı aranmaktadır. Bir makamın mahkeme niteliği taşıması için yetkilerini devletten alması ve bir egemenlik adına karar vermesi gerekmektedir (SAKMAR, Yıl: 1982 s. 16. Benzer yönde, DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 65. Yabancı mahkemeden verilen kararın ilâm niteliğinde olması gerekmektedir. Yabancı devletin usul hukukuna uygun olarak verilmiş olan bir mahkeme kararının, mahkeme ilâmı niteliğinde olup olmadığı münhasıran kararın verildiği ülkenin usul hukuka bağlı olduğu konusunda bkz. Yarg. 4. HD, T. 29.02.2012, E. 2011/11959, K. 2012/3154, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 430-431; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, bkz. www.kazanci.com).

Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinin ön şartlarından ikinci ise, kararın özel hukuka ilişkin olmasıdır. Belirtmek gerekir ki, yabancı mahkeme kararının özel hukuktan doğan bir uyuşmazlığa ilişkin olarak verilmiş olması gerekmektedir. Yoksa kararın sadece hukuk mahkemesi tarafından verilmesi gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Özel hukuka ilişkin olmak kaydıyla kararın ceza mahkemesi, idare mahkemesi ya da farklı bir mahkeme tarafından verilmiş olmasında sakınca yoktur (AYBAY ve DARDAĞAN, Yıl: 2008 s. 297; GÜVEN, Yıl: 2013 s. 39. Benzer yönde, EKŞİ, Yıl: 2013 s.125; ÖZBAKAN, Yıl: 1987, s. 143; ŞANLI vd. Yıl: 2014, Bası, s. 477. Kararın özel hukuka ilişkin olup olmadığı noktasında vasıflandırma lex fori’ye göre yapılacaktır, bkz. GÖKÇENAY, Yıl: 2009 s, 109; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 477. NOMER, Yıl: 2015 s. 502).

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi için aranan ön şartlardan sonuncusu ise, kararın verildiği yer hukukuna göre kesinleşmiş (Bir kararın kesinleşmesi maddî anlamda olabileceği gibi, şekli anlamda da olabilir. Bir kararın şekli anlamda kesinliği ile o karara karşı belirli bir aşamadan sonra olağan kanun yollarına başvurulamayacağı; bir başka ifadeyle karara karşı kanun yolunun bulunmaması veya olanların tüketilmiş olması anlaşılmaktadır. Bir karar hakkında

maddî anlamda kesinlikten bahsedebilmek için o kararın şekli anlamda kesinleşmiş olması gerekmektedir (HMK m. 303). Maddi anlamda kesin hüküm ise, yargısal kararlara kanun tarafından tanınmış olan gerçekliktir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KURU vd., Yıl: 2014 s. 656 vd. Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfiz edilmesi için aranan şartlardan biri olan kesinleşmenin şekli anlamda mı yoksa maddi anlamda mı olacağı noktasında doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre kararın sadece şekli anlamda kesinleşmesinin yeterli olduğu savunulurken (DEMİR- GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 40; GÖKÇENAY, Yıl: 2009 s. 194; SAKMAR, Yıl: 1982 s. 57; ŞİT, Yıl: 2011 s. 62; TİRYAKİOĞLU, Yıl: 1996 s. 38) diğer görüşe göre ise, (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 612; GÜVEN, Yıl: 2013 s. 51; NOMER, Yıl: 2009 s. 145; NOMER, Yıl: 2015 s. 498; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 481; ŞANLI, Yıl: 2013 s. 214) kararın hem maddi hem şekli anlamda kesinleşmesi gerekmektedir. YİBK’da (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, bkz. www.kazanci.com) ise söz konusu yabancı ilâmın verildiği ülke hukukuna göre şekli anlamda kesinleşmiş olması gerektiği belirtilmiştir.) olmasıdır. Kesinleşme tenfiz davasının açıldığı tarih itibariyle gerçekleşmiş olmalıdır (Kesinleşmenin hangi tarihte gerçekleşmenin gerektiği konusunun incelendiği bir Yargıtay kararında (Yar. 11. HD, T. 30.12.2013, E. 12630/K. 23724, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 490-491) Yargıtay Hamm Eyalet Yüksek Mahkemesi kararının kesinleşme tarihinin 01.10.2013 olduğunu ancak tenfiz davasının ise, 28.12.2012 tarihinde açılmış olması nedeniyle, dava tarihinde kesinleşmiş bir yabancı karar olmadığını belirterek, tenfiz talebinin reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir).

Yabancı mahkemede görülen davada özellikle davalının yurt dışında olması hâlinde yapılacak tebligatın ayrı bir önemi vardır. Genellikle kararın kesinleşmiş olması için aranacak diğer şartlara ek olarak kararın davalıya usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesi (Tebligat konusunda, Türkiye ile iki taraflı sözleşme yapan ülkelere örnek olarak, Almanya, Arnavutluk, Avusturalya, Avusturya, Azerbaycan, Bulgaristan, Cezayir, Çek Cumhuriyeti, Çin, Fas, Gürcistan, Hırvatistan, Hindistan, Irak, İngiltere, İran, İsviçre, İtalya, Kanada, Karadağ, Kazakistan, Kuveyt, Kuzey

Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Litvanya, Macaristan, Makedonya, Mısır, Moğolistan, Moldova, Özbekistan, Pakistan, Polonya, Romanya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Suudi Arabistan, Suriye, Tacikistan, Tunus, Ukrayna, Ürdün verilebilir, bkz. RUHİ, Adli Yardım, Tebligat ve İstinabe, s. 204-210. Anlaşmalarda belirtilen şartlar çerçevesinde tebligat yapılmaktadır. Tebligat konusunda çok taraflı sözleşmeler ise, a) 1 Mart 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi (Onay Kanunu No: 1574, Sözleşmenin Yayımlandığı RG T. 23.05.1972, RG Sayı: 14194. Sözleşme Almanya, Arnavutluk, Avusturya, Belçika, Beyaz Rusya, Bosna Hersek, Çek Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti (Macao Bölgesi), Danimarka, Ermenistan, Fas, Finlandiya, Fransa, Hırvatistan, Hollanda, Holy See, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, Japonya, Karadağ, Kıbrıs, Kırgızistan, Letonya, Litvanya, Lübnan, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Mısır, Moldova, Norveç, Özbekistan, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Surinam, Türkiye ve Ukrayna arasında yürürlüktedir, bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=33), b) 15 Kasım 1965 tarihli Hukukî ve Ticari Konularda Adli ve Gayri Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesidir (Sözleşmenin Yayımlandığı RG T. 17.06.1972, RG Sayı: 14218. Sözleşme 09.09.1981 Tarih ve 1483 sayılı yasa ile onaylanmıştır. Sözleşme Almanya, Amerika, Arjantin, Arnavutluk, Avrupa Birliği, Avusturalya, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Beyaz Rusya, Bosna Hersek, Brezilya, Bulgaristan, Burkina Faso, Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı, Çek Cumhuriyeti, Çin Halk Cumhuriyeti, Danimarka, Ekvador, Estonya, Fas, Filipinler, Finlandiya, Fransa, Güney Afrika, Gürcistan, Hırvatistan, Hindistan, Hollanda, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Japonya, Kanada, Kıbrıs, Kore Cumhuriyeti, Kosta Riko, Letonya, Litvanya, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya Cumhuriyeti, Malezya, Malta, Meksika, Mısır, Monako, Montenegro, Morityus, Norveç, Panama, Paraguay, Peru, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya, Sırbistan, Singapur, Slovakya, Slovenya, Sri Lanka, Surinam, Şili, Tunus, Türkiye, Ukrayna, Uruguay, Ürdün, Venezuela, Vietnam, Yeni Zelanda, Yunanistan ve Zambiya arasında yürürlüktedir, bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=29). Hukuk Usulüne

Dair Sözleşme’de hem adli hem gayri adli evrakın tebliğine ilişkin hükümlerle birlikte (m.1-7), teminat, istinabe gibi usul hukukuna dair bazı konulara da yer verilmiştir. Sözleşme uyarınca merkezi makam Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’dür. Bu sözleşmenin ardından 1965 yılında Hukukî ve Ticari Konularda Adlî ve Gayrî Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmede Hukuk Usulüne Dair Sözleşmeden farklı olarak sadece tebligata ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Her iki sözleşmeye taraf olan ortak devletler bulunmaktadır. Her iki sözleşmeye taraf olan devletler açısından tebligat Hukukî ve Ticari Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi çerçevesinde yapılacaktır (Hukukî ve Ticari Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi m. 22). Hem iki taraflı adli yardımlaşma sözleşmesi hem Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi ve/veya Hukukî ve Ticari Konularda Adlî ve Gayrî Adli Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi’ne taraf olan devletlerde ise tebligat konusunda Hukukî ve Ticari Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi uygulanacaktır (Hukukî ve Ticari Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi m. 22). La Haye Sözleşmeleri iki taraflı adli yardım sözleşmelerinin uygulanmasını engellememektedir. Bu nedenle mahkeme, bu sözleşme (hem iki taraflı hem çok taraflı) hükümlerinden hangisine göre tebligat daha hızlı ve daha kolay yapılacaksa onu uygulamakta serbesttir (Hukukî ve Ticari Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi m. 25). Hukukî ve Ticari Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlerde Tebliğine Dair La Haye Sözleşmesi’nde tebligat kural olarak “merkezi makamlar” aracılığıyla yapılmakta (m. 2) ve muhatabın adresinin bilinmemesi hâlinde uygulanmamaktadır. Federe devletler birden fazla merkezi makam tayin edebilirler (m. 18). Türkiye’nin merkezi makamı Adalet Bakanlığı’na bağlı olan Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’dür) gerekmektedir. Bu durumda tebligat usulüne uygun bir şekilde yapılmazsa, karar kesinleşmiş olmayacak ve söz konusu yabancı ilâmın tanınması ya da tenfizinin reddedilmesi

gerekecektir. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında (Yarg. 11. HD, T. 07.12.2010, E. 2009/5635, K. 2010/12634, bkz. LALE, s. 413-414. Benzer bir karar için bkz. Yarg. 11. HD, T. 11.10.2010, E. 2009/3660, K. 2010/9954, bkz. LALE, s. 420-421; Yarg. 11. HD, T. 30.12.2013, E. 11544/K.23689, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 466-467); “... Davacı vekilince sunulan tebliğ belgesinin incelenmesinden, tenfizi istenen Bochum Asliye Hukuk Mahkemesi’nce verilen kararın davalıya nasıl tebliğ edildiği net olarak anlaşılamamakta olup, 1965 tarihli Hukukî ve Ticari Konularda Adlî ve Gayri Adlî Belgelerin Yabancı Memleketlere Tebliğine Dair Lahey Sözleşmesi’nde, sözleşmeye taraf olan ülkeler arasında yapılacak tebligatların hangi makam tarafından ve hangi usul çerçevesinde yerine getirileceği belirlenmiştir. Hem Türkiye Cumhuriyeti hem de Almanya anılan sözleşmeye taraftır. Esasen tenfizi istenen kararın bu usule uygun şekilde tebliğ edilmemiş olması halinde kararın kesinleşmeyeceği, bu bağlamda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki yasanın 54. maddesi uyarınca ortada kesinleşmiş bir kararın olmaması halinde ise tenfiz isteminde bulunulamayacağı açıktır...” şeklindeki ifadeleriyle bu durumu değerlendirmiştir.

Yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade etmektedir (MÖHUK m. 59). Bu hükümle, yabancı mahkemeye ait ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisinin yabancı mahkeme kararının tanınmasından itibaren değil, tanımaya konu yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren etkisini göstereceği kabul edilmiştir (YHGK, T. 30.11.2011, E. 2011/2-593, K. 2011/726, bkz. www.kazanci.com).

Yabancı mahkeme kararının kesinleşmemiş olmasına rağmen, verildiği yer hukukuna göre icra edilebilir olması ise, kararın Türkiye’de tanınması ve tenfizine sebep teşkil etmeyecektir. Söz konusu karar kesinleşmemiş olduğundan, bu kararın Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkün değildir.

Yabancı mahkemelerden aynî haklara ilişkin alınmış olan bir karar, özel hukuka ilişkin bir mahkeme kararı olup verildiği yer hukukuna göre kesinleşmişse ve asli şartların da varlığı halinde, Türkiye’de tanınıp tenfiz edilebilecektir.

4.2.2. Asli Şartlar

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için asli şartlar MÖHUK m. 54’de;

a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması.

b) İlamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması.

c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması” şeklinde düzenlenmiştir. Ancak yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında a bendinde yer alan karşılıklılık şartı aranmayacaktır (MÖHUK m. 58).

Bu hükümler incelendiğinde aynî haklarla doğrudan bağlantılı olabilecek iki şart dikkat çekmektedir. Bu şartlar, MÖHUK m. 54/1- b bendinde sayılan ilâmın,

Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince bir başka ifade ile kararın aşkın yetkili bir mahkemeden verilmiş olmamasıdır. Zira, Türk Hukuku'nda aynî haklar konusunda münhasır yetkili mahkemeler bulunmaktadır. Şayet yabancı mahkemeden alınan ilâm Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmişse, hâkim re'sen bu durumu dikkate alarak kararın tenfizi talebini reddedecektir. Yine, özellikle malvarlığı davalarında mahkemelerin aşkın yetkili olup olmadığının tartışmaları bulunmaktadır. Bu kapsamda özellikle mülga HUMK m. 16 ile HMK m. 9 arasındaki düzenleme değişikliğinin sebebi olarak HUMK m. 16'nın aşkın yetkili bir mahkeme olması gösterilmiştir (HMK m. 9 Hükümet Gerekçesi).

Bu iki şartın dışında yabancı ilâmın verildiği devlet ile Türkiye arasında mahkeme kararlarının tanınması-tenfizi konusunda karşılıklılık yoksa kararın tenfiz edilmesi mümkün değildir. Yine, yabancı ilâm Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil ediyorsa kararın Türkiye'de tanınması ve tenfizi söz konusu olmayacaktır. Bu iki şart da hâkim tarafından re'sen dikkate alınacaktır. Son olarak yabancı ilâm verilirken o yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişi hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ise, bu durum da tanıma-tenfiz engeli oluşturabilecektir. Ancak bu son şartın tanıma-tenfiz engeli oluşturabilmesi için Türkiye'de açılan tanıma-tenfiz davasında davalının itiraz etmiş olması gerekmektedir. Yoksa hâkim bu durumu re'sen nazara alamayacaktır.

4.2.2.1. Karşılıklılık

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizinde aranan karşılıklılığın akdî, kanunî veya fiilî olması gerekmektedir. Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tenfiz edilmesi için aranan karşılık, mahkeme kararlarının tenfizi noktasındadır.

Akdî karşılıklılık ile kastedilen, Türkiye ile ilâmı veren devlet arasında mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin bir anlaşmanın varlığıdır. Bu anlaşma çok taraflı ya da iki taraflı olabilir (Türkiye yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda bazı çok taraflı sözleşmelere taraftır. Yine, Türkiye ile bazı devletler arasında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda iki taraflı sözleşmeler bulunmaktadır. Sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 637-639; GÜVEN, Yıl: 2013 s. 251 vd.) Kanunî karşılılık ise, ilâmı veren yabancı devlette Türk mahkeme kararlarının tenfizine yönelik bir düzenlemedir. Ancak kanunî karşılıklılığın gerçekleşmesi için, ilâmı veren devlet kanunlarında Türkiye’den verilen kararların tanınması veya tenfiz edilmesini engelleyen bir hükmün olmaması yeterlidir (Almanya ile Türkiye arasında mahkeme kararlarının tenfizinde karşılıklılık bulunup bulunmadığı bir Yargıtay kararına konu olmuştur. Karar uyarınca; “... 23.11.1982 gününde yürürlüğe giren 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun (MÖHUK)'nun 34. maddesinde "yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin verilmiş ve o devlet Kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilamların Türkiye'de icra olunabilmesi yetkili Türk Mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır" kuralı yer almaktadır. Tenfiz kararının verilebilmesi için aranılacak şartlar ise 38. maddede belirlenmiştir. Bu şartlardan "karşılıklılık ilkesi" temel ilke durumundadır, karşılıklılık gerçekleşmediği takdirde tenfiz isteği, diğer şartlar incelenmeden reddedilmelidir.

38. maddenin (a) bendinde belirlenen üç durumdan birinin bulunması halinde "karşılıklılık ilkesinin gerçekleştiği" kabul edilir. Bunlardan birincisi, "Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği Devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir sözleşme"; ikincisi o devlette Türk Mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmü; üçüncüsü ise, fiili uygulamanın bulunmasıdır.

Davacı, Almanya Federal Cumhuriyeti Tübingen Eyalet Mahkemesi'nin 23 Kasım 1983 ve 40267/83 sayılı mamelek hukukuna ilişkin kararının Türkiye'de

yerine getirilmesi için tenfiz kararı istemektedir. Yerel mahkeme, isteği kabul etmiş; ancak Yargıtay 13. Hukuk Dairesi "karşılıklılık ilkesinin gerçekleşmediği" gerekçesiyle mahkeme kararını bozmuştur. Yerel Mahkeme kararını bozan 13. Hukuk Dairesi ile direnme kararı veren mahkeme arasındaki uyuşmazlık Ülkemizle Almanya arasında "karşılıklılık ilkesinin" gerçekleşip gerçekleşmediğinde toplanmaktadır. Yargıtay denetiminin sağlıklı sonuçlara ulaşması için öncelikle Alman Hukuku'nda tenfizle ilgili kuralların ve uygulamanın bilinmesi gerekir.

Alman Hukuk Yargılamaları Kanunu (ZPO)'nun 722. maddesi, "bir yabancı mahkeme kararının icrası (tenfizi), yalnız tenfizin caiz olduğuna ilişkin bir icra (tenfiz) kararı verilmesi ile gerçekleşeceğini "açıklayarak yabancı mahkeme kararının tenfiz edilebilirliğini kabul etmiştir.

Diğer taraftan ZPO'nun "Tenfiz hükmünün verilmesi" başlıklı 723. maddesinin 2. fıkrasında tenfiz kararı, ancak yabancı mahkemenin kararının kendi hukukuna göre kesinleşmesi halinde verilir. ZPO. 328'e göre "hükmün tanınması mümkün değilse, tenfiz kararı verilemez" kuralı getirilmiştir.

ZPO'nun 328. maddesinin konumuzla ilgili 1. fıkrası ile 5. bendinde ise "eğer karşılıklılık gerçekleşmemiş (garanti edilmemişse) bir yabancı mahkeme kararı tanınamayacağını" kabul edilmiştir.

O halde Alman Federal Cumhuriyeti'nde, kural olarak, yabancı mahkeme kararlarının icra edilebileceği duraksamasız söylenebilir. ZPO'nun tenfizi kabul eden 722 ve 723. maddeleri ile MÖUHK'nun 34. maddesi iki ülkenin hukuk düzenindeki paralelliğin varlığını göstermektedir; bu durumda gerek MÖUHK.'nun 38 ve gerekse ZPO'nun 328/5. maddesinde kabul edilen temel ilke karşısında artık "karşılıklılığın" gerçekleştiği kabul edilmelidir. Alman yasal düzenlemesinde açıkça "Türk Mahkeme kararlarından" söz edilmemiş olması sonuca etkili değildir; yabancı sözcüğü içinde doğal olarak "Türk"de vardır.

Yasal düzenlemelerde olduğu gibi uygulamada da her iki ülkede "karşılıklılık ilkesinin sağlandığı izlenmektedir. Yüksek Mahkeme Yargıtay, olayımızda tartışılan 13. Hukuk Dairesi'nin kararı ayırık tutulursa, Alman Federal Cumhuriyeti Mahkeme kararlarının kural olarak tenfiz edilebilirliğini kabul etmektedir (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 6.7.1988 gün ve 3014 E., 6939 K. sayılı ilamı). Aynı şekilde Alman Yüksek Federal Mahkemesi (BGH), 10.10.1985 günlü kararında, daha önce Türkiye'de mahkeme kararına bağlanmış bir uyuşmazlığın tekrar Almanya Mahkemeleri önüne getirilmesi üzerine tenfiz konusunu ele alarak "karşılıklılık ilkesini sağlayacak eşit koşulların eskiden mevcut olmamakla birlikte 1982 yılında Türkiye'de kabul edilen MÖUHK ile gerçekleştiğini ve koşulları mevcut oldukça Türk Mahkeme kararlarının Almanya'da tenfizinin mümkün olabileceğini" kabul etmiştir (neue Juristische Wochenschrift HJM 1986 Heft 35, 2195). Anılan kararında Federal Mahkeme, tenfiz konusuna ZPO'nun 261/3. maddesi nedeniyle girmiş ve Alman mahkeme kararı ile sağlanacakların (tenfizine karar verilerek) Türk Mahkeme kararı ile sağlanması halinde, Alman Mahkemesindeki dava yabancı davanın (kararın) varlığına ters düşeceğinden Almanya'da açılan yeni davanın dinlenemeyeceği sonucuna varmıştır...”, YHGK T. 13.06.1990, E. 1990/13-3, K. 1990-347, bkz. www.kazanci.com.). Fiilî karşılıklılık ise, Türkiye’den verilen kararlar ile söz konusu yabancı devletten verilen kararların fiilen tanınıp tenfiz edilmesi durumudur. Şayet, yabancı devlet kanunî ve akdî karşılıklılığa rağmen, Türkiye’den verilen kararları tanıyıp tenfiz etmiyor ise, karşılıklılık şartı gerçekleşmiş olmaz (YİBK’de (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, bkz. www.kazanci.com) karşılıklılık koşulunun vatandaşlığa değil, kararın verildiği mahkemeye ilişkin bir şart olduğu ifade edilerek, bu şartın gerçekleşmemesi hâlinde artık diğer şartların incelenmesine geçilemeyeceği belirtilmiştir. Kararda akdî karşılıklılık dışında yasal ya da fiilî karşılıklılık bulunmasının da yeterli olduğu, tenfize konu ilâmı veren devletin yasaları Türk Mahkemelerinden verilmiş kararların o ülkede tenfiz edilmesini sağlıyor veya bu konuda fiilî bir uygulama yaratılmış ise karşılıklılığın gerçekleşmiş kabul edilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır).

Bu kapsamda yabancı devlet mahkemesi genel anlamda Türk mahkemelerinden verilen kararları tenfiz etmesine karşılık, kararın aynî haklar kapsamında olması halinde tenfiz işlemini gerçekleştiriyor olabilir. Bu durumda, Türkiye ile söz konusu yabancı devlet arasında, tenfizi talep edilen karar aynî hakka yönelikse mahkeme kararlarının tenfizinde karşılıklılığın olmadığı, örneğin bir alacak hakkına yönelikse karşılıklılığın olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Karşılıklılığın yabancı mahkeme kararının tenfizinin talep edildiği anda gerçekleşmiş olması gerekir (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 636-637; GÜVEN, Yıl: 2013 s. 91.). Uygulamada tenfiz davasında Türkiye ile karara konu devlet arasında mahkeme kararlarının tenfizi konusunda karşılıklılığın bulunup bulunmadığı Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne sorularak belirlenmektedir (Yabancı bir mahkeme kararının tenfizi için açılan bir davada Yargıtay; “... İlamın verildiği devletle Türkiye Cumhuriyeti arasında ilamların tenfizini mümkün kılan ikili veya her iki Devletin taraf olduğu çok taraflı bir anlaşma bulunmamaktadır. Kanuni karşılıklılık ve fiili uygulama ile ilgili olarak Türkiye’de tenfiz edilecek kararın türü ve hukuki niteliği açısından özel bir engelin olup olmadığı hususu araştırılmalıdır.

