

^HYABANCILIK UNSURUNUN MAHİYETİ VE YARGILAMADAKİ ROLÜ

*Yrd. Doç. Dr. Mesut AYGÜN**

GİRİŞ

Yabancılık unsuru (yabancı unsur), hem kanunlar ihtilâfi hukuku, hem de milletlerarası usul hukuku bakımından varlık nedenidir. Uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması halinde, yargılama faaliyeti bakımından Türk milletlerarası usul hukuku sahasına; uygulanacak hukuk bakımından ise Türk kanunlar ihtilâfi hukuku sahasına girilmektedir. Keza, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)un¹ 1. maddesinin 1. fıkrasında² bu husus açıkça düzenleme altına alınmıştır. Öte yandan MÖHUK dışında diğer kanunlarda da kanunlar ihtilâfi kuralları bulunabilir. Bu düzenlemelerde açıkça yabancılık unsurundan söz edilmese dahi, kanunlar ihtilâfi kurallarının ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar bakımından söz konusu olması, aslında her kanunlar ihtilâfi kuralının içeriğinde onun uygulanmasını emreden gizli bir yabancılık unsurunun varlığına işaret etmektedir. Bir kanunlar ihtilâfi kuralının içeriğinde dört unsur vardır: Bağlama konusu, bağlama noktası, uygulama emri ve yap-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, maygun@anadolu.edu.tr

¹ Kanun için bkz. RG. 12.12.2007 - 26728.

² **Kapsam**

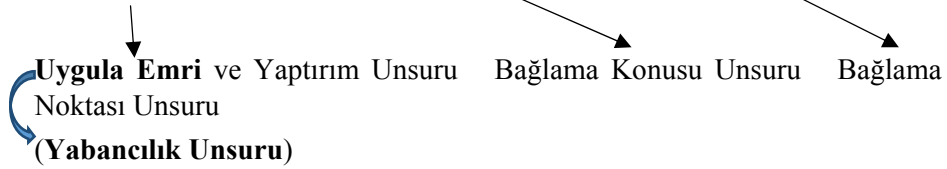
MÖHUK Madde 1 – (1) Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir.

(2) Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır.

tırım unsurları. Bağlama konusu ve bağlama noktası unsuru, kanunlar ihtilâfi kurallarını karakterize eden unsurlar olmakla birlikte, diğer iki unsur aslında her hukuk kuralının içerisinde olması gereken unsurlardır. Uygulama emri unsuru, uygulayıcısına, kuralın uygulanmasını işaret ve emreder. Kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasının ancak uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşınması halinde mümkün olması, kuralın uygulanması sağlayacak olan uygulama emri ile yabancılık unsuru arasındaki sebep sonuç ilişkisini açıkça ortaya çıkarmaktadır.

Bilindiği üzere, kambiyo senetlerine ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralları, Türk Ticaret Kanununda (TTK) düzenlenmiştir (m. 766-775; m. 819-823). TTK'nın ilgili hükümlerinde yabancılık unsurundan söz edilmemesine rağmen, söz konusu kanunlar ihtilâfi kurallarının, yabancılık unsuru taşıyan kambiyo senetlerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacağı yukarıdaki tespitlerimizden hareketle şüphesizdir. Bu tür kanunlar ihtilâfi kurallarında yer alan yabancılık unsurunu bir örnek üzerinden gösterelim (TTK m. 766/I. f.):

“Police ile yapılan borçlanmaların şekli, bu borçlanmaların imzalandığı ülkenin hukukuna tâbidir.”



6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 33. maddesine göre: “Hâkim Türk hukukunu resen uygular”. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta, yabancı hukukun davada hangi hallerde uygulanacağını tespit edilmesi, Türk hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarına göre yapılmaktadır ki, bu, Türk hukukunun uygulanması anlamını taşır, şüphesiz bu işi hâkim resen yapacaktır³. Uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanması söz konusu olduğunda, yabancı hukuktaki ilgili kuralın belirlenmesi ve yorumlanması noktasında HMK m. 33 hükmünün tek başına yeterli olmayacağı açıktır. Bu

³ Umar, Bilge (2011), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 141

durumda MÖHUK m. 2/I ve II. fıkra⁴ devreye girecektir. MÖHUK'un ilgili hükümleri, hâkime bazı görevler yüklemektedir. Buna göre hâkim, yabancı unsurlu uyuşmazlık söz konusu olduğunda, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını araştırıp uygulamakla⁵; eğer kanunlar ihtilâfi kuralları yabancı bir hukukun uygulanmasını işaret ediyorsa, bu yabancı hukuku da uygulamakla resen yükümlüdür. Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde, yabancı hukukun uygulanması bakımından, bir vakıa gibi tarafların iddia ve ispat etmesine gerek olmaksızın, hukuk kuralının uygulanmasında olduğu gibi hâkimin resen hareket etme yükümlülüğünün bulunduğu, artık tartışma götürmeyen bir konudur⁶. MÖHUK'a da yansıyan bu görüş, sadece hâkim açısından değil, uyuşmazlığın lehine çözümünde hukuki yararı bulunan davanın tarafları açısından da önem taşımaktadır. Bu bağlamda tarafların yabancılık unsurunu belirlemeleri; hukuki sebep, kanunlar ihtilâfi kuralı ve uygulanacak hukukun hükümlerine yönelik hazırlık yaparak dava malzemelerini mahkemeye sunmaları yargılamanın yürütülmesi ve etkinliği bakımından çok önemlidir. Dolayısıyla öncelikle uyuşmazlığın yabancı unsur taşıyıp taşımadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Bilindiği üzere, medeni yargılama hukukunda taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir. Bu ilke HMK m. 25'te düzenlenmiştir. Buna göre, *kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi*

⁴ **Yabancı hukukun uygulanması**

MÖHUK Madde 2 -(1) Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re 'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir.

(2) Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin tüm araştırmalara rağmen tespit edilememesi hâlinde, Türk hukuku uygulanır.

...

⁵ Hâkimin araştırmakla yükümlü olduğu kanunlar ihtilâfi kurallarından sadece MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilâfi kuralları değil, MÖHUK dışında diğer kanunlarda (örneğin TTK'da) yer alan kanunlar ihtilâfi kuralları da anlaşılmalıdır. Dolayısıyla, Hâkim, MÖHUK dışında diğer kanunların kapsamında yer alan özel hukuka ait işlem ve ilişkilerden doğan tüm uyuşmazlıkların yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını tespit etmelidir. Bu tespitin, söz konusu uyuşmazlığın kendi lehine çözümünde menfaati olan yanlar bakımından da öneme sahip olduğu unutulmamalıdır.

⁶ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Nomer**, Ergin (1972), Davada Yabancı Kanun, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1739 (Davada Yabancı Kanun).

veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Yine, kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz. Dolayısıyla, dava malzemelerinin mahkemeye tam olarak getirilmemesinin sorumluluğu davanın taraflarına aittir⁷.

Peki, yabancı unsur taşıyan bir uyuşmazlıkta, davanın tarafları yabancılık unsurunu gözden kaçırmışlar ancak dava malzemesinin içeriğinden yabancılık unsuru basit bir inceleme ile anlaşılabilir mi? Yabancılık unsuru, bir vakıa unsuru mudur yahut hukukî bir unsur mudur? Yabancılık unsuru dava şartı olarak değerlendirilebilir mi? Hâkimin yabancılık unsurunu göz ardı etmesinin ne gibi yaptırımları söz konusu olabilir?

Bu çalışmada yukarıdaki sorulara cevaplar ararken, yabancı hukukun nasıl uygulanacağından ziyade, kanunlar ihtilâfi kurallarını devreye sokan, yabancı hukukun uygulanabilme ihtimalini de ortaya koyan yabancılık unsurunun mahiyeti, tespiti ve yargılamadaki rolü üzerinde durulacaktır. Çalışma plânı olarak, öncelikle yabancılık unsuru genel hatlarıyla incelenecek, daha sonra medeni usul hukukuna hâkim olan ilkeler, vakıa unsuru hukukî unsur, dava şartı, ön inceleme, hâkimin sorumluluğu gibi medeni usul hukukunun temel konuları ile yabancı unsur arasındaki ilişki ele alınacaktır. Ayrıca çalışma konumuzu ilgilendiren yargı kararlarına da yer verilecek olup, ulaştığımız neticeleri içeren sonuç kısmı ile çalışma son bulacaktır.

I. YABANCILIK UNSURU

Bir uyuşmazlığın kanunlar ihtilâfi hukukunun kapsamına girebilmesi için o uyuşmazlığın yabancı unsur (milletlerarası unsur) içermesi gerekir. Yabancı unsur içeren uyuşmazlık, yabancı unsurun temas ettiği hukuk düzenleri ile irtibatlı hale gelir. O hukuk düzenleridir ki, uyuşmazlığın kendi otoriteleri altında çözümünü istemekte ve karşı karşıya gelmektedirler. Söz konusu uyuşmazlığa doğrudan davanın açıldığı mahkemenin hukukunu uygulamak, tarafların beklentileri veya uyuşmazlığa konu hukuki işlem veya

⁷ Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet (2013), Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 363.

olayın gerçekleştiği yerin menfaatleriyle uyuşmayabilir. Yabancı unsurlu uyuşmazlıkların çözümünde ulaşılmaya hedeflenen milletlerarası özel hukuk adaletini sağlama gayesi, kanunlar ihtilâfi hukuku metodolojisi çerçevesinde uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespit edilmesini gerektirmektedir.

Mahiyeti itibarıyla kanunlar ihtilâfi hukukundan farklı yönleri olan milletlerarası usul hukukunun da devreye girebilmesi için uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması gerekmektedir. Keza, milletlerarası yetki kuralları, davada yabancıların tâbî oldukları statüye ilişkin (örneğin, teminat göstermeye yükümlülüğünü düzenleyen) kurallar ile yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizini, yabancı ülkelerde yapılacak tebligat ve davetler gibi yargılamaya ilişkin hususları düzenleyen milletlerarası usul hukukuna özgü kuralların uygulanması söz konusu olacaktır. Bu tür kuralların uygulanabilmesi için, hukuki olay veya ilişkinin yabancı ülkede gerçekleşmesi, davanın taraflarından en az birinin yabancı uyruklu olması veya tanıma ve tenfiz gibi müesseseleri devreye sokan yabancı mahkeme kararının etkilerinin ülkeye taşınması talebi gibi dış hukuk ile irtibat sağlayan yabancılık unsurunun varlığını tayin etmek önem arz eder⁸.

Yabancılık unsuru, herhangi bir hukukî olay veya ilişkiyi hâkimin mensup olduğu devletin hukuk düzeni dışında, en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale getiren unsurdur⁹. Bu tanımdan hareketle, hukukî olay veya ilişkinin yabancı unsur taşıdığı kabul edilebilmesi için, o olay veya ilişkinin yabancı ülkeyle illakî yer bakımından irtibatının bulunması

⁸ **Nomer**, Ergin (2013), Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 365 (Devletler Hususi Hukuku).

⁹ **Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, s. 5 vd.; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 5 vd.; **Doğan**, Vahit (2013), Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 25-27 (Milletlerarası Özel Hukuk); **Tekinalp**, Gülören/**Uyanık Çavuşoğlu**, Ayfer (2011), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 22; **Aybay**, Rona/**Dardağan**, Esra (2001), Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilâfi), İstanbul, Aybay Yayınları, s. 7 vd.; **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman Figanmeşe**, İnci (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 59 vd.; **Aygün**, Mesut, “Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. LXI, S. 3: 925-972, s. 928 vd.

şart değildir. Olay veya ilişkinin yabancı hukuk düzeni ile herhangi bir şekilde irtibatlı hale gelmesi gerekli ve yeterlidir¹⁰. Örneğin, evlenmede, eşlerden birinin yabancı uyruklu olması, evlenmenin yabancı bir ülkede yapılması; haksız fiilde, haksız fiilin yabancı bir ülkede meydana gelmesi; sözleşmelerde, sözleşmenin konusunun, yapıldığı yerin veya ifa yerinin yabancı ülkede bulunması, sözleşmenin taraflarından birisinin yabancı olması; milletlerarası usul hukuku bakımından yabancı mahkeme veya hakem kararının ülkedeki kesin hüküm veya icra edilebilirlik etkisinin sağlanması gibi hususlar yabancılık unsurunun varlığını ortaya çıkarmaktadır¹¹. Buradan hareketle, klâsik anlayışa göre, yabancılık unsurunun, ya şahıs bakımından, ya da yer bakımından olmak üzere genellikle iki şekilde ortaya çıktığını söyleyebiliriz¹².

