

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

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA GERÇEK KİŞİLERİN
HAK VE FİİL EHLİYETİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Fatih Burak UZUN

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Kasım 2014

ÖNSÖZ

Milletlerarası özel hukukta gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetlerini inceleyen bu çalışmayı 2014 yılı itibarıyla Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde bir yüksek lisans tezi olarak hazırladım.

Akademik çalışmalarımın ilkinin oluşturan bu çalışmanın aynı zamanda hukuk fakültesinde işlenen ilk konulardan olan hak ve fiil ehliyetini kapsamasının memnuniyet verici olduğunu belirtmek istiyorum. Yine bu çalışma kapsamında araştırdığım yabancı hukuk sistemleri sayesinde aynı konulara birçok değişik yaklaşımda bulunulabileceğini son derece somut örneklerle anlamış oldum. Bu nedenle bu çalışmanın, esas konusuna ek olarak, çeşitli hukuki anlayış ve yorum farklılıklarının incelenmesi açısından da son derece faydalı olacağına inanıyorum.

Öncelikle bu çalışmayı hazırlayabilecek olgunluğa erişmemde başrolü oynayan annem Remziye Uzun ve babam Mehmet Uzun'a teşekkür ederim. İkinci olarak çalışmanın hazırlanması sürecinde yapmış olduğu fedakârlık ve katkılardan dolayı sevgilim Av. Kübra Dilara Örkmez'e minnettar olduğumu belirtmek isterim. Yine bu çalışmanın hazırlanması sırasında değerli görüşlerini ve katkılarını esirgemeyen Av. Nafiye Nilay Erdem'e, Av. Tuğrul Sevim'e, Av. Yasin Beceni'ye ve Av. Şehriban İpek Aşıkoğlu'na teşekkürlerimi sunarım.

Son olarak tez çalışması boyunca tavsiye ve desteklerini esirgemeyen, yardımsever ve güler yüzlü tez danışmanım Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal'a sonsuz saygı ve teşekkürlerimi sunarım.

Fatih Burak Uzun
Üsküdar 2014

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	viii
RÉSUMÉ	ix
ABSTRACT	xiv
ÖZET.....	xix
GİRİŞ	1
I. HAK VE FİİL EHLİYETİ KONUSUNDA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ	3
A. Hak ve Fiil Ehliyeti Kavramları	3
1. Hak Ehliyeti	3
a) Hak Ehliyeti Kavramı	3
b) Hak Ehliyetinin Başlangıcı	5
c) Hak Ehliyetinin Sınırlandırılması	9
(1) Hak Ehliyetine Tarihi Dönemler İçinde Getirilen Kısıtlamalar ..	10
(2) Hak Ehliyetinin Kısıtlanmasına İlişkin Güncel Sorunlar	11
(a) Hak Ehliyetinin Kısıtlanmasında Genel Kural	11
(B) Hak Ehliyetinin Kısıtlandığı Bazı Durumlar	12
(i) Yabancıların Taşınmaz Edinmesi	12
(ii) Evli Kadının Kendi Soyadını Koruyamaması.....	13
(iii) Eşcinsel Evlilikler	14
d) Hak Ehliyetinin Sona Ermesi.....	15
(1) Ölüm ve Ölüm Karinesi	16

(2)	Gaiplik	17
(a)	Kişinin Ortadan Kaybolması Halinde Alınacak Önlemler	17
(b)	Gaiplik Kararı Verilebilmesinin Şartları.....	18
(3)	Genel Değerlendirme	22
2.	Fiil Ehliyeti	22
a)	Fiil Ehliyeti Kavramı	22
b)	Fiil Ehliyetine Sahip Olmanın Şartları.....	23
(1)	Ayırt Etme Gücü	23
(2)	Erginlik.....	28
(3)	Kısıtlı Olmamak	33
c)	Fiil Ehliyetinin Kısıtlanması - Vesayet.....	33
B.	Hak ve Fiil Ehliyeti Konusunda Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	36
1.	Bağlama Noktaları	36
a)	Yerleşim Yeri.....	37
b)	Vatandaşlık	44
(1)	Genel Olarak Vatandaşlık Esası	44
(2)	Vatandaşlık Esasının Uygulanmasındaki Özel Durumlar	46
(a)	Birden Çok Vatandaşlığı Olanlar.....	46
(b)	Mülteciler.....	47
(c)	Vatansızlar	49
c)	Mutat Mesken	50
(1)	Mutat Mesken Kavramı.....	50
(2)	Mutat Mesken Kavramının Unsurları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümleri	51
(3)	Mutat Mesken Kavramının Özellikleri.....	53
(a)	Mutat Meskenin Vaka Olması	53
(b)	Mutat Meskenin Kuruluş Anı ve Sona Ermesi	54
(4)	Mutat Mesken Kavramı İle İlgili Özel Durumlar.....	55

(a)	Bir Yerde İrade Dışı Bulunmanın Mutat Mesken Kavramına Etkisi	55
(b)	Birden Çok Mutat Mesken Sorunu	56
d)	Bağlama Noktalarının Karşılaştırılması.....	57
2.	Hak ve Fiil Ehliyeti Konusundaki Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasında Özel Durumlar	60
a)	Atıf Teorisinin Etkisi (Renvoi)	60
b)	İşlem Güvenliği Kuralının Rolü	62
(1)	İşlem Güvenliği Kuralının Ortaya Çıkışı	63
(2)	İşlem Güvenliği Kuralının Şartları	64
(a)	Kişinin Milli Hukukuna Göre Ehliyetsiz Olması	64
(b)	İşlemin, İşlem Güvenliği Sağlanacak Ülkede Yapılmış Olması... ..	66
(c)	İşlemin Hazırlar Arasında Gerçekleştirilmiş Olması.....	67
(d)	İşlemin Niteliğinin Kuralın Uygulanmasına Elverişli Olması.....	69
(3)	İşlem Güvenliği Kuralının İyiniyet İle İlişkisi	69
(4)	İşlem Güvenliği Kuralının Tüzel Kişilere Uygulanması Sorunu	71
(5)	Kambiyo Senetlerinde İşlem Güvenliği Kuralı	73
(6)	Elektronik Ticarete İşlem Güvenliği Kuralı.....	74
(a)	Elektronik Ticaret Kavramı	74
(b)	İşlem Güvenliği Kuralıyla Elektronik Ticaret Alanında Çözümlemeye Çalışılan Sorun.....	75
(c)	İşlem Güvenliği Kuralının Elektronik Ticarete Uygulanması Konusundaki Sorunlar.....	77
(d)	İşlem Güvenliği Kuralının Elektronik Ticarete Kullanılması İçin Çözüm Önerileri.....	78
C.	Hak ve Fiil Ehliyetine Uygulanacak Hukuka İlişkin Kanunlar İhtilafı Kurallarının Kapsamı ve Sınırları	79
1.	Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukuk.....	79
a)	Hak Ehliyetinin Başlangıcına ve İçeriğine Uygulanacak Hukuk .	79

b)	Hak Ehliyetinin Sona Ermesine Uygulanacak Hukuk.....	80
(1)	Ölüm.....	81
(2)	Ölüm karinesi ve Gaiplik	81
2.	Fiil Ehliyetine ve Fiil Ehliyetinin Kısıtlanmasına Uygulanacak Hukuk....	83
a)	Fiil Ehliyetine Uygulanacak Hukuk	83
b)	Fiil Ehliyetinin Kısıtlanmasına Uygulanacak Hukuk.....	84
c)	Fiil Ehliyetine Uygulanacak Hukuk ile Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk İlişkisi	87
3.	İsim.....	88
4.	Özel Ehliyet Kuralları	90
5.	Ehliyete İlişkin Konularda Statü Değişikliğinin Etkisi (<i>Conflit Mobile</i>)...	92
D.	Kamu Düzeninin Müdahalesi (<i>Ordre Public</i>).....	93
1.	Kamu Düzeninin Müdahalesi Hakkında Görüşler	94
2.	Kamu Düzeni Kavramı ve Özellikleri.....	96
3.	Kamu Düzeni Müdahalesinin Sonuçları	99
4.	Hak ve Fiil Ehliyetine İlişkin Bağlama Kurallarına Kamu Düzeninin Müdahalesi	100
II.	HAK VE FİİL EHLİYETİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA MİLLETLERARASI USUL HUKUKU SORUNLARI.....	103
A.	Ehliyete İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki	103
1.	Genel Milletlerarası Yetki Kuralı.....	103
2.	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Özel Yetki Kuralları.....	105
a)	Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki.	106
b)	Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki .	108
B.	Ehliyete İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi	110
1.	Tanıma ve Tenfiz Kavramları	110
2.	Tanıma ve Tenfiz Talepleri ile İlgili Usule İlişkin Hükümler	112

3. Tanıma ve Tenfiz Kararı Verilebilmesi için Gereken Ön Şartlar	115
4. Tanıma ve Tenfiz Kararı Verilebilmesinin Şartları	118
a) Mütakabiliyet	118
b) Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi Bulunmaması ve Yabancı Mahkemenin Uyuşmazlıkla Bağlantılı Olması	120
c) Türk Kamu Düzeninin Açıkça İhlal Edilmemesi	124
d) Adil Yargılanma Hakkına Uyulması	127
5. Tanıma ve Tenfiz Kararı Verilebilmesinin Önündeki Diğer Engeller.....	129
SONUÇ	131
KAYNAKÇA.....	133
ÖZGEÇMİŞ	139
TEZ ONAY SAYFASI	Hata! Yer işareti tanımlanmamış.

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
BGB	: Almanya Medeni Kanunu
B. N.	: Başvuru Numarası
Bknz.	: Bakınız
dn.	: Dipnot
E.	: Esas Numarası
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMUK	: Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu
İBGK	: İctihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
K.	: Karar Numarası
m.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
v.	: <i>Ve/Versus</i>
vd.	: <i>Ve Devamı</i>

RÉSUMÉ

Les licences de droit et de capacité à agir, étant des concepts les plus fondamentaux du droit, sont des institutions permettant aux individus d'avoir leur propre droit et leurs propres actions, et de contracter des dettes. Le droit international privé, y compris les éléments étrangers en cas de litige, est une branche juridique visant à déterminer la loi à appliquer dans les institutions juridiques et dans les cas de litige. La détermination de la loi à appliquer dans le droit internationale privé des licences de droit et de capacité à agir des personnes physiques et l'examen des problèmes actuels de ce sujet sont les sujets principaux de cette étude. Dans ce contexte, des analyses sont effectuées sur les différents systèmes juridiques bénéficiant du droit comparé et une méthode la plus juste sera obtenue pour le thème étudié ainsi que les problèmes.

La licence de droit est une licence qui permet à une personne d'obtenir ses droits. La licence de droit est une branche créée pour expliquer le statut juridique des esclaves pendant le droit romain. Lors de l'époque romaine, les licences de droit privés des esclaves ont fait faces à de nombreuses contraintes à travers l'histoire, et différentes parties de la société ont dû se battre pour obtenir ses licences de droit.

Les dispositions relatives à la licence de droit ont été étudiées dans le système juridique de divers pays. Dans ce contexte, aucune notion de licence de droit ne se trouve dans le droit anglais, au lieu de cela, selon un droit considéré comme naturel, chaque individu est autorisé à avoir des droits de naissance. Il y a différents règlements concernant la licence de droit et la personnalité du fœtus. Bien que les approches de tous les droits de licence contiennent des différences, tous les individus ont des licences de droit dans tous les systèmes juridiques, il a été constaté que le fœtus est protégé en termes de patrimoine et de licence injuste. Les situations qui mettent fin à la licence de droit sont le décès, la présomption de décès et la disparition forcée. La géographie, l'histoire et l'économie des pays sont importants dans les dispositions concernant la présomption de décès et la disparition forcée. En effet, l'Espagne qui s'est concentré aux activités maritimes tout au long de l'histoire, possède des réglementations extrêmement détaillées sur les disparitions en mer. L'Arabie Saoudite dont la majorité des terres est désert, et étant engagé dans le commerce, les réglementations sur les disparitions forcées sont conçues pour couvrir les pertes lors des voyages commerciaux. Concernant les résultats des disparitions forcées, tous les systèmes juridiques en général, y compris avec certaines différences, obtiennent le même résultat. Dans tous les cas, les règlements sur la présomption et la disparition forcée présentent un bon exemple pour l'examen juridique de la mesure des facteurs environnementaux affectant les dispositions légales dans le droit comparé.

La licence de capacité à agir est la licence qui permet à un individu de contracter ses dettes et ses droits. Dans le droit civil, après étude comparé des

dispositions sur la licence de capacité à agir, il a été constaté que les conditions de base pour avoir la licence de capacité à agir et d'atteindre un certain âge et d'avoir la capacité de différencier. Dans ce contexte, certains systèmes juridiques font des réglementations différentes concernant l'âge de puberté. Les enfants de moins d'un certain âge sont considérés comme sans licence dans certains pays, pour l'acceptation de licence des enfants d'un certain âge voulant répondre à leurs besoins quotidiens, il existe de différentes réglementations dans la loi turque. L'une des conditions pour avoir la licence de capacité à agir est qu'en cas d'absence, une limitation de la licence de capacité à agir de l'individu est effectuée. Dans ce contexte, les individus sous tutelle ont des tutelles selon le droit turc et les notions de surveillance et de tutelle rattachées sont déterminées. La notion de tutelle est le tribunal juridique du lieu de résidence de l'individu et la notion de surveillance est le tribunal juridique se trouvant au même endroit.

Pour déterminer la loi à appliquer sur les licences de droit et de capacité à agir, la citoyenneté, le lieu de résidence et la résidence habituelle sont étudiés. La citoyenneté exige l'application du droit de l'État concerné de la personne, le lieu de résidence exige le droit du lieu de résidence de l'individu; la résidence habituelle exige l'application du droit du pays de la résidence habituelle de l'individu. En même temps, des différences de compréhension du lieu de résidence sont visibles entre l'Europe continentale et le droit anglo-saxon. Après examination dans le droit anglais, l'origine du lieu de résidence est divisée en trois, par le lieu de résidence, le lieu de résidence choisi et le lieu de résidence. L'origine, le lieu de résidence est déterminée par le lieu de résidence du père lors de la naissance et cette origine n'est jamais perdue. L'emplacement du lieu de résidence est le lieu de résidence choisi par l'individu. Le lieu d'appartenance est le type de lieu de résidence par la vie commune des enfants de moins de 16 avec leurs parents. Le lieu de résidence dans la loi anglaise est une règle difficile à modifier comme dans le lieu de résidence du droit turc. Dans la loi anglaise, la notion de lieu de résidence est adaptée pour être utilisée par le concept de règle de certitude et de prévisibilité. Dans le système de l'Europe occidentale, il n'y a pas de notion sur le lieu de résidence et il n'y a pas de règle de certitude et de prévisibilité permettant la citoyenneté.

La citoyenneté est fondamentale dans la détermination de la loi applicable à la licence dans le droit turc. Pour les personnes de nationalité multiple, l'application du droit du pays le plus lié à la personne est autorisée. Cependant, si l'une des nationalités de la personne est le turc, le droit turc est appliqué dans tous les cas. Dans le cas d'apatride, il est impossible d'utiliser la base de la citoyenneté pour déterminer le droit à appliquer. Pourtant, les réfugiés ayant fui de leur pays en raison de diverses pressions, ils ne sont pas soumis à la législation nationale. Dans de tels cas, le droit de la résidence, le droit du lieu où se trouve la personne qui a trouvé la loi ne s'appliquent pas.

Les lois de *lex fori* font référence à la théorie d'attribution avec une loi étrangère établissant l'autorisation de règles de conflit dans le cas d'une attribution de loi. La loi étrangère en question parle d'attribution rendue dans le cas d'attribution refaite dans la loi autorisée ; parle d'attribution en cours s'il fait mention d'une troisième loi. La théorie d'attribution dans la législation turque est considérée en un niveau en matière de droit de la famille et de droit de la personne concernée.

Les règles de sécurité de la transaction sont définies selon la législation nationale de la personne concernée dont la transaction est effectuée sans licence sont définies conformément à la loi du lieu et dans la transaction concernée s'il y a licence. Les règles de sécurité des transactions sont classées avec la personne sans licence conformément au droit national, les règles sont faites dans le pays où la sécurité des transactions est fournie, l'application des règles réalisée entre les transactions prêtes et l'application appropriée des transactions. La notion de concept de faire entre les prêts est utilisée pour désigner le même environnement physique et non dans le sens de loi de dette. La règle de sécurité des transactions ne peut être appliquée sur des personnes juridiques et pour l'application des règles de sécurité des transactions, la partie n'ayant pas de problème de licence doit être de bonne foi.

De nos jours, il n'y a presque pas d'application des règles de sécurité des transactions. Toutefois, le développement rapide du commerce électronique permet d'effectuer des transactions sur Internet par des personnes sans licence. Il est recommandé d'utiliser les règles de sécurité dans les transactions pour résoudre ces problèmes. Pour l'application des règles de sécurité des transactions, l'obligation d'être physiquement sur le lieu est abandonnée. En outre, il est conseillé de garantir une sécurité des transactions sur les transactions réalisées sur Internet parce que le but d'assurer la sécurité des transactions internes des règles de sécurité de processus de transaction est laissé.

Le tribunal du droit procédural et du droit privé international m 11 amené en plus de la disparition de forcée ou de présomption de décès est fait sous réserve des institutions de la législation nationale du défunt. Selon la loi de l'étranger national, s'il est impossible de donner la décision de disparition forcée ou de considération comme mort et les biens de cette personne en question, si sa femme se trouve en Turquie ou si un des héritiers est de nationalité turque, la décision de disparition forcée ou de considération comme mort sont acceptées conformément à la loi turque.

La loi à appliquer à la licence de capacité à agir comprend à la fois la loi applicable au contenu de la licence de capacité à agir et les exigences à respecter pour avoir la licence de capacité à agir. Pour la limitation de la licence de capacité à agir, la prise de tutelle ou de limitation ou la suppression des raisons sont du droit national du concerné ; toutes les questions relatives à la limitation ou à la tutelle sont soumises à la loi turque. Dans certains cas exceptionnels, la limitation de l'étranger conformément à la loi turque est autorisée.

Les règles de conflit de lois sur la licence de capacité à agir sont généralement similaires aux règles de conflit de lois sur la licence de droit. En revanche, dans les systèmes juridiques anglo-saxons, la loi à appliquer, le lieu où s'est fait le contrat, la loi à appliquer à la loi ou au contrat sont considérés comme légaux. Cette situation va provoquer de grosses différences avec l'ouverture d'un procès entre les pays du système juridiques de l'Europe continentale et les pays du système juridique anglo-saxon pour les différences de licence.

Le nom est un outil qui caractérise les individus dans la communauté. La loi turque ne fait pas de disposition spécifique en ce qui concerne la détermination du droit à appliquer dans les litiges relatifs au nom de la personne. Mais dans ce cas est considéré comme un vide juridique, la loi à appliquer à la licence de droit et de capacité à agir détermine également la loi à appliquer au nom.

Le tribunal du droit procédural et du droit privé international, établissant le droit à appliquer aux droits et à la capacité à agir, comprend 9 règles générales. Par conséquent, le droit à appliquer à la licence ne couvre pas chaque opération parce que des règles de licence spécifiques sont mises en place pour certaines opérations. À titre d'exemple, dans ce contexte, les règles relatives à la licence de bourse de valeurs, la licence de mariage, la licence de disposition testamentaire et tuteurs de licence peuvent être montrées.

Le changement de la citoyenneté, de la résidence habituelle, du lieu de résidence utilisée de la personne dans la détermination du droit à utiliser dans la licence, sera toujours possible. Par conséquent, le remplacement de la loi applicable à un désaccord sera toujours possible. Pour éviter cette situation, la demeure habituelle, le lieu de résidence ou la citoyenneté à la date du procès qui détermine le droit d'autorité peuvent être acceptés dans le droit turc. Selon le droit national, en d'âge mûr d'une personne, une disposition spéciale a également été introduite pour ne pas perdre l'âge mûr en cas de changement de nationalité.

Suite aux règles du droit international privé, le droit étranger détecté à utiliser peut avoir des conséquences contraires à l'ordre public du pays dans certains cas dans lesquels se trouve le tribunal où se fait la cour. Le cas de l'ordre public incompatible d'un pays ne peut être protégé par les tribunaux du pays. Par conséquent, dans ce cas, le droit public intervient dans le droit à appliquer. Après l'intervention, l'empêchement de l'application du droit étranger est appelé impact négatif de l'application de l'ordre public. Le vide formé par les effets négatifs de l'ordre public rempli par le droit local est classé comme impact positif de l'ordre public. Il est également possible de voir une combinaison des effets positifs et négatifs de l'ordre public.

Le choix du tribunal doit également être examiné dans le cadre de litiges portant sur des éléments étrangers pour résoudre ces différends. Sauf dans des cas exceptionnels, vu qu'il n'y a aucun accord international déterminant les règles d'autorité internationale, chaque état détermine ses propres lois et son autorité internationale des tribunaux. Dans ce contexte, l'autorité internationale des tribunaux turcs est déterminée par référence aux règles d'autorité du droit interne. En outre, pour les affaires juridiques sur le cas des individus, deux pouvoirs spéciaux autorisés se trouvent dans le tribunal du droit procédural et du droit privé international pour les turcs et les étrangers. Grâce à ces règles, un tribunal turc est toujours autorisé dans les affaires judiciaires concernant les circonstances des turcs. Pour les règles relatives au cas de l'individu étranger ou dans les cas où la personne est tenue de veiller à ces intérêts, des mesures sont fournies en Turquie pour pouvoir ouvrir un procès.

Pour que la décision prise par un tribunal étranger soit valide en Turquie, cette décision doit être reconnue et appliquée par les tribunaux turcs. Les conditions pour la reconnaissance et l'application sont limitées avec les tribunaux turcs n'ayant pas d'autorité restreinte en matière de désaccord et que le tribunal étranger est lié au désaccord, la décision de reconnaissance et d'application ne sont pas compatibles avec la décision de l'ordre public turc et doit respecter le procès. Non seulement l'accord de la décision de réciprocité entre les conditions énoncées est recherché mais la décision d'accorder une reconnaissance n'est pas recherchée.

Il y a des contradictions quant à savoir s'il est possible d'appliquer et de reconnaître les décisions de tutelle données par les tribunaux étrangers dans le droit turc. Il n'y a pas eu de consensus sur ce sujet ni dans la doctrine ni à la Cour de cassation. Dans une décision donnée par la Cour de cassation sur le sujet en question, il a été conclu que les décisions judiciaires turques relatives à la tutelle entrent dans une autorité restreinte, ainsi l'application et la reconnaissance des décisions des tribunaux étrangers concernant la tutelle est impossible. La prétention de l'autorité restreinte a été critiquée dans la doctrine et n'a pas été acceptée. La Cour de cassation a reconnu plus tard qu'il n'y a pas d'autorité restreinte et a conclu qu'il est possible de reconnaître et d'appliquer les décisions des tribunaux étrangers. Dans ce contexte, il a également été indiqué que les autorités de tutelle doivent être déterminées en Turquie. Dans la doctrine, divers points de vue sur la reconnaissance et l'application des décisions de tutelle étrangères ont été proposés. Cependant, la récente décision de la Cour de cassation a permis de résoudre le problème.

ABSTRACT

Capacity to have rights and capacity to act are basic concepts of civil law that allows persons to own rights and be obligated by their own actions. Private international law is the field of law that aims to determine the applicable law to disputes and legal transactions with foreign elements. Main subject of this thesis is determining the applicable law to the capacity to have rights and to act of real persons and analysing current problems on this subject. Within this scope, variety of law systems will be examined by using comparative law and most beneficial approaches to the subjects and problems will be determined.

Capacity to have rights allows persons to own every kind of civil rights. The concept was one of the legal concepts that are created by Roman law to explain legal situation of the slaves. Capacity to have rights, which was denied from the slaves in the Roman period, was withheld from some parts of the societies throughout the history and those people had to scramble for their capacity to have rights.

Different countries' regulations of capacity to have rights are examined in comparative perspective. Within this scope, it has been understood that English law does not have the concept of capacity to have rights. Instead, it accepts that every person is capable of having rights by birth in accordance with natural law (*ius naturale*). For the capacity to have rights and personality of the foetus, regulations of different countries are analysed and their differences are determined. Even though there are different approaches to the subject, all law systems grant capacity to have rights to every person. In addition, they protect the foetus against tort and allow it to have right of succession.

The situations that cease capacity to have rights are death, presumption of death and declaration of missing person. There are differences in the laws on death, presumption of death and declaration of missing person because of countries' various geographic, historical and economic conditions. For example, Spain, which is a very advanced country in maritime affairs throughout the history and today, has detailed rules on persons who are lost in the sea. Saudi Arabia which is a mostly desert country and its economy was based on trade historically, has regulations regarding the missing persons during the trade trips. Even though there are some differences in consequences of declaration of missing person, all law systems generally reach same results. Examining declaration of missing person in comparative live perspective clearly shows that law is affected by the environment of people who enacted such law.

Capacity to act allows persons to gain rights and to be obligated by their own actions. As a consequence of examination of capacity to act rules in civil law with the perspective of comparative law, it is determined that in order to fully have capacity to act, a person has to reach a certain age and be mentally healthy. There are

differences in the age of majority between countries. Furthermore some countries have regulations that assume children in specific age group do not have capacity to act completely and children in another specific age group have capacity to act only for providing themselves for their daily needs. These kinds of rules do not exist in Turkish law. If the one of the conditions of having capacity to act is absent, capacity to act of a person shall be restricted. Pursuant to Turkish law, in such situation, a guardian shall be appointed to the person and tutelage authority and supervision authority that have jurisdiction over the guardian and legal transactions regarding the person. The tutelage authority is the civil court of peace in the person's domicile and the supervision authority is the civil court of first instance in the person's domicile.

Citizenship, domicile and habitual residence are examined as connecting factors that are being used to determine the applicable law to capacity to have rights and capacity to act. Citizenship requires application of the law of the country which is the relevant person is a citizen of. Domicile requires application of the law that is applicable in the person's domicile and habitual residence requires application of the law that is applicable in the person's habitual residence. On the other, hand, there are significant differences in the concept of domicile between common law countries and civil law countries. Pursuant to English law, there are three types of domiciles as domicile of origin, domicile of choice and domicile of dependency. Domicile of origin is the domicile of the person's father at the moment of birth of the person and it is not possible to change domicile of origin. Domicile of choice is the place where the person chooses to live permanently. Domicile of dependency is the type of domicile that is owned by the children below the age of 16 because they are living with their parents. It is determined that the concept of domicile in English law cannot be changed easily as Turkish law. Therefore concept of domicile in English law is very convenient to be used as connecting factor in private international law because of the certainty and intensity of the concept. Since the domicile concept in the civil law is not certain and intense as in the common law, countries in civil law system uses citizenship as connecting factor.

Main connecting factor in Turkish law regarding capacity is citizenship. For the persons that have multiple citizenships, the citizenship that has closer connection with the person shall be used as connecting factor. However if one of the citizenship is Turkish citizenship, Turkish law shall be used in every case. It is not possible to use citizenship as connecting factor for stateless persons. Also national law of refugees cannot be applied to them because they left their country due oppression or similar reasons. In the mentioned cases, the following connecting factors will be used: domicile law, habitual law or residence law.

The situation where the foreign law authorized by conflict of laws rules of *lex fori* authorizes another law is examined under the tile of *renvoi*. If the foreign law authorizes the *lex fori*, it is called "returned reference". If the foreign law authorizes another foreign law, it is called "continuing reference". *Renvoi* is accepted in Turkish law for person law and family law with a limitation of single degree reference.

Transaction safety rule may be explained as that person who has not capacity to act pursuant to his national law, shall be bound by the transaction he conducted in a foreign country if he has capacity to act pursuant to law of the foreign country. Conditions of applying the transaction safety rule as follows: not having capacity to act pursuant to national law, conducting legal transaction in a foreign country where

transaction safety will be ensured, conducting legal transaction between present persons and conducting suitable transactions for transaction safety rule. The term of conducting legal transaction between present persons does not mean being present within the scope of obligations law, but it means being physically in the same place. Furthermore the transaction safety rule is not applicable to the legal entities and the person in the country where the transaction safety will be ensured shall have good faith.

Application of transaction safety rule is very rare in practice. On the other hand, generalization of internet allows persons without capacity to act to conduct transactions over internet as if they have sufficient capacity. We are recommending usage of transaction safety rule to solve that problem. Within this scope, the condition of conducting legal transaction between present persons should be abandoned. In addition, switching the purpose from ensuring transaction safety in the country to ensuring transaction safety in the transactions conducted via internet is required.

The applicable law to capacity to have rights comprises the applicable law to beginning and cease of capacity have rights. Article 11 of the Turkish Law on Private International Law and Procedure Law regulates the applicable law to presumption of death and declaration of missing person is national law of the relevant person. As an exception, if a court order on presumption of death or declaration of missing person cannot be rendered pursuant to the person's national law and if the relevant person has property in Turkey or his spouse or one of his inheritors are Turkish citizen, a court order on presumption of death or declaration of missing person can be rendered in accordance with Turkish law.

The applicable law to capacity to act comprises the applicable law to the content of capacity to act and the conditions of having capacity to act. For the limitation of capacity to act, national law of relevant person only applies to the reasons of beginning and ceasing limitation of capacity to act. Apart from them, the applicable law on all aspects regarding limitation of capacity to act shall be Turkish law. However in certain exceptional conditions, capacity to act of a foreigner can be limited fully pursuant to Turkish law.

In general the applicable law to the capacity to have rights and the applicable law to the capacity to act are the same. On the other hand in common law countries, it is accepted that the applicable law is the same with the applicable law to the contract. This difference causes significant discrepancies in the consequences of filing a law suit in civil law countries and common law countries regarding the capacity disputes arising from the same contract.

Name is a tool that allows persons to be separated from each other in the society. To determine applicable law in the disputes regarding the person's name, Turkish law does not have any rule. However this is not considered as legal gap because it has been accepted that the applicable law to the capacity to have rights and capacity to act can also be applicable to the name.

Article 9 of the Turkish Law on Private International Law and Procedure Law which determines the applicable law to the capacity to have rights and capacity to act is a general rule. However it does not comprise capacity in every legal transaction

because the legislator enacted a couple of special capacity rules for some types of legal transactions. Examples for such special rules are as follows: capacity rules on bill of exchange, marriage capacity, capacity on testamentary disposition and capacity to become guardian.

Domicile, citizenship and habitual residence the connecting factors that are being used for determining applicable law to capacity of persons can always be changed by the relevant person. Therefore the applicable law to the dispute can always be changed. In order to prevent such changes, Turkish law accepted that the domicile, citizenship or habitual residence in the date of filing the law suit shall be used as connecting factors to determine the applicable law. In addition to this general rule, Turkish law stated that if a person reaches age of majority pursuant to his national law, he shall not lose his majority even though his national law changes.

The applicable law determined pursuant to private international law rules may cause consequences which are not compatible with public order of the country that the court has jurisdiction. It is not possible for a court to render a decision that is contrary to the public order of its country. Therefore in such situations, public order intervenes to the applicable law. Negative effect of the public order is that the application of the foreign law is prevented as a result of this intervention. Positive effect of the public order can be classified as fulfilling the legal gap which is occurred as a result of negative effect of the public order with the local law or enacting completely new requirement in accordance with public order. Negative and positive effect of the public order can be seen at the same time.

Another important aspect of the disputes with foreign elements is the jurisdiction of the courts regarding such disputes. Except certain rules, in general there are no international treaties regarding international jurisdiction of courts. Therefore every country determines its courts' international jurisdiction with their laws. Within this scope, Turkish courts' international jurisdiction shall be determined pursuant to internal jurisdiction rules. Additionally there are two supportive jurisdiction rules for personal status of Turkish citizens and foreigners in the Law on Private International Law and Procedure Law. These rules allow that there shall always be a Turkish court with jurisdiction regarding personal status of Turkish citizens. Jurisdiction rules regarding personal status of foreigners allow foreigners to file a law suit in Turkey if their interests require it and ensure that interests of Turkish citizens are protected.

In order to enact a foreign court order in Turkey, the foreign court order has to be recognized or enforced by Turkish courts. Conditions of recognition or enforcement of foreign court orders are as follows: reciprocity, absence of exclusive jurisdiction of Turkish courts on the dispute and connection of foreign court to the dispute, absence of foreign court order's clear contradiction with Turkish public order, and respecting the right to a fair trial. It should be stated that principle of reciprocity shall not be required for recognition of foreign court order.

It is a controversial issue in Turkish law whether foreign court orders on tutelage can be recognized by Turkish courts. There is no agreement in Turkish law doctrine or decisions of Court of Cassation. In a decision of Court of Cassation, it is stated that recognition of foreign court decisions on tutelage shall not be possible because Turkish courts have exclusive jurisdiction over the matter. The Turkish

doctrine heavily criticized the decision and stated that that it is not possible to accept Turkish courts' exclusive jurisdiction. In a newer decision of Court of Cassation, the court accepted that Turkish courts does not have exclusive jurisdiction over tutelage decisions and it is possible for Turkish courts to recognize a foreign court order on tutelage. Also it is stated that tutelage authorities in Turkey shall be appointed. Turkish doctrine produced different approaches to the matter. However in our opinion, latest decision of the Court of Cassation resolved the problem fairly.

ÖZET

Hak ve fiil ehliyeti, hukukun en temel kavramları olmakla birlikte, bireylerin hak sahibi olmalarını ve kendi fiilleri ile borç altına girebilmelerini sağlayan kurumlardır. Milletlerarası özel hukuk ise yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, uyuşmazlık konusu olaya ve hukuki kurumlara uygulanacak hukuku tespit etmeyi amaçlayan hukuk dalıdır. İşte bu çalışmanın temel konusu gerçek kişilerin hak ve fiil ehliyetine milletlerarası özel hukuk kapsamında uygulanacak hukuku tespit etmek ve bu konudaki mevcut sorunları incelemektedir. Bu kapsamda karşılaştırmalı hukuktan faydalanılarak çeşitli hukuk sistemleri analiz edilecek ve incelenen konu ve sorunlarla ilgili en doğru yaklaşımlara ulaşılmaya çalışılacaktır.

Hak ehliyeti bir kişinin hak sahibi olabilmesini sağlayan ehliyettir. Hak ehliyeti Roma hukuku döneminde kölelerin hukuki durumunu izah edebilmek için oluşturulmuş kavramlardan biridir. Roma devrinde kölelerden esirgenen hak ehliyeti, tarih boyunca da çeşitli sınırlamalarla karşılaşmıştır ve toplumların değişik kesimleri hak ehliyeti sahibi olabilmek uğruna bedeli çok ağır mücadeleler vermek zorunda kalmıştır.

Hak ehliyetine ilişkili düzenlemeler çeşitli ülkelerin hukuk sistemlerinde incelenmiştir. Bu kapsamda özellikle İngiliz hukukunda hak ehliyeti kavramına hiç yer verilmediği, bunun yerine doğal hukuk düzeni gereği her bireyin doğuştan haklara sahip olmaya yetkin olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Yine ceninin hak ehliyeti ve kişilik sahibi olması konusunda değişik düzenlemeler bulunduğu anlaşılmaktadır. Her ne kadar hak ehliyetine yaklaşımlar konusunda farklılıklar bulunsun da netice itibarıyla tüm hukuk sistemlerinde tüm bireylerin hak ehliyetine sahip olduğu, ceninin miras ve haksız fiil açısından korunmakta olduğu tespit edilmiştir.

Ölüm, ölüm karanesi ve gaiplik hak ehliyetini sona erdiren durumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Ölüm karanesi ve gaiplik konularına ilişkin düzenlemelerin ülkelerin coğrafyalarının, tarihlerinin ve ekonomilerinin etkili olduğu gözlemlenmektedir. Nitekim denizcilik faaliyetlerine tarihi boyunca ağırlık veren İspanya’da denizde kaybolmalarla ilgili son derece detaylı düzenlemeler bulunmaktadır. Topraklarının büyük kısmı çöl olan ve tarihi olarak ticaretle meşgul olan Suudi Arabistan’da ise gaiplik düzenlemeleri ticari seyahatlerde kaybolmaları kapsayacak şekilde kurgulanmıştır. Gaipliğin sonuçları konusunda bazı farklılıklar bulunmaktaysa da genel olarak tüm hukuk sistemleri aynı neticelere ulaşmaktadır. Her halükarda gaiplik ve ölüm karanesine ilişkin düzenlemelerin karşılaştırmalı hukuk kapsamında incelenmesi hukuki düzenlemelerin çevresel etmenlerden ne derece etkilendiğini gösteren önemli bir örnek teşkil etmektedir.

Fiil ehliyeti bir kişinin kendi fiilleri ile hak ve borç altına girebilmesini sağlayan ehliyettir. Medeni hukukta fiil ehliyetine ilişkin düzenlemelerin

karşılaştırmalı olarak incelenmesi sonucu fiil ehliyetine sahip olmanın temel şartlarının belirli bir yaşa ulaşmak ve ayırt etme gücüne sahip olmak olduğu anlaşılmıştır. Bu kapsamda bazı hukuk sistemlerinin erginlik yaşı konusunda farklı düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Kimi ülkelerde belirli yaş altındaki çocukların tamamen ehliyetsiz sayılması, belirli yaş grubundaki çocukların ise günlük ihtiyaçlarını karşılamak için ehliyetli kabul edilmesi gibi Türk hukukundan farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Fiil ehliyetine sahip olmanın şartlarından birisinin eksikliği halinde kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılması gündeme gelmektedir. Bu kapsamda vesayet altına alınan kişilere Türk hukukuna göre vasi atanmakta ve bağlı oldukları vesayet makamı ile denetim makamı belirlenmektedir. Vesayet makamı kişinin yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesi olurken denetim makamı ise aynı yerde bulunan asliye hukuk mahkemesi olmaktadır.

Hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlanma noktaları olarak vatandaşlık, yerleşim yeri ve mutata mesken kavramları incelenmiştir. Vatandaşlık kişinin bağlı bulunduğu devletin hukukunun uygulanmasını gerektirirken, yerleşim yeri kişinin hukuki yerleşim yeri hukukunun; mutata mesken ise kişinin mutata meskeninin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanmasını gerektirmektedir. Aynı zamanda Anglosakson hukuku ile Kıta Avrupası hukuku arasındaki yerleşim yeri anlayışı farklılıklar bulunmaktadır. Bu kapsamda incelenen İngiliz hukukunda yerleşim yeri köken yerleşim yeri, seçilen yerleşim yeri ve bağlı yerleşim yeri olarak üçe ayrılmaktadır. Köken yerleşim yeri kişinin doğumu anında babasının yerleşim yeri olarak belirlenmektedir ve köken yerleşim yeri asla kaybedilmemektedir. Seçilen yerleşim yeri ise kişinin yaşamayı seçtiği yerleşim yeridir. Bağlı yerleşim yeri ise 16 yaşından küçük çocukların aileleri ile birlikte yaşamaları nedeniyle kazandıkları yerleşim yeri tipidir. İngiliz hukukundaki yerleşim yeri kavramının Türk hukukundaki yerleşim yeri gibi kolayca değişmeyen bir kavram olduğu görülmektedir. İngiliz hukukunda yerleşim yeri kavramı sağladığı belirlilik ve kesinlik gibi özellikleri nedeniyle bağlanma noktası olarak kullanılmaya son derece elverişlidir. Kıta Avrupası sisteminde bu şekilde bir yerleşim yeri kavramı bulunmadığı için bağlanma noktası olarak benzer şekilde kesinlik ve belirlilik şartlarını sağlayan vatandaşlık kavramı kullanılmaktadır.

Türk hukukunda ehliyeteye uygulanacak hukukun tespitinde temel bağlama noktası vatandaşlıktır. Birden fazla vatandaşlığı bulunan kişiler için, kişinin daha sıkı ilişkisi bulunan ülkenin hukukunun uygulanması kabul edilmektedir. Ancak kişinin vatandaşlıklarından birisi Türk vatandaşlığı ise her halükarda Türk hukuku uygulanacaktır. Kişinin vatansız olması halinde, uygulanacak hukuku tespit etmek için vatandaşlık esasını kullanmanın imkânı yoktur. Yine mülteciler, çeşitli baskılar sonucu kendi ülkelerinden kaçmış oldukları için, milli hukuklarına tabi olmamaktadırlar. Bu hallerde sırasıyla yerleşim yeri hukuku, mutata mesken hukuku ve kişinin bulunduğu yer hukuku uygulanmaktadır.

Lex fori'nin kanunlar ihtilafı kuralarının yetkili kıldığı yabancı hukukun bir başka hukuka atıf yapması durumu atıf teorisi(*renvoi*) kapsamında incelenmektedir. Söz konusu yabancı hukukun kendisini yetkili kılan hukuka geri atıf yapması halinde iade atıftan; üçüncü bir hukuka atıf yapması halinde ise devam eden atıftan bahsedilmektedir. Türk hukukunda atıf teorisi kişinin hukuku ile aile hukukuna ilişkin konularda tek dereceli olarak kabul edilmektedir.

İşlem güvenliği kuralı bir kişinin milli hukukuna göre ehliyetsiz olmasına rağmen işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehliyetli olması halinde söz konusu işlemle bağlı olması olarak tanımlanmaktadır. İşlem güvenliği kuralının şartları kişinin milli hukukuna göre ehliyetsiz olması, işlemin işlem güvenliği sağlanacak ülkede yapılmış olması, işlemin hazırlar arasında gerçekleştirilmiş olması ve işlemin niteliğinin kuralın uygulanması elverişli olması olarak sıralanabilmektedir. Burada hazırlar arasında yapılma kavramı borçlar hukuku anlamında değil aynı fiziki ortamda bulunma anlamında kullanılmaktadır. Aynı zamanda işlem güvenliği kuralının tüzel kişilerde uygulanamayacağı ve işlem güvenliği kuralının uygulanması için ehliyet sorunu bulunmayan tarafın iyi niyetli olması gerektiği anlaşılmaktadır.

İşlem güvenliği kuralının günümüzde hemen hemen hiç uygulaması bulunmamaktadır. Ancak elektronik ticaretin hızlı gelişimi internet üzerinden yapılan işlemlerde ehliyetsiz kişilerin ehliyetleri varmışçasına işlem yapabilmesine imkân sağlamaktadır. Bu sorunun çözümünde işlem güvenliği kuralının kullanılması önerilmektedir. Bu kapsamda işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için aynı fiziki ortamda bulunma şartı terk edilmelidir. Bunun yanında işlem güvenliği kuralının yalnızca ülke içi işlem güvenliğini sağlama amacını terk ederek internet üzerinde yapılan işlemler hakkında işlem güvenliğini sağlamaya yönelmesi önerilmektedir.

Hak ehliyetine uygulanacak hukuk, hak ehliyetinin başlangıcına ve sona ermesine de uygulanmaktadır. Ölüm karinesi ve gaiplik için ek olarak getirilen MÖHUK m. 11, bu kurumları ölenin milli hukukuna tabi kılmıştır. İstisnai olarak yabancıların milli hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilemiyorsa ve söz konusu kişinin mallarının Türkiye'de bulunması veya eşinin veya mirasçılardan birinin Türk vatandaşı olması hâlinde, Türk hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilebileceği kabul edilmiştir.

Fiil ehliyetine uygulanacak hukuk, hem fiil ehliyetinin içeriğine uygulanacak hukuku hem de fiil ehliyetine sahip olmanın şartlarına uygulanacak hukuku kapsamaktadır. Fiil ehliyetinin kısıtlanması konusunda ise vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri ilgilinin milli hukukuna; bunlar dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesayete ilişkin hususlar ile kayyımlığın Türk hukukuna tabi olması kabul edilmiştir. Yine bazı istisnai hallerde yabancıların Türk hukukuna göre kısıtlanmasına imkân tanınmaktadır.

Fiil ehliyetine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının hak ehliyetine uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları ile genellikle aynı olduğu görülmektedir. Buna karşın Anglosakson hukuk sistemlerinde fiil ehliyetine uygulanacak hukukun sözleşmeye uygulanacak hukuk olduğu kabul edilmektedir. Bu durumun aynı sözleşmeden kaynaklı ehliyet uyuşmazlığı için Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil ülkelerde dava açılması ile Anglosakson hukuk sistemine dâhil ülkelerde dava açılması arasında büyük farklılıklar doğuracağı anlaşılmaktadır.

İsim bireylerin toplum içinde ayırt edilmesini sağlayan bir araçtır. Kişilerin ismine ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespiti konusunda Türk hukuku özel bir hüküm getirmemektedir. Ancak bu durum hukuk boşluğu olarak kabul edilmemekte, hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukun isme uygulanacak hukuku da belirlediği sonucuna varılmaktadır.

Hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuku tespit eden MÖHUK m. 9 genel kural niteliğindedir. Dolayısıyla her işlem için ehliyeteye uygulanacak hukuku kapsamamaktadır zira kanun koyucu bazı işlemler için özel ehliyet kuralları belirlemiştir. Bu kapsamda örnek olarak, kambiyo senetlerine ilişkin ehliyet kuralları, evlenme ehliyeti, ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyeti ve vasi olma ehliyeti gibi durumlar gösterilebilmektedir.

Ehliyeteye uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlama noktaları olan yerleşim yerinin, vatandaşlığın ve mutat meskenin ilgili kişinin iradesine göre her zaman için değiştirilmesi mümkündür. Dolayısıyla bir uyuşmazlığa uygulanacak hukukun da değiştirilmesi her zaman mümkün olabilecektir. Bu durumu önlemek için Türk hukukunda yetkili hukuku belirleyen bağlama noktalarının dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutat mesken olduğu kabul edilmektedir. Bu genel kural yanında kişinin milli hukukuna göre ergin olması halinde, vatandaşlığının değişmesi ile erginliğini kaybetmeyeceğine ilişkin özel bir hüküm de getirilmiştir.

Milletlerarası özel hukuk kuralları neticesinde uygulanacağı tespit edilen yabancı hukuk bazı durumlarda yargılamayı yapan mahkemenin bulunduğu ülkenin kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Bir ülkenin kamu düzenine aykırı durumun o ülke mahkemeleri tarafından bizzat korunması mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu durumda kamu düzeni uygulanacak hukuka müdahale etmektedir. Müdahale sonucunda yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesine kamu düzeninin olumsuz etkisi adı verilmektedir. Kamu düzeninin olumsuz etkisi sonucu oluşan boşluğun yerel hukuk tarafından doldurulması ya da ek bir yükümlülük getiren iç hukuk kuralının uygulanması ise kamu düzeninin olumlu etkisi olarak sınıflandırılmaktadır. Kamu düzeninin olumlu ve olumsuz etkilerinin bir arada görülmesi de mümkündür.

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarla ilgili olarak incelenmesi gereken bir diğer sorun da bu uyuşmazlıkların çözümünde hangi mahkemenin yetkili olacağıdır. İstisnai haller hariç, milletlerarası yetki kurallarını belirleyen uluslararası anlaşmalar bulunmadığı için her devlet kendi kanunları ile mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirlemektedir. Bu kapsamda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iç hukuktaki yetki kurallarına atıf yapılarak belirlenmiştir. Bunun yanında kişi hallerine ilişkin davalarda Türkler ve yabancılar için iki özel yetki kuralı MÖHUK'da yer almaktadır. Bu kurallar sayesinde Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda her zaman bir Türk mahkemesi yetkili olmaktadır. Yabancıların kişi hallerine ilişkin yetki kuralı da yabancıların çıkarlarının gerektirdiği durumlarda Türkiye'de dava açabilmelerini ve Türk vatandaşlarının korunmasını sağlamaya yöneliktir.

Yabancı ülke mahkemesi tarafından verilen bir mahkeme kararının Türkiye'de de hüküm ifade edebilmesi için bu kararın Türk mahkemeleri tarafından tanınmasına ve tenfiz edilmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Tanıma ve tenfiz kararı verilebilmesinin şartları mütekabiliyet, Türk mahkemelerinin uyuşmazlıkla ilgili olarak münhasır yetkisi bulunmaması ve yabancı mahkemenin uyuşmazlıkla bağlantılı olması, tanıma veya tenfiz konusu kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması ve adil yargılanma hakkına uyulması olarak sıralanmaktadır. Sayılan şartlardan yalnızca mütekabiliyet tenfiz kararı verilmesi için aranmaktayken tanıma kararı verilebilmesi için aranmamaktadır.

Türk hukukunda yabancı mahkemelerce verilmiş vesayet kararlarının tanınmasının mümkün olup olmadığı konusunda çelişkiler bulunmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak gerek doktrinde gerek Yargıtay kararlarında görüş birliğine varılamamıştır. Yargıtay konuyla ilgili olarak verdiği bir kararda vesayete ilişkin kararların Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiği ve bu nedenle vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Münhasır yetki iddiası doktrinde eleştirilmiş ve kabul görmemiştir. Yargıtay daha sonra verdiği bir kararda münhasır yetki olmadığını kabul etmiş ve yabancı mahkeme kararının tanınmasının mümkün olduğu sonucuna varmıştır. Bu kapsamda Türkiye’de ayrıca vesayet makamlarının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Doktrinde ise yabancı vesayet kararlarının tanınmasına ilişkin çeşitli görüşler öne sürülmektedir. Ancak kanaatimizce Yargıtay’ın son verdiği karar sorunu çözüme kavuşturulmasını sağlamıştır.

GİRİŞ

Hak ehliyeti, Türk hukukunda ve Kıta Avrupası hukuk sistemine bağılı diğerk ülkelerin hukuklarında yer almakta olan en temel kavramlardan birisi olup kişinin hak sahibi olmasına imkân tanıyan ehliyet olarak tanımlanmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 8. maddesi her kişiye hak ehliyeti tanımaktadır. Benzer düzenlemeler birçok ülke hukukunda da yer almaktadır.

Fiil ehliyeti kişinin kendi fiilleri ile hukuki sonuçlar doğurabilmesini sağlayan ehliyet olarak tanımlanmaktadır. Hak ehliyetinin aksine fiil ehliyeti hem Kıta Avrupası hukuk sisteminde hem de Anglosakson hukuk sisteminde yer almakta olan bir kavramdır.

Milletlerarası özel hukuk, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk uyuşmazlıklarında hangi ülke hukukunun uygulanacağını tespit etmeyi amaç edinmiş olan hukuk dalıdır. Bu açıdan milletlerarası özel hukukun söz konusu uyuşmazlığın esasına doğrudan uygulanmayan ancak esasa uygulanacak hukuku tespit eden hukuk dalı olduğunu söylemek mümkündür.

Milli hukuk sistemlerinin aynı ya da benzer konularda birbirlerinden farklı düzenlemeler yapmış olmaları ve uygulanacak hukukun tespitinde farklı bağlama noktaları kullanmaları yabancılık unsuru olan olayların hangi hukukun uygulanması yoluyla çözümleneceğinin tespitini önemli hale getirmektedir. Zira bu konuda yapılacak bir hata uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun değişmesine ve dolayısıyla da adil olmayan sonuçlara ulaşılabilmesine sebep olabilecektir.

Bu çalışmanın temel konusu hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukun milletlerarası özel hukuk kuralları kapsamında tespit edilmesi olarak belirlenmiştir. Ayrıca hak ve fiil ehliyetinin tarihçesi ve kapsamı çeşitli ülke örnekleri ile karşılaştırmalı olarak incelenecektir.

Çalışmamızda detaylı olarak incelenen diğer bir konu da ehliyeteye uygulanacak hukuk kapsamında bir istisna olarak değerlendirilen işlem güvenliği kuralıdır. İşlem güvenliği kuralı doktrinde klasik olarak işlendiği şekilde incelendikten sonra söz konusu kuralın elektronik ticaret kapsamında yaşanan bir takım sorunların çözümünde kullanılabilecek şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı konusunda irdellemeler yapılacaktır.

Milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanması sonucu ülke içinde uygulama alanı bulan yabancı hukukun söz konusu ülkedeki kamu düzenini ihlal etmesi halinde nasıl hareket edilmesi gerektiği çalışmamızda analiz edilecek bir diğer konu olacaktır.

Milletlerarası usul hukuku açısından ise ilk olarak hak ve fiil ehliyetine ilişkin konularda Türk mahkemelerinin yetkisi incelenecektir. Sonraki bölümde ise tanıma ve tenfiz konusu, ehliyeteye ilişkin mahkeme kararları ön plana çıkarılarak, incelenecektir.

