

YAZAR NOTU

Arkadaşlar, öncelikle bu not sınava yönelik hazırlanmış bir nottur. Dolayısıyla bu notu düzgünce kanunla beraber iki defa okumanız ve çıkmış soru ile takviye etmeniz halinde sınavdan iyi bir not almanıza yeterli olacaktır. Ancak vaktiniz varsa kitaptan çalışıp notla takviye etmenizi de öneririm.

MÖHUK dersi esasında bir temel ve iki yan dersten oluşur. Temel ders bu noktada derse de adını veren Milletlerarası Özel Hukuk (MÖHUK)'dür. Yan dersler ise Vatandaşlık Hukuku ve Yabancılar Hukuku dersleridir. MÖHUK'de kendi içinde 3 ayrı bölüme ayrılır. Bunlar Genel Prensipler, Kanunlar İhtilafı ve Milletlerarası Usul Hukukudur. Vatandaşlık Hukuku dersinde vatandaşlık kavramı, Türk vatandaşlığının kazanılması halleri, bunların şartları ve usulü anlatılmaktadır.

Yabancılar Hukukunda ise öncelikle kimlerin yabancı olduğu, yabancılar hukukuna hâkim olan genel esaslar anlatılmaktadır. Daha sonra ise yabancıların çeşitli hak ve özgürlüklerden nasıl yararlanacağı ayrı ayrı açıklanmaktadır; yabancıların Türkiye'ye girişi, ikamet, çalışma hakkı, yabancı yatırım, taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinme hakkı, eğitim ve öğretim özgürlüğü gibi. Bunun yanında bazı yabancılar vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu devletin korumasından yararlanamaz ve haklı nedenlerle yararlanmak istemeyebilir. Bu kişilere tanınacak uluslararası koruma statüleri (mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma) ve bu statülerin verilmesi usulü ile özellikle güncel bir mesele olarak Türkiye'deki Suriye vatandaşlarının durumunu hukuki zemine oturtan geçici koruma gibi konular da yabancılar hukukunda işlenmektedir. Öte yandan yabancıların sınırdışı edilmesi ve suçluların iadesi şartları ve usulü de yabancılar hukukunda anlatılacak önemli konulardandır.

MÖHUK'de ise Genel Prensipler kısmında tüm kanunlar ihtilafı kuralları için ortak olan temel esaslar anlatılmaktadır. Örneğin kanunlar ihtilafı kuralı Alman Hukukunu yetkili kılıyor olsun. Ancak Alman Hukukunun olaya uygulanması halinde Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu halde Alman Hukukunun bu Türk kamu düzenine açıkça aykırı kuralı MÖHUK m.5 uyarınca uygulanmayacaktır. İşte tüm kanunlar ihtilafı kuralları için ortak olan bu kamu düzeni müdahalesi Genel Prensipler kısmında anlatılacaktır. Yine kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilen yetkili yabancı hukukun olaya nasıl uygulanacağı, nasıl edinileceği, edinilememesi halinde nasıl hareket edileceği gibi sorunlar da yabancı hukukun uygulanması başlığı altında Genel Prensipler kısmında anlatılacaktır. Son bir örnek olarak bir kanunlar ihtilafı kuralında sadece "ilgilinin milli hukuku uygulanır" (Örneğin; MÖHUK m.9/f.1) diyebilir. Ancak söz konusu işlem yapılırken kişi Alman vatandaşıysen sonradan dava tarihinde Fransız vatandaşı olabilir. İşte bu gibi hallerde hangi andaki bağlama noktasının örneğimizde, hangi andaki milli hukukun esas alınacağı ve tüm kanunlar ihtilafı kuralları için geçerli olabilecek başkaca hususlar Genel Prensipler kısmında anlatılacaktır.

Genel Prensiplerden sonra Kanunlar İhtilafı Kuralları anlatılacaktır. Kanunlar İhtilafı Kuralları, Türk mahkemesi önünde açılmış yabancılık unsuru içeren davada olayın esasına hangi hukukun uygulanacağını belirleyen kurallardır. Örnek olarak Türk mahkemesi önünde açılmış bir davada İran'da yapılan dini şekilde evlenmenin şeklen geçerliliği tartışmalı olsun. MÖHUK m.13/f.2 uyarınca evlenmenin şekline evlenmenin yapıldığı ülke hukuku uygulanır. Dolayısıyla bu evlenme İran Hukukuna tabi olacak ve İran Hukukuna göre geçerliyse evlenmenin geçerli şekilde yapıldığı sonucuna ulaşılabilecektir. Özetle Kanunlar İhtilafı kısmında MÖHUK m.7-39 arasında ve milletlerarası sözleşmelerde yer alan tüm kanunlar ihtilafı kuralları tek tek anlatılacaktır.

Kanunlar İhtilafı kısmından sonra ise son olarak Milletlerarası Usul Hukuku anlatılacaktır. Kanunlar İhtilafı nasıl olayın esasına uygulanacak hukuku belirliyorsa Milletlerarası Usul Hukuku da usule uygulanacak kuralları belirler. Milletlerarası Usul Hukuku kısmında en önemli konulardan biri milletlerarası yetki meselesidir. Türk mahkemesi ne zaman yetki kazanacaktır? Açılmış davada Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi var mıdır? Bu ve benzeri soruların cevabını bize MÖHUK m.40-47'de düzenlenen milletlerarası yetki kuralları verecektir. Daha sonra da belirteceğim ancak önemli olduğu için burada da belirteyim ki asla kanunlar ihtilafı kuraları ile milletlerarası yetki kurallarını karıştırmayınız. Kanunlar ihtilafı kuralları olayın esasına uygulanacak hukuku tespit ederken milletlerarası yetki kuralları Türk mahkemesinin ilgili dava bakımından milletlerarası yetkisinin olup olmadığını belirler. Türk kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanabilmesi için mutlaka yetkili Türk mahkemesi önünde açılmış bir dava olmalıdır. Olayın esasına uygulanacak hukuk ilgili Türk kanunlar ihtilafı uyarınca yabancı bir hukuk veya Türk hukuku olabilir. Ancak usule birkaç istisnai durum dışında –ki bu istisnaların her biri kendi bahsinde açıklanacaktır.– Türk Usul Hukuku uygulanacaktır. Bu açıdan MÖHUK'de hüküm bulunmayan hallerde HMK

başta olmak üzere iç hukuk usul hukuku düzenlemeleri de dikkate alınmalıdır. Örneğin; görev meselesi ayrıca MÖHUK’de düzenlenmediğinden iç hukuk kurallarına tabidir. Milletlerarası Usul Hukukunun başka önemli bir konusu da tanıma ve tenfiz konusudur. Türk mahkemeleri tarafından verilen kararlar Türkiye’de hüküm doğurur ve icra edilebilir. Yabancı mahkeme kararlarının ise Türkiye’de hüküm doğurabilmesi ve icra edilebilmesi için ise duruma göre tanınması veya tenfizi gerekir. İşte bu noktada hangi kararların tanımaya hangilerinin tenfize tabi olduğu, tanıma ve tenfiz şartları ile usulü de Milletlerarası Usul Hukukunda anlatılacaktır. Milletlerarası Usul Hukukunda anlatılacak başkaca konular; taraf ve dava ehliyeti, teminat, tebligat, yargı-icra bağışıklığı, yabancı derdestlik v bekletici meseledir. Son olarak milletlerarası tahkim ile yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi konuları da anlatılarak not bitirilecektir.

Konu kapsamını da belirttikten sonra sınav sorumluluğuna gelelim. MÖHUK haftalık 3 ders saatinden oluşur. İlk dönem birer ders saatinde Vatandaşlık-Yabancılar-MÖHUK anlatılır. İlk dönem itibarıyla Vatandaşlık Hukuku ve Yabancılar Hukuku biter. MÖHUK’de ise Genel Prensiplerden başlanmışsa Genel Prensipler biter ve bir ihtimal Milletlerarası Usul Hukuku veya Kanunlar İhtilafına bir giriş yapılır. Eğer MÖHUK’e Milletlerarası Usul Hukukundan başlanmışsa Milletlerarası Usul Hukukunda 3-4 konu bitirilmiş olur. İkinci dönem ise tamamen MÖHUK anlatılır ve derslerin ağırlığına göre 3 haftalık ders saati Genel Prensipler-Kanunlar İhtilafı-Milletlerarası Usul Hukuku arasında ağırlığına göre paylaştırılır. Eğer ilk dönem Genel Prensipler anlatılmış ve bitirilmişse bu ağırlık diğer iki ders arasında söz konusu olur.

Vize sorumluluğu bakımından Vatandaşlık-Yabancılar-MÖHUK (anlatılan kısımlar itibarıyla) aksi belirtilmediyse 35-35-30 civarında bir dağılıma tabi tutulur. Hangi derslerin 35 puan hangisinin 30 olduğu veya başkaca bir dağılım yapılacaksa bu sınavdan önce hocalar tarafından açıklanır. Final sorumluluğu bakımından ise MÖHUK 70 puan ve Vatandaşlık-Yabancılar 15-15 puan olacaktır. MÖHUK içindeki 70 puanın da genellikle 10 puanı Genel Prensipler, 30-30 ise Kanunlar İhtilafı ve Milletlerarası Usul Hukuku şeklinde olur. Hangi konuların ağırlıklı sorulduğunu çıkmış sorulardan rahatlıkla görebilirsiniz. Ayrıca ben de her bölümün sonunda özellikle dikkat etmeniz gereken konuları belirtmeye çalışacağım.

Konu kapsamı ve sınav sorumluluğu açıklandıktan sonra notla ilgili birkaç açıklamada bulunmak istiyorum. Öncelikle elimden geldiğince notu anlaşılır bir dilde ve açıklayıcı bir şekilde yazmaya çalıştım. Nota kesinlikle kanun ile beraber çalışınız ve üstüne çıkmış soruları çözünüz. Bunu yapmanız halinde not gayet yeterli olacaktır. Kanun bakımından da MÖHUK kısmında temel kanun olan 5718 sayılı MÖHUK, Vatandaşlık kısmında 5901 sayılı TVK ve Yabancılar kısmında ise 6458 sayılı YUKK dikkate alınmalıdır. Bunun dışında özellikle Yabancılar Hukuku kısmında başkaca mevzuat ve sözleşmeler devreye girebilir. Bunlar da her biri kendi bahislerinde düzenlenmiştir. Zaten olabildiğince konuları ilgili yasal düzenlemelerle birlikte anlatmaya çalıştım. MÖHUK özellikle de Yabancılar Hukuku biraz ezber bir alan bu konuda yapabileceğim pek bir şey yok. Esasında grafikler çizmek ve böylece konuları daha anlaşılır kılmak istedim ama bu durum notun hacmini önemli ölçüde arttıracaktı. Vize ve finallerde başarılar ve hayırlı mezuniyetler diliyorum.

İÇİNDEKİLER

1. Kısım: Vatandaşlık Hukuku

1. Bölüm: Genel Olarak Vatandaşlık Hukuku	6
2. Bölüm: Türk Vatandaşlık Hukuku	6
I. Genel Olarak	6
II. Türk Vatandaşlığının Kazanılması	7
III. Türk Vatandaşlığının Kaybı	14
Sınava Yönelik Açıklamalar	17

2. Kısım: Yabancılar Hukuku

1. Bölüm: Genel Esaslar	19
I. Giriş	19
II. Yabancı	19
III. Yabancılar Hukukunun Genel Esasları	23
2. Bölüm: Yabancıların Hak ve Özgürlükleri	24
I. Yabancıların Türkiye'ye Giriş Hakkı	24
II. Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahat Özgürlüğü	29
III. Yabancıların Kişi Dokunulmazlığı	35
IV. Uluslararası Koruma	39
V. Basın Özgürlüğü	44
VI. Dernek ve Vakıf Kurma ve Üye Olma Özgürlüğü	44
VII. Yabancıların Çalışma Hak ve Özgürlükleri	45
VIII. Yabancı Yatırımlar	51
IX. Yabancıların Eğitim ve Öğretim Özgürlüğü	54
X. Yabancıların Taşınmazlar Üzerinde Mülkiyet ve Sınırlı Ayni Hak Edinmesi	55
Sınava Yönelik Açıklamalar	57

3. Kısım: Genel Prensipler

I. Giriş.....	58
II. Milletlerarası Özel Hukuka İlişkin Genel Sorunlar.....	60
A. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Yapısı ve Unsurları.....	60
B. Vasıflandırma.....	62
C. Statü Değişikliği.....	62
D. Atıf.....	64
E. Yabancı Hukukun Uygulanması.....	65
F. Kamu Düzeni.....	66
G. Doğrudan Uygulanan Kurallar.....	67
H. Ön Sorun.....	68
Sınava Yönelik Açıklamalar.....	71

4. Kısım: Kanunlar İhtilafı

1. Bölüm: Genel Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	72
7I. Hukuki İşlemlerin Şekli.....	72
II. Zamanaşımı.....	72
2. Bölüm: Özel Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	73
I. Kişiler Hukukuna İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	73
A. Ehliyet.....	73
B. Ad ve Soyadı Değişikliği ile Cinsiyet Değişikliği.....	77
II. Aile Hukukuna İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	77
A. Nişanlanma.....	77
B. Evlenme.....	78
C. Boşanma ve Ayrılık.....	81
D. Evlilik Malları.....	82
E. Soybağı.....	83
F. Evlat Edinme.....	87
G. Nafaka.....	89
III. Miras Hukukuna İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	92

IV. Eşya Hukukuna İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	97
V. Fikri Mülkiyet Hukukuna İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	98
VI. Temsile İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	99
VII. Borçlar Hukukuna İlişkin Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	100
A. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri.....	100
B. Haksız Fiiller.....	106
C. Sebepsiz Zenginleşme.....	109

5. Kısım: Milletlerarası Usul Hukuku

I. Milletlerarası Yetki.....	110
A. Genel Olarak.....	110
B. Milletlerarası Yetki Kuralları.....	110
B.1. Yetki Sözleşmesi	110
B.2. MÖHUK’de Düzenlenen Özel Yetki Kuralları.....	113
B.3. MÖHUK m.40 atfıyla İç Hukuka İlişkin Yetki Kuralları	116
C. Milletlerarası Yetki İtirazı.....	121
II. Milletlerarası Derdestlik ve Bekletici Mesele.....	121
III. Yargı ve İcra Bağışıklığı.....	122
IV. Taraf ve Dava Ehliyeti.....	125
V. Teminat.....	126
VI. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi.....	127
A. Genel Olarak	127
B. Tanıma ve Tenfiz Koşulları.....	128
C. Tanıma ve Tenfiz Davalarında Usul.....	132
D. Yabancı Ülke Adlî veya İdarî Makamlarınca Evliliğin Sona Ermesine İlişkin Olarak Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili.....	134
VII. İspat, İspat Yüğü ve Deliller	134
VIII. Milletlerarası Tebligat.....	136
IX. Milletlerarası Tahkim.....	138
X. Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi.....	142
Sınava Yönelik Açıklamalar.....	144

VATANDAŞLIK HUKUKU

BİRİNCİ BÖLÜM: GENEL OLARAK VATANDAŞLIK HUKUKU

Vatandaşlık bir kişinin belirli bir devlete olan aidiyetini ifade eder. Vatandaşlık belirli bir devletle kişi arasındaki karşılıklı hak, görev ve yükümlülük ilişkilerini belirleyen hukuksal bağıdır. Kişi, bir devletin vatandaşlığını kazanmakla bu devlete karşı bazı haklara sahip olurken öte yandan da bazı yükümlülükleri söz konusu olur.

Her devlet, kendi hâkimiyet yetkisi çerçevesinde kimlere vatandaşlık vereceğini ve kimleri vatandaşlıktan çıkaracağını belirlemek de serbesttir. Ancak bu serbesti mutlak bir serbesti olmayıp milletlerarası sözleşmeler, milletlerarası hukuk ve vatandaşlık hukukunun genel ilkeleri bu serbestinin sınırını oluşturur. Vatandaşlık hukukuna hâkim olan temel prensipleri şu şekilde sayabiliriz.

1- Herkes vatandaşlığa sahip olmalıdır: Herkesin bir vatandaşlığı olması gerektiğine ilişkin ilke kişilerin vatansız kalmasını önlemeye yönelik bir ilkedir. Ancak bu ilke kanuni şartları taşımayan vatansız devletin vatandaşlık vermesini sağlamayacağı gibi kanuni şartlar oluştuğunda rızası hilafla vatandaşlıktan çıkarılmasını da engellemeyecektir. Öte yandan vatansızlığın azaltılması amacıyla birçok milletlerarası sözleşme akdedilmektedir.

2. Herkesin tek bir vatandaşlığı olmalıdır: Bu ilke günümüzde birçok devletin çifte vatandaşlığı ve çok vatandaşlığı kabul etmesiyle önemini yitirmiştir. Artık bu ilkenin yerini "herkesin en az bir vatandaşlığı olmalıdır." ilkesinin aldığı söylenebilir.

3. Hiç kimseye zorla vatandaşlık verilemez ve kimse sahip olduğu vatandaşlığı terk etmeye zorlanamaz: Devlet, hiç kimseyi zorla vatandaş olmaya zorlayamaz. Ancak kişinin kanuni şartlar oluştuğunda vatandaşlıktan çıkarılması söz konusu olabilir. Bu ilke sadakat yükümlülüğünü ihlal eden ve kanunla getirilmiş haklı sebeplerin oluşması halinde devletin kişiyi rızası hilafla vatandaşlıktan çıkarmaya engel değildir. Öte yandan bu ilke kanuni şartlar oluşmadığında kişinin vatandaşlıktan çıkmasına izin verilmemesine de engel değildir. Örneğin bir suçtan dolayı aranan bir kişiye devlet vatandaşlıktan çıkma izni vermeyebilir.

Bu noktada son olarak gerçek vatandaşlık kavramına değineceğim. Gerçek vatandaşlık, birden fazla vatandaşlığa sahip kişinin, sahip olduğu bu vatandaşlıkların içinde daha sıkı bağlarla bağlı bir hayat ilişkisi içinde olduğu devletin vatandaşlığıdır. Gerçek vatandaşlık özellikle kanunlar ihtilafı kuralları uygulanırken kişinin milli hukukunun esas alınmasında önem taşımaktadır. Bu halde vatandaşlıklardan birisi mahkemenin vatandaşlığı değilse kişinin gerçek vatandaşlığı esas alınır.

İKİNCİ BÖLÜM: TÜRK VATANDAŞLIK HUKUKU

I. GENEL OLARAK

Türk vatandaşlık hukukunun temel kaynakları Anayasa m.66 hükmü ve 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunudur. (TVK) Anayasa m.66'da temel esaslara yer verilmiş ve vatandaşlığın kazanılması, kaybı ile ispatı kanunla daha detaylı düzenlenmiştir.

Anayasa m.66/f.1 "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür." diyerek vatandaşlık tanımını yaptıktan sonra devam eden fıkralarda vatandaşlığın kazanılması ve kaybına ilişkin genel esaslara yer vermiştir.

AY m.66/f.2 uyarınca "Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türk'tür." Bu hüküm vatandaşlığın kazanılması bakımından soybağı esasına kazanmanın temel ilke olarak kabul edildiğini göstermektedir. TVK'de ise diğer vatandaşlığın kazanılması yolları detaylı bir şekilde düzenlenmiştir.

AY m.66/f.3 uyarınca ise "Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir." Bu hükümle de vatandaşlığın kazanılması ve kaybı bakımından kanunilik ilkesi benimsenerek idarenin keyfi şekilde vatandaşlık vermesi veya vatandaşlığı kaybettirmesi engellenmeye çalışılmıştır. Sonraki 4.fıkra da ise "Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz." hükmüne yer verilmiştir. Öncelikle mevcut TVK'de çıkarılma şeklinde bir vatandaşlığın kaybı yolu düzenlenmemiştir. Ancak bu hüküm vatandaşlığın kişinin iradesi dışında vatandaşlığı kaybettiği vatandaşlığı kaybettirme ve vatandaşlığın iptali bakımından geçerli olmaya devam etmektedir. AY m.66/f.3-4 beraber değerlendirildiğinde bir kişinin ancak şu hallerde vatandaşlığı iradesi dışında kaybolabilir.

1-Kanunda belirtilen şartların oluşması.

2- Kişinin vatana bağlılıkla bağdaşmayacak bir eylemde bulunması.

Anayasa m.66'nın son fıkrasında ise "Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz." hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm esasen idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğuna ilişkin AY m.125/f.1'in vatandaşlık hukuku bakımından tekrarı niteliğindedir.

II. TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAZANILMASI

Türk vatandaşlığının kazanılması doğumla kazanma (aslen kazanma) ve sonradan kazanma (müktesep kazanma) olmak üzere ikiye ayrılır. (TVK m.5)

A. Türk Vatandaşlığının Doğumla Kazanılması

Türk vatandaşlığının doğumla kazanılması da soybağı ve doğum yeri esasına göre kazanma olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. (TVK m.6)

Doğumla kazanma halinde kişi kanun gereği kendiliğinden Türk vatandaşlığını kazanır. Sonradan kazanma hallerinden farklı olarak doğumla kazanmada kişinin kendisi dahil hiç kimsenin bir iradesine ihtiyaç yoktur. Oysaki sonradan kazanma hallerinde öncelikle kişinin kendi iradesi ve yetkili makam kararıyla kazanma hallerinde bu iradeye ek olarak yetkili makamın iznine ihtiyaç vardır. Son olarak doğumla kazanılan vatandaşlık şartları sonradan oluşsa bile doğum anından itibaren hüküm ifade eder. Örneğin, yabancı ana ve Türk babadan doğan çocuk ile Türk babası arasında sonradan soybağı kurulursa yani doğumla kazanma şartları sonradan oluşsa da bu vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade edecektir.

1. Türk Vatandaşlığının Soybağı Esasına Göre Kazanılması

Kan esasına dayanan soybağı ile Türk vatandaşlığının kazanılmasında kişinin doğum yeri önemli olmayıp önemli olan ana veya babasının vatandaşlığıdır. Soybağı ile vatandaşlığın kazanılması TVK m.7'de düzenlenmiştir.

a. Evlilik birliği içinde doğan çocuk

TVK m.7/f.1 hükmüne göre Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır. Dolayısıyla çocuk evlilik birliği içinde doğmuşsa anne veya babasından birinin Türk vatandaşı olması çocuğun Türk vatandaşlığını kazanması için yeterlidir. Çocuğun doğduğu yerin bu noktada önemi yoktur.

Bu noktada evlilik birliği içinde doğan çocuğun kim olduğu Türk Medeni Kanunu (TMK) hükümlerine göre belirlenecektir. Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. (TMK m.285/f.1) Çocuğun bu şekilde evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden sonraki 300 günlük süre içinde doğması halinde evlilik içinde doğan çocuk söz konusudur.

b. Evlilik birliği dışında doğan çocuk

TVK m.7/f.2-3'te evlilik birliği dışında doğan çocuğun annesinin veya babasının Türk vatandaşı olmasına göre ikili ayırım yapılmıştır.

Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır. (TVK m.7/f.2) Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulduğundan ananın Türk vatandaşı olması halinde başkaca bir işleme gerek olmaksızın çocuk Türk vatandaşlığını kazanır.

Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soybağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır. (TVK m.7/f.3) Evlilik birliği dışında Türk baba ile yabancı anadan doğan çocuğun Türk vatandaşlığını kazanabilmesi için ise çocuk ile baba arasında soybağı kurulması gerekir. Ancak baba ile çocuk arasında sonradan soybağı kurulmasıyla kazanılan vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade edecektir.

2. Türk Vatandaşlığının Doğum Yeri Esasına Göre Kazanılması

TVK m.7'de asli vatandaşlık kazanma yolu olarak soy bağı esasına göre vatandaşlığın kazanılması düzenlendikten sonra m.8'de istisnai bir kazanma biçimi olarak doğum yeri esasına göre vatandaşlığın kazanılması düzenlenmiştir.

TVK m.8 uyarınca "Türkiye'de doğan ve yabancı ana ve babasından dolayı doğumla herhangi bir ülkenin vatandaşlığını kazanamayan çocuk, doğumdan itibaren Türk vatandaşıdır. Türkiye'de bulunmuş çocuk aksi sabit olmadıkça Türkiye'de doğmuş sayılır."

TVK m.8 uyarınca Türk vatandaşlığının doğum yeri esasına göre kazanılması için 2 şart gereklidir. Bu şartlar şu şekildedir:

1. Türkiye'de doğmuş olma: Türk vatandaşlığının doğum yeri esasına göre kazanılabilmesi için öncelikle çocuğun Türkiye'de¹ doğmuş olması gerekir. TVK m.8/f.2'de Türkiye'de bulunmuş olan çocuklar bakımından bir karineye yer verilmiştir. Buna göre Türkiye'de bulunmuş çocuk aksi sabit olmadıkça Türkiye'de doğmuş sayılır.

2. Çocuğun yabancı ana ve babasından dolayı doğumla vatandaşlık kazanamamış olması: Doğum yeri esasına göre vatandaşlığın temel amacı çocuğun vatansız kalmasını önlemektir. Bu noktada doğum yeri esasına göre vatandaşlığın kazanılması istisnaidir. Türkiye'de doğan bir çocuk ana veya babasından dolayı doğumla bir devletin vatandaşlığını kazanıyorsa Türk vatandaşlığını doğum yeri esasına göre kazanamaz.

Çocuğun yabancı ana veya babasından dolayı doğumla herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanamaması çeşitli şekillerde olabilir. İlk olarak çocuğun anası veya babası belli olmayabilir. İkinci olarak çocuğun ana ve babası yabancı olduğundan bir yandan soybağı esasına göre Türk vatandaşlığını kazanamıyordur öte yandan ana ve babasının vatandaşı olduğu yabancı devlet doğum yeri esasına göre vatandaşlık kazanmayı temel prensip olarak kabul ettiğinden ve çocuk Türkiye'de doğduğundan yabancı ana veya babasının vatandaşlığını kazanamıyor olabilir. Yine başkaca şekillerde de çocuğun herhangi bir devletin vatandaşlığını kazanamaması söz konusu olabilir. İşte tüm bu hallerde çocuğun Türkiye'de doğması halinde çocuğun vatansız kalmaması amacıyla çocuk doğum yeri esasına göre Türk vatandaşlığını kazanacaktır.

¹ Türkiye'de doğmuş olma şartı bakımından Türkiye Cumhuriyeti kara sahası, kara suları ve hava sahası dikkate alınmalıdır. Bunun yanında açık denizlerde Türk bayrağı taşıyan sivil gemiler ile yine aynı alan üzerinde Türk sivil araçlarında doğan çocuklar da Türkiye'de doğmuş olur. Türk savaş gemileri ile Türk savaş uçaklarında doğan çocuklar ise bu savaş gemileri veya savaş uçakları nerede olursa olsun Türkiye'de doğmuş olur. Zira savaş gemileri ve savaş uçakları bulunduğu yerin önemi olmaksızın bağlı olduğu devletin topraklarıdır.

B. Türk Vatandaşlığının Sonradan Kazanılması

1. Genel Olarak

Türk Vatandaşlığı ya doğumla kazanılır ya da doğumla kazanılmamışsa sonradan kazanılabilir. Sonradan kazanılan vatandaşlık doğumla kazanılan vatandaşlık gibi kendiliğinden kazanılmaz. Sonradan kazanılan vatandaşlıkta doğumla kazanılan vatandaşlıktan farklı olarak öncelikle kişinin kendi iradesi gerekir. Yetkili makam kararıyla kazanmada ise ayrıca yetkili makamın izni gereklidir.

Doğumla kazanılan vatandaşlık doğum anından itibaren hüküm ifade ederken sonradan kazanılan vatandaşlık; yetkili makam kararıyla kazanmada, kişinin vatandaşlığı kazandığı karar tarihinden, seçme hakkı ile kazanmada ise bu hakkın kullanılmasına dair şartların tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Vatandaşlığın sağladığı hak ve yükümlülükler bakımından vatandaşlığın doğumla veya sonradan kazanılmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Türk vatandaşlığının sonradan kazanılması TVK m.9-22 arasında düzenlenmiştir. Sonradan kazanılan vatandaşlık, yetkili makam kararıyla kazanma (m.10-20) ve seçme hakkının kullanılması yoluyla kazanma (m.21-22) olmak üzere ikiye ayrılır.

2. Yetkili Makam Kararıyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması

TVK m.10 uyarınca Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen bir yabancı, bu Kanunda belirtilen şartları taşıması halinde yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilir. Ancak, aranan şartları taşımak vatandaşlığın kazanılmasında kişiye mutlak bir hak sağlamaz. Dolayısıyla TVK'de belirtilen şartlar asgari şartlardır. Kişinin vatandaşlığı kazanabilmesi için bu asgari şartları taşıması gereklidir. Ancak kişinin bu asgari şartları taşıması ona mutlak bir hak sağlamayacaktır. Her devlet egemenlik yetkisinin gereği olarak istediği kişiyi vatandaşlığa almakta serbesttir. Türk idaresinin de bu noktada takdir yetkisi vardır.

İdarenin takdir yetkisi olsa da bu takdir yetkisi mutlak değildir. AY m.125 uyarınca idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır. Bundan dolayı idare takdir yetkisini keyfi olarak kullanamaz.

Yetkili makam kararıyla kazanma; genel yolla kazanma (m.11), istisnai yolla kazanma (m.12), ikamet şartı aranmaksızın yeniden kazanma (m.13), ikamet şartına bağlı olarak yeniden kazanma (m.14), evlenme yoluyla kazanma (m.16) ve evlat edinilme yoluyla kazanma (m.17) olmak üzere altı farklı şekilde söz konusu olabilir.

a. Genel yolla Türk vatandaşlığının kazanılması

Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla kazanma hallerinden ilki genel yolla kazanmadır. Genel yolla vatandaşlığın kazanılması TVK m.11'de düzenlenmiştir. TVK m.11'de genel yolla vatandaşlığın kazanılması için sekiz şarta yer verilmiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere bu şartların gerçekleşmesi vatandaşlığın kazanılması bakımından kişiye mutlak bir hak sağlamaz. Bu noktada idarenin takdir yetkisi bulunmaktadır.

Genel yolla vatandaşlığın kazanılmasında yetkili makam İçişleri Bakanlığıdır. Genel yolla kazanma için gerekli şartlar şunlardır:

- 1- Kendi millî kanununa, vatansız ise Türk kanunlarına göre ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak,
- 2- Başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmek,
- 3- Türkiye'de yerleşmeye karar verdiğini davranışları ile teyit etmek,
- 4- Genel sağlık bakımından tehlike teşkil eden bir hastalığı bulunmamak,²
- 5- İyi ahlak sahibi olmak,

² Örneğin HIV (+) virüsü sahibi yabancılar

- 6- Yeteri kadar Türkçe konuşabilmek,
- 7- Türkiye'de kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağlayacak gelire veya mesleğe sahip olmak,
- 8- Millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak.

Burada başvuru tarihinden geriye doğru Türkiye'de kesintisiz beş yıl ikamet etmek şartı bakımından TVK m.15 hükmü de dikkate alınmalıdır. TVK m.15 uyarınca bir yabancı için ikamet, Türk kanunlarına uygun olarak Türkiye'de oturmaktır. Türk vatandaşlığını kazanma talebinde bulunan bir yabancı başvuru için aranan ikamet süresi içinde toplam 1 yılı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunabilir.³ Türkiye dışında geçirilen süreler bu Kanunda öngörülen ikamet süreleri içinde değerlendirilir.⁴ Dolayısıyla genel yolla vatandaşlığı kazanma talebinde bulunan kişinin bu 5 yıllık süre içinde 1 yılı geçmemek üzere Türkiye dışında bulunması ikamette kesinti anlamına gelmeyecek ve hatta Türkiye'de ikamet edilmiş gibi 5 yıllık sürenin hesaplanmasında dikkate alınacaktır.

Son olarak daha önce bu 8 şarta ek olarak TVK m.11/f.2'de "Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılarda, yukarıda sayılan şartlarla birlikte, taşıdıkları devlet vatandaşlığından çıkma şartı da aranabilir." hükmüne yer verilmekteydi. Ancak 7039 sayılı Kanunla bu fıkra mülga edilmiştir.

b. İstisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılması

Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığını kazanmanın ikinci yolu istisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılmasıdır. TVK m.12'de bazı nitelikteki yabancılara m.11'deki genel yolla kazanmada aranan şartları taşımaksızın istisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanma İmkânı tanınmıştır.

İstisnai yolla Türk vatandaşlığın kazanılmasında sadece millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartı aranır. İstisnai yolla Türk vatandaşlığının kazanılması halinde de idarenin takdir yetkisi mevcuttur. İstisnai yolla Türk vatandaşlığı Cumhurbaşkanının kararı ile kazanılır.⁵

İstisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanabileceği belirtilen kişiler 5 grup halinde sayılmıştır:

1- Türkiye'ye sanayi tesisleri getiren veya bilimsel, teknolojik, ekonomik, sosyal, sportif, kültürel, sanatsal alanlarda olağanüstü hizmeti geçen ya da geçeceği düşünülen ve ilgili bakanlıklarca haklarında gerekçeli teklifte bulunulan kişiler.

2- 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 31 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi uyarınca ikamet izni alanlar: Bu kişiler Türkiye'de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğudur.

3- Turkuaz Kart sahibi yabancılar ve bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu: Kimlerin Turkuaz Kart sahibi olabileceği 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu m.11'de düzenlenmiştir. Buna göre Uluslararası işgücü politikası doğrultusunda; eğitim düzeyi, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı, Türkiye'deki faaliyetinin veya yatırımının ülke ekonomisine ve istihdama etkisi ile Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve Bakanlıkça belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen yabancılara Turkuaz Kart verilir. (UİK m.11/f.1)

³ 7039 sayılı Kanunla 6 aylık bu süre 12 aya yani 1 yıla çıkarıldı.