Ancak, son dönemde, özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, hukukî ilişki, klâsik anlamda yabancı unsur içermese dahi, milletlerarası ticaretin menfaatleri söz konusu ise, hukuki ilişkinin yabancı unsurlu olduğu kabul edilmektedir¹³. 1920'li yıllardan itibaren Fransız mahkeme kararla-

¹⁰ **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 26.

¹¹ **Ekşi**, Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 12, 1992, S. 1-2: 1-10, s. 3 ("Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler"); **Çelikel/ Erdem**, s. 8 vd.; **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 26 vd.

¹² Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda bu hususa vurgu yapmıştır: "... İş akdi, kişiler arasında karşılıklı ve uygun irade beyanıyla oluştuğu ve bunların menfaatlerini düzenlediğinden dolayı, bir özel hukuk ilişkisi olduğu ve kişi ve toprak bakımından yabancı unsur taşıdığı takdirde, Milletlerarası Özel Hukukun uygulama alanına gireceği ve akdin taraflarından en az birinin yabancı tebaalı olması veya işin görüldüğü yerin yabancı toprağı olması halinde, kişi ve toprak bakımından yabancı unsurun oluşacağı belirgindir...". Karar için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 7.6.1989 tarih E. 1989/10-316, K. 1989/411 (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

¹³ **Lando**, Ole, "The Conflict of Laws of Contracts. General Principles (General Course of Private International Law)", Recueil Des Cours, Vol. 189, 1984, N. VI: 225-447; s. 286; **Delaume**, G. R. (1986), Transnational Contracts, *New York*, s. 408; **Mayer**, Pierre (1991), Droit International Privé, 4e éd., Paris, s. 437; **Şanlı**, Cemal (1986), Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 29 vd.; **Akıncı**, Ziya (1994), Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizî, Ankara, s. 25-26; **Tiryakioğlu**, Bilgin (1996), Taşınır

rında gelişen ve sözleşmenin ekonomik yönünü ön plâna çıkaran bu anlayışa göre, ülkeler arasında mal veya sermaye girişi ile iktisadi değer çıkışını konu edinen sözleşmeler, milletlerarası nitelikte olup, yabancılık unsuru taşımaktadırlar¹⁴. Bu bağlamda, milletlerarası ticareti ilgilendiren veya milletlerarası ticaretin menfaat alanına giren sözleşmeler yabancı unsurlu sözleşme olarak kabul edilmektedir¹⁵. Burada öne çıkan husus, sözleşmenin doğurduğu ekonomik sonuçların, birden fazla devletle ilgili olmasının, sözleşmeyi milletlerarası sözleşme niteliğine büründürmesidir¹⁶. Sözleşmeden kaynaklanan milletlerarası tahkim uyuşmazlıkları bakımından da kabul gören bu görüş, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun yabancılık unsuru başlığını

Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 6; **Akıncı**, Ziya (1996), Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, s. 8 (Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri); **Şanlı**, Cemal (2011), Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 6 (Uluslararası Ticari Akitler); **Eksi**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 5; **Çelikel/Erdem**, s. 328; **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 26; **Doğan**, Vahit (2011), Banka Teminat Mektupları, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 159; **Çalışkan**, Yusuf (2014), Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilâfi Meseleleri, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 55; **Toker**, Ali Gümrak, “Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2010, C. XII, Özel Sayı (Burhan Ceyhan’a Armağan-II): 991-1052, s. 993 vd.

¹⁴ **Akıncı**, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, s. 8.

¹⁵ Doktrinde, bu görüşü açıklamaya yönelik teminat mektubu ilişkisi üzerinden örnek verilmiştir: Türkiye’de açılan milletlerarası bir ihalede yabancı firma lehine, Türk vatandaşı A, Türk bankasından teminat mektubu verilmesini talep etmiştir. Teminat mektubu ilişkisi, muhatap Türk vatandaşı ile Türk bankası arasında olup, lehdar yabancı firma ile muhatap Türk arasındaki temel ilişkiden bağımsızdır. Temel ilişkide yabancılık unsuru bulunmasına rağmen, teminat mektubu ilişkisinde yabancılık unsuru bulunmamaktadır. Yazara göre, teminat mektubu ilişkisi klâsik manada yabancı unsur taşımaya bile, taraflar arasındaki ilişkinin milletlerarası ticaretin menfaatlerine hizmet eden bir ilişki olup olmadığı değerlendirilmelidir. Eğer teminat mektubu ilişkisi, milletlerarası ticaret hayatını ilgilendiriyorsa, taraflar arasındaki ilişki, milletlerarası niteliğe haizdir ve yabancı unsurlu borç ilişkisinin varlığından söz edilebilir: **Doğan**, Banka Teminat Mektupları, s. 159.

¹⁶ **Delaume**, s. 408.

taşıyan 2. maddesinde¹⁷ yerini bulmuş ve Türk pozitif hukukuna yansımıştır. Ancak yabancılık unsuru için ekonomik ölçüt getiren bu yaklaşımın genel kabul görmesini sağlayacak MÖHUK'ta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Keza bu yaklaşımın, sadece ticari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından söz konusu olabileceği de unutulmamalıdır.

Yabancılık unsuru her hukuki işlem veya ilişki türü açısından farklılık arz edebilir¹⁸. Nitekim MÖHUK m. 1'de "yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerden" söz edilmiş, ancak yabancılık unsurunun hangi durumlarda ortaya çıkacağı düzenlenmemiştir; bunun tespiti doktrin ve uygulamaya aittir. Özel hukuka ilişkin hukuki işlem veya ilişkilerde hangi durumda yabancı unsurun bulunduğunu önceden tespit etmek mümkün değildir. Bu nedenle, her somut uyuşmazlık açısından hukuki işlem veya ilişkinin türüne göre yabancı unsurun mevcut olup olmadığı araştırılmalıdır¹⁹.

¹⁷ **Yabancılık unsuru**

MTK Madde 2 - Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.

...

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.

4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.

...

¹⁸ Örneğin, "... ödenmek üzere bir Türk bankasına ibraz edilen ve keşidecisinin de Alman vatandaşı olduğu çekle ilgili Türk mahkemelerinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunmaktadır...": **Aygün**, s. 928 vd.; İş sözleşmesi bakımından, "...işverenin işletme merkezinin yurt dışında bulunması, iş sözleşmesinin yabancılık unsuru içerdiğinin bir göstergesidir...": **Tarman**, Zeynep Derya, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. LIX, S. 3: 521-550, s. 526; Başka bir örnek vermek gerekirse, "...iki Türk firmasının Romanya'da bir köprü yapımı işi için açılan ihaleye müşterek taahhüt vermek ve işi birlikte üstlenmek için aralarında yapacakları bir ortak girişim sözleşmesi yabancılık unsuru taşıyacaktır...": **Öztürk**, Pınar (2001), Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 92.

¹⁹ **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 27.

Yabancılık unsurunun hukuki işlem veya ilişkide bulunma zamanını da tespit etmek gerekir. Bu, hukuki işlem veya ilişkinin mahiyetine göre farklı şekilde gerçekleşebilir. Kural olarak, hukuki işlem veya ilişkide yabancılık unsurunun bulunma zamanı bakımından davanın açıldığı tarih dikkate alınmalıdır. Örneğin, Türkiye’de yaşayan Alman vatandaşı Hans’ın yine Türkiye’de yaşayan eşi Helga’dan boşanmak için Antalya Aile Mahkemesi’nde dava açmasında şahıs bakımından yabancılık unsuru bulunmaktadır. Yabancılık unsurunun bulunma zamanı bakımından, Hans’ın Türkiye’de dava açtığı tarihteki yabancı uyrukluğu dikkate alınacaktır. Ancak bu kuralın iki istisnası söz konusu olabilir. İlki, hukuki işlem veya ilişkinin mahiyetinden kaynaklanan durumlardır. Örneğin, haksız fiilin gerçekleştiği yerin yabancı ülkede olması bakımından, yabancılık unsurunun bulunma zamanı olarak, haksız fiil ilişkisinin gerçekleştiği an dikkate alınacaktır. Başka bir örnek verecek olursak, sözleşme konusunun yabancı ülkede olmasının yabancı unsur olarak kabul edildiği durumlarda, yabancı unsurun gerçekleşme zamanı bakımından, sözleşme konusunun, sözleşmenin yapıldığı anda yabancı ülkede mevcut olması gerekir. İkinci istisna, gerçekleşme ihtimali çok sınırlı olsa da, Türk hukukunun emredici hükümlerinden kaçınmak amacıyla, iyi niyet kurallarına aykırı olarak, sonradan yabancılık unsuru tesis edilerek dava açılması halidir. Kanuna karşı hile arz eden bu durumda yabancılık unsurunun varlığı şüphe altındadır. Böyle bir durumda hâkim, yabancı hukuk düzeni veya düzenleri ile irtibatı olan, gerçek anlamda yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Bu araştırma yükümlülüğü hâkimin davayı aydınlatma ödevinden doğmaktadır. Şu husus unutulmamalıdır ki, hukuki işlem veya ilişkinin türüne göre, en az bir yabancı hukuk düzeni ile irtibat sağlayan yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığı, her somut uyumsuzluk bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

Bir hukuki ilişki veya olayın bütün unsurları davanın açıldığı devlet (for) ile bağlantılı ve yabancı bir devlet ile herhangi bir bağlantı söz konusu değilse, o hukuki olay veya ilişkiden doğan uyumsuzluğun çözümü iç hukuka aittir. Eğer hukuki ilişki veya olayın unsurlarından en az biri for devleti dışında bir devlet ile bağlantılı ise (ki böyle bir durumda objektif anlamda yabancılık unsurunun varlığından söz edilmektedir) yabancılık unsuru taşı-

yan bir uyuşmazlık söz konusu olur²⁰. Örneğin, bir İngiliz vatandaşı hakkında vesayet kararı verilmesi ve kendisine vasi tayin edilmesi için İstanbul mahkemesine başvurulmasında ilgilinin İngiliz vatandaşı olması bakımından yabancılık unsuru söz konusudur.

Yabancılık unsuru, uyuşmazlığa bakan mahkeme açısından tespit edilir. Yukarıdaki vesayete ilişkin örnekten hareket edecek olursak, yabancı bir devlet ile herhangi bir bağlantısı olmayan vesayete ilişkin uyuşmazlık için İngiliz mahkemelerine başvurulsaydı, İngiltere açısından yabancılık unsuru bulunmayan, tamamen İngiliz hukukuna tâbi bir uyuşmazlıktan söz edecektik. Aslında iç hukuka ait bir uyuşmazlığın yabancı bir ülkede dava konusu yapılması uyuşmazlığa yabancılık unsuru katmaktadır²¹. Dolayısıyla yabancılık unsuru, davaya bakan mahkeme açısından gerçekleşeceğinden göreceli (nisbi) yönünün bulunduğu da söylenebilir²².

Doktrinde ve uygulamada yabancılık unsuru kavramı yanında, milletlerarası unsur, kanunlar ihtilâfi içeren unsurgibi terimler de kullanılmaktadır. Milletlerarası unsur veya kanunlar ihtilâfi içeren unsur kavramları ile çalışma konumuz olan yabancılık unsuru (yabancı unsur) kavramı esasen aynı anlamı taşımaktadırlar. Ancak, sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanına özgü olarak, MÖHUK'un kapsamına giren sözleşmeleri tespit etmek için milletlerarası sözleşmeler ile yabancı unsurlu sözleşmeler arasında bir ayırım yapılması gerektiği yönünde doktrinde görüşler ileri sürülmüştür²³.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, sözleşmeden doğan uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığının tespiti, hâkimin, sözleşmenin içerdiği irtibat noktalarının for devleti açısından gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmasıyla ortaya çıkacağından, bu tür faaliyetin sübjektif bir değerinin

²⁰ **Ekşi**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 3; **Özdemir**, Hatice, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları”, İstanbul Barosu Dergisi, 1999, C. LXXIII, S. 4: 926-941, s. 927 (“MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında”).