I. HAK VE FİİL EHLİYETİ KONUSUNDA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. Hak ve Fiil Ehliyeti Kavramları

1. Hak Ehliyeti

a) Hak Ehliyeti Kavramı

Kişi bir hukuk terimi olarak, hak sahibi olabilen varlık anlamına gelmektedir.¹ Kişiler gerçek ve tüzel kişiler olarak ikiye ayrılmakta olup tüzel kişiler de niteliği uygun düştükçe gerçek kişilerin sahip olduğu haklardan yararlanabilmektedirler.² İşte gerek tüzel kişilerin gerekse gerçek kişilerin haklara ve borçlara sahip olabilmelerine imkân tanıyan ehliyet Kıta Avrupası hukuk sisteminde hak ehliyeti adı verilmektedir.³

Günümüzde her kişinin istisnasız bir şekilde hak ehliyetine sahip olduğu düşünülünce kişilik ve hak ehliyeti kavramlarının neden ayrılması gerektiği ve bunun hangi amaçlara hizmet ettiğini değerlendirmek gerekmektedir. Söz konusu kişilik ve hak ehliyeti kavramları Roma hukuku döneminden itibaren kölelerin hukuki statüsünü tespit etmek amacıyla birbirilerinden ayrılmışlardır.⁴ Roma hukukunda

¹ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, 12. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009 s. 2; Hüseyin Hatemi/Burcu Kalkan Oğuztürk, **Kişiler Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013 s. 1; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, **Kişiler Hukuku**, 5. Baskı, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2014, s. 3; Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş. 2013, s. 229; Dural Mustafa Dural/Tufan Öğüz, **Kişiler Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 5; Rona Serozan, **Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 201.

² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 2; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 2; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 168; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 541.

³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 38; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 3; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 19; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 267; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 39; Serozan **a.g.e.** s. 415.

⁴ Bülent Tahiroğlu/Belgin Erdoğan, **Roma Hukuku Dersleri**, 5. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2009, s. 137; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 1999 s.

köleler de kişi olarak kabul edilmelerine rağmen hak edinmelerini engellemek adına hak ehliyetinden yoksun bırakılmışlardır. Buna karşılık doğal hukuk ekolünde her insan eşit olarak kabul edildiği için hak ehliyeti ve kişilik kavramlarının ayrılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.⁵

Hukuk sistemlerindeki mevcut durum incelendiğinde ise Kıta Avrupası hukuk sistemi ile İslam hukuku⁶ sistemine dâhil olan ülkelerde hak ehliyeti kavramının varlığını sürdürdüğü görülmektedir. Buna karşılık İngiliz hukukunda⁷ ve Anglosakson hukukunda hak ehliyeti kavramının kullanımı terk edilerek her insanın doğal hukuk düzeni gereği haklara sahip olmaya ehil olduğu kabul edilmiştir.⁸ Dolayısıyla da hak ehliyeti gibi bir kavramın kullanılmasına ihtiyaç duyulmamıştır.

Hemen her ülke hukukunda olduğu gibi Türk hukuku (TMK m. 8) da her insana hak ehliyeti tanımış aynı zamanda her insanın hukuk düzeninin sınırları içinde hak ehliyetini eşit bir şekilde kullanabileceğini hüküm altına almıştır.⁹ Bunun yanında ülkelerin anayasaları ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹⁰ (madde 1, 2, 4, 6) her insanın hak sahibi olabileceğini güvence altına almış ve dolayısıyla köleliği yasaklamıştır. İnsanlığın geldiği mevcut durum itibarıyla köleliği tanıyan herhangi bir hukuk sistemi dünya üzerinde kalmamıştır.¹¹

156; Buse Aksaray, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 19; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 1.

⁵ Yasemin Işıktaç, **Hukuk Felsefesi**, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006 s. 301; Umur, **a.g.e.** s. 157.

⁶ Joseph Schacht, **An Introduction to Islamic Law**, New York, Oxford University Press 1982 s. 124.

⁷ İngiliz hukuku Anglosakson hukuk sistemini doğuran hukuk olarak kabul edilebilecek niteliktedir. İngiliz hukukunun üç temel kaynağı bulunmaktadır. Bunlardan ilki yüzyıllardır mahkemelerce verilmiş kararlardan oluşan ve hala gelişmeye devam eden *Common Law* hukukudur. İkinci kaynak *Common Law* tarafından oluşturulan hukuk kurallarının adaletsizliğe sebep olduğu durumları düzeltmeyi amaçlayan ve tarihi dönemler içerisinde Kral tarafından özel olarak oluşturulmuş bir mahkemenin kararlarından oluşan *Equity Law* hukukudur. *Equity Law* bağımsız hukuk kuralları olmayıp yalnızca *Common Law* tarafından oluşturulan kuralları adaletli hale getirmektedir. İngiliz hukukundaki son hukuk kaynağı ise İngiltere Parlamentosu tarafından çıkarılan yasalardır. (Sarah Worthington, **Equity**, New York, Oxford University Press, 2003, s. 3 vd.).

⁸ William Blackstone, **Commentaries on the Laws of England**, Oxford, The Clarendon Press, 1765 s. 155.

⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 38; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 4; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 20; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 272; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 40; Serozan **a.g.e.** s. 418.

¹⁰ Metine ulaşmak için bkznz. <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf> 13.03.2014.

¹¹ Dünyada köleliğin durumu hakkında detaylı bilgi için bkznz. Walk Free Foundation, **The Global Slavery Index 2013**, http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-centre/2013/GlobalSlaveryIndex_2013_Download_WEB1.pdf 28.12.2013.

Hak ehliyetinin tüm insanlara tanınmasının doğuştan gelen farklılıklar nedeni ile var olan eşitsizlikleri giderememekte olduğunu belirtmekte fayda vardır. Zira hukuk düzeni mevcut farklılıkları ortadan kaldırmaya yetkin olmadığı gibi söz konusu farklılıkları ortadan kaldırmayı da amaçlamamıştır. Ayırım yapmaksızın herkesin hak ehliyetine sahip olması, kişilerin hak ve borçlara sahip olma konusunda potansiyel olarak eşit olması anlamına gelmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere kişilik ve hak ehliyeti kavramları Roma hukukunda kölelerle özgür insanları ayırt etmek amacıyla geliştirilmiştir. Ayrıca yine Roma hukukunda yer alan insan formunda doğmayan çocuğa hak ehliyeti tanınmaması kuralı da dönemin dini inançlarından kaynaklanmaktadır.¹² Hak ehliyeti ile kişilik kavramlarının ayrılma sebepleri açısından konuya bakıldığında kanaatimizce günümüzde artık hak ehliyeti kurumuna ihtiyaç kalmadığını söylemek mümkündür. Zira kölelik kurumu tüm dünya hukuk sistemleri tarafından terk edilmiştir. Buna bağlı olarak da hak ehliyetinin pratikte herhangi bir önemi kalmamıştır. Kanaatimizce hak ehliyeti konusuna, kavramı tamamen ortadan kaldıran İngiliz hukukunun yaklaşımı en makul görüşü oluşturmaktadır. Cenine belirli konularda hak ehliyeti tanınması nedeniyle hak ehliyeti kavramının gerekli olduğu öne sürülebilecekse de, İngiliz hukukunda olduğu gibi, cenin korunmasını hak ehliyeti kavramı olmadan da sağlamak mümkündür. Dolayısıyla böyle bir gereklilikten bahsetmenin yerinde olmayacağı düşünülmektedir.

b) Hak Ehliyetinin Başlangıcı

Kişiler gerçek ve tüzel kişiler olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Gerçek kişiler insanlardan oluşurken, tüzel kişiler dernek, vakıf ve şirketler gibi hukuk düzeni tarafından kişilik tanınmış organizasyonlardan oluşmaktadır.

İnsanların kişilik kazanması, Türk hukukuna (TMK m. 28) göre sağ olarak doğma şartına bağlıdır. Sağ olarak doğma şartının sağlanabilmesi için çocuğun anadan ayrılması ve bir an için de olsa bağımsız yaşayabilmesi gerekmektedir.¹³

¹² Umur, **a.g.e.** s. 155.

¹³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 12; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 10; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 14; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 241; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 17; Serozan **a.g.e.** s. 422.

Çocuğun deforme olmuş bir şekilde doğması, Roma hukukunun aksine, kişiliğin kazanılmasına engel değildir.¹⁴ Türk hukukunda (TMK m. 28) kişiliğin başlangıcı ile hak ehliyetinin kazanılması aynı anda gerçekleşmemektedir. Hak ehliyeti kişinin, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanılırken hukuki anlamda kişilik doğumun tamamlanması ile kazanılmaktadır.¹⁵ Açıklanan durumun neticesinde cenin kişi olarak kabul edilmemesine rağmen ceninin hak ehliyetine sahip olduğu sonucuna varılmaktadır. Kanun koyucunun bu düzenleme ile sağlamaya çalıştığı amaç, doğmamış çocuğun sağ doğması halinde, ana rahminde bulunduğu süre boyunca çocuğa malvarlığı hakları açısından koruma sağlamaktır.¹⁶

Alman hukukunda,¹⁷ Türk hukukundan farklı olarak, kişiliğin ve hak ehliyetinin başlangıcı doğum olarak kabul edilmektedir. TMK'ya göre daha kazuistik yapıda olan BGB'de, cenine hak ehliyeti tanınmamasına rağmen, ceninin miras paylaşımında ya da haksız fiiller sonucu zarar görmesi halinde korunabilmesi için özel kurallar getirilmiştir. Bu durum cenine hak ehliyeti tanınmamasından dolayı Alman doktrininde eleştirilmektedir.¹⁸

Alman hukukunun izlerini takip eden *Çin hukukunda*¹⁹ da hak ehliyetinin başlangıcı olarak doğum kabul edilmiş ve cenine hak ehliyeti tanınmamıştır. Mevcut düzenlemelerle ceninin miras açısından korunması sağlanmışsa da Alman hukukundan farklı olarak ceninin haksız fiillerden korunması için herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.²⁰

¹⁴ Umur, **a.g.e.** s. 155.

¹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 17; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 9; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 14; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 244; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 17.

¹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 17; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 9; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 15; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 244; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 21; Serozan **a.g.e.** s. 422.

¹⁷ Almanya Medeni Kanunu m. 1 http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf 13.10.2013.

¹⁸ Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 21.

¹⁹ Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 9 <http://jura-foerster.de/data/documents/China-General-Principles-etc..pdf> 13.10.2013.

²⁰ Bu durumun gerekçesinin Çin'de uygulanan sert tek çocuk politikası olduğu söylenebilir. Zira tek çocuk politikasına aykırı olarak hamile kalan kadınların, hamileliğinin hangi döneminde olduğu bakılmaksızın kürtaja tabi tutuldukları bilinen bir gerçektir. Bu durum uzun yıllardır insan hakları ihlallerine sebep olmaktadır.

*İspanyol hukukunda*²¹ da her kişinin hak ehliyetine sahip olduğu ve hak ehliyetinin kişiliğin kazanılmasıyla başlayacağı kabul edilmektedir. Kişiliğin başlangıcı ise doğum olarak kabul edilmiştir. Cenine hak ehliyeti tanınmamış ise de ceninin çıkarlarının gerektirdiği durumlarda ceninin, sağ doğmak şartıyla, doğmuş kabul edilebileceği hükmü getirilmiştir. İspanyol Medeni Kanunu, sağ doğmanın şartlarını da doğan bebeğin insan görünümünde olması ve anneden tamamen ayrıldıktan sonra 24 saat yaşaması olarak belirlemiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, yeni doğan çocuğun insan formunda olması şartını aramak çağ dışı bir uygulamadır.

Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan *Filipinler hukukunda*²² Türk hukukundan farklı olarak hak ehliyetinin sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düşme ile kazanılması şeklinde açık bir düzenleme yapılmamıştır. Buna karşılık İspanyol hukukuna benzer olarak ana rahminde olan çocuğun, çocuğun çıkarlarının gerektiği durumlarda, doğmuş olarak kabul edilmesi kuralı kabul edilmiştir. Doğmuş olarak kabul edilebilme konusunda da Filipinler hukuku çocuğun sağ doğması şartını aramış ve bu şartın sağlanması konusunda çocuğun rahimde kalış süresine göre ayırma gitmiştir. 7 ay veya daha az süreli ana rahminde kalarak erken doğan çocuğun sağ doğma şartını sağlayabilmesi için anneden tamamen ayrıldıktan sonra en az 24 saat yaşaması gerekmektedir. 7 aydan fazla ana rahminde kalan çocuklar için ise doğum anında sağ olmak yeterli kabul edilmiştir.

*Katar Medeni Kanunu'nun*²³ ilk maddesi Şeriat hükümlerinin ancak kanunda hüküm bulunmaması halinde uygulanabileceğini hüküm altına almıştır. Kanunda da hak ehliyeti ile ilgili düzenlenmeler bulunduğu için İslam hukukundaki ehliyet düzenlemelerini uygulama imkânı ortadan kalkmıştır. Katar Medeni Kanunu da Türk hukuku gibi sağ doğmak koşulu ile ceninin de hak sahibi olabilmesine imkân vermiştir. Yine aynı şekilde cenini kişi olarak kabul etmemiş ve kişiliğin başlangıcını doğum olarak belirlemiştir.

²¹ İspanya Medeni Kanunu m. 29 – 30 http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=221319 13.10.2013.

²² Filipinler Medeni Kanunu m. 37 – 41 http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=225740 13.10.2013.

²³ Katar Medeni Kanunu m. 39 – 40 http://www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2559&language=en#Section_8875 13.10.2013.

*Suudi Arabistan hukukunda*²⁴ kişiliğin başlangıcına ilişkin olarak açık bir fetva bulunmamaktadır. Konuyla ilgili olabilecek birkaç fetvada²⁵ sperm, yumurta ve embriyonun canlı varlıklar olduğu kabul edilmiş ancak ceninin 4 aylık ya da daha küçük olması durumunda, söz konusu 4 aylık süre içinde doğan bebeğe cenaze töreni yapılmaması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçe olarak ise hamileliğin ancak 4. ayında cenine ruh üflendiği gösterilmiştir. Bu durum Suudi Arabistan hukukunda kişiliğin hamileliğin 4. ayından itibaren başladığı şeklinde yorumlanabilir. Hak ehliyeti açısından ise cenin sağ doğmak koşulu ile döllenmeden itibaren hak ehliyetine sahip olarak kabul edilmektedir. Ceninin yaşam hakkı tanınmış olup kürtaj sert bir şekilde yasaklanmıştır.²⁶ Ceninin miras hakkı tanınmış ve konuyla ilgili olarak detaylı fetvalar yayınlanmıştır.²⁷

Yukarıda da açıklandığı üzere doğal hukuk ekolünü takip eden *İngiliz hukukunda* hak ehliyeti kavramı bulunmamakta olup her insanın insan olması nedeniyle hak sahibi olabileceği kabul edilmektedir. Ceninin kişiliği ise İngiliz hukukunda kabul edilmemektedir. Buna rağmen ceninin, sağ doğması koşuluyla, mirasçı olabilme hakkı bulunmaktadır.²⁸ Ayrıca ceninin ana karnındayken haksız fiiller sonucu zarara uğraması halinde zararlarını tazmin etme hakkı bulunmaktadır.²⁹

Hak ehliyeti ve kişiliğin başlangıcı konusunda çeşitli hukuk sistemlerinin birbirlerinden farklı düzenlemeler yapmış oldukları görülmektedir. Bu nedenle hak ehliyeti konusunda uluslararası alanda bir yeknesaklaşmadan bahsetmek mümkün değildir. Her ne kadar farklı düzenlemeler bulunsun da genel olarak tüm hukuk sistemlerinde aynı sonuca ulaşıldığı görülmektedir. Zira her hukuk sisteminde tüm

²⁴ Suudi Arabistan'da modern anlamda bir medeni kanun yürürlükte bulunmamaktadır. Bunun yerine İslam hukuku ülkede uygulanmaktadır. İslam hukukunun uygulanması ve Kur'an-ı Kerim'in yorumlanması konusunda ise yetkilendirilmiş bir devlet kurumu oluşturulmuştur. Bu kurumun çıkarmış olduğu fetvalar bağlayıcı hukuk kuralları olarak kabul edilmektedirler.

²⁵ Fatwas of the Permanent Committee, Group 2, Volume 4: Fiqh – Taharah <http://www.alifta.com/Search/ResultDetails.aspx?language=en&lang=en&view=result&fatwaNum=&FatwaNumID=&ID=11707&searchScope=7&Searc%E2%80%A6> 26.01.2014.

²⁶ Fatwas of the Permanent Committee, Group 1, Volume 21, <http://www.alifta.com/Search/ResultDetails.aspx?language=en&lang=en&view=result&fatwaNum=&FatwaNumID=&ID=8277&searchScope=7&Searc%E2%80%A6> 26.01.2014.

²⁷ Fatwas of Ibn Baz, Volume 20, Book on Inheritance, Chapter on the Ruling on Pregnancy, Part No. 20; Page No. 167 <http://www.alifta.com/Search/ResultDetails.aspx?language=en&lang=en&view=result&fatwaNum=&FatwaNumID=&ID=3935&searchScope=14&Searc%E2%80%A6> 26.01.2014.

²⁸ Andrew Burrows, **English Private Law**, 3. Baskı, Oxford University Press, 2013 s. 702.

²⁹ Burrows, **a.g.e.** s. 939.

insanlara hak ehliyeti tanınmıştır ve cenin miras ile haksız fiiller açısından korunmaktadır.

Hak ehliyetinin başlangıcı konusunda ceninin durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira cenine sağ doğmak koşulu ile döllenmeden itibaren hak ehliyeti tanınmakta ya da hak ehliyeti tanınmasa bile malvarlığı açısından korunması sağlanmaktadır. Böylelikle ceninin mal varlığı açısından korunması sağlanmaktadır. Ancak cenine mal varlığı tanınmasına rağmen yaşam hakkı tanınmaması (Suudi Arabistan hukuku hariç³⁰) eleştirilere maruz kalmakta ve durumun etikliğinin sorgulanmasına sebebiyet vermektedir. Kanaatimizce mevcut teknolojik imkânlar dâhilinde bu durum annenin ve toplumun yararlarını korumak adına yerinde bir düzenlemedir. Ancak, tıpkı babalık karinelerinin DNA testinin geliştirilmesi ile önemini kaybetmesi gibi, ceninin ana karnından sağ olarak alınıp yapay yöntemlerle yaşamını devam ettirmesine olanak sağlayan teknolojilerin geliştirilmesi halinde mutlaka cenine yaşam hakkı da tanınmalıdır.

c) Hak Ehliyetinin Sınırlandırılması

Hak ehliyetinin mutlak olarak sınırlandırılması günümüzde hukuk düzenleri tarafından cevaz verilen bir durum olmaktan çıkmıştır. Ancak kişilerin farklılıkları nedeniyle hak ehliyetinin bazı durumlarda sınırlandırılması mümkün hale getirilmiştir. Bunun yanında tarihi dönemler içinde, dine, cinsiyete ve ırka dayalı sebeplerle hak ehliyetinin sınırlandırıldığı görülmüştür. Hatta cinsiyete dayalı olarak hak ehliyetinin kısıtlanmasına ilişkin uygulamaların bazıları günümüzde dahi devam etmektedir.

Bilindiği üzere hak ehliyeti yalnızca gerçek kişilere değil aynı zamanda tüzel kişilere de tanınmaktadır. Tüzel kişiler ise insanlar tarafından oluşturulmuş yapay kişilerdir. Gelecekte insanlar tarafından klonlanmış kişiler, insan zekâsına sahip yapay zekâlar, insan görünümünde ve zekâsında robotlar üretilmesi mümkündür. Mevcut hukuk normları anılan varlıkların kişilik veya hak ehliyeti sahibi olmasına imkân tanımamakta olsa da gelecekte söz konusu varlıkların hak ve fiil ehliyetleri

³⁰ Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 11 vd.

konusunda düzenlemeler yapmak gerekecektir. Açıklanan ihtimaller hak ehliyeti konusunda gelecekte yaşanabilecek sorunlara örnekler teşkil etmektedir.

Hak ehliyetinin sınırlanması konusunda yapılacak incelemede öncelikle tarihi dönemler içerisinde hak ehliyetinin kısıtlandığı bazı durumlar incelenecek ve ardından hak ehliyetinin kısıtlanması ile ilgili olarak günümüzdeki durumlar ele alınacaktır.

(1) Hak Ehliyetine Tarihi Dönemler İçinde Getirilen Kısıtlamalar

Tarihi dönemler içinde hak ehliyetine getirilen en büyük kısıtlamalardan biri köleliktir. Antik çağlardan 19. yüzyıla kadar olan dönemde kölelik olgusu varlığını sürdürmüştür.³¹ Köle, hak ehliyeti olmayan ve mal statüsünde bulunan insan anlamına gelmektedir. Günümüzde köleliğin ortadan kaldırılmış ve hak ehliyetinin her insana tanınmış olmasına rağmen insanlığın bu seviyeye ulaşabilmesinin bedeli ağır olmuştur. Antik Yunan filozofları; köleliğin, her insanın eşit olduğunu kabul eden doğal hukuk düzenine aykırı olduğunu belirtmiş olmalarına rağmen kölelerin özgür bırakılmasına ilişkin herhangi bir adım atmamışlardır.³² İslam hukukunda kölelik kurumunun durumu tartışmalıdır. *Hatemi*'ye göre İslam hukukunda kölelik kurumu bulunmamaktadır. Köle olarak kabul edilen savaş esirleri koruyucu ailelere verilmekte ve o ailelerin fertleri gibi muamele görmektedir. Yani bir başka deyişle köle olarak kabul edilen savaş esirlerinin hak ehliyetinin ortadan kaldırılması değil fiil ehliyetinin sınırlandırılması söz konusudur. Ancak *Hatemi* örfi hukuk yoluyla İslam toplumuna kölelik kurumunun yerleştirilmiş olduğunu belirtmektedir.³³

Yeniçağda, 1776 tarihinde ilan edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesinde³⁴ ve 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde³⁵ tüm insanların eşit olduğu ilan edilmiştir. Bu belgelerin özel hukuktaki yansıması, hak ehliyetine tüm insanların sahip olması gerektiği düşüncesidir. Bu gelişmelere rağmen köleliğin

³¹ Çoşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnehal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, 13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s. 106; Köleliğin tarihi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Slavery's Roots: War and Economic Domination**, <https://www.freetheslaves.net/SlaveryinHistory> 21.11.2013.

³² Işıktaç, **a.g.e.** s. 79; Umut, **a.g.e.** s. 157.

³³ Hüseyin Hatemi, **İslam Hukuku Dersleri**, 4. Bası, İstanbul, Sümer Kitabevi, 2012 s. 77.

³⁴ http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html 01.05.2014.

³⁵ http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst2.pdf 06.05.2014.

yasaklanması daha ileri tarihlerde gerçekleşebilmiştir. Hatta Amerika Birleşik Devletlerinde köleliğin kaldırılması ancak uzun bir iç savaş sonucu mümkün olmuştur. İngiltere’de ise ilk defa 1597’de verilen bir mahkeme kararıyla İngiltere topraklarına ayak basan her kölenin özgür olacağı kabul edilmiştir.³⁶ Köleliği tamamen kaldıran 1833 tarihli yasaya kadar olan dönemde anılan bu kararlar aynı doğrultuda veya aksi görüşte birçok mahkeme kararı ortaya çıkmıştır.³⁷

Hak ehliyetinin kısıtlanması konusunda en çarpıcı örneklerden birisi de, Nuremberg Kanunları olarak bilinen kanunlarından birisi olan 15 Eylül 1935 tarihli Alman Kanının ve Alman Onurunun Korunması Hakkında Kanundur.³⁸ Bu kanun, Yahudilerle Almanların evlenmesine yasak getirerek hak ehliyetine ırk ayrımına dayalı bir sınırlama getirmiştir. Buna benzer kanunlar Nazi Almayasının müttefiki olan diğer ülkelerde de çıkarılmıştır.

(2) Hak Ehliyetinin Kısıtlanmasına İlişkin Güncel Sorunlar

(a) Hak Ehliyetinin Kısıtlanmasında Genel Kural

Türk hukukunda hak ehliyetinin yalnızca belirli bir gruba ait kişilere tanınması şeklinde bir kısıtlama yapmak Anayasa m. 10 gereği mümkün olmamaktadır. Buna karşılık TMK m. 8 hukuk düzeninin hak ehliyetinin kullanılmasını kısıtlayabileceğini öngörmüştür. Buna bağlı olarak da yaş, cinsiyet, yabancılık gibi unsurlara dayanılarak hak ehliyetine kısıtlamalar getirilmiştir. Bu kısıtlamalara tipik örnekler; evlenme yaşı, kadının soy bağıını reddetme hakkının bulunmaması, yabancıların Türkiye’de mal edinme haklarının kısıtlanması örnek gösterilebilmektedir. Diğer ülkelerin hukuk düzenleri de hak ehliyetine çeşitli kısıtlamalar getirmektedir. Ancak bu kısıtlamalar ülkelerin kültürlerine, coğrafi konumlarına ve diğer özelliklerine bağlı olarak değişmektedir. Bu duruma en temel örnek, evlenme yaşının her ülkede farklı olması gösterilebilmektedir.

³⁶ Cartwright kararı olarak anılan bu kararın orijinal belgelerine ulaşamamıştır. Detaylı bilgi için bkzn. <http://www.british-history.ac.uk/report.aspx?compid=74904&strquery=cartwright%20russia> 17.03.2014.

³⁷ Köleliğin Kaldırılması Kanunu 1833 (*Slavery Abolition Act 1833*) http://www.pdavis.nl/Legis_07.htm 22.11.2013.

³⁸ <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/nurmlaw2.html> 06.06.2014.

(b) Hak Ehliyetinin Kısıtlandığı Bazı Durumlar

Günümüzde hak ehliyetine getirilen kısıtlamalardan yabancıların taşınmaz edinmesine getirilen sınırlamalar, evli kadının soyadını koruyamaması ve eşcinsel evlilikler bu başlık altında değerlendirilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki söz konusu kısıtlamalardan evlenen kadının erkeğin soyadını alması zorunluluğu ve eşcinsel evliliklere müsaade edilmemesi konuları dünyada güncel olarak tartışılmakta ve söz konusu sınırlamalar kaldırılmaya başlanmaktadır.³⁹ Ülkemizde ise eşcinsel evlilikler konusunda henüz somut bir adım atılmaktan uzak olursa da evli kadının kendi soyadını koruması konusunda verilen Anayasa Mahkemesi kararları belirli bir aşama kaydedilmesini sağlamıştır.

(i) Yabancıların Taşınmaz Edinmesi

Hak ehliyetine getirilen kısıtlamalardan birisi yabancıların bir başka ülke içinde taşınmaz edinmelerine getirilen sınırlamalardır. Eski çağlardan itibaren var olan bu uygulamaya göre, yabancıların mal edinmesi bazı dönemlerde tamamen kısıtlanmış; bazı dönemlerde ise, özel bir ayrıcalık olarak belirli kişilere tanınmıştır.⁴⁰ Günümüzde ise yabancıların bir başka ülkede taşınmaz edinmesi konusunda hemen her ülke mevzuatında kısıtlamalar bulunmaktadır. Türkiye’de de Anayasa’nın 16. maddesi gereği yabancıların temel hak ve hürriyetlerinin dolayısıyla da yurtiçindeki mülkiyet haklarının sınırlandırılabileceği kabul edilmektedir. Kanaatimizce her ne kadar bu durumun hak ehliyetinin sınırlandırılması olarak kabul edilmesi mümkünse de bu sınırlamanın, meşru dayanaklar bulunması nedeniyle, devam etmesi gerekmektedir. Nitekim Osmanlı İmparatorluğu’nun 1868’de yabancıların taşınmaz edinmelerini serbest bırakmasından sonra yabancıların aşırı miktarda taşınmaz satın aldığı ve bu durumun birçok ekonomik, siyasal ve sosyal sakıncalara sebep olduğu görülmüştür. Bir başka örnek olarak günümüzdeki İsrail devletinin temellerinin Yahudi göçmenlerin Filistin’de taşınmaz edinmeye başlamaları ile atılması olarak gösterilebilmektedir.

³⁹ Eşcinsel evliliklerin serbest bırakıldığı ülkeler için bkz. <http://www.freedomtomarry.org/landscape/entry/c/international> 26.08.2014.

⁴⁰ Aysel Çelikel/Günseli Gelgel Öztekin, **Yabancılar Hukuku**, 17. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2011, s. 228.

(ii) Evli Kadının Kendi Soyadını Koruyamaması

Türk hukukunda evlenen kadın, erkeğin soyadını almak zorundadır. Ancak kadının kendi soyadını, erkeğin soyadı ile birlikte taşımasına müsaade edilmektedir. Bu durum kadının soyadı konusundaki hak ehliyetini sınırlayan önemli bir unsur olarak ortaya çıkmakta; evlenen kadının erkeğin soyadını taşıma zorunluluğu geçmişten gelen ataerkil düzenin günümüzdeki bir yansıması olarak devam etmekte ve aile birliğinin korunması, nüfus kayıtlarının tutulması gibi sebeplerle hala savunulmaktadır. Soyadının aynılaştırılması ile beklenen faydalar, günümüzdeki kayıt teknolojileriyle soyadı aynılaştırılmadan da sağlanabilir hale gelmiştir. Kanaatimizce evlenen kadının kendi soyadını kullanamaması, hak ehliyetinin sebepsiz yere kısıtlanmasıdır.

Kadının erkeğin soyadını taşıması zorunluluğunun yarattığı eşitsizlik ve dolayısıyla kadının hak ehliyetinin sınırlanması, bazı ülkelerde bu kuralın değiştirilmesine sebep olmuştur. Örneğin, ABD'nin California eyaletinde 2007 yılında çıkarılmış olan İsim Eşitliği Hakkında Kanun⁴¹ ile birlikte eşlere soyadlarını seçmeleri konusunda bir takım seçenekler getirilmiştir. Bu kanuna göre eşlerden birisi diğerinin soyadını alabilmektedir ya da iki eşin soyadının birleşimi ya da birlikte kullanımı ile oluşturulacak tek bir soyadının kullanımı söz konusu olabilmektedir. Son olarak Türk hukukunda olduğu gibi birlikte soyadı kullanımına da izin verilmiştir. California'da yürürlükte olan kanunun en temel özelliği yalnızca kadına değil erkeğe de aynı imkânları getirerek eşler arasında tam bir eşitlik sağlamış olmasıdır. California ile benzer durum Alman⁴² hukukunda da gözlemlenmektedir.

Evli kadının erkeğin soyadını alması zorunluluğu konusunda Türkiye'de henüz bir kanun değişikliği söz konusu değildir. Ancak konu birkaç kez Anayasa Mahkemesi'nin önüne gitmiştir ve bir kez de AİHM konuyla ilgili karar vermiştir.

⁴¹ <http://www.co.imperial.ca.us/recorder/PDFDocuments/092011CHS-NameEqualityActPamphlet-2010-01-Merged.pdf> 16.05.2014.

⁴² Almanya Medeni Kanunu m. 1355.

Evli kadının erkeğin soyadını alması ile ilgili ilk karar 1998 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiştir.⁴³ Anayasa Mahkemesi bu kararda evli kadının erkeğin soyadını alma zorunluluğunu kamu düzeni ile açıklamış ve bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Evli kadının soyadı konusunda AİHM’de Türkiye’ye karşı açılan bir dava da AİHM, kadına getirilen bu zorunluluğun insan hakları ihlali olduğuna karar vererek Türkiye’yi tazminata mahkûm etmiştir.⁴⁴ Evli kadının soyadı konusu 2009 yılında yerel mahkemelerce yapılan itirazlar sonucu bir kez daha Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir.⁴⁵ Anayasa Mahkemesi bu kararında da kamu düzenine öncelik tanıyarak evli kadının erkeğin soyadını almak zorunda olmasının Anayasa’nın ihlali anlamına gelmediğine hükmetmiştir. 2013 yılında Anayasa Mahkemesi’ne yapılan bir bireysel başvuru sonucu, Anayasa Mahkemesi eski içtihatlarından dönerek evli kadının erkeğin soyadını alması zorunluluğunun Anayasa’nın 17. maddesinde yer alan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlali olduğuna hükmetmiştir.⁴⁶ Böylelikle ilk defa bir Türk yargı organı evli kadının erkeğin soyadını alma zorunluluğunun Anayasa’ya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Anayasa Mahkemesi 2014 yılında açıkladığı bir bireysel başvuru kararında da paralel şekilde karar vermiştir.⁴⁷

(iii) Eşcinsel Evlilikler

Eşcinsel evlilikler son yıllarda büyük tartışmalara sahne olan bir konudur. Eşcinsel evliliklere izin verilmemesi, eşcinsel bireylerin evlenme ehliyetlerinin dolayısıyla da hak ehliyetlerinin kısıtlanması anlamına gelmektedir. Eşcinsel evlilikler konusunda dünyada çeşitli yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır. Batı ülkelerinde genelde bu tür evliliklere izin verilirken bazı Ortadoğu ülkelerinde

⁴³ Anayasa Mahkemesi, 1997/61 E. 1998/59 K. T. 29.09.1998, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/11/20021115.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/11/20021115.htm> 16.04.2014.

⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Ünal Tekeli v. Türkiye, B. N. 29865/96, K. T. 16.11.2004, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1190332-1236514#{"itemid":\["003-1190332-1236514"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-1190332-1236514#{) 16.04.2014.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, 2009/85 E. 2011/49 K. T. 10.03.2011, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/10/20111021-8.htm> 16.04.2014.

⁴⁶ Anayasa Mahkemesi, B. N. 2013/2187, T. 19.12.2013, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/01/20140107-8.pdf> 16.04.2014.

⁴⁷ Anayasa Mahkemesi, B. N. 2013/4439, T. 06.03.2014, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140425-18.pdf> 16.04.2014.

eşcinsel olmak dahi kişiye idam cezası verilmesi için yeterlidir.⁴⁸ Bu konuyu derinlemesine incelemek bu çalışmanın konusu dışında kalsa da kanaatimizce eşcinsel evliliklere izin verilmemesinin herhangi bir hukuki faydası yoktur. Zira hukuk düzenimizde herkesin evlenmeden evlilik hayatı yaşaması mümkündür. Aynı durum doğal olarak eşcinsel bireyler için de geçerlidir. Dolayısıyla eşcinsel bireylerin evlenmesine izin vermemek, fiili olarak eşcinsel birliktelikleri engellemek anlamı taşımamaktadır. Bu durumda evlilik kurumunun eşlere sağladığı hukuki korumaları eşcinsel bireylerden esirgemenin herhangi bir gerekçesi bulunmamaktadır. Aynı şekilde eşcinsel bireylerin evlenmesinin heteroseksüel bireylerin evlenmesine herhangi bir etkisi de yoktur. Kanaatimizce eşcinsel evliliklere izin verilmemesinin temel sebebi, muhafazakâr kesimlerin iktidarlar üzerinde yaptıkları ahlak temelli baskılardır. Bu durum toplumun bir kesiminin ahlak anlayışının diğer kesimlere empoze edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bireylerin hak ehliyetlerinin siyasi kaygılar nedeni ile kısıtlanması temel hak ve özgürlükler ile ters düşmektedir. Bu açıklamalara rağmen AİHM'in eşcinsel evlilik hakkının AİHS tarafından korunmadığına yönelik içtihadı bulunduğunu da belirtmek gerekmektedir.⁴⁹

d) Hak Ehliyetinin Sona Ermesi

Hak ehliyeti her kişiye tanınmış bir ehliyet olduğundan, kişinin hak ehliyetini kaybetmesi ancak kişiliğin sona ermesi ile mümkün olabilmektedir. Gerçek kişiler için kişiliği sona erdiren temel unsur her hukuk düzeninde ölüm olarak kabul edilmektedir. Ölüm haricinde kişiliği sonlandıran diğer hukuki kurumlar ölüm karinesi ve gaipliktir. Ancak her hukuk düzeninde ölüm karinesi ayrı bir kavram olarak yer almamaktadır. Buna rağmen ölüm karinesi ile meydana getirilebilen sonuçlara bu hukuk sistemlerinde de ulaşmak mümkün olmaktadır.

⁴⁸ Candan Yasan, **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013 s. 11. Eşcinsel evlilikler ve milletlerarası özel hukuka ilişkin durum hakkında da anılan eserde detaylı bilgi bulunabilmektedir.

⁴⁹ Schalk ve Kopf v. Avusturya [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"schalk\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-99605\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\) 03.11.2013.

(1) Ölüm ve Ölüm Karinesi

Türk hukukunda hak ehliyetini sonlandıran haller, gaiplik haricinde, ölüm ve ölüm karinesi olarak sıralanmaktadır. Ölüm, biyolojik ölüm ve beyin ölümü olarak ayırma tabi tutulmaktaysa da TMK'da bu hususta herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Zira ölüm anının tespiti hukuk biliminin değil tıp biliminin sorunudur⁵⁰ ve hukukun tıptaki gelişmeler karşısında esnek olması gerekmektedir. Bu esnekliğin sağlanması amacıyla gerek ülkemizde gerek diğer ülkelerde ölüm anının tespitine ilişkin olarak herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Bir kişinin ölümünün kesin olduğu bir durum içinde kaybolması halinde, sırf bu kişinin cesedine ulaşılamaması nedeniyle onun öldüğü sonucuna varamamak, ölüme bağlı hukuki sonuçların gerçekleşmesini engelleyecektir. Örnek vermek gerekirse havada infilak eden bir uçağın içinde bulunan kişilerin cesetlerine ulaşamadığı gerekçesiyle kişilerin ölmediği sonucuna varmak, söz konusu kişilerin mallarının mirasçılara geçmesini engellemektedir. Kişilerin cesetlerine ulaşmanın hiçbir zaman mümkün olmayacağı göz önüne alındığında mirasın intikali hiçbir zaman mümkün olmayacaktır. Bunun gibi sakıncalı durumları ortadan kaldırmak için TMK m. 31'de düzenlenen ölüm karinesi kurumu geliştirilmiştir. Ölüm karinesi, kişinin öldüğü kesin olan durumlar içinde kaybolması ve kendisinin cesedinin bulunamaması durumunda, söz konusu kişinin ölmüş gibi kabul edilmesine imkân tanımaktadır. Ölüm karinesinin ayırt edici özelliği ölümü kesin olarak kabul etmeyi mümkün kılan risk seviyesi taşıyan bir durum içinde kişinin kaybolmasıdır. Bahsedilen kesinlik seviyesinin sağlanamaması halinde kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi imkânı da doğmaktadır. Ayrıca TMK m. 29/2, birden fazla kişinin, ölümlerini kesin olarak kabul etmeye elverişli bir durum içerisinde kaybolmaları halinde ve ölüm anlarının tespit edilemediği durumlarda hepsinin aynı anda öldüğüne dair bir karine kabul etmiştir. Bu paragrafta açıklanan karinelerin hiçbirisi kesin olmayıp söz konusu karinelerin aksinin ispatlanması her zaman mümkündür.

⁵⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 19.

(2) Gaiplik

Türk hukukunda kişiliğin sona ermesi sonucunu doğuran bir diğer kurum da gaipliktir. Ancak Türk hukukunda gaiplik kararı verilene kadar geçen süre boyunca kendisinden haber alınamayan kişinin mal varlığının yönetimine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir durumda kişinin malvarlığının yönetimi için TMK m. 426 kapsamında temsil kayyımı atanması mümkündür. Buna karşın bazı yabancı hukuk sistemleri söz konusu döneme ilişkin özel düzenlemeler yapmıştır.

(a) Kişinin Ortadan Kaybolması Halinde Alınacak Önlemler

*İspanyol hukukunda*⁵¹ bir kişinin ortadan kaybolması durumu ile ilgili olarak son derece detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu düzenlemeler ilk olarak bir kişinin yerleşim yerinden veya yaşadığı son yerden haber bırakmaksızın ortadan kaybolması durumunda herhangi bir süre geçmesine gerek olmadan hâkimin kaybolan kişiye ilgililerin talebi üzerine bir temsilci atamasını mümkün hale getirmektedir. Bu kapsamda atanacak temsilci sırasıyla eş, dördüncü dereceye kadar akraba ya da hâkim tarafından seçilecek bir kişi olmaktadır.

Haber bırakmaksızın ortadan kaybolan kişi için eşin, dördüncü dereceye kadar olan akrabaların ya da savcının ve bunlara ek olarak kaybolan kişinin mal varlığı hakkında iddiaları bulunan herkesin, kişinin kayıp olarak ilan edilmesini talep hakkı bulunmaktadır. Ortadan kaybolan kişinin kayıp olarak ilan edilmesi için kişinin malvarlığını yönetecek bir temsilci bırakmadığı hallerde bir yıl, mal varlığının yönetimi için temsilci bıraktığı hallerde ise üç yıl geçmesi gerekmektedir. Süre şartlarının sağlanmasının ardından kayıp olarak ilan edilen kişinin malvarlığının yönetimi⁵² sırasıyla eş, çocuk ve kardeşlere, bunların bulunmaması halinde ise mahkemece atanacak kişiye geçmekte ve bu kişilere kayıp olarak ilan edilen kişiyi arama görevi yüklenmektedir. Kayıp olarak ilan edilen kişinin öldüğü kabul edilmemekte dolayısıyla kişiliği ve hak ehliyeti sona ermemektedir. Kayıp olarak

⁵¹ İspanya Medeni Kanunu m. 181 – 198.

⁵² Malvarlığının yönetimi konusunda detaylı düzenlemeleri incelemek için İspanyol Medeni Kanunu'nun 185 vd. hükümlerine bakılmalıdır.

ilan edilme kurumu, ortadan kaybolan kişinin geride kalan mal varlığının korunması için getirilmiş bir koruma metodu olarak değerlendirilmelidir.

*Çin hukukunda*⁵³ ortadan kaybolan kişilerle ilgili olarak kayıp olarak ilan edilme ile ölmüş olarak ilan edilmek olmak üzere iki kurum bulunmaktadır. Kişiden iki yıl boyunca haber alınamaması halinde söz konusu kişi mahkemece kayıp olarak ilan edilmektedir. Kayıp olarak ilan edilmek, kişiliği ve hak ehliyetini ortadan kaldırmamaktadır.

*Filipinler hukukunda*⁵⁴ haber bırakmaksızın ortadan kaybolan kişilere hâkim tarafından herhangi bir süre şartıyla bağlı olmaksızın mevcut şartların gerektirmesi durumunda bir kişinin temsilci olarak atanması mümkün olmaktadır. Haber bırakmaksızın ortadan kaybolan kişinin kayıp olarak ilan edilebilmesi için son haber alma tarihinden itibaren iki yıllık sürenin geçmesi gerekmektedir. Eğer kişi ortadan kaybolmadan önce arkasında bir temsilci bırakmışsa, bu süre beş yıla çıkmaktadır. Mahkemenin kayıp ilanı vermesinden itibaren altı ay geçmesiyle birlikte kişinin kayıp olduğu mahkeme kararıyla tespit edilmiş olmaktadır. Bu mahkeme kararının sonucu olarak kayıp olarak ilan edilen kişinin mallarının yönetilmesi için mahkemece bir temsilci atanmaktadır.

(b) Gaiplik Kararı Verilebilmesinin Şartları

TMK m. 32'ye göre bir kişi hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için ya kişinin ölüm tehlikesi içerisinde kaybolması ya da kişiden uzun süreden beri haber alınamaması gerekmektedir. Bir kişi hakkında gaiplik kararı alınabilmesi için kişinin tehlike içinde kaybolduğu andan itibaren bir yıllık ya da kişiden en son haber alınan tarihten itibaren ise beş yıllık sürenin geçmesi gerekmektedir. Gaiplik kararı verilebilmesinin diğer bir şartı da mahkemenin usulüne uygun şekilde ilan yaptırması ve bu ilandan itibaren en az altı ay beklemesidir. Bir kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi, söz konusu kişinin ölmüş gibi muamele görmesine yol açmaktadır. Yani gaiplik kararı kişinin kişiliğini, dolayısıyla da hak ehliyetini sona erdirmektedir.

⁵³ Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 20 – 25.

⁵⁴ Filipinler Medeni Kanunu m. 381 – 396.

*İsviçre hukukunda*⁵⁵ gaiplikle ilgili Türk hukukundan iki önemli farklılık bulunmaktadır. Bunlardan ilki Türk hukukunda (TMK m. 33) en az altı ay olan ılandan itibaren bekleme süresinin, İsviçre hukukunda bir yıl olarak kabul edilmiş olmasıdır. Diğer farklılık ise gaipliğin sonuçlarında görülmektedir. Zira İsviçre hukukunda gaiplik kendiliğinden evliliğin sona ermesi sonucunu doğurmaktayken, Türk hukukunda (TMK m. 131) evliliğin sona ermesi için sağ olan eşin talebi gerekmektedir.

*İspanyol hukukunda*⁵⁶ kişinin ölmüş olarak ilan edilebilmesi ya da Türk hukukundaki terime uygun şekilde gaip olarak ilan edilebilmesi için kayıp olan kişiden en son alınan haber üzerinden on yıl geçmesi gerekmektedir. Kayıp olan kişinin yetmiş beş yaşını doldurmuş olması halinde ise bu süre beş yıla düşmektedir. Söz konusu kişinin hayati tehlike içeren bir kaza sırasında ya da silahlı çatışma yaşanan bir bölgede kaybolması halinde kişiden alınan en son haber tarihinden itibaren iki yıl geçmesi yeterli görülmektedir. Ülkenin savaş durumunda olduğu hallerde, kişinin bu savaş kapsamında görev yapan silahlı birliğin üyesi olması ya da bu savaş sırasında görev yapan yardım organizasyonuna dâhil olması veyahut da savaş bölgesinde gazetecilik yapması söz konusu olup kişinin bu görevler esnasında ortadan kaybolması durumunda, savaşın bitiminden itibaren iki yıl geçmesine rağmen kişi hala kayıpsa kişinin öldüğü ilan edilmektedir. Söz konusu sürenin başlangıcı olarak savaşı bitiren barış antlaşması ya da resmi ilan dikkate alınmaktadır. Kişinin gemi kazası sonucu ya da denizde seyir halindeyken kaybolması halinde, olayın gerçekleştiği tarihten itibaren üç ay içinde kişiden haber alınamazsa kişi ölmüş olarak ilan edilmektedir. Kişinin bulunduğu geminin seyir esnasında kaybolması halinde, gemiden son haber alma tarihinden itibaren, eğer hiç haber alınamamışsa geminin limandan ayrılışından itibaren altı ay geçmesiyle kişinin ölmüş olarak ilan edilmesine karar verilmektedir. Kişinin uçak kazası sonucunda ortadan kaybolması halinde ya da bulunan cesetlerin kimlik tespitine imkân tanınamaması halinde kazadan itibaren üç ay içerisinde kişinin ölmüş olduğu ilan edilmektedir. Eğer kişi yolculuk esnasında kaybolan bir uçakta bulunuyorsa, uçağın kaybolmasından itibaren altı ay sonra ölmüş olarak ilan edilmektedir. Kayıp ilanı ile ölüm ilanı arasındaki temel fark, kayıp ilanının kişiliğin sonlanması sonucunu

⁵⁵ İsviçre Medeni Kanunu m. 546 – 550 <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf> 13.10.2013.

⁵⁶ İspanya Medeni Kanunu m. 181 – 198.

doğurmamasıdır. Buna karşılık ölüm ilanı kişinin ölmüş gibi muamele görmesine sebep olmaktadır. Hak ehliyetini ve kişiliği sona erdiren ölüm ilanı kararlarının tamamında kişinin varsayılan ölüm tarihinin de belirtilmesi gerekmektedir.

*Çin hukukunda*⁵⁷ kişinin ölmüş olarak ilan edilebilmesi için kişiden alınan en son haber tarihinden itibaren dört yıl geçmesi gerekmektedir. Kişinin bir kaza sırasında kaybolması halinde ise söz konusu dört yıllık süre iki yıla düşürülmüştür. Ancak burada bahsedilen kazalar Türk hukukunda ölüm karinesine sebebiyet verecek kesinlikte ölüm sonucunu doğuran kazalar olarak kabul edilmemektedir. Kişinin savaş esnasında kaybolması halinde ise söz konusu sürelerin savaşın son gününden itibaren hesaplanacağı kanunda belirtilmiştir. Kişinin ölmüş olarak ilan edilmesi, kişiliği ve dolayısıyla hak ehliyetini sonlandırmaktadır. Bu durum miras paylaşımı gibi ölüme bağlı sonuçların doğmasını sağlamaktadır.

*Filipinler hukuku*⁵⁸ kişinin ortadan kaybolduğu durumlarda, kişiliğin ve hak ehliyetinin sona ermesi açısından bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrıma göre kişinin kayıp olduğuna ilişkin mahkeme kararından itibaren yedi yıl sonra kişinin ölmüş olduğu kabul edilmekte ve kişiliği sona ermektedir. Ancak kişinin malvarlığı hakları söz konusu yedi yıllık süre sonrasında da hala devam etmekte ve mirası mirasçılara intikal etmemektedir. Bir başka deyişle kişiliğin sona ermesinden sonra hak ehliyetinin bir süre daha devam etmesine izin verilmektedir. Bu durum cenine miras hakkı tanınması için kişilik tanınmadan hak ehliyeti tanınması haliyle benzerlik göstermektedir. Mahkemenin kişinin kayıp olduğuna ilişkin olarak verdiği karardan itibaren on yıl geçmesiyle birlikte kişinin malvarlığı üzerindeki hakları da sona ermekte ve mirası mirasçılara geçmektedir. Söz konusu on yıllık süre kaybolan kişinin yetmiş beş yaşından büyük olması halinde beş yıla inmektedir. Kişinin seyir esnasında kaybolan bir uçak ya da gemide bulunması, savaş esnasında görev yapan bir silahlı birlikte görev yapması ya da ölüm tehlikesi içinde kaybolması halinde ise kaybolmadan itibaren dört yıl geçmesiyle birlikte kişi ölmüş olarak kabul edilmektedir. Bu gibi durumlarda kişinin malvarlığı üzerinde de herhangi bir hakkı kalmamaktadır.

⁵⁷ Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 20 – 25.

⁵⁸ Filipinler Medeni Kanunu m. 381 – 396.

Suudi Arabistan hukukunda gaiplik ile ilgili fetvalar⁵⁹ incelendiğinde diğer hukuk sistemlerine benzer şekilde kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya ölüm tehlikesi bulunmadan ortadan kaybolması şeklinde ikili ayrımla karşılaşılmaktadır. Buna göre eğer kişi ölüm tehlikesi içinde ya da ölüm ihtimalinin yüksek olduğu bir durumda ortadan kaybolmuşsa, kişiden alınan en son haberden itibaren dört yıllık sürenin dolmasıyla kişinin ölmüş olduğu kabul edilmektedir ve kişinin mirası paylaşılmaktadır. Kişinin ölüm tehlikesi bulunmadan ortadan kaybolduğu durumlarda ise, kişinin doğumundan itibaren doksan yıl geçmesiyle ya da bir başka deyişle kişinin doksan yaşını doldurmasıyla birlikte kişinin ölmüş olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu kapsamda kişinin ölüm tehlikesi bulunmadan ortadan kaybolduğu durumlara ticaret veya turizm amaçlı geziler örnek gösterilebilmektedir.