⁴ 403 sayılı eski Vatandaşlık Kanununda da 6 aylık yurtdışında bulunmanın ikamette kesinti olmayacağı düzenlenmekle beraber bu yurtdışında geçirilen sürenin ikamet süresinden sayılmayacağı hükmüne yer verilmekteydi

⁵ Çeşitli KHK'ler ile mevzuattaki Bakanlar Kurulu ibareleri Cumhurbaşkanı olarak değiştirildi. Bundan sonraki dipnotlarda ayrıca bu duruma değinmeyeceğim. Elinizdeki mevzuatta Bakanlar Kurulu yazıyorsa onları Cumhurbaşkanı olarak anlayınız.

4- *Vatandaşlığa alınması zaruri görülen kişiler:* İdarenin takdir yetkisini gösteren ve kanunilik ilkesi bakımından problemlili bir gruptur.

5- *Göçmen olarak kabul edilen kişiler:* Kimlerin göçmen olarak kabul edildiği 5543 sayılı İskân Kanununda düzenlenmektedir. Buna göre göçmen Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup, yerleşmek amacıyla tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip İskân Kanunu gereğince kabul olunanlardır. (İskân Kanunu m.3/f.1-d)

Göçmenlere TVK m.12'deki istisnai yolla vatandaşlığın kazanılması yanında İskân Kanunu m.8'de ek bir vatandaşlığın kazanılması imkânı tanınmaktadır. Buna göre özel kanunlarla yurdumuza getirilen iskânlı göçmenler, sınırlarımızdan yurda girdikten sonra geçici veya kesin iskânları için belirlenen yerlerin, serbest göçmenler ise yerleştikleri yerlerin en büyük mülki amirine müracaatla kendileri ve aile fertleri için Vatandaşlığa Girme Beyannamesini imzalayarak "Göçmen Belgesi" almaya mecburdur. Göçmen Belgesi, iki yıl için geçerli olup, geçici kimlik belgesi olarak kullanılır. Bu belgede, göçmenin bu Kanunun hangi maddesi uyarınca yurda kabul edildiği belirtilir. Göçmen olarak kabul edilenler, gerekli işlemlerin ilgili kuruluşlarca tamamlanmasından sonra Cumhurbaşkanı kararıyla vatandaşlığa alınırlar. Küçükler; baba ve analarına, baba veya anaları yoksa kan ve kayın hısımlarına bağlı tutulurlar. Kimsesiz gelen küçükler, yaşlarına bakılmaksızın vatandaşlığa alınırlar. (İskân Kanunu m.8/f.3-4)

c. İkamet şartı aranmaksızın Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması

Türk Vatandaşlık Kanunu daha önceden Türk vatandaşı olan fakat bir şekilde bu vatandaşlığı kaybeden kişilere daha hafif şartlarla Türk vatandaşlığını yeniden kazanma imkânı tanımaktadır. Türk vatandaşlığı kaybetme şekline göre ikamet şartı aranmaksızın veya ikamet şartına bağlı olarak yeniden vatandaşlık kazanma mümkündür.

İkamet şartı aranmaksızın yeniden Türk vatandaşlığının kazanılmasında aranan tek şart milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir halin bulunmamasıdır. Ancak unutulmamalıdır ki tüm yetkili makam kararıyla kazanma hallerinde olduğu gibi burada da idarenin takdir yetkisi söz konusudur. Türk vatandaşlığının ikamet şartı aranmaksızın yeniden kazanılmasında yetkili makam İçişleri Bakanlığıdır.

İkamet şartı aranmaksızın yeniden Türk vatandaşlığını kazanabilecek olan üç grup şu şekildedir.

1- *Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler:* TVK m.25 vd. hükümlerde belirli şartların sağlanması halinde çıkma izni alma suretiyle Türk vatandaşlığının kaybedilmesi düzenlenmiştir. Bu şekilde çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ikamet şartı aranmaksızın yeniden Türk vatandaşlığının kazanılması imkânından yararlanabilirler.

2- *Ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybedenlerden m.21'de öngörülen süre içerisinde seçme hakkını kullanmayanlar:* TVK m.25 vd. hükümlerine göre Türk vatandaşlığından çıkma izni almak suretiyle çıkan kişilerin çocukları da m.27/f.2 uyarınca onlara bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybetmektedir. İşte ana ve babalarına bağlı olarak iradeleri dışında Türk vatandaşlığından çıkan çocuklar TVK m.21 uyarınca ergin olmalarından itibaren 3 yıl içerisinde seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kazanabilirler. Ancak bu kişilerin 3 yıl içinde seçme hakkını kullanmaması halinde Türk vatandaşlığını ikamet şartı aranmaksızın yeniden kazanma imkanları bulunmaktadır. Ancak birazdan belirtileceği üzere seçme hakkının kullanılması yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında idarenin takdir yetkisi bulunmadığı halde ikamet şartı aranmaksızın yeniden Türk vatandaşlığının kazanılmasında idarenin takdir yetkisi mevcuttur.

3- *Mülga 403 sayılı TVK m.25'in (a), (ç), (d) ve (e) bentleri uyarınca Türk vatandaşlığını kaybetmiş olan kişiler ile Mülga 1312 sayılı TVK'ye göre vatandaşlıktan ıskat edilmiş kişiler. (TVK m.43)*

d. İkamet şartına bağlı olarak Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması

İkamet şartına bağlı olarak Türk vatandaşlığının yeniden kazanılması TVK m.14'te düzenlenmektedir. Bu kişilerin Türk vatandaşlığını kazanması için iki şart aranmaktadır. Bu şartlardan ilki milli güvenlik bakımından engel teşkil edecek bir halin bulunmamasıdır. İkinci olarak ise bu kişilerin Türkiye'de 3 yıl ikamet etmeleri gerekir.⁶ İkamet şartına bağlı olarak yeniden Türk vatandaşlığının kazanılması hallerinde de idarenin takdir yetkisi vardır.

İkamet şartına bağlı olarak Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilecek olan iki grup şu şekildedir:

1- *TVK m.29 uyarınca Türk vatandaşlığı kaybettirilenler:* TVK m.29'da belirli bazı eylemlerde bulunanların vatandaşlıklarının Cumhurbaşkanı kararıyla kaybettirilebileceği düzenlenmiştir. İkamet şartına bağlı olarak yeniden Türk vatandaşlığını kazanabilecek olan ilk grup işte bu vatandaşlığı kaybettirilenlerdir. Bu kişilerin vatandaşlığını Cumhurbaşkanı kaybettirdiğinden bunlara ikamet şartına bağlı olarak Türk vatandaşlığını vermeye yetkili makam da Cumhurbaşkanıdır.

2- *TVK m.34 uyarınca Türk vatandaşlığını seçme hakkını kullanmak suretiyle kaybedenler:* TVK m.34 uyarınca belli bazı kişiler seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedebilirler. Bu seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden olan kişiler de ikamet şartına bağlı olarak Türk vatandaşlığını yeniden kazanabilme imkanına sahiptir. Bu kişilere yeniden vatandaşlık vermek bakımından yetkili makam İçişleri Bakanlığıdır.

e. Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması TVK m.16'da düzenlenmiştir. Buna göre bir Türk vatandaşı ile evlenme doğrudan Türk vatandaşlığını kazanma hakkı vermez. Ancak bir Türk vatandaşıyla en az 3 yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak için başvuruda bulunabilirler.

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması için şu şartların gerçekleşmesi gerekir. Ancak bu şartlar oluşsa dahi idarenin takdir yetkisi bulunduğu unutulmamalıdır.

- 1- Aile birliği içinde yaşama,
- 2- Evlilik birliği ile bağdaşmayacak bir faaliyette bulunmama,⁷
- 3- Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek hali bulunmamak

Başvurudan sonra Türk vatandaşı eşin ölümü nedeniyle evliliğin sona ermesi halinde eşlerin aile birliği içinde yaşaması şartı aranmaz. (TVK m.16/f.2)

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasından sonra evliliğin nisbi veya mutlak butlanına karar verilebilir. Bu noktada evlenmeyle Türk vatandaşlığını kazanan eşin evlenmede iyi niyetli olup olmadığına bakılır. Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kişinin batıl olan evlenmede iyi niyetli olması halinde Türk vatandaşlığını muhafaza eder. Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanan kişinin batıl olan evlenmede kötü niyetli olması halinde Türk vatandaşlığını butlan kararının verildiği tarih itibarıyla kaybeder.

f. Evlat Edinilme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması

Evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması TVK m.17'de düzenlenmiştir. Kanun tasarısının ilk halinde evlat edinilme yoluyla vatandaşlığın kazanılması bakımından evlat edinilen çocuğun 7 yaşından küçük olması şartı aranmakta ve buna bağlı olarak evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması yetkili makam

⁶ 3 yıl ikamet şartı bakımından TVK m.15 hükmü dikkate alınmalıdır.

⁷ Örneğin; Fuhuş

kararıyla kazanmadan bağımsız olarak bir kanunen vatandaşlık kazanma hali olarak öngörülmekteydi.⁸ Ancak tasarı kanunlaşırken "7 yaşından küçük olma" şartı "ergin olmama" olarak değiştirildiğinden evlat edinilme yoluyla vatandaşlık kazanmanın hukuki niteliği de buna bağlı olarak değiştirilmiş ve yetkili makam kararıyla kazanma hallerinden birisi olarak düzenlenmiştir.

Evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması bakımından şu iki şart aranır. Ancak evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılması da bir yetkili makam kararıyla kazanma hali olduğundan idarenin takdir yetkisi burada da mevcuttur.

- 1- Evlat edinilen kişinin kendi milli kanununa göre ergin olmaması
- 2- Milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmaması

g. Türk Vatandaşlığının Yetkili Makam Kararıyla Kazanılmasında Başvuru Usulü ve Esaslar

Türk vatandaşlığını sonradan kazanmak isteyen kişinin öncelikle vatandaşlık başvurusunda bulunması gereklidir. TVK m.37 uyarınca Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin başvurular yurt içinde ikamet edilen yer valiliğine, yurt dışında ise dış temsilciliklere bizzat veya bu hakkın kullanılmasına ilişkin vekâletname ile yapılır

Türk vatandaşlığını genel yolla veya evlenmeye yoluyla kazanmak isteyen yabancıların başvuru için gerekli şartları taşıyıp taşımadıklarının tespiti, illerde oluşturulan vatandaşlık başvuru inceleme komisyonu tarafından yapılır. (TVK m.18)

Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılardan başvuru için gerekli şartları taşıyanların adına vatandaşlık dosyası düzenlenir ve karar verilmek üzere İçişleri Bakanlığına gönderilir. İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve araştırma sonucunda durumu uygun bulunanlar İçişleri Bakanlığı kararı ile Türk vatandaşlığını kazanabilirler, uygun görülmeyenlerin talepleri ise İçişleri Bakanlığınca reddedilir. (TVK m.19) Ancak TVK m.12 uyarınca istisnai yolla vatandaşlığın kazanılması ile TVK m.14 uyarınca kaybettirme yoluyla Türk vatandaşlığını kaybedenlerin ikamet şartına bağlı olarak yeniden Türk vatandaşlığını kazanmasına ilişkin kararları verme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir.

h. Türk Vatandaşlığının yetkili makam kararıyla kazanılmasının geçerliliği ve sonuçları

Türk vatandaşlığının kazanılmasına ilişkin kararlar, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder. (TVK m.20/f.1)

Yetkili makam kararı ile Türk vatandaşlığının kazanılması eşin vatandaşlığına tesir etmez. Çocuklar bakımından ise ikili bir ayırım yapılmalıdır. Ana ve babanın Türk vatandaşlığını birlikte kazanması halinde çocukları da Türk vatandaşlığını kazanır.

Ana veya babadan sadece birisinin Türk vatandaşlığını kazanması halinde ana veya babanın velayeti kendisinde bulunan çocukları, diğer eşin muvafakat etmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır. Muvafakat verilmemesi halinde ana veya babanın mutad meskeninin bulunduğu ülkedeki hâkim kararına göre işlem yapılır.

3. Seçme Hakkının Kullanılması Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kazanılması

TVK m.21 hükmüyle m.27 uyarınca ana veya babalarına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden çocuklara ergin olmalarından itibaren üç yıl içinde seçme hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kazanabilme imkânı tanınmıştır. Bu kişilerin Türk vatandaşlığını seçme hakkını kullanmak suretiyle kazanabilmesi için kendi milli kanununa göre (MÖHUK m.9) ergin olması gerekir.

⁸ Hatta öyle ki 10.maddede "Sonradan kazanılan Türk vatandaşlığı, yetkili makam kararı veya evlat edinilme ya da seçme hakkının kullanılması ile gerçekleşir" denilmektedir. Zira tasarının ilk halinde evlat edinilme yoluyla kazanma bir yetkili makam kararıyla kazanma hali değilken mevcut halde bir yetkili makam kararıyla kazanma hali olmasına rağmen bu hükümdeki "veya evlat edinilme" ibaresinin çıkarılması unutulmuştur.

Bu kişiler ergin olmalarından itibaren 3 yıl içerisinde seçim hakkını kullanırlarsa Türk vatandaşlığını idarenin herhangi bir takdir yetkisi söz konusu olmaksızın kazanırlar. Bu kişiler ergin olduktan 3 yıl sonra seçim hakkını kullanmak suretiyle Türk vatandaşlığını kazanamazlar. Bu halde TVK m.13 uyarınca ikamet şartı aranmaksızın yeniden Türk vatandaşlığının kazanılması imkânından yararlanabilirler. Ancak bu halde idarenin takdir yetkisi söz konusu olacaktır.

Seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kazanılması, bu hakkın kullanılmasına dair şartların tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kazanan kişilerin eşleri ve çocukları hakkında m.20 hükmü uygulanır.

III. TÜRK VATANDAŞLIĞININ KAYBI

Türk vatandaşlığının kaybı ise TVK m.23-35'de düzenlenmiştir. Türk vatandaşlığı yetkili makam kararıyla ve seçme hakkının kullanılması yoluyla kayıp olmak üzere ikiye ayrılır. (TVK m.23)

A. Yetkili Makam Kararıyla Kayıp

Yetkili makam kararıyla Türk vatandaşlığının kaybı, çıkma veya kaybettirme veya vatandaşlığa alınmanın iptali olmak üzere üç şekilde söz konusu olabilir. (TVK m.24)

1. Çıkma Yoluyla Vatandaşlığın Kaybı

Çıkma yoluyla vatandaşlığın kaybı TVK m.25-28 arasında düzenlenmiştir. TVK m.25 uyarınca Türk vatandaşlığından çıkmak için başvuran kişilere İçişleri Bakanlığı çıkma izin belgesi veya çıkma belgesi verebilir. Ancak bunun için başvuranların dört tane şartı taşıması gerekir.

- 1-Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak,
- 2-Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak⁹ veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak,¹⁰
- 3-Herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak,
- 4-Hakkında herhangi bir mali ve cezai sınırlama bulunmamak.

Bu dört şarttan en az birini taşımayan kişiler çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkamazlar. Ancak madde metninde çıkma izni veya çıkma belgesi verilebilir dendiğinden her ne kadar kimse zorla vatandaş olarak tutulamaz şeklindeki vatandaşlık hukukunun temel bir ilkesine aykırı olsa da idarenin takdir yetkisi söz konusudur. Ancak idarenin her türlü eylem ve işlemi için yargı yolu açıktır. (AY m.125) Bu açıdan idare bu takdir yetkisini keyfi olarak kullanamaz.

Çıkmak için izin isteyenlerden talepleri uygun görülenlere İçişleri Bakanlığınca çıkma izin belgesi; verilen izin sonucunda veya önceden yabancı bir devlet vatandaşlığını kazandığını belgeleyenlere ise çıkma belgesi verilir. (TVK m.26/f.1) Çıkma izin belgesi karar tarihinden itibaren iki yıl için geçerlidir. Çıkma izin belgesini alanlar bu iki yıllık süre içinde yurt içinde ikamet edilen yer valiliğine, yurt dışında ise dış temsilciliklere yabancı devlet vatandaşlığını kazandığına dair bilgi ve belgeleri vermek zorundadır. Aksi halde bu süre içerisinde yabancı bir devlet vatandaşlığının kazanılamaması durumunda çıkma izin belgesi geçersiz hale gelir. (TVK m.26/f.2)

Çıkma belgesinin çıkmak için başvuran kişiye imza karşılığı teslimiyle beraber Türk vatandaşlığı kaybedilir. Bu tarihten itibaren kişi yabancı statüsüne girer. (TVK m.27/f.1)

Türk vatandaşlığın çıkma yolu ile kaybının eşin ve çocukların vatandaşlık durumuna etkisi TVK m.27/f.2-3'te düzenlenmiştir. Buna göre eşlerden birinin çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybetmesi diğer eşin

⁹ Bu halde çıkma belgesi verilir.

¹⁰ Bu halde çıkma izin belgesi verilir.

vatandaşlığına hiçbir şekilde tesir etmez. Çocuklar bakımından ise ikili bir ayırım yapılmıştır. Eğer hem anne hem de baba birlikte çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkarlarsa bunların çocukları da Türk vatandaşlığını kaybeder. Eğer anne ve babadan sadece birisi çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybederse çıkan tarafın talebi diğer tarafın da izin vermesi halinde çocukları da kendisi ile beraber Türk vatandaşlığını kaybeder. Diğer tarafın izin vermemesi halinde hâkim kararına göre işlem yapılır. Son olarak vatandaşlığın kaybı, çocukları vatansız kılacaksa TVK m.27 hükmü uygulanmaz ve çocuklar Türk vatandaşı olarak kalmaya devam eder.

TVK m.28 hükmüyle çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenlere tanınan haklar ve yükümlülükler bağlamında bunların statülerine ilişkin olarak özel bir düzenleme söz konusudur. Buna göre doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ile üçüncü dereceye kadar¹¹ altsoyları, milli güvenliğe ve kamu düzenine ilişkin hükümler saklı olmak kaydıyla şu istisnalar dışında Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler:

- 1-Seçme ve seçilme hakkı
 - 2-Muafin araç veya ev eşyası ithal etme hakkı
 - 3-Askerlik hizmetini yapma yükümlülüğü
 - 4-Bir kadroya dayalı ve kamu hukuku rejimine tabi olarak asli ve sürekli kamu hizmeti görevinde bulunma hakkı.
- Ancak kamu kurum ve kuruluşlarında işçi, geçici veya sözleşmeli personel olarak çalışabilirler. (TVK m.28/f.1-3)

Ayrıca bu kişilerin sosyal güvenliğe ilişkin kazanılmış hakları saklı olup bu hakların kullanımında ilgili kanunlardaki hükümlere tabidirler. (TVK m.28/f.2/c.2)

Sonuç olarak yukarıda sayılan dört istisna dışında çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkanlar ve bunların kural olarak üçüncü dereceye kadar altsoyları Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Bu haklardan yararlanacak olan altsoyun, üstsoyu ile soybağını belgelendirmesi şarttır. (TVK m.28/f.5) TVK m.28 kapsamında bulunan kişilere, talepleri halinde yine bu maddede belirtilen haklardan faydalanabileceklerini gösteren Mavi kart düzenlenir ve bu maddenin sağladığı hakların kullanılmasında Mavi kartın ibrazı yeterlidir. (TVK m.28/f.6-7) Bundan dolayı çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybeden bu kişilere Mavi kartlılar da denilir.

2. Kaybettirme Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kaybı

Yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kaybı yollarından ikincisi kaybettirmedir. Çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığının kaybında kişi kendisi çıkmak için idareye (İçişleri Bakanlığı) başvururken kaybettirmede ise belli eylemlerde bulunulması halinde idare kişinin vatandaşlığını kaybettirmektedir. Vatandaşlığı kaybettirme TVK m.29 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre belli eylemlerde bulundukları resmi makamlarca tespit edilen kişilerin Türk vatandaşlığı Cumhurbaşkanı kararıyla kaybettirilebilir. Madde metninde kaybettirilebilir ibaresi kullanıldığından bu şartlar oluştuğunda idarenin kaybettirme kararı verme zorunluluğu yoktur. Kaybettirme yoluna gidilebilecek eylemler şunlardır:

- 1- Yabancı bir devletin, Türkiye'nin menfaatlerine uymayan herhangi bir hizmetinde bulunup da bu görevi bırakmaları kendilerine yurt dışında dış temsilcilikler, yurt içinde ise mülki idare amirleri tarafından bildirilmesine rağmen, üç aydan az olmamak üzere verilecek uygun bir süre içerisinde kendi istekleri ile bu görevi bırakmayanlar,
- 2- Türkiye ile savaş halinde bulunan bir devletin her türlü hizmetinde Cumhurbaşkanı'nın izni olmaksızın kendi istekleriyle çalışmaya devam edenler,
- 3- İzin almaksızın yabancı bir devlet hizmetinde gönüllü olarak askerlik yapanlar.

¹¹ TVK m.28/f.4 uyarınca Cumhurbaşkanı bu dereceyi artırabilir

Ayrıca 680 sayılı KHK'nın 75.maddesi ile TVK m.29'a bir ikinci fıkra hükmü eklendi. Buna göre TCK'nın bazı maddelerinde yazılı suçlar nedeniyle hakkında soruşturma veya kovuşturma yürütülen ve yabancı ülkede bulunması nedeniyle kendisine ulaşamayan vatandaşlar, bu durumun soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı veya kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından öğrenilmesinden itibaren bir ay içinde vatandaşlıklarının kaybettirilmesi amacıyla İçişleri Bakanlığına bildirilir. İçişleri Bakanlığınca Resmî Gazetede yapılan yurda dön ilanına rağmen üç ay içinde yurda dönmemeleri halinde, bu kişilerin Türk vatandaşlıkları Cumhurbaşkanı kararıyla kaybettirilebilir.

Türk vatandaşlığının kaybettirilmesi Cumhurbaşkanı kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren hüküm ifade eder. (TVK m.30/f.1) Kaybettirme cezai bir yol olduğundan kaybettirme kararları şahsidir. Ayrıca çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığının kaybindan farklı olarak hem ilgilinin eşine hem de çocuklarına tesir etmez. (TVK m.30/f.2)

3.Türk Vatandaşlığının İptal Yoluyla Kaybı

Türk vatandaşlığının yetkili makam kararıyla kaybı yollarından sonuncusu ise Türk vatandaşlığının iptalidir. Türk vatandaşlığının iptalinde de kaybettirmede olduğu gibi idare ilgilinin rızası olmaksızın bu kararı vermektedir. Ancak kaybettirmede doğumla veya sonradan usulüne uygun olarak Türk vatandaşlığını kazanan birisinin belirli bazı eylemlerde bulunmasından dolayı vatandaşlığının kaybettirilmesi söz konusuysun vatandaşlığın iptalinde ise usulüne uygun bir vatandaşlık kazanılması söz konusu değildir.

Türk vatandaşlığını kazanma kararı; ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden önemli hususları gizlemesi sonucunda vuku bulmuş ise kararı veren makam tarafından iptal edilir. (TVK m.31) Bundan dolayı vatandaşlığın iptali için vatandaşlığı kazanma, ilgilinin yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden hususların gizlemesinden kaynaklanmalıdır.

Yalan beyan veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden hususların gizlenmesi noktasında vatandaşlığın iptali için kişinin İdareyi kandırma kastının aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Kürsü görüşüne göre bu halde kast aranmalıdır.

Vatandaşlığın iptali için kişinin kendisinin yalan beyanda bulunması veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden hususların gizlemesi gerekir. Üçüncü kişilerin yalan beyanda bulunması veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden hususların gizlemesi halinde kişinin bu durumdan haberi olmaması şartıyla vatandaşlığın iptali sebebi oluşturmaz.

İdarenin kendi hatası nedeniyle vatandaşlığı kazanması için gerekli şartlar oluşmamasına rağmen kişinin yanlışlıkla Türk vatandaşlığına alınması halinde de vatandaşlığın iptali mümkün değildir. Ancak TVK m.40 uyarınca Türk vatandaşlığının kazanılması veya kaybına ilişkin kararlar, hukuki şartlar oluşmadan veya mükerrer olarak verildiği sonradan anlaşıldığı takdirde geri alınır. Bu halde geri alma kararı ilk karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder. (Yönetmelik m.66) Kişinin kendi kastıyla idareyi kandırması halinde söz konusu olan iptal kararı bile iptal kararının verildiği tarih itibarıyla hüküm ifade ederken kişinin kusuru olmadığı bu halde geri almanın ilk karar tarihinden itibaren hüküm ifade etmesi çelişkili bir durum oluşturmaktadır.

İptal kararının verilmesi herhangi bir süreye tabi tutulmamıştır. Vatandaşlığın iptaline vatandaşlığa alma kararını veren makam karar verir. İptal kararı, karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder. (TVK m.32/c.1) İptal kararı ilgili kişiye bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazanan eş ve çocuklar hakkında da uygulanır. (TVK m.32/c.2) Zira ilgili kişi Türk vatandaşlığını kazanma şartlarını taşımadığından ona bağlı eş ve çocukların da vatandaşlığını muhafaza etmesinin geçerli bir sebebi yoktur.

Vatandaşlığı iptal edilenler hakkında 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu hükümleri uygulanır.¹² Türk vatandaşlığı iptal edilenlerden mallarının tasfiyesi gerekli görülen hallerde bu husus iptal kararında belirtilir. Bu kişiler en geç bir yıl içinde Türkiye'deki mallarını tasfiye etmek zorundadır. Aksi halde, malları Hazinece satılarak bedelleri nam ve hesaplarına kamu haznedarlığı sistemine dâhil bir kamu bankasına yatırılır. (TVK m.33/f.1) Vatandaşlığı iptal edilen kişiler iptal kararı aleyhine yargı yoluna başvurdıkları takdirde malların tasfiyesi dava sonuna kadar ertelenir. (TVK m.33/f.2)

B. Seçme Hakkının Kullanılması Yoluyla Türk Vatandaşlığının Kaybı

Seçme hakkının kullanılması yoluyla vatandaşlığın kaybında yetkili makam kararıyla vatandaşlığın kaybindan farklı olarak yetkili bir makam kararına ihtiyaç olmayıp gerekli şartların sağlanmasıyla kişi seçme hakkını kullanabilir. İdare bu halde sadece şartların oluştuğuna dair bir tespit kararı verir. Seçme hakkının kullanılmasıyla Türk vatandaşlığının kaybı TVK m.34-35'de düzenlenmiştir. TVK m.34/f.1 hükmünde kimlerin seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılacakları belirtilmiştir.

- 1- Ana ya da babadan dolayı soybağı nedeniyle doğumla Türk vatandaşı olanlardan yabancı ana veya babanın vatandaşlığını doğumla veya sonradan kazananlar.
- 2- Ana ya da babadan dolayı soybağı nedeniyle Türk vatandaşı olanlardan doğum yeri esasına göre yabancı bir devlet vatandaşlığını kazananlar.
- 3- Evlat edinilme yoluyla Türk vatandaşlığını kazananlar.
- 4- Doğum yeri esasına göre Türk vatandaşı oldukları halde, sonradan yabancı ana veya babasının vatandaşlığını kazananlar.
- 5- Herhangi bir şekilde Türk vatandaşlığını kazanmış ana veya babaya bağlı olarak Türk vatandaşlığını kazananlar.

Bu kişiler ergin olmalarından itibaren 3 yıl içinde seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığını kaybedebilirler. İdarenin bu konuda takdir yetkisi olmayıp sadece şartların oluşup oluşmadığını tespit eder. Ancak seçme hakkının kullanılması yoluyla vatandaşlığın kaybı ilgiliyi vatansız kılacak ise seçme hakkı kullanılamaz.

Ergin olmadan itibaren 3 yıl geçtikten sonra artık seçme hakkının kullanılması yoluyla vatandaşlıktan çıkamaz. Bu halde bu kişiler ancak TVK m.25 vd. uyarınca çıkma izni almak suretiyle vatandaşlıktan çıkabilirler. Çıkma izni almak suretiyle vatandaşlığın kaybında ise bazı ek şartlar arandığı gibi idarenin takdir yetkisi söz konusudur.

Seçme hakkı ile Türk vatandaşlığının kaybı, bu hakkın kullanılmasına dair şartların varlığının tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren hüküm ifade eder. (TVK m.35/f.1) Seçme hakkını kullanarak Türk vatandaşlığından ayrılan kişilerin eşleri ve çocukları hakkında m.27 hükümleri uygulanır. (TVK m.35/f.2) Çıkma yoluyla vatandaşlığın kaybında 27. Madde açıklandı.

SINAVA YÖNELİK AÇIKLAMALAR

Vatandaşlık Hukukunda birer adet vatandaşlık kazanma ve kaybetme hali sorulur. Vizede ikişer tane de sorulabilir. Genelde bir olay verilir. Bu olaydaki kişilerin en kısa/kolay yolla vatandaşlık kazanabileceği sorulmaktadır. Bu tür sorularda olaydaki kişinin gösterdiği özelliğe bakılmalıdır. Örneğin; Türk vatandaşı ile evlenmişse evlenme yoluyla vatandaşlığın kazanılması, Türk vatandaşı tarafından evlat edinilmişse evlat edinilme yoluyla vatandaşlığın kazanılması, TVK m.12'de sayılan 5 gruptan birisine giriyorsa istisnai yolla vatandaşlığın kazanılması düşünülmelidir. Yine daha önce Türk vatandaşıyken bir şekilde Türk vatandaşlığını kaybetmişse ikamet şartına bağlı olarak veya ikamet şartı aranmadan yeniden vatandaşlığın kazanılması yolları düşünülmelidir.

¹² 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, 6458 sayılı YUKK ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Kısaca olaydaki verilere göre en kısa en rahat yol hangisiyse o dikkate alınmalıdır. Çünkü genel yolla kazanma zaten TVK m.11'deki 8 şartı sağlayan her yabancı için gündeme gelir. Bizim için önemli olan daha avantajlı daha kısa yollardır. Bazı hallerde birkaç ihtimal olabilir. Bu hallerde tüm ihtimaller dikkate alınmalıdır. Örneğin anne ve babasına bağlı olarak Türk vatandaşlığını kaybeden birisi var ise ergin olmasından itibaren 3 yıl içinde Türk vatandaşlığını seçme hakkının kullanılması yoluyla takdir yetkisine bağlı olmadan kazanabileceğini belirttikten sonra bu 3 yıl içinde seçme hakkının kullanılmaması halinde yetkili makam kararıyla kazanma hallerinden olan ve dolayısıyla idarenin takdir yetkisine sahip olduğu ikamet şartı aranmadan yeniden vatandaşlığın kazanması yoluna başvurabileceğini de belirtmek gerekir. En kısa yoldan vatandaşlığın kazanılacağı halleri değil de genel olarak hangi yollarla vatandaşlık kazanabileceğini soruyorsa genel yolla kazanma da dahil olmak üzere olaydaki verilere göre gündeme gelebilecek tüm yolların belirtilmesi gerekir. Bunun yanında ilgili vatandaşlık kazanma yolları için aranan şartları da belirtmek gerekir. Yani sadece hangi yolla vatandaşlık kazanılabileceğini belirtip atlamamak gerekir. Bu noktada yetkili makam kararıyla kazanma hallerinde idarenin takdir yetkisi olduğu ve bunun keyfi kullanılamayacağı buna karşı yargı yolunun açık olduğu kağıda dökülmelidir. Aynı şekilde seçme hakkının kullanılması yoluyla Türk vatandaşlığının kazanılmasında idarenin takdir yetkisinin olmadığını sadece şartların oluşup oluşmadığını tespit edeceğini yazmak da önemli. Bunların yanı sıra göçmenler bakımından İskân Kanunu m.8'deki özel yol da unutulmamalıdır. Yetkili makam ve sorulduğu kadarıyla usulü de anlatılmalıdır. Bu noktada özellikle bakanlık kararıyla kazanır denilmeyip "İçişleri Bakanlığı" denilmek suretiyle hangi bakanlığın olduğunun açıklanması da Kürsünün dikkat ettiği başka bir detaydır. Doğumla kazanma halleri sonradan kazanma hallerine nazaran daha basit yollardır. Ancak burada da dikkat edilmelidir. Evlilik bittikten sonra 300 gün içinde doğan çocuk da evlilik içinde doğmuştur. Yine yabancı anne ve Türk babadan doğan çocuk ile Türk babası arasında soybağı kurulması halinde çocuğun doğum anından itibaren vatandaşlığı kazandığı önemlidir. Yine doğum yeri esasına göre kazanmada amacın çocuğun vatansız kalmasını önlemek olduğunu da kağıda dökmek lazım.

Vatandaşlığın kaybı hallerinden de en az birisini hem vize hem de finalde sormaktalar. Bu noktada özellikle Mavi kartlılar dediğimiz çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkanlar önemli. Özellikle Mavi kartlıların sahip olduğu haklar önemlidir. Seçme hakkının kullanılması yoluyla vatandaşlığın kaybı da önemlidir. Ancak bu halde seçme hakkının kullanılması yoluyla vatandaşlığın kaybında idarenin bir kararına ihtiyaç olmadığını ama seçme hakkının kullanılması çocuğu vatansız kılacaksa seçme hakkının kullanılamayacağı mutlaka vurgulanmalıdır. Eğer olay verip kişinin nasıl Türk vatandaşlığını kaybedebileceği soruluyorsa çıkma yoluyla vatandaşlığın kaybı ve seçme hakkının kullanılması yoluyla kaybı düşününüz. Zira diğer yollar kaybettirme ve iptal idarenin gidebileceği ve avantajlı olmayan yollar. Bu noktada dikkat etmeniz gereken hususlardan ilki çıkma yolunda 4 ek şartın arandığı ve ayrıca idarenin takdir yetkisi olduğu ama seçme hakkında herhangi bir şartın aranmadığı çocuğun vatansız kalmamasının yeterli olduğu ve idarenin takdir yetkisi olmadığıdır. Bu noktada vatandaşlığın kaybı bakımından seçme hakkının kullanılması yolunun daha kolay olduğu ancak sağlayacağı haklar bakımından çıkma yolunun daha avantajlı olduğu belirtilmelidir. Yine seçme hakkı ergin olmadan itibaren 3 yıl içinde kullanılmalıdır. Aksi takdirde seçme hakkının kullanılamayacağı mecburen çıkma yoluyla vatandaşlığın kaybı yoluna başvurulabileceği belirtilmelidir. Bunun dışında kaybettirme yoluyla vatandaşlığın kaybı halleri de bilinmelidir. Vatandaşlığın iptalinde ise bunun herhangi bir süreye tabi olmadığını ve eş ile çocuklara da etkili olduğunu bilmek gerekir. Kişinin kendi yalan beyanı veya vatandaşlığı kazanmaya esas teşkil eden hususları gizlemesinden değil de idarenin hatasından kaynaklı bir durum olması halinde bu halde iptal değil, geri almanın söz konusu olduğu ve geri almanın iptalden farklı olarak ilk karar tarihinden itibaren etkili olduğu önemlidir. Arkadaşlar kısacası tüm vatandaşlığın kazanılması ve kaybı yolları sorulabilir. Burada anahtar bazı kavram ve noktalara dikkat etmek gerekir. Zira kağıdı okuyan hoca aklınızdakini okuyamaz. Onu kağıda dökmemiz gerekir. Vatandaşlık kolaydır arkadaşlar. Hem vizede hem de finalde en basit puan alabileceğiniz kısımdır.