²¹ **Diamond**, A. L., “Harmonisation of Private International Law Relating to Contractual Obligations”, Recueil Des Cours, 1986, Vol. 199, N. IV:233-312, s. 251; **Çelikel/ Erdem**, s. 5; **Ekşi**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 3.

²² **Ekşi**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 3.

²³ **Özdemir**, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında”, s. 927.

olacağı şüphesizdir²⁴. Dolayısıyla, sözleşme bir ülke açısından yabancılık unsuru içermekte iken, diğer ülke açısından yabancılık unsuru içermeyebilir. Bu anlamıyla yabancılık unsuru taşıyan sözleşme, milletlerarası sözleşmeye nazaran daha geniş bir içeriğe sahiptir²⁵. Milletlerarası sözleşme ise, objektif açıdan iki veya daha çok ülke hukuku ile bağlantılı olan sözleşmedir²⁶. Bununla kastedilen, sözleşmenin unsurları itibariyle, daha herhangi bir devletin mahkemesine başvurulmadan, iki veya daha fazla hukuk düzeniyle ilişki içinde olduğudur. Bu bağlamda sözleşmeden doğan uyuşmazlık için hangi devlet mahkemesine başvurulduğunun bir önemi yoktur, bu sözleşme, uyuşmazlık için mahkemenin yapacağı değerlendirmeden bağımsız olarak, “*a priori*” milletlerarası karaktere haizdir²⁷. Dolayısıyla, bu tür sözleşmelerden doğan uyuşmazlık için, hangi ülkenin mahkemesine gidilirse gidilsin, sözleşme, milletlerarası niteliktedir²⁸. Netice olarak her milletlerarası sözleşme, yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olmakla birlikte, her yabancılık unsuru taşıyan sözleşmenin de milletlerarası sözleşme olmadığını söyleyebiliriz²⁹.

Şu husus önemle vurgulanmalıdır ki, sözleşmeden kaynaklananlar dâhil, bir uyuşmazlığın 5718 sayılı MÖHUK’un kapsamına girebilmesi için, uyuşmazlığın subjektif bakımdan milletlerarası olması yeterlidir. Başka bir ifadeyle, uyuşmazlığın bağlantı noktalarından veya uyuşmazlığın süjelerinden herhangi birinin for ülkesi dışında bir ülke ile bağlantılı olması (dolayısıyla hâkimin uygulanacak hukuku araştırma yükümlülüğünün ortaya çıkması),

²⁴ **Ekşi**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 4; **Turhan**, Turgut (1997), Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 6 vd.; **Özdemir**, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında”, s. 927.

²⁵ **Ekşi**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 4.

²⁶ **Ekşi**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 3; **Özdemir**, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında”, s. 930.

²⁷ **Turhan**, s. 6.

²⁸ **Turhan**, s. 6; **Özdemir**, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında”, s. 930.

²⁹ **Ekşi**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 5; **Özdemir**, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında”, s. 930.

yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıktan söz edilebilmesi için yeterli olacaktır³⁰.

Yine sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanına özgü olmak kaydıyla, yabancılık unsuruyla ilgili bir hususa daha değinmekte fayda bulunmaktadır. Tarafları Türk vatandaşı olan ve herhangi bir yabancılık unsuru taşımayan sözleşmede, ileride aralarında doğacak uyuşmazlığa uygulanmak üzere, yabancı ülke hukukunun seçilmesi, bu sözleşmeden doğan borç ilişkisini yabancı unsurlu hale getirir mi? Başka bir ifadeyle, milletlerarası ticareti ilgilendirmeyen, tamamıyla iç hukuka ait bir sözleşme ilişkisine, tarafların MÖHUK m. 24'ten hareketle yabancı hukukun uygulanmasını kararlaştırmaları, sözleşme ilişkisinin milletlerarası özel hukukun kapsamına girmesine yol açar mı?

Bu konuya ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür³¹. Bir görüşe göre, tarafların yabancı bir hukuku seçmiş olmaları, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin yabancı unsurlu olması sonucunu doğurur. Yabancı bir hukukun seçimi için, sözleşmenin yabancılık unsuru taşımasına gerek

³⁰ **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 22; **Ekşi**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 5; **Turhan**, s. 7. Sözleşmeden doğan borç ilişkileri ile ilgili olarak, doktrinde, MÖHUK'un kapsamına girecek sözleşmeleri tespit ederken “yabancılık unsuru taşıyan” veya “kanunlar ihtilâfına yol açan” gibi, herhangi bir yabancılık unsurunun dikkate alınmasına imkân tanıyan kavramlar yerine, “milletlerarası sözleşme” gibi sözleşmenin gerçek manada uluslararası yönünü orta koyan kavramların tercih edilmesini savunan görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, sözleşmenin uluslararası nitelikte olup olmadığı, sözleşmenin içerdiği unsurların hem hukuki hem ekonomik bakımdan değerlendirilmesi neticesinde tespit edilir. Bu değerlendirmede sözleşmenin hukuki ve ekonomik yönden birden çok ülke ile bağlantılı olduğu tespit edilirse objektif manada yabancılık unsuru taşıyan sözleşme ortaya çıkmaktadır. İşte bu durumda kanunlar ihtilâfı hukukunun kapsamına giren, gerçek anlamda milletlerarası sözleşmeden söz edilebilecektir. Bu görüş çerçevesinde “uluslararası” nitelikte sözleşmelere tipik örnek olarak, para, mal veya hizmet gibi ekonomik bir değerler ülkeler arası transferini öngören “milletlerarası ticari sözleşmeler” verilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: **Özdemir**, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında”, s. 926-941.

³¹ **Özdemir Kocasakal**, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 30, 2010, S. 1-2: 27-88, s. 32 vd. (“Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”); **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 257.

yoktur. Eğer taraflar aralarındaki sözleşmeye yabancı bir hukukun uygulanacağını kararlaştırmışlarsa, bu sözleşme artık yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmedir³². Bu görüşü savunan yazarlara göre, MÖHUK m. 24 uygulanacak hukukun seçiminde herhangi bir sınırlama getirmemiştir; nasıl ki taraflar akdin yapıldığı yer veya ifa yerini yabancı bir ülke olarak kararlaştırdıklarında yabancılık unsuru ortaya çıkıyor ise, iradelerini yabancı bir hukuku seçmeleri yönünde kullanmaları durumunda da sadece bu hukuk seçiminin dahi yabancılık unsuru yaratması doğaldır³³.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, MÖHUK m. 24/I.f.ya göre bir hukuk seçiminden söz edebilmek için, sözleşmenin, seçilen yabancı hukuk dışında, objektif olarak yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olması gerekmektedir³⁴. Sözleşmenin içerdiği unsurların objektif nitelikte yabancılık unsuru taşımasından kasıt, sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, tarafların işyerleri, vatandaşlığı gibi unsurlarından en az birisi ile yabancı ülke hukuku arasında bağlantı kurulmasıdır ki ancak bu türden yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler bakımından MÖHUK m. 24'e göre hukuk seçimi yapılabilir. Milletlerarası ticareti ilgilendirmeyen ve herhangi bir yabancılık unsuru da taşımayan, tamamıyla iç hukuka ait sözleşmelerden doğacak uyumsuzlukların

³² **Nomer**, s. 309; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 258; **Çelikel/Erdem**, s. 328; **Eksi**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 7; Yargıtay’ın da bu görüş istikametindeki bir kararını aktaralım: “... Uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı olması veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akid konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya *borç ilişkisine uygulanacak, hukukun yabancı bir hukuk olması gibi*, bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir...”. Karar için bkz.: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 6.5.1998 tarih E. 1998/12-287, K. 1998/325 (Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi).

³³ **Nomer**, s. 309; **Eksi**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”, s. 7; **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 257.

³⁴ **Özdemir Kocasakal**, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, s. 33; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 352 vd.; **Doğan**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 27; **Aybay/Dardağan**, s. 214; **Akıncı**, Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, s. 70-71; **Tarman**, Zeynep Derya, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, **BATİDER**, 2010, C. XXVI, S. 1: 143-168, s. 146 (“Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”); **Öztürk**, s. 95.

yabancı bir hukuka tâbi kılınmasıyla, Türk hukukunun konuya ilişkin emredici hükümlerin bertaraf edilmesi söz konusu olabilir³⁵.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, bu türden sözleşmelerde yer alan hukuk seçimine ilişkin kayıtlar ile tarafların tâbi olmak istedikleri hukukun hükümlerini sözleşme metnine dâhil ettikleri (*incorporation*) kabul edilmelidir. Elbette, sözleşme metnine dâhil edilen bu hükümlerin Türk Borçlar Kanununun 26 ve 27. maddelerinde öngörülen sınırlar içerisinde (geniş anlamda, Türk hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla) uygulama alanı bulacağı da unutulmamalıdır³⁶.

Yabancılık unsurunun tespit edilmesi noktasında uygulamada ortaya çıkan durumun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Mülga 2675 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar olan dönemde, çalışma konumuza ilişkin olarak Yargıtay'ın ulaşabildiğimiz kararlarını değerlendirdiğimizde, genellikle ilk dereceli mahkemelerinin yabancılık unsurunun tespitinde eksiklikleri olduğu yönünde sonuç çıkmaktadır³⁷. Yabancılık unsurunun tespit edilememesi nedeniyle Yargıtay'ın vermiş olduğu (kanun yararına olanları dâhil) bozma kararları o kadar fazladır ki³⁸, hepsine bu çalışma kapsamında yer vermek mümkün değildir. İlk derece mahkemelerinin vermiş olduğu kararlardan temyiz kabiliyeti olmayan, temyiz edilmeyen, temyiz edilmesine rağmen Yargıtay'ın da yabancılık unsurunu tespit edemediği ve yine temyiz üzerine Yargıtay'ın vermiş olduğu ancak kamuoyunun bilgisine sunulmayan kararları da hesaba katacak olursak, bu sorunun boyutları sanıldığından daha büyük olacaktır.

³⁵ **Özdemir Kocasakal**, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", s. 34.

³⁶ **Özdemir Kocasakal**, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", s. 33. *Incorporation* kavramı ve *incorporation* ile hukuk seçimi arasındaki farklılıklar için bkz. **Eksi**, Nuray, "Kanunlar İhtilafı Alanında "*Incorporation*""", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 19-20, 1999-2000, S. 1-2 (Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan): 263-292.

³⁷ Bu sonucun ortaya çıkmasıyla ilgili olarak, Sayın Nomer'in yazmış olduğu bir makalesinde yer alan, "ilk derece mahkemelerinin yabancı hukukları uygulamadaki "isteksiz" veya "çekimser" davranmaları" ifadesi dikkat çekicidir: **Nomer**, Ergin, "Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu", Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul 1998: 685-730, s. 685 ("Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu").

³⁸ Bu bozma kararlarına ilişkin ayrıca bkz.: **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 59-60, dn. 107.

Yargıtay'ın önüne gelen kanun yararına bozma istemli bir uyuşmazlıkta aslında çok açık şekilde mevcut olan şahıs bakımından yabancılık unsurunu hatalı yorumlayarak, bunun yabancılık unsuru olmadığı yönünde vermiş olduğu kararın ilgili kısmını aktaralım:

“... Dava boşanma isteğine ilişkin olup, 7.9.2006 tarihinde açılmıştır. Dosyaya alınan nüfus kaydına göre; davacının Türk vatandaşı, davalının ise, doğumla Türk vatandaşı iken, 403 sayılı Kanunun 20. maddesi gereğince “çıkma izniyle” 16.5.2002 tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kaybettiği, Alman uyruklu olduğu anlaşılmaktadır... Türk Vatandaşlığı Kanununun 29. maddesinde “...doğumla Türk vatandaşı olup da, İçişleri Bakanlığında vatandaşlıktan çıkma izni alanlar ve bunların vatandaşlıktan çıkma belgesinde kayıtlı reşit olmayan çocukları; Türkiye Cumhuriyetinin millî güvenliğine ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü ve seçme-seçilme, kamu görevlerine girme ve muafiyet araç veya ev eşyası ithal etme hakları dışında, sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı kalmak ve bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tâbi olmak şartıyla Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam edecekleri...” hükme bağlanmıştır. Davalı doğumla Türk vatandaşı olduğuna göre, sözü edilen değişiklik gereğince Türk vatandaşlarına tanınan haklardan yararlanacağı ve boşanma davasında “yabancı” muamelesine tâbi tutulamayacağı açıktır. Bu durumda dava yabancılık unsuru taşımadığından, 2675 sayılı MÖHUK'un kapsamına girmemektedir. Bu nedenle uygulanacak yabancı hukukun araştırılması gerekli değildir...”³⁹.