Bu bakımdan Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne dosyaya gönderilen 22.12.2009 tarihli cevap; kararın verildiği Eyalet itibarıyla, Türkiye’de tenfiz edilecek kararın türü ve hukuki niteliği bakımından yasal bir engelin bulunup bulunmadığını ve fiili uygulamanın ne yönde olduğunu gösterir mahiyette değildir...” (Yarg. 2. HD, T. 16.02.2011, E. 2010/11237, K. 2011/2718, [bkz. www.kazanci.com]) şeklinde karar vererek, özellikle fiilî karşılıklılığın Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne sorulacağını belirtmiştir).

Doktrinde dava konusu kararın verildiği ülke hukukunda yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin, Türk Hukuku’nda aranan şartlardan daha ağır ve farklı niteliklere bağlanması hâlinde hukukî bir karşılıklılığın olmadığı belirtilmiştir. Bu

konuda Belçika Hukuku'nda yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfizinde kararın esasına girilerek inceleme yapılmasına olanak verildiği (revision) ve bu nedenle tenfiz davasında hukukî karşılıklılıktan söz edilemeyeceği belirtilmektedir (NOMER, Yıl: 2015 s. 513; ŞANLI, Yıl: 2013 s. 221. Yarg. 11. HD, T. 11.12.1997, E. 1997/4006, K. 1997/9118 sayılı kararında Belçika mahkemesinden verilen kararlarda, Belçika Hukuku'nda tenfiz yargılamasında kararların esastan incelemeye tâbi tutulması nedeniyle Türkiye ile Belçika arasında yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda hukukî karşılıklılığın gerçekleşmediğine karar vermiştir. Karar için bkz. ŞANLI, Yıl: 2013 s. 221 dipnot 253. ÇELİKEL ve ERDEM ise, revision sisteminin kabul edildiği devletlerle Türkiye arasında kanunî karşılıklılığın olmadığını, ancak fiilen Türk mahkeme kararlarını tenfiz eden ve böylece fiilî karşılıklılığın gerçekleştiği devlet mahkemelerince verilen kararların “revision” sistemi nedeniyle tanınması ve tenfizinin engellenmemesi gerektiğini belirtmektedir, bkz. ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2013 s. 635-636.). Bu durumda Belçika'dan alınan aynî hakka ilişkin bir mahkeme kararı diğer tenfiz şartları sağlanmış olsa dahi, Türk mahkemelerinde tenfiz edilemeyecektir.

4.2.2.2. İlamın, Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Girmeyen Bir Konuda Verilmiş Olması veya Davalının İtiraz Etmesi Şartıyla İlamın, Dava Konusu veya Taraflarla Gerçek Bir İlişkisi Bulunmadığı Hâlde Kendisine Yetki Taniyan Bir Devlet Mahkemesince Verilmiş Olmaması.

4.2.2.2.1. İlamın Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisine Girmeyen Bir Konuda Verilmiş Olması

Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizinin asli şartlarından bir diğerini yabancı kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması oluşturmaktadır. Münhasır yetki, davanın sadece Türk mahkemesinde görülmesi anlamına gelmektedir.

Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bazı uyuşmazlıklar söz konusudur. Bu konuda başta taşınmazın aynına ilişkin davalar (HMK m. 12) gelmekle birlikte, iflâs davaları (İİK m. 154), şubeler ve tüzel kişilerle ilgili bazı davalar (HMK m. 14/2) örnek olarak verilebilir (Türk Hukuku'ndaki münhasır yetkili mahkemeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜVEN, Yıl: 2013 s. 92 vd.; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 495 vd.). MÖHUK'da düzenlenen iş sözleşmeleri (m. 44); tüketici sözleşmeleri (m. 45) ve sigorta sözleşmelerine (m. 46) ilişkin uyuşmazlıklarda ise Türk mahkemelerinin sınırlı münhasır yetkisi (İç hukukta, zayıf tarafı korumak amacıyla getirilen bazı yetki kurallarının sınırlı münhasır yetki kuralı olduğu kabul edilmektedir. İş mahkemelerine ilişkin davalar (MÖHUK m. 44), tüketici mahkemelerine ilişkin davalar (MÖHUK m.45) ya da sigorta sözleşmesine ilişkin davalardaki (MÖHUK m. 46) yetkili mahkemelerin yetkisi sınırlı münhasır yetki niteliğindedir. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, yabancı bir mahkemeden alınan kararın tanınması ve tenfizinde sınırlı münhasır yetkili mahkemenin bulunması hâlinde eğer verilen zayıf tarafın lehine ise, tanıma ve tenfiz engeli oluşturmayacağı; buna karşın yabancı mahkeme kararının zayıf konumdaki kişinin aleyhine olması hâlinde ise Türkiye'de tanınıp tenfiz edilemeyeceği (sınırlı münhasır yetkiden dolayı) görüşü hâkimdir, bkz. ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 644; NOMER, Yıl: 2015 s. 514 vd.; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 376 vd.) bulunmaktadır.

Konumuz açısından özellikle önem arz eden madde ise HMK m. 12'de düzenlenen taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklardır. Yabancı bir mahkemeden alınan karar Türkiye'de bulunan bir taşınmazın aynına ilişkin ise, o kararın Türkiye'de tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Nitekim, Yargıtay da eski tarihli bir kararında (Yarg. 2. HD, T. 25.01.1996, E/K. 44/782, Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi, C. XV, Sayı: 174/5, Haziran 1996, s. 845); “... 38/b maddesi uyarınca Türk mahkemesinin münhasır yetkisine giren konularda yabancı mahkeme kararlarının tenfizine karar verilemez. Bu itibarla taşınmaz siciline ilişkin hükmün tenfizine karar verilmesi yasal kurala aykırıdır. Taşınmazlarla ilgili davalarda yetki, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesine ait olup bu yetki kesin yetki kuralıdır.

Doğrudan dikkate alınması gerekir...” şeklinde verdiği kararla bu durumu vurgulamıştır.

Bu kapsamda Türkiye’de bulunan bir taşınmaz satışına ilişkin çıkan uyuşmazlık hakkında yabancı mahkemeden karar alınması durumunda, bu kararın Türkiye’de tenfiz edilmesi mümkün değildir. Yine, Türkiye’de bulunan bir taşınmaza konulan ipoteğin kaldırılmasına ilişkin davanın yabancı mahkemeden alınması halinde de durum aynıdır. Ancak özellikle yabancı mahkemeden verilen boşanma davalarında Türkiye’de bulunan taşınmazın taksimine ilişkin bir hükmün yer alması hâlinde bu kararın tenfiz edilip edilmeyeceği noktasında bir tartışma bulunmaktadır (Tartışmaya sebebiyet veren karar Bodrum Asliye Hukuk Mahkemesinin T. 12.04.1985, E. 1984/267, K. 1985/109 sayılı kararıdır. Karar için bkz. ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 541-542; ŞANLI, Yıl: 1986 s. 40-45). Bir görüşe göre, olayda mülkiyet hakkı üzerinde değişiklik yaratacak bir karar söz konusu olmasına rağmen, bu değişikliğin ortak malların taksimi nedeni ile tarafların anlaşması ve bu anlaşmanın boşanma kararına bağlı olarak onaylanması ile gerçekleşmesinden dolayı davada aynî hak üzerinde bir çekişme bulunmamaktadır. Bu nedenle münhasır yetki (HMK m. 12) nedeniyle kararın tenfizinin reddedilmemesi gerekir (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 541-542. Benzer yönde, ERKAN, Yıl: 2012 s. 40). Diğer görüşe göre ise (ŞANLI, Yıl: 1986 s. 45), Türkiye’deki taşınmazlar bakımından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi olduğundan kararın tenfiz edilmemesi gerekmektedir. Biz ilk görüşe katılmaktayız. Zira, taraflar arasında Türkiye’de bulunan taşınmazın aynına ilişkin bir uyuşmazlık yoktur. Bir başka ifadeyle yabancı mahkeme taşınmaz üzerindeki aynî hakka yönelik bir uyuşmazlığı karara bağlamamıştır. Aksine tarafların anlaşmaları sonucunda ortaya çıkan fiilî durum taşınmaz üzerindeki aynî hak sahipliğinde değişikliğe neden olmuştur. Kaldı ki, Türk iç hukukunda yukarıdaki örneğe benzer şekilde anlaşmalı boşanma kabul edilmiştir. Anlaşma boşanma hâlinde taraflar boşanmanın mali sonuçları ile ilgili bir protokol düzenleyip boşanma davasını gören hâkime vermektedir (TMK m. 166/3). Bu protokolde taşınmaz mülkiyeti ya da sınırlı aynî haklara yönelik düzenlemeler de bulunabilir. Boşanma davasının açıldığı yer mahkemesi ile taşınmazın bulunduğu yer

mahkemesi aynı yer olmasa dahi, boşanma davasına bakan hâkim bu protokolü onaylayabilir. Bu durumda aslında taşınmaz üzerindeki aynî hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek bir işlem, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi hâkimince değil, boşanma davasına bakan hâkim tarafından yapılmış olmaktadır (Benzer yönde, ERKAN, Yıl: 2012, 40-41. Nitekim Yargıtay bir kararında;

“... Taraflar boşanma konusunda anlaşmışlar ve 31.10.2001 tarihli oturumda Medeni Kanunun 134/3 maddesine uygun beyanda bulunmuşlardır.

Ancak tarafların beyanlarında, davacı adına tapuda kayıtlı olduğu anlaşılan, Kocaeli Merkez Körfez Mahallesi 1152 ada 64 parselde kayıtlı apartmanın ½ sinin Davalı adına tescili de vardır.

Mahkemece tapu kaydı celp edilip anlaşmaya uygun olarak gayrimenkul davacı adına kayıtlı ise ½ hissesinin iptali ile davalı kadın adına tesciline de karar verilerek boşanmaya hükmedilmesi gerekirken kararda yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir” (Yarg. 2. HD, T. 11.02.2002, E. 2002/1350, K. 2002/1781, bkz. www.kazanci.com) şeklinde karar vermiştir). Türk iç hukukundaki benzer düzenlemede mahkemenin yetkisi kesin yetki şeklinde düzenlenmemiştir. Her ne kadar kesin yetki ile münhasır yetki aynı şeyi ifade etmiyor olsa da, bu noktada Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğunun kabul edilmesi için kanaatimizce bir sebep yoktur. Zira, boşanma ilâmında tarafların anlaşması neticesinde Türkiye’de bulunan taşınmazın taksimine ilişkin bir düzenlemenin yer alması hâlinde Türk devletin egemenlik ve hükümranlılık haklarının kullanmasını gösteren ve simgeleyen kuralların ihlalinin (Yarg. 18. HD, T. 17.1.2013, E. 2012/12365, K. 2013/483, bkz. www.kazanci.com. Aynı yönde, Yarg. 18. HD, T. 20.3.2014, E. 2013/16914, K. 2014/5145, bkz. www.kazanci.com.) söz konusu olduğunu düşünmemekteyiz

Münhasır yetki konusunda inceleyeceğimiz bir diğer konu ise yetki sözleşmesi ile yabancı mahkemenin yetkilendirilmesidir. Yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi konusunda anlatmış olduğumuz gibi, Türk

mahkemelerinin münhasır yetkisine giren konularda yabancı mahkeme yetki sözleşmesi ile yetkilendirilememektedir (MÖHUK m. 47). Örneğin, Türkiye’de bulunan bir taşınmazın satımı konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklar hakkında taraflar geçerli bir yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmeleri, uyuşmazlığın taşınmazın aynından kaynaklanmasından dolayı mümkün değildir (MÖHUK m. 47). Ancak buna rağmen uyuşmazlık çıkması hâlinde yabancı mahkeme kendisini yetkili görüp uyuşmazlık hakkında karar verebilir. Zira, yabancı mahkeme yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığını genel olarak MÖHUK m. 47’deki kurallara göre değil, milletlerarası usul hukukunda hâkim ilke olan lex fori’ye göre belirleyecektir. Ancak yabancı mahkemeden alınan karar Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir uyuşmazlık hakkında verildiği için, ilâmın Türkiye’de tenfiz edilmesi mümkün değildir. Dikkat edilmelidir ki, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz edilmemesinin sebebi, yetki sözleşmesinin Türk Hukuku’na göre geçersiz olmasından dolayı değildir. Benzer şekilde MÖHUK m. 47’ye göre aynî hak uyuşmazlıklarında yabancı mahkeme yetkilendirilememektedir. Ancak buna rağmen yabancı mahkeme yetkilendirilmiş ve bir karar alınmışsa, Türk mahkemesinde tanıma veya tenfiz için aranan şartlar sağlanmışsa, ilâmın tanınmasına veya tenfizine karar verilmelidir.

4.2.2.2.2. Davalının İtiraz Etmesi Şartıyla İlâmın, Dava Konusu veya Taraflarla Gerçek Bir İlişkisi Bulunmadığı Hâlde Kendisine Yetki Tanıyan Bir Devlet Mahkemesince Verilmiş Olmaması- İlâmın Aşkın Yetkili Bir Mahkemeden Alınmaması

Aşkın yetki ile kastedilen dava konusu ve/veya taraflarla gerçek bir ilişkisi olmayan mahkemelerin yetkisidir (Dava ve/veya dava arasındaki gerçek ilişkinin ne olduğu herhangi bir Yargıtay kararında ya da Kanun’da tanımlanmış değildir. MÖHUK m. 54 gerekçesine bakıldığında konuya tam bir açıklık getirdiğini söylemek de mümkün değildir. Ancak Gerekçede, “...dava konusu veya taraflarla hukukî ve fiilî anlamda gerçek bir ilişkisi olmaksızın yabancı bir mahkemenin

kendisini yetkili sayması milletlerarası yetki hukukunda kabul edilmeyen bir “aşırı yetki” olarak kabul edilmektedir” denilerek aşkın yetkinin dava konusu ve/veya taraflarla gerçek bir ilişkisi olmayan mahkemelerin yetkisi olarak kullanılabileceği sonucu çıkmaktadır). Aslında ilâmı veren yabancı mahkemenin yetkisi, kendi hukukunun yetki hükümlerine göre belirlenir. Ancak söz konusu mahkemenin aşkın yetkili olması hâlinde (Dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi olmayan yabancı mahkeme kararı pek çok hukuk sisteminde tanıma veya tenfiz engeli olarak düzenlenmiştir. Bu hukuk sistemlerine Almanya, Amerika, Arjantin, Avusturya, Fransa, İngiltere, İspanya, İsviçre, İsrail, İtalya ve Japonya örnek verilmektedir, bkz. HUYSAL, Yıl: 2011 s. 469). MÖHUK, davalının itirazı şartına bağlı olarak bu durumu bir tanıma-tenfiz engeli olarak düzenlemiştir. Bu nedenle, yabancı mahkemenin aşkın yetkili olması tek başına bir tanıma veya tenfiz engeli oluşturmuyacakken, davalının bu duruma itiraz etmesi hâlinde ise, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınması veya tenfizi mümkün olmayacaktır (Yabancı mahkeme kararının aşkın yetkili bir mahkemeden alınması hâlinin bir tenfiz engeli olarak düzenlenmesi ilk kez 5718 sayılı MÖHUK ile olmuştur. Mülga 2675 sayılı MÖHUK’un yürürlükte olduğu dönemde bu konu Kanun’da bir tenfiz engeli olarak yer almamaktaydı. Ancak doktrinde mahkeme ile dava arasında objektif ve hukukî ölçülere dayanan adil ve makul bağlanma noktalarının kullanmış olan yetki kurallarının olağan yetki kuralları şeklinde nitelendirildiği, bu ilişkinin doğal hâkim ilkesine uygun olduğu, olağan yetki kuralları dışında bulunan yetki kurallarının Türk Hukuku açısından adil yargılanma ilkesine aykırılık edeceği ve bu durumun kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşacağı ileri sürülmüştür, bkz. NOMER, Yıl: 1974 s. 569-570.). Aşkın yetkili mahkemeden alınan yabancı mahkeme kararının bir tanıma veya tenfiz engeli olarak düzenlenmesinin nedeninin adil yargılanma hakkının ve tabîi hâkim ilkesinin korunmasına duyulan ihtiyaç olduğu belirtilmektedir (HUYSAL, Yıl: 2011 s. 469-470. Benzer yönde, NOMER, Yıl: 2009 s. 164-165. Yine, doktrinde uyumsuzlukla yetkili mahkeme arasında gerçek bağ olmaması durumunda yargı yetkisinin kötüye kullanılmış olacağı ve bu durumun AİHS m. 6’ya aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir, bkz. MATSCHER, Yıl: 1985 s. 466, 467, (naklen), DARDAĞAN, Yıl: 2005 s. 62).

Doktrinde, aşkın yetki olarak belirlenen yetki kurallarının şaibeli olarak değerlendirilmeye müsait olması hâlinde adil yargılanma ilkesinin bertaraf edileceği ve bu durumun Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir. Bu durumda davalının itirazına gerek dahi olmayıp, kamu düzeni engeli ile söz konusu yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınması veya tenfizinin mümkün olmayacağı belirtilmektedir (HUYSAL, Yıl: 2011 s. 472-473; NOMER, Yıl: 2015 s. 527 vd.).

Yine, doktrinde yabancı mahkemenin aşkın yetkili olup olmadığı konusundaki değerlendirmenin Türk Hukuku’na göre yapılması, ancak milletlerarası özel hukukun genel ilkeleriyle uyumlu, makul ve adil kurallara da riayet edilmesini; bu anlamda Türk Hukuku’nda yer alan ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini oluşturmuş olan her kuralın yabancı mahkeme tarafından aynı kuralın yetki tesisi için kullanılmış olsa bile gerçek bağlantı için yeterli kabul edilmeyeceğini; aynı şekilde Türk Hukuku’nda yer almayan bir yetki kuralının da sırf Türk Hukuku’nda karşılığı olmaması nedeniyle aşkın yetkili sayılamayacağını belirtmektedir (HUYSAL, Yıl: 2011 s. 485. Benzer yönde GÜVEN, Yıl: 2013 s. 127).

Aşkın yetki kurallarına örnek olarak; değerine bakılmaksızın malvarlığının bulunduğu yer mahkemesinin, davacının yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinin (İnsan hakkı ihlâllerine bağlı olarak verilen tazminat davaları, zayıf konumda olan kimseleri korumak amacıyla getirilen düzenlemelerdeki (örneğin MÖHUK m. 44,45) davacının yerleşim yeri mahkemesinin aşkın yetkili mahkeme olarak değerlendirilmeyeceği konusunda bkz. HUYSAL, Yıl: 2011 s. 487-488), davacının vatandaşı olduğu devlet mahkemesinin yetkili olması, davalının kısa bir süre bulursa dahi o devlette kendisine tebligat yapılmasıyla mahkemelerin yetkisinin kabul edilmesi gibi durumlar verilmiştir (GÜVEN, Yıl: 2013 s. 125. Benzer yönde, DARDAĞAN, Yıl: 2005 s. 129 vd.; HUYSAL, Yıl: 2011 s. 487 vd. Ayrıca HUYSAL, MÖHUK m. 47’nin şartlarını taşıyan bir anlaşmaya rağmen, tanınması-tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının başka bir yer mahkemesinden alınması hâlinde, bu yabancı mahkeme kararının aşkın yetkili bir mahkemeden alınmış

olacağını ve bu nedenle tanıma-tenfiz talebinin Türk hâkimlerince reddedilmesi gerektiğini; konunun Kanun'da açıkça düzenlenmemiş olması nedeniyle uygulamanın nasıl gelişeceğini verilecek mahkeme kararları ile netleşeceğini belirtmiştir (Yıl: 2011 s. 492-493; Yıl: 2012 s. 92-93). Örneğin Fransız Hukuku'nda bir yabancının Fransa'da yerleşim yeri olmasa dahi, Fransa'da ya da yabancı ülkede Fransızlarla yapmış olduğu sözleşmelerden doğan borçlar için Fransız mahkemelerinde dava edilebilmektedir (Fransız Medeni Kanunu m. 14). Ayrıca bir Fransız vatandaşının yabancılarla yapmış olduğu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar için Fransa'da dava açılması da mümkündür (Fransız Medeni Kanunu m. 15) (Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DARDAĞAN, Yıl: 2005 s. 130 vd.; ŞENSÖZ ve ŞERMET, Yıl: 2011 s. 661). Yine, Alman Hukuku'nda davalının Almanya'da yerleşim yeri bulunmamakla birlikte davalı Almanya'da bir malvarlığına sahipse malvarlığının bulunduğu yerde dava açılabilir. Hatta davanın söz konusu malvarlığına ilişkin olması dahi gerekmemektedir (Alman Medeni Usul Kanunu § 23 (Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1991 yılında vermiş olduğu bir kararla (BGH, 02.07.1991, IPrax, 1992, Mo.12, 160 vd.) Alman Medeni Usul Kanunu § 23'ün uygulama alanını oldukça daraltılmıştır. Karara konu uyuşmazlık, İngiliz davacı ile Türk bankası olan davalıyı karşı karşıya getirmiştir. Olayda, davalının Almanya'da yerleşim yeri yoktur. Ancak Stuttgart'ta malları bulunduğu, Türk bankası aleyhine Stuttgart'ta dava açmıştır. Bu mahkeme kendini yetkili görürken, Bölge Mahkemesi davanın; davacı, uygulanacak hukuk ve deliller açısından Almanya ile yeterli bağlantısının sağlanmadığına karar vermiştir. Bölge Mahkemesi, dava ile Almanya arasında yeterli bağlantının sağlanamaması durumunda, davalıya ait malın mevcudiyetinin Alman mahkemelerini yetkili kılmasının, davacının özel bir menfaatinin korunmasının gerekliliği hâlinde ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme'ye, davacının Türkiye'de dava açmak istememesi korunmaya değer bir menfaat değildir. Alman Federal Mahkemesi bu kararı onamıştır. Federal Mahkemeye göre hükmün amacı, Almanya'da yerleşim yeri olan kişilerin Almanya dışında yerleşim yeri olan veya Almanya'nın çeşitli yerlerinde ikamet etmekle birlikte hiçbir yerde sürekli kalma niyetiyle oturmayan kişilerin dava edilebilmesine olanak tanımaktadır. Yoksa, yabancılara Almanya ile

irtibatı olmayan uyuşmazlıklarını Alman mahkemeleri önüne getirmek değildir. Ayrıca Mahkeme, son dönemlerde imzalanan milletlerarası yetki, tanıma ve tenfiz konulu birçok milletlerarası sözleşmenin bu çeşit bir yetkiyi ya hiç öngörmediğini ya da kısıtlı olarak öngördüğüne atıfta bulunarak, hükmün milletlerarası hukuka uygun şekilde yorumlanmasına karar vermiştir. Bu görüş daha sonra verilen kararlarda da benimsenmiştir, bkz. DARDAĞAN, Yıl: 2005 s. 184-185; KARAASLAN, Yıl: 2008 s. 14)). İngiliz Hukuku'nda davalının geçici bir süreliğine (örneğin seyahat gibi) dahi İngiltere'de bulunması hâlinde kendisine tebligat yapılabilecek ve İngiliz mahkemelerinin yetkisi doğabilecektir. Yine, davalıya ait malların İngiltere'de bulunması hâlinde de İngiliz mahkemeleri yetkili duruma gelmektedir (Fransız, Alman ve Common Law Hukuklarındaki söz konusu düzenlemelerin aşkın yetki teşkil ettiği konusunda bkz. BORCHERS, Yıl: 2014 s. 5). Böylelikle örneğin İngiliz Mahkemesi'nden alınmış olan aynî hakla ilgili bir mahkeme kararı davalının tesadüfî bir sebeple orada olması nedeniyle kendisine tebligat yapılmak suretiyle İngiliz mahkemelerinin yetkili hâle gelmesi hasebiyle edinilmişse, Türkiye'deki tanıma veya tenfiz davasında davalı kararın aşkın yetkili bir mahkemeden alındığına yönelik bir itirazı (Doktrinde menşe mahkemede yetki itirazında bulunmamış bir davalının Türk mahkemeleri önünde tanıma veya tenfize konu kararı veren yabancı mahkemenin yetkisizliğini ileri sürmesinin mümkün olmaması gerektiği belirtilmektedir, bkz. HUYSAL, Yıl: 2011 s. 497 vd. Ancak MÖHUK m. 54/1-b hükmünde böylesi bir düzenleme yer almamaktadır.) söz konusu olursa, tanıma-tenfiz talebi reddedilecektir.

