

Doktora Tezi

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA YABANCILIK UNSURU VE SONUÇLARI

ERSİN ERDOĞAN

Hukuk Bölümü

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ankara

Mayıs 2015

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA YABANCILIK UNSURU VE SONUÇLARI

ERSİN ERDOĞAN

Özel Hukuk Disiplininde Doktora Derecesi Kazanma
Yükümlülüklerinin Parçasıdır

Hukuk Bölümü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ankara

Mayıs 2015

Bütün hakları saklıdır.

Kaynak göstermek koşuluyla alıntı ve gönderme yapılabilir.

© Ersin Erdoğan

Her daim dürüstlüğü ve emanet aldığı işi en iyi şekilde yapmayı telkin eden babama,
Vicdanı ve merhameti öğrendiğim anneme,

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Özel Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Doç. Dr. Murat Atalı
Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Özel Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Muhammet Özekes
Tez Jürisi Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Özel Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu
Tez Jürisi Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Özel Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar
Tez Jürisi Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Özel Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Doç. Dr. Musa Aygül
Tez Jürisi Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün onayı

Prof. Dr. Erdal Erel
Enstitü Müdürü

ÖZET

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA YABANCILIK UNSURU VE SONUÇLARI

Erdoğan, Ersin

Doktora, Hukuk Bölümü

Tez Yöneticisi: Doç. Dr. Murat ATALI

Mayıs 2015

Bu çalışmada, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların mahkeme önünde incelenmesi sırasında, usûl hukuku meselelerine hangi ülke hukukunun uygulanacağı incelenmiştir. Bu çerçevede yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği, *lex fori* prensibinin dogmatik temeli ele alınmıştır. Özel bölümde ise münferit usûl hukuku kavram ve kurumları açısından uygulanacak hukuk tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Lex fori, Usûl hukuku, Uygulanacak hukuk, Yabancılık unsuru

ABSTRACT

Foreign Element and Its Results in Civil Procedure

Erdoğan, Ersin

Ph.D., Department of Law

Supervisor: Doç. Dr. Murat ATALI

May 2015

This thesis dealt with foreign element and its results in Civil Procedure. In this context, first, foreign element is defined, and then qualification issue is analyzed. In addition, dogmatic justification of *lex fori* principle is examined. Finally, the results of the foreign element in each procedural term and institution is examined. Specifically the applicable law for concrete cases is analyzed.

Keywords: Lex fori, Civil procedure, Applicable law, Foreign element

TEŞEKKÜR

Tez danışmanım, kıymetli hocam, büyüğüm, mürşidim, abim Doç.Dr. Murat Atalı'ya, çalışma konumun belirlenmesi ve tezin yazımı sürecinde değer biçilemez katkı ve yönlendirmeleri için sonsuz şükranlarımı sunarım. Yine tez savunma jürimde yer alan ve kıymetli eleştirileri ile tezin daha nitelikli bir hale gelmesini sağlayan Prof. Dr. Muhammet Özeker'e, Prof. Dr. Osman Berat Gürzumar'a, Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu'na ve Doç. Dr. Musa Aygöl'e teşekkür ederim. Bu çalışmanın, bu hale gelmesinde ciddi etkisi olan Alman ve İsviçre literatürünü araştırmama maddi katkı sağlayan TÜBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Daire Başkanlığına ve konukseverliği sebebiyle, bana kürsüsünü ve kütüphanesini açan Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker'e teşekkür ederim. Çalışmanın ortaya çıkması sürecinde, en çok manevi desteği sağlayan, kendisi ile geçireceğim kıymetli zamandan fedakarlık yapan, hayat arkadaşım,yoldaşım, meslektaşım, eşim Canan Erdoğan'a, destek ve paha biçilemez fedakarlıkları için sevgilerin ve teşekkürlerin en büyüğünü sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	III
ABSTRACT.....	IV
TEŞEKKÜR.....	V
İÇİNDEKİLER	VI
KISALTMALAR	X
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: TEMEL KAVRAMLAR VE LEX FORI PRENSİBİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER	7
1. Yabancılık Unsuru	7
A. Genel Olarak	7
B. Kavram.....	8
C. Yabancılık Unsurunun Salt Tarafların Hukuk Seçimi ile Sağlanması Tartışması.....	16
2. Vasıflandırma Meselesi ve Ön Sorun	23
A. Genel Olarak	23
B. Maddi Hukuk Kuralı-Usûl Hukuku Kuralı Ayrımının Gerekliği	24
C. Maddi Hukuk Kuralı-Usûl Hukuku Kuralı Ayrımı.....	31
I. Genel Olarak.....	31
II. Vasıflandırma Statüsüne İlişkin Teoriler.....	37
1. <i>Lex fori</i> 'ye Göre Vasıflandırma	37
2. <i>Lex causae</i> 'ya Göre Vasıflandırma.....	39
3. Karşılaştırmalı Hukuka Göre (Otonom) Vasıflandırma.....	41
4. İşlevsel Vasıflandırma (Milletlerarası Özel Hukuk Adaletine Göre Vasıflandırma).....	43
5. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	44
III. Maddi Hukuk Kuralı-Usûl Hukuku Kuralı Ayrımına İlişkin Ölçütler	47
1. Genel Olarak	47
2. Kıta Avrupası Hukuku Açısından Maddi Hukuk Kuralı-Usûl Hukuku Kuralı Ayrımına İlişkin Ölçütler	48
3. Anglo-Sakson Hukuku Açısından Maddi Hukuk Kuralı-Usûl Hukuku Kuralı Ayrımına İlişkin Ölçütler	54
4. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	59
D. Ön Sorun	63
3. <i>Lex Fori</i> Prensibinin Dogmatik Temelleri	66
A. Genel Olarak	66
B. Pratik Kaygılar ve Yargılamanın Öngörülebilirliği	68
I. Konuya İlişkin Görüşler	68

II. Görüşlerin Değerlendirilmesi	72
C. Devletin Egemenlik Yetkisine Müdahale ve Mülklik Prensibi	75
I. Genel Olarak.....	75
II. Egemenlik Yetkisi ve Mülklik Prensibi ile <i>Lex Fori</i> Prensibinin İzahı ...	76
III. Görüşlerin Değerlendirilmesi	79
D. Usûl Hukukunun Kamusal Karakteri.....	81
I. Genel Olarak.....	81
II. Usûl Hukukunun Kamusal Karakteri ile <i>Lex Fori</i> Prensibinin İzahı	81
III. Görüşlerin Değerlendirilmesi	82
E. Kamu Düzeni ve <i>Lex Fori</i> Prensibi.....	84
I. Genel Olarak.....	84
II. <i>Lex Fori</i> Prensibinin Kamu Düzeni ile İzahına İlişkin Görüşler.....	86
III. Görüşlerin Değerlendirilmesi	87
F. En Sıkı İlişkili Hukuk Düşüncesi ile <i>Lex Fori</i> Prensibinin İzahı.....	89
I. Genel Olarak.....	89
II. <i>Lex Fori</i> Prensibinin En Sıkı İlişkili Hukuk ile İzahına İlişkin Görüşler..	89
III. Görüşlerin Değerlendirilmesi	90
G. Hukukun İktisadi Analizi Düşüncesi Çerçevesinde <i>Lex Fori</i> Prensibinin İzahı	91
I. Genel Olarak.....	91
II. Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Usûl Hukuku Meselelerine Uygulanacak Hukuk.....	93
III. Görüşümüz	94
H. Saf/Pür Usûl Hukuku Normları - Maddi Hukukla İlişkili Usûl Hukuku Normları Ayrımı Düşüncesi.....	96
I. Değerlendirme ve Ara Sonuç.....	97
İKİNCİ BÖLÜM:YARGILAMAYA İLİŞKİN KAVRAM VE KURUMLARIN LEX FORI PRENSIBİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ.....	101
Genel Olarak	101
1. Mahkemeye İlişkin Kavram ve Kurumlar Bakımından <i>Lex Fori</i> Prensibinin Değerlendirilmesi.....	103
A. Mahkemelerin Kuruluşu ve Yapısı	103
B. Yargı Hakkı.....	104
I. Genel Olarak.....	104
II. Yargı Hakkının Sınırları	105
III. Yargı Hakkı Bulunmamasının Sonucu	117
C. Görev Kuralları	118
D. Milletlerarası Yetki	119
I. Genel Olarak.....	119
II. Milletlerarası Yetki Sözleşmeleri Bakımından Uygulanacak Hukuk Sorunu	123
1. Genel Olarak	123
2. Hukukî Niteliği ve Vasıflandırma.....	125
3. Uygulanacak Hukuka İlişkin Görüşler.....	127
4. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	130
2. Taraflara İlişkin Kavram ve Kurumlar Bakımından <i>Lex Fori</i> Prensibinin Değerlendirilmesi.....	136
A. Yabancı Tarafın Ehliyet ve Temsili	136
I. Genel Olarak.....	136
II. Taraf Kavramı.....	136

III. Taraf Ehliyeti	137
1. Genel Olarak	137
2. Gerçek Kişiler ve Tüzel Kişiliği Olmayan Topuluklar Bakımından Soruna İlişkin Görüşler	138
3. Tüzel Kişiler Bakımından İleri Sürülen Görüşler	141
a. Tüzel Kişilerin Hak Ehliyeti	141
b. Tüzel Kişi Yabancıнын Taraf Ehliyeti	143
4. Görüşümüz	143
IV. Dava Ehliyeti	145
V. Yabancı Tarafın Dava Takip Yetkisi	147
VI. Davaya Vekalet Ehliyeti (İradi Temsil)	149
B. Taraf Değişikliği	153
3. Yargılamanın Yürütülmesine İlişkin Kavram ve Kurumlar Bakımından <i>Lex Fori</i> Prensibinin Değerlendirilmesi	155
A. Teminat	155
I. Genel Olarak	155
II. Türk Hukukundaki Teminata İlişkin Düzenlemeler	158
B. Adli Yardım	166
I. Genel olarak	166
II. Türk Hukukundaki Durum	168
C. Milletlerarası Derdestlik (<i>Lis Alibi Pendens</i>)	172
I. Genel Olarak	172
II. Kavram	173
III. Avrupa Birliği Düzenlemeleri-Brüksel I Tüzüğü	176
IV. Kıta Avrupası Millî Hukuklarının Milletlerarası Derdestlik Yaklaşımı ..	178
V. Anglo-Sakson Hukukunda Milletlerarası Derdestlik Yaklaşımı	183
VI. Türk Hukukunda İleri Sürülen Görüşler	186
VII. Görüşümüz	190
D. Hukukî Korunma ve Dava Türleri	201
E. Yargılamanın Dili	202
F. Mahkemece Hükmedilecek Para Birimi	210
I. Genel Olarak	210
II. Anglo-Sakson Hukuku Yaklaşımı	211
III. Kıta Avrupası ve Türk Hukukundaki Yaklaşım	212
4. İspat Kavram ve Kurumları Bakımından <i>Lex Fori</i> Prensibinin Değerlendirilmesi ...	216
A. Genel Olarak İspat Hukuku Açısından Uygulanacak Hukuk Sorunu	216
B. İspatın Konusu, İkrar Edilmiş ve Herkesçe Bilinen Vakıalar	217
C. İspat Ölçüsü ve Uygulanacak Hukuk Sorunu	221
I. Genel Olarak	221
II. İspat Ölçüsünün Belirlenmesine İlişkin Teoriler	222
1. Subjektif İspat Ölçüsü Teorisi	222
2. Objektif İspat Ölçüsü Teorisi	223
3. Objektifleştirilmiş İspat Ölçüsü Teorisi	224
4. Ara Sonuç	224
III. İspat Edilmiş Kabul Edilme Açısından Ulaşılan Gerçekliğin/Olasılığın Derecesi	225
IV. Uygulanacak Hukuk Sorununun Tespiti	228
V. Soruna İlişkin Görüşler	229
VI. Görüşümüz	232

D. İspat Yükü ve Uygulanacak Hukuk Sorunu.....	237
I. Genel Olarak.....	237
II. Kavram	242
III. İspatsızlık Halinde Hukukun Uygulanmasında Ortaya Çıkan Zorluk.....	245
IV. İspat Yükünün Hukukî Mahiyeti ve Vasıflandırma Tartışması.....	248
1. Konuya İlişkin Görüşler	248
2. Görüşümüz	251
V. İspat Yükü Sorununa Uygulanacak Hukuk	256
1. Genel Olarak	256
2. Konuya İlişkin Milletlerarası Düzenlemeler, Görüşler ve Değerlendirmemiz.....	256
VI. Sonuç	260
E. Delil İkame Yükü ve Uygulanacak Hukuk Sorunu	260
I. Genel Olarak.....	260
II. Soyut Delil İkame Yükü	262
III. Somut Delil İkame Yükü	264
IV. Delil İkame Yükü Bağlamında Uygulanacak Hukuk	265
F. İspat Araçları (Deliller)	268
I. İspat Araçlarının Mahkemeye Getirilmesi ve İncelenmesi Usûlü.....	269
II. Kabul Edilebilir İspat Araçları ve Uygulanacak Hukuk.....	272
1. Genel Olarak	272
2. “Tanıkla İspat Yasağı” ve Uygulanacak Hukuk Bağlamında Görüşler.....	272
3. Avrupa Birliği’ndeki Düzenlemeler.....	275
4. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku Açısından Uygulanacak Hukuk.....	276
III. Delil Sözleşmeleri	280
5. Yargılamaya Son Veren Taraf Usûl İşlemleri Bakımından <i>Lex Fori</i> Prensiplerinin Değerlendirilmesi.....	282
A. Genel Olarak	282
B. Hukukî Nitelikleri	283
C. Uygulanacak Hukuk.....	284
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: EXKURS: ZAMANAŞIMI VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE	288
A. Genel Olarak	288
B. Anglo-Sakson Hukukundaki Durum.....	289
C. Yurtdışında Açılan Davanın Zamanaşımını Kesmesi	291
SONUÇ	300
BİBLİYOGRAFYA	311

KISALTMALAR

ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
A.C.	: Law Reports: Appeal Cases
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AJIL	: The American Journal of International Law
Am. Jur.	: American Jurisprudence
ArchVR	: Archiv des Völkerrechts
Art.	: Artikel
aşa.	: Aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AWD	: Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BAG	: Bundesarbeitsgericht
Bd.	: Band
BerDGVR	: Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BGH	: Bundesgerichtshof
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CarswellOnt.	: Carswell Ontario Cases (Canada)
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
DRG	: Deutsches Reichgericht
E.	: Esas
EJIL	: European Journal of International Law
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

FS	: Festschrift
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HKEC	: Hong Kong Electronic Citation
HKLR	: Hong Kong Law Reports
ICLQ	: International and Comparative Law Quarterly
IPRax	: Internationalen Privat- und. Verfahrensrechts
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFMD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Jura	: Juristische Ausbildung
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
MelbJIL	: Melbourne Journal of International Law
Melb. U:	: Melbourne University
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
NATO	: Kuzey Atlantik Antlaşması
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OLG	: Oberlandesgericht
RabelsZ	: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG	: Resmî Gazete
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiW	: Recht der internationalen Wirtschaft
RLR	: Ritsumeikan Law Review
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SJZ	: Schweizerische Juristen-Zeitung
SOFA	: Status of Forces Agreement
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
UCLA	: University of California, Los Angeles
Urt.	: Urteil

W.L.R.	: Weekly Law Reports
WM	: Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
vd.	: ve devamı
VO	: Verordnung
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	: Yukarıda
ZaöRV	: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZRP	: Zeitschrift für Rechtspolitik
ZS	: Zivilsenat
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	: Zeitschrift für Zivilprozess International

GİRİŞ

Kanunların millî sınırları gün geçtikçe önemini kaybetmektedir. Toplumsal ve ekonomik ilişkilerin milletlerarası boyut kazanmasıyla birlikte yasal bağlar da gelişmiştir. Bu çerçevede millî maddi ve usûlî hukuk normları pek çok ikili veya çok taraflı anlaşmayla sınırlanmış yahut ortadan kaldırılmıştır.

Tarihsel açıdan bakıldığında bu noktaya kolay gelinmemiştir. Kabilelerin hüküm sürdüğü ilkel dönemlerde, şahsılık ilkesi geniş anlamda uygulanmıştır¹. Ulaşım ve iletişim imkanlarının gelişmediği bu safhada, birden fazla hukuk düzenini ilgilendiren uyuşmazlıklarla çok sık karşılaşılmamış, mahkemeler genel olarak hem olayın esasına hem de usûle buldukları devletlerdeki hukuk kurallarını uygulamıştır².

Roma hukuku ilk başta *ius civile* idi, yani yalnızca Roma vatandaşlarına uygulanmaktaydı ve yabancıların hiçbir hakkı yoktu³. Ancak, Roma

¹ **v. Craushaar**, Götz, Die internationalrechtliche Anwendbarkeit deutscher Prozessnormen, Freiburg 1961, s. 20.

² **Raape**, Leo/**Sturm**, Fritz, Internationales Privatrecht, Münih 1977, s. 404; **Heldrich**, Andreas, Internationales Zuständigkeit und anwendbares Recht, Münih 1969, s. 1; **v. Craushaar**, s. 20.

³ **Tahiroğlu**, Bülent/**Erdoğan**, Belgin, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, s. 125-126; **Doğan**, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2013, s. 140; **Rauscher**, Thomas, Internationales Privatrecht mit internationalem Zivilverfahrensrecht, Heidelberg 2012, s. 7; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2010, s. 48; **Posch**, Willibald, Bürgerliches Recht: Internationales Privatrecht, C. VII, Viyana 2010, s. 11; **Emiroğlu**, Haluk, Ius Gentium: Kavimler Hukuku, İstanbul 2007, s. 29; **Kropholler**, Jan, Internationales Privatrecht, Tübingen 2006, s. 11;

İmparatorluğu'nun Cumhuriyet döneminde ekonomik bağlantıların gelişmesiyle beraber, yabancılar için özel mahkemeler kurulmaya başlamıştır⁴.

Benzer şekilde Antik Yunan'da da **Demosthenes** ve **Isokrates**, farklı şehir devletlerindeki farklı düzenlemelere rağmen, birden fazla şehir devletini birlikte ilgilendiren uyuşmazlıklar açısından ortak bir sonuç bulmaya çalışmıştır⁵. Milattan önce 1'inci yüzyıla ait Efes ve Sardes şehir devletleri arasında imzalanmış ve haksız fiilden doğan tazminat davalarında, failin devleti hukukunun yetkili olacağına dair sözleşmeye rastlanmıştır⁶.

Modern anlamda kanunlar ihtilâfı ilk defa kuzey İtalya'da ortaya çıkmıştır⁷.

Uyuşmazlıkların yöresel boyutun bir adım önüne geçmesiyle yabancılaşma ilişkin durum, bir sorun olarak ele alınmaya başlamış, 1200 yılına doğru Bologna'da

Aldricus isimli bir *doctores* böyle bir halde hâkimin daha etkin ve yararlı olan hukuku uygulaması gerektiğini belirtmiştir⁸. 13'üncü yüzyılın ortalarında **Balduini** *litis ordinatória* ve *litis decisoria* ayrımını yapmış ve ikincisini *lex causae*'ya tabi tutmuştur⁹. Ayrıca yine 13'üncü ve 14'üncü yüzyılda *glossatorlar* ve *postglossatorlar* statü¹⁰ teorisini oluşturarak milletlerarası özel hukukun temelini

Karadeniz-Çelebican, Özcan, Roma Hukuku, Ankara 2006, s. 59; **Kegel**, Gerhard/**Schurig**, Klaus, Internationales Privatrecht, München 2004, s. 163; **v. Bar**, Christian/**Mankowski**, Peter, Internationales Privatrecht, C. I, Münih 2003, s. 24; **Borkowski**, Andrew, Textbook on Roman Law, London 2001, s. 87; **Umur**, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999, s. 93; **Göger**, Erdoğan, Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı, Ankara 1968, s. 20; **Di Marzo**, Salvatore, Roma Hukuku, çev. **Umur**, Ziya, İstanbul 1954, s. 24-25; **Buckland**, William W., A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1950, s. 53.

⁴ *Recuperatores* ve *praetor peregrinus* milattan önce 242 yılında ilk defa Romalı ile yabancıları birbirinden ayırmıştır. **Posch**, s. 11; **Borkowski**, s. 32; **Raape/Sturm**, s. 404; **Yntema**, Hessel E., "The Historic Bases of Private International Law", The American Journal of Comparative Law 1953/2, s. 300.

⁵ **Raape/Sturm**, s. 404.

⁶ **Heldrich**, Zustaendigkeit, s. 2.

⁷ **Doğan**, MÖH, s. 140; **Çelikel/Erdem**, s. 48-49; **Nomer**, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2015, s. 50; **Kegel/Schurig**, s. 164.

⁸ **Kegel/Schurig**, s. 167; **Yntema**, s. 302.

⁹ **Carlier**, Peggy, L'Utilisation De La Lex Fori Dans La Résolution Des Conlicts de Lois, Lille II 2008, s. 36-37; **Neumeyer**, Karl, "Der Beweis im internationalen Privatrecht", RabelsZ 1979, s. 227.

¹⁰ Statü kavramı, köken itibariyle dönemin İtalyan şehir devletlerinin yasalarını ifade eder. **Nussbaum**, Arthur, Grundzüge des internationalen Privatrechts, Berlin 1952, s. 11.

atmışlardır¹¹. Fakat bu dönemlerde hâlâ bir ülkenin bir başka ülke kanun koyucusu tarafından hazırlanan düzenlemeleri uygulamasına, egemenlik alanının ülkesel sınırları dayanak gösterilerek karşı çıkmıştır¹².

Sanayi devriminden sonra ise, seri üretime başlanması ve üretimde çeşitliliğin ortaya çıkması, global ekonomiden söz edilmesi ve bunların neticesi olarak ülkeler arası ticaretin gelişmesiyle uyuşmazlıklar da milletlerarası, hatta kıtalar arası bir boyut kazanmıştır¹³. 19'uncu yüzyılın ilk yarısının sonunda **Waechter**, devletlerin egemenliğine gönderme yapmış, kanun koyucunun yabancı hukuka rızai gönderme yaptığı hallerde, hâkimin de bununla bağlı olacağını vurgulayarak önemli bir adım atmıştır¹⁴. Onun bu adımı, **v. Savigny** tarafından, uygulanacak hukuku tespit ederken hukukî ilişkinin doğası gereği ait olduğu hukuk öğretisi geliştirilerek tamamlanmıştır¹⁵. Keza, aynı dönemde İtalyan **Mancini** de taraf özerkliğinin olduğu alanlarda, uygulanacak hukukun da tespit edilebileceğini ifade etmiştir¹⁶.

Ülkelerdeki hukukî düzenlemelerin farklı olması sebebiyle, milletlerarası nitelik taşıyan uyuşmazlıklara başvuru ülke mahkemelerinin doğrudan kendi kurallarını uygulamalarının adil sonuçlar vermeyeceği düşüncesi ortaya çıkmış; lakin milletlerarası bağlayıcılığı olan maddi hukuk hükümleri de –örneğin milletlerarası borçlar kanunu– hazırlanamamıştır¹⁷. Bu nedenle devletler, önlerine gelen

¹¹ **Doğan**, MÖH, s. 141; **Rauscher**, s. 8; **Çelikel/Erдем**, s. 49; **Nomer**, DHH, s. 51; **Kropholler**, IPR, s. 12; **Westermann**, Harm, P./**Hochloch**, Gerhard, Bürgerliches Gesetzbuch, C. II, Köln 2000, s. 5134

¹² **Posch**, s. 12; **Raape/Sturm**, s. 407.

¹³ **Posch**, s. 1.

¹⁴ **Posch**, s. 14.

¹⁵ **Posch**, s. 14; **Westermann/Hohloch**, s. 5134; **Weber**, Helmut, Der Theorie der Qualifikation: Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des internationalen Privatrechts (1890 - 1945), Tübingen 1986, s. 9; **Raape/Sturm**, s. 410; **Schnitzer**, Adolf F., Handbuch des internationalen Privatrechts, C. I, Basel 1957, s. 43; **v. Savigny**, Friedrich, System des heutigen Römischen Rechts, C. VIII, Berlin 1849, para. 348, s. 28, http://www.deutsches-textarchiv.de/book/view/savigny_system08_1849?p=50 (son erişim tarihi: 17.1.2014).

¹⁶ **Posch**, s. 15.

¹⁷ Hâlâ milletlerarası ticarete karşı, otokratik kendi kendine yetme politikaları ile yönetilen ülkelerde dahi kanunlar ihtilâfi kurallarına ve yabancı kanunun uygulanmasına imkan tanınmaktadır. Küba

uyuşmazlığın birden fazla ülkeyle ilgili olması durumunda, maddi hukuk meselelerine hangi ülke hukukunun uygulanacağını göstermek amacıyla kanunlar ihtilâfî kurallarını vzetmişlerdir¹⁸. Uyuşmazlığı giderecek olan mahkeme, şayet somut olay birden fazla ülke hukuk sistemini ilgilendiriyorsa, öncelikle yargı hakkı ve milletlerarası yetki meselesini hallettikten sonra kendi ülkesindeki milletlerarası özel hukuk mevzuatına bakar ve ilgili hükümlere göre olayın esasına uygulanacak hukuku tespit eder. Uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla yapılacak yargılamada, usûle ise, milletlerarası özel hukukun tarihiyle yaşıt şekilde¹⁹ ve neredeyse evrensel bir kabullenmeyle, istisnai birkaç hüküm dışında pozitif bir dayanak olmaksızın, mahkemenin kendi hukukunun, yani *lex fori* 'nin uygulanacağı öngörülmektedir²⁰.

örneği için bkz. **Huzel**, Erhard, “Neues Internationales Privatrecht in Kuba”, IPRax 1990, s. 416-419.

¹⁸ **Rauscher**, s. 19-20; **Nomer**, Ergin, Milletlerarası Usûl Hukuku, İstanbul 2009, s. 2-3.

¹⁹ **Heldrich**, Zustaendigkeit, s. 14.

²⁰ **Zöller/Geimer**, IZPR, para. 1; **Schack**, IZVR, s. 14; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einleitung III, para. 74; **Prütting/Gehrlein/Prütting**, Einleitung, para. 68; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013, s. 66; **Doğan**, MÖH, s. 42; **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2013, s. 310; **Cheshire**, Geoffrey C./**Fawcett**, James J./**Carruthers**, Janeen M./**North**, Peter, Private International Law, Oxford 2012, s. 75; **Linke**, Hartmut/**Hau**, Wolfgang, Internationales Zivilverfahrensrecht, Köln 2011, s. 24; **Karşlı**, Abdurrahim, Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s. 73; **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2009, s. 15; **Arnold**, Anne K., Lex Fori als versteckte Anknüpfung, Berlin 2009, s. 47; **Geimer**, Reinhold/**Geimer**, Ewald/**Geimer**, Gregor, Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2009, s. 165; **Carlier**, s. 33; **v. Bar/Mankowski**, s. 399; **Stein/Jonas/Brehm**, vor Art. 1, para. 32; **Westermann/Hohloch**, s. 5140; **Rixen**, Hermann, Die Anwendung ausländischen Verfahrensrechts im deutschen Zivilprozess, Regensburg 1999, s. 3; **Baeumer**, Annette, Die auslaendische Rechtsaengigkeit und ihre Auswirkungen auf das internationale Zivilverfahrensrecht, Berlin 1999, s. 17; **Jaekel**, Fritz, Die Reichweite der lex-fori-Regel im internationalen Zivilprozessrecht, Berlin 1995, s. 18; **v. Senger**, Harro/**Guojian**, Xu, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht der Volksrepublik China, Zürich 1994, s. 491; **Öztekin**, Günseli, “İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler”, MHB 1989, s. 38; **Walder**, Hans U., Einführung in das internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1989, s. 29; **Böhm**, Peter, “Die Rechtsschutzformen im Spannungsfeld von lex fori und lex causae”, Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, Viyana 1988, s. 107; **Leipold**, Dieter, Lex Fori, Souveränität, Discovery: Grundlagen des internationalen Zivilprozessrechts, Heidelberg 1988, s. 25; **Leflar**, Robert A./**McDougal III**, Luther L./**Felix**, Robert T., American Conflicts of Law, Virginia 1986, s. 331; **Schütze**, Rolf A., Deutsches internationales Zivilprozessrecht, Berlin 1985, s. 14; **Coester-Waltjen**, Dagmar, Internationales Beweisrecht: Das auf den Beweis anwendbare Recht in Rechtsstreitigkeiten mit Auslandsbezug, München 1983, s. 83; **Radtke**, Manfred, Der Grundsatz der Lex Fori und die Anwendbarkeit ausländischen Verfahrensrechts, Münster 1982, s. 3; **Neuhaus**, Paul H., Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, Tübingen 1976, s. 395; **Grunsky**, Wolfgang, “Lex Fori und Verfahrensrecht”, ZZP 89, s. 241; **Castel**, Jean G., Canadian Conflict of Laws, Toronto 1975, s. 599; **Postacıoğlu**, İlhan E., Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 13; **Weintraub**, Russell J., Commentary on the

Ancak, son yıllarda Kıta-Avrupası hukuk sistemlerinde, söz konusu prensibin mutlak olmadığı, başka bir anlatımla istisnalarının mevcut olabileceği savunulmaktadır²¹.

Milletlerarası özel hukukun yukarıda öz olarak ele alınan tarihçesi, usûl hukuku alanında çok daha fazla gelişime ihtiyaç olduğunu, bu manada henüz taş devrinin yaşandığını göstermektedir²².

Bu çalışmada genel bölümde temel kavramlar ve *lex fori* prensibine ilişkin genel meseleler ele alınmıştır. § 1’de, ne zaman bir çekişmenin birden fazla ülke hukuk sistemini ilgilendireceği, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 1’inci maddesinde ifade edildiği üzere, yabancılık unsuru içermesinin ne anlama geldiği meselesi incelenmiştir. Daha sonra § 2’de vasıflandırma ve ön sorun meselesi ele alınmış, diğer bir ifadeyle, hangi hususların usûle ilişkin olarak değerlendirileceği ve hâkimin hukukuna tabi olacağı, hangi hususların maddi hukuka ilişkin olduğu için olayın esasına uygulanan hukuka göre, yani *lex causae*’ya göre çözüleceği konusu Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuku açısından ayrı ayrı tetkik edilmiştir. Yargılamada usûl hukuku meselelerine uygulanacak hukuku gösterdiği neredeyse evrensel olarak kabul edilen *lex fori* prensibinin dogmatik temelleri üzerinde § 4’de durulmuştur. Özel bölümde ise yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda özellik arz eden usûl hukuku müesseseleri ve bu manada *lex fori*

Conflict of Laws, New York 1971, s. 46; **Nygh**, Peter E., Conflict of Laws in Australia, Sydney 1971, s. 279; **Heldrich**, Zustaendigkeit, s. 14; **Szásy**, István, International Civil Procedure, Budapest 1967, s. 203; **Eisner**, Frederick W., “Beweislastfragen und Beweiswürdigung im deutschen und amerikanischen Zivilprozess”, ZZP 80, s. 78; **v. Craushaar**, s. 20; **Castel**, Jean G., Private International Law, Toronto 1960, s. 79; **Guldener**, Max, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, s. 7; **Nussbaum**, Grundzüge des internationalen Privatrechts, s. 177; **Pagenstecher**, Max, “Werden die Partei- und Prozessfaehigkeit eines Auslaenders nach seinem Personalstatut oder nach den Sachnormen der lex fori beurteilt?”, ZZP 64, s. 250; **Riezler**, Erwin, Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht, Berlin 1949, s. 91; **Nussbaum**, Arthur, Deutsches internationales Privatrecht, Tübingen 1932, s. 384; **Walker**, Gustav, Streitfragen aus dem internationalen Zivilprozessrechte, Viyana 1897, s. 22.

²¹ **Schack**, IZVR, s. 280; **Zöller/Geimer**, IZPR, para. 3; **Nagel/Gottwald**, s. 495; **Arnold**, Lex fori, s. 54; **Geimer**, s. 793; **Linke**, Hartmut, Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2006, s. 134; **Stein/Jonas/Brehm**, vor Art. 1, para. 82; **Jaeckel**, s. 83; **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 117; **Grunsky**, ZZP 89, s. 249; **Szásy**, s. 225

²² **Ferid**, Murad, Internationales Privatrecht, Bielefeld 1982, para. 1-125.

prensibinin istisnalarının mevcut olup olmadığı her bir kurum bağlamında ayrı ayrı ele alınmıştır. Son olarak *Exkurs*'da aslında bir maddi hukuk meselesi olan zamanaşımına ilişkin, bilhassa yabancı ülke mahkemesinde açılan davayla kesilip kesilmeyeceği tartışması ortaya konulmuştur. Bu kısımda, Anglo-Sakson hukukunda zamanaşımı müessesinin yeri konusu da ayrıca incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR VE LEX FORİ PRENSİBİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

1. Yabancılık Unsuru

A. Genel Olarak

İki taraf arasındaki uyuşmazlığın, bütün unsurları ve neticeleri itibariyle, yalnızca kendisine çekişmeyi gidermesi için başvuru ülkesi hukuk sistemini ilgilendirmesi durumunda, hem olayın esasına hem de usûle ilgili ülkenin hukuk kurallarının uygulanacağı şüpheden uzaktır²³. Buna karşılık, somut olay birden fazla ülke hukuk sistemi ile ilgiliyse kanunlar ihtilâfi kuralları ve uygulanacak hukuk sorunu gündeme gelir²⁴. Bu noktada, öncelikle bir uyuşmazlığın ne zaman birden fazla ülke hukuk sistemini ilgilendireceği, diğer bir ifade ile ne zaman bir “yabancılık unsuru” içereceği sorusunun cevaplanması zaruridir.

²³ Schack, IZVR, s. 1; Doğan, MÖH, s. 21; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 3; Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2011, s. 5; Nomer, Usul, s. 1; Kropholler, IPR, s. 7; Kegel/Schurig, s. 6; Göger, Kanunlar İhtilafi, s. 3; Seviğ, Muammer R./Seviğ, Vedat R., Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1962, s. 16.

²⁴ Schack, IZVR, s. 1; Doğan, MÖH, s. 21; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 3; Nomer, Usul, s. 1; Kropholler, IPR, s. 7; Kegel/Schurig, s. 7; Seviğ/Seviğ, s. 16.

B. Kavram

Taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlık özel hukuka ilişkin ve yabancılık unsuru içermekte ise, söz konusu çekişmenin mahkeme eli ile giderilmesi sırasında yabancılık unsuru içermesinin medenî usûl hukuku açısından neticelerinin ne olacağı üzerinde durmadan önce yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır.

Yabancılık unsuruna ilişkin hukukumuzdaki ilk düzenleme Anayasa'nın 125'inci maddesinde yer almaktadır. Anayasa'nın 125'inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde “*Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir*” denilerek yabancılık unsuruna vurgu yapılmış ve yabancılık unsuru taşıyan çekişmeler açısından farklılaşmaya gidilmiştir. Anayasa, yalnızca kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklar açısından düzenleme getirmiş, ancak yerinde olarak²⁵ yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiğini belirtmemiştir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 1'inci maddesinde kanunun kapsamı “*Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir*” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun ancak yabancılık unsuru taşıyan işlem veya ilişkilere uygulanacaktır. Kanun yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin bir tanım vermemiştir. Ancak kanun koyucu bilhassa bağlama noktalarını tespit ederken “millî hukuk”, “malların buldukları ülke

²⁵ Aşağıda kapsamlı olarak inceleyeceğimiz üzere her somut olayın özelliğine göre yabancılık unsurunun mevcudiyetinin belirlenmesi ve katı bir tanım yapılmaması iki bakımdan yerindedir. İlki, somut uyuşmazlıkları bütün unsurları ile önceden öngörüp düzenleyebilmek mümkün değildir. Bu çerçevede tanımda yer alan unsurlarda bir eksikliğin ve bu çerçevede ortaya çıkacak yorum farklılıklarının önüne geçilir. İkincisi, Anayasa'da bu şekilde kazuistik bir düzenleme yapılarak kanun koyucunun elinin bağlanması teknik bakımdan hatalı olurdu.

hukuku”, “mutad mesken hukuku”, “haksız fiilin işlendiği ülke hukuku” gibi ifadelere yer vererek yabancılık unsurunun nasıl anlamlandırılması gerektiği konusunda yol göstermiştir.

Yabancılık unsuruna ilişkin ülkemizde mevcut diğer bir düzenleme 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda yer almaktadır. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 1’inci maddesinde kanunun kapsamı “*Bu kanun yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır*” şeklinde ifade edilmiştir. Ancak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’dan farklı olarak ve hukukumuzda ilk defa bir kanun hükmü ile Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 2’nci maddesinde yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği belirlenmiştir²⁶. Kanun koyucu Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamında yabancılık unsurunu yer yönünden ve sermayenin niteliği yönünden olmak üzere iki grupta toplamıştır. Buna göre; “*Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması*” veya “*tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ya tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden veyahut asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden başka bir devlette bulunması*” halinde yabancılık unsuru mevcut kabul edilir. Sermaye açısından yapılan belirlemedeyse, “*tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre*

²⁶ **Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2013, s. 60; **Nomer**, Ergin/**Eksi**, Nuray/**Öztekin-Gelgel**, Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, İstanbul 2013, s. 36; **Seviğ**, Vedat R., “Milletlerarası Tahkim Kanununun Özellikleri”, MHB 2002/2, s. 746; **Tarıbıllı**, Feriha B./**Şit**, Banu, “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu” MHB 2002/2, s. 828.

yabancı sermaye getirmiş olması” veya “bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması” yahut “tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirilmesi” halinde yabancılik unsuru vardır.

Kanun koyucu Milletlerarası Tahkim Kanunu kapsamında yabancılik unsurunu tespit ederken doğrudan vatandaşlığa gönderme yapmamış, yalnız sermaye sebebiyle yabancılik unsurunun varlığının tespitinde, söz konusu sermayenin yabancı yatırımları teşvik kapsamında bir sermaye girişi olmasını aramıştır²⁷. 18.1.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’nu yürürlükten kaldıran 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nda yabancı yatırımdan ne anlaşılması gerektiği düzenlenmiş, yine bu tanımda da salt vatandaşlık esas alınmamıştır. 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun 2’nci maddesi uyarınca yabancı yatırımcı, *“yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını ve yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve milletlerarası kuruluşları”* ifade etmekte; yabancı yatırım ise, bu yatırımcılar tarafından *“yurt dışından getirilen Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), makine ve teçhizat, sınai ve fikrî mülkiyet hakları, veya yurt içinden sağlanan yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer hakları, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla yeni şirket kurmayı veya şube açmayı yahut menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya*

²⁷ Akıncı, Tahkim, s. 66; Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel, s. 38.

da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı” ifade etmektedir. 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nda yer alan tanım esasında yabancı yatırımcı tarafından getirilen hemen hemen her türlü ekonomik değeri yabancı yatırım, dolayısıyla sermaye olarak değerlendirmektedir. Bu manada yabancı yatırımcı, yukarıda ifade edildiği üzere yabancı ülke vatandaşı veya yabancı ülkede ikamet eden Türk vatandaşı da olabilir²⁸. Kanun koyucu vatandaşlığa bakmaksızın, adeta bir başka ülkeden ekonomik bir değer getirilmesini yahut bir başka ülke kaynaklı bir ekonomik değer yaratılmasını yabancı sermaye açısından yeterli saymıştır. Dolayısıyla Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca söz konusu durumlarda ortaya çıkan çekişmeler açısından yabancılık unsurunun varlığından söz edilir.

Yabancılık unsuruna ilişkin bir diğer hüküm 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun 1’inci maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde yer almaktadır: *“Bu kanun, yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır”*. Söz konusu hükümle, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar kanun kapsamına alınmış, ancak yabancılık unsuruna ilişkin bir tanım verilmemiştir²⁹.

6570 sayılı İstanbul Tahkim Merkezi Kanunu’nun amacı ve kapsamını düzenleyen 1’inci maddesi de Kanun’un yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların da çözülmesini sağlamak amacıyla İstanbul Tahkim Merkezi’nin kurulduğunu vazedmektedir.

²⁸ **Akinci**, Tahkim, s. 67; **Yılmaz**, Alper Ç., Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, İstanbul 2013, s. 12; **Erten**, Rifat, Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara 2005, s. 25; **Tiryakioğlu**, Bilgin, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003, s. 10.

²⁹ **Özbek**, Mustafa, “Arabuluculuk”, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk, Ankara 2014, s. 20.

Son yasal düzenleme 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun'da yer almaktadır. Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun'un tanımlar başlıklı 2'nci maddesinde yabancılık unsuru, "*Sözleşmeye taraf kurulu veya kurulacak şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı hükümlerine göre yabancı menşeli olması veya sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışı kaynaklı sermaye veya kredi veya teminat sözleşmelerinin akdedilmesinin gerekli olması hallerinden biri*" şeklinde tanımlanmıştır. Anayasa'nın 125'inci maddesine dayanılarak çıkarılan 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun'da, idarenin taraf olduğu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri ile sınırlı olmak üzere yabancılık unsuru ele alınmıştır. Şayet idarenin taraf olduğu bu nitelikte yabancılık unsuru içeren işlemde bir çekişme ortaya çıkar ve tahkim yolu ile çözülmesi kararlaştırılırsa yabancılık unsuruna ilişkin tanımların örtüşen alanlarına rağmen Milletlerarası Tahkim Kanunu değil³⁰ 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun uygulanır³¹.

Bu çalışmada yabancılık unsuru içeren ve özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıkların mahkemeler eli ile çözülmesi durumunda medenî usûl hukuku anlamında ortaya çıkacak neticeler inceleneceğinden, diğer yasal düzenlemeler yol göstermesi bakımından dikkate alınmış, ancak temel olarak 5718 sayılı Milletlerarası

³⁰ Nitekim Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 2'nci maddesinin son fıkrasında 4501 sayılı Kanun hükümleri saklı tutulmuştur.

³¹ **Akıncı**, Tahkim, s. 20; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. VI, İstanbul 2001, s. 6222.

Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun açısından yabancılık unsurunun nasıl anlamlandırılması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Öğretide yabancılık unsurundan ne anlaşılması gerektiği ve yabancılık unsurunun kapsamına ilişkin çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Hukukumuzda hâkim anlayışa göre somut uyuşmazlık birden çok ülke hukuk düzeni ile bağlantılı ise, yabancılık unsuru söz konusu olur³². Bu bağlamda yabancılık unsurunun tespitinde klasik anlayışın aksine salt coğrafi alan olarak birden çok ülke ile bağlantılı olmanın aranmaması gerektiği³³, coğrafi alan yanında diğer herhangi bir sebeple de – tarafların tabiiyeti gibi– birden fazla ülke hukuk düzeni ile bağlantılı olması halinde yabancılık unsurundan söz edileceği savunulmuştur³⁴. **Sarıöz** ise yabancılık unsurunun her bir bağlama kuralı açısından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini, bu çerçevede hâkim anlayışa paralel olarak kişinin yerleşim yeri, mutad meskeni, hukukî işlemin yapıldığı yer, hukukî işlemin sonuçlarının doğduğu yer gibi sebeplerle yabancılık unsurunun söz konusu olabileceğini belirtmekte, öğretide mevcut bir tartışmaya göndermede bulunarak teorik seviyede objektif ve subjektif yabancılık unsuru ayrımı yapılabileceğini, hangi ülkeye başvurulduğundan bağımsız olarak bir yabancılık unsurundan söz edilmekteyse bunun objektif yabancılık unsuru

³² **Doğan**, MÖH, s. 25-27; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 3; **Akıncı**, Tahkim, s. 61; **Çelikel/Erdem**, s. 8-9; **Nomer**, DHH, s. 5; **Nomer**, Usul, s. 5; **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, s. 20; **Atalı**, Murat, Internationale Zustaendigkeit im deutsch-türkischen Rechtsverkehr, Frankfurt 2001, s. 8; **Turhan**, Turgut, Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Ankara 1997, s. 7; **Sargın**, Fügen, Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s. 148; **Çilingiroğlu**, Cüneyt, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, MHB 1989, s. 104.

³³ Klasik anlayışta yabancılık unsurunun ancak coğrafi farklılıklar ile tespit edileceği, bu çerçevede yabancılık unsurunun kişi veya toprak yönünden olabileceği kabul edilmiştir. **Altuğ**, Yılmaz, Devletler Özel Hukuku, İstanbul 1995, s. 179.

³⁴ **Doğan**, MÖH, s. 25-27; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 3; **Çelikel/Erdem**, s. 8-9; **Nomer**, DHH, s. 5; **Nomer**, Usul, s. 5; **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, s. 20; **Atalı**, Zustaendigkeit, s. 8; **Turhan**, Yabancı Para, s. 7; **Sargın**, s. 149; **Çilingiroğlu**, s. 104. Nitekim Yargıtay da bir kararında bu konuya ilişkin olarak şöyle demektedir: “İş akti, kişiler arasında karşılıklı ve uygun irade beyanıyla oluştuğu ve bunların menfaatlerini düzenlediğinden dolayı, bir özel hukuk ilişkisi olduğu ve kişi ve toprak bakımından yabancı unsur taşıdığı takdirde, Milletlerarası Özel Hukukun uygulama alanına gireceği ve aktin taraflarından en az birinin yabancı tebealı olması veya işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması halinde, kişi ve toprak bakımından yabancı unsurun oluşacağı belirgindir”. Yargıtay HGK, 7.6.1989, E. 1989/10-316, K. 1989/411, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 15.1.2015).

olarak niteleneceğini, başvuru ülkesinin mahkemesinin takdirine bağlı olarak yabancılik unsurunun tayin edileceği hallerde ise, subjektif yabancılik unsurunun sözü konusu olacağını öne sürmektedir³⁵. Sözleşmeler açısından tanım veren **Tiryakioğlu** da, bir sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda tereddüt olması halinde yabancılik unsurunun mevcut olacağını ifade etmekte, ancak tanım vermektan kaçınmaktadır³⁶. Alman hukukunda, yabancı bağlantının çekişmenin taraflarının tabiiyeti, ikametgahı, salt oturdukları yer, tanıma halinde yabancı mahkeme kararı, tarafların iradeleri ile koyacağı yetki kaydı, dava konusu nesnenin kalıcı olarak bulunduğu yer, haksız fiilin işlendiği yer gibi hususlarla sağlanacağı belirtilmektedir³⁷.

İngiliz hukuku açısından **Dacey/Morris/Collins** de benzer şekilde milletlerarası özel hukukun varlık nedenini izah ederken, yabancılik unsurunu, kendisine başvuru ülkesi dışında başka bir ülke hukuk sistemi ile olan bağlantı olarak ifade etmiştir³⁸.

Hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta yabancılik unsurunu belirlemeye ilişkin çabalar dikkate alındığında, kanaatimizce yabancılik unsuru, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak yapılacak inceleme sonucunda, yer, kişi veya ekonomik bakımdan ilişkinin niteliği gereği birden fazla hukuk sistemi ile ilgi tespit edilirse, bu tespiti yapmamıza yarayan şey olarak değerlendirilmelidir.

Yabancılik unsuru kavramına ilişkin üzerinde durulması gereken diğer bir mesele, birden fazla hukuk sistemi ile irtibatın tespiti noktasında ele alınan unsurun önem ve

³⁵ **Sarıöz**, Ayşe İ., Haksız Rekabette Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, İstanbul 2012, s. 81-83. Ayrıca bkz. **Alibaba**, Arzu, Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara 2005, s. 7, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1528/2156.pdf?show> (son erişim tarihi: 10.9.2014).

³⁶ **Tiryakioğlu**, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 5.

³⁷ **Nagel**, Heinrich/**Gottwald**, Peter, Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2013, s. 3; **MüKo-ZPO/Gottwald**, IZPR, B. 3, para. 1; **Geimer**, s. 4.

³⁸ **Dacey**, Albert V./**Morris**, John H./**Collins**, Lawrence, The Conflict of Laws, Cilt I, London 2006, s. 3.

ağırlığının değerlendirilmede dikkate alınıp alınamayacağı noktasındadır³⁹. Bu noktada örneğin sözleşmede yer alan bir yabancı para kaydının, tek başına o ilişkiyi yabancılik unsuru içerir hale getirmeyeceği savunulmuştur⁴⁰. Özellikle Fransız hukukunda kabul edilen bir görüşe göre yabancıların bir büfeden gazete alması halinde olduğu gibi gündelik küçük işlerde, sadece tarafın yabancı olması sebebiyle yabancılik unsuru mevcut olmaz⁴¹. Ancak milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendiren bir hususun söz konusu olması halinde milletlerarası sözleşmeden söz edileceği savunulmaktadır⁴². Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüş, yabancılik unsurunun varlığı açısından ilişkinin önemli olmasının gerekmediği yönündedir⁴³. Ancak kanaatimizce ilişkinin önemsizliği, özellikle sözleşmesel ilişkiler bakımından uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınabilir, gerekirse millî hukuk en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanabilir, ancak ilişkinin niteliği gereği yabancılik unsurunun olduğu noktada tereddüt etmemek gerekir⁴⁴.

Öğretide yabancılik unsuruna ilişkin kavramsal diğer bir temel tartışma, uyumsuzluğu salt millî yapmaktan çıkararak unsurun nasıl adlandırılması gerektiği konusundadır. Bu çerçevede, yabancılik unsuru ile milletlerarası unsur ayrımı yapılmakta, milletlerarası özel hukuk açısından önemli olan unsurun milletlerarası unsur olduğu, yabancılik unsurun daha geniş bir kavram olduğu, bu nedenle her yabancılik unsurun milletlerarası unsur olmadığı belirtilmektedir⁴⁵. Kanaatimizce yazarlarca belirtilen

³⁹ **Demirkol**, Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2011, s. 50 vd.; **Tiryakioğlu**, Satım akdi, s. 6 vd.

⁴⁰ **Alibaba**, s. 10; **Turhan**, 1977, s. 193.

⁴¹ **Delaume**, Georges R., "What is an International Contract: An American and A Gallic Dilemma", ICLQ 1979/2, s. 264; **Lando**, Ole, "Contracts", IECL 1976, s. 34.

⁴² **Tiryakioğlu**, Satım akdi, s. 7-8.

⁴³ **Nomer**, Usul, s. 5.

⁴⁴ Öğretide kabul edilen "milletlerarası sözleşme" kavramı ve buna ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Demirkol**, s. 51 vd.

⁴⁵ **Nomer/Ekşi/Öztekin-Gelgel**, s. 6; **Aygül**, Musa, "Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi", SÜHFD 2001/3-4, s. 234; **Özdemir**, Hatice, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında 'Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşme' ve 'Uluslararası Sözleşme' Kavramları", İBD 1999/10-11-12, s. 930; **Ekşi**,

söz konusu ayırım yapaydır. Somut uyuşmazlık mahkeme önüne gelmeden önce gerçekleştirilen nitelendirme ile Türk hukukunu hiç ilgilendirmeyen bir olayın yabancılık unsuruna sahip olmasına rağmen milletlerarası unsuru içermediğini söylemek her durumda çok kolay ve dahi yerinde olmaz. Esas itibariyle mesele uyuşmazlık yetkili Türk mahkemesi önünde görülmekte iken somut olaya dair yabancı bir ülkeyle de bir ilişki/bağlantı kurulabilmesidir ki, bunu sağlayan şey Türk hukukuna göre yabancı olması sebebiyle yabancılık unsuru denmesi yahut milletlerarası unsur denmesi fark yaratmaz. Türk hukuk düzeniyle hiçbir ilgisinin bulunmadığı durumda, somut olayın Türk hukuku açısından yabancılık unsuru barındırdığından da söz etmek anlamlı değildir. Bu durumda sorun Türk hukuk sisteminin ilgi alanı dışındadır. Bu nedenle çalışmamız açısından, kanuni bir ifade de olan “yabancılık unsuru⁴⁶” kavramını kullanmayı tercih ettik.

C. Yabancılık Unsurunun Salt Tarafların Hukuk Seçimi ile Sağlanması

Tartışması

Hukukumuzda yabancılık unsuru bakımından yapılan esaslı tartışma, sözleşmeler açısından, tarafların salt iradeleriyle somut olaya yabancılık unsuru ekleyip ekleyemeyeceklerine ilişkindir. Örneğin, iki Türk vatandaşı Ankara’da yaptıkları ve malın teslim yeri/semenin ödeme yeri olarak Ankara’yı kararlaştırdıkları bir satım sözleşmesine, Alman hukukunun uygulanacağına dair bir şart eklerlerse, salt bu ekleme ile somut olay açısından yabancılık unsurunun varlığı ve 5718 sayılı

Nuray, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı”, MHB 1992, s. 4.

⁴⁶ Almanca çalışmalarda kavram “Auslandsbezogenheit” (yabancı ülke ile ilişkililik) olarak kullanılmaktadır. Kavram için bkz. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, FamFG Art. 97, para. 1; **Nagel/Gottwald**, s. 3; **MüKo-ZPO/Gottwald**, IZPR, para. 1; **Linke/Hau**, s. 24; **Geimer**, s. 4. Yine İngilizce kaynaklarda da “foreign element” (yabancı unsur) kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **Cheshire/Fawcett/Caarruthers/North**, s. 3; **Husserl**, Gerhart, “The Foreign Fact Element in Conflict of Laws Part II: Defining and Characterizing the Fact Element in Conflict Cases”, Virginia Law Review 1940, s. 453.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un uygulama alanı bulup bulmayacağı konusu tartışmalıdır. Özellikle irade özerkliği ve tarafların sahip olduğu otonomiden hareket eden görüşler bunu mümkün kabul etmektedir.

Çelikel/Erdem'e göre, modern anlayış, iradeye milletlerarası özel hukuka ait bir bağlama kuralı getirme imkanı tanımıştır; bunun neticesi olarak tarafların iradeleriyle yapacakları seçimin gereği, seçilen ülke hukukunun hem emredici hem de tamamlayıcı hükümleri bu ilişkiye uygulanmalıdır⁴⁷. **Nomer** de, hukuk seçimi yapılabilmesi için sözleşmenin ayrıca bir yabancılik unsuru taşımasına gerek olmadığını, zira, bizatihi tarafların yabancı bir hukuk seçimi yaparak ilişkiye yabancılik unsurunu dahil edeceğini ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 24'üncü maddesinin, diğer bazı ülkelerden farklı olarak, hukuk seçimini hiçbir sınırlama getirmeden düzenlediğini belirtmektedir⁴⁸. **Canyaş** ise Avrupa Birliği düzenlemelerinde olduğu gibi hukuk seçimine ilişkin sınırlayıcı bir hükmün Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da yer almaması nedeniyle milletlerarası ticari menfaatlerin söz konusu olduğu sözleşmeler açısından taraflara hukuk seçimi yapma imkanı tanınması gerektiğini ifade etmektedir⁴⁹.

Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, şu gerekçelerle objektif olarak yabancılik unsuru taşımayan bir sözleşmede dahi tarafların yabancı bir hukuku seçerek ilişkiye yabancılik unsuru dahil edebileceklerini belirtmektedir⁵⁰: Sözleşmelerin karakterinin tayininde maddi ve ekonomik özelliklerinin dikkate alınması gerekir. Objektif olarak yabancılik unsuru bulunmasa dahi maddi ve ekonomik karakteri gereği milletlerarası ticareti ilgilendiren bir sözleşmenin "milletlerarası sözleşme" olarak

⁴⁷ **Çelikel/Erdem**, s. 322.

⁴⁸ **Nomer**, DHH, s. 311.

⁴⁹ **Canyaş**, s. 17.

⁵⁰ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 255-258.

değerlendirilmeli ve bu sebeple tarafların hukuk seçimi yapabilmesine imkan tanınmalıdır. Borçlar hukuku sözleşmelerinin mahiyeti de bunu gerektirir. İrade serbestisini düzenleyen kuralların temelinde bu düşünce vardır⁵¹. Kaldı ki yabancılik unsurunun tanımında yer alan birden fazla hukuk düzeniyle irtibat, tarafların seçimiyle de sağlanabilir. Ayrıca, yabancılik unsurunun objektif olmasına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Taraflar kendi iradeleriyle, örneğin sözleşmeyi bir başka ülkede yapmak, ifa yeri olarak bir başka ülkeyi kararlaştırmak gibi olaya yabancılik unsuru dahil edebilir. Bu şekilde kabul etmek bir suiistimal de yaratmaz.

Buna karşılık, **Doğan** ise tarafların salt kendi iradeleri ile tamamen bir ülke hukuk düzeni ile irtibatlı olan bir ilişkiyi hukuk seçimi yolu ile yabancılik unsuru içerir hale getiremeyeceklerini savunmaktadır⁵². **Tekinalp** de hukuk seçiminin sadece yabancılik unsuru bulunan sözleşmeler açısından mümkün ve geçerli olduğu, yabancılik unsuru bulunmayan sözleşmeler için yapılan hukuk seçiminin ancak o ülke maddi hukuku çerçevesinde izin verilen sözleşme serbestisi hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir⁵³. **Demirkol** da bu halde tarafların hukuk seçiminin subjektif bir unsur olarak kabul edilse de yabancılik unsuru olarak dikkate alınamayacağını, zira sözleşmede dikkate alınacak yabancılik unsurlarının somut ve objektif olması gerektiğini savunmaktadır⁵⁴.

Konu hakkında daha kapsamlı bir değerlendirme yapabilmek amacıyla ve aynı zamanda aday ülke olarak Avrupa Birliği ile müzakere sürecini yürüten bir ülke

⁵¹ Yazarlar burada **Nomer**'den farklı olarak yabancılik unsurunun tanımı değiştirerek elde ettikleri tanımdan hareketle hukuk seçimine imkan vermektedirler. Nitekim yazarlar, uyumsuzluğun ekonomik niteliğinin de dikkate alınması suretiyle yabancılik unsurunun mevcut olabileceğini, mutlaka objektif bir unsurun aranmayacağını savunmaktadırlar. Dolayısıyla yazarlar esasında burada bir yabancılik unsurunun damevcut olduğunu kabul etmektedirler.

⁵² **Doğan**, MÖH, s. 27. Aynı yönde bkz. **Kocasakal-Özdemir**, Hatice, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", MHB 2010/1-2, s. 33. Alman hukuku açısından aynı yönde bkz. **MüKo-BGB/Martiny**, Art. 27 EGBGB, para. 4; **Kropholler**, IPR, s. 459; **Kegel/Schurig**, s. 654.

⁵³ **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, s. 336, 352.

⁵⁴ **Demirkol**, s. 49.

olunması hasebiyle Birlik düzenlemelerinin de incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Avrupa Birliği'nde konu ile ilgili ilk düzenleme, sözleşmesel yükümlülüklerle uygulanacak hukuku belirleyen Roma Konvansiyonu'dur⁵⁵. Konvansiyon'un 3'üncü maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, şayet yabancı bir hukuk seçimi yapıldığı sırada sözleşme bütün unsurları ile birlikte yalnız bir ülke ile ilgili ise tarafların yaptığı hukuk seçimi, sözleşmenin ilgili olduğu ülke hukukunun emredici hükümlerinin – tarafların sözleşme ile değiştiremeyecekleri hükümler– uygulanmasını engellemez. Yani somut sözleşme bütün unsurlarıyla bir ülke hukuku ile ilgili iken taraflar bir başka ülke hukukunun uygulanmasını kararlaştırmış ise, önce sözleşmenin tamamen bağlantılı olduğu ülkenin emredici kuralları uygulanır –ki Konvansiyon emredicilikten sözleşme ile değiştirilememe anlaşılacağını belirtmiştir–, emredici kural bulunmayan alanlarda ise seçilen ülke hukuku yine uygulama alanı bulur⁵⁶. Konvansiyon'u hazırlayan çalışma grubunda, yabancılık unsuru taşımayan ilişkiler açısından tarafların hukuk seçimine izin verilmemesi ve hiçbir açık yabancılık unsuru içermese dahi tarafların yabancı hukuk seçiminin meşru kabul edilebileceği halleri göz önüne alarak bunun serbest bırakılmasını savunan iki görüş arasında bulunan uzlaşmayla mevcut düzenlemeye ulaşılmıştır⁵⁷. Roma Konvansiyonu yerini 2008 yılında Sözleşmesel İlişkilere Uygulanacak Hukuka İlişin Tüzüğe (Roma-I Tüzüğü) bırakmıştır⁵⁸. Roma-I Tüzüğü'nün gerekçesinin 15'inci paragrafında konuya ilişkin esaslı bir değişiklik getirilmediği belirtilmiş, Konvansiyon'dan farklı

⁵⁵ Sözleşmesel Yükümlülüklerle İlişkin Konvansiyon'un (Roma Konvansiyonu) tam metni için bkz. http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/133109_en.htm (son erişim tarihi: 12.9.2014).

⁵⁶ **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 695-697; **Dicey**, Albert V./**Morris**, John H./**Collins**, Lawrence, *The Conflict of Laws*, Cilt II, London 2006, s. 1564-1565; **Collier**, John G., *Conflict of Laws*, Cambridge 1994, s. 189-190.

⁵⁷ **Dicey/Morris/Collins**, Cilt II, s. 1564.

⁵⁸ Tüzüğün tam adı "Regulation (EC) No [593/2008](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/j10006_en.htm) of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations", ancak tüzük, Roma Konvansiyon'un yerini alması sebebiyle Roma-I Tüzüğü olarak bilinmektedir. Bkz. http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/j10006_en.htm (son erişim tarihi: 12.9.2014).

olarak yalnızca o dönemde çok fazla tartışmaya⁵⁹ sebep olan emredici kurallar⁶⁰ ifadesi metinden çıkarılmış, hukuk seçimi ile yalnızca sözleşmenin tümüyle ilgili olduğu ülke hukukuna göre tarafların sözleşme ile aksini düzenleyemeyecekleri kuralların uygulanmasına engel olmayacağı belirtilmiştir⁶¹.

Kanaatimizce, tarafların yapmış oldukları hukuk seçimini reddetmek, tamamen geçersiz saymak, borçlar hukuku sözleşmelerine hâkim irade özerkliği ve tarafların otonom olması gerektiği ilkeleri ile bağdaşmaz. Koşulsuz olarak tarafların salt bir ülke ile bağlantılı sözleşme açısından başka bir ülke hukukunu seçebilmelerine imkan tanımak ise, **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe** tarafından ileri sürülenin aksine, kötüye kullanmalara sebep olabilir. Tam olarak nasıl anlaşılması gerektiği hâlâ aydınlatılmamış olan “kamu düzeni” kavramı bu kötüye kullanmaların önüne geçmekte yetersiz kalır. Kaldı ki **Nomer** tarafından ifade edildiği üzere Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 24’üncü maddesinde bir sınırlama olmaması tek başına bir anlam ifade etmez. Zira, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 24’üncü maddesinin uygulanabilmesi için uyuşmazlığın öncelikle kanun kapsamına girmesi ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 1’inci maddesi gereği yabancılık unsuru içermesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, metodolojik olarak Kanun’un 24’üncü maddesinin uygulanabilmesi için öncelikle 1’inci maddesi kapsamında bir ihtilâf olması gerekir. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**’nin belirttiği gibi, sözleşmenin maddi ve ekonomik karakterine bakılarak “milletlerarası sözleşme” olarak değerlendirilme halinde

⁵⁹ Tartışmaların temel sebeplerinden biri o dönem Konvansiyonun 7’nci maddesinde de (Tüzük’ün 9’uncü maddesine karşılık gelmektedir) emredici kurallardan bahsedilmesi ve bunun diğer kurallardan nasıl ayrılacağı noktasında toplanmaktaydı. Mevcut düzenleme hem bu tartışmayı gidermiş hem de tüzük gerekçesinin 37’nci paragrafında ayrımın nasıl yapılacağını da göstermek amacıyla doğrudan uygulanan kurallara ilişkin düzenlemenin sözleşmeyle aksi kararlaştırılmayacağını belirten düzenlemeden daha dar yorumlanması gerektiği ifade edilmiştir. **Canyaş**, s. 16.

⁶⁰ Konvansiyon’da “Mandatory rules” olarak geçmektedir.

⁶¹ **Canyaş**, s. 15.

objektif başka bir yabancılık unsuru olmasa da hukuk seçimine izin verilmesi görüşü de yerinde değildir. Eğer uyuşmazlığın niteliği gereği ekonomik açıdan milletlerarası mahiyet söz konusu ise zaten yabancılık unsuru mevcuttur, tartışma kalmaz. Böyle bir nitelik olmamasına rağmen izin vermekse, mahkemeye çok geniş takdir yetkisi bırakır ve keyfi uygulamalara yol açabilir. 1984 öncesinde İngiliz hukukunda sürelerin maddi hukuka ve usûl hukukuna ilişkin olmalarına göre *lex fori* veya *lex causae*’nın uygulanacak olmasına ilişkin durum, maddi hukuk ve usûl hukuku ayırımı yapan mahkemelerin kararlarındaki çelişkiler nedeniyle sık sık eleştirilmiş, mahkemenin İngiliz hukukunu uygulamak istediği durumlarda takdirini bu yönde kullandığına dair iddialar ortaya atılmıştır⁶². Ayrıca, nasıl bir durum olacak ki içerisinde hiçbir yabancılık unsuru bulunmamasına rağmen⁶³ milletlerarası ticareti etkileyecek ve bu nedenle hukuk seçimine izin verilecektir sorusunun cevabı sorun teşkil eder⁶⁴. Kanaatimizce, olması gereken, hem taraf iradelerini dikkate almış olmak hem de müzakereci ülke olmanın gereğini yerine getirmek adına, Roma-I Tüzüğü’nde yer alan düzenlemeye paralel bir hükme mevcut Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkındaki Kanun’da açıkça yer vermektir⁶⁵. Böylece tamamen Türkiye ile ilgili bir olay açısından taraflar yabancı bir hukuk seçimi

⁶² **Dicey/Morris/Collins**, Cilt I, s. 197.

⁶³ Bu durumda özellikle Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda yer alan tanımdan hareketle yabancı sermayeli Türk şirketleri bakımından yabancılık unsurunun yer ve kişi bakımından olmasa bile ekonomik açıdan mevcut olacağı düşüncesi akla gelebilir. Ancak, yukarıda yabancılık unsurunu tanımlarken de belirttiğimi gibi biz yabancılık unsurunun yer ve kişi yanında ihtilâfın ekonomik niteliği gereği de mevcut bulunacağını kabul ettiğimizden, esasen zikredilen bu hallerde yabancılık unsuru zaten vardır.

⁶⁴ Fransız Yüksek Mahkemesi’nce daha ziyade kabul edilen milletlerarası ticareti etkileme koşuluna verilen klasik örnek, bir Fransız ile Hollandalı şirketin Fransa’da kurulan Fransız bağımlı şirketi arasında yapılan sözleşmenin milletlerarası olarak nitelendirilmesidir. **Delaume**, s. 265. Ancak somut olayda da bağımlı şirket ilişkisi ve kimi hallerde hâkim şirketin de sorumluluğunun söz konusu olabilmesi, ilişkiye müdahalede bulunabilmesi, hülâsa yabancı hâkim şirketin kendisi yabancılık unsuru teşkil edecektir. Ayrıca ilk bakışta tarafların iradelerine ağırlık verildiği izlenimi uyandıran bu görüş, tam tersi bir etki de doğurabilir. Nitekim, Fransız mahkemesince, bir Fransız ile yabancı arasında yapılan sözleşme, diğer bütün unsurları ile Fransız hukukuna ait olduğu gerekçesi ile “milletlerarası” unsurlu kabul edilmemiştir. **Delaume**, s. 265.

⁶⁵ Nitekim Alman *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* 27 nci maddesinde de Roma-I Tüzüğü’nden önce somut olayın bütün unsurları ile ilgili olduğu ülke hukuku dışındaki bir ülke hukukuna ilişkin hukuk seçimi yapılmasının, ilgili olunan ülkenin emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla mümkün olduğuna dair bir hüküm vardı. **Kropholler**, IPR, s. 299.

yapmışlarsa, mahkeme Türk hukukunda yer alan emredici kuralları, bu bağlamda Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı ve 27'nci maddelerini de dikkate alır, bunun dışında kalan konularda ise yine tarafların seçimine uygun olarak seçilen yabancı hukukun ilgili hükümlerini uygular. Ancak yürürlükteki hükümlerle dahi aynı sonuca ulaşılabilmesi mümkündür. Şöyle ki; tamamen Türk hukuku ile ilgili sözleşmede taraflar bir başka ülke hukukunun uygulanmasını seçmişlerse, tarafların aralarındaki ilişkiye yabancı hukukun uygulanmasına ilişkin iradelerini ortaya koyduğu şüpheden uzaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 26'ncı maddesi uyarınca taraflar sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde serbestçe belirleyebilir. Dolayısıyla tarafların yapmış oldukları seçim ile aralarındaki ilişkiye uygulanacak hükümleri doğrudan düzenlemek yerine, bunu yabancı hukuka atıf yaparak gerçekleştirdikleri şeklinde yorumlanabilir⁶⁶. Yabancı hukukun, Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırı düzenlemeleri açısından ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 27'nci maddesinin ikinci fıkrası kıyasen uygulanmak suretiyle sözleşme ayakta tutulup, somut ilişkiye Türk hukukunun emredici hükümleri dışında yabancı hukuk düzenlemelerinin uygulanmasını sağlamak mümkündür. Böylece hem suistimalin önüne geçilir hem de taraf iradelerini dikkate alınmış olur. Ancak, tartışmalardan kaçınabilmek adına açık bir yasal düzenleme yapmak daha yerinde olur kanaatindeyiz.

⁶⁶ Bu husus kanunlar ihtilâfi alanında sözleşmenin bir hükmü veya parçası haline getirme anlamına gelen *incorporation* ile açıklanmaktadır. *Incorporation* kavramı ve tarafların hukuk seçiminden farklı olduğu hakkında bkz. **Ekşi**, Nuray, "Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation", MHB 1999-2000, s. 263 vd.

2. Vasıflandırma Meselesi ve Ön Sorun

A. Genel Olarak

Usûl hukuku meselelerinin genel olarak *lex fori* 'ye tabi olacağına kabulü, “uygulanacak hukuk” sorununu çözer. Ancak, uygulanacak hukukun tespit edilmesinden önce somut uyuşmazlığın ilgili hukukî kurumlar karşısındaki niteliklerinin tespit edilmesi ve buna göre sınıflandırılması gerekir⁶⁷. Bu ise milletlerarası özel hukuk alanında vasıflandırma meselesini gündeme getirir.

Çalışmamız açısından usûl hukukuna dair mevzularda hangi hukukun uygulanacağına tespitinden önce, meselenin usûl hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı ait olduğunun nasıl belirleneceğinin ortaya konulması, diğer bir ifadeyle, vasıflandırma sorununun çözülmesi gerekir. Zira, mesele en baştan usûl hukukuna ait değilse, tartışma kalmaz ve ilgili kanunlar ihtilâfî kurallarına başvurulur.

Bu çerçevede, öğretilerdeki tartışmalardan hareketle, ilk olarak böyle bir ayırımın milletlerarası özel hukuk açısından gerekli olup olmadığı üzerinde durulmuştur.

Daha sonra ise vasıflandırma sorununun ortaya çıkışı ve nasıl çözülmesi gerektiği incelenmiştir. Son olarak da hem Kıta-Avrupası hukuku hem de Anglo-Sakson hukuku açısından maddi hukuk – usûl hukuku kuralı ayırımının nasıl yapılacağına ilişkin getirilen ölçütler ele alınmıştır. Bu bağlamda, nasıl aynı kavram ceza hukukunda, vergi hukukunda, medenî hukukta farklı anlamlarda kullanılıyorsa, milletlerarası özel hukuk noktasında da, vasıflandırmanın hangi hukuka göre

⁶⁷ Doğan, MÖH, s. 170; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 44; Çelikel/Erdem, s. 78; Nomer, DHH, s. 94; McClean, David/Beevers, Kisch, The Conflict of Laws, London 2009, s. 14; Tekinalp, Bağlama Kuralları, s. 37; Grunsky, ZZP 89, s. 245; Göğer, Kanunlar İhtilafı, s. 65.

yapıldığından bağımsız olarak aynı kavramların diğer hukuk dallarından farklı anlaşılabilmesi için ön kabulü ile hareket edilmiştir⁶⁸.

B. Maddi Hukuk Kuralı-Usûl Hukuku Kuralı Ayrımının Gerekliliği

Bütün hukuk sistemleri açısından maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralı ayrımı yapılmasının zorunlu olup olmadığı konusu öğretilerde uzun yıllar tartışılmıştır. Roma hukukunda iddianın kendisi ile dava hakkı bir bütün olarak ele alınmıştır⁶⁹. Maddi hukuk ile usûl hukukunun ayrımına ilişkin **Iustinianus**'un *Digestas*ında da herhangi bir düzenleme yer almamıştır⁷⁰.

Kıta-Avropası hukuku açısından söz konusu ayrımı ilk olarak 12'nci yüzyılda Fransız yazar **Placentin**, romanik *actio* ile *obligatio* 'yu ayırmak suretiyle maddi hukukun içeriğini azaltarak örtülü biçimde yapmış, fakat o dönem açısından marjinal kalmıştır⁷¹. 1265 yılında Fransa Parlamentosu önündeki bir uyuşmazlıkta davalı tarafın duruşma için mazeret bildirmesi ve bunu Normandiya hukukuna dayandırması üzerine konunun "*de processu causae*" (usûlî mesele) olduğu belirtilerek *lex fori* 'nin uygulanacağı ifade edilmiş, bu şekilde maddi hukuk-usûl hukuku ayrımı yapılmıştır⁷². Daha sonra, orta çağın son dönemlerinde maddi hukuk ve usûl hukukunu ayırmak için *ordonatoria litis* ve *decisoria litis* ayrımı yapılmıştır⁷³. **V. Savigny**'nin başını çektiği tarihsel hukuk okulu da, Roma hukukuna ait *actio* 'yu, maddi hukuka ait hakların gerçekleştirilmesi için özel hukuk sisteminin

⁶⁸ Vasıflandırmanın *lex fori* 'ye veyahut *lex causae* 'ya göre yapılması, kavramların ilgili ülkelerin maddi hukukları ile aynı şekilde anlaşılmasını zorunlu kılmaz. **Szásy**, s. 132-133.

⁶⁹ **Jaeckel**, s. 53.

⁷⁰ **Heldrich**, *Zustaendigkeit*, s. 14-15.

⁷¹ **Jaeckel**, s. 54.

⁷² **Heldrich**, *Zustaendigkeit*, s. 14-15; **Ailes**, Edgar H., "Substance and Procedure in the Conflict of Laws", *Michigan Law Review* 1940-1941/39, s. 393.

⁷³ **v. Craushaar**, s. 20.

çekirdeği olarak kabul etmiştir⁷⁴. Ancak ayırım esas itibariyle 19’uncu yüzyılın ikinci yarısında öğretici tarafından uygulamaya kazandırılmıştır⁷⁵. Bu bağlamda, maddi hukuk ile usûl hukukunun ayrılığı kesin bir biçimde **Windschied** tarafından “talep”(Anspruch) kavramı geliştirilerek temellendirilmiştir⁷⁶.

Anglo-Sakson hukukunda maddi hukuk-usûl hukuku ayırımının babası *Of Laws in General* isimli eseriyle **Jeremy Bentham**’dır⁷⁷. Açık bir ayırım yapmamakla beraber **Blackstone** da hakları tanımlamakta ve maddi hukuka ilişkin olduklarını söylemekte, usûle ait olduklarını belirtmeksizin hukukî çareleri ayrık tutmaktadır⁷⁸.

Öğretide özellikle Anglo-Sakson hukukçularının bir kısmı tarafından maddi hukuk ile usûl hukuku kavramlarının kendine has anlamlarının olmadığı, anayasa hukuku açısından maddi hukuk konusu olan bir hususun başka bir dal açısından usûl hukuku mevzuu olabileceği belirtilmiştir⁷⁹. Yazarlar, esasen böyle bir ayırımın yapay ve yanıltıcı olduğunu, hakkın elde edilmesi için başvurulacak hukukî çarenin de aslında bizatihi hakkın bir parçasını teşkil ettiğini, hukuken çaresiz bir hakkın yaptırım olmayan bir emir gibi görüleceğini ve aslında hukuktan söz edilemeyeceğini, hukukî çarenin de maddi hukuk olduğunu ifade etmiştir⁸⁰.

⁷⁴ **v. Savigny**, Friedrich, *System des heutigen römischen Rechts*, C., V Berlin 1841, para. 205, s. 5, http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/savigny_system05_1841?p=19 (son erişim tarihi: 17.2.2014).

⁷⁵ **Jaekel**, s. 53; **Arens**, Peter, “Prozessrecht und materielles Recht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, C. 173, s. 250.

⁷⁶ **Zöllner**, Wolfgang, “Materielles Recht und Prozessrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis*, C. 190, s. 473; **Geimer**, s. 108; **Jaekel**, s. 55.

⁷⁷ **Risinger**, Michael D., “Substance and Procedure Revisited with Some Afterthoughts on the Constitutional Problems of Irrebuttable Presumptions”, *UCLA Law Review* 1982/30, s. 191. Esasen yazar **Bentham**’dan önce yapıldığı söylenen ayırımın da maddi hukuk – usûl hukuku ayırımı değil hak-hukukî çare ayırımı olduğunu iddia etmiştir. Ancak yukarıda zikrettiğimiz Fransa Parlamentosu kararında açıkça konunun usûle ilişkin olduğu ifade edilmiştir.

⁷⁸ **Main**, Thomas. M., “Overcoming the Substance-Procedure Dichotomy”, s. 5, http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=thomas_main (son erişim tarihi: 17.12.2013).

⁷⁹ Yazarlar için bkz. **Ailes**, s. 393-394.

⁸⁰ **Chamberlayne**, Charles F., *A Treatise on the Modern Law of Evidence*, Cilt I, London 1911, s. 217. Cornell University Library, <http://ia600407.us.archive.org/30/items/cu31924020154310/cu31924020154310.pdf> (son erişim tarihi: 17.12.2013).

Cook, ulaşılmak istenen gayeye göre her Şeyi maddi hukuk olarak tanımlamanın kabul edilebileceğini, ancak kanunlar ihtilâfı kuralları açısından konuya yaklaşıldığında, sınır çizilmesinin gerekli olduğunu belirtmiřtir⁸¹. **Ailes** ise böyle bir ayırım yapmanın hukukî düşünce açısından faydalı olacağını, yıllardır yapılması sebebiyle insanoğlunun bir alışkanlığı haline geldiğini, o nedenle yapılmasının pratik açıdan da daha uygun olacağını belirtmiş, ancak bu ayırımın "zorunlu" olmadığını ifade etmiřtir⁸².

Benzer bir yaklaşım ile Kıta-Avrupası'nda da maddi hukuk ile usûl hukuku arasında açık bir ayırımın yapılmasına şüphe ile yaklaşılması gerektiği, zira kanun koyucunun ulaşmak istediği amaç açısından maddi hukuku veya usûl hukukunu araç olarak kullanabileceği, bu manada maddi hukuk ile usûl hukuku kurallarının değişken olduğu ileri srlmřtr⁸³.

Öğretide hâkim görüş, maddi hukuk kuralları ile usûl hukuku kuralları arasında böyle bir ayırım yapılmasının zorunlu ve gerekli olduğunu ynndedir⁸⁴. **Graveson**, herhangi bir kuralın maddi hukuk kuralı mı yoksa usûl hukuku kuralı mı olduğunun tespitinin pek çok olay bakımından davanın kazanılmasını sağlayacağını savunur⁸⁵.

Hâkim **Holmes**, 1895 tarihli bir kararında bu durumu ř Şekilde ortaya koyar:

“Yapıldığı yerde geçerli olan sözleşme her yerde geçerlidir, ancak bu onun her yerde uygulanabilir olmasını gerektirmez”⁸⁶. Hâkim **Holmes**'in ifadesinde yer alan birinci kısım maddi hukuk açısından esasen bütün ülkeler yönünden yeknesaklığın sağlanmasını öngörürken, ikinci kısım usûlî konularda ülkelerin özgün düzenlemelere sahip olduğu ve bunun gereğini özgürce yerine getirebileceklerini

⁸¹ **Cook**, Walter. W., “Substance and Procedure in the Conflict of Laws”, Yale Law Journal 1932-1933/42, s. 336-337.

⁸² **Ailes**, s. 404-406.

⁸³ **Geimer**, s. 24 ve s. 157.

⁸⁴ **Nygh**, s. 279.

⁸⁵ **Graveson**, Ronald H., Conflicts of Law, London 1974, s. 590. Aynı görüşte bkz. **Nygh**, s. 279.

⁸⁶ **Ailes**, s. 393'ten naklen.

ifade eder. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi de ilk kez *Erie R. R. v. Tompkins* kararında maddi hukuk ile usûl hukuku arasında ayırım yapmış ve mahkemenin hangi usûl hukukuna göre yargılamayı yaptığından bağımsız olarak bir devletin maddi hukukunu uygulamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir⁸⁷. Ancak mahkemece bir hukukî meselenin maddi hukuk mu yoksa usûl hukuku sorunu olarak mı ele alınacağı sorusuna ilişkin kriter belirtmekten kaçınılmıştır⁸⁸. Genel olarak maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralı ayırımının temel sebebi olarak, uyumsuzluk yabancılik unsuru barındırsa dahi usûl hukukuna ilişkin mevzularda, olayın esasına uygulanacak hukuktan bağımsız biçimde, mahkemenin hukukunun yani *lex fori*'nin geçerli olması gösterilmektedir⁸⁹.

Kanaatimizce milletlerarası özel hukukun ortaya çıkış sebebi ve tarihsel süreç dikkate alındığında, salt bir alışkanlık olması nedeniyle maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralı ayırımının yapılacağını söylemek yerinde değildir. Bir alışkanlık olmanın ötesinde somut olayın esasına uygulanacak hukuku doğru tespit edebilmek ve gerçekten milletlerarası özel hukuk adaletini⁹⁰ sağlayabilmek adına sağlıklı bir biçimde maddi hukuk kuralı ve usûl hukuku kuralı ayırımı yapılması zorunludur.

⁸⁷ Karar metni için bkz. <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/304/64> (son erişim tarihi: 17.2.2014).

⁸⁸ **Jaeckel**, s. 67.

⁸⁹ **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 75; **Dicey/Morris/Collins**, s. 177; **Radhakrishnan, A.**, "Substance and Procedure in Private International Law", *Singapour Law Review* 1983/4, s. 131; **Panagopoulos, G.**, "Substance and Procedure in Private International Law", *Journal of Private International Law*, 2005/1, s. 69; **Ailes**, s. 392; **Dolinger, Jacob/Tiburcio, Carmen**, "The Forum Law Rule in International Litigation--Which Procedural Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or Lex Diligentiae?", *Texas International Law Journal*, 1998/33, s. 428.

⁹⁰ Tabiatıyla her ülke kendi düzenlemelerini yaparken bunların adil olduğu düşüncesi ile hareket etmektedir. Fakat ilgili hukuk düzeni millî meseleler açısından ne kadar adil olursa olsun, taraflar ya da hukukî ilişki açısından hiç hesaba katılamayacak konumda ise adaletsiz neticeler doğuracaktır. Ancak hukukî ilişki veya tarafları açısından, hadisenin vuku bulduğu yer veyahut da hukukî ilişkinin niteliği itibarıyla en adil ve en uygun çözüm ortaya koyabilecek kural tespit edilirse milletlerarası özel hukuk adaleti elde edilebilir. Bu nedenle, maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralını ayırmaksızın bu neticeyi sağlamak mümkün değildir. Milletlerarası özel hukuk adaleti için ilk kez bkz. **Kegel, Gerhard**, "Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht", *Festschrift für Hans Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor*, Basel 1953, s. 270. Aynı yönde **Çelikel/Erdem**, s. 34; **Tekinalp**, *Bağlama Kuralları*, s. 28 vd.; **Kropholler**, *IPR*, s. 31 vd.; **Kegel/Schurig**, s. 42 vd.

Nitekim yapacağımız vasıflandırma pek çok dava açısından neticeyi etkiler. Örneğin zamanaşımı sorununu usûl hukuku olarak belirlemek, olayın esasına uygulanacak hukuk açısından farklı bir zamanaşımı süresinin öngörülmesi halinde davanın kabulü veya reddi neticesi doğurabilir⁹¹. Ayrıca, mesele maddi hukuka ait olarak nitelendirilirse, doğrudan uygulanan bir kural olmadığı sürece kanunlar ihtilâfi kuralları direkt dikkate alınacakken, usûl hukukuna ait olduğu tespit edilirse, bir sonraki bölümde inceleneceği gibi, her bir sorun açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekir⁹².

Hangi kuralın usûl hukukuna hangisinin maddi hukuka ait olduğu tespit edilirken bir ölçüte ihtiyaç vardır. Basit bir ayırım ile usûl kanunlarında yer alan kurallar usûl kuralı, diğer kanunlarda yer alan kurallar ise maddi hukuk kuralı demek sorunun çözümüne yardımcı olmaz⁹³. Zira maddi hukuku düzenleyen pek çok kanunda usûle ilişkin birçok kural olduğu gibi,⁹⁴ usûle ilişkin bir kanunda da pekala maddi hukuk kuralı⁹⁵ bulunabilir. Hatta çağdaş pek çok maddi hukuk kuralının usûl kuralı orijinli olduğu ifade edilmektedir⁹⁶. Aynı şekilde bir hükmün taraflara mı yoksa hâkime mi yöneldiğine bakılarak da ayırım yapılabilmesi mümkün değildir, zira usûl hükümlerinin bir kısmı hâkime yönelik iken bir kısmı da taraflara yöneliktir⁹⁷.

⁹¹ Nygh, s. 279.

⁹² Bkz. a.ş. s. 48 vd.

⁹³ Arnold, Lex fori, s. 47 ve s. 54; Stein/Jonas/Brehm, vor Art. 1, para. 33; Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 77; Riezler, s. 104.

⁹⁴ Örneğin Türk Medenî Kanunu'nun 32'nci maddesinde gaiplik kararını verecek yetkili mahkeme, 33'üncü maddesinde yargılama usûlü, 160'inci maddesinde evlenmenin butlanı davası açısından yetki ve yargılama usûlü, 168'inci maddesinde boşanma davasında yetkili mahkeme, 177'nci maddesinde nafaka davalarında yetki, 201'inci maddesinde evlilik birliği içerisinde alınacak geçici hukukî himaye tedbirleri açısından yetkili mahkeme düzenlenmiş, bunlar yanında 207, 210, 214, 283, 284, 326, 365, 436, 576'nci maddelerinde ve Türk Ticaret Kanunu'nun 5'inci maddesinde de usûle ilişkin mevzular yer almıştır.

⁹⁵ Usûl kanununun içerisinde yer almasına rağmen hâkimlerin hukukî sorumluluğunu düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46'nci maddesi pekala sorumluluğun ortaya çıkmasına sebep olacak koşul vakıaları düzenleyen, adeta Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan haksız fiil hükmü gibi, bir maddi hukuk kuralıdır.

⁹⁶ Ailes, s. 402.

⁹⁷ Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 77. Örneğin delillerin serbestçe değerlendirileceğine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 198'inci maddesi hâkime yönelik iken 61'inci maddesinde

Dolayısıyla, doğru bir ayırım yapılabilmesi için yol gösterici bir ölçüt getirme ihtiyacı vardır. Şayet böyle bir ölçüt mahkemelere sunulamazsa, kendi kuralını –*lex fori*’yi– uygulamak isteyen mahkemelerden keyfi kararlar çıkabilir⁹⁸. Nitekim *The Halcyon Isle* kararında⁹⁹ Singapur mahkemesi, Londra hukukuna göre kurulmuş *mortgage* ile New York hukukuna göre tamir sebebiyle sahip olunan gemi rehninden hangisinin malın satımında alacağını öncelikle alacağını tespit ederken, oy çokluğuyla rüçhanıyetin bir usûl hukuku meselesi olduğuna karar vermiştir. Bu sebeple kendi hukukunu uygulayan mahkeme, geminin tamirini gerçekleştiren kimsenin Singapur hukukuna göre gemi rehni sahibi olamayacağını, oysa *mortgage*’ın Singapurda mümkün olduğunu belirterek gemi rehnine göre rüçhanı olduğunu belirtmiştir. Görüldüğü üzere mahkeme kararında gemi rehni kurulması, tamamen usûl bir mesele olarak ele alınmıştır. Oysa gemi rehninin, içerisinde çeşitli hakları bulundurduğu ve bu hakların ileri sürülmesinin maddi hukuka ilişkin olduğu şüpheden uzaktır. Bu nedenle, kanaatimizce, mesele *lex fori*’ye göre değil, olayın esasına uygulanacak hukuk olan *lex causae*’ya göre halledilmeli idi.

Dicey İngiliz mahkemelerinin usûl hukuku kuralına mümkün olan en geniş anlamı verdiklerini,¹⁰⁰ zira, tarihsel olarak Anglo-Sakson hukukunda mümkün olduğunca *lex causae*’nın uygulanmasından kaçınılmak istendiğini belirtmektedir¹⁰¹.

düzenlenen davanın ihbarı tarafa yönelmiştir. Yargılamanın hangi aşamasına kadar delillerin getirilebileceğine dair 145’inci madde ise, hem hâkime hem de taraflara yöneliktir.

⁹⁸ **Riezler**, s. 104. Ayrıca bkz. **Nomer**, Usul, s. 39.

⁹⁹ *The Halcyon Isle* (Bankers Trust International Limited v. Todd Shipyards Corporation) [1981] A.C. 221, [1980] 2 Lloyd’s Rep. 325; **Tetley**, William, “Maritime Liens in the Conflict of Laws”, Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. von Mehren, Transnational Publishers Inc., Ardsley, N. Y. 2002, s. 12-13.

¹⁰⁰ **Dicey/Morris/Collins**, 1. Baskı, s. 712

¹⁰¹ **Nussbaum**, Grundzüge des internationalen Privatrechts, s.179. Bu durumun yabancı hukukun uygulanmasından kaçmaktan ziyade İngiliz hukuk sisteminde, usûlün oldukça merkezi bir rol üstlenmesi, ayırımın hak ve hukukî çare üzerine yapılması sebepleriyle ortaya çıktığı da ileri sürülmüştür. **Schack**, IZVR, s. 16; **Garnett**, Richard, Substance and Procedure in Private International Law, Oxford 2012, para. 2.03.

Türk hukuku açısından da Yargıtay'ın 1979 tarihli bir kararı örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu karara konu olayda taraflardan birinin gönderdiği teyit mektubunda, aralarında çıkacak uyuşmazlıklarda Alman hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Yargıtay, bu durumda tarafların aralarındaki ilişkiye Alman hukukunun uygulanacağını ifade ettikten sonra, kamu düzenine ve imar hükümlerine aykırı yabancı hukuk kurallarının uygulanmayacağını belirtmiş, bütün emredici kurallar açısından mahkemenin bulunduğu yer kanununun uygulanacağını, zamanaşımının kendisinin kamu düzenine ilişkin olmamasına rağmen mahkemenin bulunduğu yer kanununun tayin ettiği azami zamanaşımı süresinin âmir bir hüküm olduğunu belirterek *lex fori*'nin tespit ettiğinden daha uzun bir süre öngören yabancı hukukun uygulanamayacağını ifade etmiştir¹⁰². Dolayısıyla Yargıtay, zamanaşımı konusunda yabancı hukukun uygulanabilmesini, ilgili yabancı hukukta yer alan zamanaşımı süresinin Türk hukukundakinden kısa olmasına bağlamıştır. Söz konusu karar maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralı ayırımına dayanmamakla beraber, mahkemelerin kendi hukuklarını uygulama eğilimlerini göstermesi bakımından önemlidir¹⁰³. Mahkemenin kendi hukukuna aşına olması, bu şekilde yabancı hukuku araştırma zahmetinden kurtulacak olması, nasyonel bir egoizm ile kendi millî kanunlarını üstün görmesi ve kimi hallerde karşılıklılık düşüncesi buna neden olabilir¹⁰⁴. Nitekim, Yargıtay'ın zamanaşımı konusunda hassas davranarak Türk hukukunu uygulama gayretiyle bu şekilde bir yorum getirdiği anlaşılmaktadır¹⁰⁵. Bu tür kararların ortaya çıkmaması için doğru bir ölçüt ile maddi hukuk kuralı ve usûl hukuku kuralı

¹⁰² Yargıtay 11. HD, E. 1979/1512, K. 1979/1798, T. 5.4.1979, www.hukukturk.com (son erişim tarihi: 17.12.2013).

¹⁰³ **Nomer**, Usul, s. 39, dn. 51.

¹⁰⁴ **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 112; **Riezler**, s. 104; **Nussbaum**, DIPR, s. 384.

¹⁰⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 8 inci maddesinde zamanaşımının hukukî işlem ve ilişkinin esasına –*lex causae*'ya– tabi olduğu açıkça düzenlenmiştir. Oysa, aşağıda ayrıntılı olarak belirteceğimiz maddi hukuk kuralı usûl kuralı ayırımına ilişkin doğru bir ölçüt ile bu şekilde bir düzenlemeye gerek olmaksızın sorun çözülecektir. Zira kanun koyucunun günlük hayatın akışında ortaya çıkacak her sorunu önceden tespit edip kazuistik olarak ve her olay için tek tek düzenleyebilmesini beklemek makul olmaz.

ayrılmalıdır. Aksi takdirde, böyle keyfi bir yaklaşımla hem kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasında istenmeyen sonuçlar doğması hem de *forum shopping*¹⁰⁶ teşvik edilir¹⁰⁷. Ayrıca, hâkimin kendi hukukunu uygulamak saikiyle yapılacak bir sınıflandırmayla maddi hukuku sınırlamak, hem usûl hukukunun maddi hukuka hizmet etmesi amacı ile var olması sebebiyle yöntem olarak¹⁰⁸ hem de milletlerarası özel hukuk kurallarına göre tespit edilen hukuk düzeninin olaya uygulanacak maddi hukuk kuralları açısından uygun olmaz¹⁰⁹.

C. Maddi Hukuk Kuralı-Usûl Hukuku Kuralı Ayrımı

I. Genel Olarak

Maddi hukuk ve usûl hukuku kuralı ayrımı, milletlerarası özel hukuk açısından bir vasıflandırma problemidir. Her hukuk sistemi, yaşamda gerçekleşen olayları karşılayan, onların hukukî olarak çerçevesini çizen belli kavramlara sahiptir¹¹⁰.

Meselenin asıl ortaya çıkış sebebiyse, çok çeşitli hukuk sistemlerinde yer alan hukukî kavramların muğlaklığı ve birbirinden farklı düzenlenmelerdir¹¹¹. Nitekim bir hukuk sistemi içerisinde dahi aynı kavramın farklı hukuk dallarında değişik şekilde

¹⁰⁶ *Forum shopping*, davacının somut uyuşmazlığı çözmek bakımından milletlerarası yetkisi olan birden fazla mahkemeden birini kendi lehine olduğu kadar karşı tarafı da zor duruma düşüreceği için ve genel olarak stratejik davranışlar yahut keyfi hareketler ile tercih etmesidir. **Schack**, IZVR, s. 98; **Schwartz**, Andreas, "Internationales Forum Shopping mit Blick auf das günstigste Sachrecht", Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag, s. 415; **Linke/Hau**, s. 64; **Geimer**, s. 423; **Kegel/Schurig**, s. 460; **v. Bar/Mankowski**, s. 460; **Bell**, Andrew S., Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation, New York 2003, s. 5 vd.

¹⁰⁷ **Nagel/Gottwald**, s. 34. Örneğin, taraflar yapmış oldukları sözleşmede uygulanacak hukuku belirlemişler ve bu hukuk çerçevesinde alacak zamanaşımına uğramış olsa bile davacı zamanaşımını usûl hukukuna ait olarak kabul eden bir ülkede dava açmanın yollarını arayarak söz konusu engeli aşmaya çalışacaktır. Ancak Alman hukuku açısından *forum shopping*'in meşru olduğu kabul edilmektedir. **Nagel/Gottwald**, s. 188; **Schwartz**, s. 419 vd.

¹⁰⁸ Usûl hukukunun prensip olarak maddi hukukun gerçekleştirilmesine hizmet etme karakterini muhafaza etmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. aşağıda s. 35 civarı.

¹⁰⁹ **Riezler**, s. 104.

¹¹⁰ **Schnitzer**, Adolf, Handbuch des internationalen Privatrechts, C. I, Basel 1957, s. 94.

¹¹¹ **Doğan**, MÖH, s. 170; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 44; **Rauscher**, s. 109; **Silm**, Maximilian, Die Theorie der Qualifikation, Münih 2009, s. 5; **Nomer**, Usul, s. 38; **Kropholler**, IPR, s. 114; **Kegel/Schurig**, s. 327; **Jaekel**, s. 74; **Göger**, Kanunlar İhtilafı, s. 66; **Riezler**, s. 101.

anlaşılabilmesi mümkündür. Örneğin bir kavramın ceza hukuku açısından taşıdığı anlam ile borçlar hukukunda ifade ettiği anlam çok farklı olabilir. Keza, vergi hukukundaki “ikametgah” kavramı ile medenî hukukta kullanılan “ikametgah” kavramı farklı hususları ifade edebilir. Aynı durum çeşitli hukuk sistemleri açısından da geçerlidir; öyle ki milletlerarası özel hukukta bu, neredeyse bütün kavramlar için söz konusu olur ve mesele iç hukuktakinden daha karmaşık ve çözümü daha zor olarak ortaya çıkar.

Kavramsal olarak vasıflandırma, klasik kanunlar ihtilâfı hukukunda çığır açan **Kahn**¹¹² ve **Bartin**'in, birbirinden bağımsız olarak keşfettikleri¹¹³ ve yüz yıldan fazla zamandır kanunlar ihtilâfı alanını meşgul eden bir meseledir¹¹⁴. Bu yazarların keşfettiği ve aslında isimlendirdiği günden itibaren, probleme¹¹⁵ ilişkin öğretilerde çok sayıda çalışma yapılmış, ancak vasıflandırma meselesine ilişkin evrensel bir görüş ortaya çıkartılamamıştır¹¹⁶.

Vasıflandırma genel bir ifadeyle bir kişi, bir şey veya bir yaşam olayının niteliklerini tespit etmek (*Charakterisierung-characterization*) ve yapılan tespite göre önceden belirlenmiş olan sınıflardan biri içerisinde (*Einzuordnung-classification*) mevzuu mütaala etmektir¹¹⁷. Bir hukuk terimi olarak vasıflandırma ise, somut bir

¹¹² **Kahn**, Franz, “Gesetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts”, Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 30, s. 107 vd.

¹¹³ Yargısal kavramların da tıpkı doğa bilimleri ve teknikte olduğu gibi “keşfedilebileceğini” kavramsal olarak ilk defa **Dölle** 42. yargı yılı açılışındaki konuşmasında ifade etmiştir. **Weber**, Qualifikation, s. 3.

¹¹⁴ **Kropholler**, IPR, s. 113; **Junker**, Abbo, Internationales Privatrecht, Münih 1998, s. 133; **MüKo-BGB/Sonnenberger**, EGBGB-Einleitung, para. 481; **v. Bar/Mankowski**, s. 525 vd.; **Weber**, Qualifikation, s. 3-4; **Keller**, Max/**Siehr**, Kurt, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, s. 435; **Ferid**, s. 90; **Raape/Sturm**, s. 277; **Szásy**, s. 130; **Schnitzer**, s. 95; **Rabel**, Ernst, “Das Problem der Qualifikation”, RabelsZ 1931, s. 242.

¹¹⁵ Azınlıkta da olsa vasıflandırmayı ya tamamen bir problem olarak görmeyen ya da kapsamını oldukça daraltan yazarlar da mevcuttur. Söz konusu yazarlar için bkz. **Weber**, s. 126.

¹¹⁶ **Keller/Siehr**, s. 435.

¹¹⁷ **Doğan**, MÖH, s. 170; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 44 vd.; **Rauscher**, s. 109; **Bogdan**, Michael, Private International Law as Component of the Law of the Forum, The Hague 2012, s. 170; **Çelikel/Erdem**, s. 77 vd.; **Nomer**, Usul, s. 38; **Junker**, s. 133; **Kropholler**, IPR, s. 114; **Weber**, s. 215.

uyuşmazlığın hukukî niteliğinin tespit edilmesidir¹¹⁸. Başka bir anlatımla, somut bir vakıanın olası uygulanacak hukuklar açısından anlamının tespit edilmesi, ilgili vakıanın hangi hukuk kurumu bağlamında ele alınacağına ortaya konulmasıdır¹¹⁹. Doğal bilimlerle karşılaştırılacak olsa, vasıflandırma ile gerçekleştirilen, “türün belirlenmesi”dir¹²⁰.

Hukukun uygulanması esas itibarıyla bir atılma ve yorumlama meselesidir¹²¹. Her türlü hukukî uyuşmazlığın çözümünde öncelikli olarak onun temel nitelikleri ve buna göre sınıfı belirlenmeli ki (vasıflandırma) atılma faaliyeti tamamlanabilsin.

Nitelendirme yapılırken, somut olayın alelade her özelliği değil, bilakis sınıflandırmanın da temeli olan özellikleri ele alınır¹²². Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından da ancak nitelendirme ve sınıflandırmadan sonra hâkim uygulanacak hukukun hangisi olduğunu belirleyebilir. Dolayısıyla vasıflandırma milletlerarası özel hukuk açısından da, diğer hukuk dallarında olduğu gibi¹²³, öncelikle halledilmesi gereken bir meseledir.

İnceleme konumuz açısından sorun, daha ziyade iki sınıfın –maddi hukuk ve usûl hukuku– sınırında kalan olaylarda ortaya çıkar¹²⁴. Konunun önemini yaygın bir örnek üzerinden izah etmekte yarar görüyoruz. Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık mevcut ve davaya bakan mahkemenin kanunlar ihtilâfı kuralları gereğince söz konusu olayın esasına yabancı bir ülke hukukunun uygulanması gerekmektedir. Mahkemenin esas hakkında karar verilebilmesi için cevaplanması

¹¹⁸ Doğan, MÖH, s. 170; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 44 vd.; Rauscher, s. 109; Çelikel/Erdem, s. 77 vd.; Nomer, Usul, s. 38; Junker, s. 133; Kropholler, IPR, s. 114.

¹¹⁹ Riezler, s. 101.

¹²⁰ Kropholler, IPR, s. 114.

¹²¹ Raape/Sturm, s. 276.

¹²² Weber, s. 231.

¹²³ Örneğin borçlar hukukunda sıkça karşılaşılan ve önemli neticeleri olan borcun kaynağının sözleşme mi yoksa haksız fiil mi olduğu meselesi, teknik anlamda bir vasıflandırma sorunudur. Burada da yapılan, somut olayın özelliklerini tespit etmek, bu özellikler neticesinde elimizde bulunan sınıflardan birine (borcun kaynağı olarak sözleşme yahut haksız fiil) yerleştirmektir.

¹²⁴ Weber, s. 232.

gereken sorulardan biri, hâkimin hukukunda maddi hukuka, olayın esasına uygulanacak ülke hukukunda usûl hukukuna ait olarak kabul edilmektedir. Şu halde bu bölüme kadar yaptığımız açıklamalar dikkate alınacak olursa, davayı gören mahkeme kendi hukukunu uygulayamaz. Zira, meseleyi maddi hukuka aittir ve kanunlar ihtilâfı kuralları gereği yabancı maddi hukuk kuralları yetkilidir. Aynı şekilde yabancı hukukun da uygulanabilmesi mümkün değildir. Zira yetkili yabancı hukuk açısından mesele usûl hukukuna ait olarak nitelendirilmiştir, oysa hâkim ancak yabancı maddi hukuku uygulayabilir, yabancı usûl kuralını uygulayabilmesi mümkün değildir. Şayet tartışma konusu kural zamanaşımına ilişkin ise söz konusu hakkın hiçbir durumda zamanaşımına uğramaması gibi –aslında beklenmeyen ve dahi istenmeyen– bir netice çıkar¹²⁵. Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesi 1892 tarihli *Tennessee Wechsel* olayında, esasa Amerikan hukuku uygulanırken, Amerikan hukukunun zamanaşımı hükmünü usûl hukukuna ait olduğu gerekçesi ile uygulamamış, Alman hukuku açısından zamanaşımı maddi hukuk meselesi olarak nitelendirildiği için Alman hukukunda yer alan zamanaşımına ilişkin hükmü de yine dikkate almamıştır¹²⁶.

Aynı sorun, somut olaya ilişkin hukukî kurumun ilgili ülkelerden birinde düzenlenmemesi halinde de ortaya çıkar¹²⁷. Örneğin tanıkla ispat yasağına ilişkin bir hüküm Türk hukukunda mevcut iken Alman hukukunda yer almamaktadır. Alman hâkimin söz konusu hükmü nitelendirirken, doğrudan Alman hukukunda karşılaştırılabileceği bir kurum yoktur, olsa olsa hipotetik olarak bir değerlendirme yapılabilir¹²⁸. Şu halde kurumun nasıl değerlendirildiği uyuşmazlık açısından oldukça önemlidir.

¹²⁵ **Kegel/Schurig**, s. 328.

¹²⁶ **Schack**, IZVR, s. 204; **Rixen**, s. 11-12; **Junker**, s. 135; **Ferid**, s. 90; **Raape/Sturm**, s. 276.

¹²⁷ **Kegel/Schurig**, s. 332-334; **Radtke**, s. 41; **Ferid**, s. 94.

¹²⁸ **Rixen**, s. 12.

Vasıflandırmanın nasıl yapılacağı değerlendirilirken dikkate alınması gereken diğer bir husus, ele alınan vakiya ilişkin altlama ve yorumlama ihtiyacının, somut meselenin ilk elden nasıl nitelendirileceği noktasında mı¹²⁹, yoksa içeriğe ilişkin başka bir hukuk düzeninin de kullandığı kavrama dair mi çıktığı ayrımının yapılmasıdır¹³⁰. Bu ayımdan hareketle, öğretide bir görüş, vasıflandırmanın iki derecede yapıldığını ileri sürmektedir¹³¹. İlki, belli bir hukuk uygulanıncaya kadar yapılacak olan vasıflandırma, ikincisi ise uygulanacak hukukun tespitinden sonra somut olayı ilgili hukuk sisteminde yer alan kurallar açısından, örneğin eşya hukuku, borçlar hukuku, ticaret hukuku gibi, kavramların vasıflandırmasıdır¹³². Ancak ikinci kısımda yapılanın teknik manada vasıflandırma olmadığı, yalnızca uygulanması gereken yabancı hukuk normlarının yorumlanmasından ibaret olduğu da iddia edilmiştir¹³³. Özellikle ilgili hukukî kurumun *lex fori*'nin hukukunda düzenlenmediği hallerde iki dereceli vasıflandırma sıkıntı yaratır ve yeteri kadar zorlu olan vasıflandırma meselesini daha da karmaşık hale getirir¹³⁴. Ancak yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıkların çözülmesinden önce halledilmesi gereken meselenin mutlak surette iki aşamalı olarak ele alınması gerekir. İlk aşamada, somut yaşam ilişkisinin hukuk kuralları açısından konumunun belirlenmesi –örneğin maddi hukuk kuralı mı usûl hukuku kuralı mı– söz konusu olur. İkinci seviyede ise yapılan bu ilk belirlemeden –vasıflandırma– sonra, somut olayın kanunlar ihtilâfı kuralları ile ulaşılan ilgili hükümlerin kapsamı çerçevesinde ele alınıp alınamayacağı hususunun değerlendirilmesi şarttır. Nitekim ilk aşamada şayet mesele usûl hukukuna ait olarak kabul edilirse, hiç kanunlar ihtilâfı kurallarına gidilmeden mahkemenin usûl

¹²⁹ Örneğin uygulanacak bir hükmün usûl hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı ait olduğu noktasındaki vasıflandırma bu türdendir.

¹³⁰ Riezler, s. 103.

¹³¹ Schnitzer, s. 102-103.

¹³² Sonnenberger, s. 205; Schnitzer, s. 102-103.

¹³³ Nomer, DHH, s. 98; Sonnenberger, s. 205.

¹³⁴ Sonnenberger, s. 205.

kurallarının uygulanması ve artık salt iç hukuka ait bir uyumsuzluk mevcutmuş gibi usûl kurallarının yorumlanması söz konusu olabilir¹³⁵. Netice itibariyle her iki aşamada da yapılan, yaşam ilişkisini ele alırken soyut hukuk kurallarının sınırlarını belirlemek ve dolayısıyla onları yorumlamaktır¹³⁶. Bu manada vasıflandırma ile yapılan, somut olayın, soyut hukuk kuralları karşısında konumunu belirlerken, onları yorumlamaktır¹³⁷. Bu nedenle iki aşamalı bir vasıflandırmadan söz etmek yanlış olmaz.

Nomer dışında Türk milletlerarası özel hukukunda vasıflandırma konusunda iki aşamadan genellikle söz edilmemiş, tartışma daha ziyade bağlama konusunun vasıflandırılması üzerinden yapılmıştır¹³⁸. Bu kısımda özellikle vasıflandırmanın *lex fori* 'ye göre mi yoksa *lex causae* 'ya göre mi yapılacağı üzerinde durulmuştur.

Bir kavramın maddi hukuka mı usûl hukukuna mı ait olduğu tespit edilirken, ilk cevaplandırılması gereken soru hangi ülke hukukuna göre vasıflandırmanın yapılacağına belirlenmesi, ikincisi o hukuk sistemi açısından hangi ölçüt kullanılarak ayırımın gerçekleştirileceğinin tespit edilmesidir. Bu çerçevede öncelikle hangi ülke hukukuna göre ayırımın yapılması gerektiğinin üzerinde durulmuş, daha sonra Kıta-Avrupası hukuku ve beraberinde Türk hukuku ile Anglo-Sakson hukuku

¹³⁵ Yabancılık unsuru içeren bir olay incelenirken bilinçli veya bilinçsiz olarak üç aşama takip edilir. İlk olarak meselenin veya yaşam ilişkisinin vasıflandırması yapılarak –kural olarak usûl hukuku meselesi olmamak kaydıyla– ilgili kanunlar ihtilâfi normu tespit edilir, ikincisi ilgili kanunlar ihtilâfi normunda yer alan bağlama noktasından hareketle uygulanacak hukuk belirlenir ve son olarak somut olayın uygulanacak hukuk içerisinde kapsamı ortaya konulur ki, ilk ve son aşama esas itibariyle bir vasıflandırma faaliyetidir. **Walter**, Selb, “Martin Wolff und die Lehre von der Qualifikation nach der lex causae im internationalen Privatrecht”, Archiv für die civilistische Praxis, C. 157, 1958/1959, s. 342.

¹³⁶ **Weber**, Qualifikation, s. 123. Nitekim **Nomer** bu tür iki dereceli vasıflandırmaya karşı çıkarken, ikinci aşamada söz konusu olanın vasıflandırma değil, yalnızca yorum meselesi olduğunu ileri sürmüş olmasına rağmen, yazar konuyu ele alırken bölüm başlığını “Bağlanma Konusu ve Tefsiri (Vasıflandırma)” koyarak ikisinin netice itibariyle birbirinden farklı olmadığını kabul etmiştir. Kaldı ki, eski tarihli bir makalesinde, her ikisinin de vasıflandırma olduğunu belirtmiştir. **Nomer**, Ergin, “Devletler Hususi Hukukunda Ön Mesele”, İÜHF 1961/1-4, s. 342. Eğer yakından ele alırsa her iki durumda da yapılanın yaşam ilişkisinde ortaya çıkan bir vakianın bir hukuk kuralı çerçevesinde sınıflandırılması olduğu yönündeki görüş için bkz. **Junker**, s. 137. Her vasıflandırmanın bir yorum gerektirdiği hakkında bkz. **Arnold**, Lex fori, s. 56.

¹³⁷ **Kegel/Schurig**, s. 336.

¹³⁸ **Doğan**, MÖH, s. 170 vd.; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 44 vd.; **Çelikel/Erdem**, s. 77 vd.

açısından maddi hukuk-usûl hukuku kuralı arasında ayırım yapılırken kullanılabilcek ölçütler incelenmiştir.

II. Vasıflandırma Statüsüne İlişkin Teoriler

Vasıflandırmanın hangi hukuk düzenine göre yapılacağı meselesi, vasıflandırma statüsünü ifade eder¹³⁹. Hukukî güvenliğin gerektirdiği açıklığı sağlamak ve uygulanabilirlik açısından milletlerarası özel hukuk bağlamında genel bir vasıflandırma metodunun bulunması hem gereklidir hem de daha uygun olur¹⁴⁰. Bu çerçevede öğretide çeşitli görüşler ileri sürülmüştür¹⁴¹.

1. *Lex fori*'ye Göre Vasıflandırma

Lex fori'nin maddi hukukuna göre vasıflandırma, **Kahn** ve **Bartin**'in vasıflandırma prensibini tespit ettiği günden itibaren öğretide çoğunlukla kabul gören ve yargı kararlarında da takip edilen görüştür¹⁴². Bu görüş taraftarlarına göre, bir ülkenin kendi otonom kurallarının yorumu, münhasıran o ülke hukuk kurallarına göre yapılmalıdır; çünkü, her hukuk düzeni, kendisinin sahip olduğu normun nasıl

¹³⁹ **Kropholler**, IPR, s. 121; **Junker**, s. 137; **Keller/Siehr**, s. 439; **Weber**, s. 204.

¹⁴⁰ **Rixen**, s. 13. Ancak öğretide bunun mümkün olmadığı ileri sürülmüş, **Kegel** her somut durum açısından değerlendirme yapılması gerektiğini önerirken **Weber** de vasıflandırmanın farklı aşamalardan oluşan bir süreç olduğunu, bu nedenle tek bir vasıflandırma statüsü olamayacağını belirttikten sonra eğer bir ilke isteniyorsa, bunun , vasıflandırma her zaman *lex normaeye* göre yapılır şeklinde bir ilkenin tespit edileceğini ifade ediyor. **Kegel/Schurig**, s. 356; **Weber**, s. 244-245.

¹⁴¹ Burada sınıflandırma temel ve saf görüşler üzerinden, konumuz açısından karşılaştırma ve değerlendirme yapmak için gerekli olduğu ölçüde yapılmıştır. Tabiatıyla öğretide bu görüşlerin birbirleri ile farklı kombinasyonlarına da rastlamak mümkündür. Örneğin, **Göger**, *lex fori* veya *lex causae*'ya göre vasıflandırmanın aynı derecede geçerli olduğunu, her somut olayın özelliğine göre mahkemece bir tanesinin tercih edilmesi gerektiğini belirtir. **Göger**, Kanunlar İhtilafı, s. 72.