Şu hususu belirtmekte fayda vardır ki, çıkma yoluyla Türk vatandaşlığından ayrılan kişiler Türk vatandaşlığını kayıp tarihinden itibaren (diğer Türk vatandaşlığını kayıp hallerinde olduğu gibi) yabancı muamelesine tâbi tutulurlar. Gerek mülga 403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda, gerek 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununda çıkma yoluyla Türk vatandaşlığından

³⁹ Yargıtay 11. HD, E. 2007/4200, K. 2008/3495 ve 17.03.2008 tarihli karar için bkz.: **Çiçekli**, Bülent (2014), *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun - Yargıtay Kararları*, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 13-14.

ayrılan kişilerin önemli bir kısmı için, yaşadıkları ülkenin vatandaşlığına geçmelerini teşvik etmek için, Türkiye'deki hukuki durumları açısından yine Türkiye'de bulunan diğer yabancılara oranla imtiyazlı bir statü (özel statülü yabancılar kategorisi) yaratılmıştır⁴⁰. Keza bu kişiler istisnalar saklı kalmak kaydıyla Türkiye'de Türk vatandaşlarının sahip olduğu pek çok haktan faydalanabileceklerdir. Ancak bu imtiyazlı durum, yukarıdaki kararda Yargıtay'ın hükmettiği gibi, bu kişilerin yabancı statüsünde olduğu gerçeğini ortadan kaldıramaz. Bu kapsamda yer alan bir yabancı için, örneğin Türkiye'de dava açtığı anda kendisine teminat yatırma gibi bir yükümlülük yüklenemeyecektir. Ancak bu kişiyle ilgili uyumsuzluğun, şahıs bakımından yabancılık unsuru taşıdığı da muhakkaktır. Özel statülü yabancının Türkiye'de Türk vatandaşları gibi haklara sahip olabilmesi, onun, Türk vatandaşı olduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla, yukarıda aktardığımız kararda şahıs bakımından yabancılık unsuru bulunmaktadır, bu yönden Yargıtay'ın vermiş olduğu karara katılmamaktayız⁴¹.

⁴⁰ **Turhan**, Turgut, "Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK m. 29 üzerine bir inceleme)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, C. VLI, S. 1-4: 41-66, s. 59.

⁴¹ Yargıtay'ın yabancılık unsurunu tespit **edememesine** örnek teşkil edebilecek bir kararını daha özetle aktaralım: Yargıtay'ın önüne gelen davada, davacı vekili, müvekkili olan bankanın İngiltere'de tanzim edilen ve uyumsuzluğa konu olan bononun hamili, davalının da bononun borçlusu olduğunu; bonoda yazılı miktarın ödenmemesi üzerine ihtiyati haciz kararı alındığını, buna rağmen bono bedelinin ödenmediğini ileri sürerek, 11.200.000.000 TL tutarındaki bono alacağının tespitini ve reeskont faizi ile birlikte tahsilini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili cevabında çeşitli yönlerden karşı tarafın iddialarına karşı çıkmış ve davanın reddini istemiştir. İlk derece mahkemesi, icra takip dosyası, dosyadaki yazılar, bilirkişi kurulu raporu ve toplanan delillere dayanarak dava konusu senedin İngiliz hukuku yönünden bono niteliğini taşıdığı, cirosunun uygun olduğu, üzerindeki ibraz ve ödememe protestosundan feragat edildiğine ilişkin kaydın geçerli olduğu, Türk hukuku yönünden de senedin bono niteliği taşıdığı, ciro silsilesine uygun olduğu, cirosu yasaklanan bir bono olmadığı, tespit ettiği miktarın faizi ile birlikte davalıdan alınıp davacıya ödenmesine karar vermiştir. Davalı vekili kararı temyiz etmiştir. Yargıtay'ın ilgili dairesi de, dava konusu ödeme taahhüdü belgesinin gerek Türk hukuku, gerek İngiliz hukuku yönünden şartları haiz bir bono niteliğinde bulunması, usulüne uygun ciro işlemi ile davacı bankaya intikal etmesi sebebi ile bankanın yetkili hamil sıfatını kazanmış olması, bononun geçerliliğini haleldar edecek bir nedenin bulunmaması ve bononun İngiliz hukukuna tâbi olmasının sonuca etkili bulunmama-

Yabancılık unsurunun tespit edilememesi nedeniyle sıklıkla bozma kararları alan ilk derece mahkemelerinin durumu daha vahimdir⁴². Çalışmanın sınırları aşmamak bakımından, Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu yüzlerce karardan sadece birkaçını aktarabiliyoruz:

Yargıtay 2. HD'nin E. 2010/13616, K. 2010/15652, 29.09.2010 tarihli kararında "...Dava, 26.12.2005 doğumlu küçük E.'nin evlat edinilmesi isteğine ilişkindir. Evlat edinme isteğinde bulunan davacıların Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı oldukları anlaşılmaktadır. Bu durumda dava, kişi bakımından "yabancılık" unsuru içermektedir. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukukuna göre belirlenir (5718s.K.md.1/1)..." ifadesi yer almaktadır⁴³.

sından hareketle ilk derece mahkemesi kararını onamıştır. Yargıtay 11. HD'nin E. 1992/7563, K. 1993/8747, 28.12.1993 tarihli kararı için bkz.: **Ertekin, Erol/Karataş, İzzet** (1996), Uygulamada Ticari Senetler - Menfi Tespit ve İstirdat Davaları ile 3167 Sayılı Çek Yasası Hakkında Açıklama-Uygulama: Poliçe, Bono, Çek, İkinci Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 268 vd.

Bu uyuşmazlığa ilişkin olarak, ilk derece mahkemesinin kararı ile bu kararı onayan Yargıtay'ın ilgili dairesinin kararına katılmamaktayız. Çünkü uyuşmazlığa konu olan kambiyo senedi, uyuşmazlığa bakan mahkeme açısından yabancı bir ülke olan İngiltere'de tanzim edilmiştir. Dolayısıyla, bu uyuşmazlıkta yer bakımından yabancı unsur bulunmaktadır. Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda, MÖHUK'un 2. m.si uyarınca, "hâkim, Türk kanunlar ihtilâfi kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygulamak" zorundadır. Yabancı unsur bulunan bu uyuşmazlıkta hâkim, öncelikle uyuşmazlığa konu olan ödeme taahhüdü belgesinin kambiyo senedi niteliklerini taşıdığını tespit etmeli ve uyuşmazlığı, kambiyo senedinin (bononun) şeklen geçerli olup olmadığına ilişkin bir uyuşmazlık olarak vasıflandırmalıydı (adlama). Sonra da, TTK' da yer alan bononun şekline uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfi kuralı olan m. 767'den hareketle (6762 sayılı eski TTK m. 679) yetkili hukuku tespit etme yoluna gitmeliydi (altlama). TTK m. 767'ye göre, bono ile yapılan borçlanmaların şekli, borçlanmaların imzalandığı ülkenin hukukuna tâbidir. Uyuşmazlığa konu olan bono da İngiltere'de düzenlendiğinden, bu uyuşmazlık İngiliz hukukuna göre çözüme kavuşturulmalıydı: **Aygün**, s. 930.

⁴² Benzer yönde tespitler için bkz.: **Nomer**, "Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu", s. 685.

⁴³ Karar için bkz.: Kazancı İçtihat Bilgi Sistemi.

Yargıtay 11. HD'nin E. 2012/5453, K. 2013/6689, 03.04.2013 tarihli kararında "...Muhatabı Banque Internationale Bankası olan dava konusu çekin keşidecisi de yabancı olup, bu çek nedeniyle olayda yabancılık unsuru bulunmaktadır. Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 6762 sayılı TTK'nın 734/8. maddesi hükmüne göre, çekin kaybedilmesi veya çalınması halinde alınacak tedbirler bakımından çekin ödeneceği memleketin kanunlarının uygulanması gereklidir. Buna göre, dava konusu çek bakımından uygulanacak kanun, muhatap bankanın bulunduğu İngiltere kanunlarıdır..." ifadesi yer almaktadır⁴⁴.

Yargıtay 11. HD'nin E. 2013/8103, K. 2013/11770, 05.06.2013 tarihli kararı, ihtiyati haciz istemli davada mahkemenin milletlerarası yetkisine ilişkin olup; kararda "... taraflar arasında Frankfurt am Main'da imzalanmış kredi sözleşmesinin ilgili hükmünde tüm anlaşmazlıklar için Alman hukukunun geçerli olduğunu kararlaştırdıkları..." ifadesi yer almaktadır. Yargıtay bu kararında, Alman hukukuna tâbi kılınan kredi sözleşmesinin, tarafları ve imzalandığı yer bakımından objektif nitelikte yabancılık unsuru taşıdığını tespit etmiştir⁴⁵.

Yargıtay 2. HD'nin E. 2010/14140, K. 2012/615, 19.01.2012 tarihli kararında "...davalı annenin ve evlat edinilmek istenilen çocuğun Türkmenistan vatandaşı oldukları anlaşılmakta olup, dava, kişi bakımından yabancılık unsuru içermektedir..." ifadesi yer almaktadır⁴⁶.

Yine, Yargıtay 2. HD'nin E. 2012/27366, K. 2013/13115, 09.05.2013 tarihli kararında, boşanmaya ilişkin davada, davalının Alman vatandaşı olması nedeniyle mevcut olan yabancılık unsurunu hem ilk derece mahkemesinin, hem ilgili Dairenin gözden kaçırdığı, karara karşı oy kullanan Üye Mahmut Kamacı'nın yazısından anlaşılmaktadır⁴⁷.

⁴⁴ Karar için bkz.: **Çiçekli**, s. 18-19.

⁴⁵ Karar için bkz.: **Lale**, Muktedir (2014), Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku (Özetli-İçtihatlı), Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 22-23.

⁴⁶ Karar için bkz.: **Lale**, s. 16-17.

⁴⁷ Karar için bkz.: **Lale**, s. 20. Benzer şekilde karşı oy kullanan, ancak ismini öğrenemediğimiz Daire Üyesinin yazısıyla, hem ilk derece mahkemesinin, hem Yargıtay'ın ilgili Dairesi'nin yabancılık unsurunu gözden kaçırdığına ilişkin Yargıtay 2. HD'nin E. 2007/4214, K. 2008/1476, 13.02.2008 tarihli kararı için bkz.: **Ekşi**, Nuray (2014), Milletler-

Yargıtay 11. HD'nin E. 2010/10188, K. 2012/13865, 20.09.2012 tarihli kararında "...Dava, davalıların ortak olduğu ve Suudi Arabistan'da Suudi kanunlarına göre kurulduğu anlaşılan "...Ltd." şirketinin icra müdürü olarak atanan davacının görevinin şirketin faaliyetine son verilmesine rağmen resmi makamlar nezdinde kaldırılmadığı, bu nedenle davacının başka şirketler ile çalışmadığı iddiasına dayalı tazminat istemine ilişkindir. Yukarıdaki özetten de anlaşılacağı üzere taraflar arasındaki ilişkide yabancılık unsuru bulunduğu..." ifadesi yer almaktadır. Şirket ile onun temsilcisi olan şahıs arasındaki iç temsil ilişkisiyle ilgili uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını, Yargıtay'ın isabetli şekilde tespit ettiği anlaşılmaktadır⁴⁸.