Aynî haklarla bağlantılı olabilecek ve aşkın yetki teşkil eden bir hüküm mülga HUMK m. 16'da yer almaktaydı. İlgili hüküm; *“Türkiye dahilinde malum ikametgahı olmayanlar aleyhindeki mal davaları Türkiye’de sakin oldukları mahal mahkemesinde ve Türkiye’de malum meskeni yoksa emvalinin veya munazaalı şeyin veya teminatı varsa o teminatın bulunduğu mahal mahkemesinde bakılır”* şeklindeydi. Bu maddenin aşkın yetkili bir mahkeme tesis ettiği doktrinde belirtilmektedir (EKŞİ, Yıl: 1999 s. 254. Benzer yönde, DARDAĞAN, Yıl: 2005 s. 177 vd.). Maddenin HMK'deki karşılığını ise 9 uncu madde oluşturmaktadır. HMK

m. 9'a göre ise; *“(1) Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye’deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Ancak, diğer özel yetki hâlleri saklı kalmak üzere, malvarlığı haklarına ilişkin dava, uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir”* şeklinde değişikliğe uğramıştır. HMK m. 9’da malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde dava açılabilmesi için artık uyuşmazlık konusunun bu malvarlığı unsuru olması gerekmektedir. Kanaatimizce artık bu hükümde düzenlenen mahkeme aşkın yetkili bir mahkeme değildir. Madde gerekçesinde davalının son oturduğu yer ve Türkiye’de herhangi bir malı veya teminatı bulunuyorsa, dava konusu olmayan o malın veya teminatın bulunduğu yerin yetkili olmasının kabul edilmemesinin nedeninin, Türk mahkemelerin vermiş oldukları kararların, yabancı ülkelerde tanınması ve tenfizi gerektiğinde aşkın yetki nedeniyle tanıma ve tenfiz talebinin reddedilmesinin engellenmesi olduğu belirtilmiştir (KURU vd. Yıl: 2013 s. 63-64, dipnot 10). Bu kapsamda, aynı haklara yönelik yabancı mahkeme kararı, uyuşmazlık konusu malvarlığının bulunduğu yer mahkemesinden alınmışsa, diğer şartların varlığı hâlinde Türkiye’de tenfiz edilmesi gerekmektedir.

4.2.2.3. Hükmün Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmaması

Yabancı mahkeme kararında Türk Hukuku’nun vazgeçilmez değerlerinin ihlâl edilmiş olması gibi kamu düzeni müdahalesini gerektirecek bir durumun olması hâlinde içeriği tetkik yasağına bağlı kalınması söz konusu değildir. Bu durumda böylesi bir yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi talebi kamu düzenine açıkça aykırılıktan dolayı reddedilmelidir (DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 76-77; ŞANLI Vd. Yıl: 2014 s. 506).

Yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınması ve tenfizi için söz konusu ilâmın Türk kamu düzenine (Kanunlar ihtilafı alanında da kamu düzeni müdahalesi söz konusu olmaktadır (MÖHUK m. 5). Ancak yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi noktasındaki kamu düzeni ie yabancı hukukun uygulanması

noktasındaki kamu düzeni müdahalesi farklılık arz etmektedir. Doktrinde, tanıma-tenfiz noktasında dikkate alınan kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasındaki kamu düzeni müdahalesine oranla daha geniş olduğu; zira, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizindeki kamu düzeninin gerek usul gerekse esasa ilişkin konularda olabileceği; buna rağmen yabancı hukukun uygulanması noktasındaki kamu düzenine oranla daha zayıf bir etkiye sahip olduğu; bu nedenle tanıma-tenfizdeki kamu düzeni müdahalesinin milletlerarası özel hukuktaki kamu düzeni müdahalesinin yumuşatılmış bir etkisi olduğu belirtilmiştir, bkz. DOĞAN, Yıl: 2015 s. 118-119; NOMER, Yıl: 2015 s. 521-522; SAKMAR, Yıl: 1982 s. 79) açıkça aykırılık oluşturmaması gerekir Kamu düzeni, niteliği gereği zamana (Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinin istendiği an ile kararın kesinleştiği an arasında belirli bir zaman geçmektedir. Bu süre kimi zaman kısa olabileceği gibi, kimi zaman ise uzun olabilir. Bu noktada hâkimin tanıma veya tenfize karar vereceği andaki Türk kamu düzenini esas alması gerekmektedir, bkz. DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 136; ÖZBAKAN, Yıl: 1987 s. 170), yere göre değişen, içeriğinin tesbiti zor olan ve her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavramdır. İlmî açıklamalara ve yargısal kararlara rağmen gelişen hukuk sistemlerinde bile tanımı olmayan kamu düzeni “toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü” olarak YİBK’da tanımlanmıştır (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, bkz. www.kazanci.com).

Hangi durumların kamu düzenine açıkça (Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde yabancı kararın kamu düzenine “açıkça” aykırı olmaması gerekmektedir. Tanıma-tenfiz engeli olan kamu düzenine aykırılığın açıkça olmasının aranmasının nedeni olarak doktrinde, Kanun’un yürürlüğe girmesinden önceki dönem uygulamalarında kamu düzeni kavramının, yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin önlenmesinde son bir çare olarak görülmesi ve bu şekilde kamu düzeni kavramının kötüye kullanılması yolunda yaygın bir eğilimin bulunması olduğu belirtilmektedir, bkz. DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 132. Ayrıca bir Yargıtay kararında kanunda kamu düzeni kavramının zamana ve yere göre

değişebilen niteliği gereği bir tanımlama yapılmaktan kaçınıldığı ve konunun hâkimin takdirine bırakılmasının tercih edildiği, ancak kamu düzenine aykırılığın “açıkça” olmasının aranmasıyla bu konuda takdir hakkı bulunan hâkime bir sınırlandırma getirilmek istendiği belirtilmiştir, Yarg. 11. HD, T. 09.12.2011, E. 2009/14580, K. 2011/16701, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 421-425) aykırılık teşkil edeceğine kanunlarda yer verilmiş değildir. Ancak genel olarak, Türk hukukunun vazgeçilmez kabul ettiği temel prensiplerini ihlâl eden yabancı bir mahkeme kararının tenfiz edilemeyeceği söylenebilecektir (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 646 vd.; NOMER, Yıl: 2015 s. 520; NOMER, Yıl: 2003 s. 565-577; ŞANLI Vd. Yıl: 2014 s. 505).

Yabancı mahkeme kararının kamu düzeni engeli ile tanınması ya da tenfizinin reddedilmesi için, yabancı kararın Türkiye’de icra edilmesi hâlinde meydana gelecek sonuçların Türk kamu düzenini ihlâl edip etmeyeceğinin araştırılması gerekmektedir. Yabancı mahkeme kararının esasına uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığının incelenemeyeceği, sadece hükmün tenfizi neticesinde ortaya çıkan hukukî sonuçların kamu düzenine aykırı olması hâlinde yabancı mahkeme kararının tenfizinin reddedilmesi gerekmektedir (DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 126. Benzer yönde, ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 646; ŞANLI vd. Yıl: 2014 s. 506-507. Aynı yönde, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, bkz. www.kazanci.com; Yarg. 3. HD, T. 3.6.2014, E. 2014/7513, K. 2014/9261, bkz. www.kazanci.com.). Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde kamu düzenine aykırılığın tespitine ilişkin olarak yapılan incelemenin konusu, “*yabancı kararda maddi ilişkiye dayanılarak hükme bağlanmış hukuki sonuçlardır* (NOMER, Yıl: 1984, s. 98)”. Örneğin aynı davanın Türk mahkemelerinde görülmesi hâlinde farklı sonuca varılacak olması tek başına tanıma-tenfiz engeli değildir (Yarg. 11. HD, T. 31.05.2011, E. 2009/13905, K. 2011/6632, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 427-429).

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi noktasındaki kamu düzeni kavramı, iç hukuktaki emredici hükümlere aykırılık kavramından daha dar ve sınırlı

bir anlama sahiptir. Bu nedenle kamu düzeni müdahalesiyle yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfizine istisnaen müdahale edilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da bir kararında (Yarg. 11. HD, T. 18.10.2010, E. 2009/336, K. 2010/10456, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 405-409) “... Somut uyumsuzluk yönünden asıl incelenmesi gereken husus, tarafları, konusu veya sebebi “farklı” olan bir yabancı mahkeme kararının, Türk mahkemelerinden alınan kararlar ile bağdaşmaması halinin, Türk kamu düzenine aykırılık oluşturup oluşturmayacağı noktasıdır. Burada ilk olarak tanıma ve tenfiz hukukundaki kamu düzenine aykırılık kavramının, iç hukuktaki emredici kurallara aykırılık kavramından daha dar ve sınırlı bir anlama sahip olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla kamu düzeni gerekçesiyle yabancı mahkeme kararının tenfizine istisnaen müdahale edilmelidir...” ifadeleriyle bu durumu belirtmiştir. Ancak tanınması veya tenfizi istenen yabancı mahkeme kararının, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan Türk mahkemelerinden verilen kesinleşmiş bir karar ile çelişmesi hâlinde kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması gerekmektedir. Şayet söz konusu ilâmın kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşmaması hâlinde, bu durumun yargılamanın yenilenmesi sebebini oluşturacağı belirtilmiştir (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 650-651. Yarg. 11. HD, T. 12.11.2012, E. 2011/11161, K. 2012/17970; Yarg. 11. HD, T. 12.11.2012, E. 2011/11163, K. 2012/17971; Yarg. 11. HD, T. 12.11.2012, E. 2011/11170, K. 2012/17972, bkz. GÜVEN, Yıl: 2013 s. 147, dipnot, 334. Aynı esas Fransız Hukuku’nda da benimsenmiştir, bkz. ŞENSÖZ ve SERMET, Yıl: 2012 s. 668. Brüksel Recast I Tüzüğünde de benzer şekilde, (c) hüküm tanıma-tenfizin reddi talep edilen Üye Devlet’te aynı taraflar arasında verilen bir kararla bağdaşmıyorsa veya (d) hüküm diğer bir Üye Devlet’te veya aynı dava sebebi ve aynı tarafları arasında bir üçüncü Devlet’te daha önceden verilmiş bir hükümle çelişiyor ise, daha önceden verilmiş olan hükmün tanıma-tenfizin reddi başvurusu için dava açılan Üye Devlet’te tanınması/tenfizi için gereken koşulları yerine getirmesi şartıyla reddedileceği düzenlenmiştir (m. 45/1-c-d)).

Doktrinde, yabancı mahkemenin uygulamış olduğu usulün, yabancı mahkeme kararında uygulanmış olan ispat hukukuna ait kuralların Türk Hukuku’ndan farklı

olmasının kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyeceği (Konuya ilişkin bir Yargıtay kararında da bu durum; *“Zira “kural olarak” her mahkeme kendi usul hükümlerini uygular ve yabancı mahkemenin uyguladığı usulün Türk usul hukukundan farklı olması, Türk kamu düzeninin müdahalesi için tek başına yeterli sebep oluşturmaz. Aynı ilkeler yabancı mahkemece uygulanan ispat hukuku açısından da geçerlidir...”* (YHGK, T. 26.11.2014, E. 2013/11-1135, K. 2014/973, [www.kazanci.com]) şeklinde belirtilmiştir); ancak adil yargılanma hakkını ihlâl edecek derecede bir usulün uygulanması ihtimâlinde ise bu durumun kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabileceği; yine, yabancı ilâmın hile veya ikrah sebebi ile akdin feshini kabul etmemesi hâlinde, bu durum Türk Hukukunun temel prensipleri ile uyuşmayacağından kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabileceği; mahkeme kararına esas teşkil eden maddî olaylarla hüküm arasında bir illiyet bağının olmaması hâlinde de kamu düzeni müdahalesinin olabileceği belirtilmektedir (NOMER, Yıl: 2015 s. 524 vd.).

Yine, MÖHUK m. 54/1-ç bendinde yer alan hükmün kapsamı dışında kalan savunma hakkı ihlâlleri de kamu düzeni kapsamında değerlendirilmeye müsaittir (GÜVEN, Yıl: 2013 s.146 vd. Benzer yönde DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 200 vd.). Savunma hakkına uyulduğunun kabulü için, dava dilekçesinin ve kararın usulüne uygun tebliğ edilmesi, yargılama sırasında taraflara tanınan sürenin savunma hakkını fiilen ortadan kaldırmaması gerekir (NOMER, Yıl: 2015 s. 525; RUHÎ ve KAPLAN, Yıl: 2002 s. 650-651). Örneğin davalıya savunmasını hazırlayabilmesi için çok kısa bir süre verilmesi kamu düzeni engeli ile karşılaşabilecektir (Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi 13 Haziran Pazartesi günü yapılacak bir duruşmaya ilişkin davetiyenin davalıya 9 Haziran Perşembe günü ulaştığından davalının savunma hazırlamak için önünde tek bir iş günü olmasını kamu düzenine aykırı bulmuştur. Bir başka kararında ise, 21 Kasım'da yapılacak olan duruşmanın davetiyesinin 17 Kasım'da postaya verilmesini de kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirmiştir, bkz. OTHENIN-GIRARD (naklen) DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 210). Bunun dışında, yabancı mahkeme kararında yargılamanın iadesi sebeplerinden birinin bulunması hâlinde de yabancı ilâmın kamu

düzeni sebebi ile tanınması veya tenfiz edilmesi mümkün değildir (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 649-650; NOMER, Yıl: 2015 s. 526). Yine, tarafların ileri sürdükleri iddia ve vakıaların değerlendirilmemesi de savunma hakkının ihlâli niteliğindedir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, bkz. www.kazanci.com). Yabancı mahkeme ilâmı Türk hukuk anlayışına göre, bir hukuk devletinde olabilecek bir usul hukuku düzeninden ve ispat hukuku kurallarından farklı, adil yargılama ilkelerinin ihlâl edici nitelikteki bir usule bağlı olarak verilmiş ise, Türk kamu düzeninin müdahalesinin gerekli olduğunu düşünerek tenfiz talebinin reddi uygulanabilecektir (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, bkz. www.kazanci.com). Yabancı mahkeme kararının gerekçesiz olması konusu Yargıtay kararlarının bazılarında kamu düzeni engeli olarak değerlendirilirken, bazılarında ise bu kapsamda değerlendirilmemiştir. Ancak YİBK'da (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, T. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, bkz. www.kazanci.com) bu konu açıklığa kavuşturulmuş ve yabancı mahkeme kararında HMK m. 297 anlamında bir gerekçenin bulunmamasının tek başına Türk kamu düzeninin müdahalesini gerektiren bir olgu olmadığı; diğer bir ifadeyle kendi usul hukuk hükümleri uyarınca, Türk usul hukuku anlamında, gerekçesi bulunmayan yabancı mahkeme ilâmlarının gerekçesizliği salt bu sebepten dolayı tenfize engel bir sebep olarak ileri sürülemeyeceği; ancak kararın Türk Hukukunun temel değerlerine, Türk genel ahlâk ve adap anlayışına, temel adalet anlayışına, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli olan prensiplere özel hukuka ilişkin hüsnüniyet kurallarına, Türk Devletinin siyasi rejimine, toplumun ekonomik yapısının temelinden sarsacak olan değerlendirmeye, temel insan haklarına, adalet anlayışına aykırılıklar, kamu düzenine aykırılık olarak kabul edileceğinden, yabancı mahkeme ilâmının hüküm fıkrasının uygulanmasıyla, şu sonuçları doğuracak yabancı mahkeme kararlarının tenfizinin olanaklı olmadığına ve yabancı mahkeme kararlarının salt gerekçesinin bulunmamasının kesinleşmiş yabancı mahkeme kararının tenfizine engel olmayacağına ve bu hususun MÖHUK m. 54/1-c maddesi anlamında kamu düzenine açıkça aykırılık sayılmayacağına karar verilmiştir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde kamu düzeni müdahalesi aynı haklarla bağlantılı konularda ya da doğrudan aynı haklar konusunda da gündeme gelebilir. Örneğin, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'na göre yurt dışına çıkarılması yasak olan bir malın satışını konu alan sözleşmenin ifa edilmemesi sebebine dayanarak yabancı mahkemede açılan bir davada mahkeme, Türk Kanunlarına göre yurt dışına çıkarılması yasak olan bir eserin yabancı alıcıya teslimine ve yurt dışına çıkarılmasına karar vermişse, yabancı mahkeme kararının icrası Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edecektir. Bu nedenle böylesi bir kararın tenfiz edilmemesi gerekir (DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 127; NOMER, Yıl: 1984 s. 98).

Yine, bir Alman tarafından Almanya'da bir Türk vatandaşına karşı açılan taşınır davasına bakan hâkimin Alman vatandaşı davacının annesi olması durumunda, yabancı mahkemede yapılan yargılamada hâkimin tarafsızlığına yönelik bir endişe söz konusu olacaktır. Türk Hukuku'nda hâkim kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoyunun davasına bakamaz. Kendi çocuğunun davasına bakmaktan talep olmasa dahi çekinmek zorundadır (HMK m. 34). Almanya'da yapılan yargılama neticesinde hâkimin tarafsızlığı zedelenmiştir. Hâkimlerin tarafsızlığı ve bağımsızlığı Türk Hukuku'nun temel prensiplerinden olduğundan, böylesi bir kararın Türkiye'de tanınması ve tenfizi talebi kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi nedeniyle reddedilmelidir (Benzer yönde, ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s.650; ÇELİKEL, Yıl: 1982 s. 11; DEMİR-GÖKYAYLA, Yıl: 2001 s. 131; TİRYAKİOĞLU, Yıl: 2006 s. 51).

4.2.2.4. O Yer Kanunları Uyarınca, Kendisine Karşı Tenfiz İstenen Kişinin Hükümü Veren Mahkemeye Usulüne Uygun Bir Şekilde Çağrılmamış veya O Mahkemede Temsil Edilmemiş yahut Bu Kanunlara Aykırı Bir Şekilde Gıyabında veya Yokluğunda Hüküm Verilmiş ve Bu Kişinin Yukarıdaki Hususlardan Birine Dayanarak Tenfiz İstemine Karşı Türk Mahkemesine İtiraz Etmemiş Olması

Savunma hakkının ihlâli MÖHUK m. 54/1- ç bendinde; “ *O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükümü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması*” şeklinde belirtilmiştir.

Bu usulî işlemlerin yapılmamış olması ve tenfiz davasında davalının itiraz etmiş olması tenfiz talebinin reddi için yeterli olacaktır. Yapılan usulsüzlük sebebiyle davalının savunma hakkının engellenmiş olması şartı aranmayacaktır (NOMER, Yıl: 2009 s. 173; NOMER, Yıl: 2015 s. 526). Bununla birlikte, davalı itiraz etmemiş olsa dahi, savunma hakkının ihlâli kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturacak noktaya gelmişse yabancı mahkeme kararının tanıma veya tenfiz talebinin reddedilmesi gerekecektir.

Yabancı mahkeme, davanın açılması, tebligatların yapılması, delillerin toplanması, hüküm verilmesi, hükmün kesinleşmesi gibi konuları kendi usul kurallarına göre yapacaktır. Maddede örneğin “*kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükümü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış*” olması davalının itirazına bağlı olarak bir tanıma-tenfiz engeli olarak düzenlenmiş olsa da örneğin tebligat kendisine karşı tenfiz istenen kişiye hiç yapılmamış ya da usulüne uygun yapılmamış olmasına rağmen, kişi davadan haberdar olup davaya katılarak savunma hakkını kullanmış ise savunma hakkının ihlâli söz konusu olmayacaktır (GÜVEN, Yıl: 2013 s. 159).

4.3. Tanıma- Tenfiz Talebinin İleri Sürülmesi

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi isteminde hukukî yararı bulunan herkes bulunabilir (MÖHK m. 52). Hukukî yararın varlığı hâlinde tanıma veya tenfiz davasını açan kişi yabancı da olabilir. Bir başka ifadeyle tanıma veya tenfiz davasını açan kimsenin Türk vatandaşı olması gibi bir zorunluluk yoktur (NOMER, Yıl: 2015 s. 541-542. Yarg. 8. HD, T. 18.02.2010, E. 2009/4595, K. 2010/805 sayılı kararında “... *Kararın tenfizini isteyenlerin Türk vatandaşı olup olmamalarının sonuca bir etkisi bulunmamaktadır.*” denilerek bu durum belirtilmiştir. Karar için bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 321-323).

Bu istem bir dilekçe ile yapılır. Dilekçeye karşı tarafın sayısı kadar örnek eklenir. Dilekçede tenfiz isteyenle, karşı tarafın ve varsa kanunî temsilci ve vekillerinin ad, soyad ve adresleri, tenfiz konusu hükmün hangi devlet mahkemesinden verilmiş olduğu ve mahkemenin adı ile ilâmın tarih ve numarası ve hükmün özeti, tenfiz, hükmün bir kısmı hakkında isteniyorsa bunun hangi kısım olduğu yazılır (MÖHUK m. 52).

Tenfiz isteminin karara bağlanabilmesi için bir dava açılması gerekmektedir. Hâkim yapmış olduğu yargılama neticesinde söz konusu yabancı mahkeme kararının tenfiz edilip edilmeyeceğini karar bağlayacaktır. Tanıma da ise, ayrı bir dava açılmasına gerek yoktur. Açılmış bir davada yabancı mahkeme ilâmının tanınması talep edildiğinde, hâkim bu talebi karara bağlayabilecektir (ÇELİKEL ve ERDEM, Yıl: 2014 s. 674; DOĞAN, Yıl: 2015 s. 102-103; GÜVEN, Yıl: 2013 s. 174. Tanıma karşı dava açılmak suretiyle de istenebilmektedir. Örneğin Yarg. 2. HD, T. 01.05.2008, E. 2007/21186, K. 2008/6207 sayılı kararında bu hususa ilişkin bir karar vermiştir. Karar için bkz. ÖZUĞUR, 2008 s. 1291).

Tenfiz dilekçesine yabancı mahkeme ilâmının o ülke makamlarınca usulen onanmış aslı veya ilâmı veren yargı organı tarafından onanmış örneği ve onanmış tercümesi ve ilâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış

yazı veya belge ile onanmış tercümesinin eklenmesi gerekmektedir (MÖHUK m. 53).