¹⁴² **Nagel/Gottwald**, s. 18; **Doğan**, MÖH, s. 174; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 47; **Rauscher**, s. 114; **Bogdan**, s. 183; **Nomer**, Usul, s. 38; **Kropholler**, IPR, s. 121; **Kegel/Schurig**, s. 337; **Westermann/Hohloch**, s. 5138; **Rixen**, s. 14; **Ferid**, s. 90; **Raape/Sturm**, s. 277; **Schnitzer**, s. 95; **Göger**, Kanunlar İhtilafı, s. 68; **Kahn**, s. 109. Ancak son zamanlarda yargı kararlarında otonom vasıflandırma teorisi ile birlikte de ele alınmaktadır. BGH, XI ZR 74/04, 15.2.2005, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=31893&pos=0&anz=1> (son erişim tarihi: 12.3.2014).

anlaşılması gerektiğine yine kendisi karar vermelidir¹⁴³. Zira, yabancılık unsuru içeren olaylarda, yabancı hukukun uygulanmasını öngörerek aslında devletler egemenlik yetkilerinden kısmen vazgeçmektedir¹⁴⁴. Bu çerçevede, ülkenin kendi hukukunun bir parçası olan milletlerarası özel hukuka ilişkin hükümler de dahil, bütün yasal düzenlemelerin, o ülke hukukuna göre vasıflandırılmalıdır¹⁴⁵. Hâkimin kendi hukukunun kavramları ile düşünmesi nedeniyle bu görüşün teorik temeli yanında yerindelik açısından da uygun olduğu, bu manada ayrıca yargılamanın daha pratik halledileceği savunulur¹⁴⁶. Roma hukukundan gelen “*Eius est interpretari leges, cuius est condere*” (Kanunu koyan onu yorumlama yetkisine de sahiptir) ilkesi ile de bu görüş izah edilir¹⁴⁷. Ayrıca vasıflandırma meselesinin, bu aşamada ilgili olacak kanunlar ihtilâfı kuralı ve bu kuralın göstereceği yabancı hukuktan bağımsız olduğu, bu sayede kurumların çelişkiden uzak olarak aynı şekilde yorumlanacağı ileri sürülür¹⁴⁸.

Hâkimin kendi hukukuna göre vasıflandırma yapması için bu yönde bir yasal düzenlemenin mevcudiyetine ihtiyaç olmadığı, ancak bir ülke başka bir ülkenin anlayışına göre vakıaların vasıflandırılmasını –örneğin *lex causae*– istiyorsa, bu durumda açıkça düzenleme yapacağı belirtilmektedir¹⁴⁹. Nitekim aşağıda zikredilen yazar **Wolff**'un görüşünün etkisiyle Arjantin kanunlar ihtilâfına ilişkin kanunda, “Bu

¹⁴³ **Keller/Siehr**, s. 439; **Göger**, Kanunlar İhtilafı, s. 68; **Nomer**, Ön Mesele, s. 342. Bu çerçevede şöyle bir analogi yapılır: Vasıflandırmayla, yabancı hukuk kurumlarının, bir ülkenin kendi çekmeceğine yerleştirilmesi söz konusudur. Çekmeceye neyin girip neyin giremeyeceğini çekmeceyi üreten ve günlük kullanan çekmecenin sahibi, yani hâkimin hukuku belirler. Analogi için bkz. **Raape/Sturm**, s. 277.

¹⁴⁴ **Kegel/Schurig**, s. 337; **Ferid**, s. 93.

¹⁴⁵ **Kropholler**, IPR, s. 121; **Nagel/Gottwald**, s. 18. Ancak yazarlar, kimi bazı durumlar –bilhassa ispat hukuku– açısından düzenlemenin anlamı ve amacının *lex causae* 'ya göre vasıflandırılması halinde daha doğru netice alınabileceğini de belirterek aşağıda incelenen işlevsel vasıflandırma görüşüne yaklaşmaktadır.

¹⁴⁶ **Rauscher**, s. 114; **Ferid**, s. 93.

¹⁴⁷ **Raape/Sturm**, s. 278.

¹⁴⁸ **Rauscher**, s. 114; **Jaeckel**, s. 58; **Roth**, Herbert, “Die Reichweite der lex-fo-ri-Regel im internationalen Zivilprozessrecht”, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993; s. 1052.

¹⁴⁹ **Ferid**, s. 93. Yalnızca İspanyol Medenî Kanunu ve Macar Kanunlar İhtilafına İlişkin Kanun'da *lex fori* 'nin esas alınacağı yönünde bir hükme yer verilmiştir. **Keller/Siehr**, s. 439.

kanunda yer alan kavramlar, uygulanacak hukuka göre yorumlanacaktır” şeklinde bir hüküm mevcuttur¹⁵⁰.

Lex fori 'ye göre vasıflandırmaya karşı ileri sürülen en güçlü eleştiri şu şekildedir¹⁵¹:

Maddi hukuka ait kavramlar, parçası oldukları sistem ile sınırlı bir alanı kapsar.

Oysa, milletlerarası özel hukukta, kavramların bir sistemle bağlı kalınmaksızın otonom anlamlarının kullanılması gerekir.

Hâkim görüşün, vasıflandırmanın hâkimin kendi hukukuna göre yapılması gerektiği yönünde olmasına rağmen, hem öğretide hem de yargı kararlarında¹⁵², bunun, istisnası olmayan bir dogma olduğu kabul edilmemekte, özellikle zikredilen sorunlu meseleler açısından karşılaştırmalı hukukun yahut düzenlemenin amacının da vasıflandırmada dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵³.

2. *Lex causae*'ya Göre Vasıflandırma

Vasıflandırmanın *lex causae* 'ya göre yapılması, **Wolff** tarafından ileri sürülen ve somut yaşam olayının uygulanacak maddi hukuka göre vasıflandırılmasını öngören görüştür¹⁵⁴. Buna göre, örneğin olayın esasına Türk hukukunu uygulayacak Alman mahkemesi, tanıkla ispat yasağına ilişkin kuralı da usûl hukukuna ait olarak nitelendirir. Yukarıda zikredilen *Tennessee Wechsel*¹⁵⁵ olayında bu görüş uygulanacak olursa, mahkemece davanın esasına uygulanacak Tennessee hukukunu dikkate alınarak zamanaşımını usûl hukukuna ait olduğu sonucuna varılır. **Junker**, vasıflandırmanın *lex causae* 'ya göre yapılması sayesinde milletlerarası özel hukukun

¹⁵⁰ **Keller/Siehr**, s. 440.

¹⁵¹ **Kegel/Schurig**, s. 338.

¹⁵² **Ferid**, s. 94.

¹⁵³ **Doğan, MÖH**, s. 174; **Kegel/Schurig**, s. 337.

¹⁵⁴ **Doğan, MÖH**, s. 171; **Rauscher**, s. 114; **Bogdan**, s. 177; **Kegel/Schurig**, s. 340; **Junker**, s. 138; **Raape/Sturm**, s. 277; **Walter**, Qualifikation, s. 341 vd.; **Göger**, Kanunlar İhtilafı, s. 70; **Wolff**, Martin, Das internationale Privatrecht Deutschlands, Berlin 1954, s. 54 vd. Görüşün, aslında ilk defa **Despagnet** tarafından 1898 yılında önerildiği hakkında bkz. **Nomer**, Ön Mesele, s. 341.

¹⁵⁵ Bkz. yuk. s. 23 civarı

amaçlarından biri olan milletlerarası karar ahenginin sağlanmış olacağını belirtir¹⁵⁶.

Zira bu sayede Türk hukukunu uyguladığı olayda Alman hâkim, vakıaları Türk hâkim nasıl nitelendiriyorsa, o şekilde vasıflandırır. Böylece hâkim kendi hukukuna göre meseleyi farklı vasıflandırarak yabancı hukukun ruhuna ve bütünlüğüne de zarar vermemiş olur¹⁵⁷.

Milletlerarası karar ahengini sağlayacağı iddiasına rağmen, bu teorinin gerek açıklık ve gerekse uygulanabilme kolaylığı açısından pratik olduğu söylenemez¹⁵⁸.

Zira bu görüş, yabancılik unsuru içeren olaylar açısından, ilgili hukuk sistemlerinde hüküm bulunmaması veya çelişen hükümler bulunması halinde hangisinin uygulanacağı sorusuna cevap veremez, bilâkis meseleyi daha da zorlaştırır¹⁵⁹.

Örneğin, evliliğe ilişkin bir mevzuda evliliğin geçerli olarak kurulması, hüküm ve sonuçları ve sona ermesi farklı ülke hukuk sistemlerini ilgilendirebilir. Böyle bir durumda, dava zamanaşımı süresi hakkında, farklı meseleler açısından söz konusu olan *lex causae* 'lardan hangisinin esas alınacağı meselesi ortaya çıkar. Ayrıca bu teorinin getirisi olarak belirtilen milletlerarası karar ahengine rağmen¹⁶⁰, bu defa da iç hukukta, aynı vakıaların çeşitli yabancı hukuklarca farklı nitelendirilmesi sebebiyle, çelişen kararlar ortaya çıkar ve iç karar ahengi bozulur¹⁶¹. Yabancı hukukun ruhuna zarar vermeme meselesi açısından ise, bu durumda yapılan şeyin salt bir sistem kavramının vasıflandırılması değil, bilâkis hukuk politikasına ilişkin karar verilmesi

¹⁵⁶ **Junker**, s. 138. Aynı yönde bkz. **Göğ**, Kanunlar İhtilafı, s. 70.

¹⁵⁷ **Doğan**, MÖH, s. 171; **Kegel/Schurig**, s. 342; **Göğ**, Kanunlar İhtilafı, s. 70.

¹⁵⁸ **Rauscher**, s. 114; **Weber**, s. 129.

¹⁵⁹ **Weber**, s. 128 dn. 164; **Raape/Sturm**, s. 277. Örneğin *Tennessee* olayında yine alacak zamanaşımına tabi değilmiş konumunda kalacaktır. Oysa zamanaşımı yalnızca somut bireysel ilişkiyi ilgilendirmez, alacakların bir süre sonrasında zamanaşımına uğramasında toplumun da hukukî güvenlik bağlamında menfaati vardır. **Rauscher**, s. 114; **Rixen**, s. 13. Ancak bu durumun kanunlar ihtilâfı meselesi olarak değil, maddi hukukun yorumlanması olarak ele alınmasını çözüm olarak ileri süren görüş için bkz. **Wolff**, s. 38.

¹⁶⁰ Ki bunun gerçekleşeceği de şüphelidir, zira bu önerme ülkelerin kanunlar ihtilâfı kurallarının aynı olduğunu farz eder.

¹⁶¹ **Kegel/Schurig**, s. 342; **Junker**, s. 139; **Weber**, s. 128, dn. 165.

de olduğu söylenmelidir¹⁶². Bu görüşe karşı ileri sürülebilecek bir diğer önemli eleştiri, belli bir yabancı hukuka göre vasıflandırmadan söz edilebilmesinin, öncelikle o hukukun bulunmasını sağlamak amacıyla vasıflandırma yapmayı gerektirmesidir¹⁶³. Bu eleştiriye cevaben, ilk olarak mahkemenin hukukuna göre farazi bir hüküm statüsünün belirleneceği, ikinci adım olarak tespit edilen bu hüküm statüsüne göre asıl vasıflandırmanın yapılacağı belirtilmiştir¹⁶⁴. Ancak ilk aşamada hipotez olarak bir hukuk tespit edilmesinin de bir vasıflandırma faaliyeti olduğu, ismi hipotez de olsa şüpheden uzaktır¹⁶⁵ ve adı hipotez olarak konularak yargılamayı gereksiz yere yavaşlatır.

3. Karşılaştırmalı Hukuka Göre (Otonom) Vasıflandırma

Rabel tarafından ileri sürülen¹⁶⁶ ve otonom vasıflandırma olarak da adlandırılan bu görüş¹⁶⁷, milletlerarası hukuk açısından farklı hukuk sistemlerindeki kavramların, karşılaştırmalı olarak araştırılmasına, ortak bir kavramlar bütünü oluşturulmasına ve genel biçimde uygulanmasına dayanır¹⁶⁸. Bu çerçevede iç hukukta kullanılan kavramlardan bağımsız olarak milletlerarası özel hukukun otonom kavramlarından söz edilebileceği ifade edilir¹⁶⁹. Amaç, dünya çapında genel olarak kabul edilen kavramlar demeti elde ederek milletlerarası özel hukuk adaletini ve karar ahengini

¹⁶² **Kegel/Schurig**, s. 342.

¹⁶³ **Junker**, s. 139; **Ferid**, s. 90.

¹⁶⁴ **Junker**, s. 139; **Keller/Siehr**, s. 440; **Walter**, Qualifikation, s. 341.

¹⁶⁵ *Lex causae*'ya göre vasıflandırmayı savunanların birinci ve ikinci derece vasıflandırmayı birbirine karıştırdıkları da ileri sürülmüştür. **Keller/Siehr**, s. 440.

¹⁶⁶ **Rabel**, s. 282 vd.

¹⁶⁷ Otonom kelimesi ile ifade edilmek istenen söz konusu kavramların yetkili mahkeme hukukundan bağımsız olarak ele alınıp değerlendirilmesidir. **V. Bar/Mankowski**, s. 658; **Schnitzer**, s. 97.

¹⁶⁸ **Doğan**, MÖH, s. 172; **Rauscher**, s. 113; **Bogdan**, s. 175; **Kegel/Schurig**, s. 343; **v. Bar/Mankowski**, s. 658.

¹⁶⁹ **Rabel**, s. 249; **Kegel/Schurig**, s. 344; **Ferid**, s. 95; **Raape/Sturm**, s. 277.

birlikte gerçekleştirmektedir¹⁷⁰. Bunu yaparken de ilgili ülke hukuk sistemlerindeki kavramların karşılaştırmalı olarak ele alınması öngörülmüştür¹⁷¹.

Teorik açıdan ideal gibi görünmesine rağmen¹⁷², her bir hukukî mesele açısından pek çok devletin yapmış olduğu nitelendirmeleri araştırmak, gerçek manada milletlerarası hukukta genel bir anlayışın varlığını tespit etmeye çalışmak her durumda kolay ve mümkün olmayacağından, söz konusu görüş uygulanabilir olmaktan uzaktır¹⁷³. Bilhassa çok sayıda tarafı olan milletlerarası sözleşmelerde yer alan tanımlamalar, bu görüş açısından yol gösterici olabilecekse de, genel olarak her meseleyi tespit etmek zor yahut imkansız olacağından, bu görüşün de vasıflandırma sorununu çözdüğünü belirtmek mümkün görünmemektedir¹⁷⁴. Kanaatimizce bu görüşün etkin bir şekilde uygulanabilmesi ancak milletlerüstü bir yapının oluşturulmasıyla mümkün olabilir¹⁷⁵. Avrupa kıtası için, pek çok mesele açısından Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararları sayesinde otonom bir vasıflandırma imkanı mevcut olsa da, hem her konuda hem de dünya genelinde bu tür yetkilerle donatılmış bir üst yapı kurumu oluşturmak halihazırda mümkün görünmemektedir. Kaldı ki uygulanma imkanı bulunmayan bir görüş ile vasıflandırma meselesini çözmek bir yana, mesele daha da muğlak hale gelir¹⁷⁶. *Lex causae* vasıflandırmanın sağlayacağı iddia edilen milletlerarası karar ahengine ilişkin ifade edilen eleştiriler, bu görüş için de aynen geçerlidir. Karşılaştırmalı hukuka göre yapılacak otonom bir vasıflandırma ile bir ihtimal milletlerarası karar ahengi sağlanabilir; ancak, bu durumda iç hukuk açısından karar ahenginin bozulacağı şüpheden uzaktır¹⁷⁷.

¹⁷⁰ Kegel/Schurig, s. 345; Radtke, s. 45; Raape/Sturm, s. 277; v. Craushaar, s.25; Schnitzer, s. 97.

¹⁷¹ Kegel/Schurig, s. 344.

¹⁷² Rauscher, s. 113.

¹⁷³ Bogdan, s. 177; Rixen, s. 14; Raape/Sturm, s. 277.

¹⁷⁴ Rauscher, s. 113; Raape/Sturm, s. 277.

¹⁷⁵ Schnitzer, s. 98.

¹⁷⁶ Schnitzer, s. 98.

¹⁷⁷ v. Craushaar, s. 27.

Kavramların milletlerarası özel hukuk açısından otonom olarak ele alınması, milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarının doğasının dikkate alınmasını gerektirir. Ancak, bunun mutlaka hukuk sistemlerinin karşılaştırılarak yapılmasını zorunlu kılmaz.

4. İşlevsel Vasıflandırma (Milletlerarası Özel Hukuk Adaletine Göre Vasıflandırma)¹⁷⁸

İşlevsel vasıflandırma, ilk kez **Kahn** tarafından tartışılmıştır¹⁷⁹. Bu metotta vasıflandırma, *lex fori*'nin maddi hukukunun sistem kavramlarına göre yapılmaz; bilâkis, kanunlar ihtilâfı kuralları için milletlerarası özel hukukun menfaatlerini de dikkate alan bağımsız sistem kavramları oluşturulur ve sınıflandırma yabancı hukuk düzenlemelerinin işlevlerinin, anlam ve amaçlarının karşılaştırılması yolu ile yapılır¹⁸⁰. Burada temel olarak araştırılacak olan normun temelinde yatan, tarafların, toplumun ve düzenin menfaatinin ne olduğudur¹⁸¹. Bu metoda göre kavramların sınıflandırılması her zaman tek olmaz, ancak temel yaklaşım aynı kalır¹⁸². Alman Federal Mahkemesi kararlarında ve Alman öğretisinde, işlevsel vasıflandırmaya ağırlık verilmeye başlandığı görülmektedir¹⁸³.

İşlevsel vasıflandırmayı savunan bir görüş, bunun *lex fori* vasıflandırmaya ek olarak, tamamlayıcı ve istisnai durumlarda kullanılmasını benimserken¹⁸⁴, bazı yazarlar kural olarak işlevsel vasıflandırmanın kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür¹⁸⁵.

İşlevsel vasıflandırma, gerektiği gibi ilgili normların milletlerarası özel hukuk

¹⁷⁸ Kanaatimizce bu vasıflandırma metodu otonom vasıflandırmanın bir uygulanma biçimidir, ancak öğretilerde ayrı bir başlık altında ele alan yazarlar bulunması ve önemi sebebiyle dikkat çekmek adına ayrı bir başlık altında incelenmiştir.

¹⁷⁹ **Kahn**, s. 139

¹⁸⁰ **Arnold**, *Lex fori*, s. 55; **Kropholler**, *IPR*, s. 126; **Rixen**, s. 14.

¹⁸¹ **Junker**, s. 145; **Radtke**, s. 43.

¹⁸² **Rixen**, s. 15.

¹⁸³ Örnek kararlar için bkz. **MüKo-BGB/Sonnenberger**, *EGBGB-Einleitung*, para. 501, dn. 29.

¹⁸⁴ **Rauscher**, s. 115; **Bogdan**, s. 190; **Kegel/Schurig**, s. 346; **Raape/Sturm**, s. 278.

¹⁸⁵ **Rixen**, s. 15; **Keller/Siehr**, s. 443-444.

açısından işlevlerini göz önüne almada faydalı bir kriter sağlar¹⁸⁶. Bütün milletlerarası özel hukuk ve usûl hukuku açısından tek bir vasıflandırma metodu bu şekilde elde edilir ve bu metod sıkıntılı meselelerin çözümü noktasında da yeterli olur¹⁸⁷. Ancak daha somut olaya ilişkin hiçbir niteleme yapmadan yasal düzenlemelerin karşılıklı olarak işlevinden söz etmek mümkün olmayacağından bir an için doğru kabul edilse de kanaatimizce işlevsel vasıflandırma ancak tamamlayıcı şekilde¹⁸⁸ ve kural olarak ikinci aşamada vasıflandırma yapılırken kullanılabilir.

5. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Vasıflandırma, yabancılık unsuru içersin veya içermesin, her türlü yaşam olayının mahkeme önüne getirilmesi halinde bilinçli veya bilinçsiz olarak hâkim tarafından gerçekleştirilmesi gereken bir faaliyettir. Zira hukukumuzda vakıaların ve delillerin mahkemeye getirilmesi konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25'inci maddesi uyarınca taraflarca hazırlanma ilkesi uygulansa da, taraflarca getirilen malzemenin yürürlükte bulunan hukuk kuralları çerçevesinde adının konulması ve tespit edilen hukuk kuralının öngördüğü sonucu sağlamak için şart kılınan koşul vakıaların somut olayda mevcut olup olmadığına ilişkin altlama faaliyeti, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesinde de yer alan *iura novit curia* ilkesi gereği hâkimin görevidir.

Uyuşmazlığın yabancılık unsuru içerdiği hallerdeyse, bu iki aşamanın birbirinden ayrılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu durumda, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta, yabancılık unsuru olduğunu tespit ederse, yukarıda izah edildiği üzere, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 1'inci maddesi gereği, kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanması söz konusu olabilir. İşte bu aşamada, kanunlar

¹⁸⁶ Rixen, s. 16.

¹⁸⁷ Rixen, s. 16.

¹⁸⁸ Örneğin ilgili mevzuata ilişkin *forum* mahkemesinin ülkesinde hüküm bulunmaması halinde meselenin nasıl vasıflandırılacağı hususunda işlevsel vasıflandırma kullanılabilir.

ihtilâfî kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı¹⁸⁹ veya uygulanacaksa hangi kanunlar ihtilâfî kuralının uygulanacağının tespit edilebilmesi için somut olayın hukuk kuralları karşısındaki konumunun tespit edilmesi gerekir. Örneğin hâkim somut meselenin bir borçlar hukuku sözleşmesinden kaynaklandığını yahut bir usûl hukuku sorunu olduğunu veyahut da evlilikte mal rejimlerine ilişkin bir mesele olduğunu belirler¹⁹⁰. Bu, somut uyuşmazlığın esası hakkında karar verilebilmesi için halledilmesi gereken ilk mesele olup kanaatimizce hâkim bu aşamada *lex fori* 'ye göre ve kendi milletlerarası özel hukukuna ait otonom kavramlar ile vasıflandırma yapmalıdır¹⁹¹. Aksi bir kabulde, örneğin, bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının somut olayda mevcut olup olmadığının tespitinin bir başka hukuk düzenine göre yapılacak bir vasıflandırma ile belirlenmesi, makul ve anlamlı olmaz. Meselenin Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarından kabul edilen Ailenin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamına girip girmediğini belirlerken, esasa uygulanacak yabancı hukuka veya başka bir hukuka göre vasıflandırma yapmak mümkün olamaz. Öncelikle somut yaşam olayının doğrudan uygulanan kural kapsamına girip girmediği belirlenir. Benzer düşünce tarzıyla, kişinin fiil ehliyetinin mevcut olup olmadığı bugün genel olarak millî hukuka tabi kılınmıştır; ama meselenin fiil ehliyeti olduğunu öncelikle tespit etmek gerekir, ki bu da hâkimin kendi hukukuna göre yapılır¹⁹².

¹⁸⁹ Örneğin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesi uyarınca doğrudan uygulanan kural mevcut ise, uyuşmazlık yabancılik unsuru içerse dahi kanunlar ihtilâfî kurallarına gidilmez.

¹⁹⁰ Şayet bir kanunlar ihtilâfî kuralı söz konusu ise, yapılan bu faaliyet bağlama konusunun vasıflandırılması olur.

¹⁹¹ Bu manada salt hâkimin hukukunun maddî hukuk kuralları ile bağlı kalınmasını da doğru bulmuyoruz. Pek çok olay açısından netice farklı olmayacak olsa da milletlerarası özel hukuk adaletinin gerektirdiği otonom anlamları da dikkate almak adına vasıflandırmanın *lex fori* 'nin milletlerarası özel hukuk adaletine göre yapılacağını söylemenin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

¹⁹² Ferid, s. 93.

Çalışmamız açısından, aşağıda zamanaşımı konusunda somut olarak incelendiği üzere¹⁹³, maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralını ayırırken de aynı şekilde hareket edilmesi; hâkimin kendi hukukuna göre meselenin usûl hukuku meselesi olup olmadığına karar vermesi gerekir. **Keigel**'in belirttiği gibi, vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılacak olmasının, milletlerarası özel hukuk açısından kavramların maddi hukukta olduğundan farklı anlaşılması gereğini ortadan kaldırmayacağı kanaatindeyiz. Zira, kavramların hukukun her alanında o alana özgü ilkeler ve o alanın amaçlarına göre algılanması gerekir. Ancak hâkim bunu gerçekleştirirken yine kendi hukukunu dikkate alır¹⁹⁴.

Bu aşamadaki vasıflandırma tamamlandıktan ve uygulanacak hukuk bu çerçevede belirlendikten sonra, söz konusu hukuk düzeni içerisinde tıpkı bir iç uyumsuzlukmuş gibi somut olayın soyut hukuk kuralları karşısında nitelendirmesi yapılmalı, onun öngördüğü koşul vakıaların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği ele alınmalıdır. Bu aşamada değerlendirme tamamen esasa uygulanan hukuka –*lex causae*– göre yapılır.

Ancak, *Tennessee* olayında olduğu gibi, söz konusu meseleye uygulanacak yabancı hukuk ile hâkimin hukuku arasında bir çelişki varsa yahut somut mesele hâkimin hukukunda hiç düzenlenmemiş¹⁹⁵ ve bu manada bir çelişki değil eksiklik söz konusuysa, ortaya çıkan sorunu gidermek açısından, işlevsel bir vasıflandırma daha elverişlidir¹⁹⁶. Diğer bir ifadeyle, istenmeyen sonuçtan kaçınabilmek ve meseleyi çözebilmek adına, ilgili normun işlevi göz önüne alınmalı ve bu şekilde maddi hukuk

¹⁹³ Bkz. aş. s. 144 vd.

¹⁹⁴ Örneğin ikametgah kavramını değerlendiren hâkim, vergi hukuku açısından, usûl hukuku açısından yahut medenî hukuk açısından farklı sonuçlara varabilir; diğer bir ifadeyle, bu kavramları ilgili alana özgü anlamlarıyla –otonom– ele alabilir, ancak bunu da yine kendi hukuku çerçevesinde yapar. Milletlerlerarası hukukun kaidelerini, tabiatıyla yükümlüsü olması sebebiyle yahut sağlıklı devletler arası ilişkiler açısından dikkate alır. Ancak, bu nitelendirmeyi farklı bir hukuka göre yapmak yahut karşılaştırmalı hukuka göre yapmak anlamına gelmez.

¹⁹⁵ Hâkimin hukukunun söz konusu kurumu tanımadığı hallerde *lex causae*'ya göre vasıflandırma yapılması gerektiği hakkındaki görüş için bkz. **Göger**, Kanunlar İhtilafi, s. 69.

¹⁹⁶ **Nomer**, DHH, s. 393.

kuralı mı yoksa usûl hukuku kuralı mı olduğu belirlenmelidir¹⁹⁷. Örneğin, zikredilen *Tennessee* olayındaki durumda, zamanaşımı, müessesenin işlevi göz önüne alınarak, bir maddi hukuk kuralı olarak nitelendirilmeli ve yabancı hukuktaki zamanaşımı normu, o hukuk açısından usûl hukuku normu olarak kabul edilse bile, “maddi hukuk normu gibi” uygulanmalıdır.

Hâkimin hukukunda hiç düzenlenmeyen meseleler açısından da aynı yöntemin uygulanması mümkündür. Örneğin, tanıkla ispat yasağına¹⁹⁸ ilişkin hüküm bulunmayan Alman hukukunda, Alman hâkim söz konusu normun nitelendirmesini yaparken, onun işlevini dikkate alarak usûl hukukuna mı maddi hukuka mı ait olduğuna karar verebilir¹⁹⁹.

III. Maddi Hukuk Kuralı-Usûl Hukuku Kuralı Ayrımına İlişkin Ölçütler

1. Genel Olarak

Bir önceki başlıkta maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralı arasında ayırım yapılırken hangi hukukun esas alınacağı meselesini tespit ettik. Ancak, ayırımın hangi ölçüt esas alınarak yapılacağı sorusu hâlâ cevapsız kalmıştır. Diğer bir ifadeyle, hangi ülke hukuku uygulanırsa uygulansın, ayırım yapılırken neyin esas alınacağı meselesinin de halledilmesi gerekir. Bu gerçekleştirilirken de milletlerarası özel hukukun amaçları mutlaka dikkate alınmalıdır.

¹⁹⁷ Aksi takdirde bir alacak hakkının hiç zamanaşımına uğramaması gibi bir sonuç doğabilir. **Kegel/Schurig**, s. 343. Ancak, işlevinin dikkate alınacak olmasının kabulü meseleyi yine çözmez. Zira, işlevsel olarak kurumun nitelendirilmesi, aynı zamanda maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kurallarının işlevlerinin ne olduğunun bilinmesini gerektirir ve bu anlamda bir ölçüt olup olmayacağı bir sonraki bölümde incelenecektir.

¹⁹⁸ Tanıkla ispat yasağına ilişkin kuralların nasıl uygulanacağı konusunda bkz. aşa. s. 116 vd.

¹⁹⁹ Nitekim Alman Federal Mahkemesi de Alman hâkimin özellikle Alman hukukunda bilinmeyen kurumlar açısından, söz konusu kurumun yabancı hukuk içerisinde bulunduğu yeri, onun anlamını ve işlevini dikkate alarak hareket etmesi gerektiğine karar vermektedir. BGH, IV ZR 87/58, 19.12.1958; BGH IV ZR 148/65, 22.3.1967, <http://lorenz.userweb.mwn.de> (son erişim tarihi: 12.9.2014)

Milletlerarası özel hukukun amacı, milletlerarası özel hukuk adaletini gerçekleştirecek bir hukukun uygulanmasıdır. Bu ise ilk olarak tarafların meşru beklentilerini gerçekleştirmek suretiyle taraf menfaatinin dikkate alınması; ikincisi hangi ülke mahkemesinde açıldığına bakılmaksızın, karar ahengini sağlayarak düzen menfaatinin sağlanması; üçüncüsü ise, hukukî işlem lehine yorum yaparak işlem menfaatinin gerçekleştirilmesi yollarıyla tecelli eder²⁰⁰. Bu kısımda Türk hukuku ile beraber hem Kıta-Avrupası hukuku hem de Anglo-Sakson hukuku açısından, bir kurumun usûl hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı ait olduğuna ilişkin sınırın çizilmesi noktasında getirilmeye çalışılan ölçütlerin neler olduğu üzerinde durulmuştur.

2. Kıta Avrupası Hukuku Açısından Maddi Hukuk Kuralı-Usûl Hukuku Kuralı Ayrımına İlişkin Ölçütler

Yukarıda izah edildiği²⁰¹ üzere, maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralını ayırmaya yarayacak kullanışlı bir ölçüt geliştirmek zaruridir. Bu çerçevede Kıta Avrupası hukukunda kanun koyucunun farklı kanunlarda düzenleme yapmak suretiyle gerçekleştirdiği sınıflandırmanın gerçek manada ayırım açısından yeterli olmadığı genel olarak kabul edilerek, kullanışlı bir kriter tespit edebilmek adına yoğun çalışmalar yapılmıştır.

İlk olarak, maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralını ayırmak için ilgili *hükümün amacının* bir ölçüt olarak kullanılabileceği ileri sürülmüştür²⁰². Buna göre, özellikle sınırda kalan meselelerde, ayırım, söz konusu hükümün anlamı ve neden var olduğundan hareketle yapılabilir²⁰³. Bu manada, hükümün, mahkemece yürütülecek

²⁰⁰ Çelikel/Erdem, s. 32-39.

²⁰¹ Bkz. yuk. s. 93 civarı.

²⁰² Stein/Jonas/Brehm, vor Art. 1, para. 33; Karsh, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001, s. 62; Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 79; Riezler, s. 105.

²⁰³ Stein/Jonas/Brehm, vor Art. 1, para. 33; Karsh, Usuli işlemler, s. 62.

yargılamanın işleyişi ve oluşumuyla mı yoksa doğrudan somut ilişkiyle mi ilgili olduğu esas alınır, yoksa bir hakkı düzenlemekte olması yahut bir yükümlülük getirmesi önemli değildir²⁰⁴. Hükümün ayrıca usûlî sonuçlarının da olması, onun maddi hukuka ait olarak sınıflandırılmasına engel olmaz²⁰⁵. Bu görüşün kabul edilerek ayırımın yapılabilmesi, tabiatıyla öncelikle maddi hukuk kurallarının ve usûl hukuku kurallarının amacının ne olduğunun bilinmesini gerektirir ki, somut hüküm ele alınırken belirlenen amaca göre ayırım yapılabilsin.

Bir normun amacı, o norm ile ulaşılmak istenen neticedir²⁰⁶. Usûl hukuku kuralları ile ulaşılmak istenen neticenin ne olduğu sorusuna öğretilerde farklı cevaplar verilmiştir. Bu çerçevede usûl hukukunun amacının, hukukî barışı veya hukukî kesinliği sağlamak veya maddi gerçeğe ulaşmak yahut objektif hukukun gerçekleşmesini sağlamak veya hak arama özgürlüğünün temini veyahut da bunların hepsinin birlikte olduğu ileri sürülmüştür²⁰⁷. Zikredilen amaçların hepsi, usûl hukukunun doğasını, onun neden var olduğunu izah edebilme yetisinden uzaktır. Nitekim usûl hukuku ile hukukî barış ve kesinliğin sağlanmasına yardım edilir, ancak maddi hukuk kurallarının da hukukî barışa ve kesinliğe hizmet ettiği şüpheden uzaktır. Bu, neden usûl hukukunun ayrı bir hukuk dalı olduğunu ve ona ihtiyacı ortaya koymaz. Hukukî barış ve güvenliğe katkı, usûl hukukunun yalnızca doğal ve kaçınılmaz bir sonucudur²⁰⁸. Hak arama özgürlüğünün temini de yine amaç değil olsa olsa kaçınılmaz bir sonuçtur.

²⁰⁴ **Stein/Jonas/Brehm**, vor Art. 1, para. 33.

²⁰⁵ **Stein/Jonas/Brehm**, vor Art. 1, para. 33.

²⁰⁶ **Henckel**, Wolfram, Prozessrecht und Materiellesrecht, Göttingen 1970, s. 6.

²⁰⁷ **Yılmaz**, Ejder, Medenî Yargılama Hukukunda İslah, Ankara 2011, s. 29; **Grunsky**, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrecht, Bielefeld 1974, s. 1 vd.; **Jauernig**, Othmar, "Materielles Recht und Prozessrecht", JuS 1971, s. 329 vd.; **Pawlowski**, Hans M., "Aufgabe des Zivilprozessrecht", ZZZ 80, s. 345 vd.; **Bülow**, Oscar, "Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts", ZZZ 27, s. 201 vd.

²⁰⁸ **Musielak/Musielak**, Einleitung, para. 5; **Rimmelspacher**, Bruno, Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess, Göttingen 1966, s. 23.

Maddi gerçeğe ulaşmak da yine usûl hukukunun amacı olamaz. Zira, özel hukuktan kaynaklanan haklara ilişkin uyuşmazlıkların giderildiği yargılamada, kural olarak, tarafların ancak yargılamanın belirli bir aşamasına kadar²⁰⁹ getirebildikleriyle yetinen mahkemenin, maddi gerçeği göz ardı ettiğini söylemek doğru olmasa da²¹⁰, artık amacı da bu denilemez²¹¹. Zira amaç bu olsa, tıpkı ceza yargılama sistemlerinde olduğu gibi re'sen harekete geçme ve re'sen araştırma ilkelerine uyulur, tarafların dava üzerinde tasarrufta bulunmalarına da imkan verilmezdi. Ayrıca, maddi gerçekliğe aykırı olsa bile maddi anlamda kesin hüküm²¹² teşkil etmiş olan bir mahkeme kararına, kural olarak bütün bir gelecek için mutlak hakikat vasfı tanınması, yine amacın bu olmadığını gösterir²¹³.

Maddi hukuk kişilerin yararlanabilecekleri hakları ve yerine getirmek zorunda oldukları yükümlülükleri düzenler. Şayet insanlar öngörülen şekilde haklardan yararlanır ve yükümlülüklerini yerine getirirken belirlenen sınırlar içerisinde kalırlarsa, diğer bir ifadeyle bir başkasının hakkına, hukuka aykırı müdahalede bulunmaz, yükümlülüklerini hukuka uygun olarak yerine getirirlerse, usûl hukukuna da gerek kalmaz²¹⁴. Şu halde, yargılamanın ve usûl hukukunun varoluş sebebi, en başta maddi hukukun tanıdığı hakların yerine getirilmesini sağlamak, diğer bir ifadeyle ona hizmet etmektir²¹⁵. Bu durumda maddi hukuk kuralları ile onların yerine getirilmesi için var olan kuralların birbirinden nasıl ayrılacağı ortaya

²⁰⁹ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141'inci maddesi uyarınca iddianın ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı başlayınca kadar ancak taraflar yeni vakia getirebilir veya mevcut vakiaları değiştirebilir. Yine delillerin ibraz ve ikamesi de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119'uncu, 121'inci, 129'uncu, 140'ıncı ve 145'inci maddeleriyle sınırlanmıştır.

²¹⁰ **Stein/Jonas/Brehm**, vor Art. 1, para. 28; **Postacioğlu**, s. 4-5.

²¹¹ **Atalı**, Murat, *Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı*, Ankara 2014, s. 90.

²¹² Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303'üncü maddesi.

²¹³ **Atalı**, *Aleyhe Bozma*, s. 90.

²¹⁴ Maddi hukukun tanıdığı bir hak ve bunun ihlal edildiği iddiası olmaksızın davadan ve dolayısıyla usûl hukukundan söz edebilmek mümkün olmaz. **Jauernig**, JuS 1971, s. 329; **Simhäuser**, Wilhelm, *Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny*, Bielefeld 1965, s. 53

²¹⁵ **MüKo-ZPO/Raucsher**, Einleitung, para. 8; **Stein/Jonas/Brehm**, vor Art. 1, para. 12-13; **Rimmelpacher**, s. 19; **Grunsky**, *Grundlagen*, s. 6.

konulmalıdır. Amacın tespiti, usûl normlarının kapsamını ve değerlerini ortaya çıkarır, yargılamanın nasıl yapılması gerektiğini gösterir, ancak yargılamanın ne olduğu sorusunu cevaplamaz²¹⁶. Bu nedenle, usûl hukukunun amacını tespit etmenin maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralını ayırmaya yeterli olmayacağı savunulmaktadır²¹⁷. Kanaatimizce amacın maddi hukukun gerçekleştirilmesi olarak tespit edilmesi, ayrılmaya çalışılan iki kurumdan birini, diğerinin hizmetinde olarak izah etmektir ve tek başına bu iki kurumu ayırmaya yetmez. Zira, kimin ilk olarak var olduğu ve kimin hizmet için var olduğu ayrıca incelemeyi gerektirir. Ancak, ayırım yapılabilmesi için amacın yol gösterici olacağı şüpheden uzaktır.

Normun unsurlarının ayırma ilişkin ölçüt olarak kullanılıp kullanılmayacağı da tartışılmıştır. Buna göre unsurları itibariyle yargılamayı düzenleyen hükümler usûl hukukuna, diğerleri de maddi hukuka aittir²¹⁸. Ancak hükmün bazı unsurları maddi hukuk karakteri gösterir iken diğer unsurları usûl hukuku özelliğini haiz olabilir. Örneğin, tahkim sözleşmeleri, bir sözleşme olması itibariyle maddi hukuk karakterini, uyuşmazlığın nasıl giderileceğini düzenlemesi sebebiyle ise usûlî karakteri haizdir. Dolayısıyla, söz konusu görüşün böyle bir durumda hangi unsurun esas alınacağı sorusunu tek başına cevaplayamaması nedeniyle, bu da kullanışlı bir ölçüt olarak kabul edilemez. Ayrıca, hükmün bir unsurunun ne zaman usûl hukukuna ne zaman maddi hukuka ait olacağının belirlenmesi de yine bir ölçüt gerektirmektedir.

Normun hukukî neticelerinin de maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralı arasından ayırım yapılırken kullanılabilmesi ileri sürülmüştür²¹⁹. Buna göre, norm, neticelerini usûl hukuku alanında doğuruyorsa usûl hukukuna, maddi hukuk alanında

²¹⁶ Henckel, s. 7.

²¹⁷ Neuner, Robert, *Privatrecht und Prozessrecht*, Mannheim 1925, s. 12.

²¹⁸ Henckel, s. 9.

²¹⁹ Henckel, s. 21; Milleker, Erich, "Inlandswirkungen der Streitverkündung im auslaendischen Verfahren", ZJP 80, s. 289.

doğuruyorsa maddi hukuk alanına ait olarak kabul edilir²²⁰. Ancak, bu görüş de ayrıma ilişkin hiçbir şey söylememektedir. Zira, ayrılmaya çalışılan kavramların, ölçüt içerisinde kullanılması, ancak bilinmeyi bir başka bilinmeyen ile tanımlamaktır²²¹.

Niederländer'e göre, ayrıma ilişkin bugüne kadar çizilen sınırların hiçbiri doğru değildir²²². Yazar, özellikle milletlerarası karar ahengine vurgu yaparak, yargılamanın yapıldığı ülkenin usûl hukukunun, kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenmiş maddi hukukun esaslı noktalarını değiştirmemesi gerektiğini belirtmektedir²²³. Diğer bir ifadeyle, bu dava söz konusu ülkede de açılrsa farklı bir sonuç çıkmayacak şekilde değerlendirme yapılması zaruridir²²⁴. Bu noktada, yazar, hukukî uyumsuzluk ve onun ortaya çıkışıyla objektif olarak bağlı olan noktaların maddi hukuk olarak değerlendirilip *lex causae* 'ya tabi kılınmasını, ancak bunun dışında kalan meselelerde usûl hukuku olarak nitelendirme yapılarak hâkimin hukukunun uygulanmasının yerinde olacağını savunmaktadır²²⁵.

Neuhaus ise, ayrımı işlevsel çerçevede ele almakta ve hükümler arasındaki sınırın "hak" ve "hukukî koruma" kavramları ile çizileceğini belirtmekte; ancak tıpkı **Niederländer**'in ifade ettiği gibi, her iki alanda da etki gösteren normlar açısından, bunların maddi hukuka ait olarak sınıflandırılması ve yabancı hukukun bu konularda uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir²²⁶. Hem **Niederländer** hem de **Neuhaus** tarafından ileri sürülen ölçüt yerinde değildir. Zira, mahkemenin hem kendi usûl

²²⁰ **Henckel**, s. 21; **Milleker**, s. 289.

²²¹ **Henckel**, s. 21.

²²² **Niederländer**, Hubert, "Materielles Recht und Verfahrensrecht im internationalen Privatrecht", *RabelsZ* 1955, s. 32.

²²³ **Niederländer**, s. 32.

²²⁴ **Niederländer**, s. 32.

²²⁵ **Niederländer**, s. 32.

²²⁶ **Neuhaus**, Paul, H., "Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht", *RabelsZ* 1955, s. 237 vd. Dolayısıyla her iki yazarın da görüşleri çerçevesinde taraf ve dava ehliyetine ilişkin hükümler, dava takip yetkisi, hatta **Neuhaus**'a göre kesin hüküm etkisi de maddi hukuka ait olarak kabul edilir. Sadece mahkemenin organizasyonu, yargılamanın teknik olarak ilerleyişine ilişkin hükümler usûl hukuku içerisinde değerlendirilir.

hukuku hem de yabancı bir usûl hukukunu birlikte uygulaması, millî yargılamanın açıklığı ve öngörülebilirliğini olumsuz etkiler²²⁷. Ayrıca, bu, usûli mevzulara neden hâkimin kendi hukukunun uygulanması gerektiğine ilişkin düşüncelerle de örtüşmez²²⁸.

Kıta Avrupası hukukunda, bilhassa Fransız kaynaklarda ileri sürülen bir diğer ölçüt de “kararın içeriğini etkileme” ve “kararın teknik olarak verilmesini düzenleme” şeklinde geliştirilmiştir²²⁹. **Neuner**, hükmün içeriği ile onun koşullarını düzenleyen kuralların ayrılması gerektiğini belirtir²³⁰. Bu çerçevede, kararın nasıl ortaya çıkacağını düzenleyen hükümler usûl hukukuna aittir²³¹. Ancak, maddi hukuk hükümleri arasında yer almakla beraber kararın içeriğini etkilemeyecek nitelikte veya usûl hukukuna ait olup, buna rağmen kararın içeriğini etkileyebilecek nitelikte hükümler²³² mevcuttur.

Goldschmidt, maddi hukuku insanların birlikte yaşaması için olması gereken haklar, külfetler ve yükümlülükleri düzenleyen alan olarak tanımlamakta; bu kavramların usûl hukukuna yabancı olduğunu belirterek, ayırımın yapılmasını savunmaktadır²³³. Bu manada usûl hukuku da, medenî yargılama makamları önünde ve onlar tarafından, bir karar elde etmek ve hukukî koruma sağlamak amacıyla yönelmiş kurallar bütünüdür²³⁴. Diğer bir ifadeyle, dava şartları, dava ehliyeti, yetki, duruşmalar ve süreler, ispat araçlarının ileri sürülmesi gibi, yargılamayı düzenleyen hükümler usûl hukukuna; kendisine dayanılarak hukukî korunma aranan koşulları

²²⁷ **V. Craushaar**, s. 26.

²²⁸ **V. Craushaar**, s. 26-27.

²²⁹ **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 80. **Niederländer** ve **Neuhaus**'un da esas itibarıyla zikretmeden belirttikleri ölçüt buna dayanmaktadır, yalnızca başta belirledikleri hareket noktası farklıdır. Bu görüş “uyuşmazlığın sonucunu etkileme” ve “yargılamanın şekli ile şekle ilişkin olma” şeklinde de ifade edilmektedir.

²³⁰ **Neuner**, s. 6.

²³¹ **Neuner**, s. 6 vd.

²³² Örneğin isticvaba ilişkin hükümlerin usûl hukukuna ait olduğu şüpheden uzak olduğu gibi kararın içeriğini de etkileyebileceği açıktır.

²³³ **Goldschmidt**, James, Der Prozess als Rechtslage, Berlin 1925, s. 1.

²³⁴ **Henckel**, s. 8.

düzenleyen hükümler ise maddi hukuka ait olarak sınıflandırılmalıdır²³⁵. Bu görüş, maddi hukuka ait, ancak bir hak yahut yükümlülük tanımayan hükmün usûl hukukuna veya bir usûli hak tanıyan hükmün maddi hukuka ait olarak vasıflandırılması gibi sakıncalı bir netice doğurabilir²³⁶. Muhtemeldir ki, böyle bir durumda pek çok maddi hukuka ait kurum usûl hukukuna ait olarak değerlendirilir ve ölçüt getirme ihtiyacının sebeplerinden olan maddi hukukun uygulamasından kaçabilme imkanı daha kolaylaşır²³⁷.

Türk Hukuku açısından **Nomer**, konunun önemini belirttikten sonra ilgili kurumun *temel gayesine uygun fonksiyonlarına göre* ayırımın yapılacağını ifade etmektedir²³⁸.

Ancak, yazar, somut kurumlar bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmekte, getirdiği ölçütün farklı ülkelerde farklı neticelerin ortaya çıkmasına mani olmayacağını kabul etmekte, Kıta Avrupası hukuku ile Anglo-Sakson hukuku arasındaki ayırma dikkat çekmektedir²³⁹.

3. Anglo-Sakson Hukuku Açısından Maddi Hukuk Kuralı-Usûl Hukuku Kuralı Ayırımına İlişkin Ölçütler

Maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralı ayırımının nasıl yapılacağına ilişkin olarak Anglo-Sakson hukukunda, özellikle 20'nci yüzyılın ilk yarısında, çok yoğun tartışmalar olmuş ve çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Arnold, 1932 tarihli makalesinde, somut bir ölçüt önermemiş, onun yerine maddi hukuk ile usûl hukuku arasındaki ayırımın hareket halinde bir çizgi ile yargısal kurumların objektif sınamaları ile gerekli gördükleri yerlerde tespit edileceğini belirtmiş, esasında maddi hukukun kutsanmış (*canonized*) bir usûl olduğunu, usûlün

²³⁵ **Stein/Jonas/Brehm**, vor Art. 1, para. 45.

²³⁶ **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 78.

²³⁷ **Milleker**, s. 289.

²³⁸ **Nomer**, Usul, s. 38.

²³⁹ **Nomer**, Usul, s. 39 vd.

ise maddi hukuktan afaroz (*unfrocked*) edilmiş olduğunu ifade etmiştir²⁴⁰.

Dolayısıyla **Arnold**, maddi hukuk ile usûl hukukunun önceden belirlenmiş ölçütler ile ayırlamayacağını, yalnızca ayırım yapılmasını sağlayacak objektif verilerin kullanılacağını savunmaktadır.

Ölçüt ilk kez **Cook** tarafından getirilmiştir²⁴¹. Yazar, maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralı ayırımı yapılırken kullanılacak ölçütün, ayırımın yapılmasını gerektiren amaç dikkate alınarak yapılabileceğini belirtmiş, sekiz tür durum belirledikten sonra, kanunlar ihtilâfi açısından şunu ifade etmiştir: Mahkeme kendisi ile çelişmeden veya gereğinden fazla kendisini engellemeden yabancı bir hukuk sisteminde yer alan kuralı hangi noktaya kadar uygulayabilecekse, maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralı arasında sınır orada çizilmelidir²⁴². Bu çerçevede, örneğin delillerin kabul edilebilirliği, sürelerle ilişkin konularda *lex causae* uygulanacakken, mahkemenin dili, giyilecek kıyafetler, belli bir davaya hâkimin nasıl tayin edileceğine ilişkin hususlarda başka bir ülke hukukunun uygulanması uygun olmaz²⁴³. İngiliz hâkim **Arden** de benzer bir yorumla, eğer mahkeme bir konuya maddi hukuk değil, usûl hukuku mevzuu diyorsa, o meseleye ilişkin olarak sebebi ne olursa olsun ilgili yabancı hukukun uygulanamayacağını söylemiş olur demiştir²⁴⁴. Dolayısıyla, **Arden** de **Cook** gibi yabancı hukukun uygulanabileceği alana kadar uygulanması gerektiğini, usûlün uygulandığı yerde artık yabancı hukukun uygulanamayacağını ifade etmiştir. **Carruthers**'e göre, ayırım, mevzuya, amaca ve kanunlar ihtilâfi kurallarının gelişme seviyesine göre yapılır²⁴⁵.

²⁴⁰ **Arnold**, Thurman, "The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process", Harvard Law Review 1932/45, s. 643-645.

²⁴¹ **Cook**, s. 344.

²⁴² **Cook**, s. 344.

²⁴³ **Garnett**, para. 2.19.

²⁴⁴ **Carruthers**, Janeen M., "Damages in the Conflict of Laws- The Substance and Procedure Spectrum: Harding v. Wealands", Journal of Private International Law 2005/1, s. 329'dan naklen.

²⁴⁵ **Carruthers**, Janeen M., "Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Relation to Damages", ICLQ 2004/3, s. 696.

Cheshire/Fawcett/Carruthers/North'e göre, genel geçer bütün olaylara uygulanacak bir ölçüt getirmek mümkün değildir²⁴⁶. Her olay gerçekleşikten sonra yapılacak analiz ile netice tespit edilmelidir. Yazarlar, özünde **Cook** tarafından getirilen ölçütü yeterli bulmuştur²⁴⁷.

Cook tarafından getirilen ölçüt öğretide ciddi ölçüde eleştirilmiştir. **Alies**'e göre, söz konusu ölçüt, oldukça subjektif olması sebebiyle hem hukukî belirsizliğe yol açar hem de ayırım hakkında karar verilmesine yardımcı olmaz²⁴⁸. Netice itibariyle farklı mahkemelerdeki farklı hâkimlerin algularına göre farklı kararlar çıkar²⁴⁹.

Kanaatimizce bu durum, ölçüt getirme gayretinin gereğine uygun olmaz. Zira, keyfilik devam eder ve mahkemeler mümkün mertebe yabancı hukukun uygulanmasından kaçınır²⁵⁰. Dolayısıyla yeterli bir ölçüt değildir.

İkinci ölçüt **Lorenzen** tarafından önerilmiştir. Yazar, maddi hukuku haklarla, usûl hukukunu ise başvurulacak hukukî çarelerle eşitlemeyi önermiştir²⁵¹. Bugün için Anglo-Sakson sistemine dahil pek çok ülkede bu ölçüt uygulanmaya devam etmektedir²⁵². Örneğin, *no action shall be brought* (dava açılmaz) şeklindeki bir hüküm, bu çerçevede davanın açılmasını düzenlemesi sebebiyle usûl hukukuna ait olarak kabul edilir²⁵³. Usûli meseleler sadece bir hukukî çare elde etmeye ilişkin yöntemle ilgili olsaydı, bu ölçüt oldukça etkileyici olurdu; ancak bu, meselenin gereğinden fazla basite indirgenmesi olur. **Salmond, Lorenzen**'i eleştirirken, hem

²⁴⁶ **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 72.

²⁴⁷ **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 72.

²⁴⁸ **Ailes**, s. 417.

²⁴⁹ **Alies**, s. 417-418.

²⁵⁰ Ülke hukuku ile “uygunluk” düşüncesinin yerini zamanla “aşinalık” kavramına bırakacağı, bariz mevzular dışında yabancı hukukun tamamen dışlanması neticesi doğacağı hakkındaki görüş için bkz. **Garnett**, para. 2.19.

²⁵¹ **Lorenzen**, Ernest G., “Statute of Frauds and the Conflict of Laws”, Yale Law Journal 1923/4, s. 325.

²⁵² **Garnett**, para. 2.07.

²⁵³ **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 70.

usûl hukuku alanına ait çok sayıda hak olduğunu belirtmiş²⁵⁴ hem de hukukî çareyi tanımlayan kuralın çoğu zaman yalnızca hakkı tanımlayan maddi hukuk kuralından ibaret olduğunu ifade etmiştir²⁵⁵. Ayrıca **Lorenzen**'in ölçütünün kabul edilmesi durumunda, maddi hukuka ait olan ama bir hakkı tanımlamayan hükümlerin, usûl hukukuna ait olarak vasıflandırılması gibi bir netice ortaya çıkar²⁵⁶.

Üçüncü ölçüt ise **Salmond** tarafından önerilmiştir. Yazar, ayırım yapılabilmesi için "usûl"ün ne olduğuna ilişkin katı bir tanım verilmesi gerektiğini belirtmiş ve usûl kuralının yargılama sürecini yöneten kurallar olarak tanımlanabileceğini, bunun dışında kalan hususların ise maddi hukuk mevzuu olduğunu ifade etmiştir²⁵⁷. Yazara göre, maddi hukuk adalet sisteminin aradığı sonuçla ilgilidir, usûl kuralı ise o sonuca ulaştıracak araç ve enstrümanlarla uğraşır²⁵⁸.

Hak-hukukî çare şeklinde ayırım yapan görüşe nazaran bu görüş, *lex fori*'nin uygulanacağı olayları önemli ölçüde azaltır²⁵⁹. Hâkim **Mason** da, *McKain v. Miller* kararında usûl kuralının esasının ne olduğunun, yargılamayı yöneten veya düzenleyen kuralın belirlenmesi ile tespit edileceğini, bunun dışında kalan bütün kuralların maddi hukuk kuralı olacağını belirtmiştir²⁶⁰. Söz konusu görüşün, hem *forum shopping*'i önleyerek, her yerde aynı sonucun elde edilmesini sağlamaya hizmet edeceği hem de pratik ve uygun çözüm getireceği savunulmaktadır²⁶¹. Hâkim **Mason**'un bu tanımı daha sonra Kanada Yüksek Mahkemesi ile Avusturalya Yüksek

²⁵⁴ Örnek olarak kararı temyiz hakkı, delil sunma hakkını belirtmiştir.

²⁵⁵ **Salmond**, John, Jurisprudence, London 1930, s. 495, <http://ia600309.us.archive.org/16/items/jurisprudence00salmuoft/jurisprudence00salmuoft.pdf> (son erişim tarihi: 17.12.2013). Bu manada yukarıda Kıta Avrupası hukukunda öne sürülen maddi hukuku ve usûl hukukunu tanımlayarak yapılan ayırım için yapılan eleştiriler burada da aynı şekilde geçerlidir.

²⁵⁶ **Coester-Waltjen** s. 71.

²⁵⁷ **Salmond**, s. 496.

²⁵⁸ **Salmond**, s. 496.

²⁵⁹ **Garnett**, para. 2.22.

²⁶⁰ **Panagopoulos**, s. 71; **Garnett**, para. 2.22'den naklen.

²⁶¹ **Garnett**, para. 2.22.

Mahkemesi ve İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından²⁶² ufak farklılıklarla²⁶³ kabul edilmiştir.

Avusturalya Yüksek Mahkemesi, *John Pliffer Pty Ltd v. Rogerson* kararında²⁶⁴, maddi hukuk kurallarının, hak veya yükümlülüğün varlığı, kapsamı veya icra edilebilirliği ile ilgili kurallar olduğunu belirtmiş, yalnızca davanın yürütülmesine ilişkin işlemlerin usûle ait olduğunu ifade etmiş, örnek olarak da davanın açılması, hazırlanması, yürütülmesi ve delillere ilişkin kuralları vermiştir²⁶⁵. Mahkeme, maddi hukuk kuralı dışında kalan her şeyi usûle ait kabul ederken, neticeden hareket etmiş; maddi hukuku, tarafların hak ve ödevlerini etkileyen kurallar olarak tanımlamıştır. Öğretide “sonuçtan hareketle” yapılan ayırım olarak nitelendirilen bir görüş, bu karardan hareketle ortaya çıkmıştır. Lâkin bir hakkın varlığını etkileyen ve usûl kuralı olduğundan şüphe duyulmayan bir kural ile de karşılaşılabılır ki, bu hal açısından sonuçtan hareket etmek yanılığa sebep olur. Hak-hukukî çare ayırımına dayanan görüş, yukarıda izah ettiğimiz üzere, *lex fori*’nin daha fazla uygulanmasına sebep olacakken, “sonuçtan hareketle” ayırım yapan bu görüş de, olması gerekenden daha fazla *lex causae*’ya ağırlık verilmesi neticesini doğurur. Dolayısıyla, pratik bir çözüm getirmesine rağmen bu görüşün de mutlak uygulanmaması gerekir²⁶⁶.

²⁶² İngiliz Yüksek Mahkemesi de *Harding v. Wealands, Regie National Des Usines Renault SA v Zhang* kararlarında aynı ilkeyi kabul etmiştir. **Panagopoulos**, s. 72; **Duckworth**, Matthew., “Regie Nationale des Usines Renault SA v Zhang Certainty or Justice? Bringing Australian Choice of Law Rules for International Torts into the Modern Era”, *The Sydney Law Review* 2002/24, s. 569-584.

²⁶³ **Garnett**, para. 2.25-2.26. Esasında birbirine çok benzeyen ve aynı yönde değerlendirdiğimiz söz konusu iki kararın, kimi durumlarda farklı neticeler verebilmesi mümkündür.

²⁶⁴ Karara konu olayda tartışılan mevzu iş kazası sebebiyle tazminat istemidir. Kazanın gerçekleştiği yer New South Wales’e bağlı iken, dava, davalının yerleşim yeri olan Avusturalya’nın Başkent Bölgesi’nde açılmıştır. New South Wales hukuku Avusturalya Başkent Bölgesi’nden farklı olarak iş kazalarında ödenecek tazminat için ek koşullar ve alt-üst sınırlar getirmiştir. Tartışma, haksız fiilin işlendiği yer olan New South Wales hukuku olayın esasına uygulanırken, tazminatın tespitine yönelik bu hükmün usûle ilişkin kabul edilip edilemeyeceğine ilişkindir. **Davis**, Gary, “John Pfeiffer Pty. Ltd. v. Rogerson - Choice of Law in Tort at the Dawning of the 21st Century”, *Melb. U. Law Review* 2000/24, s. 984-985.

²⁶⁵ **Panagopoulos**, s. 72; **Garnett**, para. 2.24.

²⁶⁶ **Garnett**, para. 2.25-2.26.

Avusturalya Hukuk Reformu Komisyonu ile bazı İngiliz ve Kanadalı yazarlar tarafından önerilen bir diğer görüş ise, neyin usûle ilişkin ve neyin maddi hukuka ilişkin olduğunun her bir olay bakımından tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁶⁷. Bu görüşü savunanlar tarafından ileri sürülen temel iddia, maddi hukuk ile usûl hukuku arasında önceden kesin bir çizgi çekilmesinin mümkün olmamasıdır²⁶⁸. Ancak, kendisi de bir ölçüt getirmeyen bu görüş, yukarıda izah ettiğimiz üzere, mahkemelerin keyfi davranmalarının önüne geçemez, hatta keyfiliği cesaretlendirir.

Amerikalı yazar **Weintraub** ise, burada ölçütün, mahkemece, yabancı ülke hukukunun tespiti ve aşına olunmaması sebebiyle uygulanmasında karşılaşılabilecek zorluk ile *lex fori* 'nin uygulanmasının *forum shopping* 'i teşvik etmesi arasındaki denge olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁶⁹. Ancak bu görüş de, somut olayla karşılaşıldığı durumda sorunu çözmekte yetersiz kalır. Zira, ölçütü neredeyse tamamen hâkimin takdirine bırakan bu görüş çerçevesinde, yazarın da belirttiği gibi, aşına olduğu hukuk olması sebebiyle, hâkim, *lex fori* 'yi uygulamaya devam eder.

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Maddi hukuk ve usûl hukuku kurallarının ayrılmasında hangi ölçütün kullanılabileceğine ilişkin hem Kıta-Avrupası hukuku hem de Anglo-Sakson hukukunda ileri sürülen görüşleri ifade ettik. Bu kısımda, hukukumuz açısından, zikredilen ölçütlerden herhangi biri yeterli mi yoksa yeni bir ölçüt getirmek gerekir mi sorusunu cevaplayacağız.

İki kavramın birbirinden ayrılabilmesi için en azından bunlardan birinin; eğer ikiden fazla kavram mevcutsa, biri hariç diğerlerinin ne olduğunun bilinmesi gerekir. Bir

²⁶⁷ Garnett, para. 2.18.

²⁶⁸ Garnett, para. 2.18.

²⁶⁹ Weintraub, Russell J., "Choice of Law for Quantification of Damages: A Judgment of House of Lords Makes a Bad Rule Worse", Texas International Law Journal 2006-2007/42, s. 312.

olgunun tanımının verilmesi ise, onu o yapan bütün özelliklerinin mümkün olan en özel hali ile zikredilmesi, ona yabancı olan hususların ondan ayrılması suretiyle mümkündür²⁷⁰.

Hem Kıta Avrupası hem de Anglo-Sakson hukukunda ileri sürülen ölçütten hareketle, maddi hukuk kuralına ilişkin ilk tanım, kişilerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen kurallar şeklinde yapılabilir. Dolayısıyla, bir kural hak tanımakta veya bir yükümlülük getirmekteyse maddi hukuk kuralı olarak nitelendirilebilir. Ancak, usûl hukuku alanında da taraflara tanınmış pek çok hak ve getirilmiş yükümlülük bulunmaktadır. Şu halde, tanımın, başka bir unsur da ilave edilerek, daha fazla özelleştirilmesi mümkün müdür sorusu cevaplanmalıdır. Tarafların yargılamada sahip oldukları haklar ve yükümlülükler söz konusu ise usûl hukuku kuralı, diğer hallerde maddi hukuk kuralı mevcuttur denilerek tanım özelleştirilir. Diğer bir ifadeyle, maddi hukuk tarafların yargılamaya ilişkin olmayan hak ve yükümlülüklerini düzenleyen kurallardır şeklinde tanımlanabilir. Bu tanıma karşı da eleştiri şu noktada yapılabilir: Bütün maddi hukuk kurallarının bir hak tanıdığı yahut bir yükümlülük öngördüğünü söylemek mümkün değildir. Örneğin maddi hukuk kanunlarında yer alan tanım maddeleri birer maddi hukuk kuralıdır, ancak tek başlarına bir hak yahut yükümlülük içermez. Dolayısıyla bazı maddi hukuk kurallarının yargılama dışında kişilerin hak ve yükümlülüklerini düzenledikleri şüpheden uzaktır. Ancak bu haliyle tanım eksiktir. Maddi hukuk kurallarını, bütün unsurlarını kapsayıcı bir tanım vererek elverişli bir ölçüt ortaya koyamadığımız için ayırmaya çalıştığımız diğer olgu olan usûl hukuku kurallarını tanımlanmaya, bundan hareketle ölçütü geliştirmeye çalışılmıştır.

²⁷⁰ **İmam Gazali**, El-Mustasfa, çev. Apaydın, Yunus, İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi, Cilt I, Kayseri 1994, s. 13.

Usûl hukuku, yukarıda da izah edildiği üzere, maddi hukukun gerçekleştirilmesine hizmet eden kurallardan oluşur ve amaç bu hizmeti gerçekleştirmektir. Söz konusu bu amaçtan hareket edilecek olursa, usûl hukuku kuralları, maddi hukuktan kaynaklanan bir hakkın ihlal yahut inkâr edildiği veya tehlikeye düşürüldüğü, istisnaen mevcut olmadığı²⁷¹ iddiası ile mahkemeye başvurulması ile başlayan ve mahkemenin nihai kararı ile sona eren süreci düzenleyen kurallardır. Şu halde, söz konusu tanım çerçevesinde usûl hukuku kuralları bir süreci düzenleyen kurallardır. Diğer bir ifadeyle, maddi hukuku gerçekleştirme amacı, kurulan süreç –yargılama– aracılığıyla gerçekleştirilir. İşte bu aracın işlemini sağlayan her türlü hüküm, usûl hukuku kuralı olur. Bu manada usûl hukuku, söz konusu süreçte ilgililerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyebileceği gibi salt sürece ilişkin şekli hükümler de içerebilir. Kesin hüküm ile neticelenmediği müddetçe, bu süreç, maddi hukuka ait hak ve yükümlülükler üzerinde değişiklik yapmaz. Netice olarak usûl kuralları, bir hakka ilişkin uyuşmazlığın giderilmesi sürecinde, bu sürece ilişkin tarafların hak ve yükümlülüklerini ve sürecin işleyişini düzenleyen kurallardır. Yukarıda zikredilen ölçütler arasında yer alan, hükmün içeriğini etkileyip etkilemediği, hükmün unsurlarının etkisini hangi alanda gösterdiği, hak veya yükümlülük düzenleyip düzenlemediği, usûl hukuku kuralını belirlerken kullanılacak özellikler değildir. Söz konusu sürece ilişkin kural, netice itibarıyla hükmün içeriğini etkilese, hak ve yükümlülük düzenlese de usûl hukukuna ait olur.

Usûl hukukunu bu şekilde tanımladıktan sonra, maddi hukuk kurallarını, özel hukuka ait ancak yargılamaya ilişkin olmayan diğer bütün kurallar olarak ifade etmek mümkündür. Maddi hukuk kuralları, herhangi bir çekişme olmaksızın yaşam

²⁷¹ Örneğin menfi tespit davası.

ilişkilerini düzenlemeyi²⁷², usûl hukukuysa, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından sonra, taraflarca ileri sürülen farklı iddiaların, maddi hukuk kurallarının hazırladığı resme göre, kendi aracı olan yargılama içerisinde değerlendirilmesini ve tekrar ilişkilerin istikrar kazanmasını hedefler²⁷³.

Netice itibariyle, maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralı ayrılırken, tartışma konusu kuralın *düzenlemeyi hedeflediği alana ve aşamaya* bakılmalı²⁷⁴, şayet bir çekişmenin giderilmesine ilişkin olarak taraflara veya mahkemeye yönelik bir hüküm ise usûl hukuku kuralı olarak kabul edilmeli, aksine herhangi bir çekişme durumunu öngörmeksizin, yaşam ilişkilerini düzenliyorsa maddi hukuk kuralı olarak nitelendirilmelidir.

Maddi hukuk ile usûl hukuku kurallarının bu şekilde ayrılması, uygulanacak hukukun tespit edilmesi sürecinin ilk aşamasını oluşturur. Meselenin usûl hukukuna ait olarak ele alınacak olması halinde, kural olarak, hâkimin kendi hukukunu –*lex fori*– uygulayacağı genel kabuldür. Ancak bugün milletlerarası ilişkilerin gelmiş olduğu noktada bu kuralın istisnalarının olması kaçınılmazdır. Bu nedenle, öncelikle usûl hukuku meselelerine *lex fori*’nin uygulanmasının dogmatik bir temeli olup olmadığı üzerinde durulmuş, bir sonraki özel bölümde de, usûl hukuku kavram ve kurumlarına ilişkin her bir mevzuda uygulanacak hukukun ne olması gerektiği incelenmiştir. Ancak *lex fori* prensibine istisna getirirken, yukarıda hem **Niederländer** hem de **Neuhaus**’ın belirttiği gibi²⁷⁵ bu alanlar maddi hukuka ait olarak nitelendirilmemiştir. Bu çerçevede, ilk olarak usûl hukuku meselelerine

²⁷² Bazen bizatihi maddi hukuk normunun da, boşanma konusunda olduğu gibi, öngördüğü netice için mahkemeye başvurulmasını ve uyuşmazlık çıkarılmasını isteyebilmesi mümkündür. Ancak bu boşanma hükmünü maddi hukuk alanı olmaktan çıkarmaz. Zira çekişmenin giderilmesine ilişkin sürece yönelmemekte yalnızca öngördüğü neticenin ancak mahkeme kanalı ile sağlanacağına dair, hükme bir koşul vakıa daha eklemiş olmaktadır. Diğer bir ifadeyle süreci düzenlemeye yönelik değil, sürece yönlendiren bir hüküm özelliğine sahiptir.

²⁷³ **Jauernig**, JuS 1971, s. 330; **Pawlowski**, s. 368.

²⁷⁴ **Henckel**, s. 24.

²⁷⁵ Bkz. yuk. s. 36 civarı.

uygulanacak hukuk açısından önem taşıyabilecek ön sorun kurumu da kısaca ele alınmıştır.

D. Ön Sorun

Yabancılık unsuru içeren somut uyuşmazlığın giderilebilmesi için mahkemece esas mesele yanında öncelikle halledilmesi gereken alt meseleler ve bu alt meseleler için uygulanması gerekli farklı kanunlar ihtilâfî kuralları söz konusu olabilir²⁷⁶. Başka bir anlatımla, asıl hukukî ilişkinin mevcut olup olmadığı veya içeriği hakkında karar verilebilmesi, başka bir hukukî ilişkiye bağlı olabilir²⁷⁷. Örneğin Fransız murisin eşinin Almanya'daki mallar için İngiltere'de mirasbırakanın mirasçısı olarak dava açması halinde, esas mesele miras hukukuna ilişkin ve buna dair kanunlar ihtilâfî kuralına göre çözülecek olmasına rağmen, ilgilinin sağ kalan eş olup olmadığı hususu, evliliğe ilişkin kanunlar ihtilâfî kurallarınca ayrıca belirlenir. İşte, evliliğin geçerliliği, somut davadaki esas problem açısından karar verilebilmesi için bir ön sorun²⁷⁸ teşkil eder. Ön sorun, milletlerarası usûl hukuku hususlarında da ortaya çıkabilir²⁷⁹. Örneğin, Türk mahkemesinde dava açmış yabancı kimsenin taraf

²⁷⁶ **MüKo-BGB/v. Hein**, Einleitung IPR, para. 148; **Doğan**, MÖH, s. 174; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 85; **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 51; **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, s. 48; **Çelikel/Erdem**, s. 138; **Kropholler**, IPR, s. 221; **Kegel/Schurig**, s. 374; **v. Bar/Mankowski**, s. 665; **Göger**, Kanunlar İhtilafî, s. 58; **Nomer**, Ön Mesele, s. 342; **Hoffmeyer**, Volkert, Das internationalprivatrechtliche Vorfragenproblem, Hamburg 1956, s. 2; **Wengler**, Wilhelm, "Die Vorfrage im Kollisionsrecht", *RabelsZ* 1934, s. 148. **Ehrenzweig**, söz konusu farklı ifadelerin kanunlar ihtilâfî kuralları çerçevesinde uygulanması çabasının, gereksiz ve anlamsız bir kavramcılık olduğunu iddia etmiştir. **Ehrenzweig**, A Treatise on the Conflict of Laws, St Paul Minneapolis 1962, s. 340. Benzer şekilde **Nussbaum** da ön sorun diye ayrı bir kavram yaratılmasının salt büyüleyici bir fikir egzersizi olacağını, hatta somut olaylarda çok farklı kombinasyonların da yapılabileceğini belirtmiştir. **Nussbaum**, Grundzüge des internationalen Privatrechts, s. 105.

²⁷⁷ **Kropholler**, IPR, s. 221; **v. Bar/Mankowski**, s. 665; **Hoffmeyer**, s. 2; **Melchior**, s. 246.

²⁷⁸ Kavramı İngiliz hukuku açısından *incidental question* şeklinde ilk olarak **Wolff** tarafından kullanılmıştır. **Wolff**, Martin, Private International Law, Oxford 1962, s. 206. Alman hukukunda ise kanunlar ihtilâfî bağlamında *Vorfrage* olarak **Melchior** tarafından keşfedilmiştir. **Melchior**, s. 245.. Ayrıca bkz. **v. Bar/Mankowski**, s. 666, dn. 765.

²⁷⁹ **Schack**, IZVR, s. 2.

ehliyeti, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 50'nci maddesine göre belirlenir²⁸⁰.

Ancak söz konusu hükümde, hak ehliyeti, bir unsur olarak yer alır. Taraf ehliyetine karar verilebilmesi, öncelikle gönderme yapılan hak ehliyeti kavramının tespitini gerektirir. Dolayısıyla, burada hak ehliyetinin tespiti, milletlerarası usûl hukuku bağlamında bir ön sorun teşkil eder.

Ön sorun (*Vorfrage*), esas sorun (*Hauptfrage*) kavramının karşıtı olarak kullanılır²⁸¹.

Esas sorun, ilk başvurulmuş kanunlar ihtilâfı kuralının öngördüğü bağlama noktasını takip eder ve cevabı kural olarak *lex causae* veya usûl hukukuna ait pek çok meselede olduğu gibi *lex fori* verir. Ancak, ön sorunun hangi hukuka göre çözüleceği konusu tartışmalıdır. Bir görüş esas hakkında yetkili hukukun, milletlerarası karar ahengini sağlamak amacıyla ön soruna da uygulanması gerektiği yönündeyken²⁸², başka bir görüş çerçevesinde, her bir somut olayın özelliklerine ve *forum* ülkesinin politikasına bağlı olarak değişken şekilde uygulama yapılabileceği iddia edilmektedir²⁸³. Her iki görüş taraftarlarının da getirdikleri istisnalar nedeniyle, pek çok olayda çıkış noktası farklı olsa da aynı netice elde edilmektedir²⁸⁴.

Çalışmamız kapsamında ön sorun meselesi, aşağıda incelediğimiz milletlerarası yetki, taraf ehliyeti ve dava ehliyeti konusunda uygulanacak hukuk tartışmalarında ele alınmıştır. Kanaatimizce ön sorun teşkil eden meseleleri peşinen bir hukuka, örneğin esasa uygulanacak hukuka tabi tutmak yerinde değildir²⁸⁵. Her bir somut kurum açısından, ilgili ön sorunla ilişkisi de dikkate alınarak, uygulanacak hukukun

²⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı inceleme ve tartışmalar için bkz. aşağıda s. 130 vd.

²⁸¹ **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 51; **v. Bar/Mankowski**, s. 665 **Hoffmeyer**, s. 2.

²⁸² **MüKo-BGB/v. Hein**, Einleitung IPR, para. 148; **Doğan**, MÖH, s. 177; **Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe**, s. 87; **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, s. 49; **Kropholler**, IPR, s. 225; **Kegel/Schurig**, s. 376; **Göger**, Kanunlar İhtilafı, s. 64; **Castel**, 1975, s. 55; **Nomer**, Ön Mesele, s. 349; **Wolff**, PIL, s. 208-209; **Wolff**, IPR, s. 79; **Wengler**, s. 148. İngiliz mahkemelerince verilen kararların çoğunluğu da bu yöndedir. Kararlar için bkz. **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 53.

²⁸³ **Doğan**, MÖH, s. 178; **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 53; **Kropholler**, IPR, s. 225; **Hoffmeyer**, s. 59; **Wengler**, s. 189.

²⁸⁴ **MüKo-BGB/v. Hein**, Einleitung IPR, para. 169.

²⁸⁵ Aynı yönde bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 146-147.

belirlenmesi gerekir. Nitekim milletlerarası yetki hakkında karar verilmesi için, öncelikle halledilmesi gereken yerleşim yeri meselesinin, milletlerarası yetkinin niteliği gereği hâkimin hukukuna tabi olması gerektiği halde²⁸⁶, taraf ehliyeti hakkında karar verilirken ilgilinin millî usûl hukuku yanında millî maddi hukuku ve *lex fori*'nin alternatifli olarak uygulanması daha yerinde olur²⁸⁷.

²⁸⁶ Bkz. aş. s. 70 civarı.

²⁸⁷ Bkz. aş. s. 130 vd.

3. Lex Fori Prensibinin Dogmatik Temelleri

A. Genel Olarak

Yabancılık unsuru içeren uyuşmalıkları konu alan yargılamada, olayın esasına uygulanması gereken hukuku, ilgili ülke, kendi hazırladığı kanunlar ihtilâfi kurallarına göre belirler. Bu çerçevede, mahkeme kendi hukukunu uygulayabileceği gibi bir başka ülkenin hukuk kurallarını da olayın esasına uygulayabilir. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, usûl hukukuna ilişkin mevzularda mahkemenin, bazı istisnai konular dışında, kendi usûl kurallarını, yani *lex fori* 'yi uygulayacağı genellikle kabul edilmektedir²⁸⁸. Pek çok ülkede bu konuda yasal bir düzenleme olmamasına²⁸⁹ ve esasa başka ülke maddi hukuk normlarının uygulanması kabul

²⁸⁸ **Zöller/Geimer**, IZPR, s. 44; **Schack**, IZVR, s. 14; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Einleitung III, para. 74; **Prütting/Gehrlein/Prütting**, Einleitung, para. 68; **Doğan**, MÖH, s. 42; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 310; **Linke/Hau**, s. 24; **Karlı**, Ders kitabı, s. 73; **Arnold**, Lex fori, s. 47; **Geimer**, s. 165; **Carlier**, s. 33; **v. Bar/Mankowski**, s. 399; **Stein/Jonas/Brehm**, vor Art. 1, para. 32; **Westermann/Hohloch**, s. 5140; **Rixen**, s. 3; **Baeumer**, s. 17; **v. Senger/Guoqian**, s. 491; **Walder**, s. 29; **Böhm**, s. 107; **Leipold**, Lex fori, s. 25; **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 331; **Schütze**, 1985, s. 14. **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 83; **Radtke**, s. 3; **Neuhaus**, s. 395; **Grunsky**, ZZP 89, s. 241; **Castel**, 1975, s. 599; **Postacıoğlu**, s. 13; **Weintraub**, s. 46; **Nygh**, s. 279; **Heldrich**, Zustaendigkeit, s. 14; **Szásy** s. 203; **Eisner**, s. 78; **v. Craushaar**, s. 20; **Castel**, PIL, s. 79; **Guldener**, s. 7; **Nussbaum**, Grundzüge des internationalen Privatrechts, s. 177; **Pagenstecher**, RabelsZ, s. 250; **Riezler**, s. 91; **Nussbaum**, DIPR, s. 384; **Walker**, 1897, s. 22. Yargıtay da konuya ilişkin bir kararında şöyle demektedir: “Öncelikle belirtelim ki, öğretilde hâkimin yargısal işlevini yerine getirirken uyacağı usûl kurallarının (Lexfori) hâkimin kuralları olduğu yönünde duraksama yoktur.” Yargıtay HGK, 21.6.2000, E. 2000/2-1051, K. 2000/1068. Aynı yönde, Yargıtay İBK, 10.2.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 15.1.2015); Yargıtay 2. HD, 11.11.1997, E. 1997/8719, K. 1997/12159, www.kararara.com (son erişim tarihi: 17.2.2015); Yargıtay 10. HD, 12.12.1989, E. 1989/4375, K. 1989/7250, YKD 1990/3, s. 408.

²⁸⁹ **Nagel/Gottwald**, 16; **Geimer**, s. 107; **Rixen**, s. 3; **Roth**, Lex fori, s. 1045; **Leipold**, Lex fori, s. 27. Amerika Birleşik Devletleri'nde *Restatement (Second) of Conflict of Laws*'un 122 nci maddesinde açıkça mahkemenin olayın esasına farklı bir hukuku uygulasa da yargılamayı kendi kurallarına göre yürüteceği düzenlenmiştir. **Symeonides**, Symeon C., American Private International Law, Alpen aan den Rijn 2008, s. 79. İtalya'da “İtalyan Milletlerarası Özel Hukuku Sisteminin Reformu” (Riforma del sistema italiano di dritto internazionale privato) 12'nci maddesinde usûl hukukuna İtalyan hukukunun uygulanacağı açıkça öngörülmüştür. **Walter**, Gerhard, “Reform des internationalen Zivilprozessrechts in Italien”, ZZP 109, s. 20. Almanya'da da yalnızca tahkim yargılamasında tahkim yeri Almanya ise, Alman tahkim yargılaması hükümlerinin uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. **V. Bar/Mankowski**, s. 399. Brezilya Medeni Kanunu'nun 15'inci maddesinde, yetki, yargılama usûlü ve savunma vasıtalarının, davanın açıldığı ülke hukukuna tabi olacağı öngörülmüş, keza Çekoslovakya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 48'inci maddesinde mahkemelerin ve noterlerin Çekoslovak usûl kurallarını uygulayacağı düzenlenmiştir. **Carlier**, s. 34; **Szásy**, s. 203.

edilmesine rağmen, usûl hukukuna ait sorular cevaplanırken, mahkemenin kendi hukukunu uygulayacağını kabul etmenin, dogmatik bir temeli olup olmadığı hususu tespit edilmelidir. 20'nci yüzyıla kadar bunun tartışılmayacağı, kendi kendisini ispatlayan bir prensip olduğu²⁹⁰, zira bir ülke mahkemesine başvurarak hakkının tanınmasını isteyen kimsenin o ülke mahkeme sistemi içerisinde düzenlenmiş kuralların yargılamada uygulanmasını bekleyeceği ileri sürülmüştür²⁹¹. Ancak ülkeler arası iletişimin bu kadar geliştiği bir dönemde, uygulanacak hukuk açısından bir ilkenin temelini "bulunanın alınması" yaklaşımı ile izahı, hem ülkeler arası ilişkileri hem de ticareti olumsuz yönde etkiler. Davalının yetki itirazında bulunduğu haller göz önüne alındığında, tarafların beklentisinin bu yönde olduğu gerekçesi ile usûle ilişkin mevzularda *lex fori*'nin uygulanması gerektiğini söylemek anlamlı olmaz²⁹².

Alman İmparatorluk Mahkemesi bir kararında, özel hukukun içeriği ile onun mahkemede uygulanabilir kılınması arasında fark olması gerektiğine ve bu çerçevede ikincisi açısından –uygulanır kılmak– hâkimin hukukunun geçerli olacağına hükmetmiştir²⁹³.

V. Bar/Mankowski, kişilerin sınırları aşabilmesi ve bu nedenle yabancı ülke düzenlemeleri ile bağlanabilmesine karşın, mahkemelerin sınır ötesine geçebilmeleri mümkün olmadığından, ancak hak ve yetkilerini düzenleyen kendi hukuklarını uygulayabileceğini savunmaktadır²⁹⁴.

²⁹⁰ **Geimer**, s. 166. Lord **Tenterdan**, meşhur ifadesinde, *bu ülkede dava açan kimsenin bu ülkede bulunduğu hukuku alması* gerektiğini belirtmiştir (*De la Vega v. Vianna*.) **Ailes**, s. 416, dp. 78'den naklen.

²⁹¹ **Garnett**, para. 2.11; **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 76.

²⁹² **V. Craushaar**, s. 23. Dolayısıyla, salt bu gerekçenin kabul edilebilmesi mümkün değildir. Ancak, tarafların, örneğin o ülkede bulunmayan bir mahkeme teşkil edilerek uyuşmazlığın çözülmesini beklemesi, yetki kurallarının değiştirilmesini isteyememesi bakımından –geçerli yetki sözleşmeleri müstesna– görüşün haklılık payı vardır; ancak prensibin genel olarak meşruiyetini temellendiremez.

²⁹³ **Riezler**, s. 470.

²⁹⁴ **v. Bar/Mankowski**, C. I, s. 400.

Yine kimi yazarlar tarafından, işlemin yapıldığı yerin hukukuna tabi olmasını ifade eden *locus regit actum* prensibi gereği, usûl hukukuna ait meselelerde de hâkimin hukukunun uygulanması temellendirilmeye çalışılmışsa²⁹⁵ da, günümüzde bu anlayış terk edilmiş ve çok farklı ve esaslı temellendirme çabaları söz konusu olmuştur²⁹⁶. Zira Roma hukukuna dayanan ve bilhassa *postglassator*lardan olan **Bartolus**'un çalışmaları ile bilinen *locus regit actum* ilkesi, birinci sırada maddi özel hukuka ait tasarruflar ve onların şekilleri açısından, bu işlemlerin yapılmasını basitleştirmek amacıyla öngörülmüştür ve usûl hukukundaki şekilden farklı bir amaca sahiptir²⁹⁷. İkincisi, uygulanması açısından salt seçimlik bir önemi vardır, oysa *lex fori* prensibinin uygulanması hâkime bırakılmış değildir²⁹⁸. Bu kısımda, öğretilerde ileri sürülen görüşler çerçevesinde, usûl hukukuna ait meselelere hâkimin hukukunun –*lex fori*– uygulanmasının dogmatik temelini ne olduğu konusu incelenecektir.

B. Pratik Kaygılar ve Yargılamanın Öngörülebilirliği

I. Konuya İlişkin Görüşler

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda usûl hukukuna ilişkin meselelerin giderilmesinde *lex fori* prensibinin uygulanmasının dogmatik temellerinden biri olarak pratiklik, uygulama kolaylığı ve yargılamanın sahip olması gereken açıklık

²⁹⁵ Düşünce ilk defa 16. yüzyılda Fransız **Charles Dumoulin** tarafından ele alınmıştır. Yargılamanın şekline yargılamanın yapıldığı yer hukukunun uygulanması düşüncesine dayanmaktadır. **Heldrich**, *Zustaendigkeit*, s. 16. Alman Medeni Usûl Kanunu'nun 369 uncu maddesi de ilkeye yasal dayanak olarak gösterilmiş, ilke birkaç kez Alman İmparatorluk Mahkemesince de uygulanmıştır. **Riezler**, s. 93-94; **Nussbaum**, *DIPR*, s. 384.

²⁹⁶ **Schack**, s. 15; **Linke/Hau** s. 24; **Böhm**, s. 115; **Coester-Waltjen**, *Beweisrecht*, s. 103; **Radtke**, s. 3; **Grunsky**, *ZZP* 89, s. 242; **Heldrich**, *Zustaendigkeit*, s. 16.

²⁹⁷ **Schack**, *IZVR*, s. 15; **Coester-Waltjen**, *Beweisrecht*, s. 103-104; **Riezler**, s. 94.

²⁹⁸ **Coester-Waltjen**, *Beweisrecht*, s. 104; **v. Craushaar**, s. 23; **Riezler**, s. 94.

ileri sürülmüştür²⁹⁹. Bu görüş taraftarlarına göre, hızlı ve hatasız bir mahkeme kararı, açık bir usûl hukuku düzenlemesini gerektirir; zira usûli meseleler ertelenmeden ve gecikmeden karara bağlanmalıdır³⁰⁰. Oysa yabancı hukukun tespit edilmesi ve uygulanması yargılamanın işleyişinde çeşitli engeller çıkarır. Mahkemenin yabancı hukuku araştırması ve bulması doğal olarak yargılamayı yavaş ve güvensiz yapar³⁰¹. Bu çerçevede, adalet hizmetinin hak arayanların her biri açısından ayrı ayrı sunulması ve yalnızca ilgilinin spesifik ihtiyaçlarının göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir³⁰². İkincisi, bu durumun yaratacağı belirsizliğin kaçınılmaz sonucu olarak öngörülebilirliğin ve dolayısıyla mahkemenin de itibarının azalacağı, oysa yargılamanın emin bir şekilde yürütülmesinde tarafların ve mahkemenin menfaati olduğu ileri sürülmüştür³⁰³. Bu düşüncenin temelinde, hukukî kesinlik ve usûl ekonomisi yatar³⁰⁴. **Linke/Hau**'ya göre, mahkeme sistemi ve usûl kuralları birbirleri ile örtüştüğünde, mahkemenin aşinalığı sebebiyle kendi hukukunu uygulaması daha uygun olur³⁰⁵. Ancak görüş, bugün için öğretide önemli ölçüde eleştirilmektedir³⁰⁶. Yabancı usûl hukukunun dikkate alınması halinde, tabiatıyla hâkimin münhasıran kendi hukukunu uyguladığı davadaki rutini takip edebilmesi mümkün değildir. Ancak, söz konusu bu zorluklarla hâkim, yabancı maddi hukuku uygularken de karşılaşır. Yabancı usûl hukukunun uygulanması, burada yabancı maddi hukukun uygulanmasından daha kompleks bir yapı getirmez³⁰⁷. Ayrıca, salt yargılamanın

²⁹⁹ Nagel/Gottwald, 16; Doğan, MÖH, s. 43; Arnold, Lex fori, s. 52; Rixen, s. 67; Geimer, s. 108; Jaeckel, s. 47; Schütze, 2008, s. 15; Radtke, s. 4.

³⁰⁰ Jaeckel, s. 47; Radtke, s. 4.

³⁰¹ Schack, IZVR, s. 15; Nagel/Gottwald, s. 16; Garnett, para. 2.09; Arnold, Lex fori, s. 53; Carruthers, ICLQ 2004/3, s. 693; v. Bar/Mankowski, C. II, s. 401; Rixen, s. 67; Radtke, s. 4; Kegel, Gerhard, Internationales Privatrecht, Münih 1987, s. 688; Heldrich, Zustaendigkeit, s. 20.

³⁰² Nagel/Gottwald, s. 16.

³⁰³ Rixen, s. 67; Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 111; Radtke, s. 4.

³⁰⁴ Nagel/Gottwald, s. 16; Arnold, Lex fori, s. 53; Jaeckel, s. 47.

³⁰⁵ Linke/Hau, s. 24.

³⁰⁶ Schack, IZVR, s. 15; Arnold, Lex fori, s. 53; Rixen, s. 68; Jaeckel, s. 47 vd.; Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 113; Radtke, s. 5; Grunsky, ZZP 89, s. 244.

³⁰⁷ Rixen, s. 68; Radtke, s. 5; Grunsky, ZZP 89, s. 244.

işleyişi ile sıkı ilişkisi olan, hatta yargılamanın ilerlemesinde gözetilecek bütün kuralların tespiti de zaman alır; ancak mahkeme hukukî bir değerlendirmeye tabi tutması gereken usûl sorunlarını, tıpkı maddi hukuk kurallarında olduğu gibi, duruşma tarihleri dışında incelemelidir³⁰⁸.

Jaeckel'e göre, salt hukukî kesinlik ve usûl ekonomisi ilkelerine dayanarak tarafların veya mahkemenin belli bir hukuk ile bağlılığını açıklamak eksik olur³⁰⁹. Ancak, usûl hukuku alanında da yabancılık unsurunun yoğunluğuna bakılmaksızın³¹⁰, mahkemelerin oluşumu, dava konusunun değerinin sınırı, tebligat, yargılama ilkeleri, davanın geri alınması veya genişletilmesi, başvurulabilecek hukukî çarelerin türleri ve süreleri gibi çekirdek alanlarda, gereksiz zaman ve emek kaybını önlemek için *lex fori* uygulanmalıdır. Bu nedenle, her bir olayda mahkemenin veya tarafların korunmaya değer nasıl bir menfaati olduğuna bakılması gerekir³¹¹. Örneğin, aynı konuda çelişen kararlardan kaçınmada bir taraf menfaati vardır; dolayısıyla, taraf yurt dışındaki derdest davasını geri almak için iç yargılamanın kesin hükümle sona ermesini istiyorsa, mahkemece bunun dikkate alınması gerekir. Bunun yanında, aynı konuda aynı maddi ve usûli temele dayanarak karar vererek milletlerarası karar ahengini bozmamakta mahkemenin menfaati vardır; bu çerçevede mesele, uygulamada hükümlerin nasıl ele alınacağıyla ilgilidir³¹².

Schack'a göre, usûl hukuku sorunlarına mahkemenin kendi hukukunu uygulaması daha uygun ve rahat olur; ancak pek çok usûl hükmü, az veya çok maddi hukuk ile bağlantılıdır. Bu nedenle, yabancı usûl hukukunun uygulanması konusunda mahkemeye bir takdir yetkisi tanınması gerekir³¹³.

³⁰⁸ **Rixen**, s. 67-68; **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 113.

³⁰⁹ **Jaeckel**, s. 47.

³¹⁰ Yabancılık unsurunun yoğunluğuna ilişkin tartışmalar için bkz. yuk. s. 10 civarı

³¹¹ **Jaeckel**, s. 48.

³¹² **Jaeckel**, s. 48.

³¹³ **Schack**, IZVR, s. 15.

Arnold da, usûl ekonomisinin yargılamanın işleyişi ile ilgili dikkate alınması gereken bir temel prensip olduğunu kabul etmektedir. Ancak buna dayanarak adil olmayan bir yargılamanın izah edilemeyeceğini, burada maddi hukuk ile usûl hukuku arasındaki sıkı bağılılığın mutlaka gözetilmesi gerektiğini, usûl hukukunun maddi hukuktan kaynaklanan hakların gerçekleştirilmesine hizmet ettiğini savunmakta ve pratik gerekliliklerin, yalnızca, usûl hukukunun, adaletin gerçekleşmesine ilişkin yapısıyla çelişildiği durumda, *lex fori* prensibini izah edeceğini belirtmektedir³¹⁴. Yabancı usûl hukuku kurallarının uygulanması nedeniyle yargılamanın yavaşlaması ve bunun bir neticesi olarak mahkemenin itibarının azalacağı argümanının da ikna edici olmadığı, mahkemenin çabasının kendi itibarının azalmasından ziyade, ilgili soruna ilişkin olarak yabancı hukuka uygun bir karar vermeye yönelmesi gerektiği savunulmaktadır³¹⁵. Kaldı ki, yargılamanın işleyişi sırasında karşılaşılan bir sorunla ilgili mahkemenin itibarında eksilme olmadan gerekli araştırmayı yapmasına imkan sağlayacak usûl hükümlerinin olduğu, mahkemenin yabancı hukuku tespit ettikten sonraki bir tarihe duruşma koyabileceği belirtilmektedir³¹⁶.

Yargılamanın işleyişinin daha az öngörülebilir olması düşüncesinin de yerinde olmadığını **Rixen** şu şekilde izat etmektedir³¹⁷: Yargılamaya katılanlar, esasa ilişkin yabancı maddi hukuka da aşına değildir. Yargılamanın sonucu, salt iç hukuka ait olaylardan tabiatıyla daha az öngörülebilir. Bu bağlamda, yabancı hukukunun uygulanmasının taraflar için yarattığı belirsizlik, maddi hukukta ve usûl hukukunda genel olarak farklı değildir. Yargılamanın işleyişindeki gerçek belirsizlik, keyfi olarak başka başka usûl kurallarının uygulanmasında ortaya çıkar ve hukuk devletinin kendisi bunu yasaklar. Mesele, uygulanacak usûl hukukuna ilişkin meşru

³¹⁴ **Arnold**, *Lex fori*, s. 53.

³¹⁵ **Radtke**, s. 5.

³¹⁶ **Rixen**, s. 68.

³¹⁷ **Rixen**, s. 68-69.

bir kriter belirleyerek usûli sorunların, esasa ilişkin kararın kendisinden daha belirsiz olmamasını sağlamaktır. Bu nedenle, yargılamaya katılanlar, tıpkı yabancı maddi hukukta yaptıkları gibi, yabancı usûl hukukunun içeriğini araştırabilir. Şayet uygulanacak usûl hukukuna ilişkin bir kriter belirlenirse, yargılamanın işleyişinin de öngörülebilir olur.

II. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Anayasa'nın 141'inci maddesine göre, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması devletin görevidir. Bu manada usûl ekonomisi Anayasa'mızda da kabul edilen ve yargılamaya hâkim olan ilkelere biridir. Bu çerçevede yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların çözümünde Türk yargısı ve öğretisi de söz konusu anayasal ilkeyi göz önünde bulundurmaya zorundadır. Ancak bunun yanında, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından milletlerarası özel hukukun varlık sebebi ve amaçları da dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede yapılacak değerlendirmede, tarafların meşru beklentilerinin gerçekleştiği, iç ve dış karar ahenginin sağlandığı³¹⁸ ve netice itibarıyla taraflar arasında adaletin tecelli ettiğinden emin olunmalıdır³¹⁹.

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların çözümünde karşılaşılan usûl sorularının, mahkemenin kendi hukukuna göre değil de yabancı bir usûl hukukuna göre çözülmesinin yargılamayı yavaşlatacağı şüpheden uzaktır³²⁰. Ancak benzer durum, hâkimin aşinalığının az olduğu her alan açısından, hatta millî maddi hukuk hükümleri açısından da geçerlidir³²¹. Örneğin, küçük bir şehirdeki tek hâkim, mütemadiyen aile hukuku ve borçlar hukukundan kaynaklı uyuşmazlıkları çözerken,

³¹⁸ Linke/Hau, s. 23.

³¹⁹ Çelikel/Erdem, s. 32-39.

³²⁰ Rixen, s. 69.

³²¹ Alexander, Gregory S., "The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts", Northwestern University Law Review 70/4, s. 604.

ortaya çıkan bir buluş ile ilgili patent hakkına dair karar vermesinin gerektiği hallerde yahut deniz ticaret hukukunu ilgilendiren bir davada –muhtemeldir ki ilgili hükümleri hiç öğrenmediğinden veya unuttuğundan– karar vermesi zaman alır ve yargılama uzar. Böyle bir halde yargılamayı hızlı bir şekilde bitirme adına nasıl ki ticaret hukukunu uygulayarak çözsün denilemiyorsa, salt hâkimin aşına olmaması veya bilmemesine dayanarak yabancı hukukun dışlanması kabul etmek mümkün değildir³²².

Burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesinde düzenlenen, hâkimin Türk hukukunu re'sen uygulayacak olması kuralı, tabiatıyla dikkate alınmalıdır. Nitekim, yabancı hukukun uygulanmasının –*iura novit curia*– *da mihi facta, dabo tibi ius* ilkesi açısından bir istisna teşkil ettiği genel olarak kabul edilmektedir³²³. Ancak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 2'nci maddesinde, hâkimin Türk kanunlar ihtilâfi kurallarınca tespit edilecek yabancı hukuku re'sen uygulayacağı düzenlenmiş, yalnızca gerekli araştırmaya rağmen tespit edilememişse Türk hukukunun uygulanacağı ifade edilmiştir. Kanun koyucu burada yalnızca yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları bakımından ayırım yapmış³²⁴, bunun dışında yabancı hukukun bir bütün olarak araştırılacağını ve uygulanacağını belirtmiştir. Şu halde, Türk kanun koyucusu, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından ilgili yabancı hukuk hükmünün tespiti noktasında araştırma yapılması için geçen zamanı gereksiz kabul etmemiş,

³²² Bkz. **Akil**, Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, AÜHFD, 2008/3, s. 18 ve dn. 64'teki yazarlar; **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 112.

³²³ **BeckOK-ZPO/Bacher**, Art. 293, para. 1; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 293, para. 3; **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 293, para. 2; **Musielak/Huber**, Art. 293, para. 1; **Doğan**, MÖH, s. 197; **Akil**, AÜHFD, s. 18; **Geisler**, Werner, “Zur Ermittlung auslaendischen Rechts durch Beweis im Prozess”, ZJP 91, s. 176 vd.; **Nomer**, Ergin, Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972, s. 43; **Riezler**, s. 491. Aksi yönde görüş için bkz. **Schütze**, Rolf A., Das Internationales Zivilprozess in der ZPO, Berlin 2008, s. 63.

³²⁴ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 2'nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, sadece kişinin hukuku ve aile hukuku alanlarında yabancı kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınır.

bilâkis araştırmayı emretmiştir. Kaldı ki, usûl ekonomisinden maksat yargılamanın ne pahasına olursa olsun bir an önce ve masrafsız bitirilmesi değil, somut olayın özelliklerine göre makul bir sürede tamamlanmasıdır³²⁵. Dolayısıyla, yabancı usûl hukukunun tespitinin ve uygulanmasının yargılamayı yavaşlatacağı düşüncesi tek başına ve bütün usûl kuralları bakımından geçerli değildir.

Diğer taraftan, uygulama kolaylığı açısından usûl hukukuna ilişkin sorunlara, yabancı usûl hükümlerinin bir bütün olarak iç yargılamada uygulanmasının mümkün olup olmadığı da incelenmelidir. Nitekim, davanın kabul edilebilirlik şartları da, mahkemenin oluşumu, görev ve yetki, ispat araçları da usûl hükümleri arasında yer almaktadır. Diğer bir ifadeyle, her usûl normu açısından pratik gerekçelerin kabul edilemeyeceğini söylemenin mümkün olup olmadığı incelenmelidir. Yukarıda belirtildiği üzere, Alman hukukunda bazı yazarlar bir çekirdek alandan yahut salt yargılamanın işleyişiyle sıkı ilişkili alanlardan söz etmekte ve pratik gerekçelerin bu alanlarda geçerli olabileceğini kabul etmektedir³²⁶. Gerçekten jüri sisteminin geçerli olmadığı bir ülkede, yabancılık unsuru sebebiyle bu sistemin kurulmasını beklemek, imkansız olmasa da makul olmaz, gereksiz emek ve masrafa neden olarak ciddi manada kaos yaratır³²⁷. Ancak, hangi usûl sorunları açısından pratik gerekçelerin, hâkimin hukukunun uygulanmasını izah edeceğine dair birtakım koşulları peşinen sıralamak³²⁸ ve bunları sıkı sıkıya uygulamak, gelişen hayat ilişkilerinin bir neticesi olarak her uyuşmazlıkta ortaya çıkan yeni sorunlara cevap vermek noktasında yetersiz kalır. Karşılaşılan sorunlar hakkında, artık burada yabancı hukuk hükümlerini uygulamak anlamsız kalacaktır denilebiliyorsa, o sorunlar açısından

³²⁵ **Rüzgaresen**, Cumhuriyet, Medenî Muhakeme Hukukunda Usûl Ekonomisi, Ankara 2013, s. 47.

³²⁶ Bkz. yuk. s. 50 civarı.

³²⁷ **Garnett**, para. 2.09; **Carruthers**, ICLQ 2004/3, s. 693; **Geimer**, s. 108; **Schütze**, s. 15; **v. Bar/Mankowski**, s. 400. Ancak bu defa da mesele çekirdek alanların tespit edilmesi noktasında çıkacaktır. Yabancılık unsuru bağlamında özellik arzeden her bir kurum bir sonraki bölümde kapsamlı olarak incelenecektir.

³²⁸ Somut koşullar değil ancak değerlendirmede yol gösterecek/dikkate alınacak kriterlerin ne olması gerektiği bölüm sonunda ifade edilecektir. Bkz. aşağıda s. 67 vd.

pratik gerekçeler *lex fori* 'nin uygulanmasını izah eder. Örneğin, yabancılık unsuru içeren bir iş uyuşmazlığında, olayın esasına uygulanacak ülke hukukuna göre, yargılama sırasında işçi ve işveren tarafından hâkimlerin de yargılamada yer alması sebebiyle, Türkiye'de yapılan yargılamada mahkemenin buna göre oluşturulmasını beklemek makul değildir. Yine Türk hukukunda mevcut olmayan bir hukukî çareyi, esasa uygulanacak hukukta olması sebebiyle Türk yargılamasında yaratmaya çalışmak anlamlı³²⁹ ve hatta çoğu zaman mümkün olmaz. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, her somut mesele açısından ayrı ayrı değerlendirme yapmak gerekir³³⁰.

Şu halde, bazı usûl meselelerinin, pratik gerekçelerle hâkimin hukukuna göre çözülmesi gerektiği şüpheden uzaktır. Ancak genel geçer şekilde her usûl sorununun sırf pratik sebeplerle hâkimin hukukuna tabi tutulması, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların nitelikleri, tarafların korunmaya değer birtakım menfaatleri ve gelişen milletlerarası ilişkiler göz önüne alındığında, milletlerarası özel hukuk adaleti³³¹ ile bağdaşmaz.

C. Devletin Egemenlik Yetkisine Müdahale ve Mülkilik Prensibi

I. Genel Olarak

Usûl hukukuna ilişkin sorunlarda mahkemenin kendi hukukunu uygulanması gerektiğine ilişkin ilkeyi izah etmek için ileri sürülen görüşlerden ikincisi, usûl hukukunun bir kamusal hizmetin yerine getirilmesine ilişkin kurallardan oluştuğunun kabul edilmesi nedeniyle, devletlerin egemenlik yetkisi ve mülkilik prensibinin aksi bir kabulde ihlal edilecek olmasıdır³³². Bu çerçevede öncelikle egemenlik

³²⁹ Geimer, s. 108.

³³⁰ Bkz. aşı. s. 70 vd.

³³¹ Bkz. yuk. s. 18 civarı

³³² Garnett, para. 2.14; Arnold, Lex fori, s. 49; Rixen, s. 45; Jaeckel, s. 29; Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 88; Radtke, s. 5.

yetkisinden ve bunun uzantısı olan mülkilik prensibinden ne anlaşılması gerektiği tespit edilmelidir.

Milletlerarası hukukun süjesi olan bir devletten söz edebilmek için kabul edilen unsurlardan biri de, üzerinde egemenlik sağlanan bir toprak parçasının olmasıdır³³³.

Egemenlik, devlet denen olgunun, yetkisinin bulunduğu alanda, kendisinden daha üstün bir güç tanımamasıdır³³⁴. İşte, devletin unsurlarından olan, coğrafi sınırları belirlenmiş toprak parçası üzerinde egemenlik yetkisinin tezahüründen mülkilik prensibi ortaya çıkmaktadır. Klasik manada mülkilik prensibi, bir devletin ülke toprakları içerisinde bulunan bütün kişiler ve şeyler üzerinde egemenlik kudretini kullanabilmesi ve bunun neticesi olarak ancak kendi toprakları üzerinde etkili olabilecek düzenlemeler yapabilmesi anlamına gelir³³⁵.

Mülkilik prensibinin milletlerarası özel hukuk açısından iki sonucu vardır: İlki, devletlerin, başka ülkeleri dikkate almadan kendi ülkesindeki yargılamanın nasıl olacağına ilişkin kuralları belirleme yetkisi vardır³³⁶. İkincisi, yabancı bir devlet, o devletin ülke toprakları üzerinde, egemenlik yetkisinin kullanımı görünümünde olan bir faaliyete girişemez³³⁷.

II. Egemenlik Yetkisi ve Mülkilik Prensibi ile *Lex Fori* Prensibinin İzahı

Devletlerin egemenlik yetkilerini kendi ülkeleri ile sınırlı olarak kullanabilecekleri, yargılama işleminin de egemenlik yetkisinden kaynaklanan bir işlem olduğu, bu

³³³ **Ipsen/Epping**, s. 50; **Michaels**, Ralf, “Globalizing Savigny? The State in Savigny’s Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization”, Duke Law School Legal Studies Research Paper 2005/74, s. 16; **Pazarıcı**, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, Ankara 2005, s. 11; **Shaw**, s. 179; **Sur**, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir 2000, s. 99; **Verdross**, Alfred, Völkerrecht, Wien 1964, s. 194.

³³⁴ **Pazarıcı**, s. 18; **Ünal**, Şeref, Uluslararası Hukuk, Ankara 2005, s. 237; **Sur**, s. 108.

³³⁵ **Linke/Hau**, s. 21; **Ünal**, s. 237; **Pazarıcı**, s. 30; **Sur**, s. 108; **Rixen**, s. 46; **Jaeckel**, s. 29; **Radtke**, s. 6; **Riezler**, s. 89.

³³⁶ **Ünal**, s. 237; **Sur**, s. 108; **Rixen**, s. 46.

³³⁷ **Arnold**, Lex fori, s. 49; **Pazarıcı**, s. 30; **Sur**, s. 109; **Rixen**, s. 46; **Radtke**, s. 6. Tabiatıyla ilgili devletin buna müsaade etmesi hali müstesnadır.

nedenle her bir devletin, diğer devletlerin egemenliğine saygı duymasının gereği olarak yalnızca kendi usûl hukukunu uygulaması gerektiği savunulmaktadır³³⁸. Egemenlik yetkisinin doğal bir sonucu olarak mülkilik prensibinin, bir hükmün uygulama alanını coğrafi kriteri esas alarak belirlediği ve ülke mahkemesinin, unsurları sebebiyle yabancı bir ülke hukukunu da ilgilendiren uyuşmazlığı, yalnızca *forum* hukukuna göre karara bağlanmasını öngördüğü; niteliği itibariyle egemenliğin yansıması olan usûl işlemlerinin de bu kurala tabi olması gerektiği belirtilerek *lex fori* prensibi izah edilmeye çalışılmaktadır³³⁹. Zira, yargılamaya ilişkin pek çok usûli işlem³⁴⁰ yargılamayı yapan ülkenin topraklarında gerçekleşir ve devletin ülkesinde gerçekleşen işlemler üzerinde egemenlik yetkisi mutlak³⁴¹. **Riezler**'e göre³⁴², usûl kuralları egemenlik yetkisinin kullanılmasını içerir. Devletin egemenliği kendi ülke toprakları ile sınırlanmış olduğundan, ülkesi dışında kalan alanlarda kendi usûl kurallarını uygulaması, o alandaki devletin egemenliğini ihlal edeceğinden –zira o alanda da ilgili ülke egemenlik yetkisine sahiptir– mahkemenin, usûl hukukuna ilişkin sorunlara, yalnızca kendi hukukunu uygulayabilmesi mümkündür³⁴³. Mülkilik prensibiyle usûli meselelere hâkimin hukukunun uygulanması gereği, şu şekilde de izah edilmiştir: *Lex fori* prensibi uygulanmalıdır; çünkü tarafların kendisi o mahkemeye başvurarak millî usûl hukukuna tabi olmuştur³⁴⁴. *Lex fori* prensibini mülkilik prensibine dayanarak izah eden görüş, önemli ölçüde eleştirilmiştir³⁴⁵. Bu bağlamda salt mülkilik prensibinden usûle ilişkin sorunlara

³³⁸ **Arnold**, *Lex fori*, s. 50; **v. Bar/Mankowski**, s. 399; **Coester-Waltjen**, *Beweisrecht*, s. 89.

³³⁹ **V. Bar/Mankowski**, s. 399; **Jaeckel**, s. 29; **Riezler**, s. 90.

³⁴⁰ Ülke dışına tebligat, başka bir ülkede bulunan delilin toplanması gibi hallerde, işlem tek başına o devletin ülkesi üzerinde gerçekleşmiş olmayacaktır. Milletlerarası istinabe ile izah edilen bu durumlar genelde iki veya çok taraflı anlaşmalar ile düzenlenmiştir. Örneğin 1977 tarihinde Türkiye tarafından da imzalanan Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti ile Azerbaycan Cumhuriyeti Arasında Hukukî ve Ticari Konularda Adli İşbirliği Anlaşması bunlardan sadece ikisidir.

³⁴¹ **Garnett**, para. 2.14.

³⁴² **Riezler**, s. 94.

³⁴³ **Riezler**, s. 94.

³⁴⁴ **Arnold**, *Lex fori*, s. 49.

mahkemenin kendi hukukunu uygulaması gerektiği sonucu çıkarılamayacağı³⁴⁶; bu manada söz konusu prensibin bağımsız bir değeri olmadığı³⁴⁷; kaldı ki mülkilik prensibinin, yabancı hukukun uygulanmasını emreden kesin bir ifade de içermediği belirtilmiştir³⁴⁸. Mülkilik prensibinin yalnızca o ülke usûl kurallarının, ilgili ülke toprakları ile sınırlı olarak uygulanacağını ifade ettiği, bu prensibe dayanarak hâkimin kendi hukukunu uygulamasını izahın salt bir kısır döngü olacağı ileri sürülmüştür³⁴⁹. **Rixen**, bu manada hem mülkilik prensibini hem de *lex fori* 'yi izah eden bir üst yapı kurumuna ihtiyaç olduğunu ve milletlerarası hukukun bu şekilde her iki prensibi de izah edip etmediğinin araştırılması gerektiğini iddia etmiştir³⁵⁰. Milletlerarası hukukun, tıpkı milletlerarası özel hukuk alanında olduğu gibi, yabancı hukukun uygulanması konusunda devletleri özgür bıraktığı, bu manada kendi anayasal ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla, bir devletin kendi mahkemesindeki yargılamayı, tamamen başka bir ülke hukukuna tabi kılabileceği ve devletin kendisinin buna izin vermesi sebebiyle bunun bir egemenlik ihlali olmayacağı savunulmuştur³⁵¹. **Arnold**, burada bir ayırım yapmış ve mahkemenin oluşumu gibi kimi usûl hukuku alanlarının, ilgili ülke ile bağlı olması gerektiğini; ispat hukuku gibi başka kimi alanların ise iddianın/davanın ortaya çıkışı ile güçlü bağlantısı nedeniyle ülke ile bağlı olamayacağını ifade etmiştir³⁵². Mülkilik prensibi çerçevesinde tarafların kendilerinin o yer mahkemesine başvurarak millî usûl hukukuna tabi oldukları görüşüyse, benzer düşüncenin yine maddi hukuk

³⁴⁵ **Arnold**, *Lex fori*, s. 49; **Rixen**, s. 45; **Jaeckel**, s. 30; **Radtke**, s. 6; **v. Craushaar**, s. 21.

³⁴⁶ **Arnold**, *Lex fori*, s. 49; **Rixen**, s. 45.

³⁴⁷ **Jaeckel**, s. 30.

³⁴⁸ **Radtke**, s. 6; **v. Craushaar**, s. 21.

³⁴⁹ **Rixen**, s. 45; **Jaeckel**, s. 30; **v. Craushaar**, s. 21. Kısır döngü şu şekilde ifade ediliyor: Mülkilik prensibi sebebiyle usûl hukukunda *lex fori* uygulanır. Mülkilik prensibi hâkimdir; çünkü usûl hukukunda *lex fori* uygulanır. **Rixen**, s. 45-46.

³⁵⁰ **Rixen**, s. 46.

³⁵¹ **Arnold**, *Lex fori*, s. 49; **Rixen**, s. 46-47.

³⁵² **Arnold**, *Lex fori*, s. 49.

açısından da söz konusu olmadığı, çoğu durumda aslında tarafların bu yönde bir isteklerinin de bulunmadığı belirtilerek eleştirilmiştir³⁵³.

III. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Mülklik prensibi esas itibariyle devletlerin, devlet olmanın gereği olarak sahip oldukları egemenlik kudretlerini, ülke toprakları ile coğrafi olarak sınırlayan bir milletlerarası hukuk prensibidir. Bunun tabiî sonucu, devletler, kendi toprakları üzerinde –milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülükleri saklı kalmak üzere, zira bu da bir milletlerarası hukuk prensibidir– diledikleri düzenlemeleri yapmakta özgürdür. Dolayısıyla devletler, yabancılık unsuru içeren usûl hukukuna ilişkin sorunlarda kendi düzenlenmelerinin uygulanmasını öngörebilirler. Ancak bu zaruri değildir. Bu manada, mülklik prensibi, mahkemenin kendi hukukunu uygulamasının gerekçesi olarak ileri süren yazarların da belirttiği gibi, uyumsuzlukların mutlak manada devletin bizatihi yazdığı kurallara göre çözülmesini değil, kendi ülkesi içerisinde uyumsuzlukların nasıl çözüleceği konusunda devletlerin egemenlik kudretleri olduğunu ifade eder. Bu manada devlet kendi ülke toprakları üzerinde özgürdür.