Yargıtay 18. HD'nin E. 2012/3306, K. 2012/5779, 17.05.2012 tarihli kararında "...Babalığın tespitine ilişkin açılan davada, davacı Alman uyruklu olup, davada yabancılık unsuru bulunmaktadır..." ifadesi yer almaktadır⁴⁹.

Yargıtay 11. HD'nin E. 2007/2089, K. 2008/3738, 24.03.2008 tarihli kararında "...Muhatabı National Westminster- Town Center Bankası olan dava konusu çekin keşidecisi de yabancı olup, bu çek nedeniyle olayda yabancılık unsuru bulunmaktadır..." ifadesi yer almaktadır⁵⁰.

Yargıtay 2. HD'nin E. 2007/5428, K. 2008/4768, 24.03.2008 tarihli kararında "...Hakkında gaiplik kararı verilmesi talep edilen kişi Bulgar uyruklu olduğuna göre olayda "yabancılık unsuru" mevcut olup, 5718 sayılı Kanun hükümleri uygulanmalıdır..." ifadesi yer almaktadır⁵¹.

Yargıtay 2. HD'nin E. 2006/21951, K. 2007/17742, 25.12.2007 tarihli kararında "...Dosyaya alınan nüfus kaydından; tarafların ikisinin de 23.12.1998 tarihli 12264 sayılı kararla Türk Vatandaşlığından çıktıkları, çıkma belgesinin teslim alındığı 20.8.1999 ve 20.9.1999 tarihinden itibaren Türk Vatandaşlığını kaybettikleri anlaşılmaktadır. Şu halde davada; hukuki ilişkinin tarafları (öznesi) yönünden, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka

arası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 8 (Pratik Çalışma).

⁴⁸ Karar için bkz.: **Lale**, s. 17-18.

⁴⁹ Karar için bkz.: **Çiçekli**, s. 17-18.

⁵⁰ Karar için bkz.: **Çiçekli**, s. 15-16.

⁵¹ Karar için bkz.: **Ekşi**, Pratik Çalışma, s. 19.

ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, 5718 sayılı kanunla düzenlenmiştir (md.1)...” ifadesi yer almaktadır⁵².

Yargıtay 11. HD'nin E. 2003/9984, K. 2004/5573, 18.05.2004 tarihli kararında “...Muhatabı *Citibank/Brooklyn-N.Y.* olan dava konusu çekin keşidecisi de Amerikalı olup, bu çek nedeniyle olayda yabancılık unsuru bulunmaktadır...” ifadesi yer almaktadır⁵³.

Yargıtay 11. HD'nin E. 1986/64, K. 1986/2029, 18.04.1986 tarihli, davalının üstlendiği taşıma işi sonucu uğranılan zararın tazminiyle ilgili davaya ilişkin kararında “...Davalı Kuveytli olduğuna göre uyumsuzlukta yabancılık unsuru bulunduğu aşikârdır. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve münasebetlerde uygulanacak kurallar 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 1. maddesi hükmüne göre bu kanunla düzenlenmiş bulunmaktadır... Davalı tarafın 2675 sayılı Kanuna dayanarak yaptığı savunma üzerinde durulmadan eksik inceleme ile hüküm tesisi doğru görülmemiştir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; uyumsuzlukta yabancılık unsuru bulunduğu göz önünde tutularak...” ifadesi yer almaktadır⁵⁴.

Yargıtay HGK'nun E. 1994/2-949, K. 1994/189, 30.03.1994 tarihli kararında “...Bu dava yabancı unsur taşımaktadır. Davacının İzlanda, davalının Türkiye vatandaşı iken İzlanda'da evlendikleri, davalının daha sonra İzlanda vatandaşlığını da aldığı ileri sürülmüştür...” ifadesi yer almaktadır⁵⁵.

Yargıtay 2. HD'nin 14.09.1990 tarih E. 1990/1764, K. 1990/8271 tarihli kanun yararına bozma kararında “...Davacı İtalyan uyruklu olup, şahıs bakımından yabancılık unsuru bulunmaktadır. 2675 sayılı Kanunun 18. maddesi uyarınca evlat edinme ehliyeti ve şartları hakkında davacının milli hukukunun uygulanması gerekmektedir. Aynı Kanunun 2. maddesi uyarınca

⁵² Karar için bkz.: **Ekşi**, Pratik Çalışma, s. 5.

⁵³ Karar için bkz.: İstanbul Barosu Dergisi, 2005, C. LXXIX, S. 1, s. 241.

⁵⁴ Karar için bkz.: **Sakmar**, Ata/**Ekşi**, Nuray/**Yılmaz**, İlhan (2001), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun - Mahkeme Kararları, 3. B., İstanbul, Beta Yayınevi, s. 7-10.

⁵⁵ Karar için bkz.: **Çelikel**, Aysel/**Nomer**, Ergin/**Giray**, F. Kerem/**Esen**, Emre (2014), Devletler Hususi Hukuku (Milletlerarası Özel Hukuk) - Çözülmemiş Örnek Olaylar - Seçilmiş Mahkeme Kararları, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, s. 519-523.

yetkili yabancı hukuku resen uygulama durumunda olan Mahkemenin bu konuda hiçbir araştırma yapmadan yazılı şekilde hüküm kurması usul ve kanuna aykırıdır...” ifadesi yer almaktadır⁵⁶.

II. YARGILAMA HUKUKU BAKIMINDAN YABANCILIK UNSURU

Bilindiği üzere, davanın açılmasıyla birlikte mahkemenin davayı incelemesi ve dava konusu hakkında bir karar verme zorunluluğu bulunmaktadır⁵⁷. Peki, dava malzemesi önüne gelen mahkeme, yabancılık unsurunun tespiti bakımından nasıl hareket etmelidir? Bu hususun medeni yargılama hukukunun konuları bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

A. Yabancılık Unsurunun -Vakıa- Olup Olmaması Bakımından

Vakıanın tanımına ilişkin doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, *vakıalar, yer ve zaman bakımından belirli, somut, geçmişte olmuş ya da halen devam eden, dış dünyaya veya kişinin iç dünyasına ait ve hukuk düzeninin sonuç bağladığı olay veya durumlardır*⁵⁸. Bu tanımdan hareket edildiğinde, ilk bakışta yabancılık unsurunun maddi vakıa olduğu değerlendirilebilir. Nitekim kanunlar ihtilâfi kuralının bağlama konusunu (hukuki olay veya ilişkiyi) yabancı hukuk düzeni ile irtibatlandıran vatandaşlık, yerleşim yeri, mutat mesken, ika yeri, ifa yeri, varma yeri gibi bağlama noktalarının maddi vakıa oldukları şüphesizdir⁵⁹. Resen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar dışında, hâkimin maddi vakıaları kendiliğinden araştırması ve bu konuda taraflara hatırlatmada bulunması hukuken mümkün değildir (tarafarca geti-

⁵⁶ Karar için bkz.: Resmi Gazete: T.: 28.10.1990, S.: 20679, s. 15.

⁵⁷ Yarg. 16. HD'nin E. 2002/12548, K. 2002/13159 ve 27.12.2002 tarihli kararında “...Hâkim açılan davalarla ilgili olarak olumlu ya da olumsuz karar vermek ve uyumsuzluğu çözümlenmekle yükümlüdür...” ifadesi yer almaktadır: **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 521.

⁵⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 644 vd.; **Göksu**, Mustafa, “Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009, C. I: 323-350, s. 325; **Karaaslan**, Varol (2013), Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara, Seçkin Yayınevi, s. 103.

⁵⁹ **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 64.

rilme ilkesi). Bağlama noktasının işaret ettiği hukukun uygulanmasını talep eden şahıs, bu bağlama noktasını (vakıyı) ispat etmekle yükümlüdür⁶⁰. Bir örnekle durumu izah edelim: Bakıma muhtaç durumda Selanik'te yaşayan ve Yunanistan vatandaşı olan *Dimitri*, İstanbul'da yaşayan (2013 yılı gelir vergisi rekortmeni) armatör oğlu, Türk vatandaşı Kahraman'ın kendisinin geçimini sağlayacak miktarda nafaka ödemesi için İstanbul mahkemelerine müracaat etmiştir. Bu örnek bakımından davacının vatandaşlığı, yabancılık unsurunu teşkil etmektedir. İstanbul mahkemesinin bu davaya bakmak için milletlerarası yetkisinin bulunduğu varsayımından hareket edecek olursak, yabancı unsur taşıyan yardım nafakası alacağına ilişkin (adlama) uyuşmazlığın çözümü için hâkim, MÖHUK m. 19/I. f.'da yer alan, "Nafaka talepleri, nafaka alacaklısının mutata meskeni hukukuna tâbidir" (altlama) bağlama kuralını uygulayacaktır⁶¹. Bu bağlama kuralının bağlama noktası olan nafaka alacaklısının mutata meskeninin bulunduğu yer, maddi vakıadır. Hâkimin nafaka alacaklısının mutata meskeninin bulunduğu ülke hukukunu (örneğin, Yunanistan hukukunu) uygulayabilmesi için, nafaka alacaklısının mutata meskeninin o ülkede bulunduğu vakıasının ispat edilmesi gerekir.

Yukarıdaki örnekten devam edecek olursak, yabancılık unsuru olan, yabancı uyrukluğun da maddi vakıa gibi ispat edilmesi gerektiği ortadadır. Ancak, yabancılık unsurunun bulunmasının ortaya çıkardığı neticeler, yabancılık unsurunu, alelade bir maddi vakıa olmanın ötesine taşır. Keza, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlığın çözümü için izlenecek yol haritası, tamamıyla iç hukuka tâbi olan bir uyuşmazlığın çözümü için izlenecek yol haritasından farklıdır. Uyuşmazlığın yabancı unsur içermesi, gerek mahkemenin milletlerarası yetkisi başta olmak üzere yargılama hukukuna ait meselelerin çözümünde, gerek uyuşmazlığın maddi hukuk açısından çözümünde, farklı bir hukuk alanına (milletlerarası usul hukuku-kanunlar ihtilâfi hukukuna)

⁶⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 363; Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 64.

⁶¹ Aslında bu uyuşmazlık, MÖHUK m. 1/II. fıkradan hareketle, Türkiye'nin de taraf olduğu Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi'nin kapsamına girmektedir. İlgili Sözleşmenin 1. ve 4. maddesinden hareketle, yardım nafakası yükümlülüğüne, nafaka alacaklısının mutata mesken hukuku olan Yunanistan hukuku uygulanacaktır. Ancak, konunun anlaşılabilirliğini sağlaması bakımından, bağlama noktasına ilişkin, iç hukuktan ilgili bağlama kuralını (MÖHUK m. 19) örnek olarak vermeyi uygun bulduk.

ilişkin metodolojinin devreye girmesine sebebiyet vermektedir. Bu bağlamda yabancılık unsurunun, hukukun (veya hukuk kuralının) uygulanmasına koşul **hukuki vakıa** olduğunu söyleyebiliriz. Vakıa olması, yabancılık unsurunun en azından davanın taraflarınca dava malzemesi haline getirilmesi ve ispat edilmesi gereğinden doğmaktadır. Hâkim, tarafların ileri sürmediği, ve dahi dava malzemesinden anlaşılamayan bir vakıayı kendiliğinden yabancı unsur olarak dikkate alamaz. Buna rağmen, yabancılık unsurunun, gerçekte var olmasına rağmen, dava malzemesi haline gelmemesi çok nadiren karşılaşılabilecek bir durumdur. Keza, dava ve cevap dilekçesinde yer alması zorunlu unsurların varlığı; çoğu uyuşmazlık açısından hükmün kurulmasına esas alınan vakıalar ile yabancılık unsurunun örtüşmesi veya bütünlük arz etmesi; davayı kaybetme riski ile karşılaşmak istemeyen yanların dava malzemelerini eksiksiz hazırlamak istemeleri; tarafların dürüst davranma yükümlülüğü ile doğruyu söyleme ödevine uymamalarının ortaya çıkaracağı olumsuzluklara karşılaşmaktan kaçınma gibi nedenler, bir şekilde yabancılık unsurunun dava malzemesi haline gelmesi neticesini doğuracaktır.