İngiliz hukukunda 2013 yılına kadar ortadan kaybolmuş kişilerle ilgili herhangi bir yasal düzenleme bulunmamakta olup bu konu *Common Law* ya da bir başka deyişle mahkeme kararları vasıtasıyla çözümlenmeye çalışılmıştır. Ancak bu durumun yarattığı sakıncalar ve günün ihtiyaçlarını cevaplamakta yetersiz kalması üzerine, 2013 yılı içerisinde konuyla ilgili olarak bir kanun çıkarılmıştır.⁶⁰ Yeni kanun, eski mahkeme kararlarıyla da uyumlu olarak, haber bırakmaksızın ortadan kaybolan kişinin ölmüş olarak kabul edilmesi için ya kişinin ölmüş olduğunun ispatlanmasını ya da kişiden en son alınan haberden itibaren yedi yıl geçmesini aramaktadır. Mahkemeye bu konuda başvuru yapma yetkisi sadece kaybolan kişinin eşine⁶¹, anne ya da babasına, çocuklarına ya da kardeşlerine tanımıştır. Ayrıca mahkemeye başvuracak tarafın, dava konusu kişinin ölmüş olarak kabul edilmesinde önemli derecede hukuki yararının bulunması şartı da aranmaktadır. Mahkemece kişinin ölmüş olduğuna karar verilmesi halinde, ölüm tarihi olarak yedi yıllık sürenin bitim tarihi kabul edilmektedir. Kişinin mahkemece ölmüş olarak kabul edildiği tarihten itibaren kişiliğin sona erdiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla söz konusu

⁵⁹ Fatwas of Ibn Baz, Volume 20, Book on Inheritance, Chapter on the Rulings on a Missing Person, Part No. 20; Page No. 171, <http://www.alifta.com/Search/ResultDetails.aspx?language=en&lang=en&view=result&fatwaNum=&FatwaNumID=&ID=3936&searchScope=14&Sear%E2%80%A6> 26.01.2014.

⁶⁰ İngiltere Ölüm Karinesi Kanunu 2013 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/13/pdfs/ukpga_20130013_en.pdf 27.01.2014.

⁶¹ Hem evlilik birliğindeki eşin hem de medeni birlikteki eşin başvuru yapma hakkı vardır.

tarihten itibaren kişinin mirası mirasçılara geçmektedir ve evliliği ya da medeni birlikteliği sona ermektedir.

(3) Genel Değerlendirme

Hak ehliyetinin sona ermesi konusunda incelen tüm hukuk sistemlerinin bir kişinin ölümü ya da ortadan kaybolması hallerine aynı sonuçları bağladıkları görülmektedir. Ancak bu sonuçların ne kadar sürede ve nasıl elde edilecekleri konularında farklılaşmalar ve değişik uygulamalar görülmektedir. Bir kişinin ortadan kaybolduktan sonra hangi şartlarda ölmüş kabul edileceği, geride kalan kişilerle kaybolan kişinin menfaatlerinin dengelenmesi sorundur. Nitekim bu konuda yapılan düzenlemeler hem ülkelerin hukuk politikalarından hem de tarihi tecrübelerinden kaynaklanmaktadır. Nitekim Amerika Kıtasında ve dünyanın diğer yerlerinde sömürgeler kuran ve denizcilikle yoğun olarak uğraşan bir ülke olan İspanya'da denizde kaybolmalarla ilgili detaylı düzenlemelerin bulunması bu açıdan normal karşılanmalıdır. Benzer şekilde Suudi Arabistan hukukunda, diğer hukuk sistemlerine göre çok farklı bir uygulamanın bulunması bu ülkenin İslam dini etkisi altında kalmasıyla açıklanabilmekteyken, Türkiye ve İsviçre arasında son derece benzer düzenlemeler bulunmasına karşın gaipliğin evlilik üzerindeki etkisi açısından farklılık bulunması bu ülkelerin hukuk politikalarının farklılığı ile açıklanabilmektedir.

2. Fiil Ehliyeti

a) Fiil Ehliyeti Kavramı

Fiil ehliyetine sahip olmak, bir kişinin kendi fiilleri neticesinde hak kazanması ve borca girebilmesi anlamına gelmektedir.⁶² Fiil ehliyetine sahip bir kişi hukuki işlemler ve hukuki işlem benzeri fiilleri gerçekleştirirken herhangi bir kişinin onayına ya da rızasına ihtiyaç duymamaktadır. Hak ehliyetinin aksine fiil ehliyeti, herkese değil, belirli şartları taşıyan kişilere tanınmaktadır. Bu şartlar ülkeden ülkeye değişiklik göstermekle beraber genel olarak kişiyi koruma amacıyla getirilmektedir.

⁶² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 44; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 12; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 20; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 280; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 47; Serozan **a.g.e.** s. 428.

Hak ehliyeti kişinin hak sahibi olabilmesine imkân vermektedirken fiil ehliyeti kişinin bu hakları kullanabilmesi için gereken ehliyet olarak kabul edilebilmektedir. Bu bakımdan haklar konusunda hak ehliyetinin pasif ehliyet, fiil ehliyetinin ise aktif ehliyet olarak sınıflandırılması mümkündür.

Hak ve fiil ehliyeti ayrımını getiren Roma hukukuna göre fiil ehliyetine sahip olmak için mutlaka hak ehliyetine sahip olmak gerekmemektedir. Nitekim kölelerin hak ehliyeti bulunmazken fiil ehliyetine sahip olma imkânları bulunmaktadır.⁶³

Fiil ehliyetine sahip olmak için tüm hukuk sistemlerinde genellikle ayırt etme gücüne sahip olmak ya da bir başka deyişle akli dengesi yerinde olmak ve ergin olmak gerekmektedir. Söz konusu kavramlar temel olarak aynı olsa da her ülkenin bu kavramları hayata geçirirken farklı uygulamaları bulunmaktadır.

b) Fiil Ehliyetine Sahip Olmanın Şartları

Fiil ehliyetine sahip olmanın şartları çeşitli hukuk sistemlerinde genel olarak ergin olmak ve ayırt etme gücüne sahip olmak olarak sınıflandırılabilir. Bu ayrımlar kapsamında da ülke düzenlemeleri arasında farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin erginlik yaşı ülkeler arasında farklılıklar göstermektedir. Benzer şekilde bazı ülkeler belirli yaşların altında olan kişileri tam ehliyetsiz olarak kabul etmektedir. Milletlerarası özel hukuk anlamında uygulanacak hukukun tespitinin önemi ve uygulanacak hukukun tespitinin doğuracağı sonuçların daha iyi anlaşılabilmesi için bu bölümde çeşitli ülke örneklerinde fiil ehliyetine sahip olmanın şartları incelenecektir. Ayrıca Türk hukuku ile uyum sağlamak amacıyla kısıtlı olmamak şartı da ayrı bir başlık altında açıklanacaktır.

(1) Ayırt Etme Gücü

Ayırt etme gücünün doktrinde üzerinde uzlaşılmış sabit bir tanımı bulunmasa da ayırt etme gücünü bir kişinin akli melekelerinin yerinde olması olarak tanımlamak

⁶³ Tahiroğlu/Erdoğan, **a.g.e.** s. 142.

mümkündür.⁶⁴ TMK m. 13 ise ayırt etme gücünün olmaması durumunu yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biri ile akla uygun davranma yeteneğinin ortadan kaybolması olarak kabul etmektedir. Madde “benzer sebepler” terimini kullanarak uyuşturucu madde kullanımı ve uyurgezerlik gibi ayırt etme gücünü etkileyen durumları da kapsam içine almıştır. Ayırt etme gücünün varlığının karine olması ve ayırt etme gücünün olmamasının istisnai durum olarak kabul edilmesi nedeniyle TMK ayırt etme gücünü olumsuz olarak tanımlamıştır.

Ayırt etme gücü kavramının bir özelliği de süreklilik arz etmemesidir. Yani her somut olayda ayırt etme gücünün varlığı araştırılmalıdır.⁶⁵ Benzer şekilde ayırt etme gücü yapılan işlemin niteliğine göre de değerlendirilmelidir.⁶⁶ Örnek vermek gerekirse bir çocuğun bakkaldan alışveriş yapmak konusunda ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilebilirken kambiyo senedi imzalama konusunda ayırt etme gücüne sahip olduğunu kabul etmek mümkün olmamaktadır.

Ayırt etme gücünden tamamen yoksun olan kişilerin yaptıkları işlemler kesin olarak hükümsüz sayılmaktadır. Bu işlemlerin veli ya da vasinin onayı bulunsa dahi geçerli olmaları mümkün değildir.⁶⁷ Öte yandan yapılan işlem için ayırt etme gücüne sahip olduğu kabul edilen küçükler ile sınırlanmış yetişkinlerin yaptıkları işlemler veli ya da vasilerinin rızasına bağlıdır. Bu rızanın işlemde önce verilmesi izin olarak adlandırılırken işlemde sonra verilmesi onay olarak isimlendirilmektedir. Bazı işlemler ise fiil ehliyetine tam olarak sahip olmayan kişiler tarafından kesinlikle yapılamamaktadır. Veli ya da vasinin rızası olsa dahi yapılamayan bu işlemler vakıf kurmak, önemli miktarda bağış yapmak ve kefil olmaktır. Ancak fiil ehliyetine kısmen sahip olan kişilerin karşılıksız kazandırmaları kabul etmeleri mümkündür ve bu konuda veli ya da vasilerinin rızasına ihtiyaçları bulunmamaktadır. Bir başka deyişle bu kişiler kendilerini borç altına sokmayan her türlü işlemi tek başlarına

⁶⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 48; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 18; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 23; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 286; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 57; Serozan **a.g.e.** s. 429.

⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 53; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 19; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 23; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 289; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 60; Serozan **a.g.e.** s. 430.

⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 53; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 19; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 23; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 289; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 60; Serozan **a.g.e.** s. 430.

⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 69; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 23; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 46; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 305; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 69; Serozan **a.g.e.** s. 435.

yapabilmektedirler.⁶⁸ Ayrıca fiil ehliyetine kısmen sahip olan kişilerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını tek başlarına kullanmaları da mümkündür.⁶⁹

*Alman hukukunda*⁷⁰ ayırt etme gücünden yoksun kişilerin fiil ehliyeti bulunmamaktadır. Bunun yanında 7 yaşından küçük çocukların da ayırt etme güçlerinin yeterince gelişmediği varsayılarak ayırt etme güçleri bulunmadığı kabul edilmektedir. Ayırt etme gücü Alman hukukunda da sürekli bir kavram olarak değil her somut olayda değerlendirilmesi gereken bir durum olarak kabul edilmektedir. Zira bilinç kaybı ya da sarhoşluk gibi sebeplerle geçici olarak ayırt etme gücünü kaybeden kişilerin, sadece bu dönemlerde yaptıkları beyanlar açısından fiil ehliyetlerinin bulunmadığı kabul edilmektedir. 7 yaşından büyük ancak ayırt etme gücüne kısmi ya da tam olarak sahip olmayan, bir başka deyişle tam fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerin yaptıkları işlemler, işlemin değerine göre ikili bir değerlendirilmeye tutulmaktadır. Eğer bu sözleşmeler fiil ehliyetine sahip olmayan kişiyi ya da bu kişinin mal varlığını tehlikeye düşürmüyorsa, söz konusu sözleşmelere geçerlilik tanınmaktadır. Böylelikle fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerin değeri düşük olan günlük ihtiyaçlarını karşılayabilmeleri mümkün hale getirilmiştir.

*İspanyol hukukunda*⁷¹ bir kişinin kendi işlerini görmesini engelleyecek şekilde fiziki ya da akli rahatsızlığı bulunması halinde bu kişilere vasi atanması kabul edilmektedir. Bir başka deyişle ayırt etme gücünden yoksun bulunmak fiil ehliyetinin kısıtlanması için bir sebep olarak kabul edilmiştir. Akli rahatsızlık yanında fiziki rahatsızlıklar da kişinin kısıtlanmasına imkân tanımaktadır. Akli ya da fiziki rahatsızlık nedeni ile kendilerine vasi atanan kişilerin işlem yapabilmeleri mümkün değildir. Bu kişiler adına ancak vasilerinin işlem yapabilmesi kabul edilmiştir. Vasilerin ayrıca vesayetleri altında bulunan kişilerin mallarını iyi yönetmek, kişiyi korumak ve kişiyi eğitmek gibi yükümlülükleri de bulunmaktadır.

⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 88; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 33; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 37; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 322; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 93; Serozan **a.g.e.** s. 441.

⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 84; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 35; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 38; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 325; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 93; Serozan **a.g.e.** s. 442.

⁷⁰ Almanya Medeni Kanunu m. 104.

⁷¹ İspanya Medeni Kanunu m. 200.

*Çin hukukunda*⁷² ayırt etme gücünden kısmen ya da tamamen yoksun olan kişilere fiil ehliyeti tanınmamaktadır. Ancak ayırt etme gücünden tamamen yoksun olan kişilerle kısmen yoksun olan kişiler arasında bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre bir kişinin tamamen ayırt etme gücünden yoksun olduğu halde bu kişinin hukuki işlem yapabilmesi mümkün olmamaktadır. Bu halde fiil ehliyetinden yoksun olan kişilerin vasilerinin bu kişiler adına hukuki işlem yapmaya yetkilendirildikleri görülmektedir. Diğer hukuk sistemlerine benzer bir şekilde tamamen ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin yaptığı işlemlerin temsilci onayıyla ayakta tutulmasının imkânı bulunmamaktadır. Akıl zayıflığı bulunan kişiler gibi ayırt etme gücünden kısmen yoksun olan kişilerin ise kendi zekâ seviyelerine uygun işlemleri yapmasına cevaz verilmektedir. Ayırt etme gücüne kısmen sahip olmayan kişilerin kendi kapasitelerinin üstünde olarak kabul edilebilen işlemleri yapmaları da mümkündür. Ancak bu işlemlerin kişinin vasi tarafından rıza gösterilmedikçe hüküm doğurmayacağı kabul edilmektedir. Ayrıca vasilerin kısıtlı kişiler adına işlem yapabilmeleri de mümkündür. Akıl zayıflığı bulunan kişinin zekâ seviyesinin üstünde olan işler de yasal temsilci tarafından yapılabileceği gibi yasal temsilcinin rızasıyla da ayakta tutulabilmektedir.

*Filipinler hukukuna*⁷³ göre kişinin bir hukuki işlem yapabilmeye ehil olabilmesi için gereken şartlardan birisi ayırt etme gücüne sahip olmaktır. Ayrıca kişinin bir işleme taraf olabilmesi için sağır ve dilsiz olmaması ile okuma yazma bilmesi şartları fiil ehliyetinin kısıtlanması ya da fiil ehliyetinin kaybedilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Kişinin sarhoşluk gibi geçici olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde ise sözleşmenin iptal edilebilmesi mümkündür. Fiil ehliyeti bulunmayan ya da sınırlanan kişilere vasi atanmaktadır. Söz konusu kişilerin taraf oldukları sözleşmelerin dört yıl içinde mahkemece iptal edilebilmeleri mümkün olup bu sözleşmeler iptal edilinceye kadar bağlayıcı olması esası kabul edilmiştir. Vasi ya da velinin onay vermesi halinde de bu sözleşmelerin irade açısından sakat olduğunu ileri sürmek mümkün olmamaktadır.

⁷² Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 13.

⁷³ Filipinler Medeni Kanunu m. 39.

*İngiliz hukukunda*⁷⁴ fiil ehliyeti kavramı Kıta Avrupası hukukunda yer alan fiil ehliyeti kavramı ile birebir aynı olmamakla birlikte bu konu genellikle sözleşme yapma kapasitesi olarak incelenmektedir. Bu kapsamda sözleşme yapma kapasitesine sahip olabilmek için gereken şartlardan birisi ayırt etme gücüne sahip olmaktır. Kural olarak ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerle yapılan sözleşmeler bağlayıcıdır. Ancak iki istisnai halde söz konusu sözleşmelerin bağlayıcı olmadığı görülmektedir. Bu istisnalardan ilki sözleşmeye taraf olan kişinin diğer tarafın ayırt etme gücüne sahip olmamasından haberdar olması halidir. Bu durumda ayırt etme gücüne sahip olmayan tarafın sözleşmeyi iptal etmesi mümkün kılınmıştır. İkinci istisna halinde ise ayırt etme gücünden yoksunluğun ciddiyeti nedeniyle kişinin mallarının mahkeme kontrolüne geçmiş olması durumudur. Bir sözleşmenin akli dengesi yerinde olmayan kişiyi sözleşmenin yapıldığı anda bağlaması mümkün değildir. Ancak söz konusu akıl hastasının daha sonradan iyileşmesi durumunda, sözleşmeyi onaylayarak geçerli hale getirmesi mümkündür. Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler, aynı küçükler gibi, yaşamlarını devam ettirmeleri için gerekli hallerde sözleşme yapmaya ehliyetli kabul edilmişlerdir. Tam sözleşme yapma ehliyetine sahip olan bir kişinin sarhoşken sözleşme yapmış olması halinde bu sözleşmeyi iptal edebilmesi ancak sarhoşluğun derecesinin ayırt etme gücünü tamamen ortadan kaldırması ile mümkün olabilmektedir.

*Hindistan*⁷⁵ *hukuku*⁷⁶ da İngiltere hukukunun izinden giderek Kıta Avrupası hukuku anlamındaki fiil ehliyeti ile birebir örtüşmeyen sözleşme yapma kapasitesi kavramını kabul etmiştir. Hindistan hukukunda⁷⁷ kişilerin sözleşme yapma kapasitesine sahip olabilmesi için gereken şartlardan birisi ayırt etme gücüne sahip olmak olarak belirtilmiştir. Ayırt etme gücü ise sözleşmenin yapıldığı anda sözleşmenin yapılma sebebini anlamak ve sözleşmenin kendi çıkarları üzerinde yapacağı etkiyi mantık çerçevesinde kavrayabilmek olarak tanımlanmıştır. Diğer

⁷⁴ Peter Birks, **English Private Law**, Cilt II, Oxford, Oxford University Press, 2000 s. 100; Burrows, **a.g.e.** s. 790; Avustralya hukukundaki paralel durum için bkz. Christine Miles/Warwick Dowler, **A Guide to Business Law**, 19. Baskı, Sydney, Thomson Reuters, 2011, s. 408.

⁷⁵ Yüzyıllar boyu bir İngiliz sömürgesi olarak kalmış olan Hindistan'da ağırlıklı olarak İngiliz hukuku etkisi görülmektedir. Bunun yanında İslam hukukunun ve Budizm'in de etkileri gözlemlenebilmektedir. Hindistan hukuku Anglosakson hukuk sistemine dâhil olarak kabul edilmektedir.

⁷⁶ K. B. Agrawal/Vandana Singh, **Private International Law in India**, Kluwer Law International, 2010, s. 97.

⁷⁷ Hindistan Sözleşmeler Kanunu 1872 m. 16 (*The Indian Contract Act 1872*) <http://districtcourtallahabad.up.nic.in/articles/ICAct.pdf> 13.12.2013.

hukuk sistemlerine benzer şekilde ayırt etme gücü mutlak bir kavram olarak kabul edilmemiş ve her durumda ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir kavram olarak sınıflandırılmıştır.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere incelenen ülkelerin ayırt etme gücü kavramına yaklaşımları konusunda yalnızca ufak farklılıklar bulunmaktadır. Bu durum ülke fark etmeksizin her yerde ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin korunması ihtiyacının bulunması ile açıklanabilmektedir.

(2)Erginlik

Türk hukukunda (TMK m. 10) fiil ehliyetine sahip olmanın bir diğer şartı olarak kabul edilen erginliğe erişmek için 18 yaşını doldurmak gerekmektedir. Bunun yanında küçüğün evlenmesi halinde de erginlik kazanacağı kabul edilmiştir. Ayrıca küçüğün menfaatlerinin gerektirdiği durumlarda küçüğün ve varsa velisinin veya vasisinin rızası olması halinde 15 yaşını dolduran küçüklerin de ergin kılınmasına mahkemece karar verilebilmesi mümkündür.

*Alman hukukunda*⁷⁸ yaşın fiil ehliyetine etkileri Türk hukukuna göre farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Buna göre bir küçüğün fiil ehliyetine sahip olabilmesi için en az 7 yaşından büyük olması gerekmektedir. Bir başka deyişle 7 yaşından küçüklerin kesinlikle fiil ehliyeti bulunmamaktadır. 7 yaşından büyük olup erginlik yaşı olan 18'den küçük olan kişilerin ise sınırlı olarak fiil ehliyeti tanınmıştır. Sınırlı bir şekilde fiil ehliyetine sahip olan söz konusu yaş grubundaki kişilerin yaptıkları hukuki işlemlerin geçerliliği veli ya da vasilerinin rıza göstermesine bağlı tutulmuştur. Bu kuralın istisnası söz konusu küçükler lehine yapılan karşılıksız kazandırmalardır. Rıza prosedürleri konusunda Alman hukuku Türk hukukuna nazaran farklı düzenlemeler getirmektedir. Çocuk ile işlem yapan tarafın yasal temsilciden söz konusu işleme ilişkin onay talep etmesi halinde, işlemin geçerliliği yasal temsilcinin talebin ulaştığı tarihten itibaren 2 hafta içerisinde onay vermesine bağlanmıştır. Aksi durum onay verilmediği anlamı taşımakta olup ayrıca onay beyanının küçüğe yöneltilmesi de geçerli kabul edilmemektedir. Onay verilene

⁷⁸ Almanya Medeni Kanunu m. 2 ve m. 104 – 113.

kadar geçen sürede ise onay bekleyen tarafın sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca bir küçükle sözleşme yaptığını fark eden tarafın sözleşmeden dönebilmesi için, küçükün sözleşmeyle ilgili olarak daha önceden izin aldığı hakkında gerçeğe aykırı beyanda bulunması ve karşı tarafın küçükün yasal temsilcisinden izin almadığı konusunda bilgisinin olmaması gerekmektedir. Küçükün tek taraflı olarak borç altına girdiği durumlarda söz konusu işlemin hüküm ifade edebilmesi için küçükün alacaklıya yasal temsilcinin yazılı rıza beyanını vermesi gerekmektedir. Küçükün bir işletme kurmasına veya işletmesine aile mahkemesinin ve yasal temsilcinin onayıyla, küçükün bir işte çalışmasına ise sadece yasal temsilcinin onayıyla izin verilebilmektedir. Bu hallerde küçükün işletme ya da çalıştığı işle ilgili konularda, yasal temsilcinin izin verebilmek için aile mahkemesinden izin alması gereken haller hariç, küçükün fiil ehliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir.

*İspanyol hukukunda*⁷⁹ fiil ehliyetine sahip olabilmenin şartlarından birisi de ergin olmaktır. Küçükün ergin olabilmesi, 18 yaşına girmesiyle, evlenmesiyle, ailesinin izniyle ya da mahkemenin izniyle mümkün olmaktadır. Ailenin izniyle ergin kılınabilmek için küçükün en az 16 yaşında olması, ergin kılınmaya rızası olması ve izin verme işleminin hâkim önünde yapılması gerekmektedir. Ergin kılınma işleminin Medeni Sicil'e kaydedilmesi gerekmekte olup bu kayıt kurucu olarak kabul edilmektedir. Ayrıca açıklanan şekilde verilen iznin geri alınması mümkün değildir. Ek olarak 16 yaşından büyük küçüklerin, aileden bağımsız olarak yaşamasına izin verilmişse, küçükün ergin olarak muamele görmesi esası kabul edilmektedir. Bağımsız yaşama konusunda küçüğe verilen iznin her zaman geri alınabilmesi mümkündür. Mahkeme kararıyla ergin kılınmak için küçükün 16 yaşından büyük olması ve rızasının bulunması gerekmektedir. Ayrıca velayete sahip olan eşin, küçükün velayetine sahip olması gereken diğer eşten başka biriyle evli olması ya da evli gibi hayat sürmesi, velayete sahip anne babanın boşanması ya da velayetten doğan yetkilerin kullanılması ile sorumlulukların yerine getirilmesini engelleyen bir durumun varlığı gerekmektedir. Ayrıca vesayet altında bulunan 16 yaşından büyük küçüklerin talepleri olması halinde, savcının görüşünü almak kaydıyla, ergin kılınmalarına mahkemece karar verilebilme imkânı da tanınmıştır. 16

⁷⁹ İspanya Medeni Kanunu m. 320 – 324.

ile 18 yaş arasında olup da ergin kılınmış kişilere bir danışman atanmaktadır. Bu danışman öncelikli olarak çocuğun anne ve babası, bunların yokluğunda ise mahkemece atanacak kişi olmaktadır. Ergin kılınmış kişilerin 18 yaşına gelene kadar kural olarak her türlü işlemi yapabilmesi mümkün olmaktadır. İstisnaen, borç para almak, taşınmaz, ticari işletmeyi ya da çok değerli malları satmak ya da bunları rehin vermek gibi işlerde danışmanın rızası aranmaktadır. Eğer söz konusu mallar evli olan küçüklerin ortak malları ise söz konusu işlemlerle ilgili olarak her iki küçüğün danışmanlarının rızası gerekmektedir.

*Çin hukuku*⁸⁰ fiil ehliyetinin şartlarından biri olarak ergin olmayı benimsemiştir. Erginlik ise kişinin 18 yaşına erişmesiyle kazanılmaktadır. 16 ile 18 yaş arasında olan küçükler eğer kendi geçimlerini sağlamaktaysalar fiil ehliyetine sahip olarak kabul edilmektedirler. 10 yaşından büyüklere kendi yaşlarına ve zekâlarına uygun hukuki işlemleri yapmak için fiil ehliyeti tanınmıştır. Ancak diğer işlemlerde 10 yaşından büyük kişilerin ehliyetsiz olduğu ve bu işlemlerin ya yasal temsilci tarafından ya da yasal temsilcinin rızası ile yapılabileceği şeklinde düzenleme yapılmıştır. 10 yaşın altındaki kişiler ise fiil ehliyetinden tamamen mahrum bırakılmış ve bu küçüklerin yalnızca yasal temsilcileri eliyle hukuki işlem yapabilmeleri kabul edilmiştir. Bu kategoride yer alan küçüklerle yapılan işlemlerin yasal temsilcinin rızasıyla dahi ayakta tutulmasına imkânı yoktur.

*Filipinler hukukunda*⁸¹ ergin olma yaşı çoğu hukuk sisteminden farklı şekilde 21 olarak belirlenmiştir. Ayrıca cinsiyet ayrımına gidilerek kadınlar için 23 yaşına kadar aile evini ailenin rızası olmadan terk etmek yasaklanmıştır. Bu kuralın istisnası, kadının evlenmesi ya da bir meslek icra etmesi olarak belirlenmiştir. Ailesi bulunmayan bir küçüğün razısı bulunması, çıkarlarının gerektirmesi ve 18 yaşını doldurması halinde mahkemece ergin kılınması mümkün olmaktadır. Küçüğün evlenme yoluyla ergin hale gelmesi ya da mahkemece ergin kılınması durumunda, küçük üzerindeki her türlü kısıtlama ortadan kalkmakta ve küçük ergin hale gelmektedir. Ancak bu halde dahi küçüğün veli ya da vasilerinin izni olmadan borç para alması, taşınmaz mallarını satması veya borç para vermesi mümkün olmamaktadır. Bu sınırlamalar küçüğün 21 yaşına varmasına kadar devam

⁸⁰ Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 11 – 12.

⁸¹ Filipinler Medeni Kanunu m. 39.

etmektedir. Ailesi olan bir küçüğün ergin kılınması için ailenin izin vermesi, küçüğün 18 yaşında olması ve bu işleme rızası bulunması gerekmektedir. Ayrıca aile tarafından verilen iznin sicile tescili gerekmektedir. Açıklanan şekillerde ergin kılınma durumlarında, ergin kılınma işleminin geri alınması mümkün olmamaktadır. Küçüğün vasisi ya da velisinin çocuğu koruma, eğitme, çıkarlarına uygun işlemlerde çocuğun temsilcisi olarak hareket etme ve uygun seviyede çocuğu terbiye etme ve çocuğa ceza verme gibi hakları da bulunmaktadır.

*Katar hukukunda*⁸² fiil ehliyetine sahip olabilmek için ayırt etme gücüne sahip olmanın yanında ergin olmak da gerekmektedir. Ergin olma yaşı ise 18 olarak belirlenmiştir. 7 yaşından küçüklerin ayırt etme gücünden tamamen yoksun olduğu kabul edilmiş olup 7 ile 18 yaş arasında olan küçüklerin ise sınırlı olarak fiil ehliyetine sahip oldukları düzenlenmiştir. Katar hukukunda vasi atanması ve vasinin yapabileceği işlerle ilgili olarak ayrı bir kanun bulunmaktadır.⁸³ Bu kanun doğal vasi, hukuki vasi ve vasiyet yoluyla atanan vasi ayrımını içermektedir. Kanun küçük terimini, 18 yaşından küçükler olarak tanımlamıştır. Ayrıca 18 yaşını geçmiş olmasına rağmen ayırt etme gücünden tamamen veya kısmen yoksun olanların, ceninin, kayıp ya da gaip olanların küçük olarak kabul edileceğini belirtmiştir.⁸⁴ Kanuna göre 7 yaşından küçük çocukların yaptığı tüm işlemler kesin olarak hükümsüzdür. 7 yaşından büyük çocukların yaptığı işlemler küçüğün yararına ise hüküm doğurmakta, zararına ise hükümsüz olmaktadır. Eğer işlem hile, korkutma ya da etki altında bırakma suretiyle yapılmışsa bu durumda işlemin iptal edilebilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak küçüğün vasisi tarafından onaylanmış işlemlerin ya da küçüğün ergin olmasından sonra onayladığı işlemlerin hükümsüzlüğünü öne sürmek mümkün değildir. Mahkemelere 18 yaşından küçük çocuğu ergin kılabilme yetkisi tanınmıştır. İlgililerin talebi üzerine bu hususta karar verebilmek için ilgililerin talebi üzerine devletten de görüş almak şartıyla çocuğunun iyi yönetim yeteneği olduğunun ispatlanması gerekmektedir. Bir küçüğün vasisi babası, babasının istememesi halinde ise dedesi olup bu durum doğal vasilik olarak sınıflandırılmaktadır. Babanın küçük için başka bir vasi seçmesi hukuki vasilik olarak sınıflandırılmakta olup babanın bunu vasiyet yoluyla yapması da vasiyet yoluyla atanan vasilik olarak kabul

⁸² Katar Medeni Kanunu m. 49 – 52.

⁸³ Katar Küçüklerin Maddi Değerlerinin Koruması Hakkında Kanun <http://www.almeezan.qa/MOJPortal/LocalPdfLaw.aspx?Target=307&language=en> 07.11.2013.

⁸⁴ Küçüklerin İşleri Hakkında Genel Müdürlük (*General Authority for Minors' Affairs*).

edilmektedir. Bir küçüğün vasisi bulunmuyorsa, devlet vasi olarak kabul edilmektedir ve vasilik işleri ile ilgilenen bir devlet kurumu bulunmaktadır. Vasi olabilmek için, tam olarak fiil ehliyetine sahip olmanın yanında güvenilir ve küçükle aynı dinden olma şartları aranmaktadır. Hukuki ya da vesayet yolu ile atanmış vasilerin yüz kızartıcı suçlar nedeniyle suçlu bulunmamış olması, iflas etmemiş olması, daha önce vasilikten atılmamış olması, baba tarafından görevden alınmamış olması ve küçük ile vasi veya vasinin yakınları arasında çıkar çatışması bulunmaması gerekmektedir. Küçüğün ve vasinin herhangi bir ilgisi olmadan yapılan bağışlar, vasinin değil devletin yönetimi altına girmektedir. Kanunda küçüğün babasının küçüğün parasından yaptığı bağışlamalar hakkında bir istisna getirilmiştir. Buna göre baba söz konusu bağışlamaları yapmaya yetkili kılınmıştır ve babanın bu bağışlamadan dolayı hesap verme yükümlüğü bulunmamaktadır. Küçüğün taşınmazının satılması, küçüğün parasının borç verilmesi gibi bir takım işlemler mahkemenin onayına bağlanmıştır. Fakir vasinin, devlet gözetimi altında, makul şekilde küçüğün parasını kendisi için harcaması mümkündür.

*İngiliz hukukunda*⁸⁵ sözleşme yapma kapasitesine sahip olabilmek için gereken erginlik 18 yaş ile birlikte kazanılmaktadır. 18 yaşından küçüklerin sözleşme yapabilmesi belirli durumlarda kısıtlanmıştır. İlk olarak küçüğün yaşamını devam ettirebilmesi için gereken ihtiyaçlarını sağlama amacıyla sözleşme yapmasına izin verilmiş ve bu sözleşmelerin geçerli olduğu kabul edilmiştir. Buradaki gereklilik kavramı küçüğün içinde bulunduğu durumu devam ettirebilmesine olanak verecek şekilde olarak kabul edilmiştir. Küçüğün bu tür sözleşmelerde borç altına girdiği bedel, elde ettiği faydanın makul bedelinden fazla olamamaktadır. Küçüğün kendisinin açık olarak sömürülmesine sebep olmayan iş sözleşmeleri yapabilmesi ile küçüğün sporcu veya yazar olarak veyahut da eğlence sektöründe faaliyet göstermesi için sözleşme yapabilmesine izin verilmiştir. Çocuğun taşınmaz alım satımı sözleşmeleri, ortaklık sözleşmeleri gibi bir takım sözleşmelerle bağlı olduğu, reşit olmadan önce ya da reşit olduktan sonra makul bir sürede bağlı olmadığını beyan ederek sözleşmeyi feshedebileceği kabul edilmiştir. Açıklananlar dışında kalan sözleşmeler ise, çocuğun reşit olduktan sonra onaylaması halleri hariç olmak üzere,

⁸⁵ Birks, **a.g.e.** s. 96; Burrows, **a.g.e.** s. 559; Avustralya hukukundaki paralel durum için bkz. Miles/Dowler, **a.g.e.** s. 404.

çocuğu bağlamamakta ancak çocuğun sözleşme yaptığı karşı taraf için bağlayıcı olmaktadır.

(3)Kısıtlı Olmamak

Türk hukukunda (TMK m. 10) fiil ehliyetine sahip olabilmenin bir diğer şartı da kısıtlanmamış olmaktır. TMK kısıtlanma sebeplerini akıl hastalığı ya da zayıflığı, savurganlık, alkol ya da uyuşturucu madde kullanma alışkanlığı, kötü yaşam tarzı, kötü yönetim ya da ilgili kişinin talebi gibi olarak sıralamaktadır. Ancak yukarıda sayılan durumların bir şekilde kişilerin karar alma yeteneğini etkileyen unsurlar olduğu dolayısıyla bir bakıma ayırt etme gücü ile alakalı olduklarını unutmamak gerekmektedir. Kısıtlanma kişiye vasi atanması ve kişinin vasinin onayı olmaksızın, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanması ve karşılıksız kazandırmaları kabul etmesi hariç, işlem yapamaması sonucunu doğurmaktadır.

c) Fiil Ehliyetinin Kısıtlanması - Vesayet

Vesayet bir gerçek kişinin belirli şartların varlığı halinde fiil ehliyetinin kısıtlanarak o kişinin koruma altına alınmasını sağlamak amacıyla getirilmiş hukuki bir kurumdur. Türk hukukunda vesayet dar anlamda vesayet ve geniş anlamda vesayet olarak kategorize edilmektedir.⁸⁶ Buna göre dar anlamda vesayet TMK m. 394 – 494 arasında düzenlenmiş olan Vesayet başlıklı bölümü ifade ederken geniş anlamda vesayet TMK'nın diğer bölümlerinde ve diğer kanunlarda vesayet organlarına göndermede bulunan tüm hükümleri ifade etmektedir. Bu bölümde ise kayyımlik ve yasal danışmanlık gibi kurumlar hariç tutularak yalnızca kişinin vesayet altına alınması durumu incelenecektir.

Vesayet hukuku fiil ehliyeti üzerindeki etkileri nedeniyle özel hukuk içeriği, vesayetin kurulması ve sürdürülmesi konularındaki devlet müdahaleleri nedeniyle de kamu hukuku içeriği bulundurduğu gerekçesiyle kamu hukukunun ve özel hukukun unsurlarını bir arada taşıyan bir hukuki kurum olarak değerlendirilmektedir.⁸⁷

⁸⁶ Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, **Aile Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, s. 374.

⁸⁷ Dural/Ögüz/Gümüş, **a.g.e.** s. 374.

Vesayet hukukunda orantılılık ve *numerus clausus* ilkesi geçerlidir.⁸⁸ Yani mahkeme bir kişi kısıtlarken onun durumuna en uygun kurumdan yararlanmalıdır. Örneğin bir kişiye temsil kayyımı atanması yeterli olacakken onu vesayet altına almak orantılılık ilkesine aykırı düşecektir. *Numerus clausus* ilkesi ise mevzuatta sayılanlardan başka yöntem ve şekillerde vesayet kararı verilemeyeceğini ifade etmektedir.

TMK kapsamında vesayet aile vesayeti ve kamusal vesayet olmak üzere iki çeşit olarak düzenlenmiştir. TMK m. 398'e göre aile vesayeti kamusal vesayete oranla istisnai olarak kurulacaktır ve aile vesayetinin kurulması için vesayet altındaki kişinin haklı bir menfaatinin bulunması gerekmektedir. Söz konusu madde haklı menfaatle bir işletmenin ya da ortaklığın veya benzeri işlerin sürdürülmesi şeklinde örnekler vermiştir. Aile vesayetinin kamusal vesayetten tek farkı vesayet organı olarak sulh hukuk mahkemesinin değil aile meclisinin görev yapmasıdır. Aile vesayetinde de kişiye bir vasi atanmakta ve vasi vesayet altındaki kişinin işlerini yürütmektedir. Denetim makamı olarak ise yine asliye hukuk mahkemesi görev yapmaktadır. TMK m. 400 gereği aile meclisi vasi olma ehliyetine sahip, 4 yıl için atanacak en az üç hısımdan oluşmaktadır. Ayrıca TMK m. 401 bu kişilerin görevlerini gereği gibi yerine getireceklerine dair güvence vermelerini şart koşmaktadır. Son olarak aile vesayetinin kurulması için TMK m. 399 gereği vesayet altına alınan kişinin fiil ehliyetine sahip iki hısıminın ya da bir hısımi ile eşinin talebi üzerine denetim makamının karar vermesi gerekmektedir.

Bir kişinin vesayet altına alınabilmesi için velayet altında bulunmayan bir küçük olması (TMK m. 404) ya da hakkında kısıtlanma sebeplerinin varlığının bulunması gerekmektedir. Bir küçüğün vesayet altında bulunmaması, velayetinin annesi ve babası üzerinde bulunmaması ya da anne ve babasının ölmüş olması halinde mümkün olmaktadır. Kısıtlanma ise ergin bir kişinin belirli nedenlerle fiil ehliyetinin mahkeme kararı ile sınırlandırılmasını ifade etmektedir. Kısıtlanmanın şartları akıl hastalığı ve akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza olarak TMK'nın 405 ve 407 numaralı maddeleri arasında sayılmaktadır. Ayrıca TMK m. 408 gereği ilgili kişinin kendi rızası ile kısıtlanması da mümkündür. Kişinin

⁸⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** s. 375.

kendisinin kısıtlanmasını talep etmesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilmektedir.⁸⁹ Dolayısıyla kişi bu talebi kendisi yapmalı ve talepte bulunurken ayırt etme gücüne sahip olmalıdır. Ayrıca TMK m. 408 kısıtlanma talebinin yalnızca kişinin kendi işlerini gerektiği gibi yönetmesini engelleyecek seviyedeki yaşlılık, sakatlık, tecrübesizlik ya da ağır hastalık durumlarının varlığı halinde yapılabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle başka bir sebep nedeni ile kısıtlanma talebinde bulunmak mümkün değildir.

Vesayete ilişkin yargılama süreci ya bir kişinin bildirimiyle ya da TMK m. 404, 405 ve 407 uyarınca görevini yapan idari makam, noter ve mahkemelerin söz konusu maddelerde sayılan küçüklük, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı ve özgürlüğü bağlayıcı ceza durumlarının varlığını yetkili vesayet makamına bildirmeleri ile başlamaktadır. TMK m. 404, 405 ve 407’de sayılanlar hariç olmak üzere kişilerin bildirim zorunluluğu bulunmamaktadır. Vesayet işlerinde yetkili mahkeme TMK m. 411’e göre küçüğün ya da kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet daireleridir. HMK m. 382 gereği çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilen vesayet işlerinde görevli mahkeme HMK m. 383 gereği sulh hukuk mahkemesidir. Yargılama sırasında mahkeme mutlaka savurganlığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetimi veya isteği sebebiyle kısıtlanacak kişiyi dinlemek zorundadır. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanacak kişinin dinlenilmesi ise isteğe bağlı tutulmuştur ancak söz konusu kişilerin haklarında sağlık raporu alınmadan kısıtlanması TMK m. 409 gereği mümkün değildir.

Kişinin vesayet altına alınması halinde söz konusu kişinin işleri vesayet organlarınca yürütölmeye başlanacaktır. Bu süreçte esas görevli, kişiye mahkemece atanan vasidir. Vasi ayrıca belirli durumlarda vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesinden (TMK m. 462), kimi durumlarda da denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinden (TMK m. 463) izin almaktadır. Ayrıca vasi vesayet makamının kararlarına karşı denetim makamında itirazlarda bulunabilmektedir. Vesayet makamlarından alınan izinler mahkeme kararı olarak değil bir yargı organı tarafından gerçekleştirilen idari işlem şeklinde kabul edilmektedir.⁹⁰

⁸⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** s. 382.

⁹⁰ Yargıtay 2. HD, 2000/2639 E. 2000/ 4636 K. 12.04.2000, Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.** s. 406.

Vesayetin sona ermesi ya kendiliğinden ya da mahkeme kararı ile gerçekleşebilmektedir. Buna göre küçüğün erginliğe erişmesi ile ve 1 yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı ceza alan kişinin cezasının sona ermesi ile söz konusu kişiler hakkında vesayet sona ermektedir. Ayrıca ölüm ve gaiplik durumları da doğal olarak vesayeti ortadan kaldırmaktadır. Diğer sebeplerle vesayet altında bulunmuş kişiler hakkında ise ancak TMK m. 472 gereği mahkeme kararı ile vesayet sona erebilmektedir. Böyle bir kararın verilebilmesi için ise kısıtlılık sebebinin ortadan kalktığının ispat edilmesi gerekmektedir. Bu konuda kısıtlı ve ilgili kişilerin talepte bulunma hakları bulunmaktadır.

B. Hak ve Fiil Ehliyeti Konusunda Kanunlar İhtilafı Kuralları

1. Bağlama Noktaları

Milletlerarası özel hukukta uygulanacak hukuku tespit etmenin amacı söz konusu hukuki ilişkiye, onunla en sıkı ilişki içerisinde bulunan hukukun uygulanmasını sağlamaktır.⁹¹ Hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinde genel olarak kullanılan bağlama noktaları vatandaşlık, yerleşim yeri ve mutlak meskendir. Ne var ki kişilerin hukuki statüleri ve ehliyetleri konusunda uygulanacak hukuku tespit eden bağlama noktasının ne olacağı konusunda milletlerarası özel hukukta ahenk sağlanmış değildir. Bu nedenle çeşitli hukuk sistemlerinde değişik bağlama noktalarının tercih edildiği görülebilmektedir.

Hukuk tarihi açısından incelendiğinde Fransız Medeni Kanunu'na kadar olan dönemde tüm ülkelerde yerleşim yeri hukukunun esas alındığı ancak söz konusu kanunla beraber, milliyetçilik akımının da etkisiyle, vatandaşlık esasının dikkate alınmaya başlandığı görülmektedir.⁹² Bu akım Kıta Avrupasında büyük ölçüde benimsenmesine rağmen ABD'de, İngiltere'de ve diğer *Commonwealth* ülkelerinde

⁹¹ Aysel Çelikel, **Devletler Hususi Hukukunda Bağlama Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod**, s. 236
<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023004256/1023003848> 14.01.2014.

Diğer amaçlar ise taraf menfaatinin sağlanması, işlem güvenliğinin sağlanması, mahkeme kararları arasında uyumluluğun sağlanması ve devletin çıkarlarının korunması olarak sıralanabilmektedir.

⁹² Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, 20. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2013 s. 111; Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011 s. 66; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman – Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014 s. 29.

kabul görmemiştir. Bağlama noktası olarak yerleşim yerini tercih eden ülkelerin ortak özelliklerinden birisi de söz konusu ülkelerin yoğun şekilde göç almalarıdır. Vatandaşlık prensibinin yabancı hukukların uygulanmasına daha elverişli olması karşısında, işlem güvenliği ve kamu yararının korunabilmesi için yerleşim yeri prensibini seçmek göç alan ülkeler için adeta bir mecburiyet halini almaktadır.⁹³ Nitekim tarih boyunca ve günümüzde yoğun şekilde göç almaya devam eden ülkeler, özellikle İngiltere ve ABD, hala bağlama noktası olarak yerleşim yeri esasını kullanmaya devam etmektedirler. Buna karşılık göç veren ülkeler vatandaşlık esasını kullanmaya devam etmektedirler.⁹⁴

Günümüzde genel olarak Kıta Avrupası Hukuk Sistemine dâhil olan ülkelerde bağlama noktası olarak vatandaşlığın esas alındığını, Anglosakson hukuk sistemine dâhil olan ülkelerde ise yerleşim yerinin bağlama noktası olarak kabul edildiğini söylemek mümkündür. Bunun yanında Anglosakson hukuk sistemindeki yerleşim yeri (*domicile*) kavramı ile Kıta Avrupası sistemindeki yerleşim yeri kavramının birbirinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Ayrıca üçüncü bir bağlama noktası olarak, vatandaşlık ve yerleşim yeri esaslarını uzlaştırmayı amaçlayan mutata mesken kavramından da bahsetmek gerekmektedir. Mutata mesken kavramı, son dönemlerde ortaya çıkmış bir kavram olup genellikle milletlerarası sözleşmelerde kullanılmaktadır. Türk hukukunda ise mutata mesken genellikle yedek bağlama noktası olarak kullanılmaktadır.

Yerleşim yeri, vatandaşlık ve mutata mesken kavramları aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

a) Yerleşim Yeri

Yerleşim yerinin milletlerarası özel hukukta bağlama noktası olarak kullanılması, kişinin yerleşim yeri olarak kabul ettiği yer ile en sıkı bağlarını kurmuş olduğu, buradaki toplumun içinde yaşadığı, bu toplumun hukuk kurallarını bildiği ve

⁹³ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku** s. 112; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 29.

⁹⁴ Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 29.

uyguladığı gibi nedenlerle kişiye yerleşim yeri hukukunun uygulanması gerektiği görüşüne dayanmaktadır.⁹⁵

Bağlama noktası olarak yerleşim yerinin kullanılması kişi hallerine ilişkin durumlara uygulanacak hukuku tespit eden en eski kriterdir.⁹⁶ Yerleşim yerinin bağlama noktası olarak kullanılması feodalite döneminde ortaya çıkmıştır.⁹⁷ İnsanların toprağa bağlı yaşamak zorunda bırakıldığı bu dönemde merkezi devletler ya da tüm ülkede geçerli olan kapsamlı kanunlar bulunmamakta ve her bölge kendine özgü hukuk kurallarına göre yönetilmektedir.⁹⁸ Bu nedenle yerleşim yeri esasına rakip olabilecek bir bağlama noktasının ortaya atılması da pek mümkün olamamıştır. Söz konusu dönemde bağlama noktası olarak kabul edilen yerleşim yeri esası, serflerin toprağa bağlı tutulması amacına hizmet eden önemli bir araç olmuştur.

İsviçre hukukunda⁹⁹ kişilerin fiil ehliyetine uygulanacak hukuk olarak yerleşim yeri hukuku belirlenmiştir. Dolayısıyla bu ülkelerde kişilerin birden çok vatandaşlığı olmasının, vatansız ya da mülteci olmasının ehliyetine uygulanacak hukukun tespiti konusunda herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Özellikle belirtmek gerekir ki hak ehliyeti konusunda İsviçre hukuku herhangi bir bağlama noktası kullanmak yerine doğrudan İsviçre hukukunun uygulanmasını kabul etmektedir. Böylelikle İsviçre hukuku nezdinde kimsenin hak ehliyetinden esirgenmemesi sağlanmıştır.

Yerleşim yeri esası ayrıca yaygın olarak Anglosakson hukuk sistemlerinde kullanılmaktadır. Bu hukuk sistemine dâhil olan ülkelerin yerleşim yerini bağlama noktası olarak seçmelerinin nedeni doktrinde söz konusu ülkelerin çok fazla göç

⁹⁵ Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 13. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2013 s. 189; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013 s. 167; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 33.

⁹⁶ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 111; Doğan, **a.g.e.** s. 167; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 66.

⁹⁷ Erdoğan Göğür, **Devletler Hususi Hukuku, Yönünden İkametgâh**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 26, Sayı 3-4, 1969, s. 238, www.dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/324/3222.pdf, 04.04.2014.

⁹⁸ Konrad Zweigert/Hein Kötz, **Introduction to Comparative Law**, 3. Bası, Oxford, The Clarendon Press, 1998, s. 75.

⁹⁹ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 34 – 35 [http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\).pdf](http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf) 13.10.2013.

almasıyla açıklanmıştır.¹⁰⁰ Yerleşim yeri hukukunun uygulanması bu ülkelerde göçmenlerle ilgili olarak da yerel hukukun uygulanmasına imkân vermiş ve ülkede işlem güvenliğinin sağlanmasına imkân tanımıştır. Ayrıca yerleşim yeri esası göçmenlerin vatandaşı oldukları ülkelerle bağlantılarının kesilmesine dolayısıyla da göçmenlerin içinde bulundukları yeni topluma hızla adapte olmalarına olanak sağlamıştır.¹⁰¹

Hukuki bir kavram olan yerleşim yerinin bağlama noktası olarak kullanılmasının getirdiği en büyük zorluk Kıta Avrupası hukuk sistemi ile Anglosakson hukuk sistemi açısından yerleşim yeri kavramının çok değişik anlamlar taşımasıdır. Buna ek olarak ülkelerin yerel düzenlemelerinde de farklılıklar bulunabilmektedir. Her ne kadar yerleşim yeri kavramının vasıflandırılmasında *lex fori* kullanılacaksa¹⁰² da yerleşim yeri kavramının iki büyük hukuk sistemi açısından taşıdığı farklı anlam, uygulamada ve doktrinde kavram kargaşası ile yabancı hukuk düzenlemelerinin anlamlandırılmasına sebep olmaktadır. Anglosakson hukukundaki yerleşim yeri (*domicile*) kavramı incelenmeden Anglosakson hukukunun neden yerleşim yerini bağlama noktası olarak seçtiğini tam olarak anlayabilmek mümkün değildir. Bu nedenle aşağıda Türk ve İngiliz hukuklarındaki yerleşim yeri kavramları ve düzenlemeleri incelenecektir.

Türk hukukunda yerleşim yeri TMK m. 19 – 22 arasında düzenlenmiştir. TMK'ya göre yerleşim yeri kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Doktrinde yerleşim yeri kişinin yaşamının merkezi olarak kabul edilmektedir.¹⁰³ TMK m. 19/2 bir kişinin aynı anda birden çok yerleşim yeri olamayacağını hüküm altına almıştır. Buna yerleşim yerinin tekliği ilkesi denmektedir.¹⁰⁴ Ticari ve sınai kuruluşlar ise yerleşim yerinin tekliği ilkesinden istisna tutulmuştur. Yerleşim yerinin serbestçe seçilmesi mümkündür ancak bir yerleşim yerinin değiştirilebilmesi

¹⁰⁰ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 112.

¹⁰¹ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 112.

¹⁰² Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 119; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 33.

¹⁰³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 113; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 46; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 129; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 439; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 189; Serozan **a.g.e.** s. 484; Işıl Özkan, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara: Naturel, 2003, s. 67.

¹⁰⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 121; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 46; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 129; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 451; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 190; Serozan **a.g.e.** s. 484; Özkan, **a.g.e.** s. 68.

yalnızca yeni bir yerleşim yerinin edinilmesine bağlıdır. Bu ilkeye de yerleşim yerinin gerekliliği ilkesi adı verilmektedir.¹⁰⁵ Kişinin yerleşim yerini terk etmesinden sonra yeni bir yerleşim yeri buluna kadar geçen süre boyunca kişinin hala eski yerleşim yerinde oturduğu varsayılmaktadır. Önceki yerleşim yeri belli olmayan veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye’de henüz bir yerleşim yeri edinmemiş kişilerin oturdukları yer, yerleşim yerleri olarak kabul edilmektedir. TMK m. 21 gereği velayet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri anne ve babasının ortak yerleşim yeridir. Eğer anne babanın ortak bir yerleşim yeri yoksa çocuğun bırakıldığı anne ya da babanın yerleşim yeri çocuğun da yerleşim yeri sayılacaktır. Bu durumlar haricindeki her halde çocuğun yerleşim yeri çocuğun oturduğu yer olarak kabul edilmiştir. Vesayet altında bulunan kişilerin yerleşim yerleri ise bağlı bulundukları vesayet makamının bulunduğu yerdir. TMK m. 22 eğitim, sağlık, bakım veya ceza kurumlarında kalmanın yeni yerleşim yeri edinilmesi sonucunu doğurmayacağını belirtmiştir.