Yukarıda ifade edildiği üzere, nasıl bugün gelişen ve küreselleşen dünyada yabancılık unsuru içeren uyumsuzlukları çözerken devletlerin salt kendi hukuklarını uygula(ya)madıkları söylenebilmekte ve tamamen içine kapanmış ülkelerde bile artık maddi hukuk hükümleri açısından kanunlar ihtilâfi kuralları düzenlenmekteyse³⁵⁴, pek tabiî, usûl hukuku sorunlarına ilişkin olarak da kanunlar ihtilâfi kuralları

³⁵³ **Arnold**, *Lex fori*, s. 49.

³⁵⁴ Örneğin, Çin Halk Cumhuriyeti'nde de 1 Nisan 2011 tarihinden beri yürürlükte olan bir kanunlar ihtilâfi düzenlemesi mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Pissles**, Knut B., "Das neue internationale Privatrecht der Volksrepublik China: Nach den Steinen tastend den Fluss überqueren", *RabelsZ* 2012, s. 1 vd.

öngörülebilmesi mümkündür³⁵⁵. Bütün usûl hukuku sorunlarının mahkemenin kendi hukukuna göre çözülmesinin eşyanın tabiatı gereği olduğu söylenemez. Bu çerçevede mülkilik prensibi bunu zorlamaz; bilâkis, şayet egemen devlet açıkça birtakım usûl hukuku sorunlarına yabancı ülke hukuk kurallarının uygulanabilmesini öngörmüşse, mülkilik prensibi söz konusu sorunlara ilişkin olarak yabancı hukukun uygulanmasının gerekçesi olur³⁵⁶. Bu durumda hâkimin yabancı hukuku uygulayarak kendi devletine karşı yükümlülüklerini ihlal ettiği söylenemez³⁵⁷. Nitekim **v. Savigny**, mülkiliğin milletlerarası hukukta önemini vurgularken, kanunlar ihtilâfının, topraklar üzerindeki egemenler arasında bir ihtilâf değil, bizatihi mülki kanunlar ihtilâfı olduğunu belirtmiş, uygulanacak hukukun tespitinde kriterin hukukî uyuşmazlığın “*Sitz*” (oturduğu/bulunduğu yer) ve “*Heimat*”ı (ana vatani) olduğunu ifade etmiştir³⁵⁸. Dolayısıyla uygulanacak hukuku tespit ederken mülkilik prensibinin bütünüyle göz ardı edilebilmesi mümkün değildir; ancak, söz konusu prensip hem mahkemenin kendi hukukunun uygulanmasının hem de yabancı hukukun uygulanmasının dayanağı olabilir. Mahkeme, yargılamayı yürütürken, üzerinde kurulduğu devletin kendi menfaatlerine göre hazırlamış olduğu düzenlemelerde öngörülen kurallarla bağlıdır³⁵⁹. Ancak, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlık açısından eğer devlet açıkça kendi hukukunun uygulanması gerektiğini öngörmemiş ise, bu bağlılık, tarafların korunmaya değer birtakım menfaatleri ve gelişen milletlerarası ilişkiler göz önüne alınarak, milletlerarası özel hukuk adaleti ile bağdaşacak bir yorum ile ortaya konulmalıdır. Bu çerçevede devlet, belli bir usûli meseleye bir başka ülke hukukunun uygulanmasını açıkça öngörmüşse, mahkeme

³⁵⁵ **Arnold**, *Lex fori*, s. 51; **v. Craushaar**, s. 21.

³⁵⁶ **Coester-Waltjen**, *Beweisrecht*, s. 93-94; **v. Craushaar**, s. 21. Burada mülkilik ve egemenlik prensiplerinin zorlayacağı tek husus, bir devletin kendi usûl hukuku düzenlemesini, bir başka ülkede de geçerli şekilde uygulama iddiasında bulunamayacağıdır.

³⁵⁷ **Walker**, s. 25.

³⁵⁸ **V. Savigny**, C. VIII, para. 346, s. 18, http://www.deutsches-textarchiv.de/book/view/savigny_system08_1849?p=40 (son erişim tarihi: 17.1.2014).

³⁵⁹ **Radtke**, s. 7.

bununla bağılıdır. Ancak, aksine açık bir hüküm olmayan hallerde tarafların meşru beklentileri ve milletlerarası karar ahengi noktasında mesele incelenerek yabancı bir hukukun uygulanması neticesine varılabilir. Dolayısıyla mülkilik prensibi gereği *lex fori* 'nin uygulanması mutlak değildir.

D. Usûl Hukukunun Kamusal Karakteri

I. Genel Olarak

Usûl hukuku meselelerine, hâkimin kendi hukukunu uygulanması gerektiğini iddia eden yazarların bir kısmı, egemenlik ve mülkilik prensibi ile beraber yahut onun yetersiz olduğunu tespit ettikten sonra, usûl hukukunun sahip olduğunu iddia ettikleri kamusal karakter ile *lex fori* prensibini izah eder³⁶⁰.

II. Usûl Hukukunun Kamusal Karakteri ile *Lex Fori* Prensibinin İzahı

Bu görüşü savunan yazarlara göre, usûl hukuku kurallarının maddi hukuk kurallarından farklı olarak, bir devlet organı olan mahkemeye hitap etmesi, mahkemenin oluşumu ve yetkilerini, yapılacak yargılamanın işleyişini, sözlülük, açıklık gibi yargılamaya hâkim olan ilkeleri düzenlemesi nedeniyle kamusal bir karakteri vardır³⁶¹. Dolayısıyla, bu konularda yabancı bir devlet düzenlemesinin uygulanması söz konusu olamaz; bilâkis, tek taraflı bir kanunlar ihtilâfı kuralı mevcut olmalıdır³⁶². Maddi hukuk kuralları açısından yabancı hukukun dikkate alınmasının, bilhassa uygulanacak hukuka göre tarafların hukukî kişiliğinin ve haklarının etkilenmesi bakımından önemli olabileceği; ancak, usûl hukukunun salt yargılamanın işleyişini belirlediği, mahkemenin bu manada kendi ülkesi ile sıkı bir

³⁶⁰ Arnold, *Lex fori*, s. 50; Jaeckel, s. 27; v. Craushaar, s. 21.

³⁶¹ Arnold, *Lex fori*, s. 50; v. Craushaar, s. 22; Riezler, s. 94.

³⁶² Arnold, *Lex fori*, s. 50; v. Craushaar, s. 22; Riezler, s. 94.

biçimde bağlı olduğu ve bunun değiştirilemeyeceği savunulmuştur³⁶³. Bu manada yargılamanın bir kamu hizmeti olduğu ifade edilmiştir³⁶⁴. Dolayısıyla yabancı hukukun da dikkate alınması mümkün değildir³⁶⁵. Yargıtay'ın bir kararında da, *lex fori* prensibinin, yargı faaliyetinin kamu hukukuna dahil olması ve bu alanda mahkemenin sadece kendi usûl hukukunu uygulamakla yetkili kılınmasının sonucu olduğu belirtilmiştir³⁶⁶.

III. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Usûl hukukuna ait birtakım hükümlerin kamusal karakteri haiz olduğu şüpheden uzaktır. Bu çerçevede, emredici nitelikte bazı kuralların olması, devletin yargı organı olan mahkeme ile tarafların ilişkileri, yargılamanın hâkim tarafından yürütülmesi; davanın açılmasıyla tarafların birbirleri ve mahkemeyle aralarında kamu hukukuna dayanan bir usûli ilişkinin çıkması, usûl hukukunun kamu hukuku karakterine ait unsurlarıdır³⁶⁷. Ancak söz konusu karakter, usûl hukuku meselelerine hâkimin hukukunun uygulanmasının temeli olamaz.

Birincisi, medenî yargılamada, uyuşmazlığın mahkeme önüne taşınıp taşınmaması, taşındıktan sonra devam edilip edilmeyeceği, hangi vakıaların ve ispat araçlarının mahkemeye getirileceği konuları, kural olarak, tarafların tasarrufuna bırakılmıştır³⁶⁸.

Diğer bir ifadeyle, kamusal karakter, taraf iradelerinin göz ardı edildiği anlamına gelmez. Uyuşmazlık, tarafların kural olarak irade özerkliğine sahip olduğu özel hukuktan kaynaklanmaktadır ve hâkim, yargılamayı yürütürken, taraflara nazaran pasif konumdadır³⁶⁹. Dava, mahkemeye taşınmakla tarafların davası olmaktan

³⁶³ Neumeyer, s. 228; v. Craushaar, s. 23.

³⁶⁴ Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 88.

³⁶⁵ Riezler, s. 94.

³⁶⁶ Yargıtay 10. HD, 12.12.1989, E. 1989/4375, K. 1989/7250, YKD 1990/3, s. 408.

³⁶⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 64-65.

³⁶⁸ Arnold, Lex fori, s. 50.

³⁶⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 64-65; Arnold, Lex fori, s. 50.

çıkılmaz. Pek çok usûl hükmü de, bu anlayış ile kanunlarda yer almıştır³⁷⁰. Şu halde, mutlak manada ve bütün usûl hükümlerini kapsar şekilde bir kamusal karakterden söz edilebilmesi mümkün değildir.

İkincisi, usûl hukukunun kamusal karakteri nedeniyle hâkimin hukukuna tabi olacağı görüşü, kamusal karakterli hükümler açısından yabancı hukukun uygulanamayacağına kabul edilmesine bağlıdır. Başka bir anlatımla, kamu hukukuna ait kurallar bakımından kanunlar ihtilâfi probleminin ortaya çıkmayacağına varsayılır. Ancak, bunun da tartışmasız kabul edilebileceğini söylemek mümkün değildir. Bugün artık kamu hukuku alanlarında da kanunlar ihtilâfi meselelerinin söz konusu olduğu genel olarak kabul edilmektedir³⁷¹. Alman Federal İdare Mahkemesi de 1986 tarihli *Emsland* kararından itibaren idare hukukunda kanunlar ihtilâfına imkan tanımaktadır³⁷².

Üçüncüsü, kapsamlı olarak bir sonraki başlıkta incelendiği üzere³⁷³, her kamusal karakterli hüküm değil, yalnızca Türk kamu düzeni ile açık bir çelişki barındıran mevzularda yabancı hükmün uygulanmasından kaçınılabılır ki, bu da salt o hüküm açısından geçerlidir, ilgili diğer hükümler açısından yabancı hukuk uygulanmaya devam eder. Örneğin zamanaşımına ilişkin hükümlerin kamusal bir karakterinin olduğu, hukukî kesinliği sağlaması sebebiyle bunlarda toplumsal bir menfaatin bulunduğu şüpheden uzaktır³⁷⁴. Ancak zamanaşımı meselesi Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 8'inci maddesiyle, kural olarak, olayın esasına uygulanacak hukuka tabi kılınmıştır.

³⁷⁰ Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tasarruf ilkesini düzenleyen 24'üncü maddesi, taraflarca getirilme ilkesini düzenleyen 25 inci maddesi, tarafların tek taraflı irade beyanları ile yargılamayı sona erdirebileceklerini öngören 307 ve devamı maddeleri.

³⁷¹ **Kment**, Martin, *Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln*, Tübingen 2010, s. 204 vd.; **Durner**, Wolfgang, "Internationales Umweltverwaltungsrecht", *Internationales Verwaltungsrecht*, Tübingen 2007, s. 123 vd.

³⁷² **Kment**, s. 383.

³⁷³ Bkz.aşa. s. 60 civarı.

³⁷⁴ Yargıtay 13. HD, 15.6.1993, E. 1993/2112, K. 1993/5075, www.turkhukuksitesi.com, (son erişim tarihi:18.4.2015).

Son olarak, *lex fori* prensibinin neredeyse bütün hukuk sistemlerinde kabul edildiğini belirttik. Ancak, kamu hukuku ve kamusal karakter, bütün hukuk sistemlerinde mevcut değildir. Halbuki, bir ilkenin temeli olarak ileri sürülen olgunun, o ilkenin geçerli olduğu yerde kabul görmesi şarttır. Örneğin, kamusal karakter temelinin, Anglo-Sakson ülkeleri açısından bir anlamı ve değeri yoktur³⁷⁵. Dolayısıyla, kamu hukukunu ve kamusal karakteri kabul etmeyen ülkelerde dahi, *lex fori* prensibi kabul ediliyorsa, bu karakter, söz konusu prensibin düşünsel temeli olamaz.

E. Kamu Düzeni ve *Lex Fori* Prensibi

I. Genel Olarak

Usûl hukukuna ilişkin mevzularda, hâkimin kendi hukukunu uygulaması gerektiğine ilişkin ilkeyi izah etmek için, bilhassa Fransız ve Anglo-Amerikan öğretisinde ileri sürülen görüşlerden biri de kamu düzenidir³⁷⁶. Mahkemenin, yargılamanın yürütülmesine ilişkin meselelerde yabancı bir hukuku uygulamasının, ilgili devletin kamu düzenine zarar vereceği ileri sürülmüştür³⁷⁷. Bu çerçevede değerlendirme yapabilmek için öncelikle milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzeni kavramından ne anlaşıldığının tespit edilmesi gerekir.

Kamu düzeni kavramının, kapsayıcı bir tanımının verilebilmesinin mümkün olmadığı açıktır³⁷⁸. Bununla birlikte, kapsamı ve içeriğinin belirlenmesine ilişkin bazı ölçütler verilebilir. Özellikle milletlerarası özel hukuk alanında kavramın

³⁷⁵ **Garnett**, para. 2.13.

³⁷⁶ **Arnold**, *Lex fori*, s. 48; **Rixen**, s. 62; **Jaeckel**, s. 43; **Coester-Waltjen**, *Beweisrecht*, s. 84; **Radtke**, s. 9; **Grunsky**, *ZZP* 89, s. 242.

³⁷⁷ **Arnold**, *Lex fori*, s. 48; **Coester-Waltjen**, *Beweisrecht*, s. 85; **Ökçün**, Ahmet G., *Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni*, Ankara 1967, s. 138.

³⁷⁸ **Ökçün**, s. 138-139. Ayrıca bkz. **Doğan**, *MÖH*, s. 210; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 75. İdare hukuku açısından kamu düzeni kavramı için bkz. **Tan**, Turgut, *İdare Hukuku Genel Esaslar*, Cilt I, Ankara 2014, s. 645.

oldukça dar anlaşılması, devletler arası ilişkilerin zarar görmemesi ve bu alanın varlığını devam ettirebilmesi açısından yararlıdır.

Her hukuk sistemi içerisinde, dokunulamaz nitelikte alanlar mevcuttur³⁷⁹. Yabancı hukukun, bu dokunulmaz çekirdek alanlarla, kesinlikle dayanılmaz biçimde çeliştiği noktada, uygulanma imkanı kalmaz³⁸⁰. İşte bu alanı düzenleyen hükümler demetine, kamu düzeni denir³⁸¹. Yargıtay da, 2012 tarihli içtihadı birleştirme kararında kamu düzenini, *toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü* şeklinde tanımlamıştır³⁸². Şu halde, kamu düzeni ihlalinden söz edebilmek için öncelikle yargılamanın yürütüldüğü ülkede, hukuk devleti olmanın gerektirdiği temel prensiplerle dayanılmaz derecede bir çelişkinin mevcut olması gerekir³⁸³. İlgili devlette yer alan her emredici kuralı, özel hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, kamu düzeninden kabul etmek, milletlerarası özel hukuk alanında mümkün olmamalıdır. Burada söz konusu çelişkinin, tolere edilemez olması gerekir³⁸⁴. Her bir somut sorunda ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekse de, Anayasa ile güvence altına alınmış temel prensipler bu konuda yol göstericidir³⁸⁵. Ancak salt iç hukukun kamu düzenine ilişkin bir hükmüyle çelişmek, ilgili yabancı hukukun uygulanmasından kaçınılması için yeterli değildir. Ayrıca ilgili devletle sıkı bir bağlantısının olması da gerekir³⁸⁶.

³⁷⁹ **Kegel/Schurig**, s. 516.

³⁸⁰ **Geimer**, s. 9; **Kegel/Schurig**, s. 516; **v. Bar/Mankowski**, s. 714.

³⁸¹ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 69; **Geimer**, s. 9; **Kegel/Schurig**, s. 516.

³⁸² Yargıtay İBK, 10.2.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, www.kazanci.com (son erişim tarihi: 2.2.2015).

³⁸³ **Doğan**, MÖH, s. 210; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 69; **Altuğ**, Yılmaz/**Yasan**, Mustafa, "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 146; **Jaeckel**, s. 43.

³⁸⁴ **Radtke**, s. 9.

³⁸⁵ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 69; **Geimer**, s. 9.

³⁸⁶ **Jaeckel**, s. 43.

II. *Lex Fori* Prensibinin Kamu Düzeni ile İzahına İlişkin Görüşler

Mahkemenin yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkların yargılanması sırasında karşılaşacağı usûl hukukuna ilişkin sorunlara kendi hukukunu uygulamasının sebebi olarak, yukarıda da belirtildiği üzere, daha ziyade Fransız ve Anglo-Sakson öğretisinde, yabancı hukukun uygulanması halinde kamu düzeninin ihlal edileceği ileri sürülür.

Bir meselenin kamu düzenine ait kabul edilmesinin iki neticesi olduğu kabul edilir³⁸⁷. Bunlardan birincisi, menfi etkisi, yabancı hukukun o alanda uygulanamaması, ikincisi, müspet etkisi, söz konusu alanda devletin kendi kurallarının uygulamasıdır³⁸⁸. Kamu düzeninin hem menfi hem de müspet etkisinin sonucu olarak, usûl hukukuna ilişkin mevzularda *lex fori* prensibinin uygulanması savunulur³⁸⁹. Ayrıca, kamu düzeninin bir neticesi olacağı ifade edilen eşitlik prensibinin de, *lex fori* prensibinin uygulanmasının bir gerekçesi olduğu ileri sürülür³⁹⁰. Ancak bu anlayış, ciddi eleştirilere maruz kalmıştır³⁹¹.

İlk olarak, yargılamanın ilerlemesine ilişkin teknik detayları düzenleyen pek çok hüküm, taraflarca yerine getirilmesi öngörülen kurallardan oluşur³⁹². Dolayısıyla, bu alanda yabancı hukukun uygulanmaması gerektiğini söylemek çok zordur³⁹³.

İkincisi, kamu düzeni çekincesi istisnai bir karakteri haizdir³⁹⁴. Bu manada, çelişki son raddeye gelmedikçe, kamu düzeni engel olarak kullanılmamalıdır³⁹⁵. Üçüncüsü, kamu düzeninin menfi etkisi, yabancı hukukun ilgili hükmünün, mahkemenin hukukunun temel ilkeleriyle çelişmesi halinde *lex fori* 'nin uygulanmasına yol açar;

³⁸⁷ Doğan, MÖH, s. 210; Geimer, s. 8; Kropholler, IPR, s. 244; Kegel/Schurig, s. 516.

³⁸⁸ Rixen, s. 62.

³⁸⁹ Rixen, s. 62.

³⁹⁰ Altuğ/Yasan, s. 146; Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 85.

³⁹¹ Arnold, Lex fori, s. 48; Rixen, s. 63; Radtke, s. 10; v. Craushaar, s. 23; Grunsky, ZZP 89, s. 244.

³⁹² Arnold, Lex fori, s. 48; Rixen, s. 63; Radtke, s. 10; v. Craushaar, s. 23.

³⁹³ Arnold, Lex fori, s. 48; Rixen, s. 63; Radtke, s. 10; v. Craushaar, s. 23.

³⁹⁴ Radtke, s. 11.

³⁹⁵ Radtke, s. 11.

ancak böyle bir durumda öncelikle soruna ilişkin uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir³⁹⁶. Bu nedenle kamu düzeninin bu yönü de *lex fori* prensibini izah etmez³⁹⁷. **Grunsky** de, *lex fori* prensibini izah etmek için kamu düzeni kavramının kullanıldığını, zira bu mevzudaki hükümlerin yabancı makamlarca uygulanmasının alışılmış olmadığını belirtmekte, ancak bunun prensibi izaha yetmediğini, bunu da temellendirmek için başka bir gerekçeye ihtiyaç olduğunu ifade etmektedir³⁹⁸.

III. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Kamu düzeni, kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi zor ve bu manada muğlak bir kavramdır. Böyle muğlak bir kavramla yabancı hukukun bir bütün olarak dışlanması ve mahkemenin kendi hukukunu uygulaması, milletlerarası özel hukukun mevcudiyet sebebi ve modern anlayışlarla bağdaşmaz. Bugün artık kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf ettiği düşüncesi³⁹⁹, yani klasik kamu düzeni anlayışı, terkedilmiştir. Mutlak manada kamu düzenini ilgilendiren bir usûli meselede, mahkemenin kendi hukukunu uygulaması tabîdir. Örneğin, tarafların hukukî durumlarını etkileyecek mevzularda bilgilendirmeleri şartını aramaksızın yargılama yapılmasını öngörerek hukukî dinlenilme hakkını ihlal eden bir yabancı hukukun Türkiye’de uygulanması söz konusu olamaz. Şu halde, kamu düzeni nedeniyle mahkemenin kendi hukukunu uygulaması, ancak ve ancak usûl hukukuna ilişkin hükümlerin, hukuk devletinin gereği olan temel prensiplerle ilgili ve bu nedenle milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzenine ait ise mümkündür. Tabiatıyla, usûl hukukuna ilişkin her mevzuda yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenini sarsacağını söylemek yerinde olmaz⁴⁰⁰.

³⁹⁶ **Arnold**, *Lex fori*, s. 48.

³⁹⁷ **Arnold**, *Lex fori*, s. 48.

³⁹⁸ **Grunsky**, *ZZP* 89, s. 244.

³⁹⁹ **Ökçün**, s. 65.

⁴⁰⁰ **Coester-Waltjen**, *Beweisrecht*, s. 86.

Aynı şekilde, kamu düzeninin bir neticesi olarak ortaya çıktığı iddia edilen eşitlik prensibi de, bir gerekçe olamaz. Zira, bu durumda maddi hukuk kurallarında neden yabancı hukukun uygulandığı sorusu yanıtızsız kalır. Ayrıca eşitlik prensibinden hareket edilmesi halinde, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, farklılığı nedeniyle yabancı hukukun uygulanması gerektiği dahi söylenebilir⁴⁰¹. Dolayısıyla, kamu düzeni tek başına mahkemenin kendi hukukunu uygulamasının gerekçesi olamaz.

Kamu düzeni, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 6'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede, görüşe ilişkin ikinci sorun, milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzeni gerekçesiyle yabancı hukukun dışlanabilmesinin ön koşulunun, öncelikle ilgili soruna ilişkin uygulanacak bir yabancı hukukun belirlenmesi ve söz konusu hüküm uygulanırsa kamu düzeni ihlalinin ortaya çıkacağıın tespit edilmesi olmasıdır⁴⁰². Bu somut ölçüt, her bir sorun açısından aynı şekilde tekrarlanır. Diğer bir ifadeyle, kamu düzeni ihlalden söz edilebilmesi, öncelikle somut bir yabancı hukuk normunu gerektirir. Soyut bir şekilde iç hukukta yer alan bir hükmün kamu düzeninden olduğu ve bu meselede yabancı hukukun uygulanamayacağıın söylenmesi mümkün değildir. Kamu düzeni ancak ilgili yabancı hükmün somut olarak uygulanması anında söz konusu olur. Şu halde, usûl hukukuna ilişkin mevzularda kural olarak mahkemenin kendi hukukunun uygulanmasının gerekçesi olarak kamu düzeni ihlali ileri sürülemez. Zira, milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeni ihlali, ancak uygulanacak yabancı hukuk hükmü tespit edildikten sonra belirlenebilir.

⁴⁰¹ Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 87.

⁴⁰² Doğan, MÖH, s. 209 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 69; Tekinalp, Bağlama Kuralları, s. 52; Riezler, s. 108.

F. En Sıkı İlişkili Hukuk Düşüncesi ile *Lex Fori* Prensibinin İzahı

I. Genel Olarak

Usûl hukuku meselelerine, hâkimin kendi hukukunu uygulamasına dair, yukarıda zikredilen görüşlerin hiçbiri, tam anlamıyla yeterli değildir. Ancak, neredeyse bütün ülkelerde *lex fori* prensibi hâlâ geçerlidir. Bu nedenle, özel hukuk içerisinde soruya cevap arayan bazı yazarlar, en sıkı ilişkili hukuk olması sebebiyle *lex fori* 'nin uygulandığını savunmaktadır⁴⁰³.

II. *Lex Fori* Prensibinin En Sıkı İlişkili Hukuk ile İzahına İlişkin Görüşler

En sıkı ilişkili hukuk düşüncesi –hukukî ilişkinin anavatanı (*Heimat*) veya oturduğu/bulunduğu yer (*Sitz*), onun doğası gereği ait olduğu yerdir düşüncesi– v. **Savigny** 'den bu yana mevcuttur⁴⁰⁴. Bu çerçevede, her bir kanunlar ihtilâfı kuralının, esasında en sıkı ilişkili ülke hukuku bağlamında belirlendiği savunulmaktadır⁴⁰⁵. Örneğin, hak ehliyetini belirleyen kanunlar ihtilâfı kuralı, kişi ile en sıkı ilişkili hukuku esas alır, yahut haksız fiile uygulanacak hukuk, bizatihi onunla sıkı ilişkiye dayanır, sözleşmeler açısından milletlerarası özel hukuk kanunları çoğunlukla açıkça en sıkı ilişkili hukuka gönderme yapar⁴⁰⁶. Şu halde, aynı argümanın usûl hukuku kuralları açısından da kullanılabilmesi, bu kurallar açısından da en sıkı ilişkili hukukun, yargılamayı yürüten ülkenin hukuku olduğu, bu nedenle usûl hukuku meselelerine *lex fori* 'nin uygulanageldiği ifade edilmektedir⁴⁰⁷. Bu bağlamda, maddi hukuk kuralları ile usûl hukuku kuralları arasında, kanunlar ihtilâfı kuralları

⁴⁰³ **Rixen**, s. 75; **Szásy**, s. 224.

⁴⁰⁴ **V. Savigny**, C. VIII, para. 348, s. 28.

http://www.deutsches-textarchiv.de/book/view/savigny_system08_1849?p=50 (son erişim tarihi: 12.3.2014).

⁴⁰⁵ **Rixen**, s. 75.

⁴⁰⁶ Karş. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 24'üncü maddesi, Roma-I Tüzüğü'nün 3'üncü maddesi, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 116'ncı maddesi, Çin Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 3'üncü maddesi.

⁴⁰⁷ **Rixen**, s. 75.

bağlamında ilkesel bir fark bulunmadığı –her ikisi açısından da sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulandığı– belirtilmektedir⁴⁰⁸.

Buna karşılık, somut meseleye, en sıkı ilişkili hukuk olması sebebiyle hâkimin kendi usûl hukukunu uygulayacağını belirtmenin, artık *lex fori* değil en sıkı ilişkili hukuk ilkesini temellendirmiş olacağı ifade edilmiştir⁴⁰⁹. Ayrıca, en sıkı ilişkili hukukun usûl meselelerinde de gerektiğinde yabancı bir hukuk olabileceği ileri sürülmüştür⁴¹⁰.

III. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Uyuşmazlığa en sıkı ilişkili hukukun uygulanması, milletlerarası özel hukukun gelişim sürecinde bahsettiğimiz gibi, katedilmiş önemli bir aşamadır. Diğer bir ifadeyle, milletlerarası özel hukukun amaçlarının gerçekleşmesine hizmet edebilecek temel noktalardan biridir.

Ancak, mahkemenin yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, usûl hukuku meselelerine kendi hukukunu uygulayacak olması kabulünü izah bakımından en sıkı ilişkili hukuk düşüncesi de yeterli olmaz. Zira, bu durumda usûl hukuku meselelerine uygulanacak hukuka ilişkin ilke, artık *lex fori* olmaz. Bu çerçevede, somut mesele, mahkemeye veya ilgili taraf yahut maddi hukuk ilişkisiyle sıkı ilişki içerisinde bulunabilir. Şu halde, sıkı ilişkili hukuk düşüncesiyle hareket edilirse mahkemenin hukuku olabileceği gibi, şahsi statü⁴¹¹, şekil statüsü⁴¹² veya *lex causae* da uygulanabilir. Dolayısıyla “mahkeme statüsü⁴¹³” ile diğer statüler bu manada aynı konumdadır. Başka bir anlatımla, usûl hukukuna ait bir sorun tespit edildiğinde

⁴⁰⁸ Száasy, s. 224.

⁴⁰⁹ Rixen, s. 75; Száasy, s. 225.

⁴¹⁰ Száasy, s. 225.

⁴¹¹ Bilhassa taraflardan birinin kişiliği için önem taşıyan konularda vatandaşlık durumuna veya ikametgahlarına göre uygulanacak hukukun belirlenmesini ifade eder. Örneğin, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 8’inci maddesi gereği fiil ehliyetine ilişki meselelere kişinin millî hukuku uygulanır hükmüne yer verilmiştir.

⁴¹² Hukukî işlemlerin şekline uygulanacak hukuku ifade etmektedir. Karş. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 6’ncı maddesi.

⁴¹³ Kavram için bkz. Rixen, s. 76.

doğrudan hâkimin hukukunun uygulanması gibi bir netice doğmaz. Keza, somut meseleye ilişkin hangi hukukun uygulanacağı şüpheli olsa bile, direkt *lex fori* uygulansın denemez, en sıkı ilişkili hukukun araştırılması gerekir. Hâkimin hukuku, yalnızca en sıkı ilişkili hukuksa uygulama alanı bulur.

G. Hukukun İktisadi Analizi Düşüncesi Çerçevesinde *Lex Fori* Prensiplerinin

İzahı

I. Genel Olarak

Hukukun iktisadi analizi öğretisi, 1950’li yılların sonunda Amerika Birleşik Devletleri’nde ilk kez kapsamlı olarak ortaya atılan ve zamanla Kıta Avrupası’nda da taraftar bulan, görece yeni bir anlayıştır⁴¹⁴. Bu öğreti çerçevesinde hukuk kurallarının oluşumu, yapısı, işleyişi ve etkileri, iktisadi teoriler ve ekonometrik metodlar uygulanarak sınanmakta ve neticede hukuk öğretisinde yaygın olan “adalet” düşüncesi değil “etkinlik” kavramı baz alınmaktadır⁴¹⁵.

Etkinlik kavramı, iktisadi olarak iki anlamda kullanılır: Bunlar, Pareto etkinlik ve Kaldor-Hicks etkinliktir. Pareto etkinlik kavramından, gerçekleştirilen bir işlem yahut faaliyet ile hiç kimseyi daha kötü duruma sokmadan en az bir kişinin durumunun iyileştirilmesi anlaşılır⁴¹⁶. Klasik örnek satım sözleşmesi üzerinden verilir. A, bir bisiklete sahip ve bisikletin değeri onun gözünde 50 birim. B ise tıpatıp aynı bisiklete sahip olmak ister ve onun gözünde o bisiklet 120 birim değere sahiptir.

⁴¹⁴ Hukukun iktisadi analizi öğretisinin Ronald Coase’nin 1960 yılında yazmış olduğu “The Problem of Social Cost” isimli makalesi ile başladığı ifade edilmektedir. **Arnold**, *Lex fori*, s. 31; **Posner**, Richard, A., *Economic Analysis of Law*, New York 2007, s. 23; **Shavell**, Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, London 2004, s. 4.

⁴¹⁵ **Schaefer**, Hans B./**Ott**, Klaus, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Hamburg 2012, s. XL; **Arnold**, *Lex fori*, s. 31; **Posner**, s. 24 vd.; **Shavell**, s. 4; **Mackaay**, Ejan, *History of Law and Economics*, <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf> (son erişim tarihi: 12.9.2014).

⁴¹⁶ **Posner**, s. 12; **Ota**, Shoza, “Choice of Law and Economic Analysis: A Methodological Introduction”, ed. Basedow, Jürgen/Kono, Toshiyuki, *An economic analysis of private international law : [conference [...] on the island of Naoshima in the Japanese inland sea in March 2005, Tübingen 2006*, s. 9.

Eğer bu bisiklet 50 birim ile 120 birim arasındaki herhangi bir değere A tarafından B'ye satılır ve başka hiç kimsenin bu satıştan olumsuz etkilenmediği kabul edilirse, yapılan satış işlemi 70 birim pareto anlamda etkinlik sağlar⁴¹⁷. Ancak gerçek yaşamda gerçekleştirilen faaliyetlerden üçüncü kişilerin etkilenmemesi mümkün değildir. Zira, bu anlayış, işlem maliyetleri, bilgi asimetrisi ve stratejik davranış gibi birtakım dışsallıkları gözardı etmektedir⁴¹⁸. O nedenle bugün için bu öğretilerde kullanılan etkinlik kavramı “Kaldor-Hicks”tir. Buna göre, yapılan işlemle sağlanan etkinlik getirisi, aynı işlemin üçüncü kişilerde ortaya çıkardığı etkinlik kaybından fazlaysa, yapılan işlem Kaldor-Hicks anlamında etkindir. Burada zarara uğrayanların fiilen zararlarının karşılanması şart olmayıp, karşılanabiliyor olması yeterlidir. O nedenle, bu etkinlik için potansiyel Pareto da denilmektedir⁴¹⁹. Netice itibarıyla yapılmak istenen ise sınırlı kaynakları, ona en fazla değer biçene vermek, riski ise onu en iyi taşıyacak olana yüklemek suretiyle tahsis etkinliğini sağlamaktır. İdeal sistem, söz konusu sonuca tarafların yapacakları rızai sözleşmeler yolu ile varmasını mümkün kılandır. Ancak sözleşmeyi yapacak kişinin bulunması ve sözleşmenin gerçekleştirilmesi sırasında kaçınılması mümkün olmayan işlem maliyetleri, tarafların stratejik davranma adına yaratacakları etkisizlikler nedeniyle işlemlerin fiilen bu şekilde gerçekleştirilmesi her durumda mümkün olmaz⁴²⁰. Bu

⁴¹⁷ Örneğin 90 birime satılırsa A, onu 50 değerlediği için 40 birim daha etkin olacak, B açısından da 120 birim olarak değerlendirdiğinden 30 birim etkinlik olacak ve toplamda 70 birim etkinlik sağlanmış olacaktır. **Posner**, s. 13.

⁴¹⁸ **Ota**, s. 9.

⁴¹⁹ **Posner**, s. 13.

⁴²⁰ Detaylı değerlendirme için bkz. **Coase**, Ronald, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law and Economics* 1960/3, s. 1 vd.
<http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf> (son erişim tarihi: 14.9.2014).

nedenle kanun koyucuların, bilhassa işlem maliyetlerinin yüksek olduğu noktalarda düzenleme yapmasının gerekli olduğu savunulmaktadır⁴²¹.

II. Hukukun İktisadi Analizi Çerçevesinde Usûl Hukuku Meselelerine

Uygulanacak Hukuk

Yukarıda oldukça öz şekilde izah etmeye çalıştığımız üzere, bu öğretiyi birtakım ön kabullere dayanarak, ekonomik teorileri hukuk kurallarına uygulamaktadır.

Uygulanacak hukuk açısından ise teori şu şekilde izah edilmektedir⁴²²: Her devlet rasyoneldir, kendi sosyo-ekonomik çevresine ve değerlerine uygun olarak hukuk kurallarını düzenler. Bu nedenle kendi hukuk sistemi o ülke için optimumdur. Ancak yabancılık unsuru girdiği andan itibaren somut olay açısından –her ülkenin sosyo-ekonomik çevrelerinin ve değerlerinin farklı olduğu kabul edilerek– yeni bir optimum noktanın bulunması gerekir. Normal şartlarda tarafların kendilerinin sözleşme yoluyla bunu yapması ideal olanıdır; ancak yukarıda belirttiğimiz dışsallıklar ve işlem maliyetleri nedeniyle bunun her durumda yapılması mümkün olmamaktadır⁴²³. Esas itibariyle kanunlar ihtilâfında yapılan, iç hukuk düzenlemeleri ile yabancı hukuk düzenlemeleri bir araya geldiğinde, ekonomik modelleri uygulayarak optimum hukuku tespit etmektir⁴²⁴.

⁴²¹ **Richman**, Barak D./**Boerner**, Christopher, “A Transaction Cost Economizing Approach to Regulation: Understanding the NIMBY Problem and Improving Regulatory Responses”, Yale Journal on Regulation 2006, s. 30 vd.

⁴²² **Posner**, s. 13.

⁴²³ Örneğin, borçlar hukuku sözleşmelerine uygulanacak hukuk açısından pek çok ülkenin tarafların sözleşme ile belirlediği hukukun uygulanacağını kabul etmesi, bu alanda işlem maliyetlerinin görece olarak az olabilecek olmasıdır. Nitekim diğer alanlarda yüksek işlem maliyetlerinden kaçınmak için tarafların iradesine bakılmaksızın düzenleme yapılmıştır.

⁴²⁴ **Posner**, s. 13. Burada söz konusu olanın, en uygun hukukun bulunması ile işlem maliyetlerinin azaltılması arasındaki denge olduğu ifade edilmektedir. **Kagami**, Kazuaki, “The Systematic Choice of Legal Rules for Private International Law”, ed. Basedow, Jürgen/Kono, Toshiyuki, An economic analysis of private international law : [conference [...] on the island of Naoshima in the Japanese inland sea in March 2005, Tübingen 2006, s. 16.

İktisadi analiz öğretisinin kabul ettiği model insanın⁴²⁵ mahkemeye başvurmuş olmasının nedeni, davayı kazanması ihtimalinde elde edeceği getirinin bugünkü beklenen değerinin, davayı kaybetmesi halinde ortaya çıkacak maliyetlerden daha yüksek olmasıdır⁴²⁶. Mahkemenin yabancı bir hukuku uygulaması ise ilave masraf yapılmasına neden olur. Zira, hâkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesi gereği Türk hukukunu bilmek zorundadır. Ancak yabancı hukuk açısından böyle bir zorunluluk yoktur. Bu durum, hâkimin önce araştırma yapmasını, gerekirse tarafların buna ilişkin uzman görüşü sunmalarını gerektirir ki, bu hem yargılamayı önemli ölçüde uzatır hem de yargılama masraflarını artırır⁴²⁷. Aynı değerlendirmeler, davalı tarafından da yapılabilir. Dolayısıyla, sağlanmak istenen hukukî korumanın sınırlanması neticesi doğabilir⁴²⁸. Ancak bu değerlendirme yapılırken diğer bütün değişkenler sabit kabul edilmektedir.

III. Görüşümüz

Hukukun iktisadi analizi ile sadece usûl hukukuna uygulanacak hukuk açısından değil, davada, ilgili her bir hüküm açısından ayrı ayrı ve farklı değerlendirme yapılabilmesi mümkündür. Ancak bu görüş, niteliği gereği tek başına usûl hukukuna ilişkin mevzularda *lex fori*'nin uygulanmasının dayanağı olamaz. Zira, her bir hukuk kuralının ayrı ayrı değerlendirilmesi, amaçlarının ve iktisadi teoriler açısından

⁴²⁵ *Homo economicus* olarak adlandırılan model insan, rasyoneldir, faydasını maksimize etmeye çalışır ve teşvik edici değişikliklere cevap verir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Jolls, Christine/Sunstein, Cass R./Thaler, Richard**, "A Behavioral Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review* 1998/50, s. 1473 vd.

⁴²⁶ Örneğin, 1000 liralık bir alacağı için dava açan rasyonel kimse, %30 ihtimal ile davayı kazanacağını düşünüyor, kaybetmesi halinde ise 400 lira ödemesi gerektiğini biliyorsa; 1000 liranın bugünkü değeri 300, 400 liranın bugünkü değeri olan 280 liradan büyük olduğu için bu davayı açar. Ancak gerçekte insanlar, bu öğretinin kabul ettiğinden farklı olarak riskten korktukları için muhtemeldir ki verilen örnekteki davayı açmaz.

⁴²⁷ Bir önceki dipnotta verilen örneğimizde, kaybedilme ihtimalinde ödenmesi gereken miktara 50 lira da yabancı hukukun tespiti ve uygulanması sebebiyle ortaya çıkacak giderleri eklersek, kaybedilme ihtimalinin beklenen değeri 315 lira olacak, bu durumda model insan, bu davayı açmaz. Bu durumda hak da yerine getirilmemiş olur.

⁴²⁸ **Arnold**, *Lex fori*, s. 32.

neticelerinin ne olduğunun karşılaştırılması, diğer bir ifadeyle, etkinliğinin değerlendirilmesi gerekir. Örneğin⁴²⁹ zamanaşımına uygulanacak hukukun ne olduğu sorusu, zamanaşımının maddi hukuk kuralı mı yoksa usûl hukuku kuralı mı olduğundan bağımsız olarak bu öğretiyi çerçevesinde şu şekilde cevaplandırılabilir: Eğer zamanaşımının öngörülmesinin nedeni, zarar veren açısından hukukî kesinliği sağlamaksa, zarar verenin ülkesinin hukukunda yer alan zamanaşımı hükmünü uygulamak daha yerinde olur⁴³⁰. Eğer zamanaşımı kuralının var olmasının sebebi mahkemenin eskimiş deliller ile karar vermesi nedeniyle ortaya çıkacak zarar maliyetini engellemekse, bu durumda mahkemenin hukukunun uygulanması doğru olur. Zira, en iyi o ülke kanun koyucusunun, kendi mahkemesinin delillerle ne kadar süre içerisinde hatasız karar verebileceğini bildiği ve belirlemeyi buna göre yaptığı kabul edilir.

Netice itibariyle usûl hukukuna genel olarak hâkimin hukukunun uygulanmasının dayanağı olamayacak öğretiyi, her bir usûl kuralı açısından alışlagelmiş anlayıştan farklı bir boyutu da görmek ve değerlendirme yapmayı sağlamak bakımından yararlıdır. Bu manada, yargılama içerisinde ekonomik açıdan zayıf birini korumak için getirildiği düşünülen kuralın, fiilen tam tersi bir neticeye yol açtığı, bu öğretiyi sayesinde incelenip ortaya konulabilir. Örneğin, tüketicilerin hak aramalarını kolaylaştırmak amacıyla getirilen harçtan muafiyet ve tüketici hakem heyetlerine ilişkin kurallar, mesnetsiz taleplerin sayısında artışa sebep olarak uyuşmazlıkların makul sürede giderilmesini engelleyebilir. Bu ise, tüketiciyi korumak için getirilen kuralın, aslında onun hakkını daha geç alması neticesini doğurduğunu gösterir.

⁴²⁹ Örnek için bkz. **Posner**, s. 635.

⁴³⁰ Her ülke hukukunun kendi içerisinde optimum olduğu kabul edilmektedir.

H. Saf/Pür Usûl Hukuku Normları - Maddi Hukukla İlişkili Usûl Hukuku Normları Ayrımı Düşüncesi

Usûl hukuku meselelerine hâkimin kendi hukukunun uygulanacağını ifade eden *lex fori* prensibinin, gelişen milletlerarası ilişkiler karşısında bir bütün olarak uygulanabilme yetisine sahip olmadığı⁴³¹, bu nedenle, yabancılık unsuru içeren bir olayda usûl hukuku konusu olarak nitelenen bir meselede, hangi hukukun uygulanacağı sorusu özel bir araştırma yapmayı gerektirdiği savunulmaktadır⁴³². Söz konusu araştırma gerçekleştirilirken de usûl hukuku kurallarının saf/pür ve maddi hukukla ilişkili şeklinde ayrılması ve ikincisine yabancı usul hukuku kuralının uygulanması yoluna gidilmektedir⁴³³.

Münhasıran yargılamanın sorunsuz işlemesine yönelmiş usûl hukuku kurallarının usûl hukukunun çekirdek alanını oluşturduğu ve tartışmasız olarak hâkimin hukukuna tabi tutulması gerektiği konusunda öğretide görüş birliği vardır⁴³⁴.

Bilhassa, maddi hukuk ile doğrudan bağlantılı usûl kuralları açısından⁴³⁵, usûl hukukunun maddi hukukun gerçekleşmesine hizmet etme amacı dikkate alınarak her

⁴³¹ Buna karşılık yargılama sürecinin bir bütün olduğu, bunun kısmen dahi yabancı bir kanun hükmüne tabi tutulmasının mümkün olamayacağı, zira bunların mahkemenin organizasyonunun ayrılmaz bir parçası teşkil ettiği iddia edilmiştir. **V. Bar/Mankowski**, s. 401. Ancak usûl hukukuna ait olan her normun ayrılmaz biçimde mahkemenin organizasyonuna bağlı olduğunun söylemenin doğru olmadığı, ayrıca bir sonraki bölüm çerçevesinde ele alınacağı gibi bazı usûl normları çerçevesinde mahkemenin kendi hukuku dışında bir hukuku uygulamasının daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

⁴³² **Schack**, IZVR, s. 280; **Zöller/Geimer**, IZPR, para. 3; **Nagel/Gottwald**, s. 495; **Arnold**, Lex fori, s. 54; **Geimer**, s. 793; **Linke**, Hartmut, Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2006, s. 134; **Stein/Jonas/Brehm**, vor Art. 1, para. 82; **Jaeckel**, s. 83; **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 117; **Grunsky**, ZZP 89, s. 249; **Szásy**, s. 225. Bu konuda kanatimizce biraz ileri de giden **Guldener**, usûl hukukunun amacının maddi açıdan doğru bir karar elde edilmesi olduğunu belirterek bu amacın gerçekleşmesi kaydıyla usûle hangi kuralların uygulandığının önemli olmadığı belirtmiştir. **Guldener**, s. 8. Ancak amacın gerçekleştirilmesi için izlenmesi gereken şeklin önemli olmadığı izlenimi veren bu görüşün, **Jhering**'in meşhur ifadesiyle şeklin keyfiliğin can düşmanı, özgürlüğün ikiz kardeşi olması karşısında usûl kurallarının önemi nedeniyle yerinde olmadığı kanaatindeyiz. **V. Jhering**, Rudolf, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, C. II, Leibzig 1858, s. 471.

⁴³³ **V. Craushaar**, s. 29.

⁴³⁴ **Baeumer**, s. 18; **Jaeckel**, s. 84; **Böhm**, s. 119 vd.; **v. Craushaar**, s. 29.

⁴³⁵ Örneğin taraf ehliyetinde olduğu gibi bir maddi hukuk kavramının ön sorun olarak belirlendiği haller yahut doğrudan maddi hukuk işlemi ile ilişkili durumlar göz önüne alınmaktadır. **Jaeckel**, s. 97.

bir kurum için inceleme yapılması yoluna gidilmektedir⁴³⁶. Buna göre hâkim, yabancılık unsuru içeren ihtilâfı hallederken, ilgili usûl hukuku meselesini koşul olarak öngören kurumun yabancı hukuk düzeninde mevcut olup olmadığını incelemekle yükümlüdür⁴³⁷.

Kanaatimizce *lex fori* prensibinin mutlak olarak uygulanamayacağını belirtmesi sebebiyle söz konusu görüş yerindedir. Ancak, bu noktada hangi konuların çekirdek alana dahil olduğu, hangilerinin ise maddi hukukla ilişkili normlar olduğu önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu çerçevede milletlerarası yetki kurumu saf/pür usûl hukuku normu olarak değerlendirilirken, yetki sözleşmeleri maddi hukukla ilişkili usûl hukuku normu olarak farklı bir bölümde incelenmeyi gerektirir. Keza soyut delil ikame yükü, ispat yükü kurallarına göre belirlenmesi sebebiyle maddi hukukla ilişkili normlar arasında değerlendirilirken, somut delil ikame yükünün saf/pür usûl normları arasında ele alınması neticesi doğar. Bu sebeple, yazarların münferit normlar açısından yaptıkları değerlendirmeler bir sonraki bölümde değerlendirilmiştir, ancak söz konusu ayırım inceleme açısından benimsenmemiştir.

I. Değerlendirme ve Ara Sonuç

Yukarıda tartışılan ve usûl hukukuna ilişkin meselelerde hâkimin kendi hukukunu uygulaması prensibini izaha çalışan görüşlerin tamamı kısmen haklıdır. Belli bazı hükümler açısından *lex fori* prensibini izah edilebilirler. Ancak, bütün usûl hukukunu kapsar şekilde hâkimin kendi hukukunu uygulamasının dogmatik temeli olmaktan, diğer bir ifadeyle, onu meşrulaştırmaktan uzaktır. Bu çerçevede, pratik kaygılar ve usûl ekonomisi, mahkemenin oluşumu gibi yargılama usûlüne ilişkin bazı hükümleri izah ederken, ispata ilişkin hükümlere, örneğin tanıkla ispat yasağına neden hâkimin

⁴³⁶ Geimer, s. 167; Rixen, s. 158; Jaeckel, s. 83.

⁴³⁷ V. Craushaar, s. 30.

kendi hukukunu uygulaması gerektiğini açıklamaz. Egemenlik yetkisi ve mülklik prensibi, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından mahkemenin kendi hukukunun uygulanacağına ilişkin açık bir millî düzenleme olması durumunda geçerlidir. Ancak, bu şekilde bir düzenlemenin olmadığı hallerde pek tabii yabancı hukukun uygulanmasının da dayanağı olabilir. Usûl hukukunun iddia edilen kamusal karakteri ve kamu düzeni kavramları da, bir başka prensibin –*lex fori*– dayanağı olmaktan uzaktır. Zira, kamusal karakter, aslında yabancı hukukun uygulanabildiği kimi maddi hukuk hükümleri açısından söz konusu olabileceği gibi kamu düzeni de *ex ante* olarak yabancı hukukun göz ardı edilmesi anlamına gelmez. Hukukun iktisadi analizi teorisinin uygulanabilmesiyse, her bir durum açısından ayrı ayrı etkinlik kriterine dayanarak değerlendirme yapmayı gerektirir ki, bu pratik kaygılar ölçütüyle büyük oranda örtüşür. Ancak, genel ve bütün olarak usûl meselelerine hâkimin kendi hukukunun uygulanmasını izah edemez.

Uygulanacak usûl hukuku kuralının pek çok durumda maddi hukukun öngörmüş olduğu hakkı etkileyeceği şüpheden uzaktır. Pozitif bir dayanağı olmayan, dogmatik bir temeli dahi bulunmayan genel bir kabule –*lex fori* prensibi– dayanarak, usûl hukukunun da amacı olan maddi hukukun tanıdığı hakların gerçekleşmesine engel olunması kabul edilemez. Nitekim, maddi hukuk meseleleri açısından dahi yabancı hukukun uygulanması, ülkemizde 67 yıl boyunca Ecnebilerin Hak ve Vazifeleri Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesi dışında mahkeme içtihatları yoluyla sağlanmıştır⁴³⁸. **Göger** de, kanunlar ihtilâfına ilişkin sistemdeki boşlukların Medenî Kanun'un 1'inci maddesinde gösterilen şekilde hâkim tarafından doldurulacağını ifade etmiştir⁴³⁹. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından belli hallerde

⁴³⁸ **Çelikel/Erdem**, s. 47.

⁴³⁹ **Göger**, Kanunlar İhtilafı, s. 35. Benzer şekilde Alman hukuku açısından bkz. **Rauscher**, s. 21.

yabancı ülke hukuklarının uygulanması kaçınılmazdır⁴⁴⁰. **Nomer**, hukukî ilişkilerde taraflar için adalet ile en uygununu temin amacı ve bu amacı gerçekleştirme yükümlülüğü sebebiyle devletlerin yabancı bir kanunu uyguladıklarını ifade etmektedir⁴⁴¹. Bu bağlamda, öğretide, yabancılık unsurunun söz konusu olduğu hallerde yabancı ülke kurallarının öncelikli olduğu ve tekrar mahkemenin hukukuna dönülebilmesi için ikna edici gerekçelerin bulunması gerektiği savunulmaktadır⁴⁴². Şu halde, yapılması gereken ilk husus *lex fori* prensibini, genel geçer ve tartışmasız olarak ele almaktan vazgeçmek, başka bir anlatımla, istisnalarının olabileceğini kabul etmektir⁴⁴³.

Kanaatimizce, söz konusu istisnalar, yukarıda dogmatik temel olarak ileri sürülen görüşlerden yararlanılarak ve her bir usûli mesele açısından milletlerarası özel hukukun amaçları da gözetilerek belirlenmelidir. Diğer bir ifadeyle, bütün usûl hukuku meseleleri açısından geçerli bir kanunlar ihtilâfı kuralı tespit edilmelidir⁴⁴⁴. Nitekim, ispat hukuku açısından geçerli olması gereken kanunlar ihtilâfı kuralı kapsamlı olarak ilk kez **Coester-Waltjen** tarafından savunulmuştur⁴⁴⁵. Avrupa Birliği içerisinde ilk defa 1968 yılında sözleşme olarak yürürlüğe giren Brüksel-I Konvansiyonu ile, Birlik içerisinde usûl hukuku meselelerinin uyumlaştırılması amaçlanmış, diğer bir ifadeyle usûl kanunlar ihtilâfı kuralları benimsenmiştir⁴⁴⁶. Özellikle temel insan hakları ve serbest dolaşıma ilişkin düzenlemeler sebebiyle

⁴⁴⁰ **Göger**, Kanunlar İhtilafı, s. 3.

⁴⁴¹ **Nomer**, Yabancı Kanun, s. 31.

⁴⁴² **Ehrenzweig**, Albert A., “The Lex Fori-Basic Rule in the Conflict of Laws, Michigan Law Review 1960/5, s. 637.

⁴⁴³ **Schack**, IZVR, s. 280; **Zöller/Geimer**, IZPR, para. 3; **Nagel/Gottwald**, s. 495; **Arnold**, Lex fori, s. 54; **Geimer**, s. 793; **Linke**, IZPR, s. 134; **Stein/Jonas/Brehm**, vor Art. 1, para. 82; **Jaekel**, s. 83; **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 117; **Grunsky**, ZZP 89, s. 249; **Szásy**, s. 225.

⁴⁴⁴ Esasen *lex fori* prensibinin kendisi de saklı bir kanunlar ihtilâfı kuralı içermektedir. Prensip, yabancılık unsuru içeren olaylarda hangi ülke usûl hukukunun uygulanacağı sorusunu cevaplar. Ancak, yukarıda belirtildiği gibi genel geçer bütün olaylar açısından kabulü mümkün değildir. **Jaekel**, s. 147.

⁴⁴⁵ **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 461.

⁴⁴⁶ Birlik içerisinde uyumlaştırılmış usûl hukuku düzenlemeleri hakkında bkz. **Gottwald**, Peter, “The European Law of Civil Procedure”, RLR 2005, s. 37 vd.

Birlik içerisinde *lex fori* prensibinden uzaklaşmalar ortaya çıkmaktadır⁴⁴⁷.

Hukukumuz açısından da olması gereken, tartışmaları bertaraf etmek ve belirsizlikleri gidermek adına usûl hukuku meselelerine ilişkin kanunlar ihtilâfi kurallarını açıkça düzenlemektir. Ancak halihazırda böyle bir düzenlemenin eksikliği, bizi bir bağlama kuralı olarak *lex fori* 'ye mahkum etmemeli ve değerlendirme şu ölçütlere göre yapılmalıdır:

1. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından usûl hukuku meselelerine uygulanacak hukuku belirleyen açık bir yasal düzenleme veyahut bağlayıcı bir milletlerarası hukuk kuralı mevcutsa, artık egemenlik prensibi gereği öncelikle o esas alınmalıdır.

2. Açık bir düzenleme bulunmaması halinde ise, somut meseleye uygulanacak hukuk belirlenirken; pratik kaygılar ve usûl ekonomisi ile, milletlerarası özel hukukun amacı olan ve milletlerarası özel hukuk adaletinin gerçekleşmesine hizmet eden, tarafların meşru beklentilerinin karşılanması ve karar ahenginin sağlanması arasında karşılıklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Şayet somut mesele açısından tarafların beklentileri ve karar ahengine nazaran pratik kaygılar ağır basıyorsa, *lex fori* uygulanmaya devam edilmelidir. Ancak pratiklik açısından ortaya çıkacak maliyet ihmal edilebilir düzeyde ve tarafların meşru beklentileri ile karar ahengi başka bir hukukun uygulanması gerektiğini gösteriyorsa, artık *lex fori* prensibinden vazgeçilmeli ve tespit edilen yabancı hukuk uygulanmalıdır. İşte, bir sonraki bölümde, her bir usûl hukuku meselesi açısından yapılacak değerlendirmenin neticesinin ne olması gerektiği ayrıntılı olarak incelenmiştir.

⁴⁴⁷ **Jaeckel**, s. 166 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

YARGILAMAYA İLİŞKİN KAVRAM VE KURUMLARIN LEX FORİ PRENSİBİ ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Genel Olarak

Bu bölüm içerisinde yargılamaya dair her bir usûl kurumu açısından, yabancılık unsurunun söz konusu olması halinde, hangi hukukun uygulanması gerektiği, bir önceki bölümde belirlediğimiz temel ölçütümüze⁴⁴⁸ bağlı kalınarak incelenmiştir.

Yargılamaya ilişkin kavram ve kurumlar değerlendirilirken sınıflandırma, normların maddi hukukla ilişkisi yerine, usûl hukukumuz ve yargılamamıza yabancı olmayacak şekilde⁴⁴⁹ şöyle gerçekleştirilmiştir: Öncelikle mahkemenin oluşumuna ilişkin kurumlar ele alınmış, daha sonra taraflara ve yargılamanın yürütülmesine ilişkin kavram ve kurumlar uygulanacak hukuk açısından değerlendirilmiştir.

Önemine binaen ispat hukuku ayrı bir paragraf altında incelenmiştir. Daha sonra yargılamaya son veren taraf usûl işlemleri olan feragat, kabul ve sulh açısından yabancılık unsurunun sonuçları üzerinde durulmuştur.

⁴⁴⁸ Bkz. yuk. s. 70 vd.

⁴⁴⁹ Hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinde yer alan dava şartlarında hem de yargılamaya hâkim ilkeler açısından bu tasnif kabul edilmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer almasına rağmen şüphesiz bir maddi hukuk kuralı olarak nitelendirilecek hükümler bu bölümde ayrıca incelememiştir. Zira, zikrettiğimiz gerekçe nedeniyle, bu hükümler açısından herhangi bir maddi hukuk meselesi gibi vasıflandırmanın yapılması ve bu bağlamda kanunlar ihtilâfı kurallarının gönderdiği ülke hukukunun uygulanması gerekir. Örneğin, hâkimlerin hukukî sorumluluğuna ilişkin düzenleme bir maddi hukuk kuralıdır. Bu çerçevede, esas itibarıyla haksız fiilin özel hallerinden biri olarak vasıflandırılarak, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un haksız fiile ilişkin 34'üncü maddesine göre uygulanacak hukuk meselesinin çözümlenmesi gerekir.

Zamanaşımı kurumunun Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukukundaki farklı nitelendirilmesi ve yabancı bir ülke mahkemesinde açılmış davanın, olayın esasına Türk hukukunun uygulanacağı durumda zamanaşımı süresini kesip kesmeyeceği meselesi, önemi sebebiyle, yapmış olduğumuz sınıflandırmadan ayrı olarak son kısımda ele alınmıştır.

1. Mahkemeye İlişkin Kavram ve Kurumlar Bakımından *Lex Fori* Prensiplerinin Değerlendirilmesi

A. Mahkemelerin Kuruluşu ve Yapısı

Mahkemenin oluşumu ve yapısı, hâkimlerin tayini konusunda hâkimin kendi hukukunu uygulaması gerektiği şüpheden uzaktır⁴⁵⁰. Bu nedenle, davanın tarafları, olayın esasına yabancı bir hukukun uygulanacak olmasına dayanarak, Türkiye’de bulunmayan bir mahkemenin kurulmasını, hâkimin ilgili alanda uzmanlaşmış, en azından yüksek lisans yapmış kimseler arasından atanmasını, yargılamanın görülmesi sırasında hâkimin yanında ayrıca meslekten olmayan yardımcılarının da olmasını, yargılamanın halktan kimselerden oluşacak bir jüri önünde yapılmasını isteyebilmesi mümkün değildir. Bir önceki bölümde kabul ettiğimiz kriter⁴⁵¹ çerçevesinde değerlendirme şu şekilde yapılmalıdır: Öncelikle bu konularda yabancı hukukun uygulanması pratik olmaz. Sadece bir uyuşmazlık için yeni bir mahkeme kurmak, yeni hâkimler tayin etmek, sistemde bulunmayan kimseleri yargılamaya dahil etmek daha adil bir yargılamaya katkı sağlamayacağı gibi gereksiz zaman ve emek harcanmasına neden olur. Ayrıca, bu konularda yabancı hukukun uygulanmaması, milletlerarası özel hukukun amaçlarının gerçekleşmesini de engellemez. Örneğin karar ahengi açısından hangi mahkemenin kurulduğu veya hâkimin yüksek lisans derecesinin olup olmadığı önem arz etmez, en azından kararı doğrudan etkileyeceğinden söz etmek mümkün olmaz. Burada ilave edilebilecek üçüncü husus ise, esas itibariyle zikredilen durumların mahkemelerin idari teşkilatı ile ilgili olmasıdır. Bu manada, devletin egemenlik yetkisini kullanan bir organın

⁴⁵⁰ **Jaeckel**, s. 84; **Baeumer**, s. 18; **Heldrich**, Andreas, “Fragen der internationalen Zustaendigkeit der deutschen Nachlassgerichte”, NJW 1967, s. 421.

⁴⁵¹ Bkz. yuk. s. 68 vd.

oluşumu, organda yer alan kamu görevlilerinin nitelikleri ve atanmaları, salt birer idari işlem ile gerçekleştirilecek hususlardandır. Hem pratik olmaması hem milletlerarası özel hukukun amaçlarına hizmet etmemesi hem de bir idari işlemle gerçekleştirilecek olması hususlarının birlikte düşünülmesi halinde, yargı teşkilatının oluşturulması, hâkimlerin niteliklerinin belirlenmesi hususlarında mahkemenin hukukunun, yani *lex fori* 'nin uygulanacağı noktası şüpheden uzaktır.

B. Yargı Hakkı

I. Genel Olarak

Yargı hakkı, *facultas iurisdictionis*, yani yargılayabilme yetisini ifade etmektedir⁴⁵². Bu yönüyle yargı hakkı, kaynağını ve sınırlarını devletlerin egemenlik yetkilerinde ve dolayısıyla milletlerarası kamu hukuku alanında bulan bir kavramdır⁴⁵³. Yargı yetkisinin kullanılması, bir egemenlik faaliyeti olduğundan, hem kişi hem de coğrafi olarak devletin egemenlik alanıyla sınırlanmıştır⁴⁵⁴. Her bir devlet, belli bir yargı çevresi üzerinde yargı hakkı ve bu manada kişiler ve şeyler üzerinde egemenlik yetkisine sahiptir. Esasen devletlerin belli bir yargı hakkından bahsedilmesi iki anlama gelir. Bunlardan birincisi onun olumlu anlamı olup, ülkenin, egemenlik yetkisi içerisindeki kişi ve olaylar üzerinde yargı yetkisi kullanabileceğini ifade eder. İkincisi ve olumsuz anlamı ise, hiçbir devletin diğerinin toprakları üzerinde yargı yetkisini kullanamayacağıdır⁴⁵⁵. Ancak, devletlerin yargı hakları milletlerarası hukuk tarafından kimi hallerde egemenlik alanları içinde dahi sınırlanmıştır. Bu, devletin

⁴⁵² **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, GVG Übers, Art. 1, para. 1; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 245; **Prütting/Gehrlein/Bitz**, GVG Art. 18, para. 1; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 414; **Yılmaz**, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 764; **Linke/Hau**, s. 35; **Karşı**, Ders kitabı, s. 71; **Geimer**, s. 182; **Postacıoğlu**, s. 3.

⁴⁵³ **Schack**, IZVR, s. 65; **Nagel/Gottwald**, s. 38; **Linke/Hau**, s. 36; **Nomer**, Usul, s. 55; **Geimer**, s. 182; **Kropholler**, IPR, s. 597; **Kegel/Schurig**, s. 1044; **Nussbaum**, DIPR, s. 386.

⁴⁵⁴ **Schack**, IZVR, s. 65; **Nagel/Gottwald**, s. 38; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 414; **Geimer**, s. 182.

⁴⁵⁵ **Nagel/Gottwald**, s. 38.

kendi yargı yetkisine girmesi beklenen bir konuda yargı hakkı olmaması şeklinde olabileceği gibi, yabancı bir devletin kendi ülkesi sınırları içerisinde yargısal faaliyette bulunmasına izin vermesi şeklinde de gerçekleşebilir. Her hâlükârda, yargı hakkının mevcudiyeti noktasında uygulanacak hukuka dair bir tartışma söz konusu olamaz. Zira, yargı hakkının hangi hallerde mevcut olduğu ve sınırları Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'nün 38'inci maddesi gereğince, milletlerarası hukukun bağlayıcı düzenlemeleri olan, iki veya çok taraflı sözleşmeler ve milletlerarası örf ve adet hukuku kurallarıyla belirlenmiştir. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından yargı hakkı konusunda mesele, belirtilen milletlerarası hukuk kaynakları çerçevesinde devletin yargı yetkisinin mevcut olup olmadığı hususundadır. Bu ise, yargı hakkının sınırlarının tespit edilmesini gerektirir.

II. Yargı Hakkının Sınırları

Bilindiği üzere devletler, ülke toprakları üzerindeki kişi ve şeyler üzerinde kural olarak egemenlik yetkisine, dolayısıyla yargı yetkisine sahiptir⁴⁵⁶. Devletlerin söz konusu egemenliğine ilişkin bir istisna, dolayısıyla yargı hakkının sınırlandığı ilk hal, yabancı devletler açısından mevcuttur. Bütün devletlerin aynı değerde onurlu, eşit ve bağımsız olması, *par in parem potestatem non habet*, başka bir anlatımla, eşitlerin birbiri üzerinde hâkimiyet sahibi olamaması sebebiyle, yabancı bir devletin, başka devletlerin yargı yetkisinden bağışık olduğu milletlerarası hukuk çerçevesinde kabul

⁴⁵⁶ **Gündüz**, Aslan, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1984, s. 15. Devletlerin söz konusu yetkilerinin yargı yetkisi bağlamında ayrıca sınırlanması gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmüştür. Örneğin, devletin yargı hakkından söz edilebilmesi için ayrıca uyuşmazlık konusu ile mahkeme arasında dikkate alınabilecek asgari bir ilişkinin olması gerektiği iddia edilmiştir. **Walchshöfer**, Alfred, "Die deutsche internationale Zuständigkeit in der streitigen Gerichtsbarkeit", ZJP 80, s. 171. Bir görüş de makul bir bağlantı noktası (*vernünftige Anknüpfungspunkt*) olmadığı durumda yargı yetkisinin kullanılmasının milletlerarası hukuka aykırı olacağını belirtmektedir. **Schlosser**, Peter, "Das völkerrechtswidrige Urteil nach deutschem Prozessrecht", ZJP 79, s. 176.

edilmektedir⁴⁵⁷. Tarihsel olarak henüz devlete ayrı bir kişilik atfedilmediği dönemde monark açısından söz konusu olan yasaların üstünde olma hali, devletin ayrı bir varlık olarak kabul edilmesiyle birlikte ona geçmiştir⁴⁵⁸. Uzun bir süre mutlak olarak kabul edilen bu bağışıklık⁴⁵⁹, günümüzde⁴⁶⁰ devletlerin ticari alanda oldukça aktif olmaları nedeniyle daha sınırlı olarak ele alınmakta, yabancı devletin eyleminin bir egemenlik faaliyeti gereği (*acta iure imperii*) mi yoksa özel hukuk kişisi gibi (*acta iure gestionis*) mi olduğu ayrılmakta, ikinci halde yabancı devlet de yargı yetkisine tabi kılınmaktadır⁴⁶¹. Örneğin, savaş uçakları ile gerçekleştirilen bombalama

⁴⁵⁷ **Schack**, IZVR, s. 71; **Akkutay**, Berat L., “Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiilelerinden Dolayı Hukukî Yargı Bağışıklığı”, TBBD 2014/113, s. 100; **Dardağan-Kibar**, Esra, “Yargı Kararları Işığında Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı Alanında Güncel Gelişmelere Bakış”, Prof. Dr. Rona Aybay’a Armağan, İstanbul 2014, s. 680; **Ipsen/Epping**, s. 174; **Gökçe**, Yasir, “Mutlak Yargı Bağışıklığından Sınırlı Yargı Bağışıklığına Geçiş Trendi, İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Bağışıklığı ve Ülkemizdeki Durum”, GÜHFD 2014/1, s. 92; **Nagel/Gottwald**, s. 38; **Doğan**, MÖH, s. 57; **Steger**, Ruth, *Staateimmunitaet und Kriegsverbrechen: Das IGH Urteil im Verfahren Deutschland gegen Italien vom 03.02.2012*, Frankfurt 2013, s. 35; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 324; **Yılmaz**, Şerh, s. 764; **Yang**, Xiaodong, *State Immunity in International Law*, Cambridge 2012, s. 7; **Arsava**, Fusun, “Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı”, TAAD 2012/8, s. 5; **Kök**, İdil B., *State Immunity in Turkish Law: An Analysis of the Doctrine of State Immunity in the Light of the Decisions of the Turkish Court of Cassation*, Ankara 2012, s. 2, <http://etd.lib.metu.edu.tr/upload/12615281/index.pdf> (son erişim tarihi: 26.8.2014); **Linke/Hau**, s. 38; **Schaarschmidt**, Julia, *Die Reichweite des völkerrechtlichen Immunitaetsschutzes – Deutschland v. Italien vor dem IGH*, Wittenberg 2010, s. 10; **Nomer**, Usul, s. 56; **Geimer**, s. 254; **Aybay**, Rona, “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı”, TBBD, 2007/72, s. 109; **Kropholler**, IPR, s. 598; **Dörr**, Oliver, “Staatliche Immunitaet auf dem Rückzug”, ArchVR 2003, s. 202; **Shaw**, s. 621 vd.; **Beys**, Kostas E., “Die Staatenimmunitaet im Lichte des Grundsatzes der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde”, FS für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München 2002, s. 67; **Kuru**, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, Cilt II, İstanbul 2001, s. 1346; **Verdross**, s. 230. Milletlerarası bir belgede devletlerin yargı bağışıklığından, ilk kez Vestfalya barışında söz edilmiştir. **Schaarschmidt**, s. 10. Birleşmiş Milletler Statüsü’nün 2’nci maddesinin birinci fıkrasında da, örgütün, bütün üye ülkelerin eşitliği üzerine kurulduğu belirtilmiştir. Bunun yanında, devletlerin yargı bağışıklığı, milletlerarası nezaket, cebri icra güçlüğü, karşılıklılık gibi görüşlerle de temellendirilmeye çalışılmıştır. **Gündüz**, s. 65 vd. Nitekim Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Verblinden BV v. Central Bank of Nigeria* kararında, yargı bağışıklığının temelini milletlerarası nezaket (*grace and comity*) olduğunu belirtmiştir. **Born**, Gary/**Rutledge**, Peter B., *International Civil Litigation in United States Courts*, New York 2011, s. 231.

⁴⁵⁸ **Geimer**, s. 261; **Kuran**, Selami, “Savaş Gemilerinin Dokunulmazlığı ve Yargı Bağışıklığı”, MHB 2005-2006, s. 231.

⁴⁵⁹ **Born/Rutledge**, s. 231; **Verdross**, s. 230. Bunun katı bir örneği 1849 yılında Fransız Yargıtay’ı tarafından *Casaux* kararında sergilenmiş, bir devletin başka bir devletçe yargılanamayacağı belirtildikten sonra devlet ile ilişkiye girenin bunu bilmesi gerektiği ifade edilmiştir. **Aybay**, s. 110.

⁴⁶⁰ Tarihsel olarak ilk defa 1886 yılında İtalya ve 1903 yılında Belçika’da bu görüş ortaya atılmıştır. **Shaw**, s. 628; **Verdross**, s. 231.

⁴⁶¹ **Schack**, IZVR, s. 71; **Dardağan-Kibar**, s. 678; **Ipsen/Epping**, s. 180; **Gökçe**, s. 93; **Nagel/Gottwald**, s. 38; **Doğan**, MÖH, s. 57-58; **Steger**, s. 37; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s.

neticesinde ortaya çıkan zarar sebebiyle yabancı bir devletin başka bir ülkede yargılanması mümkün değilken⁴⁶², konsolosluk çalışanları için bizzat kira sözleşmesi⁴⁶³ yahut hizmet akdi imzalanması⁴⁶⁴ vesilesiyle ortaya çıkan sorumluluk halinde yabancı devlete karşı dava açılabilir⁴⁶⁵.

Öğretide Amerikan hukuku kaynaklı bir görüş, devletlerin egemenlikleri ile ağır insan hakkı ihlallerinin giderilmesi karşı karşıya geldiğinde, insan hakkı yönünün ağır basması, dolayısıyla, devletin egemenlik yetkisi kullanımı sonucunda gerçekleşse dahi, insan hakkına dayalı davalar açısından yargı bağıışıklığından söz edilmemesi gerektiği yönündedir⁴⁶⁶. Nitekim Yunanistan Levadia İlk Derece

325; **Payandeh**, Mehrdad, “Statenimmunitaet und Menschenrechte”, JZ 2012/19, s. 952; **Born/Rutledge**, s. 231; **Yang**, s. 58; **Arsava**, s. 5; **Nomer**, Usul, s. 57; **Geimer**, s. 229; **Aybay**, s. 110; **Kropholler**, IPR, s. 598; **Kuran**, s. 231-232; **Cremer**, Wolfram, “Entschädigungsklagen wegen schwerer Menschenrechtsverletzungen und Staatenimmunität vor nationaler Zivilgerichtsbarkeit”, ArchVR 2003, s. 140; **Shaw**, s. 628; **Beys**, s. 68; **Geiger**, Rudolf, “Staatenimmunitaet: Grundsatz und Ausnahme”, NJW 1987, s. 1124. Yabancı devletin yargı yetkisine tabi olmasının hâlâ çok istisnai hallerde olduğuna dair tartışma için ayrıca bkz. **Schönfeld**, Ulrich V., “Die Immunitaet auslaendischer Staaten vor deutschen Gerichten”, NJW 1986, s. 2980-2987; **Verdross**, s. 231.

⁴⁶² Örneğin, İran-İrak savaşı sırasında Türkiye’ye petrol getiren tankerin Irak tarafından bombalanması üzerine ilgili kimsenin açtığı maddi ve manevi tazminat davasını Yargıtay, yargı bağıışıklığı gerekçesi ile reddetmiştir. Yargıtay 4. HD, 17.3.1986, E. 1985/5190, K. 1986/2436, Yasa Hukuk Dergisi 1986/9, s. 1271-1272. Benzer şekilde, Türk savaş gemisi ile Sovyetler Birliği’ne ait bir savaş gemisinin çarpışması sonucu ölen asker eşi ve çocuklarının, Sovyetler Birliği aleyhine açtığı dava, yargı hakkının olmaması sebebiyle reddedilmiştir. Yargıtay 4. HD, 13.10.1987, E. 1987/7309, K. 1987/7373, **Kuru**, C. II, s. 1350-1351. Mavi Marmara olayında ölen Furkan Doğan’ın yakınlarının Kayseri 3. Asliye Hukuk Mahkemesi’nde açmış oldukları dava, mahkeme tarafından yargı hakkı olmaması sebebiyle reddedilmiştir. **Dardağan-Kibar**, s. 686. Alman Federal Mahkemesi de Alman askeri kuvvetleri tarafından İkinci Dünya Savaşı sırasında Yunanistan’da ortaya çıkan zararlar sebebiyle açılacak davada Almanya’nın yargı bağıışıklığından yararlanacağına karar vermiştir. BGH, Urt. 26.6.2003 – III ZR 245/98, NJW 2003, s. 3488-3493.

⁴⁶³ Yargıtay HGK, 18.9.1991, E. 1991/6-299, K. 1991/406, YKD 1992/3, s. 346 vd.

⁴⁶⁴ Yargıtay 10. HD, 14.10.1993, E. 1993/5620, K. 1993/10875, YKD 1994/2, s. 227 vd.

⁴⁶⁵ Devletlerin yargı bağıışıklığına ilişkin hususu sözleşme ile açıkça kurala bağlamak amacıyla BM nezdinde Devletlerin ve Onların Mülklerinin Yargısal Bağıışıklığına İlişkin Sözleşme imzalanmış, ancak henüz yürürlüğe girmemiştir. Türkiye de henüz sözleşmeyi imzalamamıştır. Sözleşmeye taraf olan devletler ve sözleşme metni için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en (son erişim tarihi: 27.8.2014). Yine Avrupa Konseyi nezdinde 16 Mayıs 1972’de imzaya açılan Devletlerin Bağıışıklığına Dair Avrupa Sözleşmesi de 11 Haziran 1976’da yürürlüğe girmiştir. Ancak Sözleşme bugün itibariyle yalnızca sekiz ülkede yürürlüktedir. Sözleşme metni ve taraf devletler için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&NT=074> (son erişim tarihi: 16.9.2014).

⁴⁶⁶ **Akkutay**, s. 102 vd.; **Finke**, Jasper, “Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?”, EJIL 2011/4, s. 854; **Nagel/Gottwald**, s. 41; **DeSena**, Pasquale/**DeVittor**, Francesca, “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case”, EJIL 2005/16, s. 89 vd.; **Shaw**, s. 638; **Hess**, Burkhard, “Staatenimmunitaet bei

Mahkemesi, İkinci Dünya Savaşı sırasında SS askerlerinin verdiği zararlar nedeniyle Almanya aleyhine açılan davayı kabul etmiştir⁴⁶⁷. Amerika Birleşik Devletlerinde ise dönüm noktası olan ilk olay, sürgünde olan Şili’li politikacı Letelier’in Washington’da bir caddede Şili gizli servisi tarafından öldürülmesi üzerine yakınlarının Şili devleti aleyhine açtığı davadır⁴⁶⁸. İtalyan Yüksek Mahkemesi de *Ferrini* davasında, temel insan hakları ihlalleri konusunda, daha üstün *ius cogens* kuralların mevcudiyeti nedeniyle, devletlerin yargı bağıışıklığından yararlanamayacağına karar vermiştir⁴⁶⁹. Ancak, hem Milletlerarası Adalet Divanı, Belçika Mahkemesince verilen yakalama emrine karşı verdiği kararında hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *McElhinney* kararında, devletlerin yargı bağıışıklığı lehine hüküm kurmuştur⁴⁷⁰. Milletlerarası Adalet Divanı, *Ferrini* davasında, İtalyan mahkemesince verilen kararın Almanya’nın egemenlik haklarını ihlal ettiği iddiasıyla açılan davada, Almanya’yı haklı bulurken, uyuşmazlık konusu fiillerin *acta iure imperii* teşkil ettiğini belirtmiş, insan hakkı ihlalleri durumunda devletlerin yargı bağıışıklığından yararlanamayacağına dair bir örf ve adet hukuku kuralı olmadığına hükmetmiştir⁴⁷¹. Dolayısıyla insanlığa karşı işlenen söz konusu suçlar açısından yargı bağıışıklığının olmadığına dair bir milletlerarası örf ve adet hukuku kuralı bulunduğundan söz etmek henüz mümkün değildir⁴⁷². Bununla birlikte, milletlerarası hukuktaki genel eğilim, devletlerin yargı bağıışıklığının, egemenlik yetkisinin kullanıldığı bazı tasarruflar açısından da kaldırılması gerektiği

Menschenrechtsverletzungen”, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, s. 269 vd.

⁴⁶⁷ Nagel/Gottwald, s. 41.

⁴⁶⁸ Hess, Staatenimmunitaet, s. 271.

⁴⁶⁹ Italian Court of Cassation, 11.3.2004, *Ferrini v. Germany* AJIL 99, s. 242 vd.

⁴⁷⁰ Milletlerarası Adalet Divanı’nın *Democratic Republic of Congo v. Belgium* kararı için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf> (son erişim tarihi: 25.8.2014); AIHM, 21.1.2001, 31253/96, *McElhinney v. Ireland*.

⁴⁷¹ Jurisdictional Immunities of State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, s. 99 vd.

⁴⁷² Payandeh, s. 952; Nomer, Usul, s. 59.

yönündedir⁴⁷³. Bu nedenle, yakın bir gelecekte, insan hakkı ihlalleri konusunda devletlerin yargı bağıışıklığından yararlanamayacakları konusunda bağlayıcı bir kural ortaya çıkması muhtemeldir.

Keza, henüz milletlerarası örf ve adet hukuku kuralı haline gelmemiş ve bilhassa Amerika Birleşik Devletleri federal ve eyalet mahkemelerinde uygulanan *Act of State* öğretisi, yargı hakkı kavramından bağımsız olarak, yabancı hükümet tarafından gerçekleştirilen ve etkileri söz konusu yabancı ülke toprakları içerisinde kalan işlemler açısından, milletlerarası ilişkilere zarar vermemek adına, Amerikan mahkemelerinin yargılama yapmaktan kaçınmasını ifade etmek üzere geliştirilmiştir⁴⁷⁴.

Devlet tüzel kişiliği yanında, devlete ait teşebbüsler açısından da aynı ölçüt kullanılır ve faaliyetin egemenlik yetkisinin kullanımı olup olmadığının yahut malvarlığı değerinin kullanım amacının tespitine göre bağıışıklık durumu belirlenir⁴⁷⁵. Ancak, ne zaman bir faaliyetin egemenlik yetkisinin kullanımı neticesinde olduğuna ilişkin bağlayıcı bir örf ve adet hukuku kuralı yoktur⁴⁷⁶. Bu çerçevede bugüne kadarki uygulama, *lex fori* 'ye göre meselenin halledilmesi yönündedir⁴⁷⁷. Hem BM Devletlerin ve Onların Mülklerinin Yargısal Bağıışıklığına İlişkin Sözleşme'nin 10'uncu ve devamı maddelerinde hem de Devletlerin Bağıışıklığına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 4'üncü ve devamı maddelerinde egemenlik işlemi ve diğer işlemler ayrımının nasıl yapılacağı gösterilmemiş, kazuistik olarak (ticari işlemler, iş

⁴⁷³ **Arsava**, s. 6; **Bianchi**, Andrea, "Ferrini v. Federal Republic of Germany", AJIL 99, s. 247.

⁴⁷⁴ **Ipsen/Epping**, s. 174; **Nagel/Gottwald**, s. 46; **Alderton**, Matthew, "The Act of State Doctrine: Question of Validity and Abstention from Underhill to Habib", MelBJIL 2011/12, s. 2; **Berentelg**, Maria, Die Act of State-Doktrin als Zukunftsmodell für Deutschland?, Tübingen 2010, s. 28; **Kubilay**, Huriye, "Act of State Doktrini Konusunda Bir Karar İncelemesi", MHB 1989/2, s. 143 vd.

⁴⁷⁵ **Schack**, IZVR, s. 75.

⁴⁷⁶ **Geimer**, s. 262.

⁴⁷⁷ **Geimer**, s. 262; **Kostkiewicz**, Jolanta K., Staatenimmunitaet im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizerischem Recht, Bern 1998, s. 320.

sözleşmeleri, kişisel zararlar, malvarlığı zararları, mülkiyet hakkı ve zilyetlik hükümleri, fikri mülkiyet) bağışıklıktan yararlanılamayan haller sayılmıştır⁴⁷⁸.

Bununla birlikte, yabancı devletin yahut devlet teşebbüsünün kendisinin davacı olmak istemesi halinde artık yargı bağışıklığı, yargı yetkisinin kullanılması bağlamında bir engel teşkil etmemelidir⁴⁷⁹. Zira, devletin açıkça veya örtülü olarak⁴⁸⁰ yargı bağışıklığından vazgeçmesi mümkündür⁴⁸¹.

Hukukumuzda da, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 49'uncu maddesiyle yabancı devletlerin özel hukuktan kaynaklanan faaliyetleri nedeniyle yargı muafiyetine tabi olmadıkları açıkça düzenlenmiştir⁴⁸². İşlemin ne zaman özel hukuk faaliyeti olarak değerlendirileceği bir vasıflandırma meselesidir ve bir önceki bölümde ifade edildiği şekilde kural olarak *lex fori*'ye⁴⁸³ göre gerçekleştirilir⁴⁸⁴. Ancak, söz konusu ayırım yapılırken işlemin yahut eylemin amacı

⁴⁷⁸ Bkz. yuk. s. 78 civarı.

⁴⁷⁹ **Nagel/Gottwald**, s. 45; **Geimer**, s. 285. Aksi yönde bkz. **Nomer**, Usul, s. 63-64. Yazar, her ne kadar yabancı devletin davacı olduğu hallerde de yargı bağışıklığının geçerli olduğunu belirtse de davalı tarafça itiraz edilmemesi durumunda ancak yargı yolunun açılabileceğini belirtmiştir. Ancak yargı hakkı aşağıda belirtildiği üzere bir dava şartıdır ve mahkemece re'sen gözetilir. Şayet davacı bulunduğu halde de yargı bağışıklığı devam ediyor denilecek olursa, artık karşı taraf açıkça muvafakat etse dahi mahkeme bunu gözetip davayı usûlden reddetmelidir. Böyle bir sonuca yol açmamak için yabancı devletin davacı olduğu hallerde artık yargı bağışıklığının söz konusu olmadığını söylemek daha yerinde görünmektedir. Bu durumun devletin yargı bağışıklığından zımnen vazgeçmesi olarak değerlendirilmelidir.

⁴⁸⁰ Örneğin, devletin kendisine karşı açılan dava sebebiyle cevap verip karşı dava açması halinde veya bağışıklık itirazında bulunmaksızın esasa ilişkin savunma yapması halinde, örtülü bir şekilde bağışıklıktan vazgeçtiği söylenebilir. Karş. bkz. **Schack**, IZVR, s. 78; **Schaarschmidt**, s. 28; **Born/Rutledge**, s. 336; **Geimer**, s. 284.; **Dörr**, s. 206. Devletlerin ve Onların Mülklerinin Yargısız Bağışıklığına İlişkin BM Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde de buna imkan tanınmıştır. Aynı yönde bkz. BGH Urt. 26.9.1978 – VI ZR 267/76, NJW 1979, s. 1102.

⁴⁸¹ **Born/Rutledge**, s. 336; **Nomer**, Usul, s. 63; **Geimer**, s. 284; **Gündüz**, s. 198; **Simmonds**, K. R., "Implied Waiver of Immunity: Permissible Counterclaims against a Sovereign Plaintiff", ICLQ 1960/2, s. 340.

⁴⁸² **Nomer**, DHH, s. 426; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 414; **Doğan**, MÖH, s. 58; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 325; **Çelikel/Erdem**, s. 572; **Nomer**, Usul, s. 59-60. Ayrıca bkz. Yargıtay 10. HD, 14.10.1993, E. 1993/5620, K. 1993/10875, YKD 1994/2, s. 227-229; Yargıtay 13. HD, 16.11.1989, E. 1989/3896, K. 1989/6648, YKD 1990/6, s. 882-883; Yargıtay HGK, 18.9.1991, E. 1991/6-299, K. 1991/406, www.kararevi.com (son erişim tarihi: 27.8.2014).

⁴⁸³ Bu manada ayırımın nasıl yapılması gerektiğine ilişkin geliştirilmiş bir milletlerarası örf ve adet hukuku kuralı da bulunmadığı konusunda bkz. **Geimer**, s. 262.

⁴⁸⁴ Hava limanında vizesinin iptal edilmesi üzerine ABD'ye girmeden geri dönmek zorunda kalan kimsenin bu sırada görmüş olduğu muamele sebebiyle açmış olduğu maddi ve manevi tazminat davasında yargı bağışıklığının tanınmadığı ilginç bir karar için bkz. **Aybay**, s. 115 vd. Egemenlik

değil özü, doğası dikkate alınmalıdır⁴⁸⁵. Zira, devletçe gerçekleştirilen her işlemin nihai amacı kamusaldir⁴⁸⁶.

Devlet ve hükümet başkanları ile dışişleri bakanları, milletlerarası hukuk gereğince yargı bağısıklığından yararlanan diğer gruptur⁴⁸⁷. Hâkim düşünce devlet başkanlarının bağısıklığının da, devletlerin bağısıklığına paralel şekilde, görevleriyle ilgili işlerle ve görev süreleriyle sınırlı olması gerektiği yönündedir⁴⁸⁸. Nitekim devleti temsil kabiliyeti olan söz konusu kimselerin, bu görevleriyle ilgili faaliyetleri sebebiyle devletin kendisi gibi yargı bağısıklığına sahip olması tabiidir. Böylece devletlerin bağısıklığının, devleti temsil eden kimseler üzerinden aşılması yahut tersi de mümkün olamaz. Kaldı ki, yargı bağısıklığının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi çerçevesinde mahkemeye erişim hakkının bir sınırlanması olması karşısında, bunun orantılı olabilmesi için görevleriyle sınırlı tutulması yerinde olur⁴⁸⁹.

Devletler açısından insanlık aleyhine işlenen suçlar nedeniyle yargı bağısıklığının olmaması gerektiği görüşü, devlet başkanları açısından da savunulmuştur⁴⁹⁰.

işlemleri ile diğer işlemlerin ayrılması bakımından getirilen kriterler için ayrıca bkz. **Gündüz**, s. 25-26.

⁴⁸⁵ **Nomer**, Usul, s. 60. Karş. **Geimer**, s. 263; **Kropholler**, IPR, s. 599.

⁴⁸⁶ **Gündüz**, s. 179. Bu çerçevede örneğin konsolosluk binasının yenilenmesi için dahi yapılmış olsa hizmet sözleşmesi akdedildiğinde, yine de özel hukuk sözleşmesi olacak ve yargısal bağısıklıktan söz edilemeyecektir. **Kostkiewicz**, s. 421. Nitekim Alman içtihatlarında, silah satımı için yapılan komisyonculuk sözleşmesi, konsololuğun ısıtma sistemi için yapılan istisna akdi, elçilik arazisi için taşınmaz satın alınması, egemenlik işlemi olarak değerlendirilmemiştir. **Kropholler**, IPR, s. 599.

⁴⁸⁷ **Schack**, IZVR, s. 70; **Nagel/Gottwald**, s. 47; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 332; **Nomer**, Usul, s. 65; **Verdross**, s. 236.

⁴⁸⁸ **Nagel/Gottwald**, s. 47; **Doğan**, MÖH, s. 62. Aksi yönde bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 332-333. **Geimer** ise özel hukuktan kaynaklanan işlemleri ile ilgili olarak ancak görev sürelerinin dolmasından sonra dava açılabilirliğini belirtiyor. **Geimer**, s. 309.

⁴⁸⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında, mahkemenin davanın temelini teşkil eden işlemin doğasına ilişkin herhangi bir inceleme yapmadığını, diğer bir ifadeyle egemenlik işlemi olup olmadığını incelemediğini, bu nedenle Sözleşme'nin 6'ncı maddesinin ihlal edildiğini belirlemiştir. AİHM, 14.3.2013, 36703/04, Oleynikov v. Russia, para. 70.

⁴⁹⁰ **Cremer**, s. 137 vd.; **Dörr**, s. 201 vd.; **Zeichen**, Sigrid/**Hebenstreit**, Johannes, "Sind Außenminister vor Strafverfolgung wegen völkerstrafrechtlicher Verbrechen immun?", ArchVR 2003, s. 182 vd.

Nürnberg Milletlerarası Askeri Mahkemesi Statüsü'nün 7'nci maddesinde⁴⁹¹, Yugoslavya için kurulan Milletlerarası Mahkeme Statüsü'nün 7'nci maddesinde⁴⁹², Ruanda için kurulan Milletlerarası Mahkeme Statüsü'nin 6'ncı maddesinde⁴⁹³ ve Milletlerarası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün 27'nci maddesinde⁴⁹⁴ de bu yönde bir hükme yer verilmesine rağmen, yukarıda devlet açısından belirtilen mahkeme kararları dikkate alındığında, henüz bağlayıcılığı olan bir milletlerarası örf ve adet hukuku kuralının bu konuda da mevcut olmadığını söylemek yerinde olur. Yargı bağımsızlığından yararlanan üçüncü grup ise yabancı ülke temsilcileridir⁴⁹⁵. Ülkemizin de tarafı olduğu⁴⁹⁶ 1961 tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi⁴⁹⁷ ile hangi temsilcilerin ne koşullarda yargı bağımsızlığından yararlanacağı düzenlenmiştir. İlgili Sözleşme'nin 31'inci maddesine göre diplomatik

⁴⁹¹ Statünün metni için bkz. <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp> (son erişim tarihi: 26.8.2014).

⁴⁹² Statünün metni için bkz.

<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/InternationalTribunalForTheFormerYugoslavia.aspx> (son erişim tarihi: 26.8.2014).

⁴⁹³ Statünün metni için bkz

<http://www.unict.org/Portals/0/English%5CLegal%5CStatute%5C2010.pdf> (son erişim tarihi: 26.8.2014).

⁴⁹⁴ Statünün metni için bkz. http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aef7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf (son erişim tarihi: 26.8.2014). Nitekim Milletlerarası Ceza Divanı, Sudan devlet başkanı Ömer el Beşir hakkında, soykırım ve insanlığa karşı suç işlediği gerekçesi ile görevde iken yakalama kararı çıkarmıştır. Karar metni için bkz.

<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc639078.pdf> (son erişim tarihi: 27.8.2014).

⁴⁹⁵ Dilimize de kullanılan “elçiye zeval olmaz” sözü, devleti temsil eden kimselerin sorumlulukların bulunmayacağını tarihsel açıdan ilk örneği olarak kabul edilebilir. Elçiyi söyledikleri dolayısıyla sorumlu tutmayan uygulamanın ortaya çıkma sebebinin dönem şartlarında başka türlü haber alınmasının zorluğu karşısında elçiler vesilesi ile en azından komşu devletlerin konumunun öğrenilmesinin yattığı belirtilmektedir. Nitekim **Plutarkhos**'un biyografilerinden biri olan Lucullus'un hayatında, *Tigranes* tarafından gönderilen elçinin kafasını kestirdiği için daha sonra hiçbir elçinin gelmediği ve bu nedenle etrafta olan biten savaşlardan son ana kadar haberdar olamadığı belirtilmiştir. **Plutarch**, *Life of Lucullus*, para. 25, http://penelope.uchicago.edu/Thayer/E/Roman/Texts/Plutarch/Lives/Lucullus*.html (son erişim tarihi: 27.8.2014).

⁴⁹⁶ Türkiye söz konusu sözleşmeye 6.3.1985 tarihinde katılmıştır. RG: 12.9.1984, S. 18513. Sözleşmeye taraf olan ülkeler için bkz.

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-3&chapter=3&lang=en (son erişim tarihi: 9.2.2015).

⁴⁹⁷ Sözleşme metni için bkz.

http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf (son erişim tarihi: 26.8.2014).

ajanlar⁴⁹⁸ ve 37'nci maddesi gereği onlarla birlikte oturan Türk vatandaşı olmayan aile üyeleri, istisnai üç hal dışında⁴⁹⁹ medenî yargıdan bağışiktır⁵⁰⁰. Keza, misyonun idari ve teknik kadrosunun üyeleri, hizmet kadrosunun üyeleri Sözleşme'nin 37'nci maddesi uyarınca görevlerinin ifası ile ilgili fiillerinden dolayı yargı bağışıklığından yararlanır. Sözleşme'nin 31'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca diplomatik temsilcilerin tanıklık yapma zorunlulukları da yoktur. Ancak zorlama olmaksızın davet edilmeleri mümkündür⁵⁰¹. 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin⁵⁰² 43'üncü maddesi gereğince de konsolosluk görevlileri ve çalışanları konsolosluk görevlerinin ifası ile ilgili faaliyetlerinden dolayı yargı bağışıklığına sahiptir. Ancak Sözleşme'nin 43'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca söz konusu kişilerin, açıkça veya örtülü olarak gönderen devlet temsilcisi sıfatıyla akdetmediği sözleşmelerden ve kabul eden devlet ülkesinde bir kara-hava-deniz taşıtının üçüncü kişilere vermiş olduğu zarar sebebiyle ortaya çıkacak davalardan yargı bağışıklığı mevcut değildir. Hem Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 32'nci maddesi hem de Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 45'inci maddesi gereğince, gönderen devletin söz konusu

⁴⁹⁸ Sözleşme'nin 1'inci maddesi gereğince misyon şefi veya misyonda diplomatik bir rütbesi olan üye diplomatik ajan kavramına dahildir.

⁴⁹⁹ Bağışıklığın söz konusu olmadığı haller: 1. Misyonun maksatları için gönderen devlet adına malik olunmayan ve kabul eden devletin ülkesinde bulunan özel taşınmazlarla ilgili bir aynı hak davası, 2. Diplomatik ajanın gönderen devlet adına değil de bir özel kişi olarak vasiyeti tenfiz memuru, mirasın idarecisi, kanuni mirasçı veya vasiyet olunan sıfatıyla ilgilendiği mirasa ilişkin dava, 3. Diplomatik ajanın kabul eden devlet dahilinde resmî görevleri dışında yaptığı herhangi bir mesleki veya ticari faaliyet ile ilgili dava. Bu hallerde ilgili diplomatik temsilciye karşı cebri icra da yapılabilir.

⁵⁰⁰ Ancak Yargıtay'ın, devletlerin bağışıklığı için düzenlenen Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 49'uncu maddesini diplomatik temsilciler için de uyguladığı ve bağışıklıktan ancak görevleri ile ilgili yararlanabileceklerini belirttiği kararları mevcuttur. **Nomer**, Usul, s. 69, dn. 121. Kanaatimizce Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin açık hükümleri karşısında böyle bir yorum yapmak yerinde değildir. Zira, ilgili sözleşmeler özel hukuk ilişkileri içerisinde hangileri sebebiyle yargı bağışıklığından yararlanamayacaklarını sınırlı bir biçimde saymak suretiyle açıkça göstermiştir. **Geimer**, s. 314. Aksi görüş için bkz. **Nomer**, Usul, s. 70.

⁵⁰¹ **Schack**, IZVR, s. 78.

⁵⁰² Türkiye söz konusu sözleşmeye 19.2.1976 tarihinde katılmıştır. RG: 27.9.1975, S. 15369. Sözleşmeye taraf olan ülkeler için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-6&chapter=3&lang=en (son erişim tarihi: 9.2.2015).

bağışıklıklardan vazgeçebilmesi mümkündür. Örneğin diplomatik işlerle ilgili olsa bile yapılan bir borçlar hukuku sözleşmesinde bağışıklıktan vazgeçildiğine dair bir hüküm konulabilir. Ancak, bağışıklıktan vazgeçme yetkisi, diplomata değil, devlete aittir⁵⁰³. Zira, bu bağışıklık diplomatın şahsına değil, ilgili devlete tanınmış bir hak⁵⁰⁴. Bağışıklıktan vazgeçmenin kapsamı da, tabiatıyla vazgeçenin iradesine göre belirlenir⁵⁰⁵. Ayrıca Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 32'nci maddesinin dördüncü fıkrası ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 45'inci maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça ifade edildiği üzere, yargısal bağışıklıktan vazgeçilmiş olması cebri icra bağışıklığından da vazgeçildiği anlamına gelmez. Bu durumda eda davası sonunda alınan hüküm de pratikte bir tespit hükmü gibi olur⁵⁰⁶.

Yargı bağışıklığı çerçevesinde ele alınması gereken bir diğer grup ise NATO personelidir. Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Anlaşma'nın⁵⁰⁷ 8'inci maddesinde, NATO personeli olarak taraf ülkelerde bulunacak kişilerin hukukî statüleri ve bu manada yargı bağışıklıkları düzenlenmiştir. Buna göre ilgili NATO personeli, kabul eden devlet ülkesinde görevleri dışında bir eylem yahut ihmalleri sebebiyle zarara sebep olursa, öncelikle kabul eden devlet makamları iddiayı ele alır ve tazminat miktarını adil ve hakkaniyetli biçimde belirleyerek bir raporu, gönderen devlet makamlarına sunar, şayet gönderen devlet bir ödeme yapma teklifinde bulunacak olur ve bu davacı tarafça kabul edilirse, gönderen devlet bizatihi ödemeyi yapar ve kabul eden devleti

⁵⁰³ **Dahm, Georg/Delbrück, Jost/Wolfram, Rüdiger, Völkerrecht, Bd. 1, Berlin 1988, s. 280.**

⁵⁰⁴ **Dahm/Delbrück/Wolfram, s. 280.**

⁵⁰⁵ **Schack, IZVR, s. 78.**

⁵⁰⁶ **Schack, IZVR, s. 78.**

⁵⁰⁷ Anlaşmanın tam metni için bkz.

http://www.nato.int/cps/en/natolive/official_texts_17265.htm?selectedLocale=en (son erişim tarihi: 26.8.2014). Türkiye söz konusu anlaşmaya 1954 yılında katılmıştır. RG: 20.3.1954, S. 8363. Üye ülkeler için bkz. http://www.nato.int/cps/en/natohq/nato_countries.htm (son erişim tarihi: 9.2.2015).

ödeme konusunda bilgilendirir (NATO SOFA, m. 8/VI, a, b, c). Söz konusu ödeme olmadığı müddetçe kabul eden devlet mahkemelerinin yargı hakkı mevcut olur (NATO SOFA, m. 8/VI, d). Keza, görev dışında NATO araçlarının kullanılması sebebiyle bir zararın ortaya çıkması halinde aynı prosedür uygulanır (NATO SOFA, m. 8/VII). Zarar verici fiilin yahut ihmalin göreviyle ilgili olup olmadığı konusunda kabul eden devlet ile gönderen devlet arasında ihtilâf çıkacak olursa, seçilecek hakem tarafından konu kesin olarak karara bağlanır (NATO SOFA, m. 8/VIII). Zikredilen prosedür dışında, NATO personeli, göreviyle ilgili olsun olmasın kabul eden devlette, medenî yargı açısından bağışıklıktan yararlanamaz (NATO SOFA, m. 8/IV). Ancak görevleriyle ilgili olarak vermiş oldukları zararlar sebebiyle aleyhlerine bir eda hükmü verilse de icrası mümkün olmaz (NATO SOFA, m. 8/V, g).

Yargı bağışıklığından istifade eden olan son grup ise milletlerarası kuruluşlardır. Milletlerarası hukukun süjesi olan söz konusu kuruluşlar, spesifik görevlerinin yerine getirilmesi bakımından zorunlu olduğu müddetçe yargı bağışıklığından yararlanır⁵⁰⁸. Örneğin, BM Ana Statüsü'nün⁵⁰⁹ 105'inci maddesinde, kurumun her bir üye ülkede amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olduğu kapsamda yargısal bağışıklıktan yararlanacağı düzenlenmiştir. Yine aynı maddeye göre BM temsilcileri ve çalışanları da görevlerini bağımsızca yerine getirebilmek için benzer ayrıcalık ve bağışıklıklardan yararlanır. BM kurumunun ve çalışanlarının bağışıklığı ayrıntılı

⁵⁰⁸ Nagel/Gottwald, s. 61. Aksi yönde, ilgili kuruluşların her bir faaliyetinin, hukukî kişiliklerine ilişkin işlevsel sınırlandırma nedeniyle onların egemenliğe ilişkin amaçları ile sıkı bağlantısı olması karşısında, özel hukuka ilişkin işlemlerin ayrı tutulmasının anlamsız olacağı, bu nedenle devletlerden farklı olarak milletlerarası kuruluşların her türlü faaliyetlerinden dolayı yargı bağışıklığından yararlanacağı ileri sürülmektedir. Geimer, s. 329. Ancak bizatihi özel hukuk kişisi gibi faaliyette buldukları işlemler açısından her durumda yargı bağışıklığına sınır getirilmesi, meselenin aynı zamanda adil yargılanma ve bu çerçevede mahkemeye erişim hakkı içerisinde mütalaa edilmesi karşısında zaruri görünmektedir.

⁵⁰⁹ Türkiye 28.9.1945 tarihinde taraf olmuştur. RG: 24.8.1945, S. 6902. Taraf devletlerin listesi için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-1&chapter=1&lang=en (son erişim tarihi: 10.2.2015).

olarak 1946 tarihli BM'nin Bağımsızlıkları ve Ayrıcalıkları Hakkındaki BM Sözleşmesi⁵¹⁰ ile belirlenmiştir. İlgili Sözleşme'nin 4'üncü maddesine göre, BM'deki üye ülke temsilcileri de görev süresi dolduktan sonra dahi temsil görevi sırasında söyledikleri sözlerden ve yaptıklarından dolayı bağımsız kalmaya devam eder. Ancak Sözleşme'nin 4'üncü maddesinin dördüncü fıkrasında açıkça söz konusu bağımsızlıkların kişilerin şahsı için tanınmadığı ve bu manada adaletin gerçekleşmesinin engellendiği hallerin ortaya çıkması ihtimalinde söz konusu bağımsızlıkların kaldırılacağı ifade edilmiştir. Diğer diplomatik temsilcilerden farklı olarak BM temsilcileri, kendi ülkelerinde de yargı bağımsızlığından yararlanır⁵¹¹. BM'ye bağlı diğer kurum⁵¹² ve çalışanların yargı bağımsızlıkları ise Özel Ajansların Ayrıcalıkları ve Bağımsızlıklarına Dair BM Sözleşmesi ile düzenlenmiştir⁵¹³. Söz konusu Sözleşme'nin 4'üncü maddesine göre ilgili ajanslar, kendileri açıkça kaldırmadıkları sürece her türlü yargısal süreçten bağımsızdır. Üye ülke temsilcilerinin bağımsızlıkları da BM'deki temsilciler ile paralel olarak 5'inci maddede düzenlenmiştir.

Avrupa Birliği de Avrupa Topluluğunun Ayrıcalıkları ve Bağımsızlıklarına Dair 1965 tarihli Protokol'ün⁵¹⁴ 1'inci maddesiyle sınırlı bir cebri icra bağımsızlığına tabi kılınmış ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yetkilendirmesi olmadan topluluk mallarına cebri icra uygulanamayacağını düzenlenmiştir. Protokol'ün 9'uncu

⁵¹⁰ Türkiye sözleşmeye 22.8.1950 tarihinde katılmıştır. RG: 21.3.1950, S. 7462. Taraf ülkeler için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-1&chapter=3&lang=en (son erişim tarihi: 10.2.2015). Sözleşme metni için bkz. <http://www.un.org/en/ethics/pdf/convention.pdf> (son erişim tarihi: 27.8.2014).

⁵¹¹ Geimer, s. 332.

⁵¹² Bu çerçevede ILO, FAO, UNESCO, ICAO, IMF, WHO, UPU, ITU, IBRD ve BM Ana Statüsü'nün 57'inci ve 63'üncü maddelerine göre kurulmuş ajanslar kapsama alınmıştır.

⁵¹³ Türkiye söz konusu sözleşmeye taraf değildir. Taraf ülkeler için bkz. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III~2~7&chapter=3&Temp=mtdsg3&lang=en (son erişim tarihi: 10.2.2015). Sözleşme metni için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1949/08/19490816%2010-43%20AM/Ch_III_2p.pdf (son erişim tarihi: 27.8.2014).

⁵¹⁴ Protokol için bkz. https://www.ecb.europa.eu/ecb/legal/pdf/ppi_en.pdf (son erişim tarihi: 27.8.2014).

maddesine göre Avrupa Parlamentosu üyeleri de görevlerinin ifası ile ilgili söyledikleri sözlerden veya kullandıkları oylardan dolayı yargı bağıışıklığına sahiptir.

III. Yargı Hakkı Bulunmamasının Sonucu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesi gereğı devletin yargı hakkının bulunması, davanın esası hakkında karar verilmesi için mevcudiyeti aranan bir dava şartıdır. Dava şartları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 115'inci maddesi uyarınca, her zaman, hem mahkemece re'sen gözetilir hem de taraflarca ileri sürülebilir.

Ancak, yukarıda da belirtildiğı gibi yabancı devletlerin yargı bağıışıklığından açıkça veya zımnen vazgeçilebilmesi mümkündür⁵¹⁵. Bu çerçevede, yargı bağıışıklığının söz konusu olmasına rağmen bağıışıklıktan yararlanan devlet, *forum* mahkemesinde dava açar veya açılmış bir davaya müdahale talebinde bulunur yahut aleyhinde açılmış olan bir davanın doğrudan esasına savunma yaparsa, bağıışıklıktan zımnen vazgeçtiğı kabul edilir⁵¹⁶. Zımnen vazgeçmenin kabul edilmesi sebebiyle, artık mahkemenin re'sen yargı bağıışıklığını gözetebilmesi mümkün olmaz. Zira, bağıışıklıktan yararlanan taraf, bunu ileri sürmezse, bu hakkından vazgeçmiş olduğı sonucu çıkar ve mahkemenin yargı hakkı olur. Burada dava şartlarının kamu düzenine ilişkin olması ile zımni vazgeçmenin nasıl izah edileceğı ortaya konulmalıdır. Kanaatimizce yargı hakkının dava şartı olarak düzenlenmesi ve bunun re'sen dikkate alınmasının öngörülmesi, milletlerarası hukuka saygıdır. Bu nedenle, milletlerarası hukuk çerçevesinde, bundan zımnen vazgeçilebileceğı kabul edildiğine göre, artık ortada Türk mahkemelerince re'sen dikkate alınması gereken bir durum kalmaz. Buna karşılık, Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 32'nci maddesinin ikinci fıkrası ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 45'inci

⁵¹⁵ Bkz. yuk. s. 77 civarı.

⁵¹⁶ **Gündüz**, s. 200.

maddesinin ikinci fıkrasında bağışlıktan vazgeçmenin açıkça yapılması gerektiği düzenlendiğinden, örtülü bir vazgeçme mümkün olmaz. Dolayısıyla, bu hallerde mahkemenin kendiliğinden yargı hakkı yokluğunu dikkate alması gerekir. Şayet, devletin taraf olduğu uyuşmazlıklarda ilgili devletin itirazı, diğer hallerde re'sen veya itiraz üzerine, somut uyuşmazlık hakkında mahkemece yargı hakkının olmadığına karar verilirse, uyuşmazlık dava şartı eksikliğinden usûlden reddedilir⁵¹⁷.

C. Görev Kuralları

Görev, somut bir uyuşmazlık açısından ilk derecede bulunan mahkemelerden hangisinin uyuşmazlığı gidereceğini belirleyen kuralları ifade eder⁵¹⁸. Taraflar uyuşmazlığı ülke mahkemesine taşırken, davacı görevli mahkemeyi de kendisine göre tespit etmiş olur. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde dava şartları arasında düzenlenen görev meselesinin hem mahkemece re'sen gözetilebilmesi hem de taraflarca her zaman ileri sürülebilmesi karşısında yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda sorun daha ziyade vasıflandırma noktasında çıkar. Örneğin, salt bir iç uyuşmazlık açısından asliye hukuk mahkemesinin görevine giren bir husus, yabancılık unsuru nedeniyle milletlerarası nitelik kazanmış ve esasa uygulanacak hukuk açısından yapılacak vasıflandırmada bir özel mahkeme, örneğin ticaret mahkemesi veya iş mahkemesinin görevli olması halinde nasıl karar verilebilecektir sorusu akla gelebilir. Vasıflandırma problemini incelerken de belirttiğimiz gibi, ilk vasıflandırma esas itibariyle mahkemenin kendi hukukuna göre yapılır⁵¹⁹. Bu aşamada –yargılama içerisinde ön inceleme aşamasına tekabül eder–

⁵¹⁷ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 255; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 429; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 200; **Kuru**, C. II, s. 1359; **Önen**, Medenî Yargılama, s. 148.

⁵¹⁸ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 117 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 140 vd.; **Yılmaz**, Şerh, s. 40; **Karlı**, Ders kitabı, s. 194; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 57; **Kuru**, C. I, s. 163 vd.; **Üstündağ**, s. 139 vd.; **Postacıoğlu**, s. 111 vd.

⁵¹⁹ Bkz. yuk. s. 30 civarı.

mahkemenin görev hususunu da tespit etmesi gerekir. Daha sonra olayın esasına uygulanacak hukuk çerçevesinde yapılacak vasıflandırmanın ise görevi etkilemediğini kabul etmek gerekir. Zira, hukukumuzda genel olarak iradi olmayan sebeplerle ortaya çıkan değişikliklerin görev kurallarını etkilememesi kabul edilmektedir⁵²⁰. Bu çerçevede mahkeme davayı görmeye devam eder. Ayrıca, tıpkı yukarıda mahkemenin oluşumunda olduğu gibi, bu konuda da yabancı hukukun uygulanması pratik açıdan makul görünmemektedir. Şu halde, görevli mahkemenin tespiti konusunda da –ki bu esas itibarıyla vasıflandırma noktasında bir anlam ifade edecektir– *lex fori* uygulanır.

D. Milletlerarası Yetki

I. Genel Olarak

Milletlerarası yetki, yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda, ilgili devlet tarafından yargı hakkının nasıl kullanılacağına düzenlenmesidir⁵²¹. Diğer bir ifadeyle, milletlerarası yetki, yabancı mahkemelerin yetkisi ile Türk mahkemelerinin yetkisi arasındaki sınırla ilgilidir⁵²². Sadece yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklar değil⁵²³, her türlü uyuşmazlık açısından milletlerarası yetki meselesi söz konusudur, ancak salt iç hukukla ilgili uyuşmazlıklar açısından problem çıkmaz. Bu çerçevede kavramın anlamlı kılınabilmesi için bir yandan milletlerarası hukuk bağlamında

⁵²⁰ **Kuru**, C. I, s. 313. Bu çerçevede tabii hâkim ilkesi ile görev kurallarının bağlantılı olduğu hakkında bkz. **Tanrıver**, Süha, “Tabii Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, TBBD 2013, s. 23 vd.

⁵²¹ **Schack**, IZVR, s. 88; **Doğan**, MÖH, s. 64; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 342; **Geimer**, s. 338; **Kropholler**, IPR, s. 605; **Kegel/Schurig**, s. 1049; **Atalı**, Zustaendigkeit, s. 3; **Kuru**, C. I, s. 631; **Sargın**, s. 28; **Nomer**, Ergin, “Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu”, İÜHF 1974/40, s. 404.

⁵²² **Atalı**, Zustaendigkeit, s. 3; **Ekşi**, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2000, s. 22; **Sargın**, s. 29.

⁵²³ Aksi yönde salt yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından geçerli olduğu hakkında bkz. **Matthies**, Heinrich, Die deutsche internationale Zustaendigkeit, Frankfurt 1955, s. 30; **Kallmann**, François, Anerkennung und Vollstreckung auslaendischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, Basel 1946, s. 31.

devletlerin egemenlik yetkilerinin bir görünümü olan yargı hakları⁵²⁴ ile milletlerarası yetki arasındaki sınırın çekilmesi, öte yandan mahkemelerin ülke içerisindeki yetkilerinin dağılımını gösteren iç yetki kurallarından da milletlerarası yetkinin ayrılması gerekir⁵²⁵. Yargı hakkı devletlerin egemenlik yetkilerini kullanabilecekleri alanı, diğer bir ifade ile yetkilerinin sınırını gösterir⁵²⁶ ve siyasî sebeplere dayanırken, milletlerarası yetki kuralları, belirlenen bu sınır içerisinde, hangi uyuşmazlıkların o devlet mahkemelerince görülebileceğine ilişkin düzenleme getirir ve usûli temellere dayanır⁵²⁷.