YABANCILAR HUKUKU

1. BÖLÜM: GENEL ESASLAR

I. GİRİŞ

Yabancılar hukuku, bir ülkede bulunan yabancılar için, yabancı olmaları nedeniyle konulmuş olan kuralların tümünü teşkil eder. Hak ve özgürlükler kural olarak bir ülkede yaşayan vatandaş veya yabancı herkese eşit olarak tanınır. (AY m.10) AY m.13'te temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Buna göre temel hak ve özgürlükler ancak anayasada belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlandırılabilir. Fakat AY m.13 hükmü temel hak ve özgürlüklerin hem vatandaş hem de yabancı için sınırlandırılmasına ilişkindir.

Devletlerin vatandaşları ile yabancılar arasında milletlerarası hukuka uygun bir şekilde ayırım gözetmesi tabiidir. Bunun sonucunda bazı temel hak ve özgürlükler yabancılar için sınırlı olarak tanınabilir veya yabancılar bu hak ve özgürlükler tanınmayabilir.

Temel hak ve özgürlüklerin vatandaşlara göre yabancılar için sınırlı olarak tanınmasının veya hiç tanınmamasının anayasal dayanağı AY m.16 hükmüdür. AY m.16 uyarınca temel hak ve özgürlükler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak ve kanunla sınırlandırılabilir.

Sonuç olarak Türk vatandaşlarına tanınan hak ve özgürlükler, yabancılar için ancak milletlerarası hukuka uygun sebeplerle ve ölçüde sınırlandırılabilir. Bazı haklar, örneğin çekirdek haklar hem vatandaşlara hem de yabancıya eşit olarak tanınır. Örneğin yaşam hakkı, işkenceye tabi tutulmama bu noktada zikredilmelidir. Bazı haklardan yabancılar, vatandaşlara göre sınırlı olarak yararlanır. Örneğin Türkiye'ye giriş hakkı vatandaşlar için mutlakken yabancılar bu haktan ileride bahsedileceği üzere sınırlı olarak yararlanır. Son olarak bazı haklar doğrudan anayasayla veya AY m.16 gereği kanunla milletlerarası hukuka uygun olarak sadece Türk vatandaşlarına tanınır. Özellikle siyasi haklar bu bağlamda belirtilmelidir. Örneğin seçme ve seçilme hakkı, kamu görevlerine sürekli olarak girme hakkı münhasıran vatandaşlara tanınır.

II. YABANCI

Yabancı, bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığını iddiaya hakkı olmayan kimsedir. Yabancılar; yabancı gerçek kişiler ve yabancı tüzel kişiler olarak ikiye ayrılarak değerlendirilmelidir.

YUKK m.3/f.1-ü'de yabancı tanımlanmıştır. Buna göre yabancı, Türkiye Cumhuriyeti devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişidir. Dolayısıyla gerçek kişi yabancı ya vatansız olan bir kişi ya da başka bir devlet vatandaşı olan kişidir. Yabancı tüzel kişilere bakıldığında ise TTK'de ticaret şirketleri için işletme merkezinin esas alındığı görülecektir. Dolayısıyla ticaret şirketleri bakımından yabancı veya Türk şirketi olduğunun tespiti bakımından işletme merkezinin bulunduğu yere bakılacaktır. Ticaret şirketleri dışındaki tüzel kişiler örneğin dernek ve vakıflar için TMK ve ilgili kanunlarda idare merkezinin esas alındığı görülecektir.

Bazı yabancılar özellik arz eder. Vatansızlar, uluslararası korumadan yararlananlar, geçici korumadan yararlananlar, göçmenler ve Mavi kartlılar bu kapsamda belirtilmelidir.

1. Vatansızlar

Vatansız kişi, hiçbir devletle vatandaşlık bağı bulunmayan ve yabancı sayılan kişidir. (YUKK m.3/f.1-ş) Vatansız kişinin herhangi bir devletle vatandaşlık bağı olmadığı için şahsına veya mallarına yönelik milletlerarası hukuka aykırı fiillerden dolayı herhangi bir devletin diplomatik korumasından yararlanamaz. Bugün vatansızların bu şekilde herhangi bir devletle vatandaşlık bağı olmamasından kaynaklanan bazı sorunlardan dolayı vatansızlığın

azaltılmasına ve onların hukuki durumlarına ilişkin çok sayıda milletlerarası sözleşme yürürlüğe konmuştur. Bu noktada Türkiye de iki tane çok önemli sözleşmeye taraftır. Bunlar 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme ve 1954 tarihli Vatansızlık Hallerinin Azaltılmasına Dair Sözleşmedir.

İç hukuk bakımından vatansızlığın tespiti ve bu kişilere tanınacak hak ve güvenceler temel anlamda YUKK m.50-51 hükümleriyle düzenlenmiştir. Vatansızlığın tespiti Göç İdaresi Genel Müdürlüğünce yapılır. (YUKK m.50/f.1/c.1) Vatansız olduğu tespit edilen bu kişilere Vatansız Kişi Kimlik Belgesi verilir. Bu belge ikamet izni yerine geçer ve ikamet izninden muafiyet sağlar. (YUKK m.50/f.1/c.2, m.20/f.1-b) Vatansızlar aynı zamanda diğer ikamet izinleri için de başvurabilirler. (YUKK m.51/f.1-a)

Vatansız Kişi Kimlik Belgesiyle Türkiye'de geçirilen süreler, ikamet sürelerinin toplanmasında hesaba katılır. (YUKK m.50/f.3) Vatansız Kişi Kimlik Belgesi başka bir devletin vatandaşlığının kazanılmasıyla geçerliliğini kaybeder. (YUKK m.50/f.4)

Vatansız Kişi Kimlik Belgesi ayrıca şu hakları sağlar:

- Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit oluşturmadıkları sürece sınır dışı edilememe (YUKK m.51/f.1-b)
- Yabancılarla ilgili işlemlerde aranan karşılıklılık şartından muaf tutulma (YUKK m.51/f.1-c)
- Çalışma izniyle ilgili iş ve işlemlerde 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu hükümlerine tabi olma (YUKK m.51/f.1-ç) UİK uyarınca vatansızlar çalışma izninden muaf değildir. Ancak UİK m.16/f.1-f'ye göre vatansızlar istisnai çalışma izni verilebilecek yabancılar arasında sayılmıştır.
- Yabancılar mahsus damgalı pasaport alabilme (YUKK m.51/f.1-d, PK m.18)
- Vizeden muaf olma (YUKK m.12/f.1-b, c)

2. Uluslararası Korumadan Yararlananlar

YUKK 3 çeşit uluslararası koruma statüsü düzenlenmiştir. Bazı yabancılar çeşitli gerekçelerle vatandaşı olduğu veya yasal olarak ikamet ettiği ülkenin korumasından yararlanamazlar. Bu yüzden bu yabancılar uluslararası koruma sağlanır. YUKK'ta düzenlenen uluslararası koruma statüleri mülteci (m.61), şartlı mülteci (m.62) ve ikincil korumadır (m.63). Bunun yanı sıra özellikle mülteciler konusunda birçok uluslararası sözleşme akdedilmiştir. Özellikle Türkiye'nin taraf olduğu 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi bu noktada zikredilmelidir.

Mülteci ile şartlı mülteci temel anlamda aynı özelliklere sahip yabancılardır. Buna göre hem mülteci hem de şartlı mülteci;

- Meydana gelen olaylar nedeniyle;
- İrki, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı
- Zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için
- Vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişilerdir.

Mülteci ile şartlı mülteci arasındaki temel fark söz konusu olayların Avrupa'da mı Avrupa dışında mı gerçekleştiği noktasındadır. Söz konusu olaylar Avrupa ülkelerinde¹³ meydana gelmişse yabancıya statü belirleme işlemleri sonucunda mülteci, Avrupa ülkeleri dışında meydana gelmişse yabancıya statü belirleme işlemleri

¹³ Avrupa ülkeleri YUKK m.3/f.1-b uyarınca Avrupa Konseyi üyesi olan ülkeler ile Cumhurbaşkanınca belirlenecek diğer ülkeleri kapsar.

sonucunda şartlı mülteci statüsü verilir.¹⁴ Bir diğer fark olarak şartlı mültecinin güvenilir üçüncü ülkeye yerleştirilinceye kadar Türkiye'de kalmasına imkân tanınır.¹⁵

İkincil koruma statüsü ise;

- Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen,
- Ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde;

- a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek,
- b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak,
- c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak,

olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye statü belirleme işlemleri sonucunda verilir.

Uluslararası koruma başvuruları sonucunda mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi olan kişilere Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik Belgesi verilir. Bu belge çeşitli haklar sağlar. Buna göre:

- 1- Belge, her 3 koruma statüsü için de ikamet izni yerine geçer (YUKK m. 83/f.3) ve ikamet izninden muaf olurlar. (YUKK m.20/f.1-g)
- 2- Belge sahipleri ikamet izninden muaf olduklarından vizeden de muaf olurlar. (YUKK m.12/f.1-b-c)
- 3-Şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahiplerine yabancılara mahsus damgalı pasaport verilir. (YUKK m.84/f.2, PK m.18) Mültecilere ise pasaport yerine geçen belge olarak seyahat belgesi verilir. (YUKK m.84/f.1)
- 4-Belge, mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri için aynı zamanda çalışma izni yerine de geçer ve çalışma izni almadan çalışabilirler. (YUKK m.89/f.4-b) Şartlı mülteci için ise Belge ayrıca çalışma izni yerine geçmez. Bu kişilerin Türkiye'de çalışabilmeleri için çalışma izni almaları şarttır. (YUKK m.89/f.4-a) ÜİK m.16/f.1-f uyarınca şartlı mülteciler istisnai çalışma izni alabilecek yabancılardandır.
- 5-Belge, her 3 koruma statüsündeki yabancılara da karşılıklılık şartından muafiyet sağlar. (YUKK m.88/f.1)
- 6-Belge sahipleri alelade yabancılardan farklı olarak YUKK m.54'te sayılan tüm sebeplerden değil, sadece ilgili maddedeki b, d ve k bentlerindeki hallerde takdir yetkisi dahilinde sınır dışı edilebilirler. (YUKK m.54/f.2)
- 7-Belge sahibi mülteci veya ikincil koruma statüsündeki yabancılar aile ikamet izni bakımından destekleyici olabilirken şartlı mülteciler aile ikamet izninde destekleyici olabilecek yabancılardan değildir. (YUKK m.34/f.1)

3. Geçici Korumadan Yararlananlar

Geçici Koruma, YUKK m.91 ve Geçici Koruma Yönetmeliği ile düzenlenmektedir. Geçici koruma bir uluslararası koruma statüsü değildir. Geçici koruma statüsü esasında Türkiye'ye gelen Suriye vatandaşlarının durumunu yasal zemine oturtmak için oluşturulmuştur.

Geçici koruma YUKK m.91 ve Yönetmelik m.3/f.1-f uyarınca;

¹⁴ Bu ayrımın sebebi Türkiye'nin, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi'ni, 1. maddedeki mekân bakımından öngörülen seçme hakkını kullanarak "Coğrafi Kısıtlama" ile kabul etmesidir. Türkiye bu Sözleşme'nin 1.maddesine koyduğu kayıtla mülteci olmak için söz konusu olayların Avrupa ülkelerinde meydana gelmesini şart koşturmuştur.

¹⁵ Bu yüzden şartlı mülteciye verilen Uluslararası Koruma Başvurusu Kimlik Belgesi diğer iki uluslararası koruma statüsünden daha az haklar verir. Örneğin onlardan farklı olarak çalışma izninden muaf olmazlar, aile ikamet izni bakımından destekleyici olamazlar vs.

-Ülkesinden zorla ayrılan veya geri dönemeyen

-Acil ve geçici koruma bulmak amacıyla

-Kitlesele olarak sınırlarımıza gelen veya bu kitlesele akın döneminde bireysel olarak sınırlarımızı geçen yabancılara sağlanacak korumadır.

Geçici korumayı uluslararası koruma statülerinden ayıran iki karakteristik özelliği vardır. Bunlardan ilki geçici korumanın acil ve geçici bir koruma sağlamasıdır. İkinci olarak ise "kitlesele" olarak sınırlarımızı geçen veya bu "kitlesele" akın döneminde bireysel olarak sınırlarımızı geçenele tanınmasıdır. Dolayısıyla kitleselelik bu noktada geçici korumayı, uluslararası koruma statülerinden ayıran temel kıtas denilebilir.

Geçici korumadan yararlananlara Geçici Koruma Kimlik Belgesi verilir. (Yönetmelik m.22) Bu belge sadece Türkiye'de kalış hakkı sağlar ve ikamet izni yerine geçmez, uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanımaz, süresi ikamet izni toplamında dikkate alınmaz ve sahibine Türk vatandaşlığına başvuru hakkı sağlamaz. (Yönetmelik m.25)

Geçici Koruma Kimlik Belgesi çalışma izni yerine de geçmez ve bu kişilerin Türkiye'de çalışabilmeleri için çalışma izni almaları gerekir. Ayrıca geçici korumadan yararlanan yabancılara verilen çalışma izni, ikamet izni yerine de geçmez. (Yönetmelik m.29)

4. Göçmenler

Göçmenler 5543 sayılı İskân Kanunu ile düzenlenmiştir. Göçmen sayılabilmek için İskân Kanunu m.3/f.1-d uyarınca;

-Türk soyundan olmak,

-Türk kültürüne bağılı olmak ve

-Türkiye'ye yerleşmek niyetiyle gelmek gerekmektedir.

Türk soyundan olmanın ve Türk kültürüne bağılılığın tespiti Cumhurbaşkanı kararı ile yapılır. (İskan Kanunu m.7)

Göçmenler kendileri ve aile fertleri için Vatandaşlığa Girme Beyannamesi'ni imzalayarak Göçmen Belgesi almaya mecburdur. Göçmen Belgesi, iki yıl için geçerli olup, geçici kimlik belgesi olarak kullanılır. (İskan Kanunu m.8/f.4) Göçmen olarak kabul edilenler, gerekli işlemlerin ilgili kuruluşlarca tamamlanmasından sonra Cumhurbaşkanı kararıyla vatandaşlığa alınırlar. Küçükler; baba ve analarına, baba veya anaları yoksa kan ve kayın hısımlarına bağılı tutulurlar. Kimsesiz gelen küçükler, yaşlarına bakılmaksızın vatandaşlığa alınırlar. (İskan Kanunu m.8/f.5)

5. Mavi Kartlılar

Özellik arz eden bir diğere grup yabancı ise Mavi kartlılardır. Mavi kartlılar TVK m.25-28 hükümleri çerçevesinde Türk vatandaşlıktan çıkma izni almak suretiyle çıkan yabancılardır. Bu kişiler Türk vatandaşlığından çıktığı tarih itibarıyla yabancı statüsüne girecektir. Ancak bu kişiler her ne kadar yabancı statüsüne girmekteyse de TVK m.28 uyarınca bazı istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanmaya devam ederler. Bu yüzden mavi kartlılara imtiyazlı yabancılar da denir. Ayrıca sahip oldukları haklar bakımından Mavi kartlılarla benzerlik gösteren başkaca yabancılar vardır. Bunlar ikamet izni türlerinden biri olan uzun dönem ikamet izniyle kalanlar (YUKK m.44), çalışma izni türlerinden süresiz çalışma izni sahibi yabancılar (UİK m.10/f.3-4) ve yine bir çalışma izni türü olan Turkuaz kart sahibi (UİK m.11) yabancılardır. Bunların her biri kendi başlığı altında açıklanmıştır. Mavi kartlılar da Vatandaşlık Hukuku kısmında detaylı açıklandı. Tekrara düşmemek adına oraya atıf yapmakla yetiniyorum.

III. YABANCILAR HUKUKUNUN GENEL ESASLARI

Yabancılar hukukuna hâkim bazı esaslar vardır.

1. Eşitlik Esası

Kural olarak yabancı ile vatandaş arasında eşitlik esası geçerlidir. Aynı şekilde bir devlet vatandaşı yabancı ile diğer bir devlet vatandaşı yabancı veya vatansız bir yabancı arasında da eşitlik esası geçerlidir. Anayasa hükümleri incelendiğinde bu esas fark edilecektir. Ancak yine AY m.16 uyarınca yabancılar için bu eşitlik esasından farklı düzenlemeler yapılabilir. Bu hükme göre temel hak ve özgürlükler yabancılar için kanunla ve milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlandırılabilir. Sonuç olarak yabancılar hukukunda eşitlik esası geçerlidir. Eşitlik esasının aksine bir düzenleme yapılabilmesi için bunun doğrudan Anayasa veya kanunlarla yapılması ve ayrıca bu sınırlandırmanın milletlerarası hukuka uygun olması gerekir.

2. Karşılıklılık Esası

Karşılıklılık esası, bir devlet vatandaşlarına bir hakkın tanınması için o devletin de Türk vatandaşlarına aynı hakları tanınmasının aranmasıdır. Eşitlik esasından farklı olarak karşılıklılık esasının kanun veya sözleşmede açıkça kararlaştırılması gerekir. Örneğin, yabancı gerçek kişilerin Türkiye’de taşınmaz edinmesi karşılıklılık esasına tabi tutulmuşsa yabancı gerçek kişinin taşınmaz edinebilmesi için bu kişinin vatandaşı olduğu devlette de Türk vatandaşlarına taşınmaz edinme hakkının tanınmış olması gerekir. Eski Tapu Kanunu m.35 hükmünde bu esas aranmaktayken sonra yapılan değişikliklerle karşılıklılık şartı kaldırılmıştır.

Karşılıklılık sözleşmesel, kanuni veya fiili şekilde olabilir. Sözleşmesel karşılıklılık Türkiye Cumhuriyeti ile yabancı devlet arasındaki bir milletlerarası sözleşme ile bu hakkın Türk vatandaşlarına tanınacağını kararlaştırılması halinde söz konusu olur. Kanuni karşılıklılık ise yabancı devletin kanunları ile bu hakkın Türk vatandaşlarına tanınması halinde söz konusu olur. Fiili karşılıklılık ise ne bir sözleşme ne de bir kanun hükmü olmamasına rağmen fiili uygulamayla bu hakkın Türk vatandaşlarına tanınmasıdır.

3. En Ziyade Müsaadeye Mazhar Millet Muamelesi

En ziyade müsaadeye mazhar millet muamelesi yahut diğer bir deyişle en çok gözetilen ulus kaydı, lehine böyle bir kayıt konulan devlet vatandaşlarının bu kaydı koyan devlette ilgili haktan en avantajlı olarak yararlanan ve yararlanacak üçüncü devlet vatandaşları gibi o haktan yararlanmasını sağlar.

Söylediğim cümleyi Türkçeleştirirsem örneğin A devleti vatandaşları, Türkiye ile yapılan anlaşma gereği Türkiye’de en çok 30 hektar, B devleti vatandaşları da aynı şekilde 45 hektar ve C vatandaşları ise 35 hektar taşınmaz edinebiliyor olsun. Bu halde D devleti ile yapılan anlaşmaya taşınmaz edinme bakımından en çok gözetilen ulus kaydı konulursa bu devlet vatandaşları, Türkiye’de en çok taşınmaz edinme avantajına sahip olan B devleti vatandaşları gibi en çok 45 hektar taşınmaz edinebilirler. Ayrıca şuna da dikkat edilmelidir ki sözleşme imzalandıktan sonraki süreçte C vatandaşlarının en çok taşınmaz edinme miktarı 50 hektara çıkarsa en çok gözetilen ulus kaydı burada da devreye girecek ve D devleti vatandaşları da en çok 50 hektar taşınmaz edinebilecektir. Zira en çok gözetilen ulus kaydı sözleşmenin kurulduğu tarihle sabit kalmaz.

En çok gözetilen ulus kaydı da ancak sözleşmelerde açıkça kararlaştırıldığı hallerde devreye girer. Son olarak en çok gözetilen ulus kaydı asla o yabancı devlet vatandaşlarına Türk vatandaşlarına tanınan haklardan fazlasını isteme hakkı vermez.

4. Mukabele Bilmisil (Karşı İşlem veya Misilleme Esası)

Mukabele bilmisil, devletin yabancı bir devlet ülkesinde bulunan kendi vatandaşı gerçek ve tüzel kişilerin çeşitli türdeki haklarını ihlal eden fiillere karşı aynı şekilde hareket ederek gereken kararları almasıdır.

Hukukumuzda mukabele bilmisil esasına ilişkin en önemli örnek 1062 sayılı Mukabele-i Bilmisil Kanunudur. Bu kanun yabancı ülkelerdeki Türk vatandaşlarının mülkiyet haklarının ihlaline yönelik yapılmış işlemler için Cumhurbaşkanı kararı ile karşı işlem yapılması esasını getirmiştir. Örneğin, Almanya'daki Türk vatandaşlarına ait taşınmaz mallar sebep gösterilmeksizin kamulaştırılırsa Türkiye'deki Alman vatandaşlarına ait taşınmazlar da Cumhurbaşkanı kararı ile kamulaştırılabilir. Bu kanunun son uygulaması 1966 yılında Bakanlar Kurulu kararıyla Suriye uyrukluların Türkiye'deki mallarına misilleme olarak el konulmasıdır.

Son olarak mukabele bilmisil ile karşılıklılık bazen karıştırılmaktadır. Karşılıklılık bir haktan yararlanma bakımından yabancı devletteki Türk vatandaşlarının o haktan yararlanmasını temin eden bir sözleşme, kanun hükmü veya fiili uygulamanın varlığıdır. Mukabele bilmisil ise yabancı devletin aktif olarak Türk vatandaşlarının haklarını ihlal eden fiillerde bulunması halinde bu yabancı devlete aynı şekilde karşılık verilmesidir.

5. Kazanılmış Haklara Saygı

Kazanılmış haklara saygı esası, bir yabancının yürürlükteki hukuk kurallarına uygun olarak kazandığı hakların o hukuk kurallarının zaman içinde değişmesi halinde korunmasıdır. Örneğin 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının İcrası Tarzına Dair Kanun 1928'de yürürlüğe girmiş ve doktorluk gibi bazı sağlık hizmetleri yabancılara yasaklanmıştır. Ancak aynı kanunun 77. Maddesi kazanılmış hakları sözleşmeler ile tanınmış olan yabancı doktor, hemşire, ebe ve dişçilerin mesleklerini bu kanun hükümlerine göre icra edebileceklerini düzenlemiştir. Kazanılmış haklara saygı esası yabancılar hukukuna hâkim önemli esaslardan birisi olup Türk hukukunda bunun birçok örneği vardır.

2. BÖLÜM: YABANCILARIN HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ

I. YABANCILARIN TÜRKİYE'YE GİRİŞ HAKKI

Yabancıların Türkiye'ye girişi bakımından dört husus aranır.

- 1-Türkiye giriş ve çıkışın Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen sınır kapılarından yapılması (PK m.1-2, YUKK m.5)
- 2-Pasaport gösterme mecburiyeti
- 3-Vize alma mecburiyeti
- 4-Türkiye'ye giriş engeli bulunmaması.

Bir yabancının Türkiye'ye girişi için bu 4 şartı sağlaması gerekir. Ancak bu noktada YUKK m.8 hükmünün dikkate alınması gerekir. Buna göre ülkeye girişe ilişkin şartlar, uluslararası koruma başvurusu yapmayı engelleyici şekilde yorumlanamaz ve uygulanamaz. Örneğin bir kişi mülteci olma şartlarını taşıyor ve uluslararası koruma başvurusu yapmak istiyorsa sırf pasaport veya vizesi olmadığından bahisle ülkeye girişine engel olunmamalıdır.

A. Pasaport Gösterme Mecburiyeti

Türkiye'ye giriş ve Türkiye'den çıkış, sınır kapılarından, geçerli pasaport veya pasaport yerine geçen belgelerle yapılır. (YUKK m.5, PK m.2)

1. Pasaport

Pasaport, kişiye bağlı bulunduğu devlet tarafından verilen ve ülkeden çıkmasına veya girmesine kanuni bir engelin bulunmadığını bildiren belgedir. Pasaportun temel işlevi ülke dışına çıkış ve ülkeye giriş hakkını temindir.

Kimlere pasaport verileceği ve bu pasaport türleri Pasaport Kanunu m.12/A ve m.13-18'de düzenlenmiştir. Pasaport kural olarak Türk vatandaşlarına verilir. Türk vatandaşlarına verilebilecek pasaport türleri şunlardır¹⁶:

- Diplomatik pasaportlar (PK m.13)
- Hususi damgalı pasaportlar (PK m.14/A)
- Hizmet damgalı pasaportlar (PK m.14/B)
- Umuma mahsus pasaportlar (PK m.15-17)

Kural olarak pasaport Türk vatandaşlarına verilse de PK m.18'de istisnai olarak yabancılara mahsus damgalı pasaport düzenlenmiştir. Yabancılara mahsus damgalı pasaport sahibine Türk vatandaşlığını kazanma bakımından herhangi bir hak sağlamaz. (PK m.18) Ancak bu pasaport sahibi yabancılar vizeden muaftırlar. (YUKK m.12/f.1-c) Yabancılara mahsus damgalı pasaport şu iki grup yabancıya verilir:

- 1-Vatansızlar ve vatandaşlık durumu gayri muntazam olanlar (PK m.18)
- 2-Şartlı mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahibi yabancılar. (YUKK m.84/f.2)

Diğer uluslararası koruma statüsü olan mültecilere ise bu pasaport verilmez. Mülteciler için aşağıda belirtileceği üzere pasaport yerine geçen seyahat belgesi düzenlenmektedir. (YUKK m.84/f.1)

2. Pasaport Yerine Geçen Belgeler

PK m.2/f.3 uyarınca pasaport yerine geçen belgeler şu şekillerde belirlenebilir.

- 1-Kanunla
- 2-Milletlerarası anlaşmalarla
- 3-İçişleri ve Dışişleri Bakanlarının müşterek kararıyla

Kanunla belirlenen pasaport yerine geçen belgelere örnek olarak PK m.12/B hükmü verilebilir. Bu hükme göre pasaport yerine geçen belgeler şunlardır:

- 1-Pasavanlar ve benzeri belgeler (PK m.19): Türkiye ile sınır komşusu olan ülkeler arasında gidiş geliş sağlamak ve kolaylaştırmak amacıyla Türk vatandaşlarına verilir.
- 2-Gemi adamı cüzdanları, Demiryolu ve Hava ulaşım araçları memur ve mürettebatına verilen vesikalar (PK m.20)
- 3-Seyahat belgesi (YUKK m.84/f.1): Seyahat belgesi pasaport yerine geçmek üzere mültecilere verilir.

Milletlerarası sözleşmelerle belirlenen pasaport yerine geçen belgelere ise kimlik belgesi örnek verilebilir. Türkiye'nin taraf olduğu 1957 tarihli Avrupa Konseyine Üye Ülkeler Arasında Kişilerin Seyahatleri Hakkında Avrupa Sözleşmesine göre taraf devlet vatandaşları, 3 ayı geçmeyen ve kazanç sağlama amacı gütmeyen ziyaretlerinde, tabi oldukları devletlerin Sözleşme ekinde gösterdikleri belgelerden herhangi birini ibraz ederek diğer taraf devlet topraklarına giriş yapabilirler. Bazı devletler¹⁷ Sözleşme ekinde kimlik belgesini belirttiğinden bu devlet vatandaşları Türkiye'ye kimlik belgeleriyle giriş yapabilirler. Ancak Türkiye Sözleşme ekinde kimlik belgesini göstermediğinden Türk vatandaşları bu devlet topraklarına kimlik belgesi ile giremezler. Yine KKTC vatandaşlarının Türkiye'ye girişi bakımından kimlik belgesi pasaport yerine geçer.

¹⁶ Bu pasaportların işlevleri ve kim tarafından kimlere verilebilecekleri ile ilgili olarak söz konusu kanun maddeleri incelenmelidir. Ancak sınav sorumluluğu bakımından bunların ezberlenmesine gerek yoktur.

¹⁷ Örneğin; Almanya ve Fransa.

3. Pasaport veya Pasaport Yerine Geçen Belgesi Olmaksızın Gelenler

Pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmaksızın Türkiye Cumhuriyeti sınırlarına gelenler bakımından Türk vatandaşları ve yabancılar şeklinde ikili ayırım yapılmalıdır.

Türk vatandaşı yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz. (AY m.23/f.6) Bu gerekçeyle kişi Türk vatandaşı olduğunu ispatladığı takdirde yurda kabul edilmek zorundadır.

Türk vatandaşlığının ispatı bakımından da PK m.3 ve TVK m.36 hükümleri birlikte değerlendirilmelidir. Buna göre Türk vatandaşlığının ispatı herhangi bir şekle tabi değildir. Pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmadan sınıra gelen Türk vatandaşı ispat için nüfus cüzdanı veya nüfus kayıtlarını gösterirse başka koşul aranmaksızın yurda kabul edilmek zorundadır. Ancak nüfus cüzdanı veya nüfus kayıtları dışında bir belge gösterilmesi halinde bunun kıymeti kolluk güçleri tarafından takdir edilip Türk vatandaşı olduğuna kanaat getirilmesi halinde yurda kabul edilir.

Pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmaksızın sınıra gelen yabancıların ise ülkeye girişine izin verilmez. (PK m.6/f.1, PK m.7/f.1-a)

B. Vize Alma Mecburiyeti

1. Vize Zorunluluğu ve Başvuru Usulü

Yabancıların pasaport gösterme mecburiyetlerinin yanı sıra vize alma mecburiyetleri de vardır. Vize bir ülkeye girebilmek için o ülkeden alınan resmi izindir. Pasaport kişiye kural olarak vatandaşı olduğu veya istisnai olarak yukarıda açıklanan yabancılar mahsus damgalı pasaportta olduğu gibi bağlı bulunduğu devlet makamları tarafından verilir. Vize ise yabancıya, gideceği devlet makamları tarafından verilen izindir. Örneğin Alman vatandaşı bir yabancıya Türkiye'ye gelmek için gerekli olan pasaportu Alman devlet makamları tarafından verilirken vize ise Türk makamları tarafından verilir.

Türkiye'de 90 güne kadar kalacak yabancıların kural olarak vize almaları gerekmektedir. Vizenin ve aşağıda açıklanacak olan vize muafiyetinin Türkiye'de sağladığı kalış süresi 180 günde 90 günü geçemez. (YUKK m.11/f.1) Yani bir yabancıların 180 günlük vizesi olsa bile bu vize bu 180 günlük sürede en fazla 90 gün kalış hakkı sağlar. Türkiye'de 90 günden fazla kalmak isteyen bir yabancıların ikamet iznine başvurması gerekir. (YUKK m.19)

Vize, yabancıya kural olarak vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türk konsoloslukları tarafından geliş amacını da belirtecek şekilde verilir. (YUKK m.11/f.1) Yönetmelikte geliş amacına göre vize türleri belirlenmiştir. Yönetmeliğe göre vize en fazla 5 yıl için verilebilir. Ancak belirttiğim üzere 5 yıl için vize verilse de bu süre içinde 180 günlük dönemler içinde en fazla 90 gün kalış hakkı sağlar.¹⁸ Daha uzun süre kalmak isteyen yabancıların ikamet izni alması gerekir.

Kural olarak vize, başvuru üzerine Türk konsolosluklarınca verilecekse de yabancı ülke diplomatlarına ve ülke menfaatleri göz önünde bulundurularak vize verilmesinde yarar görülen yabancılar istisnai olarak Türkiye Cumhuriyeti büyükelçiliklerince resen vize verilebilir. (YUKK m.11/f.5-6)

Yabancıların Türkiye'ye girişi için her ne kadar vize aranmaktaysa da yabancıların vize almış olması Türkiye'ye giriş için mutlak bir hak sağlamaz. (YUKK m.11/f.3) Devletin toprakları üzerindeki egemenlik yetkisinin sonucu olarak kişi vize almış olmasına rağmen ülkeye girişine izin verilmeyebilir. Örneğin ülkeye girişine izin

¹⁸ Bu şekilde vizenin 180 günlük süreçte 90 günlük kalış hakkı sağlamanın sebebi kişilerin 90 günün tamamlanmasıyla gir-çık yapmak suretiyle durumu kötüye kullanmalarının önüne geçmektir.

verilmeyecek bir yabancı söz konusuysa bu kişinin sırf vize almış olması ülkeye giriş için mutlak bir hak sağlamayacaktır.