Yabancı mahkeme kararları yabancı resmi belge niteliğindedir. Bir resmi belgenin Türkiye’de resmi belge niteliği taşıyabilmesi için belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanması gerekir. Yabancı resmi belgelerin tasdiki konusunda Türkiye’nin taraf olduğu “Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi (Sözleşmenin Yayımlandığı RG T. 16.09.1984, RG Sayı:18517. Sözleşme, Paraguay, Uruguay, Kosta Rika, Peru, Kore Cumhuriyeti, Danimarka, Gürcistan, Polonya, Karadağ, Hindistan, Ekvator, Azerbaycan, İzlanda, Arnavutluk, Ukrayna, Monako, Slovakya, Yeni Zelanda, Estonya, Bulgaristan, Romanya, İsveç, Çek Cumhuriyeti, Venezuela, İrlanda, Litvanya, Andora, Letonya, Meksika, Güney Afrika, Avusturalya, Ermenistan, Beyaz Rusya, Rusya, Sırbistan, Bosna Hersek, Makedonya, Panama, Hırvatistan, Slovenya, Arjantin, Türkiye, Finlandiya, Yunanistan, Norveç, ABD, Lüksemburg, İspanya, İsrail, İtalya, Belçika, Kıbrıs, Surinam Cumhuriyeti, İsviçre, Macaristan, Japonya, Çin, Portekiz, Malta, Avusturya, Almanya, Hollanda, Fransa, Morityus, Birleşik Krallık arasında yürürlüktedir, bkz. www.hcch.net.)” bulunmaktadır. Tanınması ya da tenfizi istenen yabancı mahkeme kararı bu sözleşmeye taraf devletlerden birinden verilmişse, bu sözleşmeye uygun bir şekilde onay işleminin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu sözleşme, yabancı resmi belgelerin yabancı devletlerde konsolosluklar tarafından onaylanması mecburiyetini kaldırmış ve resmi belgeyi düzenleyen makam tarafından apostille şerhini (onay şerhini) yeterli görmüştür (Onay şerhi, bizzat belgenin veya buna eklenecek bir kağıdın üzerine konulmalıdır. Bu şerh Sözleşmeye ekli örneğe uygun olmalıdır. Onay şerhi bunu koyan makamın resmi dilinde yazılabilir. Bu onay şerhinde yer alan kayıtlar ikinci bir dilde de olabilmektedir. Ancak onay şerhinin “Apostille Convention de La Haye du 5 Octobre 1936” başlığı Fransızca olarak belirtilmelidir (Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi m. 4)). Yargıtay da çeşitli kararlarında (Yarg. 2. HD, T. 20.01.2014, E. 2013/8397, K. 2014/960, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 492-493; Yarg. 13. HD, T.

08.04.2013, E. 2013/1801, K. 2013/8994, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 370-371; Yarg. 3. HD, T. 12.12.2012, E. 2012/21420, K. 2012/25619, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 343-346) dosyaya sunulan yabancı mahkeme kararının apostille şerhinin bulunması gerektiğini, şayet bu şerh yoksa tamamlanması için uygun bir süre verilebileceğini, buna rağmen apostille şerhin alınmaması hâlinde söz konusu yabancı ilâmın tanınması ve tenfizine karar verilemeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca yabancı ilâmın kesinleştiğini gösteren ve o ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ile onanmış tercümesinin ibraz edilmesi gerekmektedir. Bunun yerine söz konusu belgenin fotokopisinin verilmiş olması da tanıma veya tenfiz kararı verilmesi için yeterli değildir (Yarg. 2. HD, T. 14.01.2013, E. 2012/4169, K. 2013/246, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 352; Yarg. 2. HD, T. 30.11.2011, E. 2010/20334, K. 2011/20292, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 341; Yarg. 2. HD, T. 09.05.2011, E. 2010/18620, K. 2011/7813, bkz. LALE, Yıl: 2014 s. 339-340. Aynı yönde, NOMER, Yıl: 2015 s. 542).

Yabancı mahkeme kararlarının kısmi tenfiz edilmesi mümkündür. Ancak hangi kısmın tenfiz edilmek istendiği dilekçede belirtilmelidir (MÖHUK m. 52/1-c). Kısmi tenfiz yabancı ilâmın bir kısmının tenfiz edilmesi anlamına gelmektedir. Ancak kararın bir kısmı tenfiz edilirken tenfizi istenen karara bir takım ilaveler yapmak mümkün değildir (Yarg. 3. HD, T. 3.6.2014, E. 2014/7513, K. 2014/9261, bkz. www.kazanci.com).

Tenfiz kararları hakkında görevli mahkeme asliye mahkemesidir. Bu kararlar kendisine karşı tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sakın olduğu yer mahkemesinden, Türkiye'de yerleşim yeri veya sakın olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinden istenebilmektedir (MÖHUK m. 51). Bir deniz alacağının tenfizine yönelik olarak TTK'de yetkili mahkeme düzenlenmiştir. Şöyle ki, bir deniz alacağı için ihtiyati haciz kararı vermiş olan Türk mahkemesi, o deniz alacağının esas hakkında verilmiş bir yabancı mahkeme veya yabancı hakem kararının tenfizinde; tenfiz isteminin yapıldığı tarihte geminin o Türk mahkemesinin yargı çevresinde bulunması ya da geminin serbest bırakılması için 1370 ilâ 1372 nci maddeler uyarınca yatırılmış teminatın, tenfiz

isteminin yapıldığı tarihte mahkeme kasasında bulunması şartıyla yetkili kabul edilmiştir (TTK m. 1360). Deniz alacaklarından birini teşkil eden genel bir ifade ile gemi üzerindeki aynı haklar (TTK m. 1351/1-t,v) konusunda TTK m. 1360 uyarınca da tenfiz yargılamasında yetkili mahkeme tesis edilmiştir. MÖHUK m. 51'in amacı yabancı mahkeme ilâmının Türkiye'de tenfiz edilebilmesi için bir şekilde yetkili mahkemenin belirlenmesidir. Oysa ki, TTK m. 1360 MÖHUK m. 51'de belirlenen yetkili mahkemelerin sayısını daraltacak şekilde kaleme alınmıştır. Kanaatimizce bir deniz alacağı için yabancı mahkemeden alınan kararın tenfiz edilmek istenmesi hâlinde TTK m. 1360 uyarınca yetkisi belirlenen mahkemede (şartlar sağlanmışsa (*“... tenfiz isteminin yapıldığı tarihte geminin o Türk mahkemesinin yargı çevresinde bulunması ya da geminin serbest bırakılması için 1370 ilâ 1372 nci maddeler uyarınca yatırılmış teminatın, tenfiz isteminin yapıldığı tarihte mahkeme kasasında bulunması şartıyla...”* (TTK m. 1360)) dava açılabilceği gibi, MÖHUK m. 51 uyarınca belirlenen yetkili mahkemelerde de dava açılabilir.

SONUÇ

Aynî haklar eşya hukukunun temel konusudur. Aynî haklar konusunun hukuk sistemlerinde farklı şekilde düzenlenmiş olması ve konunun milletlerarası özel hukuk boyutuna yönelik çalışmaların çok az olması, aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme konusunun tez konusu olarak seçilmesine sebebiyet vermiştir. Çalışmamızda temel olarak taşınır ve taşınmaz mallar konusunda ikili bir ayırım yapılarak inceleme yapılmıştır.

Milletlerarası ilişkilerin hızlanması neticesinde pek çok uyuşmazlık çözüm bekler hâle gelmiştir. Türk Hukuku'nda milletlerarası özel hukuk alanında üzerinde çok fazla çalışma yapılmayan aynî haklar konusu da bu konulardan birini oluşturmaktadır. Aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK'da bir hükme yer verilmiş, taşıma araçları üzerindeki aynî haklar konusu ise ayrı bir hükümle düzenlenmiştir.

Aynî haklara uygulanacak hukuk konusunun tarihsel sürecine bakıldığında, malikin yerleşim yeri, sözleşmenin kurulduğu yer, en sıkı ilişkili hukuk, malın bulunduğu yer hukuku gibi çeşitli bağlama noktaları kullanıldığı görülmektedir. Bu bağlama noktaları arasında en çok taraftar toplayanı ise, malın bulunduğu yer hukukudur. Türk Hukuku'nda da aynî haklara uygulanacak hukuk konusunda - eskiden beri- benimsenen temel prensip, malın bulunduğu yer hukuku olmuştur. Özellikle taşınmaz malların konu olduğu aynî hak uyuşmazlıklarında söz konusu prensip adeta evrensel bir nitelik kazanmıştır.

Malın bulunduğu yer hukuku aynî haklar konusunda pek çok ihtiyacı karşılamaya yetecek derece bir bağlama noktasıdır. Malın bulunduğu yer hukukunun aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda bağlama noktası olarak belirlenmesinin pek çok nedeni vardır. Bu nedenlere örnek olarak malın bulunduğu yer hukukunun mal üzerinde bilfiil kontrol yetkisine sahip olması, ticari konularda güven, üçüncü kişilerin haklarının malın bulunma yeri hukuku ile daha iyi korunabilecek olması,

hukukî işlemlerin korunması, aleniyet, lex rei sitae'nin taraflarla ve uyumsuzlukla en sıkı ilişkili hukuk olması gibi sebepler gösterilebilmektedir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da aynî haklara uygulanacak hukuk;

“(1) Taşınır ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer ayni haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

(2) Taşınmakta olan mallar üzerindeki ayni haklara varma yeri hukuku uygulanır.

(3) Yer değişikliği halinde henüz kazanılmamış ayni haklar malın son bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

(4) Taşınmazlar üzerindeki ayni haklara ilişkin hukuki işlemlere şekil yönünden bu malların bulundukları ülke hukuku uygulanır” şeklinde düzenlenmiştir.

Uluslararası hukukta özellikle taşınır malların konu olduğu aynî hak uyumsuzluklarında son zamanlarda hukuk seçimi konusu gündemdedir. Türk Hukuku'nda aynî hak uyumsuzluklarında hukuk seçimine olanak tanınmamıştır. Kanaatimizce taşınır malların konu olduğu aynî hak uyumsuzluklarında hukuk seçimi yapılmasına engel olunması için bir neden yoktur. Taraflar kendileri için en elverişli hukuku uygun tartışma ortamında kararlaştırabilmelilerdir. Bu nedenle, taşınır malların konu olduğu aynî hak uyumsuzluklarında hukuk seçimine izin verilmelidir.

Malın bulunduğu yer hukukunun aynî hak uyumsuzluklarında kural olarak en sıkı ilişkili hukuku belirlediği kanaatimizce de varılan sonuçtur. Ancak MÖHUK m. 21 hükmü taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynî hak uyumsuzluklarında uygulanacak hukuku düzenlemiştir. Bu açıdan bakıldığında uyumsuzluk konusunun taşınır ve taşınmaz mal dışında olması hâlinde nasıl bir yol izleneceği Kanun'da yer almamıştır. Bu konuda MÖHUK'daki mevcut düzenlemeler yetersizdir.

Türk Hukuku'nda intifa hakkı taşınır, taşınmaz, hak ve malvarlığı üzerinde kurulabilmektedir. İntifa hakkının konusunun taşınır ya da taşınmaz olması hâlinde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 21 hükmü ile kolaylıkla tespit edilebilecekken, intifa hakkının konusunu örneğin bir hakkın oluşturması hâlinde ortada bir mal bulunmadığından malın bulunduğu yer hukukunun uygulanması fiilen mümkün değildir. Böyle bir durumla karşılaşan Türk hâkimi kanun boşluğunu doldurma yoluna gidecektir.

Yine, Türk Hukuku'nda alacak rehninin aynî hak statüsünde değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak alacak rehninde, malın bulunduğu yer hukuku fiilen uygulanmaya müsait değildir. Zira, ortada bir mal değil bir alacak vardır. Bu durumla karşılaşan Türk hâkiminin uluslararası hukuktan yararlanarak kanun boşluğunu doldurması gündeme gelebilir. Bu kapsamda İsviçre Hukuku'nda yer alan “rehin alacaklısının yerleşim yeri hukukunun” uygulanması söz konusu olabilecektir.

Bunun dışında internet üzerinden yapılan satışlarda malın bulunduğu yer hukuku pek kolay olmamakla birlikte belirlenebilecek niteliktedir. Ancak mal, tesadüfen bir yerde bulunabilir. İşte bu durumda da malın bulunduğu yer hukukunun aynî hak uyuşmazlıklarında en sıkı ilişkili hukuk olması söz konusu olmayacaktır. MÖHUK m.21 hükmündeki düzenlemede ise, malın bulunduğu yer hukukunun uygulanması karine şeklinde kabul edilmiş olmadığından, tamamen tesadüfen mal bir yerde bulunuyor olsa da o yer hukukunun uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olacaktır. Kanaatimizce bu durumda milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanamayacaktır.

İsviçre Hukuku'ndaki gibi genel istisna kuralı (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 15) olarak adlandırılan bir kurala Türk Hukuku'nda yer verilmemiş olduğundan, en azından aynî hak uyuşmazlıklarında uygulanacak hukuk konusunda bir kanun değişikliğine gidilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce MÖHUK m. 21 hükmü;

“(1) Taşınır ve taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar, işlem anında malların bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(2) Taşınır malların konu olduğu aynî hak uyuşmazlıklarında hukuk seçimi yapılabilir. Hukuk seçimi yapılması hâlinde üçüncü kişilerin hakları saklıdır.

(3) Taşınmakta olan mallar üzerindeki aynî haklara varma yeri hukuku uygulanır.

(4) Yer değişikliği hâlinde henüz kazanılmamış aynî haklar malın son bulunduğu ülke hukukuna tâbidir.

(5) Hâlin tüm şartlarına göre uyuşmazlık konusu aynî hakla ilgili daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı hâlinde bu hukuk uygulanır. Ancak Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında ve hukuk seçiminin varlığı hâlinde bu fıkra uygulanmaz.

(6) Taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemlere şekil yönünden bu malların bulundukları ülke hukuku uygulanır”

şeklinde düzenlenmelidir. Bu şekilde yapılacak bir değişiklikte MÖHUK m. 21/1-2-3’de düzenlenen bağlama noktaları karine olarak kabul edilmiş ancak daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı hâlinde o hukukun uygulanması ihtimâli söz konusu olabilecektir. Uyuşmazlık konusu Türkiye’de bulunan bir taşınmaza ilişkinse, Türk Hukuku en sıkı ilişkili hukuk olacaktır. Maddede uyuşmazlığın Türkiye’de bulunan bir taşınmaza ilişkin olması hâlinde Türk Hukuku’nun uygulanacağını belirtmesi olası sorunların yaşanmasına da engel olacaktır.

Malın bulunduğu yer hukuku aynî hakkın doğumuna, içeriğine, devredilmesine, sona ermesine, aynî hakkın sınırlı sayıda olup olmamasına, bir şeyin eşya olarak değerlendirip değerlendirilmeyeceğine ve hatta malın taşınır ya da taşınmaz olup olmadığına, aynî hakkın türlerine vs. gibi pek çok konuya uygulanacaktır. Ancak lex

rei sitae kuralının uygulanmasının bazı istisnaları da bulunmaktadır. Bu istisnalar özellikle taşıma araçları ve taşınmakta olan mallar konusunda kendisini göstermektedir. Bu konular MÖHUK'da ayrı bir bağlama noktası ile düzenlenmiştir. Şöyle ki taşınmakta olan mallarda hukukî işlemin yapıldığı anda malın nerede olduğunun belirlenmesinin imkânsız ya da tesadüfî sebeplere dayanması riski söz konusu olduğundan, taşınmakta olan mallardaki aynî hak uyuşmazlıklarında varma yeri hukuku uygulanmaktadır (MÖHUK m. 21/2).

Taşıma araçlarındaki aynî hak uyuşmazlıkları ise ayrı bir hükümle düzenlenmiş bağlama noktası olarak menşe ülke hukuku tercih edilmiştir (MÖHUK m. 22). Belirtmek gerekir ki, taşıma araçları için getirilen hüküm sadece hava, deniz ve raylı taşıma araçlarındaki aynî hak uyuşmazlıklarına yöneliktir. Bir başka ifade ile karayolu taşıma araçları MÖHUK m. 22'ye göre değil, genel kural olan MÖHUK m. 21'e tâbi olmaktadır. Bu durumun temelinde yatan düşünce ise, hava, deniz ve raylı taşıma araçlarının sık ve çabuk yer değiştirmesi ve bu nedenle özel bir düzenlemeye ihtiyacı olmasıdır. Zira, bu araçların bulunduğu yer çoğu zaman tesadüfî sebeplere bağlı olabilmektedir. Kanaatimizce aynı gerekçeler, özellikle ticari amaçlarla kullanılan karayolu taşıma araçları için de söz konusudur. Bu nedenle MÖHUK m. 22'ye özellikle ticari amaçlarla kullanılan karayolu taşıma araçlarının da dahil edilmesi gerekmektedir.

Bazı durumlar ise özellik arz etmektedir. Çalışmamızda kıymetli evrak statüsü ile aynî hak statüsünün çatışması, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine uygulanacak hukuk, kültür ve tabiat varlıkları, tasarruf ehliyeti ve tasarruf yetkisi, alacakların, kıymetli evrakın ve diğer hakların rehni konuları özellik arz eden durumlar başlığı altında incelenmiştir.

Kıymetli evrak statüsü ile aynî hak statüsünün çatışması özellikle konişmentonun aynî işlevinde kendini göstermektedir. Zira, Türk Hukuku'na göre konişmento bir kıymetli evraktır. Ayrıca konişmento emtiâyı temsil eden senetlerden biridir. Deniz ticaretinde sıklıkla kullanılan konişmentonun eşyayı temsil işlevi,

konişmentonun aynî işlevidir. Hukuk sistemlerinin benimsemiş olduğu farklı yaklaşımlar konşimentodan doğan birtakım problemlere neden olmaktadır. Türk Hukuku'nda konişmentonun aynî işlevine uygulanacak hukuk konusu düzenlenmemiştir. Konu MÖHUK m. 21 kapsamında çözüme kavuşturulacaktır. Ancak MÖHUK m. 21'in bu kapsamda uygulanması mevcut ihtiyaçları karşılamaya yetecek düzeyde değildir. Bu nedenle kıymetli evrak konusunda MÖHUK'a bir hüküm eklenmesi gerekir. Kanaatimizce MÖHUK m. 22'den sonra eklenmesi gereken bu hüküm;

1- Kıymetli evrakın eşyayı temsil işlevine kıymetli evrakın düzenlendiği anda malın bulunduğu yer hukuku uygulanır.

2- Eşyayı temsil eden senedin devrinin aynî sonuçlarına devrin yapıldığı yer hukuku uygulanır.

3- Eşyayı temsil eden senedin hamili ile hamil olmayan fakat mal üzerinde doğrudan hak iddia eden kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda hangisinin hakkına öncelik tanınacağı malın bulunduğu yer hukukuna göre karara bağlanır..

4- Hâlin tüm şartlarına göre daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı hâlinde, o hukuk uygulanır.

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi, klasik anlamda bir borçlar hukuku sözleşmesi olmadığından aynî hak statüsüne tâbi olması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Yer değişikliği hâlinde henüz kazanılmamış aynî haklar malın son bulunduğu ülke hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 21/3). Yer değişikliğinde tamamlanmış aynî haklar ise, yeni statüde de varlıklarını sürdürmeye devam edecektir. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ise bu kuralın bir istinasını teşkil edebilecektir. Zira, tamamlanmış işlemlerin yeni statüde varlıklarını sürdürebilmesi yeni statüye intibaklarının yapılmasına bağlıdır. Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinde genel olarak Türk Hukuku'nda olduğu gibi sicile tescil gibi özel şartlar arayan hukuk sistemlerinde bu

durum kendini daha çok hissettirmektedir. Bu nedenle MÖHUK’a İsviçre Hukuku’nda olduğu gibi bir hüküm eklenmesi gerekmektedir.

Yine, MÖHUK’da düzenlenmeyen kültür ve tabiat varlıklarına uygulanacak hukuk konusunda lex rei sitae kuralından ayrılınması gerekmektedir. Kültür varlıkları sıradan ticari objeler ile aynı sınıflandırma içinde değerlendirilmemelidir. Kültür varlıkları açısından en büyük sorun eserlerin fiziksel olarak iyi şartlarda korunması ve illegal dolaşımın önlenmesi ile toplumun kendi kültür mirasından mahrum kalmamasıdır. Bu gibi nedenlerden dolayı taşınır mal niteliğine sahip olan kültür varlıkları hakkındaki aynî hakka yönelik işlemlerde, malın bulunma yeri hukuku yerine, gerçek malikin haklarını koruyan hukukun uygulanması daha adil sonuçların doğmasını sağlayacaktır.

Aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda Türkiye’de bir dava açılmak istendiği takdirde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK m. 40 gereğince başta HMK ve diğer kanunlara göre belirlenebilecektir. Zira, MÖHUK m. 40 hükmü *“Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder”* şeklinde düzenlenmiştir.

Türk hâkimi MÖHUK m. 40 uyarınca kendisini yetkili görürse yargılamaya devam edecek ve usul hukukuna ilişkin konularda kural olarak kendi hukukunu uygulayacaktır. Ancak hâkim yapmış olduğu tespit neticesinde kendisini yetkili görmezse bu durumu belirterek yargılamaya devam etmeyecektir. Önemle belirtmek gerekir ki Türk hâkiminin başka bir devlet mahkemesinin yetkili olduğuna karar vermesi mümkün değildir. Zira, mahkemelerin yetkisi devletlerin egemenlik hakları ile ilgili bir konudur.

Türk usul hukukunda yetki kuralları genel olarak kesin yetki kuralları ve kesin olmayan yetki kuralları şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmuştur. Bu kapsamda kesin yetki kuralları uyarınca davanın başka herhangi bir yer mahkemesinde görülmesine imkân olmayan kuralları ifade etmek için kullanılmıştır. Bu kapsamda çalışmamızda

HMK m. 12’de düzenlenen taşınmazın aynından kaynaklanan uyuşmazlıklar bu konuda büyük öneme sahiptir. HMK m. 12 hükmü milletlerarası usul hukuku açısından da münhasır yetkili mahkemeyi belirlemektedir.

Kesin olmayan yetki kurallarında ise, genel yetkili mahkeme ve özel yetkili mahkemelerden bahsetmek gerekir. HMK uyarınca genel yetkili mahkeme, davalının dava açıldığı tarihteki yerleşim yeridir (HMK m.6) . Türkiye’de yerleşim yeri olmayanlar için genel yetkili mahkeme ise, davalının dava tarihindeki mutad mesken mahkemesidir (HMK m. 9). Özel yetki kuralları ise genel yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmayan, davacıya seçimlik bir imkân tanıyan yetki kurallarıdır. Özel yetkili mahkemelere HMK m. 9’un ikinci cümlesinde düzenlenen malvarlığına ilişkin davalar örnek verilebilir.

Davanın yetkili mahkemede açılmış olması için, yabancıların yerleşim yerinin belirlenmesi gerekecektir. Yabancıların yerleşim yeri de tıpkı Türk vatandaşlarının yerleşim yerinin belirlenmesinde olduğu gibi, TMK uyarınca tespit edilecektir. Bu durumda yabancı gerçek kişiler açısından ikâmet tezkerelerinin onların yerleşim yeri olarak kabul edilip edilmeyeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce bu konuda kesin çizgilerle ikâmet tezkeresi yabancıların yerleşim yeri sayılır ya da sayılmaz şeklinde bir belirleme yapmak mümkün değildir. Zira, ikâmet izninin türlerine göre varılan sonuç değişecektir.

Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu uyarınca altı tür ikâmet izni vardır. Bunlar kısa dönem ikâmet izni, aile ikâmet izni, öğrenci ikâmet izni, uzun dönem ikâmet izni, insanî ikâmet izni ve insan ticareti mağduru ikâmet iznidir (YUKK m. 30). Örneğin, yabancı gerçek kişinin yerleşim yerinin tespitinde de yerleşme niyeti aranacağından kanaatimizce kısa dönem ikâmet iznine (1 yıllık verilir) sahip bir yabancıların yerleşim yeri, ikâmet izninde yazan yer olarak kabul edilmeyecekken; uzun dönem ikâmet iznine sahip yabancıların (süresiz) ikâmet izninde yazan yer ise onun yerleşim yeri olarak kabul edilebilecektir. Ancak bu durum bir karine niteliğinde kabul edilmeli ve aksi her zaman ispatlanabilmelidir. Bununla birlikte,

yabancının ikâmet izninde yazan yer kendisi için yerleşim yeri kabul edilmeyecek olsa bile onun mutad meskeni olarak kabul edilmeye elverişli olabilir.