İngiliz hukuk doktrinde ve yargı kararlarında yerleşim yeri (*domicile*) kavramı ilk olarak kişinin kalıcı evi/yaşam yeri şeklinde tanımlanmıştır.¹⁰⁶ Milletlerarası Özel Hukuk Komisyonu’nun 1954 yılında hazırladığı raporda ise yerleşim yeri kişinin evinin/yaşam yerinin bulunduğu ve orada kalıcı olarak yaşama niyetinde olduğu yer olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁷ Belirtmek gerekir ki yerleşim yeri İngiliz hukukunda bir hukuki bölge olarak kabul edilmektedir. Yani bir kişinin yerleşim yerinden kasıt belirli bir adres değil belirli bir ülke ya da federal devlette belirli bir eyalettir. Bu bakımından İngiliz hukukundaki yerleşim yeri kavramı daha çok köken ya da ait olunan ülke olarak düşünülebilmektedir.

İngiliz hukukunda yerleşim yerinin tekliği ve gerekliliği ilkeleri, Türk hukukuna benzer şekilde yer almaktadır. Söz konusu ilkelere göre her kişinin tek bir yerleşim yeri olabilmektedir ve her kişinin mutlaka bir yerleşim yeri olmak

¹⁰⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 114; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s.46; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 129; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 450; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 191; Serozan **a.g.e.** s. 484; Özkan, **a.g.e.** s. 68.

¹⁰⁶ J. G. Collier, **Conflict of Laws**, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, s. 37; Abba Mayss, **Principles of Conflict of Laws**, 3. Bası, Londra, Cavendish Publishing Limited, 1999, s. 193; Whicker v. Hume, 1858, HLC 124 at 160 <http://www.uniset.ca/other/cs3/11ER50.html> 02.04.2014.

¹⁰⁷ Mayss **a.g.e.** s. 192.

zorundadır.¹⁰⁸ Açıklanan ilkelerle uyumluluğu sağlayacak şekilde, İngiliz hukukunda yerleşim yeri, köken yerleşim yeri (*domicile of origin*), seçilen yerleşim yeri (*domicile of choice*) ve bağlı yerleşim yeri (*domicile of dependency*) olmak üzere üç tür olarak belirlenmiştir.

Köken yerleşim yeri, kişinin doğum ile elde ettiği ve değiştirilmesi mümkün olmayan yerleşim yeri çeşididir.¹⁰⁹ Köken yerleşim yeri, her kişinin yerleşim yeri olma zorunluluğu ilkesi gereği düzenlenmiş bir kurumdur. Bir kişinin köken yerleşim yeri doğum anında babasının yerleşim yerine göre belirlenmektedir. Bu kapsamda kişinin doğduğu yer ile köken yerleşim yerinin herhangi bir bağlantısı olmadığını belirtmek gerekmektedir.¹¹⁰ Yine çocuğun babanın köken yerleşim yerini alması söz konusu olmayıp babanın doğum anındaki yerleşim yeri, çocuğun köken yerleşim yeri olarak kabul edilmektedir. Köken yerleşim yeri konusunda gayrimeşru çocuklar ile babasının ölümünden sonra doğan çocuklar hakkında, annenin köken yerleşim yerini alma kuralı getirilmiştir.¹¹¹ Gayrimeşru çocuklara yapılan bu ayırım bugün İngiliz doktrininde eleştirilmektedir.¹¹² Çocuğun evlat edinilmesi hali, köken yerleşim yerini değiştirebilen tek durumdur. Evli bir çiftin bir çocuğu evlat edinmesi halinde, eşlerin yerleşim yerleri farklı bile olsa, babanın yerleşim yeri çocuğun köken yerleşim yeri olarak kabul edilecektir.¹¹³

Seçilen yerleşim yeri, kişinin köken yerleşim yerinden başka bir ülkeye kalıcı olarak yerleşme niyetiyle göç etmesi halinde elde edilen yerleşim yeri türüdür.¹¹⁴ Bu tanımdan anlaşıldığı üzere seçilen yerleşim yeri ilişkisinin kurulabilmesi için kişinin fiziken yeni yerleşim yeri olacak yerde bulunması ve burada kalıcı olarak yaşama niyetiyle kalması gerekmektedir. Bu kapsamda gidilen yerde kalma süresinin herhangi bir önemi yoktur. Bir kişi kalıcı yerleşme niyetine bağlı olarak bir gün

¹⁰⁸ Collier **a.g.e.** s. 38; Mayss **a.g.e.** s. 193.

¹⁰⁹ Collier **a.g.e.** s. 39; Mayss **a.g.e.** s. 193; The Law Reform Commission, **Domicile and Habitual Residence** s. 5 <http://www.lawreform.ie/fileupload/consultation%20papers/wpHabitualResidence.htm> 12.12.2013.

¹¹⁰ Udny v. Udny, 1869, 1 LR Sc & Div. 441 HL. <http://www.uniset.ca/other/css/LR1ScDiv441.html> 02.04.2014.

¹¹¹ Collier **a.g.e.** s. 39; Mayss **a.g.e.** s. 196.

¹¹² Collier **a.g.e.** s. 49.

¹¹³ Mayss **a.g.e.** s. 195.

¹¹⁴ Collier **a.g.e.** s. 39; Mayss **a.g.e.** s. 198; The Law Reform Commission, **Domicile and Habitual Residence** s. 5 <http://www.lawreform.ie/fileupload/consultation%20papers/wpHabitualResidence.htm> 12.12.2013.

içinde seçilen yerleşim yerini kazanabileceği gibi uzun yıllar geçmesine rağmen eski yerleşim yerine bağlı olarak da yaşayabilmektedir. Son olarak seçilen yerleşim yeri ile köken yerleşim yerinin ilişkisini irdelemek gerekmektedir. Seçilen yerleşim yeri, kişinin yerleşim yeri olarak kalmaya devam ettikçe kişinin köken yerleşim yeri ile herhangi bir bağlantısı bulunmamaktadır.¹¹⁵ Ancak seçilen yerleşim yeri bağının kopması ile kişinin yerleşim yeri tekrardan köken yerleşim yeri olarak kabul edilmektedir. Bu durumun etkilerini İngiltere’de köken yerleşim yerine, Fransa’da seçilen yerleşim yerine sahip bir kişinin kalıcı olarak ABD’de yaşamak için gemi ile yola çıktığı ve yolculuk sırasında vefat ettiği bir örnekle açıklamak mümkündür. Kişinin Fransa’yı terk etmesi ile birlikte Fransa’daki seçilen yerleşim yeri ortadan kalkmaktadır. Öte yandan kişi yeni seçilen yerleşim yeri olan ABD’ye de varamadan vefat etmiştir. Bu durumda kişinin yeni seçilen yerleşim yeri ilişkisi de kurulamamış sayılacak ve kişi İngiltere’de yerleşim yerine sahip olarak vefat etmiş olacaktır. Açıklanan durum, yarattığı belirsizlik ve adil olmayan sonuç nedeniyle İngiliz hukukunda da eleştirilmektedir.¹¹⁶ ABD hukuku ise bu yaklaşımı terk ederek yeni seçilen yerleşim yeri ile bağ kurulana dek eski seçilen yerleşim yerinin devam etmesini kabul etmiştir.¹¹⁷

İngiliz hukukunda yer alan seçilen yerleşim yeri ile Türk hukukundaki mutat mesken ve yerleşim yeri kavramlarının neredeyse aynı olduğu yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılmaktadır. Buna karşın İngiliz hukukunda mutat mesken (*habitual residence*) kavramı, Türk hukukundaki mutat mesken kavramından sürekli yaşama niyeti şartı noktasında farklılık göstererek, bir yerde belirli bir süre yaşamak anlamına gelmektedir.

İngiliz hukukundaki son yerleşim yeri tipi, bağımlı yerleşim yeri tipidir. Bağımlı yerleşim yeri 16 yaşın altındaki çocuklar ile evli kadınlar açısından öngörülmektedir.¹¹⁸ Evli kadınlar, 1 Ocak 1974’de yapılan kanun değişikliğinden¹¹⁹ önce, herhangi bir ek işleme gerek olmaksızın eşlerinin yerleşim yerine sahip

¹¹⁵ Collier **a.g.e.** s. 40.

¹¹⁶ Collier **a.g.e.** s. 51.

¹¹⁷ Collier **a.g.e.** s. 51.

¹¹⁸ Collier **a.g.e.** s. 48; Mayss **a.g.e.** s. 194; The Law Reform Commission, **Domicile and Habitual Residence** s. 5

<http://www.lawreform.ie/fileupload/consultation%20papers/wpHabitualResidence.htm> 12.12.2013.

¹¹⁹ Collier **a.g.e.** s. 47; Mayss **a.g.e.** s. 196.

olmaktaydılar. Bir başka deyişle evli kadına eşinden bağımsız bir yerleşim yeri sahibi olma hakkı verilmemiştir. 1974 yılında yapılan değişiklik sonrasında ise evli kadınların bağımsız yerleşim yerine sahip olabilecekleri kabul edilmiştir. Evli kadınların eşleri vasıtasıyla elde etmiş oldukları yerleşim yerleri 1974’de yapılan kanun değişikliği ile seçilen yerleşim yerine dönüştürülmüş olup günümüzde evli kadının bağımlı yerleşim yerine sahip olması durumu ortadan kaldırılmıştır. Bağımlı yerleşim yerine sahip olan kişi gruplarından diğeri ise 16 yaşından küçük çocuklardır. Söz konusu çocuklar eğer anne ve babaları bir arada yaşıyorlarsa onlarla aynı yerleşim yerine sahip olmaktadır. Eğer anne ve baba ayrı yaşıyorsa, çocuk babası ile yaşadığı bir ev olmadığı sürece annenin yerleşim yerine sahip olacaktır.¹²⁰

İngiliz hukukunda yer alan yerleşim yeri çeşitleri kimi durumlarda olayın şartlarına uygun çözümler üretememektedir. Nitekim bir kişinin ömrünün sonuna kadar okyanuslarda kalacak bir yata yerleşmeye karar verdiği durumda kişinin bir yerleşim yeri seçtiği konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Söz konusu yatın bayrak devletin toprağı sayılmaması karşısında da kişinin seçilmiş yerleşim yeri ülkesi olamayacağı kabul edilmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki İngiliz hukukundaki yerleşim yeri kavramı Türk hukukundaki gibi bir adresi değil kişinin yaşadığı ülke ile olan bağıını ifade etmektedir. Yani açıklanan durumda kişi hiçbir ülkenin toprağında yaşamadığı için seçilmiş yerleşim yeri bulunmamaktadır ve aynı şekilde köken yerleşim yerini terk etme iradesi bulunduğu için köken yerleşim yerine geri dönüldüğü sonucuna da varılamamaktadır. Dolayısıyla da böyle bir durumda söz konusu kişinin ne seçilmiş yerleşim yeri ne de köken yerleşim yeri bulunmaktadır.¹²¹ Aynı durumun Türk hukuku açısından değerlendirilmesi halinde ise kişinin yerleşim yeri değişmeden kalmaya devam edecektir zira kişinin yeni yerleşim yeri adresi olarak yatını göstermesi mümkün olmayacaktır.

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Türk hukukundaki yerleşim yeri kavramı ile İngiliz hukukundaki yerleşim kavramı dolayısıyla da temel prensipler açısından Kıta Avrupası hukukunun yerleşim yeri kavramı ile

¹²⁰ Collier **a.g.e.** s. 50; Mayss **a.g.e.** s. 195.

¹²¹ Imran S. Afzal, **Domicile: Basic Principles, Common Misconceptions & Preparing for the Future**, s. 1, http://www.taxbar.com/Domicile_Basic_Principles_Common_Misconceptions_and_Preparing_for_the_Future_IA.pdf.pdf 23.11.2013.

Anglosakson hukukunun yerleşim yeri kavramı arasında son derece önemli farklılıklar bulunmaktadır. İngiliz hukukundaki yerleşim yeri kavramının Türk hukukundaki yerleşim yeri kavramından ziyade vatandaşlık kavramına benzediği görülmekte ve yerleşim yerinin adeta bir eksik vatandaşlık gibi düşünülebileceği anlaşılmaktadır. İngiliz hukuku anlamında yerleşim yeri, bağlama noktası olarak aynı Türk hukukundaki mutata mesken kavramında olduğu gibi, kişinin içinde bulunduğu toplumla olan bağlarını, o toplum içinde yaşama niyetini esas almaktadır. Yani İngiliz hukukundaki yerleşim yeri kavramının Türk hukukundaki yerleşim yeri kavramından ziyade Türk hukukundaki vatandaşlık ve yerleşim yeri kavramlarının bir karışımını oluşturduğunu söylemek mümkündür.

b) Vatandaşlık

(1) Genel Olarak Vatandaşlık Esası

Vatandaşlık, bir kişinin bir devlete aidiyet bağı ile bağlanmış olması şeklinde tanımlanabilmektedir. Vatandaşlık, kişiye bir devlete ve topluma ait olma, o devlet ve toplumun imkânlarından yararlanma hakkı tanımaktadır.¹²² Dolayısıyla kişinin hayat ilişkilerinin ve kültürel bağlarının en yoğun olarak vatandaşı olduğu ülke ile kurulduğu kabul edilebilmektedir. Bu durum da vatandaşlık bağının kişi ile en sıkı ilişkili hukukun tespitinde kullanılmasına imkân tanımaktadır.¹²³

Vatandaşlık kavramının bağlama noktası olarak kullanılması feodalitenin zayıflaması ve milliyetçilik akımının ortaya çıkması ile başlamıştır. Feodalitenin zayıflaması insanların toprağa bağlı yaşadığı düzeni sürdürmeyi imkânsız kılmıştır.¹²⁴ Milliyetçilik akımı, coğrafi keşifler ve sanayi devrimi sonucu değişen ekonomik yapı ile birlikte yeni bir bağlama noktasının tespiti ihtiyacını getirmiştir. Kişilerin milli kimliklerinin ortaya çıktığı bu dönemde bağlama noktası olarak vatandaşlık esası ilk olarak Fransız Medeni Kanunu ile ortaya çıkmış ve daha sonra Kıta Avrupası'na yayılmıştır. Vatandaşlık esasının Kıta Avrupası'nda benimsenmesinin önemli nedenlerinden biri de Napolyon devrinde Fransa'nın tüm

¹²² Bahadır Erdem, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2013, s. 3.

¹²³ Doğan, **a.g.e.** s. 163; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 29.

¹²⁴ Göger, **a.g.e.** s. 238.

Kıta Avrupası'nı işgal etmiş olmasıdır. Zira Fransa anılan devirde ve daha sonraki sömürge dönemlerinde her zaman yerel hukuku ortadan kaldırarak Fransız hukukunu yürürlüğe koymuştur.¹²⁵

Vatandaşlık kavramı ilgili olarak mültecilik ve vatansızlık kavramlarının incelenmesi gerekmektedir. Vatansızlık hiçbir devlete vatandaşlık bağı ile bağlı olmamak ya da herhangi bir devletin yasalarına göre vatandaş sayılmamak anlamına gelmektedir.¹²⁶ Mülteci ise vatandaşı olunan ülkede gerçekleşen siyasi olaylar nedeniyle söz konusu ülkeyi iradesi ile ya da zorlanarak terk eden ve başka bir devletin vatandaşlığına geçmemiş ya da diplomatik koruması altına girmemiş kişilere verilen statü anlamına gelmektedir.¹²⁷ 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne İlişkin Birleşmiş Millet Sözleşmesi (m. 1) ve Türkiye'ye İltica Eden Veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar İle Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar Ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (m. 3) mülteci kavramını *“meydana gelen olaylar sebebiyle ırkı, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen ya da uyruğu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı”* olarak tanımlamaktadır.

Bağlama noktasının vatandaşlık olarak seçilmesi halinde kişiye, kişinin sakini olduğu yer ya da yerleşim yeri dikkate alınmaksızın, vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülkenin hukuku uygulanmaktadır. Vatandaşlık esası uygulanacak hukukun tespiti konusunda sağladığı belirlilik ve vatandaşlığın değiştirilmesinin güçlüğü sebebiyle milletlerarası özel hukuk kurallarına karşı hileyi neredeyse imkânsız hale getirmesi gibi nedenlerle diğer bağlama noktalarına karşı öne çıkmaktadır.¹²⁸ Ayrıca vatandaşlık esası, göç veren ülkelerin yurtdışındaki vatandaşları ile bağlarını

¹²⁵ Zweigert/Kötz, **a.g.e.** s. 101.

¹²⁶ Çelikel/Gelgel Öztekin, **a.g.e.** s. 18; Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, 8. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009.

¹²⁷ Çelikel/Gelgel Öztekin, **a.g.e.** s. 19; Pazarcı, **a.g.e.** s. 210.

¹²⁸ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 113; Doğan, **a.g.e.** s. 163; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 66.

korumasına yardımcı olmaktadır. Buna karşın vatandaşlık esasının uzun yıllar ülkesi dışında yaşamış ve ülkesiyle neredeyse tüm bağı koparmış kişilere uygulanacak hukukun tespiti konusunda adil sonuçlar vermediği görülmektedir. Ayrıca vatandaşlık esası mültecileri ve vatansız kişileri kapsayamamaktadır. Bu nedenle söz konusu kişiler için değişik bağlama noktalarının kullanılması ihtiyacı doğmaktadır.

Hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinde kabul edilen bağlama noktaları çeşitli ülkelere göre farklılıklar göstermektedir. Bu kapsamda Türk (MÖHUK m. 9), Alman¹²⁹ ve Japon¹³⁰ hukuklarında bir tek vatandaşlığı olan kişiler için vatandaşlık esasının bağlama noktası olarak kabul edildiği ve dolayısıyla hak ve fiil ehliyetine ilgilinin milli hukukunun uygulanacağı görülmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere vatandaşlık esasının birden çok vatandaşlığı olan kişiler ile vatansızlara ve mültecilere uygulanması konusunda sorunlar bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu kişiler hakkında aşağıdaki başlık altında detaylı inceleme yapılacaktır.

(2) Vatandaşlık Esasının Uygulanmasındaki Özel Durumlar

(a) Birden Çok Vatandaşlığı Olanlar

Bağlama noktası olarak vatandaşlığın kullanıldığı durumlarda karşılan bir problem de birden çok vatandaşlığı bulunan kişilere uygulanacak hukukun tespit edilmesinde yaşanan sorundur.¹³¹ Bu problemin çözümünde uygulanan temel yöntem kişiye en sıkı ilişkisi bulunduğu ülkenin hukukunu uygulamak olarak kabul edilmektedir.¹³² Nitekim Türk hukukunda ve İsviçre hukukunda¹³³ bu yönde düzenlemeler bulunmaktadır. Japon hukukundaysa¹³⁴ birden çok vatandaşlık

¹²⁹ Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 7 http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/introductory_act_to_the_civil_code.pdf 13.10.2013.

¹³⁰ Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 4 http://blog.hawaii.edu/aplpj/files/2011/11/APLPJ_08.1_anderson.pdf 13.10.2013.

¹³¹ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 114; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 79; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 31; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 70; Doğan, **a.g.e.** s. 164.

¹³² Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 115; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 80; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 32; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 71; Doğan, **a.g.e.** s. 165.

¹³³ İsviçre hukuku ehliyet vatandaşlık hukukunu uygulamamaktaysa da milli hukuku bağlama noktası olarak kullandığı diğer konular için İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda bu yönde düzenlemeler bulunmaktadır. İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 23.

¹³⁴ Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 38.

durumunda öncelikle mutat meskenin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Kişinin mutat meskeninin bulunmaması halinde ise kişinin en sıkı ilişkileri bulunan ülke hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Alman hukuku¹³⁵ da Japon hukukuna benzer şekilde mutat meskene öncelik tanımıştır ve ek olarak sıkı ilişkili ülkenin tespiti konusunda kişinin günlük yaşantısının da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Çin hukukunda¹³⁶ da birden çok vatandaşlığı bulunan kişi hakkında kişinin mutat meskeni hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Ancak bu mutat meskenin kişinin vatandaşı olduğu ülkelerden birisinde olması gerekmektedir. Kişinin kabul edilebilir bir mutat meskeni olmaması durumunda ise kişiyle en sıkı ilişkisi bulunan ülke hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Çin hariç olmakla birlikte yukarıda sayılan tüm ülkeler, ilgili kişi aynı zamanda kendi vatandaşlarıysa doğrudan kendi hukuklarını uygulamaktadırlar.

Ehliyeteye uygulanacak hukuku vatandaşlık esasına bağlayan Türk (MÖHUK m. 4), Alman¹³⁷ ve Japon¹³⁸ hukuklarında birden çok vatandaşlığı olan kişilerin hak ve fiil ehliyetlerinin tespiti konusunda öncelik kişinin daha sıkı ilişkili olduğu ülke hukukuna verilmektedir. Ancak kişinin sahip olduğu vatandaşlıklarından birisi söz konusu ülke vatandaşlığı ise, o ülke hukuku ehliyetin tespitinde kullanılmaktadır. Örneğin aynı anda Türk ve Alman vatandaşlığına sahip bir kişinin ehliyeti Japon mahkemeleri önünde daha sıkı ilişkili olduğu ülke hukukuna göre, Alman mahkemeleri önünde Alman hukukuna göre, Türk mahkemeleri önünde Türk hukukuna göre belirlenecektir.

(b) Mülteciler

Türk hukukunda (MÖHUK m. 4) mültecilere uygulanacak hukuk, kişinin yerleşim yeri hukuku; kişinin yerleşim yeri bulunmaması halinde ise mutat mesken hukuku; mutat meskeninde bulunmadığı halde kişinin dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku olarak belirlenmiştir. Çin hukukunda¹³⁹ ise genel olarak bağlama noktası

¹³⁵ Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 5.

¹³⁶ Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu m. 19 http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=206611 13.10.2013.

¹³⁷ Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 5.

¹³⁸ Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 38.

¹³⁹ Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu m. 19.

mutat mesken seçilmiştir. Vatandaşlığı birinci derece bağlama noktası olarak kullanmayan Çin hukukunda, kişinin mutat meskeni bulunmayan durumlarda kişinin yaşamını sürdürdüğü mevcut yer hukuku uygulanmaktadır. İsviçre hukukunda¹⁴⁰ ise mültecilere vatandaşlık hukuku yerine yerleşim yeri hukukunun uygulanacağı kabul etmiştir. Alman hukukunda¹⁴¹ ve Japon hukukunda¹⁴² ise milli hukukunun uygulanamadığı durumlarda mutat mesken hukukunun, mutat mesken hukukunun bulunmaması halinde kişinin oturduğu yer hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Ehliyeteye uygulanacak hukuk konusunda vatandaşlık esasını temel alan Türk, Alman ve Japon hukuklarında mültecilerin ehliyeti konusunda vatandaşlık hukuku değil yukarıda açıklanan değişik bağlama noktaları kullanılacaktır. İsviçre hukukunda ise yerleşim yeri kavramı ülkeye gelen mültecileri de kapsadığı için ehliyeteye yine yerleşim yeri hukuku uygulanabilmektedir. Zira İsviçre Medeni Kanunu'nun 24. maddesi kişinin daha önceki yerleşim yerinin yurtdışında olması ve henüz İsviçre'de yerleşim yeri bulunmaması halinde kişinin yerleşim yerini geçici olarak konakladığı yer olarak kabul etmektedir. Mültecilerin bulundukları ülkeyi terk etmeleri ile birlikte o ülkedeki mutat meskenlerinin sona ermesi karşısında Çin hukukunun yukarıda açıklanan kuralı gereği mültecilere bulundukları yabancı ülke hukukunun uygulanması gerekecektir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşıldığı üzere mülteciler hakkında, mültecilerin göç ettikleri ülkenin hukukunun uygulanmasından kaçınılmaktadır. Bu kural uluslararası anlamda 1951 tarihli Mültecilerin Durumu Hakkında Sözleşme'nin¹⁴³ 13. maddesi ile kabul edilmiştir. Söz konusu kuralın kabul edilmesindeki temel gerekçe, kişilerin kaçtıkları ülkenin uygulamalarına sığınmacı olarak geldikleri ülkede de maruz kalmalarını engellemektedir. Bu kapsamda örnek olarak Yahudilerin Almanlarla evlenmelerine yasak getiren Nuremberg kanunları gösterilmektedir.¹⁴⁴ Zira Nazi Almanyasından kaçan bir Yahudi Alman vatandaşına geldiği ülkede de Alman kanunlarının uygulanması halinde söz konusu kişi

¹⁴⁰ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 24.

¹⁴¹ Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 5.

¹⁴² Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 38.

¹⁴³ Sözleşme metni için bkz. <http://www.unhcr.org/3b66c2aa10.html> 29.09.2014.

¹⁴⁴ Paul Weis, **The Refugee Convention 1951 The Travaux Preparatoires Analysed with a Commentary**, s. 66 <http://www.unhcr.org/4ca34be29.html> 25.05.2014.

Almanya’da maruz kaldığı muamelenin benzerine maruz kalmaya devam edecektir. Bunun yanında öne sürülen bir diğer sebep de mültecilerin milli haklarının tespit edilmesinde yaşanabilecek zorluklardır. Zira bu durumda mültecilerin geldiği ülkenin, kendi hukukunun tespiti konusunda yardımcı olmayacağı ve kalabalık olarak gelen mültecilerin her biri için uygulanacak hukukun araştırılmasının zor ve zahmetli olacağı öngörülmüştür.¹⁴⁵

(c) Vatansızlar

Türk hukukunda (MÖHUK m. 4) herhangi bir vatandaşlık bağı bulunmayan vatansız kişilere, mültecilerle aynı olarak, kişinin yerleşim yeri hukuku; kişinin yerleşim yeri bulunmaması halinde ise mutata mesken hukuku; mutata meskeninde bulunmadığı halde kişinin dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Ayrıca 28 Eylül 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme’yi Türkiye, 10 Temmuz 2014 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanan uygun bulma kanunu ve 25 Ekim 2014 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe sokmuştur. Bu sözleşmenin 13. maddesi vatansız kişilerin kişisel statüsüne uygulanacak hukuku yerleşim yeri hukuku, bu yoksa oturduğu yer hukuku olarak tespit etmiştir. Vatansızlara ve mültecilere diğer hukuk sistemlerinde de aynı hükümler uygulandığı için burada bir daha inceleme yapılmayacaktır.

Vatansız kişilerin ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda, ehliyete uygulanacak hukukun tespitinde vatandaşlık kriterini benimsememiş olan ülkeler herhangi bir sorun ile karşılaşmamaktadır. Ancak ehliyete uygulanacak hukuku vatandaşlık esasına bağlayan ülkeler vatansız kişilerin ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda değişik bağlama noktalarını kullanmak zorunda kalmıştır.

¹⁴⁵ Weis, **a.g.e.** s. 66.

c) Mutat Mesken

(1) Mutat Mesken Kavramı

Mutat mesken kavramı ilk kez La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı tarafından hazırlanan milletlerarası sözleşmelerde benimsenmiş bir kavramdır. Mutat mesken kavramının ortaya atılmasındaki amaç Anglosakson hukukunun bağlama noktası olarak kullandığı yerleşim yeri esası ile Kıta Avrupası hukuk sisteminin bağlama noktası olarak kabul ettiği vatandaşlık esasının uzlaştırılması, dolayısıyla milletlerarası sözleşmelerin daha çok ülke tarafından kabul edilmesi ve uygulanmasıdır.¹⁴⁶ Mutat mesken kavramının en önemli özelliklerinden birisi yoruma açık olmasıdır. Bu durum mutat mesken kavramının kültürel, ekonomik ve hukuki açılardan birbirinden çok farklı ülkelerde, ilgili ülkenin kendine özgü farklılıklarını göz ardı etmeden kullanılabilmesini sağlamaktadır. Örneğin Türk hukukunda mutat mesken kavramından bahsedilebilmesi için kişinin sürekli olarak yerleşik olma niyeti aranmaktayken İngiliz hukukunda uzun süreli yerleşik olma niyeti mutat mesken bağının kurulabilmesi için yeterli görülmektedir. Söz konusu farklılık her iki ülkede mutat mesken kavramının farklı yorumlandığını göstermektedir. Mutat meskenin işte bu tür yorum farklılıklarına imkân tanınması, hem onun milletlerarası sözleşmelerde kullanılmasını elverişli kılmakta hem de ülkelerin kendi iç şartlarına uygun davranabilmelerine olanak vermektedir. Bu da mahkemelerce adil kararlar verilmesine zemin hazırlamaktadır.

Mutat mesken kavramın milletlerarası sözleşme metinlerinde ve iç hukuklarda tanımlanmasından bilinçli olarak kaçınılmıştır.¹⁴⁷ Nitekim Türk kanunlarında kavramın tanımı bulunmadığı gibi Almanya, İsviçre İngiltere, Hindistan, Çin ve Japonya kanunlarında da herhangi tanıma rastlamak mümkün değildir. Mutat mesken kavramının, tüm yazarlarca üzerinde görüş birliğine varılmış

¹⁴⁶ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 121; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 35; Arslan, **a.g.e.** s. 3; Özkan, **a.g.e.** s. 82.

¹⁴⁷ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 119; Doğan, **a.g.e.** s. 168; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 37; İlyas Arslan, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2014, s. 26; Stephan I. Winter, **Home is where the Heart is: Determining “Habitual Residence” under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction**, s. 356
<http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=wujlp> 01.07.2014.

net bir tanımı bulunmamaktaysa da, kişinin yaşamının merkezi olarak tanımlanması mümkün olmaktadır.

Çin hukukunda¹⁴⁸ hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinde mutat mesken bağlama noktası olarak kabul edilmektedir. Bu durum, Çin hukukunda kişinin vatansız veya mülteci olmasının ya da birden çok vatandaşlığa sahip olmasının ehliyeteye uygulanacak hukukun tespiti konusunda herhangi bir önemi bulunmamasını sağlamaktadır.

(2) Mutat Mesken Kavramının Unsurları ve Çeşitli Hukuk Sistemlerindeki Görünümleri

Mutat meskenin unsurları, temel olarak bir yerde fiilen yerleşik olarak yaşamak ve bu yerde sürekli olarak yerleşik olma niyeti taşımaktır. Bir yerde yerleşik olmak ya da başka bir deyişle oturmak, kişinin yalnızca o yerde bulunması anlamına gelmemektedir. Yerleşik olmak deyimi ile kişinin hayat bağlarını orada kurmuş olması, orada bulunan topluma entegre olmuş olması yani o mekânı hayatının merkezi konumuna getirmiş olması kastedilmektedir. Açıklanan unsurların sağlanması için doğal olarak kişinin bulunduğu yerde belirli bir süre oturması gerekmektedir. Oturma süresi ise uluslararası sözleşmelerde, yasalarda, yargı kararları ve doktrinde kesin olarak belirlenmemiş olup her olayın özelliklerine göre değerlendirilmektedir.¹⁴⁹ Kişinin bu yerden ayrılması halinde ise mutat mesken bağının ortadan kalkıp kalkmayacağı konusunda kişinin ayrılma iradesine bakmak gerekmektedir. Kişinin yerleşim yerini değiştirme iradesi bulunmaksızın iş gezisi, eğitim gibi geçici gerekçelerle yerleşik bulunduğu yeri terk etmesi halinde mutat meskenin değiştiğinden bahsetmek mümkün olmamaktadır.¹⁵⁰ Kişinin yerleşim yerini değiştirme iradesi bulunduğu hallerde ise terk edilen yerleşim yerinin mutat mesken olarak kabul edilmesi imkânı ortadan kalkmaktadır.

¹⁴⁸ Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu m. 11 – 12.

¹⁴⁹ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 120; Arslan, **a.g.e.** s. 52 vd; Cheshire/North/Fawcett, **Private International Law**, 14. Baskı, Editörler: James Fawcett/Janeen M. Carruthers/Peter North, Oxford, Oxford University Press, 2008, s. 185; Özkan, **a.g.e.** s. 188.

¹⁵⁰ Arslan, **a.g.e.** s. 49 vd.

Mutat meskenin unsurlarından diğeri ise kişinin mutat meskeni olarak seçtiği yerde sürekli olarak oturma niyetinin bulunmasıdır. Sürekli oturma niyeti bir yerde eski yerleşim yerine geri dönme amacı olmaksızın ya da başka bir yere yerleşme amacı taşımaksızın oturma anlamına gelmektedir.¹⁵¹ Sürekli oturma niyeti subjektif bir kavram olması nedeniyle, tespiti zor bir kavramdır. Oturma niyetinin tespiti, tek başına kişinin bulunduğu yere tüm eşyalarını getirmiş olması, bulunduğu yerden ev satın almış olması ya da iş kurması gibi unsurlara bakılarak tespit edilememektedir çünkü söz konusu faaliyetlerin hiçbirisi tek başlarına oturma niyetini ispatlamaya yetmemektedir. Kişinin oturma niyeti tespit edilirken, yukarıda sayılan unsurlar yanında, kişinin söz konusu yere geliş sebebi ve bu sebebin ortadan kalktığı durumda ne yapmayı düşündüğü gibi birçok faktör de değerlendirilmelidir.¹⁵² Örneğin bir başka ülkeye hukuk eğitimi almak amacıyla gitmiş olan üniversite öğrencisinin eğitimi sırasında veya bitiminde o ülkenin baro sınavlarına hazırlanmaya başlamış olması halinde artık bu kişinin bulunduğu yerde sürekli oturma niyeti bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Zira avukatlık sadece ruhsat alınan ülkede yapılabilen bir meslek olup kişinin baro sınavında başarılı olması halinde söz konusu ülkede sürekli olarak oturma niyeti bulunduğunu göstermektedir. Buna karşılık kişinin iş kurması halinde, temsilci atama yoluyla da işin yürütülebileceği de düşünülerek, doğrudan sürekli oturma niyetinin varlığı sonucuna ulaşılmaması gerekmektedir.

İsviçre hukukunda¹⁵³ en başından beri sınırlı bir süre için olduğu bilinip bilinmemesi fark etmeksizin kişinin bir yerde uzun süreli yaşaması sonucunda kişinin mutat meskenin o yer olacağı hüküm altına alınmıştır. Açıklanan düzenleme de Türk hukukundan farklı olarak sürekli oturma niyetinin değil uzun süreli oturma niyetinin arandığı görülmektedir. İsviçre düzenlemesine paralel olarak İngiltere¹⁵⁴ ve Hindistan'da¹⁵⁵ da sürekli oturma niyeti yerine uzun süreli oturma niyeti aranmaktadır. Türk doktrinindeki bazı yazarlar tarafından da mutat mesken kavramından bahsedebilmek için sürekli oturma niyeti şartı yerine uzun süreli

¹⁵¹ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 120, Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 190; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.** s. 189.

¹⁵² David Hodson, **Marinos: Residence, Habitual Residence, Domicile And Athens Airport**, sf. 3 <http://www.davidhodson.com/assets/documents/marinos.pdf> 21.03.2014.

¹⁵³ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 20.

¹⁵⁴ Collier **a.g.e.** s. 55.

¹⁵⁵ Agrawal/Singh, **a.g.e.** s. 72.

oturma şartı yeterli görülmektedir.¹⁵⁶ Kanaatimizce Türk hukukunda mutat meskenden bahsedebilmek için aranan sürekli oturma niyeti, mutat mesken kavramının doğasıyla uyuşmamaktadır. Zira mutat mesken kişinin yaşamının merkezi olarak kabul edilen yerdir. Bir kişi sürekli oturma niyeti bulunmadan da bir yerde uzun süreli ve o yeri yaşamının merkezi haline getirecek şekilde yaşayabilmektedir. Konunun daha iyi anlaşılması açısından doktrinde verilen bir örnek¹⁵⁷ üzerinden değerlendirme yapmak yerinde olacaktır. Bu örneğe göre yurtdışına okumaya giden bir öğrenci dört yıl boyunca okulun bulunduğu ülkede kalmasına rağmen geri dönme niyeti bulunduğundan o ülkede mutat mesken kazanamamakta ve Türkiye'deki mutat meskenini muhafaza etmektedir. Hâlbuki bu öğrencinin dört yıl boyunca hayatının merkezi bulunduğu ülke olmakta ve fiilen de orada yaşamaktadır. Okulun bulunduğu yerin öğrencinin mutat meskeni olarak kabul edilmemesi, öğrencinin mutat meskeni ile fiilen yaşadığı yerin farklı olmasına neden olmaktadır. Yerleşim yeri ile fiilen yaşanan yerin farklı olabilmesinin mutat mesken kavramının savunulmasındaki en önemli nedenlerden biri olduğu düşünüldüğünde,¹⁵⁸ Türk hukukunda aranan sürekli oturma niyeti şartının mutat mesken kavramından beklenen faydaların elde edilmesinin önünde bir engel olduğu görülmektedir. Aynı durumun İngiltere, Hindistan veya İsviçre hukuklarına göre yorumlanması durumunda ise öğrencinin okulunun bulunduğu ülkede mutat mesken kazanacağı ve yukarıda açıklanan sakıncalı durumların hiç ortaya çıkmayacağı görülmektedir. Ayrıca Türk hukukunda aranan sürekli oturma niyeti, mutat mesken kavramının yerleşim yeri kavramına son derece yakın olmasına ve yerleşim yeri kavramında eleştirilen aynı noktalara sahip olmasına sebep olmaktadır.

(3) Mutat Mesken Kavramının Özellikleri

(a) Mutat Meskenin Vaka Olması

Mutat mesken kavramı ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir diğer husus da kavramın hukuki bir kurum değil ispatlanması gereken bir vakıa olduğudur.¹⁵⁹ Yani

¹⁵⁶ Doğan, **a.g.e.** s. 168; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 38; Arslan, **a.g.e.** s. 62.

¹⁵⁷ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 120.

¹⁵⁸ Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 35.

¹⁵⁹ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 119; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 190; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 29; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.** s. 185; Özkan, **a.g.e.** s. 82.

bir kişi mutat meskeni bulunduğunu iddia ediyorsa s¼rekli yaşama niyeti ile bir yerde fiilen yaşadığını delillere dayanarak ispat etmek zorundadır. Delillere ¼rnek olarak, 10.09.1998 tarihli, T¼rkiye'nin de tarafı olduğu “*Yaşam Belgesi Verilmesine Dair S¼zleřme*” kapsamında verilen yaşam belgesi g¼sterilebilmektedir. Yaşam belgesi kişinin yaşadığı ¼lkeyi belirten ve aksi kanıtlanıncaya kadar ge¼erli olan ve anılan s¼zleřmeye taraf ¼lkelerce tanınan bir belgedir. Bu belge, taraf ¼lkelerde, ilgili kişinin mutat meskenini ispatlamaktadır.¹⁶⁰

(b) Mutat Meskenin Kuruluş Anı ve Sona Ermesi

Mutat mesken bağının kuruluş anı konusunda doktrinde g¼r¼ř birliği bulunmamaktadır. Bir g¼r¼ře g¼re yerleşilen ¼lkeye, s¼rekli bu ¼lkede oturma niyetiyle gelinmişse mutat mesken fiziki olarak ¼lkeye girme anından itibaren kurulmuş sayılacaktır.¹⁶¹ Bir diğer g¼r¼ře g¼re ise mutat meskenin kurulabilmesi i¼in kişinin i¼inde bulunduğu topluma entegre olması gerekmektedir. Entegrasyonun sağlanması zaman alacağından mutat meskenin kurulabilmesi i¼in yerleşme anından itibaren belli bir zaman ge¼mesi gerekmektedir.¹⁶² Bir Alman mahkemesi mutat meskenden s¼z edilebilmesi i¼in yerleşmeden sonra belli bir s¼re ge¼mesi gerektiğine ve mutat meskenin geriye etkili şekilde yerleşme anında kurulacağına karar vermiştir.¹⁶³ Kanaatimizce mutat mesken bağının kurulabilmesi i¼in kişinin oturma niyetiyle geldiği yerde bir s¼re yaşaması gerekmektedir. Zira mutat mesken kişinin yaşamının merkezi anlamı taşıtmaktadır. Bir yerin kişinin yaşamının merkezi olabilmesi i¼in de kişinin s¼z konusu yer ve burada yaşayan toplum ile bağlar kurması ve b¼t¼nleřmesi gerekmektedir. Her ne kadar yukarıda a¼ıklanan mutat meskenin unsurları derhal sağlanabilse de kişinin ilk yerleşme anında toplumla bağ kurması ve yaşamının merkezinin bir anda değişmesi m¼mk¼n değildir. Nitekim bir İngiliz mahkeme kararında da g¼r¼ř¼m¼ze paralel ifadeler yer almaktadır.¹⁶⁴

Mutat mesken bağı s¼rekli olarak oturma niyeti ile kurulduğu i¼in oturma niyetinin ortadan kalmasıyla da sona ermektedir. Bu durumun sonucu olarak kişinin

¹⁶⁰ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 121.

¹⁶¹ ¼zkan, **a.g.e.** s. 35.

¹⁶² Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 120; şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 38; Arslan, **a.g.e.** s. 95.

¹⁶³ Arslan, **a.g.e.** s. 62.

¹⁶⁴ Collier **a.g.e.** s. 55.

mevcut mutat meskenini başka bir yerde sürekli olarak oturmak amacıyla terk etmesi, kişinin mevcut mutat mesken bağını ortadan kaldıracaktır. Kişinin yeni taşındığı yerin mutat mesken olarak kabul edilebilmesi için gereken süre geçene kadar da kişinin mutat meskeni bulunmayacaktır.¹⁶⁵

(4) Mutat Mesken Kavramı İle İlgili Özel Durumlar

(a) Bir Yerde İrade Dışı Bulunmanın Mutat Mesken Kavramına Etkisi

Kişinin iradesi dışında bir yerde kalmak zorunda kaldığı durumlarda kişinin mutat meskenin neresi olacağı sorunu doğmaktadır. Hapse girme ya da çok uzun süreli mahsur kalma olarak akla gelebilecek bu durumlarda oturma niyetinin bulunmadığını açıktır. Buna rağmen fiilen sürekli olarak kişinin bulunduğu yerde kalması ve yaşamının merkezinin bulunduğu yer olması söz konusu olmaktadır. Doktrinde irade dışı bir yere yerleşme hallerinde mutat mesken ilişkisinin kurulup kurulmayacağına dair görüş birliği yoktur. Bir İngiliz mahkemesi kararında¹⁶⁶ kişinin iradesi dışında bir yerde kalmasının mutat mesken ilişkisi kurmayacağı kabul edilmiştir.¹⁶⁷ Bir diğer İngiliz mahkemesi kararında ise irade dışı olup olmasına bakılmaksızın uzun süreli kalma halinde mutat mesken ilişkisinin kurulacağı kabul edilmiştir.¹⁶⁸ Kanaatimizce, her ne kadar her somut olayda ayrı değerlendirme yapmak gerekliyse de, kişinin oturma niyeti olmamasına rağmen uzun süreli olarak bulunduğu yeri, kişinin mutat meskeni olarak kabul etmek gerekecektir. Kişinin kaldığı yer belirli bir süre sonunda kendiliğinden kişinin yaşamının merkezi haline gelmektedir. Ancak söz konusu kişinin oturma niyeti ve isteği bulunmamasına rağmen bu eksikliğin mücbir sebepler ya da kamu gücü tarafından giderildiğini kabul etmek, mutat mesken ilişkisinin kurulması açısından mevcut eksiklikleri ortadan kaldıracaktır.

¹⁶⁵ Arslan, **a.g.e.** s. 97.

¹⁶⁶ Shah v. London Barnet Borough Council (1983) 1 AC 344, <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1982/14.html> 10.04.2014.

¹⁶⁷ Aynı doğrultuda görüş için bkz. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 121.

¹⁶⁸ Cameron v. Cameron 1996 SC 17, <http://www.incadat.com/index.cfm?act=search.detail&cid=194&lng=1&sl=1> 10.04.2014.

(b) Birden Çok Mutat Mesken Sorunu

Mutat meskene sahip olmak, yerleşim yeri sahibi olmak gibi bir kanuni bir zorunluluk değildir. Bu nedenle bir kişinin hiçbir yer ile mutat mesken ilişkisi kurmadan yaşamını sürdürmesi mümkündür. Aynı şekilde kişinin tek bir mutat meskene sahip olmak gibi bir yasal bir zorunluluğu da bulunmamaktadır. Ancak birden çok mutat meskenin varlığının doğuracağı belirsizlikler doktrinde kişinin birden çok mutat meskene sahip olamayacağının kabulüne sebep olmuştur.¹⁶⁹ Buna karşılık birden çok mutat meskenin var olabileceğini öne süren görüşler de bulunmaktadır.¹⁷⁰ Ayrıca belirtmek gerekir ki mutat mesken kavramı bilinçli olarak tanımlanmasından kaçınılmakta olan ve bu sebeple birçok değişik ülkede farklı tip uyuşmazlıkların çözülmesinde kullanılan esnek bir kavramdır. Dolayısıyla birden çok mutat meskene sahip olunup olunamayacağı da ülkeden ülkeye farklılık gösterebilecektir.

Kanaatimizce bir kişinin birden çok mutat meskene sahip olması mümkündür. Zira mutat meskenin birden çok olamayacağına ilişkin statik bir kural kabul etmek, mutat mesken kavramının esnekliğine zarar vereceği gibi onu yerleşim yeri kavramına yaklaştıracaktır. Yine bir kişinin yaşam ağırlığını eşit olarak dağıttığı iki ülkede sürekli seyahat ederek yaşaması mümkündür. Böyle bir durumda kişinin birden çok mutat meskeni olduğuna şüphe yoktur. Ancak söz konusu durumda tek bir mutat meskenin varlığını kabul edip diğerini reddetmek, mutat meskenin fiili duruma uygun olması özelliğini zedeleyecektir. Son olarak kişinin birden fazla mutat meskene sahip olduğu ve uyuşmazlığa uygulanacak hukukun mutat meskene göre tespit edileceği hallerde kanaatimizce uyuşmazlıkla en sıkı ilişkisi bulunan hukukun uygulanmasının tercih edilmesi, birden çok mutat meskenin yaratabileceği belirsizlikleri giderecektir.

¹⁶⁹ Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 68; Collier **a.g.e.** s. 56; Arslan, **a.g.e.** s. 90; Quebec hukukunda yer alan paralel görüş için bkz. **The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in Light of Quebec Civil Law, the 1985 Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996**, 2006 s. 46 http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/rhro_qc/pdf/rhro_qc.pdf 13.02.2014.

¹⁷⁰ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.** s. 186. Mutat meskenin tekliğini savunan görüşler için bkz. İngiliz hukuka göre birden çok mutat meskene sahip olunabileceğine karşın AB Hukukuna göre aynı anda birden çok mutat meskene sahip olunamayacağına ilişkin mahkeme kararı için bkz. Hodson, **a.g.e.** sf. 4.

d) Bağlama Noktalarının Karşılaştırılması

Vatandaşlık, yerleşim yeri ve mutlak mesken olarak sıralanabilen bağlama noktalarının birbirlerine karşı avantaj ve dezavantajları bulunmaktadır. Ancak her üçünün de aynı anda uygulanması mümkün olmayacağından her devlet söz konusu bağlama noktaları arasında seçim yapmak zorundadır. Bu nedenle bağlama noktalarının karşılaştırılması, her bir bağlama noktasının avantaj ve dezavantajlarının anlaşılmasını sağlayacaktır.

Vatandaşlık esası, birden fazla vatandaşlığı olan ya da vatandaşlık bağı bulunmayan kişileri ve ülkelerinden çeşitli sebeplerle ayrılmak zorunda kalmış olan mültecileri kapsayamaması nedenleriyle eleştirilmektedir.¹⁷¹ Ancak bu eleştiri, birden çok vatandaşlığı bulunan kişiler konusunda kabul edilen kişinin daha sıkı bağlarının bulunduğu vatandaşlığının uygulanması kuralı nedeni ile anlamsızlaşmaktadır. Mahkemenin bulunduğu ülke eğer kişinin vatandaşı olduğu ülkelerden biri ise kişiye o ülkenin hukuku uygulanmaktadır. Bu kural hemen hemen tüm Kıta Avrupası ülkelerinde kabul edilmiştir. Dolayısıyla vatandaşlık esasının birden fazla vatandaşlık durumunu kapsamadığını söylemek doğru değildir. Ayrıca vatandaşlık esasının ülkesini terk ederek başka ülkelere yerleşen insanlar ve bunların altsoylarının şahsi statülerine ilişkin durumlarda kullanılması, en sıkı ilişkili hukuk prensibine aykırılık nedeniyle haklı olarak eleştirilmektedir.¹⁷²

Vatandaşlık kavramının eleştirilen bir diğer yönü, yukarıda bahsedildiği üzere, mültecilere ve vatansızlara uygulanacak hukuku tespit edememesidir. Gerçekten de vatandaşlık esasının vatandaşlık bağı olmayan kişilere ya da mültecilere uygulanması mümkün olmamaktadır. Ancak vatansızlar ve mülteciler genel olarak bir ülkenin hukuk politikasını etkilemeye yeterli unsurlar değildir. Örnek vermek gerekirse bugün Dünya’da 10 milyon civarında vatansız kişi bulunmakta olup bunlardan 780 tanesi Türkiye’de bulunmaktadır.¹⁷³ Genel olarak vatansız kişiler, Burma’daki Müslüman azınlıklar, Kuveyt’teki göçebe bedeviler,

¹⁷¹ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 114 vd; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 189; Doğan, **a.g.e.** s. 166; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 31; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 66.

¹⁷² Doğan, **a.g.e.** s. 163.

¹⁷³ **The United Nations Refugee Agency Mid-Year Trends 2013**, s. 17, <http://unhcr.org/52af08d26.html> 01.06.2014.

Dominik Cumhuriyetindeki vatandaşlık hakkı tanınmayan Haitililer gibi tarihi ve etnik uyuşmazlıklar kaynaklı sorunlar sebebiyle ortaya çıkmaktadırlar. Mülteciler ise bölgelerde çıkan savaş veya iç karışıklıklar sebebiyle geçici olarak ülkelerini terk etmek durumunda kalan kişilerden oluşmaktadırlar. Nitekim bu durumlarda bulunan kişilere uygulanacak hukukun tespiti 28 Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi ile 28 Eylül 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme’de söz konusu kişilere yerleşim yerlerinin hukuku, bunun bulunmaması halinde ise oturdukları yerin hukukunun uygulanması kabul edilerek çözülmüştür. Ayrıca hemen her iç hukukta mülteci ve vatansızlara uygulanacak hukukun tespiti konusunda kullanılacak bağlama noktası hakkında hükümler bulunmaktadır.

Yerleşim yeri esasının eleştirildiği temel noktalar bağlama noktası olarak yeterli kesinliği sağlayamaması ve kavramın her ülkede çok farklı anlamalara gelerek belirsizlik yaratmasıdır.¹⁷⁴ Nitekim yerleşim yerini değiştirmek Kıta Avrupası hukukunda gerçekten de son derece kolay bir işlemdir. Bu yolla kişinin uygulanacak hukuku değiştirebilmesi ve dolayısıyla kolayca kanuna karşı hile yapması¹⁷⁵ mümkün olabilmektedir. Buna karşılık aynı eleştiriyi Anglosakson hukukuna dâhil ülkeler için öne sürmek mümkün değildir. Yerleşim yeri kavramının hemen her hukuk sisteminde farklılıklar göstermesi, uygulanacak hukukun tespiti konusunda belirsizlikler yaratmaktadır. Ayrıca yerleşim yerinin her zaman gerçek ve fiili durumu yansıtmaması uygulanacak hukukun yanlış belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır.¹⁷⁶ Evli kadının yerleşim yeri, çocuğun yerleşim yeri gibi konular da hesaba katıldığında özellikle Kıta Avrupası hukukunda kabul edilen yerleşim yeri kavramının bağlama noktası olarak kabul edilemeyeceğini söylemek mümkün olmaktadır.

¹⁷⁴ Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 189; Doğan, **a.g.e.** s. 168; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 67.