Mahkemelerin milletlerarası yetkisi konusu da münhasıran ilgili ülke hukukuna göre belirlenir. Zira, bir ülke, milletlerarası hukukun kendisine tanıdığı sınırlar içerisinde hangi uyuşmazlıklar açısından mahkemelerini hizmete sunacağına yine kendisi karar verir⁵²⁸. Milletlerarası hukukun bu konuda getirdiği tek sınır, dünya üzerindeki her türlü uyuşmazlık hakkında devletin yetkili olduğunun öngörülememesidir⁵²⁹ ki, esasen bu egemenlik yetkisinin sınırlı olmasının neticesidir. Şu halde milletlerarası yetki, devletlerin yargı hakları içerisinde olan uyuşmazlıklardan hangilerine mahkemelerini açtıklarını belirleyen ve ilgili devletçe tek başına ve özgürce belirlenen kurallardır⁵³⁰. Bu manada bir ülkenin başka bir ülkeyi

⁵²⁴ **Schack**, *IZVR*, s. 65; **Nagel/Gottwald**, s. 38. Ayrıca bkz. Yuk. s. 61 vd.

⁵²⁵ **Matthies**, s. 36; **Kallmann**, *Anerkennung*, s. 35; **Pagenstecher**, Max, “Gerichtsbarkeit und internationale Zustaendigkeit als selbstaendige Prozessvoraussetzungen”, *RabelsZ* 1937, s. 346.

⁵²⁶ Bkz. yuk. s. 76 vd.

⁵²⁷ **Schack**, *IZVR*, s. 87; **Nagel/Gottwald**, s. 186 vd.; **Geimer**, s. 182; **Kegel/Schurig**, s. 1049; **Atalı**, *Zustaendigkeit*, s. 3; **Eksi**, *Yetki*, s. 28; **Kropholler**, Jan, “Internationale Zustaendigkeit”, *Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts*, C. I, Tübingen 1982, s. 387; **Heldrich**, *Zustaendigkeit*, s. 91 vd.

⁵²⁸ **Schack**, *IZVR*, s. 87; **Nomer**, *Usul*, s. 55; **Atalı**, *Zustaendigkeit*, s. 5; **Sargın**, s. 96; **Geimer**, Reinhold, *Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zustaendigkeit bei der Anerkennung auslaendischer Urteile*, Bielefeld 1966, s. 103; **Matthies**, s. 30; **Nomer**, *Milletlerarası Yetki*, s. 404.

⁵²⁹ **Geimer**, 1966, s. 104.

⁵³⁰ Söz konusu kuralların, devletlerin egemenlik yetkileri çerçevesinde özgürce düzenleme yetkileri dahilinde olması ve devletlerin bu yetkilerini kural olarak kullanmış olmaları nedeniyle, ilgili devlet açıkça müsaade etmedikçe bir başka devletin müdahalede bulunması yahut onun hukukunun uygulanması söz konusu olamaz. Devletler halihazırda mevcut iç hukuk hükümleri ile kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olup olmadığını inceler ve karar verir. Bkz. yuk. s. 73 civarı.

yetkilendirmesinden, dolayısıyla yetkinin tespitinde yabancı hukukun uygulanmasından söz etmek mümkün olmaz⁵³¹. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 40'inci ve devamı maddelerinde düzenlenmiş, genel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na atıf yapılmıştır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6'ncı maddesiye, genel yetkili mahkemenin ilgili kişinin yerleşim yeri mahkemesi olduğunu öngörmüştür. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından maddi hukuka ait yerleşim yeri kavramının hangi hukuka göre belirleneceği sorusu, bir ön sorun olarak ortaya çıkar. Alman hukukunda hâkim anlayış, yerleşim yeri kavramının *lex fori*'nin maddi hukuk hükümlerine göre belirlenmesi gerektiği yönündedir⁵³². Alman Federal Mahkemesi de bir kararında, yerleşim yeri, oturulan yer gibi kavramların usûli yetki hükümlerinin bir parçası olduğunu, bu nedenle yerleşim yerinin veya oturulan yerin ilgilinin millî hukuku değil, Alman hukukuna göre belirleneceğine karar vermiştir⁵³³. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda yerleşim yerinin nasıl belirleneceğine ilişkin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkındaki Kanun'da herhangi bir hüküm yoktur⁵³⁴. Ancak, Türk Medenî Kanunu'nun 19'uncu maddesinde düzenlenen yerleşim yeri, spesifik bir maddi hukuk hükmü değildir. Diğer bir ifadeyle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6'ncı maddesiyle Türk Medenî Kanunu'nun 19'uncu maddesinde düzenlenen yerleşim yeri kavramı ayniyet arzeder⁵³⁵. Devletlerin hangi uyuşmazlıklara mahkemelerini açabileceklerini kendilerinin belirleyebileceği konusunda bağlayıcı bir milletlerarası örf ve adet

⁵³¹ Yetki sözleşmeleri bağlamında konu daha ayrıntılı olarak aşağıda incelenmiştir. Bkz. aşa. s. 86 vd.

⁵³² **Jaeckel**, s. 87 ve dn. 18'de yer alan yazarlar.

⁵³³ BGH, Urt. 22.9.1993 – XII ARZ 24/93, NJW-RR 1994, s. 646.

⁵³⁴ Örneğin aşağıda incelenecek olan taraf ve dava ehliyeti meselesinde de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 50'nci 51'inci maddesi maddi hukuk kavramlarına –hak ve fiil ehliyeti– gönderme yapmakta; ancak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesi ehliyet meselesinin nasıl çözüleceğine ilişkin bir kanunlar ihtilâfi kuralı içermektedir.

⁵³⁵ Bu manada taraf ehliyeti ile hak ehliyeti veya dava ehliyeti ile fiil ehliyeti arasındaki ilişkiden farklıdır.

hukuku kuralı da vardır⁵³⁶. Ayrıca, yetki konusunda, yabancı hukuka göre uygulanacak hukuku belirlemek, pratik yönden uygun değildir. Bu konuda tarafların korunmaya değer bir menfaatinden yahut milletlerarası karar ahenginin bozulmasından söz edilemez⁵³⁷. Bu nedenlerle, iç hukukta yetkiyi belirlemek için maddi hukuk normuna gönderme yapıldığı hallerde, Türk maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasının yerinde olur.

Sözleşmeden kaynaklanan davalar açısından yetkili mahkemenin tayini konusunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10'uncu maddesinde göndermede bulunulan ifa yerinin hangi hukuka göre belirleneceği meselesi de bir ön sorun teşkil eder ve hukukumuzda konu tartışmalıdır⁵³⁸. **Nomer** ve **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, ifa yerinin hangi hukuka göre belirleneceğine ilişkin problemin, *lex causae*'ya tabi olması gerektiğini savunurken⁵³⁹, **Doğan** ve **Çelikel/Erdem** ise hâkimin hukukuna göre –yani Türk Borçlar Kanunu'nun 89'uncu maddesine göre– vasıflandırmanın yapılmasını önermektedir⁵⁴⁰. Kanaatimizce, ifa yeri açısından, yerleşim yerinden farklı bir değerlendirme yapmaya gerek yoktur. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini yine Türk kanun koyucusu belirleme hakkına sahip olduğuna ve bu belirlemeyi yaptığının göre, artık başka bir hukuk sistemine gitmeye gerek yoktur. Keza, burada da *lex causae*'ya göre ifa yerinin belirlenmesinin tarafların meşru menfaatleri gereği olduğu söylenemez. Ayrıca, salt yetkiyi tayin açısından yapılan belirlemenin milletlerarası karar ahengine de zarar verdiği söylenemez.

Ayrıca, Türk hukuku açısından inceleme usûlü konusunda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da açık bir düzenleme olmaması ve bu Kanun'un

⁵³⁶ **Schack**, IZVR, s. 87; **Nomer**, Usul, s. 55; **Atalı**, Zustaendigkeit, s. 5; **Sargın**, s. 96; **Nomer**, Milletlerarası Yetki, s. 404.

⁵³⁷ Akla olası çözüm olarak gelebilecek, hak ve fiil ehliyetinde olduğu gibi ilgilinin millî hukukuna göre yerleşim yerinin belirlenmesinin, makul bir gerekçesi yahut tesis edeceği bir adalet yoktur.

⁵³⁸ **Nomer**, DHH, s. 460; **Doğan**, MÖH, s. 77; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 356; **Çelikel/Erdem**, s. 498.

⁵³⁹ **Nomer**, DHH, s. 460; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 356.

⁵⁴⁰ **Doğan**, MÖH, s. 77; **Çelikel/Erdem**, s. 498.

40'ncı maddesiyle iç hukuk hükümlerine atıf yapılması sebebiyle Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmadığı itirazının da iç yetki hallerinde olduğu gibi kural olarak “ilk itiraz” şeklinde, esasa cevap süresi içerisinde ve en geç esasa cevaplarla birlikte ileri sürülmesi gerekir⁵⁴¹. Keza, kesin yetki hallerinde de, “dava şartı” olarak taraflarca her zaman ileri sürülebilir, mahkemece de yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir. Yetkili olup olunmadığı konusuna da yine Türk hukuku hükümleri gereğince karar verilir.

II. Milletlerarası Yetki Sözleşmeleri Bakımından Uygulanacak Hukuk Sorunu

1. Genel Olarak

Milletlerarası yetki kuralları kaçınılmaz olarak katı, soyut ve genel olarak belirlenir. Her bir somut olay açısından tarafların menfaatlerinin yetki sistemi konusunda ne olduğunun hesaplanması ve buna göre düzenleme yapılması mümkün değildir⁵⁴². İç hukuktakinden farklı şekilde, milletlerarası yetki alanında çok sayıda ülke mahkemesi arasında yetki rekabeti olur ve bu da kaçınılmaz olarak, bilhassa ilgili hukuk kuralları bakımından, belirsizliğe yol açar, hukukî kesinliği olumsuz yönde etkiler⁵⁴³. Söz konusu katılığın aşılmasının iki yolu vardır⁵⁴⁴: Ya somut uyuşmazlıklar açısından karar verme konusunda hâkime takdir yetkisi verilir ya da yetki konusundaki menfaatin hassas bir kontrol mekanizması olarak tarafların sözleşme yapmalarına imkan tanınır. Menfaatin tespiti konusunda kararın hâkime bırakılması hukukî kesinliğe zarar verir, diğer bir ifadeyle bu, belirsizlik sorununu

⁵⁴¹ **Doğan**, MÖH, s. 65; **Nomer**, Usul, s. 108. Öğretide bir görüş, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 40'ncı maddesinin yalnızca milletlerarası yetki hallerini tayin ettiği, buna karşılık yetki itirazının nasıl ileri sürüleceğini göstermediği, bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki itirazına ilişkin hükümlerinin yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklara, onların niteliklerine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması gerektiği yönündedir. **Ekşi**, Yetki, s. 170 vd. Aynı yönde bkz. **Tiryakioğlu**, Tuğrul Arat'a Armağan, s. 1155, dn. 32.

⁵⁴² **Schack**, IZVR, s. 192; **Geimer**, s. 569.

⁵⁴³ **Sargın**, s. 37; **Kropholler**, Handbuch IZVR, s. 387; **Delaume**, s. 258.

⁵⁴⁴ **Geimer**, s. 569.

daha da büyüktür. Zira, hâkimin nasıl karar vereceğinin *ex ante* (önceden) bilinebilmesi mümkün değildir. Tarafların bu süre içerisinde belirsizlik içerisinde bırakılmasıysa, uyuşmazlık konusunda hangi ülkenin milletlerarası yetkisi olduğunun tespitinin hem usûle hem de kanunlar ihtilâfı kuralları nedeniyle esasa uygulanacak hukuku, dolayısıyla uyuşmazlığın başlangıç noktasını belirleyecek olması ve tarafların belki çok uzun yargılama sürelerinden yahut yüksek giderlerden, bilinmeyen yabancı bir dilden kaçınmak isteyebilmeleri nedeniyle uygun değildir⁵⁴⁵. Belirsizlikleri mümkün mertebe gidermek ve yabancı ilişkiyi hesaplanabilir kılmak adına tarafların uyuşmazlığı çözecek mahkeme açısından planlama yapma isteklerini meşru kabul etmek gerekir⁵⁴⁶. Önceden yapılacak sözleşme ile forum mahkemesine ilişkin belirsizliğin giderilmesi, her iki taraf açısından bilhassa milletlerarası ticari ve ekonomik ilişkiler bağlamında vazgeçilemeyecek bir unsurdur⁵⁴⁷. Bu yüzden pek çok modern ülkenin milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde belli sınırlar içerisinde tarafların milletlerarası yetki konusunda sözleşme yapabilmeleri kabul edilmiştir⁵⁴⁸. Şu halde yetki sözleşmesi, hukukî bir uyuşmazlığın giderilmesi için somut bir mahkemenin yetkilendirilmesine dair uyuşmazlığın taraflarının yapmış oldukları sözleşmedir⁵⁴⁹. Taraflar milletlerarası yetkiye ilişkin iki türlü sözleşme

⁵⁴⁵ **Geimer**, s. 569; **Coester-Waltjen**, Dagmar, “Parteiautonomie in der internationalen Zustaendigkeit”, FS für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, s. 549; **Lindenmayr**, Barbara, Vereinbarung über die internationale Zustaendigkeit und das darauf anwendbare Recht, Berlin 2002, s. 34 vd.; **Sargin**, s. 38; **Jakobs**, Arnold, Vorprozessuale Vereinbarungen über die deutsche internationale Zustaendigkeit, Mannheim 1974, s. 2.

⁵⁴⁶ **Radtke**, s. 51; **Jakobs**, s. 2.

⁵⁴⁷ **Geimer**, s. 570; **Born/Rutledge**, s. 461 vd.; **Sargin**, s. 38; **Delaume**, s. 258; **Jakobs**, s. 1.

⁵⁴⁸ Karşılaştırma için bkz. **Sandrock**, Friederike E., Die Vereinbarung eines “neutralen” internationalen Gerichtsstandes- Auslaendische Parteien vor “neutralen” inlandischen Gerichten, Heidelberg 1997, s. 95 vd.

⁵⁴⁹ **Prütting/Gehrelein/Lange**, Art. 38, s. 192; **Keller**, Christoph, “Die Gerichtsstandsvereinbarung gem. § 33 ff. ZPO”, Jura 2008, s. 523; **Wagner**, Gerhard, Prozessvertraege, Tübingen 1998, s. 556; **Sargin**, s. 25; **Jakobs**, s. 5.

yapabilirler⁵⁵⁰; ya bir ülke mahkemesini yetkilendirirler (*prorogation*) veya bir ülke mahkemesinin yetkisini kaldırır (derogation).

Yetki sözleşmeleri ile uygulanacak hukuk seçimine ilişkin sözleşmeleri de ayırmak gerekir. Taraflar pekala yetki ve uygulanacak hukuk konusunda farklı bir ülke hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilir. Kural olarak, yetkili mahkemenin seçimi hukuk seçimi anlamına gelmez, ancak Roma hukukundan beri geçerli olan *qui elegit iudicem, elegit ius* (hâkimin seçimi hukukun seçimini de ima eder) prensibi gereği, münhasır bir yetkilendirmenin hukuk seçimine ilişkin güçlü bir gösterge olacağı da genel olarak kabul edilmektedir⁵⁵¹. Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında da konşimento koşullarında yer alan yetki klozunun örtülü bir hukuk seçimini de içerdiğine karar verilmiştir⁵⁵².

Yetki sözleşmelerinin hukukî niteliği konusundaki tartışmalar, bu bağlamda söz konusu sözleşmelerin hem maddi hukuk hem de usûl hukuku özelliklerine sahip olması, uygulanacak hukuk tartışmalarını, *lex causae*'yı ve bu çerçevede *lex fori*'nin sınırının neresi olacağı sorularını gündeme getirmektedir. Bu çerçevede öncelikle yetki sözleşmelerinin hukukî niteliğinin ne olduğu üzerinde durulmuş, daha sonra ise uygulanacak hukuk tartışması ele alınmıştır.

2. Hukukî Niteliği ve Vasıflandırma

Yetki sözleşmelerinin hukukî niteliğinin ne olduğu konusu, başka bir anlatımla usûl hukuku sözleşmesi mi, maddi hukuk sözleşmesi mi, yoksa maddi hukuk ve usûl hukuku birlikte çifte nitelikte hibrit bir işlem mi olduğu hususu tartışmalıdır. Usûl işlemi ve usûl sözleşmelerinden sadece yargılamanın şeklinin düzenlenmesini anlayan bir görüş, yetki sözleşmelerini de maddi hukuka ait olarak kabul

⁵⁵⁰ Geimer, s. 585; Keller, s. 524; Lindenmayr, s. 40; Sargın, s. 26; Kropholler, Handbuch IZVR, s. 388; Jakobs, s. 5.

⁵⁵¹ Geimer, s. 589; Kropholler, Handbuch IZVR, s. 393.

⁵⁵² BGH, Urt. 4.2.1991 – II ZR 52/90, NJW 1991, s. 1420.

etmektedir⁵⁵³. Bir diğer görüşe göre, yargılamanın başlamasından önce mi yoksa devam eden uyuşmazlık içerisinde mi yapıldığına bağlı olarak yetki sözleşmelerinin niteliği değişir: Eğer yargılamadan önce yapılmış olursa usûl hukuku ile ilişkisi olan bir maddi hukuk sözleşmesidir; yargılama devam ederken yapılması halinde ise usûl sözleşmesidir, ancak yine kurulması maddi hukuk kurallarına tabi olur⁵⁵⁴. Gene bir diğer görüşe göre de hem bir usûl sözleşmesi hem de etkileri usûl hukuku alanına düşen bir maddi hukuk sözleşmesidir ve caiz olma şartları, şekli ile etkileri usûl hukukuna, ortaya çıkması ve kurulması, fiil ehliyeti, temsil yetkisi, irade sakatlıkları gibi hususlarda maddi hukuk hükümlerine tabidir⁵⁵⁵. **Gottwald** ise sözleşmenin bir veya diğer alana dahil edilmeye çalışılmasının netice itibarıyla anlamlı olmadığını, bu nedenle yetki sözleşmelerinin “hibrit” sözleşme olarak kabul edilebileceğini belirtmektedir⁵⁵⁶. Hâkim görüş, yetkiye ilişkin taraflar arasındaki belirlemenin bir usûl sözleşmesi⁵⁵⁷ olduğu, zira münhasıran yahut esas anlamda usûl hukuku alanında etkisi olduğu, bu manada sözleşmenin etkisini ilk kez dava açılmakla göstereceği ve koşullarının önemli ölçüde usûl kanununda düzenlendiği, kavramda yer alan “sözleşme” kavramının maddi hukuka gönderme yapmasının, usûl hukukuna ait olarak vasıflandırılmasına mani olmayacağı yönündedir⁵⁵⁸. Ancak usûl kanununda düzenlenmeyen noktalarda maddi hukuk hükümlerinden yararlanılacağı kabul

⁵⁵³ **Rosenberg**, Leo, *Stellvertretung im Prozess- Auf der Grundlage und unter eingehender, vergleichender Darstellung der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Rechts nebst einer Geschichte der prozessualen Stellvertretung*, Berlin 1908, s. 65.

⁵⁵⁴ **Hk-ZPO/Bendtsen**, Art. 38, para. 3; **Bolayır**, Nur, *Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri*, İstanbul 2009, s. 43.

⁵⁵⁵ **Prütting/Gehrlein/Lange**, Art. 38, para. 2; **Musielak**, Hans J., *Grundkurs ZPO*, München 2012, s. 31; **Keller**, s. 524.

⁵⁵⁶ **Gottwald**, Peter, “Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen- Verträge zwischen Prozessrecht und materiellem Recht”, FS für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, Berlin 1995, s. 308.

⁵⁵⁷ Usûl sözleşmesi, öğretide genel olarak doğrudan ve asıl etkisi usûli alanda olan sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Tanımlama için bkz. **Gottwald**, *Gerichtsstandsvereinbarungen*, s. 296; **Wagner**, s. 46; **Hellwig**, Hans J., *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, Bonn 1967, s. 40 vd.; **Baumgaertel**, Gottfried, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Frankfurt 1957, s. 230.

⁵⁵⁸ **Zöller/Vollkommer**, Art. 38, para. 4; **Musielak**, ZPO, s. 32; **Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl H./**Gottwald**, Peter, *Zivilprozessrecht*, München 2010, s. 182.

edilmektedir⁵⁵⁹. Netice itibariyle aynı sonuca varmakla beraber Alman Federal Mahkemesi ise yetki sözleşmelerinin usûli ilişkileri düzenleyen bir maddi hukuk sözleşmesi olduğu kanaatinde⁵⁶⁰.

Kanaatimizce hukukî nitelik tespit edilirken yetki sözleşmelerinin yapıldığı aşama dikkate alınarak, yargılamadan önce yapılması halinde maddi hukuk sözleşmesi olarak vasıflandırılması yerinde değildir. Genel olarak vasıflandırma bölümünde maddi hukuk ile usûl hukuku kurallarının ayrılmasında kullanılabilecek ölçüt kısmında da belirttiğimiz üzere⁵⁶¹, hükmün düzenlemeyi hedef aldığı alan dikkate alınmalıdır. Maddi hukukun gerçekleşmesine hizmet etmek için var olan usûl hukukunun, bu amacı gerçekleştirmek için aracı olan yargılama sürecini düzenlemeyi hedefliyorsa, usûl hukuku alanına dahil olarak kabul etmek gerekir. Yetki sözleşmeleri, yargılamadan önce yapılsa dahi –ki beklenen ve olağan olan budur– hâlâ yargılama sürecini, uyuşmazlığı giderecek mahkemeyi ve onun yetkisini düzenlemeye yönelmiştir. Bu anlamda yetki sözleşmelerini birer usûl sözleşmesi olarak kabul etmek gerekir. Dolayısıyla hangi koşullarda yetki sözleşmesinin yapılabileceği, şekli ve etkisi usûl hukuku hükümlerine göre tespit edilir. Ancak, kurulmasına ilişkin tarafların ehliyetleri, irade beyanlarının açıklanması ve uygunluğu gibi usûl hukukunda hüküm bulunmayan hususlarda, maddi hukuk hükümlerine göre karar verilmesi gerekir. Hukukî niteliğe dair yapılan bu tespit uygulanacak hukuka ilişkin tartışmayı daha anlamlı kılmaktadır.

3. Uygulanacak Hukuka İlişkin Görüşler

Yukarıda incelendiği üzere kanaatimizce yetki sözleşmeleri birer usûl sözleşmesidir ve caiz olma şartları, şekli ve etkileri noktasında usûl hukuku hükümlerine, usûl

⁵⁵⁹ Musielak, ZPO, s. 32; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 182.

⁵⁶⁰ BGH, Urt. 17.5.1972 – VIII ZR 76/71, NJW 1972, s. 1622; BGH, Urt. 29.2.1968 – VII ZR 102/65, NJW 1968, s. 1233.

⁵⁶¹ Bkz. yuk. s. 41 vd.

hukukunda hüküm bulunmayan sözleşmenin kurulmasına ilişkin şartlar bağlamında ise maddi hukuk hükümlerine tabidir. Şu halde, söz konusu ayrımdan hareketle usûl hukukuna tabi olduğu belirtilen kısımlara hâkimin hukukunun uygulanacağı, maddi hukuka ait kısımlara ise *lex causae* 'nin uygulanacağı söylenebilir mi sorusu yanıtlanmalıdır.

Vasıflandırmaya ilişkin tartışma uygulanacak hukuk sorunu tartışmasına da doğrudan yansımaktadır⁵⁶². Bu çerçevede, bir usûl sözleşmesi olarak *lex fori* 'nin mi tamamen hâkim olacağı yoksa usûl hukuku ile ilişkili bir maddi hukuk sözleşmesi olarak değerlendirilerek kanunlar ihtilâfı kurallarına göre belirlenecek hukukun mu uygulanacağı sorunu çıkmaktadır. Alman İmparatorluk Mahkemesi, yetki sözleşmelerinin usûl hukukuna ait olduklarını belirterek bütününe tek bir hukukun, Alman hukukun uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁵⁶³. Klasik anlayış da, sözleşmenin kurulması dahil Alman usûl hukukunun uygulanması gerektiği yönündedir⁵⁶⁴. Alman Federal Mahkemesi'yse, yukarıda hukukî nitelik tartışması bağlamında öğretilde hâkim olarak belirtilen görüşe karşın, usûl kanunundaki hüküm eksikliğinden hareketle yetki sözleşmelerini, usûl hukukuyla da ilişkisi olan bir maddi hukuk sözleşmesi olarak kabul etmiş; bu bağlamda usûl kanununda şekle ilişkin istina dışında yetki sözleşmelerinin kurulmasına dair bir hüküm bulunmaması nedeniyle usûle ilişkin tek bir çözüm bulunmasının mümkün olmadığına, usûl kanununun suskunluğunun, örtülü olarak maddi hukuka göndermeyi kabul ettiğine, dolayısıyla iki aşamalı bir inceleme yapılacağına, caiz olma şartları, şekli ve etkileri

⁵⁶² Roth, Günter H., "Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation", ZJP 93, s. 163

⁵⁶³ DRG, Urt. 16.2.1939 – IV ZS 201/38, RGZ, 159, 254, <http://www.rgz-rgst.degruyter.de/> (son erişim tarihi: 16.7.2014).

⁵⁶⁴ Riezler, s. 91 vd.; Schiedermair, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935, s. 136 vd.; Nussbaum, DIPR, s. 384.

açısından *lex fori* uygulanacakken, kurulması açısından kanunlar ihtilâfi kurallarına göre belirlenecek sözleşme statüsüne tabi olacağına karar vermiştir⁵⁶⁵.

Hâkim görüş, yetki sözleşmesini usûl hukuku sözleşmesi olarak nitelendirmesine rağmen, aynı zamanda salt hukukî nitelikten hareketle uygulanacak hukuka ilişkin belirlemenin yerinde olmadığı⁵⁶⁶, caiz olma şartları, şekli ve etkileri bakımından *lex fori* 'ye, kurulmasına ilişkin koşullar bakımından ise *lex causae* 'ya tabi olması gerektiği yönündedir⁵⁶⁷. Aynı neticeyi kabul eden **Geimer** ise, sözleşmenin kurulmasına ilişkin olarak bağımsız bir *Prorogationsstatut* (yetki statüsü)'nün bulunması gerektiğini, usûl sözleşmesi olarak yetki sözleşmelerinin sözleşme statüsü ile sınırlanmadan kendi kurallarına tabi olmasını, bağımsız bağlama statüsünün milletlerarası yetki dağılımına ilişkin sözleşmelerin özgün işlevini vurgulayacağını belirtmektedir⁵⁶⁸. Yazar görüşünü şu şekilde izah etmektedir⁵⁶⁹: Alman Federal Mahkemesi'nin konuyu sözleşme statüsüne bağlaması yanlıştır. Zira, pek çok olayda, yetkiye ilişkin belirleme bir sözleşmenin parçasıyken, haksız fiilden sonra veya yargılama içerisinde de yetki sözleşmesi yapılabilir. Sözleşmenin içerisinde yapılsa bile, bu, yetki sözleşmesinin asıl sözleşmenin ihtiyari bir eki olması anlamına gelmez. Niteliksel olarak bambaşka bir hususu teşkil eder. Yetki sözleşmesi, haksız fiil sonrasında yapılır ve *lex loci delicti* 'ye tabi tutulacak olursa, *delictsstatut* 'ün kendisi çok tartışmalıdır ve önceden belirlenemez. Dolayısıyla yetki sözleşmelerinden beklenen fayda sağlanamaz. Ancak, yazar, bu statünün nasıl tanımlanacağını göstermemektedir.

⁵⁶⁵ BGH, Urt. 24.11.1988 – III ZR 150/87, NJW 1989, s. 1432; BGH, Urt. 20.1.1986 – II ZR 56/85, NJW 1986, s. 1439; BGH, Urt. 17.5.1972 – VIII ZR 76/71, JZ 1972, s. 598; BGH, Urt. 29.2.1968 – VII ZR 102/65, MDR 1968, s. 574.

⁵⁶⁶ **Kropholler**, Handbuch IZVR, s. 390; **Wagner**, s. 388; **Roth**, G., s. 164; **Geimer**, Reinhold, “Anmerkung- BGH Urt. 22.9.1971 – VIII ZR 259/69”, NJW 1972, s. 391.

⁵⁶⁷ **Schack**, IZVR, s. 193, 197; **Nagel/Gottwald**, s. 204-205; **Linke/Hau**, s. 111; **Wagner**, s. 358; **Gottwald**, Gerichtsstandsvereinbarungen, s. 298.

⁵⁶⁸ **Geimer**, Reinhold, “Anmerkung- BAG, Urt. 29.6.1978 – Z AZR 973/77”, JZ 1979, s. 649; **Geimer**, NJW 1972, s. 392.

⁵⁶⁹ **Geimer**, JZ 1979, s. 649; **Geimer**, NJW 1972, s. 392. Aynı yönde bkz. **Jakobs**, s. 57.

Milletlerarası yetki sözleşmelerinin tabi olacağı şekil noktasında bir farklı görüş de, bu konuda kamusal menfaatlerin değil bireysel menfaatlerin geçerli olduğu, sözleşmenin kurulmasıyla şeklinin bir bütün teşkil ettiği, bu nedenle şeklin *lex fori*'ye göre değil, şekil statüsüne göre karara bağlanması gerektiği yönündedir⁵⁷⁰.

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Yetki sözleşmesi, ilk ve asli etkisini usûl hukuku içerisinde göstermesi, maddi hukukun gerçekleşmesine hizmet etmek amacıyla var olan usûl hukukunun, bu yolda kullanacağı aracı olan yargılamaya yönelmesi ve onun nerede yapılacağını ortaya koyması nedeniyle bir usûl sözleşmesidir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, kurumun bir hukuk dalına aidiyetine karar verilmesi, doğrudan uygulanacak hukukun hangisi olduğunu göstermez. Diğer bir ifadeyle, usûl hukuku kurumu olması sebebiyle genelgeçer şekilde *lex fori*'nin uygulanacağı söylenemez⁵⁷¹. İkinci bir husus ise, kavramın kendi bünyesinde barındırdığı sözleşme ibaresidir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 47'inci maddesinde, Türk hukuku açısından yabancılık unsuru içeren olaylarda yetki anlaşması düzenlenmektedir. Konu itibariyle münhasır yetki alanına girmeyen ve borç ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlık, yabancılık unsuru da içeriyorsa, taraflar Türk mahkemelerinin yetkisini kaldıracak bir anlaşma yapabilir. Dolayısıyla Türk kanun koyucusu yalnızca *derogationu*, yani Türk mahkemelerinin yetkisinin kaldırılmasını, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da ayrıca

⁵⁷⁰ **Böhm**, s. 135; **v. Hoffmann**, Bernd, "Anmerkung- BGH, Urt. 17.5.1972 – VIII ZR 76/71, AWD 1972, s. 418. Aynı yönde bkz. **Hausmann**, Rainer, Art. 38- Vereinbarung über Zustaendigkeit", Wiczorek-Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze Grosskommentar, C. I, Berlin 1994, s. 605; **Wirth**, Hans R., "Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr", NJW 1978, s. 463.

⁵⁷¹ Bkz. yuk. s. 68 vd.

düzenlemiştir⁵⁷². Türk mahkemelerinin yetkilendirilmesi ise, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 40'inci maddesinden hareketle iç hukuk açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen hükümlere göre gerçekleştirilir. Hem Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 47'inci maddesi hem de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki sözleşmesine ilişkin hükümleri, sözleşmenin caiz olma şartlarına ve şekline ilişkin düzenleme içermekte, ancak tarafların ehliyetine, temsile, irade beyanlarının açıklanması ve yorumuna, sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir hükme yer vermemektedir.

Dolayısıyla, kaçınılmaz olarak bu kısımların maddi hukuk hükümleriyle doldurulması gerekmektedir. Mesele, söz konusu maddi hukuk hükümlerinin hangi hukuktan alınacağı noktasındadır.

Yetki sözleşmelerinin birer usûl sözleşmesi olmasından hareketle bir bütün olarak hâkimin hukukuna tabi olması gerektiğini belirten görüşlere ve Alman İmparatorluk Mahkemesi kararına katılmıyoruz. Zira, yetki sözleşmelerinin nasıl kurulacağı, belirtildiği üzere, usûl hukuku içerisinde düzenlenmemiştir. Ayrıca yetki sözleşmeleri genelde asıl sözleşmenin bir klozu olarak yer alır. Şayet bir bütün olarak hâkimin hukukuna tabi tutulursa, aynı sözleşmenin kurulması ve irade beyanları açısından çifte bir uygulama olur ki, her iki hukuk sisteminin farklı düzenlemeler içermesi halinde, bu daha büyük sıkıntı yaratır. Keza, kavramın içerisinde bulunan "sözleşme" ibaresinden hareketle de, bütün kurumu maddi hukuka ait olarak vasıflandırmanın yahut davanın açılmasından önce yapılması halinde maddi hukuka ait olarak nitelendirmenin de yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

⁵⁷² Aynı düzenlemenin Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımı ile ilgili tarihsel bir gerekçesi olduğu için bkz. **Atalı**, Zustaendigkeit, s. 200-201.

Ülkelerin hangi uyuşmazlıklar için mahkemelerini hizmete açacakları yahut kapatacakları konusunda, egemenliklerinin tabî sonucu olarak yetkileri vardır⁵⁷³. Yetki sözleşmeleri de, devletlerin bu yetkilerinin bir parçasıdır. Şayet mahkemelerin yetkilendirilmesi yahut yetkilerinin kaldırılması yönünde bir düzenleme mevcutsa, artık uygulanacak hukuk tartışmasına girilmeksizin değerlendirmenin söz konusu hükümlere göre yapılması gerekir. Bu, usûl hukuku meselelerine *lex fori* 'nin uygulanması prensibinin dogmatik temeline ilişkin tartışmalardan bağımsızdır. Zira, artık uygulanacak hukukun bir normatif temeli vardır, yani ülkenin egemenlik yetkisini belli bir yönde kullanmış olması hali söz konusudur. Şu halde Türk mahkemelerini yetkilendiren yahut Türk mahkemelerinin yetkisini kaldıran sözleşmelerin, kabul edilebilirlik koşulları açısından, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri, kanun koyucunun yabancılık unsurlu ihtilâfları da dikkate alarak uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme getirmesi sebebiyle uygulanır. Artık açık düzenleme karşısında tarafların beklentileri yahut milletlerarası karar ahengi gerekçeleriyle farklı bir sonuca varmak mümkün değildir⁵⁷⁴. Bunun doğal uzantısı olarak, yargılama açısından etkilerinin de Türk hukukuna tabi olması gerekir.

Düzenlemenin dışında kalan alanlarda temel hareket noktamız ise, usûl ekonomisi ve pratik düşünceler yönünden ortaya çıkacak sıkıntı ile tarafların meşru beklentileri ve milletlerarası karar ahengi açısından karşılaştırmalı bir değerlendirme yapılarak sonuca varılmasıdır. Türk kanun koyucusu, usûl sözleşmeleri açısından kurulmaları noktasında ayrı bir düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle söz konusu boşluk, iç uyuşmazlıklar açısından Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre doldurulur. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından ise yetki sözleşmesinin

⁵⁷³ **Kropholler**, Handbuch IZVR, s. 389; **v. Hoffmann**, s. 417.

⁵⁷⁴ Bkz. yuk. s. 63 vd.

lex fori olarak Türk hukukuna tabi tutulup tutulmaması açısından; öncelikle temel ilişkiye göre bir ayırım yapılmalıdır.

Şayet temelde sözleşmesel bir borç ilişkisi varsa, yalnızca sözleşmenin kurulması – irade beyanları ve bunların yorumlanması– bakımından yetki sözleşmesinin, sözleşme statüsüne değil de *lex fori* 'ye tabi tutulması, her ikisinin de farklı hükümler içermesi halinde anlamsız farklılıklar yaratır ve hukukî kesinliğe zarar verir.

Örneğin, sözleşme statüsüne göre asıl sözleşme, taraflardan birinin bildirim karşısında diğer tarafın sessiz kalmasıyla geçerli olarak kurulmasına rağmen, yetki sözleşmesi *lex fori* uygulanması sebebiyle kurulamamış olabilir. Bu hukukî kesinliğe zarar verdiği gibi daha da önemlisi tarafların meşru beklentilerine aykırı sonuç doğurur. Zaten asıl sözleşmenin kurulması noktasında yabancı hukuku tespit eden hâkim açısından, yetki sözleşmesinin kurulması bakımından da yabancı hukuku uygulaması, ilave bir zorluk da yaratmaz. Dolayısıyla bir asıl sözleşme söz konusu ise, yetki sözleşmesinin kurulması bakımından da sözleşme statüsü –*lex causae*– uygulanmalıdır.

Şayet haksız fiilden yahut sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir borç ilişkisi bağlamında taraflar bir yetki sözleşmesi yapmışsa, artık asıl sözleşmeden ve onun tabi olduğu hukuktan değil, haksız fiil statüsünden veya sebepsiz zenginleşme statüsünden söz edilir. Ancak, bu durumda sözleşmesel ilişkilerde olduğu gibi sözleşmenin kurulmasında iki farklı yorum yahut hâkimin zaten sözleşmeler açısından yapmış olduğu bir yabancı hukuk belirlemesi yoktur. Yetki sözleşmesini yapan tarafların da haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme için geçerli olan statüyü, kural olarak haksız fiilin işlendiği yeri dikkate aldıkları, bu manada bir beklentilerinin olduğu söylenemez. Esas itibarıyla uyumsuzluk ortaya çıktıktan sonra bir ülke mahkemesini yetkilendiren tarafların, açıkça iradelerinden aksi

anlaşılmıyorsa, yetkili kıldıkları ülkeyi dikkate aldıkları savunulabilir. Yani burada artık yetkili mahkeme seçiminin, salt o yetki sözleşmesi açısından hukuk seçimi manasına da geldiği söylenebilir⁵⁷⁵. Zira, bu durumda artık taraflar uyuşmazlığın giderilmesi için harekete geçtiklerinden, söz konusu süreçte çekişmeyi giderecek makamı tespit ederken uyuşmazlık hiç doğmamışken olduğu gibi hareket ettikleri söylenemez. Bilâkis, taraflar, sözleşmenin geçerli şekilde kurulmasında, ilgili ülkeyi mutlaka dikkate alır. Dava, seçilen mahkemede açılmışsa sorun yoktur. O mahkemeyi yetkilendirme (*Prorogation*) açısından mahkeme, tarafların iradesini dikkate alarak kendi hukukuna uygun inceleme yapar. Dava tarafların yetkilendirdiği ülke mahkemesi dışında bir mahkemede açılmışsa (*Derogation*), mahkemece seçilen ülke hukukuna göre yetki sözleşmesini değerlendirir. Mahkemenin seçilen hukuku uygulaması hukukun tespiti noktasında zaman ve emek gerektirir, ancak söz konusu bu zorluğun taraf iradeleri karşısında ihmal edilebileceği kanaatindeyiz. Şekil konusunda ise Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkilerinin kaldırılması – *derogation*– hususunu düzenleyen Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 47'inci maddesinde yer alan ifadenin⁵⁷⁶, ispat şekli olarak düzenlendiği kabul edilmeli, bu manada salt ispat şekli olarak açık düzenleme nedeniyle Türk hukuku yargılamada dikkate alınmalıdır⁵⁷⁷. Dolayısıyla Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 7'inci maddesinde yer alan şekil statüsü değil, *lex fori* uygulanmalıdır. Yukarıda zikredilen ve şekli de, şekil statüsüne bağlayan görüşe katılmıyoruz. Zira, burada şekille muradedilen esas itibariyle yetki sözleşmesinin caiz olma şartlarıdır ve hâkimin hukukuna tabi olmalıdır.

⁵⁷⁵ Bkz. yuk. s. 131 civarı.

⁵⁷⁶ Esas itibariyle kanundaki ifade sıkıntılıdır. Zira sözleşmenin “geçerli” olarak kurulmasının yazılı olarak “ispat” edilmesine bağlandığı şeklinde ispat şekli ile geçerlilik şeklini karıştıran bir cümleye yer verilmektedir.

⁵⁷⁷ **Nomer**, DHH, s. 484; **Doğan**, MÖH, s. 91.

Netice itibariyle milletlerarası yetki sözleşmelerinin usûl hukukuna ait olarak vasıflandırılması gerekir. Nihai tahlilde bir sözleşme olması sebebiyle usûl hukukunda hakkında hüküm bulunmayan meseleler sebebiyle ortaya çıkan boşluklar, maddi hukuk hükümleriyle doldurulur. Mahkemelerin milletlerarası yetkisi ve bu anlamda hangi uyumsuzluklar açısından hizmet verecekleri ve hangileri açısından kapalı olacakları konusunda belirleme yapmak noktasında yetkileri mutlaktır. Bu manada yetki sözleşmelerine ilişkin hem yetkilendirme –*prorogation*– hem de yetkinin kaldırılması –*derogation*– noktasında caiz olma şartları ve etkileri için, *lex fori* dikkate alınmalıdır. Yetki sözleşmesinin kurulması açısından ise temel ilişkiye göre bir ayırım yapılmalıdır. Temelde yine bir sözleşme söz konusu ise, kurulma koşulları açısından sözleşme statüsü dikkate alınmalıdır. Şayet temeldeki ilişki sözleşme dışı bir borç ilişkisi ise tarafların iradesinden aksi anlaşılmadıkça yetkili mahkemeye ilişkin belirlemenin, salt o belirleme açısından hukuk seçimi manasına da geldiği kabul edilmeli ve ilgili ülke hukuku uygulanmalıdır. Şekil konusunda ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 47'inci maddesinde yer alan düzenleme ile esas itibariyle yetki sözleşmesinin caiz olma şartlarının düzenlenmek istenmesi sebebiyle Türk hukuku uygulanmalıdır. Bu belirlemeler çerçevesinde, yukarıda **Geimer** tarafından zikredilen ancak somutlaştırılmayan bağımsız yetkilendirme statüsünün –*prorogationsstatut*– içeriği doldurulmuş, genelgeçer şekilde *lex causae*'nin kabul edilmesinden de kaçınılmış olur.

2. Taraflara İlişkin Kavram ve Kurumlar Bakımından *Lex Fori* Prensiplerinin Değerlendirilmesi

A. Yabancı Tarafın Ehliyet ve Temsili

I. Genel Olarak

Yabancıların teminat yatırma yükümlülüğü ve adli yardıma ilişkin kısımda⁵⁷⁸ belirtildiği üzere, adil yargılanma ve bu manada mahkemeye erişim hakkı yabancılara da tanınmıştır. İşte mahkemeye erişim hakkı tanınmış yabancı kimsenin davada taraf olarak yer alabilmesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinde öngörülen taraflara ilişkin dava şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin ayrıca incelenmesi gerekmektedir.

II. Taraf Kavramı

Taraf, devlet mahkemeleri önünde hukukî koruma isteyen veya kendisine karşı hukukî koruma istenen gerçek veya tüzel kişi yahut kendisine davada taraf olma imkanı tanınmış olan fakat kişiliği olmayan yapıdır⁵⁷⁹. Bu çerçevede taraf, usûli teknik bir kavramdır ve *lex causae*'ya göre değil hâkimin hukukuna, yani *lex fori*'ye göre belirlenir⁵⁸⁰. Bu noktada ilgililerin meşru beklentilerinden veya milletlerarası karar ahneginin etkilenmesinden hareketle başka bir hukukun uygulanması söz konusu olmaz. Taraf kavramı salt teorik değil pratik öneme de sahiptir, zira taraf olarak nitelenen kimselerin daha sonra aynı davada tanık veya feri müdahil olamaması gibi usûli sonuçlar doğar. Örneğin, Anglo-Sakson hukukunda fark bu

⁵⁷⁸ Bkz. yuk. s. 115 ve s. 122 vd.

⁵⁷⁹ Musielak/Weth, Art. 50, para. 3; MüKo-ZPO/Lindacher, vor Art. 50, para. 2; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 207; Hk-ZPO/Bendtsen, Art. 50, para. 2; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 292; Yılmaz, Şerh, s. 491; Karlı, Ders kitabı, s. 301; Erişir, Evrim, Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s. 55; Üstündağ, s. 387. Bu manada şekli taraf kavramı kabul edilmektedir.

⁵⁸⁰ Geimer, s. 762.

derece açık değildir. Zira, söz konusu hukuk sistemlerinde bir taraf, kendisinin veya karşı tarafın tanık olarak dinlenmesini talep edebilir⁵⁸¹.

III. Taraf Ehliyeti

1. Genel Olarak

Taraf ehliyeti, medenî yargılama içerisinde davacı veya davalı olabilme yetisini, başka bir anlatımla, dava açılmakla ortaya çıkan usûli ilişkinin aktif veya pasif sujesi olabilmeyi ifade eder⁵⁸². Ancak taraf ehliyetine sahip kimse davada taraf olarak yer alabilir. Taraf ehliyeti, salt maddi hukukun tanıdığı hakların gerçekleştirilmesinin aracı olan yargılama süreci ile ilgili olması ve onu düzenlemeye yönelmesi karşısından usûl hukukuna aittir⁵⁸³. Bu çerçevede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 50'nci maddesinde taraf ehliyetini düzenlenmiş ve taraf ehliyetinin, maddi hukuktaki hak ehliyetine göre belirleneceğini öngörülmüştür. Ancak bu, taraf ehliyetinin, hak ehliyeti kavramının bir alt kategorisi olduğu anlamına gelmez⁵⁸⁴.

⁵⁸¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kwaschik**, Annett, Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, Tübingen 2004, s. 316 vd.

⁵⁸² **Zöller/Vollkommer**, Art. 50, para. 1; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 208; **Musiak/Weth**, Art. 50, para. 13; **MüKo-ZPO/Lindacher**, Art. 50, para. 1; **Hk-ZPO/Bendtsen**, Art. 50, para. 12; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 294; **Yılmaz**, Şerh, s. 496; **Karlı**, Ders kitabı, s. 302; **Kale**, Serdar, Medenî Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010, s. 13; **Beranek**, Axel, Die Parteifähigkeit, Baden-Baden 2009, s. 26; **Erişir**, Taraf Ehliyeti, s. 30; **Hess**, Burkhard, "Grundfragen und Entwicklungen der Parteifähigkeit", ZJP 117, s. 271; **Kuru**, C. I, s. 887; **Cebecioglu**, Tarık, Stellung des Ausländers im Zivilprozess, Frankfurt 2000, s. 35; **Furtak**, Oliver, Die Parteifähigkeit in Zivilverfahren mit Auslandsberührung, Heidelberg 1995, s. 15; **Riezler**, s. 414.

⁵⁸³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 294; **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 89; **Hess**, ZJP 117, s. 290; **Furtak**, s. 57; **Szásy**, s. 233; **Pagenstecher**, ZJP 64, s. 253. Taraf ehliyetinin maddi hukuktaki hak ehliyetine eşit olması, maddi hukukun haklara ve yükümlülüklerle sahip olabilecek bir varlık tanınmasından gayri taraf ehliyetinden söz edilemeyeceğinden hareketle, taraf ehliyetinin de maddi hukuka ait olduğu görüşü için bkz. **Petersen**, Julius, "Ueber den Parteibegriff und die Parteifähigkeit", ZJP 18, s. 53 vd. Yalnızca milletlerarası usûl hukuku bağlamında, karar ahengini sağlama düşüncesinden hareketle maddi hukuka ait olarak vasıflandırılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Niederländer**, s. 32.

⁵⁸⁴ Bu nedenle örneğin taraf ehliyeti, **Wolff**'un yaptığı gibi "usûli hak ehliyeti" olarak tanımlamaz. **Wolff**, IPR, s. 97. Zira, taraf ehliyeti ile hak ehliyeti arasında paralellik sadece yargılamada suje olabilmek noktasındadır, yoksa hak sahipliği açısından paralellikten söz edilemez. Başka bir anlatımla, hak ehliyeti olan herkesin taraf ehliyeti vardır, ancak taraf ehliyetine sahip fakat hak ehliyeti olmayan yapılar söz konusu olabilir. Kanunda yapılan göndermeyle, yalnızca bir tekrardan kaçınma hedeflenmiştir. **Furtak**, s. 23-24. Nitekim 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin

Taraf ehliyetine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 50'nci maddesiyle maddi hukuka yapılan söz konusu gönderme sebebiyle yabancıların taraf ehliyetinin hangi hukuk dikkate alınarak belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira, maddi hukuka yapılan gönderme, kanunlar ihtilâfı kuralları ve bu çerçevede belirlenecek yabancı hukukun uygulanması sorununu gündeme getirmektedir. Bu bağlamda hangi hukukun uygulanacağı önemlidir. Örneğin, millî hukukuna göre hak ehliyeti olmamasına rağmen taraf ehliyeti olan bir oluşumun yahut millî hukukuna göre hak ehliyeti olmasına rağmen taraf ehliyeti olmayan bir yapının, Türk mahkemelerinde davacı veya davalı olup olamayacağı nasıl belirlenir sorusu cevaplanmalıdır.

2. Gerçek Kişiler ve Tüzel Kişiliği Olmayan Topluluklar Bakımından Soruna İlişkin Görüşler

Gerçek kişiler ve tüzel kişiliği olmayan topluluklar bakımından meseleye ilişkin üç olası cevap mevcuttur: Yabancı kimsenin taraf ehliyeti usûli bir mevzu olması sebebiyle *lex fori*'ye sadık kalınarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 50 nci maddesi gereğince, onun gönderme yaptığı hak ehliyetini düzenleyen Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre belirlenir veya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 50 nci maddesinin hak ehliyetine yaptığı gönderme, yabancı maddi hukukun hak ehliyetine ilişkin öngördüğü kurallar olarak kabul edilir veyahut da yabancı usûl hukukunun taraf ehliyetine ilişkin kuralları uygulanır.

Gerçek kişilerin ve tüzel kişiliği olmayan toplulukların taraf ehliyetinin belirlenmesi konusunda hangi hukukun uygulanacağı hakkında yukarıda belirtilen üç olası cevaba karşılık öğretilerde dört farklı görüş ileri sürülmüştür. İlki, Anglo-Sakson hukukunda bir dönem savunulmuştur. Buna göre usûl hukukuna ait olan taraf ehliyeti mevzusu

6'ncı maddesiyle hak ehliyeti olmayan idari kurumların, davada taraf ehliyetinin bulunacağı öngörülmüştür.

salt *lex fori* 'ye tabidir, *lex fori* 'ye göre ölmüş yahut artık var olmayan bir kimse adına dava açılmıyorsa, *lex causae* 'ya göre taraf ehliyeti olsa bile dava reddedilir⁵⁸⁵.

Alman hukukunda ileri sürülen ikinci bir görüşe göre ise, milletlerarası usûl hukukunun yazılı olmayan bir kanunlar ihtilâfı kuralı gereği yabancı kimsenin taraf ehliyeti onun millî usûl hukukuna göre belirlenir⁵⁸⁶. Diğer bir ifadeyle, yabancı hukukun hak ehliyetini düzenleyen maddi hukuk hükümleri değil, millî hukukun taraf ehliyetini düzenleyen usûl kuralları dikkate alınır. Buna karşılık üçüncü bir görüş, yabancı hukukun hak ehliyetine ilişkin hükümlerinin dikkate alınması gerektiği yönündedir⁵⁸⁷. *Lex fori* teorisi olarak da isimlendirilen bu görüş, *lex fori* 'nin usûl hukuku hükmünü⁵⁸⁸ dikkate almakta ve onun bağlantı noktası olarak belirlediği hak ehliyetini, kanunlar ihtilâfı kurallarınca öngörülmüş kişisel statü çerçevesinde araştırarak millî maddi hukukunu uygulamaktadır. Bu görüşe dayanak olarak ise, hak ve yükümlülükler sahip olabilme yetisi ile o hak ve yükümlülükler için mücadele etmek arasındaki sıkı ilişki ve taraf ehliyetinin bireysel olarak önemi ileri sürülmektedir⁵⁸⁹. Bu görüşü uygulayan Frankfurt Eyalet Mahkemesi, bir kararında, Belçika hukukuna göre hak ehliyeti olmayan topluluğun, Almanya'da taraf ehliyeti

⁵⁸⁵ Nitekim İngiliz mahkemesi 1923 tarihli *Banque Internationale de Commerce de Petrogard v. Goukassow* kararına konu olayda St. Petersburg Bankası'nın 1917 yılında Sovyet hükümeti tarafında sona erdirilmesinden sonra bankanın Paris şubesi, Fransız hükümetinin Sovyet hükümetini ve düzenlemelerini tanımaması sebebiyle faaliyetlerine devam etmiş; banka, İngiltere'de bir kimseye kullandığı krediyi tahsil edememesi sebebiyle dava açmıştır. Sözleşme Fransa'da yapılmış, ifa yeri Fransa olarak kararlaştırılmıştır. Davanın esasına Fransız hukukunun uygulanacağı, şüpheden uzaktır. Ancak İngiliz mahkemesi *lex causae* 'ya göre mevcut olsa bile taraf ehliyetine ilişkin mevzularda *lex fori* 'nin uygulanması gerektiğini belirterek ölmüş yahut var olmayan bir kimse adına davanın İngiltere'de açılmayacağını, zira İngiliz hukukuna göre ölmüş yahut artık var olmayan kimsenin davanın tarafı olabilme ehliyetine sahip olmadığı tespit etmiş ve davacının taraf ehliyeti olmadığı gerekçesi ile davayı reddetmiştir. **Decisions of National Tribunals Involving Points of International Law in 1923-4**, British Year Book of International Law 1924/5, s. 226-227.

⁵⁸⁶ Pagenstecher, ZJP 64, s. 251.

⁵⁸⁷ Nomer, DHH, s. 217, 388; MüKo-BGB/Birk, EGBGB Art. 7, para. 19; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 102; Atalı, Davada Yabancı, s. 550. Ancak, Nomer, müteakip açıklamalarında, bu defa, millî hukukuna göre hak ehliyetine sahip olmaları değil, doğrudan doğruya kendi millî hukuklarına göre taraf ehliyetlerinin olmasının dikkate alınacağını belirtmiştir. Nomer, DHH, s. 389.

⁵⁸⁸ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 50'nci maddesi. Karş. Alman Usûl Kanunu'nun 50'nci maddesi.

⁵⁸⁹ Kegel/Schurig, s. 545.

olmadığına hükmetmiştir⁵⁹⁰. Dördüncü görüş ise, ikinci ve üçüncü görüşleri birleştirerek, millî hukukuna göre taraf ehliyeti olanın taraf ehliyeti olacağına ilişkin cümlelerin neden millî hukukuna göre hak ehliyeti olanın taraf ehliyeti olacağı cümlesini dışlaması gerektiğini izah etmediğini, doğru cevabın ilki ya da ikincisi değil her ikisi birlikte şeklinde verilebileceğini, zira etkin hukukî korumanın ancak bu durumda sağlanabileceğini belirtmekte ve gerçek kişilerin ve kişiliği olmayan mal-kışı topluluklarının taraf ehliyetinin şu üç alternatifli kural ile belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır⁵⁹¹:

- 1- Kendi millî hukukuna göre hak ehliyeti olanın taraf ehliyeti vardır.
- 2- Kendi millî hukukuna göre hak ehliyeti olup olmamasından bağımsız olarak millî hukukuna göre taraf ehliyeti olanın taraf ehliyeti vardır.
- 3- Herhangi bir oluşum, kendi kurulum yeri itibarıyla tıpkı iç hukukta taraf ehliyeti olan yapılar gibiyse, taraf ehliyetine sahip kabul edilir.

İlk görüşün, milletlerarası usûl hukukuna ait bir meseleyi salt iç usûl hukuku kurallarına göre çözmeye çalışması ve tarafların meşru beklentileri ile işlem güvenliğini göz ardı etmesi nedeniyle yerinde bir metod olmadığı açıktır⁵⁹². Diğer üç görüşün ise gerçek kişiler açısından pratik olarak önemi neredeyse yoktur. Zira usûl kanunlarının pek çoğu taraf ehliyetini hak ehliyeti ile ilişkilendirir. Sadece ceninin durumu açısından farklılık söz konusu olabilir. Ancak gerçek kişi dışında kalan ve

⁵⁹⁰ **Furtak**, s. 129.

⁵⁹¹ **Zöller/Geimer**, IZPR, para. 19; **Musielak/Weth**, Art. 50, para. 28; **MüKo-ZPO/Lindacher**, Art. 50, para. 56; **Staudinger-BGB/Hausmann**, EGBGB Art. 7, para. 119; **Linke/Hau**, s. 130; **Geimer**, s. 763-764; **Riezler**, s. 415.

⁵⁹² **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 90; **Atalı**, Murat, “Türk Medenî Usûl Hukuku Açısından Davada Yabancıların Durumu”, Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler Sempozyumu 15-16 Mayıs 2009, Ankara 2010, s. 550; **Dacey/Morris/Collins**, s. 181. Alman İmparatorluk Mahkemesi, daha 1895 yılında verdiği kararında, yabancı kişi birlikteliğinin, davacı olup olamayacağını belirlemede, söz konusu oluşumun merkezinin bulunduğu yer hukukunun dikkate alınacağını ifade etmiştir. DRG, 25.11.1895 – VI 201/95, RGZ 36, s. 393-398. Zweibrücken Eyalet Mahkemesi de bir Amerikan avukat topluluğunun açtığı davaya ilişkin kararında söz konusu topluluğun taraf ehliyetine Alman hukukunun değil, New York hukukunun uygulanacağını ve buna göre topluluğun taraf ehliyetinin olduğunu belirtmiştir. OLG Zweibrücken, Urt. 13.10.1986 – 4 U 98/85, NJW 1987, s. 2168.

kendi hukukuna göre hak ehliyeti olmamasına rağmen taraf ehliyeti tanınmış oluşumların, Türk mahkemelerinde dava açmak istemesi halinde hangi görüşün kabul edildiği önem arzeder⁵⁹³.

3. Tüzel Kişiler Bakımından İleri Sürülen Görüşler

a. Tüzel Kişilerin Hak Ehliyeti

Yabancı kavramı sadece gerçek kişileri değil artık modern hukukların hakkın bir sujesi olarak kabul ettikleri, kişi veya mal toplulukları olan tüzel kişileri de kapsamaktadır. İlk başlarda tüzel kişilerin, kuruldukları ülkelerin egemenlik alanları dışında herhangi bir varlıklarının olmadığı kabul edilirken⁵⁹⁴, günümüzde gerçek kişilerde olduğu gibi tüzel kişiler de yabancı ülkeler tarafından tanınmaktadır.

Ancak, taraf ehliyetinin tüzel kişiler açısından nasıl tespit edileceği sorunu tartışmalıdır. Öyle ki, Amerika Birleşik Devletleri'nin bir eyaletinde, onun hukukuna göre kurulmuş, idare merkezi olarak Londra'yı kullanan, fabrikalarının büyük çoğunluğu Çin'de olan ancak esas satış merkezi Almanya'da olan bir şirkete karşı Londra'da, bir İngiliz tarafından o yerde yapılan ve bütün borçların Londra'da ifa edileceğinin kararlaştırıldığı bir sözleşmeden doğan borca ilişkin dava açılacak olsa, İngiliz hukuku açısından şirketin taraf ehliyetinin, başka bir anlatımla tanınmasının hangi ülkeye göre belirleneceği sorunu ortaya çıkar⁵⁹⁵.

⁵⁹³ Nitekim İngiltere'de temyiz mahkemesinin önüne gelen bir olayda mesele tartışılmış, Hindistan hukukuna göre taraf ve dava ehliyeti olan bir tapınağın, tapınağa ait olduğu iddiası ile İngiltere'de açılan bir davaya taraf olabilmesi kabul edilirken, kendi ülkesinde taraf ve dava ehliyeti olan bir yapının davanın açıldığı ülkede de bu yetiye sahip olması gerektiği ifade edilmiştir. Court of Appeal, 13.2.1991, Bumper Development Corporation v Commissioner of Police of The Metropolis and Others, [1991] 1 W.L.R. s. 1362 vd., www.westlaw.com (son erişim tarihi: 28.8.2014).

⁵⁹⁴ US Supreme Court, 9.3.1839, Bank of Augusto v. Earle, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/38/519/case.html> (son erişim tarihi: 3.9.2014).

⁵⁹⁵ Öğretide tüzel kişilerin tabiiyetlerinin olup olmayacağı da tartışılmıştır. Bir görüş, tüzel kişilerin tabiiyetlerinden söz edilemeyeceğini, onların her bir spesifik mesele açısından ayrı ayrı yerli veya yabancı kabul edilebileceğini ileri sürmektedir. Arat, Tuğrul, Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti, Ankara 1970, s. 31 vd. Yine tüzel kişiliği salt soyut bir kavram sayan görüş, tabiiyetin niteliği itibarıyla tüzel kişilik ile bağdaşması imkanı olmadığını belirten görüş gibi özellikle Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra çeşitli akımlar neticesinde ortaya çıkmıştır. Ancak burada vatandaşlıktan değil

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesinde yabancıların hak ve fiil ehliyetleri düzenlenirken tüzel kişiler açısından kural olarak statülerindeki idare merkezi esas alınmış, ancak fiili idare merkezlerinin Türkiye olması durumunda Türk hukukunun uygulanabileceği belirtilmiştir. Ancak meseleye farklı hukuk sistemlerinde çeşitli farklı cevaplar aranmıştır.

Tarafların menfaatlerini dikkate alan ve hukukî kesinliğe hizmet eden kuruluş yeri teorisi (*Gründungstheorie*) tüzel kişinin hak ehliyetinin kurulduğu yer hukukuna, başka bir anlatımla, kayıtlı olduğu yere göre belirleneceğini ifade eder⁵⁹⁶.

İngiltere'de ilk defa geliştirilen teori, şirketler hukuku düzenlemelerinin ihraç edilmesini de sağlamaktadır⁵⁹⁷. Alacaklıların ve hukukî işlemlerin güvenliğini esas alan merkez yeri teorisi (*Sitzungstheorie*), tüzel kişilerin hak ehliyetinin onların idare merkezlerinin bulunduğu yere göre belirleneceğini öngörmektedir⁵⁹⁸. Temelinde tüzel kişilerin faaliyetlerini nerede yürütüklerine göre sorumluluklarının belirlenmesi

tabiiyetten söz edilmesi, tabiatıyla tüzel kişiler ile devletler arasında da hukukî bir bağın mevcut olabileceği karşısında bu görüşe katılmıyoruz. Her hâlükârda çalışma konumuz açısından bir yabancılik unsuru teşkil edecek tüzel kişinin ne zaman ortaya çıkacağına belirlenmesi gerekir.

⁵⁹⁶ **MüKo-ZPO/Lindacher**, Art. 50, para. 57; **MüKo-BGB/Kindler**, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, para. 351; **Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann/von Oertzen**, Internationales Gesellschaftsrecht, para. 12; **Kale**, s. 101; **Aygül**, Musa, Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukuk, Ankara 2007, s. 22; **Moroğlu**, Erdoğan, "Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması", MHB 2002, s. 414; **Schnyder**, Anton K., "Der Sitz von Gesellschaften im internationalen Zivilverfahrensrecht", Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, s. 768; **Tekinalp**, Gülören, "Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973, s. 559. Avrupa Birliği Adalet Divanı, ön karar usûlü ile Danimarka mahkemesince önüne gelen Centros Ltd. v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen davasına ilişkin verdiği kararda kurucu antlaşmalardaki yerleşme serbestisini (*freedom of establishment*) dikkate alarak kuruluş teorisinin birlik içerisinde geçerli olmasına ilk kez karar vermiş, daha sonra *Überseering* ve *Inspire Art* kararları bu yöndeki içtihadını pekiştirmiştir. Karar metinleri için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/> (son erişim tarihi: 29.8.2014).

⁵⁹⁷ **Schnyder**, s. 768; **Eidenmüller/Eidenmüller**, Theorien zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts und Wettbewerb der Gesellschaftsrechte, para. 2.

⁵⁹⁸ **BeckOK-GBO/Zeiser**, GBO Internationale Bezüge, para. 87; **MüKo-ZPO/Lindacher**, Art. 50, para. 57; **Heidel/Schall/Schall**, HGB-Internationales Personengesellschaftsrecht, para. 6; **Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann/von Oertzen**, Internationales Gesellschaftsrecht, para. 12; **Kale**, s. 101; **Aygül**, Şirketler, s. 25; **Moroğlu**, s. 414; **Eidenmüller/Eidenmüller**, Theorien zur Bestimmung des Gesellschaftsstatuts und Wettbewerb der Gesellschaftsrechte, para. 4; **Tekinalp**, Ortaklıkların Vatandaşlığı, s. 561. Ayrıca bkz. BGH, Urt. 1.7.2002 – II ZR 380/00, NJW 2002, s. 3539-3541.

gerektiği anlayışı yatmaktadır⁵⁹⁹. Merkez yerinin şirketin yönetim ve işletmesinin fiilen bulunduğu yer mi yoksa ana statüsünde yazılı olan yer mi olduğu konusunda tartışma mevcut olmasına rağmen hâkim görüş, şirket yönetiminin ve yetkili organının faaliyette bulunduğu, şirkete ilişkin temel kararların alındığı yer olarak kabul edilmesi yönündedir⁶⁰⁰.

b. Tüzel Kişi Yabancınnın Taraf Ehliyeti

Tüzel kişilerin hak ehliyetinin tespit edilmesi konusunda ele alınan teoriler, tüzel kişilerin taraf ehliyetinin tespit edilmesi bakımından da benzer şekilde savunulmaktadır⁶⁰¹. Ancak taraf ehliyetinin belirlenmesi açısından, söz konusu teorilerin farklılaştırılarak yahut kümülatif şekilde uygulanabileceği de önerilmiştir⁶⁰².

4. Görüşümüz

Taraf ehliyetinin usûl hukukuna ait bir kurum olduğu şüphesizdir. Ancak pozitif bir dayanağı olmayan *lex fori*'nin mutlak olarak uygulanacağı, bu manada usûl kanununda bağlantı noktası olarak ifade edilen maddi hukuk kavramlarının da, hâkimin hukukuna göre adlandırılacağı görüşüne katılmıyoruz. Zira, bu durumda, pratiklik açısından salt tespitle sınırlı sorun çıkarsa da, genel olarak yargılamayı yavaşlatacağı gerekçesi ile yabancı hukukun reddedilmesi izah edilemez. Kendi

⁵⁹⁹ Schnyder, s. 769.

⁶⁰⁰ Heidel/Schall/Schall, HGB-Internationales Personengesellschaftsrecht, para. 6. Köln Bölge Mahkemesi de bir kararında "Als Verwaltungssitz wiederum gilt der Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung bzw. der Leitung des in Frage stehenden Zusammenschlusses effektiv in laufende Geschäftsführungs- und Verwaltungsakte umgesetzt werden" diyerek fiili idare merkezini kabul etmiştir. OLG Köln, Urt. 30.4.1999 – Az. 6 U 62/98, <https://openjur.de/u/154590.html> (son erişim tarihi: 29.8.2014). Alman hukukunda Avrupa Birliği içerisinde Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın kararları gereği kuruluş teorisi uygulanırken Birlik dışarısındaki tüzel kişilikler açısından fiili idare merkezleri esas alınmaktadır. MüKo-ZPO/Lindacher, Art. 50, para. 61; Kegel/Schurig, s. 578; Riezler, s. 140.

⁶⁰¹ Geimer, s. 765-769; Furtak, s. 88-96.

⁶⁰² Sandrock, Otto, "Die multinationalen Korporationen im internationalen Privatrecht", BerDGVR 1978, s. 191 vd.; Grasmann, Günther, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Berlin 1970, para. 622-626.

hukukuna göre taraf ehliyeti olan bir oluşumun, günümüzde kaçınılmaz olarak girdiği sınır-ötesi ilişkileri sebebiyle hakkının ihlal edilmesi halinde, uyuşmazlık açısından yetkili yabancı mahkemede de dava açabileceği konusunda meşru ve korunmaya değer bir beklentisinin olacağı şüpheden uzaktır. Kurulduğu ülkede dava açabilmesi karşısında esasa ilişkin olmasa bile farklı kararlar çıkacak olması nedeniyle milletlerarası karar ahengi yönünden de yabancı hukukun dikkate alınması uygundur. Ayrıca, taraf ehliyetinin tanınmamasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen mahkemeye erişim hakkı bağlamında orantısız bir kısıtlama olacağı yönünde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları da mevcuttur⁶⁰³.

Bu çerçevede taraf ehliyeti konusunda hangi yabancı hukukun uygulanacağı belirlenmelidir. Bu noktada hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiliği olmayan topluluklar açısından, taraf ehliyetinin mevcudiyeti “ya-ya da” şeklinde değil “hem-hem de” üzerine kurulmalıdır. Çünkü, etkin bir hukukî koruma, tarafların meşru beklentilerini gerçekleştirme, ülke içerisinde hukukî işlem güvenliğini sağlama ancak hak ve taraf ehliyetlerinin alternatifli olarak birlikte tutulması halinde mümkündür. Şu halde, kişi kendi millî hukukuna göre hak ehliyetine sahipse veya kendi millî hukukuna göre taraf ehliyetine sahipse, Türk hukuku açısından da taraf ehliyetine sahip olarak kabul edilmelidir. Hatta ülke içinde hukukî güvenliği sağlamak adına her iki ihtimale göre de taraf ehliyeti olmamasına rağmen Türk hukukuna göre taraf ehliyeti veya hak ehliyeti mevcutsa, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasında hak ehliyeti açısından öngörüldüğü gibi, davada taraf olarak yer alabilmesi kabul edilmelidir.

⁶⁰³ **Hess**, ZZP 117, s. 286-288; **Beys**, Kostas E., “Neue Wege zur Bestimmung ders Rechts- bzw. Parteifaehigkeit –die hellenische Erfahrung-”, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, s. 117-127.

Vatansız kimseler ise, Vatansız Kişilerin Hukukî Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin⁶⁰⁴ 16'ncı maddesi gereğince mutad meskenleri ülke içinde bulunuyorsa vatandaş gibi değerlendirilir. Şayet mutad meskeni başka bir ülkede bulunuyorsa, o ülke vatandaşları gibi muamele göreceğinden yukarıda belirtilen görüşümüz onlar açısından da geçerlidir.

Tüzel kişilerin hak ehliyeti bakımından Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesi, kural olarak statülerindeki idare merkezinin esas alınacağını öngördükten sonra fiili idare merkezlerinin Türkiye'de olması halinde Türk hukukunun da uygulanmasına karar verilebileceğini düzenlemiştir. Kanaatimizce tüzel kişilerin taraf ehliyeti bakımından da tıpkı gerçek kişiler ve kişiliği olmayan topluluklar açısından belirttiğimiz gibi alternatifli bir kabul yerinde olur. Bu çerçevede, statüsünde öngörülen merkez yeri hukukuna göre hak ehliyeti veya hak ehliyeti olmamasına rağmen taraf ehliyeti tanınmışsa yahut Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince yetkili hukuka göre hak ehliyeti veya taraf ehliyeti mevcut ise, ilgili tüzel kişinin taraf ehliyeti olduğu kabul edilmelidir.

IV. Dava Ehliyeti

Dava ehliyeti, bir kişinin usûli işlemleri kendisinin tek başına veya yine kendisinin tayin edeceği vekil vasıtasıyla yapabilmesi ve söz konusu işlemlerin kendisine karşı yapılabilmesini ifade eder⁶⁰⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 51'inci maddesi gereğince dava ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyeti, diğer bir ifadeyle, fiil ehliyetine göre belirlenir. Söz konusu hükmün yabancı kimseler bakımından

⁶⁰⁴ Sözleşmenin tam metni için bkz. <http://www.unhcr.org/3bbb25729.html>, RG: 25.10.2014, S. 29156.

⁶⁰⁵ BeckOK-ZBO/Hübsch, Art. 51, para. 1; Schack, IZVR, s. 229; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 215; MüKo-ZPO/Lindacher, Art. 52, para. 1; Hk-ZPO/Bendtsen, Art. 52, para. 1; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 298-299; Yılmaz, Şerh, s.527; Karlı, Ders kitabı, s. 307-308; Kuru, C. I, s. 1026; Radtke, s. 80; Postacıoğlu, s. 210; Riezler, s. 419.

uygulanması noktasında ise taraf ehliyeti açısından zikredilen sorunlar benzer şekilde geçerlidir⁶⁰⁶. Bu manada hem gerçek kişilerin ve kişiliği olmayan oluşumların dava ehliyetinin hem de tüzel kişilerin dava ehliyetinin tespiti bakımından taraf ehliyetine ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar aynen uygulanmalı, alternatifli olarak ilgilinin dava ehliyetinin mevcudiyeti incelenmelidir.

Dava ehliyetinin mevcut olmadığı neticesine varılması halinde, yasal temsilcinin kim olacağı sorunu ortaya çıkar. Bu durumda alternatifli bir uygulamanın kabul edilmesi, işin niteliği gereği mümkün değildir. Velayet açısından, hangi aşamada sorunun çıktığına bağlı olarak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 13'üncü maddesinin üçüncü fıkrası, 14'üncü maddesinin üçüncü fıkrasının atfıyla birinci fıkrası, 18'inci maddesinin üçüncü fıkrası veya 16'ncı maddesi hükümleri uygulanır⁶⁰⁷. Vesayet, kısıtlılık ve kayımlık açınsansa, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 10'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında, bu hususlara karar verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında Türk hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür⁶⁰⁸. Tüzel kişilerin hangi organının davada temsil yetkisini kullanacağı konusunda da alternatifli bir uygulama mümkün değildir. Bu çerçevede tüzel kişiyi temsil edecek organ da Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesinin dördüncü fıkrası gereğince tespit edilen hukuka göre belirlenmelidir⁶⁰⁹. Tüzel kişiliği olmadığı halde dava ehliyeti kabul edilenler yönünden de, bunların merkezlerinin bulunduğu yer hukukuna göre yasal temsilcisinin belirlenmesi uygundur⁶¹⁰.

⁶⁰⁶ Alman hukukunda ise yabancıların taraf ehliyetine ilişkin açık bir hüküm olmamasına rağmen Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 55 inci maddesi dava ehliyeti noktasında kural olarak ilgilinin millî usûl hukukuna gönderme yapmış ve tartışmaları sona erdirmiştir.

⁶⁰⁷ **Atalı**, Davada Yabancı, s. 550. Karş. **Schack**, IZVR, s. 230; **Geimer**, s. 779.

⁶⁰⁸ **Atalı**, Davada Yabancı, s. 551.

⁶⁰⁹ Karş. **Schack**, IZVR, s. 230-231, **Geimer**, s. 779.

⁶¹⁰ Karş. **Schack**, IZVR, s. 230-231, **Geimer**, s. 779.

V. Yabancı Tarafın Dava Takip Yetkisi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesi uyarınca mahkemenin davanın esası hakkında karar verebilmesi için dava şartı olarak düzenlenmiş olan dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetisini ifade eder⁶¹¹. Kural olarak mahkemeye başvuran kimse ancak kendisine ait bir hakkın ihlal veya inkâr edildiği yahut tehlikeye düşürüldüğü iddiasında olabilir, hukukî yararının söz konusu olmadığı, üçüncü kişiler lehine her ne sebeple olursa olsun dava açıp hukukî korunma talep etmesi, açık bir yasa hükmüyle imkan tanınmış olmadıkça, mümkün değildir⁶¹². Kimi hallerde kanun koyucu hukukî ilişkinin tarafı olmayan üçüncü bir kişinin dava açıp hüküm alabilmesini öngörmüştür.

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar açısından kendisine ait olmayan menfaat için dava açan kimsenin, söz konusu yetkiye sahip olup olmadığı, yetkinin dayanağının usûl hükümleri mi maddi hukuk hükümleri mi olduğu ayrımı yapılmaksızın *lex fori*'ye göre belirlenmelidir⁶¹³. Zira, bu durum pratiklik ve usûl ekonomisi açısından zaruridir. İlgili tarafların ayrıca dava açmaları mümkün olduğundan, hak arama özgürlüğü ve beklentileri ise orantısız olarak sınırlanmamış olur. Örneğin, miras hukuku hükümlerine göre ilgili yabancı hukuk, yasal mirasçılardan birinin, diğer bütün mirasçılar adına tazminat davası açabilmesine imkan tanıyorsa, Türk hukukuna göre maddi mecburi dava arkadaşlığı sebebiyle mümkün olmasa bile buna izin verilmesi halinde, ilgili kişiler açısından tek tek taleplerin/zararın belirlenmesi, her biri açısından hükmün etkisinin ne olacağıın

⁶¹¹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 223; **Zöller/Vollkommer**, vor Art. 50, para. 18; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 300; **Yılmaz**, Şerh, s. 563; **Karşlı**, Ders kitabı, s. 309, **Kale**, s. 25; **Kuru**, C. I, s. 1152.

⁶¹² **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 300.

⁶¹³ **Atalı**, Davada Yabancı, s. 552. Aksi yönde bkz. **Nomer**, DHH, s. 391; **Zöller/Geimer**, IZPR, para. 21b; **Schack**, IZVR, s. 235; **Geimer**, s. 786. **Nomer**'in usûl hukukundan kaynaklanan dava takip yetkisine örnek olarak verdiği dava konusunun devrini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 125'inci maddesinin dava takip yetkisi ile ilgisi yoktur. Kanaatimizce, orada eksik olan dava takip yetkisi değil maddi hukuka ait olan sıfattır.

ortaya konulması, davanın reddedilmesi halinde yargılama giderlerinin kimden nasıl tahsil edileceği, hükmün kime karşı kurulacağı sorun olarak ortaya çıkar ve yargılama sistemine içerisinde, ona yabancı bir yargılamanın yürütülmesi nedeniyle pratik olmaz. Nitekim, hükmün kaynağına bakarak maddi hukuk hükümlerinden kaynaklanan dava takip yetkilerinde *lex causae* 'nın uygulanacağını belirten görüş taraftarları da her hâlükârda kesin hüküm, hükmün icra edilebilmesi, yargılama giderleri gibi neticeler hakkında hâkimin hukukunun uygulanacağını kabul etmektedir⁶¹⁴.

Mahkemeden hukukî korunma talep eden kimsenin kendisi dışında bir kimsenin yararına olarak da hareket ettiği, Anglo-Sakson hukuku kaynaklı bir dava türü olan, topluluk davası noktasında uygulanacak hukukun da tespiti gerekmektedir. Örneğin, davanın esasına Amerikan hukukunun uygulandığı bir olayda, Amerikan hukukuna göre kurulmuş bir vakfin, kendisi ve ismen dahi zikredilmeyen temsil ettiği grubun uğradığı zararlar için *Federal Rules of Civil Procedure*'ün 23 (a) maddesine dayanarak Türk mahkemelerinde tazminat davası açabileceği kabul edilmeli midir sorusu yanıtlanmalıdır. Topluluk davası yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113'üncü maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre, ancak tüzel kişiler, üyelerinin veya temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak maksadıyla, ilgililerin haklarının tespiti, hukuka aykırılıkların giderilmesi veya gelecekteki hakların ihlal edilmesinin önüne geçilmesini isteyebilir. Ancak Anglo-Sakson hukuklarında olduğu gibi tazminat talep edilebilmesine imkan tanınmamıştır⁶¹⁵. Hâkim görüş, topluluk davasının açılıp açılmaması noktasında hâkimin hukukunun uygulanması yönündedir⁶¹⁶. Topluluk davası açılması halinde zararın tespit edilmesi ve daha sonra

⁶¹⁴ Schack, *IZVR*, s. 235-236; Nagel/Gottwald, s. 288; Geimer, s. 785-786.

⁶¹⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 274; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 496.

⁶¹⁶ Schack, *IZVR*, s. 237; Nagel/Gottwald, s. 325; Geimer, s. 922; Rixen, s. 143; Schack, *BerDGVR*, s. 337. Dava takip yetkisinin maddi hukuktan kaynaklandığı hallerde *lex causae* 'nın

ilgililer arasında paylaşılması, yargılama giderlerini kimin karşılayacağı hususlarında ortaya çıkan pratik zorluklar karşısında⁶¹⁷, bireylerin hâlâ kendi hakları için dava açabilmelerinin mümkün olması, milletlerarası karar ahengi yönünden de sorun çıkmaması sebebiyle hâkimin hukukunun uygulanmasının yerinde olacağı kanısındayız. Zira, aksi halde zikredilen zorluklar, yargılamanın ilerlemesini ölçüsüz olarak engeller, bireylerin makul sürede yargılanma haklarının ihlali neticesi doğabilir.

VI. Davaya Vekalet Ehliyeti (İradi Temsil)

Taraf ve dava ehliyetine sahip bir kimse, kural olarak davasını tek başına yürütebilir. Başka bir anlatımla hukukumuzda avukatla temsil zorunluluğu bulunmamaktadır⁶¹⁸. Ancak tarafın kendisini davada bir temsilci aracılığıyla temsil ettirmesi de mümkündür.

Davanın tarafının kendisini bir temsilci aracılığı ile temsil ettirmesi, davaya vekalet başlığı altında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 71 ila 83'üncü maddelerinde düzenlenmiştir.

Burada temsil, kanuni ifadesiyle davaya vekalet ehliyetiyle avukat ve müvekkil arasındaki sözleşmenin ayrılması gerekir. Davaya vekalet ehliyeti, maddi hukukun gerçekleşmesine hizmet etmek amacıyla var olan usûl hukukunun aracı, yargılama sürecini düzenlemeye yönelmiş bir usûl hukuku kurumudur⁶¹⁹. Avukat ile müvekkil arasındaki ilişki ise bir vekalet sözleşmesine dayanabileceği gibi bir hizmet

uygulanacağı söyleyen yazarlar dahi topluluk davası açısından hâkimin hukukunun uygulanacağını belirtmektedir. Oysa bir mirasçının, diğerleri adına dava açtığı halin nitelik olarak topluluk davasından bir farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, dava takip yetkisi meselelerine bir bütün olarak hâkimin hukukunun uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

⁶¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 496.

⁶¹⁸ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 228; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 321; Yılmaz, Şerh, s. 621; Karşlı, Ders kitabı, s. 329; Kuru, C. II, s. 1226. Buna karşılık örneğin Alman hukukunda bölge mahkemeleri, eyalet mahkemeleri ve federal mahkeme önünde avukatla temsil zorunluluğu bulunmaktadır (Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 78'inci maddesi).

⁶¹⁹ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 227; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 321; Karşlı, Ders kitabı, s. 329.

sözleşmesine yahut kamusal bir ilişkiye de dayanabilir⁶²⁰. Bu manada uygulanacak hukuk bakımından avukatlık sözleşmesi açısından sözleşme statüsü, *lex causae* uygulanır⁶²¹. Örneğin, tarafların avukatlık sözleşmesi hakkında hukuk seçimi yapma imkanları mevcuttur.

Davaya vekalet ehliyeti noktasında ise pozitif hukukumuz açısından Türk hukukunun uygulanması gerektiği konusunda⁶²² tartışma söz konusu değildir. Zira, Avukatlık Kanunu'nun 35'inci maddesi, Türk mahkemeleri önünde avukatlık yapma tekeline baroya kayıtlı avukatlara vermektedir. Avukat olabilmek için ise, Avukatlık Kanunu'nun 3'üncü maddesi Türk vatandaşı olma şartı getirmekte, yabancılar açısından yalnızca Avukatlık Kanunu'nun 44'üncü maddesinde, yabancı sermayeyi teşvik mevzuatı kapsamında Türkiye'ye gelecek avukatlık ortaklıklarına, yabancılar hukuku ve milletlerarası hukukla sınırlı olmak üzere danışmanlık hizmeti verme imkanı tanınmaktadır. Keza, davaya vekaletin kanuni kapsamı ve özel yetki verilmesi gereken haller, birden fazla vekil görevlendirilmesi halinde bunlar arasındaki ilişki, temsil yetkisinin şekli ve sona ermesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'da açıkça düzenlenmiştir. Acaba Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 30'uncü maddesi uyarınca, maddi hukuka ait temsil yetkisinde olduğu gibi davadaki temsil yetkisi de tarafların arasındaki sözleşmeye uygulanan hukuka tabi tutulabilir mi sorusu cevaplanmalıdır. Örneğin, vekalet sözleşmesi Fransız hukukuna tabi tutulmuş ve Fransız hukukunda davada temsil yetkisinin ortaya konulması için özel bir şekil öngörülmemişse, temsil yetkisinin herhangi bir şekilde ortaya konulması yeter mi yoksa hâkim yine de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 76'ncü maddesi gereği noter tarafından onaylanmış ya da düzenlenmiş bir vekaletname ibrazını istemeli midir sorunu ortaya çıkar.

⁶²⁰ Kuru, C. II, s. 1251.

⁶²¹ Schack, IZVR, s. 235; Nagel/Gottwald, s. 372; Geimer, s. 784.

⁶²² Atalı, Davada Yabancı, s. 551.

Alman hukukunda hâkim görüş, davaya vekalet ehliyetinin hâkimin hukukuna tabi olduğu yönündedir⁶²³. Zira, Alman hukukunda, ülkemizden farklı açık bir kanuni düzenleme olmamakla beraber, temsil yetkisine, temsilin etkilerinin ortaya çıktığı yer hukukunun uygulanması gerektiği, bu nedenle mahkemede kullanılacak temsil yetkisinin de etkilerini gösterdiği yer olan *lex fori* 'ye tabi olacağı savunulmaktadır⁶²⁴. Bu çerçevede kimlerin davada temsilci olarak yer alabilecekleri, bir sonraki derecede veya cebri icra aşamasında temsil yetkisinin yenilenmesinin gerekip gerekmediği, temsil yetkisi verenin ölümü veya iflası halinde yetkinin sona erip ermeyeceği, temsil yetkisinin geçerliliği ve etkileri hâkimin hukukuna göre belirlenir.

Alman hukukundaki görüşten hareketle hukukumuzda da temsil yetkisinin Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 30'uncu maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması söz konusu olabilir. Nitekim, taraf ve dava ehliyetine paralel, yetkinin kapsamı, şekli, sona ermesi gibi özel düzenlemeler getirmesi yanında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 72'nci maddesiyle, Borçlar Kanununun temsile ilişkin hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüş, diğer bir ifadeyle, maddi hukuk hükümlerine göndermede bulunulmuştur. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 30'uncu maddesinin ikinci fıkrası temsilin dış ilişkisini düzenler ve temsilcinin bir fiilin temsil olunanı bağlayabilmesi için temsilcinin iş yeri hukukunun dikkate alınacağını, iş farklı bir yerde görülmekteyse, fiilen işin görüldüğü yer hukukunun uygulanacağını belirtir. Şu halde, Türk mahkemeleri önünde bir kimseyi temsil edecek kimsenin yargılama içerisinde gerçekleştirdiği

⁶²³ **Schack**, IZVR, s. 234; **Nagel/Gottwald**, s. 372; **MüKo-BGB/Spellenberg**, Vor Art. 11 EGBGB, para. 84; **Geimer**, s. 784; **Jaekel**, s. 107. Mahkeme kararları da bu yöndedir. BGH, 26.4.1990 – VII ZR 218/89, NJW 1990, s. 3088; BGH, 13.5.1982 – III ZR 1/80, NJW 1982, s. 2733; BGH, 16.4.1975 – I ZR 40/73, NJW 1975, s. 1220; BGH, 5.2.1958 – IV ZR 204/57, WM 1958, s. 557; OLG München, 9.4.1969 – Wi 63/65, WM 1969, s. 731.

⁶²⁴ **Schack**, IZVR, s. 234; **Geimer**, s. 784.

işlemlerinin geçerliliği, davayı nasıl yürüteceği ve sona erdirebileceği gibi hususların Türk hukukuna –*lex fori*– tabi olması gerekir.

Uygulanacak hukuka ilişkin temel tezimizden hareket edilirse değerlendirme şu şekilde olur: Temsil yetkisine, davaya ilişkin olsa bile mutlaka hâkimin hukukunun uygulanmasını gerektiren bir bağlayıcı milletlerarası örf ve adet hukuku kuralı yoktur. Şu halde, mesele, çalışmamız açısından pratiklik ve usûl ekonomisi, tarafların meşru beklentileri ve milletlerarası karar ahengi noktalarından incelenerek değerlendirilmelidir. Kimin yargılamada taraf temsilcisi olabileceği, yetkinin nasıl verileceği ve kapsamının ne olacağı hususlarının, temel ilişki nedeniyle yabancı hukuka tabi tutulması halinde, yabancı hukuktaki ilgili hükümlerin belirlenmesinin belli bir zamanı gerektireceği şüpheden uzaktır. Özellikle temsilcinin yetkilerinin tespiti, vekilce yapılacak her bir işlem açısından ayrıca inceleme yapılması, vekaletin ne zaman sona ereceğinin belirlenmesi, vekilin beyanlarının müvekkil açısından bağlayıcılığı ve bilhassa haktan feragatin yahut davayı geri almanın, sulh olmanın mümkün olup olmadığının tespiti, yargılamayı son derece yavaşlatır. Tarafların beklentileri açısından ise, temsil yetkisinin verilmesine ilişkin sözleşmenin tabi olacağı hukuk açısından tarafların menfaatinden özel olarak söz edilebilir. Ancak davada temsil edilme noktasında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda öngörülen hükümlerin, yargılama sürecinin işleyişi ile sıkı ilişkisi nedeniyle, tarafın, temeldeki ilişkinin tabi olduğu hukuka göre, örneğin vekilin açıkça yetkilendirilmese de mahkemede davayı kabul edebileceği iddiasıyla gelebilmesinde korunmaya değer bir menfaatinin olduğundan söz edilemez. Keza, yargılama sürecinin işleyişiyle olan sıkı ilişki, davanın esasını etkilemeyecek olması nedeniyle milletlerarası karar ahengi yönünden de sıkıntı çıkmaz. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen ve davaya vekalet ehliyeti noktasında yargılamanın işleyişiyle sıkı ilişkili

hükümler açısından Türk hukukunun uygulanması yerinde olur. Ayrıca Avukatlık Kanunu'nun 35'inci maddesi, konuya ilişkin siyasî sebeplerle öngörölmüş bir doğrudan uygulanan kural olarak ele alınmalı ve yabancılık unsuru olmasından bağımsız olarak direkt uygulanmalıdır.

B. Taraf Değişikliği

Taraf değişikliği konusunda uygulanacak hukuk, değişikliğin kanundan dolayı ve iradi olmasına göre ayrılarak incelenmelidir. Kanuni taraf değişikliği, kanunda açıkça öngörülen hallerde, karşı tarafın veya hâkimin iznine gerek olmaksızın tarafta meydana gelen değişikliktir⁶²⁵. Bu çerçevede, davanın tarafının cüzi veya intikale elverişli bir hakka ilişkin olmak kaydıyla külli halefiyet hallerinde, davaların birleştirilmesi ve davanın başında eksik gösterilmiş olması ihtimalinde mecburi dava arkadaşlığının bulunduğu durumlarda söz konusu olur. İradi taraf değişikliği ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 124'üncü maddesiyle ilk kez düzenlenen ve tarafın iradesi ile tarafta değişiklik yapılmasına imkan tanıyan yoldur. Hem kanuni hem de iradi taraf değişikliği hallerine, kural olarak *lex fori* uygulanır⁶²⁶. Diğer bir ifadeyle, hangi durumlarda tarafta değişikliğin meydana gelebileceği hâkimin hukukuna göre belirlenir. Burada aksine meşru bir taraf beklentisinden yahut milletlerarası karar ahenginin zarar görmesinden söz edilemez. Tabiatıyla atlatma faaliyeti gerçekleştirilirken pek çok durumda, yabancı hukuka dayanılarak kavramların belirlenmesi söz konusu olabilir. Örneğin tarafın ölümünden sonra yasal mirasçılarının kim olacağı sorusu veya şirketlerin birleşmesi, tür değiştirmesi yahut

⁶²⁵ Klönne, Gisela, Die gewillkürte Parteierweiterung im Zivilprozess, Remscheid 2013, s. 10-11; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 305.

⁶²⁶ Geimer, s. 762.

bölünmesi halinde devralan şirketin konumu, *lex causae*'ya göre belirlenir. Ancak bu hallerde de tarafın değişebileceği hâkimin hukukuna göre belirlenir.

3. Yargılamanın Yürütülmesine İlişkin Kavram ve Kurumlar Bakımından *Lex Fori* Prensibinin Değerlendirilmesi

A. Teminat

I. Genel Olarak

Anayasa'nın 36'ncı maddesi gereğince, herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak bulunmak ve hak arama hürriyetine sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi gereğince herkes medenî hak ve yükümlülükleri konusunda tarafsız ve bağımsız bir mahkeme önünde adil yargılanma hakkına sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre söz konusu ifade, mahkemeye erişim hakkını da içermektedir⁶²⁷. Ancak hakkında özel bir sınırlama sebebi bulunmamasına

⁶²⁷ Bu konuda AİHM kararları için bkz. Aerts v. Belgium 30.7.1998, 25357/94; Airey v. Ireland 9.10.1979, 6289/73; Ait-Mouhoub v. France 28.10.1998, 22924/93; Al-Adsani v. UK 21.11.2001, 35763/97; Andronicou and Constantinou v. Cyprus 9.10.1997, 25052/94; Androsov v. Russia 6.10.2005, 63973/00; Ates Mimarlik A.S. v. Turkey 25.09.2012, 33275/05; Bakan v. Turkey 12.6.2007, 50939/99; Beles and Others v. Czech Republic 12.11.2002, 47273/99; Bellet v. France 4.12.1995, 23805/94; Belotserkovets v. Russia 3.7.2008, 34679/03; Biziuk v. Poland 15.1.2008, 15670/02; Bobrowski v. Poland 17.6.2008, 64916/01; Brualla Gomez de la Torre v. Spain 19.12.1997, 26737/95; Burdov v. Russia 7.5.2002, 59498; Cakir and Others v. Turkey 4.6.2013, 25747/09; Chernyayev v. Ukraine 26.7.2005, 15366/03; Cordova v. Italy 30.1.2003, 40877/98; Cudak v. Lithuania 23.3.2010, 15869/02; De Geouffre de la Pradelle v. France 16.12.1992, 12964/87; De Haes and Gijssels v. Belgium 24.2.1997, 19983/92; Del Sol v. France 26.2.2002, 46800/99; Derkech und Palek v. Ukraine 21.12.2004, 34297; Edificaciones March Gallego S. A. v. Spain 19.2.1998, 28028/95; Erkus v. Turkey 4.12.2012, 61196/11; Esim v. Turkey 17.9.2013, 59601/09; Essaadi v. France 26.2.2002, 49384/99; Fociac v. Romania 3.2.2005, 2577/02; Gnahore v. France 19.9.2000, 40031/98; Golder v. UK 21.02.1975, 4451/70; Grishechkin and Others v. Ukraine 3.5.2005, 26131/02; Herma v. Germany 8.12.2009, 54193/07; Hornsby v. Greece 19.3.1997, 18357/91; Igusheva v. Russia 9.2.2006, 36407/02; Iordache v. Romania 14.10.2008, 6817/02; Janosevic v. Sweden 23.7.2002, 34619/97; Jedamski and Jedamska v. Poland 26.7.2005, 73547/01; Kaba v. Turkey 01.03.2011, 1236/05; Kadlec v. Czech Republic 25.4.2004, 49478/99; Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany 12.12.2002, 59021/00; Karakasoglu v. Turkey 10.4.2012, 39105/09; Karhuvaara v. Finland 16.11.2004, 53678/00; Kart v. Turkey 3.12.2009, 8917/05; Kniat v. Poland 26.7.2005, 71731/01; Kornikov and Others v. Ukraine 7.10.2003, 36575/02; Krapiyvnitsky v. Ukraine 17.9.2002, 60858/00; Kreuz v. Poland 19.6.2001, 28249/95; Kutić v. Croatia 1.3.2002, 48778/99; Leoni v. Italy 26.10.2000, 43269/98; Levages Prestations Services v. France 23.10.1996, 21920/93; Lobo Machado v. Portugal 20.2.1996, 15764/89; M. C. v. Finland 25.1.2001, 28460/95; M.A.K. and R.K. v. UK 23.3.2010, 45901/05; Markovic and Others v. Italy 14.12.2006, 1398/03; Marpa Zeeland B.V. and Others v. Holland 9.11.2004, 43600/99; McElhinney v. Ireland 21.1.2001, 31253/96; McVigar v. UK 7.5.2002, 46311/99; Mehmet and Suna Yigit v. Turkey 17.7.2007, 52658/99; Melnyk v. Ukraine 28.3.2006, 23436/03;

rağmen hem Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenmiş bulunan hak arama hürriyeti hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde yer alan mahkemeye erişim hakkı mutlak değildir. Zira, işin niteliği gereği menfaatleri yargılama içerisinde birbiri ile çelişen hem davacının hem de davalının hak arama hürriyetinin güvence altına alınması birtakım düzenlemeler yapılmasını ve karşılıklı sınırların belirlenmesini gerektirir⁶²⁸. Mesele, bu manada gerçekleştirilecek sınırlamanın koşullarını tespit etmek noktasında ortaya çıkar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yerleşik içtihatında mahkemeye erişim hakkının sınırlandırılabilmesini üç koşula bağlamıştır. Buna göre yapılan sınırlama, hakkın özüne dokunmamalı (*very essence of the right*), meşru bir amacı olmalı (*legitimate aim*) ve bu amaca ulaşmak için kullanılan araç orantılı (*proportional*) olmalıdır⁶²⁹.

Bu çerçevede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, teminat alınmasının, davanın kaybedilmesi halinde davalının yargılama giderlerine ilişkin alacağını güvenceye

Nikolenko v. Russia 26.3.2009, 38103/04; Nowinski v. Poland 20.10.2009, 25924/06; Nunes Dias v. Portugal 10.4.2003, 69829/01; Oleynikov v. Russia 14.3.2013, 36703/04; Osu v. Italy 11.7.2002, 36534/97; P., C., S. v. UK 16.7.2002, 56547/00; Pérez de Rada Cavanilles v. Spain 28.10.1998, 28090/95; Pini and Others v. Romania 22.6.2004, 78028/01; Podbielski and PPU Polpure v. Poland 26.7.2005, 39199/98; Prince Hans Adam II von Liechtenstein v. Germany 12.7.2001, 42527/98; R.D. v. Poland 18.12.2001, 29692/96; Reklós and Davourlis v. Greece 15.1.2009, 1234/05; Reuther v. Germany 5.6.2003, 74789/01; Rutkowski v. Poland 19.10.2000, 45995/99; Sabeh el Leil v. France 29.6.2011, 34869/05; Sabri Günes v. Turkey 24.5.2011, 27396/06; Sace Elektrik Ticaret A.Ş. v. Turkey 22.10.2013, 20577/05; Saez Maeso v. Spain 9.11.2004, 77837/01; Saoud v. France 9.10.2007, 9375/02; Seal v. UK 7.12.2010, 50330/07; Selin Asli Öztürk v. Turkey 13.10.2009, 39523/03; Sergey Smirnov v. Russia 22.12.2009, 14085/04; Shmalko v. Ukraine 20.7.2004, 60750/00; Sialkowska v. Poland 22.3.2007, 8932/05; Smyk v. Poland 28.7.2009, 8958/04; Sovtransavto v. Ukraine 25.7.2002, 48553/99; Stankov v. Bulgaria 12.7.2007, 68490/01; Staroszczyk v. Poland 22.3.2007, 59519/00; Steel and Morris v. UK 15.2.2005, 68416/01; Stegarescu and Bahrin v. Portugal 6.4.2010, 46194 /06; Tabor v. Poland 27.6.2006, 12825/02; Tolstoy and Miloslavski v. UK 13.7.1995, 18139/91; Toyaksi and Others v. Turkey 20.10.2010, 43569/08; Tsalkitzis v. Greece 16.11.2006, 11801/04; Ülger v. Turkey 26.6.2007, 28505/95; Urbanek v. Austria 9.12.2010, 35123/05; Volnykh v. Russia 17.12.2009, 10586/03; Waite and Kennedy v. Germany 18.2.1999, 26083/94; Walchli v. France 26.7.2007, 35787/03; Wasserman v. Russia 18.11.2004, 15021/02; Weber v. Germany 2.10.2007, 30203/03; Weissman and Others v. Romania 24.5.2006, 63945/00; Wos v. Poland 8.6.2006, 22860/02; X v. UK 10.7.1980, 8158/78; Yagtzilar ad Others v. Greece 6.12.2001, 41727/98; Z and Others v. United Kingdom 10.5.2001, 29392/95; Zednik v. Czech Republic 28.6.2005, 74328/01; Zvolisky and Zvoliska v. Czech Republic 12.11.2002, 46129/99.

⁶²⁸ Bütün hakların için sınırları olduğuna ve bu manada uçsuz bucaksız olamayacaklarına ilişkin bkz. **Müller**, Friedrich, Die Positivität der Grundrechte, Berlin 1990, s. 55 vd.; **Sağlam**, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü, Ankara 1982, s. 47.

⁶²⁹ Kararlar için bkz. yuk. dn. 627.

almak noktasında meşru bir amacı olacağını, ancak miktarının çok yüksek olması halinde bunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine aykırılık teşkil edeceğini kabul etmektedir⁶³⁰.

Teminat yatırılmasına ilişkin hükümlerin temel amacı, davacının davasının reddedilmesi halinde, davalı tarafın yapmış olduğu, yargılamaya ilişkin giderlerinin tahsilini güvence altına almak, bu minvalde muhtemelen zor ve daha masraflı şekilde ülke dışında dava ve takip yaparak bu giderleri elde etmeye çabalama zahmetinden kurtarmak olmalıdır⁶³¹. Yargılama sebebiyle devlet hazinesini korumak gibi bir amaç dikkate alınmamalıdır⁶³². Nitekim Stuttgart Eyalet Mahkemesinin bir kararında, ilk derece mahkemesinde mahkeme giderlerini teminen alıkonulan miktarın hukuka aykırılığına karar verilirken, teminat kurumunun amacının devlet hazinesini değil davalının yargılama giderlerine ilişkin hakkını korumak olduğuna hükmedilmiştir⁶³³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84'üncü maddesinin birinci fıkrası teminatı düzenlerken açıkça davalı tarafın yargılama giderlerini karşılamak amacıyla teminata hükmedileceğini öngörmüştür. Buna karşılık Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 48'inci maddesinde davalı tarafın olası zararları ile

⁶³⁰ AİHM, *Tolstoy and Miloslavski v. UK*, 13.7.1995, 18139/91, para. 61

⁶³¹ **BeckOK-ZPO/Jaspersen**, Art. 110, para. 1; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Art. 110, para. 2; **Zöller/Herget**, Art. 110, s. 505; **Musielak/Foerste**, Art. 110, para. 1; **Prütting/Gehrlein/Schmidt**, Art. 110, para. 2; **Thomas/Putzo/Hüsstege**, Art. 110, para. 1; **MüKo-ZPO/Schulz**, Art. 110, para. 2; **Çalışkan**, Zeynep, Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat, İstanbul 2013, s. 228-229; **Kıyak**, Emre, "Türkiye'de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları için Teminat Gösterme Yükümlülüğü", EÜHFD 2012/1-2, s. 227; **Tütüncübaşı**, Uğur, "Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü", DEÜHFD 2010/2, s. 193; **Geimer**, s. 695; **Hk-ZPO/Wöstmann**, Art. 110, para. 1; **Schütze**, 2008, s. 19-20; **Primožic**, Frank R./**Broich**, Christoph, "Festsetzung hoher Prozesskostensicherheiten für auslaendische Klaeger", MDR 2007, s. 188; **Stein/Jonas/Bork**, Art. 110, para. 1; **Bork**, Reinhard/**Schmidt-Parzefall**, Tillmann, "Zur Reformbedürftigkeit des § 110 ZPO", JZ 1994, s. 18; **Yılmaz**, Ejder, "Davada İnanca", Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Ankara 1977, s. 382; **Negro**, Franco, "Die Zweckmaessigkeit der Annahme des italienischen Instituts der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten seitens verschiedener Staaten", ZZP 67, s. 239.

⁶³² **BeckOK-ZPO/Jaspersen**, Art. 110, para. 1; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Art. 110, para. 2; **Prütting/Gehrlein/Schmidt**, Art. 110, para. 2; **Thomas/Putzo/Hüsstege**, Art. 110, para. 1; **MüKo-ZPO/Schulz**, Art. 110, para. 2; **Hk-ZPO/Wöstmann**, Art. 110, para. 1; **Primožic/Broich**, s. 188.

⁶³³ OLG Stuttgart, Urt. 28.5.1985 – 8 W 212/85, Rpfleger 1985, s. 375. Aynı yönde bkz. OLG Karlsruhe, Urt. 11.10.2007 – 19 U 34/07, NJW-RR 2008, s. 944; BGH, Urt. 13.6.1984 – IV a ZR 196/82, NJW 1984, s. 2762.

birlikte devletin de yargılama giderlerinin güvence altına alınmak istendiği ve esasen bu nedenle hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu savunulmaktadır⁶³⁴. Maddenin lafzı da bu tür bir yorum yapmaya müsaittir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları dikkate alındığında, yabancılar dahil herkese tanınmış olan mahkemeye erişim hakkının, yargılamanın başında, devletin söz konusu yargılama sebebiyle ortaya çıkacak alacaklarını güvence altına almak amacıyla teminat istenmesi suretiyle sınırlandırılması yerinde olmaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda da belirtildiği üzere, teminatın, ancak karşı tarafın davanın reddi ihtimalinde, dava sebebiyle ortaya çıkan giderlere ilişkin alacağını güvence altına almak gibi bir amaçla istenebileceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla teminat miktarı belirlenirken, buna uygun olarak yalnızca davalı tarafın olası zararları dikkate alınmalıdır. Aksi davranış, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine aykırılık teşkil eder.

II. Türk Hukukundaki Teminata İlişkin Düzenlemeler

Hukukumuzda teminat konusu çeşitli maddelerde farklı amaçlarla düzenlenmiştir⁶³⁵. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlık bakımından önem arzeden hükümler ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84 ila 89'uncu maddeleri ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 48'inci maddesidir.

Hukuk Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen teminat hükümleri esas itibariyle iki koşulda teminat yatırılmasını aramaktadır. İlk olarak, Türkiye'de mutad meskeni olmayan Türk vatandaşı, dava açması, davacı yanında davaya müdahil olarak katılması veya takip yapması halinde teminat yatırmak zorundadır. İkincisi, davacının ödeme güclüğü içinde olduğunu gösteren iflas, konkordato, aciz vesikası

⁶³⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 405.

⁶³⁵ Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84 ila 89 uncu, 99, 392, 395, 396 ıncı maddeleri, İcra ve İflas Kanunu'nun 36, 69 ve 159 uncu maddeleri, Türk Ticaret Kanunu'nun 448 inci maddesi ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un. 48 inci maddesi.

verilmiş olması gibi bir durum söz konusuysa, teminat yatırma zorunluluğu ortaya çıkar.

Maddede öne çıkan ilk husus, teminat yatırma yükümlülüğünü belirlerken davalının vatandaşlığı, yerleşim yeri yahut mutad meskeninin neresi olduğu dikkate alınmaksızın⁶³⁶ salt davacı yahut takip alacaklısı yönünden belirleme yapılmıştır⁶³⁷.

Dolayısıyla davalının da yurt dışında bulunması yahut yabancı olması teminat yatırma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

İkinci husus, davacı yahut takip alacaklısının Türk vatandaşı olmasıdır⁶³⁸. Davacının ödeme güçlüğüne gösteren bir halin bulunması durumunda vatandaşlık aranmamıştır; ancak yabancılar için aşağıda inceleneceği üzere, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 48'inci maddesi ödeme güçlüğü armaksızın teminat yatırılmasını öngördüğünden, söz konusu hal de ancak Türk vatandaşları açısından geçerlidir.

Üçüncü husus ise, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'ndan farklı olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84'üncü maddesinde yerleşim yeri değil, irtibatın daha yoğun olduğu mutad mesken kavramı esas alınmış ve teminat istenmesi davacının mutad meskeninin Türkiye dışında bulunması koşuluna bağlanmıştır⁶³⁹. Sakin olma kavramı, belli bir yerde, belli bir süre fiziken bulunmayı

⁶³⁶ 1982 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'a kadar yürürlükte kalan 1330 tarihli Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecnebilerin Hukuk ve Vazâifî hakkında Kanunu Muvakkat, yabancıların yalnızca teminat yatırma yükümlülüğünü düzenlerken davalı tarafın da Osmanlı olmasını aramıştır. **Yılmaz**, İnanca, s. 383; **Berki**, Osman F., "Ecnebilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat", AÜHF 1946, s. 405.

⁶³⁷ Esasen normun amacının ülke ile ekonomik ilişkilerini devam ettiren, sıkı bağı olan ve ülkede mal varlığı bulunan davalıyı korumak olduğu, bu nedenle şayet davalı da ülke dışında bulunuyorsa davacıdan teminat alınmasının normun amacına aykırı olacağı, bu nedenle söz konusu halde teminat alınmaması gerektiği hakkında bkz. **Turhan**, Turgut, "Davacının veya davaya katılanın teminat gösterme yükümü", Osman F. Berki'ye Armağan, Ankara 1977, s. 871-872.

⁶³⁸ Yabancılar açısından kural olarak aşağıda incelenecek olan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un. 48 inci maddesi hükmü uygulama alanı bulur.

⁶³⁹ Her ne kadar madde gerekçesinde yapılan bu değişiklik ile Türk vatandaşlarının daha istisnai hallerde teminat göstermek zorunda kalmalarının sağlanmasının amaçlandığı söylene de bilhassa Yargıtay'ın nüfus kaydını yerleşim yeri olarak kabul eden daha önceki uygulaması dikkate alındığında, yerleşim yeri yerine mutad mesken denilmesi, Türk vatandaşlarının teminat yatırma

içerir⁶⁴⁰. Mutad mesken, kişinin sürekli yaşamak niyetiyle bulunduğu yer olmasa da, yaşam ilişkilerini yoğunlaştırdığı, ailevi veya mesleki olarak bir sosyal çevreyle entegrasyon sağladığı, nispeten uzun bir süreliğine kalmak niyetiyle girdiği ve bulunduğu yeri ifade eder⁶⁴¹. Kısa süreli kesintiler de mutad mesken olma özelliğine zarar vermez⁶⁴². Şayet niyet söz konusu değilse, ilgili ülkede bulunma ne kadar uzun sürerse sürsün, örneğin ceza evinde geçirilen süre, o ülkenin mutad mesken haline geldiğinden söz edilemez⁶⁴³. Yahut öğrenim görmek, tez yazmak amacıyla olduğu gibi belirli ve sınırlı bir süre bulunan yer mutad mesken haline gelmez⁶⁴⁴. Tüzel kişiler açısından mutad mesken söz konusu olamaması ve kanunun tabiiyetten değil vatandaşlıktan söz etmesi karşısında tüzel kişiler yönünden Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84'üncü maddesinin birinci fıkrasının a bendinin uygulanma imkanı yoktur⁶⁴⁵.

Son olarak, kanun koyucu yalnızca davacı açısından değil, davacı yanında⁶⁴⁶ davaya müdahil olan kimse ve ilamsız icra takibi yapan takip alacaklısı açısından da teminat yükümlülüğü getirilmiştir.

oranını artıracaktır. Gerekçe için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf> (son erişim tarihi: 7.8.2014). Yargıtay'ın görüşü ve eleştirisi için bkz. **Turhan**, s. 864; **Yılmaz**, İnanca, s. 391-392.

⁶⁴⁰ **Kropholler**, IPR, s. 283.

⁶⁴¹ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Art. 110, para. 4; **Musielak/Foerste**, Art. 110, para. 2; **Prütting/Gehrlein/Schmidt**, Art. 110, para. 4; **Stein/Jonas/Bork**, Art. 110, para. 6. Yalnızca yeni doğmuş çocuk açısından, tesadüfen farklı bir ülkede doğmuş olsa da mutad meskeninin daha önce hiç bulunmadığı ailesinin mutad meskeni olabileceği kabul edilmektedir. **Kropholler**, IPR, s. 283.

⁶⁴² **Stein/Jonas/Bork**, Art. 110, para. 6.

⁶⁴³ **Musielak/Foerste**, Art. 110, para. 2. Mutad meskenin söz konusu olabilmesi için düzenli bir iskanın yettiği, içsel olarak bu niyetin aranmayacağı yönündeki görüş için bkz. **Kropholler**, IPR, s. 284; **Baetge**, Dietmar, *Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht*, Tübingen 1994, s. 136. Her hâlükârda yerleşim yeri kavramından ayrılabilmesi için yaşamak niyetiyle kalınan değil, görece uzun ama belli bir süren yaşam ilişkilerini yoğunlaştırma niyetinin yahut görünümünün olması gerektiği kanaatindeyiz.

⁶⁴⁴ **Musielak/Foerste**, Art. 110, para. 2.

⁶⁴⁵ Ancak (b) bendi açısından yine tüzel kişiler yönünden de uygulama söz konusu olabilir.

⁶⁴⁶ Kanun açıkça davacı yanında davaya müdahil olarak katılardan söz ettiği için 1086 sayılı Kanun döneminde yapılan ve davalı yanında katılanın da teminat yatırmasının gerekip gerekmediği yönündeki tartışmalar önemini yitirmiştir. Tartışmalar için bkz. **Turhan**, 1977, s. 861-862; **Bilge**, Necip, *Medenî Yargılama Hukuku*, Ankara 1967, s. 299; **Hanef**, Melih, "Hukuk Yargılamaları

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85'inci maddesindeyse, teminat yatırılmasının gerekli olmadığı haller düzenlenmektedir. Buna göre, adli yardımdan yararlanılması, yurt içinde teminat miktarınca malın yahut alacağın bulunması hallerinde ve davanın sırf küçüğün menfaatini korumak için açıldığı durumda teminat yatırılması söz konusu olmaz. Zikredilen haller, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi çerçevesinde mahkemeye erişim hakkının sınırlanmasına ilişkin ölçütler bağlamında, orantılılığı sağlamak maksadıyla getirilmiş istisnalardır. Zira, adli yardımdan faydalanan, ülke içerisinde yeter malı bulunan bir davacıdan, davayı kaybetmesi ihtimaline binaen, ilgili malları mevcut hüküm ile takip konusu yapabilmek mümkün olacağından, davalının yargılama giderlerini karşılayacak teminat göstermesini istemek orantısız bir şekilde mahkemeye erişim hakkının sınırlanması olur.