Vize almadan sınır kapılarına gelen yabancıların kural olarak ülkeye girişine izin verilmez (YUKK m.7/f.1-a). Ancak vize almadan sınır kapılarına gelen yabancılara, süresi içinde Türkiye’den ayrılacaklarını belgelemeleri hâlinde, sınır kapılarında istisnai olarak vize verilebilir. Sınır vizesi, sınır kapılarının bağlı olduğu valiliklerce verilir. Valilik bu yetkisini sınırda görevli kolluk birimine devredebilir. Cumhurbaşkanınca farklı bir süre belirlenmediği sürece, bu vize Türkiye’de en fazla 15 gün kalma hakkı sağlar. (YUKK m.13/f.1-2)

2. Vize Verilmeyecek Yabancılar

Hangi yabancılara vize verilmeyeceği YUKK m.15’de sayılmıştır. Bu halde bir anlamda YUKK m.15’de sayılan kişilerden olmamak vize başvuru şartlarını ortaya koymaktadır. YUKK m.15 uyarınca şu kişilere vize verilmez:

1-Talep ettikleri vize süresinden en az 60 gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar,

2-Türkiye’ye girişleri yasaklı olanlar,

3-Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından sakıncalı görülenler,

4-Kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşıyanlar,

5-Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu anlaşmalar uyarınca, suçluların geri verilmesine esas olan suç veya suçlardan sanık olanlar ya da hükümlü bulunanlar,

6-Kalacağı süreyi kapsayan geçerli sağlık sigortası bulunmayanlar,

7-Türkiye’ye giriş, Türkiye’den geçiş veya Türkiye’de kalış amacını haklı nedenlere dayandıramayanlar,

8-Kalacağı sürede, yeterli ve düzenli maddi imkâna sahip olmayanlar,

9-Vize ihlalden veya önceki ikamet izninden doğan ya da 6183 sayılı AATUHK’ e göre takip ve tahsil edilmesi gereken alacakları ödemeyi kabul etmeyenler veya 5237 sayılı TCK’ye göre takip edilen borç ve cezalarını ödemeyi kabul etmeyenler.

YUKK m.15/f.2 uyarınca ise bu kişilerden olsa dahi vize verilmesinde yarar görülenlere İçişleri Bakanının onayıyla vize verilebilir. Ayrıca sınır vizesinin verilmesinde, insani nedenlere bağlı olarak sağlık sigortası şartı aranmayabilir. (YUKK m.13/f.3)

3. Vize Muafiyeti

Her ne kadar yabancıların Türkiye’ye girişi için vize aranmaktaysa da bazı yabancılar vizeden muaftırlar. Vizeden muaf olan yabancılar YUKK m.12 hükmüyle düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca bazı yabancılar idarenin takdir yetkisine tabi olmaksızın vizeden muaf olurken bazı yabancılar idarenin takdir yetkisine bağlı olarak vizeden muaf tutulabilmektedir. Bu hüküm ve yönetmelik hükmü birlikte incelendiğinde şu kişiler takdir yetkisi söz konusu olmaksızın vizeden muaftırlar:

1- Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu anlaşmalarla ya da Cumhurbaşkanı kararıyla vizeden muaf tutulan ülkelerin vatandaşları,

2- Türkiye’ye giriş yapacağı tarih itibarıyla, geçerli ikamet veya çalışma izni yahut bu izinlerden muafiyet belgesi bulunanlar,

3- Vatansızlar, vatandaşlık durumu gayrimuntazam olanlar, mülteciler, şartlı mülteciler ve ikincil koruma statüsündeki yabancılar,

4- Geçici koruma statüsü sahibi yabancılar,

5- Göçmen belgesi sahibi yabancılar,

6- Mavi Kartlılar.

YUKK m.12 uyarınca şu yabancılar ise takdir yetkisine bağlı olarak vizeden muaf tutulabilir:

- 1- Mucbir nedenlerle, Türk hava ve deniz limanlarını kullanmak zorunda kalan taşıtlardaki yabancılardan liman şehrine çıkacak kişiler,
- 2- Deniz limanlarına gelip, 72 saati geçmemek kaydıyla, liman şehrini veya civar illeri turizm amaçlı gezecek kişiler.

4. Cumhurbaşkanının Vize ve Pasaport İşlemlerinde Yetkisi

YUKK m.18 hükmüyle vize ve pasaport işlemleriyle ilgili olarak Cumhurbaşkanı'na bazı yetkiler tanınmıştır. Buna göre Cumhurbaşkanı;

- a) Pasaporta ve vizeye dair işlemlerin belirlenmesine ilişkin anlaşmalar yapmaya ve gerek gördüğü hâllerde bazı devletlerin vatandaşları için vize zorunluluğunu tek taraflı olarak kaldırmaya, vizelerin harçtan muaf tutulması da dâhil olmak üzere vize kolaylığı getirmeye ve vize sürelerini belirlemeye,
- b) Savaş hâlinde veya diğer olağanüstü hâllerde ülkenin bir bölgesini veya tamamını kapsamak üzere, yabancılar için pasaporta dair kayıt ve şartlar koymaya,
- c) Yabancıların Türkiye'ye girişlerini belli şartlara bağlayıcı veya kısıtlayıcı her tür önlemi almaya, yetkilidir.

C. Türkiye'ye Giriş Engeli Bulunmaması

Yabancıların Türkiye'ye girişi için pasaport veya pasaport yerine geçen belge gösterme ve kural olarak vize alma mecburiyeti olsa da Türkiye'ye giriş için bunlar tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda kişinin Türkiye'ye girişine ilişkin bir engel de olmaması gerekir. Türkiye'ye giriş engeli iki şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki YUKK m.7'de düzenlenen Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek yabancılardan olmak diğeri ise YUKK m.9'da düzenlenen hakkında Türkiye'ye giriş yasağı kararı alınan yabancılardan olmaktır.

1. Türkiye'ye Girişine İzin Verilmeyecek Yabancılar

YUKK m.7 uyarınca aşağıdaki yabancıların Türkiye'ye girişine izin verilmeyerek geri çevrilirler:

- 1- Pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar,
- 2- Vizesi veya ikamet ya da çalışma izni olmayanlar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar,
- 3- Vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az 60 gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar,
- 4- YUKK m.15/f.2 saklı kalmak kaydıyla vize muafiyeti kapsamında olsalar dahi, YUKK m.15'de vize verilemeyecek yabancılar olarak sayılan kişiler.

2. Türkiye'ye Giriş Yasağı

Türkiye'ye giriş yasağı YUKK m.9 hükmüyle düzenlenmiştir. Buna göre iki grup yabancı hakkında giriş yasağı kararı alınabilecektir.

- 1- Göç İdaresi Genel Müdürlüğü, gerektiğinde ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının görüşlerini alarak, Türkiye dışında olup da kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından Türkiye'ye girmesinde sakınca görülen yabancıların ülkeye girişini yasaklayabilir. (YUKK m.9/f.1)
- 2- Türkiye'den sınır dışı edilen yabancılar hakkında Göç İdaresi Genel Müdürlüğü veya valilikler tarafından giriş yasağı kararı alınır. (YUKK m.9/f.2)

Türkiye'ye giriş yasağı en fazla 5 yıl süreyle alınabilir. Ancak, kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit bulunması hâlinde bu süre Göç İdaresi Genel Müdürlüğünce en fazla 10 yıl daha artırılabilir. (YUKK

m.9/f.3) Ancak YUKK m.9/f.4-5 hükümlerinde giriş yasağı kararını 1 yıl ile sınırlandıran ve giriş yasağı kararının alınmayabileceği iki hal düzenlenmiştir. Buna göre;

1- Vize veya ikamet izni süresi sona eren ve bu durumları yetkili makamlarca tespit edilmeden önce Türkiye dışına çıkmak için valiliklere başvuruda bulunup hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıların Türkiye'ye giriş yasağı süresi 1 yılı geçemez.

2- YUKK m.56 uyarınca Türkiye'yi terke davet edilenlerden, süresi içinde ülkeyi terk edenler hakkında takdir yetkisine bağlı olarak giriş yasağı kararı alınmayabilir.

Tüm bunların yanı sıra Göç İdaresi Genel Müdürlüğü;

1- Giriş yasağını kaldırabilir veya giriş yasağı saklı kalmak kaydıyla yabancıların belirli bir süre için Türkiye'ye girişine izin verebilir. (YUKK m.9/f.6)

2- Kamu düzeni veya kamu güvenliği sebebiyle bazı yabancıların ülkeye kabulünü ön izin şartına bağlayabilir. (YUKK m.9/f.7)

II. YABANCILARIN TÜRKİYE'DE İKAMET VE SEYAHAT ÖZGÜRLÜĞÜ

Yabancıların Türkiye'de ikameti temel olarak YUKK m.19-49 hükümleriyle düzenlenmektedir. Ancak bunun yanı sıra yabancıların Türkiye'de ikametlerine ilişkin özel düzenlemeler vardır. Burada öncelikle yabancıların ikametlerine ilişkin iki özel düzenlemeye kısaca değinildikten sonra sınav sorumluluğunu oluşturan YUKK'daki ikamet iznine ilişkin düzenlemelere değinilecektir.

A. Yabancıların İkametine İlişkin Özel Düzenlemeler

1. Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu

2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu askeri yasak bölgeler ile askeri güvenlik bölgeleri kurulmasını düzenlemektedir. Buna göre askeriye ait alanlarla bunlara belli yakınlıkta bulunan alanlar birinci ve ikinci derece kara, hava ve deniz askeri yasak bölgeler ile askeri güvenlik bölgeleri olarak ayrılmakta ve bu bölgelere belli bazı esaslar uygulanmaktadır. Bunun sonucu olarak bu bölgeler de Türk vatandaşlarının ve yabancıların ikameti yasaklanmakta veya sınırlandırılmaktadır.

Hangi yerlerin birinci veya ikinci derece kara, deniz yahut hava askeri yasak bölgeleri veya güvenlik bölgelerini oluşturduğu ve Türk vatandaşları ile yabancıların bu yerlerden nasıl yararlanacakları ve ikametleri konusunda 2565 sayılı Kanuna göz atmakta fayda vardır. Ancak sınav sorumluluğu bakımından 2565 sayılı Kanun uyarınca askeri yasak bölgeler ve güvenlik bölgeleri kurulduğunu, kara, deniz ve hava askeri yasak bölgelerin birinci ve ikinci derece olmak üzere ayrıldığını ve bunların yabancıların ikamet etme veya başka şekilde kullanması bakımından farklı hukuki rejimlere tabi olduğunu bilmeniz yeterlidir.

2. Köy Kanunu m.88

Yabancıların köylerde ikameti Köy Kanunu m.88'de düzenlenmiştir. Buna göre yabancıların köyde ikamet edebilmeleri için İçişleri Bakanlığından izin almaları gerekir.

B. Yabancıların İkametine İlişkin YUKK Düzenlemeleri (YUKK m.19-49)

1. İkamet İzni Alma Mecburiyeti ve Başvuru Usulü

Türkiye'de, vizenin veya vize muafiyetinin tanıdığı süreden ya da 90 günden fazla kalacak yabancıların ikamet izni almaları zorunludur. (YUKK m.19) Ancak 90 günden az kalacak bir yabancıların da vize yerine ikamet iznine

başvurmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır. Alınan ikamet izni 6 ay içinde kullanılmaya başlanmalıdır. Aksi takdirde ikamet izni geçerliliğini kaybedecektir.

İkamet izni başvurusu, kural olarak yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türk konsolosluklarına yapılır. (YUKK m.21/f.1) İkamet izni başvuruları yetkili aracı kurum tarafından da yapılabilir. (YUKK m.21/f.7) İkamet izni için başvuracak yabancılarda, talep ettikleri ikamet izni süresinden 60 gün daha uzun süreli pasaport ya da pasaport yerine geçen belgeye sahip olmaları şartı aranır. (YUKK m.21/f.2)

Konsolosluklar, ikamet izni başvurularını görüşleriyle birlikte Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne iletir. Genel Müdürlük, gerekli gördüğünde ilgili kurumların görüşlerini de alarak başvuruları sonuçlandırdıktan sonra, ikamet izninin düzenlenmesi ya da başvurunun reddedilmesi için konsolosluğa bilgi verir. Başvurular, en geç 90 gün içinde sonuçlandırılır. İkamet izni başvurusunun reddine ilişkin işlemler ilgiliye tebliğ edilir. (YUKK m.21/f.4-6)

İkamet izni başvuruları, kural olarak konsolosluklara yapılacaksa da YUKK m.22 uyarınca aşağıdaki hallerde istisnai olarak valiliklere de yapılabilir¹⁹:

- 1-Adli veya idari makamların kararlarında veya taleplerinde,
- 2-Yabancının Türkiye’den ayrılmasının makul veya mümkün olmadığı durumlarda,
- 3-Uzun dönem ikamet izinlerinde,
- 4-Öğrenci ikamet izinlerinde,
- 5-İnsani ikamet izinlerinde,
- 6-İnsan ticareti mağduru ikamet izinlerinde,
- 7-Aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçişlerde,
- 8-Türkiye’de ikamet izni bulunan anne veya babanın Türkiye’de doğan çocukları için yapacağı başvurularda,
- 9-Geçerli ikamet izninin verilmesine esas olan gerekçenin sona ermesi veya değişikliğe uğramasından dolayı yeni kalış amacına uygun ikamet izni almak üzere yapılacak başvurularda,
- 10-YUKK m.20/f.2 kapsamında yapılacak ikamet izni başvurularında,
- 11-Türkiye’de yükseköğrenimini tamamlayanların, kısa dönem ikamet iznine geçişlerinde.

2. İkamet İzninin Süresi ve Uzatılması

İkamet izninin ne kadar süreyle düzenleneceği her ikamet izni türü için ayrıca düzenlenmiş olup aşağıda incelenecektir. Ancak YUKK m.23 uyarınca her halde ikamet izninin süresi, pasaport veya pasaport yerine geçen belgenin geçerlilik süresinden 60 gün daha kısa süreli olacaktır.

Uzatma başvuruları YUKK m.24’te düzenlenmiştir. Buna göre ikamet izni uzatma başvuruları valiliklere yapılacak olup valiliklerce bu başvurular sonuçlandırılacaktır. Bu uzatma başvurularının, ikamet izni süresinin dolmasına 60 gün kalmasından itibaren ve her koşulda ikamet izni süresi dolmadan önce yapılması gerekir. İkamet iznini uzatma başvurusunda bulunanlara, bir belge verilir. Bu yabancılar, ikamet izni süreleri sona ermiş olsa dahi haklarında karar verilinceye kadar bu belgeyle Türkiye’de ikamet edebilir. Ancak uzatılan ikamet izinleri, uzatma tarihinden itibaren değil, yasal izin sürelerinin bitim tarihinden itibaren başlatılır.

3. İkamet İzninden Muafiyet

Her ne kadar Türkiye’de 90 günden fazla kalacak yabancıların Türkiye’de ikamet için ikamet izni aranacaksa da YUKK m.20’de bazı yabancılar ikamet izninden muaf tutulmuştur:

- a) Vize ve vize muafiyeti kapsamında olanlar,
- b) Vatansızlar,

¹⁹ Bunları ezberlemenize gerek yoktur.

- c) Türkiye’de görevli diplomasi ve konsolosluk memurları,
- ç) Türkiye’de görevli diplomasi ve konsolosluk memurlarının ailelerinden Dışişleri Bakanlığınca bildirilenler,
- d) Uluslararası kuruluşların Türkiye’deki temsilciliklerinde çalışan ve statüleri anlaşmalarla belirlenmiş olanlar,
- e) Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu anlaşmalarla ikamet izninden muaf tutulanlar,
- f) Mavi kartlılar,
- g) Uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar ile uluslararası koruma statüsü sahipleri (mülteciler, şartlı mülteciler ve ikincil korumadan yararlananlar).

4. Çalışma İzninin İkamet İzni Sayılması

Çalışma izni veya çalışma izni muafiyet belgesi ikamet izni yerine geçer. (UİK m.12/f.1, YUKK m.27) Bu durumun tek istisnası Geçici Koruma Yönetmeliği m.29 hükmü uyarınca geçici korumadan yararlanan yabancılara verilen çalışma izninin ikamet izni yerine geçmemesidir.

5. İkamette Kesinti

İkamette kesinti halinde, ikamet izni başvurularında veya başka bir ikamet iznine geçişte, önceki izin süreleri hesaba katılmaz. YUKK m.28/f.1 uyarınca 1 yılda toplam 6 ayı geçen veya son 5 yıl içinde toplam 1 yılı aşan Türkiye dışında kalışlar ikamette kesinti sayılır. Ancak şu hallerde 1 yılda toplam 6 ayı geçen veya son 5 yıl içinde toplam 1 yılı aşan Türkiye dışında kalışlar ikamette kesinti sayılmayacaktır:

- Zorunlu kamu hizmeti,
- Eğitim ve sağlık nedenleri.

Kesintisiz ikamet izin sürelerinin hesaplanmasında, öğrenci ikamet izinlerinin yarısı, diğer ikamet izinlerinin ise tamamı sayılır. Örneğin Türkiye’de 2 yılı öğrenci ikamet izniyle toplam 8 yıl kalan bir kişi toplam Türkiye’de 7 yıl (2/2+6) kesintisiz ikamet etmiş olacaktır. Böylece 8 yıldır ikamet etmemiş olacağı için bu gerekçeyle uzun dönem ikamet iznine başvuramayacaktır.

Son olarak ikamet izninden muaf olarak geçirilen süreler kural olarak ikamet izinlerinin toplanmasında dikkate alınmayacaktır. Ancak vatansızlar ve uluslararası koruma statüsü sahibi yabancıların ikamet izninden muaf olarak geçirdikleri süreler ikamet izinlerinin toplanmasında dikkate alınacaktır.

6. İkamet İzni Türleri

YUKK’da 6 tane ikamet izni türü düzenlenmiştir.²⁰ (YUKK m.30) Buna göre ikamet izni türleri şunlardır:

- 1- Kısa dönem ikamet izni (YUKK m.31-33),
- 2- Aile ikamet izni (YUKK m.34-37),
- 3- Öğrenci ikamet izni (YUKK m.38-41),
- 4- Uzun dönem ikamet izni (YUKK m.42-45),
- 5- İnsani ikamet izni (YUKK m.46-47),
- 6- İnsan ticareti mağduru ikamet izni (YUKK m. 48-49)

a. Kısa Dönem İkamet İzni

Kısa dönem ikamet izni başvurabilecek yabancılar bakımından en kapsamlı, en geniş ve en özellik göstermeyen ikamet izni türüdür. Kısa dönem ikamet iznine başvurabilecek yabancılar YUKK m.31’de sayılmıştır:

²⁰ Ben burada sınav sorumluluğuyla sınırlı olarak hangi ikamet izninin hangi yabancıya verileceği, bunun süresi, sağladığı haklar vs. yönlerden inceleme yapacağım. Bunun dışındaki hükümlere kanundan göz atılması faydalı olacaktır.

- a) Bilimsel araştırma amacıyla gelecekler,
- b) Türkiye’de taşınmaz malı bulunanlar,
- c) Ticari bağlantı veya iş kuracaklar,
- ç) Hizmet içi eğitim programlarına katılacaklar,
- d) Türkiye Cumhuriyeti’nin taraf olduğu anlaşmalar ya da öğrenci değişim programları çerçevesinde eğitim veya benzeri amaçlarla gelecekler,
- e) Turizm amaçlı kalacaklar,
- f) Kamu sağlığına tehdit olarak nitelendirilen hastalıklardan birini taşımamak kaydıyla tedavi görecekleler,
- g) Adli veya idari makamların talep veya kararına bağlı olarak Türkiye’de kalması gerekenler,
- ğ) Aile ikamet izninden kısa dönem ikamet iznine geçenler,
- h) Türkçe öğrenme kurslarına katılacaklar,
- ı) Kamu kurumları aracılığıyla Türkiye’de eğitim, araştırma, staj ve kurslara katılacaklar,
- i) Türkiye’de yükseköğrenimini tamamlayanlardan mezuniyet tarihinden itibaren 6 ay içinde müracaat edenler,
- j) Türkiye’de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu,²¹
- k) KKTC vatandaşları.

Türkiye’de çalışmayan ancak Cumhurbaşkanınca belirlenecek kapsam ve tutarda yatırım yapacaklar ile bunların yabancı eşi, kendisinin ve eşinin ergin olmayan veya bağımlı yabancı çocuğu (j bendi) ile KKTC vatandaşlarına (k bendi) verilecek olan kısa dönem ikamet izni, şartları sağladığı sürece her defasında en fazla 5 yıllık süreyle verilebilir. (YUKK m.31/f.5) Türkiye’de yükseköğrenimini tamamlayanlardan mezuniyet tarihinden itibaren 6 ay içinde başvuranlara (i bendi) verilecek kısa dönem ikamet izni bir defaya mahsus olarak en fazla 1 yıl süreyle verilebilir. (YUKK m.31/f.4)

Bunlar dışında kalanlara verilecek olan kısa dönem ikamet izinleri şartlarını sağladığı sürece her defasında en fazla ikişer yıllık sürelerle verilebilir. (YUKK m.31/f.2) Ancak Türkçe öğrenme kurslarına katılacaklara (h bendi) verilecek kısa dönem ikamet izni en fazla iki defa verilebilir.

b. Aile İkamet İzni

Aile ikamet izni, ”destekleyici” denilen bir kişiye bağlı olarak onun aile üyelerine verilen ikamet izni türüdür. Aile ikamet izni bakımından öncelikle kimin destekleyici olabileceği açıklanmalıdır. YUKK m.34 uyarınca şu kişiler destekleyici olabilir:

- 1- Türk vatandaşları,
- 2- Mavi kartlılar (imtiyazlı yabancılar),
- 3- İkamet izinlerinden herhangi birisine sahip olup en az 1 yıldır ikamet izniyle Türkiye’de kalan yabancılar²²,
- 4- Mülteciler ve İkincil koruma statüsü sahibi yabancılar²³.

Destekleyiciye bağlı olarak aile ikamet izni verilebilecek olan yabancılar ise şunlardır:

²¹ Kısa dönem ikamet izni verilebilecek bu j bendinde belirtilen yabancılar aynı zamanda istisnai yolla vatandaşlık kazanabilecek olan yabancılarıdır.

²² 1 yıldır ikamet izniyle kalıyor olmak şartı bilimsel araştırma amaçlı ikamet izni ya da çalışma izni bulunanlar, Mavi kartlılar veya Türk vatandaşlarıyla evli olan yabancılar hakkında aranmaz.

²³ Şartlı mülteciler aile ikamet izni bakımından destekleyici olamaz.

- 1- Destekleyicinin yabancı eşi,²⁴
- 2- Destekleyicinin ve eşinin ergin olmayan yabancı çocukları,
- 3- Destekleyicinin ve eşinin bağımlı yabancı çocukları.²⁵

Aile ikamet izni her defasında en fazla 3 yıl için verilebilir.²⁶ Ancak, her halde aile ikamet izninin süresi hiçbir şekilde destekleyicinin ikamet izni süresini aşamaz. Örneğin destekleyicinin ikamet izni süresi 2 yıla ona bağlı olarak aile ikamet izni alacak aile üyelerine de en fazla 2 yıllık süreyle aile ikamet izni verilebilir.

YUKK m.35’de aile ikamet izni taleplerinde, destekleyicide ve ona bağlı olarak aile ikamet izni alacak yabancılarda aranacak diğer şartlar da düzenlenmiştir. Kanundan bu şartların okunmasında fayda vardır. Ancak ezberlenmesine gerek yoktur.

Aile ikamet izinleri, 18 yaşına kadar, öğrenci ikamet izni almadan ilk ve ortaöğretim kurumlarında eğitim hakkı sağlar. (YUKK m.34/f.4)

Aile ikamet izinleri bazı hallerde kısa dönem ikamet iznine dönüştürülebilir:

- 1- En az 3 yıl aile ikamet izniyle Türkiye’de kalmış olanlardan 18 yaşını tamamlayanlar. (YUKK m.34/f.5)
- 2- En az 3 yıl aile ikamet izniyle kalmış olmak kaydıyla boşanma hâlinde, Türk vatandaşıyla evli yabancılar. Ancak yabancı eşin, aile içi şiddet gerekçesiyle mağdur olduğu ilgili mahkeme kararıyla sabit ise, 3 yıllık süre şartı aranmaz. (YUKK m.34/f.6)
- 3- Destekleyicinin ölümü hâlinde, süre şartı aranmadan bu kişiye bağlı aile ikamet izniyle kalanlar. (YUKK m.34/f.7)

c. Öğrenci İkamet İzni

Öğrenci ikamet izni yükseköğretim kurumlarında öğrenim görecekt yabancılar ile sınırlı olarak ilk ve orta öğrenim kurumlarında öğrenim görecekt yabancılara verilen ikamet iznidir. Öğrenci ikamet izni verilecek iki grup yabancı vardır:

1. Grup: Türkiye’de bir yükseköğretim kurumunda ön lisans, lisans, yüksek lisans ya da doktora öğrenimi görecekt yabancılar (YUKK m.38/f.1): Bunlara ilgili yönetmelik uyarınca öğrenim süresini kapsayacak öğrenci ikamet izni verilir.
2. Grup: Bakımı ve masrafları gerçek veya tüzel kişi tarafından üstlenilen ilk ve orta derecede öğrenim görecekt yabancılar (YUKK m.38/f.2): Bu yabancılara velilerinin veya yasal temsilcilerinin izniyle öğrenimleri süresince birer yıllık sürelerle öğrenci ikamet izni verilir. Öğrenim süresi 1 yıldan kısaysa öğrenci ikamet izni süresi öğrenim süresini aşamaz. (YUKK m.38/f.4) Ancak kamu kurum ve kuruluşları aracılığıyla gelerek Türkiye’de öğrenim görecekt yabancılara, öğrenim süresince ikamet izni verilebilir. (YUKK m.38/f.5)

Öğrenci ikamet izni, öğrencinin anne ve babası ile diğer yakınlarına, ikamet izni alma konusunda hiçbir hak sağlamaz. (YUKK m.38/f.3) YUKK m.41’de ve UİK m.19’da yabancı öğrencilerin çalışma hakkı da düzenlenmiştir. Bu konu ileride incelenecektir.

²⁴ Vatandaşı olduğu ülkenin hukukuna göre birden fazla eş ile evlilik hâlinde, eşlerden yalnızca birine aile ikamet izni verilir. Ancak, diğer eşlerinden olan çocuklara da aile ikamet izni verilebilir. (YUKK m.34/f.2)

²⁵ Ergin olmayan ve bağımlı yabancı çocukların aile ikamet izninde, Türkiye dışında varsa ortak velayeti bulunan anne veya babanın muvafakati aranır. (YUKK m.34/f.3)

²⁶ 2016 tarihli 6735 sayılı Kanunla 2 yıllık süre 3 yıla çıkarılmıştır. Elinizdeki mevzuat eskiyse dikkat edin.

d. Uzun Dönem İkamet İzni

Uzun dönem ikamet izni en avantajlı ikamet izni türüdür. YUKK m.42/f.1 uyarınca uzun dönem ikamet izni iki grup yabancıya verilebilir:

1. Grup: Türkiye’de kesintisiz en az 8 yıl kalmış olan yabancılar.
2. Grup: Göç Politikaları Kurulunun belirlediği şartlara uyan yabancılar.

Uzun dönem ikamet izni İçişleri Bakanlığı’nın onayıyla valilikler tarafından verilir. Uzun dönem ikamet izni süresiz olarak verilir. (YUKK m.42/f.1)

Uluslararası koruma statüsü sahibi yabancılar (mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü sahipleri) ile insani ikamet izni sahiplerine ve geçici koruma sağlananlara, uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanınmaz. (YUKK m.42/f.2)

Türkiye’de kesintisiz en az 8 yıldır ikamet izniyle kalanlar için uzun dönem ikamet iznine geçişte aranan şartlar şunlardır (YUKK m.43/f.1):

- Son 3 yıl içinde sosyal yardım almamış olmak,
- Kendisi veya varsa ailesinin geçimini sağlayacak yeterli ve düzenli gelir kaynağına sahip olmak,
- Geçerli sağlık sigortasına sahip olmak,
- Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmamak.

Göç Politikaları Kurulunun belirlediği şartlara sahip olarak uzun dönem ikamet iznine geçecek yabancılarda sadece kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından tehdit oluşturmamak şartı aranır. (YUKK m.43/f.2)

Uzun dönem ikamet izni sahipleri tıpkı Mavi kartlılar gibi YUKK m.44’te sayılan istisnalar haricinde Türk vatandaşlarına tanınan haklardan aynen yararlanırlar. Bu istisnalar şu şekildedir:

- a) Askerlik yapma yükümlülüğü,
- b) Seçme ve seçilme,
- c) Kamu görevlerine girme,
- ç) Muaf olarak araç ithal etme,
- d) Özel kanunlardaki düzenlemeler gereği sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklar.²⁷

Ayrıca Mavi kartlılardan farklı olarak uzun dönem ikamet izni sahibi yabancılara tanınan haklara kısmen veya tamamen kısıtlamalar getirmeye Cumhurbaşkanı yetkilidir. (YUKK m.44/f.2)

e. İnsani İkamet İzni

İnsani ikamet izni insani nedenlerle verilen ve bu nedenle de diğer ikamet izinlerinin verilmesindeki şartlar aranmadan resen de verilebilen bir ikamet izni türüdür. İnsani ikamet izni, İçişleri Bakanlığının onayı alınmak ve en fazla birer yıllık sürelerle olmak kaydıyla, valiliklerce verilir ve bu izinler gerektiğinde uzatılabilir. YUKK m.46 uyarınca insani ikamet izni şu hallerde verilir:

- a) Çocuğun yüksek yararı söz konusu olduğunda,
- b) Haklarında sınır dışı etme veya Türkiye’ye giriş yasağı kararı alındığı hâlde, yabancılardan Türkiye’den çıkışları yaptırılmadığında ya da Türkiye’den ayrılmalari makul veya mümkün görülmediğinde,
- c) 55 inci madde uyarınca yabancı hakkında sınır dışı etme kararı alınmadığında,

²⁷ Mavi kartlılar uzun dönem ikamet izni sahiplerinden farklı olarak özel kanunlarla sadece Türk vatandaşlarına tanınan haklardan da aynen yararlanmaya devam ederler.

- ç) Sınır dışı etme kararlarına, uluslararası koruma başvurusunun kabul edilemezliğine ilişkin kararlara karşı ve uluslararası koruma başvurusunun reddi kararlarına karşı yargı yoluna başvurulduğunda,
- d) Başvuru sahibinin ilk iltica ülkesi veya güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilmesi işlemlerinin devamı süresince,
- e) Acil nedenlerden dolayı veya ülke menfaatlerinin korunması ile kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından Türkiye'ye girişine ve Türkiye'de kalmasına izin verilmesi gereken yabancıların, ikamet izni verilmesine engel teşkil eden durumları sebebiyle diğer ikamet izinlerinden birini alma imkânı bulunmadığında,
- f) Olağanüstü durumlarda.

f. İnsan Ticareti Mağduru İkamet İzni

İnsan ticareti mağduru ikamet izni, insan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe duyulan yabancılara, yaşadıklarının etkisinden kurtulabilmeleri ve yetkililerle iş birliği yapıp yapmayacaklarına karar verebilmeleri amacıyla verilir. Bu ikamet izninin verilmesinde diğer ikamet izinlerinde aranan şartlar aranmaz ve insani ikamet izninde olduğu gibi resen de verilebilir. İnsan ticaret mağduru ikamet izni 30 gün süreli olarak valiliklerce verilir. (YUKK m.48)

İyileşme ve düşünme süresi tanımak amacıyla verilen ikamet izni, mağdurun güvenliği, sağlığı veya özel durumu nedeniyle en fazla altışar aylık sürelerle uzatılabilir. Ancak, bu süreler hiçbir şekilde toplam 3 yılı geçemez. İnsan ticareti mağduru olduğu veya olabileceği yönünde kuvvetli şüphe bulunan yabancıların, kendi girişimleriyle suçun failleriyle yeniden bağ kurduklarının belirlendiği durumlarda ikamet izinleri iptal edilir. (YUKK m.49)

III. YABANCILARIN KİŞİ DOKUNULMAZLIĞI

A. Sınırdışı Etme

1. Genel Olarak

Her devlet, egemenlik yetkisinin doğal sonucu olarak menfaatleriyle bağdaşmayacak faaliyetlerde bulunan yabancıyı sınırdışı etme hakkına sahiptir. Ancak sınırdışı etme işlemine sadece yabancı yönünden gidilebilir. Vatandaş sınırdışı edilemez. (AY m.23/f.6)

Sınırdışı etme sebepleri ve usulü YUKK m.52-60 arasında düzenlenmiştir. YUKK m.52 uyarınca yabancılar, sınırdışı etme kararıyla, menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınırdışı edilebilir.

2. Sınırdışı Etme Sebepleri

Sınırdışı etme sebepleri YUKK m.54/f.1'de sayılmıştır:

- TCK m.59 kapsamında sınırdışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler,
- Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar,
- Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar,
- Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar,
- Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar,
- Vize veya vize muafiyeti süresini 10 günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler,
- İkamet izinleri iptal edilenler,
- İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini 10 günden fazla ihlal edenler ,
- Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler,
- Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler,
- Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler,

- i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra YUKK'un diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar,
- j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, 10 gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar,
- k) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler.

Uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında ise kural olarak sınır dışı etme kararı alınamaz. Bu kişiler hakkında istisnai olarak yukarıda sayılan b, d ve k bentlerindeki hallerde sınır dışı etme kararı alınabilecektir. (YUKK m 54/f.2) Dolayısıyla genel olarak yabancılar hakkında yukarıda sayılan tüm hallerde sınır dışı etme kararı alınabilecektir uluslararası koruma başvurusu sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında sadece şu hallerde sınır dışı etme kararı alınabilir:

- Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar,
- Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar,
- Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler.

Son olarak YUKK m.54/f.1'de "sınır dışı etme kararı alınır" ve fakat YUKK m.54/f.2'de ise "sınır dışı etme kararı alınabilecektir." denildiğinden Uluslararası koruma başvurusu veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişilerin bu üç halde sınır dışı edilmesi konusunda genel kuraldan farklı olarak idarenin takdir yetkisi vardır.