Tüzel kişilerin yerleşim yeri ise, TMK m. 51 hükmü uyarınca işlerinin yönetildiği yerdir. Bu hüküm ikincil unsur olarak değerlendirilmelidir. Zira, Türk Hukuku'nda anonim şirketler esas sözleşmelerinde (TTK m. 339/2-a), limited şirketler (TTK m. 576/1-a), kollektif şirketler (TTK m. 213/1-c) ve komandit şirketler (TTK m. 305 yollamasıyla m. 213/1-c) şirket sözleşmesinde şirketin merkezini belirtmek zorundadır. Aynı şekilde kooperatifler de ana sözleşmelerinde kooperatifin merkezini belirtmek zorundadır (Kooperatifler Kanunu m. 3/3). Dernekler, Dernekler Kanunu m.4/a uyarınca dernek tüzüğünde dernek merkezini; yine vakıflar vakıf senedinde vakfın yerleşim yerini belirtmek zorundadır (Vakıflar Kanunu m. 106). TMK m. 51 hükmü ise, kuruluş belgesinde yerleşim yerlerinin belirtilmemiş olması hâlinde, bu eksiklik tamamlanıncaya kadar veya tamamlanmadığı sürece uygulama alanı bulacak ve böylece kişiler hukukunda kabul edilen “yerleşim yerinin zorunluluğu ilkesi” açısından önemli bir işlevi yerine getirecektir (TMK m. 51 Gerekçe).

Tüzel kişilerin yerleşim yeri kapsamında irdelenmesi gereken ise, esas idare merkezi ile ana sözleşmede gösterilen yerleşim yerinin (merkezin) aynı olmaması hâlinde hangisinin yerleşim yeri olarak kabul edileceği ve bu kapsamda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin olup olmadığıdır. Kanaatimizce ana sözleşmede yer alan göstermelik bir yerin yerleşim yeri olarak kabul edilmesi hukukî açıdan kabul edilememelidir. Özellikle yerleşim yerine bağlanan hukukî sonuçlar düşünüldüğünde, tüzel kişilerin yerleşim yerinin esas idare merkezi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Aynî haklardan kaynaklanan uyuşmazlıklarda çözümlenmesi gereken bir diğer sorun ise, yetki sözleşmedir. Türk Hukuku açısından yetki sözleşmesi konusu HMK ve MÖHUK olmak iki farklı mevzuatta düzenlenmiştir. HMK'de yetki sözleşmesi ile

Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi, MÖHUK’da ise yetki sözleşmesi ile yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi konularına yer verilmiştir.

Yabancılik unsuru taşıyan aynî hak uyuşmazlıklarında da Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesinin istenmesi hâlinde, HMK m. 17-18’de kurallar uygulanacaktır. Söz konusu düzenleme “(1) Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır” (HMK m. 17). “(1) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz. (2) Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır” (HMK m. 18) şeklindedir.

Bu kapsamda genel olarak söz konusu kurallara riayet edilerek aynî hak uyuşmazlıklarında Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi mümkündür. Bu durumda da Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi tesis edilmiş olacaktır. Ancak taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarda kesin yetkili bir mahkemenin olması nedeniyle yetki sözleşmesi yapılması mümkün değildir.

Yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi konusunda yetki sözleşmesinin tacirler ve kamu tüzel kişileri arasında yapılması gerektiğinin belirtildiği düzenlemeye dikkat edilmelidir. Düzenleme zayıf konumda olanları korumak amacıyla getirilmesi nedeniyle olumlu olmakla birlikte, korunmaya ihtiyacı olmayan avukat, esnaf gibi aslında güçlü konumda olabilecek kişilerin ellerinden yetki sözleşmesi yapma hakkını almaktadır. Bu nedenle söz konusu düzenleme bu gibi ihtiyaçları da karşılayacak şekilde kaleme alınabilir.

Yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi ise, MÖHUK m. 47 hükmüne tâbidir. Bu hükme göre “Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına

göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görülür”. Bu hükme göre yetki sözleşmesi ile yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi için aranan şartlardan biri, uyuşmazlığın borç ilişkisinden kaynaklanmasıdır. Bu noktada vasıflandırma yapılması gerekmektedir. Yapılacak vasıflandırma lex foriye göre olacaktır. Bu durumda borçlar hukuku açısından borcun kaynaklarının neler olduğunun belirlenmesi gerekir. Türk Hukuku’nda borcun kaynakları sözleşmeler, haksız fiiller, sebepsiz zenginleşme ile Kanun’da sayılan diğer hâllerdir. Görüldüğü gibi aynî haklar borç ilişkisinden kaynaklanmamaktadır. Bu nedenle aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda yabancı mahkemenin yetki sözleşmesi ile yetkilendirilmesi mümkün değildir.

Aynî haklardan doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin belirlenmesindeki bir diğer yol ise, davanın yetkisiz yer mahkemesinde açılmasına rağmen süresi içinde ya da usulüne uygun yetki itirazında bulunulmaması hâlidir. Bu kuralın uygulanabilmesi için uyuşmazlık konusunda münhasır yetkili bir mahkemenin bulunmaması gerekir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusu ise, çalışmamızda incelediğimiz son konudur. Mahkeme kararları devletlerin egemenlik hakları ile ilgilidir. Pek çok hukuk sisteminde olduğu gibi, Türk Hukuku’nda da yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de doğrudan geçerli olması mümkün değildir. Bir yabancı mahkeme kararının Türkiye’de de kesin hüküm ve kesin delil etkisi (tanıma) ile icra kabiliyetinin (tenfiz) geçerli olması isteniyorsa yabancı mahkeme kararının tanınması-tenfizi prosedürüne girilmesi gerekmektedir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusu MÖHUK m. 50-59 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Temelde bir yabancı mahkeme kararının

tanınması ve tenfizi için ön şartlar ve asli şartların bir arada bulunması gerekir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda ön şartlar; kararın yabancı mahkeme kararı olması, özel hukuka ilişkin olması ve verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş olmasıdır. Asli şartlar ise, karşılıklılık (sadece tenfiz için), kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir uyuşmazlık hakkında verilmemesi, kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması ile davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması (genel bir ifade ile kararın aşkın yetkili mahkemeden verilmemesi) ve o yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olmasıdır. Asli şartlardan ilk üçü hâkim tarafından re'sen nazara alınırken, son ikisi ise davalının itirazı ile tanıma veya tenfiz engeli hâline gelebilecektir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunun aynî hak uyuşmazlıkları bakımından dikkat çeken kısmı ise, yabancı kararın münhasır yetkili bir mahkeme veya aşkın yetkili bir mahkemeden verilmemiş olması noktasında kendini göstermektedir. HMK m. 12 hükmü ile düzenlenen yetkili mahkemeler, milletlerarası usul hukuku bakımından münhasır yetkili mahkemelerdir. Ayrıca HMK m. 9'un ikinci cümlesinde düzenlenen malvarlığı haklarına ilişkin davanın madde gerekçesinde hükmün mülga HUMK m. 16'dan farklı şekilde düzenlenmesinin gerekçesi olarak mülga HUMK m. 16'nın aşkın yetkili mahkeme kabul edilmesi nedeniyle mülga HUMK m. 16 uyarınca kendini yetkili gören Türk mahkemelerinden verilen kararların tanınması ve tenfizinde yaşanan sorunlar gösterilmiştir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk, (2008), *Rehin Hukukunda Taşınmaz Kavramı ve Özellikle Belirlilik İlkesi*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- ACEMOĞLU, Kevork, (1989), “*Tescilsiz İktisaplar Yolu İle Mahdud Ayni Haklar ve Şerh Edilebilen Şahsi Hakların Edinilmesi*”. İÜHFM, C. 35, Sayı: 1-2, Ord. Prof. Dr. Kemalettin Birsen’e Armağan, (s. 799-809).
- ACUN - MEKENGEÇ, Merve, (2013), “*5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensiplerinin Uygulanması*”. EÜHFD, C. XVII, Sayı: 3-4, (s. 237-283).
- ACUN, Merve (2013), “*Yabancılaşma Unsuru Taşıyan Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmelerinde Yetkili Mahkeme*”. MÜHF-HAD, C. 19, Sayı: 1, (s. 441-481).
- ACUN-MEKENGEÇ, Merve, (2014) *Milletlerarası Özel Hukukta Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeleri*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- ADIGÜZEL, Burak, (2010), “*Türk Sermaye Piyasasında Yeni Bir Sermaye Aracı Olarak Varant*”. EÜHFD, C. XIV, S. 3-4, (s. 227-267).
- AKALP - DEMİRTABAK, Didem, (2010), *Yasal Önalım Hakkı*. İstanbul: XII Levha Yayınları.
- AKDEMİR - HAVUTÇU, Ayşe, (1986), *Devre Mülk Hakkı*. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları.
- AKINCI, Sami, (1958), *Türk Hukukunda Gemi İpoteği*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- AKINCI, Sami, (1961), *Deniz Ticareti Hukukunda Navlun Sözleşmeleri*. İstanbul: Türkiye Ticaret Postası Matbaası.
- AKINCI, Ziya, (2002), *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AKINCI, Ziya, (2002), “*Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu*”. MHB, Yıl: 22, Sayı:2, 2002, Özel Sayı, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, İstanbul (s.1-27).
- AKINCI, Ziya/DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile, (2010). *Milletlerarası Aile Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ-KARAMAN, Derya, (2014). *İstanbul: Medeni Hukuk. Ondokuzuncu (27.) Basıdan Tıpkı Yirminci (28.) Baskı, Beta Basım.*

- AKİL, Cenk, (2012), “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Çekişmeli Yargıya İlişkin Kesin Yetki Halleri”. Legal Medenî Usûl ve İcra iflâs Dergisi C. 8, Sayı:2, (s. 105-155).
- AKİPEK, G. Jale, (1959), Menkul Davası. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 136.
- AKİPEK, G. Jale, (1972), “Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti”. Profesör Dr. H.C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 303, Ankara (s. 25-69).
- AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut, (2009), Eşya Hukuku. İstanbul: Beta Basım.
- AKKAN, Mine, (2009), “Alman Medeni Usul Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğuna İlişkin Düzenlemelere Genel Bakış”. Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara (s. 1-14).
- AKSOY-DURSUN, Sanem, (2012), Eşya Kavramı. İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- AKSOYOĞLU, Nevzat, (2008), “Görev ve Yetki, Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklı Olması ve Reddi, Hakimin Hukuki Sorumluluğu”. Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul (s. 67-93).
- AKSU, Mustafa, (2006) “Taşınmazlarda İntifa Hakkı Kurulmadan Önce Ya Da İntifa Süresince Yapılmış Kira Sözleşmesinin İntifa Hakkının Sona Ermesiyle Birlikte Hukuki Durumu”. Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara: Seçkin Yayınları, (s. 41-81).
- AKYOL, Şener, (1995), Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN - YILDIRIM, Nevhis, (2006), Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN - YILDIRIM, Nevhis, (2011) Medenî Usul Hukuku Esasları. İstanbul: Tıpkı 8. Baskı, Beta Basım.
- ALİBABA, Arzu, (2009), “Yetki Sözleşmelerine İlişkin La Haye Konvansiyonu ve Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Hakkında AB Konsey Tüzüğü’nde Yetki Sözleşmesi”. MHB, Yıl: 29, Sayı: 1-2, (s. 1-20).
- ALTAY, Sümer/ESKİOCAK, Ali, (2007), Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Rehni. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- ALTUĞ, Yılmaz, (1973), Devletler Hususi Hukuku. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası.
- ALTUĞ, Yılmaz, (1974), “Yabancıların Türkiyede Aynı Hak Tasarrufları”. İÜHF. C. 40, Sayı: 1-4, (s. 363-373).
- ALTUĞ, Yılmaz, (1983), Türk Milletlerarası Usul Hukuku. İstanbul: Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı.
- ALTUĞ, Yılmaz / YASAN, Mustafa, (2003), “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”. Prof. Dr. Ergun Önen’e Armağan, Alkım Yayınları, İstanbul (s. 139-149).
- ANSAY, Tuğrul, (1953), “İkametgâhın Tayininden Doğan Kanunlar İhtilafı”. AÜHFD, C. 10, Sayı: 1, (s. 666-687).
- ANSAY, Tuğrul, (1970), Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti. Ankara: Sevinç Matbaası.
- ANSAY, Tuğrul, (1999), “Adi Şirket Bir Tüzel Kişi Midir?”. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul (s. 1-11).
- ANTALYA, Gökhan, (2009), Miras Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- ANTALYA, O. Gökhan, (2012), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I. İstanbul: Yetkin Yayınları.
- ANTMEN, Alpay, (2001), Ticari İşletme Rehni. Ankara: Yetkin Yayınları.
- ARKAN, Sabih, (2012), Ticari İşletme Hukuku. Ankara: On Yedinci Baskı (On Altıncı Baskıdan Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- ARPACI, Abdülkadir, (2000), Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler. İstanbul, 2. Bası, Beta Basım.
- ARSLAN, İlyas, (2014), Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı. İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- ARSLAN, Ramazan, (1989), Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı. Ankara.
- AŞIK, İbrahim, (2011), “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011/97, (s. 11-48).
- AŞIK, İbrahim, (2012), Medeni Usul Hukukunda Bekletici Sorun. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

- ATAAY, Aytekin, (1980), *Medeni Hukukun Genel Teorisi*. İstanbul: Üçüncü Bası, Fakülteler Matbaası.
- ATAAY, Aytekin, (1996), “*Vücut (Beden) ve Cesed Üzerindeki Hak*”. *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 1996, No: 20, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, (s. 25-29).
- ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci, (2001), “*Çifte Vatandaşlık Halinde MÖHUK’un 2. Maddesinin b ve c Bentlerinin Uygulama Alanı*”. Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan. (s. 95-114).
- ATAMER, Kerim, (1997), “*Gemi ve Yük Alacaklısı Haklarının Kullanılmasında Yargılama Usulü ve İcra*”. XIV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, (s. 201-299).
- ATAMER, Kerim, (2003), “*MÖHUK Reformu Hakkında*”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl: 23, (s. 89-113).
- ATAMER, Kerim, (2012), *Gemi ve Uçak İpoteğinin Hukuksal Temelleri*. İstanbul: XII Levha Yayınları.
- ATAMER, Yeşim, (1990), “*Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar*”. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl: 19-20, Sayı: 1-2, 1999/2000, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, (s. 115-159).
- AYAN, Mehmet, (2012), *Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili*. Konya: Mimoza Yayınları, Güncelleştirilmiş 6. Bası (a).
- AYAN, Mehmet, (2012), *Eşya Hukuku II Mülkiyet*. Konya: Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Mimoza Yayıncılık (b).
- AYAN, Mehmet, (2012), *Eşya Hukuku III, Sınırlı Aynî Haklar*. Konya: Güncelleştirilmiş 4. Baskı, Mimoza Yayınları (c).
- AYANOĞLU-MORALI, Ahu, (2004), “*Mülkiyeti Saklı Tutma Kaydının Anlamı ve Teminat Fonksiyonu*”. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004/1, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, C. I, Özel Hukuk, (s. 407- 424).
- AYBAY, Aydın, (2004), “*Türk Mahkemesince Uygulanacak Yabancı Yasanın, Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu*”. *TBB. Dergisi*, Sayı: 54, (s. 139-145).
- AYBAY, Aydın, (2005), “*Kolektif İpotekten Doğan Bazı Sorunlar*”. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 1, (s. 187-194).

- AYBAY, Aydın, (2009), “*Taşınmaz Mülkiyetinde Tasarruf Sınırlamaları*”. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009/1, İstanbul, (s. 175-187).
- AYBAY, Rona, (1997), “*Türk Hukukunda Gemilerin Uyraklığı*”. Prof. Dr. Gündüz Öksüz’e Armağan, AÜSBFD, Sayı: 1-2, C. 47, (s. 83-94).
- AYBAY, Rona, (2007), “*Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı*”. TBB Dergisi, Sayı: 72, (s. 109-120).
- AYBAY, Rona, (2013), “*Tapu Sicili “ Herkese Açık” Mıdır? Çelişkiler Yumağı Bir Madde: MK 1020*”. İBD, C. 87, Sayı: 2013/2, (s. 16-31).
- AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra, (2008), Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı). İstanbul: 2. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- AYBAY/HATEMİ, (2009), Eşya Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- AYDOĞDU, Murat, (2013), Yasal ve Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı. Adalet Yayınevi.
- AYGÜL, Musa, (2007), Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- AYGÜN, Mesut, (2014), “*Kambiyo Senetlerinden (Police, Bono ve Çekten) Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukuk Sorunu*”. Genç Milletlerarası Özel Hukukçular Konferansı, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014, (s.101-131).
- BAHADIR, Senem, (2012), Taşınmaz Mülkiyetinin Devrinde Muvazaa. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- BAHTİYAR, Mehmet, (2012), Ortaklıklar Hukuku. İstanbul: Yeni TTK’ya Göre Yazılmış 7. Bası, Beta Basım.
- BAHTİYAR, Mehmet, (2013), Kıymetli Evrak Hukuku. İstanbul: Yeni TTK’ya Uyarlanmış 11. Bası.
- BAHTİYAR, Mehmet, (2013), Ticari İşletme Hukuku. İstanbul: Yeni TTK’ya Uyarlanmış 13. Bası, Beta Basım.
- BALKAN, Ali Harun, (2009), The Acquisition of Immovable Properties By Foreigners in European Union And Turkey. İstanbul: Marmara Üniversitesi Avrupa Birliği Enstitüsü, Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

- BALKIR, Z. Gönül, (2010), “*Organ Nakillerinde Vericilerin Rıza Ehliyeti*”. Kocaeli Barosu Dergisi, Sayı: 2010/1, (s. 17-28).
- BAR, von CHRISTIAN/CLIVE, Eric, Principles, (2010), Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Oxford University Press.
- BARAN-ÇELİK, Neşe, (2011), Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini. Ankara: Yetkin Yayınları.
- BARIATTI, Stefania, (2011), Cases and Materials on EU Private International Law. Oregon: Hart Publishing, Oxford and Portland.
- BARKIN, Ersan, (2014), “*1951 Tarihli Mülteciliğin Önlenmesi Sözleşmesi*”. Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, (s. 333-360).
- BARRET, L. Edward, (1947), “*The Doctrine of Forum Non Conveniens*”. California Law Review, Vol: 35, Issue: 33, (s. 380-422).
- BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, Gülüm, (2008), “*Konışmentooya Bağlanan Eşya Üzerindeki Ayni Hakka Uygulanacak Hukukun Tespiti*”. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı: 2, Bahar 2008, (s. 57-73).
- BAYSAL, Başak, (2004), “*Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü*”. Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, (s. 475-503).
- BAYSAL, Başak, (2006), “*Yapı Alacaklısı İpoteğine İlişkin Başlıca Sorunlar*”. Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara, (s. 149-178).
- BAXTER, G. F. Ian, (1964), “*Conflict of Law and Property*”. McGill Law Journal, Vol: 10, Montreal, (s. 1-37).
- BEALE, H. Joseph, (1919), “*The Situs of Thing*”. Yale Law Journal, Vol: XXVIII, No: 6, (s. 525-541).
- BEAMOUNT, Paul / WALKER, Lara, (2015), “*Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters in the Brussels I Recast and Some Lessons from It and the Recent Hague Conventions for the Hague Judgments Projects*”. Journal of Private International Law, Vol: 11, No: 1, (s. 31-63).
- BECKETT, W. E., (1934), “*The Question of Classification (Qualification) in Private International Law*”. British Yearbook of International Law, Vol: 15, (s. 46-81).

- BEKTAŞ, Sezercan, (2010), Uluslararası Ticarete Sözleşmelerin Hazırlanması. Ankara: Yetkin Yayınları.
- BELÉN, Herdem, (2001), “Bağımsız Üst Hakkının Tasarruf Sınırlamalarına Konu Olmasının Hüküm ve Sonuçları”. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Vecdi Aral’a Armağan, (s. 371-396).
- BELÉN, Herdem, (2005), “Üst Hakkında Süresinden Önce Devir Talebine Esas Edimler ve Buna Bağlı Hukuksal Sonuçlar”. İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, Sayı: 1-2, Aralık, (s. 33-55).
- BELÉN, Herdem, (2014), “Medeni Hukukun Bazı Temel Kavramları”. İBD, Mart-Nisan 2014, C. 88, Sayı: 2014/2, (s. 89-112).
- BELÉN, Herdem, (2014), 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh). İstanbul: Beta Basım.
- BELGİN-GÜNEŞ, Derya, (2012), “Yetki Sözleşmeleri”. İBD, C. 86, Sayı 2012/5, (s. 197-221).
- BELL, John / BOYRON, Sophie / WHITTAKER, Simon, (1998), Principles of French Law. Oxford University Press.
- BERKİ, Osman Fazıl, (1946), “Ecnebilerin Hak ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat”. AÜHFD, C. 3, Sayı: 2-4 (s. 403-422).
- BERKİ, Osman, Fazıl, (1961), Devletler Hususi Hukuku. Ankara: 4. Bası, C. II, Güzel Sanatlar Matbaası.
- BERKİN, B. Necmettin, (1979), “Usule İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulama Alanı”. Hıfzı Timur’un Anısına Armağan, İstanbul (s. 163-180).
- BERKİN, M. Necmettin, (2006), Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi. İstanbul.
- BICKEL, M. Alexander, (1949), “The Doctrine of Forum Non Conveniens As Applied in The Federal Courts in Matters of Admiralty”. Cornell Law Review, Vol: 35, Issue: 1, (s. 12- 47).
- BLESSING, Marc, (1999), Impact of The Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts. Switzerland: Swiss Commercial Law Series.
- BLOM, Joost, (2003), “Public Policy in Private International Law and Its Evolution in Time”. Netherlands International Law Review, Vol: 50, Issue: 03, (s. 373-399).

- BOLAYIR, Nur, (2009), Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri. İstanbul: Beta Basım.
- BOLAYIR, Nur, (2011), “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri*”. İBD, C. 85, Sayı: 2011/5, (s. 131-147).
- BORCHERS, J. Patrick, (1992), “*Comparing Personal Jurisdiction in the United States and the European Community: Lesson for American Reform*”. The American Journal of Comparative Law , Vol. 40, (s. 121-157).
- BORCHERS, J. Patrick , (2014), “*One Step Forward and Two Back: Missed Opportunities in Refining the United States Minimum Contacts Test and The European Union Brussels I Regulation*”. Arizona Journal of International & Comparative Law, Vol: 31, No: 1, (s. 1-20).
- BRIDGE , M., G. (2014), The Sale of Goods. United Kingdom: Third Edition, Oxford Edition.
- BRIGGS, W. Edwin, (1955), “*Renvoi in the Succession to Tangibles: A False Issue Based on Faulty Analysis*”, The Yale Law Journal Vol: 64, 1954-1955, (s. 195-220).
- BRIGGS, Adrian, (2002), The Conflict of Laws. New York: Clarendon Law Series, Oxford University Press. (The Conflict of Laws).
- BRIGGS, Adrian, (2008), Agreements on Jurisdiction and Choice of Law, Oxford Private International Law Series, Oxford University Press, (Choice of Law).
- BROWN, Ian, (2001), Conflict of Laws. London: Second Edition, Old Bailey Press.
- BUDAK, Ali Cem, (1990), “*İflasın Belirli Uluslararası Yönleri Hakkında Avrupa Konseyi Konvansiyonu*”. İBD, C. 64, Sayı: 10-12, (s.836- 857).
- BUDAK, Ali Cem, (2008), İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 11.
- BUDAK, Ali Cem, (1990), “*İflasın Belirli Uluslararası Yönleri Hakkında Avrupa Konseyi Konvansiyonu*”. İBD, C. 64, Sayı: 10-12, (s. 836-857).
- BUDAK, Ali Cem, (2010), “*Yabancı Unsurlu Sözleşmeler İçin Verilen Aynı Teminatların Paraya Çevrilmesi*”. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, Sayı: 1, (s. 15-33).
- BUDAK, Ali Cem, (2012), “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmesi*”. Legal Medenî Usûl ve İcra iflâs Dergisi, C. 8, Sayı: 21, (s. 1-23).