Kanaatimizce teminat istenmesinin gerekmediği halleri tadadi olarak düzenleyip, bu konuda hâkime takdir yetkisi de bırakılması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine daha uygun olur. Ancak Anayasa'nın 90'ıncı maddesi çerçevesinde hâkim, somut olayda teminat istenmesinin, mahkemeye erişim hakkının orantısız bir sınırlanması olduğu kanaatine varırsa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesini hükmüne esas alarak teminat yatırılmasına gerek olmadığına karar verebilmelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 87'nci maddesi gereğince teminatın miktarı ve şekli, taraflarca belirli bir miktar yahut şekil kararlaştırılmamış olması kaydıyla, hâkim tarafından serbestçe belirlenir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 87'nci maddesinin ikinci fıkrası, teminatı gerektirecek durumda bir değişiklik olması halinde, örneğin davacının mutad meskenini Türkiye'ye taşıması, ödeme güçlüğüne ortadan kalkması gibi hallerde, hâkime teminat miktarını değiştirme yahut tamamen

Usûlü Kanununun 97. Maddesi Hükmüne Göre Teminat Gösterme Mecburiyeti", ABD 1964/2, s. 138.

kaldırma yetkisi vermiştir. Davanın görülmesi sırasında teminat istenmesini gerektiren bir halin ortaya çıkması durumunda da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 84'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yine hâkim teminat istenmesine karar verebilir.

Mecburi dava arkadaşlığının söz konusu olduğu hallerde, esas itibariyle tek bir dava bulunması ve hepsinin tek bir tarafı oluşturması nedeniyle teminat yükümlülüğünün doğması, şartların bütün dava arkadaşları açısından geçerli olmasına bağlıdır⁶⁴⁷.

1086 sayılı Kanun döneminde bir ilk itiraz olarak düzenlenen ve davalı tarafça esasa cevap süresi içerisinde ve en geç esasa cevaplarla ileri sürülmesi üzerine mahkemece davacıya verilen süre zarfında yatırılmaması halinde, duruşmada hazır bulunmama sonucunu doğuran teminat, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte dava şartı haline getirilmiştir⁶⁴⁸. Dolayısıyla teminatın yatırılması gerektiği artık davalı tarafça yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceği gibi, mahkemece re'sen de göz önüne alınabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 88'inci maddesi gereğince, davacı tarafça kendisine verilen süre içerisinde gereği yerine getirilmezse dava, dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden reddedilir, müdahil tarafından yerine getirilmezse müdahale talebinden vazgeçilmiş sayılır. Madde gerekçesinden, neden böyle bir değişikliğin gerçekleştirildiği anlaşılammakla beraber Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da yabancılar için öngörülen düzenlemeye paralellik sağlanmak istenmesi olasıdır. Ancak, her durumda değişikliğin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira, teminatın amacı incelenirken de belirtildiği üzere, mahkemenin giderlerinin güvence altına alınması gibi kamusal bir menfaat söz konusu değildir.

Kanun metninde de açıkça vurgulandığı üzere amaç, davalı tarafın muhtemel yargılama gideri talebini güvence altına almaktır. Dolayısıyla teminatın yatırılması

⁶⁴⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 528.

⁶⁴⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 529; Tütüncübaşı, s. 190. 1086 sayılı Kanun dönemi için bkz. Turhan, 1977, s. 874; Yılmaz, İnanca, s. 398.

hususunun 1086 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi davalı tarafın talebine bağlı kılınması daha yerinde olur.

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından teminat konusunun özel olarak düzenleyen hüküm Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 48'inci maddesidir. Buna göre, yabancı gerçek veya tüzel kişilerin Türk mahkemelerinde dava açması, davaya katılması yahut icra takibi yapması halinde yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın zararını karşılamak üzere mahkemece belli bir teminat ödenmesine karar verilir. Karşılıklılığın söz konusu olduğu hallerde, ilgili yabancı kişi teminat yatırmaktan muaf tutulur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda olduğu gibi yalnızca davacı/müdahil/takip yapan dikkate alınmış, ancak ondan farklı olarak burada mutad mesken değil tabiiyete vurgu yapılarak yabancından söz edilmiştir. Ayrıca Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 48'inci maddesi kapsamında tüzel kişilerin de teminat yatırması söz konusu olabilir. Bir diğer fark ise yalnızca yargılama giderleri değil 1086 sayılı Kanun'da olduğu gibi davalı tarafın olası zarar miktarının da, teminat miktarının belirlenmesinde rol oynayacağı öngörülmüştür⁶⁴⁹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 48'inci maddesi arasında görünen önemli bir fark da teminattan muaf tutulacak hallerdir. Yukarıda belirtildiği üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85'inci maddesinde teminat yatırılmasının gerekmediği haller açıkça sayıldığı halde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 48'inci maddesi yalnızca karşılıklılık esasına dayanılarak muafiyetin söz konusu olabileceğini öngörmektedir. Kanun yalnızca karşılıklılıktan söz ettiği için bu, kanuni, akdi⁶⁵⁰ veya fiili karşılıklılık şeklinde

⁶⁴⁹ Doğan, MÖH, s. 97; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 405. Yukarıda belirttiğimiz üzere devletin yargılama sebebiyle ortaya çıkacak alacaklarını güvence altına almak için teminat alınamayacaktır.

⁶⁵⁰ Örneğin 1954 tarihli Hukuk Usûlüne Dair Lahey Sözleşmesi'nin 17'nci maddesinde sözleşmeye taraf devletlerden birinde ikamet eden kimsenin diğer bir devlet mahkemesinde davacı yahut

gerçekleşebilir⁶⁵¹. Şu halde, ilgili yabancının vatandaşı olduğu ülke kanunlarında, Türk vatandaşlarının dava açması halinde teminat yatırımları gerektiği öngörülüyorsa veya ilgili ülke ile Türkiye arasında dava açılması halinde birbirlerinin vatandaşlarından teminat alınmayacağına dair iki veya çok taraflı bir anlaşma varsa yahut ilgili ülke hiçbir düzenleme olmamasına rağmen Türk vatandaşlarından fiiliyatta teminat almıyorsa, Türk mahkemesince de teminat alınmasına karar verilemez⁶⁵².

Bu noktada tabiiyeti esas alarak teminat yatırılmasını öngören Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 48'inci maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1'inci, 6'ncı ve 14'üncü maddeleri çerçevesinde ele alınmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1'inci maddesi gereğince, sözleşme ile tanınan haklardan yalnızca sözleşmeye taraf ülke vatandaşları değil, taraf ülkede bulunan herkes yararlanabilir ve 14'üncü madde gereği ayrımcılık yasaktır. Dolayısıyla söz konusu hakların ülke içerisinde tanınması, tarafların millî hukukları veya ikamet yeri hukuklarında benzer durumda aynı hakkın tanınması koşuluna bağlanamaz⁶⁵³. Şu halde, mahkemeye erişim hakkı konusunda salt tabiiyeti esas alan ve karşılıklılık kaydıyla muafiyet getiren Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 48'inci maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesiyle çelişmektedir. Kanaatimizce tıpkı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 85'inci

müdahil olması halinde teminat ödenmesinin istenemeyeceğini öngörülmektedir. Sözleşme metni için bkz. RG: 23.3.1972, S. 14137. Sözleşmeye taraf devletlerin listesi için bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=33 (son erişim tarihi: 8.8.2014).

⁶⁵¹ **Doğan**, MÖH, s. 99.

⁶⁵² **Doğan**, MÖH, s. 99.

⁶⁵³ **Geimer**, s. 663. Söz konusu hükmün, bu şekilde anlaşılmasının Anayasa'ya da aykırı olacağı hakkındaki görüş için bkz. **Atalı**, Davada Yabancı, s. 554. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de *Koua Poirrez v. France* kararında sosyal yardımlardan faydalanmaya ilişkin Fransız hukukunda öngörülen karşılıklılık koşulunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14'üncü maddesine aykırılığını tespit ederken ayrımcılığın objektif ve makul bir gerekçesi (*objective and reasonable justification*) bulunmadığını belirterek ihlal tespit etmiştir. *Koua Poirrez v. France* 30.9.2003, 40892/98, para. 48-49. Aynı yönde bkz Moser v. Austria 21.9.2006, 12643/02, para. 78. Ülkenin ekonomik sisteminin korunmasının meşru bir amaç olarak kabul edilebileceği hakkında bkz. *Andrejeva v. Latvia* 18.2.2009, 55707/00, para. 86.

maddesinde olduğu gibi, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 48'inci maddesi açısından da değerlendirme yapılırken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi dikkate alınmalı ve muafiyet halleri ona göre belirlenmelidir. Bu manada yabancı davacı/müdahil/takip yapandan, davalının muhtemel yargılama giderlerini karşılamak amacıyla teminat alınabilmesi mümkündür, ancak teminatın orantılı olması gerekir. Söz konusu yabancı kişi, Türkiye ile sıkı ilişkileri olan, ülke içerisindeki malvarlığı yargılama giderlerini ödemeye yetebilecek miktarda olan biri ise şayet, mahkeme Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 48'inci maddesinden önce Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesini, Anayasa'nın 90'ıncı maddesi gereği dikkate alıp, teminat yatırılmasına gerek olmadığına karar verebilmelidir. Bu çerçevede öğretide ileri sürülen ve hâkimin karşılıklılık yoksa teminat istemek zorunda olduğunu belirten görüşe katılamıyoruz⁶⁵⁴. Yine bu çerçevede, örneğin ilamlı takip yapmak isteyen yabancidan, elindeki ilam sebebiyle takipte haksız olması ve bir şekilde takibin başarısız olması oldukça düşük bir ihtimal olduğundan⁶⁵⁵, teminat istenmesi orantılı olmaz. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir kararında, diğer milletlerarası sözleşmelerden farklı olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin karşılıklılıktan ziyade ortak güvenliği sağlayacak objektif yükümlülükler getirdiğini, sözleşmeye taraf olan devletlerin kişisel menfaatlerini temin etmek amacıyla hak ve yükümlülükleri tanımlarının söz konusu olmadığını, aksine Avrupa Konseyi'nin ideallerini gerçekleştirmek, ortak siyasî gelenekler, idealler, özgürlükler ve hukuk devletini güvence altına almak suretiyle

⁶⁵⁴ Doğan, MÖH, s. 98-99; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 409.

⁶⁵⁵ Doğan, MÖH, s. 99.

Avrupa’da özgür demokrasiler açısından genel bir kamu düzeni sağlamak gayesinde bulunduğunu vurgulamıştır⁶⁵⁶.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 48’inci maddesi gereğince yatırılması gereken teminat da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 114’üncü maddesi herhangi bir ayırım yapmadığından, mevcut durumda bir dava şartıdır. Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 115’inci maddesi gereğince teminatın yatırılabilmesi için uygun bir süre verilmeli, bu süre içerisinde teminat yatırılmazsa, dava, dava şartı eksikliği sebebiyle usûlden reddedilmelidir⁶⁵⁷.

Teminatın sahip olması gereken amaç dikkate alındığında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 84’üncü maddesi için belirttiğimiz gibi, bunun da ilk itiraz olarak düzenlenmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Teminat yatırılmasının koşulları ile hüküm ve sonuçlarının açıkça Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun ve ülkemiz için bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile düzenlenmiş olması karşısında, uygulanacak hukukun *lex fori*, yani Türk hukuku olması gerekir.

B. Adli Yardım

I. Genel olarak

Yukarıda teminat konusunun incelendiği bölümde⁶⁵⁸ de belirtildiği üzere Anayasa’nın 36’ncı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesi

⁶⁵⁶ AİHM, Nacaryan et Deyan v. Turquie, 8.1.2008, 19558/02, para. 49, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"itemid":\["001-84216"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (son erişim tarihi: 23.8.2014). Ayrıca bkz. AİHM, Apostolidi et Autres v. Turquie, 27.3.2007, 45628/99, para. 71. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["45628/99"\],"itemid":\["001-79899"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (son erişim tarihi: 23.8.2014).

⁶⁵⁷ Doğan, MÖH, s. 98-99; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 405-406.

⁶⁵⁸ Bkz. yuk. s. 112 vd.

gereğince mahkemeye erişim hakkı vatandaş ve yabancı ayrımı yapılmaksızın herkese tanınmıştır. Ancak söz konusu hak mutlak değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, hakkın özüne dokunmamak, meşru bir amacı olmak ve orantılı olmak kaydıyla devletlerin mahkemeye erişim hakkına da sınır getirebileceğini kabul edilmektedir⁶⁵⁹. Sosyal ve ekonomik bakımdan zayıf konumda olan kimsenin, sırf bu konumu sebebiyle hakkını mahkemeler önünde arayamaması, hem silahların eşitliği ilkesine zarar verir ve bu çerçevede Anayasa'nın 36'ncı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde ifade edilen adil yargılanma hakkı gereği gibi sağlanamaz, hem de Anayasa'nın 2'nci maddesinde ifade edilen sosyal devlet olmanın gereklerine aykırılık teşkil eder⁶⁶⁰. Yargılama giderlerinin, başvurulacak hukukî çareler açısından bir engel teşkil etmemesi gerekir⁶⁶¹. Gerçi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, medenî yargılama açısından devletlerin adli yardım sağlamak zorunda olmadıklarını, mahkemeye erişim hakkını etkin olarak sağlamak kaydıyla bunun yöntemini serbestçe belirleyebileceklerini ifade etmektedir⁶⁶². Bu manada Mahkeme, başvuran kimsenin durumu ve kendini temsil edebilme kapasitesi⁶⁶³, somut uyuşmazlığa ilişkin maddi hukuk ve usûl hukuku kurallarının karmaşıklığı⁶⁶⁴ gibi halleri ele alarak adli yardım sağlanmasının zorunlu olabileceğine hükmetmektedir. Belirlemede temel problem ve ölçüt, hem hukukî korunma ihtiyacını orantısız olarak sınırlamamak hem de kamunun kaynaklarının

⁶⁵⁹ Bkz. yuk. dn. 630'te yer alan kararlar.

⁶⁶⁰ **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 999.

⁶⁶¹ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, übers Art. 114, para. 3; **Çalışkan**, s. 206.

⁶⁶² AİHM, *Essaadi v. France*, 26.2.2002, 49384/99, para. 30; *Herma v. Germany*, 8.12.2009, 54193/07, para. 1; *Gnahore v. France*, 19.9.2000, 40031/98, para. 38; *Steel and Morris v. UK*, 15.2.2005, 68416/01, para. 60; *Airey v. Ireland*, 9.10.1979, 6289/73, para. 26; *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 9.10.1997, 25052/94, para. 199; *M. C. v. Finland* 25.1.2001, 28460/95, para. 20. Bir kararında mahkeme, devlet düzenlemelerinde açıkça adli yardım olmasa da ücretsiz adli yardımdan yararlanmayı teklif etmiş ise mahkemeye erişim hakkının etkin olarak sağlanmış olacağına karar vermiştir. *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, 9.10.1997, 25052/94, para. 200.

⁶⁶³ AİHM, *McVigar v. UK*, 7.5.2002, 46311/99, para. 48-62; *Steel and Morris v. UK*, 15.2.2005, 68416/01, para. 61; *P., C., S. v. UK*, 16.7.2002, 56547/00, para. 100.

⁶⁶⁴ AİHM, 9.10.1979, 6289/73, *Airey v. Ireland*, para. 26.

gereksiz yere kullanılmasının önüne geçilmesi suretiyle sağlanacak dengede yatmaktadır⁶⁶⁵. Bu başlık içerisinde, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar, adli yardım sadedinde, yabancıların konumunu belirlemek için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan adli yardıma ilişkin düzenleme esas alınarak incelenmiştir.

II. Türk Hukukundaki Durum

Hukukumuzda adli yardım kurumu, hem davalar hem de icra takipleri açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334 ve devamı maddeleri ile düzenlenmiştir. Bunun yanında pek çok ülke ile yapılmış ikili veya çok taraflı anlaşma mevcuttur⁶⁶⁶. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334 üncü maddesi adli yardımdan yararlanabilecek kişileri ve adli yardımın koşullarını düzenlemektedir. Buna göre Türk hukukunda adli yardım yalnızca gerçek kişiler ve kamuya yararlı dernek ve vakıflar açısından mevcuttur⁶⁶⁷. Söz konusu kişiler finansal koşul –kendisinin ve ailesinin geçimini zor duruma düşürmeksizin dava veya takip giderlerinin tamamını yahut bir kısmını karşılayamamak– ile haklılık koşulunu –talebin açıkça dayanaktan yoksun olmaması– sağlamak kaydıyla adli yardımdan yararlanır⁶⁶⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334'üncü maddesinin üçüncü fıkrasıysa, yabancıların

⁶⁶⁵ **Musiak/Fischer**, vor Art. 114, para. 4. AİHM bir kararında şayet tarafların davalarını yürütmeleri konusunda rakiplerine nazaran esaslı bir dezavantajları yoksa, diğer bir ifade ile silahların eşitliği söz konusu ise kamusal kaynakların kullanılması yolu ile mutlak bir eşitliğin sağlanmasının istenemeyeceğini belirtmektedir. AİHM, De Haes and Gijssels v. Belgium, 24.2.1997, 19983/92, para. 53. Nitekim milletlerarası bir şirkete karşı dava açan kimsenin, ekonomik olarak karşı taraftan daha zayıf olması tabiidir, ancak davasını yürütecek yargılama giderleri ve gerekiyorsa avukat masrafını karşılıyor ise şirketin 30 avukatının olduğu, kendisinin buna ekonomik gücünün yetmediğini belirterek adli yardımdan faydalanabilmesi düşünülemez.

⁶⁶⁶ Örneğin 1954 tarihli Hukuk Usûlüne Dair Lahey Sözleşmesi'nin 20 ve devamı maddelerinde adli yardım hususunu düzenlemektedir.

⁶⁶⁷ **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 1000; **Akbal**, Mehmet, "Medenî Yargılama Hukukunda Adli Yardım", TBBD 2011/43, s. 152. Bir limited şirket tarafından temyiz aşasında yapılan adli yardım talebi, Yargıtay'ca *adli yardımdan mağduriyeti yasal merciilerce belirlenen gerçek kişiler ile kamuya yararlı dernek ve vakıfların yararlanabileceği* gerekçesi ile reddedilmiştir. Yargıtay 12. HD, 2.4.2014, E. 2014/5979, K. 2014/9662, www.kararara.com (son erişim tarihi: 12.9.2014).

⁶⁶⁸ **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 1000-1002. Yargıtay tarafından adli yardım talepleri incelenirken, devletin mahkeme harcı almaktaki menfaati ile başvuranın mahkemeler vasıtasıyla hakkını korumadaki çıkarları arasında adil denge de gözetilmektedir. Bkz. Yargıtay 13. HD, 24.4.2014, E. 2013/12645, K. 2014/13181, www.kararara.com (son erişim tarihi: 12.9.2014).

adli yardımdan yararlanabilmelerini, karşılıklılık ilkesine, yani Türk vatandaşlarının da ilgilinin ülkesinde adli yardımdan yararlanabilmesi koşuluna bağlamıştır.

Yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından adli yardım meselesi ancak ilgili kişinin yabancı olması halinde özel bir anlam taşır. Zira, söz konusu hükmün uygulama alanı ve koşulları yalnızca kişi bağlamında düzenlenmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere adli yardım kurumunun mahkemeye erişim hakkı ile sıkı ilişkisi nedeniyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334'üncü maddesinde, kişi bakımından getirilen uygulama alanı ve koşulların, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi yerinde olur. Mahkemeye erişim hakkının, yukarıda belirtildiği üzere birtakım sınırlamalara tabi tutulması mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, keyfilikten kaçınılması gerektiğini ve adli yardım sisteminin işleminin, ancak bunu hak edecek uyuşmazlıkların doğru bir şekilde seçilmesi halinde mümkün olacağını belirtmektedir⁶⁶⁹. Bu bağlamda Mahkeme, davanın iyi bir şekilde temellendirilmesinin ve finansal durumun belgelendirilmesinin istenmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine aykırı olmayacağına karar vermekte, açıkça çelişki olmadıkça finansal duruma ilişkin değerlendirmeyi de ilgili ülke mahkemesine bırakmaktadır⁶⁷⁰. Bu kapsamda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda adli yardıma ilişkin getirilen her iki koşulun da, yani finansal olarak zor duruma düşme ve açıkça dayanaksız bir dava olmama şartlarının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesiyle uyumlu olduğu şüpheden uzaktır. Her iki koşulun belirlenmesi, yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından ayrı bir önem de arzetmez. Ancak teminat konusunu

⁶⁶⁹ AİHM, Bakan v. Turkey, 12.6.2007, 50939/99, para. 76; Gnahore v. France, 19.9.2000, 40031/98, para. 41; Herma v. Germany, 8.12.2009, 54193/07, para. 1; Del Sol v. France, 26.2.2002, 46800/99, para. 23; M.A.K. and R.K. v. UK, 23.3.2010, 45901/05, para. 44; Case of X v. UK, 10.7.1980, 8158/78, para. 16.

⁶⁷⁰ AİHM, Kniat v. Poland, 26.7.2005, 71731/01, para. 44; Jedamski and Jedamska v. Poland, 26.7.2005, 73547/01, para. 63.

incelerken de belirtildiği gibi yabancılar açısından ilave olarak getirilen karşılıklılık koşuluna şüphe ile yaklaşmak gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle tanınan haklar, devletlerin menfaatlerinin korunmasını hedeflemediğinden, salt diğer ülkeleri kendi vatandaşlarına aynı hakları tanımak konusunda teşvik etmek maksatlı bir ilkeye –karşılıklılık⁶⁷¹– dayanarak sözleşmede öngörülen bir hakkın sınırlanması kabul edilemez⁶⁷². Örneğin, kendisinin veya ailesinin geçimini zor duruma düşürmeksizin yargılama giderlerini karşılayamayan ve ilk bakışta davası yerinde görülebilen bir yabancıyı, sırf vatandaşlığını taşıdığı ülkenin Türk vatandaşlarına aynı hakkı tanımıyor olması sebebiyle adli yardımdan dolayısıyla mahkemeye erişim hakkından yoksun bırakmak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine aykırı olur. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2013 tarihli bir kararında, tüzel kişilerin adli yardımdan yararlanmalarına ilişkin, milletlerarası bir uzlaşmanın olmadığını tespit ettikten sonra Alman mahkemesince Perulu bir şirketin karşılıklılık gereği adli yardımdan yararlanamamasının Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmeyeceğini belirlemiş, karşılıklılığın bu manada geçerli ve meşru sebep olduğunu ifade etmiştir⁶⁷³. İstisnai nitelik taşıyan söz konusu karar, Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarıyla örtüşmemektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, mahkemenin *Nacaryan ve Deyan v. Türkiye ve Apostolidi ve diğerleri v. Türkiye* kararlarında, açıkça karşılıklılığın ve devletlerin bireysel menfaatlerinin sözleşmede öngörülen hakların tanınması

⁶⁷¹ Karşılıklılık ilkesi *do ut des*, yani veriyorum vermen için düşüncesine dayanır. **Schack**, IZVR, s. 13; **Linke/Hau**, s. 22; **v. Bar/Mankowski**, s. 387 vd.

⁶⁷² Bkz. yuk. dn.653 ve dn. 656'daki kararlar.

⁶⁷³ AİHM, *Granos Organicos Nacionales v. Germany*, 22.3.2012, 19508/07, para. 49-50. Söz konusu kararda Hamburg Bölge Mahkemesi şayet karşılıklılık ilkesi uygulanmaz ise yabancı devletlerin Alman tüzel kişilerine adli yardım sağlamaları konusunda teşvik edici bir unsurun kalmayacağını belirtmiştir.
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%22fulltext%22:%22Granos%20Organicos%20Nacionales%20v.%20Germany%22,%22documentcollectionid%22:%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22,%22itemid%22:%22001-109807%22%22%22> (son erişim tarihi: 25.8.2014).

bakımından temel hareket noktası olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir⁶⁷⁴.

Keza, Mahkeme *Koua Poirrez* kararında karşılıklılığın geçerli bir sebep olmayacağını belirtirken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle tanınan hakların, devletlerin yetki alanındaki herkes için geçerli olduğu vurgusunu yapmış, hakkın tanınmasının reddedilebilmesinin ancak objektif ve makul bir gerekçeyle mümkün olabileceğini ifade etmiştir⁶⁷⁵.

Netice itibariyle, kendisinin veya ailesinin geçimini zor duruma düşürmeksizin yargılama yahut takip giderlerini karşılayamayan ve görünüş itibariyle talebi dayanaksız olmayan yabancıların, ülkesindeki Türk vatandaşlarının konumundan bağımsız olarak adli yardımdan yararlanabilmesi Anayasa'nın 36'ncı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkının gereğidir. Anayasa'nın 90'ıncı maddesi gereği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334'üncü maddesinin üçüncü fıkrasına nazaran öncelikle uygulanır.

Adli yardımın koşulları ile hüküm ve sonuçlarının açıkça ülkemiz için bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile düzenlenmiş olması karşısında, uygulanacak hukukun söz konusu içtihatlar ile kapsam ve sınırı belirlenen *lex fori*, yani Türk hukuku olması gerekir.

⁶⁷⁴ Bkz. yuk. dn. 656. Aynı yönde bkz. AİHM, *Fokas v. Turkey*, 29.9.2009, 31206/02, para. 37 vd.

⁶⁷⁵ AİHM, *Koua Poirrez v. France*, 30.9.2003, 40892/98, para. 49.
[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:\[%22reciprocity%22\],\[%22itemid%22:\[%22001-61317%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{%22fulltext%22:[%22reciprocity%22],[%22itemid%22:[%22001-61317%22]}) (son erişim tarihi: 25.8.2014). Yine aynı yönde bkz. AİHM, *Gaygusuz v. Austria*, 16.9.1996, 17371/90, para. 51.

C. Milletlerarası Derdestlik (*Lis Alibi Pendens*)

I. Genel Olarak

Bir uyuşmazlık konusu hakkında birden fazla ülke mahkemesinin yetkili olması durumu söz konusu olabilir. Örneğin bir Fransız ile bir Türk arasında yapılan satım sözleşmesinde malların ifa yeri olarak Paris kararlaştırılmış, davalının yerleşim yeri de Ankara ise Türk mahkemeleri davalının yerleşim yeri nedeniyle yetkili olur, muhtemeldir ki borcun ifa yeri sebebiyle Fransız mahkemeleri de yetkili olabilir, hatta aradaki ilişki nedeniyle uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili üçüncü bir ülkenin de yetkisi gündeme gelebilir. Bu halde ilgili mahkemeler arasında milletlerarası yetki bağlamında pozitif bir yetki uyuşmazlığı çıkar⁶⁷⁶. İşte aynı uyuşmazlık hakkında birden fazla ülke mahkemesinin yargılama yürütmesi halinde sorun olarak ortaya çıkan mesele, milletlerarası derdestlik yahut yabancı derdestlik olarak adlandırılır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesi gereği iç –milli– uyuşmazlıklar açısından derdestlik, yani aynı davanın daha önceden açılmış ve halen görülmekte olması hali bir dava şartı olarak öngörülmüştür. Buna göre yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilir ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınır ve ikinci davanın açıldığı mahkeme tarafından derdestlik nedeniyle davanın usûlden reddine karar verilir. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından da esas itibariyle derdestlik hali, hâkimin hukukuna göre belirlenir. Bu bağlamda, davanın hangi anda açılmış olduğu, aynı davadan ne anlaşılması gerektiği hususları *lex fori*'ye tabidir⁶⁷⁷. Örneğin, Türk mahkemesindeki bir davanın açılış anıyla ilgili yabancı bir ülke hukukunun uygulanması mümkün değildir. Zira, böyle bir uygulama hem pratiklik ve usûl ekonomisi düşüncesine uygun olmaz hem milletlerarası karar

⁶⁷⁶ Baeumer, s. 1. Cheshire/Fawcett/Carruthers/North, s. 440

⁶⁷⁷ Rixen, s. 162-163.

ahengi bağlamında bir fayda sağlamaz hem de tarafların bu manada korunmaya değer farklı bir beklentilerinden söz edilemez. Dolayısıyla derdestlik, saf görülecek yargılamanın işleyişi ile ilgili bir kuraldır ve bu manada halihazırdaki kabule aykırı bir yorum yapmayı gerektirecek bir sebep mevcut değildir. Mesele yurt dışındaki bir mahkemede açılmış olan davanın, derdestlik itirazına konu olarak veya hâkim tarafından re'sen gözetilerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinde düzenlenen etkiyi gösterip göstermeyeceği noktasındadır.

II. Kavram

Derdestlik, bir uyuşmazlığa ilişkin olarak beraberinde belli usûli sonuçları getiren, mahkemelerden birinin hüküm vermesiyle ortadan kalkacak olması nedeniyle zaman yönünden sınırlı, bir askıda olma halidir⁶⁷⁸. Roma hukukundan beri aynı uyuşmazlığın birden fazla yargılanması istenmemiştir (*ne bis de eadem re sit actio*). Zira, bu durum hem gereksiz emek, zaman ve para kaybına neden olur hem de neticede iki farklı kararın ortaya çıkma ihtimali nedeniyle hukukî kesinliğe zarar verir⁶⁷⁹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinin birinci fıkrasının 1 bendinde, ismen zikretmeksizin aynı davanın daha önce açılmış ve halen görülmekte olmaması hali, negatif bir dava şartı olarak düzenlemiştir. Şu halde ilk tespit edilmesi gereken husus, derdestlik açısından aynı davadan ne anlaşılması gerektiğidir.

⁶⁷⁸ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 291; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 847; **Karşlı**, Ders kitabı, s. 435; **Tanrıver**, Süha, *Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı*, Ankara 2007, s. 5; **Kuru**, C. II, s. 1679; **Baeumer**, s. 5; **Ulukapı**, Ömer, *Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları*, Yargıtay Dergisi 1995/4, s. 397; **Üstündağ**, s. 498; **Şekerci**, Ersin, “Medenî Usûl Hukukunda ve İdari Yargılama Usûlünde Derdestlik”, Yargıtay Dergisi 1986/3, s. 206; **Önen**, *Medenî Yargılama*, s. 161.

⁶⁷⁹ **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 261, para. 1; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 395-396; **Simons**, unalex Kommentar Brüssel I-VO, vor Art. 27-30, para. 1; **Hess**, Burkhard, *Europäisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg 2010, s. 321; **Atalı**, Murat, “Beachtung auslaendischer Rechtsaengigkeit im türkischen Recht”, ZZPInt 2005, s. 418; **Kuru**, C. II, s. 1366; **Jaeckel**, s. 85; **Ulukapı**, *Derdestlik*, s. 400; **Üstündağ**, s. 498; **Şekerci**, s. 208.

Aynı davadan söz edilebilmesi için ilk olarak tarafların aynı olması gerekmektedir⁶⁸⁰. Ancak burada belirleyici olan, tarafların kimliği⁶⁸¹ ve verilecek hükmün diğer dava açısından kesin hüküm teşkil edip etmemesidir. İlgili davalar açısından tarafların konumları önemli değildir⁶⁸². Yani ilk davanın davacısı ikinci davada davalı, davalısı da davacı konumunda bulunabilir.

Derdestlik itirazı bağlamında aynı davadan söz edilebilmesinin ikinci koşulu uyumsuzluk konularının ve sebeplerinin aynı olmasıdır⁶⁸³. Dava konularının aynılığı ise, her iki davanın temeli olan somut yaşam ilişkisi ile talep sonuçlarının⁶⁸⁴ örtüşmesi halinde söz konusu olur⁶⁸⁵. Salt talep konusunun miktar yahut değerinin değiştirilmesi halinde ise aynılığın ortadan kalktığı söylenemez, derdestlik itirazı yine ileri sürülebilir⁶⁸⁶. Birinci dava hakkında verilecek hüküm, ikinci dava açısından

⁶⁸⁰ **Zöller/Greger**, Art. 261, para. 8a; **Prütting/Gehrlein/Geisler**, Art. 261, s. 788; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, Art. 261, s. 1077; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 291; **Thomas/Putzo/Reichold**, Art. 261, s. 474; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 847; **MüKo-ZPO/Becker-Eberhard**, Art. 261, s. 1549; **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 261, para. 17; **Karlı**, Ders kitabı, s. 435; **Tanrıver**, Derdestlik, s. 66; **Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002, s. 23; **Doğan**, Vahit, “Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması”, MHB 2002/2, s. 125; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. IV, İstanbul 2001, s. 4233; **Üstündağ**, s. 485.

⁶⁸¹ İlgili kişinin bir davada davanın tarafı iken diğerinde kanuni temsilci olması halinde taraflarda aynılıktan söz edilemez. **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, Art. 261, para. 18; **MüKo-ZPO/Becker-Eberhard**, Art. 261, s. 1549.

⁶⁸² **Zöller/Greger**, Art. 261, para. 8a; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, Art. 261, s. 1077; **Thomas/Putzo/Reichold**, Art. 261, s. 474; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 847; **MüKo-ZPO/Becker-Eberhard**, Art. 261, s. 1549; **Kuru**, C. IV, s. 4233.

⁶⁸³ **Zöller/Greger**, Art. 261, s. 873; **Prütting/Gehrlein/Geisler**, Art. 261, s. 788; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, Art. 261, s. 1077; **Thomas/Putzo/Reichold**, Art. 261, para. 11; **Becker-Eberhard**, Art. 261, s. 1550; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 847; **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 261, para. 18; **Kuru**, C. IV, s. 4237-4239.

⁶⁸⁴ Bu çerçevede aynı maddi ilişki açısından açılmış müspet tespit davası ile menfî tespit davası arasında aynılıktan söz edilebilecekken, tespit davası mevcut iken eda davası açılacak olursa artık talep sonuçları farklı olacağından derdestlik itirazı söz konusu olamayacaktır. **Thomas/Putzo/Reichold**, Art. 261, para. 14; **Becker-Eberhard**, Art. 261, para. 55; **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 261, para. 19; **Üstündağ**, s. 499.

⁶⁸⁵ **Thomas/Putzo/Reichold**, Art. 261, para. 12; **Becker-Eberhard**, Art. 261, para. 55.

⁶⁸⁶ Yargıtay yeni tarihli bir kararında, tarafları ve dava sebebi aynı olan ilk davada, henüz alacağın muaccel olmadığı gerekçesi ile ilk derece mahkemesince ret kararı verildiğini, ikinci dava tarihinde ise alacağın muaccel olduğunu, ilk davadaki hüküm kesinleşmeye de maddi vakia değiştiğinden derdestlik itirazının söz konusu olamayacağını belirtmiştir. Yargıtay 23. HD, 24.3.2014, E. 2014/2039, K. 2014/2241, www.kararara.com (son erişim tarihi: 12.9.2014).

bağlayıcı olsa bile, salt bir ön meselenin cevaplanması bağlamında mesele ele alınmış ise, dava konularının aynılığından söz edilemez⁶⁸⁷.

Aynı davanın birden fazla Türk mahkemesi önünde görülmesi halinde ne yapılması gerektiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü ve 115'inci maddelerinde düzenlenmiştir. Yukarıda da zikredildiği üzere, millî derdestlik halinde dava şartı eksikliği nedeniyle ikinci dava usûlden reddedilir⁶⁸⁸. Ancak aynı uyumsuzluğun bir Türk mahkemesi ile yabancı bir mahkeme önünde görülmesi halinde ne yapılması gerektiğine ilişkin ne Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ne de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkındaki Kanun'da doğrudan bir düzenleme vardır.

Yalnızca Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 41'inci maddesinde, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar bakımından ve 47'nci maddesinde, yetki sözleşmesiyle öngörülen mahkeme bakımından yabancı derdestliğin dikkate alınmasını öngörülmüştür⁶⁸⁹. Yine taraf olunan bazı milletlerarası antlaşmalarda derdestliğe ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir⁶⁹⁰. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'da düzenlenen iki durumda, şayet dava yabancı mahkemede açılmışsa derdestlik itirazının nasıl ileri sürüleceği ve mahkemece itiraz üzerine ne yönde karar verileceği soruları da cevaplanmamıştır.

Türk hukuku açısından inceleme yapmadan önce aday ülke olmamız sebebiyle ve yol göstermesi bakımından, Avrupa Birliği düzenlemeleri ile birlikte Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukukunda derdestlik meselesinin nasıl ele alındığı incelenmiştir.

⁶⁸⁷ **Zöller/Greger**, Art. 261, s. 873; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, Art. 261, para. 20; **Thomas/Putzo/Reichold**, Art. 261, para. 14, **Baeumer**, s. 7.

⁶⁸⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 521.

⁶⁸⁹ **Nomer**, s. 84; **Atalı**, *Rechtshaengigkeit*, s. 423. Söz konusu maddelerin derdestlik değil yalnızca milletlerarası yetki konusunu düzenlediği hakkındaki görüş için bkz. **Tiryakioğlu**, Bilgin, "Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan, Ankara 2012, s. 1154.

⁶⁹⁰ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 397; **Nomer**, *Usul*, s. 84.

III. Avrupa Birliği Dzenlemeleri-Brüksel I Tüzüğü

Avrupa Birliği içerisinde üye ülkeler arasındaki yabancı derdestlik meselesine ilişkin, Brüksel I Tüzüğü'nün 27 ve devamı maddelerinde "öncelik prensibi" dikkate alınarak paralel yargılamaları önlemeye yönelik açık hükümlere yer verilmiştir⁶⁹¹.

Tüzük'ün 27 nci maddesine göre, aynı dava sebebine dayanarak aynı taraflar arasında farklı üye ülkelerde dava açılacak olursa, davanın daha sonra açıldığı ülke mahkemesi, ilk açılan mahkemece yetki konusunda bir karar verilinceye kadar davayı bekletir⁶⁹², şayet ilk mahkeme yetkili olduğuna karar verirse, daha sonra dava açılan mahkeme, ilk mahkeme lehine olmak üzere yetkisizlik kararı verir.

Tüzük çerçevesinde derdestlikten söz edilebilmesi için de tarafların ve dava sebebinin (*derselbe Anspruch-same cause of action*) aynı olması gerekir⁶⁹³. Ancak, burada aynılık kavramı, iç hukuklardakinden farklı ve Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından otonom olarak yorumlanır⁶⁹⁴.

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarında da, tarafların aynı olması hususunu, davada aynı rolde bulunmak koşuluna bağlanmaz, hatta mutlak manada aynı kişi olmak da aranmaz⁶⁹⁵. Uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak tarafların menfaatleri

⁶⁹¹ **Magnus/Mankowski/Fentiman**, Int. To Art. 27-30, para. 1; **Simons**, unalex Kommentar Brüssel I-VO, vor Art. 27-30, para. 5.

⁶⁹² İkinci mahkemenin davayı hemen reddetmemesi Brüksel I Konvansiyonu'ndan farklı olarak Tüzük'te yapılan önemli bir yeniliktir. Eski durumda ikinci mahkemenin davayı hemen reddetmesi gerekiyordu, bu da daha sonra ilk mahkeme yetkisizlik kararı verirse hem zaman kaybına neden oluyor hem de zamaşımı engeli ile karşılaşma riskini doğuruyor, ayrıca bir hükümden kaçınmak isteyen olası davalının yargılamanın yavaş işlediği yetkisiz bir üye ülke mahkemesinde dava açarak haksız yere zaman kazanmasına neden oluyordu. **Magnus/Mankowski/Fentiman**, Art. 27, para. 2; **Simons**, unalex Kommentar Brüssel I-VO, vor Art. 27-30, para. 27 vd.; **Ivanova**, Ekaterina, "Choice of Court Clauses and Lis Pendens under Brussels I Regulation", *Merkourios* 27/71, s. 15.

⁶⁹³ **Magnus/Mankowski/Fentiman**, Art. 27, para. 6 vd.; **Simons**, unalex Kommentar Brüssel I-VO, Art. 27, para. 25 vd.; **Rechberger/Klicka**, Art. 232-233, para. 15.

⁶⁹⁴ Bkz. ABAD, 8.12.1987, C-144/86, Gubisch Maschinenfabrik KG v. Giulio Palumbo, para. 11, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61986CJ0144:EN:HTML> (son erişim tarihi: 20.7.2014); ABAD, 6.12.1994, C-406/92, Tatra v. Maciej Rataj, para. 47, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0406&from=EN> (son erişim tarihi: 20.7.2014).

⁶⁹⁵ ABAD, 19.5.1998, C-351/96, Drouot Assurances SA v. CMI, para. 19, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0351&from=EN> (son erişim tarihi: 21.7.2014).

örtüşüyor ve birine karşı alınacak hüküm diğeri açısından da kesin hüküm teşkil ediyorsa, aynı taraf koşulunun gerçekleşmiş olduğunu kabul edilir⁶⁹⁶. Yine, davalardan birinin tüzel kişilik adına yürütülürken diğerrinin de hukuken sahibi olan kimseye karşı, örneğin perdeyi kaldırma teorisi çerçevesinde, bizzat yürütülmesi halinde de tarafların aynılığından söz edilir⁶⁹⁷. Şayet davada, davacı ve davalı rolünde birden fazla kişi var ve aynılık yalnızca bazıları açısından söz konusuysa, bu durumda yalnızca ilgili taraflar açısından Tüzük'ün 27'nci maddesi uygulanır⁶⁹⁸. Dava sebebinin aynı olması hususunda ise Divan, çekirdek alan teorisi olarak adlandırılan (*Kernpunkttheorie-Heart of the Actions*) teoriyi⁶⁹⁹ geliştirmiş ve davaların aynılığından söz edilebilmesi için dava konusu (*Gegenstand- mème object-il medesimo oggetto-el mismo objecto-subject matter*) ve dava sebebi (*Grundlage-mème cause-il medesimo titolo-la misma causa-cause of action*) ayırımına gitmiştir⁷⁰⁰. Burada dava konusundan davanın amacı⁷⁰¹; dava sebebinden ise davanın dayanağı olan maddi vakıalar ve hukukî sebep anlaşılır⁷⁰². Aynı davadan söz edilebilmesi için davalar açısından her iki hususun (dava konusu ve dava sebebi) da örtüşmesi gerekmektedir⁷⁰³. Davaların amacının aynı olması için dava dilekçelerin şekli olarak aynı olması gerekmez; belirleyici olan çekirdek alanlarının aynı

⁶⁹⁶ ABAD, 19.5.1998, C-351/96, Drouot Assurances SA v. CMI, para. 19, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0351&from=EN> (son erişim tarihi: 21.7.2014).

⁶⁹⁷ **Simons**, unalex Kommentar Brüssel I-VO, Art. 27, para. 28.

⁶⁹⁸ **Magnus/Mankowski/Fentiman**, Art. 27, para. 7; **Simons**, unalex Kommentar Brüssel I-VO, Art. 27, para. 26; **Hess**, EZPR, s. 324.

⁶⁹⁹ Gubisch Maschinenfabrik KG v. Giulio Palumbo, para. 16. (Tam atf için dn.694).

⁷⁰⁰ **Simons**, unalex Kommentar Brüssel I-VO, Art. 27, para. 30; **Hess**, EZPR, s. 322; **Rechberger/Klicka**, Art. 232-233, para. 16; **Rüssmann**, Helmut, "Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH – nationales Recht unter gemeineuropaeischem Einfluss", ZJP 111, s. 402; **Walker**, Wolf D., "Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH – nationales Recht unter gemeineuropaeischem Einfluss", ZJP 111, s. 433.

⁷⁰¹ Gubisch Maschinenfabrik KG v. Giulio Palumbo, para. 15. (Tam atf için bkz. dn.694).

⁷⁰² Taty v. Maciej Rataj, para. 39. (Tam atf için bkz. dn.694).

⁷⁰³ Bkz. ABAD, 14.10.2004, C-39/02, Maersk Olie and Gas A/S v. Firma M. de Haan en W. de Boer, para. 34, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62002CJ0039&lang1=en&type=TEXT&ancre=> (son erişim tarihi: 21.7.2014).

olmasıdır⁷⁰⁴. Dolayısıyla, bir devlet mahkemesinde açılan dava dilekçesinde sözleşmenin geçersizliği ileri sürülürken, diğer bir devlet mahkemesinde aynı sözleşmenin gereğinin yerine getirilmesinin istenmesi halinde, dava konularının aynılığından söz edilir⁷⁰⁵. Zira, burada her iki davanın çekirdek alanı, ilgili sözleşmenin geçerliliğidir⁷⁰⁶. Benzer şekilde, ortaya çıkan zarardan sorumlu olunmadığına dair bir tespit davasıyla sorumluluk sebebiyle uğranılan zararın tazmininin istendiği eda davasının konuları aynı kabul edilir⁷⁰⁷.

IV. Kıta Avrupası Millî Hukuklarının Milletlerarası Derdestlik Yaklaşımı

Alman hukukunda milletlerarası derdestliğe ilişkin açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, hâkim görüş ve mahkeme içtihatları⁷⁰⁸, iç hukukta yer alan derdestliğe ilişkin hükmü, teleolojik bir yorum ve kıyas yolu⁷⁰⁹ ile milletlerarası derdestlik bakımından şu şekilde ele almıştır: Yabancı bir ülke mahkemesinde davanın derdest olduğuna dair itiraz, ancak yabancı mahkemenin konuya ilişkin olarak vereceği

⁷⁰⁴ **Walker**, ZZP 111, s. 434.

⁷⁰⁵ Gubisch Maschinenfabrik KG v. Giulio Palumbo, para. 19. (Tam atf için bkz. dn.694).

⁷⁰⁶ Alman Federal Mahkemesi de aynı yaklaşımı kabul etmiştir. BGH, Urt. 11.12.1996 – VIII ZR 154/95, JZ 1997, s. 797.

⁷⁰⁷ **Walker**, ZZP 111, s. 431; Taty v. Maciej Rataj kararına konu olayda, Brezilya'dan Rotterdam'a getirilen soya fasulyesi yağlarının, dizel yakıtı sebebiyle kirlenmesi üzerine, geminin sahibi, kirlenmeden dolayı sorumlu olmadığına dair 18 Kasım 1988'de Rotterdam Eyalet Mahkemesi'nde dava açmış, daha sonra, 14 Eylül 1989 yılında kirlenen soya fasulyesi yağlarının sahibi İngiltere'de geminin sahibine karşı uğramış olduğu zararların giderilmesi için ayrı bir dava açmış, Avrupa Birliği Adalet Divanı aynı taşıma sözleşmesine dayanarak, taşınan ve zarar gören aynı mallar sebebiyle sorumluluğun tartışılacak olması sebebiyle dava sebeplerinin aynı olduğuna karar vermiştir (para.40). (Tam atf için bkz. dn. 694).

⁷⁰⁸ Alman Federal Mahkemesi, bir kararında *obiter dictum* şeklinde, milletlerarası derdestliğin, eğer yabancı ülkede ortaya çıkacak hükmün ülke içinde tanınabileceği öngörülüyorsa dikkate alınması gerektiğine ilişkin milletlerarası hukukta geçerli bir ilke bulunduğunu belirtmiştir. BGH, Urt. 2.10.1957 – IV ZR 95/57, NJW 1958, s. 104.

⁷⁰⁹ Değerlendirmenin temelinde, **Larenz**'in ifade ettiği adalet düşüncesi, yani eşit durumda bulunanların aynı şekilde ele alınması gereği olduğu belirtilmiştir. **Baumer**, s. 78-79. Bu çerçevede öncelikle iç hukuktaki derdestlik hükmünün (ZPO m. 261) *ratio legis*inin araştırılması ve milletlerarası derdestlik itirazı ile karşılaştırılması gereği ifade edilmiş; millî çifte derdestliğin yasaklanmasının sebebinin birbirleri ile çelişen hükümleri engellemek, ayrıca çifte yargılama ile getirilen gereksiz emek ve zaman israfından kaçınmak, yargılamanın ilk başladığı yeri dikkate alarak bunları asgariye indirmek ve mahkemeler arasında en erken hüküm verme yarışını ortadan kaldırmak olduğu belirtilmiş ve milletlerarası derdestlik itirazının da aynı amacı taşıyacağı öne sürülmüştür. **Schack**, IZVR, s. 313; **Baumer**, s. 68 vd.; **Dohm**, Christian, Die Einrede auslaendischer Rechtsaengigkeit im deutschen internationalen Zivilprozessrecht, Berlin 1996, s. 251-252; **Riezler**, s. 452 vd.

kararın ülke içinde de tanınması öngörüsü yapılabiliyorsa⁷¹⁰ dikkate alınmalıdır⁷¹¹. Burada derdestlik, tanınmanın bir ön safhası olarak ele alınıyor⁷¹². Ancak, tanınabilirliğe rağmen derdestliği dikkate almanın istisnası olarak, tarafların etkin hukukî korunma hakkının engellenecek olması kabul edilmektedir⁷¹³. Bu manada Alman Federal Mahkemesi de bir kararında İtalya’da açılmış boşanma davasına rağmen Almanya’da tekrar dava açılması durumunda derdestlik nedeniyle davayı reddeden kararı bozarken, İtalyan mahkemesindeki yargılamanın makul sürede tamamlanamaması sebebiyle kişilerin hukukî korunma hakkının engellendiğini belirtmiştir⁷¹⁴.

Alman hukukunda ileri sürülen ancak çok kabul görmeyen bir görüş ise, millî derdestliğe ilişkin hükmün, kıyas yolu ile milletlerarası derdestlik için de uygulanamayacağı, zira mahkemelerin niteliği, uygulanacak usûl hükümleri, yargılama giderleri sebebiyle millî mahkemeler ile yabancı mahkemeler arasında

⁷¹⁰ Bu çerçevede tanınabilirlik açısından bir dönem tanınmanın “muhtemel” olmasının yeterli olmadığı, bundan öte bir tanınma öngörüsü yapılması gerektiği, tanınacağıının ispatlanması gerektiği tartışılmıştır. **Schneider**, Egon, “Wann ist die Rechtsaengigkeit auslaendischer Verfahren zu beachten?”, NJW 1959, s. 88. Alman İmparatorluk Mahkemesi de bir kararında milletlerarası derdestliğin dikkate alınabilmesi için yabancı mahkeme kararının ülke içinde tanınacağıının davalı tarafından ortaya konulması gerektiğine karar vermiştir. DRG, Urt. 13.4.1901 – I ZS 15/01, RGZ 49, s. 344-345, <http://www.rgz-rgst.degruyter.de/> (son erişim tarihi: 22.7.2014).

⁷¹¹ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, Art. 261, para. 7; **Prütting/Gehrlein/Geisler**, Art. 261, para. 5; **MüKo-ZPO/Lüke**, Art. 261, para. 75; **Geimer**, s.930; **Walker**, ZZP 111, s. 431; **Rixen**, s. 166; **Baeumer**, s. 68; **Dohm**, s. 248 vd.; **Schack**, Haimo, “Die Versagung der deutschen internationalen Zustaendigkeit wegen forum non conveniens und lis alibi pendens”, *RabelsZ* 1994, s. 51; **Linke**, Hartmut, “Anderweitige Rechtsaengigkeit im Ausland und inlaendischer Justizgewaehrungsanspruch”, *IPRax* 1994, s. 17; **Hochloch**, Gerhard, “Anmerkung- BGH, Urt. 12.2.1992 – XII ZR 25/91” NJW 1993, s. 256; **Schütze**, Rolf A., “Die Wirkungen auslaendischer Rechtsaengigkeit in inlaendischen Verfahren”, ZZP 104, s. 137; **Geimer**, Reinhold, “Beachtung auslaendischer Rechtsaengigkeit und Justizgewaehrungsanspruch”, NJW 1984, s. 527; **Habscheid**, Walther J., “Zur Berücksichtigung der Rechtsaengigkeit eines auslaendischen Verfahrens”, *RabelsZ* 1967, s. 254; **Riezler**, s. 453. Ayrıca, bkz. BGH, 10.10.1985 – I ZR 1/83, NJW 1986, s. 2195; BGH, Urt. 20.3.1964 – V ZR 34/62, MDR 1964, s. 587. Yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisinin de aranmasını ilave eden görüş için bkz. **Musielak/Foerste**, Art. 261, para. 5.

⁷¹² **Schack**, *IZVR*, s. 313.

⁷¹³ **Zöller/Geimer**, *IZPR*, para. 99; **Walker**, ZZP 111, s. 446; **Schack**, *Lis alibi pendens*, s. 52; **Schütze**, ZZP 104, s. 138.

⁷¹⁴ BGH, Urt. 26.1.1983 – IV b ZR 335/81, NJW 1983, s. 1269. Aynı yönde Türkiye’deki yargılamanın yavaşlığı sebebiyle verilen karar için bkz. BGH, Urt. 10.10.1985 – I ZR 1/83, NJW 1986, s. 2195.

fark olduğu yönündedir⁷¹⁵. Buna göre, derdestliğe sınır ötesi etki tanınması, tıpkı kesin hüküm etkisinin tanınmasında olduğu gibi, devletlerin egemenlik yetkisi ve yargı haklarının bir neticesidir ve egemenlik yetkisi ülke topraklarıyla sınırlanmıştır⁷¹⁶. Bu manada yabancı bir mahkemede derdestliğin dikkate alınabilmesi için tanıma ve tenfizde olduğu gibi açık bir hüküm olması gerekir⁷¹⁷. Ayrıca, bu görüşe göre, hâkime henüz gerçekleşmemiş olayları görme özelliği yüklemesi sebebiyle yabancı hükmün tanınabilirliğine ilişkin getirilen kriter de uygun değildir; çünkü hüküm ortaya çıkıncaya kadar tanınmaya ilişkin bir değerlendirme yapılamaz⁷¹⁸. Keza, yetkili birden fazla mahkemede dava açılması, kimi durumlarda tarafların meşru menfaatleri gereği⁷¹⁹ olabilir⁷²⁰. Bunun yanında, yazara göre, yargılamalardan biri kesinleşince ortaya çıkacak kesin hüküm etkisi nedeniyle tanıma gerçekleştirildiği takdirde, iddia edildiği gibi çelişkili hükümler ortaya çıkmaz⁷²¹. Gereksiz yargılama giderlerinin de çoğunluğu taraflarca karşılığında, ikinci bir yargılama gideri ödemek isteyip istemediğine tarafın kendisi karar verebileceği gibi Federal Mahkemenin kararında belirtildiği şekilde⁷²² milletlerarası hukukta geçerli bir temel ilke yoktur⁷²³.

⁷¹⁵ **Schütze**, ZZZ 104, s. 144 vd. Ayrıca bkz. **Schütze**, 2008, s. 47; **Schütze**, Rolf A., “Die Berücksichtigung der Rechtsaengigkeit eines auslaendischen Verfahrens”, NJW 1963, s. 1486-1487.

⁷¹⁶ **Schütze**, ZZZ 104, s. 144 vd. Ayrıca bkz. **Schütze**, 2008, s. 47; **Schütze**, NJW 1963, s. 1486-1487.

⁷¹⁷ **Schütze**, ZZZ 104, s. 144 vd. Ayrıca bkz. **Schütze**, 2008, s. 47; **Schütze**, NJW 1963, s. 1486-1487.

⁷¹⁸ **Schütze**, ZZZ 104, s. 144 vd. Ayrıca bkz. **Schütze**, 2008, s. 47; **Schütze**, NJW 1963, s. 1486-1487.

⁷¹⁹ Davacının örneğin ilk dava açtığı mahkemede yargılamanın çok yavaş olması, davalının malvarlığını başka bir ülkeye taşıması, yargılamanın daha uygun görülmesi gibi sebeplerle ikinci bir ülke mahkemesinde dava açabileceği; yine davalının ise Alman Federal Mahkemesi kararına (bkz. dn. 714) konu olayda olduğu gibi, ilk mahkemede yargılamanın yavaşlığı sebebiyle hüküm alınamaması ve hukukî güvenliğin zarar görmesi nedeniyle ikinci bir ülkede dava açabileceği ve buna izin verilmesi gerektiği belirtiliyor. **Schütze**, ZZZ 104, s. 148-149.

⁷²⁰ **Schütze**, ZZZ 104, s. 144 vd. Ayrıca bkz. **Schütze**, 2008, s. 47; **Schütze**, NJW 1963, s. 1486-1487.

⁷²¹ **Schütze**, ZZZ 104, s. 144 vd. Ayrıca bkz. **Schütze**, 2008, s. 47; **Schütze**, NJW 1963, s. 1486-1487.

⁷²² Karar için bkz. dn. 708

⁷²³ **Schütze**, ZZZ 104, s. 144 vd. Ayrıca bkz. **Schütze**, 2008, s. 47; **Schütze**, Rolf A., “Die Berücksichtigung der Rechtsaengigkeit eines auslaendischen Verfahrens”, NJW 1963, s. 1486-1487.

Alman hukukunda ileri sürülen bir diğer görüş de, hükmün daha sonra ülke içinde tanınmaması halinde ortaya çıkacak sıkıntılar ve hâkimin tanınabilirliği önceden öngörmesindeki zorlukları dikkate alarak, telafi edilemez bir karar vermektense, yabancı mahkemece kesin hüküm niteliğinde bir karar ortaya çıkıp tanınmasına karar verinceye kadar, millî mahkemenin nihai kararının ertelenmesinin, ara çözüm olarak düşünülebileceği yönündedir⁷²⁴. Yazar, en azından davacının korunmaya değer menfaatinin olduğu yerlerde Alman Usûl Kanunu'nun 148'inci maddesinin⁷²⁵ kıyasen uygulanmasına izin verilmesi gerektiğini belirtmiş; fakat bekletici meselenin yalnızca kanunda öngörülen hallerde mümkün olması nedeniyle yapılamayacağını da ifade etmiştir⁷²⁶. Bekletici meseleye ilişkin hükmün kıyasen uygulanması düşüncesinin temeli, milletlerarası derdestlik itirazına izin verilmesi ile bekletici meselenin amaçlarının örtüşmesidir⁷²⁷. Bu çerçevede, her ikisi de usûl ekonomisine hizmet eder ve çelişkili kararlardan kaçınmayı amaçlar⁷²⁸. Ayrıca, her iki durumda da bir başka mahkemenin kararına ihtiyaç vardır ve netice kesin olarak bilinemez⁷²⁹. Fransız hukukunda milletlerarası derdestlik açısından özel bir hüküm olmaması ve derdestliğin egemenlik yetkisi nedeniyle sadece ülke toprakları ile sınırlı olması düşüncesinden hareketle, öğretide ve yargı kararlarında bugüne kadar yabancı derdestlik itirazına izin verilmese de⁷³⁰, orada da eğilimin artık milletlerarası derdestlik itirazlarının dikkate alınması yönünde olduğu kabul edilmektedir⁷³¹. İsviçre'de, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun⁷³² 9'uncu maddesinde milletlerarası derdestliğe ilişkin açık hüküm getirilmiştir. Buna göre, şayet davanın

⁷²⁴ **Habscheid**, Berücksichtigung der Rechtshaengigkeit, s. 267-269.

⁷²⁵ Bekletici mesele kurumunu düzenlemektedir.

⁷²⁶ **Habscheid**, Berücksichtigung der Rechtshaengigkeit, s. 267-269.

⁷²⁷ **Dohm**, s. 277.

⁷²⁸ **Dohm**, s. 277.

⁷²⁹ **Dohm**, s. 277-278.

⁷³⁰ **Herzog**, Peter/**Weser**, Martha, Civil Procedure in France, The Hague 1967, s. 204.

⁷³¹ **Schack**, IZVR, s. 314; **Baeumer**, s. 36; **Schütze**, ZZP 104, s. 138.

⁷³² Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, m. 9/I.

ilk kez açıldığı yabancı mahkemenin makul sürede vereceği kararının İsviçre’de tanınması öngörülebiliyorsa, İsviçre mahkemesinin yargılamayı bekleteceği kabul edilmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında da, yabancı mahkemece, İsviçre’de tanınabilir bir karar verilince, bekletilen davanın reddedileceği öngörülmüştür⁷³³. Düzenleme yapılmadan önce İsviçre öğretisindeki hâkim görüş de bu yönde idi⁷³⁴. İtalya daha önce Medenî Usûl Kanunu’nun (CPC) 3’üncü maddesi, milletlerarası derdestliğin dikkate alınmasını yasaklamıştı⁷³⁵. Bunun nedeninin, Medenî Usûl Kanunu’nun 2’nci maddesiyle İtalyan mahkemelerinin yargı yetkisinin kaldırılmasının yasaklanması olduğu iddia edilmiştir⁷³⁶. 1995 yılında 218 sayılı İtalyan Milletlerarası Özel Hukuku Sisteminin Reformu’nun (*Riforma del sistema italiano di dritto internazionale privato*) 7’nci maddesiyle birlikte tarafları ve dava konusu aynı davanın yabancı bir mahkeme önünde daha önce başlatılmış olması halinde, şayet o mahkemece verilecek kararın İtalya’da da etki doğurabileceği (tanınacağı) söylenebiliyorsa, İtalyan hâkimin yargılamayı durduracağı öngörülmüş, daha sonra davanın ilk açıldığı mahkeme yetkisizlik kararı verirse veya vermiş olduğu karar İtalya’da tanınmazsa, tarafın başvurusu kaydıyla yargılamanın devam edeceği düzenlenmiştir⁷³⁷. İsviçre hukukundan farklı olarak, burada yabancı mahkemece İtalya’da tanınabilir bir karar verildiğinde durmuş olan davanın

⁷³³ **Walder**, s. 194.

⁷³⁴ **Vogel**, Oscar, “Rechtshaengigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhaeltnis”, SJZ 1990, s. 78; **Habscheid**, Walther J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel 1986, s. 179; **Straeuli**, Hans/**Messmer**, Georg/**Wiget**, Felix, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1982, s. 192; **Habscheid**, Walther J., “Bemerkungen zur Rechtshaengigkeitsproblematik im Verhaeltnis der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz einerseits und den USA andererseits”, FS für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, Tübingen 1981, s. 115; **Guldener**, s. 175.

⁷³⁵ **Baeumer**, s. 40; **Walter**, ZJP 109, s. 19; **Schütze**, ZJP 104, s. 139.

⁷³⁶ **Otte**, Karsten, Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhaengen, Tübingen 1998, s. 296.

⁷³⁷ “Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l’ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero declina la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non è riconosciuto nell’ordinamento italiano, il giudizio in Italia prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata.” Almanca çevirisi için bkz. **Walter**, ZJP 109, s. 5.

akıbetinin ne olacağı hakkında bir hüküm sevkedilmemiştir. Ancak, bu durumda da aynı şekilde davanın reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir⁷³⁸.

Avusturya hukukunda, milletlerarası derdestlik itirazının, İsviçre hukukunda olduğu gibi açık bir düzenleme olmamasına rağmen, yabancı mahkemece verilecek kararın tanınabileceği öngörülyorsa dikkate alınabileceği kabul edilmektedir⁷³⁹.

İspanya hukukunda milletlerarası derdestlik itirazının dikkate alınmasının yüksek mahkemece 1921 yılında reddedilmesinden sonra öğreti tarafından milletlerarası bir sözleşmede açıkça belirtilmediği sürece derdestliğin dikkate alınamayacağı ifade edilmektedir⁷⁴⁰.

Belçika, Hollanda ve Lüksemburg hukuklarında da mahkeme kararlarında ve öğretilerde milletlerarası derdestliğin dikkate alınmaması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁴¹.

V. Anglo-Sakson Hukukunda Milletlerarası Derdestlik Yaklaşımı

Anglo-Sakson hukukunda bağımsız bir derdestlik *–lis alibi pendens–* kuralı yoktur⁷⁴².

Amerikan hukukunda, hâkimlerin karar verirken takdir yetkilerinin oldukça geniş olduğu⁷⁴³, bu çerçevede aynı uyuşmazlığın birden fazla mahkeme önüne getirilmesi halinde çeşitli faktörlerden oluşan bir teste tabi tutulacağı, bu manada aksi ispatlanabilir şu faraziyelerden hareket edildiği belirtilmiştir: Tarafların özerkliğini dikkate alarak istisnai olaylarda onların birden fazla ülkede dava açmasına müsaade

⁷³⁸ **Walter**, ZZP 109, s. 19.

⁷³⁹ **Schütze**, Rolf A., *Rechtsverfolgung im Ausland- Prozessführung vor auslaendischen Gerichten und Schiedsgerichten*, Berlin 2009, s. 198; **Schütze**, ZZP 104, s. 140.

⁷⁴⁰ **Schütze**, *Rechtsverfolgung im Ausland*, s. 199; **Baeumer**, s. 43-44; **Schütze**, ZZP 104, s. 141.

⁷⁴¹ **Baeumer**, s. 38-39.

⁷⁴² **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 441; **Born/Rutledge**, s. 548.

⁷⁴³ On dokuzuncu yüzyıldan itibaren hâkimlerin Amerika Birleşik Devletleri ile ilgisiz davalar açısından ret konusunda takdir haklarının olduğu kabul edilmektedir. **Brand**, Ronald A./**Jablonski**, Scott R., *Forum Non Conveniens, History, Global Practice and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, New York 2007, s. 37.

etme, daha ziyade ülke içindeki paralel yargılamalarda uygulanan ilk açılan davayı kabul etme, yetki sözleşmelerini esas alma, tespit davalarına karşı diğer davayı esas alma⁷⁴⁴. Burada temel hareket noktası, bir uyuşmazlık açısından yetkili bir mahkemeye başvurulmasının, orasının en iyi yer yahut iyi bir yer olduğu manasına gelmeyeceği, bu manada en uygun *forumun* uyuşmazlığı çözmesi, latince ifadesi ile *forum conveniensin* uyuşmazlığı gidermesidir⁷⁴⁵. Bu öğretiyeye göre, davacı uyuşmazlığı çözecek mahkemeyi seçtikten sonra, mahkeme uyuşmazlığın daha uygun ve daha adil olarak başka bir mahkemede giderilebileceğine karar verirse, takdir yetkisini bu yönde kullanarak, söz konusu uyuşmazlık açısından yargı yetkisini kullanmaktan kaçınabilir⁷⁴⁶. Şu halde, öğretinin geçerli olabilmesi için öncelikle birden fazla seçenek, yani yetkili mahkeme olması gerekir⁷⁴⁷. İkinci husus, davanın açıldığı mahkeme dışındaki alternatifin yargılama masrafları, uyuşmazlık konusu ile ilişkisi, tanık ve bilirkişilerin getirtilebilmesi gibi konularda daha elverişli olması gerekir⁷⁴⁸. Bu iki şartın gerçekleşmesi halinde Amerikan mahkemesi yargı yetkisini kullanmayı reddedebilir⁷⁴⁹.

İngiliz hukukunda da paralel yargılamalara karşı temel yaklaşım, *Spiliada*⁷⁵⁰ kararından sonra *forum non conveniens* öğretisi üzerine kuruludur⁷⁵¹. Söz konusu

⁷⁴⁴ **George**, James P., “International Parallel Litigation-A Survey of Current Conventions and Model Laws”, Texas International Law Journal 2002/37, s. 506.

⁷⁴⁵ **Sirmen**, Sedat K. “Uluslararası Havaçılık Davalarında Forum Non Conveniens Doktrininin Uygulanmasında Emsal Karar: Piper Aircraft Co. v. Reyno Davası”, AÜHFD 2014/1, s. 201; **Born/Rutledge**, s. 548; **Ekşi**, Yetki, s. 60; **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 152. İlkeyi kavramsal olarak Amerikan hukukunda ilk kez kullanan ve yaygınlaşmasını sağlayan **Blair**'dir. Yazarın söz konusu çalışması için bkz. **Blair**, Paxton, “The Doctrine of Forum Non Conveniens in Anglo-American Law”, Columbia Law Review 1929/1, s. 1 vd. İlkenin tarihçesi konusunda detaylı bilgi için bkz. **Brand/Jablonski**, s. 7 vd.

⁷⁴⁶ **Payne**, Anne M., “Doctrine of Forum Non Conveniens”, Am. Jur. 2d Courts § 115, www.westlaw.com (son erişim tarihi: 24.7.2014); **Ekşi**, Yetki, s. 62.

⁷⁴⁷ **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 156.

⁷⁴⁸ **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 153.

⁷⁴⁹ **Castel**, PIL, s. 251.

⁷⁵⁰ House of Lords, 19.11.1986, Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd, [1987] A.C. s. 460 vd. www.westlaw.com (son erişim tarihi: 24.7.2014). Bu karardan yaklaşık 10 yıl önce yine İngiliz mahkemesi, vermiş olduğu iki kararda, *forum non conveniens* ilkesinin İngiliz hukukunun bir

öğreti sayesinde İngiliz hâkimin, önüne gelen somut uyuşmazlık hakkında, yetkili olmasına rağmen geri bırakma kararı verebilmesi hususunda takdir yetkisi olduğu kabul edilmektedir⁷⁵². Bu çerçevede İngiliz hâkimi davanın derdest olduğu her iki ülke mahkemesi yönünden, neden orada açılmasının daha uygun olacağını listeler, bu manada paralel yargılama nedeniyle ortaya çıkacak taraflar açısından maliyetler ve uygunsuzluklar, olası çelişkili kararları da dikkate alarak somut uyuşmazlık açısından hem tarafların menfaati hem de adalet açısından en uygun olan mahkemenin hangisi olduğunu belirler, şayet bu İngiliz mahkemesi değilse, yargılamanın durmasına karar verir⁷⁵³.

İngiliz mahkemesince verilen *Spiliada* kararından sonra Yeni Zelanda, Kanada⁷⁵⁴, Hong Kong⁷⁵⁵, Brunei, Singapur, Karayipler ve İrlanda tarafından da aynı öğreti kabul edilmiştir⁷⁵⁶. Avusturalya mahkemeleri ise prensibi biraz farklı uygulamakta

parçası olmadığını belirtmiştir. **Arnold**, Richard, “Forum Conveniens or Forum Non Conveniens”, Sydney Law Review 1977, s. 546.

⁷⁵¹ **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 441; **Brand/Jablonski**, s. 21; **Dardağan**, Esra, Milletlerarası Usûl Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı, Ankara 2005, s. 81-82; **Nussbaum**, Arthur, Grundzüge des internationalen Privatrechts, s. 204. İngiliz mahkemelerinin ilk kez *forum non conveniens* öğretisine benzer bir uygulamayı 1906 yılında Logan v. Bank of Scotland kararında uygulandığı konusunda bkz. **Brand/Jablonski**, s. 12.

⁷⁵² **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 426; **Wade**, Charles E., “Forum non conveniens”, Okla Law Review 1965/18, s. 423.

⁷⁵³ **Brand/Jablonski**, s. 21 vd.; Queen’s Bench Division, 2.10.1989, Cleveland Museum of Art v. Capricorn Art International SA, www.westlaw.com (son erişim tarihi: 23.7.2014).

⁷⁵⁴ Supreme Court of Canada, 18.4.2012, Black v. Breeden, [2012] CarswellOnt, s. 4722 vd.; Supreme Court of Canada, 21.3.2011, Van Breda v. Village Resorts Ltd., [2012] CarswellOnt, s. 4268 vd., www.westlaw.com (son erişim tarihi: 24.7.2014).

⁷⁵⁵ High Court, 11-15.11.1985, Adhiguna Meranti v. Adhiguna Harapan ve Diğerleri, [1986] HKLR, s. 487 vd.; Court of First Instance, 17.4.2014, Hotel Panorama Co Ltd. v. Chan Wah Chiu Anthony, [2014] HKEC, s.669 vd., www.westlaw.com (son erişim tarihi: 24.7.2014). Söz konusu kararlarda, *forum non conveniens* öğretisinin uygulamasının, şu üç aşamada olması gerektiği belirtilmektedir: İlk soru, Hong Kong mahkemelerinden başka somut olayın özelliklerine göre daha uygun bir mahkemenin olup olmadığıdır. Şayet bu soru olumlu cevaplanırsa, ikinci soru yargılamanın o mahkemede yapılmasının, davacının meşru kişisel ve yargısal bir avantajını kaybetmesine neden olup olmayacağıdır. Şayet bu soru da olumlu cevaplanırsa, üçüncü aşamada hâkimin ilk soruda tespit ettiği avantajlar ile ikinci soruda belirlediği dezavantajları dengeleyerek karar vermesidir.

⁷⁵⁶ **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 427.

ve daha uygun bir alternatif mahkeme var mı sorusu yerine Avustralya mahkemelerinin açıkça uygun olup olmadığına bakmaktadır⁷⁵⁷.

Avrupa Birliği Adalet Divanı bir kararında *forum non conveniens* prensibinin Brüksel Konvansiyonu⁷⁵⁸ ile uyumlu olmadığını; zira Konvansiyon hükümlerinin bağlayıcı olduğunu ve Konvansiyon'da ilgili prensibe yer verilmediğini, ikincisi ilgili prensibin, üye ülke mahkemelerine geniş takdir yetkisi vermesi nedeniyle Konvansiyon'un tam da amacı olan hukukî kesinliğe zarar vereceğini, üçüncüsü ilgili prensibin çok sınırlı üye ülkede kabul edilmesi sebebiyle yeknesak uygulamanın da önüne geçeceğini belirtmiştir⁷⁵⁹.

VI. Türk Hukukunda İleri Sürülen Görüşler

Türk hukukundaki hâkim görüş Türk mahkemelerince milletlerarası derdestliğin dikkate alınmayacağı yönündedir⁷⁶⁰. Buna göre iç hukukta dava şartı olarak kabul edilen derdestliğin, yabancı mahkemelerde görülen davalar açısından da tanınması, yabancı mahkemeler lehine Türk mahkemelerinin yetkisinden feragat neticesini doğuracağından egemenlik ilkesinin ihlalidir⁷⁶¹. Bir diğer gerekçe olarak da, Türk hukukuna göre dava açma hakkı olan kimsenin, söz konusu hakkının yabancı bir ülkede açılan dava nedeniyle elinden alınmayacağı ileri sürülmüştür⁷⁶². Keza

⁷⁵⁷ **Tetley**, William, "Jurisdiction Clauses and Forum Non Conveniens in the Carriage of Goods by Sea", *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law-Essays in Honor of Robert Force*, The Hague 2005, s. 237.

⁷⁵⁸ Brüksel I Tüzüğü Konvansiyon'un yerini almıştır.

⁷⁵⁹ ABAD, 1.3.2005, C-281/02, *Owusu v. Jackson*, para. 37 vd. <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62002CJ0281&lang1=en&type=TXT&ancre=> (son erişim tarihi: 24.7.2014). Kararın ayrıntılı incelenmesi için bkz. **McEleavy**, Peter/**Cuniberti**, Gilles, "Forum non conveniens and the Brussels Convention", *ICLQ* 2005/04, s. 973-981.

⁷⁶⁰ **Atalı**, *Rechtshaengigkeit*, s. 429; **Doğan**, Vahit, "Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması", *MHB* 2002/2, s. 127; **Nomer**, Ergin, "Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı", *İÜHF* 1959, s. 368 vd.; **Seviğ**, Muammer R., *Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi*, İstanbul 1941, s. 72.

⁷⁶¹ **Seviğ**, M., s. 72.

⁷⁶² **Doğan**, *Yabancı Derdestlik*, s. 127.

Nomer'e göre⁷⁶³, yabancı hukuk sistemlerinde kabul edilen kararın tanınabilme ihtimalini dikkate alarak milletlerarası derdestliğe müsaade edilmesi doğru değildir. Zira, Türk hukuku açısından tanımanın diğer koşulları öngörülebilse de, kamu düzenine ilişkin sebep açısından bu mümkün değildir. Ayrıca, hükmün ortaya çıktıktan sonra tanınmaması söz konusu olursa, bu davacı açısından tatmin edici bir çözüm olmaz⁷⁶⁴. Öte yandan, yazar, derdestlik itirazının iç hukukta dahi ilk itiraz olarak düzenlendiğini⁷⁶⁵; yine ileri sürülen bekletici mesele yapmanın da Türk hukuku açısından uygulanamayacağını, zira, bekletici meselenin genelde mahkemenin vazifesi dışında kalan iddialar açısından söz konusu olduğunu, oysa burada mahkemenin vazifesizliğinin söz konusu olmadığını, bu nedenle birbirinden ayrı iki kurumun kıyas yolu ile birbiri hakkında uygulanmasının kabul edilemeyeceğini; netice itibariyle milletlerarası derdestlik itirazının Türk mahkemelerinde dikkate alınamayacağını belirtmektedir⁷⁶⁶. Yargıtay 2. HD⁷⁶⁷ de, “Yabancı mahkemede açılmış ve görülmekte olan davanın derdestlik itirazına esas alınabilmesi için, dava sebeplerinin aynı olması yetmez. Yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz kabiliyetinin olması ve bu hususa ilişkin davanın görüldüğü yabancı Devlet ile Türkiye arasında anlaşmanın bulunması veya Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda bir düzenlemenin varlığı da gerekir. Aksi halde Türk Mahkemesinde derdestlik itirazında bulunulamaz.”

şeklinde karar vermiştir.

Doğan milletlerarası derdestliğin dikkate alınabilmesinin hukukî menfaat koşuluna bağlanmasını önermekte ve şayet davacının yabancı ülkede açılmış ve halen

⁷⁶³ **Nomer**, Derdestlik İtirazı, s. 368 vd. Ayrıca bkz. **Nomer**, Usul, s. 85.

⁷⁶⁴ **Nomer**, Derdestlik İtirazı, s. 369.

⁷⁶⁵ Makalenin yazıldığı sırada yürürlükte bulunan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu’nun 193’üncü maddesinde derdestlik bir ilk itiraz olarak düzenlenmişken, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu bunu değiştirerek dava şartı haline getirmiştir. Bkz. yuk. s. 88 civarı.

⁷⁶⁶ **Nomer**, Derdestlik İtirazı, s. 368 vd.

⁷⁶⁷ Yargıtay 2. HD, 15.6.2010, E. 2009/13541, K. 2010/11899, www.legalbank.net (son erişim tarihi: 23.7.2014).

görülmekte olan davanın aynısını Türk mahkemelerinde de açmasında korunmaya değer bir menfaati varsa, kanunda düzenlenen iki halde dahi (41'inci ve 47'nci maddelerde) buna müsaade edilmesini, aksi halde milletlerarası derdestliğin dikkate alınmaması gerektiğini belirtmektedir⁷⁶⁸. Ayrıca ilk olarak dava Türk mahkemelerinde açılmışsa, artık derdestlik itirazının dikkate alınamayacağını, zira bunun Türk mahkemelerine açık bir güvensizlik anlamına geleceğini savunmaktadır⁷⁶⁹.

Hukukumuzda bir diğer görüş, yabancı derdestlik itirazının, yabancı mahkemenin dava ile yakından bağlantılı ve verilecek kararın tenfizinin mümkün olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde dikkate alınmasının, milletlerarası usûl hukukunun amacı ve tabiî hâkim ilkesine daha uygun olduğu yönündedir⁷⁷⁰.

Milletlerarası derdestlik itirazını kabul eden **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, söz konusu itirazın dikkate alınması ile birlikte yabancı devlet lehine açık bir hüküm olmamasına rağmen yargı yetkisinden feragat edilmesinin devletlerin egemenlik yetkisine aykırı olacağına dair görüşün, gelişen milletlerarası ilişkiler karşısında kabulünün mümkün olmadığını; şayet yasalar ve sözleşmelerle açıkça engellenmemişse milletlerarası derdestliğin kabul edilmesi gerektiğini; Türk hukukunda bazı hallerde yabancı derdestliğin zımnen kabul edildiğini ve genel olarak da yasaklanmadığını; bu nedenle yabancı mahkemece verilecek kararın tanınma ve tenfizi ihtimali de mevcut ise, milletlerarası derdestliğin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁷¹. Ayrıca, yazarlarca, milletlerarası özel hukuk alanındaki gelişmeler ve ihtiyaçlar dikkate alındığında, yabancı mahkemece verilecek kararın Türkiye'de tanınması ve tenfizi mümkün görülüyorsa, Türk

⁷⁶⁸ **Doğan**, Yabancı Derdestlik, s. 144.

⁷⁶⁹ **Doğan**, MÖH, s. 72.

⁷⁷⁰ **Ekşi**, Yetki, s. 204.

⁷⁷¹ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 399. Aynı yönde bkz. **Kuru**, C. IV, s. 4222; **Üstündağ**, s. 500; **Ulukapı**, Derdestlik, s. 415; **Şekerci**, s. 216.

mahkemesinin yabancı mahkemedeki davayı bekletici mesele yapabileceği belirtilmektedir⁷⁷².

Yargıtay kararlarında ise derdestliğin bekletici mesele yapılması hususunda bir görüş birliği olduğu söylenemez. 15. HD'nin 2012 tarihli bir kararında⁷⁷³;

“...adı geçenin alacak istemiyle MKJV şirketi hakkında Romanya mahkemelerinde açılan dava bulunduğu dosyadaki beyanlardan anlaşılmaktadır. Taşeronun bakiye alacağı bulunduğu sabit olduğu takdirde, ... eldeki bu davanın görülmesi açılan davanın sonuçlarına bağlıdır. O halde yapılması gereken iş, taraflar arasında görülmekte olan dava sonuçlarını beklemek...”

denilerek yabancı mahkemedeki davanın bekletici mesele yapılması kabul edilmiştir⁷⁷⁴. Buna karşılık 2. HD, 2010 yılında verdiği kararında⁷⁷⁵;

“Yabancı mahkemede açılmış ve görülmekte olan davanın derdestlik itirazına esas alınabilmesi için, dava sebeplerinin aynı olması yetmez. Yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tenfiz kabiliyetinin olması ve bu hususa ilişkin davanın görüldüğü yabancı devlet ile Türkiye arasında anlaşmanın bulunması veya Türk Milletlerarası Özel Hukuku’nda bir düzenlemenin varlığı da gerekir.”

diyerek genel bir milletlerarası derdestlik itirazını kabul etmemiştir. Yine HGK’nın 2000 tarihli kararında⁷⁷⁶;

⁷⁷² **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 402. 2. HD’nin bir kararı da şu şekildedir: “Kaldı ki Alman mahkemesinden verilen kararın Türkiye’de tenfizi mümkün olmadığına göre (HUMK m. 540/4) velayetin tevdi bakımından açılan işbu davanın sonuçlandırılması zorunludur.” Yargıtay 2. HD, 2.7.1973, E. 1973/4413, K. 1973/4363, **Ulukapı**, Derdestlik, s. 415’ten naklen. Aynı daire daha yeni tarihli bir kararında, Türkiye’de tenfiz edilebilme koşulunu da aramaksızın “yabancı bir mahkemede açılmış davanın varlığı halinde, Türk mahkemesinde sonradan açılan davada derdestlik itirazı ileri sürülebilir” şeklinde karar vermiştir. Yargıtay 2. HD, 13.11.1998, E. 1998/10337, K. 1998/12221, **Kuru**, C. IV, s. 4233’ten naklen.

⁷⁷³ Yargıtay 15. HD, 11.6.2012, E. 2011/2901, K. 2012/4661, **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 401.

⁷⁷⁴ Aynı yönde Yargıtay 11. HD, 10.4.1986, E. 1486/1986, K. 1986/2090, **Dönmez**, İrfan, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992, s. 203’ten naklen.

⁷⁷⁵ Yargıtay 2. HD, 15.6.2010, E. 2009/13541, K. 2010/11899, www.legalbank.net (son erişim tarihi: 23.7.2014).

⁷⁷⁶ Yargıtay HGK, 5.7.2000, E. 2000/19-1074, K. 2000/1126, www.kararevi.com (son erişim tarihi: 23.7.2014).

“yabancı mahkemede derdest durumda olan bir davada, yabancı mahkemenin maddi ve hukukî nitelendirmeleri, kanun yollarından geçerek kesinleşmedikçe, tarafların Türk mahkemesinde delil olarak dayanılmaz ve bunun doğal sonucu da henüz yargılaması devam etmekte olan dava ön mesele oluşturmaz”
denilerek yabancı mahkemede görülen dava lehine bekletice mesele kararı verilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

VII. Görüşümüz

Yukarıda belirtildiği üzere, davanın yabancı bir mahkemede görülüyor olması halinde Türk mahkemesince söz konusu derdestlik halinin dikkate alınıp alınamayacağına ilişkin Türk öğretisi, açık ve genel bir düzenleme mevcut bulunmadığını savunmaktadır. Bu belirleme, üç anlama gelebilir. İlk ihtimal, esasen Türk kanun koyucusunun açık bir düzenlemeye yer vermemesinin sebebi, milletlerarası derdestliğin dikkate alınmasını istememesidir. Diğer bir ifadeyle, bir boşluk ve eksiklik değil, bilinçli susma hali söz konusudur⁷⁷⁷. Yukarıda zikredilen ve milletlerarası derdestliğin dikkate alınamayacağını belirten görüşlerin normatif dayanağı ancak bu olabilir. Nitekim, söz konusu yazarlar, yabancı mahkemede devam eden yargılamanın dikkate alınmasının, egemenlik yetkisinden feragat anlamına geleceği ve ancak bu yönde açık bir irade var ise feragatten söz edilebileceğini savunmaktadır. İkinci ihtimal, burada yasalarda değil, bizim bugüne kadar olan yasaya ilişkin bilgimizde eksiklik vardır. Bu ihtimalde yasada ilgili meseleye ilişkin doğrudan bir hüküm yoktur, ancak aynı temel düşünceye sahip mevcut bir hükmün⁷⁷⁸ kıyasen uygulanması söz konusudur⁷⁷⁹. Bilhassa Alman

⁷⁷⁷ Bilinçli susma hakkında bkz. **Larenz**, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1992, s. 258.

⁷⁷⁸ **Sauer**, Wilhelm, Juristische Methodenlehre, Aalen 1970, s. 288.

hukukunda zikredilen görüşler dikkate alındığında millî derdestliği düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü ve 115'inci maddeleri veya bekletici meseleyi düzenleyen 165'inci maddesinin kıyasen milletlerarası derdestlik hallerine uygulanması bu noktada akla gelir. Şayet ikinci anlamın doğru olduğu kanaatine varılacak olursa, hangi maddenin kıyasen uygulandığı verilecek karar bakımından da önem taşır. Üçüncü ihtimal ise burada gerçek manada bir hukuk boşluğu olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, bütün yasalarda, örf ve adet hukuku kuralları arasında meseleye doğrudan uygulanabilecek norm, normal şartlarda olması beklendiği halde, yoktur⁷⁸⁰. Dolayısıyla Medenî Kanun'un 1'inci maddesi gereğince hâkimin hukuk yaratması gerekir. Buna göre hâkim milletlerarası derdestliğin dikkate alınıp alınmayacağına karar verir. Bu ihtimalin kabul edilmesi de yukarıda belirtilen Anglo-Sakson hukukunda kabul edilmiş *forum non conveniens* öğretisinin muhtemelen Türk hukukunda da farklı bir uygulaması neticesini doğurur.

Zikredilen söz konusu üç ihtimali incelemeden önce, Türk hukukunda gerçekten yabancı bir ülke mahkemesinde açılmış davanın dikkate alınmasına ilişkin genel bir hüküm bulunmadığı tespitinin yerinde olup olmadığı ortaya konulmalıdır. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda milletlerarası usûl hukuku mevzularını düzenleme iddiasında olan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun içerisinde, yetkiye, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine yer verilmiş, ancak henüz yabancı mahkemece hüküm verilmeden önceki aşamayı ifade eden derdestlik halinin Türk yargısına etkisi açıkça düzenlenmemiş, yalnızca yukarıda zikredilen iki madde ile sınırlı olarak bir hükme yer verilmiştir. Bu noktada, Türk mahkemelerinde yargılamanın işleyişini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri

⁷⁷⁹ Yasalarda mevcut bir hükmün kıyasen uygulanması halinin, yasalarda hiçbir hüküm bulunmaması nedeniyle ortaya çıkan boşluğun hâkimin yeni bir kural yaratması yolu ile doldurulmasından farklı olduğu hakkında bkz. **Zitelmann**, Ernst, Lücken im Recht, Leipzig 1903, s. 24 vd.

⁷⁸⁰ **Larenz**, s. 258; **Canaris**, Klaus W., Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1983, s. 39; **Sauer**, s. 281.

Kanunu hükümlerinin dikkate alınması söz konusu olabilir mi sorusu akla gelir. Millî derdestlik halleri açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinin birinci fıkrasının 1 bendinde, aynı davanın halen görülmüyor olması, olumsuz bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Madde lafzında *aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması* ibaresine yer verilmiş, davanın Türk mahkemesinde yahut yabancı bir mahkemede açılmasına göre ayırım yapılmamıştır. Bu durumda ilgili maddenin milletlerarası derdestlik itirazı hallerine de uygulanabileceği söylenebilir mi sorusu cevaplanmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinin gerekçesinde, görülmekte olan bir davanın aynısının açılmasının, temelinde ideal veya bir ekonomik yarar olsa da hukukî korunma ihtiyacı, diğer bir ifadeyle, yine bir dava şartı olan hukukî yarar bulunmaması sebebiyle kabul edilmediği ve derdestliğin eski kanundakinin aksine bir ilk itiraz olarak değil, dava şartı olarak düzenlendiği belirtilmiştir⁷⁸¹. Madde gerekçesi yanında, halen görülmekte olan davanın bir başka mahkemede daha görülmeye başlamasının kabul edilmemesinin bir diğer nedeni de, yukarıda belirtildiği üzere usûl ekonomisidir. Tarafların ve mahkemenin, mükerrer zaman ve para harcamasının önüne geçmektir. Burada tarafların ve mahkemenin usûl ekonomisine aykırı bir duruma karşı korunması paralel yargılamanın ülke içinde veya dışında olmasından da bağımsızdır.

Derdestliğin ülke içinde dikkate alınmasının bir diğer sebebi de, çelişkili kararların ortaya çıkmasını engellemek ve bu şekilde hukukî kesinliğe hizmet etmektir. Paralel yargılama, ülke dışında dahi olsa çelişkili kararların ortaya çıkması riskini barındırır⁷⁸². Dolayısıyla söz konusu amaç millî ve milletlerarası derdestlik için

⁷⁸¹ Kanunun genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/TasariSamaLari/KanunLasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf> (26.7.2014).

⁷⁸² Derdestlik kurumunun amaçları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tanrıver**, Derdestlik, s. 20 vd.

ortaktır. Şu halde hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinin birinci fıkrasının 1 bendinde düzenlenen millî derdestliğin hem de hakkında açık ve genel bir hüküm bulunmadığı iddia edilen milletlerarası derdestliğin amaçları aynıdır. Milletlerarası derdestlik hallerinde paralel yargılamalardan birinin yabancı bir mahkemede olması dışında, derdestlik koşullarının mevcudiyeti de aynı şekilde belirlenir. Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinin birinci fıkrasının 1 bendinde yer alan düzenlemenin, doğrudan milletlerarası derdestlik hallerine de uygulamaya ve yabancı bir ülke mahkemesinde görülen yargılamayı dikkate almaya engel nedir sorusu cevaplanmalıdır.

Hem millî derdestlik hem de milletlerarası derdestliğin amacının müşterekliği bir önceki paragrafta belirtildi: Hukukî yarar yokluğu, usûl ekonomisi ve pratik düşünceler, çelişkili kararların önüne geçmek. Ancak zikredilen amaçların örtüşmesinden söz edebilmek için bir ön koşul vardır; o da yabancı ülke mahkemesince verilecek kararın Türkiye'de tanınıp tenfiz edilebilir olması gereğidir. Aksi halde, örneğin yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tanınamayacağı durumda, bilhassa davalının Türkiye'de de malvarlığı varsa, davacının aynı davayı Türk mahkemelerinde açmasında hukukî yararı vardır. Dolayısıyla derdestliğin dikkate alınmasının temel sebebi ortadan kalkar. Yabancı ülke mahkemesince verilecek kararın tanınıp tanınamayacağını da, kesin olarak önceden söylemek mümkün değildir. Şu halde yabancı mahkeme kararının ülke içerisindeki etkisine ilişkin söz konusu belirsizlik nedeniyle ortaya çıkan farklılık, 114'üncü maddenin doğrudan uygulanmasına engel teşkil eder. Bu noktada ikinci aşama olarak kıyasen uygulanmanın mümkün olup olmadığı ele alınmalıdır.

Kıyas yahut analogi, temeli Aristo'ya kadar dayanan ve her bir kavramın bilhassa tanımlanmasında önemli olan klasik akıl yürütmenin bir türüdür⁷⁸³. Teknik bir terim olarak kıyas ise, belli bir fiili durum için konulmuş kuralın, o duruma benzeyen fakat hakkında hüküm bulunmayan başka bir duruma da uygulanmasıdır⁷⁸⁴. Diğer bir ifadeyle, teleolojik sebeplerle bir normun uygulama alanının, onun lafzına aykırı olmamak kaydıyla genişletilmesi ve başka bir durumu da kapsar hale getirilmesidir⁷⁸⁵. Latince *ubi eadem ratio ibi idem ius* şeklinde ifade edilen ve şartlar aynı ise hükmün de aynı olması gerektiğini⁷⁸⁶ belirten prensibin somut olaylar ve hukuk kuralları çerçevesinde uygulanmasıdır⁷⁸⁷. Atılma faaliyetinin başarılı bir şekilde tamamlanabilmesi için, somut ihtilâfa ilişkin vakıalar ile normun öngördüğü koşul vakıaların örtüşmesi gerekir. Kıyastan söz edilmesi ise mutlaka farklı bir unsurun daha varlığı anlamına gelir ve farklı unsura rağmen normun uygulanabilmesinin, normların aynı amacı taşımasına bağlı olduğu belirtilir⁷⁸⁸. Şu halde kıyas yoluna başvurulabilmesi için; öncelikle yasaların bugüne kadar bilinen doğrudan anlamı ile somut bir olaya uygulanacak hukuk kuralı bulunmamalı, ancak benzer şartları taşıyan başka bir olay için bir hüküm bulunmalıdır. İkincisi, her iki kurumun amacı aynı olmalıdır⁷⁸⁹.

Millî derdestlik halleri ile milletlerarası derdestliğin amaçları, yabancı ülke mahkemesince verilecek kararın tanınması koşuluyla müşterektir. Davaların aynı

⁷⁸³ **Romeo**, Francesco, Analogie-Zu einem relationalen Wahrheitsbegriff im Recht, Ebelsbach 1991, s. 40. Bu çerçevede, tümünden gelim ve tüme varımdan farklı olarak özelden özel hakkında sonuç çıkarmaya yarar.

⁷⁸⁴ **Gözler**, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998, s. 173.

⁷⁸⁵ **BK-Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1 ZGB, para. 376.

⁷⁸⁶ Bkz. **Türk Hukuk Lûgatı**, Ankara 1991, s. 571.

⁷⁸⁷ **Broom**, Herbert, Selection of Legal Maxims, Philadelphia 1852, s. 130.

⁷⁸⁸ **Romeo**, s. 77.

⁷⁸⁹ **Hemke**, Katja, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, Berlin 2006, s. 45; **Dohm**, s. 277.

olup olmadığı da yine benzer şekilde⁷⁹⁰ incelenir. Burada yalnızca yabancı mahkeme kararının tanınip tenfiz edilebilirliği ilave unsur teşkil eder. Şu halde millî derdestlik için öngörülen sonucun, yabancı mahkeme kararının tanınip tenfiz edilebilirliğine ilişkin öngörü koşulu ile milletlerarası derdestlik hallerine de kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı belirlenmelidir. Yukarıda belirtildiği üzere, tenfiz edilmesi mümkün olmayan bir kararın ortaya çıkacağıının bilinmesi halinde davacının Türk mahkemelerinde de dava açmakta hukukî yararı vardır. Böyle bir halde usûl ekonomisi ileri sürülerek de karşı konulamaz, zira aksi kabul hem Anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen hak arama hürriyetinin aşırı sınırlanması olur. Ne yazık ki, hükmün tanınip tanınamayacağı hüküm ortaya çıkıncaya kadar bilinemez. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinde öngörülen sonuç doğrudan uygulanır ve dava reddedilir, daha sonra yabancı ülke mahkemesince de usûlden bir ret kararı gelir, yahut kararın Türkiye'de tanınması ve tenfizine engel teşkil eden bir sebep ortaya çıkar ve bu arada zamanaşımı süresi dolacak olursa, davacı aslında Türk mahkemelerine zamanaşımı süresi içerisinde başvurmuşken engellenmiş ve neticede hak kaybına uğramış olur. Ayrıca hükmün tanınamayacağı ortaya çıkınca ikinci bir dava açılması usûl ekonomisine de uygun olmaz.

Milletlerarası derdestlik bakımından kıyasen uygulanabilmesi akla gelebilecek diğer hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165'inci maddesidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165 inci maddesi, bekletici mesele kurumunu düzenlemektedir. Bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve davanın sonuçlandırılabilmesi için, mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle, görevli makamca çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken sorunlara, bekletici mesele

⁷⁹⁰ Aynılık yerine benzerlik denilmesinin sebebi, yabancı ülkede derdestliğin hangi anda ortaya çıkacağıının tabiatıyla o ülke kurallarına göre belirlenecek olması, diğer bir ifade ile yabancı ülke hukukunun bu manadaki rolüdür.

denir⁷⁹¹. Bekletici mesele kurumunun amacı da yine çelişkili kararlardan kaçınmak ve aynı meselenin iki kez incelenmesini önleyerek usûl ekonomisine hizmet etmektir⁷⁹². Ancak burada bilhassa vurgulanması gereken husus bekletici mesele teşkil edecek hususların mahkemenin görevine girmiyor olmasıdır⁷⁹³. Oysa milletlerarası derdestlik halinde, Türk mahkemesinin esas itibariyle görev alanına giren bir uyuşmazlık vardır. Şu halde milletlerarası derdestliğe nazaran hizmet ettikleri amaçları aynı olsa da varlık koşulları farklı olan bir kuruma ilişkin hükmün doğrudan veya kıyasen uygulanmasından söz etmek mümkün olmaz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinde olduğu gibi burada da yine amaçların örtüşebilmesi de esasında yabancı ülke mahkemesince verilecek kararın Türkiye'de tanınabilirliği koşuluna bağlıdır.

Netice itibariyle milletlerarası derdestlik açısından ne doğrudan ne de kıyasen uygulanabilecek bir hüküm mevcut değildir. Şu halde dikkate alınabilecek iki ihtimal kaldı. İlki Türk kanun koyucusunun bilerek ve isteyerek milletlerarası derdestlik konusunu düzenlemediği, zira dikkate alınmamasını istediğidir; ikincisi ise, gerçek manada bir hukuk boşluğu olduğudur.

Milletlerarası derdestlik itirazının egemenlik yetkisi sebebiyle dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin görüş, esas itibariyle bilinçli susma halini kabul etmektedir.

Hukuk politikası açısından öncelikle şu tespit vurgulanmalıdır: Gelişen milletlerarası ilişkiler ve sınır aşan uyuşmazlıkların sıklığı karşısında, devletlerin kapılarını dünyaya kapatarak hareket edebilmesi mümkün ve yerinde değildir. Aynı durum yabancı bir ülke mahkemesinde gerçekleşen yargılamanın dikkate alınması hususunda da geçerlidir. Şu halde, şayet devlet açıkça bir düzenleme ile kapılarını

⁷⁹¹ Pekcanitez, Hakan, "Bekletici Mesele", EÜHFD 1980/I, s. 252.

⁷⁹² Zöller/Greger, Art. 148, para. 1; Musielak/Stadler, Art. 148, para. 1; MüKo-ZPO/Wagner, Art. 148, para. 1; Stein/Jonas/Roth, Art. 148, para. 3.

⁷⁹³ Pekcanitez, Bekletici Mesele, s. 268.

kapatmışsa⁷⁹⁴ –ki zikrettiğimiz gibi bugün için böyle bir anlayış yerinde olmaz– ancak o halde egemenlik itirazı, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar açısından dikkate alınmalı, aksi takdirde değerlendirme, pratiklik ve usûl ekonomisini, milletlerarası özel hukuk adaletini, bu manada tarafların meşru beklentileri ile milletlerarası karar ahengini gözeterek yapılmalıdır⁷⁹⁵. Dolayısıyla Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin dikkate alınmasına ilişkin kıyas yolu ile dahi uygulanabilen bir hüküm olmadığı kabul edilince, bunun doğrudan sonucu, yabancı mahkemede davanın dikkate alınmaması olmamalıdır. Kanun koyucunun iradesi de bugünkü koşullar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Pozitif hukuk açısından ise şu değerlendirme yapılır: Yabancı mahkemede derdest davanın dikkate alınmaması için egemenlik yetkisi itirazını ileri süren görüşlerin hareket noktası, meseleyi kesin hüküm etkisi ile karşılaştırıp, derdestlik ve kesin hüküm itirazının aynı çerçevede ele alınması düşüncesidir. Buna göre her iki kurum da, çelişkili kararların ortaya çıkmasını engellemeye çalışmaktadır, derdestlik yalnızca *ne bis in idem* prensibine dayanan maddi anlamda kesin hükmün bir ön safhasıdır. İşte, nasıl yabancı mahkeme kararlarına ülke içinde etki tanınması, egemenlik hakkı sebebiyle özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyuyorsa ve bu tanıma-tenfiz hükümleri ile gerçekleştirilmişse, yabancı mahkemede davanın etkisinin ülke içine uzanabilmesi için de benzer bir hüküm olması gerekir⁷⁹⁶. Böyle bir hüküm bulunmaması ise, kanun koyucunun buna imkan tanımak istemediği anlamına gelir.

Söz konusu görüşün ilk kısmına katılmayı zaruri görüyoruz. Zira yabancı mahkemece verilmiş bir hükmün etkilerini, yine kararı veren ülkenin hukuku belirler. Bu nedenle söz konusu etkilerin başka bir ülke içinde de tanınabilmesi, etki doğurması istenen ülkenin hukukunda yasal bir düzenlemeyi zorunlu kılar. Ancak

⁷⁹⁴ Örneğin İtalyan eski Medenî Usûl Kanunu'nun 3'üncü maddesi ile yapılan budur.

⁷⁹⁵ Bkz. yuk. s. 68 vd.

⁷⁹⁶ **Schütze**, ZZP 104, s. 146, **Schütze**, NJW 1963, s. 1487.

yabancı derdestliğin dikkate alınması halinde, derdest olmanın kendisi dışında yabancı ülke mahkemesinin derdestliğe bağladığı maddi ve usûli sonuçların başka bir ülkeye de erişmesi söz konusu değildir. Bu manada derdestliğin ortaya çıkması ile onun etkilerini ayırmak gerekir. Yabancı bir mahkemede derdest olan davanın aynı olup olmadığı da dahil, derdestliğin koşulları, maddi ve usûli etkileri ile sonuçları Türk hukukuna göre belirlenir. Burada yabancı bir usûl hukukun uygulanması değil, yabancı bir ülkede gerçekleşmiş vakianın (dava açılması), Türk usûl kurallarının uygulanması bakımından dikkate alınması söz konusudur. Yoksa Türk mahkemesinin yabancı ülke kurallarına göre işlem yapması, onun egemenlik yetkisinin ülke içerisine uzanması söz konusu değildir. Dolayısıyla Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin dikkate alınmasına ilişkin kıyas yolu ile dahi bir hüküm olmadığı kabul edilse dahi, bunun doğrudan sonucu, yabancı mahkemede davanın egemenlik gerekçesi ile dikkate alınmaması olamaz. Kesin hüküm açısından mevzu bahis olan egemenlik itirazının, yabancı ülkede dava açıldığı vakiasını tespit etmek dışında bütün etkileri ve koşulları bakımından hâlâ Türk hukukuna tabi derdestlik açısından dikkate alınması mümkün değildir.

Netice olarak elimizde bilinçli olarak nitelendirilemeyecek bir susma hali ve kurum ile aynı amacı taşıyan ancak yabancı mahkeme kararının tanınıp tenfiz edilmesindeki belirsizlik nedeniyle kıyasen uygulama imkanı bulunmayan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesi ve varlık sebebi mahkemenin yetkisizliği olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165'inci maddesi mevcuttur. Şu halde ortaya çıkan bu hukuk boşluğunun, Medenî Kanun'un 1'inci maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde nasıl doldurulacağı ve 114'üncü ve 165'inci maddelerin nasıl ve ne derecede dikkate alınacağı belirlenmelidir. Tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan uyuşmazlık, yabancı bir ülke mahkemesinin önüne getirildikten sonra Türk

mahkemelerinin de önüne getirilmek istenecek olursa, kanaatimizce yaratılacak hukuk ve uygulama şu şekilde olmalıdır:

Medenî Kanun'un 1'inci maddesi gereğince hukuk yaratma yoluna gidecek olan hâkim, somut duruma uygulanmak üzere genel bir kural belirler. Kuralı tespit ederken, hem milletlerarası karar ahengini hem de tarafların meşru beklentilerini dikkate alır, ayrıca pratiklik ve usûl ekonomisi boyutu ile de konuyu inceler.

Öncelikle pratiklik ve usûl ekonomisi açısından yapılacak değerlendirmede; tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan ikinci bir davanın tekrar açılması hem taraflar açısından ilave bir emek ve zaman harcaması anlamına gelir hem de ikinci mahkeme, muhtemelen kendisinden daha önce bitecek uyuşmazlığa, tanıma sebebiyle belki kesin hüküm dahi veremedi, gereksiz yere zaman, para ve iş gücü harcamış⁷⁹⁷ olur. **Schüzte**'nin belirttiği gibi, yalnızca ortaya çıkan maliyetleri tarafların yüklendiği ve kendileri istiyorsa buna müsaade edilmesini söylemek mümkün değildir. Zira, her iki taraf da iki ayrı mahkemede yargılama istese dahi, yargı sistemi üzerindeki yük mutlaka değerlendirmeye alınmalıdır. Tabiatıyla yabancı ülke mahkemesinde yargılamanın daha önce başlaması halinde bu geçerlidir. İkinci safhada, tarafların meşru beklentileri incelenmelidir. Taraflardan biri yahut her ikisi de paralel yargılamayı isteseler dahi, bu taleplerinin meşru olarak kabul edilebilmesi, bu noktada hukukî yararlarının olmasına bağlıdır. Aynı yargılamanın iki ülkede birden görülmesi hususunda hukukî yarar ise ancak yabancı mahkemelerden verilecek kararların diğerinde tanınması ve tenfizinin mümkün olmaması halinde–tarafların kararı o ülkelerde de icra etmek istemelerini gösterecek malvarlıklarının bulunması gibi geçerli sebepler de bulunmak kaydıyla– söz konusu olur. Salt ideal yahut

⁷⁹⁷ 2012 yılı itibariyle TÜİK verilerine göre, Türk hukuk mahkemelerinin yılda toplam 2.797.566 dava ile ilgilendikleri ve 1.707.410 karar verdikleri dikkate alındığında iş gücünde artışa sebep olacak her durumun mahkemeye erişim hakkını engellemek kaydıyla ciddi şekilde ele alınması gereği aşıkardır. Veriler için bkz. http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?alt_id=1070 (son erişim tarihi: 25.7.2014).

ekonomik yarar hukukî yararın mevcudiyeti için yeterli olmaz. Üçüncü husus milletlerarası karar ahengi bakımından yapılacak değerlendirmedir. Paralel yargılamanın iki farklı ülkede devam etmesi halinde, farklı yargılamalar neticesinde farklı ve en önemlisi çelişkili kararların çıkması muhtemeldir. Bu ise karar ahengine bizzat çelişkili kararlar ile ciddi zarar verir. Şu halde pratiklik, usûl ekonomisi, tarafların meşru beklentileri ve karar ahengi dikkate alındığında, Türk hukukunda kıyas yolu ile dahi uygulanacak hüküm bulunmamasına rağmen Türk hâkimi, Medenî Kanun'un 1'inci maddesinden aldığı yetki ile milletlerarası derdestliği dikkate almalıdır. Bu ihtimalde çözülmesi gereken sorun, genel ve objektif hukuk kuralının nasıl belirlenmesi gerektiğidir.

Kanaatimizce burada İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 9'uncu maddesinde yer alan çözüm yolu benimsenmelidir. Buna göre hâkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinde, derdestlik için aranan koşulları da dikkate alarak yabancı mahkeme kararının, tanınıp tenfiz edilebilir olacağı öngörüsünde bulunuyorsa, milletlerarası derdestliği de re'sen veya tarafların itirazı üzerine dikkate almalıdır. Ancak davacının hak arama hürriyeti de dikkate alınarak hak kayıplarına neden olmamak adına, söz konusu tanınabilirlik sadece bir tahmine dayandığı için davayı hemen reddetmemeli, yabancı mahkeme kesin bir karar verinceye kadar bekletmelidir. Yabancı mahkeme kesin kararını verdikten sonra, söz konusu karar tanınıp tenfiz edilebilir ise –henüz daha tanınmadığı aşamada hukukî yarar, tanımadan sonra kesin hüküm sebebiyle– davayı reddetmelidir. Aksi takdirde davayı görmeye devam etmelidir. Bu durumda hem usûl ekonomisine aykırı hareket edilmemiş olur, hem mahkeme hem de davalı ilave zaman ve para harcamaz, ayrıca çelişkili kararların önüne geçilir.

D. Hukukî Korunma ve Dava Türleri

Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından, ilgililerin mahkemeden isteyebilecekleri hukukî korumalar ve dava türleri açısından *lex fori* uygulanır⁷⁹⁸.

Başka bir anlatımla, taraflar, Türk hukukuna yabancı bir taleple gelemezler. Bu nedenle, tespit davası açılabilmesi ve koşulları, vadeden önce ifa davası açılabilmesi koşulları, terditli dava veya kısmi dava açılma koşulları hâkimin hukukuna göre belirlenir⁷⁹⁹.

Aslında bir eda davası olan müdahalenin meni davaları açısından ise hangi hukukun uygulanacağı konusu tartışmalıdır⁸⁰⁰. **Schack**'a göre müdahalenin meni davaları, tespit davalarından farklı olarak, salt bir hukukî çare değildir⁸⁰¹. Bilâkis, bu dava, *lex causae*'nin belirlediği, müdahalenin meni talebine ilişkin bir hakkın varlığına ihtiyaç gösterir⁸⁰². Bu nedenle müdahalenin meni davasının açılabilme koşulları ve temeli *lex causae*'ya tabidir⁸⁰³. Buna karşılık, bizim de katıldığımız hâkim anlayış, müdahalenin meni davasının kabul edilebilirlik şartlarının *lex fori*'ye, hukukî temelinin ise *lex causae*'ya tabi olması gerektiği yönündedir⁸⁰⁴. Müdahalenin meni davaları açısından, diğer eda davalarından farklı yorum yapılmasını gerektirecek bir husus mevcut değildir. Mahkemenin hukuku, yapma yönünde bir eda emri verilmesine imkan tanıyorsa, müdahalenin meni davası da açılabilir. Ancak, *lex causae*, müdahalenin menini isteme hakkı öngörmemişse, dava, bu tür bir talebin caiz olmaması sebebiyle usûlden değil, esastan reddedilir.

⁷⁹⁸ **Schack**, IZVR, s. 226; **Nagel/Gottwald**, s. 316; **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 94; **Geimer**, s. 909.

⁷⁹⁹ **Schack**, IZVR, s. 226; **Geimer**, s. 909; **Rixen**, s. 109.

⁸⁰⁰ **Geimer**, s. 910; **Schack**, Haimo, "Das internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten", BerDGVR 1992, s. 358; **Böhm**, s. 121.

⁸⁰¹ **Schack**, BerDGVR 1992, s. 350.

⁸⁰² **Schack**, BerDGVR 1992, s. 350. Aynı yönde bkz. LG Frankfurt, Urt. 22.4.1994 – 2/19 O 235/91, NJW-RR 1994, s. 1493.

⁸⁰³ **Schack**, BerDGVR 1992, s. 350.

⁸⁰⁴ **Geimer**, s. 910; **Böhm**, s. 121.

Ayrıca, yeni bir hukukî durumun yaratılması veya değiştirilmesi yahut ortadan kaldırılması amacıyla inşai dava açılmasının gerekip gerekmediği konusunda da *lex causae* uygulanır⁸⁰⁵. Örneğin, Fransız Medenî Kanunu'nun 1304'üncü maddesine göre, hata, hile ve tehdit sebebiyle hukukî işlemin iptal edilebilmesi için, hukukumuzdan farklı olarak, yalnız bu yönde bir irade beyanında bulunulması yetmez⁸⁰⁶, ayrıca, bir iptal davası açılması gerekir. Esasına Fransız hukuku uygulanan bir sözleşmenin, hata sebebiyle iptal edilmesi gerekirse, ilgili tarafın dava açmasına izin verilmemesi söz konusu olamaz. Zira, bu halde artık Fransız usûl kuralları değil, maddi hukuk hükmünün bir unsuru uygulanır. Yoksa, davanın artık Fransız usûl hukuku hükümlerine göre yürütülmesi mevzuu bahis değildir. Bu yenilik doğurucu hakların sınırlı sayıda olması ilkesine de aykırı değildir⁸⁰⁷. Zira, bu durumda, artık Türk kanunlar ihtilâfi kuralının gönderdiği yabancı maddi hukuk buna izin vermektedir⁸⁰⁸.

Mahkeme kararlarına karşı istinaf ve temyiz yoluna ilişkin hükümler açısından da mahkeme kendi hukukunu uygular⁸⁰⁹.

E. Yargılamanın Dili

Yargılamanın dili, kabul ettiğimiz temel ölçüt bağlamında⁸¹⁰, salt yargılamanın yürütülmesi ile ilgisi, pratiklik ve usûl ekonomisi düşüncesi, milletlerarası karar ahengine zarar verilmeyecek olması karşısında *lex fori* 'ye tabidir⁸¹¹.

⁸⁰⁵ **Schack**, IZVR, s. 226; **Geimer**, s. 910. Hukukumuzda boşanma, evliliğin iptali ve butlanı, babalık davası, soy bağının reddi, aile malları ortaklığının feshi, evlatlık ilişkisinin kaldırılması, paylı ortaklığın giderilmesi, ölüme bağlı tasarrufların iptali ve tenkisi, anonim şirket genel kurul kararının iptali birer inşai dava örneğidir. Diğer örnekler ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Önen**, Ergun, İnşai Dava, Ankara 1981, s. 64 vd.

⁸⁰⁶ **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014, s. 412; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, İstanbul 2010, s. 436.

⁸⁰⁷ **Geimer**, s. 911; **Önen**, İnşai Dava, s. 12. Yenilik doğuran hakların sınırlı sayıda olmamasına rağmen yenilik doğuran dava haklarının sınırlı sayıda olduğu yönündeki görüş için bkz. **Buz**, Vedat, Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 85, 187.

⁸⁰⁸ Topluluk davaları aşağıda dava takip yetkisi içerisinde değerlendirilmiştir. Bkz. aşağıda s. 148 civarı.

⁸⁰⁹ **Jaeckel**, s. 84.

Türk mahkemelerinde yabancı dilin kullanımına ilişkin temel normatif dayanağı Anayasa teşkil etmektedir. Anayasa'nın 3'üncü maddesine göre resmî dil Türkçe'dir. Söz konusu hüküm gereğince devletin egemenlik yetkisini kullanan mahkemelerin yabancı bir dil üzerinden yargılamayı gerçekleştirmesi mümkün olmadığı gibi taraflar anlaşarak da yargılamanın farklı bir dil üzerinden yürütülmesini kararlaştıramaz⁸¹². Bunun anlamı Türk mahkemeleri –esasen hâkim– Türkçe konuşur ve yazar⁸¹³.

İletişime engel olmadığı müddetçe İstanbul Türkçesi aranmaksızın dialektlere de izin verilebilir⁸¹⁴; ancak Türkçe dışında bir dil kullanılamaz. Buna göre, mahkemeye verilecek bütün dilekçeler, belgeler, yargılamaya katılan üçüncü kişilerin sunacağı belgeler de dahil, diğer ispat araçları, mahkemenin kararları, tutanaklar, davetler, tebligatlar⁸¹⁵ Türkçe olmak zorundadır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 223'üncü maddesinde, yabancı dildeki belgenin de mahkemeye getirilebilmesine, Türkçe tercümesinin de eklenmesi kaydıyla müsaade edilmiştir. Alman hukukundakinin⁸¹⁶ aksine, tercümenin eklenmesi konusunda hâkime bir takdir hakkı da tanınmamıştır. Dilekçeler de, kanunda öngörülen koşulları taşımak kaydıyla,

⁸¹⁰ Bkz. yuk. s. 68 vd.