¹⁷⁵ Milletlerarası özel hukukta kanuna karşı hile kavramı ilgili kişinin bir kanunlar ihtilafı kuralı ya da olgusunu kullanarak uygulanacak hukuku kendi menfaati için değiştirmesi durumu için kullanılmaktadır. Kanuna karşı hileden bahsedebilmenin şartları uygulanması engellenen bir hukukun varlığı, uygulanması ile menfaat elde edilen bir hukukun varlığı, hukuka aykırı olmayan ancak hileli olan bir fiil ve hile yapma kastı olarak sıralanabilmektedir. Kanuna karşı hile durumlarının tespiti son derece güçtür. Ayrıca söz konusu durumlar için MÖHUK’da herhangi bir özel hüküm bulunmamaktadır. Ancak kanuna karşı hilenin tespiti edilmesi halinde kamu düzeni ya da iyiniyet kuralları çerçevesinde kanuna karşı hilenin önlenmesi sağlanabilecektir.

¹⁷⁶ Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 35.

Bağlama noktası olarak mutat meskenin kullanılmasının getirdiği zorluklardan birisi, mutat mesken ilişkisinin kurulup kurulmadığını genel kurallarla tespit etmenin mümkün olmamasıdır. Oturma süresi, kişinin bulunduğu yerde yaptığı faaliyetler gibi olguların hiçbirisi tek başına mutat meskenin tespitinde yeterli olmadığı için her somut olayda tüm olguları titizlikle değerlendirerek sonuca varmak gerekmektedir. Yine mutat meskenin kurulması ve değişmesi, salt olarak kişinin iradesine, iç dünyasına ait bir karara bırakılmıştır. Bu durumlar mutat meskenin kolaylıkla değiştirilebilmesine ve kişinin kendisi için en avantajlı hukukun uygulanmasını sağlamasına sebep olabilecek niteliktedir. Mutat mesken tıpkı yerleşim yeri gibi *lex fori*'ye göre tespit edilmektedir. Bu durum da her hukuk sisteminde mutat meskenin farklı yorumlanmasına, dolayısıyla yerleşim yeri esasında olduğu kadar keskin olmasa da, bir belirsizlik oluşmasına sebep olmaktadır.

Mutat meskenin birincil derecede bağlama noktası olarak kabul edilmesinin önündeki en büyük engellerden birisi de bir kişinin hiçbir mutat meskene sahip olmadığı ya da birden çok mutat meskene sahip olduğu durumlardır. Söz konusu hallerde mutat mesken esası kişiye uygulanacak hukuku tespit edememektedir. Söz konusu durumlar, tıpkı vatandaşlık esasının vatansızları ve mültecileri kapsayamaması gibi, mutat mesken esasının kapsayamadığı noktaları oluşturmaktadırlar.

Bağlama noktaları karşılaştırıldığında, vatandaşlık esasının diğer bağlama noktalarına göre daha kesin olduğu ve kişinin vatandaşı olduğu devletle olan bağlarını daha sıkılaştırdığı görülmektedir. Yine vatandaşlık esası bu özelliği nedeniyle kötüye kullanımlara müsaade etmemektedir. Buna karşılık yerleşim yeri ve mutat mesken esasları kişinin içinde yaşadığı toplumla bağ kurmasını hızlandırmaktadır. Bunun yanında söz konusu bağlama noktaları uygulanacak hukuku tespit etmeyi kolaylaştırmaktadırlar. Mutat meskenin ve yerleşim yerinin kolayca değiştirilebilir olması ise bu bağlama noktalarının suiistimal edilebilmesini mümkün kılmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, ülkemiz ve diğer Kıta Avrupası ülkeleri için en uygun bağlama noktası vatandaşlık esasıdır. Zira bu ülkelerdeki yerleşim yeri kavramı bağlama noktası olarak kabul edilmeye elverişli

değildir. Anglosakson hukuk sistemine dâhil ülkelerde ise, ülkelerin göç alması ve diğer tarihi sebeplerle yerleşim yeri esasının kabul edilmesi doğaldır. Yine bu ülkelerdeki yerleşim yeri kavramının bağlama noktası olarak kabul edilmeye elverişli olduğu da unutulmamalıdır. Mutat mesken ise son derece kolay bir şekilde değiştirilmesi gibi dezavantajlara sahip olmasına rağmen Çin Halk Cumhuriyeti tarafından birçok konuda birinci dereceden bağlama noktası olarak kabul edilmektedir.

2. Hak ve Fiil Ehliyeti Konusundaki Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanmasında Özel Durumlar

a) Atıf Teorisinin Etkisi (*Renvoi*)

Kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanacak hukuku yabancı bir hukuk olarak belirlediği durumlarda söz konusu yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınıp alınmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu durum *lex fori'nin* kanunlar ihtilafı kurallarının yetkili kıldığı yabancı hukukun bir başka hukuka atıf yapması olarak tanımlanabilmektedir. Söz konusu yabancı hukukun kendisini yetkili kılan hukuka geri atıf yapması halinde iade atıftan; üçüncü bir hukuka atıf yapması halinde ise devam eden atıftan bahsedilmektedir.¹⁷⁷

Milletlerarası özel hukukta atıf teorisi olarak adlandırılan bu durum ilk olarak Fransız Yüksek Mahkemesinin 1800'lü yıllarda vermiş olduğu Forgo kararı ile ortaya çıkmıştır.¹⁷⁸ Bay Forgo Bavyera'da doğan evlilik dışı bir çocuk olup 5 yaşındayken annesi ile birlikte Fransa'ya taşınmış ve hayatının sonuna kadar Fransa'da kalmıştır. Ancak Bay Forgo hiçbir zaman Fransız vatandaşlığına geçmemiştir. Bay Forgo Fransa'da hukuki bir yerleşim yeri tesis etmeden mirasçısız olarak öldüğünde Fransa Hazinesi ile Forgo'nun anne tarafından akrabaları arasında mirasın kime kalacağına dair bir uyuşmazlık çıkmıştır. Fransız hukukuna göre uyuşmazlık çözümlerse Hazine; Bavyera hukukuna göre uyuşmazlık çözümlerse Bay Forgo'nun akrabaları mirasçı olacaktır. Ancak Bavyera kanunlar ihtilafı kuralları

¹⁷⁷ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 142; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 44; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 53; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 119; Doğan, **a.g.e.** s. 183.

¹⁷⁸ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 143; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 52; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 114.

uygulanacak hukuku Fransız hukuku olarak tespit etmektedir ve Fransız yüksek mahkemesi de bu iade atfı kabul ederek uygulanacak hukukun Fransız hukuku olduğu sonucuna varmıştır.

Atıf teorisinin lehinde ve aleyhinde birçok görüş ortaya atılmıştır. Özetle atıf teorisini savunan görüşler atıf teorisinin yabancı devlet mahkemelerinden alınan kararlar arasında birlik sağlayacağını, hâkimin hukuku uygulamasını kolaylaştıracağını, hâkime *lex causa* yerine başka bir hukuku uygulama serbestisi kazandırdığını ve bu durumun da olayın özelliklerine daha uygun kararlar verilebilmesine zemin hazırlayacağını öne sürmektedirler.¹⁷⁹ Atıf teorisinin aleyhinde olan görüşler ise atıf teorisinin hâkimi yabancı hukukların emri altına soktuğunu, atıf teorisinin belirli bir noktada kısır döngüye gireceğini ve bu nedenle uygulanacak hukukun tespiti sorunu doğacağını, üçüncü devletlerin hukuklarına sürekli atıf yapılması halinde bunun atıfların kaçınıcı derecede sona ereceği sorununu doğuracağı nedenleriyle eleştirilmektedir.¹⁸⁰ Ancak hemen belirtmek gerekir ki atfın tek dereceli olarak kabul edilmesi bahsedilen son iki eleştiride belirtilen sorunların ortaya çıkmamasını sağlayacaktır.

Türk hukukunda atıf teorisi eski 2675 sayılı MÖHUK döneminde tamamen kabul edilmişken yeni 5718 sayılı MÖHUK’de istisnai olarak kabul edilmiştir. MÖHUK m. 2/3 sadece kişinin hukuku ile aile hukukuna ilişkin konularda atıf teorisinin kabul edileceğini düzenlemiştir. Ancak aynı madde atfın tek dereceli olarak kabul edileceğini de hüküm altına almıştır. Anılan maddenin gerekçesinde her durumda atıf teorisini kabul etmenin yarattığı zorluklardan bahsedilerek yargılamanın kolaylaşması amacıyla atıf teorisinin yalnızca kişinin hukuku ve aile hukuku konuları ile sınırlandırıldığı belirtilmiştir. Kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin istisna tanınmasının gerekçesi olarak, kişinin menfaatleri gereği kişiye uygulanacak milli hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının da dikkate alınmasının adil bir yaklaşım olduğu gösterilmiştir. MÖHUK m. 2/3 ile birlikte ehliyeteye ilişkin konularda da tek derece ile sınırlı olmak üzere atıf teorisinin kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır.

¹⁷⁹ Bknz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 121 vd. ile Doğan, **a.g.e.** s. 184 vd.’da belirtilen görüşler.

¹⁸⁰ Bknz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 123 vd.’da belirtilen görüşler.

Japon hukukunda¹⁸¹ atıf teorisi ancak ilgili kişinin milli hukukunun uygulandığı ve söz konusu milli hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının Japon hukukunun uygulanmasını gerektirdiği durumlarda atfın kabul edileceği ve Japon hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Çin hukukunda¹⁸² uygulanacak yabancı hukukların kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmayacağı belirtilerek atıf teorisi tamamen reddedilmiştir. İsviçre hukukunda¹⁸³ kişi hallerine ilişkin olarak yabancı hukukun İsviçre hukukuna atıf yapması halinde bu atfın dikkate alınacağı belirtilmektedir. Alman hukukunda¹⁸⁴ uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının ancak söz konusu yabancı hukuka yapılan atıftan anlaşılması halinde dikkate alınacağı belirtilmiştir. Ayrıca yapılan atıf sonucunda Alman hukukunun uygulanması söz konusu oluyorsa Alman hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

b) İşlem Güvenliği Kuralının Rolü

Ehliyetin milli hukuka tabi tutulması, kimi durumlarda ehliyetsizliğin öne sürülmesi nedeniyle bir takım işlemlerin hükümsüz kılınmasına sebep olabilmektedir. Bu durum işlem güvenliği olarak adlandırılan kişilerin işlem yeri hukukuna uygun olarak yapmış oldukları işlemlerin geçerli olacaklarına dair duydukları güveni zedeleyebilecek niteliktedir. İşlem güvenliğinin korunması hukuk sistemlerine duyulan güven açısından önemli olduğundan ülke içinde yapılan işlemler hakkında işlem güvenliğinin sağlanması için gerek MÖHUK’da gerekse diğer ülkelerin milletlerarası özel hukuk mevzuatında işlem güvenliği kuralı düzenlenmiştir. İşlem güvenliği kuralı kişinin milli hukukuna göre ehil olmamasına rağmen işlem yaparken bulunduğu ülkenin hukukuna göre ehil olması halinde söz konusu işlem için ehliyetli olarak kabul edilmesidir.¹⁸⁵

¹⁸¹ Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 42.

¹⁸² Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu m. 9.

¹⁸³ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 14.

¹⁸⁴ Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 4.

¹⁸⁵ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 222; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 82; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 111; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 207; Doğan, **a.g.e.** s. 244.

(1) İşlem Güvenliği Kuralının Ortaya Çıkışı

İşlem güvenliği kuralının ortaya çıkışı Fransa yüksek mahkemesinin 1861 tarihli meşhur *Lizardi* kararı¹⁸⁶ ile olmuştur.¹⁸⁷ *Lizardi* adında 21 yaşındaki bir Meksika vatandaşı Fransa’da Fransız bir tacirden yüksek değerde mücevher satın almıştır. Tacirin ödeme talep etmesi üzerine *Lizardi*, Meksika’da erginlik yaşının 25 olduğunu ve kendisinin henüz ergin olmadığını öne sürerek tacir ile arasındaki sözleşmenin geçersiz olduğunu öne sürmüştür.

Fransız yüksek mahkemesi öncelikle bir Fransız vatandaşından yabancı ülkelerin kanunlarını bilmesinin beklenemeyeceğini belirtmiştir. Bu yorumla birlikte yabancı ülke hukukunu bilme konusunda işlemin yapıldığı ülke vatandaşının iyiniyetli olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Dava konusu olayla ilgili olarak mahkeme, *Lizardi’nin* Fransız hukukuna göre ergin olması ve sözleşme kurulduğu sırada ailesinin de yanında bulunması karşısında Fransız tacirin *Lizardi’nin* ehliyetli olduğunu bilmesinin kendisinden beklenemeyeceğine hükmetmiştir. Dolayısıyla yüksek mahkeme Fransız tacirin iyiniyetli olarak hareket ettiğine ve *Lizardi’nin* dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiğine karar vererek sözleşmeyi geçerli saymıştır.

Fransız yüksek mahkemesinin bu kararı ile birlikte işlem güvenliği kuralı ve bu kuralın şartları doğmuştur. İşlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için yabancı olan kişinin milli hukukuna göre ehliyetli olması, işlemin işlem güvenliği korunacak ülkede ve hazırlar arasında yapılmış olması ile işlem yapılan ülkede yabancıyla sözleşmeyi yapan kişinin iyiniyetli olması gerekmektedir. Mahkeme kararında ortaya konulan bu şartlara sonradan işlemin aile veya miras hukukuna ya da yabancı ülkede bulunan taşınmazlarla ilgili olmaması kuralı da eklenmiştir. Ayrıca işlem güvenliği kuralının uygulanmasında iyi niyetin gerekli olup olmadığı konusunda doktrinde tartışmalar çıkmıştır.

¹⁸⁶ Karar metni için bakınız: <http://www.ppm.mateuszpilich.edh.pl/lizardi.htm> 12.02.2014.

¹⁸⁷ Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 82; Nomer, **Devletler Hukuku**, s. 222; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 111; Hatice Özdemir, “Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı”, **Argumentum Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:9 Sayı:57, Ekim Kasım Aralık 1998, s. 459 http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Argumentum/ARGUMENTUM-1998-EK_M_KASIM_ARALIK_57.pdf 13.05.2014.

(2) İşlem Güvenliği Kuralının Şartları

(a) Kişinin Milli Hukukuna Göre Ehliyetsiz Olması

İşlem güvenliği kuralının ilk şartı, işleme taraf olan yabancı kişinin, kendi milli hukukuna göre ehliyetsiz olmasıdır.¹⁸⁸ Bu konuda Türk hukuku ile bu çalışma kapsamında incelenmekte olan Roma I Direktifi¹⁸⁹ ile İngiliz,¹⁹⁰ Alman¹⁹¹ ve Japon¹⁹² hukukları açısından önemli bir farklılık bulunmaktadır. Türk hukuku (MÖHUK m. 9), kişinin “milli hukukuna göre” ehliyetsiz olmasını ararken diğer ülke düzenlemelerinde “işlemin yapıldığı ülke hukukundan başka bir ülke hukukuna göre” ehliyetsiz olmasını aramaktadır. Düzenlemenin lafzında yer alan bu farklılık, ehliyetin vatandaşlık bağı dışında bir bağlama noktası ile tespit edildiği durumlarda kendisini göstermektedir. Örneğin Türkiye’de İngiliz hukuku anlamında yerleşim yeri sahibi olan bir İngiliz vatandaşına karşı işlem güvenliği kuralına dayanılarak dava açıldığında, eğer dava Türk mahkemelerinde görülmekteyse, mahkeme kişinin ehliyetini İngiliz hukukuna göre tespit edecektir. Buna karşılık davanın İngiliz mahkemesinde açılması halinde, İngiliz hukuku işlem güvenliği kuralını milli hukuk bazında düzenlemediği için, olağan ehliyet kuralları kapsamında davalının ehliyetini Türk hukukuna göre tespit edecektir. Her ne kadar sonuç açısından kayda değer bir fark yaratılmamaktaysa da söz konusu farklılığın belirtilmesinde yarar görülmektedir.

İşlem güvenliği kuralının uygulanmasında bağlama noktası olarak vatandaşlık yerine başka bağlama noktaları kullanan ülkeler de bulunmaktadır. İsviçre¹⁹³ kişinin yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukukuna göre ehliyetsizliği aramaktayken, Çin¹⁹⁴ kişinin mutlak meskeninin bulunduğu ülke hukukuna göre ehliyetsizliği aramaktadır.

¹⁸⁸ Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 82; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 222; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 111; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 207; Doğan, **a.g.e.** s. 245; Özdemir, **Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı**, s. 461.

¹⁸⁹ Roma I Direktifi (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk Hakkında Direktif) m. 13 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF> 13.10.2013.

¹⁹⁰ Sözleşmeler (Uygulanacak Hukuk) Kanunu 1990 (*The Contracts (Applicable Law) Act 1990*) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/36/contents> 27.08.2014 (Bu kanun Roma I Direktifini İngiliz Hukukuna aktarmaktadır.).

¹⁹¹ Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 11.

¹⁹² Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 4.

¹⁹³ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 36.

¹⁹⁴ Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 12.

Her ne kadar bu durum ilgili ülkelerin ehliyeteye uyguladıkları bağlama noktaları ile paralellik gösterse de pratik sonuçlar açısından vatandaşlık esasını kabul eden ülkelere göre bir takım farklılıklara sebep olmaktadır. Şöyle ki İsviçre’de yerleşim yeri olan yabancılar ile Çin’de mutata meskeni olan yabancılar bu ülkelerdeki işlem güvenliği kuralından istisna tutulmuş olmaktadır. Örneğin mutata meskeni Çin’de olan bir Türk vatandaşının Türk hukukuna göre ehliyetsiz ancak Çin hukukuna göre ehliyetli olduğu varsayımında, kişinin Çin’de yaptığı bir işlem nedeni ile ehliyetsizliğini öne sürmesi mümkün olmayacaktır. Zira Çin hukuku söz konusu Türk vatandaşının ehliyetini Türk hukukuna göre değil mutata meskeni kapsamında Çin hukukuna göre belirleyecektir. Böylelikle işlem yeri hukukuna gidilmesine gerek kalmayacaktır. Bir başka deyişle işlem yeri hukuku ile mutata mesken hukuku sürekli aynı olacağı için söz konusu kişi hakkında işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır. Aynı durum yerleşim yeri açısından İsviçre için de geçerlidir. İşlem güvenliği kuralında yerleşim yeri veya mutata meskenin vatandaşlık esası yerine kullanılması, *Lizardi* kararında belirtilen kişinin yabancı hukukları bilmesinin beklenemeyeceği prensibi ile uyumsuzdur. Zira söz konusu durumda kişiden milli hukukunu bilmesi değil mutata meskeni hukukunu ya da yerleşim yeri hukukunu bilmesi beklenmiş olmaktadır.

İlgili kişinin vatansız ya da mülteci olması halinde işlem güvenliği kuralının uygulanmasını değerlendirmek gerekmektedir.¹⁹⁵ Çünkü bu halde kişinin milli hukuku yerine yerleşim yeri veya mutata mesken hukuku uygulanmaktadır. Kişi eğer yerleşim yerinin veya mutata meskeninin bulunduğu yerde bir işlem yapmışsa, ehliyet de yerel hukuka göre tespit edileceği için, kişinin ehliyetsizliği nedeniyle işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır. Buna karşılık vatansız ya da mülteci kişinin yerleşim yerinin veya mutata meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülke de işlem yapması halinde işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olacaktır.

Kişinin milli hukukuna göre ehliyeteye sahip olması halinde, artık işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır.¹⁹⁶ Kişinin milli hukukuna göre ehliyetinin kısıtlanmış olmasına karşın yerel hukuka göre tam ehliyetli olması

¹⁹⁵ Doğan, **a.g.e.** s. 245.

¹⁹⁶ Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 82.

halinde yerel hukuk uygulanacaktır. İşlem güvenliği kuralının temelini oluşturan kişinin kendisine uygulanacak hukuka göre ehliyetsiz olması unsurunu düzenleyen hükümler gerek Roma I Direktifinde gerekse İngiliz, Alman, Japon, İsviçre ve Çin hukuklarında bulunmaktadır. Ayrıca kuralın Roma I Direktifinde yer alması, tüm AB üyesi ülkelerde işlem güvenliği kuralının uygulanmakta olduğunu göstermektedir.

(b) İşlemin, İşlem Güvenliği Sağlanacak Ülkede Yapılmış Olması

İşlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için işlemin kurala tabi olacak yabancı kişinin ülkesinden başka bir ülkede yapılması gerekmektedir.¹⁹⁷ Bir başka deyişle işlem, işlem güvenliğinin sağlanması amaçlanan ülkede yapılmalıdır. Burada ülke sınırları içine açık denizdeki gemiler ya da uçaklardaki işlemlerin de dâhil olduğunu belirtmek gerekmektedir. Böylelikle karşı tarafın işlem yaptığı kişiyle ilgili hukuk kurallarını bildiği ya da bilmesi gerektiği kuralı devre dışı kalmaktadır. *Lizardi* kararında da belirtildiği üzere bir kişiden kendi ülkesinin hukukunu bilmesi beklenebilirken başka ülkelerin hukukunu bilmesi beklenemez. Bu varsayım işlem güvenliği kuralının temelini oluşturmaktadır.

2675 sayılı eski MÖHUK'da işlem güvenliği kuralı milli hukukuna göre ehliyetsiz olan kişilerin Türk hukukuna göre ehliyetli olması halinde Türkiye'de yaptıkları işlemlerle bağlı olacakları hüküm altına alınmıştır. 5718 sayılı MÖHUK'da ise kural çok yanlı hale çevrilerek kuralın uygulama alanı genişletilmiştir. Böylelikle kuralın uygulanması için işlemin mutlaka Türkiye'de yapılma zorunluluğu kaldırılmıştır. Bunun yanında işlem yapan kişilerden herhangi birinin Türk olması da mecbur değildir.¹⁹⁸

Türk hukukuna ek olarak Roma I Direktifi ile Alman, İngiliz, Çin, Japon ve İsviçre hukuklarında da işlem güvenliği kuralı çok yanlı olacak şekilde düzenlenmiştir.

¹⁹⁷ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 223; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 83; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 207; Doğan, **a.g.e.** s. 244; Özdemir, **Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı**, s. 462.

¹⁹⁸ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 157; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 83; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 208; Doğan, **a.g.e.** s. 245.

(c) İşlemin Hazırlar Arasında Gerçekleştirilmiş Olması

Doktrinde işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için gereken bir diğer şart da işlemin hazırlar arasında yapılması olarak belirtilmiştir.¹⁹⁹ Doktrinde hazırlar arasında yapılma terimi, işlemin yüz yüze yapılması olarak kabul edilmektedir. Ancak işlemin hazırlar arasında yapılması terimi borçlar hukukunda tarafların iradelerinin vakit kaybetmeksizin ya da bir diğer deyişle eşzamanlı olarak birbirlerine ulaştığı durumu ifade etmektedir.²⁰⁰ Hazırlar arasında yapılan işlemlere en temel örnek kişilerin yüz yüze kurduğu sözleşmelerdir. Bununla beraber TBK m. 4 telefon ve bilgisayar gibi doğrudan iletişim sağlayabilen araçlarla kurulan sözleşmeleri de hazırlar arasında kabul etmiştir. Yani bir işlemin hazırlar arasında yapılması işlemin mutlaka tarafların aynı ortamda ve yüz yüze yapıldığı anlamına gelmemektedir. Kanaatimizce doktrinde kullanılan işlemin hazırlar arasında kullanılması terimi yerine işlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişiler tarafından yapılması deyimini kullanmak daha yerinde olacaktır.

Doktrinde kullanılan hazırlar arasında yapılma deyiminden işlem yapacak kişilerin aynı ülkede bulunması ve işlemi yüz yüze yapmaları anlaşılmaktadır. Bu kural, *Lizardi* kararında da belirtildiği üzere, vatandaş olan kişinin yabancı kişinin dış görünüşünden etkilenerek kişinin ehliyetli olduğu kanaatine varması şartını sağlamaya yöneliktir.²⁰¹ İşlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişiler tarafından yapılması şartı, MÖHUK m. 9/2’de yer almamaktadır. Buna rağmen doktrinde işlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişilerce yapılmasının gerektiği kabul edilmektedir. Yabancı hukuklar incelendiğinde, Roma I Direktifinde kişilerin aynı ülkede bulunması şartının yer aldığı görülmektedir. Alman hukukunda da kişilerin aynı ülke içinde bulunması gerekmektedir. Buna karşılık Japon hukukunda kural kişilerin aynı hukuk sistemine tabi bölgeler içinde yer alması şeklinde düzenlenmiştir. İsviçre hukuku ise Türk hukukundaki düzenlemeyle paralel olarak söz konusu şarta kuralı düzenleyen madde metninde yer vermemiştir.

¹⁹⁹ Doğan, **a.g.e.** s. 246; Özdemir, **a.g.e.** s. 462; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 83.

²⁰⁰ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 62; Andreas Von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, Çeviren: Av. Cevat Edege, 2. Baskı, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983, s. 178.

²⁰¹ Doğan, **a.g.e.** s. 246; Özdemir, **a.g.e.** s. 462; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 83.

AB, İngiliz, Çin, Alman ve Japon hukuklarında yer alan aynı ülkede ya da aynı hukuk sistemine tabi bölgede bulunma şartının, kuralın ilk çıkış amacı ile uyumlu olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Zira bu durum aynı ülke içerisinde telefonla kurulan bir sözleşmede işlem güvenliği kuralının uygulanmasına imkân tanımaktadır ki bu durum şartın ilk ortaya çıkış mantığı ile uyumsuzluk göstermektedir. Çünkü telefonla yapılan sözleşmede vatandaş olan kişinin işlem yaptığı yabancıdan dış görünüşünden etkilenmesi mümkün değildir. Öte yandan kuralın bu şekilde genişletilmesinin kuralın işlemin yapılması sırasında aralarında mesafe bulunan kişiler hakkında da uygulanabilmesini sağlamak amacına hizmet ettiğini öne sürmek mümkündür. Kuralın uygulama alanının söz konusu şekilde genişletilmesinin günümüz şartlarına daha uygun düşmekte olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu genişletmenin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim günümüzde mevcut olan görüntülü iletişim teknolojileri tarafların aynı fiziksel ortamda bulunmadan birbirlerinin fiziki görünüşlerine vakıf olarak eşzamanlı irade paylaşımı yapmasına imkân tanımaktadır. Bu durumda kişiler aynı ülkede ya da aynı ortamda fiziken bulunmasalar bile iletişim araçları sayesinde fiziken aynı ortamda bulunmaya eşdeğer bir durum içinde olmaktadır. Böyle durumlarda taraflar aynı ülkedeymiş gibi yorum yapmak kuralın uygulama amacına uygun düşecektir. Özellikle belirtmek gerekir ki Türk ve İsviçre hukuklarında kişilerin fiziki olarak aynı ortamda bulunmaları şartının kanunda düzenlenmemesi ile konunun doktrine ve yargı kararlarına bırakılması, söz konusu hukuklarda kuralın uygulanmasına esneklik kazandırılmasını sağlamaktadır.

İşlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişilerce yapılması şartının getirdiği bir diğer sonuç temsilci vasıtasıyla yapılan işlemlerde, aynı fiziki ortamda bulunan kişiler arasında işlem yapma durumu söz konusu olmayacağından, işlem güvenliği kuralının uygulanmaması durumudur. Kanaatimizce burada vatandaş kişinin işlem yaptığı yabancıdan dış görünüşünden etkilenerek ehliyetli olduğuna inanması şartının yerine gelmesi mümkün olmamaktadır.

(d) İşlemin Niteliğinin Kuralın Uygulanmasına Elverişli Olması

İşlem güvenliği ilkesinin uygulanabilmesi için, söz konusu işlemin aile veya miras hukukuna ilişkin olmaması gerekmektedir. Bunların yanında işlemin yabancı ülkede bulunan taşınmazlarla da ilgisinin bulunmaması gerekmektedir. İşlem güvenliği kuralının amacı taraf menfaatlerini korumak değildir. Hal böyle olunca, taraf menfaatlerini öne çıkaran miras ve aile hukukunda işlem güvenliği kuralını uygulama imkânı kalmamaktadır.²⁰² Yurtdışında bulunan taşınmazlarla ilgili olarak da işlem güvenliği kuralını uygulamanın herhangi bir faydası bulunmamaktadır.²⁰³ Zira işlem güvenliği kuralının güttüğü ülke içinde işlem güvenliği sağlama amacı, yurtdışında bulunan taşınmazlarla ilgili işlemlere müdahale etmeyi gerektirmemektedir. Açıklanan istisnalar Alman, Japon, Çin, İngiliz ve İsviçre hukuklarında da yer almaktadır.

(3) İşlem Güvenliği Kuralının İyiniyet İle İlişkisi

İşlem güvenliği kuralının ortaya çıkmasına sebep olan *Lizardi* olayı incelendiğinde, kuralı meydana getiren temel unsurlardan birinin *Lizardi'nin* dürüstlük kuralına aykırı davranışı diğerinin ise tacirin *Lizardi'nin* tabi olduğu milli hukuku bilmemesi ve bilebilecek durumda olmaması yani iyiniyetli olması olduğu görülmektedir. Yani ortaya çıkış itibariyle işlem güvenliği kuralı işlemin muhatabının iyiniyetini (sübjektif iyiniyet) ve milli hukukuna göre ehliyetsiz olduğunu öne süren kişinin dürüstlük kuralına aykırı davranışını (objektif iyiniyet) içermektedir. Ehliyetsiz olan kişinin hemen her durumda dürüstlük kuralına aykırı davranışta bulunduğu konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Buna karşılık işlemin muhatabının iyiniyetli olması gerekip gerekmediği konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır.

²⁰² Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 224; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 84; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 112; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 208; Doğan, **a.g.e.** s. 246; Özdemir, **Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı**, s. 464.

²⁰³ Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 84; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 224; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 208; Doğan, **a.g.e.** s. 246; Özdemir, **Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı**, s. 464.

Doktrinde 1980'lere kadar hâkim olan görüş²⁰⁴ işlemin muhatabının iyiniyetli olup olmadığının önem taşımaması şeklindedir. Ancak bu dönemden sonra iyiniyetin önem taşıması gerektiği kabul edilmeye başlanmıştır. Hâkim görüşün değişmesi ile beraber iyiniyetin gerekliliğine ilişkin hükümler de kanunlara girmeye başlamıştır. Her ne kadar MÖHUK m. 9'da iyiniyetin gerekliliğine ilişkin bir ibare bulunmasa da İsviçre düzenlemesinde iyiniyetin gerekliliği açıkça vurgulanmıştır. Paralel düzenlemeye Roma I Direktifinde, İngiliz ve Alman hukuklarında da rastlamak mümkündür. Japon hukukunda ise iyiniyetin gerekliliğine ilişkin bir düzenlemeye rastlanmamaktadır.

Türk doktrinindeki hâkim görüşlere²⁰⁵ uygun olarak kanaatimizce de işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için işlemin muhatabının mutlaka iyiniyetli olması gerekmektedir. Aksi durum kuralın suiistimal edilmesine zemin hazırlayacaktır. Her ne kadar MÖHUK'da iyiniyet şartından bahsedilmemişse de, TMK'nın başlangıç kuralları gereği, işlemin muhatabının iyiniyetli olmaması onun işlem güvenliği ilkesini öne sürerken dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiği anlamına gelecektir. Dürüstlük kuralına aykırı bir hareketin hukuk düzenimizce korunması mümkün olmadığından netice itibarıyla Türk hukukunda da işlem güvenliği kuralının uygulanması için iyiniyetin aranacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

İşlem güvenliği kuralının uygulanabilmesi için iyiniyetin aranması, kuralın aynı vatandaşlığa sahip kişiler arasında uygulanmasına engel teşkil etmektedir. Örneğin iki Türk vatandaşının yurtdışında yaptığı bir işleme işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır. Zira işlem güvenliği kuralının uygulanması noktasında işlem muhatabının, ehliyetsiz olduğunu iddia eden kişinin ehliyet durumunu bilmemesi ya da bilmesinin beklenememesi gerekmektedir. Ancak her kişinin kendi milli hukukunu bildiği varsayıldığı için iki Türk vatandaşının birbirlerinin ehliyetlerine uygulanacak hukuku bilmemeleri, dolayısıyla da işlem muhatabı kişinin iyiniyetli olduğu, kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla Lizardi kararında ortaya atılan “bir kişinin yabancı hukuk kurallarını bilmesi beklenemez” prensibi aynı vatandaşlığa sahip kişiler arasında yapılan işlemlerde uygulama alanı

²⁰⁴ Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 84.

²⁰⁵ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 223; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 112; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 208; Özdemir, **Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı**, s. 463; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 85; Doğan, **a.g.e.** s. 247.

bulamayacaktır. Verilen örnekte işlem güvenliği kuralının uygulanabilmesinin tek yolu işlem muhatabı kişinin ehliyetsiz olduğunu iddia eden kişinin vatandaşlığını bilmemesi ya da bilmesinin beklenememesi durumudur. Zira bu halde işlem muhatabı kişinin iyiniyetli olduğunu söylemek mümkün olmaktadır.

(4) İşlem Güvenliği Kuralının Tüzel Kişilere Uygulanması Sorunu

İşlem güvenliği kuralının gerçek kişiler hakkında uygulanacağı konusunda herhangi bir şüphe bulunmamasına rağmen kuralın tüzel kişiler hakkında uygulanıp uygulanmayacağı konusunda doktrinde tartışmalar bulunmaktadır.

MÖHUK m. 9/2’de işlem güvenliği kuralının tüzel kişilere uygulanıp uygulanmayacağı konusunda herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Aynı durum İsviçre hukukunda da geçerlidir. Ancak her iki ülke kanununda da işlem güvenliği kuralından sonra kuralın miras ve aile hukukuna uygulanmayacağı belirtilmiştir. Söz konusu hukuk dallarının gerçek kişileri ilgilendirdiği düşünüldüğünde bu ülke kanunlarının işlem güvenliği kuralını yalnızca gerçek kişiler için getirdiği sonucuna lafzi yorum ile varmak mümkün olmaktadır. Roma I Direktifinde ise kuralın doğrudan gerçek kişiler hakkında uygulanacağı belirtilmiş ve tüzel kişiler kapsam dışı bırakılmıştır. Aynı durum İngiliz, Alman ve Çin hukukları için de geçerlidir. Japon hukukunda ise düzenleme metninde tüzel kişilerin kapsam dışı bırakıldığına ilişkin bir ibare bulunmasa da doktrinde ve uygulamada Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun’un ehliyeteye ilişkin 4. maddesinin yalnızca gerçek kişileri kapsadığı kabul edilmektedir.²⁰⁶ Dolayısıyla Japon hukukunda da işlem güvenliği kuralının yalnızca gerçek kişilere uygulanacağı kabul edilmektedir.

Türk doktrininde ve yargı kararlarında işlem güvenliği kuralının tüzel kişiler hakkında da uygulanacağı kabul edilmektedir.²⁰⁷ Tüzel kişilere işlem güvenliği kuralının uygulanmasını savunan doktrindeki görüşler bu fikri *ultra vires* ilkesi

²⁰⁶ Dai Yokomizo, "International Company Law in Japan", **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, Editorler: Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, s. 177.

²⁰⁷ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 222; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 115; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 101; Doğan, **a.g.e.** s. 252; Musa Aygöl, **Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti**, Ankara, Seçkin Yayıncılık A. Ş. 2007, s.231.

nedeniyle tüzel kişi ile işlem yapan kişilerin tüzel kişinin ehliyetli olup olmadığı konusunda bilgi sahibi olmayacağı varsayımı ile gerekçelendirmektedir. Yargıtay ise konuyla ilgili olarak verdiği kararda, tüzel kişilere de işlem güvenliği kuralının uygulanacağını bu konuda herhangi bir gerekçe göstermeden kabul etmiştir.²⁰⁸ Ek olarak kararda sözleşmenin Türkçe hazırlanmasının, sözleşmeye imza koyan tanıkların ve hakemin Türk olmasının ve bu kişilerin Türkiye’de ikamet etmelerinin sözleşmenin Türkiye’de düzenlendiği şeklinde yorumlanması da kanaatimizce yerinde değildir. Her ne kadar olayla ilgili detaylı bilgi bulunmasa da gerek sözleşme dilinden gerekse sözleşmeyle borç altına girmeyen kişilerin imzalarından ya da yerleşim yerlerinden hareket ederek sözleşme yerini belirlemek, sözleşme tarafları için adil bir durum yaratmamaktadır.

Kanaatimizce işlem güvenliği kuralının tüzel kişiler hakkında uygulanması mümkün değildir. Zira tüzel kişilerin işlem güvenliği kuralının uygulanması için gereken şartları sağlamaları mümkün değildir. Her ne kadar bir tüzel kişinin idare merkezi hukukuna göre ehliyetsiz olması ve kendi ülkesinden başka bir ülkede işlem yapabilmesi mümkün olsa da tüzel kişinin fiziki olarak işlemin karşı tarafı ile aynı ortamda bulunması mümkün değildir. Tüzel kişiler ancak yetkili organları vasıtasıyla işlem yapabildiklerinden tüzel kişilerin yaptığı her işlem temsilci vasıtasıyla yapılmış olmaktadır.²⁰⁹ Burada iradi temsil yerine kanuni temsilden bahsedilmekte olsa da, işlem güvenliği kuralı açısından her iki temsil türünün sonuçları hakkında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Doktrinde temsilci vasıtasıyla yapılan işlemlerde işlem güvenliği kuralının uygulanmayacağını kabul edildiği düşünülünce, ortaya çelişkili bir durumun çıktığı görülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalar yanında bir tüzel kişinin ehliyeti ile ilgili olarak karşılaşılan en büyük sorun *ultra vires* ilkesinin tüzel kişinin ehliyetini sınırlamasıdır.²¹⁰ Yeni Türk Ticaret Kanunu ile *ultra vires* ilkesinin kaldırılması nedeniyle artık ehliyetine Türk hukuku uygulanan bir şirketin, ehliyetine

²⁰⁸ Yargıtay 11. HD, 2005/4621 E. 2005/7778 K. 19.07.2005 Kaynak: <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/11hd-2005-4621.htm&query=%222005/4621%22#fm> 26.04.2014.

²⁰⁹ Ünal Tekinalp, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 221.

²¹⁰ Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 102; Aygül, **a.g.e.** s. 231.

uygulanacak hukuka göre ehliyetsiz olması söz konusu olmayacaktır.²¹¹ Bunun sonucu olarak söz konusu şirketler hakkında işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmayacaktır. Türkiye’de işlem yapan ve *ultra vires* ilkesine tabi olan yabancı şirketler hakkında da işlem güvenliği kuralının uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Böyle bir durumda söz konusu şirketin esas sözleşmesinin şirketin sermayesi, adresi gibi bazı bilgileri tespit etmek amacıyla kullanıldığı düşünüldüğünde şirketin işlem konusu hakkında ehliyetsiz olduğunu bilmemek çok çok düşük bir ihtimal olarak kalmaktadır. Zira şirketin işlem yapabileceği alanlar da söz konusu esas sözleşmede belirtilmekte olduğu için işlem muhatabının iyiniyetli olduğunu söyleme imkânı ortadan kalkmakta ve dolayısıyla işlem güvenliği kuralının uygulanması mümkün olmamaktadır. Yine de işlem muhatabının iyiniyetli olduğunu ispatlayabileceği de gözden kaçırılmamalıdır.

İşlem taraflarından birisinin tüzel kişi diğerinin gerçek kişi olduğu durumlarda işlem güvenliği kuralının uygulanması yalnızca işlemden ehliyetsizlik nedeniyle caymak isteyen gerçek kişi hakkında işlem güvenliği kuralının şartlarının varlığı halinde mümkün olacaktır. Tüzel kişinin işlemden ehliyetsiz olduğu gerekçesi ile caymak istemesi halinde tüzel kişi hakkında işlem güvenliği kuralının uygulanması yukarıda açıklanan sebeplerle mümkün olmayacaktır.

(5) Kambiyo Senetlerinde İşlem Güvenliği Kuralı

İşlem güvenliği kuralı kambiyo senetleri için de uygulanmaktadır. TTK m. 766/2 kişinin bağlı bulunduğu devletin hukukuna göre ehliyetli olmamasına rağmen poliçeyi kendisini ehliyetli sayan bir ülkede imzalaması halinde kişinin söz konusu poliçeyle ehliyetliymişçesine bağlı olacağını kabul etmiştir. Anılan maddenin poliçe yanında çek (TTK m. 818) ve bonolar (TTK m. 778) hakkında da uygulanabildiği göz önüne alındığında işlem güvenliği kuralının tüm kambiyo senetleri için uygulanabilir olduğu görülmektedir. Söz konusu maddelerin 1931 tarihli Cenevre Sözleşmesi’ne dayandığı göz önüne alındığında bu hükümlerle ilgili olarak uluslararası alanda büyük oranda yeknesaklaşma sağlandığını söylemek mümkün olmaktadır.

²¹¹ TTK m. 371/2’de yer alan şirketin işlemle bağlı olmaması imkânı, şirketin hak ehliyetine ilişkin değil şirketin temsiline ilişkin bir konudur.

TTK'da yer alan kambiyo senetleri için işlem güvenliği kuralı, MÖHUK'da yer alan işlem güvenliği kuralına göre özel hüküm niteliği taşımaktadır. Ancak her iki kuralın birbirinden farkı olmaması karşısında özel hüküm genel hüküm farkının pratikte bir önemi kalmamış olmaktadır. Yine her iki kanunda yapılan düzenleme, işlemin yapıldığı yeri yalnızca Türkiye olarak sınırlamamakta ve işlemin yapıldığı yer fark etmeksizin her işleme uygulanabilmektedir.

Son olarak önceki bölümlerde MÖHUK'da yer alan işlem güvenliği kuralı için yapılan açıklamaların TTK'da yer alan kambiyo senetlerine özel işlem güvenliği kuralı için de geçerli olduğunu belirtmek gerekmektedir.

(6) Elektronik Ticarete İşlem Güvenliği Kuralı

(a) Elektronik Ticaret Kavramı

Dünya üzerinde 2013 yılı itibarıyla 638 milyar \$ tutarında elektronik ticaret işlemi yapılmış olup bu rakamın 2016 yılında 1 trilyon \$ miktarını geçmesi beklenmektedir.²¹² Ülkemizde ise 2013 yılı elektronik ticaret hacmi itibarıyla 34,6 milyar TL²¹³ olmuştur ve 2017 yılına kadar yıllık ortalama %15,8 oranında büyüme beklenmektedir.²¹⁴ Bu miktarlar ve büyüme oranları internetin ve dolayısıyla elektronik ticaretin günlük hayata yoğun bir şekilde dâhil olduğunu ve bu yoğunluğun giderek artmaya devam edeceğini göstermektedir.

Elektronik ticaret, internet üzerinden ve bilgisayar desteği ve telekomünikasyon teknolojisi kullanılarak mal satılması ve hizmet sunulması, ürünlerin ve hizmetlerin tanıtılması ve bunların ticari amaçlarla piyasaya arz edilmesi, satışlarının yapılması ve satıl bedellerinin tahsil edilmesi olarak tanımlanmıştır.²¹⁵ Bir başka tanıma göre ise elektronik ticaret yazı, ses ve görüntü şeklindeki verilerin elektronik ortamda işlenmesi ve iletilmesi suretiyle

²¹² Sina Afra, **Dijital Pazarın Odak Noktası E-Ticaret: Dünya'da Türkiye'nin yeri, Mevcut Durum ve Geleceğe Yönelik Adımlar**, İstanbul, TUSİAD, 2014, Erişim: 30.06.2014 http://www.tusiad.org/_rsc/shared/file/eTicaretRaporu-062014.pdf s. 28.

²¹³ Bu miktara yalnızca kartlı ödemeler dâhil olup havale ya da diğer ödeme araçları kullanılarak yapılan elektronik ticaret işlemleri değerlendirilmemiştir.

²¹⁴ Afra, **a.g.e.** s. 35.

²¹⁵ Bülent Sözer, **Elektronik Sözleşmeler**, İstanbul, Beta Basım A. Ş, 2002, s. 21.

gerçekleştirilen ticari işlemlerin bütünüdür.²¹⁶ Bir diğer tanıma göre ise de elektronik ticaret ürün, hizmet ve bilgi değişiminin ve ödemelerin elektronik ortamda gerçekleşmesidir.²¹⁷ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'na göre elektronik ticaretin tanımı ise tarafların eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın bedelli ya da bedelsiz olarak elektronik ortamda yerine getirilen çevrim içi hizmetlerdir.²¹⁸ Tasarıdaki tanım elektronik araçlar kullanılarak hazırlar arasında yapılan işlemleri kapsam dışı tutmuştur. Bir başka deyişle tasarıdaki tanım elektronik ortamda yapılan her türlü işlemi değil yalnızca adeta dijital bir işyeri gibi hareket eden internet sitelerini kapsamaktadır. Örnekle açıklamak gerekirse iki kişinin elektronik posta kullanarak bir sözleşme kurması tasarının kapsamına girmemektedir.

Elektronik ticarete işlem güvenliği kuralının uygulanabilirliğinin değerlendirileceği bu çalışmada ise elektronik ticaret kavramı elektronik ortam vasıtasıyla yapılan her türlü işlem olarak kabul edilecektir. Tanımın bu derece genişletilmesi sayesinde burada yapılan açıklamalar gerek Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısının kapsamı içinde kalan işlemleri gerekse TBK kapsamında kalan işlemleri kapsayabilecektir.

(b) İşlem Güvenliği Kuralıyla Elektronik Ticaret Alanında Çözümlemeye Çalışılan Sorun

Elektronik ticaretin günlük hayata girmesiyle birlikte, elektronik ortamda yapılan hukuki işlemlere ilişkin olarak bir takım sorunlar doğmuştur ve doğmaya devam etmektedir. Bu çalışmanın konusuna giren ve işlem güvenliği kuralının kullanılmasıyla çözümlenmesi önerilen sorun ise ehliyetsiz bir kişinin elektronik ortam vasıtasıyla işlem yaptığı durumlardır.

Elektronik ortamda yapılan sözleşmelerde tarafların yüz yüze bulunması ya da birbirlerinin ehliyetini kontrol etmesi genellikle mümkün olmamaktadır. Bu

²¹⁶ Hatice Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003, s. 5.

²¹⁷ Mehmet Akif Çakırer, **Elektronik Ticaret**, Bursa, Ekin Yayıncılık, 2013, s. 99.

²¹⁸ Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss240.pdf> 30.06.2014.

durum ehliyetsiz kişilerin de hukuki işlemler yapabilmelerine olanak sağlayabilmektedir. Doktrinde bu gibi durumlar için getirilen çözümlerden birisi veli ya da vasinin kısıtlı ya da küçüğün işlemin yapılmasında kullanılan ödeme aracını kullanmasına, dolayısıyla işlemin yapılmasına izin verdiği varsayımdır.²¹⁹ Ancak bu varsayımın her zaman doğru olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira ödeme imkânı sağlayan aracın kullanımına ödeme amacından başka bir amaçla izin verilebilmesi mümkündür. Örneğin aynı evde yaşayan ailedeki bir çocuğun ebeveynlerinin kredi kartını akıllı telefonlar ve tabletler vasıtasıyla habersizce kullanması son derece kolaydır. Kaldı ki söz konusu işleme veli ya da vasinin daha sonradan itiraz etmemesinin onun zımnen rıza gösterdiği anlamına geldiğini kabul etmek mümkün olsa da kendisinden habersiz yapılan bir işlem için baştan izin verdiğini kabul etmek makul değildir.

Elektronik ortamda ehliyetsiz kişilerin işlem yapmasına ilişkin güncel bir örnek Apple ve Google tarafından işletilmekte olan uygulama marketlerinden yapılan alışverişler ve bu uygulama marketlerinden edinilebilen uygulamaların içinden yapılabilen satın alma işlemleridir. Sorun genellikle uygulama içinden yapılan satın almalarla kaynaklanmaktadır. Şöyle ki uygulama marketinden indirilen uygulamanın tüm işlevlerinden yararlanabilmek için, söz konusu uygulamayı kullanarak o uygulamanın parçaları satın alınabilmektedir. Bir çocuğun bu uygulama içi satın alma seçeneğini kullanarak büyük miktarda harcamalar yapması yaygın görülen bir durum halini almıştır. Konuyla ilgili olarak artan şikâyetler üzerine bu harcamaların iadesi konusunda Apple 32,5 milyon \$'lık ödeme yapmayı kabul etmiştir.²²⁰ Ayrıca hem Apple hem Google uygulama içinden yapılan satın almaların önlenmesine imkân vermeye başlamışlardır.

²¹⁹ Michel Jaccard, **Droit Européen et Compare de L'internet Rapport National Suisse**, 2000, s. 22-23 (Naklen: Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, s. 91).

²²⁰ <http://www.theguardian.com/technology/2014/jan/15/apple-practice-children-make-in-app-purchases> 27.07.2014.

(c) İşlem Güvenliği Kuralının Elektronik Ticarete Uygulanması Konusundaki Sorunlar

İşlem güvenliği kuralı yukarıda açıklanan sorunun çözümünde kullanılmaya uygun bir hukuki kurumdur. İşlem güvenliği kuralı ilk olarak ehliyetsiz bir kişinin kendisini ehliyetli göstererek yaptığı bir işlemten daha sonra dürüstlük kuralına aykırı olarak kurtulmaya çalışmasıyla ortaya çıkmıştır. Benzer durum elektronik ticarete de söz konusu olabilmektedir. Şöyle ki elektronik ticarete, özellikle internet siteleri vasıtasıyla gerçekleştirilen işlemlerde, kişinin ehliyeti ile ilgili bilgiler talep edilmektedir. Ancak muhatabın kendi beyanlarından başka bir bilgi edinme metodu bulunmadığı için ehliyetsiz kişinin kendisini ehliyetli olarak göstermesi mümkün olabilmektedir. Bu durum tıpkı işlem güvenliği kuralının ortaya çıkışında var olan kişinin milli hukukuna göre ehliyetsiz olmasına rağmen bulunduğu yer hukukuna göre ehliyetli olduğunu göstermek suretiyle muhatabını yanıltması haline benzemektedir.

İşlem güvenliği kuralının elektronik ticarete uygulanmasının önünde engel teşkil eden iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan ilki kuralın bir tarafı yabancı olan işlemleri kapsamasıdır. Yani iki Türk arasında işlem güvenliği kuralının uygulanması, söz konusu kişiler işlemi yurtdışında yapsalar dahi mümkün değildir. Dolayısıyla işlem güvenliği kuralının elektronik ticarete uygulanmasında da işlemin taraflarından birisinin yabancı olması gerekecektir.

İşlem güvenliği kuralının uygulanmasında karşılaşılan bir diğer sorun da elektronik ticarete işlemin hiçbir şekilde aynı fiziki ortamda bulunarak yapılmamasıdır. Yukarıda da bahsedildiği gibi elektronik iletişim metotları ile aynı fiziki ortamdaymışçasına ses ve görüntü aktarımı yapmak mümkün olsa da kuralın temel amacı olan bulunulan ülkenin işlem güvenliğini korumak amacını aynı ülke içerisinde bulunmayan kişiler söz konusu olduğunda sağlamanın hukuki bir faydası kalmamaktadır. Dolayısıyla bu durum işlem güvenliği kuralının yalnızca aynı ülkede bulunan bir yabancı ile bir söz konusu ülke vatandaşı arasında elektronik ticaretten doğan uyumsuzlığa uygulanabilmesine imkân tanımaktadır.

(d) İşlem Güvenliği Kuralının Elektronik Ticarete Kullanılması İçin Çözüm Önerileri

Doktrinde kabul edilen işlem güvenliği şartlarından biri olan işlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişiler arasında yapılması şartı, AB, İngiliz ve Alman hukuklarında kanun metinlerine yapılan eklemeyle aynı ülke içerisinde olan kişileri kapsayacak şekilde değiştirilmiştir. Türk ve İsviçre hukuklarında ise bu konuda herhangi bir hüküm bulunmamakta ve konu yargı kararlarına ve doktrine bırakılmış durumdadır. Bu kapsamda Yargıtay'ın işlem güvenliğinin tüzel kişilere de uygulanacağına ilişkin verdiği kararda²²¹ işlemin aynı fiziki ortamda bulunan kişilerce yapılmasının değil aynı ülke içerisinde yapılmasının yeterli olacağı kabul edilmiş olarak gözükmektedir. Nitekim kararda Yargıtay sözleşmenin Türkiye'de yapılmış olmasını kuralın uygulanması için yeterli bulmuştur. Türk hukukunda da kuralın aynı fiziki ortamda bulunan kişiler arasında yapılan işlemler hakkında uygulanması gerektiği görüşü terk edilerek aynı ülkede yapılan işlemlere uygulanması kabul edilmelidir. Böylelikle ülke içinde bulunan yabancıların elektronik ticaret kapsamında yaptıkları işlemlerde ya da hazır olmayanlar arasında yaptıkları diğer sözleşmelerde işlem güvenliği kuralına tabi tutulmaları sağlanacaktır ve dolayısıyla da ülke içerisindeki işlem güvenliği kuvvetlendirilecektir. Ancak yine de kuralın uygulanmasında işlem güvenliği kuralına başvuracak kişinin iyiniyetli olması gerekmektedir.