Geçici koruma statüsündeki yabancılar bakımından ise mevzuatta sınır dışı edilmelerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu halde bu kişiler hakkında YUKK m.54/f.1 uyarınca genel olarak yabancıların sınır dışı etme sebeplerinin uygulanması veya YUKK m.54/f.2 kapsamında değerlendirilerek sadece üç istisnai halde idarenin takdir yetkisini çerçevesinde sınır dışı edilebilecekleri savunulabilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurulara yönelik kararlarında görüldüğü üzere uygulamada geçici koruma statüsündeki yabancıların sınır dışı edilemeyeceği kabul edilmektedir.²⁸

3. Haklarında Sınır Dışı Etme Kararı Alınamayacak Yabancılar

Kural olarak YUKK m.54'te belirtilen hallerde yabancı sınır dışı edilecekse de YUKK m.55 uyarınca YUKK m.54 kapsamında olsalar dahi, aşağıdaki yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz:

- a) Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar,
- b) Ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler,
- c) Hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar,
- ç) Mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları,
- d) Tedavileri tamamlanıncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları.

Bu hallerden ç bendindeki halde yabancıya insan ticareti mağduru ikamet izni²⁹ diğer hallerde insani ikamet izni verilir.

Ayrıca YUKK m.4'te düzenlenen geri gönderme yasağı da dikkate alınmalıdır. Bu hükme göre YUKK kapsamındaki hiç kimse, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı veya ırkı,

²⁸ AYM 11.11.2015 tarihli ve 2014/13044 Başvuru Numaralı kararı. RG. 17.12.2015-29565.

²⁹ YUKK m.46/f.1-c bendinde bir bütün olarak YUKK m.55 uyarınca haklarında sınır dışı etme kararı alındığında denilmiş ve ç bendi ayrı tutulmamıştır. Ancak ç bendi özellik arz ettiği, insan ticareti mağduru ikamet izninin kapsamına girdiği ve insan ticareti mağduru ikamet izni, insani ikamet iznine göre özel bir ikamet izni olduğu için bu halde insan ticareti mağduru izni verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağı bir yere gönderilemez.³⁰

4. Sınırdışı Etme Kararı

Sınır dışı etme kararı, Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınır. (YUKK m.53/f.1, m.57/f.1) Sınır dışı etme kararı gerekçeleriyle birlikte yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. (YUKK m.53/f.2) Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı kararın tebliğinden itibaren 15 gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkeme 15 gün içinde kesin olarak karar verir. (YUKK m.53/f.3/c.1-4)

Kural olarak dava açma süresi içinde ve yargılama devam ederken kişinin rızayla ülkeden ayrılması hali hariç kişi sınır dışı edilemez.³¹ (YUKK m.53/f.3/c.5) Ancak bazı yabancılar bu kuralın dışında tutularak bu kişilerin yargı yoluna başvurmalarının sınır dışı işlemlerini durdurmayaacağı hüküm altına alınmıştır. YUKK m.53/f.3/c.5 uyarınca bu yabancılar şunlardır:

- 1- Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar,
- 2- Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar,
- 3- Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler.

Sınır dışı etme kararı 3 şekilde verilebilir ve bu durum kararda belirtilir:

- 1-Doğrudan sınır dışı etme,
- 2-Terk süresi tanınması,
- 3-Sınır dışı edilmek üzere idari gözetim altına alınması.

5. Terk Süresi Tanınması

YUKK m.56 uyarınca hakkında sınırdışı etme kararı alınan yabancılara 15-30 gün arasında bir terk süresi verilir. Aynı madde de bazı yabancılara terk süresi verilmeyeceği belirtilmiştir. Bu terk süresi tanınmayacak yabancılar duruma göre ya idari gözetim altına alınacak ya da doğrudan sınır dışı edilecektir. Bunlara Çıkış İzin Belgesi verilir ve bu kişiler terk süresi içinde ülkeyi terk edene kadar bu belgeyle Türkiye'de kalabilirler.³²

Terk süresi tanınmayacak yabancılar şunlardır:

- 1- Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar,
- 2- Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar,
- 3-Kaçma ve kaybolma riski bulunanlar,
- 4-Yasal giriş ve çıkış kurallarını ihlal edenler,
- 5-Sahte belge kullananlar,
- 6-Asılsız belgelerle ikamet izni almaya çalışan veya almış olanlar.

6. Sınırdışı Etmek Üzere İdari Gözetim

Sınırdışı etmek üzere idari gözetim altına alma YUKK m.57'de düzenlenmiştir. YUKK m.57/f.2 incelendiğinde hakkında idari gözetim alınacak olan yabancılar yukarıda kendilerine terk süresi tanınmayacak 6 grup ve terk süresi

³⁰ YUKK m.4 hükmü uluslararası koruma ve sınırdışı etme süreçlerinin tüm aşamalarında dikkate alınması gereken temel bir ilkedir. Kişinin sınırdışı edileceği ülkenin tespitinde de bu ilke dikkate alınmalıdır.

³¹ Bu kişiler bu süreçte insani ikamet izniyle Türkiye'de kalabilirler. Bkz. YUKK m.46/f.1-ç.

³² Bu kişiler süresi içinde Türkiye'yi terk ederlerse haklarında Türkiye'ye giriş yasağı kararı alınmayabilir. (YUKK m.9/f.5)

tanınanlardan süresi içinde ülkeden çıkış yapmayanlardır. Bu kişiler doğrudan sınırdışı edilmezse haklarında valilik tarafından idari gözetim kararı alınır.

İdari gözetim altına alınanlar geri gönderme merkezlerinde tutulur. İdari gözetim süresi 6 ayı geçemez. Gerekğinde en fazla 6 ay uzatılabilir. İdari gözetimin devamının gerekip gerekmediği en çok 1 aylık sürelerle değerlendirilir. Devamında zaruret yoksa idari gözetime son verilir veya başkaca tedbire hükmedilebilir. İdari gözetim kararı, uzatma kararları ve süreç içindeki değerlendirmeler kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Bu kişiler idari gözetim kararlarına karşı 15 gün içinde sulh ceza hakimine başvurabilir. Başvuru idari gözetimi durdurmaz. Sulh ceza hâkimi 5 gün içinde kesin olarak karar verir. Bu kişiler şartların değiştiği iddiasıyla yeniden sulh ceza hakimine başvurabilir. (YUKK m.57/f.3-7)

7. Geri Gönderme Merkezleri ve Sınırdışı Etme Kararının İcrası

Geri gönderme merkezleri işletilmesi ve merkezlerde sağlanacak hizmetler YUKK m.58-59'da düzenlenmiştir. Geri gönderme merkezlerinin koşulları insan haysiyeti ile bağdaşır nitelikte olmalıdır. İdari gözetim ve geri gönderme merkezlerinin koşullarına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin K.A. bireysel başvurusuna ilişkin kararına bakmanızı tavsiye ederim.³³

Sınırdışı edilecek yabancılar geri gönderme merkezindeki kolluk birimleri tarafından, doğrudan sınırdışı edilecekler ise Göç İdaresi Genel Müdürlüğü taşra teşkilatı koordinesindeki kolluk birimlerince sınır kapılarına götürülür. (YUKK m.60) Sınırdışı edilenler yabancılar hakkında kural olarak Türkiye'ye giriş yasağı kararı da alınacaktır. Bu konuda Türkiye'ye giriş yasağı başlığı altında incelendi. O açıklamalara atıf yapmakla yetiniyorum.

B. Suçluların İadesi

1. Genel Olarak

Suçluların iadesi, işlediği suç belirli bir devletin yargı yetkisinde içinde olan şahsın, ülkesinde bulunduğu devlet tarafından yargı yetkisine sahip olan devlete verilmesidir. İadenin amacı, iadesi istenen kişinin iade isteyen devlet tarafından yargılanması ve mâhkumiyet hükmü verilmesi halinde bunun infazıdır.

Suçluların iadesi konusunda birçok milletlerarası sözleşme vardır. Bunlardan en önemlisi Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'dir. Suçluların iadesi iç hukukta ise 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu ile düzenlenmiştir. 6706 sayılı Kanun m.1/f.3 Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası Sözleşmeleri saklı tutmuştur. Bundan dolayı çelişki halinde Sözleşme'ye öncelik tanınır. Ancak Kanun ile Sözleşme uyumludur. Ben burada 6706 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde açıklama yapacağım. Ancak çelişki halinde Sözleşme'nin öncelikli uygulanacağı unutulmamalıdır.

2. İadenin Kabul Edilmeyeceği Haller

İadenin kabul edilmeyeceği haller 6706 sayılı Kanun m.10-11'de düzenlenmiştir. Buna göre öncelikle kural olarak vatandaş iade edilemez. (m.11/f.1-a) Bunun tek istisnası Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülüklerdir. Ancak mevcut halde Türkiye Uluslararası Ceza Divanına taraf değildir.

Bunun dışında yabancıların iadesi bakımından iadenin kabul edilmeyeceği haller şunlardır:

1- İadesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmayla maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması,

³³ 28 nolu dipnotta yer alan karar: AYM 11.11.2015 tarihli ve 2014/13044 Başvuru Numaralı kararı. RG. 17.12.2015-29565. Hocanın önem verdiği bir karardır.

- 2- İade talebine esas teşkil eden fiilin düşüncü suç, siyasî suç veya siyasî suçla bağlantılı bir suç niteliğinde olması. Ancak soykırım ve insanlığa karşı suçlar, siyasî suç olarak kabul edilmez.
- 3- İade talebine esas teşkil eden fiilin sırf askerî suç niteliğinde olması,
- 4- İade talebine esas teşkil eden fiilin Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmesi,
- 5- İade talebine esas teşkil eden fiilin Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir suç olması,
- 6- İade talebine esas teşkil eden fiilin zamanaşımı veya affa uğramış olması.
- 7- İadesi talep edilen kişi hakkında, talebe konu fiil nedeniyle daha önce Türkiye'de beraat veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması,
- 8- İade talebinin, ölüm cezası veya insan onuru ile bağdaşmayan bir ceza gerektiren suçlara ilişkin olması,³⁴
- 9- İade talebine esas teşkil eden fiilin talep eden devlet hukuku veya Türk hukukuna göre, soruşturma veya kovuşturma aşamasında üst sınırı bir yıldan daha az hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlardan veya kesinleşmiş mahkûmiyet kararları bakımından ise hükmolunan cezanın dört aydan daha az hürriyeti bağlayıcı ceza olması.

Bunlar yanında iadesi talep edilen kişinin, talep tarihinde on sekiz yaşını doldurmamış olması, uzun zamandan beri Türkiye'de bulunuyor olması veya evli bulunması gibi kişisel hâlleri nedeniyle, iadenin kişinin kendisini veya ailesini, fiilin ağırlığı ile orantısız şekilde mağdur edecek olması durumunda iade talebi kabul edilmeyebilir.

3. İade Usulü

İadenin kabul edilmeyeceği haller 6706 sayılı Kanun m.10-11'de düzenlendikten sonra m.12-20 arasında iadenin nasıl yapılacağı, iade usulü düzenlenmiştir. Ben burada sınav sorumluluğuyla sınırlı olarak genel hatlarıyla iade usulünü açıklayacağım.³⁵

Kanuna göre merkezi makam olarak Adalet Bakanlığı belirlenmiştir. Adalet Bakanlığı kendisine yapılan iade taleplerini inceler ve gerek gördüğü talepleri yetkili ağır ceza mahkemesi nezdindeki Cumhuriyet Savcılığına yollar. Cumhuriyet Savcılığı iade talebi hakkında karar verilmesini ağır ceza mahkemesinden talep eder.

İade sürecinde Kanunun 14.maddesindeki şartların gerçekleşmesi halinde geçici tutuklama ve Kanunun 16.maddesi uyarınca CMK'deki koruma tedbirlerine hükmedilebilir.

Ağır ceza mahkemesi öncelikle rızaya dayalı iade usulünü uygulamaya çalışır. Kişinin rızaya dayalı iadeyi kabul etmemesi halinde ağır ceza mahkemesi nezdinde iade yargılaması yapılır. İade yargılaması sonunda iade talebi ya kabul edilir ya da reddedilir. Ancak rızaya dayalı iade halinde iadenin yerine getirilmesi Adalet Bakanlığı'nın, normal iade usulü sonunda iadeye karar verilmesi halinde ise iadenin yerine getirilmesi Dışişleri ve İçişleri Bakanlıklarının görüşü alınarak Adalet Bakanlığı'nın teklifi ve Cumhurbaşkanının onayına bağlıdır.

IV. ULUSLARARASI KORUMA

A. Uluslararası Korumadan Yararlanacaklar

Yabancılar arasında bazıları, diğer yabancılar arasında farklı olarak uluslararası korumaya ihtiyaç duyar. Bunun nedeni, o yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu devletin korumasından yararlanamaması veya haklı nedenlerle yararlanmak istememesidir.

³⁴ Bu halde talep eden devlet tarafından, öngörülen cezanın infaz edilmeyeceğine dair yeterli teminat verilmesi hâlinde, iade talebi kabul edilebilir.

³⁵ Suçluların iadesi usulünü merak eden arkadaşların 6706 sayılı Kanun hükümlerine göz atmasını öneririm.

Uluslararası koruma statüleri mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü olmak üzere üç tanedir. Mülteci ve şartlı mülteci temel olarak ortak özelliklere sahiptir. Şöyle ki hem mülteci hem de şartlı mülteci;

-Meydana gelen olaylar nedeniyle

-İrki, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı

-Zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için

-Vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişidir. (YUKK m.61-62)

Mülteci ile şartlı mülteci arasındaki fark ise şudur: Eğer Avrupa ülkelerinde meydana gelen olaylar nedeniyle kişi korumadan yararlanamıyorsa mülteci, Avrupa dışındaki ülkelerde meydana gelen olaylardan dolayı ise şartlı mülteci statüsü verilir. Öte yandan bir diğer fark olarak şartlı mültecilere üçüncü güvenilir ülkeye yerleştirilinceye kadar şartlı mülteci statüsü verilir.

İkincil koruma statüsü ise;

-Mülteci veya şartlı mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine gönderilmesi halinde;

a) Ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek,

b) İşkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak,

c) Uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak,

olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen yabancı ya da vatansız kişiye verilir. (YUKK m.63)

Örneklerle durumu açıklarsak;

Örnek 1: Fransa'da yaşayan Cezayir kökenli A'ya sırf ırkından dolayı Fransa devletinin zulüm uygulaması halinde mesela işkence uygulaması durumunda A Türkiye'ye gelir ve uluslararası koruma talep ederse mülteci statüsü verilir.

Örnek 2: Hindistan'da yaşayan ve siyasi iktidara muhalif olan B'ye yönelik sırf siyasi düşüncelerinden dolayı ilk örnekteki gibi bir muamele olursa ve B bu nedenle Türkiye'ye gelir ve uluslararası koruma talep ederse şartlı mülteci statüsü verilir.

Örnek 3: İran'da yaşayan ve İran vatandaşı C, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti ve siyasi düşünceleri dışında bir gerekçeyle ölüm cezasına mâhkum edilir, bunun üzerine Türkiye'ye gelir ve uluslararası koruma talep ederse ikincil koruma statüsü verilir. Bu olay Avrupa'da yaşansaydı da sonuç değişmezdi. Zira ikincil koruma bakımından Avrupa-Avrupa dışı ayrımı yoktur. Ama C örneğin mezhebinden veya siyasi düşüncelerinden dolayı ölüm cezasına mâhkum edilseydi Avrupa-Avrupa dışı ayrımına göre mülteci veya şartlı mülteci statüsü verilirdi. Bu örnekte olay İran'da meydana geldiğinden şartlı mülteci olurdu.

YUKK m.61-63 arasında uluslararası koruma statülerinin kapsamını tayin edildikten sonra YUKK m.64'te bazı kişilerin uluslararası koruma haricinde tutulacağı düzenlenmiştir. Buna göre şu kişiler uluslararası korumadan yararlanamazlar:

1-BM Mülteciler Yüksek Komiserliği dışında, diğer bir BM organı veya örgütünden halen koruma veya yardım gören yabancı (YUKK m.64/f.1-a)

2- İkamet ettiği ülke yetkili makamlarınca, o ülke vatandaşlarının sahip olduğu hak ve yükümlülüklerle sahip olarak

tanınan yabancı (YUKK m.64/f.1-b)

3- Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşme m.1/F'de belirtilen fiillerden suçlu olduğuna dair ciddi kanaat olan yabancılar (YUKK m.64/f.1-c)³⁶

Şu iki grup ise sadece ikincil korumadan hariçte tutulur:

- 1- Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehdit oluşturduğuna dair emare bulunan yabancılar
- 2- Türkiye'de işlenmesi halinde hapis cezası verilmesini gerektiren suç veya suçları daha önce işleyen ve sadece bu suçun cezasını çekmemek için menşe veya ikamet ülkesini terk eden yabancılar

B. Uluslararası Koruma Usul ve Esasları

1. Başvuru

Uluslararası koruma başvuruları kural olarak bizzat valiliklere yapılır. (YUKK m.65/f.1) Kolluk birimlerine yapılan başvurular valiliklere iletilir. (YUKK m.65/f.2) Başvuru sahibi, başvuruları aynı gerekçeye dayanan ve kendisiyle birlikte gelen aile üyeleri adına da başvuru yapabilir. Bu noktada ergin olan aile üyelerinin izni aranır. (YUKK m.65/f.3)

Türkiye'ye yasal giriş ve yasal kalış kurallarını ihlal eden yabancılar normal şartlarda cezai işlem uygulanır. Ancak makul bir süre içinde valiliklere kendiliğinden uluslararası koruma başvurusunda bulunanlar hakkında, yasa dışı girişlerinin ve kalışlarının geçerli nedenlerini açıklamak kaydıyla cezai işlem uygulanmaz. (YUKK m.65/f.4)

2. Kabul Edilemez Başvuru

YUKK m.72'de uluslararası koruma başvurusunun kabul edilemez başvuru olarak değerlendirileceği haller belirtilmiştir. Bu haller şunlardır:

1-Farklı bir gerekçe öne sürmeksizin aynı başvuru yapılmışsa,

2-Kendi adına başvuru yapılmasına izin verdikten sonra haklı bir neden göstermeksizin veya başvurusu reddedildikten sonra farklı bir gerekçe öne sürmeksizin ayrı bir başvuru yapılmışsa,

3-İlk iltica ülkesinden gelenlerin başvurusu: İlk iltica ülkesinden kasıt başvuru sahibinin, daha önceden mülteci olarak tanındığı ve halen bu korumadan yararlanma imkanının olduğu veya geri göndermeme ilkesini de içeren yeterli ve etkili korumadan halen faydalanabileceği ülkedir. Bu halde başvuru sahibi ilk iltica ülkesine geri gönderilir.³⁷ Ancak ilk iltica ülkesi kabul etmezse başvuruya ilişkin işlemler yerinden devam eder. (YUKK m.73)

4- Güvenilir üçüncü ülkeden gelenlerin başvurusu: Güvenilir üçüncü ülkeden kasıt başvuru sahibinin, Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmeye uygun korumayla sonuçlanabilecek bir uluslararası koruma başvurusu yaptığı veya başvurma imkanının olduğu ülkedir. Bu halde başvuru sahibi güvenilir üçüncü ülkeye geri gönderilir.³⁸ Ancak güvenilir üçüncü ülke kabul etmezse başvuruya ilişkin işlemler yerinden devam eder. (YUKK m.74)

³⁶ Başvuru sahibinin, uluslararası koruma başvurusu yapmadan önce, Türkiye dışında zalimce eylemler yaptığını düşündürecek nedenler varsa Sözleşme m.1/F kapsamında değerlendirme yapılır. (YUKK m.64/f.3) Sözleşme m.1/F kapsamındaki fiillerin işlenmesine iştirak eden veya işlenmesini tahrik eden kişiler de uluslararası korumadan hariçte tutulur. (YUKK m.64/f.4)

³⁷ Başvuru sahibi ilk iltica ülkesine geri gönderilene kadar insani ikamet izniyle Türkiye'de kalır. YUKK m.46/f.1-d bendi

³⁸ Başvuru sahibi üçüncü güvenilir ülkeye gönderilene kadar insani ikamet izniyle Türkiye'de kalır. YUKK m.46/f.1-d bendi

3. Başvuru Sahiplerinin İdari Gözetimi

YUKK'ta iki tane idari gözetim düzenlenmiştir. İlki YUKK m.57'de düzenlenen sınır dışı edilecek olan yabancıların idari gözetimidir. Bu idari gözetim sınır dışı etme başlığı altında incelendi. Burada uluslararası koruma başvurusu yapanların idari gözetimi incelenecektir.

Kural başvuru sahibinin idari gözetim altına alınmamasıdır. İdari gözetim tedbiri istisnaidir. (YUKK m.68/f.1-2) Başvuru sahibi ancak YUKK m.68/f.2'de belirtilen sebeplerle idari gözetim altına alınabilir:

- 1- Kimlik veya vatandaşlık bilgilerinin doğruluğuyla ilgili ciddi şüphe varsa, bu bilgilerinin tespiti amacıyla,
- 2- Sınır kapılarında usulüne aykırı surette ülkeye girmekten alıkonulması amacıyla,
- 3- İdari gözetim altına alınmaması durumunda başvurusuna temel oluşturan unsurların belirlenemeyecek olması hâlinde,
- 4- Kamu düzeni veya kamu güvenliği açısından ciddi tehlike oluşturması hâlinde.

İdari gözetim kararı istisnai olarak alındığından öncelikle başka tedbirler düşünülmelidir. Örneğin YUKK m.71'de belirtilen ikamet ve bildirim yükümlülüğü yeterli kalıyorsa idari gözetim kararı alınmamalıdır.

Eğer YUKK m.68/f.2'deki sebepler var ve başkaca tedbirlere hükmetmek yeterli olmuyorsa valilik tarafından idari gözetim kararı verilir. Bu idari gözetim kararı kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. (YUKK m.68/f.4) Bu kişiler idari gözetim kararına karşı sulh ceza hakimine başvurabilir. Başvuru idari gözetimi durdurmaz. Sulh ceza hâkimi 5 gün içinde kesin olarak karar verir. Ancak idari gözetim şartlarının ortadan kalktığı veya değiştiği gerekçesiyle yeniden sulh ceza hakimine başvurulabilir. (YUKK m.68/f.7)

İdari gözetim süresi 30 günü geçemez. (YUKK m. 68/f.5) İdari gözetim süresinin sona ermesi veya şartlarının ortadan kalkması halinde idari gözetime son verilir veya başkaca tedbire hükmedilir. (YUKK m.68/f.5-6)

4. Uluslararası Koruma Kararı

Uluslararası koruma başvuruları valiliklerce kaydedilir. (YUKK m.69/f.1) Kayıt işlemleri tamamlanan başvuru sahibine ve varsa birlikte geldiği aile üyelerine, 6 ay süreli Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Kimlik Belgesi düzenlenir ve gerektiğinde 6 aylık sürelerle uzatılır. (YUKK m.76/f.1)³⁹

Uluslararası Koruma Başvurusu Sahibi Kimlik Belgesi ikamet izni yerine geçer. (YUKK m.76/f.4) Ancak belge, çalışma izni yerine geçmez ve bu kişilerin çalışma izni alması gerekir. UİK m.16/f.1-f uyarınca Belge sahipleri istisnai çalışma izni verilecek yabancılandırdır.

Başvuru tarihinden en geç 6 ay içinde Göç İdaresi Genel Müdürlüğünce başvuru sonuçlandırılır. (YUKK m.78/f.1) Başvuru sonucunda verilen karar kişiye veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. (YUKK m.78/f.6)

5. Uluslararası Koruma Başvurusuna İlişkin Karara Karşı İtiraz ve Yargı Yolu

Uluslararası koruma başvurusunun reddi veya kabulüne ilişkin kararlar ile uluslararası koruma sürecindeki diğer kararlara karşı iki imkân mevcuttur. Bunlardan ilki idari itiraz diğeri ise yargı yoludur. Bunlar YUKK m.80'de düzenlenmiştir.

³⁹ 18.10.2018 tarihli 7148 sayılı Kanun değişikliğinden önce uluslararası koruma başvurusunda bulunanlara önce 30 günlük süreli Kayıt Belgesi verilirdi. Bu Kayıt Belgesi sadece Türkiye'de kalış imkânı sağlardı. Başvurudan itibaren 30 gün içinde mülakat yapılır. Mülakatı başarıyla geçenlere Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Kimlik Belgesi verilirdi. Ancak mevcut düzenlemeyle doğrudan başvuru halinde Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Kimlik Belgesi verilecektir.

İlgili veya yasal temsilcisi ya da avukatı uluslararası koruma başvurusuna ilişkin olarak verilen kararlara karşı Uluslararası Koruma Değerlendirme Komisyonuna idari itiraz yoluna gidebilir. İdari itiraz sonunda verilen kararlar da bu kişilere tebliğ edilir. Ancak şu 3 halde idari itiraz yoluna gidilemez, sadece yargı yoluna gidilebilir:

- 1- 68.maddede düzenlenen idari gözetim hakkında verilen kararlara karşı,
- 2- 72.maddeye göre verilen başvurunun kabul edilemez olduğuna dair kararlara karşı,
- 3- 79.madde uyarınca hızlandırılmış değerlendirme sonucunda verilen kararlara karşı.

72. ve 79. madde uyarınca verilen kararlara karşı, kararın tebliğinden itibaren 15 gün, başvuru sürecinde alınan diğer kararlara karşı ise 30 gün içinde idare mahkemesine yargı yoluna başvurulabilir. 68.madde uyarınca idari gözetim hakkında verilen kararlara karşı ise ilgili madde uyarınca sulh ceza hakimine başvurulur.

72 ve 79. maddelere göre verilen kararlara karşı mahkemeye yapılan başvurular hakkında 15 gün içinde kesin olarak karar verilir. Diğer kararlar genel hükümlere göre incelenir.

İtiraz ve yargılama süreci sonuçlanıncaya kadar ilgilinin Türkiye'de insani ikamet izniyle kalmasına izin verilir. (YUKK m.46/f.1-ç)

6. Uluslararası Koruma Kararının Sonuçları

Mülteci statüsü verilenlere 3'er yıl, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü verilenlere ise 1'er yıl süreli Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik Belgesi verilir. (YUKK m.83/f.1-2) Belgenin sağladığı ve bu statülere sahip yapancılara tanınan haklar konusunda ilk olarak yabancılar bahsinde uluslararası korumadan yararlananlar başlığı altında açıklama yapıldı. Burada aynı şeyleri tekrar etmemek adına oraya atıfta bulunuyorum.

7. Uluslararası Koruma Statüsünün Sona Ermesi ve İptali

Uluslararası koruma statüsünü sona erdiren haller YUKK m.85'de sayılmıştır. Bu haller uluslararası koruma statüsü verilmesini gerektiren durumu ortadan kaldıran ve kişinin vatandaşı olduğu veya vatansızsa ikamet ülkesinin korumasından yararlanabileceği hallerdir.

Uluslararası koruma statüsünün iptalini gerektiren haller YUKK m.86'da sayılmıştır. Bu haller şunlardır:

- 1- Sahte belge kullanma, hile yoluyla veya beyan etmediği bazı gerçeklerden dolayı statü verilmiş olması halinde,
- 2- Sonradan YUKK m.64 kapsamında uluslararası korumadan hariçte tutulması gerektiği anlaşıldığında.

Uluslararası koruma statüsünün sona ermesi veya iptali kararlarına karşı idari itiraz ve yargı yoluna başvurulabilir. (YUKK m.85/f.5, m.86/f.2)

C. Geçici Koruma

Geçici koruma bir uluslararası koruma statüsü değildir. Geçici koruma, YUKK m.91 ve Geçici Koruma Yönetmeliğiyle düzenlenmiş olan ve esasında Türkiye'ye gelen Suriye vatandaşlarının durumunu hukuki zemine oturtmak amacıyla oluşturulan bir koruma türüdür. Geçici Koruma, Yönetmelik'te detaylı olarak düzenlenmiştir. Ben burada sınav sorumluluğuyla sınırlı olarak değineceğim.⁴⁰

Geçici koruma sağlanacak yabancılar YUKK m.91/f.1, Yönetmelik m.3/f.1-f ve m.7 uyarınca;

- Ülkesinden ayrılmaya zorlanmış veya geri dönemeyen
- Acil ve geçici koruma bulmak maksadıyla

⁴⁰ Geçici koruma statüsünün detaylarını merak eden arkadaşların bu yönetmeliğe göz atmasını tavsiye ederim.

-Kitlesel olarak veya kitlesel akın döneminde bireysel olarak sınırlarımıza gelen veya sınırlarımızı geçen ve
-Haklarında bireysel olarak uluslararası koruma statüsü belirleme işlemi yapılamayan yabancılardır.

Geçici koruma kararı Cumhurbaşkanı tarafından verilir. (Yönetmelik m.9/f.1) Geçici korumadan yararlananların kayıt işlemleri Göç İdaresi Genel Müdürlüğü tarafından yapılır. (Yönetmelik m.21) Kayıtları yapılan yabancılara Geçici Koruma Kimlik Belgesi verilir. Bu belge süreli veya süresiz olarak verilebilir. (Yönetmelik m.22)

Geçici Koruma Kimlik Belgesi, sadece Türkiye'de kalış hakkı sağlar. Dolayısıyla bu belge ikamet izni veya buna eşdeğer bir belge yerine geçmez. Yine bu belge ile Türkiye'de kalınan süre ikamet izni toplamında dikkate alınmaz ve uzun dönem ikamet iznine geçiş hakkı tanımaz. Son olarak bu belge ve bu belge ile geçirilen süre sahibine Türk vatandaşlığına başvuru hakkı sağlamaz. (Yönetmelik m.25)

Geçici Koruma Kimlik Belgesi çalışma izni yerine de geçmez. Bu kişilerin çalışma izni alması gerekmektedir. (Yönetmelik m.29) UİK m.16/f.1-f uyarınca geçici korumadan yararlananlar istisnai çalışma izni alabilecek yabancılardandır. Ayrıca geçici korumadan yararlananlara verilen çalışma izni genel kuralın aksine ikamet izni yerine de geçmez. (Yönetmelik m.29/f.5)

V. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ

Basın özgürlüğü temel anlamda AY m.28-32 hükümleriyle düzenlenmiştir. 5187 sayılı Basın Kanunu, basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenlemektedir.

Basın Kanunu'nda yayınlar süreli ve süresiz olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Eski kanunda süreli yayın çıkartmak için Türk vatandaşı olma şartı aranmaktaydı. Mevcut kanunda ise bu zorunluluk kaldırılmış ve süreli yayın için Türk vatandaşı olma şartı aranmamıştır.

Basın Kanunu, her süreli yayın için bir sorumlu müdür bulunması esasını kabul etmiştir. Sorumlu müdür olma şartları Basın Kanunu m.5'de belirtilmektedir. Eski kanunda sorumlu müdür olabilmek için Türk vatandaşı olma şartı aranmaktayken yeni kanunda bu zorunluluk da kaldırılmıştır. Ancak 5187 sayılı Basın Kanunu sorumlu müdür olabilmek için yabancılar için karşılıklılık şartını aramaktadır.

Matbaalar Kanunu, yabancılardan matbaa kurmalarını ve yayın işleri uğraşmalarını serbest bırakmıştır.

VI. DERNEK VE VAKIF KURMA VE ÜYE OLMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Dernek kurma özgürlüğü temel anlamda AY m.33'te düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra 5253 sayılı Dernekler Kanunu dernek kurma, üye olma ve dernek faaliyetlerini düzenlemektedir. Dernekler Kanunu dernek kurma ve üye olma bakımından yabancılar için bir sınırlama getirmemiştir.

Türkiye'de Osmanlı döneminden kalan vakıflar, gayrimüslim cemaat vakıfları ve yeni kurulacak vakıflar 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'na tabidir. Kanun, hukuki ve fiili karşılıklılık esasına göre yeni vakıflar kurulabileceğini düzenlemektedir. (m.5) Kanunun 2. maddesinde genel bir karşılıklılık esasına yer vermiştir. Buna göre yabancı vakıfların kurulması ve faaliyetleri karşılıklılık esasına tabi olacaktır.

Yabancı dernek ve vakıfların taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmesi Dernekler Kanunu ve Vakıflar Kanunu ile düzenlenmemiş olup Tapu Kanunu m.35 hükmüne tabidir. İleride bahsedileceği üzere yabancı dernek ve vakıflar Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinemez.

VII. YABANCILARIN ÇALIŞMA HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Çalışma hakkı temel olarak AY m.48-50 hükümleriyle düzenlenmiştir. Bu hükümler Türk vatandaşı ile yabancı arasında bir ayırım yapmamaktadır. Ancak AY m.16 uyarınca temel hak ve özgürlükler yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak ancak kanunla sınırlanabilir. Anayasa m.16'nın sonucu olarak çalışma hakkı yabancılar için sınırlandırılmış ve kural olarak izne tabi kılınmıştır.

Yabancıların çalışma hakkına ilişkin genel hükümler 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanununda yer almaktadır. Bunun yanı sıra bazı yabancılar ve bazı iş ve meslekler için özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Burada öncelikle yabancıların çalışma hakkına ilişkin genel hükümler anlatılacak ve daha sonra ise yabancıların statüsüne göre ve meslek veya sektöre göre yabancıların çalışma hakkına ilişkin getirilen özel düzenlemelere kısaca değinilecektir.