⁸¹¹ **Zöller/Geimer**, IZPR, para. 23; **Riezler**, s. 43.

⁸¹² **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 404; **Hau**, Wolfgang, "Fremdsprachengebrauch durch deutsche Zivilgerichte- vom Schutz legitimer Parteiinteressen zum Wettbewerb der Justizstandort", Liber Amicorum Klaus Schurig zum 70. Geburtstag, München 2012, s. 51; **Atalı**, Davada Yabancı, s. 557; **Kuru**, C. I, s. 146. Kanaatimizce egemenlik prensibi burada da tek başına devletin resmî dilinin uygulanmasının dogmatik temeli olamaz, zira pek tabii devlet yine egemenlik yetkisini kullanarak bazı yargılamalar açısından farklı bir dilin uygulanmasını kararlaştırabilir. Örneğin Almanya'da bu yönde bir yasa teklifi mevcuttur. Bkz. dn. 819.

⁸¹³ Almanyada *Gerichtsverfassungsgesetz*'in 184'üncü maddesinde yer alan "Mahkemenin dili Almandır" ifadesinin incelenmesi için bkz. **Laessig**, Curt L., *Deutsch als Gerichts- und Amtssprache*, Berlin 1980, s. 16 vd.

⁸¹⁴ **Schneider**, Egon, "Deutsch als Gerichtssprache", MDR 1979, s. 534.

⁸¹⁵ Tebligatlar açısından 1954 tarihli Hukuk Usûlüne Dair Lahey Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinin ikinci fıkrası, yurt dışında bir kimseye gerçekleştirilecek tebligat ilgili ülkenin dili ve iki ülkenin kararlaştırdığı ortak dil dışında bir içeriğe sahipse, belgenin tercümesinin de eklenmesinin öngörülmektedir. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=33 (son erişim tarihi: 5.8.2014).

⁸¹⁶ **Armbrüster**, Christian, "Fremdsprachen in Gerichtsverfahren", NJW 2011, s. 813.

tercümesi eklenerek verilebilir⁸¹⁷. Türkçe tercüme olmaksızın verilen dilekçeler mahkemece dikkate alınmamalıdır⁸¹⁸.

Alman hukukunda haklı olarak ileri sürülen bir görüş, ilgili kişiler, dile ilişkin zorluklar sebebiyle usûl hukukuna ilişkin kesin bir sürede yapılması gereken işlemi gerçekleştirememişse, kanunda öngörülen usûl çerçevesinde ilgili kişiye eski hale getirme imkanı tanınması, hâkimin bu hallerde bilhassa daha müsamahakar davranması gerektiği yönündedir⁸¹⁹. Buna karşılık maddi hukuka ait süreler açısından uygulanacak maddi hukuk hükümlerine göre hareket edilir⁸²⁰.

Yargılamanın dilinin Türkçe olması, duruşmaların aleniyetinin sağlanması açısından da önemlidir⁸²¹.

Tanıklar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 263'üncü maddesi uyarınca, Türkçe bilmemeleri halinde tercümanla dinlenebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde ceza yargılaması için, gerektiğinde ücretsiz tercüman sağlama

⁸¹⁷ Aksi yönde görüş için bkz. **Umar**, s. 123.

⁸¹⁸ Karş. **Geimer**, s. 916; **Schneider**, MDR 1979, s. 534; BAG, Urt. 19.3.1996 – 9 AZR 656/94, ZIP 1996, s. 2031; KG, Urt. 8.10.1985 – 1 W 3483/85, OLGZ 1986, s. 125. Bir görüş, şayet taraftan tercüme masraflarını karşılamanı beklemek makul değilse, acil durumlarda mahkemece re'sen de tercümenin sağlanacağını iddia etmektedir. Ancak bu konuda ayrı bir açıklama ve istisna getirmenin yerinde olmadığı, adli yardım hükümleri çerçevesinde hareket etmenin yeterli olacağı kanaatindeyiz.

⁸¹⁹ **Schack**, IZVR, s. 244; **Nagel/Gottwald**, s. 312; **Armbrüster**, NJW 2011, s. 813; **Geimer**, s. 916; BGH Urt. 14.7.1981 – 1 StR 815/80, NJW 1982, s. 582. Alman hukukunda son dönemde yoğun olarak, Almanya'nın diğer tahkim yerleri ile olan rekabette bir adım öne geçmesini sağlamak ve milletlerarası ticari uyuşmazlıkların çözüm yeri haline getirmek; uyuşmazlığın çözüm yerine paralel olarak tarafların muhtemelen Alman hukukunun uygulanmasını da öngörecektir olmaları nedeniyle Alman teşebbüslerine avantaj sağlamak için eyalet mahkemeleri bünyesinde milletlerarası ticari davalar ile yetkili daireler kurulması ve söz konusu eyalet mahkemesi bünyesindeki dairede, tarafların da isteği üzerine yargılamanın İngilizce yürütülebilmesine olanak sağlamak amacıyla bir kanun teklifi parlamentoya sunulmuştur. Kanun teklif metni için bkz. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/012/1801287.pdf> (son erişim tarihi: 15.9.2014). Teklife ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Hilgard**, Mark, Englisch als Gerichtssprache, <http://betriebs-berater.ruw.de/wirtschaftsrecht/collection/Englisch-als-Gerichtssprache-auf-die-Ausgestaltung-des-Verfahrens-kommt-es-an-23031> (son erişim tarihi: 5.8.2014); **Armbrüster**, NJW 2011, s. 812 vd.; **Armbrüster**, Christian, "Englischsprachige Zivilprozesse vor deutschen Gerichten?", ZRP 2011, s. 102 vd.; **Illmer**, Martin, "Ziel verfehlt- Warum Englisch als Verfahrenssprache in 1062 § ZPO zuzulassen ist", ZRP 2011, s. 170 vd.; **Remmert**, Andreas, "Englisch als Gerichtssprache: Nothing ventured, nothing gained", ZIP 2010, s. 1579 vd.; **Ewer**, Wolfgang, "Das Öffentlichkeitsprinzip – ein Hindernis für die Zulassung von Englisch als konsensual-optimaler Gerichtssprache?", NJW 2010, s. 1323 vd.

⁸²⁰ **Schack**, IZVR, s. 244; **Hau**, s. 50.

⁸²¹ **Schack**, IZVR, s. 244.

zorunluluğu bulunmasına rağmen, medenî yargılama açısından böyle bir zorunluluk getirilmemiştir. Bu çerçevede tercüme ve tercüman⁸²² giderlerini de yargılama giderleri çerçevesinde tarafların karşılaması gerekir. Söz konusu gider yatırılmazsa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 324'üncü maddesi uyarınca ilgili taraf söz konusu delilin ikamesinden vazgeçmiş sayılır. Ancak Türkçe bilmeyen ilgililerin, giderlerinin taraflarca karşılanması kaydıyla tercümandan yararlanmalarına izin verilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi kapsamında devletin ödevidir. Zira, yargılamaya katılan ilgilinin, onun işleyişini takip edemeden adil yargılandığından söz etmek mümkün olmaz⁸²³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, medenî yargı açısından tercüman sağlanmasına ilişkin bir hüküm yer almamasına rağmen⁸²⁴, bir görüş, anayasalardaki eşitlik hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ayrımcılığa ilişkin hükümle birlikte adil yargılanma hakkının ele alınması halinde, yabancı tarafın tercüman giderlerine mahkum edilmesinin de sözleşmeye aykırı olacağını savunmaktadır⁸²⁵. Fakat eşitlik kuralı yahut ayrımcılık yasağı, eşite eşit farklıya ise farklılığı oranında farklı muameleyi gerektirdiğinden, geçerli dile hâkim olmayan bir kimsenin özel hukuktan kaynaklanan bir uyuşmazlık açısından ilave tercüme ve tercüman giderine katlanmak zorunda olması, ayrımcılık yasağının ihlali anlamına gelmez⁸²⁶. Kanaatimizce burada, genel kurallar çerçevesinde adli yardım mekanizmasının daha sağlıklı işletilmesi yeterlidir.

⁸²² Yazılı metinlerin Türkçe olarak mahkemeye sunulması açısından "tercüme", sözlü olarak gerçekleştirilen beyanların aktarılması açısından ise "tercüman" kavramını kullanıyoruz.

⁸²³ **Schack**, IZVR, s. 243; **Armbrüster**, ZRP 2011, s. 102; **Umar**, s. 123; **Laessig**, s. 53-54. Nitekim hukukî dinlenilme hakkının üç unsurunu teşkil eden bilgilendirilme, açıklama yapabilme ve açıklamaların dikkate alınması, dil bilgisi yahut tercüme olmadan gerçekleşemeyecektir. **Ingerl**, Reinhard E., Sprachrisiko im Verfahren- Zur Verwirklichung der Grundrechte deutschkundiger Beteiligten im Gerichts- und Verwaltungsverfahren, München 1988, s. 55-56.

⁸²⁴ **Nagel/Gottwald**, s. 311; **Hau**, s. 52; **Geimer**, s. 916; **Leipold**, Dieter, "Zum Schutz des Fremdsprachigen im Zivilprozess", FS Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Wien 1993, s. 297.

⁸²⁵ **Leipold**, Fremdsprachigen, s. 298 vd.; **Geimer**, Reinhold, "Anmerkung- OLG Hamm, Urt. 8.2.1989 – 8 UF 72/88", NJW 1989, s. 2202; **Schneider**, MDR 1979, s. 534.

⁸²⁶ **Linke/Hau**, s. 147; **Atalı**, Davada Yabancı, s. 557.

Yemin delili açısından ise, kanunda açık bir düzenleme yoktur. Ancak giderleri yemin deliline dayanan tarafça karşılanmak üzere yeminin başka bir dilde edası ve ilgili tarafın tercüman vasıtasıyla dinlenmesi mümkün kabul edilmelidir⁸²⁷.

Anayasa'daki mevcut hüküm ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dikkate alındığında, Türk mahkemesinde hem mahkemece yapılacak işlem ve alınacak kararların Türkçe olması hem de tarafların Türkçe dışında gerçekleştirdikleri işlemler için tercüme veya tercüman giderlerini karşılayarak, söz konusu işlemlerin dava dosyasına Türkçe olarak da girmesini sağlamayı yüklenmeleri yerindedir.

De lege lata durum bu şekilde iken acaba burada *de lege feranda*⁸²⁸ farklı bir düzenleme gerekir mi sorusu akla gelebilir. Mahkeme huzurunda veya mahkemece başka bir dilde yargılamanın yürütülmesinin gerektiği ve bu nedenle tercümeyle yetinilmesinin yerinde nitelendirilemeyeceği hallerin mevcut olup olmadığı belirlenmelidir. Bilhassa Türk mahkemeleri önünde Türk avukatla temsil edilecek tarafların, avukatların, Türk hâkiminin başka bir dilde konuşması, işlemleri yazılı olarak yapması, Türkçe olan hukuk kurallarını başka bir dilde anlaması, yorumlaması ve tartışmaya çalışmasının gerekip gerekmediği ortaya konulmalıdır. İlk olarak Anayasa'da yer alan hükümden bağımsız olarak, bütün yargı mensuplarının ve hâkimlerin çoğunlukla sadece Türkçe bilmeleri karşısında, yargılamanın farklı bir dil üzerinden yürütülmesi düşünülemez. Burada yasalardan ziyade yargılamaya katılanların kişisel özellikleri sebebiyle –dil bilmemek– sorun çıkmaktadır⁸²⁹. Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1976 tarihli bir kararına karşı görüş yazan hâkim **Geiger**, kişinin ruhsal hastalığı, uyuşturucu madde etkisinde olması, sağır olması, mahkemenin dilini bilmemesi gibi kendisinden kaynaklanan engellerin, devlete bizatihi ödev yükleyen Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı

⁸²⁷ Yılmaz, Ejder, *Medenî Yargılama Hukukunda Yemin*, Ankara 1989, s. 143.

⁸²⁸ Bu konuda kapsamlı inceleme için bkz. Ingerl, s. 55 vd.; Laessig, s. 60 vd.

⁸²⁹ Ingerl, s. 58.

maddesinde düzenlenen adil yargılanma ve onun unsuru olan hukukî dinlenilme hakkının ihlali anlamına gelmeyeceğini, bunların tıpkı kişinin davasını takip etme konusunda yeterli olmaması sebebiyle davasını avukatla temsil etme zorunluluğuna ilişkin hüküm gibi değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür⁸³⁰.

Farklı bir dilde yargılama yapılmasına ilişkin temel öncelik tarafların talepleri sebebiyle ortaya çıkabilir. Mahkemenin diline hâkim olmayan bir tarafın, kendisini gereği gibi savunabilmesi ve davayı kazanabilmesi görece daha zordur. Tercümanla gerçekleştirilecek dinlemelerde de sıkıntı nispeten aşılabılır, ancak tam manasıyla çözülemez. Kanaatimizce bunun ihmal edilebilmesi gerekir. Zira, mahkemenin her durumda tarafın dilini biliyor olması beklenemez, her dil için her yerdeki mahkemelere hâkim tayin edilmesi düşünülemez. Somut davada bilirse dahi farklı dildeki yargılama her hâlükârda gereksiz yere uzar, bu defa da yabancı dili bilmeyen karşı tarafın hukukî dinlenilme hakkı tehlikeye sokulmuş olur⁸³¹. Ayrıca bu, mahkemenin dilini bilmesine rağmen usûli avantaj sağlamak, yargılamayı uzatmak isteyenlerce kötüye kullanılabilir. Keza, kanun yolu incelemesinde de aynı sorunlar tekrar yaşanır.

Hâkimlerin, tarafın talep ettiği dili bildikleri durumda dahi, söz konusu dile hâkimiyetleri bir başka sıkıntıdır. Örneğin, Almanya’da milletlerarası ticaretle ilgili daireler açısından önerilen İngilizce yargılamanın⁸³² Türkiye’de yapılmak istenmesi halinde yargılamanın yürütüldüğü dil olsa olsa “Tingilizce” olur. Akıcı ve yanlış anlamalara müsaade etmeyecek bir yargılamanın gerçekleştirilmesi olası

⁸³⁰ Bkz. BVerfG, Urt. 24.3.1976 – 2 BvR 804/75 içerisinde karşı görüş, para. 55. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv042064.html> (son erişim tarihi: 6.8.2014).

⁸³¹ Bu nedenle hâkim tarafından anında mahkemenin diline tercüme edilmesinin yeterli olduğu şeklindeki görüşe katılmıyoruz. Bu görüş için bkz. **NOMER, USUL**, s. 26.

⁸³² Kanun teklif metni için bkz. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/012/1801287.pdf> (son erişim tarihi: 18.2.2015).

görünmemektedir. Hukukî terimlerin başka bir dilde ifadesi de yine benzer yönden sıkıntı yaratır.

Alenilik açısından çıkacak sorun ise, göz ardı edilebilir. Zira, alenilik esas itibariyle bireylere duruşmada bulunmak için tanınmış bir hak değil, aksine davaya katılan taraflar açısından toplumun yargılamayı izlemesine olanak vererek keyfiyetin önüne geçmek için mevcut bir ilkedir⁸³³. Tarafların talebinin mevcut bulunuyor olması, bu çekinceyi ortadan kaldırır.

Netice itibariyle, mahkemenin yargılamayı başka bir dilde yürütmesi manasında tarafların istekleri göz ardı edilebilir. Ancak adil yargılanma hakkı ve onun unsuru olan hukukî dinlenilme hakkının her durumda etkin olarak sağlanmasından taviz verilmemelidir. Bu manada tercüme ve tercüman masraflarının karşılanması, ceza yargılaması için öngörülene benzer şekilde devlet kasasından gerçekleştirilebilir. Adalet teşkilatı bünyesinde, masrafları taraflarca karşılanacak olsa bile yetkin tercümanlar bulundurulması yahut hizmet alımına imkan veren anlaşmaların yapılması ve mümkün mertebe tercüme hatalarının azaltılmaya çalışılması da bu çerçevede düşünülebilir. Dili bilmeyen bir kimsenin yargılamaya katıldığı hallerde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31'inci maddesinde yer alan hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin hükümden daha fazla yararlanılabilir, hâkim dil bilmeyen kimseyi örneğin isticvap edecekse müteaddit defalar gelmemesinin neticesini söyleyebilir, kesin bir süre vermişse bu ayrıca ve açıkça vurgulayabilir. Ayrıca, hâkim ilgili dili biliyorsa, tercümanın çevirisini, örneğin yabancı tanığın anlattıklarını, serbestçe de takdir edebilmesi, kararını buna dayandırabilmesi gerekir. Nasıl hâkimin raporda yazılı özel ve teknik bilgilerden hareketle bilirkişinin varmış olduğu sonucun yanlış olduğu sonucuna vardığında, bilirkişi raporunun aksine karar

⁸³³ Ewer, s. 1324.

verebileceği kabul ediliyorsa⁸³⁴, tercüman aracılığı ile tarafın veya tanığın dinlendiği hallerde de aynı husus geçerli olmalıdır⁸³⁵. Burada hâkimin kişisel bilgisini kullandığından da söz edilememelidir. Ancak bunun ötesine geçilmesinin, devletin birliği açısından gerekli olduğunu düşündüğümüz millî dil birliğinin egemenlik yetkisini kullanan mahkemelerden kaldırılmasının, toplumun birlikte yaşama motivasyonunu ve dolayısıyla devletin geleceğini de tehdit edebilmesi karşısında hukuk politikası açısından da yerinde olmayacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında, yargılamanın yürütülmesi ile ilgisi, pratiklik ve usûl ekonomisi düşüncesi, milletlerarası karar ahengine zarar verilmeyecek olması karşısında mahkemenin dilinin *lex fori* 'ye tabi olması gerekir.

⁸³⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 432-433; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 791; **Akil**, Cenk, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararının Tahlili”, AÜHFD 2011/3, s. 705; **Tanrıver**, Süha, “Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları”, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, İzmir 2010, s. 589; **Deliduman**, Seyithan, “Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik”, Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, Ankara 2007, s. 311; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt III, İstanbul 2001, s. 2770; **Ulukapı**, Ömer, “Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, Bilirkişilik Sempozyumu Samsun 9-10 Kasım 2001, Ankara 2002, s. 312; **Üstündağ**, s. 754; **Postacıoğlu**, s. 655. Karş. **Pieper**, Helmut, “Richter und Sachverstaendiger im Zivilproessrecht, ZZP 84, s. 30. Ancak Yargıtay hâkimin bilirkişi raporunun aksine karar verebilmesinin mümkün olmadığı yönünde çok sayıda karar vermiştir. Kararlar için bkz. **Tanrıver**, Bilirkişilik, s. 589; **Deliduman**, s. 306; **Kuru**, C. III, s. 2770 vd.; **Ulukapı**, Bilirkişi Raporu, s. 308 vd.

⁸³⁵ Esas itibarıyla tercümanın yargılama içerisindeki konumu tartışmalıdır. Hem tercüman hem de bilirkişi hâkime yardımcı olmaktadır; ancak bilirkişinin raporu, yargılama açısından delil niteliği taşıırken, tercüman yalnızca mahkemenin dilini bilmeyen ile mahkeme arasında anlaşılabilirliği sağlar, dil bilgisi dışında dava malzemesine kendi bilgisi ile bir şey getirmez. Ancak bu, tercümanın da gerektiğinde örneğin bir sözleşmede yahut duruşma içerisinde geçen yabancı bir kelimenin anlamlandırılmasında olabileceği gibi bilirkişi şeklinde hareket edebilmesine mani değildir. **Jessnitzer**, Kurt, Dolmetscher, Berlin 1982, s. 3-5. Nitelendirmenin nasıl yapıldığının pratik bir önemi de vardır. Örneğin, hatalı tercüman faaliyeti sebebiyle zarara uğrayan kimsenin davasını kime yönelteceği buna bağlıdır.

F. Mahkemece Hükmedilecek Para Birimi

I. Genel Olarak

Sözleşmeden doğan para borçlarının⁸³⁶, yabancı ülke para birimi üzerinden ödenmesi kararlaştırılabilir⁸³⁷. Türk Borçlar Kanunu'nun 99'uncu maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası gereğince, tarafların, ödemenin mutlaka yabancı para birimi üzerinden yapılmasını kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi borçluya vade tarihinde yabancı para veya ülke para birimi üzerinden ifade bulunarak borçtan kurtulması noktasında bir seçim yapma imkanı tanımaları da mümkündür. İkinci ihtimalde, borçlu tarafından vadesinde borç ifa edilmezse, alacaklı, dilerse aynen yabancı para birimi üzerinden yahut vade veya fiili ödeme tarihindeki kur üzerinden ödemeyi talep edebilir⁸³⁸. Ancak, maddi hukuk çerçevesinde alacağını yabancı para birimi üzerinden talep edebilecek alacaklının, aynı şekilde, dava yoluyla mahkemeye yabancı para birimi üzerinden talebini yöneltmesi ve mahkemenin bu birim üzerinden hüküm vermesi mümkün müdür meselesi incelenmelidir.

⁸³⁶ Hukukumuzda, bunun dışında kalan haksız fiil yahut sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan tazminat taleplerinin yabancı para üzerinden olamayacağı kabul edilmektedir. **Eren**, s. 974; **Serozan**, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt III, İstanbul 2014, s. 102. Ancak tazminat alacakları açısından da bilhassa adil yargılanma hakkının sağlanması amacıyla yabancı para üzerinden talebin mümkün olması gerektiği hakkında karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeleri de içeren görüş için bkz. **Pekcanitez**, Hakan, Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, İzmir 1998, s. 46 vd. Yargıtay HGK da 2003 tarihinde, "zarar, zarar gören açısından hangi para birimine göre doğmuşsa, o para biriminin tazminat olarak talep edilmesi amaca uygunluk yönünden kabul edilmelidir" şeklinde karar vermiştir. Yargıtay HGK, 10.12.2003, E. 2003/4-754, K. 2003/749, (www.kazanci.com) (son erişim tarihi: 25.2.2015).

⁸³⁷ **Eren**, s. 974; **Serozan**, s. 102; **Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 299; **Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011, s. 588; **Tekinay**, Selahattin S./Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 778.

⁸³⁸ **Eren**, s. 975; **Oğuzman/Öz**, s. 300.

II. Anglo-Sakson Hukuku Yaklaşımı

İngiliz hukukunda uzun yıllar boyunca İngiliz mahkemelerinin İngiliz para birimi dışında bir para birimini üzerinden hüküm veremeyeceği kabul edilmiştir⁸³⁹. Şayet davalı yabancı bir para birimi ile talebini ileri sürmüştü, bu talep mahkemece dava sebebinin ortaya çıktığı tarihteki kura göre sterline çevrilecekti⁸⁴⁰. Bunun sebebi, hükmü icra edecek olan şerifin, yabancı para biriminin değerini bilmesinin ondan beklenemeyecek olması şeklinde ifade edilmiştir⁸⁴¹. Bu kabul o dönemde eleştirilmiş, sözleşmenin yapıldığı anda yabancı para üzerinden ödemenin kararlaştırılması halinde kur farklarına ilişkin artış ve azalışları da tarafların sabitlemiş olacağı, fakat yargılama öncesinde, kararlaştırılan para biriminin sterlin karşısında aşırı değer kazanması üzerine, her nasılsa İngiliz mahkemelerinin de yetkisi olması halinde davayı İngiltere’de açabileceği ve borçluyu zor duruma sokabileceği belirtilmiştir⁸⁴². Nihayet 1976 yılında verilen *Milangos v. George Frank Ltd.*⁸⁴³ kararı ile İngiliz mahkemelerinin sterlin dışında bir para birimine de hükmedebilecekleri kabul edilmeye başlanmıştır⁸⁴⁴. Nitekim İngiliz Usûl Kuralları Bölüm 40B, 10’uncu maddesinde, açıkça yabancı para birimi üzerinden hüküm verilebileceği öngörülmüştür.

⁸³⁹ **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 101. Aynı kural Avustralya hukuku tarafından da zımnen kabul edilmiştir. **Sykes**, Edward I./**Pryles**, Michael C., *Australian Private International Law*, Sydney 1991, s. 634.

⁸⁴⁰ **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 102.

⁸⁴¹ **Morris**, John H., “English Judgment in Foreign Currency: A Procedural Revolution”, *Law and Contemporary Problems* 41/2, s. 44.

⁸⁴² **Morris**, s. 47.

⁸⁴³ Kararın tam metni için bkz.

http://www.vanuatu.usp.ac.fj/courses/LA313_Commercial_Law/Cases/Milangos_v_George_Frank.html (son erişim tarihi: 17.12.2013).

⁸⁴⁴ **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 102; **Morris**, s. 44. Paralel şekilde Avustralya hukukunda da yabancı para birimi üzerinden karar verilebilmesi kabul edilmeye başlanmıştır. **Sykes/Pryles**, s. 635 vd.

Amerika Birleşik Devletleri'nde de daha önceleri hükmün mutlaka dolar üzerinden verilmesi gerektiği kabul edilmekteyken⁸⁴⁵, *Restatement (Third) of Foreign Relations* §823 (1) ile yabancı para birimi üzerinden hüküm kurulabilmesine imkan tanınmıştır⁸⁴⁶.

III. Kıta Avrupası ve Türk Hukukundaki Yaklaşım

Alman hukukunda yıllardır mahkemelerin yabancı para birimi üzerinden hüküm kurabilecekleri, bunun yalnızca borcun içeriğine ve davanın temeline bağlı olduğu kabul edilmektedir⁸⁴⁷. Avrupa Komisyonu tarafından 11.12.1967 tarihinde imzaya açılan Yabancı Para Borçlarına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin ek 5'inci maddesinde, alacaklının dilerse *forum* mahkemesi dışındaki bir ülkenin para birimi üzerinden de alacağını talep edebileceği öngörülmüştür⁸⁴⁸. Yürürlüğe girmesi için en az üç onay gerektiren sözleşme yalnızca dört devlet tarafından imzalanmış ve sadece Lüksemburg tarafından onaylanmıştır⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ **Beal**, Crystal, "Foreign Currency Judgments: A New Option for United States Courts", *Journal of International Law* 19/1, s. 101; **Hay**, Peter, "Fremdwährungsansprüche und -urteile nach dem US-amerikanischen Uniform Act", *RiW* 1995, s. 113; **Dach**, Joseph, "Conversion of Foreign Money", *The American Journal of Comparative Law* 1954/2, s. 156.

⁸⁴⁶ **Beal**, s. 102; **Hay**, *RiW* 1995, s. 116.

⁸⁴⁷ **Schack**, *IZVR*, s. 226; **Zöller/Greger**, Art. 253, para. 13a; **Grothe**, Helmut, *Fremdwährungsverbindlichkeiten*, Berlin 1999, s. 679; **Arend**, Friedrich, *Zahlungsverbindlichkeiten in fremder Waehrung*, Frankfurt am Main 1989, s. 146 vd.; **Hanisch**, Hans, "Umrechnung von Fremdwährungsforderungen in Vollstreckung und Insolvenz", *ZIP* 1988, s. 341 vd.; **Schmidt**, Karsten, "Fremdwährungsschuld und Fremdwährungsklage", *ZJP* 98, s. 40; **Maier-Reimer**, Georg, "Fremdwährungsverbindlichkeiten", *NJW* 1985, s. 2049. İsviçre'de de yabancı para üzerinden dava açılması kabul edilmektedir, hatta İsviçre Federal Mahkemesi 2008 tarihli bir kararında Euro yerine İsviçre Frankı üzerinden açılan davayı reddetmiştir. BGE, 14.1.2008, 4C.258/2006 / 4A_380/2007, http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=de&zoom=YES&type=show_document&hlight_docid=atf%3A%2F%2F134-III-151%3Ade&refresh=1& (son erişim tarihi: 4.9.2014).

⁸⁴⁸ Sözleşmenin tam metni için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/060.htm> (son erişim tarihi: 4.9.2014).

⁸⁴⁹ Onaylayan devletler ve mevcut durum için bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=060&CM=&DF=&CL=GER> (son erişim tarihi: 4.9.2014).

Türk hukukunda genel olarak yabancı para birimi üzerinden mahkemelerin hüküm verebileceği kabul edilmektedir⁸⁵⁰. Yargıtay da davacının yabancı para üzerinden hüküm kurulmasına ilişkin talebine rağmen Türk lirası üzerinden karar veren ilk derece mahkemesi kararını 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 83'üncü maddesi karşısında hükmün yabancı para üzerinden kurulması gerektiğini belirterek bozmuştur⁸⁵¹. Buna karşılık **Kılıçoğlu**, Türk mahkemelerinin yabancı bir para birimi üzerinden hüküm verebilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadır⁸⁵².

Türk Borçlar Kanunu'nun 99'üncü maddesinin ikinci fıkrasında, semenin ülke parası dışında bir para birimiyle ödenmesinin kararlaştırılabileceği açıkça öngörülmüştür. Söz konusu hüküm sayesinde taraflar ülke parasının yabancı paralara göre alım gücünde ortaya çıkacak değişikliklere ilişkin riski iradi olarak belirleyebilmekte, ödemenin yalnızca kararlaştırılan para birimi üzerinden yapılacağını bilmeleri sebebiyle geleceğe ilişkin belirsizliği kısmen bertaraf etmekte ve hukukî kesinliği sağlamış olmaktadır⁸⁵³. Dolayısıyla, ödemenin yabancı para birimi üzerinden yapılması konusunda tarafların korunmaya değer bir menfaati olduğu şüpheden uzaktır. Ancak maddi hukuk boyutunda tarafların hukukî ilişkileri bu şekilde düzenlemelerine rağmen yükümlülüklerin zamanında yerine getirilmemesi üzerine dava açılmasının gerekmesi halinde bu korumadan vazgeçerek mahkemenin yalnızca kendi para birimi üzerinden hüküm kurabileceğini söyleyerek, hükmün icrasına kadar geçecek zaman içerisinde tarafların anlaşmasına aykırı sonuçlar doğurmanın haklı bir gerekçesi olup olmadığı incelenmelidir.

⁸⁵⁰ **Erişir**, Evrim, "Borçlar Kanunu m. 83 f. III ve Türk Borçlar Kanunu m. 99 f. III'e Göre Gerçek Olmayan Yabancı Para Alacağı'nın Aynen veya Türk Lirası Üzerinden Tahsili", DEÜHFD 2010/Özel, s. 877; **Pekcanitez**, Yabancı Para, s. 87; **Ersay**, Yüksel, "Yabancı Para Borçlarının Dava Edilmesi", Prof. Dr. Oral Sander'e Armağan, Ankara 1996, s. 308.

⁸⁵¹ Yargıtay 9. HD, 9.7.1998, E. 1998/10203, K. 1998/12403, www.tazminathukuku.com (son erişim tarihi: 4.9.2014). Aynı yönde Yargıtay HGK, 7.4.1993, E. 1993/13-41, K. 1993/145, **Pekcanitez**, Yabancı Para, s. 87'den naklen.

⁸⁵² **Kılıçoğlu**, s. 586.

⁸⁵³ **Erişir**, Yabancı Para, s. 878-879.

Yukarıda belirtildiği gibi İngiliz hukukunda bir dönem yabancı para birimi üzerinden hüküm kurulamamasının gerekçesi olarak icra makamının döviz kurunu bilmesinin kendisinden beklenemeyeceği gösterilmiştir. Keza ülke parasının devletin egemenlik alametlerinden biri olduğu, devletin egemenlik yetkisini kullanan mahkemelerin, başka bir ülkenin egemenlik alameti olan para birimi üzerinden hüküm kuramaması gerektiği akla gelebilir. İngiliz hukukunda ileri sürülen ilk argümanın bugün için geçerli olduğu söylenemez, zira pek çok ülke parasının karşılık değeri Merkez Bankası'nın internet sayfasından dahi kolaylıkla öğrenilebilir. Ayrıca hukukumuz açısından bu yükümlülük alacaklı tarafa yüklenmiş, icra takibi başlatmak isteyen alacaklı, yabancı para alacaklarında İcra ve İflas Kanunu'nun 58'inci maddesinin üçüncü fıkrası gereği, alacağın Türk lirası karşılığını da göstermek zorunda bırakılmıştır. Söz konusu madde ilamların icrası hakkındaki takipler hakkında hazırlanacak takip talepleri açısından da geçerlidir. Mahkemece yabancı para alacağı için yargılama yapılmasının pratik açıdan çıkaracağı ilave bir zorluk da yoktur. Mahkemenin, bir başka ülke para birimine dayanan talebi dikkate alması ve bu talep gereği karar vermesinin egemenlik ilkesine aykırı olduğu da söylenememelidir. İcra ve İflas Kanunu'nun 58'inci maddesine paralel bir hükmün, dava dilekçesi açısından usûl kanununda yer almaması da bu düşüncüyü destekler niteliktedir. Zira, yabancı para birimi üzerinden dava açılmasını ve hüküm kurulmasını istemeyen kanun koyucunun tıpkı İcra ve İflas Kanunu'nun 58'inci maddesinin üçüncü fıkrasında olduğu gibi bir hükme yer verebileceği şüpheden uzaktır. Açıkladığımız nedenlerden dolayı, Türk hukukundaki hâkim görüşün de haklı olarak ifade ettiği gibi yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yabancı para birimi üzerinden dava açılacağı ve hüküm kurulabileceği kanaatindeyiz. Yabancı para birimi üzerinden de dava

açılabilmesi ve hüküm kurulabilmesi karşısında, para birimi açısından hâkimin hukukunun uygulanması yerinde olur.

4. İspat Kavram ve Kurumları Bakımından *Lex Fori* Prensibinin

Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak İspat Hukuku Açısından Uygulanacak Hukuk Sorunu

İspat süreci, medenî yargılama içerisinde uyuşmazlıkların giderilmesi ve hakların yerine getirilmesinin sağlanması bakımından esaslı noktayı oluşturur. Bu nedenle, yabancı ispat hukukunun, Türk ispat hukuku üzerinde etkisi olup olmadığının yahut etkisinin ne kadar olduğunun araştırılmasının özel bir önemi vardır.

İspat hukuku noktasında uygulanacak hukukun tespiti, daha 14'üncü yüzyılda, o dönem yapılan *litis ordinatória* ve *litis decisoria* ayrımı çerçevesinde hangi gruba dahil olacağı noktasında yapılmıştır⁸⁵⁴. Usûl hukuku açısından olduğu gibi ispat hukuku noktasında da bugüne kadar genel bir ifade ile mahkemenin hukukunun uygulanacağı söylenegelmiştir⁸⁵⁵. Bu çerçevede, ortaya çıkacak vasıflandırma meselesinin de ilk bakışta oldukça kolay olduğu, ispatın konusunu, başka bir anlatımla, iddia ve ispat edilmesi gereken vakıaların neler olduğunu *lex causae*'nin belirleyeceği, ispat faaliyetinin nasıl gerçekleştirileceğini ise *lex fori*'nin tayin edeceği ifade edilmiştir⁸⁵⁶. Bu kabule gerekçe olarak da mahkemece gerçekleştirilen yargılamanın egemenlik, ülkesellik prensibi ve kısmen de kamu düzeni ile olan ilişkisi yahut pratik düşünceler gösterilmiştir⁸⁵⁷. Ancak, *lex fori* prensibinin dogmatik temelini ne olduğu meselesi incelenirken de belirttiğimiz gibi⁸⁵⁸, zikredilen sebeplerden hiçbiri bütün olarak yabancı hukukun dışlanması gerekmektedir

⁸⁵⁴ Neumeyer, s. 227.

⁸⁵⁵ Nagel/Gottwald, s. 494; Geimer, s. 792; Linke, IZPR, s. 134; Riezler, s. 464.

⁸⁵⁶ Albayrak, Hakan, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013, s. 27-28; Geimer, s. 792.

⁸⁵⁷ Nagel/Gottwald, s. 494-495.

⁸⁵⁸ Bkz. yuk. s. 68 vd.

olamaz⁸⁵⁹. Artık bir kuralın maddi hukuka yahut usûl hukukuna ait olarak vasıflandırılmasının uygulanacak hukuk sorununu çözmeyeceği, özellikle ispat hukuku noktasında kuralların, usûl hukukuna ait olarak nitelendirilse bile, maddi hukukla sıkı bağlantılarının olması nedeniyle *lex causae*'nin da dikkate alınması, dolayısıyla uygulanacak hukuk sorununun da ayrıca tartışılması gerektiği savunulmaktadır⁸⁶⁰. Günümüzde, genel olarak hukuk dallarının ismi zikredilerek uygulanacak hukukun tespiti kabul edilmemekte, her somut durum açısından araştırma yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁶¹. İspat hukukuna ilişkin kuralların heterojen yapısı tartışmaları daha da ön plana çıkarmaktadır. Zira, maddi hukuk normları kural olarak belli bir usûl hukukuna göre tasarlanır ve ispat hukukunun sahip olduğu ilişki bu manada daha da ön plana çıkar. Bu çerçevede uygulanacak hukuka göre belirlenecek usûl kurallarının da iç hukukta olduğu gibi maddi hukukun gerçekleşmesine hizmet etmesi gerektiği düşüncesinden hareketle ispat hukuku bağlamında usûli kanunlar ihtilâfı kuralı yahut ilkelerinin de belirlenmesi yoluna gidilmiştir⁸⁶².

B. İspatın Konusu, İkrar Edilmiş ve Herkesçe Bilinen Vakıalar

İspatın konusu, kural olarak taraflarca ileri sürülen, davanın esası hakkında önemli ve çekişmeli vakılardır⁸⁶³. Hangi vakıaların uyumsuzluk içerisine getirileceğini, talep olunan hukukî sonucu ihtiva eden yabancı maddi hukuk kuralı, yani *lex causae*

⁸⁵⁹ Bkz. yuk. s. 24 vd.

⁸⁶⁰ **Schack**, IZVR, s. 280; **Nagel/Gottwald**, s. 495; **Geimer**, s. 793; **Linke**, IZPR, s. 134; **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 117.

⁸⁶¹ Bu manada geliştirilen teoriler açısından bkz. **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 118 vd.

⁸⁶² Aynı yönde bkz. **Geimer**, s. 793; **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 118; **Heldrich**, Zustaendigkeit der deutschen Nachlassgerichte, s. 421; **Heldrich**, Zustaendigkeit, s. 270.

⁸⁶³ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 351; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 644; **Başözen**, Ahmet, İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010, s. 12; **Musielak**, ZPO, s. 265; **Karlı**, Ders kitabı, s. 480; **Bruns**, s. 239.

gösterir⁸⁶⁴. Ancak, vakıaların nasıl ileri sürüleceği ve onlara nasıl karşı koyulacağı, diğer bir ifadeyle, ispatı ise kural olarak *lex fori* 'ye tabi olur⁸⁶⁵. Şayet taraflardan birince getirilen vakıa diğer tarafça ikrar edilecek olursa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 188'inci maddesi uyarınca çekişmeli ve dolayısıyla ispatın konusu olmaktan çıkar. Bu esas itibariyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24'üncü 25'inci maddelerinde düzenlenen tasarruf ilkesi ile taraflarca hazırlama ilkesinin bir uzantısıdır⁸⁶⁶. Şayet, esasa uygulanacak yabancı maddi hukuk kuralı, somut uyuşmazlık bakımından ikrarın geçerli olmadığını kabul edecek olursa⁸⁶⁷, yargılama içerisinde Türk hâkimi kural olarak yine tasarruf ilkesi ve taraflarca hazırlanma ilkesine göre hareket eder⁸⁶⁸. Ancak, bu durumda söz konusu vakıaların çekişmeli olmamasına, yani taraflardan birince getirilen vakıanın diğer tarafça ikrar edilmiş olmasına rağmen hâkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 188'inci maddesini uygulamaz, söz konusu vakıaları hâlâ ispatın konusu içerisinde mütaala eder⁸⁶⁹. Diğer bir ifadeyle, bu noktada ikrara itibar etmemesi gerekir. Zira, aksi durumda, ilk olarak yabancı maddi hukukun uygulanması çarpıtılmış olur ve netice itibariyle milletlerarası karar ahengi zarar görür. Çünkü, söz konusu kuralın getirilmesi genellikle meselenin maddi hukuk boyutu nedeniyle. Maddi hukuk açısından söz konusu noktalarda, tarafların özerkliği prensibi sınırlandırılmıştır. Şayet mahkemeye başvurulmasıyla birlikte tekrar aynı özerklik sağlanacak olursa, maddi hukukça getirilen sınırlama anlamsız kalır. Nitekim, medenî yargılama içerisinde sözünü

⁸⁶⁴ Schack, IZVR, s. 281; Nagel/Gottwald, s. 508; Geimer, s. 798.

⁸⁶⁵ Schack, IZVR, s. 281; Nagel/Gottwald, s. 508; Linke, IZPR, s. 136; Grunsky, ZZP 89, s. 257.

⁸⁶⁶ Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 220-221; Henckel, s. 143.

⁸⁶⁷ Örneğin hukukumuzda babalık davasında, boşanma davasında ikrarın geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Pekantez/Atalay/Özkes, s. 652. Niteliği gereği re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da ikrarın hâkimi bağlamaması gerekir.

⁸⁶⁸ Roth, Herbert, "Vernetzte Prozessmaximen im familiengerichtlichen Verbundverfahren", ZZP 103, s. 19.

⁸⁶⁹ Schack, IZVR, s. 282; Geimer, s. 798; Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 223-224.

ettiğimiz tasarruf ilkesi maddi hukuka dayanılarak izah edilmektedir⁸⁷⁰. İkincisi, tarafların dürüstlük kuralına aykırı olarak gerçekleştirecekleri *forum shopping*'e müsaade edilmiş olur. Taraflar, örneğin gerçeğe aykırı, bu nedenle başka türlü delil getirme imkanına sahip olmadıkları bir durumu, kendi iradelerine imkan tanıyan ülke mahkemesine başvurarak elde edebilir, daha sonra bu kararın tanınması yoluyla diledikleri ülkede icrasını sağlayabilir. Ayrıca, söz konusu durum, pratik gerekçeler ve usûl ekonomisi yönünden de mahkemeye katlanılamayacak ilave bir yük getirmez. Zira, bu durumda yargılama ilkesi değişmez. Hâkim yine tarafların getirmediği delilleri değerlendiremez, ancak ikrarları ile de bağlı olmaz. Herkesçe bilinen vakıalar çekişmeli sayılmaz ve bu nedenle ispata ihtiyaç göstermez⁸⁷¹. Normun amacı, mahkemece de zaten bilinen vakıaya ilişkin olarak, ayrıca delil toplanması sebebiyle ortaya çıkacak aşırı ve gereksiz usûli yükü ortadan kaldırarak usûl ekonomisine hizmet etmektir⁸⁷². Herkesçe bilinme, en azından davanın görüldüğü yerde çok sayıda insanca bilinen veya aşırı bir çaba gerektirmeksizin algılanabilecek vakıalar açısından söz konusu olur⁸⁷³. Örneğin, sihirli parapsikolojik bir gücün olmadığı⁸⁷⁴, nazi Almanya'sının suçlu olduğu⁸⁷⁵, belli

⁸⁷⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 355; **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 223-224; **Roth**, Prozessmaximen, s. 19.

⁸⁷¹ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 352; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 652; **Musielak**, ZPO, s. 269; **Karlı**, Ders kitabı, s. 480; **Bruns**, s. 239. Karş. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 187'nci maddesinin ikinci fıkrası.

⁸⁷² **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 291, para. 1.

⁸⁷³ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Art. 291, para. 4; **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 291, para. 3.

⁸⁷⁴ Kassel'de Eyalet Mahkemesi kararına konu olan olayda davacı, davalının kendisinden parapsikolojik gücü sayesinde partnerini geri döndüreceği iddiası ile aldığı 3000 markın iadesini talep etmekte, mahkeme, olsa olsa vekalet sözleşmesi olabilecek sözleşmenin, konusunun en baştan objektif olarak imkansız olması sebebiyle kurulamadığına, bu manada taraflar arasında davalının böyle bir gücünün olup olmadığı çekişmeli olsa da objektif imkansızlık sebebiyle ispatının gerekmediğine karar vermiştir. LG Kassel, Urt. v. 14.3.1985 – 1 S 491/84, NJW 85, s. 1642.

⁸⁷⁵ Federal Alman İdare Mahkemesinin kararına konu olan olayda davacı yazmış olduğu bir kitabın *Jugendamt* (Gençlik Dairesi) tarafından iddia edilen politik sebeplerle İkinci Dünya Savaşında Almanya'nın suçunu inkâr etmesi nedeniyle gençler açısından tehlikeli olarak sınıflandırılması sebebiyle dava açmış, mahkeme bu noktada yazarın tezinin doğru olmadığını herkesçe bilindiğini, bu nedenle ispatının gerekmediğini belirtmiştir. BVerwG, Urt. v. 3.3.1987, - 1 C 39/84, NJW 87, s. 1431-1433.

bir saat aralığında görüş mesafesi⁸⁷⁶, düzenli olarak açıklanan istatistiki veriler⁸⁷⁷, toplu iş sözleşmesinin coğrafi olarak uygulama alanı⁸⁷⁸, 1991 tarihinde bir posta pulunun 65 mark olmadığı⁸⁷⁹, belirli bir tarihin haftanın hangi gününe geldiği, suyun normal şartlar altında 100 derecede kaynadığı gibi bilimsel gerçekler, İstanbul'un 1453 yılında fethedildiği gibi tarihsel olaylar, Sivas ile Giessen arasının kaç kilometre olduğu bu kapsamda değerlendirilebilir. Herkesçe bilinen vakıalar açısından hâkimin de kişisel bilgisini kullanabileceği veya bunların kendiliğinden tespiti çalışabileceği, ancak tarafların hukukî dinlenilme hakkını temin etmek amacıyla bunu tahkikat aşamasında ortaya koyması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁸⁰. Herkesçe bilinme, ayrıca daha önce görülen bir yargılama neticesinde mahkemece tespit edilen, iflasın açılması, boşanmış olma durumu gibi vakıalar açısından da söz konusu olabilir⁸⁸¹.

Herkesçe bilinen vakıaların maddi hukuk düşüncesi ve onun amaçları ile bir ilgisi yoktur ve bunların ayrıca ispatlanmasının aranması maddi hukuk ilişkisinin daha iyi ortaya konması anlamına gelmeyeceğinden pratiklik ve usûl ekonomisi de dikkate alındığında, bu noktada *lex fori* 'nin uygulanması yerinde olur⁸⁸².

⁸⁷⁶ Federal Alman Mahkemesi kararına konu olan olayda davacı sabah 7:30 civarında kaldırımında yürürken yerde bulunan musluğa takılıp düştüğünü, çünkü bu yerde mozaik taşın sökülmesi olduğunu belirterek 5500 avroluk manevi tazminat davası açmış, mahkemece inceleme yapılırken söz konusu saat diliminde görüş mesafesinin bilinebileceği belirtilerek ispatına gerek olmadığı ifade edilmiştir. BGH, Urt. v. 10.5.2007 – III ZR 115/06, NJW 07, s. 3211.

⁸⁷⁷ BGH, Urt. v. 24.4.1992 – V ZR 52/91, NJW 92, s. 2088-2099.

⁸⁷⁸ BAG, Urt. v. 9.12.1997 – 1 AZR 319/97, NZA 61, s. 663.

⁸⁷⁹ OLG Düsseldorf, v. 7.12.1992 – 2 Ss 357/92, NJW 93, s. 2452.

⁸⁸⁰ **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 291, para. 1.; **Jauernig**, Zivilprozessrecht, s. 207.

⁸⁸¹ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, para. 4; **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 291, para. 4; **Jauernig**, Zivilprozessrecht, s. 206.

⁸⁸² **Schack**, IZVR, s. 282; **Geimer**, s. 799; **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 226-227; **Szásy**, s. 251. Ancak varmış olduğumuz netice yalnızca herkesçe bilinen vakıaların ispatına ilişkindir. Yoksa hangi vakıaların herkesçe bilindiğinin kabulü hakkında bir şey söylemez.

C. İspat Ölçüsü ve Uygulanacak Hukuk Sorunu

I. Genel Olarak

İspatın amacı, hâkimin, kendisine dayanılan vakıaların gerçekliği konusunda ikna edilmesidir⁸⁸³. Bunun için davanın taraflarının kullanacakları araçlar delillerdir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 198'inci maddesi uyarınca, hâkim taraflarca ileri sürülen delilleri serbestçe takdir eder. Delillerin serbestçe takdir edilmesi yalnızca hangi yolla gerçeğin ya da olasılığın araştırılacağını gösterir. Ancak, bu ne zaman vakıanın gerçek veya hangi olasılık düzeyinde mevcut kabul edileceği sorusunu cevaplamaz⁸⁸⁴. Hâkim delilleri serbestçe değerlendirirken, kişisel kanaatine göre, iddia edilen bir vakıanın gerçek olduğuna veya olmadığına karar verir. İşte ispat ölçüsü, bir vakıanın mevcut olarak kabul edilmesi için gerçekliği konusunda hâkimde oluşması gereken kanaatin derecesini ifade eder⁸⁸⁵. İspat ölçüsünün bu şekilde tanımlanması, belirlemenin nasıl yapılacağına ilişkin farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

⁸⁸³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 643; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 295; Musielak, Hans J./Stadler, Max, Grundfragen des Beweisrechts, München 1984, s. 63; Neumeyer, s. 228; Greger, Reinhard, Beweis und Wahrscheinlichkeit, Berlin 1978, s. 15.

⁸⁸⁴ Prütting, Hans, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983, s. 59-60; Greger, s. 8; Maasen, Bernhard H., Beweismassprobleme im Schadenersatzprozess, Berlin 1975, s. 23.

⁸⁸⁵ Schack, IZVR, s. 292; Hk-ZPO/Saenger, Art. 286, para. 12; Musielak/Foerste, Art. 286, para. 17; Başözen, s. 112; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 295; Linke, IZPR, s. 138; Atalay, Oğuz, Medenî Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 37; Weber, Helmut, Der Kausalitätsbeweis im Zivilprozess, Tübingen 1997, s. 17; Yıldırım, Kamil, M., Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 39; Leipold, Dieter, Beweismass und Beweislast im Zivilprozess, Berlin 1985, s. 5; Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 278; Maasen, s. 23.

II. İspat Ölçüsünün Belirlenmesine İlişkin Teoriler

1. Subjektif İspat Ölçüsü Teorisi

İspat, iddia edilen vakiya ilişkin gerçekleştirilen ikna faaliyetidir ve teori taraftarlarına göre bu hâkimin kişisel bilgisine bağlıdır⁸⁸⁶. Buna göre, olasılığı belirleme objektif olarak değil, bilâkis, hâkimin subjektif ve oldukça hissi ölçütüne göre yapılır⁸⁸⁷. Görüş taraftarlarına göre, ispat ölçüsü objektif olarak belirlenmiş gerçeklik veya objektif olasılık değil, hâkimin iddia edilen vakıanın mevcudiyeti hakkında kanaat edinmesidir⁸⁸⁸. Bu çerçevede, temel alınan kavram “doğruluk/gerçeklik” (*Wahrheit*)’tir⁸⁸⁹. Ancak, bu görüş ciddi derecede eleştirilmektedir⁸⁹⁰.

Subjektif ispat ölçüsü teorisinin, hâkimin delilleri serbestçe takdir etmesi ile ispat ölçüsünü karıştırdığı iddia edilmiştir⁸⁹¹. Ayrıca, delillerin serbestçe takdir edilmesini olduğundan fazla değerlendirdiği belirtilmiştir⁸⁹². Hâkimin delilleri serbestçe takdir etmesi keyfi hareket edilebileceği manasına gelmez, bilâkis, hâkim, objektif koşullarla ispatın sonucunu ve tüm içeriğini ele almalıdır⁸⁹³. Ayrıca, hâkim kanunun amacını ve genel yaşam kurallarını da göz önünde bulundurmalıdır⁸⁹⁴. Bu çerçevede, ikna olması gereken hâkimin şahsı veya normal orta zekalı bir vatandaş değil, bizatihi hâkim olarak o konumda bulunan kişidir⁸⁹⁵. Keza, usûl hukukunda genel

⁸⁸⁶ Albayrak, s. 302; Katzenmeier, Christian, “Beweismassreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung”, ZZP 117, s. 192. Kanaatimizce burada kullanılan “persönliche Gewissheit” (kişisel bilgi) kavramına ihtiyaç duyulması ifade bağlamında yerinde değildir, zira bilgi ile şüphe bir arada bulunamaz. Bu konuda bkz. Stein/Jonas/Leipold, Art. 286, para. 4.

⁸⁸⁷ Albayrak, s. 302; Greger, s. 69; Maasen, s. 23.

⁸⁸⁸ Albayrak, s. 302; Başözen, s. 117; Maasen, s. 23.

⁸⁸⁹ Başözen, s. 117; Huber, s. 89; Motsch, s. 21; Greger, s. 81.

⁸⁹⁰ MüKo-ZPO/Prütting, Art. 286, para. 30; Stein/Jonas/Leipold, Art. 286, para. 3; Albayrak, s. 302; Huber, s. 70; Katzenmeier, s. 192; Maasen, s. 30.

⁸⁹¹ Maasen, s. 30.

⁸⁹² Katzenmeier, s. 192.

⁸⁹³ Stein/Jonas/Leipold, Art. 286, para. 3; Albayrak, s. 303; Prütting, s. 65.

⁸⁹⁴ Stein/Jonas/Leipold, Art. 286, para. 3.

⁸⁹⁵ Katzenmeier, s. 192-193; MüKo-ZPO/Prütting, Art. 286, para. 30.

olarak kişisel bilgiden söz edilemeyeceği, zira hâkimin tarafların getirdiği malzemeye –vakıalar ve deliller– kural olarak bağlı olduğu ve bu bağlamda değerlendirme yaptığı, dolayısıyla neticede ortaya çıkan durumun maddi gerçekten de tamamen farklı olabileceği savunulmuştur⁸⁹⁶.

2. Objektif İspat Ölçüsü Teorisi

Bu teori subjektif görüşe karşı olarak ortaya atılmış, ispatın ölçüsünü belirlerken, hâkimin subjektif, duygusal ve psikolojik değer yargılarından oluşan keyfi kararlarının önüne geçilmesi ve bunlardan kaçınılması, aksine ispatın sabit ve objektif bir ölçüte bağlanması gerektiği belirtilmiştir⁸⁹⁷. Subjektif görüşten farklı olarak burada, ulaşılması, her durumda mümkün olmayan matematiksel kesinlik olması sebebiyle “gerçeklik” (*Wahrheit*) değil, “olasılık/muhtemel bulunma” (*Wahrscheinlichkeit*) kavramı hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesinin konusu olarak görülmektedir⁸⁹⁸. Dolayısıyla, belli bir olasılık derecesine varıldığı takdirde, hâkim de ikna edilmiş olur ve mesele hâkimin subjektif bilgisine bağlı olmaz. Alman İmparatorluk Mahkemesi 1885 yılında verdiği bir kararda, gerçeği, çok yüksek derecede olasılık olarak tanımlamıştır⁸⁹⁹. Bu çerçevede, ispat ölçüsü de bilgi veya kesinlik sınırında olasılık olarak tanımlanmıştır⁹⁰⁰. Ancak kesinlik yahut objektif gerçekliğe, bilgiye ulaşılması her durumda mümkün olmadığından ve her hâlükârda ikna olup karar verecek kimsenin bir insan olması sebebiyle onun subjektif yaklaşımının da tamamen bertaraf edilme imkanı bulunmadığından –zira bunu ölçecek bir araç yoktur– bu teori de yerinde değildir.

⁸⁹⁶ Katzenmeier, s. 193.

⁸⁹⁷ Albayrak, s. 302; Maasen, s. 32.

⁸⁹⁸ Albayrak, s. 307; Başözen, s. 119-120; Katzenmeier, s. 193; Greger, s. 88; Maasen, s. 32.

⁸⁹⁹ RGZ 15, 338, <https://www.jurion.de/de/document/show/0:516859,0/> (son erişim tarihi: 19.5.2014).

⁹⁰⁰ Başözen, s. 120; Prütting, s. 77. Kararlar için bkz. Maasen, s. 32, dn. 65 ve 74. Şu halde, Alman mahkemeleri özel hukuka ait mevzular açısından da muhtemel görünmeyi ispat edilmiş kabul edilme açısından kabul edilemez olarak ele almaktadır.

3. Objektifleştirilmiş İspat Ölçüsü Teorisi

Saf subjektif ve saf objektif teorilerin eksiklikleri sebebiyle, onları birleştiren ve hâkimin olasılık üzerinde ikna olması gerektiğini ifade eden objektifleştirilmiş ispat ölçüsü teorisi geliştirilmiştir⁹⁰¹. Bu teorinin hareket noktası, her ispat faaliyetinde temelde bir olasılığın ispat edilmesinin söz konusu olması, bu nedenle gerçeğe ikna edilmekle söylenmek istenen şeyin aslında olasılığa ikna olduğu düşüncesidir⁹⁰². Hangi derecede *olasılığın* iddia edilen vakıa açısından *gerçek* olacağıysa ispat ölçüsüne ilişkin kuralı belirler⁹⁰³. Bu teori çerçevesinde, delillerin serbestçe takdir edilecek olmasındaki subjektif unsur inkâr edilmemekte, ancak hâkimin belli bir olasılık derecesine ulaşması ile mahkeme kararlarında da aranan kişisel bilgisini kullanması düşüncesi kabul edilmeksizin, yaşam deneyimleri, kanunun ruhu gibi unsurlarla bunun kısmen objektifleştirilmesinden söz edilmektedir⁹⁰⁴.

4. Ara Sonuç

Netice itibariyle, bir vakıanın ispatlanmış sayılması hususunda hâkimin delilleri serbestçe takdir edeceğinin kabulü, her hâlükârda subjektifliği bünyesinde barındırır. Ancak buradaki subjektiflik, hâkimin salt keyfi olarak, normatif ve makul temellere dayanmaksızın karar vereceği anlamına gelmemeli, hâkim neden iradesini, Anayasada ifade edildiği şekli ile vicdani kanaatini, vakıanın ispat edilmiş olduğu yahut edilmemiş olduğu yönünde kullandığını, birtakım objektif ölçütlerle de ortaya koymalıdır. Salt objektif bir netice elde edilebilmesi işin niteliği gereği –en azından davaların kahir ekseriyeti açısından– mümkün değildir. Zira, “kanaat edinme”

⁹⁰¹ Albayrak, s. 302; Huber, s. 70; Greger, s. 88; Musielak, Hans J., Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Berlin 1975, s. 115. Ayrıca bkz. Musielak/Stadler, s. 74.

⁹⁰² Katzenmeier, s. 194; Greger, s. 88; Musielak, Beweislast im Zivilprozess, s. 115.

⁹⁰³ Katzenmeier, s. 194; Huber, Michael, Das Beweismass im Zivilprozess, Köln 1983, s. 121.

⁹⁰⁴ Katzenmeier, s. 195; Atalay, s. 41; Leipold, 1985, s. 10-11; Huber, s. 102.

kavramının kendisi belli bir süjeyi içermektedir⁹⁰⁵. Somut bir vakıa karşısında genel olarak ikna olma düzeyi bireyler arasında benzese de, bilhassa sınırda kalan durumlar açısından netice kişisel kalır. Ancak, halin kişiselliğinden hareketle hâkimlerin tamamen özgür olduğu, insanların neticeyi makul karşılayabileceği hiçbir denetlenebilir ölçüt⁹⁰⁶ koymadan ikna olduğunu veya olmadığını söyleyebileceği kabul edilemez. Bu çerçevede, hâkimin ilgili maddenin *ratio legis*’ini ve anlamını, genel yaşam deneyimlerini de dikkate alması gerekmektedir. Dolayısıyla, son olarak ele aldığımız objektifleştirilmiş ispat ölçüsü teorisinin bu manada yerinde olduğu kanaatindeyiz. Burada kavramın gerçeklik yahut olasılık olarak adlandırılması pratik durum açısından fark yaratmaz. Zira, netice itibarıyla elde ettiğimiz mahkeme hükmü, maddi gerçekliği değil ama adli gerçekliği ortaya koyar⁹⁰⁷. Ayrıca gerçeklik denilen olgu da olasılığın farklı bir derecesinin (matematikselsel olarak ifade edilecek olsa 1/1) belirtilmesinden ibarettir⁹⁰⁸.

III. İspat Edilmiş Kabul Edilme Açısından Ulaşılan Gerçekliğin/Olasılığın

Derecesi

Bu konuya ilişkin üç tür ölçünün mümkün olduğu belirtilmiştir.

Tam ispat ölçüsüne göre, bir vakıanın ispatlanmış sayılması için, hâkimin tam olarak ikna olması gerekir. Öğretide bu, “her türlü şüphenin kapandığı derecede yüksek bir olasılık”, “makul bir şüphenin olmadığı gerçeklik” veya “kesinlik

⁹⁰⁵ Greger, s. 16; Maasen, s. 29.

⁹⁰⁶ Mummenhoff, Winfried, “Zum Beweismass im Berufskrankheitenrecht”, ZZZ 100, s. 129.

⁹⁰⁷ Ancak öğretide ikna olunacak konunun “gerçek” mi yoksa “olasılık” mı olduğu konusunda da tartışma yapılmış, bir grup burada olasılığın söz konusu olmadığını, hâkimin subjektif gerçekliğinden ve tüm şüpheleri yenmesinden bahsedilmesi gerektiğini ifade ederken, hâkim görüş gerçek hakkında ikna olduğunu ancak buradaki gerçeğin çok yüksek derecede olasılık olacağını ifade ediyor. MüKo-ZPO/Prütting, Art. 286, para. 32-34.

⁹⁰⁸ Ekelöf, Olof, “Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins”, ZZZ 75, s. 290.

sınırında olasılık” şeklinde de ifade edilmektedir⁹⁰⁹. Bugün için öğretide genel olarak ilk kez Alman Federal Mahkemesinin *Anastasia* kararında belirttiği *pratik yaşamda ihtiyaç duyulan, şüpheleri tamamen kapatmayan ama susturan derecede bilgi*⁹¹⁰ tam ispatın ölçüsü olarak kullanılmaktadır⁹¹¹. Esasen bu ifadeyle, ispat ölçüsüne ilişkin hem subjektif hem de objektif yaklaşımın makul şekilde bağlandığı savunulmaktadır. Şöyle ki; ilgili hâkim açısından sözü edilen kişisel bilgi söz konusu olunca kavrama subjektif bir anlam verilmiş olur; zira ölçek her zaman hâkimin içindedir. Buna karşılık bilginin ideal bir hâkim ile ilişkilendirilmesi veya hâkimin kendisinin pratik yaşamın ihtiyaç duyduğu derecede bilgi ile yükümlü tutulması sayesinde kavram objektif bir anlam içerir⁹¹².

İkinci ispat ölçüsü ise **yaklaşık ispattır**. Bu ölçütün ortaya çıkış düşüncesi, gerçeğin yalnızca bir sınır değer (*Grenzwert*) olması nedeniyle delillerin serbestçe takdir edilmesinde olasılık hesabının dikkate alınması anlayışıdır⁹¹³. Yaklaşık ispat ölçüsüne göre, bir vakıanın gerçek kabul edilmesi açısından, söz konusu vakıaya ilişkin bütün şüphelerin bertaraf edilmesi şart değildir. Hâkim, vakıanın mevcut olma ihtimalini, şüpheli olmasına rağmen, mevcut olmama ihtimalinden yüksek görüyorsa, söz konusu vakıayı ispatlanmış kabul eder⁹¹⁴. Bu ölçütün esas alınmasını savunan yazarlar, bu sayede hatalı karar verilmesine ilişkin maliyetlere her iki tarafın da eşit olarak katlanacağını⁹¹⁵, kesin bilgiye hiçbir durumda ulaşılamayacak olması

⁹⁰⁹ **Thomas/Putzo/Reichold**, Art. 286, para. 2; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 35; **Stein/Jonas/Leipold**, Art. 286, para. 5; **Atalay**, s. 43; **Musielak/Stadler**, s. 74; **Buciek**, Klaus D., *Beweislast und Anscheinsbeweis im internationalen Recht*, Köln 1984, s. 280.

⁹¹⁰ BGH Urt. 17.2.1970, III ZR 139/67, NJW 1970, s. 946.

⁹¹¹ **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 286, para. 13; **Musielak/Foerste**, Art. 286, para. 18; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para.35; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 634; **Stein/Jonas/Leipold**, Art. 286, para. 5; **Başözen**, s. 29; **Musielak/Stadler**, s. 146.

⁹¹² **Musielak/Stadler**, s. 74.

⁹¹³ **Walker**, Gerhard, *Freie Beweiswürdigung*, Tübingen 1979, s. 173.

⁹¹⁴ **Leipold**, 1985, s. 7.

⁹¹⁵ İspat yükü ile ifade edilenin esas itibariyle şüpheye ilişkin yükün dağılımının neticesi olduğu ve ispat ölçüsünün bu yükün dağılımını belirleyeceği ileri sürülmüştür. **Motsch**, Richard, *Vom rechtsgenügenden Beweis*, Berlin 1983, s. 38 vd.

sebebiyle muhtemel görünmenin en doğru çözüm olduğunu⁹¹⁶ ve ispat yüküne dayanılarak tesadüfen doğru bir karar vermeden de kurtulunacağını savunmaktadır⁹¹⁷. Ayrıca, hâkimin kanaatine ilişkin olarak karşı koyma imkanı olmamasına rağmen, olasılığın derecesini tarafların hem anlayabileceği hem de karşı koyabileceği ileri sürülmüştür⁹¹⁸.

Üçüncüsü ise **görece ispat** ölçüsüdür. Alman hukukunda ileri sürülen görüşe göre ispat ölçüsünü önceden sabit olarak belirlemek gerekli ve yerinde değildir. Genel olarak ispatın neticesinin hâkimin içerisindeki bir ölçü olduğu, ne kadar objektifleştirilmeye çalışılsa da hâkime bağlı olacağı, bu nedenle ispat ölçüsüne ilişkin soyut ve sabit bir kural benimsemenin yerinde olmayacağı belirtilmektedir⁹¹⁹. Buna göre, ispat ölçüsünün, hâkim tarafından, önüne gelen somut olayın özellikleri, ileri sürülen vakıaların nitelikleri, ispat gücü ve hatta maddi hukuk da dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği, bunun pratik açıdan da daha uygun olacağı savunulmaktadır⁹²⁰. Görece ispat ölçüsünde, muhtemel görmenin her derecesi, tam ispata kadar yükselebilecek şekilde, hâkimin takdirine bırakılmaktadır. Ancak, hâkimin her durumda en azından yaklaşık ispat derecesinde vakıanın ispatlanmış olduğunu kabul etmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Kanunumuzda bir vakıanın gerçek kabul edilmesi için hâkimin hangi derecede ikna olması gerektiği açıkça düzenlenmemiştir. Ancak bazı hükümlerde yaklaşık olarak

⁹¹⁶ **Kegel**, Gerhard, “Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit”, Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1967, s. 335.

⁹¹⁷ **Leipold**, Lex fori, s. 125; **Huber**, s. 86-87; **Maasen**, s. 55.

⁹¹⁸ **Huber**, s. 84.

⁹¹⁹ **Rommé**, Oliver, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast, Saarbrücken 1988, s. 90-91.

⁹²⁰ **Gottwald**, Peter, “Das flexible Beweismass im englischen und deutschen Zivilprozess”, Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2000, s. 173; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 635; **Musielak**, Hans J., “Gegenwartsprobleme der Beweislast”, ZJP 100, s. 408; **Rommé**, s. 90. **Prütting**, görece ispat ölçüsünün çok istisnai bazı olaylar açısından Alman hukukunda kullanılabileceğini belirtiyor. **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 40.

ispat edilmeden açıkça söz edilmesi⁹²¹; hukuk devleti ilkesi çerçevesinde mahkemeye başvuran tarafların *muhtemelen doğru değil doğru* bir karar ile tatmin edilmeleri gereği⁹²²; insanın doğası gereği mutlak gerçeğe ulaşması mümkün olmasa da⁹²³, ilkenin mümkün merteye ulaşamayacak bu amaca yakın tutulmasının daha doğru olacağı düşünceleriyle ispat ölçüsü açısından kuralın tam ispat olduğu kanaatindeyiz⁹²⁴. Ancak kanunda açıkça öngörülen hallerde Türk hâkimi muhtemel görme ile yetinebilir⁹²⁵, diğer durumlarda, şayet iddia edilen vakıya ancak muhtemel görme derecesinde ortaya konulabilmişse, hâkim tarafından ispat yükü kendisine düşen taraf aleyhine olmak üzere ispatlanamamış kabul edilir. Bu çerçevede, hâkimin muhtemel görmeye dayanarak karar vermesi yahut görece ispat ölçüsü görüşünde olduğu gibi her dava açısından farklı bir ölçütle yetineceğini söylemek, olması gereken hukuk açısından tartışılabilir olsa da kanuna aykırı olur.

IV. Uygulanacak Hukuk Sorununun Tespiti

Bu çerçevede tam ispat, yaklaşık ispat ve görece ispat olmak üzere üç derecenin ispatın ölçüsü olarak ileri sürülmüş yahut uygulanmış olduğunu ve Türk hukuku açısından kural olarak tam ispat, diğer bir ifadeyle pratik yaşamın ihtiyaç gösterdiği derecede kanaat ile hâkimin yetinmesi, tüm şüpheleri tamamen kapatması değil ama susturması gerektiğinin kabul edildiğini ifade ettik. Ancak Türk hukuku ve aynı

⁹²¹ Karş. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334 üncü ve 390 ıncı maddeleri

⁹²² Buna karşılık **Kegel**, muhtemel görünme ilkesinin kural olarak kabul edilmesi halinde hükmün doğruluğu ihtimalinin yanlışlığından daha yüksek olacağını ve sonunda ispat yüküne göre karar verilmesinden daha adil olacağını ileri sürmüştür. **Kegel/Schurig**, s. 335. Ancak ispat yüküne göre karar verilmesi hâkimin keyfi olarak hareket etmesi manasına gelmez, bilâkis yine bir maddi temele dayandırarak karar vermesi hali söz konusudur. Bu nedenle kararın “daha adil” olmasından söz etmenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

⁹²³ **Walker**, Freie Beweiswürdigung, s. 175.

⁹²⁴ Hukukumuzda ispat ölçüsünün ne olduğu konusunda tartışmaya rastlanılmamıştır, ancak genel olarak tam ispat ölçüsünün dikkate alındığı görülmektedir. Bkz., **Albayrak**, s. 318; **Başözen**, s. 114, s. 135; **Atalay**, s. 43; **Özekes**, Muhammet, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 220.

⁹²⁵ **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 681.

zamanda Kıta-Avrupası hukukundan⁹²⁶ farklı olarak Anglo-Sakson hukukunda “muhtemel görünme” (*preponderance of evidence-die überwiegende Wahrscheinlichkeit*) özel hukuktan kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından yeterli ispat derecesi olarak kabul edilmektedir⁹²⁷. Gene İskandinav ülkelerinde “*Överviktsprincip*” (muhtemel görünme), ve Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil olmasına rağmen Fransız hukukunda “*conviction intime*” (samimi ikna olma) geçerlidir⁹²⁸. Şu halde, somut uyuşmazlığın Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil ülke dışında bir ülke hukukunu ilgilendirmesi ve ilgili vakıa açısından olayın esasına uygulanacak söz konusu ülke hukukunun yaklaşık ispata imkan tanınması halinde, Türk hukuku açısından tam ispata ihtiyaç gösteren vakıa, hangi derecede olasılık yahut gerçeklik elde edilirse ispatlanmış kabul edilecektir sorunu ortaya çıkar.

V. Soruna İlişkin Görüşler

Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık açısından, olayın esasına davanın görüldüğü mahkeme dışında bir mahkemenin hukukunun uygulanması halinde, taraflarca getirilen somut bir vakıanın ispatlanmış kabul edilmesi için hangi ölçütün esas alınarak hangi ülke hukukunun uygulanacağı konusu tartışmalıdır.

Coester-Waltjen'e göre şu sebeplerle ispat ölçüsünün belirlenmesinde *lex causae* dikkate alınmalıdır⁹²⁹: İspat ölçüsüne ilişkin bir normun varlık sebebi, gerçeğin araştırılması sürecinin mümkün mertebe kısaltılmasıdır. İlk başta usûl hukuku meselesi gibi görünse de, yargılamanın temelinde maddi ilişkinin tespiti yer alır ve

⁹²⁶ Alman hukukunda da ilk olarak **Kegel**'in dile getirdiği daha sonra **Maasen**, **Musielak**, **Burns**, ve **Motsch** tarafından da kabul edilen ve temellendirilmeye çalışılan bir görüş, muhtemel görünmenin Alman mahkemelerince de ispat ölçüsü olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmekte; ancak hâkim görüş hâlâ tam ispat ölçüsü yönündedir. **Scherer**, Inge, *Das Beweismass bei der Glaubhaftmachung*, Berlin 1996; **Kegel/Schurig**, s. 333 vd.; **Maasen**, s. 153 vd.; **Burns**, Rudolf, “Beweiswert”, *ZZP* 91, s. 66; **Musielak**, *Beweislast im Zivilprozess*, s. 110 vd.

⁹²⁷ **Brinkmann**, Moritz, *Das Beweismass im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, Köln 2005, s. 27; **Gottwald**, *Das flexible Beweismass*, s. 168; **Maasen**, s. 43-44.

⁹²⁸ **Buciek**, s. 281.

⁹²⁹ **Coester-Waltjen**, *Beweisrecht*, s. 277-280.

usûl hukuku, vakıaların belirlenmesi noktasında, maddi hukukun gerçekleşmesine hizmet eder. Ayrıca hem Kıta Avrupası hukukunda hem de Anglo-Sakson hukukunda ölçüte ilişkin getirilen istisnalar, maddi hukuk kaynaklıdır. Keza, ispat ölçüsünün ne olması gerektiğine ilişkin tartışmalar hep maddi hukuka dayanılarak temellendirilmeye çalışılır. Öte yandan, yabancı hukukun ispat ölçüsünün uygulanması halinde milletlerarası karar ahengi zarar görmez ve verilecek kararlar, kamu düzeni (*ordre public*) itirazıyla karşılaşmadan yabancı ülkelerde de daha kolay uygulanabilir.

Buciek de yine şu gerekçeler ile *lex causae*'nin uygulanması gerektiğini belirtmektedir⁹³⁰: İspat ölçüsüne uygulanacak hukuk açısından, mahkemenin yabancı ispat hukukunu uygulaması, pratiklik ve usûl ekonomisi açısından sorun yaratmaz. Bunun yanında, belirlenecek ölçünün, somut uyuşmazlığın giderilmesi açısından verilecek kararın içeriğini etkileyeceği şüphesizdir. Son tahlilde ispat ölçüsünün belirlenmesinin, maddi hukuk açısından sorumluluğun belirlenmesinden farklı yoktur. Ne kadar düşük tutulursa haklar da o oranda genişler yahut yüksek tutulursa daralır. Milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamak hususunda, tarafların haklarının yerine getirilmesi veya savunulması bağlamında menfaatlerinin mutlaka dikkate alınması gerekir. Bu nedenle, burada ispat ölçüsünün maddi hukuk veya usûl hukuku bağlamında nasıl vasıflandırıldığından bağımsız olarak, kanunlar ihtilâfında tek (*einheitlich*) bir bağlama noktasına her zaman ihtiyaç vardır ve tarafların öngörülebilir kararlarla karşılaşma noktasında menfaati ile pratik kaygılar dikkate alındığında doğru cevap *lex causae*'dir.

Buna karşılık **Schack** şu gerekçelerle ispat ölçüsü noktasında *lex fori*'nin uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁹³¹: Yabancı hukukun uygulanması suretiyle

⁹³⁰ **Buciek**, s. 282-285. Aynı yönde bkz. **Geimer**, s. 814-815; **Zöller/Geimer**, Art. 363, para. 161.

⁹³¹ **Schack**, IZVR, s. 293-294. Aynı yönde bkz. **Linke**, s. 138-139; **Riezler**, s. 466-467.

ispat ölçüsünün düşürülmesi, gerçekliğin tam olarak ölçülememesi sebebiyle hakkaniyete uygun olmayan yargılanma ve hakların temelinde kayma tehlikesi doğurur. Gene, bu durumda yabancı hukukun araştırılması ve vakıaların tespit edilmesinde, düzensizlik söz konusu olur. Bunun neticesi olarak, taraflarda da, hâkimin yabancı hukuku tam olarak doğru tespit edemediği düşüncesi sebebiyle tatminsizlik ortaya çıkar. Ayrıca, davalının getirdiği hususlar, genel olarak davacınıniki kadar muhtemel olmayacağından, davalının bu duruma sokulması yanlıştır. Bu şekilde hukukî barış ve *lex fori* prensibi de sıkıntıya sokulur. İspat ölçüsünün düşürülmesine çoğunlukla kabul edilebilir delillerin alanının genişlemesi neticesinin eşlik edeceği dikkate alındığında, terazinin *lex fori* tarafına ağır basması gerekir. Hâkim, şayet *lex causae* açıkça düzenleme yapmamışsa, yabancı ispat ölçüsünü tespit etmede tecrübesizlik sebebiyle sıkıntı yaşar. Bu nedenle, hâkimin de tam olarak tespit edemeyeceği mevzuda yabancı hukuktaki ispat ölçüsü ile bağlı kalmak anlamlı değildir. Keza, burada hâkimin hukukunun uygulanması, yabancı hukukun göz ardı edilmesini değil aksine milletlerarası özel hukukun menfaatlerinin mümkün olduğunca dikkate alınmasını sağlar. Gene, davanın taraflarına gerçekleşmesi imkansız olan yükümlülükler getirilmemiş olur. Yargılamanın işleyişinin öngörülebilirliği konusunda şikayetin olmadığı pratik bir çözüm bulma çabası da *lex fori*'nin uygulanmasını gerektirir.

Gottwald de ispat ölçüsünün hâkimin pozisyonu ve onun ikna olma sürecinden ayrılamaz olduğunu, bu çerçevede *lex fori*'nin uygulanmasına devam edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁹³². Yazara göre, hâkim düşüncenin aksine, ispat ölçüsüne ilişkin farklı düzenlemeler, esasta da değişiklik yaratmaz; çünkü, mesele, gerçekte ölçütün kendisinden bağımsız olarak, pratik yaşamda makul bir insanı ikna eden,

⁹³² **Gottwald**, Das flexible Beweismass, s. 175. Ayrıca bkz. **Nagel/Gottwald**, s. 511.

anlaşılabilir bir karar verilmesi psikolojisidir⁹³³. Diğer bir ifadeyle, yazar, farklı düzenlemelerin, sadece “*a matter of words*”⁹³⁴ (salt farklı ifade ediş meselesi) olduğunu iddia etmektedir⁹³⁵.

VI. Görüşümüz

İspat ölçüsü, yukarıda da belirttiğimiz üzere⁹³⁶ bir vakıanın somut uyuşmazlık açısından mevcut kabul edilebilmesi için hâkimde oluşması gereken kanaatin derecesini ifade eder. İşte, farklı hukuk sistemlerinde bu derecenin farklı belirlenmesi sebebiyle yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından hangi hukukun uygulanacağı meselesi önem arz etmektedir. Biz bu belirlemenin yapılırken, öncelikle ispat ölçüsü kurumunun delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve ispat yüküyle olan ilişkisinin, daha sonra işlevinin ortaya konulması, yapılacak tespitlerin milletlerarası özel hukukun amaçları süzgecinden geçirilerek neticeye varılması, yani uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 198’inci maddesi uyarınca, hâkim, kanuni istisnalar (kesin deliller) dışında delilleri serbestçe değerlendirir. Şu halde, bir vakıa, kesin deliller dışında bir delille ispatlanmaya çalışılacak olursa, hâkim söz konusu vakıa açısından delillin getirdiklerinin/gösterdiklerinin/yansıttıklarının, vakıanın gerçekliği noktasında değerlerini serbestçe takdir eder. İşte, ispat ölçüsü de, hâkimin bu takdiri neticesinde vakıaya dair ulaştığı kanaatin derecesiyle ilişkilidir. Hâkim, öncelikle hukukî meseleye ilişkin ispat ölçüsünün ne olduğunu belirler ve daha sonra somut vakıalar açısından bu derecede kanaate ulaşıp ulaşmadığını değerlendirir⁹³⁷.

İspat yükü ise iddia edilen bir vakıanın ispat edilememiş kabul edilmesi halinde, bu

⁹³³ **Gottwald**, Das flexible Beweismass, s. 175.

⁹³⁴ Aynı meselenin netice değişmeksizin farklı kelimeler ile ifade edilmesinden başka bir anlam içermediğini kastetmektedir.

⁹³⁵ **Gottwald**, Das flexible Beweismass, s. 175. Ayrıca bkz. **Nagel/Gottwald**, s. 511-512.

⁹³⁶ Bkz. yuk. s. 123.

⁹³⁷ **Başözen**, s. 114; **Atalay**, s. 39; **Yıldırım**, s. 72; **Prütting**, s. 59-60.

vakıadan kendi lehine hak çıkararak taraf aleyhine olmak üzere, onun mevcut olmadığını kabul edilmesini düzenler⁹³⁸. Dolayısıyla ispat yükü, ispat ölçüsüne ilişkin değerlendirmeden bir sonraki aşamadır. Hâkim, vakıanın mevcudiyetine ilişkin olarak kanunen kabul edilen ölçüde kanaat getirememişse, bu durumda ispat yükünün kime düştüğünü araştırır ve buna göre karar verilmesi söz konusu olur. Delillerin serbestçe değerlendirilmesine ilişkin kuralın usûl hukuku kuralı olduğu ve *lex fori*'nin uygulanacağı genel olarak kabul edilirken, ispat yükü meselesinin maddi hukuka ait olduğu ve *lex causae*'ya göre halledilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹³⁹. Şu durumda, ispat ölçüsünün bu ikisi ile olan ilişkisine göre uygulanacak hukuku tespit edilmelidir.

İlk olarak ispat ölçüsünün işlevinin ne olduğunu tespit etmenin yerinde olacağı kanaatindeyiz. Neden böyle bir ölçüte ihtiyaç duyulduğu ortaya konulursa, hangi hukukun uygulanması gerektiği daha kolay değerlendirilebilir. Öğretide bir görüş ispat ölçüsünün işlevini şu şekilde izah etmiştir:

“İspat ölçüsüne ilişkin kuralın belirlenmesiyle bir hukuk normunun unsurları doldurulur ve norm tam olarak tasvir edilebilir. Dolayısıyla, ispat ölçüsüyle bir normun uygulama ve etki alanı genişletilebilir yahut daraltılabilir. Örneğin, ispat ölçüsü ne kadar düşük tutulursa, kusurlu sorumluluğa ilişkin tazminat açısından normun kapsamı da o oranda genişler. Bu nedenle, ispat ölçüsü problemi esas itibarıyla normun kapsamını doğru belirleme problemidir⁹⁴⁰”.

Başka bir anlatımla, söz konusu görüş, ispat ölçüsünün, somut vakıaların ispatını kolaylaştırmak vasıtasıyla soyut hukuk kurallarının –bunlar maddi hukuk yahut usûl

⁹³⁸ Bkz. a.ş. s. 169 vd.

⁹³⁹ **Schack**, IZVR, s. 285; **Nagel/Gottwald**, s. 514; **Geimer**, s. 816-817; **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 283-284; **Heldrich**, Zustaendigkeit, s. 18; **Riezler**, s. 464; **Niederländer**, Hubert, “Materielles Recht und Verfahrensrecht im internationalen Privatrecht”, *RabelsZ* 1955, s. 31, 33; **Neuhaus**, Paul, H., “Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht”, *RabelsZ* 1955, s. 238; **Nussbaum**, DIPR, s. 413.

⁹⁴⁰ **Maasen**, s. 1. Aynı yönde bkz. **Schreiber**, Rupert, *Theorie des Beweiswerts für Beweismittel im Zivilprozess*, Berlin 1968, s. 13.

hukuku kuralı olabilir– öngörmüş olduğu hukukî neticenin uygulanma alanını genişletmek yahut daraltmak işlevini haiz olduğunu yönündedir. İkinci bir görüş ise, ispat ölçüsü kuralının işlevini, ispat ölçüsüne ilişkin kuralın ne olduğundan bağımsız olarak gerçeğin araştırılması sürecini kısaltmak şeklinde izah etmektedir⁹⁴¹.

Kanaatimizce hukukumuzda ispat ölçüsünün düşürüldüğü yerleri ve düşürülme amacını tespit etmek, işlevinin ne olduğunu anlamamıza da yardımcı olur. Türk hukukunda ispat ölçüsü, en genel biçimde, geçici hukukî koruma tedbirlerinde düşürülmüştür⁹⁴². Bunun dışında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 38'inci maddesinin dördüncü fıkrasında hâkimin reddi talebinin kabul edilmesi için “muhtemel görünme” aranmış, yine Kanun'un 334'üncü maddesinin birinci fıkrasında adli yardım talebinin kabul edilebilmesi için “açıkça dayanaktan yoksun olmama” yeterli görülmüştür. Geçici hukukî himaye tedbirlerinde ispat ölçüsünü düşürmenin amacı, bunların niteliği gereği bir an önce karar verilmesini sağlamaktır. Bu, yukarıda zikredilen yargılamada gerçeğin araştırılmasının mümkün olduğunca kısaltılması işleviyle örtüşmektedir⁹⁴³. Adli yardıma ilişkin hükümde ispat ölçüsünün düşürülmesinin amacı ise, bireylerin daha kolay şekilde adli yardımdan yararlanmasını sağlamaktır⁹⁴⁴. Diğer bir ifadeyle, yukarıda zikredilen normun kapsam ve uygulama alanını genişletme işleviyle örtüşmektedir. Hâkimin reddi durumlarında ise, hâkimin tarafsızlığından şüphe edilmesi gerektiğine ilişkin halin

⁹⁴¹ **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 276-278.

⁹⁴² Karş. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 390'inci maddesinin üçüncü fıkrası ve İcra ve İflas Kanunu'nun 257'nci maddesi.

⁹⁴³ Ancak burada gerçeğin araştırılması bütün bir gelecek için mutlak hakikat vasfı taşıyacak bir karar yönünden değil yalnızca “geçici” nitelik taşıyan tedbir kararı açısından kısaltılmış olmaktadır.

⁹⁴⁴ Madde gerekçesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından hareketle adli yardım açısından haklılığın değil salt iddianın açıkça dayanaktan yoksun olmaması şartının arandığı belirtilmiştir. Maddenin değişiklikten önceki halinde yer alan “haklı oldukları yönüne kanaat uyandırmak” ibaresi –ki bu esasında yaklaşık ispatı ölçüsü olarak değerlendirdiğimiz kanaat derecesini ifade etmektedir– daha da yumuşatılarak adeta vakıalara yönelik hiçbir kanaat oluşumu aramaksızın şekli inceleme boyutuna indirgemıştır. Burada ölçütün, somut dava açısından değil soyut olarak böyle bir davanın söz konusu olmasının muhtemel görünmesine indirgendliğini söylemek yanlış olmayacaktır.

tam olarak ispat edilebilmesi mümkün değildir, işin doğası gereği olasılık burada yeterli olacağından, kanun koyucu bu tür bir düzenleme getirmiştir. Şu halde ispat ölçüsünün düşürülmesinin amacı burada tam ispatın mümkün olmaması, dolayısıyla yukarıdaki işlevleri açısından gerçeğin araştırılması sürecinin, bu tür durumlarda kesilmesi gereği öngörülmüştür. Netice itibariyle, ispat ölçüsüne ilişkin olarak ifade edilen her iki görüşün de, ispat ölçüsünün uygulandığı farklı noktalar dikkate alınarak yerinde olduğu söylenebilir.

İkinci olarak, kapsamını ve işlevini belirlediğimiz ispat ölçüsü kurumunu, uygulanacak hukuka ilişkin temel ölçütümüz olan tarafların meşru beklentileri ve milletlerarası karar ahenginin sağlanması gereği ile pratiklik ve usûl ekonomisi yönünden ortaya çıkan sorunlar açısından değerlendirilmelidir⁹⁴⁵.

Tarafların meşru beklentileri açısından değerlendirme şu şekilde olur: Taraflar daha hukukî ilişkiyi gerçekleştirirken olası bir uyuşmazlığa ilişkin delillerini, yani ispat araçlarını düşünür. Bu bağlamda ispat ölçüsünün ne olduğu, daha hukukî işlemin yapıldığı sırada yahut haksız eylemin gerçekleşmesinden hemen sonra tarafların davranışlarını etkiler. Bu nedenle, geçerli ispat ölçüsü açısından tarafların beklentileri ile esasa uygulanan hukuk –*lex causae*– örtüşür. Bu çerçevede, ihtilâf bir sözleşmeden kaynaklanmakta ise sözleşme statüsü; haksız fiil söz konusu ise *delictsstatut* ispat ölçüsünün belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Bu hukukî kesinlik ve öngörülebilirlik açısından da fayda sağlar.

Milletlerarası karar ahengi açısından ise, meseleyi şu şekilde ele almak gerekir: İspat ölçüsü olarak belirlenen derecenin kararın içeriğini etkileyeceği şüpheden uzaktır.

Örneğin hâkim “muhtemelen alacak var ama” dediği bir uyuşmazlıkta, tam ispat ölçüsünün uygulanması halinde, alacağın olmadığına hükmeder. Oysa yaklaşık ispat

⁹⁴⁵ Çelikel/Erdem, s. 32-39.

ölçüsünün uygulanması durumunda pekala alacağın varlığına hükmetmesi gerekir⁹⁴⁶. Yukarıda kurumun işlevi incelenirken belirtildiği gibi, ispat ölçüsünün soyut hukuk normunun öngördüğü neticenin uygulama alanını genişlettiği veya daralttığı hususu da göz ardı edilemez. Yabancı maddi hukukun tanıdığı olduğu hakkın, tanındığı gibi yerine getirilmesi gerekir. Şu halde, dava nerede açılırsa açılsın, olay *lex causae* ispat ölçüsüne uygulanacak olursa, milletlerarası karar ahengi sağlanır.

Tarafların meşru beklentilerine ilişkin değerlendirme ve milletlerarası karar ahenginin sağlanacak olması dikkate alındığında, yabancı hukukun somut mesele için öngördüğü ispat ölçüsünün tespit edilmesinin pratik açıdan yaratacağı zorluk ihmal edilebilir. Nitekim, yabancı maddi hukuku uygulayan hâkim, o hukukun tanıdığı hak açısından geçerli ispat ölçüsü kuralını da az bir emekle belirleyebilir.

Dolayısıyla, **Schack** tarafından *lex fori*'nin uygulanması için öne sürülen gerekçelere de katılmıyoruz. Öncelikle yabancı hukuktaki ispat ölçüsünün araştırılması ve tespitindeki zorluklar ve bunun neticesinde ortaya çıkacağını iddia ettiği hususlar, herhangi bir maddi hukuk normunun tespit edilmesi ve uygulanmasından daha zor değildir. Ancak, bugün yabancı maddi hukukun uygulanabilmesi hususunda tartışma yoktur. Keza, hâkimin aşinalığı ve bu nedenle pratik olmama açısından da aynı husus geçerlidir. Kaldı ki artık hukuk uygulamamızda çok sık karşılaşılan geçici hukukî himaye tedbirlerinde hâkimler farklı bir ispat ölçüsü ile karar verebilmektedir.

Dolayısıyla, yabancı hukuktaki ispat ölçüsünün uygulanması noktasında hâkim herhangi bir maddi hukuk normuna göre daha rahat bir konumdadır. Gene **Schack**'ın belirttiği “kabul edilecek ispat araçlarının artmasını önlemek için *lex fori*'nin uygulanması” düşüncesine de katılmıyoruz. Tarafların uyuşmazlık bir mahkeme önüne gelmeden önceki beklentileri dikkate alındığında, aşağıda da belirttiğimiz

⁹⁴⁶ Bu nedenle **Gottwald**'in psikoloji bilimi açısından yaklaşarak ifade ettiği gibi ispat ölçüsünün farklı belirlenmesinin netice açısından fark yaratmayacağı düşüncesine katılmıyoruz. **Gottwald**, *Das flexible Beweismass*, s. 175. Ayrıca bkz. **Nagel/Gottwald**, s. 512.

üzere⁹⁴⁷, esasında kabul edilebilir ispat araçlarının *lex causae* sebebiyle artması, milletlerarası özel hukukun amacı olan tarafların meşru beklentilerinin karşılanmasına hizmet eder. **Gottwald**'in belirttiği ispat ölçüsünün hâkimin pozisyonu ve ikna olma sürecinden farklı olmadığı hususuna katılıyoruz; ancak bu durum yabancı hukukun uygulanmasına mani değildir. Hâkimin vakıaları serbestçe değerlendirmesi noktasında bir fark da yaratmaz. Yalnızca hâkimin ulaştığı kanaat derecesinde, vakıanın mevcudiyetine ilişkin vereceği karar, uygulanacak hukuka göre farklı olur.

Netice itibarıyla tarafların meşru beklentileri ve milletlerarası karar ahengi dikkate alındığında, mahkemenin yabancı bir ülke hukukunu uygulamasına karşı ileri sürülen pratiklik, hakların temelinde kayma gibi hususların yerinde olmadığı tespit edilmesi karşısında, ispat ölçüsü bağlamında, ilgili vakıalar bakımından *lex causae* uygulanmalıdır.

D. İspat Yüğü ve Uygulanacak Hukuk Sorunu

I. Genel Olarak

Bir hukuk normunun öngörümüğü olduğu hukukî neticeye talip olan kimsenin, ilgili normun söz konusu netice açısından düzenlediği koşulların somut olayda gerçekleşmiş olduğunu göstermesi gerekir. İşte talibin bu faaliyetine usûl hukuku içerisinde ispat faaliyeti denilmektedir. Bu çerçevede, taraf, ilgili koşul vakıalara karşılık gelecek somut vakıalar ileri sürer ve hâkimde ileri sürdüğü somut vakıaların

⁹⁴⁷ Bkz., aşıa. s. 191 vd.

gerçekliği konusunda kanaat uyandırmaya çalışır. Vakıaların aydınlatılmasına ilişkin yargılamadaki bu süreç bugün kabul edildiği üzere⁹⁴⁸ üç şekilde sonra erebilir⁹⁴⁹:

- İspat faaliyeti başarılı olur, hâkim ispatı gereken somut vakıaların gerçekleştiğini tespit eder ve ilgili normun öngördüğü sonucu kişiye tanır.
- İspat olumsuz sonuçlanır, hâkim iddia edilen vakıaların doğru olmadığını tespit eder ve ilgili normun öngördüğü sonucu kişiye tanımaz.
- İspat başarısız olur, ancak burada iddia edilen vakıaların gerçek olup olmadığı konusunda belirsizlik vardır. Diğer bir ifade ile yargılamanın sonuna gelinmesine ve bütün makbul deliller değerlendirilmiş olmasına rağmen vakıanın mevcut olup olmadığı da tespit edilebilmiş değildir⁹⁵⁰.

İlk iki durum açısından mahkemece yapılması gereken konusunda yukarıda da ifade edildiği üzere, herhangi bir şüphe yoktur⁹⁵¹. Ancak tahkikatın sonunda belirsizliğin (*non-liquet*) ortaya çıkması halinde ilgili hukuk normuna dayanılarak atılma faaliyetinde bulunulamayacağı için⁹⁵² yapılması gerekenin ne olduğu sorusunun cevaplanması gerekmektedir.

Roma hukukunun ilk dönemlerinde söz konusu olan ve *legis actionum* uygulanmadığı davalarda geçerli olan *formula* usûlü⁹⁵³ çerçevesinde, hâkime *sibi non liquere*, yani bana göre açık değil diyerek karar vermektan kaçınma imkanı

⁹⁴⁸ Öğretide **Leonhard** tarafında ileri sürülen bir görüş, normun öngördüğü hukukî sonucu ispatlanabilmeye bağlamakta ve bu kapsamda yalnız iki netice öngörmektedir: İspatlanmış veya İspatlanmamış. Belirsizlik (*non liquet*) olarak aşağıda inceleyeceğimiz ve bugün ispat yükünün varlık sebebi olarak öngörülen durumu yazar bu bağlamda sorun olarak telakki etmemiştir. **Leonhard**, Franz, Die Beweislast, Berlin 1926, s. 127 vd. Ancak maddi hukuk normlarının ispat edilebilirlikle değil vakıalarla bağlantılı olması nedeniyle bugün bu düşünce genel olarak reddedilmektedir. Bkz. aşa. s. 174 vd.

⁹⁴⁹ **Musielak**, ZPO, s. 306; **Rosenberg**, Leo, Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, München 1965, s. 5 vd. **Rosenberg**, bu şekilde üçlü bir ayırım yapmasına rağmen yalnızca vakıaların mevcut olduğunun tespit edilmesi halinde normun uygulanacağını ifade ederek, diğer iki durumu denk kabul etmiştir. **Rosenberg**, Beweislast, s. 12.

⁹⁵⁰ **Baumgaertel**, Gottfried/**Laumen**, Hans-Willi/**Prütting**, Hanns, Handbuch der Beweislast: Grundlagen, Köln 2009, s. 135.

⁹⁵¹ **Arens**, Peter/**Lüke**, Wolfgang, Zivilprozessrecht, München 1992, s. 202.

⁹⁵² **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 22; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 104; **Umar**, Bilge/**Yılmaz**, Ejder, İsbat Yükü, İstanbul 1980, s. 2.

⁹⁵³ **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 240 vd.; **Karadeniz-Çelebican**, s. 292 vd.; **Umar**, s. 245 vd.

tanınmış idi⁹⁵⁴. Keza, bir dönem doğaüstü güçlere dayanılarak, örneğin iddia sahibinin kaynar suyun içerisine atılarak dayanması suretiyle ispat edilme, kızgın demir üzerinde yürüme gibi meseleyi Allah’a bıraktıkları düşüncesiyle (*Gottesurteil*), belirsizlik durumu ile başa çıkılmaya çalışılmıştır⁹⁵⁵.

Ceza yargılamamızda mahkemeye getirilen ispat araçları vasıtası ile eğer hâkim yeter derecede kanaat getiremezse, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223’üncü maddesinin birinci fıkrasının e bendi uyarınca beraat kararı verir. Zira, ceza yargılaması alanında *in dubio pro reo* yani şüpheden sanığın yararlanacağı ilkesi evrensel olarak kabul edilmektedir⁹⁵⁶.

Ancak tarafların eşitliği ilkesinin kural olarak geçerli olduğu özel hukuk ilişkileri açısından, şüpheli yahut belirsiz durumlarda, taraflardan birinin diğerine tercih edilebilmesi, örneğin “şüpheden borçlu/alacaklı yararlanır” denilebilmesi mümkün değildir. Zira, ceza hukuku alanında toplumun genel menfaati söz konusu iken özel hukuk alanında bireylerin menfaati önceliklidir⁹⁵⁷. Keza, Anayasa’nın 2’nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesi ve BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 10’uncu maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ve hakkın yerine getirilmesinden kaçınılması yasağı nedeniyle hâkimin somut uyuşmazlık hakkında Roma hukukunda olduğu gibi karar vermekten kaçınabilmesi mümkün değildir⁹⁵⁸. Kendiliğinden hak almayı yasaklayan devletin, vatandaşlar arasında çıkan uyuşmazlığın bağımsız bir hâkim önünde

⁹⁵⁴ **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 254; **Öcal**, Bahar, “Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri”, AÜHFD 60/3, s. 556; **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 23; **Musielak**, ZPO, s. 306; **Prütting**, Hanns, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983, s. 124.

⁹⁵⁵ **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 280; **Gmehling**, Bernhard, Die Beweislastverteilung bei Schaedten aus Industrieimmissionen, Berlin 1989, s. 39.

⁹⁵⁶ **Yayla**, Mehmet, “Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüpheler; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi”, ABD 2013/3, s. 291-313; **Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, s. 302.

⁹⁵⁷ **Rosenberg**, Beweislast, s. 91-92.

⁹⁵⁸ **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 23; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 93; **Heinrich**, Christian, Die Beweislast bei Rechtsgeschäften, München 1996, s. 11; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 644-645; **Gmehling**, s. 41.

giderilmesini ve hakların yerine getirilmesini temin etmesi gerekir⁹⁵⁹. Ayrıca bugün artık bunun doğüstü güçlere bırakılmasını da kabul etmek mümkün değildir.

Bu çerçevede alternatif görüşler de ileri sürülmüştür. **Maasen**, ispat ölçüsünün bu manada kullanılabileceğini, sadece ulaşılan kanaat derecesinde taraflardan biri yahut diğeri lehine karar verilebileceğini belirtmiştir⁹⁶⁰. Yazar, olasılık skalasının 0 ila 100 arasında olduğunu, skalanın sağında veya solunda olunmasına göre vakianın gerçekliği hakkında karar verilebileceğini savunmaktadır⁹⁶¹. Bu görüş ikna edicilikten uzaktır. Zira, skalanın sağında ve solunda olan hallerde ispat yükü meselesinden kurtulunsa da tam ortada, matematiksel ifade ile 50:50 kalınması halinde ne yapılacağı sorunu devam eder. Bu duruma karşı 50:50 durumunun da skalanın bir tarafına dahil edilmesi ile sorunun çözüleceği ileri sürülmüştür⁹⁶².

Ancak, ispat ölçüsü kuralına göre vakianın mevcudiyetine karar verilemediği durumda, aksi de kanıtlanmamışsa, belirsizlik doğar. Bu halde diğere tarafın aleyhine olarak karar verilmesi için bir dayanak gerekir. Skalanın sol tarafında kalındığı için vakianın ispatlanamamış sayılması halinde, kimin aleyhine bu vakianın mevcut olmayacağını belirlenmesi gerekir ki bu da ispat yükü sorunudur. Şu halde, ispat ölçüsü, ispat yükünün alternatifi olamaz.

Belirsizlik durumunu gidermek adına ileri sürülen ikinci görüş, ispat sisteminin değiştirilmesi, hâkimin eline açık ve net kurallar verilerek bağlayıcı/kesin delillerin getirilmesi ve subjektif boyutun giderilmesidir⁹⁶³. Ancak, bu da yine sorunu çözmez. Hâkimin delilleri serbestçe takdir etmediği bu sistemde dahi şayet vakia

⁹⁵⁹ **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 23.

⁹⁶⁰ **Maasen**, s. 12. Olasılık skalasının 0 ila 100 arasında olduğunu, skalanın sağında veya solunda olunmasına göre vakianın gerçekliği hakkında karar verileceğini, tam 50 noktasında ise hiçbir tarafın ispat yükünü taşımayacağını belirten görüş için bkz. **Ekelöf**, s. 289.

⁹⁶¹ **Ekelöf**, s. 289.

⁹⁶² **Motsch**, s. 34 vd.

⁹⁶³ **Heinrich**, s. 14.

ispatlanamamış olursa, sonraki aşamada kimin aleyhine olarak karar verileceğini gösterecek bir kurala ihtiyaç vardır.

İşte medenî yargılama açısından söz konusu eksikliği giderecek olan, ispat yükü kurumudur. İspat yükü kurumu sayesinde hâkim vakıaların gerçekliğine ilişkin belirsizliği yenememesine rağmen karar verme imkanını elde etmektedir⁹⁶⁴. Söz konusu işlevinin doğal sonucu olarak ispat yükü, hukukî meselelerin veya irade açıklamalarının anlamlandırılmasında olduğu gibi yorum sorunu ile değil vakıalarla ilgilidir⁹⁶⁵ ve onların belirsiz kalmaları halinde gündeme gelir. Belirsizlik riskinin, bu şekilde taraflar arasında dağıtılması da, ispatsız kalmanın sonuçlarına dayanan özel bir normatif temel gerektirir⁹⁶⁶. Şayet hâkim vakıaların gerçekliğine ilişkin olarak yeterli kanaate ulaşılmışsa, artık ispat yükü kuralının bir önemi de kalmaz⁹⁶⁷.

Uygulanacak hukukun tespit edilmesi bağlamında ispat yükü kurumunu incelememize dahil etmemizin sebebi, kurumun hukukî mahiyetinden başlayarak maddi hukuka mı yoksa usûl hukukuna mı ait olduğuna ilişkin süregelen tartışmalar ve bu çerçevede hâkimin hukukunun mu *lex causae* 'nın mı uygulanacağı tartışmasına ışık tutmaktır. Bu bağlamda, öncelikle kavramsal olarak ispat yükünden ne anlaşılması gerektiğini inceledikten sonra ispat yükü normlarının hukukî mahiyetinin ne olduğunu, diğer bir ifadeyle, vasıflandırma yapılırken hangi hukuk alanına ait olduğu belirlenmiş, nihayetinde çalışmamızın temel amacı olan yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk tespit edilmiştir. İspat yükünün dağılımının nasıl olması gerektiğine ilişkin teorik tartışmalar, ispat yükü kuralının somut olaylarda ne olacağı konusunu ise inceleme kapsamımız dışında bırakılmıştır.

⁹⁶⁴ **Thomas/Putzo/Reichold**, vor Art. 284, para. 18; **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 23; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 93; **Umar/Yılmaz**, s. 3; **Greger**, s. 11.

⁹⁶⁵ **Zöller/Greger**, vor Art. 284, para. 18a; **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 24; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 96; **Hansen**, Udo, "Die Substantiierungslast", JuS 1991, s. 588.

⁹⁶⁶ **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 23.

⁹⁶⁷ **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 23.

II. Kavram

İspat yükü kavramı, Roma hukukunun geç klasik döneminde *onus probationis* olarak ilk defa kullanılmaya başlanmış⁹⁶⁸, **Justinianus**'un *Institutiones* I.2.20.4'de de *onus probandi incumbit ei qui agit* (ispat yükü davayı açan kişinin üzerindedir) şeklinde ifade edilmiştir⁹⁶⁹. İspat yükünün kavramsal olarak iki durumu ve bakış açısını ifade ettiği kabul edilmektedir⁹⁷⁰. İlki, yargılamanın başında ve tarafın bakış açısı ile belli bir vakıayı kimin ispat edeceği ve delilleri getireceği (subjektif ispat yükü)⁹⁷¹, ikincisi yargılamanın sonunda ve mahkemenin bakış açısı ile neticede ispatsız kalan vakıaya ilişkin durumun, kimin aleyhine olarak ele alınacağı sorunudur (objektif ispat yükü)⁹⁷².

Subjektif ispat yükü (delil ikame yükü veya şekli ispat yükü olarak da adlandırılır), yargılamanın kaybedilmesi neticesinden kaçınmak için tartışmalı vakıaya ilişkin olarak tarafın bizzat ispat faaliyetinde bulunma ve ispat araçlarını getirme yükünü ifade eder⁹⁷³. Subjektif ispat yükünü taşıyan taraf, söz konusu yük gereği, iddia ettiği vakıalara karşılık gelecek somut ispat araçlarını mahkemeye sunar⁹⁷⁴. Yük, yalnızca taraflarca hazırlanma ilkesinin uygulandığı yargılamalar açısından geçerlidir; zira re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı bir davada tarafa delilleri getirme ve

⁹⁶⁸ **Musielak/Stadler**, s. 116.

⁹⁶⁹ **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 25; **Öcal**, Bahar, "Onus Probandi" Roma Hukukunda İspat Yükü, Ankara 2006, s. 116; **Musielak**, ZPO, s. 205.

⁹⁷⁰ **Atalay**, s. 8-9.

⁹⁷¹ 19. yüzyılın sonuna kadar esas itibariyle ispat yükü kavramı yalnızca bu anlamı ile kullanılmış, şekli ve maddi ispat yükü ayrımını ilk defa 1883 yılında **Glaser** yapmıştır.

Baumgaertel/Laumen/Prütting, s. 28; **Musielak/Stadler**, s. 116.

⁹⁷² **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Anh Art. 286, para. 1; **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 25-26; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 99; **Başözen**, s. 85; **Eisner**, s. 84; **Rosenberg**, Beweislast, s. 17.

⁹⁷³ **Zöller/Greger**, vor Art. 284, para. 18; **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 286, para. 54; **Musielak/Foerste**, Art. 286, para. 33; **Jauernig**, Zivilprozessrecht, s. 208; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 98; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 645; **Arens/Lüke**, s. 202-203; **Hansen**, s. 588; **Musielak**, Gegenwartsprobleme, s. 402; **Umar/Yılmaz**, s. 32; **Redecker**, Konrad, "Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozess", NJW 1966, s. 1778; **Dubischar**, Roland, "Grundsätze der Beweislastverteilung im Zivil- und Verwaltungsprozess", JuS 1971, s. 386; **Rosenberg**, Beweislast, s. 19.

⁹⁷⁴ **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 98.

getirmemenin olumsuz neticelerini yükleme düşünülemez⁹⁷⁵. Subjektif ispat yükünün mahkeme açısından önemi, bu yükü taşıyan tarafın herhangi bir ispat faaliyetinde bulunmaması, delillerini mahkemeye getirmemesi halinde çıkar ve bu durumda hâkim, ilgili tartışmalı vakıalar için karşı tarafın da delillerini incelemeksizin karar verir⁹⁷⁶. Şayet her iki taraf da vakıalar ile birlikte delillerini de sunmuşlar ve ispat faaliyetine yönelmişlerse, artık hâkim subjektif ispat yükünün kime düştüğüne bakmaksızın bütün delilleri birlikte değerlendirir ve vakıanın ispatı konusunda söz konusu delilin hangi tarafça mahkemeye getirildiği önem taşımaz⁹⁷⁷.

Objektif ispat yükü (maddi ispat yükü olarak da adlandırılır) hâkime, tahkikat neticelenmesine rağmen somut olay açısından tartışmalı vakıaların gerçekliğine ilişkin belirsizlik (*non liquet*) durumunun devam etmesi sebebiyle, kimin aleyhine karar verileceği, ispatsız kalmanın riskini kimin taşıyacağı sorusunun cevabını verir⁹⁷⁸. Objektif ispat yükünün, teknik manada bir yük olmadığı, zira “yük”ten söz edilebilmesi için mutlaka tarafın bir davranışının gerekmesi ve bunun eksikliğinin beraberinde aleyhe bir durumu ortaya çıkarmasının gerektiği, oysa objektif ispat yükünde söz konusu olan belirsizlik durumunun (*non liquet*), eğer hâkim gerçek

⁹⁷⁵ MüKo-ZPO/Prütting, Art. 286, para. 99; Hk-ZPO/Saenger, Art. 286, para. 54; Baumgaertel/Laumen/Prütting, s. 45; Jauernig, Zivilprozessrecht, s. 208; Arens/Lüke, s. 202; Hansen, s. 588, dn. 7; Stein/Jonas/Leipold, Art. 286, para. 52; Redecker, s. 1778; Dubischar, s. 386. Aksi yönde bkz. Başözen, s. 91; Atalay, s. 22; Prütting, s. 26-26; Musielak, Beweislast im Zivilprozess, s. 39.

⁹⁷⁶ Hk-ZPO/Saenger, Art. 286, para. 54; Musielak/Foerste, Art. 286, para. 33; Jauernig, Zivilprozessrecht, s. 208; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 645; Arens/Lüke, s. 203; Stein/Jonas/Leipold, Art. 286, para. 52. Burada esas itibarıyla karşı tarafın delil ileri sürmesinin yasak olması değil, daha ziyade pratiklik ve usûl ekonomisi düşüncesi ile söz konusu neticeye varılmalıdır, zira mahkeme delilleri ancak gerekli ise inceleyecek ve değerlendirecektir, şayet yük üzerine düşen taraf delillerini getirmediyse, artık hâkim karşı tarafın delillerini incelemeksizin vakıaların mevcut olmadığı yönünde kararını verebilir. Tek başına karşı tarafın ileri sürdüğü deliller ile inceleme yapmasının bu noktada anlamı yoktur.

⁹⁷⁷ Jauernig, Zivilprozessrecht, s. 208; Arens/Lüke, s. 202-203; Stein/Jonas/Leipold, Art. 286, para. 53.

⁹⁷⁸ Zöllner/Greger, Art. 363, para 169; Hk-ZPO/Saenger, Art. 286, para. 53; Baumgaertel/Laumen/Prütting, s. 27; Jauernig, Zivilprozessrecht, s. 208; Musielak/Foerste, Art. 286, para. 32; MüKo-ZPO/Prütting, Art. 286, para. 100; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 645; Hansen, s. 588; Stein/Jonas/Leipold, Art. 286, para. 47; Başözen, s. 86; Atalay, s. 9; Yıldırım, s. 74; Rommé, s. 153; Musielak/Stadler, s. 116; Musielak, Gegenwartsprobleme, s. 402; Umar/Yılmaz, s. 5; Gottwald, s. 228; Dubischar, s. 385; Lüke, Gerhard, “Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozess”, JZ 1966, s. 588; Rosenberg, Beweislast, s. 24.

hakkında kanaate varamazsa, tarafın akla uygun bütün çabasına rağmen söz konusu olabileceği, bu nedenle objektif ispat yükünün en doğru ifadesinin “yasal olarak risk dağıtımının özel bir şekli” olacağı iddia edilmiştir⁹⁷⁹. Bu niteliği gereği “yük” olarak hatalı adlandırmadan kurtulmak adına “belirleme rizikosu” (*Feststellungsrisiko*) veya “belirsizlik rizikosu” (*Unklarheitenrisiko*)⁹⁸⁰, “çekişme rizikosu” (*Streitrisiko*)⁹⁸¹, “belirleme tehlikesi” (*Feststellungsgefahr*)⁹⁸² ve “ispat tehlikesi” (*Beweisgefahr*)⁹⁸³ kavramları öğretide önerilmiştir. Subjektif ispat yükünden farklı olarak objektif ispat yükü, bütün yargılamalarda, sadece taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı değil⁹⁸⁴, bu çerçevede re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar açısından da söz konusu olabilir. Zira, mahkeme delilleri re’sen toplayacak olsa dahi, netice itibariyle vakıaların gerçekliği hakkında belli bir kanaate ulaşamaz ise, yine belirsizlik durumu ortaya çıkar. Yukarıda zikredildiği üzere, hâkimin bu durumda da karar vermesi gerektiğinden, objektif ispat yükü hem taraflarca hazırlama ilkesi hem de re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar açısından gereklidir⁹⁸⁵. Temel işlevi bu belirsizlik haline rağmen karar verilmesini sağlayarak hem hak arama hürriyetinin gereğinin yerine getirilmesine hem de hukukî kesinlik ve hukukî barışa hizmet

⁹⁷⁹ **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 26; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 100; **Atalay**, s. 14; **Prütting**, s. 34. Subjektif ispat yükü ise, bu çerçevede teknik manada yüküdür. Zira subjektif ispat yükü kendisine düşen taraf ispat faaliyetinde bulunarak delilleri getirme imkanını kullanmaz ise yargılamayı kaybetmeyi bilerek kabul etmiş olacaktır. Ancak burada yükümlülükte olduğu gibi kanunun belli bir davranışta bulunulmasını zorlaması ve bir yaptırım öngörmesi hali söz konusu değildir. Yükümlülüğün bu özelliği nedeniyle objektif ispat yükü açısından “yükümlülük” niteliğinin yapılması da yerinde olmaz.