İşlem güvenliği kuralının elektronik ticarete aynı ülke vatandaşları arasında yapılan işlemlerde de kullanılabilmesi için kanaatimizce kuralın ülke içindeki işlem güvenliğini sağlama amacından vazgeçerek internet ortamında işlem güvenliğini sağlama amacına yönelmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kuralın amacındaki değişim, işlem güvenliği kuralının değişmesi değil işlem güvenliği kuralından esinlenen yeni bir kuralın ortaya çıkması anlamına gelecektir. Elektronik ticarete işlem güvenliği olarak adlandırılabilir bu kural, ehliyetsiz bir kişinin internet ortamında kendisini ehliyetli göstererek yaptığı işlemlerden daha sonra kendisinin ehliyetsiz olduğunu öne sürerek kurtulmasının önüne geçmeyi hedeflemelidir.

²²¹ Yargıtay 11. HD, 2005/4621 E. 2005/7778 K. 19.07.2005 Kaynak: <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/11hd-2005-4621.htm&query=%222005/4621%22#fm> 27.06.2014.

Hemen belirtmek gerekir ki bu tür bir kuralın internet ortamında herkesin ehliyetli olarak kabul edilmesi sonucunu doğurması nedeniyle eleştirilmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak veli ve vasilerin internete erişim ve internet kullanımı konusundaki denetim yükümlülükleri açısından başarısız olarak sorumlulukları altındaki ehliyetsiz kişilerin internet ortamında işlem yapmalarına imkân vermeleri karşısında bu işlemlerden doğan zararlara ve sorumluluğa ehliyet doğrulama imkânı bulunmayan elektronik ortamda ticaret yapan kişilerin katlanmasını beklemek makul değildir. Bu kapsamda ehliyetsiz kişilerin kendisi ile işlem yapmasını engellemek için gereken tüm dikkat ve özeni gösteren bir satıcı karşısında, bu satıcının aldığı önlemleri uygulamayan veli ya da vasinin korunması adaletsiz bir sonuç yaratmaktadır.

Elektronik ticarete uygulanacak bir işlem güvenliği kuralı getirilmesinin doğurabileceği en büyük sakınca, elektronik ortamdaki satıcıların gerekli güvenlik önlemlerini almayarak ehliyetsiz kişilerin alışveriş yapmalarını kolaylaştırmaları ve bu şekilde gelir elde etmeleri olabilecektir. Böyle bir durumun ortaya çıkması, elektronik ortamda ticaret yapan satıcılara getirilecek ek güvenlik ve kimlik doğrulama yükümlülükleri haricinde, hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük kuralına aykırılık olarak kabul edilmelidir. Böylelikle elektronik ticarete uygulanmak üzere getirilecek işlem güvenliği kuralının kötüye kullanılmasının önüne geçilebilecektir.

C. Hak ve Fiil Ehliyetine Uygulanacak Hukuka İlişkin Kanunlar İhtilafı Kurallarının Kapsamı ve Sınırları

1. Hak Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

a) Hak Ehliyetinin Başlangıcına ve İçeriğine Uygulanacak Hukuk

Hak ehliyetine ilişkin olarak ulusal hukuklarda yer alan düzenlemeler, daha önceki bölümlerde çeşitli hukuk sistemlerinden verilen örneklerle de açıklandığı üzere henüz yeknesaklaşmaktan uzaktır. Ancak hak ehliyetinin başlangıcı ve sona ermesi gibi konuların özellikle miras hukukunda gösterdiği etkiler göz önüne alındığında, hak ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinin son derece önemli olduğu

anlaşılmaktadır. Bu öneme istinaden bu başlık altında hak ehliyetinin başlangıcına ve kapsamına uygulanacak hukuk, daha sonra ise hak ehliyetinin sona ermesine uygulanacak hukuk hakkında inceleme yapılacaktır.

MÖHUK m. 9'a göre, bir kişinin hak ehliyetine uygulanacak hukuk, kişinin milli hukukudur. Yani ehliyete uygulanacak hukuk konusunda bağlama noktası olarak vatandaşlık esası kabul edilmiştir. Alman²²² ve Japon²²³ hukuklarına göre de kişinin hak ehliyetine kişinin milli hukuku uygulanacaktır. Buna karşılık İsviçre hukukunda²²⁴ kişinin doğrudan İsviçre hukukuna göre hak ehliyetinin tespit edileceği hüküm altına alınmıştır. Çin hukukunda²²⁵ ise kişinin mutlak meskeni hukukunun hak ehliyetine uygulanacağı kabul edilmiştir.

Türk hukukuna göre hak ehliyetine uygulanacak hukuk, aynı zamanda hak ehliyetinin içeriğini de belirlemektedir.²²⁶ Bunun yanında hak ehliyetinin başlangıcına uygulanacak hukuk da hak ehliyetine uygulanacak hukuka göre tespit edilmektedir.²²⁷ Aynı durum Türk hukuku yanında Alman, Japon ve Çin hukukları için de geçerlidir. İsviçre hukukunda²²⁸ ise hak ehliyetinin başlangıcı ve sona ermesinin bu konuya ilişkin hukuki ilişkiye uygulanacak hukuka göre tespit edileceği hüküm altına alınmıştır.

b) Hak Ehliyetinin Sona Ermesine Uygulanacak Hukuk

Hak ehliyetini sona erdiren unsurlar Türk hukukunda ölüm (TMK m. 28), ölüm karinesi (TMK m. 31) ve gaiplik (TMK m. 32) olarak kabul edilmektedir. Yabancı hukuklarda ise, daha önceki bölümlerde incelendiği üzere, konuyla ilgili farklı kurumlar ve uygulamalar bulunmaktadır. Kişiliğin ve hak ehliyetinin sona ermesinin başta miras açısından olmak üzere çeşitli sonuçları bulunmaktadır.

²²² Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 7.

²²³ Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 4.

²²⁴ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 34.

²²⁵ Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu m. 11.

²²⁶ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 215; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 71; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 108; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 203; Doğan, **a.g.e.** s. 238.

²²⁷ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 215; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 70; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 108; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 203; Doğan, **a.g.e.** s. 237.

²²⁸ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 34.

Açıklanan bu nedenlerle hak ehliyetinin sona ermesine uygulanacak hukukun son derece önem taşıyan bir konu olduğunu söylemek mümkündür.

(1)Ölüm

Hak ehliyetini ve kişiliği sona erdiren ölüme uygulanacak hukuk genel olarak hak ehliyetine uygulanacak hukuk kapsamına girmektedir. Türk hukukunda (MÖHUK m. 9) bu milli hukuk olarak kabul edilmektedir. Alman²²⁹ ve Japon²³⁰ hukukları da Türk hukuku ile benzer olarak ehliyetin sona ermesine dolayısıyla da ölüme ilgilinin milli hukukunu uygulamaktadır. İsviçre’de ise hak ehliyetinin sonlanmasına hak ehliyetiyle ilişkisi olan hukuki ilişkiye uygulanacak olan hukukun uygulanacağı özel olarak düzenlenmiştir.²³¹ Bu konuda örnek vermek gerekirse mirasla ilgili olarak hak ehliyetinin ne zaman sonlandığı tespit edilmek istiyorsa mirasa uygulanacak hukuka göre bu tespit yapılacaktır. Çin hukukunda²³² ise hak ehliyetinin sonra ermesine mutlak mesken hukuku uygulanmaktadır.

(2)Ölüm karinesi ve Gaiplik

Türk hukukunda gaiplik ve ölüm karinesi ile diğer hukuk sistemlerindeki her türlü ölmüş sayılma kararları MOHÜK m. 11 gereği hakkında söz konusu kararların verileceği kişinin milli hukukuna tabi olmaktadır. Bunun yanında madde milli hukukuna göre hakkında gaiplik ya da ölmüş sayılma kararı verilemeyen kişiler hakkında Türk hukukuna göre gaiplik ya da ölmüş sayılma kararı verilebilmesinin önünü iki durum için açmıştır. Bu durumlardan birisi kişinin mallarının Türkiye’de bulunması, diğeri ise eşin ya da mirasçılardan birinin Türk vatandaşı olmasıdır.

*İsviçre hukukunda*²³³ ise gaiplik kararları konusunda, gaipliğin sebeplerine ve sonuçlarına İsviçre hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. Ayrıca yurtdışında alınan gaiplik kararlarının tanınması için kararın gaibin son bilinen yerleşim yeri devletinden ya da vatandaşı olduğu devletten alınmış olması gerekmektedir. Aksi

²²⁹ Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 7.

²³⁰ Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 4.

²³¹ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 34.

²³² Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 11.

²³³ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 41.

durumda kararların İsviçre’de tanınması mümkün olmamaktadır. İsviçre, getirdiği bu düzenlemelerle gaiplik kararını ya kendi hukukuna ya da ilgili kişinin yerleşim yeri veya da milli hukukuna göre alınması gerektiğini benimsemiş olmaktadır.

*Alman hukuku*²³⁴ da gaiplik ve ölmüş sayılma ile ilgili kararlara ortadan kaybolan kişinin milli hukukunun uygulanmasını kabul etmektedir. Ancak bu konuda esas alınan nokta kişinin en son hayatta olduğu bilinen zamandaki vatandaşlığıdır. Kişinin ortadan kaybolmasından sonra vatandaşlığının değişmesi durumunda, kişinin yeni edindiği milli hukukunun uygulanması kabul edilmemektedir. Aynı zamanda makul sebeplerin varlığı halinde yabancı kişinin Alman hukukuna göre de gaip ilan edilebilmesi mümkün kılınmıştır.

*Japon hukukunda*²³⁵ ise kişinin ortadan kaybolma anında Japonya’da yerleşim yeri bulunması halinde ya da Japon vatandaşı olması halinde Japon hukukuna göre hakkında gaiplik kararı verilebileceği kabul edilmektedir. Kişinin Japonya’da yerleşim yeri bulunmadığı ya da Japon vatandaşı olmadığı durumlarda ise kişinin Japonya’da taşınmazının bulunması, Japon hukukunun uygulandığı hukuki ilişkilerinin bulunması, Japonya ile yerleşim yeri, vatandaşlık ya da diğer unsurlar vasıtasıyla bağlantısı bulunan kişilerin ya da diğer sebeplerin var olması durumlarında ilgili kişi hakkında Japon hukukuna göre gaiplik kararı verilebilmesi mümkün kılınmıştır.

*Çin hukuku*²³⁶ kişinin kayıp olarak ilan edilmesine veya ölmüş olarak ilan edilmesine uygulanacak hukuku kişinin mutlak meskeninin bulunduğu ülke hukuku olarak belirlemiştir. Diğer hukuk sistemlerinin aksine Çin hukukunda herhangi bir istisna kuralı öngörülmemiştir.

Yukarıda verilen ülke düzenlemeleri incelendiğinde, Çin hariç, her ülkede belirli şartların varlığı halinde gaiplik ve ölmüş sayılma kararının söz konusu ülkenin hukukuna göre verilebileceği öngörülmektedir. Söz konusu istisnaların amacı yabancı ülke vatandaşı hakkında söz konusu yabancı kişinin vatandaş olduğu ülke

²³⁴ Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 9.

²³⁵ Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 6.

²³⁶ Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 13.

hukukuna göre gaiplik ve ölmüş sayılma kararı verilememesinin yargılamanın yapıldığı ülkede doğurabileceği olumsuz sonuçları engellemektir. Şöyle ki, kişiliğin sona ermesinin temel etkileri mirasın intikali ve evliliğin sona ermesi üzerinde ortaya çıkmaktadır. Hakkında ölmüş sayılma veya gaiplik kararı verilmesi gereken yabancı için bu kararın yabancının milli hukukuna göre verilemediği durumlarda, kişiliğin sona ermesinin mirasın intikali ve evlilik üzerindeki sonuçları doğamamaktadır. Bunun sonucu olarak eşlerden birinin olmadığı evlilikler ve sahihsiz mallar gibi sakıncalı durumlar ortaya çıkmaktadır. Devletler yabancılar hakkında gaiplik ve ölmüş sayılma kararı verilemeyen durumların yarattığı sakıncalardan kendi vatandaşlarını korumak ve kendi ülkelerindeki taşınmazların böyle bir duruma maruz kalmasını engellemek amacıyla bahsedilen istisna kurallarını getirmişlerdir.

2. Fiil Ehliyetine ve Fiil Ehliyetinin Kısıtlanmasına Uygulanacak Hukuk

a) Fiil Ehliyetine Uygulanacak Hukuk

Türk hukukunda (MÖHUK m. 9) fiil ehliyetine uygulanacak hukuk, tıpkı hak ehliyetinde olduğu gibi, kişinin milli hukukudur. Nitekim hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuk MÖHUK'da aynı maddede düzenlenmiştir. Japon hukuku²³⁷ da kişilerin fiil ehliyetinin milli hukuka göre tespiti esasını benimsemiştir. Çin hukukunda²³⁸ kişilerin fiil ehliyetine kişinin mutlak meskeni hukuku uygulanmaktadır. Alman hukukunda²³⁹ fiil ehliyetinin kişinin milli hukukuna tabi olacağı kabul edilmektedir. Bu durum evlilik nedeniyle ehliyet kazanılması halleri için de geçerli kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda²⁴⁰ fiil ehliyeti kişinin yerleşim yeri hukukuna göre belirlenmektedir. İngiliz ve Hint hukuklarında ise sözleşme yapma ehliyetine uygulanacak hukuk sözleşmenin kendisine uygulanacak hukuk olarak belirlenmiştir.²⁴¹ Özel olarak Hindistan hukukunda²⁴² kişinin ergin kılınması ile ilgili

²³⁷ Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 4.

²³⁸ Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu m. 12.

²³⁹ Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 7.

²⁴⁰ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 35.

²⁴¹ Collier **a.g.e.** s. 209; Mayss **a.g.e.** s. 125; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.** s. 750; Agrawal/Singh, **a.g.e.** s. 97; Buna karşılık ABD hukukunda ehliyetin yerleşim yeri hukukuna tabi olacağı konusunda bkz. Peter Hay/Russel J. Weintraub/Patrick J. Borchers, **Conflict of Laws**, 13. Baskı, Foundation Press, 2009, s. 494.

²⁴² Agrawal/Singh, **a.g.e.** s. 81.

yeknesaklaşmış bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yerine konu kişinin tabi olduğu ve ülke içinde uygulanmakta olan hukuk sistemlerine bırakılmıştır. Bu kapsamda kişinin erginliğine uygulanacak hukuk kişinin mensubu olduğu dinin düzenlemeleri olabileceği gibi kişinin vatandaşı olduğu federal devletin hukuku da olabilmektedir. Dolayısıyla kişinin ehliyetine Hint hukukunun uygulanmasının gerektiği durumlarda, Hindistan içinde yürürlükte olan hukuk sistemlerinden ilgili kişiye hangisinin uygulanacağını da tespit edilmesi gerekecektir.

Fiil ehliyetine uygulanacak hukuk aynı zamanda fiil ehliyetine sahip olma şartlarına da uygulanacaktır. Dolayısıyla kişinin tam ehliyetsizlik, sınırlı ehliyetlilik gibi fiil ehliyeti statüleri de fiil ehliyetine uygulanacak hukuk kapsamında belirlenecektir. Ayrıca kişinin fiil ehliyetinin kapsamı da, yani bir başka deyişle fiil ehliyetinin hangi işlemlerin yapılmasına elverdiği de, kişinin milli hukukuna göre tespit edilecektir.

b) Fiil Ehliyetinin Kısıtlanmasına Uygulanacak Hukuk

Fiil ehliyetinin kısıtlanması Türk hukukunda kişi hakkında vesayet ya da kısıtlılık kararı verilmesi ile mümkün olabilmektedir. MÖHUK m. 10/1 vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebeplerini, hakkında söz konusu kararların verilmesi istenen kişinin milli hukukuna tabi tutmuştur. MÖHUK m. 10/3 vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi dışında kalan bütün kısıtlılık veya vesayete ilişkin hususlar ile kayyımlığın Türk hukukuna tabi olacağını hüküm altına almıştır. Her iki fıkranın birlikte değerlendirilmesi ile Türk hukukunda vesayet ve kısıtlılık konusunda uygulanacak genel kuralın, vesayet veya kısıtlılığın başlangıcı ve sona ermesi konusunda yabancı kişinin milli hukuku; vesayetin yönetimi gibi diğer konularda ise Türk hukuku olduğu sonucuna varılmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki vesayet kararının verilmesi ve kaldırılması sebepleri haricindeki konulara Türk hukukunun uygulanacak olmasının temel sebebi Türkiye'deki vesayet makamlarının işleyişine yabancı hukukun uygulanması konusunda karşılaşılabilecek sıkıntılardır.²⁴³

²⁴³ Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 247.

Açıklanan genel kural yanında, MÖHUK m. 10/2, istisnai olarak vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesine veya söz konusu kararlarının kaldırılmasına Türk hukukunun uygulanmasını belirli şartlar dâhilinde mümkün kılmıştır. Nitekim Yargıtay kararları²⁴⁴ da vesayet ya da kısıtlılık kararı verilirken mahkemelerin önce kişinin milli hukukuna göre değerlendirme yapması, eğer ilgilinin milli hukukuna göre karar vermek mümkün olmuyorsa Türk hukukuna göre karar verilmesinin şartlarını incelenmesi gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca evlilik nedeni ile eşin kısıtlanmasına ilişkin taleplerin evliliğin genel hükümlerine tabi olacağı yine Yargıtay kararları²⁴⁵ ile belirlenmiştir.

İstisnai bir hal olarak Türk hukukuna göre vesayet ya da kısıtlılık kararı verilebilmesi veya kaldırılabilmesi için gereken ilk şart, hakkında vesayet veya kısıtlılık kararı verilecek kişinin milli hukukuna göre söz konusu kararların verilememesi ile bu kararların Türk hukukuna göre verilebilmesinin mümkün olmasıdır. Gereken ikinci şart ise hakkında kısıtlılık ya da vesayet kararı verilecek yabancının mutlak meskeninin Türkiye’de olmasıdır. Yabancının Türkiye’de hapis cezasına çarptırılması gibi zorunlu olarak Türkiye’de bulunduğu hallerde ise yabancı hakkında verilecek vesayet veya kısıtlılık kararlarında doğrudan Türk hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Böylelikle TMK m. 407 gereği, bir yıldan fazla hapis cezası almış olan bir yabancının kısıtlanması gerektiğinde, eğer söz konusu kişinin milli hukuku bu durumu kısıtlanma sebebi olarak kabul etmiyorsa, kişinin Türk hukukuna göre kısıtlanabilmesine imkân tanınmıştır. Benzer durum sağlık sorunları nedeniyle Türkiye’de kalmak zorunda kalan kişilerin kısıtlanması gerektiği durumlarda da geçerli olmaktadır. Anılan kural sayesinde söz konusu kişilerin her halükarda korunması sağlanabilmektedir.

²⁴⁴ Yargıtay 2. HD 2011/13681 E. 2012/6879 K. 22.03.2012 Kaynak: <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2011-13681.htm&query=%222011/13681%22#fm> 20.06.2014.

Yargıtay 2. HD 1992/10936 E. 1192/11578 K. 19.11.1992 Kaynak: <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/hamfiles/2hd-92-10936.htm&query=%221992/10936%22#fm> 28.06.2014.

²⁴⁵ Yargıtay 2. HD E.2010/2561 K. 2011/4027 K. 08.03.2011 Kaynak: <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2010-2561.htm&query=%222010/2561%22#fm> 29.06.2014.

*Japon hukuku*²⁴⁶ vesayet ve ya da diğer kısıtlılık kararlarının Japon hukukuna göre verilebilmesi için hakkında söz konusu kararlar verilecek kişinin Japon vatandaşı olması, Japonya’da yerleşim yeri olması ya da Japonya’da oturmasını aramaktadır.

*Çin hukukunda*²⁴⁷ vesayet hakkında kişinin vatandaşlık ya da mutlak mesken hukukundan hangisi kişiyi daha iyi koruyacaksa o hukukun uygulanması kabul edilmiştir. Böylelikle kişinin haklarının mümkün olan en iyi şekilde korunması amaçlanmıştır.

*Alman hukukunda*²⁴⁸ vesayetin kurulmasına, değiştirilmesine, sona erdirilmesine ve esasına vesayet altına alınacak kişinin milli hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Ayrıca yabancı bir kişinin Almanya’da mutlak meskene sahip olması, mutlak meskeni yoksa Almanya’da oturuyor olması halinde Alman hukukuna göre vesayet altına alınması imkânı da tanınmıştır.

*İsviçre hukukunda*²⁴⁹ vesayet konusunda 5 Ekim 1961 tarihli Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme’nin kıyasen uygulanacağını kabul etmiştir. Bu sözleşme ise küçüğün korunması için hem küçüğün mutlak meskeni hukukunun hem de vatandaşı olduğu ülke hukukunun uygulanmasına cevaz vermektedir. Dolayısıyla vesayet konusunda uygulanacak hukuk kısıtlanacak kişinin mutlak mesken hukuku ya da kişinin milli hukuku olacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki milli hukuk kişinin vatandaşı olduğu devlet tarafından vesayet altına alındığı hallerde uygulanırken mutlak mesken hukuku kişinin mutlak meskeninin bulunduğu ülke tarafından vesayet altına alındığı durumlarda uygulanacaktır. Ayrıca İsviçre makamlarının bir kişiyi ya da onun mallarını korumak gerektiği durumlarda yetki sahibi olduğu da ek belirtilmiştir.

Yukarıda verilen ülke örneklerinin her birinde yabancı kişi hakkında vesayet ya da kısıtlılık kararı verilecek durumlarda, söz konusu kişinin milli hukuku yanında

²⁴⁶ Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 5.

²⁴⁷ Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu m. 30.

²⁴⁸ Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 24.

²⁴⁹ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 85.

başka hukukların da uygulanmasına imkân tanındığı görülmektedir. Bir başka deyişle hiçbir ülke bu konuda sadece yabancı kişinin milli hukukunu tek uygulanacak hukuk olarak kabul etmemiştir. Bu durumun sebepleri olarak yabancı kişinin korunması ve vesayet ya da kısıtlılık kararı ile elde edilecek sonuçların yabancı hukuk vasıtasıyla elde edilemediği durumlarda sonuçların yerel hukuk tarafından sağlanması gösterilebilmektedir. Bu kapsamda örnek olarak Türkiye’de 1 yıldan uzun süreli hapis cezası almış bir yabancının kısıtlanmasının gerektiği durumda (TMK m. 407), bu kararın yabancının milli hukukuna göre verilememesi halinde Türk hukukuna göre verilebilmesi gösterilebilmektedir.

c) Fiil Ehliyetine Uygulanacak Hukuk ile Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk İlişkisi

Fiil ehliyeti bir kişinin kendi fiilleri ile borç altına girmesine, dolayısıyla da üçüncü kişilerin onay ya da izinlerine muhtaç olmadan sözleşme yapabilmesine imkân vermektedir. Bilindiği üzere yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde sözleşmeye uygulanacak hukuku tarafların seçebilmesi mümkündür. Bu durum tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçerken sözleşme yapma ehliyetine uygulanacak hukuku da seçme imkânlarının bulunup bulunmadığı sorusunu gündeme getirmektedir.

Türk hukukunda (MÖHUK m. 24) sözleşmeye uygulanacak hukuk, sözleşmenin esasına ve kuruluşuna uygulanacak hukuku kapsamaktadır.²⁵⁰ Bu bağlamda sözleşmenin taraflarının ehliyetlerine uygulanacak hukukun sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Türk hukukunda (MÖHUK m. 9) fiil ehliyetine uygulanacak açık bir hukuk kuralı bulunması nedeniyle sözleşmeye uygulanacak hukukun aynı zamanda fiil ehliyetine uygulanacak hukuku da kapsayacağı sonucuna ulaşılamamaktadır. Zira kanun koyucu fiil ehliyetine uygulanacak hukuk konusunda, sözleşmeye uygulanacak hukuk açısından izin verdiği gibi, tarafların hukuku seçimi yapmasına cevaz

²⁵⁰ Gizem Ersen Perçin, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği**, 2008, s. 55 <http://journals.istanbul.edu.tr/iuhmhob/article/viewFile/1019002438/1019002028> 24.07.2014; MÖHUK döneminden önce sözleşmeye uygulanacak hukukun ehliyet de uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Vedat R. Seviğ, **Borçlanma Ehliyetini Yöneten Kanun**, s. 99 <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhhad/article/view/1023002663> 18.03.2014.

vermemiştir. Bu durum Kıta Avrupası hukuk sistemine dâhil olan Almanya, İsviçre, Çin ve Japonya için de geçerlidir.

Anglosakson hukuk sistemine dâhil olan İngiltere ve Hindistan'da ise durum Kıta Avrupası ülkelerine göre farklılık arz etmektedir. Zira bu ülkelerde sözleşme yapma ehliyetine uygulanacak hukuk sözleşmenin kendisine uygulanacak hukuk olarak belirlenmiştir. Her ne kadar uygulamada tarafların ehliyetine ilişkin olarak birkaç mahkeme kararı bulunmaktaysa²⁵¹ da konu Kıta Avrupası hukuk sistemine kıyasla getirdiği farklı düzenleme nedeni ile incelenmeye değerdir. Zira Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ülkelerin vatandaşı olan iki kişinin yaptıkları sözleşme nedeniyle İngiltere mahkemelerinde dava açmaları sonucunda bu kişilerin fiil ehliyetlerine milli hukukları değil İngiliz hukukuna göre sözleşmeye uygulanacak hukukun hükümleri uygulanacaktır. Son olarak İngiltere ve Hindistan hukukları da taşınmazlara ilişkin sözleşmelere taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını kabul ettikleri için bu tür sözleşmelerde tarafların fiil ehliyetine de taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağını söylemek mümkündür.²⁵²

3. İsim

MÖHUK'da isime uygulanacak hukuk hakkında herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde bu konuda herhangi bir hukuki boşluk bulunmadığı kabul edilmektedir.²⁵³ Zira isimin kişiye en yakın hukuki kurumlardan biri olması nedeniyle kişisel statüye tabi olması esası kabul edilmiştir. Böylelikle Türk hukukunda ismin kişinin milli hukukuna tabi olduğu sonucuna ulaşılmıştır.²⁵⁴ Bunun yanında isimin aile hukuku ilişkilerinden etkilenen kısmı için ise MÖHUK'un aile hukukuna ilişkin bölümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir.²⁵⁵ Konuyla ilgili Yargıtay kararları da doktrinde kabul edilen bu görüşü desteklemektedir.²⁵⁶

²⁵¹ Bodley Head v. Flegon, Male v. Roberts, Collier **a.g.e.** s. 209.

²⁵² Collier **a.g.e.** s. 210; Mayss **a.g.e.** s. 125; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.** s. 751; Agrawal/Singh, **a.g.e.** s. 97.

²⁵³ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 226; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 154; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 116; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 205; Doğan, **a.g.e.** s. 253.

²⁵⁴ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 226; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 154; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 118; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 205; Doğan, **a.g.e.** s. 254.

²⁵⁵ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 225; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 155; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 117; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 206; Doğan, **a.g.e.** s. 254.

²⁵⁶ Yargıtay 18. HD 2009/9678 E. 2009/22090 K. 21.12.2009 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2009-9678.htm&query=5718#fm> 29.04.2014.

İsim bireylerin toplum içinde ayırt edilmesini sağlayan hukuki bir araç olarak tanımlanabilmektedir.²⁵⁷ İsim ad ve soyadı olmak üzere iki bölümden oluşmaktadır. Soyadı kişinin üyesi olduğu aileyi göstermekteyken ad ise kişinin bireysel olarak ayırt edilmesini sağlamaktadır. İsim kapsamına ayrıca takma adlar, lakaplar ya da unvanlar gibi diğer unsurlar da dâhildir.²⁵⁸ İsim konusunda yaşanan en büyük uyuşmazlıklar ismin değiştirilmesi ve evlenme yoluyla kadının erkeğin soyadını alması durumlarıdır. Söz konusu uyuşmazlıkların yabancılık unsuru taşıması halinde konuya uygulanacak hukukun tespiti önem arz etmektedir.

*Alman hukukunda*²⁵⁹ ise isimle ilgili kanunlar ihtilafı kuralları bulunmaktadır. Bu kurallara göre isime uygulanacak hukuk ilgili kişinin milli hukukudur. Ayrıca evlenme halinde isme uygulanacak hukuk ile çocuğun alacağı soyadına uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine imkân verilmiştir. Evli çiftlerin eşlerden birinin vatandaşı olduğu ülke hukukunun ya da eşlerden birisinin mutlak meskeninin Almanya’da bulunması halinde Alman hukukunun uygulanmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Çocuğun soyadı için ise anne babadan birinin vatandaşı olduğu ülke hukukunu, soyadını alacak kişinin milli hukukunu ya da anne babadan birisinin mutlak meskeninin Almanya’da olması halinde Alman hukukunu uygulamak mümkün hale getirilmiştir.

*Hindistan hukukunda*²⁶⁰ ise isme uygulanacak özel bir düzenleme bulunmamakla beraber Hindistan hukukunda yerleşim yeri hukukunun en önemli bağlama noktası olarak kabul edilmesi karşısında isme uygulanacak hukukun da yerleşim yeri hukuku olacağı kabul edilmektedir. Doğumun kaydı gibi konularda ise uygulanacak hukuk olarak doğum yeri hukukunun kabul edilmesinin pratik açıdan faydalı sonuçlar doğuracağı belirtilmiştir.

*İsviçre hukukunda*²⁶¹ isime uygulanacak hukuku tespit eden genel kurala göre İsviçre’de yerleşim yeri bulunan kişilerin isimlerine İsviçre hukuku uygulanacaktır.

²⁵⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 94; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 51; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 109; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 418; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 165.

²⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.** s. 95; Hatemi/Kalkan Öztürk, **a.g.e.** s. 51; Ayan/Ayan, **a.g.e.** s. 110; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, **a.g.e.** s. 420; Dural/Öğüz **a.g.e.** s. 167.

²⁵⁹ Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 10.

²⁶⁰ Agrawal/Singh, **a.g.e.** s. 81.

²⁶¹ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 37 – 39.

Bunun yanında yerleşim yeri yurtdışında bulunan kişilere ise söz konusu ülkenin milletlerarası özel hukuk mevzuatı kapsamında uygulanması gereken hukuk uygulanacaktır. Ayrıca kişinin ismine uygulanacak hukuk olarak vatandaşlık hukukunu seçebilmesine de imkân getirilmiştir. İsmi değiştirilmesi konusunda ise yabancının İsviçre'deki yerleşim yerinde bulunan makamların yetkili olacağı kabul edilmiştir. İsviçre'de yerleşim yeri bulunmamasına rağmen İsviçre vatandaşı olan kişilerin ise vatandaşı oldukları kantonun makamlarına başvurabilmelerine imkân tanınmıştır. İsmi değiştirilmesine uygulanacak hukuk olarak ise İsviçre hukuku kabul edilmiştir. İsmi değiştirmek isteyen kişinin yerleşim yeri hukukuna ya da milli hukukuna uygun olarak karar verilmiş olması halinde, yurtdışında verilen isim değiştirme kararlarının İsviçre'de tanınabileceği kabul edilmiştir.

4. Özel Ehliyet Kuralları

Hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuku tespit eden MÖHUK m. 9 genel kural niteliğinde olup her türlü işlem ehliyetini kapsamamaktadır. Kanun koyucu bazı işlemler için özel ehliyet kuralları belirlemiştir. Söz konusu özel ehliyet kuralları genel olarak dâhil oldukları ya ilgili oldukları işlemin yapıldığı andaki milli hukuku ya da işlemin dâhil olduğu hukuka uygulanacak hukuku yetkili kılmaktadır.

MÖHUK m. 12 nişanlanma ehliyeti ve şartlarının, MÖHUK m. 13 evlenme ehliyeti ve şartlarının tarafların nişanlanma ve evlenme anlarındaki milli hukuklarına göre belirleneceğini hüküm altına almaktadır. Benzer bir şekilde MÖHUK m. 18 evlat edinme ehliyet ve şartlarını taraflardan her birinin evlat edinme anındaki milli hukuklarına tabi kılmıştır. Yine MÖHUK m. 20/5 ölüme bağlı tasarruf ehliyetini tasarrufta bulunanın tasarrufun yapıldığı andaki milli hukukuna tabi tutmuştur. MÖHUK m. 20'de yer alan “miras ölenin milli hukukuna tabidir” hükmünden mirasçı olma ehliyetinin ölen kişinin milli hukukuna göre belirlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.²⁶² Vasi olma ehliyeti konusunda vasiinin hem kendi milli hukukuna hem de vesayetin esasına uygulanan hukuka göre de vasi olma ehliyetinin varlığının aranacağı belirtilmektedir.²⁶³ Taşınmaz mülkiyeti elde etme ehliyeti ise taşınmazın

²⁶² Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 294, Doğan, **a.g.e.** s. 321.

²⁶³ Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 74, Doğan, **a.g.e.** s. 241.

bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenmektedir.²⁶⁴ Son olarak daha önceki bölümlerde açıklandığı üzere kambiyo senetlerine ilişkin özel ehliyet kuralları bulunmaktadır.

Kaynağı 19.03.1931 tarihli Cenevre Sözleşmesi olan TTK m. 766, bir kişinin poliçe ile borçlanması için gereken ehliyetin söz konusu kişinin bağlı bulunduğu devletin hukukuna göre belirleneceğini hüküm altına almıştır. Anılan madde TTK m. 778/j gereği bonolar için, TTK m. 818/ş gereği çekler için de uygulama alanı bulmaktadır. Dolayısıyla kambiyo senetleri ile borçlanma ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinde vatandaşlık kriterinin benimsendiğini söylemek mümkün hale gelmiştir. Bu kapsamda TTK'da yer alan hükümlerin MÖHUK'a göre özel hüküm olduğunu belirtmek gerekmektedir.²⁶⁵ İlgili kişinin birden fazla vatandaşlığı bulunduğu ya da mülteci veya vatansız olduğu durumlarda uygulanacak hukukun tespiti konusunda TTK'da hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle açıklanan konularda TTK'ya göre genel hüküm niteliğinde olan MÖHUK m. 4'de yer alan hükümler uygulanacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere MÖHUK kişinin hukuku ve aile hukuku konularında atıf teorisini tek derece ile sınırlı olmak üzere kabul etmiştir. TTK m. 766 da MÖHUK ile benzer şekilde tek derece ile sınırlı olarak kambiyo senetlerine ilişkin ehliyet konusunda atıf teorisini kabul etmektedir. Yani ilgili kişinin milli hukuku tekrar Türk hukukunun uygulanacağını ya da üçüncü bir hukukun uygulanacağını söylüyorsa; bu hukuklar ehliyeteye uygulanacaktır.

TTK'da çeklere özel olarak çekin muhatabı olabilme ehliyeti düzenlenmiştir. Çekin muhatabı olabilme, çekin üzerine düzenleneceği kişi olabilme imkânı anlamına gelmektedir. Örneğin Türk hukukunda çekin muhatabının yalnızca bankalar olması kabul edilmiştir. Ancak bu durumun her hukuk sistemi için böyle olması zorunlu değildir. Dolayısıyla çekin muhatabı olma ehliyeti konusunda uygulanacak hukukun tespiti sorunu doğmaktadır. Çekin muhatabı olabilme ehliyeti konusunda TTK m. 819 çekin ödeneceği ülkenin hukukunu bağlama noktası olarak

²⁶⁴ Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 73, Doğan, **a.g.e.** s. 241.

²⁶⁵ Mesut Aygün, **Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti**, 2012, s. 941, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1690/18016.pdf> 09.10.2014.

almıştır. Konuyu örnekle açıklamak gerekirse yabancı bir ülke hukukuna göre Türkiye'deki bir gerçek kişinin muhatap olarak kabul edildiği bir çekte, söz konusu kişinin muhatap olma ehliyetinin bulunup bulunmadığı ödeme yeri hukuku olan Türk hukukuna göre belirlenecektir. Türk hukuku çekin muhatabının yalnızca banka olabileceğini kabul ettiğinden muhatap gerçek kişiye başvurulması mümkün olmayacaktır.²⁶⁶ Bu durumun çekin üzerinde imzası bulunan diğer ciranta ve avalistler hakkında nasıl bir etki doğuracağı yine TTK m. 819'da düzenlenmiştir. Söz konusu madde muhataba başvurmanın mümkün olmadığı durumlarda, muhataba başvurma noktasında hukuka aykırılık öngörmeyen ülkelerde ciranta ve avalistler ile diğer çek üzerine imza atan kişilerin borçlarının geçerli olacağını belirtmiştir.

5. Ehliyeteye İlişkin Konularda Statü Değişikliğinin Etkisi (*Conflit Mobile*)

Ehliyeteye uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlama noktaları olan yerleşim yerinin, vatandaşlığın ve mutaat meskenin ilgili kişinin iradesine göre her zaman için değiştirilmesi mümkündür. Bu şekilde meydana gelen bir değişim, ehliyeteye ilişkin uyumsuzluklarda, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukuku da değiştirmektedir. Bu nedenle statü değişikliklerinin milletlerarası özel hukukta nasıl bir etki doğuracağının incelenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu kapsamda MÖHUK m. 3 uygulanacak hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutaat mesken esaslarına göre belirlendiği durumlarda, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutaat meskenin esas alınacağını düzenlemektedir. Ancak kanunun getirmiş olduğu dava tarihi kriteri doktrinde eleştirilmektedir. Bu eleştirilere göre statü değişikliğinden doğan ihtilafların her zaman yargı önüne getirilmesi söz konusu olmamaktadır. Yine işlem yapılırken geçerli hukuk taraflar tarafından göz önüne alınmaktadır. Böyle durumlarda dava tarihi kriteri uygulanacak hukukun tespitinde haksızlıklara sebep olabileceğinden dava tarihi yerine işlem tarihi kavramının kullanılması önerilmiştir.²⁶⁷ Kanaatimizce işlem tarihi kavramının dava tarihi yerine kullanılması görüşü yerindedir. Zira yukarıda açıklanan nişanlanma, evlenme, evlat edinme ve ölüme bağlı tasarruflarda bulunma ehliyetleri ilgililerin işlem anındaki milli hukuklarına tabi tutulmuştur. Yani kanun koyucu sayılan özel

²⁶⁶ Fırat Öztan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012, s. 251; Hüseyin Ülgen/Mehmet Helvacı/Abuzer Kendigelen/Arslan Kaya, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 195.

²⁶⁷ Doğan, **a.g.e.** s. 228.

ehliyetler için işlem tarihi esasını; sözleşme yapma ehliyeti gibi MÖHUK m. 9'a tabi ehliyetler için ise dava tarihi esasını benimsemiş olmaktadır. Bu ayrımın herhangi bir hukuki faydası bulunmadığı gibi işlem güvenliğine de zarar verdiğini söylemek mümkündür.

MÖHUK m. 3'de yer alan genel kural statü değişikliği hakkında özel hüküm bulunmayan tüm hukuki ilişkilere uygulanacaktır. Ancak statü değişikliği sorunlarının tek bir genel kural ile çözümlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle kanun koyucu evlenme ehliyeti, taşınır mülkiyeti gibi bazı konularda özel kurallar öngörmüştür. Ehliyetle ilişkin konularda da açıklanan kapsamda bir özel hüküm bulunmaktadır. Söz konusu özel hüküm bir kez kazanılan erginliğin statü değişikliği sebebiyle bir daha kaybedilmesinin söz konusu olmayacağını düzenlemektedir. Nitekim MÖHUK m. 9 kapsamında Türk hukuku ile Alman²⁶⁸ ve İsviçre²⁶⁹ hukuklarında kişinin milli hukukuna göre kazanmış olduğu erginliğin vatandaşlığın değişmesinden etkilenmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Böylelikle bir kez erginliğe ulaşan kişinin bir daha vatandaşlık değişmesi nedeniyle erginliğini kaybetmesi önlenmiş olmaktadır. Açıklanan genel ve özel kural ile statü değişikliklerinin yaratacağı belirsizliklerin önüne geçilmesi hedeflenmiştir.

D. Kamu Düzeninin Müdahalesi (*Ordre Public*)

Milletlerarası özel hukuk kuralları bir ülkede yabancı ülke hukuklarının uygulanması sonucunu doğurabilmektedir. Bu kapsamda uygulanacak olan yabancı hukuk uygulandığı ülkede kesinlikle kabul edilemez sonuçlar doğurma olasılığı taşımaktadır. Söz konusu olasılığın gerçekleşmesi halinde, yabancı ülke hukukunu uygulayan ülkenin kamu düzenine aykırı sonuçlar doğabilmektedir. Kamu düzenini ihlal eden bir duruma mevcut hukuk düzeninin cevaz vermesi mümkün değildir.²⁷⁰ Bu nedenle hemen her ülke milletlerarası özel hukuk mevzuatında, kamu düzeninin uygulanacak hukuka müdahalesine ilişkin düzenlemeler yapmıştır.

²⁶⁸ Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 7.

²⁶⁹ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 35.

²⁷⁰ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 157; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 148; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 73; Doğan, **a.g.e.** s. 209; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 52.

Türk hukukunda (MÖHUK m. 5) yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hükmün uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Çin hukukunda²⁷¹ da yabancı hukukun uygulanmasının Çin Halk Cumhuriyeti'nin sosyal yararını ya da kamu yararını ihlal edemeyeceği ve ihlal durumunda Çin hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Alman hukukunda²⁷² uygulanacak yabancı hukukun Alman hukukunun temel prensipleri ile çelişmesi halinde yabancı hukukun uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca özellikle temel hak ve özgürlüklerin ihlaline sebep olan durumlarında yabancı hukukun uygulanmasından kaçınılacağı hüküm altına alınmıştır. Japon hukukunda²⁷³ da uygulanacak yabancı hukukun Japon kamu düzeni ile uyumsuz olması halinde yabancı hukukun uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Benzer hüküm İsviçre hukukunda²⁷⁴ da İsviçre kamu düzenine aykırı olan yabancı hukukların uygulanmasının önüne geçileceği şeklinde düzenlenmiştir. Kamu düzenine aykırılığa sebep olan yabancı hukuk hükümlerinin uygulanmayacağı İngiliz²⁷⁵ ve Hint²⁷⁶ hukuklarında da yer almaktadır.

1. Kamu Düzeninin Müdahalesi Hakkında Görüşler

Kamu düzeninin mahiyeti konusunda doktrinde iki değişik görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden birincisi ve günümüzde artık etkisini kaybetmiş olanı kamu düzeninin müdahalesini bağımsız bir bağlama kuralı olarak gören Mancini ve Pillet tarafından ortaya atılmış olan görüştür.²⁷⁷ Mancini'ye göre kural olarak yabancılik unsuru taşıyan işlemlere de milli hukuk uygulanmalıdır. Ancak bu durumun her zaman mümkün olmaması gerekçesiyle bu kurala, işlemin şekline işlemin yapıldığı yer hukukunun uygulanması, sözleşmelere taraflarca seçilen hukukun uygulanması ve kamu düzenine ilişkin kuralların hâkimin bulunduğu ülke içinde doğrudan uygulanması şeklinde üç istisna kabul edilmiştir. Mancini'ye göre hâkim kendi hukukuna göre kamu düzeninden olan bir durumla ilgili olarak yabancı

²⁷¹ Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun m. 5.

²⁷² Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu m. 6.

²⁷³ Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun m. 42.

²⁷⁴ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 17.

²⁷⁵ Collier **a.g.e.** s. 361; Mayss **a.g.e.** s. 130; Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.** s. 142.

²⁷⁶ Agrawal/Singh, **a.g.e.** s. 78.

²⁷⁷ Bu görüş hakkında bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 150; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 157; A. Gündüz Ökçün, **Devletler Hususi Hukuku, nun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, 2. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu Yayınları, 1997, s. 12.

hukuku hiç araştırmadan doğrudan milli hukuku uygulamalıdır.²⁷⁸ Antoine Pilet'in ortaya attığı görüşe göre ise ülke içinde çıkarılan kanunlar, kapsamına aldığı konularla ilgili olarak ülke içinde bulunan herkese kanunların yürürlüğe girmesinden yürürlükten kalkmasına kadar sürekli olarak uygulanmaktadırlar. Kanunların genelliği ve kanunların sürekliliği olarak anılan bu ilkelerin milletlerarası toplumun gerçeklerine uymaması nedeniyle Pilet, kanunları kanunların güttüğü amaca göre ülkesel ve ülke dışı olmak üzere iki gruba ayırmaktadır. Bu ayırım neticesinde olaya en çok ilgili bulunan ülke kanunları somut uyuşmazlığa uygulanması Pilet tarafından savunulmaktadır. Bu ayırım sonrasında ise Pilet milletlerarası özel hukuk kanunlarını kişilerin korunması amacıyla yapılanlar ve toplumun korunması ya da bir başka deyişle kamu düzeni için yapılanlar olmak üzere ikiye ayırmıştır. Pilet bu noktada, kişilerin korunması amacıyla olan kanunları ülke dışı olarak sınıflandırmakta, kamu düzenine ilişkin olanları ise ülkesel olarak gruplandırmaktadır. Ülke dışı olan kanunların yurtdışında uygulanması ya da bir başka deyişle hâkim tarafından yabancı hukuk olarak uygulanması mümkündür. Ancak kamu düzenine ilişkin kurallar kesin olarak ülke içinde ve yabancılara da uygulanmak zorundadır. Kamu düzenine ilişkin kuralların açıklanan nitelikleri karşısında bu kuralların istisna olarak değil doğrudan uygulanması gereken kurallar olduğu da Pilet tarafından savunulmaktadır.²⁷⁹

Günümüzde büyük çoğunlukla kabul edilmekte olan diğer görüş ise Joseph Story ve Friedrich Carl von Savigny tarafından ortaya atılan kamu düzeninin uygulanacak hukuka müdahalesinin genel kural olan yabancı hukukun uygulanmasına bir istisna olarak kabul edilmesidir.²⁸⁰ Story'nin ortaya attığı görüşün temeli Hollanda okulunun, özellikle Ulric Huber'in ortaya attığı her kanunun ülkenin egemenlik alanı içinde uygulanacağı ancak her devletin milletlerarası nezaket gereği başka ülkede meydana gelmiş hakkın söz konusu ülkede de kabul edileceği fikrinden almaktadır.²⁸¹ Story'ye göre açıklanan milletlerarası nezaket, eğer nezaket gösteren ülkenin kamu düzenine aykırılık teşkil etmekteyse, söz konusu hakkın ülke içinde tanınması mümkün olmamaktadır.²⁸² Savigny'nin

²⁷⁸ Ökçün, **a.g.e.** 12.

²⁷⁹ Pilet'in ortaya attığı görüş hakkında bilgi için bkz. Ökçün, **a.g.e.** 13.

²⁸⁰ Ökçün, **a.g.e.** s. 15.

²⁸¹ Doğan, **a.g.e.** s. 143.

²⁸² Ökçün, **a.g.e.** 14.

ortaya attığı görüşe göre ise her hukuki ilişkinin merkezi olan bir başka deyişle en sıkı ilişkisinin bulunduğu ülke hukuku uygulanmalıdır. Ancak Mancini bu kurala, *lex fori* tarafından bilinmeyen hukuki müesseseler ve kamu düzenine aykırılık teşkil eden yabancı hukuk hükümleri olmak üzere iki istisna olması gerektiğini öne sürmektedir.²⁸³

Türk hukukunda ve yukarıda incelenen diğer hukuk sistemlerinde Story ve Savigny tarafından ortaya atılmış olan ikinci görüş kabul görmektedir. Nitekim uluslararası doktrinde de hâkim görüş budur. Savigny ve Story'nin görüşünün kabul edilmesinin getirdiği en temel sonuç, kamu düzeninin müdahalesinin istisnai bir nitelik kazanmış olmasıdır. Yani yabancı hukuk uygulanırken kamu düzenin müdahalesi mümkün olduğunca düşük seviyede tutulmalıdır.²⁸⁴

2. Kamu Düzeni Kavramı ve Özellikleri

Kamu düzeni kavramının mevzuatta herhangi bir tanımı bulunmadığı gibi kavramın net bir şekilde tanımlanmasının imkânı da bulunmamaktadır. Bu durumun en temel sebebi kamu düzeni kavramının doğası gereği esnek olması ve her olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi ihtiyacıdır.²⁸⁵ Bu nedenle kavramın tanımlanması, başka bir deyişle içinin doldurulması, mevzuattan ziyade yargı kararlarına ve doktrine bırakılmıştır.

Kamu düzeni kavramı yalnızca milletlerarası özel hukuka ait bir terim olmayıp, birçok hukuk dalında kullanılmaktadır. Buna bağlı olarak da her hukuk dalı altında kamu düzeninin değişik tanımları bulunabilmektedir. Milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzeni kavramına ilişkin doktrinde yapılan tanımlardan bazıları şu şekildedir:

²⁸³ Ökçün, **a.g.e.** 14.

²⁸⁴ Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 150, Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 157; Ökçün, **a.g.e.** s. 12.

²⁸⁵ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 161; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 158; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 80; Doğan, **a.g.e.** s. 213.

*“Kamu düzeni belirli bir ülkede ve belirli bir zamanda kabul edilmiş, toplumun bilinçaltına yer etmiş değerler, şartlar sebebiyle o ülkenin esaslı çıkarlarından sayılan yazılı yazısız hukuk kurallarının bütünüdür.”*²⁸⁶

*“Kamu düzeni, belirli bir ülkede, belirli bir zamanda kamu yararlarını, kamu vicdanı ile genel ahlakı çok yakından ilgilendiren hususlardır.”*²⁸⁷

*“Kamu düzeni mutlak surette amir hükümlerin yarattığı kanuni nizamdır.”*²⁸⁸

*“Bir kuralın uygulanmasında kamunun kesin yararının bulunması kamu düzeni kavramını ifade eder. Bir başka deyişle; kamu düzenini ilgilendiren kurallar, uyulmasında ve uygulanmasında kamunun kesin yararı olan kurallardır.”*²⁸⁹

*“Kamu düzeni belirli bir ülkede belirli bir zamanda ve belirli bir konuda kamu yararını, kamu vicdanını ve genel ahlakı çok yakından ilgilendiren, toplumun temel yapısını ve kamusal menfaatleri koruyan kurallar bütünüdür.”*²⁹⁰

Kanaatimizce kamu düzeni zamana, yere ve toplumun ortak değerlerine göre değişkenlik gösterebilen, başta temel hak ve özgürlükler olmak üzere bireyin ve toplumun mutlak olarak korunması gerektiği kabul edilen hak ve çıkarlarını oluşturan hususlardır.

Kamu düzeni kavramı hakkında yargı organları tarafından da tanımlamalar yapılmaktadır. Bu kapsamda milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzeni kavramı

²⁸⁶ Yılmaz Altuğ/Mustafa Yasan, **Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni**, s. 2 <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClteredergisi/prof.dr.ergun%20%C3%B6ner/5prof.dr.y lmaz altu .pdf> 03.10.2013.

²⁸⁷ Ökçün, **a.g.e.** s. 9.

²⁸⁸ Şakir Berki, **Tatbiki Devletler Hususi Hukuku**, Ankara 1949-1950, s. 35 (Naklen: Cemile Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001, s. 25).

²⁸⁹ Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. Bası, Ankara, 1993 s. 157 (Naklen: Arda Atakan, **Kamu Düzeni Kavramı**, s. 60 <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClteredergisi/2007C.13S.1-2/59-136.pdf> 28.02.2014).