B. Yabancıların Çalışma Hakkına İlişkin Genel Hükümler: Uluslararası İşgücü Kanunu

1. Temel Kavram: Uluslararası İşgücü Politikası

UİK hükümleri incelendiğinde “uluslararası işgücü politikası” kavramının temel kavram olduğu görülecektir. Zira çalışma izni ve çalışma izni muafiyeti başvuruları, uluslararası işgücü politikasına göre değerlendirilecek ve izinler bu politikaya uygun olarak verilecektir. (UİK m.6/f.1, m.7/f.4, m.13/f.4)

Uluslararası işgücü politikası, Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu kararları dikkate alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca (ÇSGB) belirlenir. (UİK m.4/f.1) Uluslararası işgücü politikasının belirlenmesinde dikkate alınacak kriterler UİK m.4/f.2’de belirtilmiştir. Buna göre Uluslararası işgücü politikası; uluslararası işgücü hareketliliği ve bölgesel gelişmeler ile Göç Politikaları Kurulu kararları, istihdam ve çalışma hayatına ilişkin gelişmeler, sektörel ve ekonomik dönemsel değişiklikler, kalkınma plan ve programları, yabancının uyuşunda bulunduğu ülkeyle ikili ekonomik, sosyal ve kültürel ilişkiler, Türkiye’nin taraf olduğu ikili veya çok taraflı anlaşmalar ve uluslararası sözleşmeler, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı dikkate alınarak belirlenir. (UİK m.4/f.2)

2. Çalışma İzni ve Çalışma İzni Muafiyeti Alma Mecburiyeti ve Başvuru Usulü

Türkiye’de çalışmak isteyen yabancıların çalışma izni veya çalışma izni muafiyet belgesi almaları zorunludur. Yabancıların, çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti belgesi olmaksızın Türkiye’de çalışmaları veya çalıştırılmaları yasaktır. (UİK m.6/f.2)

Diğer kanunlarda veya Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde çalışma izni almadan çalışabileceği belirtilen yabancılar çalışma izni almadan çalışabilir veya çalıştırılabilirler. (UİK m.6/f.3) Ayrıca Mavi kartlılar da Mavi kartlarını ibraz etmek suretiyle Türkiye’de çalışabilirler. (TVK m.28, UİK m.6/f.4)

Çalışma izni başvuru usulü UİK m.7’de, çalışma izni muafiyeti başvuru usulü ise UİK m.13’te düzenlenmiştir. Buna göre çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti başvurusu yurt içinden ÇSGB’ye, yurt dışından ise yabancının vatandaşı olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkedeki Türk büyükelçilikleri veya başkonsolosluklarına yapılır. Büyükelçilik veya başkonsolosluklara yapılan başvurular ÇSGB’ye iletilir. (UİK m.7/f.1, m.13/f.2) Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti başvuruları bizzat veya yetkili aracı kurum tarafından yapılabilir. (UİK m.7/f.2, m.13/f.3)

Usulüne uygun olarak yapılan başvurular 30 gün içinde değerlendirilerek sonuca bağlanır. (UİK m.7/f.8) Çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti belgesi ÇSGB tarafından verilir. (UİK m.6/f.1, m.13/f.5)

Yurt dışından yapılan çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti başvurusuna istinaden verilen çalışma izni veya çalışma izni muafiyet belgesi, söz konusu yabancının bu belgenin geçerlilik tarihinden itibaren 6 ay içinde Türkiye'ye gelmemesi halinde geçerliliğini kaybeder. (UİK m.12/f.2, m.15/f.2-a)

3. Dışişleri Bakanlığı'na Yapılacak Başvurular

Kural olarak başvurular ÇSGB'ye yapılacaksa da UİK m.14'te belirtilen yabancıların çalışma izni veya çalışma izni muafiyeti başvuruları Dışişleri Bakanlığı'na yapılacaktır. Dışişleri Bakanlığınca uygun görülen başvurular ÇSGB'ye gönderilir. ÇSGB tarafından verilecek bu çalışma izni ve çalışma izni muafiyetlerinde İçişleri Bakanlığı'nın olumlu görüşü aranır.

UİK m.14/f.1'e göre yabancı ülkelerin Türkiye'deki diplomatik veya konsüler temsilciliklerinin bağlı birimi olarak faaliyet gösteren okullarda, kültür ve din kurumlarında görevli yabancılar çalışma izni muafiyeti, bağlı birimi sayılmayan okul, kültür ve din kurumlarında görevli yabancılar ise çalışma izni olarak çalışabilirler.

UİK m.14/f.2'ye göre ise,

-Yabancı ülkelerin Türkiye'deki diplomatik veya konsüler temsilciliklerinde diplomatik kadro üyesi, konsolosluk memuru, idari ve teknik kadro üyesi ve konsolosluk hizmetlisi ya da Türkiye'deki uluslararası kuruluşlarda uluslararası memur ve idari ve teknik personel olarak görev yapan kişilerin;

- a) Eş ve çocukları ile karşılıklılık veya ilgili ülkeyle yapılan anlaşmaya göre belirlenmiş yakınları çalışma izni,
- b) özel hizmetinde çalışanlar ise çalışma izni muafiyet belgesi olarak Türkiye'de çalışabilirler.

4. Ön İzin

Çalışma izni başvurularının değerlendirilmesinde esas alınacak bir kriter de yabancının gerekli nitelik ve uzmanlığı taşıyıp taşımadığıdır. (UİK m.9/f.1-d) Ancak bazı meslekler için ÇSGB'nin nitelik ve uzmanlık değerlendirmesi yapması yeterli görülünce bu konuda uzman kamu otoritelerinin ön izni aranmıştır. Ön izin alan yabancıların yeterli nitelik ve uzmanlığı olup olmadığı bu aşamada değerlendirildiğinden daha sonradan ÇSGB'ce yapılacak asıl değerlendirmede nitelik ve uzmanlık değerlendirmesi yapılmaz. (UİK m.8/f.3)

UİK m.8 uyarınca çalışma izni başvurularında ön izin aranan meslekler/yabancılar ve ön izin vermeye yetkili makamlar şunlardır:

- 1- Mesleki yeterlilik gerektiren sağlık hizmetleri □ Sağlık Bakanlığı (UİK m.8/f.1-2)
- 2- Mesleki yeterlilik gerektiren eğitim hizmetleri □ Milli Eğitim Bakanlığı (UİK m.8/f.1-2)
- 3- Yükseköğretim kurumunda çalışacak öğretim elemanları □ YÖK (UİK m.8/f.4)
- 4- AR-GE personeli olarak çalışacak yabancılar □ Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı (UİK m.8/f.6)

5. Çalışma İzni ve Çalışma İzni Muafiyet Başvurularının Reddi Sebepleri

Çalışma izni ve çalışma izni muafiyeti başvuruları UİK m.9'da belirtilen sebeplerin varlığı halinde reddedilir:

- a) Başvurunun uluslararası işgücü politikasına uygun olmaması,
- b) Başvurunun sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapılması,
- c) Başvurucunun yabancı istihdam edilmesine ilişkin gerekçesinin yeterli görülmemesi,
- ç) Başvurunun Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve meslekler için yapılması,
- d) Başvurunun gerekli nitelik ve uzmanlığı taşımadığı anlaşılan yabancılarla ilişkin olması,
- e) Başvurunun ÇSGB'ce belirlenen değerlendirme kriterlerini karşılamaması,
- f) Başvurunun Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek veya sınır dışı edilmesi gereken birisine ilişkin olduğu İçişleri Bakanlığınca bildirilmesi,

- g) Başvurunun kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye’de çalışmasında sakınca görülen yabancılara ilişkin olması,
- ğ) Başvurunun Dışişleri Bakanlığının uygun görüşü olması durumu hariç, Türkiye Cumhuriyetinin tanımadığı veya diplomatik ilişkisinin bulunmadığı ülke vatandaşları için yapılması,
- h) Başvurunun kanuni süresi içinde yapılmaması ve eksiklikleri tamamlanmaması.

6. Çalışma İzni Türleri

UİK’de 5 çalışma izni türü düzenlenmiştir:

- 1- Süreli çalışma izni,
- 2- Süresiz çalışma izni,
- 3- Bağımsız çalışma izni,
- 4- Turkuaz kart,
- 5- İstisnai Çalışma izni.

a. Süreli Çalışma İzni

Yabancıların iş veya hizmet sözleşmesinin süresini aşmamak koşuluyla, belirli bir işverene ait belli bir işyerinde veya işverenin aynı işkolundaki işyerlerinde belirli bir işte çalışmak şartıyla ilk başvuruda 1 yıl süreli çalışma izni verilir. Uzatma başvurusunda ise ilk olarak 2 yıl uzatılırken ikinci ve sonraki uzatma başvurularında ise 3’er yıl uzatılır. Ancak aynı işveren yanında değil de başka işveren yanında çalışmak için çalışma izninin uzatılması talep edilmekteyse bu başvurular ilk başvuru gibi değerlendirilir ve 1 yıllık çalışma izni verilir. (UİK m.10/f.1-2)

b. Süresiz Çalışma İzni

Süresiz çalışma izni iki grup yabancıya verilir. Ancak bu iki gruptan birisine girmek kişiye süresiz çalışma izni alma konusunda mutlak bir hak sağlamaz. Zira bu noktada idarenin takdir yetkisi vardır. (UİK m.10/f.3)

- 1- Uzun dönem ikamet izni sahibi yabancılar,
- 2- En az 8 yıldır kanuni çalışma izni olan yabancılar.

Süresiz çalışma izni sahibi yabancılar, uzun dönem ikamet izni sahibi yabancıların sahip olduğu haklara sahip olurlar. (UİK m.10/f.4, YUKK m.44) Bu konuda uzun dönem ikamet izni başlığı altında açıklama yapıldığından burada tekrar açıklama yapılmayacaktır.

c. Bağımsız çalışma izni

Bağımsız çalışma izni, Türkiye’de kendi ad ve hesabına yani bir işverene bağlı olmaksızın çalışma hakkı veren çalışma iznidir. (UİK m.3/f.1-a) Ayrıca UİK m.9/f.5 uyarınca bazı şirket ortaklarına da bağımsız çalışma izni verilebilir. Bağımsız çalışma izni süreli olarak verilir. Ancak kanunda azami bir süre belirtilmemiştir. (UİK m.10/f.8)

d. Turkuaz Kart

Nitelikli bazı yabancıların ülkemize kazandırılmasına yönelik olarak Turkuaz kart denilen yeni bir çalışma izin sistemi geliştirilmiştir. Akademik alanda uluslararası kabul görmüş çalışmaları bulunanlar ile bilim, sanayi ve teknolojiye ülkemiz bakımından stratejik kabul edilen bir alanda öne çıkmış olanlar ya da ihracat, istihdam veya yatırım kapasitesi olarak ulusal ekonomiye önemli katkı sağlayan ya da sağlaması öngörülenler nitelikli yabancı olarak değerlendirilir. (UİK m.11/f.5)

Uluslararası İşgücü Politikası Danışma Kurulu önerileri ve ÇSGB’ce belirlenen usul ve esaslara göre başvurusu uygun görülen nitelikli yabancılara Turkuaz Kart verilir. (UİK m.11/f.1) Ancak geçici korumadan yararlanan yabancılar Turkuaz kart uygulamasından yararlanamaz. (UİK m.11/f.6)

Turkuaz kartın ilk 3 yılı geçiş süresidir. Bu geçiş süresince ÇSGB Turkuaz kartlının iş faaliyetlerini takip eder. Geçiş süresinde Turkuaz kartı iptal edilmeyen yabancılardan başvurusu halinde onlara süresiz Turkuaz kart verilir. Ancak bu başvuru Turkuaz kart geçiş süresinin dolmasından 180 gün önceden ve en geç geçiş süresinin sonunda yapılmalıdır. Aksi takdirde başvuru reddedilir ve Turkuaz kart iptal edilir. (UİK m.11/f.2)

Turkuaz kartlının eş ve bakmakla yükümlü olduğu çocuklarına ikamet izni yerine geçen bir belge verilir. (UİK m.11/f.3) Turkuaz, kart sahibine süresiz çalışma izninin ve dolayısıyla uzun dönem ikamet izninin sağladığı hakları sağlar. (UİK m.11/f.4) Ayrıca Turkuaz kart sahibi ile yabancı eşi, ergin olmayan ve bağımlı yabancı çocukları TVK m.12 uyarınca istisnai yolla Türk vatandaşlığını kazanabilecek yabancılardır.

e. İstisnai Çalışma İzni

Yabancılardan bazılarının çalışma izni verilirken UİK m.7, m.9 ve m.10’a istisnalar tanımlanabilir. Bu şekilde verilen çalışma iznine istisnai çalışma izni denir. Bu kişiler çalışma izninden muaf değildir. Sadece bazı şartlar bakımından muaf tutulabilirler. UİK m.16 uyarınca istisnai çalışma izni verilebilecek yabancılar şunlardır:

- a) Eğitim düzeyi, ücreti, mesleki deneyimi, bilim ve teknolojiye katkısı ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli işgücü olarak değerlendirilenler,
- b) Bilim ve teknolojiye katkısı, yatırım veya ihracat düzeyi, sağlayacağı istihdamın büyüklüğü ve benzeri özellikleri itibarıyla nitelikli yatırımcı olarak değerlendirilenler,
- c) Belirli bir süre için işvereni tarafından Türkiye’de gerçekleştirilen bir projede istihdam edilenler,
- ç) İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığı tarafından Türk soylu olduğu bildirilenler,
- d) KKTC vatandaşları,
- e) AB üyesi ülke vatandaşları,
- f) YUKK uyarınca uluslararası koruma başvurusu sahibi, şartlı mülteci, geçici koruma sağlanan veya vatansız ya da mağdur destek sürecinden yararlanan insan ticareti mağduru,
- g) Bir Türk vatandaşı ile evli ve eşiyle Türkiye’de evlilik birliği içinde yaşayanlar,
- ğ) Yabancı devletlerin ve uluslararası kuruluşların Türkiye’deki temsilciliklerinde diplomatik dokunulmazlığı olmadan çalışanlar,
- h) Alanındaki başarısı ile uluslararası düzeyde temayüz etmiş olarak bilimsel, kültürel, sanatsal veya sportif amaçla Türkiye’ye gelenler,
- ı) Sınırötesi hizmet sunucuları,

7. Çalışma İzni Muafiyeti

Çalışma izni muafiyeti kapsamında olan yabancılar, çalışma izni muafiyeti almak kaydıyla çalışabilir. (UİK m.13/f.1) Kimlerin çalışma izninden muaf olduğu Kanunda tek tek sayılmamıştır. Çalışma izninden muaf olanlar UİK m.13/f.7, m.14/f.1-a ve m.14/f.2-b’de belirtilmiştir. Bu hükümlerde belirtilenler dışında YUKK m.89/f.4-b hükmü uyarınca mülteciler ve ikincil koruma statüsü sahibi yabancılar da çalışma izninden muaftır.

8. Çalışma İzni ve Çalışma İzni Muafiyetinin İkamet İzni Sayılması

Çalışma izni veya çalışma izni muafiyet belgesi ikamet izni yerine geçer. (UİK m.12/f.1, YUKK m.27) Bu durumun tek istisnası Geçici Koruma Yönetmeliği m.29 hükmü uyarınca geçici korumadan yararlanan yabancılara verilen çalışma izninin ikamet izni yerine geçmemesidir.

Ancak bunun tersine ikamet izni veya ikamet izninden muafiyet belgesi çalışma izni yerine geçmez. Fakat mülteci ve ikincil koruma statüsü sahibi yabancılara verilen Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik Belgesi hem ikamet izni hem de çalışma izni yerine geçer. (UİK m.12/f.1, YUKK m.89/f.4-b)

9. Çalışma İzni ve Muafiyetinin Geçerliliği ve İptali

Çalışma izni veya çalışma izni muafiyet belgesi UİK m.15 uyarınca aşağıdaki hallerde geçerliliğini kaybederek iptal edilir:

- a) Yabancınn çalışma izni veya çalışma izni muafiyetinin geçerlilik tarihinden itibaren altı ay içinde Türkiye'ye gelmemesi,
- b) İçişleri Bakanlığı veya Dışişleri Bakanlığının uygun görüşünün bulunması hâli hariç, yabancınn pasaportunun veya pasaport yerine geçen belgesinin geçerlilik süresinin uzatılmaması,
- c) Yabancınn UİK hükümlerine aykırı olarak çalıştığının tespiti,
- ç) Yabancınn çalışmasının herhangi bir nedenle sona ermesi,
- d) Çalışma izni başvurusunun sahte veya yanıltıcı bilgi ve belgelerle yapıldığının sonradan tespiti,
- e) Yabancınn Turkuaz kart kapsamında olması ve geçiş süresi içinde talep edilen bilgi ve belgeleri sunmaması ya da bunların niteliklerini kaybettiğinin anlaşılması,
- f) Yabancınn, Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek veya sınır dışı edilmesi gereken biri olduğunun İçişleri Bakanlığınca bildirilmesi,
- g) Yabancınn kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından Türkiye'de çalışmasında sakınca olduğunun ilgili kamu kurum ve kuruluşlarınca bildirilmesi,
- ğ) Yabancınn sağlık sebepleri veya zorunlu kamu hizmeti gibi mücbir sebepler dışında süreli çalışma izinlerinde aralıksız olarak 6 aydan, bağımsız ve süresiz çalışma izinlerinde ise aralıksız olarak 1 yıldan uzun süre Türkiye dışında kalması,
- h) Yabancınn Turkuaz Kart sahibi olması hâlinde yurt dışında kalış süresinin ÇSGB'ce belirlenen süreyi aşması,
- ı) Çalışma izninin süresinin sona ermesi.

10. Çalışma İzni ve Çalışma İzni Muafiyeti İle İlgili Kararlara Karşı İdari İtiraz ve Yargı Yolu

Çalışma izni ve çalışma izni muafiyeti başvurusu ve bu belgelerin iptaline ilişkin kararlar ilgisine tebliğ edilir. (UİK m.21/f.1) Bu kararlara karşı ilgililer 30 gün içinde ÇSGB'ye itiraz edebilir. Bu itirazın reddi halinde genel hükümlere göre idari yargı yoluna başvurulabilir.

C. Yabancıların Çalışma Hakkına İlişkin Özel Düzenlemeler

Yabancıların çalışma hakkına ilişkin özel düzenlemeler yabancınn statüsünden kaynaklanabileceği gibi meslek veya sektörden kaynaklanabilir.

1. Yabancınn Statüsüne Göre Özel Düzenlemeler

a. Yabancı Öğrenciler

Yükseköğrenim gören yabancı öğrencilerin çalışma hakkına ilişkin YUKK m.41 ve UİK m.19'da özel düzenlemelere yer verilmiştir. Her iki düzenleme de büyük oranda aynıdır.

Bu düzenlemelere göre ön lisans ve lisans öğrencileri ile yüksek lisans ve doktora öğrencileri arasında ayrım yapılmıştır. Buna göre ön lisans ve lisans öğrencileri öğrenimlerinin ilk yılı tamamlandıktan sonra ve kısmi süreli olarak çalışabilirler. Ancak yüksek lisans ve doktora öğrencileri öğrenime başladıkları tarihten itibaren ve kısmi süreli-tam süreli ayrımına tabi olmaksızın çalışabilirler.

b. Uluslararası Koruma Başvurusunda Bulunanlar, Uluslararası Korumadan Yararlananlar, Vatansızlar, Geçici Korumadan Yararlananlar

Uluslararası Koruma Başvurusunda bulunanlara Uluslararası Koruma Başvuru Sahibi Kimlik Belgesi verilir. (YUKK m.76) Bu belge çalışma izni yerine geçmez. Başvuru sahipleri, başvuru tarihinden itibaren 6 ay sonra çalışma izni alarak çalışabilirler. (YUKK m.89/f.4-a, UİK m.17/f.1) UİK m.16 uyarınca başvuru sahipleri istisnai çalışma izni verilebilecek yabancılardandır. (UİK m.16/f.1-f)

Uluslararası koruma başvuru süreci sonunda mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsünde bulunabilecek olanlara Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik Belgesi verilir. (YUKK m.83) Bunlardan mülteci ve ikincil korumadan yararlananlara verilen Belge aynı zamanda çalışma izni yerine geçerken (YUKK m.89/4-b) şartlı mültecilere verilen Belge çalışma izni yerine geçmez ve şartlı mülteci uluslararası koruma başvurusu tarihinden itibaren 6 ay sonra çalışma izni alarak çalışabilir. (YUKK m.89/4-a, UİK m.17/f.1) UİK m.16 uyarınca şartlı mülteciler istisnai çalışma izni verilebilecek yabancılardandır. (UİK m.16/f.1-f)

Vatansızlara Vatansız Kişi Kimlik Belgesi verilir. (YUKK m.50) Vatansızlara verilen bu Belge çalışma izni yerine geçmez ve çalışma izni almaları gerekir. (YUKK m.51/f.1-ç) UİK m.16 uyarınca vatansızlar istisnai çalışma izni verilebilecek yabancılardandır. (UİK m.16/f.1-f)

Geçici Korumadan yararlananlara Geçici Koruma Kimlik Belgesi verilir. (Yönetmelik m.22) Geçici Koruma Kimlik Belgesi çalışma izni yerine geçmez. Bu kişilerin çalışma izni alması gerekmektedir. (Yönetmelik m.29) Geçici korumadan yararlananlar bu Belgenin düzenlenmesinden itibaren 6 ay sonra çalışma izni için başvurabilirler. (UİK m.17/f.1) UİK m.16/f.1-f uyarınca geçici korumadan yararlananlar istisnai çalışma izni alabilecek yabancılardandır. Ayrıca geçici korumadan yararlananlara verilen çalışma izni genel kuralın aksine ikamet izni yerine de geçmez. (Yönetmelik m.29/f.5)

c. Türk Soylu Yabancılar

Türk soylu yabancıların çalışma hakkı 2527 sayılı Kanunla düzenlenmektedir. Türk soylu yabancıların kim olduğuna dair kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak bu kanuna dayanarak çıkarılan yönetmelik incelendiğinde dolaylı olarak Türk soylu yabancıların tespitinin İçişleri Bakanlığınca yapılacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca Türkiye ile KKTC arasında yapılan anlaşma gereği KKTC vatandaşlarının Türkiye’de çalışması, Türk soylu yabancıların çalışmasına ilişkin hükümlere tabi kılınmıştır.

Türk soylu yabancılar da tüm yabancılar gibi çalışma izni alarak Türkiye’de çalışabilirler. Türk soylu yabancılara İçişleri ve Dışişleri Bakanlıkları ile diğer ilgili bakanlık ve kuruluşların görüşleri alınarak ÇSGB’ce izin verilir. (2527 sayılı Kanun m.3) UİK m.16/f.1-ç uyarınca Türk soylu yabancılar istisnai çalışma izni verilebilecek yabancılardandır.

Türk soylu yabancılara tanınan en önemli ayrıcalık şudur: Bir yabancı çalışma izni alsa bile ancak yabancıların çalışabileceği iş ve meslekleri yabancılara uygulanan sınırlamalara uymak şartıyla yapabilir. Örneğin avukatlık yapamaz. Ama Türk soylu yabancılar çalışma izni almak şartıyla Türk vatandaşlarına hasredilen iş ve mesleklerde de çalışabilirler. Örneğin avukatlık yapabilirler. Bu durumun tek istisnası Türk soylu yabancıların Silahlı Kuvvetler Teşkilatı ve Güvenlik Teşkilatında çalışamamalarıdır.

2. İlgili Sektör veya Mesleğe Göre Getirilmiş Özel Düzenlemeler

2011 tarihinde 663 sayılı KHK ile 1219 sayılı Tababet Kanunun 1.maddesi değiştirilmiş ve yabancıların Türkiye’de doktorluk ve hemşirelik yapmalarının önü açılmıştır. Özel Hastaneler Yönetmeliği uyarınca özel hastanelerde, Sağlık Bakanlığından izin almak koşuluyla yabancı hekim çalıştırılabilir. Yabancı hemşireler, Yabancı Sağlık Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışmasına İlişkin Yönetmelik kapsamında

Türkiye’de özel sağlık kuruluşlarında çalışabilirler. Yabancılar Türkiye’de diş hekimliği, hastabakıcılık, veterinerlik ve eczacılık yapamaz. 2212 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu uyarınca yabancılar Türkiye’de özel hastane açabilirler. Ancak hastanenin sorumlu müdürü Türk bir hekim olmak zorundadır.

Türkiye’de avukatlık veya avukatlık stajı yapmak için Türk vatandaşı olma zorunluluğu vardır. (AvK m.3) Türkiye’de karşılıklılık esasına bağlı olarak yabancı avukat ortaklığı kurulabilir. Yabancı avukat ortaklığı yabancı devlet vatandaşları avukatlar tarafından kurulan veya yabancı devlet vatandaşı ile Türk vatandaşı avukatlar tarafından birlikte kurulan ortaklıktır. Ancak yabancı avukat ortaklığı sadece yabancı hukuklar ve milletlerarası hukuk konularında danışmanlık hizmeti verebilir. (AvK m.44/B) Noter olabilmek için Türk vatandaşı olma şartı aranmaktadır. (Noterlik Kanunu m.5, m.7)⁴¹

VIII. YABANCI YATIRIMLAR

A. Genel Olarak

Globalleşen dünyada uluslararası sermaye yatırımları devletler için ekonomik olarak çok önemli bir hal almaya başlamışlardır. Uluslararası sermaye yatırımları doğrudan yatırım ve dolaylı yatırım olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan sermaye yatırımları, genel olarak, uzun süreli ticari çıkar elde etmek amaçlı, şirket yönetiminde uzun vadede söz sahibi olmaya yeterli düzeyde hisse alımı ile gerçekleşen yatırımlardır. Günümüzde doğrudan yatırımların en çok uygulanan hukuksal şekli şirket evlilikleri ve özelleştirmedir.

Doğrudan yatırım ile dolaylı yatırım arasında bazı farklılıklar vardır. Bunlardan ilki denetimdir. Doğrudan yatırımda yatırımcı, şirketin denetimi ve idaresi üzerinde etkiliyken dolaylı yatırımda şirket idaresi ve denetimi üzerinde etkisi olmaksızın yatırımcı sadece şirket hisselerine sahip olmaktadır. Doğrudan yatırım ile dolaylı yatırım arasındaki ikinci bir fark risk faktörüdür. Dolaylı yatırımcının yatırım yapacağı ülkede fiziki mevcudiyetine gerek olmayıp risk gördüğünde yatırımını geri çekebilir veya başkaca yatırımcılara transfer edebilir. Ancak, yatırım yaptığı ülkede fiziki mevcudiyeti gereken doğrudan yatırımcının böyle bir şansı yoktur.

Türk hukuku her çeşit iş kolu için yabancı yatırımlara açıktır. Yabancı yatırımcı hangi alana yatırım yapıyorsa o alana ilişkin hukuk kuralları yabancı yatırıma ilişkin hukuk kurallarıyla birlikte uygulanır. Doğrudan yabancı yatırımlar hukukumuzda genel olarak 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu (DYYK) ve Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği (Yönetmelik) ile düzenlenmektedir. Bunun dışında yabancı yatırıma açık her sektörün kendi özelliğinden kaynaklı yabancı yatırımlara ilişkin özel hükümler de vardır. Burada Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu incelenecek daha sonra ise doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin özel hükümlere çok kısaca değinilecektir.

B. Yabancı Yatırımlara İlişkin Genel Hükümler: DYYK

1. Yabancı Yatırımcı

DYYK m.2/a’da kimlerin yabancı yatırımcı olduğu açıklanmıştır. Buna göre Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapan şu kişiler yabancı yatırımcı kabul edilir:

- Yabancı ülke vatandaşı gerçek kişiler,
- Yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları,
- Yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşlar.

⁴¹ Yabancıların çalışma hakkına ilişkin olarak meslek ve sektöre özelinde getirilmiş başkaca düzenlemeler de vardır. Ancak sınav sorumluluğu bakımından bunların bilinmesine gerek yoktur.

Böylelikle eski kanundan farklı olarak yurtdışında ikamet eden Türk vatandaşları da yabancı yatırımcı olabilmektedir.

2. Doğrudan Yabancı Yatırım Değerleri

DYYK m.2/a'da kimlerin yabancı yatırımcı olduğu belirtildikten sonra 2/b'de ise doğrudan yabancı yatırım değerlerinin ne olduğu düzenlenmiştir. Buna göre yurt içi ve yurt dışı ayırımına göre yabancı yatırım değerleri düzenlenmiştir: Doğrudan yabancı yatırım: Yabancı yatırımcı tarafından,

1) Yurt dışından getirilen;

- Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye,
- Şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç),
- Makine ve teçhizat,
- Sınaî ve fikrî mülkiyet hakları,

2) Yurt içinden sağlanan;

- Yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar,
- Doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklardır.

3. Türkiye’de Doğrudan Yabancı Yatırım Yapmanın Hukuki Yolları

Türkiye’de doğrudan yatırım yapmanın hukuki yolları DYYK m.2/b’de belirtilmiştir:

- 1- Doğrudan yabancı yatırımcının Türkiye’de yeni bir ortaklık kurması,
- 2- Doğrudan yabancı yatırımcının Türkiye’de şube açması,
- 3- Doğrudan yabancı yatırımcının menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olması.

4. Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Esaslar

Doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin esaslar DYYK m.3’te düzenlenmiştir:

1. Yatırım serbestisi: Uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapılması serbesttir. Böylece eski kanundaki izin ve onay sisteminden bilgilendirme sistemine geçilmiştir.
2. Millî muamele: Uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabidirler.
3. Kamulaştırma ve devletleştirme: Doğrudan yabancı yatırımlar, yürürlükteki mevzuat gereğince; kamu yararı gerektirmedikçe ve karşılıkları ödenmedikçe kamulaştırılmaz veya devletleştirilemez.
4. Transfer serbestisi: Yabancı yatırımcılar, Türkiye'deki faaliyet ve işlemlerinden doğan net kâr, temettü, satış, tasfiye ve tazminat bedellerini, lisans, yönetim ve benzeri anlaşmalar karşılığında ödenecek meblağlar ile dış kredi ana para ve faiz ödemelerini, bankalar veya özel finans kurumları aracılığıyla yurt dışına serbestçe transfer edebilir.
5. Uyuşmazlıkların çözümü: Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabilir.

6. Yabancı personel istihdamı: Bu Kanun kapsamında kurulan şirket, şube ve kuruluşlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu personele, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çalışma izni verilir. Buna dair Kilit Personel Yönetmeliği, Uluslararası İşgücü Kanunu m.25/f.2-b hükmünün yürürlüğe girerek yönetmeliğin kanuni dayanağına ilişkin hükümleri mülga etmesiyle dayanaksız kalmıştır. UİK m.25/f.2-b uyarınca bu konuda çıkarılması gereken yönetmelik ise henüz çıkarılmamıştır.

C. Yabancı Yatırımlara İlişkin Özel Hükümler

Türkiye sahillerinde kabotaj hakkı, 815 sayılı Kabotaj Kanunu ile düzenlenmiştir. Kabotaj Kanunu m.1 uyarınca Türk limanları ve sahillerinin bir noktasından diğer bir noktasına yük ve yolcu taşımak yani kabotaj hakkı Türk gemilerine aittir. Ayrıca Kabotaj Kanunu m.2 uyarınca Türk karasuları ve karasularına dahil yerlerde her türlü deniz vasıtasıyla yük ve yolcu taşımak sadece Türk vatandaşlarına bir hak olarak tanınmıştır. Kabotaj Kanunu m.1/f.2 uyarınca yabancı bayraklı gemiler yalnızca Türk limanları ile yabancı limanlar arasında yük ve yolcu ticareti yapma hakkına sahiptir. Bu noktada hangi geminin Türk bayrağı çekme hakkına sahip olduğu önem kazanmaktadır. Hangi gemilerin Türk gemisi sayılıp Türk bayrağı çekme hakkına sahip oldukları TTK m.940-941 hükümlerinde düzenlenmiştir.

Kabotaj Kanunu m.3 uyarınca Türk kara sularında deniz ürünleri avlama ve kum vs. çıkarılması Türk vatandaşlarına hasredilmiştir. Kabotaj Kanunu m.3 uyarınca Türk kara sularında kurtarma ve enkaz kaldırma faaliyetleri kural olarak Türk vatandaşlarına tanınmıştır. Yine dalgıçlık, kılavuzluk vb. hizmetler de Türk vatandaşlarına hasredilmiştir. Gemi acenteleri yönetmeliği uyarınca gemi acenteliği faaliyeti münhasıran Türk vatandaşları ve Türk kanunlarına göre kurulmuş ticaret şirketlerine aittir.

Türk Sivil Havacılık Kanunu m.31 uyarınca Türk hava sahası içerisinde, bir noktadan diğer bir noktaya ticari amaçlı yük ve yolcu taşıma hakkı yani hava kabotajı hakkı münhasıran Türk hava araçlarına aittir. Yabancı hava araçları yalnızca yabancı devletler ile Türkiye arasında ticari amaçlı yük ve yolcu taşımacılığı yapabilirler.

3213 sayılı Maden Kanunu uyarınca yabancıların maden arama ve işletme hakkı yoktur. Yabancı gerçek ve tüzel kişiler Türk kanunlarına göre bir şirket kurmak veya kurulmuş şirkete ortak olmak suretiyle maden arama ve işletme faaliyetinde bulunabilirler.

6491 sayılı Türk Petrol Kanunu m.22/f.5 uyarınca yabancı devlet kanunlarına göre kurulmuş ve sermaye şirketi niteliğinde bulunan özel hukuk tüzel kişileri petrol araştırma, arama ve işletme faaliyetinde bulunabilirler. Ayrıca kabotaj hakkı bakımından petrol hakkı sahibi bu yabancılara bazı istisnalar tanınmıştır. Buna göre bunlar Türk kara sularında petrol arama ve üretim faaliyetlerini icra edebilirler. Yine petrol arama ve üretim faaliyetlerinde kullanılan yabancı deniz araçları, geçici olmak ve hiçbir ücret talep etmeme şartıyla Cumhurbaşkanının izniyle Türk kara sularında faaliyette bulunabilir.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu uyarınca Türk kanunlarına göre kurulacak sigorta ve reasürans şirketlerinde kurucu olmak için Türk vatandaşı olma şartı aranmamıştır. Kanun yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş yabancı sigorta ve reasürans şirketlerinin de Türkiye'de faaliyet göstermesine imkan tanınmıştır. Sigortacılık Kanununa dayanarak çıkarılan 2007 tarihli Bakanlar Kurulu kararı uyarınca bu yabancı şirketler Türkiye'de belirli şartlar altında ve şube açarak faaliyette bulunabilirler. Sigortacılık Kanunu ve 2007 tarihli Bakanlar Kurulu kararı uyarınca Türkiye'de yerleşik yabancı gerçek kişiler ve Türkiye'de şube açmış yabancı tüzel kişiler sigorta acentesi olabilirler.

IX. YABANCILARIN EĞİTİM VE ÖĞRETİM ÖZGÜRLÜĞÜ

Eğitim ve öğrenim hakkı anayasal düzeyde AY m.42'de düzenlenmiştir. Bu hükümde Türk vatandaşları ile yabancılar arasında bir ayrım gözetilmemişse de yabancıların eğitim ve öğrenim özgürlüğü AY m.16 hükmüne dayanılarak kanunla sınırlandırılmıştır.