⁹⁸⁰ **Prütting**, s. 35.

⁹⁸¹ **Bruns**, Rudolf, *Zivilprozessrecht*, München 1979, s. 248.

⁹⁸² **Schwindel**, Karl, *Das non liquet in der Tatfrage: Gedanken zur Lehre von der Beweislast*, München 1963, s. 53.

⁹⁸³ **Grützman**, “Besprechung von Lehrbuch von Leo Rosenberg”, *Archiv für die civilistische Praxis*, C. 123, s. 123.

⁹⁸⁴ Yalnızca taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda geçerli olduğuna dair bugün artık kabul görmeyen görüş için bkz. **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 31, dn. 79.

⁹⁸⁵ **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 286, para. 54; **Jauernig**, *Zivilprozessrecht*, s. 208; **Arens/Lüke**, s. 202; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 645; **Stein/Jonas/Leipold**, Art. 286, para. 48; **Başözen**, s. 87; **Atalay**, s. 16; **Umar/Yılmaz**, s. 9-10; **Rosenberg**, *Beweislast*, s. 24. **Blomeyer**, ispat yükü kavramını izah ederken, re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda “objektif ispat yükü”, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda “subjektif ispat yükü”nden söz edileceğini belirtse de, bu görüş izah edilen sebeplerle öğretide kabul görmemiştir. Söz konusu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Blomeyer**, *Arwed*, *Zivilprozessrecht*, Berlin 1963, s. 342.

etmektedir⁹⁸⁶. Tanımlarken de vurguladığımız üzere, daha yargılama başlamadan ve yargılama içerisinde de tarafların davranışlarını etkileyecek olsa da, objektif ispat yükü, ancak yargılamanın sonunda bir anlam kazanabilir⁹⁸⁷.

Uygulanacak hukuk sorunu bağlamında bu bölümde esas itibariyle objektif ispat yükü üzerinde durulmuş ve yalnız ispat yükü olarak zikredilmiş, subjektif ispat yüküne ilişkin tartışmalar, bir sonraki bölümde delil ikame yükü kapsamında ele alınmıştır.

III. İspatsızlık Halinde Hukukun Uygulanmasında Ortaya Çıkan Zorluk

Burada aydınlatılması gereken sorun, yaşam ilişkisinin gerektiği derecede açık bir şekilde mahkemeye yansıtılamaması sebebiyle ortaya çıkan belirsizlik durumunda, herhangi bir norma göre atılma faaliyetinin yapılamamasıdır.

Leonhard, esas itibariyle maddi hukuk normunun koşul vakıalarının gerçekleşmesini, temelde yatan vakıaların ispatlanmış olup olmamasına bağlamaktadır⁹⁸⁸. Diğer bir ifadeyle maddi hukuk normlarına saf usûli bir işlev yüklemekte ve maddi hukukun gerçekleşmesini ispat edilebilirliğe indirgemektedir. Ancak, maddi hukuk normlarını bu şekilde usûl hukukuna bağlayarak, usûl hukuku temelinde izah eden görüş bugün reddedilmektedir⁹⁸⁹.

Rosenberg, ispat yüküne ilişkin kapsamlı biçimde geliştirdiği norm teorisinde, ispat faaliyetinin neticesini, **Leonhard**'dan farklı olarak mevcudiyet-mevcut olmama-belirsizlik olmak üzere üç şekilde öngörmesine rağmen, vakıanın mevcut olmadığının ispatı ile belirsizlik durumunu denk tutmaktadır⁹⁹⁰. Ancak, bu anlayışın “normun uygulanmaması” kavramına ilişkin muğlaklığın gözden kaçırılması neticesi

⁹⁸⁶ **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 29.

⁹⁸⁷ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Anh. Art. 286, para 4; **Atalay**, s. 10.

⁹⁸⁸ **Leonhard**, s. 127 vd.

⁹⁸⁹ **Heinrich**, s. 39; **Musielak/Stadler**, s. 120; **Musielak**, Beweislast im Zivilprozess, s. 286; **Leipold**, Dieter, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966, s. 32 vd.

⁹⁹⁰ **Rosenberg**, Beweislast, s. 79.

olduğu, koşul vakıaların pozitif veya negatif olarak ispat edilmesi halinde bir normun uygulanmasından söz edileceği, şüphede halinde ise ne pozitif ne de negatif olarak normun uygulanmasından söz edilebileceği, zira hâkimin normun öngördüğü hukukî sonucu kabul edemeyeceği gibi ret de edemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir⁹⁹¹. şayet **Leonhard**'ın belirttiği gibi hakların ortaya çıkması normun koşul vakıalarının pozitif olarak tespit edilmesine bağlı olsa ve yargılamanın dışında vakıaların gerçekten mevcut olup olmadığı yeterli değil denilebilecek olsa idi **Rosenberg**'in belirttiği belirsizlik durumu ile mevcut olmama durumu bir tutulabilirdi. Ancak yazarın kendisi⁹⁹² bizzat **Leonhard**'ın teorisini eleştirirken, normun öngördüğü hukukî sonucun ancak koşul vakıaların bizzat gerçekleşmiş olması halinde mümkün olacağını haklı olarak belirtmektedir⁹⁹³.

Rosenberg'in teorisinde, belirsizlik halinde hâkimin karar vermesini gerektiren bir temel eksikliği olduğu ilk defa **Leipold** tarafından dile getirilmiřtir⁹⁹⁴. Yazar, belirsizlik durumunda hâkimin karar vermesini sağlayacak, ona talimat veren bir *sondernorm* (özel norm)'un varlığından söz etmekte, bunu "ispat yükü normu" olarak açıklamaktadır. **Schwab** tarafından da norm teorisindeki eksikliğe bir temel "*Operationsregel*" eklenmesine rağmen, ispat yükü, doğrudan normun uygulanmamasının bir sonucu yahut yansıması olarak ele alınmıřtır⁹⁹⁵. Ancak, bu netice için bütün maddi hukuka ait unsurların hak iddia edene ve karşı tarafa yakınlığına göre ayrılmış olması gerektiği, fakat mevcut durumun böyle olmadığı

⁹⁹¹ **Seibl**, Maximilian, Die Beweislast bei Kollisionsnormen, Tübingen 2009, s. 108; **Musielak/Stadler**, s. 121; **Prütting**, s. 149; **Leipold**, Dieter, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966, s. 32.

⁹⁹² **Rosenberg**, Beweislast, s. 82.

⁹⁹³ **Musielak**, Gegenwartsprobleme, s. 386; **Prütting**, s. 149.

⁹⁹⁴ **Leipold**, Beweislastregeln, s. 31 vd.; **Schwab**, Karl H., "Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie", Festschrift für Hans Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln 1978, s. 519.

⁹⁹⁵ **Schwab**, s. 505, 519.

belirilerek, görüş **Leipold** ve **Musielak** tarafından eleştirilmiştir⁹⁹⁶. **Leipold**, ispat yükü normunun yapısı ile ispat yükü normlarının somut içeriğinin ayrılması gerektiğini; ispat yükü normunun yapısından, normun koşul vakıolarındaki belirsizlik durumunu içerdiğinin anlaşılmasını; dolayısıyla, hukukî neticenin, tartışmalı kalan normun unsurlarının gerçekleştiği veya gerçekleşmediği fiksiyonu olacağını ve **Rosenberg**'ten farklı olarak ispat yükünün, maddi hukukun uygulanmamasının bir sonucu olmadığını, bilâkis, belirsizlik hallerinde mahkemenin karar vermesini mümkün kılarak normun uygulanması veya uygulanmamasını sağladığını savunmaktadır⁹⁹⁷.

Prütting de aynı şekilde, belirsizlik (*non liquet*) hallerinde, eğer özel bir çare mevcut olmazsa, maddi hukuk normunun uygulanması ve ona göre atlama faaliyetinin yapılmasının mümkün olmadığını, çarenin ise *Operationsregel* olduğunu ifade etmektedir⁹⁹⁸.

Bugün modern anlayış, belirsizlik durumu bulunan olaylarda süreci metodik olarak üç kısma ayırmaktadır⁹⁹⁹: İlk aşamada soru, hâkimin belirsizliğin mevcut olması halinde karar verme yükümlülüğü olup olmadığıdır. Bu soru artık bugün için hak arama hürriyeti ve hakkın yerine getirilmesinden kaçınılamaması¹⁰⁰⁰ sebebiyle olumlu cevaplanır. İspat yüküne dayanılarak karar verilecek davalarda ikinci aşama, hangi yöntemle hâkim muğlak olan maddi hukuk ilişkisi hakkında karar verebileceği sorusudur. Bu belirsizliğin üstesinden gelmek, metodik bir enstrümana ihtiyaç gösterir. Bu enstrüman *Operationsregel* (işlem kuralı) olarak adlandırılır¹⁰⁰¹. Hâkim,

⁹⁹⁶ **Musielak/Stadler**, s. 121; **Leipold**, *Lex fori*, s. 31 vd.

⁹⁹⁷ **Leipold**, *Beweislastregeln*, s. 18 vd.

⁹⁹⁸ **Prütting**, s. 168.

⁹⁹⁹ **Prütting**, s. 124 vd. Ayrıca bkz. **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 105 vd.; **Musielak**, *Beweislast im Zivilprozess*, s. 293.

¹⁰⁰⁰ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 644-645.

¹⁰⁰¹ Benzer durumun "*negative Grundregel*" (olumsuz temel kural) olarak adlandırılması hakkında bkz. **Musielak**, *Beweislast im Zivilprozess*, s. 293.

belirsiz kalan hukukî ilişkiyi, sanki belirli olmuş gibi ele alır¹⁰⁰². Bu fiksiyonun içeriği iki şekilde olabilir: Hâkim belirsiz olan vakıaları ya ispatlanmış ya da çürütülmüş olarak belirleyebilir. Bu iki alternatiften hangisinin esas alınacağını belirleyen ise, üçüncü adım olan ispat yükü kuralıdır. İspat yükünün dağılımına ilişkin kural ile fiksiyonun içeriği belirlenir. Bu içerikse, vakıalar tespit edilmiş ve hükmün koşul vakıalarının karşılanmadığı belirlenmiş gibi hâkimin karar vermesi şeklinde görünür¹⁰⁰³.

IV. İspat Yükünün Hukukî Mahiyeti ve Vasıflandırma Tartışması

1. Konuya İlişkin Görüşler

Bugüne kadar öğretilerde teorik olarak ispat yükünün usûl hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı ait olduğu konusu ciddi şekilde tartışılmış, her iki yönde de görüşler ileri sürülmüş, kimi yazarlarca kısmen usûl hukukuna kısmen maddi hukuka ait olduğu savunulmuş¹⁰⁰⁴, bazı yazarlarca ispat yükünün tartışma konusu hukuk kuralının ait olduğu alana dahil olacağı belirtilmiştir¹⁰⁰⁵. Hukukî mahiyete ilişkin tartışma salt teorik olmanın ötesinde hem temyiz aşamasında hâlâ yürürlükte olan Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 428'inci maddesi gereğince usûlü muhakemeye muhalefet olarak mı değerlendirileceği yoksa maddi hukuka ilişkin temyiz sebepleri arasında mı ele alınacağı hem de çalışma konumuz bağlamında yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti bağlamında pratik öneme de sahiptir.

¹⁰⁰² **Leipold**, Beweislastregeln, s. 18 vd.

¹⁰⁰³ Herhangi bir *Operationsregel* veya *Grundregel* olmadığı, bunların tamamen yapay olduğu, ispat yükü kuralının da diğer hukuk kurallarında olduğu gibi belli gerçek bir prensip olduğu ve değerini kanun koyucunun kararından aldığı ve bu şekilde uygulanacağı iddiası ile bu metodik izaha karşı çıkmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Leipold**, 1985, s. 18-19. Uygulanacak hukuk bağlamında fark yaratmayacağı düşüncesi ile burada yalnızca tartışmayı belirtmekle yetiniyoruz.

¹⁰⁰⁴ **Bruns**, s. 251.

¹⁰⁰⁵ **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 140; **Prütting**, s. 178.

Pekcanitez/Atalay/Özekes, şu gerekçelerle ispat yükünün maddi hukuka ait olduğunu belirlemektedir: İspatın konusu çerçevesinde koşul vakıa ve bu vakıaya bağlanan hukukî sonucu düzenleyen kural maddi hukuk kuralıdır. İspat yükü de bu kuralların tespit edilememe riskinden ibarettir. Ayrıca, ispat yüküne ilişkin bağımsız bir kural yoktur; bilâkis, maddi hukuka ilişkin kuraldan hareketle yük belirlenir. Bu nedenlerle, ispat yükünün maddi hukuka ait olarak vasıflandırılması gerekir¹⁰⁰⁶.

Rosenberg, ise şu şekilde görüşünü izah etmektedir¹⁰⁰⁷: İspat yükü kuralları, tarafların usûli faaliyetlerinin bir çıktısı değil, bilâkis, dava açısından önemli ve tartışmalı olan vakıanın, ispatsız kalması halinde, hâkime hükmün içeriğini nasıl düzenleyeceğini belirten talimatlardır. Bu çerçevede, ispat yükü de, mahkeme hükmünün içeriğini belirleyen hukuk normunun ait olduğu alana dahil edilmelidir; çünkü koşul vakıaların gerçekleştiğinin ortaya konulması halinde mahkemenin kararının içeriğini belirleyecek bu hukukun, eğer koşul vakıa ortaya konulamazsa hâkimin ayrıca nasıl karar vereceği sorusunu da cevaplaması gerekir. Dolayısıyla, ispat yükü, kural olarak maddi hukuka aittir.

İspat yükünün maddi hukuka aidiyetine ilişkin bir diğer görüş de doğrudan normun uygulanması ile ilgisi ve esasen onun uygulanması neticesini doğurması sebebiyle ispat yükünün maddi hukuka ait olduğu yönündedir¹⁰⁰⁸. **Walter** ise dogmatik açıdan cevap vermenin zor olduğunu belirtip, uygulamada maddi hukuk kuralı gibi ele alındığının tespiti ile yetinmektedir¹⁰⁰⁹.

Bazı yazarlarca, uygulanacak hukuk normuna göre ispat yükünün de aidiyetine karar verilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁰¹⁰. Yazarlar, bunun, belirsiz kalmış hükümleri tamamlayıcı özelliğe sahip ispat yükünün doğasına daha uygun olduğunu, bu şekilde

¹⁰⁰⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 669.

¹⁰⁰⁷ **Rosenberg**, Beweislast, s. 79-82.

¹⁰⁰⁸ **Jauernig**, Zivilprozessrecht, s. 210; **Arens/Lüke**, s. 206; **Stein/Jonas/Leipold**, Art. 286, para. 79.

¹⁰⁰⁹ **Walter**, Zeiss, Zivilprozessrecht, Tübingen 1989, s. 174.

¹⁰¹⁰ **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 138; **Heinrich**, s. 30; **Prütting**, s. 178.

neden maddi hukuka dahil edilen ispat yükünün, mahkeme kararının esasını belirlediği ama karar elde edilmesi metodunu belirlemediğini açıklayacağını ileri sürmektedir¹⁰¹¹. Ayrıca, belirsizlik halinde riskin dağılımına ilişkin kuralın saf usûli olduğu ve maddi durum hakkında usûl ile karar verildiği söylenecek olursa, bu durumun usûl hukukunun maddi hukuka hizmet etme işlevi ile de çelişeceği belirtilmektedir¹⁰¹².

İspat yükünün usûl hukukuna ait bir mesele olduğu görüşünü savunan **Haesemeyer**, görüşünü şu gerekçelerle açıklamaktadır: Hâkim görüş, ispat yükünün maddi hukuk normlarıyla sistematik olarak uyumunu belirterek, hükmün temyizi ve milletlerarası özel hukuk alanında pratik sonucu da olması sebebiyle, ispat yükünün maddi hukuka ait olduğu yönündedir. Ancak, ispat yükünün kendisi, söz konusu hukuk normunun bir koşulunu oluşturmaz. Bu çerçevede, ilgili hukuk normu ile aynı bağlamda değerlendirilemez. Zira, ispat yükünün uygulanması, bir belgenin kaybedilmesi, tanığın hafızasını yitirmesi gibi tesadüfi durumlara bağlıdır. Ayrıca, ispat yüküne ilişkin kuralın maddi hukuk kurallarına yakınlığından ziyade ispata ve ispat araçlarına yakınlığı üzerinde durulması gerekir¹⁰¹³.

İspat yükünün usûl hukukuna ait olduğunu söyleyen bir diğer görüşe göre, ispat yükünün önemi ancak bir yargılama faaliyeti içerisinde ortaya çıkabilir¹⁰¹⁴. Bu taraflarca hazırlanma ilkesinin uygulandığı davalarda mümkündür. Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olması halinde, hâkim, gerçeği araştırıp bulmakla yükümlüdür¹⁰¹⁵.

¹⁰¹¹ **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 138.

¹⁰¹² **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 138.

¹⁰¹³ **Haesemeyer**, Ludwig, "Prozessrechtliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung des materiellen Privatrechts - Zur Unvertauschbarkeit materieller und formeller Rechtsätze", Archiv für die civilistische Praxis, C. 188, s. 165.

¹⁰¹⁴ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Art. 286, para. 4; **Fitting**, Hermann, "Die Grundlagen der Beweislast", ZJP 13, s. 1-2.

¹⁰¹⁵ **Reinhold**, Zum Lehre von der Beweislast, ZJP 20, s. 152; **Schollmeyer**, "Besprechung von Lehrbüchern Eccius und Fischers", ZJP 12, s. 283.

Diğer usûl hukuku normlarında olduğu gibi ispat yükü de, vatandaşlara devlet eliyle sağlanacak olan korumanın koşullarını düzenlemektedir¹⁰¹⁶.

2. Görüşümüz

Bir hukuk kuralının maddi hukuka mı usûl hukukuna mı ait olacağı konusunda vasıflandırma faaliyetinin genel olarak nasıl yapılacağı, maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralını ayırmak amacıyla getirilen ölçütleri, yukarıda Genel Bölüm § 2 çerçevesinde Vasıflandırma başlığı altında inceledik. Bu bölümde yapılan tartışmalardan, ispat yükünün ait olduğu hukuk alanını belirlerken de yararlanacağız. Söz konusu bölümde maddi hukuk ile usûl hukuku kuralını ayırt edebilmek için kullanılmak üzere önerdiğimiz ölçüt, maddi hukuka hizmet amacıyla var olan usûl hukukunun, bu amacı gerçekleştirmek için sahip olduğu aracı –yargılama– düzenlemeyi hedef alan kuralların usûl hukuku kuralı, bunun dışında kalan düzenlemelerin ise maddi hukuk kuralı olarak vasıflandırılması idi¹⁰¹⁷. Şu halde, ispat yüküne ilişkin kuralın yargılamayı düzenlemeyi hedef aldığını söyleyebilmemiz halinde usûl hukukuna, aksi takdirde maddi hukuka ait olduğunu belirtebiliriz. Öncelikle, meselenin usûl hukukuna ait olduğunu belirten **Haesemeyer**'in maddi hukuk normunun bir unsuru olmama ve ispat normlarına daha yakın olması düşüncesine katılmıyoruz. Zira, maddi hukuk normunun unsuru olmadığını söylemek, meselenin doğrudan usûl hukuku olarak kabulünü gerektirmez. Keza, ispat yükü meselesinin ancak bir yargılama içerisinde söz konusu olacak olması da onu usûl hukuku alanına dahil etmez. Zira, boşanma da ancak yargılama içerisinde, bir dava mevcut ise söz konusu olabilir, fakat bu onu usûl hukuku kurumu yapmaz. Yalnızca taraflarca hazırlanma ilkesinin uygulandığı davalar açısından ispat yükünün

¹⁰¹⁶ **Rosenberg**, Beweislast, s. 78.

¹⁰¹⁷ Bkz. yuk. s. 55 vd.

söz konusu olduğu hususu ise, yukarıda kavramı açıklarken belirttiğimiz gibi, inceleme kapsamımızda olan objektif ispat yükü açısından yerinde değildir. Zira, yargılama neticesinde belirsizlik, hâkim delilleri re'sen araştırırsa dahi söz konusu olabilir.

Pekcanitez/Atalay/Özekes tarafından belirtilen, ispatın konusunun koşul vakıya ve bu koşul vakıya bağlanan sonucu düzenleyen kuralın maddi hukuk kuralı ile ispat yükünün bunların tespit edilememe riskinden ibaret olmasından hareketle ispat yükünün maddi hukuka ait olduğuna ilişkin görüşün de bu çıkarsamaya imkan vermeyeceği kanaatindeyiz. İspat hukukunun bütününde, maddi hukukun öngördüğü sonucun elde edilmesi için mevcut bulunan koşul vakıalar ile bu manada en azından ispat yükü arasındaki kadar ilişki vardır. Örneğin tanık delili de, söz konusu koşul vakıanın tespit edilememe riskini bertaraf etmeye çalışır, diğer bir ifadeyle tespit edilme faaliyetinden ibarettir. Ancak, bu tanık delilini düzenleyen kuralın maddi hukuka ait olması neticesini doğurmaz. Yine hırsızlığı düzenleyen ceza hukuku normu, medenî hukuktaki mülkiyet kavramına dayandığı için bu tür bir ilişki nedeniyle maddi özel hukuk normu olarak değerlendirilemez. Maddi hukuk kuralı, öngördüğü sonucu tanımasına imkan tanıyacak koşul vakıaları göstermektedir. Şayet o vakıalar mevcut ise sonucun elde edilebileceğini, mevcut değil ise elde edilemeyeceğini öngörür. Ancak, ispat yükü kuralı, söz konusu bu iki halin dışında, yukarıda da belirtildiği gibi, hâkimin koşul vakıanın ne gerçekleştiğini ne de gerçekleşmediğini tespit edebildiği durumda uygulanır. Bu manada **Haesemeyer**'in belirttiği gibi, ispat yükü maddi hukuk normunun bir unsuru değildir. Maddi hukuk normunda yer alan koşul vakıaya ilişkin belirsizliği, gerekli derecede kanaat edinmemesine rağmen, kural olarak vakıadan lehine hak çıkararak taraf aleyhine olmak üzere, hâkimin yok saymasına imkan tanır. Daha sonra hâkim ilgili hükmü

uygulayarak –esasen öngördüğü neticeyi tanımak için aranan koşulların gerçekleşmediğinden hareketle öngörülen sonucu reddeder– kararını verir. İspat yükü kuralına ilişkin uygulama sorunu bölümünde belirttiğimiz üzere *Operationsregel* hâkime belirsizliği aşmak için dayanak sağlar ve ispat yükü bu fiksiyonun içeriğini belirler.

Bu noktada yazarlar tarafından ileri sürülen ikinci gerekçe; ispat yüküne ilişkin bağımsız bir kuralın olmaması, aksine maddi hukuka ilişkin kuraldan yükün belirlenmesi düşüncesinden hareketle ispat yükünün maddi hukuka ait olarak vasıflandırılması gerektiği konusunun ayrıca incelenmesinin, neticenin tespitinde faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Öncelikle vurgulanması gereken husus, maddi hukuk kuralından hareketle doğrudan çıkarılan ispat yükü değil, esas itibariyle “iddia yükü”dür. Ancak iddia yükünden hareketle ispat yüküne varılıp varılamayacağı tartışmalıdır. İddia yükünü taşıyan taraf ile ispat yükünü taşıyan taraf kural olarak örtüşür¹⁰¹⁸. Özellikle iddia yükünün dağılımı, ispat yükünün dağılımını da kural olarak kapsar¹⁰¹⁹. Ancak, maruf ve meşhur bir vakıaya yahut bir karineye dayanılması durumlarında, ispat yükü bulunmamasına rağmen iddia yükü devam eder¹⁰²⁰.

İkinci mesele, iddia yükünün de niteliği gereği maddi hukuka ait olduğunun kabul edilmesi ancak bu boyutun tartışılmasına imkan tanır.

Üçüncüsü, iddia yükü, ancak taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda söz konusudur¹⁰²¹. Oysa yukarıda belirtildiği üzere ispat yükü, bütün davalar açısından geçerlidir. Ayrıca ispat yüküne ilişkin bir de genel kurala hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda hem de Medenî Kanun’da yer verilmiştir. Sadece maddi

¹⁰¹⁸ Bu manada objektif ispat yükü ile iddia yükünün aynı problemin iki ayrı yüzü olduğu ifade edilir. **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 63-64. Ayrıca bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 665.

¹⁰¹⁹ **Musielak/Foerste**, Art. 286, para. 33; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 134.

¹⁰²⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 664-665; **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 64.

¹⁰²¹ **Rosenberg**, Beweislast, s. 43.

hukuk kuralından türetilbilecek bir mevzuda ayrıca kural yazılmasına ihtiyaç duyulmasının izah edilmesi gerekir. Almanya İmparatorluk döneminde Alman Medenî Kanunu'nun ilk tasarısında (§ 193 Tasarı-1888) ispat yüküne ilişkin genel ve temel bir kurala yer verilmesine rağmen, bu kural yasalaşma safhasında çıkarılmış, zira Alman Medenî Kanunu'nun kendisinin temel kuralı içerdiği, düzenlemelerde yer alacak ifadelerden kuralın ve sapmaların çıkarılabileceği, bu manada zaten yasalarda var olan bir kural olduğu ifade edilmiştir¹⁰²². Ancak normların lafzının yanında, kıyas yolu ile hatta hâkimin hukuk yaratması yolu ile ispat yükünün nasıl dağılacağına belirlenebileceği belirtilmiştir¹⁰²³. Şu halde Türk kanun koyucusunun ispat yüküne ilişkin hem de iki ayrı kanunda hüküm getirmesi abesle iştigal olarak değerlendirilebilir mi sorusu ortaya çıkar. Başka bir anlatımla, ispat yükünün, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vaktiye bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğuna dair bir düzenlemeye gerek var mıydı sorusu cevaplanmalıdır. Zira, aksine olacak hem düzenleme hem de kural maddi hukuktan çıkarılmakta ve mesele maddi hukuka ait görülmekteyse, bu düzenleme yalnızca malumun ilanından ibaret olur. Kanunların gerekçeleri bağlayıcı değil, ancak özellikle kurumların niteliğini tespit, kanun koyucunun iradesi göstermek bağlamında yol göstericidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190'ıncı maddesinin gerekçesinde, ispat yüküne ilişkin Medenî Kanun'da yer alan hükme rağmen, kuralları maddi hukuk kökenli olan ispat yükünün, esasında bir usûl hukuku kurumu olmasından hareketle, bahsi geçen hükmün bu kanun içerisine alındığından söz edilmiştir. Sistemik olarak bir hükmün maddi hukuk kanunları içerisinde yahut usûl kanunu içerisinde yer almasının, kurumun mahiyetini tayinde önemli

¹⁰²² **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 112; **Musielak/Stadler**, s. 136.

¹⁰²³ **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 116 vd.

olmayacağını belirtmiştik¹⁰²⁴. Ancak Türk kanun koyucusu, kendince malumu ilan etmemiş yahut gereksiz bir tekrar yapmamış, bilâkis, kurumun ait olduğu yeri gösterme çabası içerisine girmiştir.

Rosenberg'in belirttiği, ispat yükünün, yargılamanın nasıl yapılacağını değil hükmün içeriğini düzenlemesi, hükmün içeriğinin de maddi hukuktan gelmesi düşüncesi de, ispat yükünün maddi hukuka ait olarak kabul edilebilmesi açısından yeterli değildir. Zira, vasıflandırma kısmında ölçüt meselesi tartışılırken de belirtildiği üzere, hükmün içeriğini belirlemek, maddi hukuk kuralı ile usûl hukuku kuralını ayırt ederken kullanılacak bir ölçüt değildir. Ancak, burada vurgulanması gereken önemli bir tespit, ispat yükünün yargılama sürecini düzenlemeye yönelmemesidir. İspat yükü kuralının uygulaması ancak yargılama süreci içerisinde söz konusu olur ve muhatabı hâkimdir. Ancak, yargılama sürecinde söz konusu olmasına rağmen süreç sebebiyle, süreci düzenlemek amacıyla varolmuş değildir. Sürecin içerisinde gerçekliğe ilişkin olarak ortaya çıkacak alternatif durumlardan birinde, davanın esas hakkında nasıl karar verileceğini, yukarıda belirtildiği üzere gerekli ispat ölçüsüne ulaşamadığı için ortaya çıkan belirsizliğin nasıl izah edileceğini, hâkimin maddi hukuk normunu uygulamamasının dayanağının ne olacağını düzenlemektedir. Hükmün esasını bizatihi düzenler ve ispat ölçüsünde olduğu gibi hâkimin takdirine bırakılmış subjektif bir duruma da yer vermez. Bu çerçevede, kanaatimizce ispat yüküne ilişkin kural “araf”tır. Hem maddi hukuk hem de usûl hukuku ile sıkı ilişkisi nedeniyle ispat yükü, ne saf maddi hukuk kuralı ne de saf usûl hukuku kuralı olarak nitelendirilebilecek konumdadır. Bu çerçevede geliştirilmeye çalışan teorik temeller, hukukî mahiyeti noktasında açık bir cevap vermekten uzaktır. Şu halde, inceleme konumuz bağlamında uygulanacak hukuk

¹⁰²⁴ Bkz. yuk. s. 35 vd.

açısından da tartışmanın ayrıca yapılması gereği, bilhassa Türk kanun koyucusunun meseleyi usûl hukuku kurumu olarak niteleme gayreti karşısında, şüpheden uzaktır.

V. İspat Yükü Sorununa Uygulanacak Hukuk

1. Genel Olarak

Bir önceki bölümde ispat yükü kurumunun hukukî mahiyetini tespit etmeye yönelik öğretide yer alan tartışmalara yer verdik. Şayet mesele hâkim görüşün belirttiği gibi, maddi hukuk kurumu olarak ele alınabilecek olsa idi, uygulanacak hukuk tartışması da kalmayacak, *lex causae* 'nın öngördüğü ispat yükü kuralı geçerli olacaktı. Ancak bilhassa Türk kanun koyucusunun iradesi sadedinde konunun usûl hukuku içerisinde mütalaa edilmeye çalışılması, bu manada uygulanacak hukuk tartışmasını geçerli kılmaktadır. Ayrıca Anglo-Sakson hukuku bağlamında ispat yükü meselesine ilişkin noktalarda mahkemenin hukukunun titizlikle uygulanacağını kabul edilmesi, keza İtalyan mahkeme içtihatlarında *lex fori* 'nin uygulanacağını belirtmesi¹⁰²⁵ tartışmayı daha anlamlı kılmaktadır¹⁰²⁶. Yukarıda belirttiğimiz gibi ispat yükü kurumunu ne maddi hukuk ne de usûl hukuku kurumu olarak nitelemek mümkün olduğuna göre uygulanacak hukukun hangisi olması gerektiğini ispat yükünün zikrettiğimiz özellikleri ve milletlerarası özel hukukun menfaatleri çerçevesinde ele aldık.

2. Konuya İlişkin Milletlerarası Düzenlemeler, Görüşler ve Değerlendirmemiz

İspat yükü meselelerine uygulanacak hukuka ilişkin Kıta Avrupası'nda hâkim görüş, olayın esasına uygulanacak hukukun, ispat yükü sorununa da uygulanması

¹⁰²⁵ Nagel/Gottwald, s. 514.

¹⁰²⁶ Cheshire/Fawcett/Carruthers/North, s. 89.

yönündedir¹⁰²⁷. Ancak bu görüşler kural olarak ispat yükünün bir maddi hukuk kuralı olmasına dayanmaktadır.

Borçlar hukuku sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklar açısından Alman *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche* 'nin 32'nci maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça ispat yükünün esasa uygulanacak hukuka tabi olduğu düzenlenmiş idi¹⁰²⁸. Daha sonra Roma-I Tüzüğü çerçevesinde madde yürürlükten kaldırılmıştır¹⁰²⁹. Ancak sözleşmesel ilişkiler bakımından Roma-I Tüzüğü'nün 18'inci maddesi ve sözleşme dışındaki borç ilişkileri açısından Roma-II Tüzüğü'nün 22'nci maddesiyle ispat yükü meselesinin, Birlik içerisinde olayın esasına uygulanacak hukuka tabi olması gerektiği kabul edilmiştir.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) çerçevesinde ispat yükü tartışmaları da gündeme gelmiş, tasarı hazırlanırken ispat yükü meselesinin dahil edilmeme gerekçesi olarak, usûli meselelerin mahkemelere bırakılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁰³⁰.

Yukarıda belirttiğimiz gibi ispat yükünün maddi hukuka aidiyetine ilişkin görüşlerin tam manası ile ikna edici olmaması; Avrupa Birliği içerisinde olduğu gibi uygulanacak hukuk sadedinde ayrı bir düzenlemenin ülkemiz açısından mevcut bulunmaması ve söz konusu düzenlemenin de sadece borç ilişkileri açısından geçerliliği; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190'ıncı maddesinin gerekçesinde konunun usûl hukukuna aidiyetine ilişkin yapılan vurgu karşısında, meselenin ayrıca kanunlar ihtilâfı bağlamında izahı ve temellendirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede,

¹⁰²⁷ **Schack**, IZVR, s. 285-286; **Nomer**, DHH, s. 396; **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 411; **Nagel/Gottwald**, s. 514-515; **Geimer**, s. 816; **Linke**, IZPR, s. 137; **Öztekin**, s. 41; **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 283, dn. 1195' de yer alan diğer yazarlar; **Riezler**, s. 464.

¹⁰²⁸ **Kegel/Schurig**, s. 1059.

¹⁰²⁹ <http://dejure.org/gesetze/EGBGB/32.html>, (son erişim tarihi: 9.3.2015).

¹⁰³⁰ **Kroll**, Stefan, "The Burden of Proof for the Non-Conformity of Goods under Art. 35 CISG", *Belgrade Law Review* 2011, s. 168.

öncelikle bilhassa milletlerarası özel hukukun amaçlarından biri olan milletlerarası karar ahengi bağlamında maddi hukuk ile ilişkisi ele alınmalıdır.

İspat yükü kuralının maddi hukuk ile ilişkisi esasen bir önceki başlıkta ele aldığımız tartışmalar çerçevesinde kurumun usûl hukukuna ait olduğunu belirten yazarlarca da inkâr edilmemektedir. Örneğin **Haesemeyer**, maddi hukuka ait olmadığını söylerken maddi hukuk ile uyumdan, ispat hukuku hükümlerine yakınlıktan söz etmektedir¹⁰³¹. Ancak, maddi hukukla ilişki bağlamında bilhassa önemli olan husus, maddi hukukun tanıdığı bir hakkın yerine getirilmesinin kolaylaştırılması yahut zorlaştırılmasının, ispat yükü kuralları ile mümkün olmasıdır. Bu manada ispat yükü maddi hukuk alanında değerlendirilmese dahi maddi hukuk tarafından tanınan hakları etkileyeceği, kapsamalarını belirleyeceği şüpheden uzaktır. Meselenin maddi hukuk ile bağlantısı, kanun koyucunun bazı maddi hukuk hükümlerinde¹⁰³², maddi hukuktan kaynaklanan saikler ile ispat yükü dağılımını değiştirmesinden de açıkça anlaşılır¹⁰³³. Yukarıda iddia yükü ile olan ilişkisi bağlamında belirtildiği gibi esasında pek çok durumda ispat yükü, yine bizatihi maddi hukuk normundan çıkarılır. Bu sıkı ilişki, ispat yükü kuralının nasıl tespit edildiğinin hükmün esasını etkileyeceği noktasında şüpheleri bertaraf etmektedir. Şu halde maddi hukukta yani *lex causae* 'da öngörülenden farklı bir ispat yükü kuralının uygulanması mutlaka kararın içeriğini etkiler ve milletlerarası karar ahengini de bozar.

Milletlerarası özel hukuk bağlamında ikinci önemli husus tarafların meşru beklentilerini gerçekleştirme noktasındadır. İspat yükü kavramsal olarak incelenirken belirtilen temel özelliklerinden biri de, yargılamanın sonunda, tahkikat

¹⁰³¹ **Haesemeyer**, s. 165.

¹⁰³² **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 671.

¹⁰³³ İspat yükünün maddi hukuk ile ilişkisini göstermek adına **Coester-Waltjen** tarafında ileri sürülen ispat yükünün amacının gerçeğin araştırılmasını kısaltmak olduğu düşüncesine katılmıyoruz. Zira, ispat yükünün varlık sebebine ilişkin yukarıda açıklandığı üzere temel işlevi, gerçeğin araştırılması sürecini kısaltmak değildir, aksine gerçeğin araştırılma süreci bittikten sonraki aşamayı –belirsizlik durumu– düzenlemek, onunla başa çıkmaktır.

tamamlandıktan sonra ispat yükü kuralına ihtiyaç duyulacağı hususu idi. Ancak, taraflar, daha henüz bir uyuşmazlık çıkmadan önce, uyuşmazlık çıkma ihtimaline karşı delillerini toplar, hazırlıklarını yapar. Ayrıca, ilgili ispat yükü kuralı hem yargılamanın başlamasını hem de işleyişini kaçınılmaz olarak etkiler¹⁰³⁴. Hatta, bu manada ispat yükünün, yargılamanın omurgası olduğu iddia edilmiştir¹⁰³⁵.

Uyuşmazlık bir mahkeme önüne gelmeden, tarafların söz konusu ülke hukukunu dikkate alabilmeleri ve davranışlarını ayarlayabilmeleri mümkün olmadığına göre *lex fori*'nin uygulanması, tarafların meşru beklentilerine aykırı olur. En makul ve meşru beklenti bu manada, pek çok yerde bizatihi ispat yükü kuralının kendisine ulaşılma imkanı tanıyan olayın esasına uygulanacak hukuktur.

İspat yüküne ilişkin son husus, milletlerarası özel hukukun zikredilen amaçlarına rağmen usûl hukukuna hâkimin kendi hukukunun uygulanmasının gerekçesi olarak ileri sürülen sebeplerin *lex causae*'nin uygulanmasına engel teşkil edip etmeyeceğidir. Bugün ilk ve genel olarak kabul edilen pratiklik ve usûl ekonomisi düşüncesi bağlamında ele alındığında, zaten maddi hukuk normunu tespit eden mahkemenin, muhtemelen o normdan çıkarsayacağı ispat yükü kuralını uygulaması, iç hukuka dönerek ispat yükü kuralı araması karşısında, pratikliğe zarar vermek bir tarafa usûl ekonomisine de daha uygun olur. Bu manada mahkemenin aşına olmamasından söz edilebilmesi de mümkün değildir. Zira, zaten aşına olmadığı yabancı maddi hukuk hükmünü uygulayan mahkeme, ispat yükü kuralı açısından da en fazla aynı zorluklarla karşılaşır.

¹⁰³⁴ **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 101; **Musielak/Stadler**, s. 116; **Musielak**, *Gegenwartsprobleme*, s. 403.

¹⁰³⁵ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, Art. 286 para. 2; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para.102; **Rosenberg**, *Beweislast*, s. 61.

VI. Sonuç

İspat yükü kurumunun hem maddi hukuk kuralları hem de usûl hukuku ile olan sıkı ilişkisi nedeniyle teorik olarak kurum, bu iki alandan birine ait olarak nitelendirilemez. Ancak, pratiklik ve usûl ekonomisi yönünden ortaya çıkacak yükün ihmal edilebilirliği, milletlerarası karar ahengi ve tarafların meşru menfaatleri dikkate alındığında, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bağlamında ispat yükü meselelerine *lex causae* 'nın uygulanması yerinde olur.

E. Delil İkame Yükü ve Uygulanacak Hukuk Sorunu

I. Genel Olarak

Delil ikame yükü, ispat yükü kavramını incelerken de kısaca belirttiğimiz üzere¹⁰³⁶ ilk defa 19'uncu yüzyılda **Glaser** tarafından ispat yükü kavramından ayrı olarak zikredilmiş bulunan; tarafları muhatap alarak, yargılamanın başında ve içerisinde, ispatsız kalma sebebiyle davanın kaybedilmesi neticesinden kaçınmak için uyuşmazlık konusu vakıalar hakkında hangi tarafın delil getirebileceğini ve getirmesi gerektiğini gösteren; bu bağlamda yalnızca taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda geçerli olan ve objektif ispat yükünden de farklı olarak, teknik manada bir yükür¹⁰³⁷.

Taraflar vakıalarla birlikte kanuna uygun olarak delillerini de sunmuşlar ve bu manada ispat faaliyetine girişmişlerse, delil ikame yükünün kime ait olduğuna bakmaksızın ve söz konusu delili hangi tarafın getirdiğinden bağımsız olarak,

¹⁰³⁶ Bkz. yuk. s. 168 civarı.

¹⁰³⁷ **Zöller/Greger**, vor Art. 284, para. 18; **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 286, para. 54; **Musielak/Foerste**, Art. 286, para. 33; **Jauernig**, JuS 1971, s. 208; **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 98; **Başözen**, s. 91; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 645; **Arens/Lüke**, s. 202-203; **Hansen**, s. 588; **Umar/Yılmaz**, s. 32; **Prütting**, s. 6; **Redecker**, s. 1778; **Dubischar**, s. 386; **Rosenberg**, Beweislast, s. 19.

hâkimin bütün delilleri birlikte değerlendirmesi gerekir¹⁰³⁸. Bu durumda ispat yükü kendisine düşmeyen tarafın, asıl ispat faaliyetini başarısız kılmak üzere gerçekleştirdiği ispat faaliyeti karşı ispat, bu çerçevede mahkemeye sunduğu ispat araçları ise karşı delil olarak nitelendirilir¹⁰³⁹. Delil ikame yükünün mahkeme açısından önemi, bu yükü taşıyan tarafın herhangi bir ispat faaliyetinde bulunmaması, delillerini mahkemeye getirmemesi halinde ortaya çıkar ve bu halde hâkim, ilgili çekişmeli vakıalar için karşı tarafın da delillerini incelemeksizin karar verir¹⁰⁴⁰.

Alman öğretisinde bazı yazarlarca, delil ikame yükünün re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda da geçerli olabileceği, zira bu yargılamalarda da zaman zaman tarafın delil getirmesinin istendiği yahut getirebilecekleri ve aksi halde yargılamayı kaybedecekleri ileri sürülse¹⁰⁴¹ de, bu durumda söz konusu olan hususun bir “yük” değil davaya katılma yahut katılım yükümlülüğü olacağı ifade edilmiş ve bu görüş genel olarak reddedilmiştir¹⁰⁴².

Delil ikame yükü kavramı da soyut delil ikame yükü ve somut delil ikame yükü olmak üzere iki hususu kapsar.

¹⁰³⁸ **Jauernig**, Zivilprozessrecht, s. 208; **Arens/Lüke**, s. 202-203; **Stein/Jonas/Leipold**, Art. 286, para. 53.

¹⁰³⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 682.

¹⁰⁴⁰ **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 286, para. 54; **Musielak/Foerste**, Art. 286, para. 32; **Jauernig**, Zivilprozessrecht, s. 208; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 645; **Arens/Lüke**, s. 203; **Stein/Jonas/Leipold**, s. 173.

¹⁰⁴¹ **Prütting**, s. 26-26; **Musielak**, Beweislast im Zivilprozess, s. 39; **Seeliger**, Gerhard, Beweislast, Beweisverfahren, Beweisarten und Beweiswürdigung im Steuerprozess, Berlin 1981, s. 43; **Redecker**, s. 1777.

¹⁰⁴² **MüKo-ZPO/Prütting**, Art. 286, para. 99; **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 286, para. 54; **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 45; **Jauernig**, Zivilprozessrecht, s. 208; **Arens/Lüke**, s. 202; **Hansen**, s. 588, dn. 7; **Stein/Jonas/Leipold**, Art. 286, para. 52; **Dubischar**, s. 386; **Redecker**, s. 1778; **Rosenberg**, Beweislast, s. 16.

II. Soyut Delil İkame Yüğü

Soyut delil ikame yüğü, yargılamadan önce ve yargılamanın başında hangi tarafın delil ikame yükünü taşıdığını ifade eder¹⁰⁴³. Taraflar bu safhada karşılıklı ve uyuşmazlık olmasının doğal sonucu olarak, çelişen vakıalar ileri sürer. İşte soyut delil ikame yüğü, bu halde hangi tarafça ispat girişiminin başlatılması gerektiği meselesini belirler. Şayet delil ikame yüğü kendisine düşen taraf hareketsiz kalırsa, belirsiz durum objektif ispat yüğü kuralına göre ele alınır. Dolayısıyla soyut delil ikame yükünün dağılımı zorunlu olarak ilgili objektif ispat yüğü kuralına göndermede bulunur, aksi takdirde yaptırımsız kalmış olur¹⁰⁴⁴. Şu halde, soyut delil ikame yüğü ile objektif ispat yüğü, kanun koyucu aksi bir düzenleme yapmadıkça örtüşür.

Öğretide kimi yazarlar tarafından, soyut delil ikame kavramı eleştirilmiş, bu şekilde bir ayırım yapılmasının ve soyut delil ikame yüğü kavramından bahsedilmesinin anlamsız olduğu savunulmuştur¹⁰⁴⁵. **Redecker**, bu şekilde kendi başına belli ve bağımsız bir hukukî sonucu olmayan ayrı bir kavram yaratılmasının mantıklı olmadığını, davaya katılan her iki tarafın da kural olarak iddialarının gerçekliğini göstermek amacıyla çabalayacaklarını, bunda kendi menfaatlerinin bulunduğunu, şayet bunun gereğini yerine getirmezlerse kendi aleylerine oluşacak durumun belli bir delil ikame yüğü sebebiyle değil, davaya gereken ihtimamı göstermemelerinden kaynaklandığını, delil ikame yüğü denilen hususun yalnızca davaya katılım yükümlülüğünün (*Mitwirkungspflicht*) bir parçasından ibaret olduğunu

¹⁰⁴³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 673-674; **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 46; **Başözen**, s. 91; **Atalay**, s. 18-19; **Yıldırım**, s. 75-76; **Prütting**, s. 24.

¹⁰⁴⁴ **Musielak/Foerste**, Art. 286, para. 32; **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 46; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 645.

¹⁰⁴⁵ **Musielak**, Gegenwartsprobleme, s. 404; **Musielak/Stadler**, s. 118; **Bruns**, s. 253; **Motsch**, Richard, "Vom Prozess als Beweis zum Überwiegensprinzip", Gedächtnisschrift für Jürgen Rüdiger, Berlin 1978, s. 343; **Lüke**, s. 588; **Redecker**, s. 1778; **Dubischar**, s. 386; **Leonhard**, s. 132.

belirtmektedir¹⁰⁴⁶. Keza, **Musielak**, somut bir usûli durum olmaksızın hangi tarafın muhtemelen hangi delili getirmek zorunda olduğu sorusu üzerinde düşünmenin bir değeri olmadığını, bu sorunun ancak tarafların vakıalarını getirmesi, bunlar hakkında delillerin toplanması ve incelenmesi neticesinde somut durum bağlamında dikkate alınabileceğini ve cevaplanacağını ileri sürmektedir¹⁰⁴⁷. **Heinrich** de soyut delil ikame yüküne karşı çıkmış, “asıl ispatı yürütme yükü” (*Hauptbeweisführungslast*) ve “karşı ispatı yürütme yükü” (*Gegenbeweisführungslast*) kavramlarını önermiştir¹⁰⁴⁸. Söz konusu kavrama ilişkin getirilen eleştiriler özü itibariyle soyut delil ikamesi yükü kavramı ile objektif ispat yükü arasındaki sıkı ilişki ve subjektif delil ikamesi yükünün gereğinin yerine getirilmemesi halinde yaptırımın yine objektif ispat yükü çerçevesinde belirlenmesine dayanmaktadır. Ancak, kavramsal olarak ele aldığımız delil ikame yükü, karşı çıkan yazarlarca¹⁰⁴⁹ da kabul edildiği üzere, yargılama içerisinde iki aşamada –ilk olarak yargılamanın başında tespit edilir, ikinci olarak yargılamanın işleyişi sırasında ortaya çıkan duruma göre belirlenir– ortaya konulur. **Heinrich** tarafından dile getirilen kavramlar da delil ikame yükünün soyut ve genel özelliğini yansıtmaktan uzaktır. Ayrıca **Baumgaertel/Laumen/Prütting** ve **Prütting**’in de haklı olarak vurguladığı gibi, somut delil ikame yüküne yargılama içerisinde her iki taraf da sahip olabilir, oysa “karşı delil ikame yükü” ancak objektif ispat yükü kendisine düşmeyen taraf açısından söz konusudur¹⁰⁵⁰. Bir diğer husus, delil ikame yükünün yalnızca taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalarda geçerli olması karşısında bütün yargılamalar açısından geçerli olan objektif ispat yükünden kavramsal olarak farklı adlandırılması yerindedir. Soyut ve somut delil

¹⁰⁴⁶ **Redecker**, s. 1778.

¹⁰⁴⁷ **Musielak**, Gegenwartsprobleme, s. 404; **Musielak/Stadler**, s. 118.

¹⁰⁴⁸ **Heinrich**, s. 28.

¹⁰⁴⁹ **Musielak** ve **Heinrich** esas itibariyle delil ikame yükünü, yalnızca somut delil ikame yükü olarak ele almaktadır. Bu konudaki görüşler için bkz. **Musielak**, Gegenwartsprobleme, s. 403-404; **Heinrich**, s. 28.

¹⁰⁵⁰ **Baumgaertel/Laumen/Prütting**, s. 47; **Prütting**, s. 29.

ikame yükünün ayrılması gerektiğinin bir diğer örneği olarak da, davadan önce başvurulabilecek geçici hukukî himaye tedbiri olan delil tespiti bağlamında, mahkemenin henüz bir dava olmadan önce delilleri güvenceye alabilmesi için, talepte bulunan kimsenin, ileride açacağı davada söz konusu vakıya ilişkin ispat faaliyetinde bulunmak zorunda olduğuna dair hukukî yararı tespit etmek zorunda olmasının ancak delil ikame yükü kavramı ile izah edilebileceği, objektif ispat yükünün burada yetersiz kalacağı, zira objektif ispat yükünün belirsizlik durumunu gerektirdiği, oysa delil tespiti ile normal şartlarda bu durumun önüne geçileceği belirtilmiştir¹⁰⁵¹. Son olarak objektif ispat yükü ile ilişkisi nedeniyle soyut delil ikame yükü saf olarak hukukî mesele¹⁰⁵² ile ilgili iken somut delil ikame yükü, delillerin takdiri ve bu çerçevede maddi meseleye bağlıdır¹⁰⁵³. Dolayısıyla bunların birbirinden ayrılması ve farklı adlandırılması yerindedir.

III. Somut Delil İkame Yükü

Somut delil ikame yükü, ispatı gereken vakıaların mevcudiyetine ilişkin olarak mahkemede ön/geçici bir kanaatin oluştuğu usûli durumda, davayı kaybetmemek için hangi tarafın delil getirmesi gerektiği sorusuyla ilgilidir¹⁰⁵⁴. Yargılamanın başında soyut delil ikame yükü, aynı zamanda somut delil ikame yükünü de kapsar. Ancak, söz konusu yük, yargılamanın işleyişi sırasında objektif ispat yükünün dağılımından bağımsız olarak gelişir ve yalnızca mahkemenin yargılamayı ve delilleri değerlendirmesinin bir sonucudur; bu çerçevede statik değil, dinamiktir¹⁰⁵⁵. Somut

¹⁰⁵¹ Prütting, s. 28.

¹⁰⁵² Zira somut bir yargılama sürecinden bağımsız olarak riskin soyut dağılımı ile ilgilidir.

¹⁰⁵³ Baumgaertel/Laumen/Prütting, s. 47.

¹⁰⁵⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 674; Musielak/Foerste, Art. 286, para. 32;

Baumgaertel/Laumen/Prütting, s. 47; MüKo-ZPO/Prütting, Art. 286, para. 98; Başözen, s. 91; Atalay, s. 18; Musielak/Stadler, s. 118; Prütting, s. 29.

¹⁰⁵⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 674; Musielak/Foerste, Art. 286, para. 32;

Baumgaertel/Laumen/Prütting, s. 48; MüKo-ZPO/Prütting, Art. 286, para. 98; Başözen, s. 91; Atalay, s. 19; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 645; Gottwald, Peter, "Grundprobleme der Beweislastverteilung", Jura 1980, s. 227; Umar/Yılmaz, s. 34; Prütting, s. 9.

delil ikame yükü yargılamanın işleyişi sırasında pek çok kez taraflar arasında değişebilir. Mahkeme soyut delil ikame yükü kendisine düşen tarafça getirilen delille belli bir vakıanın gerçekliğine kanaat getirebileceği noktada, somut delil ikame yükü karşı tarafın üzerine geçer. Şayet bu karşı delil başarılı olursa somut delil ikame yükü tekrar geri döner. Objektif ispat yükünün dağılımı tamamen etkilenmemiş olarak kalır. Bu açıkça gösteriyor ki somut delil ikame yükü soyut ve genel olarak risk dağılımı manasındaki ispat yükü öğretisinin bir unsuru değil, delillerin takdiri ile ilgilidir¹⁰⁵⁶.

Somit delil ikame yükünün önemi şu noktada ortaya çıkar: Şayet hüküm temeli olacak vakıalar belirsiz kalmışsa, artık objektif ispat yükü kuralı uygulanır. Eğer temelde yatan maddi ilişki belirlenmişse, işte bu aşamadan sonra ancak hâkimde oluşan geçici kanaati sarsmak için somut delil ikame yükü gündeme gelir¹⁰⁵⁷.

IV. Delil İkame Yükü Bağlamında Uygulanacak Hukuk

Delil ikame yükü bağlamında uygulanacak hukukun tespitinde de, soyut delil ikame yükü kavramı ile somut delil ikame yükü kavramının ayrılması ve değerlendirmenin buna göre yapılması gerekir.

Soyut delil ikame yükünün, objektif ispat yükünden farklı olarak salt yargılama sürecini düzenlemek amacıyla var olması nedeniyle usûl hukukuna ait olarak sınıflandırılması gerekse¹⁰⁵⁸ de kanunda öngörülen ayrık durumlar dışında tamamen objektif ispat yükü kuralına göre belirlenmesi karşısında, uygulanacak hukuk bağlamında da aynı değerlendirmelerin geçerli olması gerekir. Şu halde, soyut delil ikame yükünün tespiti bağlamında *lex causae* uygulanır¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁶ Baumgaertel/Laumen/Prütting, s. 50; Prütting, s. 29.

¹⁰⁵⁷ Baumgaertel/Laumen/Prütting, s. 50; Prütting, s. 11.

¹⁰⁵⁸ Pekcanitez/Atalay/Özkes, s. 673.

¹⁰⁵⁹ Schack, IZVR, s. 286; Nagel/Gottwald, s. 515; Geimer, s. 816; Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 296 vd. Uygulanacak hukuk açısından fark yaratmamakla beraber burada soyut delil ikame

Somut delil ikame yükü açısından meselenin ayrıca tartışılması gerekmektedir. Kavramsal bağlamda izah edildiği üzere, somut delil ikame yükü, bir dava içerisinde, yargılamanın işleyişi ve delillerin takdiri bağlamında hâkimde oluşan ön/geçici kanaat sebebiyle tespit edilmesi gereken ve bu manada dava içerisinde taraflar arasında düzenli olarak değişebilecek olan yükü ifade eder. Ayrıca, yukarıda belirtildiği üzere, ancak taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalar açısından gündeme gelir. Şu halde, objektif ispat yükünden farklı olarak temel kurallarını ve hareket noktasını maddi hukuktan değil, usûl hukukundan, hâkimin delilleri takdir etmesinden alır. Somut delil ikame yükü kurallarının düzenlemeyi hedef aldığı süreç de –soyut delil ikame yükünden daha net bir biçimde görülür– bu manada maddi hukukun gerçekleşmesine hizmet etmek için var olan usûl hukukunun aracı olan yargılamadır. Dolayısıyla somut delil ikame yükü kurumunun da usûl hukukuna ait olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak, hâkimin delilleri takdir etmesi ile olan sıkı ilişkisi nedeniyle uygulanacak hukuk bağlamında soyut delil ikame yükünde olduğu gibi peşinen *lex causae* 'nın uygulanması gerektiğinin söylenmesi mümkün değildir.

Objektif ispat yükü bağlamında uygulanacak hukuka ilişkin tartışmalar yürütülürken bir grup yazar usûli yükümlülüklerin ihlal edilmesi sebebiyle ispat yükünün yer değiştirdiği hallerin, örneğin ispat faaliyetinin engellenmesi yahut zorlaştırılmasının, *lex causae* 'nın uygulanmasının istisnasını teşkil edeceğini, diğer bir ifadeyle, bu halde hâkimin hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁶⁰. Görüşün hareket noktası ise, ispat yükü kuralının maddi hukuktan alınmasına rağmen,

yükünün, esas itibariyle objektif ispat yükünün usûl hukuku yüzünü gösterdiğini, kavramsal bir sınıflandırma yapılmak gerekirse objektif ispat yükünden farklı olarak yargılama sürecini düzenlemeyi hedef alması karşısında usûl hukukuna ait olduğunun belirlenmesi yerinde olur.

¹⁰⁶⁰ **Schack**, IZVR, s. 286; **Nagel/Gottwald**, s. 515; **Thole**, Christoph, “Anscheinsbeweis und Beweisvereitelung im harmonisierten Europaischen Kollisionsrecht”, IPRax 2010, s. 285; **Geimer**, s. 817; **Linke**, s. 137; **Riezler**, s. 465. Aksi yönde **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 296 vd.

delillere ilişkin ikinci bir yönün ve bağlantının var olduğu ve bu noktada delilleri ve yargılamayı düzenleyen hâkimin hukukunun uygulanması gerektiğidir¹⁰⁶¹.

Zikredilen görüşün varmış olduğu netice, kanaatimizce somut delil ikame yükü bağlamında uygulanacak hukukun tespiti açısından önem arz etmektedir. Şöyle ki; yazarların incelediği temel konu ispat yükü ve ispat yükünün yer değiştirmesidir.

Ancak objektif ispat yükünün yer değiştirmesinin söz konusu olmadığı genel olarak kabul edilmektedir¹⁰⁶². Zira, objektif ispat yükü kuralları, kural olarak maddi hukuktan kaynaklanır ve maddi hukuk hükmü değişmediği müddetçe değişmesi söz konusu olamaz¹⁰⁶³. Yargılama içerisinde yer değiştirme imkanı olan tek yük, yukarıda da izah edildiği üzere, somut delil ikame yüküdür.

Uygulanacak hukukun tespitinde çalışmamızın temel ölçüt olarak benimsediği milletlerarası özel hukukun amaçları ve pratik düşünceler çerçevesinde yine konunun ele alınması gerekir. Bu çerçevede, milletlerarası karar ahengini sağlamak yönüyle ele alındığında, salt hâkimin yargılama içerisindeki takdirine bağlı olarak belirlenecek somut delil ikame yükü noktasında, kararın içeriğini netice itibariyle etkileyeceği şüpheden uzak olsa da, yukarıda izah edildiği üzere, maddi mesele ile ilgili bu yöndeki kuralın yabancı hukuktan alınması ve uygulanması söz konusu olamaz. Zira, soyut delil ikame yükü ve objektif ispat yükünde olduğu gibi burada söz konusu olan hukukî meselenin değerlendirilmesi değildir. Hâkimin delilleri takdir etmesi ve kanaati mevzusu, bizatihi ilgili ülke ve hâkimle sıkı ilişki içindedir. Yükü öngören bu manada hâkimin usûl hukuku olduğuna göre bunun neticesinin de yine aynı hukuk içerisinde aranması mantıklı olur. Yukarıda zikredilen ve delil

¹⁰⁶¹ Schack, IZVR, s. 286.

¹⁰⁶² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 674; Musielak/Foerste, Art. 286; para. 32; Baumgaertel/Laumen/Prütting, s. 48; Lüke/Wax/Prütting, s. 1799; Başözen, s. 93; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 645; Musielak/Stadler, s. 99; Atalay, s. 15; Umar/Yılmaz, s. 34-35; Gottwald, s. 227; Prütting, s. 9.

¹⁰⁶³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 675.

ikame yükü bağlamında da *lex causae* 'nin uygulanmasını belirten yazarların da genel olarak ispat yükünün yer değiştirmesi sadedinde –ki yukarıda ifade edildiği gibi gibi değişen ispat yükü değil somut delil ikame yüküdür– açıkladıkları üzere, bu noktada *lex fori* 'nin uygulanması daha uygun olur. Tarafların bu yönde başka bir hukukun uygulanmasını haklı olarak bekledikleri de söylenemez. Yargılama süreci ile olan sıkı ilişki de pratik açıdan ortaya çıkacak zorluğu gösterir.

Netice itibariyle, soyut delil ikame yükü bağlamında, objektif ispat yükü kuralı ile bağlantısı, tespitinin ve sonucunun ondan ayrı olarak düşünülmemesi karşısından *lex causae* 'nin uygulanması; somut delil ikame yükü açısından ise, salt olarak hâkimin delilleri takdiri ve yargılama içerisinde ortaya çıkan maddi meseleye ilişkin bir durum olması karşısında, hâkimin hukukunun, yani *lex fori* 'nin uygulanması yerinde olur.

F. İspat Araçları (Deliller)

İspat araçları bağlamında hâkimin hukukunun uygulanacağı genel olarak kabul edilmektedir¹⁰⁶⁴. Bu çerçevede, örneğin kimlerin tanık olabileceği *lex fori* 'ye göre belirlenir¹⁰⁶⁵. Tanıklıktan çekinme hakkının hüküm ve koşulları ise, söz konusu hükümlerin maddi hukuk, uyuşmazlık konusu ve davanın esası ile ilişkilerinin olmaması, buna dair tarafların farklı bir beklentilerinden de söz edilememesi; ilgili hükümlerin genel amacının insanların özel yaşamının belirli alanlarının yargılamada ortaya çıkmasının engellenmesi ve bireylerin zor duruma düşmekten kurtarılması olması; hâkimin bu durumda yabancı hukuku araştırmasının da her hâlükârda iç hukuka göre daha zor olması nedeniyle her durumda hâkimin hukukuna tabi

¹⁰⁶⁴ Geimer, s. 805.

¹⁰⁶⁵ Schack, IZVR, s. 288; Nagel/Gottwald, s. 495; Geimer, s. 807.

tutulmalıdır¹⁰⁶⁶. Şu halde, tanık olarak dinlenmek üzere Türk mahkemesince çağrılan kimse, milletlerarası sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe¹⁰⁶⁷, kendi ülke hukukuna veya *lex causae*'ya göre ticari sırrı sebebiyle veya Türk hukukunda öngörülmeyle bir diğer sebebe dayanarak tanıklıktan çekinme hakkına sahip olduğunu belirtip ifade vermektan kaçınamaz.

I. İspat Araçlarının Mahkemeye Getirilmesi ve İncelenmesi Usûlü

İspat hukuku meseleleri açısından vurgulanması gereken önemli bir husus, ülkenin coğrafi sınırlarıyla olan ilişkisidir. Yargı hakkının uzantısı olarak mülkîlik ve şahsîlik prensipleri gereği, bir delilin toplanması kural olarak ancak ülke içerisinde istenebilir, tanık ve bilirkişi davet edilmesi ve zorla getirilmesi ancak ülke içerisinde mümkündür¹⁰⁶⁸.

Delillerin toplanması ve tahkikatın yürütülmesi usûlü noktasında hukuk sistemleri açısından esaslı farklılıklar mevcuttur. Örneğin Kıta Avrupası hukuk sistemine nazaran Anglo-Sakson hukukunda, bilhassa ispat konusunda, taraflar oldukça güçlü ve yargılamaya hâkimdir¹⁰⁶⁹. Dolayısıyla uygulanacak hukukun hangisi olacağının tespiti hem tarafların hem de hâkimin davranışları açısından önem taşır.

Delillerin toplanması ve tahkikatın bu manada yürütülmesine ilişkin kuralların maddî hukuk bağlamında etkilerinin, yargılamanın yürütülmesi karşısında çok sınırlı olması nedeniyle hâkimin hukukuna tabi olması gerektiği hususu öğretilerde neredeyse oy birliği ile kabul edilmektedir¹⁰⁷⁰.

¹⁰⁶⁶ Aynı yönde bkz. **Geimer**, s. 808; **Westermann/Hohloch**, s. 5205.

¹⁰⁶⁷ Örneğin, aşağıda da kısaca değindiğimiz 1970 tarihli Hukukî ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Lahey Sözleşmesi yabancı hukukun uygulanmasına imkan tanımaktadır.

¹⁰⁶⁸ **Nagel/Gottwald**, s. 495.

¹⁰⁶⁹ **Cohn**, Ernst J., "Beweisaufnahme im Wege der zivilprozessualen Rechtshilfe durch das englische Gericht", ZJP 80, s. 230-231.

¹⁰⁷⁰ **Schack**, IZVR, s. 281; **Nagel/Gottwald**, s. 495; **Geimer**, s. 795; **Linke**, s. 135; **Öztekin**, s. 42; **Eisner**, s. 78 vd.; **Niederlaender**, s. 51; **Nussbaum**, s. 411; **Schoch**, Magdalena, Klagbarkeit, Prozessanspruch und Beweis im Lichte des internationalen Rechts, Leipzig 1934, s. 129.

Kanaatimizce delillerin toplanması ve mahkemece incelenmesi hususu maddi hukukun gerçekleşmesine hizmet etmek dışında onunla ilişkisi olmaması, milletlerarası karar ahengi ve tarafların meşru beklentileri düşünüldüğünde milletlerarası özel hukukun amacının gerçekleşmesine zarar vermemesi ve daha pratik olacağına şüpheden uzak olması sebebiyle hâkimin hukukuna, yani *lex fori*'ye tabi kılınmalıdır. Bu çerçevede yargılamada uygulanacak sistemin tasarruf ilkesi ve taraflarca hazırlanma mı yoksa re'sen harekete geçme ve araştırma ilkesi mi olacağı¹⁰⁷¹, tarafların delilleri hangi aşamaya kadar ve yargılama içerisine nasıl getirecekleri¹⁰⁷², hâkim tarafından tanığın nasıl dinleneceği¹⁰⁷³, bilirkişi raporuna nasıl ve ne zaman başvurulabileceği¹⁰⁷⁴, keşfin nasıl yerine getirileceği¹⁰⁷⁵, yemin teklifi ve yeminin şekli¹⁰⁷⁶, ses ve görüntü nakli yolu ile oturumun gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği, gerçekleştirilebilecekse nasıl gerçekleştirileceği¹⁰⁷⁷, tarafların ve avukatların yargılama sırasında karşı tarafa soru sorabilmesi ve şekli¹⁰⁷⁸ yargılamanın görülmekte olduğu mahkemenin hukukuna göre gerçekleştirilir. Şu halde, örneğin Anglo-Sakson hukukunda söz konusu olan ve tanığın reaksiyonunu ve mimiklerini daha açık ortaya çıkarmaya yarayan çarpaz sorgulama (*cross-examination*), yani tarafın kendi tanığına soru sormasından sonra (*direct-examination*) karşı tarafın da doğrudan soru sorabilmesi sisteminin kabulü mümkün olmaz¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷¹ Karş. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25'inci maddesi.

¹⁰⁷² Karş. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119'uncu, 121'inci, 129'uncu, 137'inci ve 145'inci maddeleri.

¹⁰⁷³ Karş. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 240'inci ve devamı maddeleri.

¹⁰⁷⁴ Karş. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266'ncı ve devamı maddeleri.

¹⁰⁷⁵ Karş. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 290'inci maddesi.

¹⁰⁷⁶ Karş. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 225'inci ve devamı maddeleri.

¹⁰⁷⁷ Karş. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149'uncu maddesi.

¹⁰⁷⁸ Karş. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 152'nci maddesi.

¹⁰⁷⁹ **Schack**, IZVR, s. 281; **Nagel/Gottwald**, s. 496; **Geimer**, s. 795; **Coester-Waltjen**, Beweisrecht, s. 308.

Delillerin toplanması ve uygulanacak hukuk açısından önemli bir sözleşme, Türkiye'nin de taraf olduğu 1970 tarihli Hukukî ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında Lahey Sözleşmesi¹⁰⁸⁰ dir¹⁰⁸¹. Söz konusu sözleşmenin başlangıç kısmında, amaç olarak, taraf devletlerin, bir başka taraf devlet ülkesinde bulunan delilleri toplamasının ve diğer adli işlemlerin yürütmesinin kolaylaştırılması, dolayısıyla yargılamanın yürütüldüğü mahkeme önüne gereken delillerin getirilmesini güvence altına almak gösterilmiştir. Sözleşme'nin 9'uncu maddesine göre istinabe talepleri, kural olarak talep edilen işlemi gerçekleştirecek mahkemenin usûlüne tabidir. Ancak, aynı maddenin ikinci fıkrası, istinabe eden mahkemenin talep etmesi durumunda, onun usûlüne göre işlemin yerine getirilmesine imkan tanımaktadır. Dolayısıyla, sözleşmeye taraf bir ülke mahkemesinde görülen yargılamayla ilgili olarak Türk mahkemesinin istinabe edilmesi halinde, söz konusu mahkemenin de talep etmiş olması koşuluyla, istinabe konusu işlemin Türk hukukuna göre değil, o ülkenin usûl kurallarına göre gerçekleştirilmesi sonucu ortaya çıkar¹⁰⁸².

¹⁰⁸⁰ Türkiye söz konusu sözleşmeyi, 13.12.2000 tarihinde imzalamış ve 12.10.2004 tarihinde taraf olmuştur. RG: 15.6.2004, S. 25493. Sözleşmeye taraf ülkelerin listesi için bkz.

http://www.hcch.net/index_de.php?act=conventions.status&cid=82 (son erişim tarihi: 26.2.2015).

¹⁰⁸¹ Sözleşme açısından kapsamlı incelemeler için bkz. **Ataman-Figanmeşe**, İnci, "Hukukî ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında 1970 Tarihli Lahey Sözleşmesi", MHB 23/1-2, s. 19-88; **Daoudi**, Jamal, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im deutschen Zivilprozess, Berlin 2000, s. 33 vd.; **Geimer**, Ewald, Internationale Beweisaufnahme, München 1998, s. 71 vd.; **Martens**, Dirk R., "Erfahrung mit Rechtshilfeersuchen aus den USA nach dem Haager Beweisaufnahme-Übereinkommen, RiW 1981, s. 725-733.

¹⁰⁸² Söz konusu sözleşmenin 8'inci maddesinde, her bir taraf devletin, istinabe talebinin yerine getirilmesi sırasında, istinabe eden devlet makamı temsilcilerinin de hazır bulunabileceklerini beyan edebilmeleri öngörülmüştür. Esasen bu hüküm sayesinde, somut bir davayı gören mahkeme üyesinin, yabancı ülkede tanıkları bizzat dinleyebilmesinin önü açılmaktadır. Toplam 58 tarafı olan Sözleşme'nin 31 üyesi (Avusturalya, Brezilya, Bulgaristan, Almanya, Danimarka, Makedonya, Fransa, Estonya, Finlandiya, Yunanistan, Hindistan, İzlanda, İsrail, İtalya, Hırvatistan, Letonya, Litvanya, Hollanda, Polonya, Güney Kore, Romanya, İsveç, İsveçre, Sırbistan, İspanya, Sri Lanka, Ukrayna, Macaristan, Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Belarus, Güney Kıbrıs Rum Kesimi) 8'inci madde çerçevesinde beyanda bulunmuştur. Ancak Türkiye henüz böyle bir beyanda bulunmamıştır. Söz konusu hüküm, doğrudanlığın sağlanması bakımından önemlidir.

II. Kabul Edilebilir İspat Araçları ve Uygulanacak Hukuk

1. Genel Olarak

İspat araçlarının kabul edilebilirliğine ilişkin olarak hem Kıta Avrupası hukukunda hem de Anglo-Sakson hukukunda hâkim görüş *lex fori* 'nin uygulanması yönündedir¹⁰⁸³. Söz konusu görüş çerçevesinde forum mahkemesi hukukunca katı delil sisteminin mi yoksa serbest delil sisteminin mi uygulanacağı, nelerin ispat aracı olarak kabul edilebileceği ve bunların ispat gücü belirlenir.

2. “Tanıkla İspat Yasağı” ve Uygulanacak Hukuk Bağlamında Görüşler

Hâkim görüşün saf olarak kabulü kimi durumda hem milletlerarası özel hukukun amaçlarına hem de genel adalet duygusuna aykırı sonuçlar doğurabilir. Meseleyi yoğun olarak tartışılan bir örnek üzerinden izah edeceğiz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 200'üncü maddesinde, gerçekleştirildiği zamanki miktar yahut değeri belli bir Türk lirasını aşan işlemlerin ancak kesin delillerle ispatlanması öngörülmüştür¹⁰⁸⁴. Örneğin, bir Alman vatandaşı ile bir Türk vatandaşının Frankfurt'ta sözlü olarak yapmış olduğu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık sebebiyle Alman mahkemelerinde dava açılacak olursa, esasa hangi hukuk uygulanırsa uygulansın, mahkeme ispat araçları noktasında kendi hukukunu uygular. Dolayısıyla, taraflar Alman hukukunda kabul edildiği şekliyle tanıkla da sözleşmeyi

¹⁰⁸³ Schack, IZVR, s. 287; Cheshire/Fawcett/Caarruthers/North, s. 83; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 410; Nomer, Usul, s. 27; Geimer, s. 805; Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 334; Eisner, s. 78; Riezler, s. 466; Nussbaum, DIPR, s. 413

¹⁰⁸⁴ Benzer kural Fransız Medenî Kanunu 1341'inci maddesiyle İtalyan Medenî Kanunu 2721'inci maddesi ve *Uniform Commercial Code* §2- 201'de de yer almaktadır. Yine Sovyetler Birliği dönemi Medenî Kanun'un 136'ncı maddesinde aynı yönde bir kural mevcut idi. Düzenlemenin temelini 1566 tarihli *Ordonnance de Moulins* ve 1677 tarihli *Statute of Frauds*'a kadar uzandı ve tanık deliline olan güvensizliğe dayandığı ifade edilmektedir. Geimer, s. 809; Kegel/Schurig, s. 632; Murad/Sonnenberger, Hans J., Das französische Zivilrecht, C. I/I, Heidelberg 1994, s. 510; Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 336; v. Marschall, s. 627. Mesele ilk kez 1596 yılında Lyon mahkemesinde bir İngiliz'in açtığı alacak davasında gündeme gelmiş ve tanık deliline ilişkin meselenin *litis ordinatória* değil *litis decisoraya* ait olduğuna karar verilmiş ve İngiliz hukukunda söz konusu kural olmaması sebebiyle tanık deliline imkan tanınmıştır. Gamillscheg, Franz, “Internationales Privatrecht”, JZ 1955, s. 703.

ispatlayabilir. Ancak, dava Türk mahkemelerinde açılır ve hâkim görüş çerçevesinde ispat araçları noktasında Türk hukuku uygulanacak olursa, sözleşmeyi Almanya’da yapan ve muhtemelen Türk hukukundaki kuraldan, haklı olarak da, habersiz olan tarafın, Alman hukukuna güvenerek sözlü ve geçerli olarak yapmış olduğu sözleşmeden kaynaklanan hakkı ispatsız kalabilir. Milletlerarası özel hukuk bağlamında tarafların üzerine onlardan beklenemeyecek bir yük getirerek meşru beklentilerine aykırı sonuç doğurması ve milletlerarası karar ahengine açıkça zarar vermesi yanında maddi hukukun gerçekleşmesine hizmet etmek için varolan usûl kuralı nedeniyle hak kayıplarının ortaya çıkacak olması karşısında, öğretide söz konusu durum ciddi derecede tartışılmıştır¹⁰⁸⁵.

Klasik anlayış, kabul edilebilir ispat araçları açısından hâkimin kendi hukukunu uygulamaya devam etmesi gerektiği yönündedir¹⁰⁸⁶. Buna göre, aksi kabul, usûl hukukunun içerisinde usûle ve maddi hukuka ait şekil hükümleri diye bir ayırım yapılması sonucunu doğurur ki bu uygulanamaz. Netice itibari ile *lex fori* açısından değerlendirme, her zaman daha pratik olur. Yargıtay da 1989¹⁰⁸⁷ yılında “Öte yandan prensip olarak Milletlerarası Usûl Hukukunda uygulanması gereken Kanun daima hâkimin kendi kanunudur (*Lex fori*). Bu prensip Yargı faaliyetinin kamu hukukuna dahil olmasının ve mahkemenin sadece kendisinin tabi olduğu Usûl Hukukunu uygulamakla yetkili kılınmasının sonucudur... O halde olayda iddianın tanıkla ispat edilip edilemeyeceğine ilişkin usûl sorunu HUMK.muza göre çözülmek ve karara bağlanmak gerekir.”

şeklinde karar vererek tanıkla ispat yasağına ilişkin konuların da münhasıran hâkimin hukukuna tabi olması gerektiğini belirtmiştir.

¹⁰⁸⁵ Nagel/Gottwald, s. 507. Söz konusu tartışmalar senede karşı senetle ispat kuralı ve Anglo-Sakson hukukunda geçerli olan ve bir belgede yer alan durumun dışında kalan bir hususun ispatının yine bir belgeyle yapılmasını öngören *parol evidence rule* açısından da geçerlidir.

¹⁰⁸⁶ Nomer, DHH, s. 398; Nussbaum, DIPR, s. 413.

¹⁰⁸⁷ Yargıtay 13. HD, 12.12.1989, E. 1989/4375, K. 1989/7250, YKD 1990/3, s. 409.

Milletlerarası karar ahenginin sağlanmasına ağırlık veren yazarlar, hukukî işlemlerin ancak belli delillerle ispatını öngören kuralın maddi hukuka ait olarak vasıflandırılması ve bu çerçevede *lex causae*'nin esas alınması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁸⁸. Buna göre, işlevi dikkate alındığında söz konusu hükmün esasında tanıkla ispatı yasaklayan usûl hükmü değil, yazılılığı öngören bir maddi hukuk hükmü, diğer bir ifadeyle maddi hukuka ait bir şekil meselesi olduğu, belli bir miktar yahut değer üzerindeki hukukî işlemler açısından şekil şartı getirildiği iddia edilmiştir¹⁰⁸⁹.

Hükmün ortaya çıkış sürecini de dikkate alan bir görüş, meselenin, ağırlığın kademeli olarak tanık delilinden senet deliline kaymayla ilgili olduğunu, şayet bu salt bir usûl hükmü olsaydı her iki delilin de kural olarak eşit değerde olması gerektiğini, normun işlevinin açıkça şekli düzenlemek olduğunu ve bu nedenle maddi hukuka ait olarak vasıflandırılmasını öne sürmüştür¹⁰⁹⁰.

Yine bir başka görüşü savunan yazarlar, söz konusu kuralın, sözleşmesel bağlılığı rahatlatan ve gerçeğin araştırılması sürecini kısaltan nitelikte olmasından hareketle maddi hukukla bağlantısına vurgu yaparak, *lex causae*'nin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁹¹. Bu görüş çerçevesinde tanıkla ispat yasağına ilişkin kural *lex causae*'da mevcutsa yine uygulanır.

Milletlerarası karar ahengi ve tarafların meşru beklentilerinden hareket eden bir diğer görüş, tanıkla ispat yasağına ilişkin söz konusu hükümlerin pratikte şekil hükümleri gibi etki gösterdiğini, dava açılmadan forum mahkemesi hukukunun bilinmesinin mümkün olmadığını, hukukî işlemi gerçekleştirirken tarafların işlemi yaptıkları yerin

¹⁰⁸⁸ **Walter**, Gerhard, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, Stuttgart 2007, s. 317; **Kropholler**, IPR, s. 595.

¹⁰⁸⁹ **Walter**, 2007, s. 317; **Kegel/Schurig**, s. 632; **Westermann/Hohloch**, s. 5205; **Soergel**, Theodor/**Kegel**, Gerhard, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C. X, Stuttgart 1996, s. 506; **Niederlaender**, s. 48; **Riezler**, s. 131 vd.; **Nussbaum**, DIPR, s. 90.

¹⁰⁹⁰ **Staudinger-BGB/v. Mohrenfels**, Art 11 EGBGB, para. 147.

¹⁰⁹¹ **Geimer**, s. 813.

hukukunu kolayca dikkate alabileceklerini ifade ederek, ispat araçlarının kabul edilebilirliğine ilişkin kuralların işlemin yapıldığı yer hukukuna –*lex loci contractus*– tabi olması gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁹².

Atalı ise senetle ispata ilişkin kuralın katı uygulanması durumunda ispata ilişkin olarak imkansızlığın ortaya çıkabileceğinden hareketle Türk hukukunda geçerli olan kesin delille ispat mecburiyetinin istisnası bağlamında “senede bağlanması müteamil olmayan hukukî işlemler” çerçevesinde ele alınmasını savunmaktadır¹⁰⁹³. Yazar netice itibariyle Türk hukukunun uygulanması gerektiğini kabul etmiş olmaktadır.

3. Avrupa Birliği’ndeki Düzenlemeler

Avrupa Birliği özelinde ise sorun, sözleşmesel borç ilişkileri bağlamında Roma-I Tüzüğü’nün 18’inci maddesinin ikinci fıkrası ve sözleşme dışı borç ilişkileri açısından Roma-II Tüzüğü’nün 22’nci maddesinin ikinci fıkrasıyla çözülmüştür¹⁰⁹⁴. Buna göre, bir hukukî işlemin ispatında, forum mahkemesi hukukunun ve Roma-I Tüzüğü’nün 11’inci maddesinde belirtilen hukukî işlemin şeklen geçerli olacağını belirleyen hukukların kabul ettiği bütün ispat araçları ve hukukî eylemin ispatında Roma-II Tüzüğü’nün 21’inci maddesinde belirtilen hukuklarda düzenlenen ispat araçları kullanılabilir; yeter ki söz konusu araç forum mahkemesi hukukunca delil niteliğini haiz olsun. Roma-I Tüzüğü’nün 11’inci maddesinde hukukî işlemlerin şeklen geçerli olabilmesi, alternatifli olarak *lex causae* veya *locus regit actum*’dan birine göre kurulmasına bağlanmıştır. Keza, hukukî eylemler açısından Roma-II Tüzüğü de *lex causae* ve eylemin yapıldığı yeri kabul etmiştir. Şu halde, ispat noktasında *lex fori*, *lex causae*, *locus regit actum* veya eylemler açısından onların

¹⁰⁹² **Guldener**, s. 27. Aynı yönde bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 67; **Öztekin**, s. 45; **Postacıoğlu**, s. 13.

¹⁰⁹³ **Atalı**, Davada Yabancı, s. 556. Aynı yönde bkz. **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 412.

¹⁰⁹⁴ **Bamberger**, Heinz G./**Roth**, Herbert/**Spickhoff**, Andreas, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C. III, München 2012, s. 2575.

yapıldıkları yerin hukukundan hangisi daha cömert delilleri sunmaktaysa, o esas alınır¹⁰⁹⁵. Bu konuda tek çekince, forum mahkemesinde söz konusu delilin tanınmasıdır. Örneğin, Anglo-Sakson hukukunda¹⁰⁹⁶ olduğu gibi tarafın Alman mahkemesi önünde tanık olarak dinlenmesi mümkün olmaz. Söz konusu çekince dışında ispat araçlarının kabul edilebilirliği açısından daha ziyade tarafların beklentilerini korumak amacıyla getirildiği belirtilen¹⁰⁹⁷ söz konusu düzenlemeler oldukça liberaldir.

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku Açısından Uygulanacak Hukuk

Esas itibariyle belirli delillerle ispata ilişkin getirilen yasaklardaki temel sıkıntı şudur: Kabul edilebilir ispat araçları açısından usûl hukukuna ait olmaları sebebiyle *lex fori*'nin uygulanması öngörülmektedir. Ancak hukukî işlemlerin maddi hukuk açısından geçerlilikleri, şekil statüsüne, bu manada *lex causae* veya *lex loci contractus*'a tabi kılınmıştır ve her ikisinde yer alan düzenlemeler farklıdır¹⁰⁹⁸.

Hukukî işlemlerin tanıkla ispatını yasaklayan hükümler sadece yargılama içerisinde taraflara ve hâkime hitap etmez. Ayrıca hukukî işlemlerin gerçekleştirilmesi sırasındaki taraf davranışlarını da belirledikleri, hatta tarafları dolaylı olarak zorladıkları söylenebilir¹⁰⁹⁹. Zira, aksi durumda taraflar maddi hukukun kendilerine tanıdığı hakkın mahkeme aracılığı ile yerine getirilmesini sağlayamaz. Ancak, söz

¹⁰⁹⁵ **Wegen, Gerhard/Brödermann, Eckart**, “Art. 16-20 Rom I-VO”, Prütting-Wegen-Weinreich BGB Kommentar, Köln 2014, s. 3328; **Rauscher, Thomas/v. Hein, Jan**, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Kommentar Rom I-VO Rom II-VO, München 2011, s. 567.

¹⁰⁹⁶ İngiliz hukukunda da 1990 tarihli *Contracts Act* ile sözleşmelerin, hem hâkimin hukukunda öngörülen ispat araçları ile hem de sözleşmenin şekline ilişkin gönderme yapılan bütün yer hukuklarında öngörülen deliller ile ispatlanabileceği kabul edilmiştir.

Cheshire/Fawcett/Carruthers/North, s. 83.

¹⁰⁹⁷ **Rauscher/v. Hein**, s. 563.

¹⁰⁹⁸ **v. Marschall, Wolfgang**, “Prozessuale Schranken der Formfreiheit im internationalen Schuldrecht”, Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin 1979, s. 629.

¹⁰⁹⁹ **Frey, Peter**, “Anwendung auslaendischer Beweismittelvorschriften durch deutsche Gerichte”, NJW 1972, s. 1603.

konusu hükümler öncelikle yargılama içerisinde hâkimin ikna edilmesi faaliyeti ile ilgilidir ve hâkimin delilleri serbestçe takdir etmesi bağlamında iradesini de ortadan kaldırmaktadır¹¹⁰⁰. Şayet senet varsa, hâkim vakıayı ispatlanmış kabul etmek zorundadır.

Usûl hukuku meselelerine *lex fori* uygulanır kuralından kaçınmak için, maddi hukuka ait olarak vasıflandırma yapılması yerinde değildir. Sonuçtan hareket eden söz konusu görüş, ispat şekli ile geçerlilik şeklini birbirine karıştırmaktadır. Usûl kanunlarında yer alan söz konusu hükümlerin, maddi hukuk hükmü olarak vasıflandırılması halinde geçerli bir sözleşme kurulmamış gibi bir netice ortaya çıkar ki değerlendirme yapılırken hem milletlerarası özel hukuk alanında hem de iç hukukta geçerli olan *favor negotii* ilkesi, yani mümkün olduğunca sözleşmeyi ayakta tutma prensibine aykırı olur¹¹⁰¹. Ayrıca hem Türk Borçlar Kanunu hem Fransız Medenî Kanunu sözleşmelerin geçerli olarak kurulmasını herhangi bir şekilde tabi tutmamıştır. Hükmün işlevinden hareket edilmesi halinde de, bu tür bir neticeye varılması mümkün görünmemektedir. Zira, hükmün düzenlemeyi hedeflediği şey, yazarlarca belirtildiği gibi maddi hukuk bağlamında ilave bir şekil kuralı getirmek değil, aksine maddi hukuk tarafından tanınmış olan hakkın yerine getirilmesine ilişkin yargılama sürecini düzenlemek, vakıanın geçerliliği konusunda hâkimde kanaat uyandırmak için gerçekleştirilecek ispat faaliyetinde kullanılacak aracı belirlemektir. Söz konusu kurala getirilen istisnalar da dikkate alındığında¹¹⁰² hükmün, usûl hukukuna ait olduğu şüpheden uzaktır. Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında da hukukî işlemin ispatının hangi ispat araçları ile olacağı, diğer bir ifadeyle yargılamada hâkimin nasıl ikna edileceği hususunun maddi hukukla hiçbir

¹¹⁰⁰ Frey, s. 1604; Melchior, George, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin 1932, s. 156.

¹¹⁰¹ Neuhaus, Grundbegriffe s. 174 vd. Ayrıca bkz. Westermann/Hohloch, s. 5204; MüKo-BGB/Spellenberg, Art. 11 EGBGB, para. 1.

¹¹⁰² Ferid/Sonnenberger, s. 510.

alakası olmadığına, aksine hakların yargılama içerisinde gerçekleşmesine ilişkin olduğuna hükmedilmiştir¹¹⁰³. Bu çerçevede uygulanacak hukuka ilişkin ortaya çıkan soruna karşılık, meseleyi maddi hukuka ait olarak vasıflandırma yoluyla getirilen görüşün yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Vasıflandırma konusu ele alınırken de belirtildiği gibi tanıkla ispat yasağına ilişkin kurala sahip olmayan ülkeler açısından dahi yapılacak işlevsel yorum ve vasıflandırma, konunun usûl hukukuna ait olduğunu ortaya koymaktadır¹¹⁰⁴.

Tanıkla ispat yasağına ilişkin kuralın sıkıntılı neticelerini aşmak için ileri sürülen *lex loci contractus* görüşü ile Avrupa Birliği düzenlemelerini, yukarıda temel ölçüt olarak belirttiğimiz üzere¹¹⁰⁵, uygulanacak hukuku tespite ilişkin hareket noktalarımız olan pratiklik ile milletlerarası özel hukuk adaleti gereği tarafların meşru beklentileri ve karar ahengi çerçevesinde değerlendirilmelidir.

İlk olarak pratik düşünceler ve usûl ekonomisi noktasında tespit yapılmalıdır.

Mahkemenin uyuşmazlık konusu hakkında önemli ve çekişmeli somut bir vakıanın ispatı için kendi hukukunun belli durumlarda kullanılmasına izin vermediği, ancak hukuk sisteminde delil olarak kabul edilen bir ispat aracını, yabancı bir hukuk hükmünü dikkate alarak değerlendirmesi, pratiklik noktasında dikkate değer bir sorun çıkarmaz. Mahkeme, yalnızca söz konusu delilin yabancı hukukta, ilgili vakıanın ispatında kullanılabileceğini tespit eder. Örneğin, belli bir miktarın üzerindeki bir hukukî işlem, Türk hukukuna göre yalnızca senetle ispat edilebilecekken, hâkim, pekala yabancılık unsuru nedeniyle esas aldığı yabancı hukuktan hareketle tanık da dinleyebilir. Bu yargılama açısından gereksiz bir zaman

¹¹⁰³ BGH, Urt. v. 30.7.1954 – VI ZR 32/53, JZ 1955, s. 702. Buna karşılık LG Mannheim, söz konusu hükmün tarafları koruma amacına hizmet ettiğini, dava içerisinde maddi olarak etkili hakkın yerine getirilebilmesi için senedin gerekli olduğu, diğer şekil hükümlerinde olduğu gibi maddi hukuk etkileri olduğunu, bu nedenle maddi hukuka ait şekil hükmü olarak vasıflandırılması gerektiğine karar vermiştir. NJW 1971, s. 2129.

¹¹⁰⁴ Bkz. yuk. s. 49 vd.

¹¹⁰⁵ Bkz. yuk. s. 63 vd.

ve emek kaybına yol açmaz. Bu noktada ikinci aşamaya geçip, milletlerarası özel hukuk adaleti çerçevesinde tarafların meşru beklentileri incelenmelidir.

Yukarıda da belirtildiği gibi tanıkla ispat yasağına ilişkin kuralın, daha hukukî işlemin yapıldığı sırada tarafların davranışlarını etkileyeceği şüpheden uzaktır. Ancak ne olayın esasına uygulanacak hukukta ne de tarafların işlemi gerçekleştirdikleri yerde bu yönde bir kural olması halinde, tarafların muhtemel forum mahkemesini de önceden düşünüp delillerini buna göre hazırlamasını beklemek yerinde olmaz¹¹⁰⁶. Yukarıda sorunu tespit eden örneğimizde¹¹⁰⁷ de açıkladığımız üzere Almanya’da yapılan ve esasına Alman hukukunun uygulanacağı uyuşmazlık açısından her nasılsa Türk mahkemesinde dava açılması halinde tarafların haklı olarak hiç dikkate almadıkları tanıkla ispat yasağına ilişkin kuralı, *lex fori*’de mevcut olduğu gerekçesi ile uygulamak yerinde değildir. Tarafların ispat araçları noktasında işlemi gerçekleştirdikleri yerin hukukunu veya işlemin esasına uygulanacak hukukun hükümlerini dikkate almaları olağan ve beklenendir.

Bir diğer nokta milletlerarası karar ahengi hususudur. Farklı hukuk sistemlerinde ispat araçlarına ilişkin getirilen farklı sınırlamalar dikkate alındığında kabul edilebilir ispat araçları noktasında yalnızca mahkemenin hukukunun uygulanabileceğinin söylenmesi halinde davanın açıldığı ülkeye göre çok farklı kararların çıkacağı şüpheden uzaktır. Oysa işlemin yapıldığı yer hukuku ve *lex causae*’da tanınan delillere de imkan verilmesi halinde söz konusu neticeden kaçınılabilir. Şu halde, *de lege feranda* Roma Tüzükleri’nde yer alan düzenlemelere paralel açık bir düzenlemeye Türk hukukunda da yer verilmesi daha uygun olur. Ayrıca *de lege lata* açısından, meseleye ilişkin mahkemenin hukukunun uygulanacağına dair açık bir hüküm bulunmaması, pratik düşünceler açısından yabancı hukukun dikkate

¹¹⁰⁶ Coester-Waltjen, Beweisrecht, s. 365 vd.

¹¹⁰⁷ Bkz. yuk. s. 117.

alınmasının sıkıntı yaratmaması, tarafların meşru beklentileri ve karar ahengi mevzuları dikkate alındığında, kabuledilebilir ispat araçları açısından *lex fori* 'nin yanında, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 7'nci maddesinden kıyasla alternatifli olarak hukukî işlemin yapıldığı yer ve işlemin esasının tabi olduğu ülke hukuklarınca kabul edilen ispat araçlarına izin verilmesi gerekir. Örneğin, Almanya'da yapılan ve esasına İsviçre hukukunun uygulanacağı bir sözleşmeye ilişkin Türkiye'de dava açılacak olursa, sözleşme her üç ülke hukukunda kabul edilen deliller ile ispatlanabilmelidir.

Hukukî işlem sadece tanıkla ispat yasağının geçerli olduğu ülkeler ile ilgili ise, bu durumda yasağın hangi miktar üzerinden belirleneceği sorusu ortaya çıkar. Örneğin, işlem Fransa'da yapılmış, esasa Fransız hukuku uygulanmakta ve Türk mahkemesinde dava açılmışsa belirlenen her iki ülke hukukuna göre de tanıkla ispat yasağı söz konusudur. Ancak hangi miktarın üzerindeki işlemler için bu yasağın geçerli olacağını hangi hukuka göre belirleneceği sorusu ortaya çıkar. Burada tarafların meşru beklentilerinin ve milletlerarası karar ahenginin sağlanması açısından yerinde olan liberal yaklaşımın sürdürülmesi ve düşük olan sınır dikkate alınarak uygulanacak hukukun belirlenmesi yerinde olur. Nasıl ki Türk hukukundaki tanıkla ispat yasağına ilişkin kurala rağmen gerekirse Alman hukukunu uygulayarak tanık dinlenmesine izin verilebilmekteyse, parasal sınır açısından da ilgili ülkelerden birine göre parasal sınır yönünden tanıkla ispatı mümkünse, buna imkan tanınmalıdır.

III. Delil Sözleşmeleri

Delil sözleşmesi, tarafların, uyuşmazlık konusu olan vakıaların, yalnızca kendi belirledikleri delil/ler ile veya kanunda öngörülen deliller yanında kendilerince tayin

edilmiş ilave delil/ler ile ispatlanması konusunda yaptıkları sözleşmedir¹¹⁰⁸. Delil sözleşmeleri, maddi hukuku gerçekleştirmek için var olan usûl hukukunun aracı yargılamayı düzenlemesi sebebiyle usûl hukukuna aittir¹¹⁰⁹.

Delil sözleşmelerinin geçerliliği noktasında tarafların meşru beklentileri ve milletlerarası karar ahengi dikkate alındığında, tanıkla ispat yasağına ilişkin kısımda benimsendiği gibi liberal bir yaklaşım kabul edilmelidir. Bu çerçevede, delil sözleşmesinin, *lex fori*, *lex causae* veya *locus regit actum* 'dan birine göre caiz ve geçerlilik şartlarını taşıması yeterli kabul edilmeli ve ilgili vakıalar o deliller dikkate alınarak ispatlanabilmelidir. Münhasır olmayan delil sözleşmeleri açısından forum mahkemesinin kabul ettiği delillere de imkan tanınmalıdır. Burada artık tarafların meşru beklentilerinden hareketle alternatifli bir belirleme yapmaya ihtiyaç yoktur. Zira, ilgili taraf söz konusu uyuşmazlık için kullanmak istediği delilleri belirlemiştir. Onu korumak için ayrıca işlemin yapıldığı yer hukukuna veya *lex causae* 'ya bakmaya gerek yoktur. O yerlerdeki delili isteyen tarafın bunu sözleşmesinde öngörebilmesi mümkündür. Münhasır delil sözleşmeleri açısından ise alternatifli olarak tespit edilen hukuklardan en az birine göre caiz ve geçerli ise, ilgili vakıa ancak o delille ispatlanabilmelidir.

¹¹⁰⁸ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 767; **Taşpınar**, Sema, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, s. 182; **Wagner**, s. 683.

¹¹⁰⁹ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 767; **Wagner**, s. 685; **Baumgaertel**, s. 260. Aksi yönde Alman İmparatorluk Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi içtihatları hakkında bkz. **Wagner**, s. 685, dn. 365.

5. Yargulamaya Son Veren Taraf Usûl İşlemleri Bakımından *Lex Fori*

Prensibinin Değerlendirilmesi

A. Genel Olarak

Yargılamanın hangi şekillerde sonra ereceği meselesi esas itibariyle salt usûlidir ve hâkimin hukukuna göre belirlenir¹¹¹⁰. Hukukumuzda mahkemece davanın esası hakkında verilecek kabul ve ret kararları ile usûlden verilebilecek ret kararları yanında, kimi hallerde tasarruf ilkesinin gereği olarak tarafların yapacakları irade açıklamaları ile davayı sona erdirmelerine imkan tanımıştır. Davaya son veren taraf usûl işlemleri olarak nitelenen söz konusu işlemler; feragat, kabul ve sulhtür¹¹¹¹. Davacının, davadaki talep sonucunun tamamı veya bir kısmından, onu bir daha talep ve dava etmemek üzere vazgeçtiğine ilişkin mahkemeye yöneltilmiş tek taraflı irade beyanı “feragat”¹¹¹²; davalının, davacının talep sonucunun tamamı veya bir kısmına muvafakat ettiği dair mahkemeye yönelmiş tek taraflı irade beyanı “kabul”¹¹¹³ olarak nitelenir. Yalnızca dava konusu kılınmış haktan feragat edilebilir yahut o hak kabul edilebilir¹¹¹⁴. Uyuşmazlık konusu üzerinde tarafların kısmen feragat kısmen kabul ile gerçekleştirdikleri sözleşme de “sulh” olarak nitelendirilecektir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 313’üncü maddesinin üçüncü fıkrası gereği dava konusu kılınmamış hususlar da, sulhün kapsamına dahil edilebilir.

¹¹¹⁰ Nagel/Gottwald, s. 322.

¹¹¹¹ Akyol-Aslan, Leyla, Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010, s. 63; Ermenek, İbrahim, Medenî Usûl Hukukunda Davayı Kabul, Ankara 2009, s. 1; Önen, Ergun, Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 19 vd.

¹¹¹² BeckOK-ZPO/Elzer, Art. 306, para. 2; Zöller/Vollkommer, vor Art. 306-307, para. 1; MüKo-ZPO/Musielak, Art. 306, para. 2; Musielak/Musielak, Art. 306, para. 1; Hk-ZPO/Saenger, Art. 306, para. 1; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 820; Akyol-Aslan, s. 66; Tanrıver, Süha, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s. 115.

¹¹¹³ BeckOK-ZPO/Elzer, Art. 307, para. 1; Zöller/Vollkommer, vor Art. 306-307, para. 1; MüKo-ZPO/Musielak, Art. 307, para. 1; Musielak/Musielak, Art. 307, para. 1; Hk-ZPO/Saenger, Art. 307, para. 1; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 824; Ermenek, s. 3; Tanrıver, İlamlı İcra, s. 103; Elzer, Oliver/Köblitz, Hannes, “Das zu begründende Anerkenntnisurteil”, JuS 2006, s. 320.

¹¹¹⁴ Zöller/Vollkommer, vor Art. 306-307, para. 1; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 822.

B. Hukukî Nitelikleri

Yargılamaya son veren taraf usûl işlemlerinin hukukî niteliği konusu tartışmalıdır¹¹¹⁵. Alman hukukunda hâkim görüş, feragat ve kabulün saf usûl hukuku kurumu olduğu¹¹¹⁶, sulhün ise çifte/karma nitelikte olduğu¹¹¹⁷ yönündedir. Türk hukukunda ise her üç kurumun da çifte/karma nitelikte olduğu kabul edilmektedir¹¹¹⁸.

Kanaatimizce feragat ve kabul, maddi hukukun gerçekleşmesini sağlamanın aracı olan yargılama sürecini düzenlemesi, mahkemece verilecek hükmün yerine geçerek uyuşmazlığı bütün bir gelecek için sona erdirmesi sebebiyle birer usûl işlemidir. Her iki kurumun da kesin hüküm etkisi göstermesi, yalnızca dava konusu kılınmış söz konusu hakkın tekrar talep edilmesinin önüne geçer, yoksa maddi hukuk anlamında hakkı sona erdirmez¹¹¹⁹. Esas itibariyle tarafların birer irade beyanı ile gerçekleşmesi ve bu nedenle diğer usûl işlemlerinden farklı olarak irade fesadı hallerine dayanılarak ortadan kaldırılabilmesi hususu da, feragat ve kabulün karma nitelikli olarak kabul edilebilmesi açısından yeterli değildir. Zira, usûl hukuku kurumu olan bilhassa

¹¹¹⁵ **Thomas**, Bernd, “Zur Doppelnatur von Klageanerkennnis und Klageverzicht”, ZZZP 89, s. 80.

¹¹¹⁶ **Zöller/Vollkommer**, vor Art. 306-307, para. 5; **MüKo-ZPO/Musielak**, Art. 306, para. 1; **Musielak/Musielak**, Art. 307, para. 2; **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 307, para. 6; **Baumgaertel**, s. 143. Buna karşılık usûl hukuku içerisinde taraflara hükmün içeriğini belirleme tasarrufunun tanınmadığı, böyle bir taraf hâkimiyetinin hukuk devleti ilkesi ile de uyumlu olmayacağı, hem feragat hem de kabul halinde maddi hukuk açısından da artık hakkın mevcut olmayacağı düşüncesinden hareketle her ikisinin de çifte/karma nitelikli (*Doppelnatur*) olduğu da ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Heiss**, Thomas A., *Anerkennnis und Anerkennnisurteil im Zivilprozess*, Tübingen 2012, s. 9 vd.; **Thomas**, Bernd, *Die Auswirkungen der im Aktiengesetz enthaltenen materiellen Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen auf Prozessvergleich, Klageanerkennnis und Klageverzicht*, Göttingen 1974, s. 168 vd; **Thomas**, ZZZP 89, s. 83.

¹¹¹⁷ **Zöller/Stöber**, Art. 794, para. 3; **Rixen**, s. 116; **Wagner**, s. 514; **Rauch**, Bernhard, *Wiedereinsetzung und Prozessvergleich*, Regensburg 1981; s. 17 vd.; **Zölch**, Friederike, *Der Prozessvergleich im deutschen und im österreichischen Recht*, München 1981, s. 33; **Thomas**, s. 74; **Bonin**, Paul, *Der Prozessvergleich*, Stuttgart 1957, s. 2; **Müller**, Heinz, *Die Rechtsnatur des Prozessvergleichs und seine Wirkungen*, Würzburg 1934, s. 8.

¹¹¹⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 820; **Akyol-Aslan**, s. 193; **Ermenek**, s. 42; **Tanriver**, Süha, “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler”, *Makalelerim I*, Ankara 2005, s. 38; **Kuru**, C. IV, s. 3546-3547; **Tanriver**, *Derdestlik, İlamlı İcra*, s. 87, 108, ve 115; **Önen**, Ergun, “Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez”, *ABD* 1976/1, s. 27; **Postacioğlu**, s. 476; **Önen**, Sulh, s. 41; **Bilge**, s. 308.

¹¹¹⁹ **Schack**, *IZVR*, s. 378; **MüKo-ZPO/Gottwald**, Art. 322, para. 9; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 843; **Musielak/Musielak**, Art. 322, para. 5. Tekrar dava açılmayacak olması, maddi hukuk açısından hakkın sona ermiş olması sebebiyle değil, *ne bis in idem* kuralı gereğidir.

feragat, maddi hukuktan tamamen farklı şekilde karşı tarafın rızası aranmaksızın geçerli olabilmektedir. Oysa, bir alacak hakkından vazgeçilmesi, ancak Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre yapılacak bir ibra, yani sözleşme ile mümkündür. Keza, feragat ve kabulün hükmün yerine geçmelerinin neticesi olarak bizatihi kesin hüküm gibi sonuç doğuracakları kabul edilmiştir. Zira, bu devlet egemenliğinin bir sonucudur ve devlet bu yetkiyi kendisine münhasır kılmış, taraflara imkan tanınan halleri, yine yargılama içerisinde olmak kaydıyla –feragat, kabul ve sulh– istisnaen düzenlemiştir¹¹²⁰.

Sulh ise bir sözleşmedir ve yukarıda yetki sözleşmelerinin hukukî niteliğinin tespitinde yapılan tartışmalar burada da geçerlidir¹¹²¹. Bu çerçevede, hükmün düzenlemeyi hedef aldığı alan dikkate alınarak hukukî nitelik belirlemelidir. Sulh sözleşmesinin yargılama safhasını, bu süreçte çekişmenin giderilmesini düzenlemeyi amaçlaması, maddi hukuka ait ibradan farklı olarak yalnızca mahkeme önünde yapılması ve bu şekilde İcra ve İflas Kanunu'nun 38'inci maddesi anlamında ilamlı icranın konusu olabilecek bir belge haline gelmesi karşısında, sulh bir usûl işlemidir. Ancak, yetki sözleşmesinde olduğu gibi kurulmasına ilişkin tarafların ehliyetleri, irade beyanlarının açıklanması ve örtüşmesi gibi usûl hukukunda hüküm bulunmayan hususlarda, maddi hukuk hükümlerine göre karar verilmesi gerekir. Fakat bu sulhü bir maddi hukuk işlemi haline getirmez.

C. Uygulanacak Hukuk

Yargılamanın nasıl sona erdirilebileceği, başka bir anlatımla çekişmenin sadece mahkemenin vereceği hükümle mi yoksa tarafların rızalarına dayanarak da giderilip

¹¹²⁰ **MüKo-ZPO/Gottwald**, Art. 322, para. 59. Kesin hüküm etkisinin tarafların anlaşmasıyla kaldırılıp kaldırılamayacağı tartışması için bkz. **Wagner**, s. 711 vd.

¹¹²¹ Bkz. yuk. s. 90 vd.

giderilemeyeceği konusunun nihai tahlilde *lex fori* 'ye göre belirleneceği kabul edilmektedir¹¹²². Bu noktada feragat, kabul ve sulhe ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 311'inci ve 315'inci maddesine yer alan "kesin hüküm gibi" sonuç doğurması ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Öğretide feragat, kabul ve sulh halinde ortaya çıkan kesin hüküm gibi sonuç doğurma ifadesinin ne şekilde anlaşılması gerektiği tartışmalıdır¹¹²³. Bu çerçevede, söz konusu işlemlerin maddi anlamda kesin hüküm¹¹²⁴ veya şekli anlamda kesin hüküm¹¹²⁵ oluşturacağı yahut hiçbir şekilde kesin hüküm oluşturmayacağı¹¹²⁶ ileri sürülmüştür. Davanın ancak bir mahkeme kararıyla sona erdiğinden hareketle maddi anlamda kesin hüküm teşkil edemeyecekleri savunulurken¹¹²⁷, taraf iradeleri neticesinde ortaya çıkmaları ve ancak mahkeme kararlarına maddi gerçeği belirleme vasfı tanınabileceği gerekçesiyle yalnızca şekli anlamda kesin hüküm teşkil edeceği ileri sürülmüştür¹¹²⁸. Bu noktada bizim de katıldığımız görüş, kanunda yer alan kesin hüküm gibi ifadesinden, maddi anlamda kesin hüküm gibi sonuçlar doğuracaklarının anlaşılması yönündedir¹¹²⁹. Diğer bir ifadeyle, burada mahkeme kararlarıyla bir eşitlik değil, sonuçları itibariyle bir denklik söz konusudur. İncelememiz açısından aynı davanın tekrar açılmaması ve bu manada kesin hükmün sonucu feragat, kabul ve sulh açısından da söz konusu olur.

Feragatin yukarıda belirtilen hukukî nitelikleri dikkate alındığında, maddi hukuktan farklı olarak her türlü alacak hakkı için geçerli olarak yapılabilmesine imkan

¹¹²² Nagel/Gottwald, s. 322.

¹¹²³ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 508; Akyol-Aslan, s. 396 vd.; Ermenek, s. 129 vd.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 927; Kuru, C. IV, s. 3727; Tanrıver, İlamlı İcra, s. 96-97; Önen, Sulh, s. 147 vd.; Gürdoğan, Burhan, Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 37.

¹¹²⁴ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 509; Kuru, C. IV, s. 3727.

¹¹²⁵ Tanrıver, İlamlı İcra, s. 97 ve s. 113; Önen, Feragat ve Kabul, s. 34; Gürdoğan, s. 37.

¹¹²⁶ Önen, Sulh, s. 145 dn. 1'de atıfta bulunulan yazarlar.

¹¹²⁷ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 508; Kuru, C. IV, s. 3632.

¹¹²⁸ Tanrıver, İlamlı İcra, s. 96-97; Önen, Feragat ve Kabul, s. 34; Önen, Sulh, s. 149; Gürdoğan, s. 37.

¹¹²⁹ Ermenek, s. 137 vd.

tanınması karşısında ve tıpkı kesin hüküm gibi bütün bir gelecek için mutlak hakikat vasfı taşıması ve tekrar dava edilememesi karşısında, böyle bir işlemin, ancak mahkemenin hukukunca mümkünse uygulanması gerekir. Ayrıca, koşulları ve etkilerinin mahkemenin hukukuna tabi kılınması bilhassa Türk hukukundaki zikredilen düzenleme nedeniyle yerinde olur¹¹³⁰.

Kabulün ancak tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarla sınırlanması nedeniyle, salt bu kapsamda feragate nazaran bir farklılık tanınması ve uyuşmazlık konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edip edemeyecekleri şartı, ilgili uyuşmazlık konusunun hakkında Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre uygulanacak hukuk açısından tespit edilmelidir. Ancak, diğer usûli şartlar ve koşullar açısından kabulün hâkimin hukukuna, yani Türk hukukuna tabi kılınması uygun olur. Bu şekilde bir uygulama, hem tarafların meşru beklentileri hem milletlerarası karar ahengi hem de mahkemeye pratiklik açısından daha kolay ve yerinde olur. Kaldı ki neyin kesin hüküm sonuçlarını doğuracağını belirlemek yetkisi, tanıma tenfiz hallerinde olduğu gibi ilgili ülkenin egemenlik yetkisi kapsamındadır.

Sulhün usûl hukukuna ilişkin şartları ve etkileri bakımından *lex fori* 'nin¹¹³¹, maddi hukuka ilişkin şartları, özellikle haktan vazgeçilmesinin mümkün olup olmadığı, dolayısıyla sulhün konusu olup olamayacağı meselesi ile maddi hukuka ilişkin etkileri bakımından *lex causae* 'nın uygulanacağı savunulmaktadır¹¹³².

Kanaatimizce sulhün mahkeme önünde geçerli bir şekilde yapılabilmesi ve etkilerinin hâkimin hukukuna tabi kılınması yerindedir. Bu konuda tarafların

¹¹³⁰ Buna karşılık hükmün içeriği ve etkileri noktasında esasa uygulanacak hukukun dikkate alınması gerektiği, zira hem içerik hem de etkilerin uygulanan maddi hukuk ile sıkı ilişki içerisinde olduğu, bu nedenle kesin hükmün objektif ve subjektif sınırlarının ne olduğunun da bu hukuka göre belirlenmesinin zaruri olduğu ileri sürülmüştür. Görüş için bkz. **Grunsky**, ZZP 89, s. 258-259.

¹¹³¹ Örneğin, Alman mahkemesi önünde gerçekleştirilen sulhün, *lex causae* 'ya göre farklı olsa bile kesin hüküm etkisi göstermeyeceği açıktır.

¹¹³² **Zöller/Geimer**, IZPR, para. 25a; **Geimer**, s. 919; **Birk**, Rolf, "Die Einklagung fremder Rechte (action oblique, azione surrogatoria, accion subrogatoria) im internationalen Privat- und Prozessrecht", ZZP 82, s. 86, dn. 72.

korunmaya değer farklı bir beklentilerinden yahut milletlerarası karar ahenginin bozulacağından söz etmek mümkün değildir. Ayrıca feragat ve kabul açısından belirttiğimiz gibi ülke içerisinde kesin hüküm etkisinin tanınması noktasında, açık tanıma-tenfiz hükümleri karşısında devletlerin mutlak yetkileri vardır. Örneğin *lex causae* 'ya göre tarafların salt sulh olarak mahkeme önüne gelmiş uyuşmazlığı sona erdirememeleri ve mahkemenin bir sulhe dayanarak hüküm kuramayacak olması, yine yabancı hukuka göre sulhün kesin hüküm etkisi taşıyıp taşımaması, Türk hâkimi açısından bir önem taşımaz. Hâkim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 313 ila 315'inci maddelerine göre sorunu giderir. Ancak, sulhün bir sözleşme olması karşısında, kurulması bağlamında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde *lex causae* 'ya tabi olması uygun olur. Keza, kısmi kabul niteliğinde olması sebebiyle de tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan olup olmadığı da, *lex causae* 'ya göre belirlenmelidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EXKURS: ZAMANAŞIMI¹¹³³ VE HAK DÜŞÜRÜCÜ SÜRE

A. Genel Olarak

Kıta-Avrupası hukukunda genel kabul, sürelerle ilişkin getirilmiş sınırların bir maddi hukuk meselesi olduğudur¹¹³⁴. Nitekim Roma-I Tüzüğü'nün 12'nci maddesinde zamanaşımının sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabi olduğu öngörülmüştür. Hukukumuz açısından da Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinde açıkça zamanaşımı konusunun hukukî işlem veya ilişkinin esasına uygulanacak hukuka tabi olduğu öngörülmüştür. Bu nedenle hukukumuzda, zamanaşımına uygulanacak hukuk meselesi ve vasıflandırma konusu tartışmalı değildir¹¹³⁵. Ancak Anglo-Sakson hukuk sistemleri açısından farklı uygulamalar sebebiyle sorunun ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

¹¹³³ Birer maddi hukuk meselesi olmaları ve fakat usûl hukuku açısından da incelemeye değer sonuçları olması sebebiyle ayrı bir paragraf içerisinde incelenmiştir.