Yabancılık unsurunun vakıadan ziyade hukukî niteliği daha çok öne çıkmaktadır; keza yabancılık unsuru, hâkimin hukuku uygulama yükümlülüğünün koşul ögesidir. Vermiş olduğumuz nafaka örneğinden hareket edecek olursak, uyuşmazlığın yabancı unsur taşıdığı (yabancı uyruklu) tespit edilmeden, ne mahkemenin milletlerarası yetkisinin olup olmadığından; ne de uyuşmazlığın hangi hukuka tâbi olacağından söz edilebilir. Yabancılık unsurunun tespit edilmesi, hâkimin hukuku resen uygulama yükümlülüğünün bir parçasıdır. Bir şekilde davanın malzemesi haline gelmiş yabancılık unsuru göz ardı edilirse, yanlış hukuk normuna ulaşılması, dolayısıyla hukuka aykırı karar verilmesi kuvvetle muhtemeldir. Yabancılık unsuru tespit edemeyen hâkim, yukarıda pek çok örneğini gördüğümüz şekilde, vermiş olduğu kararın üst dereceli mahkeme tarafından bozulması riski ile karşı karşıya kalabilecektir. Yabancılık unsurunun gözden kaçırılması gibi bir dikkatsizlik, hem uyuşmazlığın çözümünde gecikmeye, hem de tarafların adalete olan inançlarının sarsılmasına neden olacaktır. Bu da dar anlamda usul ekonomisine, geniş anlamda adil yargılanma hakkına aykırılık sonucunu doğurur. Bu bağlamda, yabancılık unsuru, hukuka uygun karar verme yükümlülüğü açısından mutlaka hâkimin denetime tâbi tutulmalı; maddi vakıadır denilerek, taraflarca hazırlama ilkesi gereği, tarafların inisiyatifine

bırakılmamalıdır. Nitekim çalışmamızın ileri kısımlarında değineceğimiz üzere, yabancılık unsurunun tespiti faaliyeti, hâkimin hukuku resen uygulama yükümlülüğünden ayrı düşünülemez, yargılama hukukuna özgü usuli bir faaliyettir.

B. Yabancılık Unsurunun Dava Şartı Olup Olmaması Bakımından

Dava şartları, davanın esastan incelenip karar verilebilmesi için varlığı veya yokluğuna mutlak anlamda sonuç bağlanan şartlardır⁶². Bu tanımdan hareketle, dava şartları, davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için (görev, dava ehliyeti, hukuki yarar gibi) varlığı gerekli olan, olumlu dava şartları; yine davanın esası hakkında inceleme yapılabilmesi için (derdestlik, kesin hüküm gibi) yokluğu gerekli olan olumsuz dava şartları şeklinde ortaya çıkabilir⁶³. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, yabancılık unsuru ne olumlu, ne de olumsuz anlamda dava şartı değildir. Çünkü bir uyumsuzluk, yabancılık unsuru taşısa da, taşımasa da, başkaca herhangi bir engel mevcut değilse, esas hakkında inceleme yapılması ve karar verilmesi mümkündür. Uyuşmazlığın yabancı unsurlu olması, uyumsuzluğa ilişkin açılan davanın esası hakkında yargılama yapılmasına mâni değildir.

Yabancılık unsuru, her ne kadar yargılamada dava şartı gibi rol oynamasa da, dava şartı seviyesinde incelenmesi gereken bir husustur. Uyuşmazlıkta yabancılık unsurunun mevcut olup olmadığı, ön inceleme safhası başta olmak üzere, davanın başından karar verilinceye kadar ki süreçte hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmalıdır. Şüphesiz ki, hâkimin yabancılık unsurunun mevcut olup olmadığı yönünde yapacağı inceleme, yargılamaya getirilen dava malzemesi üzerinden olacaktır. Yabancılık unsurunun dava malzemesi haline gelmesi, iddia veya savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağından bağımsız, geniş olarak yorumlanmalıdır. Hâkim, yabancılık unsurunu yargılamanın son aşamalarında (örneğin, sözlü yargılamada) fark etse bile, derhal yabancılık unsurunu sübuta erdirmeli, uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşıdığını taraflara açıklamalıdır. Yabancılık unsuru tespit edildikten sonra, milletlerarası usul hukukunun kapsamında yer

⁶² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 413; Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E. (2011): Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, s. 256.

⁶³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 413; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 256.

alan yargılamaya ilişkin hususlar değerlendirilmelidir (örneğin, davacının yabancı bir devletin vatandaşı olması nedeniyle şahıs bakımından yabancılık unsuru varsa, muafiyet kapsamında da değilse, teminat yatırması için davacıya derhal kesin süre verilmelidir). Uygulanacak hukuk açısından ise, hâkim, öncelikle, MÖHUK m. 1/II. f. uyarınca, uyumsuzluğa ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme varsa, bu sözleşme hükümlerine göre; diğer durumlarda, Türk hukukunun kanunlar ihtilâfi kuralını tespit ederek; bu kanunlar ihtilâfi kuralı gereğince yetkili olan hukukun hükümlerini resen uygulayıp uyumsuzluğu çözmelidir.

C. Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Açısından

Dava malzemesinin hazırlanması bakımından üzerinde durmamız gereken iki ilke söz konusudur. İlki, dava malzemesinin, taraflarca getirilmesine gerek olmaksızın mahkeme tarafından resen temin edilmesi şeklinde ifade edebileceğimiz, kendiliğinden araştırma ilkesidir. Bu ilkenin söz konusu olduğu durumlarda hâkim, tarafların ileri sürdükleri vakıalar ve delillerle bağlı olmayıp, kendisi de vakıaları araştırabilir, hangi delillere başvurabileceğini tayin edebilir. Esas olarak, ceza yargılamasında geçerli olan bu ilke, hukuk yargılamasında, babalık, nesebin reddi, evlenmenin butlanı davası gibi kamu düzenini ilgilendiren davalar ile çekişmesiz yargı işlerinde uygulanan bir ilkedir⁶⁴.

Diğer ilke, taraflarca getirilme ilkesidir. Bu ilkeye göre, dava malzemesinin temini taraflara ait bir ödevdir, başka bir ifadeyle vakıalar ve delillerin mahkemeye sunulması tarafların hâkimiyetinde olan bir husustur. Hâkim, kendiliğinden taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları inceleyemez, hükümünü kurarken sadece tarafların dava malzemesi olarak getirdikleri vakıa ve delilleri esas alabilir. Medeni yargılama hukukunda esas olan, taraflarca hazırlama ilkesidir, aynı zamanda bu ilke HMK m. 25'te hüküm altına alınmıştır. Bu ilkenin kabul edilmesi nedenleri arasında, uyumsuzluğa konu olan olay veya ilişkiyi, uyumsuzluğun tarafları olarak en iyi kendilerinin bilecekleri; özel hukuk alanına ilişkin hakların gerçekleşmesinde çoğu defa kamu

⁶⁴ **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 361 vd.; **Umar**, s. 108 vd.; **Karaaslan**, s. 91-92; **Alangoya**, Yavuz (1979), Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2571, s. 95 vd.

yararının bulunmaması ve tarafların menfaatlerini en iyi şekilde kendilerinin koruyabilecekleri gibi hususlar gösterilmektedir⁶⁵. Ancak, medeni yargılama hukukunda taraflarca hazırlama ilkesinin kabul edilmiş olması, hâkimin yetkilerini çok sınırlandırdığı anlamına gelmemelidir. Her ne kadar dava malzemesinin getirilmesi ve ispat faaliyeti taraflara ait bir iş olsa da, hukuki nitelendirme yapmak, delilleri incelemek ve nihayetinde hüküm vermek hâkimin işidir⁶⁶. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında “... *Hâkim, deyim yerindeyse arif kişidir. Hâkim, tarafların davada ne istediklerini, hangi hukuki yararlarını korumak istediklerini, neyi amaçladıklarını saptamak, uyuşmazlığın niteliğini ve türünü belirlemekle yükümlüdür...*” ifadelerini kullanmıştır⁶⁷. Hâkim önüne gelen dava ve cevap dilekçelerindeki tarafların beyanlarını değerlendirerek, uyuşmazlığın hukuki niteliğini saptayacaktır⁶⁸. Şüphesiz ki bu faaliyetin kapsamında uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığının tespiti de bulunmaktadır.

Hemen belirtelim ki, taraflarca hazırlama ilkesi, yabancılık unsuru bakımından sınırlı bir etkiye sahiptir. Yabancılık unsurunun bir vakıa olarak davanın yanlarında getirilmesi ve ileri sürülmesi durumunda ispat edilmesi gerekliliği, bu ilkenin bir sonucudur. Ancak yabancılık unsurunun hukuki niteliğinin daha bariz olması nedeniyle, bu ilke katı bir şekilde uygulanamaz. Uyuşmazlığın niteliğini belirlemekle yükümlü olan hâkimin, yabancılık unsurunun tespit edilmesinde aktif konumda bulunması gerekir. Özellikle, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, yabancılık unsurunun tespiti bakımından uygulanamaz.

Yabancılık unsurunun mahiyetine en uygun düşen, yabancılık unsurunun tespit edilmesini belki de en iyi şekilde açıklayan ilke, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ilkesidir⁶⁹. HMK m. 31’de yer alan bu ilkeye göre, “*hâkim,*

⁶⁵ Pekantez/Atalay/Özekes, s. 361-362; Karaaslan, s. 92-93; Alangoya, s. 3.

⁶⁶ Pekantez/Atalay/Özekes, s. 366.

⁶⁷ Yarg. 7. HD’nin, E. 2006/2017, K. 2006/2017 ve 20.06.2006 tarihli kararı için bkz.: MİHDER, 2007/2, s. 494 vd.

⁶⁸ Akil, Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulama İlkesi”, AÜHFD, 2008, C. LVII, S. 3: 1-32, s. 3.

⁶⁹ Hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Karaaslan, Varol (2013), Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara, Seçkin Yayınevi.

uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddi veya hukuki açıdan belirsiz yahut çelişkili gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir⁷⁰. Bu ilke ile maddi gerçeğe ulaşılması ve hukuka uygun hüküm verilebilmesi amaçlanmıştır⁷⁰. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin içeriğinde, açıklama, tamamlama, bilgilendirme ve değiştirme işlevi olmak üzere dört temel işlevin yer aldığı bildirilmektedir⁷¹. Farklı işlevleri olmakla birlikte davayı aydınlatma ödevi, genel olarak, doğru hüküm kurulabilmesine zemin olacak dava malzemesinin temininde, hâkimin taraflarla işbirliği içinde olmasını, bu bağlamda taraflara sorular sormasını ve hükmün esasına etki edecek temel hukuki konularda tarafları bilgilendirerek, onlarla müzakere etmesini ifade etmektedir⁷². Her ne kadar uyuşmazlığın nitelendirilmesi, hukuk kurallarının uygulanması hâkimin vazifesi olsa da tarafların bu konuda hiçbir rollerinin olmadığı söylenemez. Maddi vakıaların gösterilmesi yanında taraflar hukukun uygulanmasını sağlama hakkına sahip olmaları gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁷³. Bu bağlamda davayı aydınlatma ödevi ilkesinin işlerlik kazanması, sadece hâkimin değil, tarafların da katkısıyla mümkün olabilecektir. Özellikle, yabancı hukuk kuralının belirlenmesinde, tarafların açıklama haklarını kullanmaları, hâkimin de taraflara hatırlatmada bulunması, onlardan yardım talep etmesi mümkünken⁷⁴, yabancı hukuk kuralının uygulanmasına dayanak teşkil eden yabancılık unsurunun tespiti bakımından tarafların ve hâkimin sınırlandırılması hukuka uygun düşmeyecektir.

Hâkim, yabancılık unsurunun tespiti bakımından, dava malzemesinde görünür hususları aydınlatmaya çalışmalıdır. Örneğin, HMK m. 119'a göre, dava dilekçesinde tarafların ad ve soyadları ile adresleri yer almak zorun-

⁷⁰ **Karaaslan**, s. 55 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 373; **Meriç**, Nedim, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü" Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. XI, Özel Sayı (Bilge Umar'a Armağan Sayısı, C. I): 377-424, s. 386.