²⁹⁰ Ahmet Celal Ruhi/Yavuz Kaplan, **Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)**, 2002, s. 643 <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/iuhmhob/article/viewFile/1019002955/1019002553> 27.05.2014.

bir Yargıtay içtihadı birleştirme kararında²⁹¹ değerlendirilmiştir. Yargıtay kamu düzeni kavramının niteliği gereği zamana ve yere göre değişen, içeriğinin tespiti zor olan ve her somut olaya göre değişiklik gösteren bir kavram olduğunu belirtmiştir. Söz konusu zorluklara işaret ettikten sonra Yargıtay kamu düzenini “*toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kuralların bütünü*” olarak tanımlamıştır. Buna ek olarak Türk hukukundaki her emredici hükmün ihlalinin kamu düzenine aykırılık doğurmayacağını da belirtmiştir. Son olarak kararda milletlerarası özel hukuk anlamında kamu düzeninin müdahalesinden bahsedebilmek için uygulanacak yabancı hukukun Türk hukukunun bir veya birden çok hükmüne aykırı bulunmasından çok, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa ‘da yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasi ve ekonomik rejimine ilişkin değerlendirmeler yapılması gerektiği belirtilmiştir.

Doktrin ve Yargıtay tarafından ortaya atılan görüşler ışığında kamu düzeninin Türk hukuk sistemine göre aksi düşünölemeyecek durumlarda devreye girerek olası kabul edilemez sonucun doğmasını engelleyen bir kurum olarak kabul edildiği sonucuna varılabilmektedir. Hukukun sürekli gelişen bir varlık olması karşısında kamu düzeni kavramı da sürekli değişmektedir. İşte bu nedenle kamu düzeni kavramı için net bir tanım yapılamamakta, kamu düzeni kavramının iinin doldurulması mahkemelere ve doktrine bırakılmaktadır.²⁹² Böylelikle de kamu düzeni kavramının hâkimin takdir yetkisine geniş alan bırakan ve zamana göre değişebilen bir kavram olduğu sonuçlarına ulaşılmaktadır.

Türk hukukuna benzer şekilde İngiliz hukukunda da İngiliz kamu düzenini ihlal eden yabancı hukuk kurallarının uygulanmayacağı kabul edilmektedir. Her ne kadar İngiliz hukukunda da kamu düzeninin kesin bir tanımı olmasa da bazı hallerin kamu düzenini ihlal teşkil edeceğine ilişkin mahkeme kararları bulunmaktadır. Bu

²⁹¹ Yargıtay İBGK, 2010/1 E. 2012/1 K. 10.02.2012 Kaynak: <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/ibgk-2010-1.htm&query=gerek%E7esiz%20mahkeme%20karar%FD%20i%E7tihad%FD%20birle%FEtirme#fm> 29.05.2014.

²⁹² Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 158; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 80; Doğan, **a.g.e.** s. 213.

haller, İngiliz adalet anlayışının temel prensiplerinin zedelenmesi, İngiliz ahlak anlayışının zedelenmesi (fuhuş sözleşmeleri gibi), Birleşik Krallık çıkarlarının ya da Birleşik Krallığın dost ülkelerle ilişkilerinin zedelenmesi, İnsan Haklarının ağır ihlali, uluslararası hukukun ağır şekilde ihlali şeklinde sıralanabilmektedir.²⁹³

3. Kamu Düzeni Müdahalesinin Sonuçları

Kamu düzeninin yabancı bir hukukun uygulanmasına müdahale edebilmesi için söz konusu hukukun uygulanması ile doğan sonuçların kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Buna bağlı olarak öncelikle somut olaya yabancı hukuk uygulanacak ve meydana gelen sonuçlar kamu düzenine aykırılık açısından değerlendirilecektir. Kamu düzenin müdahalesini gerektiren durumlar da işte meydana gelen bu sonuçlara göre değişiklik gösterebilmektedir.

Kamu düzeninin uygulanacak yabancı hukuka müdahale ettiği durumlarda, yabancı hukukun bir kısmının ya da tamamının uygulanmaması gibi bir sonuç doğmaktadır. Bu durum kamu düzeninin olumsuz etkisi olarak adlandırılmaktadır.²⁹⁴ Bazı durumlarda ise yabancı hukuka hiç müdahale etmeden kamu düzeni gereği somut olaya yabancı hukuka ek olarak uygulanacak yerel bir hukuk kuralı getirilmektedir. Bu durum ise kamu düzeninin olumlu etkisi olarak sınıflandırılmaktadır.²⁹⁵

Kamu düzeninin uygulanacak hukuka müdahalesiyle birlikte, somut olayın gerektirmesi halinde, olaya uygulanacak bir hukuk kuralının tespiti ihtiyacı doğabilmektedir. Böyle bir durumda söz konusu boşluğun hangi hukuka göre doldurulacağının tespiti önem arz etmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre yabancı hukukun uygulanamaması halinde boşluk doğrudan *lex fori*'ye göre doldurulmalıdır.²⁹⁶ Türk doktrininde de taraftar bulan diğer görüşe göre ise boşluk

²⁹³ Cheshire/North/Fawcett, **a.g.e.** s. 142 vd.

²⁹⁴ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 163; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 157; Doğan, **a.g.e.** s. 211; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 53; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 74.

²⁹⁵ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 163; Tekinalp/Çavuşoğlu, **a.g.e.** s. 53; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 88; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 157; Doğan, **a.g.e.** s. 211.

²⁹⁶ Söz konusu görüşler için bkz. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 176.

öncelikle yabancı hukukun diğer hükümlerine göre doldurulmaya çalışılmalı, eğer bunun imkânı yoksa *lex fori*'ye başvurulmalıdır.²⁹⁷

Kamu düzeninin hem yabancı hukukun uygulanmasını engellemesi hem de söz konusu engelleme sonucu oluşan boşluğun milli hukuk tarafından doldurulması durumu ise kamu düzeninin olumsuz ve olumlu etkisinin bir arada aksetmesi olarak adlandırılabilir.

Kamu düzeninin olumsuz etki gösterecek şekilde uygulanacak hukuka müdahale etmesine milli hukuklarına göre evlenebilecek kişilerin Türk hukukuna göre evlenmekten yasaklı olmaları halinde evlenmelerine izin verilmemesi durumu gösterilebilmektedir. Bu kapsamda örnek vermek gerekirse evlenecek kişilerde Türk hukukuna göre kesin evlenme engelleri olan hısımlık, zaten evli olmama (çok eşlilik) ve akıl hastalığı durumlarının varlığı halinde Türk kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olabilecektir. Kesin olmayan evlenme engelleri olan kadının bekleme süresini doldurması ve bazı bulaşıcı hastalıkların varlığı durumları ise kanaatimizce Türk kamu düzeninin müdahalesine imkân vermeyecektir. Kamu düzeninin müdahalesinin olumlu etkisine milli hukukuna göre nafaka ödemek zorunda olmayan kişinin Türk hukukuna göre nafaka ödemekle yükümlü kılınması örneğini göstermek mümkündür.

4. Hak ve Fiil Ehliyetine İlişkin Bağlama Kurallarına Kamu Düzeninin Müdahalesi

Hak ve fiil ehliyetine ilişkin olarak kamu düzeninin müdahale ettiği durumlar genellikle kişinin hak sahibi olmasının engellenmesi ya da fiil ehliyetinin gereksiz yere kısıtlanması gibi hallerde söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda özellikle evlenme ehliyeti konusunda kamu düzeninin müdahale etmesi durumu yaygın olarak görülmektedir. Bununla beraber kanaatimizce hak ehliyetini tamamen ortadan kaldıran hususlar, henüz bebeklik çağındaki çocukların büyük borçlar altına girebilmesini sağlayan düzenlemeler de Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir.

²⁹⁷ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 178; Doğan, **a.g.e.** s. 212; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 88.

Evlenme ehliyetini çok küçük çocuklara tanıyan yabancı hukuk düzenlemelerinin, eşe ya da çocuklara miras payı alma hakkı vermeyen yabancı hukuk düzenlemelerinin, hak ehliyetinin tamamen ortadan kaldırılmasına sebep olabilecek düzenlemelerin, kişilik haklarından tamamen vazgeçilmesi sonucu doğuran düzenlemelerin ve bu durumlara benzeyen temel hakların özünü ortadan kaldırabilecek ya da kanunen korunan bir değer tamamen korunmasız bırakılmasına sebep olabilecek yabancı hukuk düzenlemelerinin kanaatimizce Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği öne sürülebilmektedir. Ek olarak eşcinsel evliliklere izin veren ve hapis cezalarının hak ehliyetini tamamen ortadan kaldırmasına imkân tanıyan düzenlemeler de Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Ayrıca Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin bir kararında evlat edinme ehliyetine ilişkin düzenlemelerin de kamu düzeninden olduğu belirtilmiştir.²⁹⁸ Buna karşılık hakkın özüne müdahale etmeksizin hakkın kullanılması için geçilmesi gereken prosedürlerin Türk hukukundan farklı olması, genellikle Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmemektedir. Bu duruma örnek olarak cinsiyet değişikliğinde TMK'nın öngördüğü prosedürlere uyulmamasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğine dair Yargıtay kararı²⁹⁹ gösterilebilmektedir.

Kamu düzeninin müdahalesi konusunda İngiliz mahkemelerinin³⁰⁰ verdiği bir kararda, iki Portekiz vatandaşının İngiltere'de evlenip evlenemeyecekleri değerlendirilmiştir. İngiliz hukukunda evlenme ehliyetine uygulanacak hukuk tarafların yerleşim yeri hukuku olup dava konusu olayda tarafların yerleşim yeri Portekiz'dir. Aynı zamanda kardeş çocukları olan çiftin evlenebilmesi, Portekiz hukukuna göre Papa'nın iznine bağlı tutulmuştur. İngiliz mahkemesi ise konuyla ilgili olarak verdiği kararda, her ne kadar tarafların evlenme ehliyeti konusunda tarafların yerleşim yeri hukuku uygulanacak hukuk olarak tespit edilmiş olsa da uygulanacak hukukun İngiltere kamu düzenine aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Tarafların İngiltere hukukuna göre herhangi bir evlenme engeli bulunmadığı gibi Portekiz hukukuna göre de Papa'nın izni haricinde herhangi bir evlenme engeli

²⁹⁸ Yargıtay 2. HD, 2004/9169 E. 2004/10282 K. 20.09.2004 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2004-9169.htm&query=%222004/9169%22#fm> 29.08.2014.

²⁹⁹ Yargıtay 11. HD, 2009/9678 E. 2009/22090 K. 21.12.2009 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2009-9678.htm&query=5718#fm> 04.06.2014.

³⁰⁰ Sottomayor, Otherwise De Barros V. De Barros. <http://www.uniset.ca/other/cs3/3PD1.html> 06.06.2014.

bulunmamaktadır. Bu durumda İngiliz mahkemesi Papa'nın izninin alınmasını İngiliz Parlamentosu tarafından çıkarılan kanunlara aykırı olduğunu dolayısıyla da tarafların geçerli şekilde evlenebileceklerine karar vermiştir. Böylelikle mahkeme kamu düzeni anlayışı ile Portekiz hukukunun bir kısmını uygulamayı reddetmiştir. Bu örnekte ülkelerin kamu düzeni anlayışlarının ne kadar değişken olabileceği görülmektedir zira İngiliz mahkemesinin Papa'nın izin vermesini kamu düzenine aykırı görmesinin temel sebebi İngiltere'nin Katolik mezhebinden dolayısıyla Papa'nın dini otoritesinden ayrılması sırasında çıkarılan kanunlardır.

II. HAK VE FİİL EHLİYETİNE İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA MİLLETLERARASI USUL HUKUKU SORUNLARI

A. Ehliyeteye İlişkin Meselelerde Milletlerarası Yetki

1. Genel Milletlerarası Yetki Kuralı

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda hangi hukukun uygulanacağı sorunu yanında hangi ülke mahkemelerinin yetkili olacağı sorunu da doğmaktadır. Yetkili mahkeme sorununun çözümü ise milletlerarası yetki kuralları tarafından sağlanmaktadır. Milletlerarası yetki kuralları genel olarak uluslararası sözleşmelerle belirlenmiş olmayıp her ülkenin iç hukukunda düzenlenmiş kurallardır. Ancak istisnai olarak bazı konularda milletlerarası yetkiyi düzenleyen uluslararası sözleşmeler de bulunmaktadır. Milletlerarası yetki kurallarının genel olarak iç hukuk tarafından tespit edilmesine bağlı olarak her ülke kendi mahkemelerinin yetkisini tespit etmekte ve diğer ülkelerin mahkemelerinin yetkisine müdahale edememektedir.³⁰¹

Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi MÖHUK’da düzenlenmektedir. MÖHUK m. 40 genel bir hüküm getirerek Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tarafından tayin edileceğini hüküm altına almıştır. Bu durum HMK ve TMK gibi kanunlarda bulunan yetki kurallarının milletlerarası yetki açısından da geçerli olacağı anlamına gelmektedir. Bu genel yetki kuralı yanında Türklerin ve yabancıların kişi hallerine, miras davalarına, iş, tüketici ve sigorta sözleşmelerine ilişkin yetki kuralları da MÖHUK’da bulunmaktadır.

³⁰¹ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 413; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 510; Doğan, **a.g.e.** s. 56; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 347; Bahadır Erdem, “22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 22, Sayı 2, 2012, s. 151, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmhohb/article/view/1019002903/1019002498> 21.04.2014.

İsviçre hukukunda³⁰² ise milletlerarası yetki ile ilgili olarak genel kural davalının yerleşim yeri olarak tespit edilmiştir. Ayrıca İsviçre hukukunun yetkili İsviçre mahkemesi belirlemediği durumlarda, yurtdışında davanın açılmasının imkânsız ya da aşırı zor olduğu hallerde uyuşmazlığın makul şekilde bağlantılı olduğu yerde bulunan İsviçre mahkemesi yetkili kılınmıştır. Çin hukukunda³⁰³ ise Çin Halk Cumhuriyeti sınırları içerisinde açılacak her davanın milli yetki kurallarına tabi olacağı belirtilmiştir. İç yetki kuralları incelendiğinde ise Çin Halk Cumhuriyeti sınırları içerisinde yaşamayan kişilerin veya kayıp olan ya da kayıp olarak ilan edilen kişilerin kişi halleri ile ilgili davalarda davacının yerleşim yeri mahkemeleri yetkili kılınmıştır.

Japon hukukunda ise mahkemelerin milletlerarası yetkisi ile ilgili olarak herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumun nedeni Japon Medeni Usul Kanunu'nun Japonya'nın yurtdışı ile bağlantısının olmadığı modernleşme yıllarında hazırlanmış olması ile açıklanmaktadır. Mevcut durumdaki bu eksiklik ise Japon mahkemelerinin kararları ile giderilmeye çalışılmıştır. 1964 yılında Japon Yüksek Mahkemesi boşanma konusunda Japon mahkemelerinin yetkisini belirleyen bir karar vermiştir.³⁰⁴ 1975 yılında ise aynı mahkeme yetki sözleşmeleri konusunda bir içtihat oluşturmuştur.³⁰⁵ Ancak her somut olaya özgü kural oluşturmanın hukuk boşluğunu doldurmaya yeterli olmadığını gören Japon Yüksek Mahkemesi 1981 yılında vermiş olduğu bir karar ile iç hukuktaki yetki kurallarının Japon mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespitinde de kullanılacağına hükmetmiştir.³⁰⁶ Ancak bu karar Japon yerel mahkemeleri tarafından her somut olaya uygulanmamıştır. Şöyle ki, 1981 tarihli kararda Japon Yüksek Mahkemesi iç yetki kurallarının kullanılması konusunda makul durumu bozan istisnai durumlarda mahkemenin yetkisinin iç yetki kurallarına göre belirlenmeyebileceği şeklinde istisnai bir kuralına yer verilmiştir. Makul durumu bozan durumlara örnek olarak ise tarafların eşit muamele görmeyecek olması, yargılama sürecinin çabuk ve adil ilerlemesi gibi durumlar verilmektedir.

³⁰² İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 2.

³⁰³ Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Usul Kanunu m. 19 <http://jura-foerster.de/data/documents/China-General-Principles-etc..pdf> 13.10.2013.

³⁰⁴ Yoshihisa Hayakawa, "International Adjudicative Jurisdiction in Japan", **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, Editorler: Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, s. 370.

³⁰⁵ Hayakawa **a.g.e.** s. 370.

³⁰⁶ Hayakawa **a.g.e.** s. 371.

Japon yerel mahkemeleri uygun gördükleri durumlarda bu istisnai kuralından faydalanarak iç yetki kurallarını uygulamaktan kaçınabilmektedirler.³⁰⁷

Ehliyetle ilişkin meselelerde yetkili mahkemenin tespiti konusunda, ilgili uyuşmazlığın niteliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Sözleşme ya da işleme bağlanma gibi fiil ehliyetinin varlığına ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme söz konusu işleme veya sözleşmeye ilişkin uyuşmazlığı çözmeye yetkili mahkeme olmaktadır. Hak ve fiil ehliyetinin sona ermesine ilişkin olan gaiplik davaları ile vesayet gibi fiil ehliyetinin kısıtlanmasına ilişkin davalarda ise TMK tarafından belirlenmiş mahkemeler yetkilidir.

TMK m. 32 gaiplik konusunda yetkili mahkemenin, hakkında gaiplik kararı verilecek kişinin Türkiye'deki son yerleşim yeri olduğunu düzenlemiştir. Kişinin Türkiye'de yerleşim yeri bulunmaması halinde kişinin nüfus siciline kayıtlı olduğu yer mahkemesi yetkili olarak kabul edilmiştir. Nüfus siciline kayıt bulunmuyorsa da kişinin annesinin veya babasının nüfusa kayıtlı olduğu yer mahkemesinin yetkili olduğunu hüküm altına alınmıştır.

Vesayet ve kısıtlılık kararı verilmesi konusunda da yetki kuralları TMK'da belirlenmiştir. TMK m. 411'e göre kısıtlanacak kişinin yerleşim yerindeki mahkeme kısıtlama kararı verme konusunda da yetkilidir. Kişiye kayyım atanması konusunda ise yetkili mahkeme, kendisine kayyım atanacak kişinin yerleşim yeri mahkemesi olarak kabul edilmiştir. Yönetim kayyımı atanması konusunda da ilgili kişinin mallarının büyük bölümünün bulunduğu yer mahkemesi ya da ilgili kişinin payına düşen malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili kılınmıştır.

2. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Özel Yetki Kuralları

MÖHUK'da kişi hallerine ilişkin olarak genel yetki kurallarına ek iki madde daha bulunmaktadır. Bunlar Türklerin ve yabancıların kişi hallerine ilişkin davalarda milletlerarası yetkili mahkeme tespitine ilişkindir.

³⁰⁷ Hayakawa a.g.e. s. 374.

MÖHUK m. 41 Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin hangi koşullarda yetkili olabileceğini düzenlemekteyken MÖHUK m. 42 yabancıların kişi hallerine ilişkin düzenleme getirmektedir. Bu maddelerde anılan kişi halleri terimi vesayet, kısıtlılık, ehliyet, evlenme ve boşanma gibi kişiler hukuku ve aile hukuku ile ilgili meseleleri kapsamaktadır.³⁰⁸ Yukarıda da belirtildiği üzere her iki maddenin de uygulama alanı bulabilmesi için dava konularının kişi hallerine ilişkin olması gerekmektedir.

a) Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki

Kanun koyucu Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaların görülebilmesi için her durumda yetkili bir Türk mahkemesi bulundurmaya seçmiştir.³⁰⁹ Bu durumun gerekçesi olarak ise 2675 sayılı MÖHUK'dan önceki dönemde yürürlükte olan HMUK m. 18'in yarattığı sorunları göstermek mümkündür. Zira söz konusu dönemde Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaların Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi içinde olduğu kabul edilmektedir. Bu durum da yabancı bir mahkemeden Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin alınan kararların Türkiye'de tanınması ve tenfiz edilmesini imkânsız hale getirmekte ve aynı konu hakkında Türkiye'de yeniden dava açılmasını zorunlu kılmaktadır. Türk vatandaşlarının durumunu zorlaştıran bu uygulamaya son verilmesi amacıyla kanun koyucu Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davaları Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinden çıkarmıştır ancak yine de her halükarda söz konusu davalar için yetkili bir Türk mahkemesi bulundurmaya tercih etmiştir.³¹⁰ İşte MÖHUK m. 41 bu amaca hizmet etmektedir.

MÖHUK m. 41'in uygulanabilmesi için Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin davaların yabancı mahkemelerde açılmaması veya açılmaması gerekmektedir. Davanın yabancı mahkemelerde açılması söz konusu mahkemenin kendisini yetkisiz görmesi gibi sebeplerle mümkün olmayabileceği gibi dava açılmak

³⁰⁸ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 454; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 547; Doğan, **a.g.e.** s. 80; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 371; Bilgin Tiryakioğlu, “Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, **Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012 s. 1145.

³⁰⁹ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 454; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 553; Doğan, **a.g.e.** s. 80; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 370; Tiryakioğlu, **a.g.e.** s. 1144.

³¹⁰ Nuray Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2000, s. 153.

istenen devletin mevzuatından kaynaklanan başka bir sebeple de mümkün olamayabilecektir. MÖHUK m. 41 Türk vatandaşının, isteğe bağlı olarak, kişi hallerine ilişkin davayı yabancı mahkemeler yerine Türk mahkemelerinde açmasına da imkân tanınmıştır.

Her ne kadar yabancı mahkemede açılan dava sonucu alınan kararın Türkiye’de tanınması ve tenfiz edilmesi mümkün olsa da Türk vatandaşının bu kararı, Türkiye’de tanıma veya tenfiz işlemine tabi tutması zorunlu değildir.³¹¹ Türk vatandaşı yabancı mahkemede aldığı karar yanında MÖHUK m. 41 kapsamında yetkili Türk mahkemelerinden de ilgili uyuşmazlık için bir karar alabilme imkânına sahiptir. Buna karşın, MÖHUK m. 41 davanın yabancı mahkemede açılmış olması halinde Türk mahkemesince davaya bakılamayacağını öngörmektedir. Yani Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda yabancı derdestliğin nazara alınacağı hüküm altına alınmıştır. Doktrinde³¹² ve Yargıtay kararlarında³¹³ kişi hallerine ilişkin ve aynı uyuşmazlık hakkında Türk mahkemelerinde görülmekte olan esasa ilişkin dava ile yabancı mahkemenin aynı olay hakkında verdiği kararın Türk mahkemesince tanınmasına ilişkin davanın birlikte görülebileceği ya da bir başka deyişle bu iki dava arasında derdestlik bulunmadığı kabul edilmektedir. Zira söz konusu davalardan birisinin konusu yabancı mahkeme kararının tanınmasıyken diğerinin konusu somut olayın esası hakkındadır. Bu durum da davalarının konularının aynı olmadığını göstermektedir. Hemen belirtmek gerekir ki söz konusu durumda esasa ilişkin davada tanıma davasının bekletici mesele yapılması gerektiği de Yargıtay tarafından kabul edilmektedir.³¹⁴

Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin davanın Türkiye’de açılması halinde bu davaya ilişkin hangi mahkemenin yetkili olacağı konusu da MÖHUK m. 41’de düzenlenmiştir. Bahsedilen maddeye göre öncelikle genel yetki hükümlerine göre

³¹¹ Yargıtay 2. HD, 1985/11103 E. 1986/97 K. 14.01.1986 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-1985-11103.htm&query=yabanc%FDlar%FDn%20ki%FEi%20halleri#fm> 04.10.2014.

³¹² Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 443.

³¹³ Yargıtay 2. HD, 2013/3199 E. 2013/7220 K. 18.03.2013 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2013-3199.htm&query=yabanc%FD%20derdestlik#fm> 04.10.2014.

³¹⁴ Yargıtay 2. HD, 2010/5217 E. 2011/7574 K. 03.05.2011 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2010-5217.htm&query=%222008/11211%22#fm> 12.10.2011.

belirlenen mahkemenin yetkili olacağı kabul edilmiştir. Eğer bu şekilde bir yetkili mahkeme tespit edilemiyorsa, kişinin Türkiye’de sakini olduğu yer mahkemesinde, bu da yoksa kişinin Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilecektir. Eğer kişinin Türkiye’de yerleşim yeri bulunmuyorsa Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birisinin yetkili olduğu kabul edilmiştir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, her halükarda Türk vatandaşının kişi halleri için Türkiye’de yetkili bir mahkeme kabul edilmiştir. Yargıtay kararlarında da Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin davalarda MÖHUK’de belirtilen sıra ile değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir.³¹⁵

Türk mahkemelerinin Türk vatandaşlarının kişi halleri hakkında her zaman için yetkisinin bulunması, ilgili Türk mahkemesinin uyuşmazlığın esasına doğrudan Türk hukukunu uygulamak zorunda olduğu anlamına gelmemektedir. Zira Türk mahkemesi uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edecek ve uygulayacaktır.

Son olarak Türk vatandaşlığının Türk hukukuna göre tespit edileceğini ve Türk vatandaşının kişi hallerine ilişkin davalarda taraflardan yalnız birinin Türk vatandaşı olmasının yeterli olacağını belirtmek gerekmektedir. Aynı zamanda davanın tüm taraflarının da Türk vatandaşı olması durumu da MÖHUK m. 41 kapsamına girmektedir.

b) Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki

MÖHUK m. 42, yabancıların kişi hallerine ilişkin bazı durumlarda Türkiye’de yetkili olacak mahkemeyi tespit etmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki kanunda yer alan yabancı kavramından yalnızca yabancı devlet vatandaşlarını değil, vatansızlar ve mülteciler gibi Türk vatandaşlığına sahip olmayan tüm kişileri

³¹⁵ Yargıtay 2. HD, 2008/20095 E. 2009/8384 K. 30.04.2009 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2008-20095.htm&query=%222008/20095%22#fm> 04.10.2014, Yargıtay 18. HD, 2010/18 E. 2010/1760 K. 09.02.2010 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/hamfiles/18hd-2010-18.htm&query=%222010/18%22%20%222010/1760%22#fm> 04.10.2014, Yargıtay 2. HD, 2008/13469 E. 2009/917 K. 28.01.2009, Nuray Ekşi, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010 s. 44, Yargıtay 2. HD, 2008/2222 E. 2009/6650 K. 08.05.2008, Ekşi, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları**, s. 45.

anlamak gerekmektedir.³¹⁶ Anılan kurala göre yabancıların vesayet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararlarına ilişkin davalarda yetkili mahkeme yabancıların Türkiye’de sakin olduğu yer, eğer böyle bir yer yoksa da yabancıların Türkiye’de mallarının bulunduğu yer mahkemeleri olacaktır.³¹⁷ Söz konusu yetki kuralı tüm kişi hallerini değil yalnızca yukarıda sayılan kişi hallerini kapsamaktadır.

Yabancıların kişi hallerine ilişkin davalardaki yetki kuralları, tıpkı Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin yetki kurallarında olduğu gibi, Türk mahkemelerinin genel milletlerarası yetki kurallarına nazaran tamamlayıcı niteliktedir. Yani eğer söz konusu yabancı hakkında MÖHUK m. 40 kapsamında yetkili bir Türk mahkemesi bulunamıyorsa, MÖHUK 42 kapsamında yetkili Türk mahkemesi belirlenecektir.³¹⁸ Ayrıca MÖHUK m. 42’nin belirlediği yetki kuralları seçimlik değildir. Ancak doktrinde; her iki duruma ilişkin yetki kurallarının seçimlik olarak düzenlenmesinin, genel yetki kuralları sistemimize daha uygun olacağı öne sürülmüştür.³¹⁹

Yabancıların bazı kişi hallerine ilişkin Türk mahkemelerine milletlerarası yetki tanınması, MÖHUK m. 10’da yer alan yabancıların kısıtlanmasına ilişkin hüküm ile m. 11’de yer alan yabancıların gaipliğine ve ölmüş sayılmalarına karar verilmesine ilişkin hükümden doğacak davalara bakmaya yetkili mahkeme belirleme amacına hizmet etmektedir.³²⁰ Nitekim kanunda sadece söz konusu MÖHUK maddelerinde düzenlenen vesayet ve kısıtlılık kararları ile gaiplik ve ölmüş sayılma kararlarına ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Bilindiği üzere MÖHUK m. 10, vesayet ve kısıtlılık kararı verilebilmesi ile bu kararların sona erdirilebilmesi haricindeki tüm vesayet ve kısıtlılığa ilişkin durumları Türk hukukuna tabi tutmuştur. MÖHUK m. 11 ise hakkında milli hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilemeyen kişi hakkında Türk hukukuna göre söz konusu kararların verilebilmesinin önü açılmıştır. İşte bu kararların verilebilmesi için yetkili Türk mahkemelerinin belirlenmesi ihtiyacı, MÖHUK m. 42’nin kanuna

³¹⁶ Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s. 158.

³¹⁷ Konuyla ilgili Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2. HD, 2008/6411 E. 2008/9496 K. 30.06.2008, Ekşi, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları**, s. 47.

³¹⁸ Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s. 158.

³¹⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 554.

³²⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 553; Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 460; Doğan, **a.g.e.** s. 80; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 372.

eklenmesine sebep olmuştur. Zira genel yetki kuralları söz konusu durumlarda her zaman yetkili mahkemeyi tespit etmekte yeterli olmayabilmektedir. Ayrıca anılan durumlar sadece ilgili yabancı kişiyi değil aynı zamanda bu kişinin Türkiye’de hukuki ilişki kurduğu kişileri ve Türkiye’deki mallarını da etkilemektedir. Söz konusu hukuki ilişkilerin ve malların akıbetlerinin korunmasında hem ilgili yabancının hem de toplumun menfaati bulunduğu için kamu düzeninin olumlu etkisi kapsamında Türk mahkemelerine bahsi geçen konularda milletlerarası yetki tanındığı kabul edilmektedir.³²¹ Ek olarak yabancıların kişi hallerine ilişkin konularda Türk mahkemelerine yetki tanınması, yabancı mahkemeye başvuramayan yabancıların hukuki koruma ihtiyaçlarının karşılanmasını da sağlamaktadır.³²²

B. Ehliyeteye İlişkin Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

1. Tanıma ve Tenfiz Kavramları

Bir devletin yargılama faaliyetlerinde bulunması ve bu faaliyetler sonucu verilen kararları icra etmesi, o devletin sınırları içerisinde egemenlik haklarını kullanmasının bir sonucudur.³²³ Yargılama faaliyetlerinin devletlerin egemenlik hakkının sonucu olması, verilen mahkeme kararlarının sadece kararı veren mahkemenin bulunduğu ülke sınırları içinde mahkeme kararı hükmü taşımasına yol açmaktadır. Buna karşılık yabancılık unsuru taşıyan olaylarda, bir ülkede verilen mahkeme kararının diğer bir ülkede uygulanması ihtiyacı doğabilmektedir. Böyle bir durumda eldeki mahkeme kararına diğer ülkede de mahkeme kararı niteliği kazandırmak gerekmektedir. Bu işlem ise tanıma ve tenfiz kurumları vasıtasıyla mümkün olabilmektedir. Tanıma ve tenfiz kararları ile yabancı ülkede alınan mahkeme kararı, tanıma ve tenfiz işlemlerinin yaptırıldığı ülkedeki mahkeme kararlarıyla eş değer hale gelmektedir.³²⁴

³²¹ Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s. 160.

³²² Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s. 159.

³²³ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 484; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 614; Doğan, **a.g.e.** s. 100; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 462; Nuray Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2013, s. 1.

³²⁴ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 485; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 615; Doğan, **a.g.e.** s. 100; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 463; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 2; Pelin Güven, **Tanıma - Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 19.

Mahkeme kararları genel olarak üç temel nitelik taşımakta olup bu nitelikler, kesin hüküm, icra edilebilirlik ve kesin delil olarak sıralanmaktadır.³²⁵ Ancak her mahkeme kararının icra edilebilirliği bulunmamaktadır. Örneğin tespit davaları ile inşai davaların icra edilebilirliği bulunmamaktadır çünkü bu davalar mevcut hukuki durumu tespit etmekte ya da yeni bir hukuki durum yaratmaktadır. Buna karşın bir edimin ifası gibi hukuki alandan ziyade fiiliyatta sonuç doğuran eda davaları, sonucunda elde edilen kararın uygulanabilmesi için, aleyhine karar verilen tarafın rızası ile karara uyması durumları hariç, mutlaka icra edilmek zorundadırlar. Bir eda davasının icra edilmeksizin kesin delil taşıma niteliği bulunduğu da unutulmamalıdır. Hak ve fiil ehliyetine ilişkin yabancı mahkeme kararları kesin delil etkisini sözleşmenin ya da hukuki işlemin ehliyetsizlik nedeni ile hükümsüz olduğunun iddia edildiği davalarda gösterebilecektir. Söz konusu kararların kesin hüküm etkisi ise kişinin ehliyetsiz olduğunun iddia edildiği davalarda görülebilecektir. Hak ve fiil ehliyetine ilişkin kararların icra edilmesi söz konusu olmayacağından bu kararın icra edilebilirliğinden de bahsetmek mümkün değildir.

Tanıma, yabancı ülke mahkemesi kararının bir başka ülke içerisinde de kesin delil ve kesin hüküm niteliği taşımasını sağlamaktadır.³²⁶ Tenfiz kurumu ise kesin delil ve kesin hüküm etkilerine ek olarak söz konusu yabancı mahkeme kararına icra edilebilirlik kuvveti de kazandırılmasına imkân tanımaktadır.³²⁷ Her yabancı mahkeme kararının, şartları sağlamak kaydıyla, tanınması mümkünken yalnızca icra edilebilir kararların tenfizi mümkün olmaktadır. Örneğin icra edilebilir bir yabancı

³²⁵ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 495; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 616; Doğan, **a.g.e.** s. 101; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 463; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s.3; Güven, **a.g.e.** s. 23; Rifat Erten, **Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur?** İstanbul, 2005, s. 198 <http://journals.istanbul.edu.tr/iuhmhob/article/download/1019002511/1019002101> 28.06.2014; Tuğrul Arat, **Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, s. 424, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/338/3456.pdf> 11.11.2013; Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2009 s. 553 vd; Abdurrahim Karslı, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2011 s. 621 vd; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 727 vd; Hakan Pekcanıtez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013 s. 494 vd.

³²⁶ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 518; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 616; Doğan, **a.g.e.** s. 101; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 464; Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni** s. 56; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 3; Güven, **a.g.e.** s. 24.

³²⁷ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 488; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 616; Doğan, **a.g.e.** s. 101; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 465; Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni** s. 39; Ekşi **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 3; Güven, **a.g.e.** s. 27.

mahkeme kararından, yalnızca kesin delil olarak faydalanılmak isteniyorsa bu kararın yalnızca tanınması mümkün olabilmekteyken icra edilmesi mümkün olmayan bir yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesi mümkün olamamaktadır.

MÖHUK m. 58/3 gereği yabancı mahkeme kararına dayanarak Türkiye’de bir idari işlemin yapılabilmesi için öncelikle söz konusu yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerince tanınması gerekmektedir. Bu durum özellikle ehliyeteye ilişkin yabancı mahkeme kararlarını ilgilendirmektedir zira bu tür kararların genellikle nüfus siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararları ya da isim değişikliklerine ilişkin yabancı mahkeme kararlarını örnek göstermek mümkündür.

Son olarak bir yabancı mahkeme kararında icra edilebilir olan ve olmayan hükümlerin bir arada bulunabilmesi de mümkündür. Bu duruma örnek olarak, bir sözleşmenin hükümsüz olduğunu tespit eden ve bu sözleşmeden kaynaklı tazminat miktarlarına hükmeden bir yabancı mahkeme kararı gösterilebilmektedir. Bu halde daha geniş kapsamlı olarak kabul edilen tenfiz davasının açılması doktrinde kabul edilmektedir.³²⁸

2. Tanıma ve Tenfiz Talepleri ile İlgili Usule İlişkin Hükümler

Tanıma ve tenfiz davalarında MÖHUK m. 51/1 gereğince görevli mahkeme asliye mahkemeleri olarak belirlenmiştir. Kanun maddesinde kullanılan asliye mahkemesi terimi, Yargıtay uygulamalarında konuyla ilgili yalnızca asliye hukuk mahkemelerinin değil asliye hukuk mahkemesi türevleri olan denizcilik ihtisas mahkemelerinin, ticaret mahkemelerinin de görevli olabileceği şeklinde yorumlanmıştır.³²⁹ Yine 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 4/2’ye göre aile hukukuna ilişkin yabancı

³²⁸ Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 623; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 465; Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni** s. 46; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 7.

³²⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 625; Doğan, **a.g.e.** s. 122; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 43; Güven, **a.g.e.** s. 190; Görevli mahkemenin yalnızca asliye hukuk mahkemesi olduğuna dair görüş için bknz. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 492; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 534.

mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde aile mahkemeleri görevlidir.³³⁰ Ancak bu çalışmanın temel konusu hak ve fiil ehliyeti olduğu için yapılacak değerlendirmeler asliye hukuk mahkemelerinin ve sulh hukuk mahkemelerinin görevli mahkeme olduğu hallerle sınırlı olacaktır.

MÖHUK m. 51/1’de kullanılan asliye mahkemeleri tabiri ile tanıma ve tenfiz taleplerinin tamamında asliye mahkemelerinin görevli olacağı hüküm altına alınmıştır. Buna bağlı olarak uyuşmazlığın esas sulh hukuk mahkemelerinin görevine girse dahi söz konusu uyuşmazlıkla ilgili verilmiş yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde asliye hukuk mahkemesi görevli olacaktır.

MÖHUK m. 51/2 tenfiz ve tanıma davalarında yetkili mahkemeyi tespit etmektedir. Anılan maddeye göre, kendisine karşı tenfiz veya tanıma talep edilen kişinin Türkiye’deki yerleşim yeri mahkemesi, eğer kişinin yerleşim yeri yoksa Türkiye’de sakini olduğu yer, eğer bu da yoksa Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birisi yetkili olmaktadır.³³¹ Kanunun bu düzenlemesi tanıma ve tenfiz işlemlerine ilişkin her zaman yetkili bir Türk mahkemesi oluşturulmasını sağlamaktadır.

Tanıma için yetkili mahkeme MÖHUK’da belirtilmemektedir. Bu durum tanıma davalarında yetkili mahkemenin genel yetki kurallarına göre mi tespit edileceği yoksa tenfize ilişkin hükümlerin kıyasen mi uygulanacağı sorununu doğurmaktadır. Bu konuda doktrinde tenfize ilişkin hükümlerin kıyasen tanımaya da uygulanacağı konusunda görüş birliği vardır.³³² Ayrıca tanımaya konu olan yabancı mahkeme kararı bağımsız bir davada değil de bir başka davanın içerisinde tanınması için öne sürülmüşse esas davaya bakma konusunda yetkili olan mahkemenin tanıma kararı da verebileceği doktrinde öne sürülmektedir.³³³ Son olarak tanıma ve tenfize

³³⁰ Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 2. HD, 2008/4922 E. 2008/8982 K. 19.06.2008 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2008-4922.htm&query=%222008/4922%22#fm> 12.10.2014; Yargıtay 2. HD, 2009/611 E. 2009/9872 K. 25.05.2009 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2009-611.htm&query=%222009/611%22#fm> 12.10.2014.

³³¹ Yargıtay 19. HD, 2009/1673 E. 2009/4164 K. 07.05.2009, Ekşi, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları**, s. 69.

³³² Doğan, **a.g.e.** s. 122; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 49; Güven, **a.g.e.** s. 193.

³³³ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 495; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 671; Doğan, **a.g.e.** s. 120; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 55.

ilişkin yetki kurallarının kesin yetki kuralları olmadığı Yargıtay kararlarınca kabul edilmektedir.³³⁴

MÖHUK m. 52 kapsamında yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizinde hukuki yararı bulunan herkesin tanıma ve tenfiz talebinde bulunabilmesine izin verilmiştir.³³⁵ Örneğin vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını talep etmek konusunda ilgili kişinin mirasçılarının ve yakınlarının hukuki yararının bulunduğunu kabul etmek mümkün olabilecektir. Yine gaiplik kararları ve kişinin öldüğüne ilişkin kararlar konusunda, kişinin mirasçılarının, alacaklılarının ve kişinin bir ortaklığın üyesi olması ya da şirket hissedarı olması halinde bu kapsamdaki ilgili kişilerin hukuki yararından bahsedilebilmektedir. Bu kapsamda tanıma ve tenfiz talebinde bulunacak kişilerin vatandaşlığının bir önemi bulunmamaktadır.³³⁶ Böylelikle 2675 sayılı MÖHUK'un aksine yeni kanunda kimlerin tanıma ve tenfiz talebinde bulunabileceğine ilişkin açıklık sağlanmıştır. Aynı madde talep dilekçesinde tenfiz isteyenle karşı tarafın ve kanuni temsilci ve vekillerinin adı, soyadı ve adresleri, yabancı mahkeme kararının adı, tarihi, numarası, özeti ve hangi devlet mahkemesinden verilmiş olduğu; bir kısım hakkında tanıma veya tenfiz talep ediliyorsa o kısmın neresi olduğunun yer almasını zorunlu kılmıştır.

Tanıma ve tenfiz davalarında MÖHUK m. 53, dilekçe ekinde ilgili yabancı mahkeme ilamının aslı veya onanmış örneği ve onanmış tercümesi ile kararın kesinleştiğini gösteren ilgili ülke makamlarınca usulen onanmış yazı veya belge ve bunların onanmış tercümelerinin bulunmasını gerektirmektedir.³³⁷ Yargıtay kararları kapsamında³³⁸ ilgili mahkeme kararının yalnızca hüküm bölümünün değil, tüm metninin çevrilmesinin gerektiği kabul edilmektedir.

³³⁴ Yargıtay 2. HD, 2013/15238 E. 2013/20575 K. 11.09.2013 http://www.kanunum.com/Yargitay/201315238/12-Hukuk-Dairesi-20136856-E,-201315238-K,-22042013-T_xxcid1007852 07.10.2014.

³³⁵ Yargıtay 2. HD, 2009/11856 E. 2009/15801 K. 16.09.2009, Ekşi, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları**, s.77.

³³⁶ Yargıtay 2. HD, 2008/9629 E. 2008/9345 K. 25.06.2008 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2008-9629.htm&query=%222008/9629%22#fm> 12.10.2014.

³³⁷ Konuya ilişkin bir karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1994/2-262 E. 1994/358 K. 18.05.1994, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/hgk-1994-2-262.htm&query=%221994/2-262%22#fm> 12.10.2014.

³³⁸ Yargıtay 2. HD, 2010/20334 E. 2011/20292 K. 30.11.2011, <http://legalbank.net/belge/y-2-hd-e-2010-20334-k-2011-20292-t-30-11-2011-yargitay-2-hukuk-dairesi-karari/899581> 07.10.2014.

Tanıma ve tenfiz dilekçesi MÖHUK m. 55 kapsamında duruşma günü ile birlikte karşı taraflara tebliğ edilecektir.³³⁹ Bu hüküm çekişmeli yargı ve çekişmesiz yargı ayrımı gözetmeksizin uygulanmaktadır. Aynı madde tanıma ve tenfiz yargılamasını basit yargılama usulüne tabi kılmıştır.³⁴⁰

Tanıma ve tenfiz davalarında mahkeme MÖHUK m. 56 gereği yalnızca tanıma veya tenfiz talebinin kabulüne ya da reddine karar verebilmektedir. Mahkemenin sayılanlar haricinde bir karar vermesi mümkün değildir. Söz konusu madde, kararın yabancı mahkeme ilamının altına yazılıp hâkim tarafından imzalanmasını ve mühürlenmesini gerektirmektedir.

MÖHUK m. 57 kapsamında tanıma ve tenfiz kararları genel hükümlere göre temyiz edilebilmektedir. Ancak kararın temyiz edilmesi kararların icra edilmesini durdurmaktadır. Ayrıca Türk hukukunda, yabancı mahkeme kararlarının esastan incelenmesi kesin olarak reddedilmektedir. Yani gerek yerel mahkeme gerekse Yargıtay yalnızca tanıma ve tenfiz şartlarının varlığı açısından değerlendirme yapacaktır. Son olarak MÖHUK m. 59'a göre yabancı mahkeme kararı kesin hüküm ve kesin delil etkilerini kendi hukukuna göre kesinleştiği andan itibaren kazanacaktır.³⁴¹

3. Tanıma ve Tenfiz Kararı Verilebilmesi için Gereken Ön Şartlar

Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfiz edilebilmesi için bir takım ön şartlar aranmaktadır. Söz konusu ön şartlar, tanıma ve tenfiz isteminin yerine getirebilmesi için MÖHUK m. 50'de belirtilmektedirler. Nitekim bu şartlar kararın yabancı bir mahkeme tarafından verilmesi, kararın hukuk davalarına ilişkin olması ve kararın kesin olmasıdır.

³³⁹ Yargıtay 2. HD, 2007/11642 E. 2008/10457 K. 14.07.2008, Ekşi, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları**, s. 114.

³⁴⁰ Yargıtay 2. HD, 2007/7851 E. 2008/7080 K. 15.05.2008, <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2007-7851.htm&query=%222007/7851%22#fm> 12.10.2014; Yargıtay 2. HD, 2008/17088 E. 2009/3897 K. 05.03.2009, Ekşi, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları**, s.114.

³⁴¹ Yargıtay 2. HD, 2008/11211 E. 2008/12163 K. 18.09.2008, Ekşi, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları**, s. 156.

Tanınması veya tenfiz edilmesi istenen kararların tanıma ve tenfiz işlemine konu edilebilmesi için mutlaka yabancı bir mahkeme tarafından verilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda idari merciler ya da meclisler tarafından verilen kararların tanınması ya da tenfiz edilmesi mümkün olmamaktadır. Örnek vermek gerekirse, bazı ülkelerde boşanma kararları idari merciler tarafından verilmektedir.³⁴² Bu türdeki kararlar, Türk hukukuna göre mahkemelerce verilmedikleri için, Türk mahkemelerinde tanıma veya tenfiz işlemine tabi tutulamamaktadırlar.³⁴³ Buna karşılık İsviçre hukukunda³⁴⁴ yabancı idari makamların kararlarının tanınması ve tenfizi de mümkün kılınmıştır. Değerlendirilmesi gereken bir diğer konu da Türkiye tarafından tanınmayan ülkelerin mahkemelerinin verdiği kararların tanınması veya tenfiz edilmesidir. Tanınmayan ülke mahkemesi kararlarının tanınmasında ya da tenfiz edilmesinde herhangi bir engel bulunmadığı gibi tanıma veya tenfiz işlemleri ülkenin tanındığı anlamına gelmemektedir.³⁴⁵

Tanıma veya tenfiz talebinin kabul edilebilmesi için aranan bir diğer ön şart da söz konusu yabancı mahkeme kararlarının hukuk davalarına ilişkin olmasıdır. Nitekim MÖHUK m. 50/2’de belirtildiği üzere ceza mahkemelerinin verdiği kararlarda yer alan kişisel haklara ilişkin hükümlerin de tanınması ve tenfiz edilmesi mümkündür. Doktrinde ayrıca idare mahkemelerinden verilen hukuk davalarına ilişkin mahkeme kararlarının da tanıma ve tenfiz işlemine tabi tutulabileceği kabul edilmektedir. Buna karşın hukuk mahkemelerinden verilmiş olmasına rağmen, işçinin sigortalı kurumuyla ilişkileri hakkındaki kararlar gibi, hukuk davası niteliği taşımayan kararların tanıma ve tenfiz işlemlerine tabi tutulamayacakları kabul edilmektedir.³⁴⁶

³⁴² Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 622; Doğan, **a.g.e.** s. 103; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 532.

³⁴³ Yabancı idari makamların vermiş oldukları kararların tanınamamaları ve tenfiz edilememelerine ilişkin olarak doktrinde birçok görüş ortaya atılmıştır. Ancak MÖHUK’un açık bir şekilde yalnızca yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının ve tenfiz edilmesinin mümkün olduğunu belirtmiş olması karşısında söz konusu görüşler pratikte herhangi bir önem taşımamaktadırlar. Konuyla ilgili görüşler için bknz. Güven, **a.g.e.** s. 32, Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 110.

³⁴⁴ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 25.

³⁴⁵ Doğan, **a.g.e.** s. 103; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 111.

³⁴⁶ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 489; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 619; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 474; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 284; Güven, **a.g.e.** s. 39.

Tanınması veya tenfiz edilmesi talep edilen yabancı mahkeme kararının, verildiği ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olması gerekmektedir.³⁴⁷ Burada kararın kesinleşmesinden kasıt, söz konusu yabancı ülkedeki mahkemelerin artık bu karardan el çekmiş olması, karar hakkında herhangi bir mahkemeye başvurulması imkânının kalmamasıdır.³⁴⁸ Tanınması veya tenfiz edilmesi talep edilen yabancı mahkeme kararının metninde kararın kesinleştiğine dair bir ibare bulunması bu ön şartın sağlanması için yeterli kabul edilmektedir.

Ehliyeteye ilişkin konulara dâhil olan vesayete ilişkin uyuşmazlıklarda, vesayet makamlarından verilen izinlerin tanıma ve tenfiz işlemine tabi tutulup tutulamayacağı konusu doktrinde ve Yargıtay kararlarında tartışmalıdır. Vesayet ilişkin kararların tanınması hakkında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda vesayet makamlarından alınan izinlerin de tanıma ve tenfiz işlemine tabi tutulmasının gerekeceği belirtilmiştir.³⁴⁹ Bu görüş doktrinde de destek bulmuştur.³⁵⁰ Ancak önceki bölümlerde de açıklandığı üzere vesayet organlarının verdiği izin kararlarının mahkeme kararı değil, idari işlem niteliğinde olduğu da kabul edilmektedir.³⁵¹ Kanaatimizce vesayet organlarının vermiş olduğu izinler mahkeme

³⁴⁷ Konuyla ilgili bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2. HD, 2008/12641 E. 2008/15106 K. 13.11.2008, Ekşi, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları**, s. 60.

³⁴⁸ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 497; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 621; Doğan, **a.g.e.** s. 106; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 475; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 129; Güven, **a.g.e.** s. 49; Banu Şit, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, s. 62, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15_1_3.pdf 29.12.2013.

³⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2009/2-280 E. 2009/326 K. 08.07.2009 Kaynak: <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/hgk-2009-2-280.htm&query=5718#fm> 06.06.2014.

³⁵⁰ Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 233. Söz konusu kararların tanıma ve tenfize tabi tutulacağının kabulü vesayet makamlarının yabancı ülkede bulunmasına ve bu makamlarının vesayete ilişkin izin kararlarının da Türkiye’de tanınmasının ya da tenfiz edilmesine imkân tanımaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki kanaatimizce böyle bir durum uygulamanın ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktır. Zira söz konusu durumun kabulü halinde vesayet altında olan kişinin günlük yaşamını olağan şekilde sürdürmesi, vesayet kurumunun amacını aşarak, aşırı derece de zorlaştırılacaktır. Örneğin sağlık sebepleri ile sürekli olarak bir başka ülkede yaşamak zorunda kalan bir kişinin sürekli olarak Türkiye’de işlem yapması gerektiği ve vesayet kararı veren ülke mahkemesinin de vesayet makamlarının iznine ihtiyaç duyulan konuları oldukça geniş düzenlediği varsayımında, vesayet altındaki kişinin sürekli olarak tanıma veya tenfiz başvurusu yapması gerekecektir. Bu durum, özellikle uzun vadede, aşırı zaman kaybına ve yüksek maliyetlerin doğmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir.

³⁵¹ Yargıtay 18. HD, 2012/12365 E. 2013/483 K. 17.01.2013 Kaynak: <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/18hd-2012-12365.htm&query=tenfiz%20yetki#fm> 03.06.2014. Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 502 dn. 264. Bu görüş Ekşi tarafından yabancı mahkeme kararının kesinleşip kesinleşmediği konusundaki değerlendirmenin Türk hukukuna göre değil ilgili yabancı hukuka göre yapılması gerektiği gerekçesi ile eleştirilmiştir.

kararı değil birer idari işlem teşkil etmektedirler. Bu nedenle bu izinlerin Türk hukukuna göre tanıma ve tenfiz işlemine tabi tutulamayacaklarının kabul edilmesi gerekmektedir.

4. Tanıma ve Tenfiz Kararı Verilebilmesinin Şartları

Türk hukukunda tanıma ve tenfiz kararı verilebilmesinin şartları arasında tek bir fark bulunmaktadır. MÖHÜK m. 54 tenfiz kararlarının verilebilmesinin şartlarını belirlemişken MÖHUK m. 58 tanımanın da bir istisna hariç olmak üzere tenfiz ile aynı şartlara tabi olacağını hüküm altına almıştır.