¹¹³⁴ **Schack**, IZVR, s. 225; **Nagel/Gottwald**, s. 330; **Walter**, 2007, s. 315; **Kropholler**, IPR, s. 309.

¹¹³⁵ Örneğin yukarıda incelenen *Tennessee* olayındaki gibi bir kararın çıkması mümkün değildir, zira konuyu ilk olarak zamanaşımı şeklinde vasıflandıran Türk hâkimi artık sözleşmenin esasına uygulanacak hukukta zamanaşımının nasıl nitelendiğinden bağımsız olarak ilgili süreyi uygular.

B. Anglo-Sakson Hukukundaki Durum

İngiliz hukukunda 1980’li yılların ortalarına kadar sınırlamanın niteliğine göre bir ayırım yapılmış ve geçmesiyle birlikte hakkı sona erdiren sürelerin –hak düşürücü süreler– birer maddi hukuk kurumu, buna karşın hakkı sona erdirmemekle beraber hakkın yerine getirilmesine mani olan sürelerin –zamanaşımı süreleri– usûl hukuku kurumu olduğu kabul edilmiştir¹¹³⁶. Örneğin, “bütün davaların eylemin gerçekleşmesinden itibaren üç yıl içerisinde açılabilir”ni söyleyen kural bir usûl kuralı olarak nitelendirilirken “taşıyıcı bütün sorumluluklarından kurutulacaktır, meğer ki bir yıl içerisinde dava açılmış olsun” diyen kural bir maddi hukuk hükmü olarak ele alınmıştır¹¹³⁷.

Dava açılmasına ilişkin getirilen sürenin, bu süre içerisinde gerçekleşecek bir ödeme taahhüdüyle kesilebilmesi, davalının dava içerisinde sürenin geçtiğine dair iddiasını ileri sürme yükü altında olması, borcu teminen sağlanan bir taşınmaz rehninin sürenin geçmesine rağmen icra yoluyla paraya çevrilebilecek olması bu kabule gerekçe olarak ileri sürülmüştür¹¹³⁸. Ancak İngiliz hukukunda bir dönem yaygın olan bu yaklaşım; hak-hukukî çare ayırımının, hukuken çaresiz hakkın bir anlamı olmaması sebebiyle gerçekçi olmadığı¹¹³⁹; davanın nerede açılacağını öngörmesi beklenerek davalı konumunda olan kimseler için adaletsiz neticeler doğuracağı; davacıyı sürelerle ilişkin kendisi açısından en avantajlı ülkeye yönlendirerek *forum shopping*’e¹¹⁴⁰ yol açacağı gerekçeleri ile eleştirilmiştir¹¹⁴¹. İleri sürülen bu eleştiriler

¹¹³⁶ “Classification of Limitation in Private International Law”, Law Commission Report No. 114, 1982, para. 2.2; **Dicey/Morris/Collins**, s. 196; **Panagopoulos**, s. 75; **Muckleroy**, M. J., “Limitation of Actions-Conflict of Laws-Lex Fori or Lex Loci?”, Texas Law Review 1956-1957/35, s. 97.

¹¹³⁷ **Panagopoulos**, s. 75. Türk hukuku açısından konu artık tartışmalı değildir. Bkz. yuk. dn. 42.

¹¹³⁸ **Muckleroy**, s. 103.

¹¹³⁹ **Muckleroy**, s. 101.

¹¹⁴⁰ **Muckleroy**, s. 101.

¹¹⁴¹ “Classification of Limitation in Private International Law”, Law Commission Report No. 114, 1982, para. 3.2.

ve Sözleşmelere Uygulanacak Hukuku Düzenleyen Avrupa Sözleşmesi'nin¹¹⁴² de etkisiyle İngiltere'de 1984 yılında çıkarılan ve 1 Ekim 1985 tarihinden sonra açılan davalarda uygulanacak olan¹¹⁴³ *Foreign Limitation Periods Act* ile yabancı hukukun uygulanması gereken hallerde dava açılmasına ilişkin sürelerin usûle ilişkin değil, maddi hukuka ilişkin kabul edilmesi gerektiği düzenlenmiştir¹¹⁴⁴. Yapılan bu düzenleme ile birlikte esasında sürelere ilişkin mevzu –kanunun yorumuna ilişkin ortaya atılan sorunlar dışında– İngiliz hukukunda tartışmalı olmaktan çıkmıştır¹¹⁴⁵. Amerika Birleşik Devletleri'nde de hâkim düşünce zamanaşımının usûl hukukuna ait olduğu ve bu nedenle *lex fori* 'ye tabi olacağı yönündedir ve bu anlayış *Supreme Court* tarafından Anayasa'ya da uygun bulunmuştur¹¹⁴⁶. Ancak, mahkemelerce kimi hallerde, bilhassa *forum shopping* 'i engellemek amacıyla daha kısa olan ülkenin zamanaşımı süresinin dikkate alınması gibi bir yaklaşım sergilenmiştir¹¹⁴⁷. Ayrıca altı eyalette (Arkansas, Colorado, North Dakota, Oregon ve Washington) uygulamaya konulan *Uniform Conflict of Laws-Limitation Act* (1982) ile zamanaşımının *lex causae* 'ya tabi olacağı açıkça düzenlenmiştir¹¹⁴⁸. Esasen sürelere ilişkin bu yaklaşım yukarıda izah ettiğimiz¹¹⁴⁹ hak-hukukî çare ölçütüyle getirilen ayrıma dayanmaktadır¹¹⁵⁰. Zira, zamanaşımı süresinin

¹¹⁴² Söz konusu sözleşme 2008 yılından itibaren yerini Sözleşmesel Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin AB Tüzüğü'ne (Roma-I) bırakmıştır. http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0006_en.htm (son erişim tarihi: 17.12.2013).

¹¹⁴³ **Dicey/Morris/Collins**, s. 200.

¹¹⁴⁴ Kanunun tam metni için bkz. <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/16/introduction> (son erişim tarihi: 17.12.2013). Yukarıda zikredilen *John Pleiffer Pty Ltd v. Rogerson* kararında ve Kanada Yüksek Mahkemesi'nin *Tolofsen v. Jensen* kararı ile *Castillo v. Castillo* kararında Avusturalya ve Kanada'da da zamanaşımının usûl hukukuna değil, maddi hukuka ait olduğu kabul edilmiştir. Kararların tam metinleri için bkz. <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/1209/index.do>; (son erişim tarihi: 17.12.2013) <http://scc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/en/item/2266/index.do> (son erişim tarihi: 17.12.2013).

¹¹⁴⁵ **Nomer**, DHH, s. 212; **Panagopoulos**, s. 76.

¹¹⁴⁶ **Hay**, Peter, "Die Qualifikation der Verjaehrung im US-amerikanischen Kollisionsrecht", IPRax 1989, s. 197.

¹¹⁴⁷ **Schack**, IZVR, s. 225; **Hay**, IPRax 1989, s. 198.

¹¹⁴⁸ **Hay**, IPRax 1989, s. 199.

¹¹⁴⁹ Bkz. yuk. s. 54 vd.

belirlenmesi yolu ile hakkın kendisine dokunulmadığı, yalnızca o anki mahkeme önünde yerine getirilmesine izin verildiği yahut yerine getirilmekten kaçınıldığı ifade edilmiştir¹¹⁵¹. Zamanaşımının vasıflandırılmasının nasıl yapılacağına ilişkin farklılık ve Anglo-Sakson hukukundaki bu kabul, *Tennessee Wechsel* olayında Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin dava konusu edilen hakka ilişkin hiçbir zamanaşımı süresini uygulamamak gibi bir yorum yapması neticesini doğurmuştur¹¹⁵². Somut bir netice de şudur: Zamanaşımı usûl hukukuna ait olarak vasıflandırılırsa, davanın bu sebeple reddi halinde maddi anlamda kesin hüküm etkisi ortaya çıkmaz¹¹⁵³ ve tanıma gerçekleşse dahi, dava tekrar başka bir devlet mahkemesinde açılabilir¹¹⁵⁴.

C. Yurtdışında Açılan Davanın Zamanaşımını Kesmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesi uyarınca alacaklının dava veya def'i yoluyla mahkemeye yahut hakeme başvurması halinde zamanaşımı kesilir. Acaba aynı netice yabancı bir mahkeme önünde dava açılması halinde de geçerli olur mu meselesiyle karşılaşılır. Başka bir anlatımla, alacaklı ilk olarak yurt dışındaki bir mahkemede dava açacak olursa, olayın esasına ve dolayısıyla zamanaşımı konusuna Türk hukukunun uygulandığı bir durumda açılan bu dava Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesi anlamında zamanaşımını kesen bir sebep olacak değerlendirilebilecek midir sorunu ortaya çıkar.

¹¹⁵⁰ **Hay**, IPRax 1989, s. 197.

¹¹⁵¹ *'They go ad litis ordinationem, and not ad litis decisionem'*. **Story**, Joseph, Commentaries of the Conflict of Laws Foreign and Domestic in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, Boston 1834, s. 482.

¹¹⁵² **Schack**, IZVR, s. 225; **Rixen**, s. 11-12.

¹¹⁵³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 843.

¹¹⁵⁴ Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nde sorun eyaletler arasında ortaya çıkmış, *Keeton v. Hustler* olayında Ohio'da zamanaşımı nedeniyle davanın reddedilmiş olması, meselenin usûl hukukuna ait olarak vasıflandırılması nedeniyle New Hampshire'de yeni bir dava açılmasını engellemiştir. US Supreme Court, 20.3.1984, 82-485, *Keeton v. Hustler Magazine Inc.* <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/465/770/case.html> (son erişim tarihi: 5.9.2014).

Alman hukukunda hâkim görüş, tıpkı milletlerarası derdestlik halinde olduğu gibi, yabancı ülke mahkemesince verilecek kararın ülke içinde tanınması öngörülüyorsa, açılan davanın zamanaşımını keseceği yönündedir¹¹⁵⁵. Temel düşünce, şayet yabancı mahkemece hukukî ilişki hakkında verilecek karar, Almanya içerisinde maddi etkiye sahip olmayacaksa, -ki bu ancak tanıma ve tenfiz kararı ile mümkündür- yabancı mahkemede açılacak olan dava, ülke içerisinde tanınamayacaksa, maddi hukuka ait olan zamanaşımının kesilmesi sonucu da doğmamalıdır ve bu manada milletlerarası derdestlik için aranan ülke içerisinde tanınabilirlik şartları, zamanaşımının kesilmesi bakımından da incelenmelidir¹¹⁵⁶. Buna karşılık bir görüş, zamanaşımı ve kesilmesinin Alman hukukuna göre maddi hukuka ait olduğunu, bu nedenle tanıma-tenfize ilişkin Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 328'inci maddesinin uygulanmasının söz konusu olamayacağını, yabancı mahkemede dava açılması ile birlikte borçluya alacağın hatırlatılmış olacağını, bu nedenle tebligatın uygun şekilde yapılmış olması kaydıyla yabancı bir ülkede dava açılmasının zamanaşımını her durumda kesmesi gerektiğini yönündedir¹¹⁵⁷. Hâkim görüşü eleştiren yazarların bir kısmı milletlerarası

¹¹⁵⁵ Nagel/Gottwald, s. 330. Schütze, 2008, s. 204; Walter, 2007, s. 383; Geimer, Reinhold, "Nochmals: Zur Unterbrechung der Verjaehrung durch Klageerhebung im Ausland: Keine Gerichtspflicht des Schuldners all over the world", IPRax 1984, s. 83; Frank, Rainer, "Unterbrechung der Verjaehrung durch Auslandsklage", IPRax 1983, s. 109; Schütze, Rolf A., "Die Unterbrechung und Inlaufsetzung der Verjaehrung von Wechselansprüchen durch auslaendische Klageerhebung", WM 1967, s. 246; Kudlich, Christian, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen einer im Ausland erhobenen Klage, München 1962, s. 5; Riezler, s. 461; Nussbaum, DIPR, s. 429; Frankenstein, Ernst, Internationales Privatrecht, C. I, Berlin 1926, s. 372. Alman mahkeme kararları da bu yöndedir. LG Deggendorf, 24.11.1981, 1. ZK – 0 411/81, IPRax 1983, s. 125; DRG, 8.7.1930, - II 542/29, RGZ 129, s. 385-390.

¹¹⁵⁶ Frank, s. 109.

¹¹⁵⁷ Frank, s. 109; Schack, Haimo, "Wirkungsstatut und Unterbrechung der Verjaehrung im internationalen Privatrecht durch Klageerhebung", RiW 1981, s. 302; Schlosser, Peter, "Ausschlussfristen, Verjaehrungsunterbrechung und Auslandsklage", Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag, Bielefeld 1976, s. 866; Kallmann, Franz, "Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung und Urteilsverjaehrung bei auslaendischen Entscheiden", SJZ 1945, s. 193; Katinszky ise ayrıca şikle ilişkin *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche 'nin* 11'inci maddesine uyulması halinde yabancı yargılama ve ona ilişkin hükümlerin dikkate alınması için yeterli olacağını, zira Alman Medenî Kanunu'nun 209'uncu maddesinde mahkemeye başvurunun aranmasının, alacaklının yeterli yoğunlukta iradesini ortaya koyması gerektiğini ifade ettiğini belirterek davanın açılması ve yürütülmesi değil aksine yasalar ile belirlenmiş devlet mahkemelerinde belirli bir şikle uygun açıklama ile zamanaşımının kesildiğinin kabul edilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Katinszky, Ernst, "Unterbrechung der Verjaehrung

derdestlikte söz konusu olduğu gibi burada da kararın ülke içinde daha sonra tanınabileceğine ilişkin hâkimin bir öngöründe bulunmasının mümkün olmadığını, örneğin bir kamu düzenine aykırılık olup olmayacağıın bilinmesinin mümkün bulunmadığını, henüz yabancı hâkimin dahi nasıl karar vereceğini bilmediğini belirtmişlerdir¹¹⁵⁸. Ayrıca, yabancı mahkeme kararının tanınabilirliği koşuluna bağlanması halinde, daha sonra hüküm herhangi bir sebeple tanınmazsa, bu durumda ülke içinde tekrar dava açmak isteyen davacının zamanaşımı defi ile karşılaşması gibi istenmeyecek bir durumun ortaya çıkabileceği ifade edilmiştir¹¹⁵⁹. Üçüncüsü, tanıma-tenfiz için aranan yetkili mahkeme şartının zamanaşımının kesilmesi durumu için aranmayacağı, zira, ülke içinde dahi yetkisiz mahkemede dava açılmasının, belli bir süre içerisinde yetkili mahkemede tekrar dava açılması halinde zamanaşımının keseceğinin kabul edilmesi karşısında yetki meselesinin zamanaşımının kesilmesi bakımından esaslı olmadığı, yalnızca tebligatın başarılı şekilde yapılmasının aranmasının yeterliliği neticesine varılması gerektiği öne sürülmüştür¹¹⁶⁰. Son argümana karşılık olarak zamanaşımının kesilmesi meselesinde alacaklı kadar borçlunun da menfaatlerinin dikkate alınması gerektiği, yeryüzünün herhangi bir yerinde açılmış davanın, özellikle uyuşmazlık konusu ve taraflarla ilgisiz bir ülkede mahkemeye başvurulmasının, zamanaşımı süresini kesmesini kabul etmenin doğru olmadığı iddia edilmiştir¹¹⁶¹. Bu çerçevede ortaya atılan başka bir görüş, dava açılan mahkemenin milletlerarası yetkisi olması ve borçluya tebligatın usûlüne uygun olarak yapılmış olması dışında bir şart aramaksızın, yabancı ülke

durch Klageerhebung vor auslaendischen Gerichten”, *RabelsZ* 1935, s. 863. Millî mahkemelerde açılmış davalardan farklı hiçbir şart aranmaması gerektiği hakkında bkz. **Linke**, Harmut, “Die Bedeutung auslaendischer Verfahrenakte im deutschen Verjaehrungsrecht”, *Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag*, Münster 1987, s. 226; **Siehr**, Kurt, “Rechtshaengigkeit im Ausland und das Verhaeltnis zwischen staatsvertraglichen sowie autonomen Anerkennungsverschriften”, *IPRax* 1989, s. 95.

¹¹⁵⁸ **Geimer**, *IPRax* 1984, s. 83; **Frank**, s. 110; **Schütze**, *WM* 1967, s. 248-249.

¹¹⁵⁹ **Schütze**, *WM* 1967, s. 249.

¹¹⁶⁰ **Frank**, s. 110.

¹¹⁶¹ **Geimer**, *IPRax* 1984, s. 83; **Kudlich**, s. 22.

mahkemesinde açılacak davanın zamanaşımını keseceğinin kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹¹⁶². Bir başka paralel görüş de, yabancı ülkede açılan davanın, tanınabilirlik koşulları aranmaksızın Alman Medenî Kanunu'nun 209'uncu maddesi çerçevesinde ülke içerisinde açılan davalar ile denk kabul edilmesi gerektiğini, bu manada 209'uncu maddenin amacının nitelikli bir ihtar veya kamu idarelerince destekli bir alacak takibi olduğu ve yabancı mahkemelerin de bunu karşılayacağı; yabancı mahkemenin yetkisizliği halinde ise, 212'nci maddede yer alan ve millî mahkemelerdeki yetkisizlik halinde zamanaşımının kesilmesi sonucunun bir süre daha devam etmesini öngören hükmün kıyasen uygulanacağını, yalnızca tebligat bağlamında hukukî dinlenilme hakkının tanınmış olup olmadığının araştırılması ile yetinileceğini öne sürmüştür¹¹⁶³. Hülâsa, Alman hukukunda ileri sürülen görüşler üçe ayrılabilir: Zamanaşımının kesilmesinin hakla sıkı bağlantısı ve dava açılması işleminin maddi hukuka ilişkin bir etkisi olması sebebiyle yabancı mahkemece verilecek kararın tanınabilirliğini koşuluna bağlayan görüş, bunun tam karşısında zamanaşımının kesilmesi bağlamında yabancı mahkemede açılan dava ile millî mahkemelerde açılan davaları denk tutan görüş ve sonuncusu tanınabilirliği aramayan ancak borçlunun da korunabilmesi açısından tanınabilirlik koşullarından bazılarının uygulanmasını öne süren ara görüşler.

Hukukumuzda ise **Nomer**, ancak Türk mahkemelerinin yetkisini kaldıran bir yetki sözleşmesinin varlığı halinde yabancı mahkemede açılmış davanın zamanaşımını keseceğini, diğer durumlarda zamanaşımını kesilmesinin, tıpkı milletlerarası derdestliğin dikkate alınamamasında olduğu gibi söz konusu olamayacağını

¹¹⁶² Tebligatın nitelikli olmasını, Alman hukukuna göre de geçerli şekilde yapılması gereğine bağlayan görüş için bkz. **Schack**, RiW 1981, s. 302. **Geimer** ise bunun her zaman alacaklının elinde olmayacağını belirterek salt tebligat yapılmasını yeterli bulmaktadır. **Geimer**, s. 986.

Ayrıca bkz. **Geimer**, IPRax 1984, s. 84.

¹¹⁶³ **Schack**, RiW 1981, s. 302-303.

savunmaktadır¹¹⁶⁴. Hâkim anlayış ise davanın yabancı mahkemede açılması ile Türk mahkemesi önünde açılması arasında, zamanaşımının kesilmesi noktasında fark olmadığı yönündedir¹¹⁶⁵.

Hukukumuz açısından mesele ele alındığında yapmamız gereken ilk tespit, zamanaşımının kesilmesinin tıpkı zamanaşımının kendisinde olduğu gibi *lex causae* 'ya tabi olduğudur. İkincisi, inceleme konumuz açısından zamanaşımının kesilme sebebi, kesin hüküm verilmesi değil, usûli bir işlem olan davanın açılmasıdır. Yani mesele usûli bir işlemin maddi hukuka ait etkisine dairdir.

Üçüncüsü, Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesi yalnızca alacaklının dava yolu ile mahkemeye başvurmasından söz etmekte, mahkemenin millî veya yabancı bir mahkeme olmasına dair açıklık bulunmamaktadır. Sorun, Türk kanunlarında yer alan zamanaşımına ilişkin hükmün usûli unsurunun yurt dışında gerçekleşip gerçekleşemeyeceğidir.

İlk olarak, yabancı mahkemede dava açılmasının zamanaşımını kesmesini, hükmün tanınabilirliğine bağlayan görüşe katılma imkanı bulamıyor ve meselenin derdestlikten farklı olduğunu düşünüyoruz. Olası neticeleri üzerinden bunu inceleyeceğiz. Şayet yabancı mahkemece verilen karar tanınabilecek türden ise zamanaşımının kesip kesmediği tartışması gereksiz olur. Zira, dava yabancı mahkemece esastan reddedilecek olursa, zamanaşımı bakımından sıkıntı çıkmaz, hüküm ülke içerisinde de tanınırsa, hakkın mevcut olmadığı kesin hükümle tespit edilmiş olur. Şayet dava esastan kabul edilirse, tenfiz kararıyla birlikte ülke içerisinde de icra edilebilir ve yine bu manada sorun çıkmaz. Ancak yabancı mahkemede dava herhangi bir sebeple devam etmemiş veya haktan vazgeçmeksizin geri alınmış veyahut da usûli bir hükümle reddedilmişse, Türkiye'de tanınabilir bir

¹¹⁶⁴ Nomer, DHH, s. 218.

¹¹⁶⁵ Doğan, MÖH, s. 265; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 96, dn. 8; Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 145.

hüküm söz konusu olmadığına göre zamanaşımını kesip kesmediği noktasında tanıma-tenfiz hükümleri esas alınır, tanımaya elverişli bir karar olmadığından, zamanaşımının kesilmediği gibi bir sonuç çıkar. Bu ise alacaklı karşısında borçlunun aşırı korunması ve alacaklının hakkını elde edememesi anlamına gelir. Şayet yabancı mahkemece verilecek hüküm, Türkiye’de tanınamayacak türden ve bu nedenle açılan dava zamanaşımını kesmez denilirse, bu defa yine alacaklı alacağını elde etmek amacıyla ciddi bir çaba göstermesine rağmen, ilk davayı Türkiye’de açmadığı ve elde ettiği hüküm Türkiye’de tanınmadığı için hak kaybına uğrar. Oysa bu tür bir neticenin ortaya çıkmasını gerektirecek bir sebep yoktur. Zira, burada kesin hükümde olduğu gibi yabancı mahkemece yapılan bir egemenlik işleminin etkilerinin ülke içerisine çekilmesi değil, derdestlikte olduğu gibi salt usûli bir işlem olan dava açılmasının dikkate alınması söz konusudur. Zamanaşımını kesme neticesi ise zaten *lex causae*’ya göre belirlenmektedir. Başka bir anlatımla, yabancı mahkemece verilen hükmün Türkiye içerisine de etkilerini taşımak söz konusu değildir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu’nun 154’üncü maddesinde zamanaşımını kesen husus hüküm verilmesi değil, dava açılması olarak öngörülmüştür.

Ayrıca Türk Borçlar Kanunu’nun zamanaşımına ilişkin hükümleri bütün olarak ve amaçlarına göre değerlendirilmelidir. Yukarıda belirtildiği gibi Türk Borçlar Kanunu’nun 154’üncü maddesi yalnızca mahkemeye başvurmadan söz etmekte, bunun millî veya yabancı olmasını dikkate almamaktadır. Şu halde yabancı ülke mahkemesinde açılmış davanın da zamanaşımını kesme etkisi doğurduğunu kabul etmeye engel var mıdır sorusu yanıtlanmalıdır. Hakkın elde edilememesine neden olan zamanaşımı kurumu, uzun süre talep edilmemiş olan alacak hakkının ya ifa edilmiş yahut bir şekilde sona ermiş olacağı; borçludan yıllarca ödemesinin yahut borcu sona erdiren sebebin kanıtlarını saklamasının beklenemeyeceği, bu nedenle ifa

talebi söz konusu olduğunda daha önceki ifayı ispatlamanın neredeyse imkansızlığı; hukuk düzeninin istikrar kazanmış ilişkilere hukukî güvenlik ilkesi gereği dokunmak istemeyeceği; uzak geçmişte kalan olaylardan dolayı bir uyuşmazlığın sürdürülmesinde kamu yararı olmayacağı düşüncelerine dayanmaktadır¹¹⁶⁶.

Alacaklının alacağını dava etmesi halinin, söz konusu süreyi kesme sebebi olarak öngörülmesi, artık zamanaşımı kurumunun amaçları noktasında yeniden değerlendirme yapılmasının zorunlu olması sebebiyledir. Zira, alacak talep edilmek suretiyle borçluya alacak hatırlatılmış olur ve artık borçlu buna ilişkin belgelerini hazır tutar. Dolayısıyla, hukukî kesinlik de, alacak hakkının elde edilememesi için bir gerekçe olmaktan çıkar. Yabancı bir mahkemede dava açılması halinde de aynı netice söz konusu olur. Alacaklı yine neticesi kesin hüküm almak olan bir yöntem ile alacağını talep etmiştir. Bu bağlamda alacak, kanunun aradığı nitelikli şekilde borçluya hatırlatılmıştır. Bu durumda, Türk Borçlar Kanunu'nun 154'üncü maddesinin aradığı nitelikli alacak talebi şartının gerçekleştiği gerekçesiyle, esasen ilgili maddenin yabancı mahkemede açılan davaları da kapsadığı söylenebilir mi sorusu akla gelir. Örneğin, alacaklı somut uyuşmazlıkla hiçbir ilgisi olmayan yerde dava açmış ise yukarıda zikredilen görüş çerçevesinde¹¹⁶⁷ zamanaşımını kesmemiş mi kabul edilmeli midir sorunu çıkar. Kanaatimizce mahkemenin yetkisizliğinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Nitekim, ülke içerisinde yetkisiz mahkemede açılan dava zamanaşımını kesmemektedir. Dolayısıyla, yabancı ülkenin kendi hukukuna göre yetkisiz bir mahkemede açılan ve bu nedenle reddedilmiş bir davanın da zamanaşımını kestiği kabul edilmemelidir. Bu noktada Türk Borçlar Kanunu'nun 158'inci maddesinin kıyasen uygulanması ve yurt dışında davanın reddedilmesinden

¹¹⁶⁶ **Staudinger-BGB/Peters/Jacoby**, Vor Art. 194-225, para. 5 vd.; **BeckOK-BGB/Henrich**, Art. 194, para. 1-2; **Jauernig-BGB/Mansel**, Art. 194, para. 6; **MüKo-BGB/Grothe**, Vorbemerkung-Verjaehrung, para. 6 vd.; **Erdem**, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s. 9; **Tutumlu**, Mehmet A., Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Ankara 2001, s. 26.

¹¹⁶⁷ Bkz. yuk. dn. 1162.

itibaren alacaklıya altmış günlük bir ek süre verilmesi yerinde olur. Keza, Türk Borçlar Kanunu'nun 158'inci maddesinde belirtilen diğer gerekçelerle yabancı mahkemece verilecek kararlarda da aynı uygulama yoluna gidilmelidir. Ancak bunun dışında tanıma şartları arasında düzenlenen yetki koşulunun zamanaşımının kesilmesi bağlamında aranması gerekmez¹¹⁶⁸.

Gene, yukarıda zikredilen görüşler çerçevesinde borçluya uygun bir tebligatın yapılmasının da ilave bir şart olarak aranması gerekir mi sorusu da cevaplanmalıdır. Örneğin, davanın açıldığı ülke, davanın yalnızca ülke dilinde ve mahkeme panosuna asılarak duyurulacağını öngörmekteyse, kendisi aleyhine açılan davadan haberdar olamayan borçlu, belki 15 sene sonra bir dava ile karşılaşır zamanaşımını itirazını ileri sürdüğünde, davacı 8 sene önce tatil yaptığı sırada X adalarında açtığı davayla zamanaşımının kesildiğini ileri sürebilmeli mi sorunu ortaya çıkar. Kanaatimizce zikredilen örnekte amaç hasıl olmaz. Zira, zamanaşımının amacı yukarıda belirtildiği üzere borçluyu uzun yıllar sonra yapılacak taleplere karşı korumak, borca ilişkin belgeleri ilelebet saklama yükümlülüğü getirmemektir. İsmi bile duymadığı ve diplomatik kanallar dahil hiçbir tebligatın kendisine yapılmadığı durumda, borçlunun artık alacağın dava edilmeyeceğini düşünmek noktasında meşru bir menfaati vardır. Bu tür bir kötüye kullanma halinin ise ayrıca koşul olarak belirtilmesi gerekmez, somut olayın koşullarına göre tarafların dürüstlük kuralına uyma yükümlülükleri çerçevesinde ele alınacak olması yeterlidir.

Netice olarak, esasına Türk hukukunun uygulandığı bir uyuşmazlık açısından, daha önce yabancı bir mahkemede açılan davanın zamanaşımını kesmesi noktasında,

1. Şayet yabancı mahkemede açılan dava, ilgili yabancı mahkemece, kendi hukukuna göre Türk Borçlar Kanunu'nun 158'inci maddesinde belirtilen

¹¹⁶⁸ Doğan, MÖH, s. 265; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 96, dn. 8; Tekinalp/Uyanık-Çavuşoğlu, s. 145.

sebeplerle reddedilmişse, Türkiye’de açılan davalara nazaran daha avantajlı bir durumun sağlanmaması için zamanaşımı kesilmemiş sayılmalı, ancak 158’inci madde kıyasen uygulanmalı ve alacaklı ilave bir altmış günlük süreden yararlanabilmelidir.

2. Yabancı ülke mahkemesinde açılan dava Türk Borçlar Kanunu’nun 158’inci maddesinde belirtilen usûli sebeplerle reddedilmemişse, 154’üncü maddede aranan alacaklının nitelikli olarak alacağını elde etme çabası gerçekleşmiş olacağından, ayrıca tanıma koşulları veya tebligata ilişkin bir şart aranmaksızın zamanaşımının kesildiği kabul edilmelidir.

3. Kötüye kullanma hallerinden kaçınılması adına gerekirse dürüstlük kuralı açısından da zamanaşımının kesildiği iddiası incelenmelidir.

SONUÇ

Bu çalışmada, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından usûl hukuku meselelerine hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiği incelenmiş ve şu sonuçlara varılmıştır:

1. Uygulanacak hukuk tartışmasının yapılabilmesi için yabancılık unsurunun mevcudiyeti ön koşuldur.
2. Yabancılık unsuru, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak yapılacak inceleme sonucunda, yer veya kişi gereğince yahut ilişkinin ekonomik niteliği bakımından birden fazla hukuk sistemi ile ilgi tespit edilirse, bu tespiti yapmamıza yarayan şey olarak değerlendirilmelidir.
3. Usûli meselelere uygulanacak hukukun belirlenebilmesi için maddi hukuk kuralları ile usûl hukuku kurallarının ayrımının yapılması, diğer bir ifadeyle vasıflandırma probleminin halledilmesi gerekir.
4. Vasıflandırma iki aşamada gerçekleştirilmelidir. Birinci aşamada, hâkim, kendi hukukuna –*lex fori*– göre meselenin usûl hukukuna ait olup olmadığına karar verir. Bu aşamada uygulanacak hukuk belirlendikten sonra, ikinci aşamada, söz konusu hukuk düzeni içerisinde tıpkı bir iç uyuşmazlıkmiş gibi somut olayın soyut hukuk kuralları karşısında nitelendirmesi yapılmalı, onun öngördüğü koşul vakıaların somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği ele alınmalıdır. Bu aşamada

değerlendirme tamamen esasa uygulanan hukuka –*lex causae*– göre yapılır. Ancak, meseleye uygulanacak yabancı hukuk ile hâkimin hukuku arasında bir çelişki varsa yahut somut mesele hâkimin hukukunda hiç düzenlenmemiş ve bu manada bir çelişki değil eksiklik söz konusuysa, ortaya çıkan sorunu gidermek açısından, işlevsel bir vasıflandırma yapılmalıdır.

5. Usûl hukuku kuralı-maddi hukuk kuralı ayrımının Türk hukukuna göre yapılması durumunda, usûl hukuku kuralları, bir hakka ilişkin uyumsuzluğun giderilmesi sürecinde, tarafların bu sürece ilişkin hak ve yükümlülüklerini ve sürecin işleyişini düzenleyen kurallar şeklinde tanımlanmalıdır. Bu çerçevede ayırım tartışma konusu kuralın *düzenlemeyi hedeflediği alana ve aşamaya* bakılarak gerçekleştirilmelidir. Şayet kural bir çekişmenin giderilmesine ilişkin olarak taraflara veya mahkemeye yönelikse, usûl hukuku kuralı olarak kabul edilmeli, aksine, herhangi bir çekişme durumunu öngörmeksizin, yaşam ilişkilerini düzenliyorsa maddi hukuk kuralı olarak nitelendirilmelidir.

6. *Lex fori* prensibinin dogmatik temeli incelememiz göstermektedir ki, herhangi bir normatif dayanağı olmayan *lex fori* prensibi, dogmatik bir temele de sahip değildir. Ne devletin egemenlik yetkisi ne usûl hukukunun kamusal karakteri ve kamu düzeni neden usûl hukuku meselelerine mahkemenin hukukunun uygulanması gerektiğini izah eder. En sıkı ilişkili hukuk yaklaşımı da aynı şekilde prensibe dogmatik bir temel olamaz. Zira, en sıkı ilişkili hukuk mahkemenin hukuku olabileceği gibi *lex causae* veya *locus regit actum* da olabilir. Hukukun iktisadi analizi ise niteliği gereği bütün durumları kapsar bir genelleme yapmaya imkan tanımaz. Her bir kurumun, iktisadi teoriler açısından ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Pratik kaygılar ve usûl ekonomisi kimi meseleler açısından mahkemenin hukukunun uygulanması için meşru bir gerekçe teşkil eder. Ancak bunun, bütün usûlî kavram ve

kurumlar açısından, özellikle tarafların meşru menfaatleri ve milletlerarası karar ahenginin sağlanması dikkate alındığında geçerli olduğunu söylemek mümkün değildir.

7. Şu halde, yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda usûl hukuku meselelerine mahkemenin hukukunun uygulanmasını öngören *lex fori* prensibinin mutlak olarak kabulü olanaksızdır. Olması gereken, kanun koyucunun, tıpkı maddi hukuk normlarında olduğu gibi usûlî kanunlar ihtilafı kurallarını açıkça düzenlemesidir. Ancak, mevcut eksiklik durumunda da, mahkemeler, 1982 yılına kadar maddi hukuk meselelerinde olduğu gibi, usûl hukuku açısından da yabancı hukukun uygulanmasını her bir somut mesele açısından incelemelidir. Bu inceleme gerçekleştirilirken de yabancı hukukun uygulanmasının yaratacağı pratik zorluk ile tarafların meşru beklentilerinin ve milletlerarası karar ahenginin sağlanmasının ortaya çıkaracağı fayda karşılaştırılmalıdır. Eğer pratik zorluk ağır basmaktaysa, *lex fori* prensibi geçerli olmaya devam etmelidir. Ancak tarafların meşru beklentileri ve milletlerarası karar ahengi farklı/yabancı bir hukuku göstermekte ve pratik zorluk ihmal edilebilir noktada ise, söz konusu yabancı hukuk, usûl hukuku meselelerine de uygulanmalıdır.

Uygulanacak hukukun tespitine ilişkin getirdiğimiz ölçüt çerçevesinde usûl hukukuna ilişkin kavram ve kurumlar değerlendirildiğinde şu sonuçlara varılmıştır:

1. Mahkemenin kuruluşu ve yapısı ile hâkimlerin tayini konusunda hâkimin kendi hukukunu uygulaması gerektiği şüpheden uzaktır.
2. Yargı hakkının mevcudiyeti noktasında uygulanacak hukuka dair bir tartışma söz konusu olamaz. Zira, yargı hakkının hangi hallerde mevcut olduğu ve sınırları Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'nün 38'inci maddesi gereğince, milletlerarası

hukukun bağlayıcı düzenlemeleri olan, iki veya çok taraflı sözleşmeler ve milletlerarası örf ve adet hukuku kurallarıyla belirlenmiştir.

3. Türk devletinin yargı hakkı, yabancı devletlerin veya devlete ait kurumların egemenlik işlemleri, yabancı devlet başkan ve temsilcileri, NATO personeli ve milletlerarası kurumlar açısından sınırlanmıştır. Devletlerin, devlet başkan ve temsilcilerinin, ağır insan hakkı ihlalleri durumunda egemenlik işlemleri açısından dahi yargı hakkının mevcut olması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmışsa da, bunun henüz bağlayıcı bir milletlerarası örf ve adet hukuku kuralı haline geldiği söylenemez.

4. Devletlerin yargı bağışıklığından açıkça veya zımnen vazgeçmesi mümkündür. Ancak, Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 32'nci maddesinin ikinci fıkrası ve Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 45'inci maddesinin ikinci fıkrasında bağışıklıktan vazgeçmenin açıkça yapılması gerektiği düzenlendiğinden, söz konusu sözleşmeler kapsamındaki temsilciler açısından örtülü bir vazgeçme mümkün olmaz.

5. Mahkemelerin görevi vasıflandırmanın birinci aşamasında mahkemenin hukukuna göre tayin edilir.

6. Mahkemelerin milletlerarası yetkisi münhasıran ilgili ülke hukukuna göre belirlenir.

7. Milletlerarası yetkinin tayininde kullanılan “yerleşim yeri”, “ifa yeri” gibi maddi hukuka ait kavramların belirlenmesi *lex fori* 'ye tabidir.

8. Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmadığı itirazı, iç yetki hallerinde olduğu gibi kural olarak “ilk itiraz” şeklinde, esasa cevap süresi içerisinde ve en geç esasa cevaplarla birlikte ileri sürülür. Keza, kesin yetki hallerinde de, “dava şartı”

olarak taraflarca her zaman ileri sürülebilir, mahkemece de yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir.

9. Milletlerarası yetki sözleşmesi bir usûl hukuku kurumudur. Diğer bir ifadeyle usûl hukukuna ait olarak vasıflandırılır. Nihai tahlilde bir sözleşme olması sebebiyle, usûl hukukunda hakkında hüküm bulunmayan hallerde ortaya çıkan boşluklar, maddi hukuk hükümleriyle doldurulur.

10. Mahkemelerin milletlerarası yetkisi belirlemek noktasında devletlerin yetkileri mutlakdır. Bu çerçevede, hangi uyuşmazlıklar açısından hizmet verecekleri ve hangileri açısından kapalı olacaklarını serbestçe belirlerler. Bu bağlamda yetki sözleşmelerine ilişkin hem yetkilendirme –*prorogation*– hem de yetkinin kaldırılması –*derogation*– noktasında caiz olma şartları ve etkileri için, *lex fori* dikkate alınmalıdır. Yetki sözleşmesinin kurulması açısından ise temel ilişkiye göre bir ayırım yapılmalıdır. Temelde bir sözleşme söz konusu ise, kurulma koşulları açısından sözleşme statüsü dikkate alınmalıdır. Şayet temeldeki ilişki sözleşme dışı bir borç ilişkisi ise, tarafların iradesinden aksi anlaşılmadıkça yetkili mahkemeye ilişkin belirlemenin, salt o belirleme açısından hukuk seçimi manasına da geldiği kabul edilmeli ve ilgili ülke hukuku uygulanmalıdır.

11. Milletlerarası yetki sözleşmelerinin şekli konusunda Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 47'inci maddesinde yer alan düzenleme ile esas itibariyle yetki sözleşmesinin caiz olma şartlarının düzenlenmek istenmesi sebebiyle Türk hukuku uygulanmalıdır.

12. Taraf kavramı ve kimin taraf olduğu *lex fori*'ye göre belirlenir.

13. Hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiliği olmayan topluluklar açısından, taraf ehliyetinin ve dava ehliyetinin mevcudiyeti “ya-ya da” şeklinde değil “hem- hem de” üzerine kurulmalıdır. Kişi kendi millî hukukuna göre hak ehliyetine veya taraf

ehliyetine sahipse, Türk hukuku açısından da taraf ehliyetine sahip olarak kabul edilmelidir. Ülke içinde hukukî güvenliği sağlamak adına kişinin her iki ihtimale göre de taraf ehliyeti olmamasına rağmen Türk hukukuna göre taraf ehliyeti veya hak ehliyeti mevcutsa davada taraf olarak yer alabilmesi kabul edilmelidir. Vatansız kimseler ise, Vatansız Kişilerin Hukukî Statüsüne İlişkin Sözleşme'nin 16'ncı maddesi gereğince mutad meskenleri ülke içinde bulunuyorsa vatandaş gibi değerlendirilir. Şayet mutad meskeni başka bir ülkede bulunuyorsa, o ülke vatandaşları gibi muamele göreceğinden yukarıda belirtilen sonuç onlar açısından da geçerlidir.

14. Tüzel kişilerin taraf ehliyeti ve dava ehliyeti bakımından da tıpkı gerçek kişiler ve kişiliği olmayan topluluklar açısından olduğu gibi alternatifli bir kabul yerinde olur. Bu çerçevede, ilgili tüzel kişiye, statüsünde öngörülen merkez yeri hukukuna göre hak ehliyeti veya hak ehliyeti olmamasına rağmen taraf ehliyeti tanınmışsa yahut Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 9'uncu maddesinin ikinci fıkrası gereğince yetkili hukuka göre hak ehliyeti veya taraf ehliyeti mevcut ise, ilgili tüzel kişinin taraf ehliyeti olduğu kabul edilmelidir.

15. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar açısından kendisine ait olmayan menfaat için dava açan kimsenin söz konusu yetkiye sahip olup olmadığı, yetkinin dayanağının usûl hukuku hükümleri mi maddi hukuk hükümleri mi olduğu ayrımı yapılmaksızın *lex fori*'ye göre belirlenmelidir.

16. Avukatlık sözleşmesi kural olarak sözleşme statüsüne *-lex causae-* tabidir. Davada iradi temsil açısından ise mahkemenin hukuku uygulanır. Türk mahkemeleri önünde birini temsil edecek kimsenin yargılama içerisinde gerçekleştirdiği işlemlerin geçerliliği, davayı nasıl yürüteceği ve sona erdirebileceği gibi hususların Türk hukukuna *-lex fori-* tabi olması gerekir.

17. Hem kanuni hem de iradi taraf değişikliği hallerine, kural olarak *lex fori* uygulanır.
18. Teminat yatırılmasının koşulları ile hüküm ve sonuçlarının açıkça Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun ve ülkemiz için bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile düzenlenmiş olması karşısında, buna uygulanacak hukukun *lex fori*, yani Türk hukuku olması gerekir.
19. Adli yardımın koşulları ile hüküm ve sonuçlarının açıkça ülkemiz için bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile düzenlenmiş olması karşısında, buna uygulanacak hukukun söz konusu içtihatlar ile kapsam ve sınırı belirlenen *lex fori*, yani Türk hukuku olması gerekir.
20. Hâkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 114'üncü maddesinde derdestlik için aranan koşulları da dikkate alarak, yabancı mahkeme kararının tanınıp tenfiz edilebilir olacağı öngörüsünde bulunuyorsa, milletlerarası derdestliği de re'sen veya tarafların itirazı üzerine dikkate almalıdır. Ancak hâkim, davacının hak arama hürriyetini de dikkate alınarak hak kayıplarına neden olmamak adına, söz konusu tanınabilirlik sadece bir tahmine dayandığı için davayı hemen reddetmemeli, yabancı mahkeme kesin bir karar verinceye kadar bekletmelidir. Yabancı mahkeme kesin kararını verdikten sonra, söz konusu karar tanınıp tenfiz edilebilir ise –henüz tanınmadığı aşamada hukukî yarar, tanımadan sonra kesin hüküm sebebiyle– davayı reddetmelidir. Aksi takdirde davayı görmeye devam etmelidir.
21. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından, ilgililerin mahkemeden isteyebilecekleri hukukî korumalar ve dava türleri *lex fori*'ye tabidir.

22. Yargılamanın dili Türkçe'dir. Mahkemenin yargılamayı başka bir dilde yürütmesi noktasında tarafların istekleri göz ardı edilebilir. Ancak adil yargılanma hakkı ve onun unsuru olan hukukî dinlenilme hakkının her durumda etkin olarak sağlanması bağlamında tercüme ve tercüman masraflarının karşılanması, ceza yargılaması için öngörülene benzer şekilde devlet kasasından gerçekleştirilebilir. Adalet teşkilatı bünyesinde, masrafları taraflarca karşılanacak olsa bile yetkin tercümanlar bulundurulması yahut hizmet alımına imkan veren anlaşmaların yapılması ve mümkün mertebe tercüme hatalarının azaltılmaya çalışılması da bu çerçevede düşünülebilir. Dili bilmeyen bir kimsenin yargılamaya katıldığı hallerde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31'inci maddesinde yer alan hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin hükümden daha fazla yararlanılabilir, hâkim dil bilmeyen kimseyi örneğin isticvap edecekse müteaddit defalar gelmemesinin neticesini söyleyebilir, kesin bir süre vermişse bunu ayrıca ve açıkça vurgulayabilir. Ayrıca, hâkim ilgili dili biliyorsa, tercümanın çevirisini, örneğin yabancı tanığın anlattıklarını, serbestçe de takdir edebilmesi, kararını buna dayandırabilmesi gerekir. Bunun ötesinde devletin birliği açısından gerekli olduğunu düşündüğümüz millî dil birliğinin egemenlik yetkisini kullanan mahkemelerden kaldırılmasının, toplumun birlikte yaşama motivasyonunu ve dolayısıyla devletin geleceğini de tehdit edebilecek olması karşısında hukuk politikası açısından da yerinde olmaz.

23. Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yabancı para birimi üzerinden dava açılabilir ve hüküm kurulabilir.

24. İspatın konusu, kural olarak taraflarca ileri sürülen, davanın esası hakkında önemli ve çekişmeli vakıalardır. Hangi vakıaların uyuşmazlık içerisine dahil edileceğini, talep olunan hukukî sonucu ihtiva eden yabancı maddi hukuk kuralı,

yani *lex causae* gösterir. Ancak, vakıaların nasıl ileri sürüleceği ve onlara nasıl karşı koyulacağı, diğer bir ifadeyle, ispatı ise kural olarak *lex fori*'ye tabi olur.

25. Herkesçe bilinen vakıaların maddi hukuk ve onun amaçları ile bir ilgisi yoktur. Bunların ayrıca ispatlanmasının aranması maddi hukuk ilişkisinin daha iyi ortaya konması anlamına gelmeyeceğinden pratiklik ve usûl ekonomisi de dikkate alındığında, bu noktada *lex fori*'nin uygulanması yerinde olur.

26. Tarafların meşru beklentileri ve milletlerarası karar ahengi dikkate alındığında, mahkemenin yabancı bir ülke hukukunu uygulamasına karşı ileri sürülen pratiklik, hakların temelinde kayma gibi hususların yerinde olmadığı tespit edilmesi karşısında, ispat ölçüsü bağlamında, ilgili vakıalar bakımından *lex causae* uygulanmalıdır.

27. İspat yükü kurumunun hem maddi hukuk kuralları hem de usûl hukuku ile olan sıkı ilişkisi nedeniyle teorik olarak bu kurum, iki alandan birine ait olarak nitelendirilemez. Ancak, pratiklik ve usûl ekonomisi yönünden ortaya çıkacak yükün ihmal edilebilirliği, milletlerarası karar ahengi ve tarafların meşru menfaatleri dikkate alındığında, yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından ispat yükü meselelerine *lex causae*'nin uygulanması yerinde olur.

28. Soyut delil ikame yükünün, objektif ispat yükünden farklı olarak salt yargılama sürecini düzenlemek amacıyla var olması nedeniyle usûl hukukuna ait olarak vasıflandırılması gerekir. Ancak bu yükün, kanunda öngörülen ayrık durumlarda dışında, tamamen objektif ispat yükü kuralına göre belirlenmesi karşısında, uygulanacak hukuk bağlamında da aynı değerlendirmelerin –*lex causae*– geçerli olması gerekir.

29. Somut delil ikame yükünün hâkimin hukukuna göre belirlenmesi gerekir.

30. İspat araçları bağlamında genel olarak *lex fori* geçerlidir. Delillerin toplanması ve mahkemece incelenmesi hususu, maddi hukukun gerçekleşmesine hizmet etmek dışında onunla ilişkisi olmaması, milletlerarası karar ahengi ve tarafların meşru beklentileri düşünüldüğünde milletlerarası özel hukukun amacının gerçekleşmesine zarar vermemesi ve daha pratik olacağının şüpheden uzak olması sebebiyle *lex fori* 'ye tabi kılınmalıdır.
31. Tanıkla ispat yasağı ve kabul edilebilir ispat araçları açısından *lex fori* 'nin yanında, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun'un 7'nci maddesinden kıyasla alternatifli olarak hukukî işlemin yapıldığı yer ve işlemin esasının tabi olduğu ülke hukuklarınca kabul edilen ispat araçlarına da izin verilmesi gerekir.
32. Delil sözleşmesinin, *lex fori*, *lex causae* veya *locus regit actum* 'dan birine göre caiz olması ve geçerlilik şartlarını taşıması yeterli kabul edilmeli ve ilgili vakıalar o deliller dikkate alınarak ispatlanabilmelidir. Münhasır olmayan delil sözleşmeleri açısından forum mahkemesinin kabul ettiği delillere de imkan tanınmalıdır. Münhasır delil sözleşmeleri ise, alternatifli olarak tespit edilen hukuklardan en az birine göre caiz ve geçerli ise, ilgili vakıa ancak o delille ispatlanabilmelidir.
33. Davadan feragat niteliğinde bir işlemin, ancak hâkimin hukukuna göre mümkünse caiz olduğunu söylemek gerekir.
34. Kabulün ancak tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklarla sınırlanması nedeniyle, kabule, salt bu kapsamda feragate nazaran bir farklılık tanınmalı ve uyuşmazlık konusu üzerinde tarafların serbestçe tasarruf edip edemeyecekleri, ilgili uyuşmazlık konusu hakkında Türk kanunlar ihtilâfi kurallarına

göre uygulanacak hukuk açısından tespit edilmelidir. Ancak, diğler usûli şartlar açısından kabulün hâkimin hukukuna, yani Türk hukukuna tabi kılınması uygun olur.

35. Sulhün mahkeme önünde geçerli bir şekilde yapılabilmesi şartları ve etkileri *lex fori*'ye tabi kılınmalıdır. Ancak, sulhün bir sözleşme olması karşısında, kurulması bağlamında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde *lex causae*'ya tabi olması uygun olur. Keza, sulhün kısmi kabul niteliğinde olması sebebiyle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan olup olmadığı da, *lex causae*'ya göre belirlenmelidir.

36. Zamanaşımının bir maddi hukuk kurumu olduğu hukukumuz açısından şüpheden uzaktır. Uygulanacak hukuk açısından ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkındaki Kanun uyarınca tartışma mevcut değildir.

37. Esasına Türk hukukunun uygulandığı bir uyumsuzluk açısından, daha önce yabancı bir mahkemede açılan dava, tanıma veya tebligata ilişkin ilave bir koşul aranmadan zamanaşımını kesmelidir.

BİBLİYOGRAFYA

- Ailes**, Edgar H., "Substance and Procedure in the Conflict of Laws", Michigan Law Review 1940-1941/39, s. 392-418.
- Akbal**, Mehmet, "Medenî Yargılama Hukukunda Adli Yardım", TBBD 2011/43, s. 147-173.
- Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2013 (Tahkim).
- Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002 (Derdestlik).
- Akil**, Cenk, "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", AÜHFD, 2008/3, s. 1-32 (AÜHFD).
- Akil**, Cenk, "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E. 2008/4-734, K. 2008/766 Sayılı Kararının Tahlili", AÜHFD 2011/3, s. 693-731 (Bilirkişi).
- Akkutay**, Berat L., "Devletin Jus Cogens Normlara Aykırı Fiilelerinden Dolayı Hukukî Yargı Bağışıklığı", TBBD 2014/113, s. 99-125.
- Akyol-Aslan**, Leyla, Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010.
- Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis, Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2009.
- Albayrak**, Hakan, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013.
- Alderton**, Matthew, "The Act of State Doctrine: Question of Validity and Abstention from Underhill to Habib", MelbJIL 2011/12, s. 1-26.
- Alexander**, Gregory S., "The Application and Avoidance of Foreign Law in the Law of Conflicts", Northwestern University Law Review 70/4, s. 602-638.

- Alibaba**, Arzu, Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara 2005.
- Altuğ**, Yılmaz/**Yasan**, Mustafa, "Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni", Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, İstanbul 2003, s. 139-150.
- Altuğ**, Yılmaz, Devletler Özel Hukuku, İstanbul 1995.
- Arat**, Tuğrul, Ticaret Şirketlerinin Tabiiyeti, Ankara 1970.
- Arend**, Friedrich, Zahlungsverbindlichkeiten in fremder Waehrung, Frankfurt am Main 1989.
- Arens**, Peter, "Prozessrecht und materielles Recht", Archiv für die civilistische Praxis, C. 173, s. 250-271.
- Arens**, Peter/**Lüke**, Wolfgang, Zivilprozessrecht, München 1992.
- Armbrüster**, Christian, "Englischsprachige Zivilprozesse vor deutschen Gerichten?", ZRP 2011, s. 102-104 (ZRP 2011).
- Armbrüster**, Christian, "Fremdsprachen in Gerichtsverfahren", NJW 2011, s.812-818 (NJW 2011).
- Arnold**, Anne K., Lex Fori als versteckte Anknüpfung, Berlin 2009 (Lex fori).
- Arnold**, Richard, "Forum Conveniens or Forum Non Conveniens", Sydney Law Review 1977, s. 540-548 (Forum Conveniens).
- Arnold**, Thurman, "The Role of Substantive Law and Procedure in the Legal Process", Harvard Law Review 1932/45, s. 617-647 (Substantive Law).
- Arsava**, Füsün, "Yabancı Mahkeme Kararlarının İcrası ve Devletlerin Yargı Bağışıklığı", TAAD 2012/8, s. 1-20.
- Atalay**, Oğuz, Medenî Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001.
- Atalı**, Murat, Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014 (Aleyhe Bozma).
- Atalı**, Murat, "Türk Medenî Usûl Hukuku Açısından Davada Yabancıların Durumu", Vatandaşlık, Göç, Mülteci ve Yabancılar Hukukundaki Güncel Gelişmeler Sempozyumu 15-16 Mayıs 2009, Ankara 2010, s. 545-561 (Davada Yabancı).

- Atalı, Murat**, “Beachtung auslaendischer Rechtsaengigkeit im türkischen Recht”, ZZPInt 2005, s. 417-431 (Rechtsaengigkeit).
- Atalı, Murat**, Internationale Zustaendigkeit im deutsch-türkischen Rechtsverkehr, Frankfurt 2001 (Zustaendigkeit).
- Ataman-Figanmeşe, İnci**, “Hukukî ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında 1970 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, MHB 23/1-2, s. 19-88.
- Aybay, Rona**, “Yargıtay İçtihatlarına Göre Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı”, TBBD 2007/72, s. 109-120.
- Aygül, Musa**, “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, SÜHFD 2001/3-4, s. 229-270 (SÜHFD).
- Aygül, Musa**, Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukuk, Ankara 2007 (Şirketler).
- Baetge, Dietmar**, Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht, Tübingen 1994.
- Baeumer, Annette**, Die auslaendische Rechtsaengigkeit und ihre Auswirkungen auf das internationale Zivilverfahrensrecht, Berlin 1999.
- Baklacı, Pınar**, “En Çok Gözetilen Ulus Kaydı ve Uyuşmazlık Çözüm Yollarına İlişkin Kurallar”, Uluslararası Hukuk ve Politika 2005/20, s. 59-78.
- Bamberger, Heinz G./Roth, Herbert/Spickhoff, Andreas**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, München 2012.
- Başözen, Ahmet**, İlk Görünüş İspatı, Ankara 2010.
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter**, Zivilprozessordnung Kurz Kommentar, Bd. 1, München 2014.
- Baumgaertel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns**, Handbuch der Beweislast: Grundlagen, Köln 2009.
- Baumgaertel, Gottfried**, Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess, Frankfurt 1957.

- Beal**, Crystal, "Foreign Currency Judgments: A New Option for United States Courts", *Journal of International Law* 19/1, s. 101-140.
- Beck'scher Online Kommentar-ZPO**, München 2014 (BeckOK-ZPO/Yazar, Art. X).
- Beck'scher Online Kommentar-BGB**, München 2014 (BeckOK-BGB/Yazar, Art. X).
- Beck'scher Online Kommentar-GBO**, München 2014 (BeckOK-GBO/Yazar).
- Beranek**, Axel, *Die Parteifaehigkeit*, Baden-Baden 2009.
- Berentelg**, Maria, *Die Act of State-Doktrin als Zukunftsmodell für Deutschland?*, Tübingen 2010.
- Berki**, Osman F., "Ecnebilerin Hukuk ve Vazifeleri Hakkındaki Muvakkat Kanunda Teminat", *AÜHFİM* 1946, s. 403-422.
- Bessenich**, Agnes D., *Der auslaendische Staat als Klaeger*, Basel 1993.
- Beys**, Kostas E., "Die Staatenimmunitaet im Lichte des Grundsatzes der Achtung und des Schutzes der Menschenwürde", *FS für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag*, München 2002, s. 67-84.
- Bianchi**, Andrea, "Ferrini v. Federal Republic of Germany", *AJIL* 99, s. 242-248.
- Bilge**, Necip, *Medenî Yargılama Hukuku*, Ankara 1967.
- Birk**, Rolf, "Die Einklagung fremder Rechte (action oblique, azione surrogatoria, accion subrogatoria) im internationalen Privat- und Prozessrecht", *ZZP* 82, s. 70-92.
- Blair**, Paxton, "The Doctrine of Forum Non Conveniens in Anglo-American Law", *Columbia Law Review* 1929/1, s. 1-34.
- Blomeyer**, Arwed, *Zivilprozessrecht*, Berlin 1963.
- Bohne**, Gotthold, "Mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit", *NJW* 1953, s. 1377-1379.
- Bogdan**, Michael, *Private International Law as Component of the Law o the Forum*, The Hague 2012.

- Bolayır**, Nur, Medeni Usul Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- Bonin**, Paul, Der Prozessvergleich, Stuttgart 1957.
- Bork**, Reinhard/**Schmidt-Parzefall**, Tillmann, “Zur Reformbedürftigkeit des § 110 ZPO”, JZ 1994, s. 18-23.
- Borkowski**, Andrew, Textbook on Roman Law, London 2001.
- Born**, Gary/**Rutledge**, Peter B., International Civil Litigation in United States Courts, New York 2011.
- Böhm**, Peter, “Die Rechtschutzformen im Spannungsfeld von lex fori und lex causae”, Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, Viyana 1988, s. 107-138.
- Brand**, Ronald A./**Jablonski**, Scott R., Forum Non Conveniens, History, Global Practice and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements, New York 2007.
- Brinkmann**, Moritz, Das Beweismass im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht, Köln 2005.
- Broom**, Herbert, Selection of Legal Maxims, Philadelphia 1852.
- Bruns**, Rudolf, Zivilprozessrecht, München 1979.
- Buciek**, Klaus D., Beweislast und Anscheinsbeweis im internationalen Recht, Köln 1984.
- Buckland**, William W., A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian, Cambridge 1950.
- Burns**, Rudolf, “Beweiswert”, ZJP 91, s. 64-71.
- Buz**, Vedat, Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Bülow**, Oscar, “Die neue Prozessrechtswissenschaft und das System des Zivilprozessrechts”, ZJP 27, s. 201-260.
- Canaris**, Klaus W., Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1983.

- Carlier**, Peggy, *L'Utilisation De La Lex Fori Dans La Résolution Des Conlicts de Lois*, Lille II 2008.
- Carruthers**, Janeen M., "Damages in the Conflict of Laws- The Substance and Procedure Spectrum: *Harding v. Wealands*", *Journal of Private International Law* 2005/1, s. 323-334 (JPIL).
- Carruthers**, Janeen M., "Substance and Procedure in the Conflict of Laws: A Continuing Debate in Raletion to Damages", *ICLQ* 2004/3, s. 691-771 (ICLQ 2004/3).
- Castel**, Jean G., *Canadian Conflict of Laws*, Toronto 1975 (1975).
- Castel**, Jean G., *Private International Law*, Toronto 1960 (PIL).
- Cebecioğlu**, Tarık, *Stellung des Auslaenders im Zivilprozess*, Frankfurt 2000.
- Chamberlayne**, Charles F., *A Treatise on the Modern Law of Evidence*, Cilt I, London, 1911.
- Cheshire**, Geoffrey C./**Fawcett**, James J./**Carruthers**, Janeen M./**North**, Peter, *Private International Law*, Oxford 2012.
- Coase**, Ronald, "The Problem of Social Cost", *The Journal of Law and Economics*, 1960/3, s. 1-44.
- Coester-Waltjen**, Dagmar, "Parteiautonomie in der internationalen Zustaendigkeit", FS für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, s. 549-561 (Zustaendigkeit).
- Coester-Waltjen**, Dagmar, *Internationales Beweisrecht: Das auf den Beweis anwendbare Recht in Rechtstreitigkeiten mit Auslandsbezug*, München 1983 (Beweisrecht).
- Cohn**, Ernst, "Beweisaufnahme im Wege der zivilprozessualen Rechtshilfe durch das englische Gericht", *ZZP* 80, s. 230-248.
- Collier**, John G., *Conflict of Laws*, Cambridge 1994.
- Cook**, Walter. W., "Substance and Procedure in the Conflict of Laws", *Yale Law Journal* 1932-1933/42, s. 333-358.

- Cremer, Wolfram**, “Entschädigungsklagen wegen schwerer Menschenrechtsverletzungen und Staatenimmunität vor nationaler Zivilgerichtsbarkeit”, ArchVR 2003, s. 137-168.
- Çalışkan, Zeynep**, Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat, İstanbul 2013.
- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır B.**, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2012.
- Çelikel, Aysel/Gelgel, Günseli**, Yabancılar Hukuku, İstanbul 2013.
- Çilingiroğlu, Cüneyt**, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, MHB 1989, s. 103-120.
- Dach, Joseph**, “Conversion of Foreign Money”, The American Journal of Comparative Law 1954/2, s. 155-185.
- Dahm, Georg/Delbrück, Jost/Wolfram, Rüdiger**, Völkerrecht, Bd. 1, Berlin 1988.
- Daoudi, Jamal**, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im deutschen Zivilprozess, Berlin 2000.
- Dardağan, Esra**, Milletlerarası Usûl Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı, Ankara 2005.
- Dardağan-Kibar, Esra**, “Yargı Kararları Işığında Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı Alanında Güncel Gelişmelere Bakış”, Prof. Dr. Rona Aybay’a Armağan, İstanbul 2014, s. 677-713.
- Davis, Gary**, “John Pfeiffer Pty. Ltd. v. Rogerson - Choice of Law in Tort at the Dawning of the 21st Century”, Melb. U. Law Review 2000/24, s. 982-1015.
- Delaume, Georges R.**, “What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma”, ICLQ 1979/2, s. 258-279.
- Deliduman, Seyithan**, “Türk ve Alman Hukukunda Bilirkişilik”, Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı II-III, Ankara 2007, s. 259-317.
- Demirkol, Berk**, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2011.
- DeSena, Pasquale/DeVittor, Francesca**, “State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case”, EJIL 2005/16, s. 89-112.

- Di Marzo**, Salvatore, Roma Hukuku, çev. **Umur**, Ziya, İstanbul 1954.
- Dicey**, Albert V./**Morris**, John H./**Collins**, Lawrence, The Conflict of Laws, Cilt I, London 2006.
- Dicey**, Albert V./**Morris**, John H./**Collins**, Lawrence, The Conflict of Laws, Cilt II, London 2006.
- Doehring**, Karl, Völkerrecht, Heidelberg 2004.
- Doğan**, Vahit, "Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması", MHB 2002/2, s. 121-147 (Yabancı Derdestlik).
- Doğan**, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2013 (MÖH).
- Doğan**, Vahit/**Odabaşı**, Hasan, Yargı Kararları Işığında Vatandaşlık ve Yabancılar Hukuku, Ankara 2004.
- Dohm**, Christian, Die Einrede auslaendischer Rechtshaengigkeit im deutschen internationalen Zivilprozessrecht, Berlin 1996.
- Dolinger**, Jacob/**Tiburcio**, Carmen, "The Forum Law Rule in International Litigation-Which Procedural Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or Lex Diligentiae?", Teksas International Law Journal, 1998/33, s. 425-462.
- Dönmez**, İrfan, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992.
- Dörr**, Oliver, "Staatliche Immunitaet auf dem Rückzug", ArchVR 2003, s. 201-219.
- Dubischar**, Roland, "Grundsätze der Beweislastverteilung im Zivil- und Verwaltungsprozess", JuS 1971, s. 385-394.
- Duckworth**, Matthew, "Regie Nationale des Usines Renault SA v Zhang Certainty or Justice? Bringing Australian Choice of Law Rules for International Torts into the Modern Era", The Sydney Law Review 2002/24, s. 569-583.
- Durner**, Wolfgang, "Internationales Umweltverwaltungsrecht", Internationales Verwaltungsrecht, Tübingen 2007, s. 121-164.
- Ehrenzweig**, A Treatise on the Conflict of Laws, St Paul Minneapolis 1962 (1962).
- Ehrenzweig**, Albert A., "The Lex Fori-Basic Rule in the Conflict of Laws, Michigan Law Review 1960/5, s. 637-688 (Lex fori).

- Eidenmüller**, Horst ve diğer yazarlar, *Ausländische Kapitalgesellschaften im deutschen Recht*, München 2004.
- Eisner**, Frederick W., “Beweislastfragen und Beweiswürdigung im deutschen und amerikanischen Zivilprozess”, *ZZP* 80, s. 78-90.
- Ekelöf**, Olof, “Beweiswürdigung, Beweislast und Beweis des ersten Anscheins”, *ZZP* 75, s. 289-301.
- Ekşi**, Nuray, *Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi*, İstanbul 2000.
- Ekşi**, Nuray, “Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation”, *MHB* 1999-2000, s. 263-291 (MHB 1999-2000).
- Ekşi**, Nuray, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı”, *MHB* 1992, s. 1-5 (MHB 1992).
- Elzer**, Oliver/**Köblitz**, Hannes, “Das zu begründende Anerkenntnisurteil”, *JuS* 2006, s. 319-321.
- Emiroğlu**, Haluk, *Ius Gentium: Kavimler Hukuku*, İstanbul 2007.
- Emmenegger**, Susan/**Tschentscher**, Axel, *Kommentar zu Art. 1 ZGB*, Berner Kommentar, Bern 2012.
- Erdem**, Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul 2010.
- Eren**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2014.
- Erişir**, Evrim, “Borçlar Kanunu m. 83 f. III ve Türk Borçlar Kanunu m. 99 f. III’e göre Gerçek Olmayan Yabancı Para Alacağıının Aynen veya Türk Lirası Üzerinden Tahsili”, *DEÜHFD* 2010/Özel, s. 873-894 (Yabancı Para).
- Erişir**, Evrim, *Medenî Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti*, İzmir 2007 (Taraf Ehliyeti).
- Ermenek**, İbrahim, *Medenî Usûl Hukukunda Davayı Kabul*, Ankara 2009.
- Ersoy**, Yüksel, “Yabancı Para Borçlarının Dava Edilmesi”, Prof. Dr. Oral Sander’e Armağan, Ankara 1996, s. 305-323.
- Erten**, Rifat, *Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü*, Ankara 2005.

Ewer, Wolfgang, “Das Öffentlichkeitsprinzip – ein Hindernis für die Zulassung von Englisch als konsensual-optionaler Gerichtssprache?”, NJW 2010, s. 1323-1326.

Ferid, Murad, Internationales Privatrecht, Bielefeld 1982.

Ferid, Murad/**Sonnenberger**, Hans J., Das französische Zivilrecht, Heidelberg 1994.

Finke, Jasper, “Sovereign Immunity: Rule, Comity or Something Else?”, EJIL 2011/4, s. 853-881.

Fitting, Hermann, “Die Grundlagen der Beweislast”, ZZZ 13, s. 1-79.

Frank, Rainer, “Unterbrechung der Verjaehrung durch Auslandsklage”, IPRax 1983, s. 108-111.

Frankenstern, Ernst, Internationales Privatrecht, C. I, Berlin 1926.

Frey, Peter, “Anwendung auslaendischer Beweismittelvorschriften durch deutsche Gerichte”, NJW 1972, s. 1602-1604.

Furtak, Oliver, Die Parteifaehigkeit in Zivilverfahren mit Auslandsberuehrung, Heidelberg 1995.

Gamillscheg, Franz, “Internationales Privatrecht”, JZ 1955, s. 702-706.

Garnett, Richard, Substance and Procedure in Private International Law, Oxford 2012.

Geiger, Rudolf, “Staateimmunitaet: Grundsatz und Ausnahme”, NJW 1987, s. 1124-1126.

Geimer, Reinhold, “Anmerkung- BAG, Urt. 29.6.1978 – Z AZR 973/77”, JZ 1979, s. 647-649 (JZ 1979).

Geimer, Reinhold, “Anmerkung- BGH Urt. 22.9.1971 – VIII ZR 259/69”, NJW 1972, s. 391-392 (NJW 1972).

Geimer, Reinhold, “Nochmals: Zur Unterbrechung der Verjaehrung durch Klageerhebung im Ausland: Keine Gerichtspflichtigkeit des Schuldners all over the world”, IPRax 1984, s. 83-84 (IPRax 1984).

Geimer, Reinhold, “Anmerkung- OLG Hamm, Urt. 8.2.1989 – 8 UF 72/88”, NJW 1989, s. 2202-2203 (NJW 1989).

- Geimer, Reinhold**, “Beachtung auslaendischer Rechtshaengigkeit und Justizgewaehrungsanspruch”, NJW 1984, s. 527-530 (NJW 1984).
- Geimer, Ewald**, Internationale Beweisaufnahme, München 1998 (Beweisaufnahme).
- Geimer, Reinhold/Geimer, Ewald/Geimer, Gregor**, Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2009 (Geimer).
- Geimer, Reinhold**, Zur Prüfung der Gerichtsbarkeit und der internationalen Zuständigkeit bei der Anerkennung auslaendischer Urteile, Bielefeld 1966 (1966).
- Geisler, Werner**, “Zur Ermittlung auslaendischen Rechts durch Beweis im Prozess”, ZZP 91, s. 176-197.
- George, James P.**, “International Parallel Litigation-A Survey of Current Conventions and Model Laws”, Texas International Law Journal 2002/37, s. 499-540.
- Gmehling, Bernhard**, Die Beweislastverteilung bei Schaeden aus Industrieimmissionen, Berlin 1989.
- Goldschmidt, James**, Der Prozess als Rechtslage, Berlin 1925.
- Gottwald, Peter**, “Aktuelle Fragen des internationalen Prozessrechts: Die Stellung des Auslaenders im Prozess”, Grundfragen des Zivilprozessrechts, Bielefeld 1991 (Auslaenders im Prozess).
- Gottwald, Peter**, “Grundprobleme der Beweislastverteilung”, Jura 1980, s. 225-236 (Jura 1980).
- Gottwald, Peter**, “Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen - Vertraege zwischen Prozessrecht und materiellem Recht”, FS für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, Berlin 1995, s. 295-309 (Gerichtsstandsvereinbarungen).
- Gottwald, Peter**, “Das flexible Beweismass im englischen und deutschen Zivilprozess”, Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag, Bielefeld 2000, s. 165-176 (Das flexible Beweismass).
- Gottwald, Peter**, “The European Law of Civil Procedure”, RLR 2005, s. 37-67 (RLR 2005).
- Göger, Erdoğan**, Yabancılar Hukuku, Ankara 1974.

- Göger**, Erdoğan, Devletler Hususi Hukuku: Kanunlar İhtilafı, Ankara 1968 (Kanunlar İhtilafı).
- Gökçe**, Yasir, “Mutlak Yargı Bağışıklığından Sınırlı Yargı Bağışıklığına Geçiş Trendi, İş Hukukundan Doğan Uyuşmazlıklarda Yargı Bağışıklığı ve Ülkemizdeki Durum”, GÜHFD 2014/1, s. 91-111.
- Gözler**, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998.
- Grasmann**, Günther, System des internationalen Gesellschaftsrechts, Berlin 1970.
- Graveson**, Ronald H., Conflicts of Law, London 1974.
- Greger**, Reinhard, Beweis und Wahrscheinlichkeit, Berlin 1978.
- Grothe**, Helmut, Fremdwährungsverbindlichkeiten, Berlin 1999.
- Grunsky**, Wolfgang, “Lex Fori und Verfahrensrecht”, ZZP 89, s. 241-259 (ZZP 89).
- Grunsky**, Wolfgang, Grundlagen des Verfahrensrecht, Bielefeld 1974 (Grundlagen).
- Grützman**, “Besprechung von Lehrbuch von Leo Rosenberg”, Archiv für die civilistische Praxis, C. 123, s. 122-128.
- Guldener**, Max, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951.
- Gündüz**, Aslan, Yabancı Devletin Yargı Bağışıklığı ve Milletlerarası Hukuk, İstanbul 1984.
- Gürdoğan**, Burhan, Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.
- Habscheid**, Walther J., “Bemerkungen zur Rechtsaengigkeitsproblematik im Verhaeltnis der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz einerseits und den USA andererseits”, FS für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, Tübingen 1981, s. 109-125 (1981).
- Habscheid**, Walther J., “Zur Berücksichtigung der Rechtsaengigkeit eines auslaendischen Verfahrens”, RabelsZ 1967, s. 254-274 (Berücksichtigung der Rechtsaengigkeit).
- Habscheid**, Walther J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel 1986 (1986).

- Haesemeyer**, Ludwig, "Prozessrechtliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung des materiellen Privatrechts- Zur Unvertauschbarkeit materieller und formeller Rechtsätze", Archiv für die civilistische Praxis, C. 188, s. 140-167.
- Hanef**, Melih, "Hukuk Yargılamaları Usûlü Kanununun 97. Maddesi Hükmüne Göre Teminat Gösterme Mecburiyeti", ABD 1964/2, s. 137-142.
- Hanisch**, Hans, "Umrechnung von Fremdwährungsforderungen in Vollstreckung und Insolvenz", ZIP 1988, s. 341-352.
- Hansen**, Udo, "Die Substantiierungslast", JuS 1991, s. 588-590.
- Hau**, Wolfgang, "Fremdsprachengebrauch durch deutsche Zivilgerichte - vom Schutz legitimer Parteiinteressen zum Wettbewerb der Justizstandort", Liber Amicorum Klaus Schurig zum 70. Geburtstag, München 2012, s. 49-62.
- Hausmann**, Rainer, Art. 38- Vereinbarung über Zustaendigkeit", Wieczorek-Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze Grosskommentar, C. I, Berlin 1994.
- Hay**, Peter, "Fremdwährungsansprüche und - urteile nach dem US-amerikanischen Uniform Act", RiW 1995, s. 113-119 (RiW 1995).
- Hay**, Peter, "Die Qualifikation der Verjaehrung im US-amerikanischen Kollisionsrecht", IPRax 1989, s. 197-202 (IPRax 1989).
- Heidel**, Thomas/**Schall**, Alexander ve diğ er yazarlar, Handelsgesetzbuch, Bonn 2011 (Heidel/Schall/Yazar).
- Heinrich**, Christian, Die Beweislast bei Rechtsgeschaef ten, München 1996.
- Heiss**, Thomas A., Anerkenntnis und Anerkenntnisurteil im Zivilprozess, Tübingen 2012.
- Heldrich**, Andreas, "Fragen der internationalen Zustaendigkeit der deutschen Nachlassgerichte", NJW 1967, s. 417-422 (Zustaendigkeit der deutschen Nachlassgerichte).
- Heldrich**, Andreas, Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht, Münih 1969 (Zustaendigkeit).
- Hellwig**, Hans J., Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages, Bonn 1967.
- Hemke**, Katja, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, Berlin 2006.

- Henckel**, Wolfram, Prozessrecht und Materiellesrecht, Göttingen 1970.
- Herzog**, Peter/**Weser**, Martha, Civil Procedure in France, The Hague 1967.
- Hess**, Burkhard, Europaeisches Zivilprozessrecht, Heidelberg 2010 (EZPR).
- Hess**, Burkhard, “Grundfragen und Entwicklungen der Parteifaehigkeit”, ZZZ 117, s. 267-304 (ZZZ 117).
- Hess**, Burkhard, “Staatenimmunitaet bei Menschenrechtsverletzungen”, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, s. 269-285 (Staatenimmunitaet).
- Hochloch**, Gerhard, “Anmerkung- BGH, Urt. 12.2.1992 – XII ZR 25/91” NJW 1993, s. 256-257.
- Hoffmeyer**, Volkert, Das internationalprivatrechtliche Vorfagenproblem, Hamburg 1956.
- Huber**, Bertold ve diğer yazarlar, Aufenthaltsgesetz, München 2010 (Huber/Yazar, Art. X).
- Huber**, Michael, Das Beweismass im Zivilprozess, Köln 1983.
- Husserl**, Gerhart, “The Foreign Fact Element in Conflict of Laws Part II: Defining and Characterizing the Fact Element in Conflict Cases”, Virginia Law Review 1940, s. 453-485.
- Huzel**, Erhard, “Neues Internationales Privatrecht in Kuba”, IPRax 1990, s. 416-419.
- Illmer**, Martin, “Ziel verfehlt - Warum Englisch als Verfahrenssprache in 1062 § ZPO zuzulassen ist”, ZRP 2011, s. 170-173.
- Ingerl**, Reinhard E., Sprachrisiko im Verfahren- Zur Verwirklichung der Grundrechte deutschunkundiger Beteiligter im Gerichts- und Verwaltungsverfahren, München 1988.
- Ipsen**, Knut ve diğer yazarlar, Völkerrecht, München 2014 (Ipsen/Yazar).
- Ivanova**, Ekaterina, “Choice of Court Clauses and Lis Pendens under Brussels I Regulation”, Merkourios 27/71, s. 12-16.
- İmam Gazali**, El-Mustasfa, çev. **Apaydın**, Yunus, İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi, Cilt I, Kayseri 1994.

- Jaeckel**, Fritz, Die Reichweite der lex-foi-Regel im internationalen Zivilprozessrecht, Berlin 1995.
- Jakobs**, Arnold, Vorprozessuale Vereinbarungen über die deutsche internationale Zuständigkeit, Mannheim 1974.
- Jauernig**, Othmar, "Materielles Recht und Prozessrecht", JuS 1971, s. 329-334 (JuS 1971).
- Jauernig**, Othmar, Zivilprozessrecht, München 2003 (Zivilprozessrecht).
- Jolls**, Christine/**Sunstein**, Cass R./**Thaler**, Richard, "A Behavioral Approach to Law and Economics", Stanford Law Review 1998/50, s. 1471-1550.
- Junker**, Abbo, Internationales Privatrecht, Münih 1998.
- Kagami**, Kazuaki, "The Systematic Choice of Legal Rules for Private International Law", ed. Basedow, Jürgen/Kono, Toshiyuki, An economic analysis of private international law : [conference [...] on the island of Naoshima in the Japanese inland sea in March 2005, Tübingen 2006, s. 15-32.
- Kahn**, Franz, "Gesetzeskollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts", Jahrbuch für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 30, s. 1-143.
- Kale**, Serdar, Medenî Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010
- Kallmann**, Franz, "Unterbrechung der Verjährung durch Klageerhebung und Urteilsverjaehrung bei auslaendischen Entscheiden", SJZ 1945, s. 193-199 (SJZ 1945).
- Kallmann**, François, Anerkennung und Vollstreckung auslaendischer Zivilurteile und gerichtlicher Vergleiche, Basel 1946 (Anerkennung).
- Karadeniz-Çelebican**, Özcan, Roma Hukuku, Ankara 2006.
- Karşlı**, Abdurrahim, Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011 (Ders kitabı).
- Karşlı**, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001 (Usuli İşlemler).
- Katinszky**, Ernst, "Unterbrechung der Verjaehrung durch Klageerhebung vor auslaendischen Gerichten", RabelsZ 1935, s. 855-866.

- Katzenmeier**, Christian, “Beweismassreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung”, ZJP 117, s. 187-216.
- Kegel**, Gerhard, “Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit”, Festgabe für Heinrich Kronstein, Karlsruhe 1967, s. 321-344 (1976).
- Kegel**, Gerhard, “Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht”, Festschrift für Hans Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor, Basel 1953, s. 259-288 (1953).
- Kegel**, Gerhard, Internationales Privatrecht, Münih 1987 (IPR).
- Kegel**, Gerhard/**Schurig**, Klaus, Internationales Privatrecht, München 2004.
- Keller**, Christoph, “Die Gerichtsstandsvereinbarung gem. § 33 ff. ZPO”, Jura 2008, s. 523-529.
- Keller**, Max/**Siehr**, Kurt, Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986.
- Kılıçoğlu**, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2011.
- Kıyak**, Emre, “Türkiye’de Mutad Meskeni Olmayan Türk Vatandaşları için Teminat Gösterme Yükümlülüğü”, EÜHFD 2012/1-2, s. 225-246.
- Kment**, Martin, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, Tübingen 2010.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, İstanbul 2010.
- Kostkiewicz**, Jolanta K., Staatenimmunitaet im Erkenntnis- und im Vollstreckungsverfahren nach schweizischem Recht, Bern 1998.
- Kroll**, Stefan, “The Burden of Proof for the Non-Conformity of Goods under Art. 35 CISG”, Belgrade Law Review 2011, s. 162-180.
- Kropholler**, Jan, “Internationale Zustaendigkeit”, Handbuch des internationalen Zivilverfahrensrechts, C. I, Tübingen 1982 (Handbuch IZVR).
- Kropholler**, Jan, Internationales Privatrecht, Tübingen 2006 (IPR).
- Kubilay**, Huriye, “Act of State Doktrini Konusunda Bir Karar İncelemesi”, MHB 1989/2, s. 143-152.

- Kudlich**, Christian, Die privatrechtlichen Nebenwirkungen einer im Ausland erhobenen Klage, München 1962.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2014.
- Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt I, İstanbul 2001.
- Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt II, İstanbul 2001.
- Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt III, İstanbul 2001.
- Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt IV, İstanbul 2001.
- Kuran**, Selami, “Savaş Gemilerinin Dokunulmazlığı ve Yargı Bağışıklığı”, MHB 2005-2006, s. 229-240.
- Kwaschik**, Annett, Die Parteivernehmung und der Grundsatz der Waffengleichheit im Zivilprozess, Tübingen 2004.
- Laessig**, Curt L., Deutsch als Gerichts- und Amtssprache, Berlin 1980.
- Larenz**, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1992.
- Leflar**, Robert A./**McDougal III**, Luther L./**Felix**, Robert T., American Conflicts of Law, Virginia 1986.
- Leipold**, Dieter, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, Berlin 1966 (Beweislastregeln).
- Leipold**, Dieter, Beweismass und Beweislast im Zivilprozess, Berlin 1985 (1985).
- Leipold**, Dieter, Lex Fori, Souveränität, Discovery: Grundlagen des Internationalen Zivilprozessrechts, Heidelberg 1988 (Lex fori).
- Leipold**, Dieter, Zum Schutz des Fremdsprachigen im Zivilprozess”, FS Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Wien 1993, s. 287-300 (Fremdsprachigen).
- Leonhard**, Franz, Die Beweislast, Berlin 1926.
- Lindenmayr**, Barbara, Vereinbarung über die internationale Zuständigkeit und das darauf anwendbare Recht, Berlin 2002.

- Linke**, Hartmut, “Die Bedeutung auslaendischer Verfahrensakte im deutschen Verjaehrungsrecht”, Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag, Münster 1987, s. 209-226 (Verjaehrungsrecht).
- Linke**, Hartmut, “Anderweitige Rechtshaengigkeit im Ausland und inlaendischer Justizgewaehrungsanspruch”, IPRax 1994, s. 17-19 (IPRax 1994).
- Linke**, Hartmut, Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2006 (IZPR).
- Linke**, Hartmut/**Hau**, Wolfgang, Internationales Zivilverfahrensrecht, Köln 2011.
- Lorenzen**, Ernest G., “Statute of Frauds and the Conflict of Laws”, Yale Law Journal 1923/4, s. 311-338.
- Lüke**, Gerhard, “Über die Beweislast im Zivil- und Verwaltungsprozess”, JZ 1966, s. 587-593.
- Maasen**, Bernhard H., Beweismassprobleme im Schadenersatzprozess, Berlin 1975.
- Mackaay**, Ejan, History of Law and Economics, <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>, (son erişim tarihi: 9.3.2015).
- Magnus**, Ulrich/**Mankowski**, Peter ve diğer yazarlar, Brussels I Regulation, München 2012 (Magnus/Mankowski/Yazar, Art. X).
- Maier-Reimer**, Georg, “Fremdwaehrungsverbindlichkeiten”, NJW 1985, s. 2049-2055.
- Main**, Thomas. M., “Overcoming the Substance-Procedure Dichotomy” http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=thomas_main (son erişim tarihi: 17.12.2013).
- Martens**, Dirk R., “Erfahrung mit Rechtshilfeersuchen aus den USA nach dem Haager Beweisaufnahme-Übereinkommen, RiW 1981, s. 725-733.
- Matthies**, Heinrich, Die deutsche internationale Zustaendigkeit, Frankfurt 1955.
- McEleavy**, Peter/**Cuniberti**, Gilles, “Forum non conveniens and the Brussels Convention”, ICLQ 2005/04, s. 973-981.
- Melchior**, George, Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, Berlin 1932.

- Meyer-Ladewig, Jens**, Europäische Menschenrechtskonvention Handkommentar, 2011 www.beck-online.de, (son erişim tarihi: 9.3.2015).
- Michaels, Ralf**, “Globalizing Savigny? The State in Savigny’s Private International Law, and the Challenge of Europeanization and Globalization”, Duke Law School Legal Studies Research Paper: 2005/74.
- Milleker, Erich**, “Inlandswirkungen der Streitverkündung im auslaendischen Verfahren”, ZJP 80, s. 288-310.
- Moroğlu, Erdoğan**, “Anonim Ortaklıkların Tabiiyeti ve Tanınması”, MHB 2002, s. 413-419.
- Morris, John H.**, “English Judgment in Foreign Currency: A Procedural Revolution”, Law and Contemporary Problems 41/2, s. 44-53.
- Motsch, Richard**, “Vom Prozess als Beweis zum Überwiegensprinzip”, Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, Berlin 1978.
- Motsch, Richard**, Vom rechtsgenügenden Beweis, Berlin 1983.
- Mummenhoff, Winfried**, “Zum Beweismass im Berufskrankheitenrecht”, ZJP 100, s. 129-146.
- Musielak, Hans J. ve diğer yazarlar**, Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 2014 (Musielak/Yazar, Art. X).
- Musielak, Hans J.**, “Gegenwartsprobleme der Beweislast”, ZJP 100, s. 385-411 (Gegenwartsprobleme).
- Musielak, Hans J.**, Die Grundlagen des Beweislast im Zivilprozess, Berlin 1975 (Beweislast im Zivilprozess).
- Musielak, Hans J.**, Grundkurs ZPO, München 2012 (ZPO).
- Musielak, Hans J./Stadler, Max**, Grundfragen des Beweisrechts, München 1984.
- Müller, Friedrich**, Die Positivität der Grundrechte, Berlin 1990 (Positivität).
- Müller, Heinz**, Die Rechtsnatur des Prozessvergleichs und seine Wirkungen, Würzburg 1934 (Prozessvergleichs).
- Münchener Kommentar zum ZPO**, Band 1, München 2013 (MüKo-ZPO/Yazar, Art. X).

- Münchener Kommentar zum ZPO**, Band 3, München 2013 (MüKo-ZPO/Yazar, Art. X).
- Münchener Kommentar zum BGB**, Band 10, München 2010 (MüKo-BGB/Yazar, EGBGB).
- Nagel, Heinrich/Gottwald, Peter**, Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2013.
- Negro, Franco**, “Die Zweckmaessigkeit der Annahme des italienischen Instituts der Sicherheitsleistung für die Prozesskosten seitens verschiedener Staaten”, ZZZP 67, s. 237-247.
- Neuhaus, Paul H.**, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, Tübingen 1976 (Grundbegriffe).
- Neuhaus, Paul, H.**, “Internationales Zivilprozessrecht und internationales Privatrecht”, RabelsZ 1955, s. 201-269.
- Neumeyer, Karl**, “Der Beweis im Internationalen Privatrecht”, RabelsZ 1979, s. 225-244.
- Neuner, Robert**, Privatrecht und Prozessrecht, Mannheim 1925.
- Niederländer, Hubert**, “Materielles Recht und Verfahrensrecht im internationalen Privatrecht”, RabelsZ 1955, s. 1-51.
- Nomer, Ergin**, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2011(DHH).
- Nomer, Ergin**, Milletlerarası Usûl Hukuku, İstanbul 2009 (Usul).
- Nomer, Ergin**, Davada Yabancı Kanun, İstanbul 1972 (Yabancı Kanun).
- Nomer, Ergin**, “Devletler Hususi Hukukunda Milletlerarası Yetki Mefhumu”, İÜHFM 1974/40, s. 393-426 (Milletlerarası Yetki).
- Nomer, Ergin**, “Devletler Hususi Hukukunda Ön Mesele”, İÜHFM 1961/1-4, s. 349-357 (Ön Mesele).
- Nomer, Ergin**, “Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı”, İÜHFM 1959, s. 343-374 (Derdestlik İtirazı).
- Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin-Gelgel, Günseli**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, İstanbul 2013.

- Nussbaum, Arthur**, Grundzüge des internationalen Privatrechts, Berlin 1952
(Grundzüge des internationalen Privatrechts).
- Nussbaum, Arthur**, Deutsches Internationales Privatrechts, Tübingen 1932 (DIPR).
- Nygh, Peter E.**, Conflict of Laws in Australia, Sydney 1971.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- Osborn, P. G.**, A Concise Law Dictionary, Londra 1927.
- Ota, Shoza**, “Choice of Law and Economic Analysis: A Methodological Introduction”, ed. Basedow, Jürgen/Kono, Toshiyuki, An economic analysis of private international law : [conference [...] on the island of Naoshima in the Japanese inland sea in March 2005, Tübingen 2006, s. 3-14.
- Otte, Karsten**, Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhängen, Tübingen 1998.
- Öcal, Bahar**, “Onus Probandi” Roma Hukukunda İspat Yükü, Ankara 2006 (İspat Yükü).
- Öcal, Bahar**, “Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri”, AÜHFD 60/3, s. 523-570 (AÜHFD 60).
- Ökçün, Ahmet G.**, Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1967.
- Önen, Ergun**, İnşai Dava, Ankara 1981 (İnşai Dava).
- Önen, Ergun**, Medenî Yargılama Hukuku, Ankara 1979 (Medenî Yargılama).
- Önen, Ergun**, Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972 (Sulh).
- Önen, Ergun**, “Feragat ve Kabul Kesin Hüküm Teşkil Etmez”, ABD 1976/1, s. 26-39 (Feragat ve Kabul).
- Özdemir, Hatice**, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında ‘Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme’ ve ‘Uluslararası Sözleşme’ Kavramları”, İBD 1999/10-11-12, s. 926-941.
- Özekes, Muhammet**, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.

- Öztekin, Günseli**, “İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler”, MHB 1989, s. 37-46.
- Pagenstecher, Max**, “Werden die Partei- und Prozessfaehigkeit eines Auslaenders nach seinem Personalstatut oder nach den Sachnormen der lex fori beurteilt?”, ZZZ 64, s. 249-284 (ZZZ 64).
- Pagenstecher, Max**, “Gerichtsbarkeit und internationale Zustaendigkeit als selbstaendige Prozessvoraussetzungen”, RabelsZ 1937, s. 337-483 (RabelsZ).
- Panagopoulos, G.**, "Substance and Procedure in Private International Law", Journal of Private International Law 2005/1, s. 69-92.
- Pawlowski, Hans M.**, “Aufgabe des Zivilprozessrecht”, ZZZ 80, s. 345-391.
- Payandeh, Mehrdad**, “Statenimmunitaet und Menschenrechte”, JZ 2012/19, s. 949-958.
- Pazarci, Hüseyin**, Uluslararası Hukuk Dersleri, Ankara 2005.
- Pekcanitez, Hakan**, Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, İzmir 1998 (Yabancı Para).
- Pekcanitez, Hakan**, “Bekletici Mesele”, EÜHFD 1980/I, s. 249-275 (Bekletici Mesele).
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet**, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2013.
- Petersen, Julius**, “Ueber den Parteibegriff und die Parteifaehigkeit”, ZZZ 18, s. 1-64.
- Pieper, Helmut**, “Richter und Sachverstaendiger im Zivilproressrecht, ZZZ 84, s. 1-40.
- Pissles, Knut B.**, “Das neue internationale Privatrecht der Volksrepublik China: Nach den Steinen tastend den Fluss überqueren”, RabelsZ 2012, s. 1-46.
- Posch, Willibald**, Bürgerliches Recht: Internationales Privatrecht, C. VII, Viyana 2010.
- Posner, Richard, A.**, Economic Analysis of Law, New York 2007.
- Postacıoğlu, İlhan E.**, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.

- Primožic, Frank R./Broich, Christoph**, “Festsetzung hoher Prozesskostensicherheiten für auslaendische Klaeger”, MDR 2007, s. 188-192.
- Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus** ve diğer yazarlar, ZPO Kommentar, Köln 2014 (Prütting/Gehrlein/Yazar, Art. X).
- Prütting, Hans**, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983.
- Raape, Leo/Sturm, Fritz**, Internationales Privatrecht, München 1977.
- Rabel, Ernst**, “Das Problem der Qualifikation”, RabelsZ 1931, s. 241-288.
- Radhakrishnan, Ananda**, "Substance and Procedure in Private International Law", Singapour Law Review 1983/4, s. 131-135.
- Radtke, Manfred**, Der Grundsatz der lex fori und die Anwendbarkeit ausländischen Verfahrensrechts, Münster 1982.
- Rauch, Bernhard**, Wiedereinsetzung und Prozessvergleich, Regensburg 1981.
- Rauscher, Thomas**, Internationales Privatrecht mit internationalem Zivilverfahrensrecht, Heidelberg 2012.
- Rauscher, Thomas/v. Hein, Jan**, Europaeisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht Kommentar Rom I-VO Rom II-VO, München 2011.
- Rechberger, Walter H./diğer yazarlar**, Kommentar zur ZPO, Wien 2006 (Rechberger/yazar).
- Redecker, Konrad**, “Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozess”, NJW 1966, s. 1778-1882.
- Reinhold, (Geheimen Justizrat in Weimar)**, Zum Lehre von der Beweislast, ZZP 20, s. 113-153.
- Remmert, Andreas**, “Englisch als Gerichtssprache: Nothing ventured, nothing gained”, ZIP 2010, s. 1579-1583.
- Renner, Günten/Bergmann, Jan/Dienelt, Klaus**, Ausländerrecht, 2013 www.beck-online.de (son erişim tarihi: 9.3.2015).

- Richman, Barak D./Boerner, Christopher**, “A Transaction Cost Economizing Approach to Regulation: Understanding the NIMBY Problem and Improving Regulatory Responses”, *Yale Journal on Regulation* 2006, s. 29-76.
- Riezler, Erwin**, *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*, Berlin 1949.
- Rimmelpacher, Bruno**, *Zur Prüfung von Amts wegen im Zivilprozess*, Göttingen 1966.
- Risinger, Michael D.**, “Substance and Procedure Revisited with Some Afterthoughts on the Constitutional Problems of Irrebuttable Presumptions”, *UCLA Law Review* 1982/30, s. 189-216.
- Rixen, Hermann**, *Die Anwendung ausländischen Verfahrensrechts im deutschen Zivilprozess*, Regensburg 1999.
- Romeo, Francesco**, *Analogie-Zu einem relationalen Wahrheitsbegriff im Recht*, Ebelsbach 1991.
- Rommé, Oliver**, *Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismass und Beweislast*, Saarbrücken 1988.
- Rosenberg, Leo**, *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung*, München 1965 (Beweislast).
- Rosenberg, Leo**, *Stellvertretung im Prozess- Auf der Grundlage und unter eingehender, vergleichender Darstellung der Stellvertretungslehre des bürgerlichen Rechts nebst einer Geschichte der prozessualen Stellvertretung*, Berlin 1908 (Stellvertretung).
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl H./Gottwald, Peter**, *Zivilprozessrecht*, München 2010.
- Roth, Günter H.**, “Internationalrechtliche Probleme bei Prorogation und Derogation”, *ZZP* 93, s. 156-177 (Roth G.).
- Roth, Herbert**, “Die Reichweite der lex-fo-ri-Regel im internationalen Zivilprozessrecht”, *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 1993, s. 1045-1060 (Lex fori).
- Roth, Herbert**, “Vernetzte Prozessmaximen im familiengerichtlichen Verbundverfahren”, *ZZP* 103, s. 5-21 (Prozessmaximen).

- Rürup**, Miriam, “Heimatlose oder Weltbürger? Staatenlosigkeit nach den beiden Weltkriegen”, <http://www.igdj-hh.de/forschungsprojekte-leser/heimatlose-oder-weltbuenger-staatenlosigkeit-nach-den-beiden-weltkriegen.html> (son erişim tarihi: 9.3.2015).
- Rüssmann**, Helmut, “Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH”, ZZP 111, s. 399-427.
- Rüzgaresen**, Cumhuriyet, Medenî Muhakeme Hukukunda Usûl Ekonomisi, Ankara 2013.
- Saecker**, Franz J./**Rixecker**, Roland, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C. 10, München 2010 (MüKo-BGB/Yazar).
- Saenger Zivilprozessordnung: Handkommentar**, Baden-Baden 2013 (Hk-ZPO/Yazar, Art. X).
- Saenger**, Ingo/**Aderhold**, Lutz/**Lenkaitis**, Karlheinz/**Speckmann**, Gerhard ve diğer yazarlar, Handels- und Gesellschaftsrecht, Bonn 2011 (Saenger/Aderhold/Lenkaitis/Speckmann/Yazar).
- Sağlam**, Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982.
- Salmond**, John, Jurisprudence, London 1930.
- Sandrock**, Friederike E., Die Vereinbarung eines “neutralen” internationalen Gerichtsstandes - Ausländische Parteien vor “neutralen” inlandischen Gerichten, Heidelberg 1997 (Sandrock F).
- Sandrock**, Otto, “Die multinationalen Korporationen im internationalen Privatrecht”, BerDGVR 1978, s. 168-262 (BerDGVR).
- Sargın**, Fügen, Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996.
- Sarıöz**, Ayşe İ., Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme, İstanbul 2012.
- Sauer**, Wilhelm, Juristische Methodenlehre, Aalen 1970.
- Schaarschmidt**, Julia, Die Reichweite des völkerrechtlichen Immunitätsschutzes – Deutschland v. Italien vor dem IGH, Wittenberg 2010.

- Schack**, Haimo, “Wirkungsstatut und Unterbrechung der Verjaehrung im internationalen Privatrecht durch Klageerhebung”, RiW 1981, s. 301-303 (RiW 1981).
- Schack**, Haimo, “Das internationale Prozessrecht in umweltrechtlichen Streitigkeiten”, BerDGVR 1992, s. 315-358 (BerDGVR 1992).
- Schack**, Haimo, “Die Versagung der deutschen internationalen Zustaendigkeit wegen forum non conveniens und lis alibi pendens”, RabelsZ 1994, s. 40-58 (Lis alibi pendens).
- Schack**, Haimo, Internationales Zivilverfahrensrecht, München 2014 (IZVR).
- Schaefer**, Hans B./**Ott**, Klaus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Hamburg 2012.
- Shaw**, Malcolm N., International Law, Cambridge 2003.
- Scherer**, Inge, Das Beweismass bei der Glaubhaftmachung, Berlin 1996.
- Schiedermair**, Gerhard, Vereinbarungen im Zivilprozess, Bonn 1935.
- Schlosser**, Peter, “Ausschlussfristen, Verjaehrungsunterbrechung und Auslandsklage”, Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag, Bielefeld 1976, s. 859-874 (1976).
- Schlosser**, Peter, “Das völkerrechtswidrige Urteil nach deutschem Prozessrecht”, ZZP 79, s. 164-198 (ZZP 79).
- Schmidt**, Karsten, “Fremdwahrungsschuld und Fremdwahrungsklage”, ZZP 98, s. 32-49.
- Schneider**, Egon, “Deutsch als Gerichtssprache”, MDR 1979, s. 534-536 (MDR 1979).
- Schneider**, Egon, “Wann ist die Rechtshaengigkeit auslaendischer Verfahren zu beachten?”, NJW 1959, s. 88-89 (Rechtshaengigkeit).
- Schnitzer**, Adolf, Handbuch des internationalen Privatrechts, C. I, Basel 1957.
- Schnyder**, Anton K., “Der Sitz von Gesellschaften im internationalen Zivilverfahrensrecht”, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag, München 1999, s. 767-775.

- Schoch**, Magdalena, Klagbarkeit, Prozessanspruch und Beweis im Lichte des internationalen Rechts, Leipzig 1934.
- Schollmeyer**, “Besprechung von Lehrbüchern Eccius und Fischers”, ZZP 12, s. 280-298.
- Schönfeld**, Ulrich V., “Die Immunität ausländischer Staaten vor deutschen Gerichten”, NJW 1986, s. 2980-2987.
- Schreiber**, Rupert, Theorie des Beweiswerts für Beweismittel im Zivilprozess, Berlin 1968.
- Schütze**, Rolf A., “Die Berücksichtigung der Rechtsabhängigkeit eines ausländischen Verfahrens”, NJW 1963, s. 1486-1487 (NJW 1963).
- Schütze**, Rolf A., “Die Unterbrechung und Inlaufsetzung der Verjährung von Wechselansprüchen durch ausländische Klageerhebung”, WM 1967, s. 246-249 (WM 1967).
- Schütze**, Rolf A., “Die Wirkungen ausländischer Rechtsabhängigkeit in inländischen Verfahren”, ZZP 104, s. 136-149 (ZZP 104).
- Schütze**, Rolf A., Das Internationale Zivilprozess in der ZPO, Berlin 2008 (2008).
- Schütze**, Rolf A., Deutsches Internationales Zivilprozessrecht, Berlin 1985 (1985).
- Schütze**, Rolf A., Rechtsverfolgung im Ausland- Prozessführung vor ausländischen Gerichten und Schiedsgerichten, Berlin 2009 (Rechtsverfolgung im Ausland).
- Schwab**, Karl H., “Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie”, Festschrift für Hans Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, Köln 1978, s. 505-520.
- Schwartzmann**, Rolf, Private im Wirtschaftsvölkerrecht, Tübingen 2005.
- Schwartz**, Andreas, “Internationales Forum Shopping mit Blick auf das günstigste Sachrecht”, Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag, s. 415-423.
- Schwindel**, Karl, Das non liquet in der Tatfrage: Gedanken zur Lehre von der Beweislast, München 1963.

- Seeliger**, Gerhard, Beweislast, Beweisverfahren, Beweisarten und Beweiswürdigung im Steuerprozess, Berlin 1981.
- Seibl**, Maximilian, Die Beweislast bei Kollisionsnormen, Tübingen 2009.
- Serozan**, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt III, İstanbul 2014.
- Seviğ**, Muammer R./**Seviğ**, Vedat R., Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1962.
- Seviğ**, Muammer R., Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi, İstanbul 1941 (Seviğ, M.).
- Seviğ**, Vedat R., “Milletlerarası Tahkim Kanununun Özellikleri”, MHB 2002/2, s. 745-750 (Seviğ, V.).
- Shavell**, Steven, Foundations of Economic Analysis of Law, London 2004.
- Shaw**, Malcom N., International Law, Cambridge 2003.
- Siehr**, Kurt, “Rechtshaengigkeit im Ausland und das Verhaeltnis zwischen staatsvertraglichen sowie autonomen Anerkennungsvorschriften”, IPRax 1989, s. 93-96.
- Silm**, Maximilian, Die Theorie der Qualifikation, Münih 2009.
- Simhäuser**, Wilhelm, Zur Entwicklung des Verhältnisses von materiellem Recht und Prozessrecht seit Savigny, Bielefeld 1965.
- Simmonds**, K. R., “Implied Waiver of Immunity: Permissible Counterclaims against a Sovereign Plaintiff”, ICLQ 1960/2, s. 334-343.
- Simons**, Thomas/**Hausmann**, Rainer ve diğer yazarlar, unalex Kommentar zur Brüssel I-VO und zum Übereinkommen von Lugano, München 2012 (Yazar, unalex Kommentar zur Brüssel I-VO, Art. X).
- Sirmen**, Sedat K. “Uluslararası Havacılık Davalarında Forum Non Conveniens Doktrininin Uygulanmasında Emsal Karar: Piper Aircraft Co v. Reyno Davası”, AÜHFD 2014/1, s. 199-217.
- Soergel**, Theodor/**Kegel**, Gerhard, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C. X, Stuttgart 1996.

Sonnenberger, Hans J., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch-Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gezetzbuche Internationales Privatrecht, C. VII, Münih 1990

Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen EGBGB/IPR (Staudinger-BGB/Yazar)

Steger, Ruth, Staatenimmunitaet und Kriegsverbrechen: Das IGH Urteil im Verfahren Deutschland gegen Italien vom 03.02.2012, Frankfurt 2013.

Stein, Friedrich/**Jonas**, Martin ve diğ er yazarlar, Kommentar zur ZPO, Bd. 1-4, Tübingen 2008 (Stein/Jonas/Yazar, Art. X).

Story, Joseph, Commentaries of the Conflict of Laws Foreign and Domestic in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, Boston 1834.

Straeuli, Hans/**Messmer**, Georg/**Wiget**, Felix, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1982.

Sur, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, İzmir 2000.

Sykes, Edward I./**Pryles**, Michael C., Australian Private International Law, Sydney 1991.

Symeonides, Symeon C., American Private International Law, Alpenaan den Rijn 2008.

Szásy, István, International Civil Procedure, Budapest 1967.

Şanlı, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2013.

Şekerci, Ersin, “Medenî Usûl Hukukunda ve İdari Yargılama Usûlünde Derdestlik”, Yargıtay Dergisi 1986/3, s. 206-226.

Tan, Turgut, İdare Hukuku Genel Esaslar, Cilt I, Ankara 2014.

Tanribilir, Feriha B./**Şit**, Banu, “Milletlerarası Tahkim Müessesesi ve Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu” MHB 2002/2, s. 819-837.

Tanriver, Süha, Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007 (Derdestlik).

- Tanriver, Süha**, İlamlı İcra Takibinin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996 (İlamlı İcra).
- Tanriver, Süha**, “Tabiî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, TBBD 2013, s. 11-35 (TBBD 2013).
- Tanriver, Süha**, “Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları”, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, İzmir 2010, s. 575-594 (Bilirkişilik).
- Tanriver, Süha**, “Mahkeme Huzurunda Yapılan Sulhler”, Makalelerim I, Ankara 2005, s. 35-52 (Sulh).
- Taşpınar, Sema**, Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- Tekinalp, Gülören**, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2009 (Bağlama Kuralları).
- Tekinalp, Gülören**, Türk Yabancılar Hukuku, İstanbul 2002 (Yabancılar).
- Tekinalp, Gülören**, “Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973, s. 552-579 (Ortaklıkların Vatandaşlığı).
- Tekinay, Selahattin S./Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Tetley, William**, “Jurisdiction Clauses and Forum Non Conveniens in the Carriage of Goods by Sea”, Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law-Essays in Honor of Robert Force, The Hague 2005, s. 183-264 (2005).
- Tetley, William**, “Maritime Liens in the Conflict of Laws”, Law and Justice in a Multistate World: Essays in Honor of Arthur T. von Mehren, Transnational Publishers Inc., Ardsley, 2002, s. 439-457 (2002).
- Thole, Christoph**, “Anscheinsbeweis und Beweisvereitelung im harmonisierten Europaeischen Kollisionsrecht”, IPRax 2010, s. 285-289.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans** ve diğer yazarlar, Zivilprozessordnung, München 2014 (Thomas/Putzo/Yazar, Art. X)
- Thomas, Bernd**, “Zur Doppelnatur von Klageanerkennnis und Klageverzicht”, ZZP 89, s. 80-93

- Tiburcio**, Carmen, The Human Rights of Aliens Under International and Comparative Law, The Hague 2001
- Tiryakioğlu**, Bilgin, “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara 2012, s. 1141-1165 (Tuğrul Arat’a Armağan).
- Tiryakioğlu**, Bilgin, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003 (Yatırım).
- Tiryakioğlu**, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996 (Satım akdi).
- Tomuschat**, Christian, “Repressalie und Retorsion - Zu einigen Aspekten ihrer innerstaatlichen Durchführung”, ZaöRV 1973, s. 179-222.
- Toroslu**, Nevzat/**Feyzioğlu**, Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009.
- Turhan**, Turgut, Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Ankara 1997 (Yabancı Para).
- Turhan**, Turgut, “Davacının veya davaya katılanın teminat gösterme yükümü”, Osman F. Berki’ye Armağan, Ankara 1977, s. 853-905.
- Tutumlu**, Mehmet A., Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, Ankara 2001.
- Tütüncübaşı**, Uğur, “Milletlerarası Usûl Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü”, DEÜHFD 2010/2, s. 183-223.
- Ulukapı**, Ömer, Medenî Usûl Hukukunda Derdestlik ve Sonuçları, Yargıtay Dergisi 1995/4, s. 395-445 (Derdestlik).
- Ulukapı**, Ömer, “Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, Bilirkişilik Sempozyumu Samsun 9-10 Kasım 2001, Ankara 2002, s. 291-315 (Bilirkişi Raporu).
- Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi, Ankara 2011.
- Umar**, Bilge/**Yılmaz**, Ejder, İspat Yükü, İstanbul 1980.
- Umur**, Ziya, Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1999.
- Ünal**, şeref, Uluslararası Hukuk, Ankara 2005.

- Üstündağ**, Saim, Medenî Yargılama Hukuku, İstanbul 1997.
- V. Bar**, Christian/**Mankowski**, Peter, Internationales Privatrecht, C. I, Münih 2003.
- V. Craushaar**, Götz, Die internationalrechtliche Anwendbarkeit deutscher Prozessnormen, Freiburg 1961.
- V. Hoffmann**, Bernd, “Anmerkung - BGH, Urt. 17.5.1972 – VIII ZR 76/71, AWD 1972, s. 416-418.
- V. Jhering**, Rudolf, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, C. II, Leipzig 1858.
- V. Marschall**, Wolfgang, “Prozessuale Schranken der Formfreiheit im internationalen Schuldrecht”, Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag, Berlin 1979, s. 625-640.
- V. Savigny**, Friedrich, System des heutigen Römischen Rechts, C., VIII Berlin 1849, http://www.deutsches-textarchiv.de/book/view/savigny_system08_1849?p=50 (son erişim tarihi: 17.1.2014).
- V. Savigny**, Friedrich, System des heutigen Römischen Rechts, C., V Berlin 1841, http://www.deutschestextarchiv.de/book/view/savigny_system05_1841?p=19 (son erişim tarihi: 17.2.2014).
- V. Senger**, Harro/**Guojian**, Xu, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht der Volksrepublik China, Zürich 1994.
- Verdross**, Alfred, Völkerrecht, Wien 1964.
- Vogel**, Oscar, “Rechtshaengigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhaeltnis”, SJZ 1990, s. 77-85.
- Wade**, Charles E., “Forum non conveniens”, Okla Law Review 1965/18, s. 423-425.
- Wagner**, Gerhard, Prozessvertraege, Tübingen 1998.
- Walchshöfer**, Alfred, “Die deutsche internationale Zustaendigkeit in der streitigen Gerichtsbarkeit”, ZZP 80, s. 165-229.
- Walder**, Hans U., Einführung in das internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1989.

- Walker**, Gerhard, Freie Beweiswürdigung, Tübingen 1979 (Frei Beweiswürdigung).
- Walker**, Gustav, Streitfragen aus dem Internationalen Zivilprozessrechte, Viyana 1897 (1897).
- Walker**, Wolf D., “Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH – nationales Recht unter gemeineuropaeischem Einfluss”, ZZP 111, s.429-454 (ZZP 111).
- Walter**, Gerhard, “Reform des internationalen Zivilprozessrechts in Italien”, ZZP 109, s. 3-28 (ZZP 109).
- Walter**, Zeiss, Zivilprozessrecht, Tübingen 1989 (1989).
- Walter**, Gerhard, Internationales Zivilprozessrecht der Schweiz, Stuttgart 2007 (2007).
- Walter**, Selb, “Martin Wolff und die Lehre von der Qualifikation nach der lex causae im internationalen Privatrecht”, Archiv für die civilistische Praxis, C. 157, s. 341-349 (Qualifikation).
- Weber**, Helmut, Der Kausalitaetsbeweis im Zivilprozess, Tübingen 1997 (Kausalitaetsbeweis).
- Weber**, Helmut, Die Theorie der Qualifikation: Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des internationalen Privatrechts (1890 - 1945), Tübingen 1986 (Qualifikation).
- Weintraub**, Russell J., “Choice of Law for Quantification of Damages: A Judgment of House of Lords Makes a Bad Rule Worse”, Texas International Law Journal 2006-2007/42, s. 311-322.
- Wengler**, Wilhelm, “Die Vorfrage im Kollisionsrecht”, RabelsZ 1934, s. 148-251.
- Westermann**, Harm, P./**Hochloch**, Gerhard, Bürgerliches Gesetzbuch, C. II, Köln 2000.
- Wirth**, Hans R., “Gerichtsstandsvereinbarungen im internationalen Handelsverkehr”, NJW 1978, s. 460-464.
- Wolff**, Martin, Das internationale Privatrecht Deutschlands, Berlin 1954 (IPR).
- Wolff**, Martin, Private International Law, Oxford 1962 (PIL).

- Yang, Xiaodong**, State Immunity in International Law, Cambridge 2012.
- Yayla, Mehmet**, “Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi”, ABD 2013/3, s. 289-313.
- Yıldırım, Kamil, M.**, Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.
- Yılmaz, Ejder**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012 (Şerh).
- Yılmaz, Ejder**, Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Ankara 2011 (Islah).
- Yılmaz, Ejder**, “Davada İnanca”, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Ankara 1977, s. 381-410 (İnanca).
- Yılmaz, Ejder**, Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 1989 (Yemin).
- Yntema, Hessel E.**, “The Historic Bases of Private International Law”, The American Journal of Comparative Law 1953/2, s. 297-317.
- Zeichen, Sigrid/Hebenstreit, Johannes**, “Sind Außenminister vor Strafverfolgung wegen völkerstrafrechtlicher Verbrechen immun?”, ArchVR 2003, s. 182-200.
- Zitelmann, Ernst**, Lücken im Recht, Leipzig 1903.
- Zölch, Friederike**, Der Prozessvergleich im deutschen und im österreichischen Recht, München 1981.
- Zöllner, Richard ve diğer yazarlar**, Zivilprozessordnung: ZPO Kommentar, Köln 2014 (Zöllner/Yazar, Art. X).
- Zöllner, Wolfgang**, “Materielles Recht und Prozessrecht”, Archiv für die civilistische Praxis, C. 190, s. 471-495.