- BUDAK, Ali Cem, (2013), “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m. 5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler*”. Bankacılar Dergisi, Özel Sayı.
- BUXBAUM, Hannah L. (2007), “*Mandatory Rules in Civil Litigation: Status of The Doctrine Post-Globalization*”. The American Review of International Arbitration, Vol: 18, (s. 21-36).
- BUZ, Vedat, (2005), Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar. Ankara: Yetkin Yayınları.
- CANSEL, Erol, (1961), Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı. Ankara: Desen Matbaası.
- CANSEL, Erol / İNAN, Ali Naim, (1964), “*Ayni Hak Kavramı, Taksimi ve Eşya Hukukunun Konusu*”. AÜHFD, C. 21, Sayı: 1-4, (s. 345-367).
- CANSEL, Erol, (1967), Türk Rehin Hukuku. Ankara: C. 1, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Sevinç Matbaası.
- CAPITANT, Henri, (1948), Introduction à l’Étude du Droit Civil (İkametgâh), Çeviren ERTEM, Ahmet Turgut, Adalet Dergisi, Yıl: 39, Sayı: 2, (s. 144-151).
- CARDUCCI, Guido, (2006), “*The Grownning Complexity of International Art Law: Conflict of Law, Uniforma Law, Mandatory Rules, UNSC Resolution and EU Regulations*”. Art and Cultural Heritage Law, Cambridge University Press, (s. 68-85).
- CARRUTHERS, M. Janeen, (2005), The Transfer of Property in The Conflict of Law. New York.
- CARTER, P.B., (1987), “*Domicil: The Case For Radical Reform in the United Kingdom*”. ICLQ, C. 36, Sayı: 4, (s. 713-728).
- CHESHIRE, G. C. , (1967), The Modern Law of Real Property. London.
- CHONG, Adeline, (2005), “*The Common Law Choice of Rules for Resulting and Constructive Trusts*”. International and Comparative Law Quarterly, Volume: 54, Part: 4, (s. 855-883).
- CHONG, Adeline, “*The Public Policy and Mandatory Rules of Third Contries in International Contract*”, Journal of Private International Law, Volume: 2, No: 1, (s. 27-70).
- CLARKSON, CMV / HILL, Jonathan, (2002), Jaffey on The Conflict of Laws, Butterworths Lexis Nexis. London

COLLIER, J. G., (2002), Conflict of Laws, Third Edition. Oxford University Press.

ÇABRİ, Sezer, “Aile Konutu Şerhi”, Prof. Dr. Ergun Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender’e 50. Yıl Birlikte Çalışma Armağanı, (s. 401-421).

ÇAKALIR, Yalçın, (2002), “*Zaman Çarteri Süresince Düzenlenen Konışmentolar*”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, (s. 245-252).

ÇALIŞKAN, Yusuf, (2006), “*Türk Tabiiyetinde Olan Kişiler İle İlgili Davalar Işığında Amerikan Milletlerarası Yargılama Hukukundaki Bazı Temel Kavramlar*”. TBB Dergisi, Sayı: 62, (s. 62-83).

ÇALIŞKAN, Yusuf, (2014), Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri. İstanbul: Beta Basım.

ÇELİK, Hüseyin, (2005), Yargıtay Örnek Kararları İle Açıklamalı Hukuk Davalarında Görev ve Yetki Sorunu. Ankara: Bilge Yayınevi.

ÇELİKEL, Aysel, (1969), “*Devletler Hususi Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod*”. İÜHFM, C. 35, Sayı: 1-4, (s. 231-248).

ÇELİKEL, Aysel, (1972), Menkul Eşya Üzerinde Aynî Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı. İstanbul: Fakülteler Matbaası.

ÇELİKEL, Aysel, (1982), “*Yeni Kanuna Göre Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfiz Şartları*”. MHB Yıl: 2, Sayı: 2, (s. 7-13).

ÇELİKEL, Aysel, (1983), “*Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda “Atıf” Prensibi’nin Uygulanması*”. Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Sayı: 2, Yıl: 3, (s. 1-4).

ÇELİKEL, Aysel/ERDEM, B. Bahadır, (2014), Milletlerarası Özel Hukuk. İstanbul: Yenilenmiş 13. Bası, Beta Basım.

ÇELİKEL, Aysel / ÖZTEKİN- GELGEL, Günseli, (2014), Yabancılar Hukuku. İstanbul: Yenilenmiş 20. Bası, Beta Basım.

ÇELİKTAŞ - ÖZDAMAR, Demet, (2000), “*Aynî Sözleşme ve Aynî Sözleşmeye Benzer Ya da Onunla Bağlantılı Bazı Kavramların Karşılaştırılması*”. Yargıtay Dergisi, C: 26, Sayı:3, (s. 399-418).

ÇENBERCİ, Mustafa, (1966), Gayrimenkul Satış Vaadi. Ankara: Güzel İstanbul Matbaası.

- ÇETİN, H. Soner, (2004), İpotekli Borç Senedi ve İrad Senedi. Ankara: Bilge Yayınevi.
- ÇİÇEKLİ, Bülent, (2005), “Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 18, Sayı: 56, (s. 239-259).
- ÇİÇEKLİ, Bülent, (2014), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Yargıtay Kararları. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÇİÇEKLİ, Bülent, (2014), Yabancılar ve Mülteci Hukuku. Ankara: Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, (1989), “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Sübjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”. MHB, Yıl: 9, Sayı: 2, (s. 102-120).
- DARDAĞAN, Esra, (2005), Milletlerarası Usul Hukukunda “Aşkın Yetki” Kavramı. Ankara: Siyasal Kitabevi.
- DAYINLARLI, Kemal, (1988), “Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni”. Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65 inci Yaş Armağanı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, (s. 658-691).
- DAYIOĞLU, Yavuz, (2011), CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı. İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- DEMİR-GÖKYAYLA, Cemile, (2001) Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DEMİRKOL, Berk, (2014), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk. İstanbul: Yenilenmiş 2. Bası, Vedat Yayıncılık.
- DERELİ, Zeliha, (2009), Lex Commissoria Yasağı, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- DESSEMONTET, F./ ANSAY, T. (2004), Introduction to Swiss Law. Third Edition, Kluwer Law International.
- DENZA, Eileen, (1998), A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations. New York: Second Edition, Oxford University Press.

- DEUBNER, Peter, (1978), Niessbrauch Zivilrecht. Steuerrecht. Köln: 3. Ergänzte Auflage.
- DICEY/MORRIS, (1993), The Conflict of Laws. London: Vol: 1, Twelfth Edition, Sweet&Maxwell Press.
- DICEY/MORRIS, (1993), The Conflict of Laws. London: Vol: 2, Twelfth Edition, Sweet&Maxwell Press.
- DICKINSON, Andrew / LINDSAY, Rae/LOONAM, P. James, (2005), State Immunity-Selected Materials and Commentary. United States: Oxford University Press.
- DOĞAN, Vahit, (1998), “Atıf Teorisindeki Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, C: 6, Sayı: 1-2 (s. 821-849).
- DOĞAN, Vahit, (2002), “Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması”. Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB, Yıl: 22, Sayı: 2, (s. 121-147).
- DOĞAN, Vahit, (2003), “Türk Hukukunda Yabancı Derdestlik”. Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, Bilgi Toplumunda Hukuk, C. II, İstanbul (s. 987-1008).
- DOĞAN, Vahit, (2014), 5901 Sayılı Kanuna Göre Güncellenmiş Türk Vatandaşlık Hukuku. Ankara: 12. Baskı, Savaş Yayınevi.
- DOĞAN, Vahit, (2015), Milletlerarası Özel Hukuk. Ankara: Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Savaş Yayınevi.
- DOĞAN, Yusuf, (2008), “Dava Çeşitleri, Dava Şartları ve İlk İtirazlar”. Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul, (s. 115-120).
- DOĞANGÜN, Temel, (1996), Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk. Ankara: Yetkin Yayıncılık Tanınması ve Tenfizi. XII Levha Yayıncılık.
- DORNER, Heinrich, (2014), Schulze u.a. Bürgerliches Gesetzbuch. 8. Auflage.
- DOUGLAS, Guilfoyle, (2013), “Article 16” The United Nations Conventions on Jurisdictional Immunities of States and Their Property A Commentary”. Eds. Roger O’Keefe/Christian J. Tams, Oxford University Press.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat, (2013), Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri. İstanbul: 8. Baskı, Filiz Kitabevi.

- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan (2014), Türk Özel Hukuku C. II Kişiler Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Alper, (2014), Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku. İstanbul: 9. Baskı, Filiz Kitabevi.
- EGGER, A. (1947), İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Giriş ve Kişinin Hukuku C. I (Çeviren Volf Çerniş). Ankara: Değiştirilmiş 2. Bası.
- EHRENZWEIG, A. Albert, (1961), “*Choice of Law: Current Doctrine and True Rules*”. California Law Review, Vol: 49, Issue: 2, (s. 240-253).
- EKŞİ, Nuray, (1999), “*Devletler Özel Hukukunda Aşırı Yetki Kuralları*”. İstanbul: Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, (s. 247-258).
- EKŞİ, Nuray, (2000), Türk Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi. İstanbul: 2. Bası, Beta Basım (a).
- EKŞİ, Nuray, (2000), “*Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunun Hazırlanmasına Etki Eden Faktörler ve Kanunun Genel Esaslarının Değerlendirilmesi*”. Prof. Dr. Tahir Çağa’nın Anısına Armağan, (s. 201-209) (b).
- EKŞİ, Nuray, (2004), Yabancı Gemilerin İhtiyati Haczi. İstanbul: 2. Bası, Beta Basım.
- EKŞİ, Nuray, (2007), Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları. İstanbul: Arıkan Yayıncılık.
- EKŞİ, Nuray, (2009) Kanunlar İhtilâfı Kurallarına Milletlerarası Usul Hukukuna Vatandaşlık ve Yabancılar Hukukuna İlişkin Seçilmiş Mahkeme Kararları. İstanbul: 3. Bası, Beta Basım.
- EKŞİ, Nuray, (2014), “*Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Hakları ve Geçici Korumanın Sona Ermesi*”. İBD, C. 88, Sayı: 2014/6, (s. 65-89).
- EKŞİ, Nuray, (2013), Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi. İstanbul: Beta Basım.
- ERBAŞ - AÇIKEL, Aslıhan, (2013), Gemi İnşa Sözleşmesi. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- ERBEK, Özge, (2013), “*Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Sebebe Bağlılık (İllilik)- Soyutluk (Mücerretlik) Meselesi*”. Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, İzmir, C. I, Prof. Dr. Aydın Zevklier’e Armağan, (s. 937-985).

- ERDEM, B. Bahadır, (1989) “*Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe*”. MHB, Yıl: 9, Sayı: 2, (s. 121-133).
- ERDEM, B. Bahadır, (1992), *Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Tebligat*. İstanbul: Beta Basım.
- ERDEM, B. Bahadır, (2002), “*22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*”. MHB, Yıl: 22, Sayı:2, Özel Sayı, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, (s. 149-181).
- ERDEM, B. Bahadır, (2003), “*Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Avrupa Konseyi Tüzüğü*”. Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, C. III, (s. 1009-1026).
- ERDEM, B. Bahadır, (2013), *Türk Vatandaşlık Hukuku*. İstanbul: 3. Baskı, Beta Basım.
- ERDEM, Mehmet, (2010), *Özel Hukukta Zamanaşımı*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- ERDEM, Mehmet, (2011), “*Sicilli Hayvan Rehni*”. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, (s. 991-1009).
- ERDENER, Nihal, (1958), *Türk Devletler Hususi Hukuku Sisteminde Locus Regit Aktum Kaidesinin Tatbiki*. İstanbul: Yenilik Basımevi.
- ERDOĞMUŞ, Belgin, (2006), *Roma Eşya Hukuku*. İstanbul: 3. Basım, Der Yayınları: 286.
- EREL, Şafak, (1974), *Gayrimenkul Rehininde Sıra*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No: 368.
- EREN, Fikret, (2008), “*Türk Medeni Kanununa Göre Yasal Önalım Hakkı*”. GÜHFD, C. XII, Sayı 1-2, (s. 103-126).
- EREN, Fikret, (2012), *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 14. Baskı, Yetkin Yayınları.
- EREN, Fikret, (2014), *Mülkiyet Hukuku*. Ankara: 3. Bası, Yetkin Yayınları.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, (2008), “*Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukuki Sorunlar*”. İÜHFM, C. LXVI, Sayı: 1, (s. 275-292).

- ERGÜVEN, Nasih Sarp / ÖZTURANLI, Beyza, (2013), “*Uluslar arası Mülteci Hukuku ve Türkiye*”. AÜHFD, C. 62, Sayı: 4, (s. 1007-1061).
- ERİŞİR, Evrim, (2007), *Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti*. İzmir: Güncel Yayınevi.
- ERKAN, Mustafa, (2011), “*MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış*”. GÜHFD, C. XV, Sayı: 2, (s. 81-121).
- ERKAN, Mustafa, (2012), “*Bir Tabu: Taşınmazın Aynına İlişkin Davalarda Münhasır Yetki*”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, Sayı: 1, (s. 10-49).
- ERMAN, Hasan, (2010), *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. İstanbul: Gözden Geçirilmiş 3. Basım, Der Yayınları.
- ERSEN-PERÇİN, Gizem, *Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- ESEN, Emre, (2002), “*Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı*”. MHB, Yıl: 22, Sayı:2, Özel Sayı, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, (s. 183-206).
- ESEN, Emre, (2007), “*Yabancılık Unsuru Taşıyan Mülkiyeti Saklı Tutma Sözleşmesi Hakkında Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi*”. İÜHFM, Yıl: 2007, C. LXV, Sayı: 2, (s. 385-396).
- ESENER Turhan/GÜVEN Kudret, (2012), *Eşya Hukuku*. Ankara: Genişletilmiş 5. Bası, Yetkin Yayınları.
- ESKİOCAK, Ali, (2009), *Teslime Bağlı Taşınır Rehninde Alacaklının Hukukî Durumu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- FAWCETT, James / CARRUTHERS, Janeen, (2008), *Cheshire, North & Fawcett, Private International Law*. Newyork: Fourteenth Edition, Oxford University Press.
- FAWCETT, James / HARRIS, Jonathan / BRIDGE, Michael, (2012), *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*. Newyork: Oxford University Press.
- FINCH, William Martin, “*Forum Conveniens And Forum Non Conveniens — Judicial Discretion And The Appropriate Forum*”. <https://lr.law.qut.edu.au/article/view/330>, (s.67-95).
- GASKELL, Nicholas / ASARIOTIS, Regina / BAATZ, Yvonne, (2000), *Bills of Lading: Law and Contract*. England: LLP Professional Publishing.

- GAVRILOV, Viatcheslav, V. (2006), *Международное Частное Право* (Uluslararası Özel Hukuk). Moskova: 3. Baskı, Norma Yayınları.
- GENÇCAN, Uğur, Ömer, (2013), 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama-Son İçtihatlar. Ankara: Yetkin Yayınları.
- GEZDER, Ümit, (2006), *Mesafeli Sözleşmeler*. İstanbul: Beta Basım.
- GIRSBERGER, Daniel / HEINI, Anton/ KELLER, Max / KOSTKIEWICZ, Jolante Kren/SIEHR, Kurt/VISCHER, Frank/VOLKEN, Paul, (2004), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. ergänzte und verbesserte Auflage, Schulthess. Zürich.
- GİRAY, Faruk, Kerem, (2011), “*Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi*”. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, Sayı: 2, Özel Sayı: Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, (s. 555-577).
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun, (2006), *İdare Hukuku*. İstanbul: Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, Der Yayınları.
- GİRİTLİOĞLU, Necla, (1984), *Müdahalenin Men’i (Elatmanın Önlenmesi) Davası*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- GOTTWALD Peter, (2009), “*Uluslar arası İflas Hukukunun Konumu ve Problemleri*”. Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı- VIII, Türkiye Barolar Birliği, Abant (s. 339-372).
- GÖĞER, Erdoğan, (1969), “*Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgah*”. AÜHFD. C. 26, (s. 237-252).
- GÖĞER, Erdoğan, (1969), *Deniz Ticareti Hukukunda Doğan Kanunlar İhtilafı*. Ankara: Şenyuva Matbaası.
- GÖĞER, Erdoğan, (1972), “*Türk Kanunlar İhtilafının Temel İlkeleri*”. Profesör Dr. H.C. Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 303, Ankara, (s. 225-248).
- GÖĞER, Erdoğan, (1972), *Türk Tabiiyet Hukuku*. Ankara.
- GÖĞER, Erdoğan, (1975), *Devletler Hususi Hukuku*. Ankara: Üçüncü Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 356.
- GÖKÇENAY, Berivan, (2009), *Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi.

- GÖKKAYA, Şevket, (1996), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Açıklamalı-Gerekçeli ve İçtihatlı. Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÖRGEÇ, Başak, (2013), “Genel İşlem Koşullarının Kişilik Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi”. MÜHF-HAD. C. 19, Sayı: 1, (s. 403-440).
- GÖRGÜN, Şanal (2014), Medeni Usul Hukuku. Ankara: 3. Bası, Yetkin Yayınları.
- GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları. İstanbul: 7. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım.
- GRIBBLE John/ FORREST Carig, (2006), “Underwater Cultural Heritage at Risk: The Case of the Dodington Coins”. Art and Cultural Heritage Law, Cambridge University Press, (s. 313-324).
- GRISWOLD, N. Erwin, (1938), “Renvoi Revisted”. Harward Law Review, Volume LI, 1937-1938, (s. 1166-1208).
- GÜNDAY, Metin, (2013), İdare Hukuku. Ankara: 10. Baskı, İmaj Yayınevi.
- GÜNAY, M. Barış, (2009), Türk ve Anglo-Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı. İstanbul: Yetkin Yayınları.
- GÜNEL, Cahit, Mustafa, (2006), “Taşınmaz Rehninin Alacak Bakımından Kapsamı”. Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara (s. 247-266).
- GÜNEYSU-GÜNGÖR, Gülin, (1997), Milletlerarası Özel Hukukta İflas. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 514, Döner Sermaye Yayınları No: 29.
- GÜNGÖR, Gülin, (2014), Tâbiyet Hukuku. Ankara: Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler-Şeyler, 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, (Tâbiyet Hukuku).
- GÜRBÜZ, Reşit, (2011), İdare Hukuku. Ankara: Turhan Kitabevi.
- GÜRSES, Özlem, (2006), “Uluslararası Eşya Taşımalarında Kullanılan Taşıma Senetleri”. Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara: Seçkin Yayınevi, (s. 267-309).
- GÜRSOY, Kemal, T. / EREN, Fikret/ CANSEL, Erol, (1984), Türk Eşya Hukuku. Ankara: Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 476.
- GÜRZUMAR, Aydanur, (1994), “Türk Devletler Özel Hukuku Açısından Boşanma Davalarında Kamu Düzeninin Etkileri”. MHB Yıl: 14, Sayı: 1-2, (s. 21-54).

- GÜRZUMAR, Osman Berat, (1998), *Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı*. İstanbul: Beta Basım.
- GÜVEN, Pelin, (2006), “*Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinmelerinin Tapu Kanunu’nda Yapılan Son Değişiklikler Işığında Değerlendirilmesi*”. Legal Mali Hukuk Dergisi, Mayıs, (s. 1183-1214).
- GÜVEN, Pelin, (2006), “*Yabancıların Vasiyetname Yapma Ehliyetine, Vasiyetin Şekline ve Esasına Uygulanacak Hukuk ile Bu Kapsamda Yabancı Gerçek Kişilerin Miras Hakkı*”. AÜEHFD, C. X, Sayı: 1-2, (s. 341-360).
- GÜVEN, Pelin, (2007), *Ortaklıkların Merkez Değişikliğinde Birleşme Bölünme Mavarlığının veya İşletmenin Devrinde Uygulanacak Hukuk ve Uyuşmazlıkların Çözümü*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- GÜVEN, Pelin, (2011), “*Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz ve Sınırlı Ayni Hak Edinmesinde Tapu Kanunu 35’inci Maddesinde Değişiklik Öngören Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi*”. MHB, Yıl: 31, Sayı: 1, (s. 211-246).
- GÜVEN, Pelin, (2012), “*Yabancı Uyruklu Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz ve Sınırlı Ayni Hak Edinmesinde Kanuni Sınırlamalar*”. Yabancıların Taşınmaz Edinimleri Güncel Tartışmalar, Panel Notları, İstanbul Barosu Yayınları, (s. 80-97).
- GÜVEN, Pelin, (2013), *Tanıma-Tenfiz, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- GÜZEL- POLAT, Ezgi, (2011), “*Osmanlıdan Günümüze Vatandaşlık Anlayışı*”. Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 69, Sayı: 2011/3, (s. 127-157).
- HAN, Herbert / MA Pao, (2000), “*Private International Law of The Republic of China: Past, Present and the Future*”, Private Law in the International Arena, T.M.C. Asser Press, The Netherlands , (s. 413-427).
- HARDER, Sirko, (2011), “*Statutes of Limitation Between Clasification and Renvoi- Australian and South African Approaches Compared*”. ICLQ, Vol: 60, (s. 659-680).
- HARPER, Fowler / TAINTOR, W. Charles / CARNAHAN, Wendel, Charles/ BROWN, S. Ralph (1950), *Conflict of Law-Cases and Materials* Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company.
- HATEMİ, Kezban, (1975), “*Türk Hukukunda Aynî Haklara İlişkin Kanunlar İhtilâfi Kurallar*”. İBD, C: 49, Sayı: 3-4, Yıl: 1975, (s. 276-295).

HAVEL, F. Brian / SANCHEZ, S. Gabriel, (2014), *The Principles and Practice of International Aviation Law*. Newyork: Cambridge University Press.

HAVUTÇU, Ayşe, (2002), “*Devre Mülk Konusunda Avrupa Hukukundaki Gelişmeler*”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1, Sayı: 1, (s. 347-401).

HAY, Peter, (2003), *Conflict of Laws*. Fourth Edition, Black Letter Series.

HAZNEDAR, Murat İbrahim, (2008), *Ticari İşletme Rehni ve Paraya Çevrilmesi*. İstanbul: Legal Yayıncılık.

HEIDERHOFF, Bettina, (2012), “*CISG’ın Uygulama Alanı: Konu Bakımından*”, Milletlerarası Satım Hukuku-Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), 2. Tıpkı Bası, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, (s. 25-36).

HEISER, Walter, (2010), “*The Hague Convention on Choice of Court Agreements: The Impact on Forum Non Conveniens, Transfer of Venue, Removal, and Recognition of Judgments in United States Courts*”. U. Pa. J. Int’l L. Vol. 31:4, (s. 1013-1050).

HELLNER, Michael, (2009), “*Third Country Overriding Mandatory Rules in The Roma I Regulation: Old Wine in New Bottles?*”. Journal of Private International Law, Vol: 5, No: 3, (s. 447-470).

HELVACI, İlhan, (2008), *Eski Medeni Kanunumuzla Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı*. İstanbul: XII Levha Yayınları.

HELVACI, Serap, (2013), *Gerçek Kişiler*. İstanbul: 5. Bası, Legal Yayınevi.

HILL, Jonathan, (2005), *International Commercial Disputes: Commercial Conflict of Laws in English Courts*. Third Edition, North America
<https://books.google.com.tr/books>.