⁷¹ **Alangoya**, s. 141 vd.; **Karaaslan**, s. 29 vd.; **Meriç**, s. 404 vd.

⁷² **Karaaslan**, s. 29.

⁷³ **Özekes**, Muhammet (2003), Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 131 vd. (Hukuki Dinlenilme Hakkı).

⁷⁴ **Özekes**, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s. 137 vd.

dadır⁷⁵. Dava dilekçesinde davalının ad ve soyadı olarak “*Guiseppa Federico*” yazılı olduğunu varsayalım. Taraflar yabancılık unsurunun bulunduğunu belirtmeseler bile, hâkim davaya konu olan uyuşmazlıkta şahıs bakımından yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığı araştırması gerekmektedir. Hâkim, bu konuda taraflara soru sorabileceği gibi, açıklama yapmalarını da isteyebilir. İtalyan vatandaşı olduğu ileri sürülen davalının, tâbiyetini ispat etmesi sağlanmalıdır. Buradaki ispatın ölçüsü, yabancılık unsurunun doğruluğu hakkında hâkimin kanaate varmasına yetecek düzeyde olmalıdır. Örneğimizle ilgili olarak, ilgili kişinin sadece kimlik belgesini ibraz etmesi bile ispat bakımından yeterli olabilecektir. Bütün bunların sonucunda uyuşmazlığın şahıs bakımından yabancı unsur taşıdığı ortaya çıkarsa, hâkim, taraflara yabancı unsurlu bir uyuşmazlığın söz konusu olduğunu bildirmeli; milletlerarası usul hukuku ve kanunlar ihtilâfi hukukuna ait metodoloji çerçevesinde yargılama faaliyetini yürütmelidir.

D. Ön İnceleme Aşaması Bakımından

HMK’den önceki dönemde, uygulamada yargılama aşamalarının iç içe geçtiği; yargılamaya ilişkin işlemlerin kanuna aykırı şekilde, neredeyse her mahkemenin kendine ait usulü çerçevesinde yürütüldüğü, karmaşıklığın söz konusu olduğu; mahkemelerin dava dosyalarına tam olarak hazırlanamadıklarından taraflara da gerekli açıklamaların yapılamadığı; tüm bunların yargılama faaliyetini geciktirdiği, neticeten adil yargılanma hakkının önemli ölçüde zedelendiği gibi nedenlerle yargılamada tüm bu karmaşaya son verecek yeni bir yargılama aşamasının gerekli olduğu ileri sürülmüştür⁷⁶.

⁷⁵ Bu bağlamda dava ve cevap dilekçelerinde, dava sebepleri (vakıalar) yanında hukuki sebeplerin de bildirilmesinin zorunlu olması, yabancılık unsurunun tespiti bakımından hayati öneme sahip olmaktadır. Hukuki sebeplerin bildirilme zorunluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: **Özekes**, Muhammet, “Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, 2009, C. I, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 745-781.

⁷⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 563-564; **Özekes**, Muhammet, “Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Ön İnceleme”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006: 101-110, s. 101 vd. (“Ön İnceleme”); **Ermenek**, İbrahim, “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme”, İnönü Üniversitesi

Yargılamanın gereksiz yere uzaması başta olmak üzere sözünü ettiğimiz sakıncaların önüne geçmek için, dilekçelerin verilmesinden sonra ve tahkikattan önce gelmek üzere yeni bir yargılama aşaması kabul edilmiştir (HMK m. 137-142)⁷⁷.

Ön incelemenin kapsamını düzenleyen HMK m. 137'ye göre, "(1) Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir. (2) Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez." HMK'nın ilgili maddelerinde açıkça yabancılık unsurundan söz edilmemesine rağmen, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığının incelenmesi, ön incelemenin kapsamında yer alması gereken bir husustur. Ancak tereddüte yer vermemesi açısından, çalışmanın sonuç kısmında HMK'nın ilgili maddelerinde değişiklik yapılması yönünde önerimiz olacaktır.

Hâkim, ön inceleme aşamasında dava şartlarını nasıl incelemesi gerekiyorsa, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını da aynı usul çerçevesinde inceleyecektir. Her ne kadar, ön inceleme aşamasıyla birlikte kural olarak iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı işlemeye başlayacaksa da (HMK m. 141), yabancılık unsurunun tespiti bakımından bu yasağın işlemesi söz konusu olamaz. Çünkü yabancılık unsurunun tespiti hukuki nitelendirmeye ilişkin bir konu olup, hâkimin kendiliğinden yapması gereken usuli bir faaliyettir. Bu nedenle incelenme sırası bakımından, yabancılık unsurunun tespitinin dava şartlarıyla birlikte yapılması uygun düşer. Bu açıklamalardan yabancılık unsurunun tespitinin, yargılama sona erinceye kadar hâkimin kendiliğinden dikkate alması gerektiği, usuli bir faaliyet olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Her ne kadar yabancılık unsurunun yargılama sona erinceye kadar ortaya çıkması muhtemel de olsa,

Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. II, S. 1: 139-175, s. 140 vd.; Şeker, Hilmi (2012), İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, s. 22 vd.

⁷⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 564.

yargılamanın başında yol haritasının belirlenmesi ve gereksiz gecikmeye yol açmaması bakımından yabancılık unsurunun tespitinin ön inceleme aşamasında yapılmasından daha doğal bir yol yoktur. Bu bakımdan ön inceleme safhası, yabancılık unsurunun tespit edilmesi bakımından oldukça önemlidir.

Ön inceleme aşaması duruşmalı veya duruşmasız şekilde yapılabilir (HMK m. 138-140). Yabancılık unsurunun iddia ve ispat edilerek, bu hususun taraflar arasında çekişmesiz olması mümkündür. Veya taraflar bunu adlandırmamış olmalarına rağmen, dava malzemesi üzerinden uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşıdığı çok net anlaşılabilir (örneğin, dava ve cevap dilekçesinde davacının adı ve soyadı yabancı dilde yazılmış olup, yabancı uyrukluğu tevsik eden pasaport örneği dava dosyasına dâhil olmuşsa). Bu gibi hallerde yabancılık unsurunun tespiti için hâkimin duruşma yapmasına gerek yoktur, dosya üzerinden karar verebilir.

Ancak, uyumsuzluğun yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı taraflar arasında çekişmeli olabileceği gibi; taraflardan birinin ileri sürmesine rağmen, dava malzemesinde bu hususta çelişkiler olduğu sonucuna da varılabilir. Veya tarafların her ikisi de yabancılık unsuruna değinmemiş olmakla birlikte, dava malzemesinden yabancılık unsurunun bulunabileceği konusunda şüphe ortaya çıkabilir. Bütün bu hallerin varlığında hâkim, ön inceleme duruşmasında tarafları dinlemeli, yabancılık unsurunun bulunup bulunmadığı hususunda kesin kanaate ulaştıktan sonra kararını vermeli ve kararını tutanağa geçirtmelidir.

Hâkim, ister dosya üzerinden, ister ön inceleme duruşması neticesinde uyumsuzluğun yabancı unsur taşıdığı kanaatine ulaşırsa, bu hususu tutanağa geçirtmeli, taraflara açıklama yapmalıdır. Uyumsuzluk yabancılık unsuru taşıdığı için, yargılamanın yürütülmesi bakımından milletlerarası usul hukukuna ait konuların devreye girmesi söz konusu olacaktır. Örneğin, mahkemenin milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığının tespiti ile davacı, yabancı bir devletin vatandaşı ise, teminat yatırma yükümlülüğü söz konusu olabilecektir. Ancak, teminat yatırma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği dava şartı çerçevesinde ele alınacakken, mahkemenin milletlerarası yetkisinin olup olmadığı, ilk itirazların ileri sürülebileceği devredeki tarafların taleplerine göre ortaya çıkacaktır.

Uyuşmazlığın maddi hukuka göre çözümü bakımından da kanunlar ihtilâfi hukukunun devreye girmesi söz konusu olacaktır. Bu bağlamda önce yabancı unsurlu uyuşmazlığın vasıflandırılması söz konusu olacaktır. Vasıflandırılması yapılan yabancı unsurlu uyuşmazlık bakımından Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme varsa ve söz konusu uyuşmazlık bu uluslararası sözleşmenin kapsamına giriyorsa uluslararası sözleşme hükümleri tespit edilmeli ve uygulanmalıdır (MÖHUK m. 1/II). Eğer Türkiye'nin taraf olduğu ve söz konusu uyuşmazlığı kapsamına alan bir uluslararası sözleşme söz konusu değilse, önce Türk hukukunun kanunlar ihtilâfi hukuku kuralları tespit edilmelidir. Daha sonra, atıf dâhil kanunlar ihtilâfi hukukunun diğer genel problemleri de dikkate alınarak, bağlama kuralının işaret ettiği hukukun hükümleri tespit edilmeli ve uygulanmalıdır.

E. Hâkimin Sorumluluğu Bakımından

Yabancılık unsurunun tespit edilememesi bakımından hâkimin hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür. Hâkimin hukuki sorumluluğu bakımından HMK m. 46'da hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, hâkimlerin birinci derece sorumluluğu yerine, devletin birinci derece sorumluluğu kabul edilmiştir. Ancak, devletin tazminata mahkûm olması durumunda, ödediği tazminat nedeniyle, ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde sorumlu hâkime rücu edecektir (HMK m. 46/III. f.). HMK m. 46'da kullanılan hâkim terimi, sadece ilk derece mahkemesi hâkimleri için değil, aynı zamanda istinaf hâkimi, Yargıtay üyeleri ve başkanlarını da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır⁷⁸. Hâkimin sorumluluğunu doğuran sebepler, HMK m. 46'da beş bent halinde, sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Bunlar arasında yabancılık unsurunun tespit edilememesi durumunda hâkimin sorumluluğuna, ilgili maddenin (c) bendinde yer alan "*farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması*" hükmü nedeniyle gidilebilir. Yabancılık unsurunun tespiti hukuki nitelendirmeye yönelik usuli bir faaliyettir. Yabancılık unsuruna ilişkin MÖHUK m. 1'de yer alan açık hüküm ile örtülü şekilde yabancılık unsurunu ihtiva ettiği kabul edilen kanunlar ihtilâfi kuralının göz ardı edilerek yanlış karar veya hüküm verilmesi, hâkimin, açıkça kanuna aykırı hareket ettiğinin bir göstergesidir.

⁷⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 221.

Ancak Şu hususa dikkat edilmelidir ki, yabancılık unsurunun taraflarca ileri sürülmediği durumlarda, hâkimin sorumluluğunun doğması için, yabancılık unsurunun, dava malzemesinden basit bir araştırma ile tespit edilebilecek nitelikte olması gerekir. Aynı zamanda, yabancılık unsurunun tespit edilemediğinin kanun yolunda ileri sürülmesi de gerekir. Keza, ilk derece mahkemesinde de, kanun yolunda da tarafların ileri sürmediği bir husustan dolayı, sorumluluk davası açmaları hakkın suiistimali olur.

Henüz yürürlükte olmasa bile istinaf yolunda, temyiz kanun yolunda, karar düzeltmede ve hatta yargılamanın iadesi yolunda dahi yukarıda açıklandığı gibi yabancılık unsurunun tespit edilememesi halinde, yabancılık unsurunu tespit edemeyen her hâkimin (veya hâkimlerin) sorumluluğu yoluna gidilmesi mümkündür.