Tenfiz kararı verilebilmesinin şartları mütekabiliyet, kararın Türk mahkemelerin münhasır yetkisine girmeyen bir alanda verilmiş olması veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmayan bir ülke mahkemesince verilmiş olması, kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırılık taşımaması ve davalının kararın verildiği mahkemede savunma hakkını kullanamadığına ilişkin itirazda bulunmamış olması şeklinde sıralanabilmektedir. Tanıma için ise mütekabiliyet şartı hariç diğer tüm şartların sağlanması gerekmektedir-

a) Mütekabiliyet

Mütekabiliyet esasının varlığı için MÖHUK'da Türkiye ile ilamın verildiği yabancı devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanunun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması şartları aranmaktadır. Söz konusu şartlardan mütekabiliyetin hukuki ya da fiil bir durum ile sağlanmış olmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır.³⁵² Bu kapsamda öncelikle ilgili yabancı devlet ile Türkiye arasında milletlerarası bir sözleşme bulunup bulunmadığına, daha sonra ise ilgili yabancı devletin iç mevzuatının tenfize elverip elvermediğine bakılacaktır. Eğer iç mevzuatta da hüküm yoksa bu kez söz konusu yabancı ülkede fiilen kararların tenfiz edilip edilemediğinin tespiti gerekecektir. Hemen belirtmek gerekir ki yabancı ülke

³⁵² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1990/13-3 E. 1990/347 K. 13.06.1990 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/hgk-1990-13-3.htm&query=%221990/13-3%22#fm> 12.10.2014.

mevzuatının tenfize elverişli olduğu ancak bu durumla ilgili hiçbir uygulama bulunmadığı durumlarda dahi mütekabiliyet şartının yerine getirilmiş olduğunun kabulü gerekmektedir. Ancak hukuki mütekabiliyetin sağlanmış olmasına rağmen fiili mütekabiliyetin bulunmadığı ispat edilirse mütekabiliyet şartının yerine gelmediği kabul edilecektir.³⁵³ Öte yandan söz konusu ülkede henüz Türk mahkemesinin kararının tenfizine ilişkin bir talepte bulunulmamışsa, o ülkede fiili mütekabiliyetin olmadığından bahsetmek mümkün olmayacaktır.

Mütekabiliyet şartının sağlanabilmesi için yabancı ülke hukukunun Türk mahkemelerince verilen kararların tenfiz edilebilmesini, Türk hukukunun yabancı mahkeme kararlarının tenfizine ilişkin şartlardan daha ağır şartlara tabi tutmaması gerekmektedir. Yani yabancı hukuk Türk hukukuna nazaran daha ağır şartlar aramaktaysa mütekabiliyet şartının yerine getirildiğinden bahsetmek mümkün olmayacaktır. Bu kapsamda örneğin yabancı ülke hukukunun yabancı mahkeme kararının esasına girerek inceleme yapması Yargıtay tarafından Türk hukukuna nazaran daha ağır bir şart olarak belirlenmiştir.³⁵⁴

Doktrinde öne sürülen³⁵⁵ ve bizimde katıldığımız görüşe göre, mütekabiliyet esasının terk edilmesi gerekmektedir. Zira hemen her ülkenin mevzuatında yabancı mahkeme kararlarının tenfizi mümkün kılınmaktadır. Kaldı ki mütekabiliyet şartının sağlanıp sağlanmadığının tespiti son derece uzun bir süreç olup bu durum yargılamayı gereksiz yere uzatmaktadır.

*Çin hukukunda*³⁵⁶ yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için mütekabiliyet esası aranmaktadır. Ancak söz konusu ülkenin kanunlarında Türk hukukuna benzer şekilde mütekabiliyetin ne şekilde sağlanacağına ilişkin detaylı düzenleme bulunmamaktadır.

³⁵³ Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 488; Yargıtay 11. HD 2008/1284 E. 2009/980 K. 30.01.2009, Ekşi, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları**, s. 104.

³⁵⁴ Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 484.

³⁵⁵ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 498; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 174; Aksi görüş için bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 635; Doğan, **a.g.e.** s.108; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 479; Güven, **a.g.e.** s. 86.

³⁵⁶ Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Usul Kanunu m. 266.

MÖHUK m. 58 yabancı bir mahkeme kararının tanınabilmesi için, mütekabiliyet şartı hariç olmak üzere, tenfiz şartlarını taşıması gerektiğini belirtmiştir. Bunun sonucu olarak mütekabiliyet şartı yalnızca tanınması istenen kararlar için aranmamaktadır.³⁵⁷ Dolayısıyla da mütekabiliyet şartının ehliyeteye ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanması mümkün olmamaktadır. Zira ehliyeteye ilişkin uyuşmazlıkların, çok istisnai durumlar hariç, tenfiz edilmelerine ihtiyaç yoktur. Vesayet, kısıtlılık ve gaiplik gibi kişi hallerine ve ehliyeteye ilişkin konularda verilen mahkeme kararlarının tanınmaları yeterli olmaktadır. Dolayısıyla bu kararlar MÖHUK m. 58 kapsamında mütekabiliyet şartından muaf olacaklardır.

b) Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi Bulunmaması ve Yabancı Mahkemenin Uyuşmazlıkla Bağlantılı Olması

MÖHUK m. 54’de belirtilen bir diğer tanıma ve tenfiz şartı, tanınması veya tenfiz edilmesi talep edilen yabancı mahkeme kararının Türk mahkemesinin münhasıran yetkili olduğu durumlardan biri hakkında olmamasıdır. Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir durum hakkında verilen karar, Türk mahkemelerinin yetkisinin ihlal edildiği gerekçesi ile tanınmamakta ve tenfiz edilmemektedir.

Türk mahkemesinin hangi konularda münhasır yetkisinin bulunduğu ilgili yetki kuralından, kurala dâhil uyuşmazlığın yalnızca Türk mahkemeleri tarafından çözümlenebileceği anlamı çıkarılıp çıkarılamamasına göre belirlenmektedir.³⁵⁸ Türk mahkemesinin münhasır yetkisine giren uyuşmazlıklara örnek olarak Türkiye’de bulunan taşınmazlarla ilgili uyuşmazlıklar ve Türk Patent Enstitüsü’nün kararlarına

³⁵⁷ Örnek bir Yargıtay kararı için bkznz. Yargıtay 2. HD 2008/10952 E. 2008/14149 K. 27.10.2008 Ekşi, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, s.128; Yargıtay 2. HD 2009/13619 E.2008/11701 E. 11.09.2008, Ekşi, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, s. 136.

³⁵⁸ Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, s. 500; Çelikel/Erdem, *a.g.e.* s. 642; Doğan, *a.g.e.* s.110; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, *a.g.e.* s. 490; Demir Gökyayla, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni* s. 51; Ekşi, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, s. 179; Güven, *a.g.e.* s. 92; Emre Esen, *Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı*, İstanbul, 2002, s. 186 <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmhobh/article/download/1019002904/1019002499> 23.04.2014.

karşı açılacak davalar gösterilebilmektedir.³⁵⁹ Bunun yanında Yargıtay bazı kararlarında vesayete ilişkin uyuşmazlıkların, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiğini kabul etmektedir.

*İsviçre hukukunda*³⁶⁰ ise Türk hukukundan farklı olarak kararı veren yabancı mahkemenin ya da idari otoritenin milletlerarası anlamda yetkisi olması şartı, söz konusu yabancı karar hakkında tanıma veya tenfiz kararı verilebilmesi için yeterli görülmektedir. Ayrıca İsviçre hukuku aynı olayla ilgili olarak İsviçre’de bir karar verilmiş olmasını ya da yargılamanın devam ediyor olmasını bir tanıma ve tenfiz engeli olarak düzenlemiştir. Ayrıca söz konusu olayla ilgili üçüncü bir ülke mahkemesinin İsviçre’de tanınabilecek veya tenfiz edilebilecek nitelikte bir karar vermesi halinde de ilgili yabancı mahkeme kararının İsviçre’de tanınmasının ve tenfizinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir.

Vesayet kararları konusunda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunup bulunmadığı konusu doktrinde tartışılan bir konudur ve bu konu hakkında çelişkili Yargıtay kararları bulunmaktadır. Bu kapsamda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun vermiş olduğu bir kararda Türk mahkemelerinin vesayete ilişkin konularda münhasır yetkisi bulunduğuna hükmedilmiştir.³⁶¹ Vesayete ilişkin hususların Türk

³⁵⁹ Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s.368.

³⁶⁰ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 25.

³⁶¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2009/2-280 E. 2009/326 K. 08.07.2009 Kaynak: <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/hgk-2009-2-280.htm&query=5718#fm> 06.06.2014. *Karar hakkında detaylı bilgi:* Karara konu olayda Köln Sulh Hukuk Mahkemesinden alınan vesayet kararının Türkiye’de tanınması talep edilmiştir. Söz konusu olayı inceleyen Karşıyaka 2. Asliye Hukuk Mahkemesi davanın reddine karar vermiştir. Yerel mahkemenin temyiz edilen kararını inceleyen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi MÖHUK m. 42/2 gereği ihtilafsız kaza kararlarının tanınmalarının mümkün olduğunu belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin bozma kararı üzerine Karşıyaka 2. Asliye Hukuk Mahkemesi vesayet kararlarının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde olduğu ve yabancı mahkemenin vermiş olduğu vesayet kararının Türkiye’de denetim makamı tarafından denetlenmesinin mümkün olmadığı gerekçeleriyle bozma kararına direnmiştir.

Yerel mahkemenin direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu konuyu incelemek üzere toplanmıştır. Genel kurul vasi atanmasına ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunduğunu belirterek kararın tanınmasının ve tenfizinin mümkün olmayacağını öne sürmüştür. Bunun yanında tanıma ve tenfiz kararlarının Türkiye’de izin ve denetim makamları oluşmasını sağlamayacağı belirtilmiştir. Bunun yanında aksi durumun düşünülmesi halinde yurtdışındaki mahkemelerin vermiş olduğu her izin ve onay kararlarının Türkiye’de tanınması ve tenfiz edilmesi gerekeceği tespit edilmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında yer alan karşı oy yazısında, mevzuatın yabancı mahkemelerce verilmiş vesayet kararlarının tanınmasına ve tenfizine elverdiği belirtilerek, vesayet konusunda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin bulunmadığı ve dolayısıyla vesayet kararlarının tanınmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığı öne sürülmüştür.

mahkemelerinin münhasır yetkisi kapsamında olduğuna dair Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararını destekleyen, doktrinde bir takım görüşler öne sürülmüştür.³⁶² Bu görüşlere göre vesayet kararlarında maddi hukuk ile usul hukukunun paralelliği bir başka deyişle birbirlerinden ayrılmazlığı söz konusudur. Bu nedenle maddi hukuku uygulanması gereken devletin mahkemeleri aynı zamanda vesayet işlerinde de yetkili olmaktadır. Dolayısıyla da ilgili kişiye vasi tayin edilmesi Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi içinde kalmaktadır.

Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunmadığını öne süren görüşler³⁶³ ise öncelikle vesayete ilişkin konularda yetkili mahkemeyi belirleyen TMK m. 411'in amacının vesayet altına alınacak kişiyi korumak olduğunu belirtmektedirler. Bu nedenle kanun koyucunun vesayete ilişkin konularda yalnızca Türk mahkemelerinin yetkili olacağına dair bir amacının bulunmadığını öne sürmektedirler. Nitekim Yargıtay 18. Hukuk Dairesi vermiş olduğu kararda³⁶⁴ bir kişiye yurtdışından aldığı vesayet kararını Türkiye'de tanıma imkânı vermeyerek onu Türkiye'de yargılama işlemlerine tabi tutmanın AİHS m. 6'ya aykırı olacağını

³⁶² Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 523, Cemile Demir Gökyayla, "Milletlerarası Özel Hukukta Vesayet", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Ata Sakmar'a Armağan**, 2012, s. 418.

³⁶³ Musa Aygöl, "Yabancı Mahkemeden Verilen Vesayet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)", **Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 146 (Aygöl buna ek olarak doktrinde vesayet kurumunun kamu hukuku ve özel hukuk nitelikleri olan karma bir kurum olduğunu belirtmiştir. Bu görüşe göre fiil ehliyetinin kısıtlanmasına ilişkin yargılama aşaması özel hukukla ilgili kısımda vesayet yönetimi kısmı ise kamu hukuku ile ilgili kısımda yer almaktadır. Aygöl'e göre vesayet kararının tanınması, ancak kararın özel hukuk kısmı için mümkün olmaktadır. Bu kapsamda Aygöl, vesayet makamı görevlerinin Türk mahkemelerince yürütüleceği sonucuna varmaktadır); Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 222.

³⁶⁴ Yargıtay 18. HD, 2012/12365 E. 2013/483 K. 17.01.2013 Kaynak: <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlt/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/18hd-2012-12365.htm&query=tenfiz%20yetki#fm> 03.06.2014. Karara konu olan olayda yerel mahkeme davayı, vesayete ilişkin kararlar Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girdiği gerekçesi ile reddetmiştir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi, ilk olarak Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıda belirtilen kararını değerlendirerek, vesayetin yönetimi ile ilgili kararların idari nitelikte kararlar olduğunu ve temyize tabi olmadıklarını belirtmiş ve Hukuk Genel Kurulu'nun vesayete ilişkin kararlarının tanınması ve tenfizinin mümkün olmadığına dair verdiği kararın yönetim konusunda doğabilecek sorunları ortadan kaldırma amacı taşıdığını belirtmiştir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi yaptığı değerlendirme de vesayet kararlarının tanınmamasından doğan sakıncaların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin adil yargılanma hakkı başlıklı 6. maddesini ihlal edeceğini öne sürmüştür. Bunun yanında vesayete ilişkin Türk yetki kurallarının kamu düzenine ilişkin olduğunu ve vesayet altına alınacak kişiyi korumayı amaçladığını belirten 18. Daire, söz konusu yetki kurallarının devletin egemenlik hakları ile ilgisi bulunmadığına dolayısıyla da Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin söz konusu olmadığına hükmetmiştir. Son olarak 18. Daire vesayet durumunu öğrenen kişinin durumu vesayet makamına bildirilmesi yükümlülüğü karşısında, tanıma kararını veren mahkemenin gerekirse vesayet makamı olarak duruma el koymasını gerektiğini beyan etmiştir. Son olarak 18. Daire somut olayda Türk hukukuna aykırı bir durum bulunmadığını belirterek tanıma kararı verilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmadığına karar vermiştir.

belirtmiştir. Söz konusu kararda ayrıca vesayete ilişkin kuralların devletin egemenlik hakları ile ilgisi bulunmadığı ve vesayet altına alınacak kişi koruma amacı taşıdığını belirterek Türk mahkemelerinin vesayet işlerinde münhasır yetkisi bulunmadığına hükmedilmiştir. Kanaatimizce de vesayete ilişkin yetki kurallarının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde olduğunu öne sürmenin imkânı yoktur. Zira TMK'nın amacı Türk mahkemelerini münhasır yetkili kılmak değil vesayet altına alınacak kişinin en iyi şekilde korunmasını sağlamaktır. Bu nedenle münhasır yetkiden bahsetmek yerine Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu karara uygun olarak Türkiye'deki vesayet makamlarının re'sen vesayet makamları olarak harekete geçmeleri çözümü kabul edilmelidir. Böylelikle vesayet altına alınacak yabancı Türk vatandaşları ile aynı düzeyde korunabilecektir.

Tanıma ve tenfize engel olan bir diğer husus da dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesinin tanınması veya tenfiz edilmesi talep edilen yabancı mahkeme kararını vermiş olması durumudur.³⁶⁵ Türk hukuku bu kurala dayanarak hâkimin tanıma veya tenfiz talebini reddedebilmesini ancak davalının bu duruma itiraz etmesi şartıyla mümkün kılmıştır.³⁶⁶ Kanun koyucunun bu kuralı getirmesinin amacı, diğer ülkelerin aşırı yetki kurallarına dayanılarak alınan kararların tanınmasını ve tenfiz edilmesini engellemektedir.

Aşırı yetki kuralları, her kanun koyucunun kendi yetki kurallarını belirleyebilmesinden dolayı ortaya çıkan, yetki unsurunun zayıf veya önemsiz bağlama noktaları ile tespit edilerek ilgili ülke mahkemesinin yetkisinin genişletilmesi olarak tanımlanabilmektedir.³⁶⁷ Aşırı yetki kuralları ile ilgili olarak, İngiliz ve Amerikan hukuklarında bulunan tebligat yapılması ile mahkemenin yetkili hale gelmesi unsuru örnek gösterilebilmektedir. Bu kurala örnek olarak ABD'de

³⁶⁵ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 503; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 645; Doğan, **a.g.e.** s. 113; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 496; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s.235; Güven, **a.g.e.** s. 124; Ergin Nomer, **Yabancı Mahkeme İlamlarının Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni**, 2003, s. 568 <http://journals.istanbul.edu.tr/iuhmhohb/article/viewFile/1019002780/1019002370> 31.10.2013.

³⁶⁶ Konuya ilişkin bir mahkeme kararı için bkz. Kadıköy 4. Asliye Ticaret Mahkemesi 2007/1020 E. 2008/386 K. 17.06.2008, Ekşi, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları, s. 108.

³⁶⁷ Ekşi, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, s. 79, Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 496.

New York eyaletinde yer alan bir gazetenin muhabirine, muhabir bir başka eyalette görev yaparken gazetenin temsilcisi sıfatıyla tebligat yapılması ve bu tebligata bağlı olarak o eyalet mahkemelerinin yetkili hale getirilmesi verilebilmektedir.³⁶⁸ Nitekim böyle bir yargılama sonucu alınan kararın Türkiye’de tanınması veya tenfiz edilmesi açıklanan tanıma ve tenfiz şartı kapsamında mümkün olmayacaktır.

c) Türk Kamu Düzeninin Açıkça İhlal Edilmemesi

Tanıma ve tenfiz kararı verilmesine engel teşkil eden unsurlardan birisi de talep konusu mahkeme kararının Türk kamu düzenini açıkça ihlal etmesi olarak düzenlenmiştir.³⁶⁹ Buradaki kamu düzeni kavramı ile yabancı hukukun uygulanması kapsamındaki kamu düzeni kavramı aynı anlamı taşımaktadır. Yabancı hukukun uygulanması kapsamında kamu düzeninin müdahale etmesi sayesinde Türk hâkimi yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırı sonuç doğurmasını engelleyebilmektedir. Burada ise yabancı hukukun uygulanması neticesinde elde edilen mahkeme kararının doğurabileceği sonuçlar ortadan kaldırılmaktadır.

Kamu düzeninin tanımı ve özellikleri hakkında daha önceki bölümlerde yapılan açıklamalar, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda da geçerli olacaktır.

Doktrinde yabancı mahkeme kararlarının tanınması veya tenfiz edilmesi konusunda Türk kamu düzeni ihlaline sebep olabilecek bir takım durumlar belirlenmiştir. Bu durumlar yabancı mahkemenin kararın esasına uyguladığı hukukun Türk kamu düzenine aykırı olması,³⁷⁰ yargılama sırasında savunma haklarının ihlal edilmiş olması,³⁷¹ yargılamanın yapıldığı yerdeki usul hukuku

³⁶⁸ Genelle Belmas/Wayne Overbeck, **Major Principles of Media Law**, Cengage Learning, ABD, 2014, s. 23.

³⁶⁹ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 505; Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 646; Doğan, **a.g.e.** s. 113; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 497; Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni** s. 132; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s.279; Güven, **a.g.e.** s. 131.

³⁷⁰ Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni** s. 142.

³⁷¹ Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni** s. 198.

kurallarının Türk usul hukukunda yer alan temel prensiplere aykırı olması,³⁷² tenfizin kamu yararına aykırılık teşkil etmesi,³⁷³ yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin varlığı,³⁷⁴ tenfizi istenen kararın bir Türk mahkemesi kararı ile bağdaşmıyor olması,³⁷⁵ hükmün ahlaka ve doğrudan uygulanan kurallara aykırı olması³⁷⁶ şekillerinde sıralanmışlardır.

Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi konusunda kamu düzenine aykırılık konusunda denetleme yapılırken kararın esasına uygulanmış hukukun Türk kamu düzenine aykırılığı denetlenmemektedir. Bunun yerine kararın tanınması ve tenfizi halinde doğabilecek sonuçların incelenmesi ve bu sonuçların Türk kamu düzenine aykırılığı bulunup bulunmadığı incelenmektedir.

Tanımaya ve tenfiz talepleriyle ilgili bir sorun yabancı mahkeme kararının gerekçesiz olması halinde kararın tanınmasının ya da tenfiz edilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bu konudaki tartışmalar Yargıtay İçtihadı Birleştirme kurulunun vermiş olduğu yabancı mahkeme kararının gerekçesiz oluşunun kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceği yönündeki karar sonucu ortadan kalkmıştır.³⁷⁷ Ancak söz konusu içtihadı birleştirme kararı, yabancı mahkemenin hukukuna göre uygun olarak gerekçesiz verilen kararlar ile söz konusu yabancı hukuka aykırı olarak gerekçesiz verilen karar arasında ayırım yapmadığı için eleştirilmektedir. Zira ilk durumda gerekçesiz mahkeme kararının tanınması ve tenfizi uygun bulunmuşken ikinci durumda ilgili mahkeme kararının tanınması ve tenfiz edilmesi uygun bulunmamıştır.³⁷⁸

³⁷² Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni** s. 218.

³⁷³ Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni** s. 225.

³⁷⁴ Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni** s. 227.

³⁷⁵ Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni** s. 259.

³⁷⁶ Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni** s. 276.

³⁷⁷ Yargıtay İBGK, 2010/1 E. 2012/1 K. 10.02.2012 Kaynak: <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/ibgk-2010-1.htm&query=gerek%E7esiz%20mahkeme%20karar%FD%20i%E7tihad%FD%20birle%FEtirme#fm> 29.05.2014.

³⁷⁸ Cemile Demir Gökyayla, “Yeni Yargıtay Kararları Işığında Gerekçesiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Mayıs Haziran 2013 Sayı 105 -106, İstanbul, s. 25 vd.

*Çin hukukunda*³⁷⁹ kamu düzeninin müdahalesi ile ilgili olarak, yabancı mahkeme kararının Çin Halk Cumhuriyeti'nin sosyal ve kamu yararına aykırılık teşkil etmemek ve Çin hukukunun temel prensiplerine aykırılık teşkil etmemek koşulları düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda³⁸⁰ ise Türk hukukuna benzer şekilde İsviçre kamu düzenine aykırı kararların tanınması ve tenfizi mümkün olmamaktadır.

Ehliyeteye ilişkin kararların tanınması ve tenfizi konusunda kamu düzeninin açıkça ihlal edildiği durumların değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda³⁸¹ vesayete ilişkin verilen kararların Türk kamu düzeninden olduğu ve dolayısıyla bu konudaki yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu karardan öncelikle çıkarılan sonuç, hakkında vesayet kararı verilen kişiyle ilgili olarak Türkiye'de yeni bir vesayet davasının açılması gerektiğidir. Nitekim Daire'nin bozma kararı vermesindeki temel sebep, vesayet altına alınan kişiyle ilgilenecek bir Türk vesayet makamının bulunmaması ve yabancı vesayet makamının da Türkiye sınırları içerisinde görev yapmasının kamu düzenine aykırılık nedeniyle mümkün olmamasıdır.

Doktrinde öne sürülen bir görüş, yukarıda bahsedilen Yargıtay kararına paralel olarak vesayet kararlarının tanınmasının kamu düzenine aykırılık gerekçesi ile mümkün olmayacağını kabul etmektedir.³⁸² Söz konusu görüşe göre yabancı mahkemelerin vesayet makamları olarak görev yapmaları halinde, vesayet sisteminin işlemesi hiçbir şekilde mümkün olmayacaktır. Zira Türkiye'de bulunan taşınmazların aynına ilişkin izinler gibi her yabancı vesayet organlarından alınan iznin Türkiye'de tanınması mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, MÖHUK m. 10'u da göz önünde

³⁷⁹ Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Usul Kanunu m. 268.

³⁸⁰ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 27.

³⁸¹ Yargıtay 2. HD, 2005/14443 E. 2005/17022 K. 06.12.2005 <http://66.221.165.113/cgi-bin/highlight/ibb/highlight.cgi?file=ibb/files/2hd-2005-14443.htm&query=%222005/14443%22#fm> 22.02.2014. *Karara hakkında detaylı bilgi:* Karara konu olayda bir Türk vatandaşı hakkında yabancı bir ülkede verilen vesayet kararının Türkiye'de de tanınması istenmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise tanıma veya tenfiz kararının bir tespit hükmü niteliğinde olduğunu belirtilerek tanıma veya tenfiz kararının kararı veren mahkemeyi vesayet makamı haline getirmeyeceğini belirtmiştir. Bunun yanında söz konusu kararın tanınması ile yabancı vesayet makamının Türkiye içinde yetki kazanacağı ve bunun kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Bunun yanında Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, vesayet kararının, ilgili yabancı hukuk ile Türk hukukunun vesayet kararı verilebilmesi için aynı sebeplere dayanmaları halinde, delil olarak mahkemece göz önüne alınabileceğini belirtmiştir.

³⁸² Güven, **a.g.e.** s. 117.

bulundurularak, yabancı mahkemelerden alınmış vesayet kararlarının tanınmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği öne sürülmektedir ve bu durumlarda Türkiye’de yeni bir dava açılması gerektiği belirtilmektedir.

Kanaatimizce vesayete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi söz konusu değildir. Vesayete ilişkin mahkeme kararları ilgili kişinin kısıtlanması ve bu kişiye bir vasi atanması kısımlarından oluşmaktadır. Vesayet makamlarının görevleri ise, mahkeme kararı nedeniyle değil ilgili kanun gereği doğmaktadır. Dolayısıyla yabancı mahkeme kararının tanınması, yabancı vesayet makamının Türkiye’de yetki kazanması anlamına gelmeyecek ve sadece ilgili kişinin kısıtlandığı ve vasinin kim olacağını tespit edecektir. Dolayısıyla yabancı vesayet makamının Türkiye’de yetki kazanması ve bunun sonucu olarak da Türk kamu düzeninin ihlal edilmesi söz konusu olmayacaktır.

d) Adil Yargılanma Hakkına Uyulması

MÖHUK m. 54/ç’de sayılan bir diğer tanıma ve tenfiz engeli ise, kişinin adil yargılanma hakkına özen gösterilerek yargılanmamış olmasıdır. Ancak anılan düzenleme genel olarak adil yargılanma hakkının tamamını kapsamamakta ve yalnızca bazı hususların varlığı halinde tanıma ve tenfiz engeli öngörmektedir. Söz konusu unsurlar ilgili yabancı mahkemeye hakkında tenfiz istenilen kişinin usulünce çağrılmaması, söz konusu kişinin mahkemede temsil edilmemiş olması ya da yabancı ülke kanunlarına aykırı olarak kişinin gıyabında ya da yokluğunda hüküm kurulması şeklinde sıralanmıştır.³⁸³ Türk hukukunda bu tanıma ve tenfiz engeli ile ilgili olarak en önemli özellik söz konusu sebeplerin, hakkında tenfiz istenen kişi tarafından öne sürülmesi gereksinimidir. Bir başka deyişle sayılan hususları hâkimin re’sen göz önünde bulundurması mümkün değildir.

MÖHUK m. 54/ç’de sayılan özel durumlar karşısında genel olarak adil yargılanma hakkının nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelenmelidir. Doktrinde öne

³⁸³ Konuyla ilgili bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2. HD 2009/532 E. 2009/6718 K. 08.04.2009, Eki, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, s. 132.

sürülen görüşlere göre, hakkında tanıma ya da tenfiz talep edilen kişiye yabancı mahkemede, MÖHUK m. 54/ç'de sayılan durumlar hariç, adil yargılanma hakkı tanınmamışsa bu konunun Türk kamu düzeninin ihlali kapsamına girecektir.³⁸⁴ Kanaatimizce de adil yargılanma hakkının ihlalinin kamu düzeni kapsamında değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Zira söz konusu hak hem Anayasa'da hem de İnsan Hakları belgelerinde yer almaktadır. Adil yargılanma hakkına verilen bu önem karşısında bu hakkın ihlalinin öne sürmenin taraf iradesine bırakılmasında herhangi bir hukuki yarar bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere MÖHUK m. 54/ç kapsamında sayılan unsurların mahkemece re'sen dikkate alınması mümkün olmayıp söz konusu durumların davalı tarafından öne sürülmesi gerekmektedir. Kanun koyucunun yapmış olduğu bu düzenleme, adil yargılanma hakkında uyularak yapılan bir yargılamada, yargı süreçlerine iştirak etmenin zorunlu olmaması ile açıklanabilmektedir. Zira hakkında dava açılan bir kişinin mahkemeye gitmemeyi seçme hakkı bulunmaktadır. Ancak hakkında dava açılan kişiye mahkeme gelebilmesi için uygun şartların varlığının sağlanması gerekmektedir. Bu kapsamda kendisine katılım göstermesi için uygun imkânlar sağlanmasına rağmen kişinin kendi rızası ile yargılama süreçlerine iştirak etmediği durumların Türk kamu düzeni engeline takılmaması için MÖHUK m. 54/ç maddesi getirilmiştir.³⁸⁵ Böylelikle kanun koyucu açıklanan şekildeki mahkeme kararlarına konu olaylar hakkında yeniden yargılama yapılması gereğini ortadan kaldırmıştır.

*İsviçre hukukunda*³⁸⁶ konuyla ilgili olarak kişinin yerleşim yeri ya da mutat meskeni hukukuna uygun şekilde mahkemeye çağrılmamasının ve İsviçre yargılama hukukunun temel prensiplerine aykırı yargılamaların bulunması halinde, söz konusu yabancı mahkeme kararının tanınmasının veya tenfiz edilmesinin mümkün olmayacağı hüküm altına alınmıştır.

³⁸⁴ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 514; Doğan, **a.g.e.** s. 117; Şanlı/Esen/Ataman – Figanmeşe, **a.g.e.** s. 507; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 308, Çelikel/Erdem, **a.g.e.** s. 656; Demir Gökyayla, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni** s. 211.

³⁸⁵ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 513.

³⁸⁶ İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 27.

Ehliyeteye ilişkin konularda yabancı mahkemelerde yapılan yargılamalarda da MÖHUK m. 54/ç’de sayılan durumlara uygun hareket edilmemesi bir tanıma ve tenfiz engeli olarak değerlendirilecektir.

5. Tanıma ve Tenfiz Kararı Verilebilmesinin Önündeki Diğer Engeller

MÖHUK m. 55/2 yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda iki engel daha getirmektedir. Bunlardan birisi, yabancı mahkeme kararının gereklerinin kısmen ya da tamamen yerine getirilmiş olması; diğeri ise, yabancı mahkeme kararının yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olması halidir. Her iki durum da mahkemece re’sen dikkate alınabilir nitelikte olmayıp karşı taraf tarafından öne sürülmesi gereken gerekçelerdir.

Yabancı mahkeme kararının kısmen ya da tamamen yerine getirilmiş olması durumu, kararın tanınması ya da tenfizinden önce kararın gereklerinin yerine getirilmiş olması durumunu kapsamaktadır.³⁸⁷ Bu durumda artık kararın tanınması ya da tenfizi neticesinde elde edilebilecek bir hukuki yarar kalmadığı için bu kararların tanınması veya tenfiz edilmesi kanun koyucu tarafından uygun görülmemiştir.³⁸⁸ Kararın gereklerinin yerine getirilmiş olması, yapılan ifanın yabancı mahkeme kararından sonra olması ve mahkeme kararında belirtilen borca ilişkin olması gerekmektedir. Zira yabancı mahkeme kararının alındığı tarihten önce yapılan ifanın MÖHUK m. 55/2 kapsamında değerlendirilmesi, Türk mahkemesinin yabancı mahkemenin verdiği kararı esastan değerlendirmesi anlamına gelecektir. Bu durum ise kararın esastan incelenmesi yasağına aykırılık teşkil edecektir.

Yabancı mahkeme kararının yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkması durumunda da yabancı mahkeme kararının tanınması ya da tenfiz edilmesi söz konusu olmamaktadır. Kararın yerine getirilmesine engel sebepler ödeme güçlüğü gibi fiili sebepler değil zamanaşımı ya da hak düşürücü süre gibi hukuki sebepler olmak zorundadır. Bu kapsamda söz konusu yabancı mahkeme kararının bir

³⁸⁷ Konuyla ilgili bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 2. HD 2009/6063 E. 2009/8609 04.05.2009, Ekşi, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’a İlişkin Yargıtay Kararları, s. 116.

³⁸⁸ Nomer, Devletler Hususi Hukuku, s. 517; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, a.g.e. s. 512; Ekşi, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, s. 317.

Türk mahkemesi kararı ile çelişkili olması, kararın zamanaşımına uğramış olması gibi örnekler verilebilmektedir.³⁸⁹

³⁸⁹ Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, s. 512; Şanlı/Esen/Ataman – Fıganmeşe, **a.g.e.** s. 514; Ekşi, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 318 ve 320; Güven, **a.g.e.** s. 73.

SONUÇ

Çalışmamızın ilk bölümünde hak ve fiil ehliyetinin medeni hukuk anlamında karşılaştırmalı olarak incelenmesi ile hukukun en temel konularından olan söz konusu kavramlarda dahi birçok ülkenin farklı yaklaşımlar göstermekte olduğu görülmüştür. Ancak yaklaşım farklılıklarına rağmen genel olarak varılan sonuçlarda büyük farklılıklar olmadığı anlaşılmıştır. Ayrıca özel olarak Kıta Avrupası hukuk sisteminde ve İslam hukukunda yer alan hak ehliyeti kavramının artık işlevini kaybetmiş olduğu ve tarihi alışkanlıklar nedeniyle hala ülke mevzuatlarında yer almakta olduğu anlaşılmıştır. Kanaatimizce bir insanın hak sahibi olması, onun doğal hukuk düzeninden gelen bir yetkisi şeklinde değerlendirilmeli ve devlet tarafından çıkarılan bir kanun ile kişiye tanınması söz konusu olmamalıdır.

Hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukun tespitinde kullanılacak bağlama noktalarının incelenmesi ile Kıta Avrupası hukuk sistemi için en ideal bağlama noktasının vatandaşlık; Anglosakson hukuk sistemi için ise yerleşim yeri olduğu sonucuna varılmıştır. Bu kapsamda da Türk hukuku için en uygun bağlama noktasının vatandaşlık olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Çünkü vatandaşlık esası kanunlar ihtilafı kurallarının ihtiyaç duyduğu kesinliği sağlayabilmektedir. Bunun yanında vatandaşlık bağının tespit edilmesi ve ispatlanması son derece kolaydır. Bu durum hem adil kararlar verilmesine imkân tanımakta hem de yargılama süresinin uzaması ile yargılama maliyetlerinin artmasına engel olmaktadır. Ayrıca vatandaşlık esası, yurtdışında yaşayan Türk vatandaşları ile olan bağların korunmasını sağlamaktadır. Mutat mesken ve yerleşim yeri kavramlarının Türk hukukunda bağlama noktası olarak kullanılmaya elverişli olmamasının nedenleri ise söz konusu kavramların yeterince kesin olmamaları ile tespit ve ispat edilmelerinin zor olmalarıdır. Bunun yanında söz konusu bağlama noktalarının kullanılmasının getirdiği önemli bir faydadan bahsetmek de mümkün değildir. Ülkemizdeki yargı sisteminin iş yükü ve yargılama süresinin uzunluğu göz önüne alındığında, mutat

mesken ile yerleşim yeri esasları yerine vatandaşlık esasının tercih edilmesinin yerinde bir karar olacağı bir kez daha anlaşılmaktadır.

İşlem güvenliği başlığı altında ilk olarak klasik anlamda işlem güvenliği kuralı incelenmiş ve bu inceleme kapsamında kuralın şartlarından birini oluşturan “hazırlar arasında işlem yapılması” teriminin doktrinde şimdiye kadar hatalı kullanıldığı sonucuna varılmıştır. Ayrıca işlem güvenliği kuralının, doktrindeki hâkim görüşe ve konuya ilişkin Yargıtay kararına rağmen, tüzel kişiler hakkında uygulanmaması gerektiği, karşılaştırmalı hukuktan örnekler verilerek, öne sürülmüştür. İşlem güvenliği başlığı altında ikinci olarak işlem güvenliği kuralının yeniden yorumlanmasıyla elektronik ticarete karşılaşılan ehliyetsiz kişilerin işlem yapması sorununun çözümünde kullanılması önerilmiştir. Böylelikle neredeyse hiç uygulaması olmayan işlem güvenliği kuralına yeniden önem kazandırılması ve mevcut hukuki sorunların çözülmesi öngörülmüştür.

Türk mahkemelerinin, Türk hukukunun genel yetki kurallarına ek olarak Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin durumlar ile yabancıların bazı kişi hallerine ilişkin durumlarda yetkili olabilmeleri için MÖHUK’da ek maddeler bulunmaktadır. Kanaatimizce bu maddelerin getirilmesi yerindedir. Zira Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin uyuşmazlıklar için her zaman yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması, Türk vatandaşlarının hukuki koruma ihtiyaçlarını her zaman için karşılayabilmelerini sağlamaktadır. Yabancıların kişi halleri için getirilen yetki kuralı ise hem ilgili yabancı kişiyi hem Türk vatandaşlarını korumaya yöneliktir.

Ehliyete ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusu incelenirken özellikle vesayete ilişkin kararların tanınması üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda vesayete ilişkin kararların Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinde olmadığı sonucuna varılmıştır. Yine bu kararların tanınmasının kamu düzenini ihlal etmeyeceği kabul edilmiştir. Kanaatimizce yabancı mahkemece verilmiş vesayet kararının tanınması ile Türkiye’deki yetkili vesayet makamlarına karar bildirilecek ve söz konusu makamlar vesayetin Türkiye’de yürütülmesi konusunda görev yapacaktır.

KAYNAKÇA

- Afra Sina, **Dijital Pazarın Odak Noktası E-Ticaret: Dünya'da Türkiye'nin Yeri, Mevcut Durum ve Geleceğe Yönelik Adımlar**, İstanbul, TUSİAD, 2014, Erişim Tarihi: 30.06.2014
http://www.tusiad.org/__rsc/shared/file/eTicaretRaporu-062014.pdf
- Afzal, Imran S., **Domicile: Basic Principles, Common Misconceptions & Preparing for the Future**, Erişim Tarihi: 23.11.2013
http://www.taxbar.com/Domicile_Basic_Principles_Common_Misconception_s_and_Preparing_for_the_Future_IA.pdf.pdf
- Agrawal K. B./Singh Vandana, **Private International Law in India**, Kluwer Law International, 2010
- Akipek Jale/Akintürk Turgut/Ateş Karaman Derya, **Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul, Beta Basım A.Ş. 2013
- Aksaray Buse, **Roma Hukukunda Kadının Hak ve Fiil Ehliyeti**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012
- Alangoya Yavuz/Yıldırım M. Kamil/Deren Yıldırım Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 7. Baskı, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2009
- Altuğ Yılmaz/Yasan Mustafa, **Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni**, Erişim Tarihi: 03.11.2013
http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltergisi/prof.dr.ergun%20%C3%B6ner/5prof.dr.y_lmaz_altu_.pdf
- Arat Tuğrul, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, s. 421-527, Erişim Tarihi: 11.11.2013
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/338/3456.pdf>
- Arslan İlyas, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık A.Ş. 2014
- Atakan Arda, **Kamu Düzeni Kavramı**, Erişim Tarihi: 28.02.2014
<http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCltergisi/2007C.13S.1-2/59-136.pdf>
- Ayan Mehmet/Ayan Nurşen, **Kişiler Hukuku**, 5. Baskı, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2014
- Aygül Musa, **Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007
- Aygül, Musa, "Yabancı Mahkemeden Verilen Vesayet Kararlarının Tanınması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Bir Kararının Değerlendirilmesi)", **Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan**, Yetkin Yayınları, 2012, s. 135-159
- Aygün Mesut, **Güncel Gelişmeler Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti**, 2012, s. 925-972, Erişim Tarihi: 09.10.2014
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1690/18016.pdf>
- Belmas Genelle/Overbeck Wayne, **Major Principles of Media Law**, Cengage Learning, 2014

- Birks Peter, **English Private Law**, Cilt II, II Cilt, Oxford, Oxford University Press, 2000
- Birleşmiş Milletler, **The United Nations Refugee Agency Mid-Yeeaar Trends 2013**, 2013, Erişim Tarihi: 01.06.2014, <http://unhcr.org/52af08d26.html>
- Blackstone William, **Commentaries on the Laws of England**, Oxford, The Clarendon Press, 1765
- Burrows Andrew, **English Private Law**, 3. Bası, Oxford University Press, 2013
- Cheshire/North/Fawcett, **Private International Law**, 14. Baskı, Editörler: James Fawcett/Janeen M. Carruthers/Peter North, Oxford, Oxford University Press, 2008
- Collier J. G., **Conflict of Laws**, Cambridge, Cambridge University Press, 2004
- Çakırer Mehmet Akif, **Elektronik Ticaret**, Bursa, Ekin Yayıncılık, 2013
- Çelikel Aysel, **Devletler Hususi Hukukunda Bağlanma Kaidelerinin Tespitinde Uygulanan Yeni Bir Metod**, s. 231-248. Erişim Tarihi: 14.01.2014 <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023004256/1023003848>
- Çelikel Aysel/Erdem B. Bahadır, **Millletlerarası Özel Hukuk**, 13. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2014
- Çelikel Aysel/Gelgel Öztekin Günseli, **Yabancılar Hukuku**, 17. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2011
- Demir Gökyayla Cemile, "Millletlerarası Özel Hukukta Vesayet", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Ata Sakmar'a Armağan**, 2012
- Demir Gökyayla Cemile, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2001
- Demir Gökyayla Cemile, "Yeni Yargıtay Kararları Işığında Gereksiz Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi", **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Mayıs Haziran 2013 Sayı 105 -106, İstanbul, 2013
- Doğan Vahit, **Millletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2013
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, **Aile Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, **Kişiler Hukuku**, 14. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013
- Ekşi Nuray, **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2013
- Ekşi Nuray, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a İlişkin Yargıtay Kararları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010
- Ekşi Nuray, **Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi**, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2000
- Erdem Bahadır, "22.11.2001 Tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Türk Mahkemelerinin Yetkisine İlişkin Kurallar ve Bu Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi", **Millletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni** Sayı 22, Cilt 2, 2002, s. 149-181, Erişim Tarihi: 21.04.2014 <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmhmb/article/view/1019002903/1019002498>
- Erdem Bahadır, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2013
- Ersen Perçin Gizem, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği**, 2008, s. 51-63, Erişim Tarihi: 24.07.2017

- <http://journals.istanbul.edu.tr/iuhmhohb/article/viewFile/1019002438/1019002028>
- Erten Rifat, **Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararları Hakkında Tenfiz Kararı Almak Her Zaman Zorunlu Mudur?**, 2005, s.195-212, Erişim Tarihi: 28.06.2014
<http://journals.istanbul.edu.tr/iuhmhohb/article/download/1019002511/1019002101>
- Esen Emre, **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Münhasır Yetki Kavramı**, 2002, s. 183-206, Erişim Tarihi: 23.04.2014
<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmhohb/article/download/1019002904/1019002499>
- Göğür Erdoğan, "Devletler Hususi Hukuku Yönünden İkametgah" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 26, Sayı 3-4, 1969, s. 237-252. Erişim Tarihi: 04.04.2014 dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/324/3222.pdf
- Güven Pelin, **Tanıma - Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013
- Hatemi Hüseyin, **İslam Hukuku Dersleri**, 4. Bası, İstanbul, Sümer Kitabevi, 2012
- Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler)**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
- Hay Peter/Weintraub Russel J./Borchers, Patrick J., **Conflict of Laws**, 13. Baskı, Foundation Press, 2009
- Hayakawa Yoshihisa, "International Adjudicative Jurisdiction in Japan." Editörler: Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani, **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008 s. 367-376
- Hodson David, **Marinos: Residence, Habitual Residence, Domicile And Athens Airport**, 2007, Erişim Tarihi: 21.03.2014
<http://www.davidhodson.com/assets/documents/marinos.pdf>
- Işıқтаç Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006
- Kanada Adalet Bakanlığı, **The Concepts of Habitual Residence and Ordinary Residence in Light of Quebec Civil Law, the 1985 Divorce Act and the Hague Conventions of 1980 and 1996**, 2006, Erişim Tarihi:13.02. 2014
http://www.justice.gc.ca/eng/rp-pr/fl-lf/divorce/rhro_qc/pdf/rhro_qc.pdf
- Karlı Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2011
- Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 21. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010
- Mayss Abla, **Principles of Conflict of Laws**, 3. Bası, Londra, Cavendish Publishing Limited, 1999
- Miles Christine/Dowler Warwick, **A Guide to Business Law**, 19. Baskı, Sydney, Thomson Reuters, 2011
- Nomer Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, 20. Bası, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2013
- Nomer Ergin, **Yabancı Mahkeme İlamların Tenfizinde Mahkemenin Yetkisi ve Kamu Düzeni**, 2003, s. 565-577, Erişim Tarihi:31.10.2013
<http://journals.istanbul.edu.tr/iuhmhohb/article/viewFile/1019002780/1019002370>
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 9. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2009
- Oğuzman M. Kemal/Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Cilt I, II Cilt, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013

- Özdemir Kocasakal Hatice, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2003
- Özdemir Hatice, "Devletler Özel Hukukunda İşlem Güvenliği Kuralı", **Argumentum Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Sayı 57, 1998, s. 459-466, Erişim Tarihi: 13.05.2014
http://dosya.marmara.edu.tr/huk/Argumentum/ARGUMENTUM-1998-EK_M_KASIM_ARALIK_57.pdf
- Özkan Işıl, **Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara, Naturel Yayıncılık, 2003
- Öztan Fırat, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 17. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2012
- Pazarcı Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 8. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2009
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013
- Ruhi Ahmet Celal/Kaplan Yavuz Kaplan, **Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)**, Erişim Tarihi: 27.05.2014.
<http://dergipark.ulakbim.gov.tr/iumhmohb/article/viewFile/1019002955/1019002553>
- Schacht Joseph, **An Introduction to Islamic Law**, New York, Oxford University Press, 1982.
- Serozan Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm / Kişiler Hukuku**, 4. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
- Seviğ Vedat R., **Borçlanma Ehliyetini Yöneten Kanun**, s. 89-103, Erişim Tarihi: 18.03.2014
<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iumhad/article/view/1023002663>
- Slavery's Roots: War and Economic Domination**, Erişim Tarihi: 21.11.2013
<https://www.freetheslaves.net/SlaveryinHistory>
- Sözer Bülent, **Elektronik Sözleşmeler**, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 2002
- Şanlı Cemal/Esen Emre/Ataman - Fıganmeşe İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014
- Şit Banu, "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2011, s. 61-74, Erişim Tarihi: 29.12.2013 http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/15_1_3.pdf
- Tahiroğlu Bülent/Erdoğan Belgin, **Roma Hukuku Dersleri**, 5. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2009
- Tekinalp Gülören/Uyanık Çavuşoğlu Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011
- Tekinalp Ünal, **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013
- The Law Reform Commission, **Domicile and Habitual Residence**, Erişim Tarihi: 12.12.2013
http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/wpHabitualResidence.htm
- The United Nations Refugee Agency, **Mid-Year Trends 2013**, 2013
- Tiryakioğlu Bilgin, "Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", **Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan Yetkin Yayınları**, 2012, s. 1141-1165
- Umur Ziya, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Beta Basım A. Ş. 1999

- Üçok Çoşkun/Mumcu Ahmet/Bozkurt Gülnihal, **Türk Hukuk Tarihi**, 13. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008
- Ülgen Hüseyin/Helvacı Mehmet/Kendigelen Abuzer/Kaya Arslan, **Kıymetli Evrak Hukuku**, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009
- Von Tuhr Andreas, **Borçlar Hukuku**, 2. Baskı, Çeviren Cevat Edege, Ankara, Yargıtay Yayınları, 1983
- Walk Free Foundation, **The Global Slavery Index 2013**, 2013, Erişim Tarihi: 28.12.2013 http://www.ungift.org/doc/knowledgehub/resource-centre/2013/GlobalSlaveryIndex_2013_Download_WEB1.pdf
- Weis Paul, **The Refugee Convention 1951 The Travanx Preparatoires Analysed with a Commentary**, Erişim tarihi 25.05.2014 <http://www.unhcr.org/4ca34be29.html>
- Winter Stephan I., **Home is where the Heart is: Determining "Habitual Residence" under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction**, s. 351-385. Erişim Tarihi: 01.07.2014 <http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=wujlp>
- Worthington Sarah, **Equity**, New York, Oxford University Press, 2003
- Yasan Candan, **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013
- Yokomizo Dai, "International Company Law in Japan." Edited by Jürgen Basedow/Harald Baum/Yuko Nishitani, **Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective**, Mohr Siebeck, Tübingen, s. 175-187, 2008
- Zweigert Konrad/Kötz Hein, **Introduction to Comparative Law**, 3. Baskı, Oxford, The Clarendon Press, 1998
- İsviçre Medeni Kanunu**
<http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf>
- İsviçre Federal Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu**
[http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20\(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.\).pdf](http://www.hse.ru/data/2012/06/08/1252692468/SwissPIL%20%D0%B2%20%D1%80%D0%B5%D0%B4.%202007%20(%D0%B0%D0%BD%D0%B3%D0%BB.).pdf)
- Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Hukukunun Temel Prensipleri Hakkında Kanun**
<http://jura-foerster.de/data/documents/China-General-Principles-etc..pdf>
- Yabancı Unsurlu Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Çin Halk Cumhuriyeti Kanunu**
http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=206611
- Çin Halk Cumhuriyeti Medeni Usul Kanunu**
<http://jura-foerster.de/data/documents/China-General-Principles-etc..pdf>
- Almanya Medeni Kanunu**
http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf
- Almanya Medeni Kanununa Giriş Kanunu**
http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/introductory_act_to_the_civil_code.pdf
- Japonya Yabancı Hukukların Uygulanmasında Genel Kurallar Hakkında Kanun**
http://blog.hawaii.edu/aplpj/files/2011/11/APLPJ_08.1_anderson.pdf
- İngiltere Ölüm Karinesi Kanunu 2013**
http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/13/pdfs/ukpga_20130013_en.pdf
- İngiltere Sözleşmeler (Uygulanacak Hukuk) Kanunu 1990**

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/36/contents>

Hindistan Sözleşmeler Kanunu 1872

<http://districtcourttallahabad.up.nic.in/articles/ICAct.pdf>

İspanya Medeni Kanunu

http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=221319

Filipinler Medeni Kanunu

http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=225740

Katar Medeni Kanunu

http://www.almeezan.qa/LawView.aspx?opt&LawID=2559&language=en#Section_8875

Katar Küçüklerin Maddi Değerlerinin Koruması Hakkında Kanun

<http://www.almeezan.qa/MOJPortal/LocalPdfLaw.aspx?Target=307&language=en>

ÖZGEÇMİŞ

Fatih Burak Uzun 1990 yılında Bursa’da doğmuştur. Bursa Ulubatlı Hasan Anadolu Lisesinde orta öğretimi tamamlamıştır. Daha sonra İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde lisans eğitimini tamamlamıştır.

Fatih Burak Uzun’un İstanbul Barosu Dergisi’nin Mart – Nisan 2014 sayısında yayımlanmış *“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Doğrultusunda Devletin Yaşam Hakkına Müdahalesi”* adlı bir makalesi bulunmaktadır.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı : Fatih Burak Uzun
Tez Başlığı : Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti
Savunma Tarihi : 21 Kasım 2014
Danışmanı : Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı, Soyadı

İmza

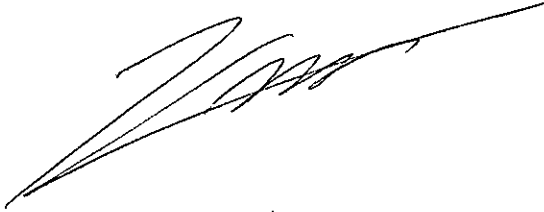
1. Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal



2. Prof. Dr. Ziya Akıncı



3. Doç. Dr. Faruk Kerem Giray



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman Öztekin