Yabancılar isterlerse Türkiye'de bulunan yabancı okullarda⁴² isterlerse de Türk okullarında eğitim görebilirler. Ancak bazı okullarda yabancıların okuması yasaktır. Örneğin yabancılar Polis Kolejinde okuyamaz.

Özel okullarda okuyacak yabancı öğrenci sayısı, bu okullarda okuyan Türk öğrenci sayısının % 30'unu geçmemek üzere MEB tarafından belirlenir. (ÖÖKK m.13)

Yabancıların özel öğretim kurumları açması 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu ve bu kanuna dayanılarak çıkarılmış olan 2012 tarihli yönetmelik ile düzenlenmiştir.

1. Özel Öğretim Kurumları

ÖÖKK m.3/f.12 düzenlemesi dikkate alındığında yabancıların Türkiye'de özel öğretim kurumları açma imkânları bulunmamaktadır. Bu hükme göre tüzel kişiler tarafından açılan özel öğretim kurumlarının kurucularında yabancı gerçek veya tüzel kişilerin ortaklığının tespit edilmesi halinde bu kurumlara idari para cezası verilir ve yabancı gerçek ve tüzel kişilerin ortaklığının sona erdirilmesi için 30 iş günü süre verilir. Bu süre içinde yabancı gerçek ve tüzel kişilerin ortaklığı sona erdirilmez veya ikinci kez böyle bir yabancı gerçek veya tüzel kişi ortaklığı tespit edilirse o kurumun kurum açma izni, işyeri açma ve çalışma ruhsatı iptal edilir. Bu hüküm sadece yabancı gerçek veya yabancı tüzel kişilerin ortağı olduğu tüzel kişileri düzenlediğinden yabancı gerçek veya tüzel kişilerin özel öğretim kurumu açamayacağı evveliyetle kabul edilmelidir.

2. Yabancı Okullar

Yabancı okullar, Osmanlı döneminde yabancı devletlerin yardımıyla yabancı gerçek kişiler tarafından kurulan okullardır.⁴³ Bu okullar günümüzde varlıklarını İsmet Paşa'nın ilgili devletlere ayrı ayrı gönderdiği mektuplar ile muhafaza etmektedir. Bu mektuplara göre sadece Türkiye'de 30 Ekim 2014 tarihinden evvel varlığı onaylanmış eğitim müesseseleri tanınacak olup yenilerinin açılmasına kesinlikle izin verilmeyecektir. Lozan Anlaşmasına bağlı olarak imzalanmış olan İkamet ve Adli Selahiyet Sözleşmesine göre bu mektuplar 7 sene için yürürlükte kalacaktır. Günümüzde bu mektuplar yürürlükte olmamasına rağmen bu okulların kazanılmış hakları saklı tutulmaya devam edilmektedir. ÖÖKK m.5 (b)'de bu yabancı okulların taşınmaz edinme ve kapasitelerini arttırmalarına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

3. Milletlerarası Özel Öğretim Kurumları

Mevcut durumda yabancıların açabilecekleri tek özel öğretim kurumu milletlerarası özel öğretim kurumlarıdır. Milletlerarası özel öğretim kurumları, yalnızca yabancı öğrencilerin devam edebildiği yüksek öğretim dışındaki özel öğretim kurumlarıdır. Milletlerarası özel öğretim kurumları yabancı gerçek ve tüzel kişiler veya Türk vatandaşlarıyla ortaklık yoluyla DYYK çerçevesinde Cumhurbaşkanı'nın izniyle açılabilir. Türk vatandaşı gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri veya özel hukuk hükümlerine göre yönetilen tüzel kişiler de kendi adlarına aynı amaçla bu kurumları açabilirler. (ÖÖKK m.5-a)

⁴² Buradaki yabancı okullardan kasıt birazdan açıklanacak olan yabancı okullar ve milletlerarası özel eğitim kurumlarıdır. Zira yabancıların özel eğitim kurumu açma imkânları bulunmamaktadır. Azınlık okullarında ise sadece kendi azınlığına mensup Türk vatandaşları okuyabilir.

⁴³ Örneğin; Saint Benoit Lisesi, Robert Koleji.

4. Azınlık Okulları

Lozan Anlaşması'nın 40.maddesiyle Türkiye'de azınlık okullarının açılmasına izin verilmiştir. Bu okullarda yalnızca kendi azınlığına mensup Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı öğrenciler okuyabilir. (ÖÖKK m.5-c)

X. YABANCILARIN TAŞINMAZLAR ÜZERİNDE MÜLKİYET VE SINIRLI AYNİ HAK EDİNMESİ

Yabancıların Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmeleri temel olarak Tapu Kanunu m.35 hükmüyle düzenlenmiştir. DYYK çerçevesindeki tüzel kişilerin Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmesi ise Tapu Kanunu m.36 hükmüyle düzenlenmiştir.

A. Yabancı Gerçek ve Tüzel Kişilerin Taşınmazlar Üzerinde Ayni Hak Edinmesi

Tapu Kanunu m.35/f.1 uyarınca yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmesi iki temel şarta tabidir:

- 1-Kanuni sınırlamalara uymak,
- 2-Uluslararası ikili ilişkiler yönünden ve ülke menfaatinin gerektirdiği hallerde Cumhurbaşkanı tarafından belirlenen ülkelerin vatandaşı olmak.

Tapu Kanunu m.35/f.1'de gerçek kişi yabancıların taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmeleri bakımından iki miktar sınırlaması da getirilmiştir:

- 1-Yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de edindikleri taşınmaz ile bağımsız ve sürekli nitelikteki ayni hakların toplamının özel mülkiyete konu ilçe yüz ölçümünün % 10'unu aşamaması,
- 2- Yabancı gerçek kişilerin Türkiye'de edindikleri taşınmaz ile bağımsız ve sürekli nitelikteki ayni hakların toplamının ülke genelinde 30 hektarı aşamaması. Ancak Cumhurbaşkanı bu miktarı iki katına kadar arttırmaya yetkilidir.

Tapu Kanunu m.35/f.2 uyarınca sadece yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Bu ticaret şirketleri dışındaki ticaret şirketleri veya diğer tüzel kişilerin ise taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmeyecekleri kanunda açıkça düzenlenmiştir. Örneğin yabancı ülkede kurulu dernekler Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinemez.

Yabancı gerçek kişiler ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri bakımından üç ayrı düzenlemeye daha yer verilmiştir:

-Tapu Kanunu m.35/f.3 uyarınca Cumhurbaşkanı, ülke menfaatinin gerektiği hallerde bu yabancıların taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinimlerini ülke, kişi, coğrafi bölge, süre, sayı, oran, tür, nitelik, yüzölçüm ve miktar olarak belirleyebilir, sınırlandırabilir, kısmen veya tamamen durdurabilir veya yasaklayabilir.

-Tapu Kanunu m.35/f.4 uyarınca bu yabancılar Türkiye'de bir proje gerçekleştirme amacıyla yapısız bir taşınmaz satın almışlarsa bu taşınmaz üzerinde geliştirecekleri projeyi iki yıl içinde ilgili bakanlığın onayına sunmalıdırlar. İlgili Bakanlıkça başlama ve bitiş süreleri belirlenerek onaylanan proje Tapu müdürlüğüne gönderir. Tapu müdürlüğü bu projeyi tapu kütüğünün beyanlar hanesine kaydeder. İlgili bakanlık onaylanan projenin süresinde bitirilip bitirilmediğini takip eder.

-Tapu Kanunu m.35/f.2/c.3 uyarınca bu maddede yer alan sınırlamalar bu yabancılar lehine taşınmaz rehni tesisinde uygulanmaz.

Tapu Kanunu m.35 hükmünün eski halinde yabancıların miras yoluyla taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmesi ayrıca düzenlenmekteydi. Mevcut düzenlemede böyle bir ayrıma yer verilmemiştir. Bu yüzden yabancıların miras yoluyla taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmesi de burada belirttiğim esaslara tabidir.

Tapu Kanunu m.35'e aykırı olarak edinilen, edinim amacına aykırı kullanıldığı tespit edilen, süresi içinde ilgili bakanlığa başvurulmayan veya süresi içinde projeleri gerçekleştirilmeyen taşınmazlar ve sınırlı ayni haklar ile bu hükme aykırı olarak miras yoluyla edinilen taşınmazlar ve sınırlı ayni hakların tasfiyesi için Maliye Bakanlığınca 1 yılı geçmemek üzere bir süre verilir. Bu süre içinde malik tasfiye etmezse bunlar idarece tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir. Burada dikkat edilmesi gereken husus taşınmazın tasfiye edilip bedelinin mutlaka hak sahibine ödenmesidir.

B. DYYK Çerçevesindeki Tüzel Kişilerin Taşınmazlar Üzerinde Ayni Hak Edinmesi

Yabancı gerçek kişiler ve yabancı ülkede kurulu tüzel kişilerin taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmesi Tapu Kanunu m.35'de düzenlendikten sonra Tapu Kanunu m.36'da ise DYYK çerçevesindeki, yani yabancı gerçek veya tüzel kişilerin belli bir oranın üzerinde ortaklığı olduğu Türkiye'de kurulu şirketlerin Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmesi düzenlenmiştir.

Tapu Kanunu m.36/f.1 uyarınca;

- 1-Yabancı gerçek kişilerin (Mavi Kartlılar hariç),
 - 2-Yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişilerin ve
 - 3-Uluslararası kuruluşların
 - a- % 50 veya daha fazla oranda hissesine sahip oldukları veya
 - b- yönetim yetkisini haiz kişilerin çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme yetkisine sahip oldukları
- Türkiye'de kurulu tüzel kişiliğe sahip şirketler ancak ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebilirler ve kullanabilirler.

Tapu Kanunu m.36/f.2'de ise başta bu oranda olmamasına rağmen sonradan yapılan hisse devirleri ile şirketteki yabancı sermayenin bu orana ulaşması hallerinde de bu fıkra hükmünün uygulanacağı düzenlenmiştir. Tapu Kanunu m.36/f.1-2 kapsamı dışında kalan yabancı sermayeli şirketler ise yerli sermayeli şirketlerle aynı hükümlere tabidir. (Tapu Kanunu m.36/f.4)

Tapu Kanunu m.36/f.1-2 kapsamındaki şirketlerin ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek için askeri yasak bölgeler ve güvenlik bölgelerindeki taşınmaz mülkiyeti edinimleri de izne tabi kılınmıştır. Tapu Kanunu m.36/f.3 uyarınca;

- 1-Askeri yasak bölgeler, askeri güvenlik bölgeleri ve Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu m.28 kapsamındaki yerlerdeki taşınmaz mülkiyeti edinimleri Genelkurmay Başkanlığı'nın veya belirlediği komutanlıkların,
- 2-Özel güvenlik bölgelerindeki taşınmaz mülkiyeti edinimleri ise taşınmazın bulunduğu yer valiliğinin iznine tabidir.

Tapu Kanunu m.36/f.5 hükmünde bu madde hükmünün uygulanmayacağı bazı haller sayılmıştır. Örneğin taşınmaz rehni tesisinde ve bu taşınmaz rehminin paraya çevrilmesi yoluyla taşınmaz mülkiyeti edinimlerinde bu madde hükümleri uygulanmayacaktır.

Tapu Kanunu m.36 hükümlerine aykırı olarak edinilen veya kullanılan taşınmazların tasfiyesi için Maliye Bakanlığı tarafından süre verilir. Bu süre içinde tasfiye edilmeyen taşınmazlar idarece tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir.

SINAVA YÖNELİK AÇIKLAMALAR

Yabancılar Hukuku yoğun ezber olan bir alan ancak sınavda belli başlı sorulan şeyler var onlara dikkat etmek gerekir. Öncelikle Kürsü, uluslararası koruma statülerine önem vermektedir. Genellikle bir kişi verilir ve bu kişi vatandaş olduğu veya yasal olarak bulunduğu ülkeden kaçarak Türkiye'ye gelir. Bu kişinin mülteci mi, şartlı mülteci mi yoksa ikincil koruma statüsünde mi olduğunu tespitinizi ister. Daha sonra bu uluslararası koruma statülerinin sonuçları arasındaki farkları bilmenizi ister. Örneğin verdiği kişi mülteci statüsündedir. Bu kişiye verilen Uluslararası Koruma Statüsü Sahibi Kimlik Belgesi hem çalışma izni hem de ikamet izni yerine geçer. Daha sonra ise bu kişi İran'dan kaçıp gelseydi ne olurdu? Şeklinde başka bir ihtimal sorulur. Bu halde de bu kişinin şartlı mülteci olduğunu tespit etmeniz ve bu kişiye verilen Belgenin ise sadece ikamet izni yerine geçtiğini, çalışma izni yerine geçmediğini belirtmeniz aranır. Sonuç olarak Uluslararası Koruma Statüleri ve bu statü sahiplerine verilen Belgelerin her birine sağladığı hakları bilmeniz aranır. Ben uluslararası korumadan yararlananlar başlığı altında Yabancılar Hukukunun ilk başlarında bu sonuçları yazdım. Bunun dışında Kürsü idari gözetim, sınır dışı etme ve geri gönderme yasağı konularını da çok önemsemektedir. Bunların yanı sıra yabancıların Türkiye'ye girişi için aranan şartlar önemli bir konudur. Bunları da elbette ezberlenmeniz beklenmez. Ancak Türkiye'ye giriş için aranan 4 şartı ve bu kapsamda vize ve pasaportu genel hatlarıyla kim tarafından kimlere verildiğini açıklamamız vs. beklenir. Yine Yabancılar Hukukunda Bakanlar Kuruluna ait olan yetkiler Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına devredildi. Sınavda eski kanundan çalışıp Bakanlar Kurulu yazmamaya dikkat edin. Yabancılar Hukukunun bir diğer önemli konusu da ikamet izinleri meselesidir. Olayda birisini verip hangi ikamet iznini alabileceğini veya en avantajlı şekilde hangi ikamet iznini alabileceğini sorabilir. Böyle durumlarda kişinin gösterdiği özelliğe bakmak lazım. Öğrenciyse öğrenci ikamet izni, en az 8 yıldır Türkiye'de ikamet ediyorsa uzun dönem ikamet izni, insani bazı durumlar söz konusuysa insani ikamet izni, insan ticareti mağduruysa insan ticareti mağduru ikamet iznini düşünmek lazım. Bunun yanı sıra aile ikamet iznini Kürsü sever. Aile ikamet izni bakımından kimlerin destekleyici olabileceği ve bu destekleyici olabileceğini bilmeniz gerekir. Bunun dışında ilgili ikamet izninin yazdıktan sonra bunun için gerekli şartları, süresini vs. yazmak gerekir. Yine ikamet izni konusuyla ilgili olarak çalışma izninin ikamet izni yerine geçtiğini ve ikamet izninden muafiyet hallerini biliniz. Bunun dışında bir diğer önemli konu da çalışma izinleri konusudur. Bu çalışma izinlerinin türleri, kimlere verilecekleri, süreleri, sağladığı haklar vs. bunlar da çıkabilecek başkaca konulardandır. Yabancıların taşınmaz edinme hakkı da önem verilmesi gereken diğer bir konudur. Burada da dikkat edilmesi gereken husus sınırlamalara aykırı taşınmaz edinilmişse buna tamamen bedelsiz el konulamayacağı bedele çevrilerek tasfiye edileceğidir. Örneğin bir kişiye taşınmaz miras kalmışsa bu kişiye taşınmazın geçmeyeceği söylenemez. Bu kişiye taşınmaz geçer ama verilecek süre içinde tasfiye edilerek bedele çevrilmesi gerekir aksi takdirde bunu idare yapar. Aksi bir kabul AIHS 1 nolu Ek Protokol m.1'de düzenlenen mülkiyet hakkı ve onun devamı niteliğindeki miras hakkının ihlali sayılır. Bu arada tüm kısımlar için bu diyeceğim şey geçerlidir. Sınavda önce genel hatlarıyla abartmadan teorik açıklamaları yapın ve daha sonra mevcut olaya bu bilgileri uygulayın. Sonucu direkt kağıda dökmeyin hoca sizin o sonuca niçin gittiğinizi görebilmelidir. Son olarak Yabancılar Hukuku vizede pratik olur ama test olma ihtimali var. Böyle bir şey olursa önceden açıklanır. Final pratik veya karar olur. Vize daha ezbere yönelik final daha yoruma yönelik olur. Vatandaşlık ve Yabancılar ayrı ayrı olaylar şeklinde sorulabileceği gibi tek olay içinde de eritilebilir.

GENEL PRENSİPLER

I. GİRİŞ

Milletlerarası özel hukuk, yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarıyla ilgilenir. Dolayısıyla milletlerarası özel hukuk yabancılık unsuru söz konusu olduğunda devreye girer. Yabancılık unsuru çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir:

Taraflardan kaynaklanabilir: Almanya vatandaşı A ile Türkiye vatandaşı B arasında akdedilen bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık yabancılık unsuru içerir. Zira taraflardan en az birisi yabancıdır.

Uyuşmazlık konusundan kaynaklanabilir: Varşova’da bulunan bir taşınmazın aynına ilişkin olarak iki Türk vatandaşı arasında bir uyuşmazlık doğarsa bu durumda uyuşmazlık konusundan kaynaklı yabancılık unsuru söz konusu olur.

Uyuşmazlığa konu hukuki işlemde kaynaklı yabancılık unsuru söz konusu olabilir: İki Türk vatandaşı İspanya’da bir sözleşme yapabilirler. Bu halde hukuki işlemin yapıldığı yerden kaynaklı yabancılık unsuru söz konusu olur.

Uyuşmazlık konusu haksız fiilden kaynaklanabilir: A’nın B’yi Yunanistan’da yaralaması halinde haksız fiilin işlendiği yerden kaynaklı yabancılık unsuru söz konusudur. Aynı şekilde A’nın Türkiye’de B’ye hakaret etmesi fakat B’nin hakareti Yunanistan’da öğrenmesi halinde haksız fiil sonucu zararın meydana geldiği yerden kaynaklı yabancılık unsuru söz konusu olur.

Tarafların iradesinden kaynaklanabilir: A ile B’nin aralarında doğacak uyuşmazlıkların Fransa hukukuna tabi olacağını kararlaştırmaları halinde taraf iradesinden kaynaklı yabancılık unsuru söz konusu olur.

Yukarıdaki örneklerde belirtilen şekilde veya daha farklı şekillerde yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıkları söz konusu olabilir. İşte bu gibi uyuşmazlıklara hangi usul kurallarının ve maddi hukuk kurallarının uygulanacağını Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku belirler.

Dava Türk mahkemesinde açılabilir mi? Yabancı bu davayı açarken teminat yatırmak mecburiyetinde mi? Taraf ve dava ehliyeti hangi ülke hukukuna göre belirlenecek? İspat rejimi hangi ülke hukukuna tabi olacak? Deliller hangi ülke hukukuna göre toplanacaktır? Yabancı ülkeye tebligat nasıl olacak? Yabancı devletin veya diplomatik temsilcisinin yargı ve icra bağışıklığı olacak mı? Yabancılık ülkeden alınan mahkeme veya hakem kararları nasıl tanınıp tenfiz edilecek? Milletlerarası tahkim prosedürü nasıl olacak? Bu ve bunun gibi yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklardaki usul hukukuna ilişkin sorulara Milletlerarası Usul Hukuku cevap verir. Şimdilik şu kadarını söyleyeyim kural olarak usul hukukuna ilişkin meselelere lex fori (hâkimin hukuku) yani Türk mahkemesinde açılmış bir davaya Türk usul hukuku uygulanır.

Sözleşmenin geçerliliği hangi ülke hukukuna tabi olacak? Haksız fiil halinde zarar hangi ülke hukukuna göre tazmin edilecektir? Miras hangi ülke hukukuna göre paylaştırılacak? Evlenmenin geçerliliği ve sonuçları hangi ülke hukukuna tabi olacak? Taşınmazın aynına hangi ülke kuralları uygulanacak? Bu ve bunun gibi yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklardaki uygulanacak hukuka ilişkin sorulara ise Milletlerarası Özel Hukuk (Kanunlar ihtilafı kuralları) cevap verir.

Her devletin bir iç hukuk sistemi bir de milletlerarası hukuk sistemi vardır. Örneğin, Türkiye’de TMK, TBK, TTK vs. vardır. Bunlar yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklara doğrudan uygulanırlar. Ancak eğer yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık söz konusuysa öncelikle hangi ülke iç hukukunun tatbik edileceğinin belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla Türkiye’de açılmış olan bir davada Türk mahkemesi, yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda Türk milletlerarası özel hukuk sistemi uyarınca hangi ülke iç hukukunun tatbik edileceğini

belirleyecektir. Bu iç hukuk, yabancı bir devlet hukuku olabileceği gibi Türk hukuku da olabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus Türkiye’de açılan yabancılık unsuru içeren davada hâkim mutlaka Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili iç hukuku tespit ederek bu hukuku uygulamalıdır.

Milletlerarası özel hukuka ilişkin meselelerde MÖHUK m.1/f.2 uyarınca milletlerarası sözleşmeler saklı tutulduğu için milletlerarası sözleşmeler her zaman öncelikli uygulanır.

Kanunlar ihtilafı kuralları esas olarak gösterici niteliktedir. Gösterici nitelikteki kurallar olaya maddi çözüm getirmeyip hangi hukuki ilişki veya uyuşmazlığın hangi ülke hukukuna göre çözüleceğini gösteren kurallardır.

Örnek: Nişanlılığın hükümlerine ve sonuçlarına müşterek milli hukuk, taraflar ayrı vatandaşlıkta iseler Türk hukuku uygulanır. (MÖHUK m.12/f.2)

Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir. (TMK m.121)

Misal MÖHUK m.12/f.2 hükmü yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıkta manevi tazminat talebinin şartlarına ilişkin bir maddi hukuk kuralı içermemektedir. Sadece hangi hukukun uygulanacağını göstermektedir. Ancak bir maddi hukuk kuralı olan TMK m.121 hükmü uyuşmazlığa doğrudan bir maddi çözüm getirmektedir.

Kanunlar ihtilafı kuralları çoğunlukla gösterici nitelikte de olsa gösterici nitelikte olmayan ve olaya maddi çözüm getiren kanunlar ihtilafı kuralları da mevcuttur. Bunlara gösterici nitelikte olmayan kurallar veya maddi milletlerarası özel hukuk kuralları denilmektedir.

Örnek1: Türkiye’de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır. (MÖHUK m.20/f.3)

Örnek2: Türkiye’de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hallerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez. (MÖHUK m.38/f.2)

Bunların yanı sıra bir ülkede egemenliğin ifadesi olarak uygulanan ve maddi çözüm getiren bazı iç hukuk kuralları, devletin ekonomik, siyasi ve hukuki örgütlenmesinin temelini ilgilendirdiğinden yabancılık unsuru içerip içermediğine bakılmaksızın kapsamına giren bütün hukuki ilişki veya uyuşmazlıklara doğrudan uygulanırlar. Bunlara doğrudan uygulanan kurallar denilmektedir. Doğrudan uygulanan kurallar ileride daha detaylı anlatılacaktır.

Kanunlar ihtilafı kuralları kural olarak vatandaş-yabancı, Türkiye’de bulunan mal-yabancı ülkede bulunan mal gibi bir ayırım gözetmeksizin ilgili konuda yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku tayin ederler. Bu durumda çok taraflı kanunlar ihtilafından söz edilir. Kanunlar ihtilafı kuralları da esas olarak çok taraflıdır. Ancak bazı hallerde kanunlar ihtilafı kuralı sadece yabancılar veya vatandaşlar bakımından uygulanabilir. Keza yine sadece Türkiye’de bulunan veya yabancı ülkede bulunan mallar bakımından hüküm içerebilir. Benzer şekilde sadece Türkiye’de yapılan işlemler veya yabancı ülkede yapılan işlemler bakımından ayırım gözetebilir. Bu hallerde tek taraflı kanunlar ihtilafından söz edilir.

Örnek: Miras ölenin milli hukukuna tabidir. Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır. (MÖHUK m.20/f.1)

"Türkiye’de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır" şeklindeki MÖHUK m.20/f.1/c.2 hükmü tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralıdır. Zira bu hüküm sadece Türkiye’de bulunan taşınmazlar bakımından uygulanır. Alman mirasbırakanın Fransa’daki taşınmazları bakımından Fransız hukuku uygulanmaz. Bu halde genel kural olan ölenin milli hukuku yani Alman hukuku uygulanır.

II. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKA İLİŞİKİN GENEL SORUNLAR

A. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Yapısı ve Unsurları

Kanunlar ihtilafı kuralları esas olarak gösterici niteliktedir. Kanunlar ihtilafı kuralları iki unsurdan oluşur. Bunlar bağlama konusu ve bağlama noktasıdır. Bağlama konusu, hâkimin önüne çözümlenmesi için getirilen yabancılık unsuru içeren ihtilafın yani hayat olayının kendisidir. Bağlama noktası ise, bu yabancılık unsuru içeren ihtilafı yani bağlama konusunu belirli bir devlet hukukuna bağlayan maddi vakıalardır. Şimdi örneklerle durumu açıklayayım.

Örnek 1: Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir. (MÖHUK m.9/f.1)

Alman vatandaşı A'nın ehliyeti bulunup bulunmadığı ihtilafı olsun. Bu halde yetkili yabancı hukuk MÖHUK m.9 hükmüne göre tespit edilecektir. MÖHUK m.9 hükmünde bağlama konusu ve bağlama noktası şu şekildedir:

Bağlama konusu: Hak ve fiil ehliyeti. (A'nın ehliyeti olup olmadığı burada çözümlenecek olan ihtilafın yani hayat olayının kendisidir.)

Bağlama noktası: İlgilinin milli hukuku. (Burada ihtilafın bir devlet hukukuna bağlanmasını sağlayan maddi vakıa ilgilinin milli hukukudur. Olayda ise Alman hukukudur.)

Örnek 2: Nafaka talepleri, nafaka alacaklısının mutad meskeni hukukuna tabidir. (MÖHUK m.19/f.1)

Fransa'da yaşayan İtalyan vatandaşı A kardeşi Alman vatandaşı olan B'den nafaka talebinde bulunsun. Bu ihtilafta bağlama konusu ve bağlama noktaları şu şekildedir:

Bağlama konusu: Nafaka talepleri (Olayda A'nın nafaka talebi)

Bağlama noktası: Nafaka alacaklısının mutad meskeni hukuku (Olayda Fransız hukuku)

Örnek 3: Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. (MÖHUK m.24/f.1/c.1)

Yunan A ile Norveçli B Danimarka'da bir sözleşme imzalamışlardır. Ayrıca sözleşmeden doğan ihtilaflara İngiliz hukukunun uygulanacağını kararlaştırmışlardır. Daha sonra A, B'nin sözleşmeyi ihlal etmesinden bahisle tazminat talep etmektedir. Bu olayda bağlama konusu ve noktası şu şekildedir:

Bağlama konusu: Sözleşmeden doğan borç ilişkileri. (Olayda sözleşmenin ihlal edilip edilmediği, edildiyse tazminat türü, miktarına ilişkin ihtilaflar)

Bağlama noktası: Tarafların seçtiği hukuk. (Olayda İngiliz hukuku)

Bu şekilde örnekler çoğaltılabilir. Burada bağlama noktaları çeşitli şekilde ortaya çıkabilir. Çeşitli kanunlar ihtilafı kurallarında çeşitli bağlama noktalarına yer verilmiştir. MÖHUK'de bağlama noktaları olarak şunlara yer verilmiştir.

1.Subjektif bağlama noktası: MÖHUK'de bazı hallerde taraflara hukuk seçme imkânı tanınmıştır. Bu halde subjektif bağlama noktasından bahsedilir. Bazen de hukuk seçimi hakkı tanınmakla beraber bu belli kısıtlamalara tabi tutulmuştur.

2. Objektif bağlama noktası: Türk kanunlar ihtilafı kurallarında genellikle objektif bağlama noktalarına yer verilmiştir. Ayrıca subjektif bağlama noktalarına yer verilen hallerde taraflar hukuk seçimi yapmamışsa yahut ilgili kısıtlamalara aykırı suretle bir hukuk seçimi yapılmışsa ikincil olarak objektif bağlama kurallarına yer verilmiştir. Objektif bağlama kuralları da çeşitlilik gösterir.

- a. Vatandaşlık bağı (Örnek m.9/f.1, m.12)
- b. Yerleşim yeri (Örnek m.4/f.1-a)
- c. Mutad mesken (Örnek m.19)
- d. Lex fori (Örnek m.13/f.3, m.14/f.1)
- e. İşlemin yapıldığı yer (Örnek m.7, m.13/f.2)
- f. Fiilin işlendiği yer (Örnek m.34/f.1)
- g. Zarar yeri (Örnek m.34/f.2)
- h. En sıkı ilişkili hukuk (Örnek m.24/f.4)
- ı. Malın bulunma yeri (Örnek m.21/f.1)

Vatandaşlık bağının yani milli hukukun bağlama noktası olarak seçilmiş olması bazı özellikler gösterebilir. Buna ilişkin MÖHUK m.4 hükmü getirilmiştir. MÖHUK m.4 uyarınca yetkili hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hallerde eğer kişinin tek vatandaşlığı varsa hiçbir problem doğmaz. Ama bazen kişi vatansız veya vatansız olmamasına rağmen mülteci olabilir. Yine aynı şekilde kişi birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olabilir. Örneğin MÖHUK m.9/f.1 uyarınca hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir. Ancak kişi hem Türk hem de İtalyan vatandaşı ise durum ne olacaktır? Aynı şekilde kişinin İtalyan ve Kırgız olmak üzere çifte vatandaş olması halinde de aynı soru geçerlidir. Son olarak kişinin herhangi bir vatandaşlığı da olmayabilir yani vatansız olabilir.

Kişinin vatansız olması veya mülteci olması ihtimali MÖHUK m.4/f.1-a'da düzenlenmiştir.⁴⁴ MÖHUK m.4/f.1-a uyarınca Vatansızlar ve mülteciler hakkında Kanunda aksi öngörülmedikçe;

1. Yerleşim yeri,
2. Yerleşim yeri bulunmadığı hâllerde mutad mesken,
3. Mutad mesken de yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

Çok vatandaşlık halinde hangi vatandaşlığın esas alınacağı ise MÖHUK m.4/f.1-b, c'de ikili bir ayrımla düzenlenmiştir. Buna göre kanunda aksine öngörülmedikçe;

1. İhtimal: Bu birden fazla vatandaşlıktan birisi Türk vatandaşlığı ise Türk vatandaşlığı esas alınır. (MÖHUK m.4/f.1-b)

2. İhtimal: Birden fazla devlet vatandaşlığından birisi Türk vatandaşlığı değilse, daha sıkı ilişki hâlinde bulunduğu devlet vatandaşlığı yani gerçek vatandaşlık esas alınır. (MÖHUK m.4/f.1-c)

Bu konuda son olarak şu hususa değinilmelidir. Bazı hallerde bağlama noktası olarak tarafların müşterek milli hukuku belirlenmiştir. Bu hallerde MÖHUK m.4 hükmünün nasıl uygulama alanı bulacağı tartışmalıdır. Bunu Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlık üzerinden anlatayım. Yargıtay'ın önüne gelen uyuşmazlıkta çifte vatandaş (İtalyan-Türk) kadın ile İtalyan erkek boşanma talebinde bulunmuştur. Yargıtay oy çokluğuyla verdiği kararında MÖHUK m.4/f.1-b uyarınca kadının Türk vatandaşlığını esas almış ve böylece müşterek milli hukuk olmadığından ve yine müşterek mutad mesken de olmadığından MÖHUK m.14/f.1 uyarınca Türk hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Karşı oy yazısında ise "müşterek milli hukuk" ibaresinin MÖHUK m.4 anlamında "aksinin kararlaştırılması" olduğundan bahisle İtalyan vatandaşlığının tarafların müşterek milli hukuku olduğu ve İtalyan hukukunun uygulanması gerektiği savunulmuştur.

⁴⁴ Buradaki "mülteci" tabiri YUKK uyarınca uluslararası koruma statülerinin (mülteci, şartlı mülteci, ikincil koruma) tamamını ve geçici koruma statüsünü kapsar.

B. Vasıflandırma

Kanunlar ihtilafı kurallarının bağlama konusu ve bağlama noktası olmak üzere iki unsurdan oluştuğunu söyledim. Ancak burada bir problemle karşılaşmaktayız: Bağlama konusu yani mahkemenin önüne getirilmiş olan uyuşmazlık hangi hukuka göre nitelendirilecektir? Aynı şekilde bağlama noktası hangi hukuka göre nitelendirilecektir? Örneğin, Alman vatandaşı A, tüm malvarlığının öldüğünde oğullarından Ç1'e kalmasını vasiyet etmiştir. A öldüğünde oğulları Ç1 ile Ç2 arasında A'nın geride bıraktığı malvarlığının akıbeti konusunda bir uyuşmazlık çıkmaktadır. Bu olayda taraflar arasındaki uyuşmazlık hangi hukuka göre vasıflandırılacaktır? Türk hukukunun mu yoksa Alman hukukunun mu bu olaya tanıdığı hukuki nitelik esas alınacaktır? Bu örnekte esasen hangi hukuka göre vasıflandırılma yapılacağının bir önemi yoktur. Zira Alman hukukuna göre de vasıflandırılrsa, Türk hukukuna göre de vasıflandırılrsa bu ihtilaf mirasa ilişkin bir ihtilaf olup hakim m.20 uyarınca uyuşmazlığı kural olarak ölenin milli hukukuna göre çözecektir. Çoğu zaman da esasen bu şekilde bir vasıflandırılma problemi ile de karşılaşılmaz. Ama hep bu şekilde farklı hukuklar, aynı ihtilafa aynı hukuki niteliği tanımayabilir yani farklı vasıflandırılabilir. Burada öncelikle tüm kitaplarda yer alan klasik örneği vererek sorunu daha da somutlaştıralım:

Örnek: İngiliz vatandaşı A ile B Türkiye'ye gelerek nişanlanmıştır ve aralarında bu konuda bir uyuşmazlık çıkması halinde Fransız hukukunun uygulanacağını kararlaştırmışlardır. Daha sonra A ile B Türkiye'de yaşamaya başlamışlardır. B, nişanı bozmuştur. A da bunun üzerine B aleyhine İstanbul Aile Mahkemesinde dava açmış ve nişanın bozulmasından kaynaklı maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuştur.