SONUÇ

Türk mahkemelerinin önüne gelen yabancı unsur taşıyan uyuşmazlığa ilişkin gerek yargılama süreci, gerek uyuşmazlığın maddi hukuk bakımından çözümlü, tamamıyla iç hukuka tâbi olan bir uyuşmazlığın çözümlenmesinden farklıdır. Milletlerarası usul hukukunda *lex forin* hâkim olması, tanıma ve tenfiz başta olmak üzere, yabancı unsur içeren uyuşmazlıklara ait yargılamaya ilişkin konuların, Türk mahkemelerinin ilđisine mazhar olmasına neden olmuŐtur. Ancak aynı hususu kanunlar ihtilâfi hukuku bakımından söylemek mümkün değildir. Yabancı hukukun uygulanma ihtimalinin olması, ilk derece mahkemelerinin bu konuda çekimser kalmalarına neden olabilir. Esasen bu çalışmanın amacı yabancı hukukun uygulanması üzerine odaklanmamakla birlikte, yabancılık unsurunun tespit edilememesi ve dolayısıyla yetkili hukukun uygulanamaması nedeniyle Yargıtay'ın vermiş olduğu bozma kararlarının bir hayli fazla olması, yabancılık unsurunun tespit edilmesi noktasında yeterli özenin gösterilmediğini ortaya koymaktadır. Vermiş olduğu bazı kararlardan anlaŐıldıđı üzere, Yargıtay'ın bile yabancılık unsurunu tespit edemediği davalar söz konusudur. Yabancılık unsurunun tespit edilememesine bağlı olarak yanlış karar verilmesi nedeniyle hâkimin hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür. Ancak yanlış karar verilmesi nedeniyle adaletin tecelli edememesinin veya sonradan aykırılık giderilse bile, adalete eriŐimin gecikmesinin, hukukta istikrar ve güvenlik ilkesi

ile adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturacağı muhakkaktır. Bu sonucun ortaya çıkmasından sadece hâkimin değil, davasında yeterli özeni göstermeyen tarafların (aynı zamanda avukatlarının) da payı bulunmaktadır.

Yabancılık unsuru, maddi vakıa niteliğinde değildir, hukukun (veya hukuk kuralının) uygulanmasına koşul **hukuki vakıadır**. Vakıa olması, yabancılık unsurunun en azından davanın taraflarınca dava malzemesi haline getirilmesi ve ispat edilmesi gereğinden doğmaktadır. Keza hâkim, tarafların ileri sürmediği, ve dahi dava malzemesinden anlaşılamayan bir vakıayı tarafların yerine geçerek yabancı unsur olarak dikkate alamaz. Ancak yabancılık unsurunu karakterize eden husus, onun vakıadan ziyade hukukî niteliğiyle açıklanabilir. Hukuki olması, yabancılık unsurunun, hâkimin hukuku resen uygulama yükümlülüğünün koşul ögesi olmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yabancılık unsurunun tespit edilmesi faaliyeti, hâkimin hukuku uygulama yükümlülüğünden bağımsız düşünülemez, yargılama hukukuna özgü usuli bir faaliyettir. Yabancılık unsuru, davanın herhangi bir aşamasında tespit edilebilmekle beraber, sözlü yargılama aşamasında dahi davanın malzemesi haline gelebilir. Bu bağlamda iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı, yabancılık unsurunun tespiti bakımından uygulanmayacaktır.

Her ne kadar ön incelemeye ilişkin hükümlerde açıkça yabancılık unsurundan söz edilmese de, yabancılık unsurunun tespiti bakımından ön inceleme aşaması çok önemlidir. Hâkim, ön inceleme aşamasında dava şartlarını nasıl incelemesi gerekiyorsa, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını da aynı usul çerçevesinde inceleyecektir. Hâkim, ister dosya üzerinden, ister ön inceleme duruşması neticesinde uyuşmazlığın yabancı unsur taşıdığı kanaatine ulaşırsa, bu hususu tutanağa geçirtmeli, taraflara açıklama yapmalıdır. Artık bu noktadan sonra, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığı sabit olduğundan, yargılamanın yürütülmesi bakımından milletlerarası usul hukukunun, uyuşmazlığın maddi hukuka göre çözümü bakımından da kanunlar ihtilâfi hukukunun devreye girmesi söz konusu olacaktır.

Son olarak, yabancılık unsurunun tespiti bakımından herhangi bir tereddüdün kalmaması ve uygulamaya ışık tutması bakımından ön incelemeyle ilişkin 6100 sayılı HMK'nın 137, 138,140 ve 141. maddelerinde

aşağıda belirttiğimiz şekilde değişikliklerin (sadece koyu bold yazıyla ifade edilen değişikliklerin) yapılmasını önermekteyiz:

Ön incelemenin kapsamı

*MADDE 137- (1) Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını, **uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını** ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.*

(2) Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez.

*Dava şartları, **yabancılık unsuru** ve ilk itirazlar hakkında karar*

*MADDE 138- (1) Mahkeme, öncelikle dava şartları, **uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığını** ve ilk itirazlar hakkında dosya üzerinden karar verir; gerektiği takdirde kararını vermeden önce, bu konuda tarafları ön inceleme duruşmasında dinleyebilir.*

Ön inceleme duruşması

*MADDE 140- (1) Hâkim, ön inceleme duruşmasında, dava şartları, **uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı** ve ilk itirazlar hakkında karar verebilmek için gerekli görürse tarafları dinler; daha sonra, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder.*

(2) Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder.

(3) Ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh veya arabuluculuk faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür.

(4) Ön inceleme tek duruşmada tamamlanır. Zorunlu olan hâllerde bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin edilir.

(5) Ön inceleme duruşmasında, taraflara dilekçelerinde gösterdikleri, ancak henüz sunmadıkları belgeleri mahkemeye sunmaları veya başka yerden getirtilecek belgelerin getirtilebilmesi amacıyla gereken açıklamayı yapmaları için iki haftalık kesin süre verilir. Bu hususların verilen kesin süre içinde tam olarak yerine getirilmemesi hâlinde, o delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar verilir.

İddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi

MADDE 141- (1) Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez.

(2) İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır.

(3) Uyuşmazlığın yabancı unsur taşıyıp taşımadığı hususunda iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı ileri sürülemez.

Kaynakça

- Akıncı**, Ziya (1996), Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, Ankara, (Milletlerarası İnşaat Sözleşmeleri).
- Akıncı**, Ziya (1994), Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara.
- Akil**, Cenk, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulama İlkesi”, AÜHFD, 2008, C. LVII, S. 3: 1-32.
- Alangoya**, Yavuz (1979), Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2571.
- Aybay**, Rona/**Dardağan**, Esra (2001), Yasaların Uluslararası Düzeyde Çatışması (Kanunlar İhtilâfi), İstanbul, Aybay Yayınları.
- Aygün**, Mesut, “Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012, C. LXI, S. 3: 925-972.
- Çalışkan**, Yusuf (2014), Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilâfi Meseleleri, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Çelikel**, Aysel/**Erdem**, B. Bahadır (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Çelikel**, Aysel/**Nomer**, Ergin/**Giray**, F. Kerem/**Esen**, Emre (2014), Devletler Hususi Hukuku (Milletlerarası Özel Hukuk) - Çözülmemiş Örnek Olaylar - Seçilmiş Mahkeme Kararları, 12. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Çiçekli**, Bülent (2014), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun - Yargıtay Kararları, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Delaume**, G. R. (1986), Transnational Contracts, *New York*.
- Diamond**, A. L., “Harmonisation of Private International Law Relating to Contractual Obligations”, *Recueil Des Cours*, Vol. 199, 1986, N. IV: 233-312.

- Doğan, Vahit** (2013), *Milletlerarası Özel Hukuk*, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, (Milletlerarası Özel Hukuk).
- Doğan, Vahit** (2011), *Banka Teminat Mektupları*, 4. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Ekşi, Nuray** (2014), *Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı*, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, (Pratik Çalışma).
- Ekşi, Nuray**, “Kanunlar İhtilafı Alanında “*Incorporation*”“, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Y. 19-20, 1999-2000, S. 1-2 (Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan), 263-292.
- Ekşi, Nuray**, “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu’na Göre Anlamı”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Y. 12, 1992, S. 1-2: 1-10, (“Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler”).
- Ermeneç, İbrahim**, “Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Ön İnceleme”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, C. II, S. 1: 139-175.
- Ertekin, Erol/Karataş, İzzet** (1996), *Uygulamada Ticari Senetler - Menfi Tespit ve İstirdat Davaları ile 3167 Sayılı Çek Yasası Hakkında Açıklama-Uygulama: Polişçe, Bono, Çek, İkinci Bası*, Ankara, Yetkin Yayınevi.
- Göksu, Mustafa**, “Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2009, C. I, 323-350.
- Karaaslan, Varol** (2013), *Medeni Usul Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, Ankara, Seçkin Yayınevi.
- Kazancı İçtihat ve Mevzuat Bilgi Sistemi**, (2014) (Anadolu Üniversitesi Merkez Kütüphane E-Kaynaklar - Veri Tabanları - Lisanslı Ürün).
- Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.** (2011), *Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)*, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Lale, Muktedir** (2014), *Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku (Özetli-İçtihatlı)*, Ankara, Seçkin Yayınevi.

- Lando**, Ole, “The Conflict of Laws of Contracts. General Principles (General Course of Private International Law)”, Recueil Des Cours, Vol. 189, 1984, N. VI, 225-447.
- Mayer**, Pierre (1991), Droit International Privé, 4e éd., Paris.
- Meriç**, Nedim, “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü” Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. XI, Özel Sayı (Bilge Umar’a Armağan Sayısı, C. I), 377-424.
- Nomer**, Ergin (2013), Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, (Devletler Hususi Hukuku).
- Nomer**, Ergin, “Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu”, Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, 685-730, (“Yargıtay Kararlarında Devletler Özel Hukuku Kanunu”).
- Nomer**, Ergin (1972), Davada Yabancı Kanun, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1739 (Davada Yabancı Kanun).
- Özdemir Kocasakal**, Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 30, 2010, S. 1-2: 27-88 (“Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”).
- Özdemir**, Hatice, “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları”, İstanbul Barosu Dergisi, 1999, C. LXXIII, S. 4: 926-941, (“MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında”).
- Özekes**, Muhammet, “Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur”, Halûk Konuralp Anısına Armağan, 2009, C. I, Ankara, Yetkin Yayınevi, s. 745-781.
- Özekes**, Muhammet, “Hukuk Yargılamasında Yeni Bir Aşama, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında Ön İnceleme”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Eylül 2006: 101-110 (“Ön İnceleme”).

- Özekes**, Muhammet (2003), Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, Yetkin Yayınevi, (Hukuki Dinlenilme Hakkı).
- Öztürk**, Pınar (2001), Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet (2013), Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları.
- Sakmar**, Ata/**Ekşi**, Nuray/**Yılmaz**, İlhan (2001), Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun - Mahkeme Kararları, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi.
- Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman Figanmeşe**, İnci (2014), Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Şanlı**, Cemal (2011), Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, (Uluslararası Ticari Akitler).
- Şanlı**, Cemal (1986), Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Şeker**, Hilmi (2012), İlkeler Işığında Ön İnceleme Kurumu, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları.
- Tarman**, Zeynep Derya, “5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, BATİDER, 2010, C. XXVI, S. 1: 143-168.
- Tarman**, Zeynep Derya, “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. LIX, S. 3: 521-550.
- Tekinalp**, Gülören/**Uyanık Çavuşoğlu**, Ayfer (2011), Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık.
- Tiryakioğlu**, B./**Aygün**, M./**Küçük**, E. (2014), Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı, 7. Bası, Ankara, Yetkin Yayınevi.

- Tiryakioğlu,** Bilgin (1996), Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Toker,** Ali Gümrah, “Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İzmir 2010, C. XII, Özel Sayı (Burhan Ceyhan’a Armağan-II): 991-1052.
- Turhan,** Turgut, “Türk Vatandaşlığından Çıkanların Hakları (TVK m. 29 üzerine bir inceleme)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1997, C. VLI, S. 1-4: 41-66.
- Turhan,** Turgut (1997), Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Umar,** Bilge (2011), Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, Yetkin Yayınevi.

Kısaltmalar

A.Ş.	: Anonim Şirket
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Bası
b.	: Bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bkz.(bkz.)	: Bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
c.	: Cümle
Çev.(çev.)	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DHH	: Devletler Hususî Hukuku
Dn.(dn.)	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.(ed.)	: <i>Edition</i>
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
karş.	: Karşılaştırınız
Ltd. Şti.	: Limitet Şirket
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MİHDER	: Medeni Usul ve İflas Hukuku Dergisi
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu

No.(no.)	: Numara
Ör.	: Örnek
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: Ve devamı
Vol.(vol.)	: <i>Volume</i> (Cilt)
vs.	: Ve saire
Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
yuk.	: Yukarıda