HOFFMAN, T. Barbara, (2006), “*European Union Legislation Pertaining to Cultural Goods*”. Art and Cultural Heritage Law, Cambridge University Press, (s. 191-193).

HOFFMAN, T. Barbara, (2006), “*International Art Transactions and the Resolution of Art and Cultural Property Disputes: A United States Perspective*”. Art and Cultural Heritage Law, Cambridge University Press, (s. 159-184).

HONSELL, Heinrich, (2006), *Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil*, 8. Ergänzte und Verbesserte Auflage, Stämpfli Verlag AG Bern.

- HOUTTE, Hans Van, (1999), *The Law of Cross-Border Securities Transactions*. London.
- HUYSAL, Burak, (2003), “*Kanunlar İhtilafı Alanında İkametgah ve Doğurduğu Sorunlar*”. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/2, (s.173-205).
- HUYSAL, Burak, (2007), “*Suriye Arap Cumhuriyeti Vatandaşlarının Türkiyede Bulunan Taşınmazlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Tespitler*”. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/2, Prof. Dr. Aydın Aybay’a Armağan, (s. 387-410).
- HUYSAL, Burak, (2011), “*Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflarla Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi*”. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, (s. 467-502).
- HUYSAL, Burak, (2012), “*6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler*”. MHB Yıl: 32, Sayı: 1, (s. 71-101).
- İNAL, Nihat, (2006), *Örnek Kararlar ve Dilekçelerle Açıklamalı Taşınmaz ve Taşınır Mal Davaları*. Ankara: Sözkese Matbaacılık.
- JOHNSTON, David, (1994), “*Sale and Transfer of Title in Roman and Scots Law*”, *The Roman Law Tradition*, Cambridge University Press 1994. (s. 182-198).
- JOHNSTON, David, (2001), *The Roman Law of Trusts*, Oxford University Press.
- KALE, Serdar, (2010), *Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti*. İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- KALPSÜZ, Turgut, (2004), *Gemi Rehni*. Ankara: 5. Bası, Turhan Kitabevi.
- KANETİ, Selim, (1972), *Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- KARAASLAN, Varol, (2008), “*Alman Hukukunda Malvarlığının Bulunduğu Yer Mahkemesinin Milletlerarası Yetkisi ve Bu Kuralın Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısındaki Düzenleniş Biçimi*”. Sayı: 43-44, (s. 7-21).
- KARAASLAN, Varol/KARAASLAN, Erol, (2005), “*Alman Hukuku’nda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması*”. Adalet Dergisi, Sayı: 22, (s. 121-143).
- KARAHAN, Sami, (2012), *Şirketler Hukuku*. Konya: 1. Baskı, Mimoza Yayıncılık.
- KARATAŞ, İzzet, (2009), *Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Yüklenicinin Temlik İşleminde Kaynaklanan Davalar*. Ankara: Adalet Yayınevi.

- KARSLI, Abdürrahim, (2001), Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler. İstanbul: Kudret Basım.
- KARSLI, Abdürrahim /KOÇ, Evren /KONURALP, Cengiz Serhat, (2014), Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular. İstanbul: Alternatif Yayıncılık.
- KENDER, Rayegan / ÇETİNGİL, Ergon / YAZICIOĞLU, Emine. Deniz Ticareti Hukuku Temel Bilgiler C. I. İstanbul: Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Baskı, XII Levha Yayıncılık.
- KIKINIS, Michael, (1996), Benutzungsrechte an Sachen, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, (1981), “*Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması*”. AÜHFD, C. 38, Sayı: 1-4, (s. 209-222).
- KILIÇOĞLU, Mustafa, (1997), Akdi ve Kanunî Şufla Davaları (Önalım). Ankara: Adil Yayınevi.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet, (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Genişletilmiş 16. Bası (İlave Bası), Turhan Kitabevi.
- KILIÇOĞLU, Mustafa, (2012), 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi. İstanbul: Legal Yayınevi.
- KİRAZ, Taylan, (2012), Özgür, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler. Ankara: 2. Baskı Adalet Yayınevi.
- KOCAMAN, Arif, (2008), “*Türk Medeni Kanununa Göre Yerleşim Yeri*”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Turhan Kitabevi, (s. 567-580).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, N. (1959), Türk Medeni Hukukunun Gayrimenkul Satış Vaadi. İstanbul: Sulhi Garen Matbaası.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, (2014), Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme. İstanbul: 2010 Tarihli 5. Bası’dan 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi.
- KOSHIKAWA, Junkichi, (1972), “*The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws: Some Aspects of Transnational Law in Japan*”. The American University Law Review, Vol: 21, (s. 513-521).
- KOSTERS, J. (1920), “*Public Policy in Private International Law*”, The Yale Law Journal, Volume :29, No: 7, (s.745-766).

- KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim, (1983), Sınırlı Aynî Haklar. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- KUBİLAY, Huriye, (1987), “*Kambiyo Senetlerinin Rehni*”. DÜHFD, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, C. 3, Sayı: 1-4, (s. 497-513).
- KUIPERS, Jan, Jaap, (2009), “*Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice*”. German Law Journal, Vol: 10, No: 11, (s. 1505-1524).
- KULA- DEĞİRMENCİ, Nil: (2013), “*Konışmantonun Hukuki İlişkiyi Belirleme İşlevinin İki Boyutu ve Bu İşlevin Özellikle FOB Satışları Açısından Değerlendirilmesi*”. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 24, (s. 143-165).
- KURT, Ekrem, (2004), Tapu Sicilinin Düzeltilmesi. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No: 172.
- KURU, Baki, (2006), “*Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme*”. Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, Ankara (s. 58-85).
- KURU, Baki, (1986), “*Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması*”. MHB, Sayı: 2, Yıl: 6, (s. 140-145).
- KURU, Baki, (2001), Hukuk Muhakemeleri Usulü. İstanbul: Altıncı Bası, C. I, Demir Yayıncılık.
- KURU, Baki / BUDAK, Ali Cem, (2011), “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler*”. İBD, C. 85, Sayı: 5, (s. 1-43).
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, (2013), Notlu-Gerekçeli-Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat. Ankara: Otuzdokuzuncu Baskı, Yetkin Yayınları, (Gerekçe).
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder, (2014), Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı. Ankara: 6100 Sayılı HMK’na Göre Yeniden Yazılmış 25. Baskı, Yetkin Yayınları.
- KÜÇÜKYALÇIN, Arzu, (2004), “*Brüksel I Tüzüğü’nde Tüketici Akitlerine İlişkin Milletlerarası Yetki Kuralları*”. TBB Dergisi, Sayı 55, (s. 332-359).
- LALİVE, Muktedir, (2014), Özetli-İçtihatlı Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- LALİVE, P.A., (1955), The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws. Oxford.

- LAWSON-REMER, Terra, (2012), “*Property Insecurity*”. Brooklyn Journal of International Law, Volume: 38, Number: 1, (s. 145-191).
- LEXTRAY, (2013), Trust Hukuku. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- LIANG, Wenwen/QIAO Xiongbing, (2014), “*Party Autonomy in the Applicable Law to Rights in Rem to Movables Under the Chinese Act on the Law Applicable to Civil Relations With A Foreign Element: A Comparative Review*”. Frontiers of Law in China, Vol: 9, No: 3, (s. 446-463).
- LIPSTEIN, Kurt, (2000), “*Unusual Bedfellows - Renvoi and Foreign Characterization Joined Together*”. Private Law in the International Arena, T.M.C. Asser Press, Netherlands, (s. 405-412).
- LIVER, Peter, (1951), Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch IV Band, 2/1, Zürich.
- LORENZEN, G. Ernest, (1942), “*Developments in the Conflict of Laws, 1902-1942*”. Michigan Law Review, Vol: 40, No: 6, (s.781-805).
- LYONS, A. B., (1953), “*Immunities Other Than Jurisdictional of the Property of Diplomatic Envoys*”. BYIL, 116, (s. 116-151).
- MERAKLI-YAYLA, Deniz, (2014), “*Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yetki Sözleşmesinin Taraflarının ve HMK Madde 17 Kapsamındaki Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili*”. DÜHFD, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez’e Armağan, (s.1978-2013).
- MIURA, Masato (1972), “*Judicial Jurisdiction in Japanese Conflict of Laws: Status* The American University Law Review, Vol: 21, (s. 521-542).
- MİSİLİ, Sinan, (2014), “*Açık Denizlerin Serbestliği, Gemilerin Uyrakluğu ve Bayrak Devleti Münhasır Yargı Yetkisi Arasındaki İlişkinin Teamül Hukuku, Konvansiyonlar ve Mahkeme Kararları Işığında İncelenmesi*”. GÜHFD, C. 18, Sayı: 1, (s.179-207).
- MOROĞLU, Erdoğan, (2002), “*Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması*”. Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB, Yıl: 22, Sayı: 2, (s. 412-419).
- MORRIS, J.H.C., (1945), “*The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws*”. British Yearbook of International Law, (s. 232-248).
- MUŞUL, Timuçin, (2012), Medeni Usul Hukuku. Ankara: 3. Bası, Adalet Yayınevi.
- NICHOLAS, Barry, (2008), An Introduction to Roman Law, Clarendon Law Series, Oxford University Press.

- NIELSEN, Arnt, Peter , (2012), “*The New Brussels I Regulation*”, Kluwer Law International, (s. 503-528).
- NIELSEN, Arnt, Peter, (2012), “*Current Developments The State of Play of the Recast of the Brussels Regulation*”. Nordic Journal of International Law 81, (s. 585-603).
- NOMER, Ergin, (1974), “*Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumi*”. İÜHFM, Sayı: 1-4, (s. 393-426).
- NOMER, Ergin, (1981), “*Ehliyetlilik Sebebi İle Almanya’daki Gayrimenkul Mallar İçin Vasiyetin İptali*”. MHB, Sayı: 2, (s. 61-63).
- NOMER, Ergin, (1982), “*Devletin Yargı Muafiyeti ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*”. MHB, Sayı: 1, (s. 6-8).
- NOMER, Ergin, (1984), “*Rızai Boşanma ve Kamu Düzeni*”. MHB, Yıl: 4, Sayı: 2, (s. 94-98).
- NOMER, Ergin, (1998), “*Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu*”. Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, Beta Basım, İstanbul, (s. 685-730).
- NOMER, Ergin, (1999), “*Bir Yargıtay Kararının Düşündürdükleri*”. İBD, C. 73, Sayı: 7-8-9, (s. 628-640).
- NOMER, Ergin, (2003), “*Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni*”. Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, MHB, Yıl: 23, Sayı: 1-2, (s. 565-577).
- NOMER, Ergin, (2009), Milletlerarası Usul Hukuku. İstanbul: Beta Basım.
- NOMER, Ergin, (2012), Türk Vatandaşlık Hukuku. İstanbul: 19. Bası, Filiz Kitabevi.
- NOMER, Ergin, (2015), Devletler Hususi Hukuku. İstanbul: Yenilenmiş 21. Bası, Beta Basım.
- NYGH, Peter, (2000), “*Forum Non Conveniens and Lis Alibi Pendens: The Australian Experience*”. Private Law in the International Arena, T.M.C. Asser Press, The Netherlands, (s. 511-526).
- O’BRIEN, John, (1999), Conflict of Laws. London-Sydney: Second Edition, Cavendish Publishing Limited.
- ODMAN, Tefik, (2011), Vatansızların Hukukî Durumu ve Türk Hukuku. Adana: Çağ Üniversitesi Yayınları No: 15, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 7, Birinci Baskı.

- OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami, (2011), Medeni Hukuk. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 17. Bası.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut, (2012), Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: C. 1, Vedat Kitapçılık.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe, (2012), Kişiler Hukuku. İstanbul: Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası, Filiz Kitabevi.
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer/OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe, (2013), Eşya Hukuku. İstanbul: 16. Bası (15. Basıdan Tıpkı Bası), Filiz Kitabevi.
- OOI, Maisie, (2003), Shares And Other Securities in The Conflict of Laws. New York: Oxford University Press.
- OZANOĞLU, Hasan, Seçkin, (2001), “*Türk Medeni Kanunu’nun 940. Maddesinin II. Fıkrası (Motorlu Araç Rehni) Üzerine*”. GÜHFD. C. 5, Sayı: 1-2, Haziran-Aralık (s. 20-35).
- ÖĞÜZ, Tufan, (2007), Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukukî Esasları. İstanbul: Beşir Kitabevi.
- ÖKÇÜN, Gündüz, (1997), Devletler Hususi Hukuku’nun Kaynakları ve Kamu Düzeni. Ankara: 2. Baskı, Sermaye Piyasası Kurulu Yayın No: 108.
- ÖNEN, Ergun, (1965), “*Gayrimenkul Davalarında Yetki*”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1965-66, C. 22-23, Sayı: 1-4, (s. 567-633).
- ÖZBAKAN, Işıl, (1987), Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi. Ankara.
- ÖZBEK-HADİMOĞLU, Nimet, (2012), “*Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı’nda Yer Alan İkamet İzni Türleri İle Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun Olağan Telsik Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılmasında Aranılan İkamet Şartı Arasında İlişki*”. TBB Dergisi, Sayı: 102, (s. 149-172).
- ÖZBUDUN, Ergun, (2014), Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 15. Bası. Ankara.
- ÖZÇELİK, Gülüm, (2007), Konişmentodan Doğan Kanunlar İhtilafı. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Uluslararası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi.

- ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice, (2002), “Devletlerin Yargı ve İcra Muafiyetleri ve Bunların Tahkim Yargılamasındaki Rolü”. MHB Yıl: 22, Sayı: 2, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, (s. 525-576).
- ÖZDEMİR - KOCASAKAL, Hatice, (2001), Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkiler. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları.
- ÖZDEMİR - KOCASAKAL, Hatice, (2003), Elektronik Sözleşmelerde Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkemenin Tespiti. İstanbul: Vedat Yayıncılık.
- ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice, (2010), “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”. MHB, Yıl: 30, Sayı: 1-2.
- ÖZEL, Sibel, (1991), Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği. İstanbul: Beta Basım.
- ÖZEL, Sibel, (1991), “Devletlerin Özel Kişilerle Yapmış Olduğu Tahkim Sözleşmesi ve Yargı Bağımsızlığı”. İBD, C. 65, Sayı: 10-11-12, (s. 903-919).
- ÖZEL, Sibel, (1997-1998), “Yabancıların Türkiye’de Taşınmaz Edinimleri İçin Gerekli Olan Karşılıklılık Şartının Yargıtay Kararları Işığında Yorumu”. Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, MHB, Yıl: 17-18, Sayı: 1-2, (s. 305-315).
- ÖZEL Sibel, (1999), “Çalınan Yada Yasadışı Olarak İhraç Edilen Kültürel Objelerle İlgili 1995 Unidroit Konvansiyonu”. Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan, İstanbul, s. 509-534;
- ÖZEL, Sibel, (2012), “Anayasa m. 66/1 Hükmünde Yer Alan Türk Tanımı Üzerine Bir Değerlendirme”. İBD, C. 86, Sayı:2012/6, (s. 40-. 59).
- ÖZEL, Sibel, (2012), “Tapu Kanunu M. 35”. Yabancıların Taşınmaz Edinimleri Güncel Tartışmalar, Panel Notları. İstanbul Barosu Yayınları, (s. 38-51).
- ÖZEL, Sibel, (2012), “Tapu Kanunu M. 35’de Yapılan Değişiklik Tasarısının Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Değerlendirilmesi”. İstanbul Barosu Dergisi, C. 86, Sayı: 2, (s. 37-47).
- ÖZEL, Sibel, (2013), “Kültür Varlıklarının İadesinde Doğrudan Uygulanma Kabiliyeti Olan Uluslararası Sözleşme: Çalınan Ya Da Yasadışı Olarak İhraç Edilen Kültürel Objelerle İlgili 1995 Unidroit Konvansiyonu (The Self-Executive International Convention on the Recovery of Cultural Objects: Unidroit Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects of 1995)”. Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı: 2 (Özel Sayı), C. 19, (s. 237-258).

ÖZEL, Sibel, (1998), Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması. İstanbul: Alkım Yayınları.

ÖZEL, Sibel: (2005), “5226 sayılı “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu İle Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” Üzerine Bir Değerlendirme”. İÜHFM. C. LXIII, Sayı: 1-2, (s. 113-138).

ÖZEN, Burak, (2008), Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

ÖZENLİ, Soysal, (1989), Uygulamada Taşınmaz Satış Vaadi Sözleşmesi ve Neden Olduğu Davalar. Ankara: Yetkin Yayınları.

ÖZGENÇ, Zeynep, (2013), “Gemi Alacaklısı Hakkına Uygulanacak Hukuk Sorunu”. İpekyolu Canlanıyor Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Adalet Yayınevi, İstanbul, (s. 225-252).

ÖZGENÇ, Zeynep, (2014), Milletlerarası Özel Hukukta Navlun Sözleşmesi. İstanbul: Marara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Hukuk Bilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

ÖZKAN, Işıl, (1981), “Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”. Seha L. Meray’a Armağan, C. I, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 465, 100. Doğum Yılında Atatürk’e Armağan Dizisi: 9, Ankara (s. 176-222).

ÖZKAN, Işıl, (2003), Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi. Ankara: Naturel Yayıncılık.

ÖZMEN, Ethem, Saba, (1988), Devre Mülk Hakkı. Ankara.

ÖZMEN, Saba, (2012), “Tapu Daireleri Uygulamaları Üzerine Düşünceler”. İBD C. 86, Sayı: 4. (s.42-54).

ÖZMEN, Saba/AKÇURA-KARAMAN, Tuba, (2013), “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları”. İBD, C. 87, Sayı: 1, (s. 47-74).

ÖZSUNAY, Ergun, (1968), Zaruri Geçit Hakkı (Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta). İstanbul: Cezaevi Matbaası.

ÖZSUNAY, Ergun, (1962), “Zaruri Geçit Hakkı ve Kanunu Şartlar”. İÜHFM, C. 28, Sayı: 3-4, (s. 751-789).

ÖZSUNAY, Ergun, (1982), Medeni Hukukta Tüzel Kişiler. İstanbul.

- ÖZSUNAY, Ergun, (1986), Türk Hukukundan ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler. İstanbul.
- ÖZTAŞ, İlker, (2011), Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanım ve Yararlanma Hakkı. İstanbul: XII Levha Yayınları.
- ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli, (2003), “Yabancıların Taşınmazlara İlişkin Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmasında Mütakabiliyet İlkesi”. Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, MHB, Yıl: 23, Sayı: 1-2, (s. 405-422).
- ÖZTÜRK, Gülay, (1998), İnançlı İşlemler. Ankara: Yetkin Yayınları.
- ÖZTÜRK-YILMAZ, Necla, (2006), Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Uluslararası Özel Hukuk) Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara.
- ÖZUĞUR, Ali, İhsan, (2003), Açıklamalı-İçtihatlı Velayet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku. Ankara: Aile Mahkemeleri, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- PAUKNEROVÀ, Manica, (2010), “Mandatory Rules and Public Policy in International Contract Law”, ERA Forum 2010, <http://wenku.baidu.com/view/3f399759312b3169a451a4f3.html>, (s. 29- 43).
- PAZARCI, Hüseyin, (2004), Uluslararası Hukuk. Ankara: Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi.
- PECCORARO, Thomas, W. (1991), “Choice of Law in Litigation to Recover National Cultural Property: Efforts at Harmonization in Private International Law”, 31 Va. J Int’l L. 1990-1991, www.heinonline.com.
- PEKCANITEZ, Hakan, (2000), “İpoteğin Paraya Çevrilmesiyle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”. Bankacılar Dergisi, Sayı: 33, (sayfa numarası belirtilmemiştir).
- PEKCANITEZ, Hakan /ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, (2013), Medenî Usûl Hukuku. Ankara: 14. Bası, Yetkin Yayıncılık.
- PISTIS, Marco, “Forum Non Conveniens” http://www.judicium.it/old_site/news/pistis01.html, (sayfa numarası belirtilmemiştir) (Erişim tarihi: 10.01.2014).
- POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal, (2006), Kıymetli Evrak Hukuku Esasları. İstanbul: 17. Bası, Arıkan Yayıncılık.
- POSTACIOĞLU, İlhan, E. (1975), Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.

- PULAŞLI, Hasan, (2011), 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi. Ankara: 1. Basım C. 1, Adalet Yayınevi.
- PÜRSELİM-ARNING, Hatice Selin, Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- RAFFERTY, Nicholas / BAER, Marvin / BLOM, Joost / EDINGER, Elizabeth/ SAUMIER, Geneviève/ WALSH, Catherine, (2003), Private International Law in Common Law Canada, Cases, Text, and Materials. Second Edition, Emond Montgomery Publications Limited, Toronto, Canada.
- Real Property Law and Procedure in the European Union, General Report, Final Version, 31.05.2005. Erişim tarihi: 10.01.2015).
- REBMANN, Kurt / SÄCKER, Jürgen, Franz / RIXECKER, Roland, (2006), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München: 4. Auflage, Verlag C.H.
- REİSOĞLU, Seza, (2003), “Yabancı Para İpoteği”. Bankacılar Dergisi, Sayı: 44, (s. 43-55).
- REY, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Dritte, Ergänzte und Überarbeitete .
- ROGERSON, Pippa, (2000), “Habitual Residence: The New Domicile”. International and Comparative Law Quarterly, Volume : 49, Part:1, (s.86-107).
- ROSENBERG, Maurice/HAY, Peter/WEINTRAUB, J. Russell, (1996), Conflict of Laws. Newyork: Cases and Materials, Tenth Edition, University Casebook Series.
- RUHİ, Ahmet Cemal, (2008), 07.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Gerekçeli-Açıklamalı-Yargıtay İçtihatlı. Ankara: Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- RUHİ, Ahmet, Cemal / KAPLAN, Yavuz, (2002), “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)”. Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Yıl: 22, Sayı: 2, (s. 643-663).
- SADROLEŞRAFİ, Ali, (1987), “Devletler Özel Hukuku’nda Genel Olarak Atıf Teorisi (Renvoi)”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 3 Sayı: 1-2, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, (s. 515-522).
- SAĞLAM, İpek, (2007), Elektronik Sözleşmeler. İstanbul: Legal Yayıncılık.

- SAĞLAM, İpek, (2013), Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14-24). İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- SAKMAR, Ata/EKŞİ, Nuray, (2002), “*Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması Tenfizi Hakkında AB Konsey Tüzüğü*”. MHB, Yıl: 22, Sayı:2, Özel Sayı, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan (s.721-743).
- SANCAKDAR, Oğuz, (2012), Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku. Ankara: 2. Güncellenmiş Baskı, Seçkin Yayınevi.
- SARCEVIC, Petar/VOLKEN, Paul, (2004), Yearbook of Private International Law. Vol.5, Kluwer Law International.
- SARGIN, Fügen, (2002), Milletlerarası Patent ve Ticari Marka Lisansı , Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk. Ankara: Turhan Kitabevi.
- SARGIN, Fügen, (1996), Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları. Ankara: Yetkin Yayınları.
- SARGIN, Fügen, (1997), Yabancı Gerçek Kişilerin Türkiye’de Taşınmaz Mal Edinmeleri ve Sınırlı Ayni Haklardan Yararlanmaları. Ankara: Yetkin Yayınları.
- SARGIN, Fügen, (2003), “*1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi Hükümleri Dahilinde MÖHUK’un 33. Maddesinin Uygulanabilirliği Sorunu*”, AÜHFD, C. 52, Sayı: 1, (s. 13-36).
- SARI, Suat, (2000), “*Taşınmaz Rehninde Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi*”. Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, (s. 963-1011).
- SARI, Suat, (1997), Alıkoyma Hakkı. İstanbul: Alfa Yayınları.
- SARIAKALI, Turgay, (2008), İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmeler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- SCHÄFER, Kerstin, Application of Mandatory Rules in The Private International Law of Contracts: University of Cape Town, Yıl belirtilmemiştir.
- SCHMID, Jörg /HURLIMANN-KAUP, Sachenrecht, (2003), 2. Auflage, Schulthess. Zürich.
- SCHWENZER, Ingeborg / HACHEM, Pascal/ KEE, Christopher, 2012, Global Sales and Contract Law. Newyork: Oxford University.
- SCWAB, Karl, Heinz / PRUTTING, Hanns, (2003), Juristische Kurz-Lehrbücher, Sachenrecht, 31. Auflage, München.

- SEÇER, Öz, (2008), “İpoteğin Taşınmaz Bakımından Kapsamı”. İBD, C. 82, Sayı: 4, (s. 1901-1932).
- SELİÇİ, Özer, (1974), “Gayrimenkul Rehninde Boş Dereceye İlerleme Hakkı”. İÜHFM, C. XL, Sayı: 1-4, İstanbul.
- SEROZAN, Rona, (1999), “Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması ve Teminaten Temlik”. Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, (s. 987-1014).
- SEROZAN, Rona, (2006), “Taşınmaz Rehni”. İÜHFM, C. LXIV, Sayı: 2, (s. 301-324).
- SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki, İlkey, (2012), Miras Hukuku. Ankara: 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- SEROZAN, Rona, (2014), Taşınır Eşya Hukuku I. İstanbul: Genişletilmiş 3. Bası, Filiz Kitabevi.
- SEVİĞ, Vedat, Raşit, (1958), Ticari Sahadaki Kanunlar İhtilafı. İstanbul.
- SEVİĞ, Raşit, Vedat, (1997), “Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Yetki Anlaşmasının Ayrıcılığı”. İÜHFM. C: LV, Sayı: 3, (s. 179-190).
- SEVİĞ, V. Raşit/NOMER, Ergin/TEKİNALP, Gülören/SAKMAR, Ata, (1976), Devletler Hususi Hukuku Pratik Çalışmaları. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- SEVİĞ, Vedat Raşit, (1971), Kanunlar İhtilafı. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti.
- SEVİĞ, Vedat, Raşit, (1963), Mirasla İlgili Devletler Hususi Hukuku Kaideleri. İstanbul: Sulhi Garen Matbaası.
- SEVİĞ, Vedat, Raşit, (1971), Türkiye’nin Devletler Hususi Hukuku Düzeni İle İlgili Kanun ve Andlaşmalar. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll. Şti.
- SIMS, Vanessa, (2004), “Good Faith in English Contract Law: Of Triggers and Concentric Cirles”. Ankara Law Review, Vol:1, No:2, , (s. 213- 232).
- SİRMEN, A. Lale, (1990), Alacak Rehni. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- SİRMEN, A. Lale, (1991), “Taşınmaz Satımından Bedelin Düşük Gösterilmesinin Hukuki Sonuçları”. Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan, Konya, (s.305-326).

- SİRMEN, A. Lale, (1992), Türk Özel Hukukunda Şart. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- SİRMEN, A. Lale, (2003), “Yeni Türk Medeni Kanununda Yabancı Para Üzerinden Taşınmaz Rehni Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler”. AÜHFD, C. 52, Sayı: 1, (s. 1-12).
- SİRMEN, A. Lale, (2013), Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınları.
- SİRMEN, Sedat, Kazım, (2005), Hava Araçlarının Tabiiyeti. İstanbul: Vedat Yayıncılık.
- SİRMEN, Sedat, (2014), “Uluslararası Havacılık Davalarında Forum Non Conveniens Doktrinin Uygulanmasında Emsal Karar: Piper Aircraft Co. V. Reyno Davası”. AÜHFD C. 63, Sayı: 1, (s. 199-217).
- SMITH, E. Henry, (2012), “Property As The Law of Things”. Harward Law Review, Vol.125, (s. 1691-1726).
- SMITH, Lionel, (2007), “Security”. English Private Law, Second Edition, Oxford University Press, New York , s. (403-495).
- SORGUCU, Ayhan, (2012), Hava ve Uzay Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi.
- SÖZER, Bülent, (2014), Deniz Ticareti Hukuku. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- STEIN, B. Stanley, “Choice of Law and the Doktrine of Renvoi”. www.lawjournal.mcgill.ca/.../246462-stein.pdf, No: 3, Vol: 17, (s. 581-593).
- STEWART, G. Margaret, “Forum Non Conveniens: A Doctrine in Search of a Role”. California Law Review, Vol: 74, (s.1259-1324).
- STONE, Peter, (2011), “The EU Commission Proposal For A Revised Version of the Brussels I Regulation”. Ankara Law Review, Vol: 8, No: 2, (s. 111-152).
- SUNGURBEY, İsmet, (2003), Medeni Hukukun Temel Sorunları. Ankara: Adalet Yayınevi.
- SURLU, Mehmet, Handan/ ÖZTÜRK, Gülay, (2007), Öğreti ve Uygulama Işığında Açıklamalı- İtihatlı Zorunlu Geçit Hakkı ve Diğer Geçit Hakları. Ankara: Yenilenmiş Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- SURLU, Mehmet, Handan, (2011), Açıklamalı- İtihatlı, Taşınmaz Satış Vaadi. Ankara: Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- SÜPHANDAĞ, Yavuz, (2006), İcra ve İflas Hukukunda Uygulamalar. Ankara: Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Naturel Yayınları.

- SÜRAL, Ceyda, (2012), “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi*”. TBB. Dergisi, Sayı: 100, (s. 167-216).
- SÜRAL, Ceyda, (2010), “*Mahkeme Seçimine İlişkin Anlaşmalar Hakkında Lahey Konvansiyonu*”. Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, Beta Basım, İstanbul (s. 1507-1522).
- SÜRAL, Ceyda, (2007), Avrupa Birliğinde Yabancı Mahkeeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi. İzmir: Güncel Yayınevi.
- SÜRAL, Ceyda, (2015), Uluslararası Özel Hukukta Yabancı Devletlerin Sınırlı Yargı ve İcra Muafiyeti. Ankara: Adalet Yayınevi.
- SWADLING, William, (2007), “*Property: General Principles*”, English Private Law, Second Edition, Oxford University Press, New York, (s. 219-399).
- ŞAFKAK, Esmâ, Elif (2013), “*Üst İrtifakı Üzerinde Birlikte Hak Sahibi Olanlardan Birinin Ölümünün Sonuçlarına İlişkin İsviçre Federal Mahkemesi Kararı*”. Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul (s. 1112-1122).
- ŞANLI, Cemal (1989), “*Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı*”. İBD, C. 63, Sayı: 10-11-12, (s. 637-649).
- ŞANLI, Cemal, (1986), “*Türkiye’deki Gayrimenkullerle İlgili Bir Yabancı Boşanma Kararının Tenfizi*”. MHB Yıl: 6, Sayı: 1, (s. 40-45).
- ŞANLI, Cemal, (1986), “*Trust’a ve Trust’ın Tanınmasına Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyon*”. MHB, Yıl: 6, Sayı:1, (s. 24-29).
- ŞANLI, Cemal, (1992), Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları.
- ŞANLI, Cemal, (2013), Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları. İstanbul: Beşinci Baskı, Beta Basım.
- ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre/ATAMAN-FİĞANMEŞE, İnci, (2014), Milletlerarası Özel Hukuk. İstanbul: 3. Bası, Vedat Kitapçılık.
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN- FİĞANMEŞE, İnci, (2013), Milletlerarası Özel Hukuk. İstanbul: 1. Bası, Vedat Kitapçılık.
- ŞANLI, Cemal, (2002), “*Konışmantonun Devri, Alacağın Temliki ve Perdeyi Kaldırma Teorisi*” Uygulamasında Sözleşmede Yer Alan Tahkim Şartının Konışmentoyu Devralan, Alacağı Temellük Eden ve Perdenin Arkasında Kalan Bakımından Geçerliliği Sorunu”, MHB, Yıl: 22, Sayı: 2, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, (s. 773-789).

ŞENGÜL, Mehmet, (2004), 4650 sayılı Kanun Değişikliği Çerçevesinde Tapuya Kayıtlı Olmayan Taşınmazların Kamulaştırılması. İstanbul: Legal Yayınevi.

ŞENGÜL, Mehmet, (2013), Tapu Sicilinin Aleniyeti. Ankara: Adalet Yayınevi.

ŞENSÖZ, Ebru (2009) “27.11.2007 Tarihli ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:8, Sayı: 16, (s. 173-211).

ŞENSÖZ, Ebru (2012), Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması. İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi.

ŞENSÖZ, Ebru / SERMET, Begüm (2011), “Fransız Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”. Galatarsaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1/2011, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, (s. 653-690).

ŞİPKA, Şükran, (1996), “Yargıtay Kararları Doğrultusunda Taşınmazdaki Değer Artışlarının Kanuni Önalım (Şufa) Bedeline Yansıtılması”. Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No: 20, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, (s. 31-39).

ŞİMŞEK, Suat, (2014), “Kamu Mallarının Özel Mülkiyete Konu Olmaması İlkesinin Mülkiyet Hukukuna Yansımaları”. Sayıştay Dergisi, Sayı: 92, (s. 93-115).

ŞİPKA, Şükran, (2004). Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK m. 194). İstanbul: Beta Basım.

ŞİT, Banu, (2011), “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”, GÜHFD, C. XV, Sayı: 1, (s. 61-74).

TAMAN-ŞİPKA, Şükran, (1994), Türk Hukukunda Kanunî Önalım (Şuf’a) Hakkı. İstanbul: Alfa Basım.

TAN, Mine, (2005), Diplomatik Tenmsilcinin Yargı Bağımsızlığı. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

TAN-DEHMEN, Mine, (2013), “Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalar Bakımından 5718 Sayılı MÖHUK’ta Kabul Edilen Yetki Kuralı”. MHB, Yıl: 33, Sayı: 1, (s.169-211).

TANG, Zheng Sophia, (2012), “Conflicts of Jurisdiction And Party Autonomy in Europe”. Netherlands International Law Review, Vol: 59, Issue: 03, (s. 321 – 359).

- TANÖR, Bülent, (1994), Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu. İstanbul: Genişletilmiş 3. Baskı.
- TANRIBİLİR, Feriha Bilge, (2000), Kanunî Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı. Ankara: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Basımevi.
- TANRIBİLİR, Feriha, Bilge, (2010), “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine” TBB Dergisi, Sayı: 87, (s. 195-227).
- TANRIVER, Süha, (2012), “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2012/99, (s. 15-34).
- TANRIVER, Süha, (2013), “Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013/104, (Tabii Hakim İlkesi), (s.10-35).
- TANIRVER, Süha, (2015), “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler”, DÜHFD, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcaniteze'e Armağan, (s. 459-468).
- TANRIVER, Süha, (2007), Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı. Ankara: Adalet Yayınevi.
- TARMAN, Zeynep, Derya, (2015), Viyana Satım Antlaşmasını Uygulamak veya Uygulamamak (CISG'in Uygulama Alanı). İstanbul: Beta Basım.
- TAŞ-KORKMAZ, (2013), “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”. Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, İzmir C. II, Prof. Dr. Aydın Zevklier'e Armağan, (s. 1753-1818).
- TEKİL, Fehiman (1973), Navlun Mukaveleleri.
- TEKİNALP, Gülören, (1967), “Türk Devletler Hususi Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkının Doğuşu ve Buna İlişkin Problemler”. BATIDER, C. IV, (s. 230-254).
- TEKİNALP, Gülören, (1967), Türk Devletler Hususi Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı. İstanbul: Cezaevi Matbaası.
- TEKİNALP, Gülören (1973), “Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı”. İÜHFD 50. Yıl Armağanı, Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul (s. 551-579).
- TEKİNALP, Gülören, (1979), “Kişisel Statü- Milli Hukuk-İkâmetgah Hukuku- Eğilimler-Düşünceler”. Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan, İstanbul, (s. 889-912).

- TEKİNALP, Gülören, (1990), “Avrupa Milletlerarası Medeni Usul Hukuku ve Heidelberg Sempozyumu”. MHB, Yıl: 10, Sayı: 1 - 2, (s. 179-190), (Heidelberg Sempozyumu).
- TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal, (2000), “*The Most Recent Case-Law on the Subject of Jurisdiction Agreements by the Assembly of the Civil Chamber of the Turkish Supreme Court of Appeals*”. Private Law in the International Arena, T.M.C. Asser Press, The Netherlands (s. 763-773).
- TEKİNALP, Gülören, (2001), “*Milletlerarası Özel Hukukta Ortaklıkların Merkezi Kriter ve AT Hukuku ve MÖHUK*”. Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul (s. 909- 921).
- TEKİNALP, Gülören, (2003), Türk Yabancılar Hukuku. İstanbul: Yenilenmiş 8. Bası, Beta Basım.
- TEKİNALP, Gülören/ UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, (2011), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları. İstanbul: Genişletilmiş 11. Bası, Vedat Kitapçılık.
- TEKİNALP, Gülören / NOMER, Ergin / ODMAN - BOZTOSUN, Ayşe, (2012), Private International Law in Turkey. Hollanda: Wolters Kluwer, Law &Business.
- TEKİNALP, Gülören / TEKİNALP, Ünal, (2000), Avrupa Birliği Hukuku. İstanbul, Beta Basım.
- TEKİNALP, Ünal (2009), Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi,(1993), “*Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Yapılan Satışlar Hakkında Bazı Düşünceler*”. Bursa Barosu Dergisi, Yıl: 17, Sayı: 44, Temmuz (s. 4-15).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, (1985), Borçlar Hukuku. İstanbul: Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Fakülteler Matbaası, (Borçlar Hukuku).
- TEKİNAY, Sulhi Selahattin, (1987), Medeni Hukuka Giriş Dersleri. İstanbul: Beşinci Bası, Filiz Kitabevi.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, (1988), Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- TEKİNAY, Selahattin, Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay (1989), Eşya Hukuku, C. I, Zilyetlik-Tapu Sicili-Mülkiyet. İstanbul: Yeniden İncelenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, Filiz Kitabevi.

- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay, (1993), Borçlar Hukuku. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- TEKİNAY, Selahattin, Sulhi, (1994), Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- TERHECHTE Jörg Philipp, (2013), " Article 13", *The United Nations Conventions on Jurisdictional Immunities of State and Their Property A Commentary*" Eds. Roger O'Keefe / Christian J. Tams, Oxford University Press, (s. 225-232).
- TETTLEY, Q C, William, (2005), "*Jurisdiction Clauses and Forum Non Conveniens in the Carriage of Goods by Sea*", Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law, Kluwer Law International, The Netherlands, (s. 186-217).
- TEZEL, Ergün, (1989), Taşınmaz Mal Zilyetliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Yolları ve Mülki İdare Amirlerinin Tahliye Yetkileri. Ankara: Maya Matbaacılık.
- TİMUR, Hıfzı, (1942), Devletler Hususi Hukukunda Amme İntizamı. İstanbul.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, "*Multiple Citizenship and its Consequences in Turkish Law*", Ankara Law Review, Vol.3 No.1, (s. 1-16).
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin, (1996), Yabancı Boşanma Kararlarının Tanınması ve Tenfizi. Ankara.
- TOK, Türker, (2000), Devre Mülk ve Devre Tatil. Ankara: Adi Basım.
- TOLUNER, Sevim, (1989), Milletlerarası Hukuk Dersleri-Devletin Yetkisi (Yer ve Kişiler Bakımından Çevresel ve Niteliği). İstanbul: 4. Baskı.
- TUĞRUL, Saim/ATALAY, İbrahim, Orkun, (2004), "*Mülkiyet Hakkının İşlevleri ve Sınırları*". Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, Sayı: 3, İstanbul, (s. 49-77).
- TUNÇOMAĞ, Kenan, (1961), "*İkametgah*", Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XXVI, Sayı: 1-4, (s. 153-184).
- TURHAN, Turgut, (1977), "*Davacının veya Davaya Katılanın Teminat Gösterme Yükümlülüğü*". Prof. Dr. Osman Fazıl Berki'ye Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 411, (s. 853-905).
- TURHAN, Turgut, (1997), Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.

- TUTUMLU, Akif, Mehmet, (2001), Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması. Ankara: Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, (2012), “*Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü*”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Sayı: 2, (s. 183-223).
- TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, (2013), “*Türk Vatandaşlığından Çıkma ve 6304 Sayılı Kanun Kapsamında Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (Yeni “Mavi Kart” Uygulaması)*”. DÜHFD, C. 13, Sayı: 2, (s. 153-194).
- TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, (2015) “*Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Yabancı Yargı Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*”, DÜHFD, C.16, Özel Sayı: 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, C.2, (s. 1525-1551).
- TZOUGANATOS, Dimitris , (1986), “*Private International Law as a Means to Control the Multinational Enterprise*”. Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 19, (s. 477-514).
- ULUKAPI, Ömer, (2014), Medenî Usûl Hukuku. Konya: 2. Baskı, Mimoza Yayıncılık.
- ULUOCAK, Nihal, (1978), “*Miras Hukuku ve Eşya Hukukuna İlişkin Bağlama Kuralları*”. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1978, (s.138-164).
- ULUOCAK, Nihal, (1989), Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- ULUOCAK, Nihal, (1994), “*Çalıntı Kültür Varlıklarının İadesine İlişkin Bazı Mahkeme Kararları*”, MHB, Yıl: 14, Sayı: 1-2, (s. 137-146).
- UMAR, Bilge, (2006), “*Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’na Katkı*”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 67, (s. 121-162).
- UMAR, Bilge, (2014), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi. Ankara: 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık.
- UMAR, Bilge/ÇİLİNGİROĞLU, Altan, (1990), Eski Eserler Hukuku. Ankara.
- UNDERKUFFLER, Laura S. (2005), The Idea Of Property. New York: Oxford University Press.

- UYANIK, Ayfer, (1994), Türk Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- UYANIK-ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, (2011), “*Bireysel İş İhtilaflarında Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi*”. İş dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul (s. 959-990).
- ÜLGENER, M. Fehmi, (2013), “*Konişmentosuz Yük Teslimi*”. İBD, Ocak- Şubat C. 87, Sayı: 2013, , (s. 39-43).
- ÜLGENER, M. Fehmi, (2000), Çarter Sözleşmeleri -I- Genel Hükümler Sefer Çarteri Sözleşmesi. İstanbul: Der Yayınları No: 251.
- ÜNAL, Mehmet, (2009), “*Sınırlı Ayni Haklar Arasında Sıra Düzeni*”. Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara: Seçkin Yayıncılık, (s. 735-753).
- ÜNAL, Mehmet, (1998), Türk Medeni Hukukunda Yapı (Üst) Hakkı. Ankara.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, (1961), “*Medeni Usul Hukukunda Salâhiyet Anlaşmaları*”. İÜHFM, C. 27, Sayı: 1-4, (s. 310-339).
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, (2000), Medeni Yargılama Hukuku. İstanbul: 7. Bası, Nesil Matbaacılık.
- VARDAR-HAMAMCIOĞLU, Gülşah, (2009), Türk Medeni Kanunu’na Göre Yerleşim Yeri. İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- VARDAR-HAMAMCIOĞLU, Gülşah, (2014), Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi. İstanbul: XII Levha Yayıncılık.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı, Veldet/ESMER, Galip, (1956), Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicili Tatbikatı. İstanbul: 2. Bası.
- Von TUHR, Andreas, (1983), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2. Ankara: Çeviren Cevat Edege.
- WATSON- HAMILTON, Jonette/BANKES, Nigel, (2010), “*Different View of The Cathedral: The Literature on Property Law Theory*”. Edited By, AILEEN, McHarg/BARTON, Barry/BRANDBROOK, Adrian/GODDEN, Lee, Property and the Law in Energy and Natural Resources, Oxford University Press, New York (s. 19-59).
- WAUTELET, Patrick, (2005), “*Le Nouveau Droit International Privé Belge*” Financier / Droit Bancaire Et Financier 2005/II, (s. 111-134).

- WILD, Charles,(2003), Conflict of Laws, 150 Leading Cases. London: Old Bailey Press (b).
- WILD, Charles, (2003), Conflict of Laws, Revision Workbook. London: Second Edition (a).
- YANG, Xiaadong, (2013), State Immunity in International Law. London: Old University Press.
- YARDIMCI, Emre, Taner (2013), Brüksel (I) Tüzüğü Işığında Yetki Anlaşmaları. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ ÖZEN, Burak, (2014), Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler. İstanbul: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, Beta Basım.
- YEŞİLOVA, Ecehan, (2006), Konişmentonun İspat İşlevi. İzmirÇ Güncel Yayınevi.
- YILMAZ, Ejder, (2011), “*Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdikleri*”. Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, (s. 213-253).
- YILMAZ, Ejder, “*Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Getirilen Değişiklikler*”, www.aydinbarosu.org.tr/dosyalar/hmkyenilikler.pdf , (s. 1-40) (Erşimim tarihi: 10.01.2015).
- YILMAZ, Ejder, (2013), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi. Ankara: Değiştirilmiş 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık.
- YILMAZ, Mehmet, (2007), Mahkemelerin Kamu Düzenine İlişkin Yetkisi. Ankara: Adalet Yayınevi.
- ZELIG, M. Joshua, (2005), “*Cultural Property in Iraq*”. Brooklyn Journal of International Law, Volume 31, Number: 1, (s. 289-323).
- ZELLER, Bruno, (2009), Damages Under The Convention on Contracts For The International Sale of Goods. New York: Oxford University Press.
- ZEVKLİER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre, (2012), Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: 12. Bası, Turhan Kitabevi.
- ZEYTİN, Zafer, (2015), Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku-CISG. Ankara: 2. Baskı, Seçkin Yayınevi.
- ZHANG, Mo, (2006), “*Choice of Law in Contracts: A Chinese Approach*”, Northwestern Journal of International Law and Business, Volume: 26, Issue: 2, (s. 289-334).

ZIEGIER von Alexander / RONOE, Jette H./DEBATTISTA, Charles/ PLÉGAT-KERRAULT, Odile (1999), Transfer of Ownership in International Trade, Kluwer Law International.



ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Doğum Tarihi : 15.10.1985
Doğum Yeri : İstanbul
Medeni Hali : Evli
Cinsiyet : Kadın
Mail Adresi : merveacun@hotmail.com

EĞİTİM BİLGİLERİ

2011-2015 Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Programı (ders aşaması birincilikte (3.95 ortalama) bitirilmiş, 12.11.2015 tarihinde doktora tezi savunulmuş ve oybirliği ile başarılı bulunmuştur.

2009-2011 Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı (ders aşaması birincilikte (4.00 ortalama) bitirilmiş, 25.05.2011 yılında yüksek lisans tezi savunulmuş ve oybirliği ile başarılı bulunmuştur)

2003-2007 Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi (yüzde 10'luk dilimde mezun olunmuştur)

İŞ DENEYİMİ

15.12.2010- Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi

YABANCI DİL BİLGİSİ

İngilizce Okuma: İyi, Yazma: İyi Konuşma: İyi

BİLGİSAYAR BİLGİSİ

* MS Office

YAYIN BİLGİLERİ

A- KİTAPLAR

- 1- Merve Acun Mekengeç: **Milletlerarası Özel Hukukta Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmeleri**, Ocak 2014, XII Levha Yayıncılık.

B- HAKEMLİ MAKALELER

- 1- Merve Acun: “*Yabancılık Unsuru Taşıyan Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmelerinde Yetkili Mahkeme*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 1
- 2- Merve Acun Mekengeç: “*Ahıska Türklerinin Türk Vatandaşlığına Alınması ve Türkiye’deki Çalışma Hakları*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2014, Cilt: 20, Sayı: 2.
- 3- Merve Acun Mekengeç: “*5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Kapsamında Atıf (Renvoi) Prensiplerinin Uygulanması*”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XVII, Sayı: 3-4, Aralık 2013.