Şimdi bu örnekte A'nın maddi ve manevi tazminat taleplerine uygulanacak hukuk belirlenirken nasıl hareket edilecektir. Yukarıda da belirttiğim üzere vasıflandırma bir şeye tanınan hukuki niteliktir. Çeşitli ihtimalleri ele alalım.

Türk hukukuna göre vasıflandırılrsa: Türk hukukunda nişanlanma bir aile hukuku ilişkisidir ve bu ihtilaf nişanlanmanın bozulması olarak vasıflandırılarak nişanlanmanın hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuka tabi kılınacaktır. Nişanlanmanın hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuk m.12/f.2 uyarınca tarafların müşterek milli hukuku yoksa Türk hukukudur. Olayda A ve B'nin müşterek milli hukuku olan İngiliz hukuku uygulanacaktır.

İngiliz hukukuna göre vasıflandırılrsa: İngiliz hukukunda nişanlanma bir aile hukuku ilişkisi olarak değil, tipik bir sözleşme ilişkisi olarak kabul edilmektedir. Bu halde m.24 uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuka tabi kılınacaktır. Sözleşmeden borç ilişkisi öncelikle tarafların seçtiği hukuka tabidir. Olayda A ile B Fransız hukukunun uygulanmasını kararlaştırmışlardır. Dolayısıyla Fransız hukuku uygulanacaktır.

Fransız hukukuna göre vasıflandırılrsa: Fransız hukukunda nişanlanma diye bir kurum bulunmamakta olup nişanın bozulması haksız fiil olarak kabul edilerek bu şekilde vasıflandırılmaktadır. Bu halde m.34 uyarınca haksız fiile uygulanacak hukuka tabi kılınacaktır. Haksız fiilden doğan talepler haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir. Haksız fiil Türkiye'de işlendiğinden Türk hukuku uygulanır.

Sonuç olarak bağlama konusu farklı hukuklara göre vasıflandırıldığında uygulanacak hukuk da değişebilecektir. Bu örnekte Türk hukukuna göre vasıflandırıldığında İngiliz hukuku, İngiliz hukukuna göre vasıflandırıldığında Fransız hukuku, Fransız hukukuna göre vasıflandırıldığında Türk hukuku uygulanacaktır. Bundan dolayı bağlama konusunun hangi hukuka göre vasıflandırılacağı çok önemli bir husustur. Bu konudaki görüşler ile Türk hukukunda kabul edilen çözüme geçmeden önce birkaç örnek daha vereyim.

Bazen bir meselenin maddi hukuka mı yoksa usul hukukuna mı ilişkin olduğu da bir vasıflandırma problemidir. Zamanasımı Anglo-Sakson hukukunda usul hukukuna ilişkin bir mesele olarak kabul edilmekteyken Kıta Avrupası hukukunda ise maddi hukuka ilişkindir.

Örnek: İngiliz A ile Türk B bir satış sözleşmesi yapmışlardır ve sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklara Fransız hukukunun uygulanacağını kararlaştırmışlardır. MÖHUK m.24 uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkisi tarafların seçtiği hukuka yani Fransız hukukuna tabidir. Peki bu halde zamanaşımı da Fransız hukukuna mı tabi olacaktır. Türk ve Fransız hukukunda zamanaşımı esasa ilişkin bir meseledir. Dolayısıyla uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka (Lex causae) tabidir⁴⁵. Ancak İngiliz hukukuna göre zamanaşımı usule ilişkin bir meseledir. Usule ilişkin konularda da lex fori yani Türk hukuku uygulanır. Dolayısıyla yine hangi hukuka göre vasıflandırılacağı uygulanacak hukuku değiştirecektir. Türk hukukuna veya Fransız hukukuna göre vasıflandırılırsa Fransız hukuku, İngiliz hukukuna göre vasıflandırılırsa Türk hukuku uygulanacaktır.

Bazen bir meselenin esasa mı yoksa şekle mi ilişkin olduğu da vasıflandırma problemi oluşturur. Örneğin küçüğün evlenme için anne veya babasının rızasını alması şekle ilişkin midir, esasa ilişkin midir? Bir örnekle somutlaştırayım:

Örnek: 17 yaşındaki Türk A ile 20 yaşındaki İngiliz B İngiltere'de evlenmiştir. Ancak A, anne veya babasının rızasını almamıştır. Bu halde anne veya babanın rızasının alınmamış olması Türk hukukunda esasa ilişkin bir mesele iken İngiliz hukukunda şekle ilişkin bir meseledir. Türk hukukuna göre vasıflandırıldığında bir maddi şart olarak kabul edileceğinden MÖHUK m.13/f.1 uyarınca taraflardan her birinin evlenme anındaki milli hukukuna tabi olacaktır. Dolayısıyla Türk hukukuna tabi olacak ve evlilik nisbi butlanla batıl olacaktır. Ancak İngiliz hukukunda küçüğün evlenmek için anne ve babasının rızasını alması şekle ilişkin bir mesele olarak kabul edilmektedir. Bu halde İngiliz hukukuna göre vasıflandırıldığında şekle ilişkin olduğundan MÖHUK m.13/f.2 uyarınca da evlenmenin şekline yapıldığı ülke hukuku yani İngiliz hukuku uygulanır. İngiliz hukukunda ise anne ve babanın rızası aranmamakta olduğundan evlilik geçerli olacaktır.

Sonuç olarak Türk hâkimi önüne gelen bir meseleyi vasıflandırırken çoğu zaman bir vasıflandırma problemiyle karşılaşmayabilir. Ama bazı hallerde işte bu örneklerdeki gibi çeşitli hukukların bağlama konusuna farklı vasıflar verme ihtimali vardır. Bu halde bağlama konusunun hangi hukuka göre vasıflandırılacağı önem taşır. Zira yukarıdaki örneklerde de görüleceği gibi vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapıldığı uygulanacak hukuku ve buna bağlı olarak hukuki ilişkinin akıbetini değiştirebilir.

Peki bağlama konusu hangi hukuka göre vasıflandırılacaktır. Bu konuda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bunlardan en öne çıkan çözümler lex foriye yani hâkimin hukukuna göre vasıflandırmanın yapılması görüşü ile lex causaeye göre yani esasa uygulanacak hukuka göre vasıflandırmanın yapılması görüşüdür.

Vasıflandırmanın lex foriye yapılmasına ilişkiler eleştiriler bu halde uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması halinde vasıflandırmanın yapıldığı hukuk ile uygulanacak hukukun aynı olmadığı bunun da hukuk tekniği açısından doğru olmadığı noktasında toplanmaktadır. Ancak lex causae vasıflandırma da kendi için de sorunludur. Zira lex causae vasıflandırma için öncelikle lex causae'in bulunması gerekir. Bu da öncelikle lex fori vasıflandırma yapmayı zorunlu kılmakta ve lex fori vasıflandırma ile bulunan lex causaeye göre yeniden vasıflandırma yapılmaktadır. Esasen lex causae vasıflandırma ile bulunan hukuk da lex causaeden farklı bir hukuk olabilir. İlk verdiğim örneğe yani iki İngiliz'in nişanlanması örneğine lex fori ve lex causae vasıflandırma metodlarını uygulayalım.

Lex Fori çözüm: Hakim önüne gelen olayda bu durumu lex foriye yani Türk hukukuna göre vasıflandırırsa yukarıda da belirttiğim üzere uygulanacak hukuk MÖHUK m.12/f.2 uyarınca İngiliz hukuku olacaktır.

Lex Causae çözüm: Lex fori'nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre olaya uygulanacak hukuk İngiliz hukukuna göre vasıflandırma yapılırsa nihai olarak uygulanacak hukuk MÖHUK m.24 uyarınca Fransız hukuku olacaktır.

⁴⁵ Zamanaşımının uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan hukuka tabi olacağına ilişkin m.8 hükmü bu kabulün kanundaki ifadesidir.

Dolayısıyla vasıflandırmanın yapıldığı hukuk ile iç maddi hukuku uygulanacak hukuk burada da farklılık arz edecektir.

Sonuç olarak devletler özel hukuku hakkaniyeti esas alınarak vasıflandırmanın lex foriye mi yoksa lex causae mi göre yapılacağı belirlenecektir. Ancak Türk hukukunda vasıflandırma genel olarak lex foriye göre yapılmaktadır. Yani Türk hakimii önüne gelen davada bağlama konusunu Türk hukukuna göre vasıflandıracaktır.

Bağlama konusunun vasıflandırılmasında olduğu gibi bağlama noktasının hangi hukuka göre vasıflandırılacağı problemi de doğabilir. Kanunlar ihtilafı kuralları bağlama konularını çeşitli bağlama noktaları vasıtasıyla devletlerin hukuklarına bağlar. Bu bağlama noktalarına çeşitli hukukların bağladığı vasıflar da farklı olabilir. Örneğin yerleşim yeri kavramı Türk hukukunda ve İngiliz hukukunda farklı anlamlara gelmektedir. Ancak bağlama noktasının vasıflandırılmasında bağlama konusunun vasıflandırılmasında olduğu gibi tartışma olmadığı söylenebilir. Bağlama noktalarının lex foriye göre vasıflandırılacağı ittifakla kabul edilmektedir. Bunun tek istisnası atıf yapılan hallerde yabancı ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili hukuk tespit edildiğinde yabancı ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarında yer alan bağlama noktalarının bu hukuka göre vasıflandırılmasıdır.

C. Statü Değişikliği

Bağlama noktalarının tespit edilmesinde ortaya çıkan bir problem vardır. Bu problemi bir örnekle açıklayalım.

Örnek: Evlenme ehliyet ve şartlarına ilgilinin milli hukuku uygulanır. Hırvat A, Tunuslu B ile evlenirken Hırvat hukukuna göre evlenme ehliyetine sahiptir. Ancak daha sonra A, Suudi Arabistan vatandaşlığına geçmiş ve bu yeni milli hukukuna göre evlenme ehliyet ve şartlarına sahip değildir. Bu halde hangi andaki evlenme ehliyet ve şartlarına göre hareket edilecektir. Daha sonraki milli hukuka göre A, evlenme ehliyet ve şartlarına sahip olmadığından evlenmenin iptali istenebilecek midir?

Sonuç olarak bağlama noktasının hangi an bakımından esas alınacağı önemlidir. Bu noktada iki ayrı durum olabilir.

1.Durum: Bazı hallerde hangi andaki bağlama noktasının gözetileceği problemi doğmaz. Örneğin işlemin yapıldığı yer, haksız fiilin işlendiği yer ve zararın meydana geldiği yer gibi hallerde böyle bir problem ile karşılaşılmaz.

2.Durum: Bazı hallerde ise bağlama noktasının hangi an bakımından esas alınacağı önem taşır. Bağlama noktası olarak vatandaşlık bağı, yerleşim yeri, mutad mesken, malın bulunma yeri veya işyerinin esas alındığı hallerde durum böyledir. Zira bu hallerde bağlama noktasının değişme ihtimali vardır. Bu hallerde iki ihtimal vardır.

1. İhtimal: Bu hallerde hangi andaki vatandaşlık bağı, yerleşim yeri, mutad mesken, malın bulunma yeri veya işyerinin esas alınacağı ilgili kanunlar ihtilafında sabit bir statüye bağlanmak suretiyle sorun çözümlenmiş olabilir. Örneğin, m.12 uyarınca nişanlama ehliyeti, nişanlanma anındaki ilgilinin milli hukukuna tabidir. Bu kuralda nişanlanma anı sabit statü olarak kabul edilmiştir. Bir başka örnek olarak m.21 uyarınca eşyalar üzerindeki aynı haklar işlem anında malın bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Bu örnekte de işlem anı sabit statü olarak kabul edilmiştir. Yukarıda verdiğimiz örnek bakımından ise m.13/f.1 uyarınca evlenme ehliyeti ve şartları ilgilinin evlenme anındaki milli hukukuna tabidir. Dolayısıyla A evlenme anındaki milli hukuku olan Hırvat hukuku uyarınca evlenme ehliyet ve şartlarına sahip olduğundan evlenme geçerlidir.

2. İhtimal: Bazı hallerde ilgili kanunlar ihtilafı kuralında sabit bir statüye yer verilmemiş olabilir. Örneğin, m.9 uyarınca hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir. Bu halde sabit bir statüye yer verilmemiştir. Bu noktada MÖHUK m.3 hükmü devreye girecektir. Buna göre yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hâllerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır. Maddede geçen aksine hüküm olmadıkça ile kastedilen sabit bir statüye bağlanmamış olmasıdır. Dolayısıyla bağlama noktasının sabit bir statüye bağlanmamış olduğu hallerde dava

tarihindeki bağlama noktası esas alınacaktır. Statü değişikliğinden kaynaklı olarak kazanılmış hakların kaybının önüne geçilebilmesi için erginlik yaşına ilişkin olarak MÖHUK m.9/f.3'te özel düzenleme yapılmıştır. Bu özel düzenleme ehliyete uygulanacak hukuk anlatılırken detaylı olarak incelenecektir.

D. Atıf

Yabancılik unsuru içeren uyuşmazlıklarda MÖHUK'deki ilgili kanunlar ihtilafına ilişkin hükümler çerçevesinde yetkili hukuk tespit edilecektir. Bu halde iki ihtimal vardır.

1. İhtimal: Yetkili hukuk, Türk hukuku ise hiçbir problem doğmayacaktır. Türk hukukunun maddi hukuk hükümleri uygulama alanı bulacaktır.
2. İhtimal: Yetkili hukuk, yabancı bir devlet hukukuysa bu halde ortaya bir sorun çıkmaktadır. Uygulanacak yabancı hukukun maddi hukuk hükümleri mi yoksa kanunlar ihtilafı kuralları mı uygulanacaktır.

Örnek: Alman vatandaşı olan A ile B Türk mahkemesi önünde boşanmak istemektedir. Boşanma ve hükümleri ilk olarak eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. (Bkz. MÖHUK m.14/f.1/c.1) Bu halde Türk hâkimi önüne gelen bu olayda Alman hukukunu uygulayacaktır. Peki Türk hâkimi doğrudan Alman maddi hukuk hükümlerini mi yani Alman Medeni Kanununu mu uygulayacaktır yoksa Alman Kanunlar İhtilafı hükümlerini de dikkate alacak mıdır? Bu halde ilk görüş savunulursa doğrudan Alman maddi hukuku uygulanacaktır. Bu ilk görüş atfın kabul edilmemesi anlamına gelmektedir. İkinci görüşe göre Alman Devletler Özel Hukuku Kanununa bakılacak ve bu kanunun hangi ülke hukukunu yetkili kıldığına bakılacaktır. Bu ikinci görüş atfın kabul edilmesi anlamına gelmektedir.

Peki Türk hukukunda hangi esas geçerlidir. Yani Türk hukukunda atıf kabul ediliyor mu? Türk hukukunda atıf kabul ediliyorsa ne surette kabul ediliyor? Bu sorunun cevabı esasen MÖHUK m.2/f.3 hükmüdür.

MÖHUK m.2/f.3 hükmü uyarınca uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ve ihtilaflarda dikkate alınır. Dolayısıyla yukarıdaki sorunun cevabı: Evet Türk milletlerarası özel hukukunda atıf kabul edilmektedir. Ancak bu kabul tüm ihtilaflar değil, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflar bakımından geçerlidir. Kişinin hukuku ve aile hukukuna girmeyen ihtilaflarda atıf kabul edilmeyip doğrudan yetkili yabancı hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır.

Kişinin hukuku ve aile hukuku konularında atıf kabul edilmektedir. Peki bu hallerde nasıl ihtimaller ortaya çıkabilir. Yukarıda belirtildiği üzere Türk hâkimi ilgili kanunlar ihtilafı kuralına göre yetkili hukuku tespit edecektir. Bu yetkili hukuk Türk hukukuysa doğrudan Türk maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır. Bu yetkili hukuk yabancı bir devlet hukukuysa atfın uygulanabileceği bir halin var olup olmadığına bakılacaktır. Kişinin hukuku ve aile hukukuna ait ihtilaflarda atıf kabul edilmektedir. Yabancı hukuk yetkili kılınmış ve atfın kabul edildiği bir hal söz konusuysa bu halde yetkili kılınan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına bakılır. Buradan 3 seçenek çıkabilir:

1. Seçenek: Yabancı kanunlar ihtilafı kuralı, kendi hukukunu yetkili kılabilir. Artık bu halde bu yabancı devletin kendi maddi hukuk hükümleri uygulanır.
2. Seçenek- Yetkili kılınan yabancı hukuk, Türk hukukunu yetkili kılabilir. Buna iade atıf denir.
3. Seçenek-Yetkili kılınan yabancı hukuk, üçüncü bir devlet hukukunu yetkili kılabilir. Buna da devam eden atıf denir.

Peki iade ve devam eden atıflarda sonuç ne olacaktır? Yani iade atıf da Türk hukuku, İtalyan hukukunu yetkili kıldı. İtalyan hukuku da Türk hukukunu yetkili kıldı. Bu durum bu şekilde nereye kadar devam edecek? Aynı şekilde devam eden atıf da Türk hukuku, Alman hukukunu, Alman hukuku İspanyol hukukunu yetkili kıldı. Bunun

sonu ne olacak, bu atıf nerede duracaktır? Bu sorunun cevabı da yine MÖHUK m.2/f.3'te yer almaktadır. MÖHUK m.2/f.3 uyarınca atfın, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınacağı belirtildikten sonra "bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır" denilerek tek dereceli atıf kabul edilmiştir. Örnekle bu hususu kapatırsak;

Örnek 1: Türk kanunlar ihtilafı kuralı Macar hukukunu yetkili kıldı. Macar kanunlar ihtilafı kuralı da Türk hukukunu yetkili kıldı. Bu duruma iade atıf denir. Bu halde artık Türk hukukunun maddi hukuk hükümleri uygulanır. Ayrıca tekrardan Türk kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmaz.

Örnek 2: Türk kanunlar ihtilafı kuralları İsveç hukukunu yetkili kıldı. İsveç hukuku da Rus hukukunu yetkili kıldı. Bu duruma da devam eden atıf denir. Burada tekrardan Rus kanunlar ihtilafı kuralına bakılmaz ve doğrudan Rus maddi hukuk hükümleri uygulanır. Zira tek dereceli atıf kabul edilmiştir.

Atıf meselesinde değinilecek son husus MÖHUK m.2/f.4 hükmüdür. Buna göre uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır. Yani taraflara hukuk seçimi hakkı tanınan hallerde atıf uygulanmaz.

E. Yabancı Hukukun Uygulanması

Bağlama konusu ve noktası vasıflandırıldı. İlgili Türk Kanunlar ihtilafı kuralı gereğince yetkili hukuk tespit edildi. Atfın uygulanacağı bir hal söz konusuysa atıf uygulanarak, aksi halde doğrudan iç maddi hukuk hükümleri uygulanacak hukuk tespit edildi. Peki bu yetkili hukuk nasıl uygulanacak? Burada çeşitli yönleriyle bu konu anlatılacaktır.

1. Yabancı hukuk hâkim tarafından resen mi gözetilecek yoksa taraflarca getirilme ilkesi mi uygulanacaktır?

Türk hukukunda uygulanacak yabancı hukuk, bir "maddi vakıa" değil bir "hukuk" olarak kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da hâkim bu yetkili yabancı hukuku resen uygulayacaktır. HMK m.33 uyarınca hâkim, Türk hukukunu resen uygular. Esasen yetkili yabancı hukuk, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edildiğinden ve Türk kanunlar ihtilafı kuralları da Türk hukukunun bir parçasını oluşturduğundan HMK m.33 uyarınca uygulanacak yabancı hukuku da Türk hâkimi resen uygulamalıdır. Ancak tartışmalara mahal vermemek açısından bu esas MÖHUK m.2/f.1/c.1'de vurgulanmıştır. Buna göre hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygular.

2- Uygulanacak yabancı hukuk kuralları nasıl temin edilecektir?

Hâkimin hukuku bildiği faraziyesi geçerlidir. Ancak bu durum Türk maddi hukuku için geçerlidir. Türk hakiminin yabancı maddi hukuku bilmesi faraziyesi söz konusu olamaz. Bu halde yabancı hukuk nasıl temin edilecektir. Bu halde Dışişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı ile bu bakanlıklar bünyesinde yer alan müdürlüklerden, ilgili yabancı devletteki Türk konsolosluklarından yahut Türkiye'deki bu yabancı ülke konsolosluklarından yardım talebinde bulunulabilir. Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi" uyarınca taraf devletler, sözleşmeye taraf diğer devletlere bu konuda bilgi vermekle yükümlüdür. Son olarak MÖHUK m.2/f.1/c.2 uyarınca hâkim, yetkili yabancı hukukun içeriğinin tespitinde tarafların yardımını isteyebilir. Taraflara bu hükümle bir mükellefiyet yüklenmiştir. Ancak bu mükellefiyete rağmen hâkimin hukuku resen araştırma, temin etme ve uygulama görevi devam etmektedir.

3. Hâkim yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerini tespit edemezse ne olacaktır?

Esasen günümüz teknolojisinde böyle bir ihtimal düşüktür. Ancak bir ihtimal tüm araştırmalara rağmen yabancı hukukun olaya ilişkin hükümleri tespit edemezse artık hâkim, Türk hukukunu uygulayacaktır. (MÖHUK m.2/f.2)

4. Türk hâkimi, yabancı hukuku hangi kapsamıyla uygulayacaktır?

Hâkim, yabancı hukuku anayasası, kanunu, yönetmeliği vs. tüm hukuk kodlarıyla, yabancı devletin taraf olduğu milletlerarası anlaşmalarıyla, yargı kararlarıyla ve doktriniyle uygulayacaktır. Yani Türk hâkimi, kendisini yabancı ülke hakiminin yerine koyarak hareket edecektir.

5. Türk hâkimi, yabancı hukuku uygulamaz veya eksik ya da yanlış uygularsa bu durumun akıbeti ne olacaktır?

Yabancı hukukun uygulanmaması, yanlış uygulanması veya eksik uygulanması halinde bu durum BAM'da istinaf aşamasında ileri sürülebilecektir. Aynı şekilde temyiz aşamasında bu durum HMK m.371/f.1-a anlamında "hukukun yanlış uygulanması" oluşturacağından bir bozma sebebidir.

F. Kamu Düzeni

Kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilecek yetkili hukuk resen uygulanacaktır. Bu yabancı hukukun getirdiği hükümlerin, getirdiği düzenin Türk hukukundan farklı olması doğaldır. Ancak bazı hallerde bu farklılık Türk kamu düzenini ihlal eden bir ölçüye ulaşabilir. Bu hallerde MÖHUK m.5 uyarınca Türk kamu düzeni müdahalesi devreye girer ve Türk kamu düzenine aykırı olan yabancı hukuk uygulanmaz.

MÖHUK m.5 uyarınca yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanacak hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır.

Öncelikle MÖHUK m.5 anlamında kamu düzeninin ne olduğu ortaya konulmalıdır. Kamu düzeni kavramı Türk iç hukukunda da söz konusudur. Ancak MÖHUK m.5'de söz edilen kamu düzeni kavramı, iç hukuktaki kamu düzeninden farklıdır. MÖHUK m.5'de yer alan kamu düzeni kavramı daha dar yorumlanmalıdır. Bu durumu bir örnekle açıklayalım:

Örnek: Türk iç hukuku bakımından olağan evlenme yaşı 17'dir. Olaya uygulanan yabancı hukuk ise bu yaşı 15 veya 16 olarak kabul edebilir. Bu halde her ne kadar iç hukuk bakımından 17 yaşın altındaki evlilikler kamu düzenine aykırı olacaksa da bu durum MÖHUK m.5 anlamında Türk kamu düzeninin devreye girerek yabancı hukukun uygulanmasını engellemesine yol açmayabilecektir. Ama bu örnekte evlenme yaşının 12 olarak kabul edilmesi halinde bu durumun Türk kamu düzenine aykırı olacağı rahatlıkla söylenebilecektir.

Kamu düzeni tarifi yapılması, sınırları çizilmesi kolay olan bir kavram değildir. Ancak genel olarak kamu düzeni; hukuk sisteminin temel ilkeleri, anayasanın temel ilkeleri, kişisel hak ve özgürlüklere ilişkin temel ilkeler, toplumda geçerli olan örf ve adet kuralları vs. olarak ifade edilebilir. İşte bu temel ilke ve kurallara aykırılık da MÖHUK m.5 anlamında kamu düzenine aykırılık olacaktır.

Kamu düzeni istisnai bir karaktere sahiptir. Yani kamu düzenine aykırılık ancak istisnai olarak söz konusu olabilir ve yabancı hukukun ilgili Türk kamu düzenine aykırı hükmü uygulanmaz. Esas olan yetkili yabancı hukukun uygulanmasıdır. Yabancı hukuk elbette ki Türk hukukundan farklı esaslar içerebilir. Sırf yabancı hukuk, Türk hukukundan farklı esaslar içerdiğinden bahisle yabancı hukukun uygulanmayarak Türk hukukunun uygulanması söz konusu olamaz. Mevcut bir ihtilafta Türk hâkimi, yabancı hukuk hükmünü tüm yönleriyle değerlendirmeli ve Türk kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna ulaşırsa işte o zaman ilgili yabancı hukuk hükmünü uygulamamalıdır. MÖHUK m.5'te "Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde" ibaresi de bu istisnai karakterin kanuni düzenlemedeki bir ifadesidir.

Bu noktada hemen hemen tüm kitaplarda yer alan ve Yargıtay'ın önüne gelen bir örneğe değinmek istiyorum. Yargıtay'ın önüne gelen bu davada mahkeme, Türk kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili hukuk olarak İran hukukunu tespit etmiştir. İran dinler ve mezhepler arası kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca ise İran Musevi cemaati hukukunun uygulanması sonucuna ulaşılmıştır. İran Musevi cemaati hukuku uyarınca sağ kalan eşin miras hakkı

yoktur. Bu davada sağ kalan eşin miras hakkının olmamasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Yargıtay ise isabetli olarak bu durumun sadece miras hukuklarına ilişkin bir sistem farkı olduğunu ve kamu düzenine aykırı olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Burada dikkat edilmesi gereken husus sağ kalan eşin kadın veya erkek olmasına göre bir ayırım söz konusu değildir. Eğer böyle bir ayırım olsaydı bu durum cinsiyet eşitsizliği olarak Türk kamu düzenine aykırı kabul edilebilecekti.

Yabancı hukukun olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığında ilgili hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır. Dolayısıyla yabancı hukukun olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine aykırı olması halinde yabancı hukukun bir bütün olarak uygulanmayacağı sonucuna ulaşılamaz. Bu halde sadece yabancı hukukun ilgili hükmü uygulanmaz. Bunun yerine yabancı hukukun diğer hükümleri çerçevesinde bir çözüme ulaşılmaya çalışılır. Buna rağmen bir çözüme ulaşılamazsa Türk hukuku uygulanır.

G. Doğrudan Uygulanan Kurallar

Doğrudan uygulanan kurallar, devletin mali, ekonomik, sosyal ve politik yapılanmasını gerçekleştirmek amacıyla çıkarılmış olan kamu veya özel hukuktaki emredici mahiyetteki kurallardır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus tüm emredici kurallar değil, devletin mali, ekonomik, sosyal ve siyasal politikalarının gereği olan kurallardır. Bu kurallar ilgili oldukları konularda doğrudan uygulanırlar.

Devletlerin mali, ekonomik, sosyal ve siyasal politikalarını gerçekleştirmek için çıkardığı kuralların yabancılık unsuru içersin veya içermesin tüm uyuşmazlıklar bakımından doğrudan uygulanacağı milletlerarası özel hukukun genel bir kuralıdır. Dolayısıyla özel bir düzenlemeye de bu noktada gerek bulunmamaktadır. Ancak MÖHUK m.6'da yine de bu durum açık bir hükümle düzenlenmiştir. MÖHUK m.6 uyarınca "Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır."

Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları söz konusu olduğu alanlarda kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan yabancı hukuk uygulanamayacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus yabancı hukukun tamamıyla uygulanamayacağı gibi bir sonuca gidilmemesi gerektiğidir. Zira yabancılık unsuru içeren uyuşmazlığa uygulanan yabancı hukuk Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamı dışında kalan hususlarda uygulama alanı bulmaya devam edecektir.

Doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak devletin döviz kontrol kuralları, gümrük mevzuatı kuralları, yabancı istihdamına ilişkin kurallar, yabancıların taşınmaz edinmesine ilişkin kurallar örnek verilebilir. Aynı şekilde akıl hastası olan kişinin evlenmesinde tıbbi bir sakınca bulunmadığı resmi sağlık raporu ile anlaşılmadıkça evlenemeyeceğine ilişkin TMK hükmü ile hâkimin aşırı gördüğü cezai şartı indireceğine ilişkin TBK hükmü doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak verilebilir.

Doğrudan uygulanan kurallar üç şekilde söz konusu olabilir. Bunlardan ilki lex forinin yani Türk hukukunun doğrudan kurallarıdır. Bunlar burada da belirttiğim üzere milletlerarası özel hukukun genel ilkeleri çerçevesinde ve MÖHUK m.6 uyarınca yabancılık unsuru içersin veya içermesin tüm uyuşmazlıklar bakımından doğrudan uygulanır. İkincisi ise lex causae'nin doğrudan uygulanan kurallarıdır. Lex causae bir bütün olarak olaya uygulanacağından lex causae'nin doğrudan uygulanan kurallarının uyuşmazlığa uygulanması da esasen bu durumun gereğidir. Buna ilişkin ayrı bir hükme gerek yoktur. Son olarak üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları söz konusu olabilir. Üçüncü devletin hukukunun yani Türk hukuku ile esasa yetkili olan hukuk dışındaki hukukların doğrudan uygulanan kuralları ise kural olarak uygulanmaz. Bu durumun istisnası sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından MÖHUK m.31 hükmüdür. Bu hükmü ileride sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk kapsamında anlatacağım.

Son bir husus olarak kamu düzeni uygulaması ile doğrudan uygulanan kuralların arasındaki farka değinmek istiyorum. Birbirlerine benzer kurumlar olsalar da kamu düzeni ile doğrudan uygulanan kurallar arasındaki ciddi farklar vardır. Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukuk kural olarak uygulanır. Kamu düzeni istisnai bir karaktere sahip olup yabancı hukukun uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde yabancı hukukun uygulanmasını engeller ve gerek görülen hallerde Türk hukuku uygulanır. Ancak Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları söz konusu olduğunda doğrudan uygulanan kuralların kapsamıyla sınırlı olarak yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığı incelemesi yapılmadan isminden de anlaşılacağı üzere doğrudan uygulanırlar. Yani doğrudan uygulanan kurallarda yabancı hukuka bakılmaz bile. Fakat kamu düzeni uygulamasında yabancı hukuk olaya öncelikle bir uygulanır. Yabancı hukuk uygulandığında Türk kamu düzenine açıkça aykırı bir sonuç çıkıyorsa yabancı hukuk o halde uygulanmaz ve gerek görülürse Türk hukuku uygulanır. Sonuç olarak her iki halde de yabancı hukuk uygulanmaz. Ancak doğrudan uygulanan kurallarda en baştan uygulanmazken kamu düzeni uygulamasında ise uygulandığında Türk kamu düzenine açıkça aykırı olduğu zaman uygulanmaz. Öte yandan Türk kamu düzenine aykırılık halinde, kamu düzenine aykırı olan yabancı hukuk hükmü uygulanmayıp yabancı hukukun diğer kurallarıyla bir sonuca ulaşılmaya çalışılır. Gerek görülürse Türk hukuku uygulanır. Doğrudan uygulanan kurallar ise her halde uygulanır.

H. Ön Sorun

Yabancılık unsuru içeren bir uyuşmazlığın çözümü başka bir yabancılık unsuru içeren uyuşmazlığın çözümüne bağlı olabilir.

Örnek 1: İranlı A ile B arasında açılmış olan boşanma davasında A geçerli bir evliliğin olmadığını, çünkü Türkiye'de dini bir şekilde evlendiklerini iddia etmiştir. Bu durumda:

Asıl sorun: A ile B arasındaki boşanma davası.

Ön sorun: A ile B arasında şekil açısından geçerli bir evlilik olup olmadığı.

Örnek 2: Almanya'da oturan Alman vatandaşı A, Türkiye'de bulunan Fransız vatandaşı babası B'den nafaka talebinde bulunmuştur. B ise A ile aralarında kurulmuş bir soybağı ilişkisi olmadığını bu yüzden kendisinden nafaka talep edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu durumda:

Asıl sorun: A'nın, B'den nafaka talebi.

Ön sorun: A ile B arasında bir soy bağı ilişkisi olup olmadığı

Örnek 3: Rus vatandaşı A, arkasında bir malvarlığı ve İngiliz vatandaşı sağ kalan eş B ile evlatlığı Fransız C'yi bırakarak ölmüştür. Sağ kalan eş B, C'nin evlat edinilmesinde rızasının alınmadığı bu yüzden A ile C arasında geçerli bir evlatlık ilişkisinin olmadığını iddia etmiştir. C ise A ile B'nin amca çocukları olduğunu bu yüzden evliliklerinin batıl olduğunu iddia etmiştir.

Asıl sorun: A'nın mirasçılarının kimler olacağı ve miras payları.

Ön sorun 1: A ile C arasındaki evlat edinme ilişkisinin geçerli olup olmadığı.

Ön sorun 2: A ile C arasındaki evliliğin batıl olup olmadığı.

Tüm bu örneklerde hâkimin asıl uyuşmazlığı çözmesi ön sorun niteliğindeki uyuşmazlığı çözmesine bağlıdır.⁴⁶

Ön sorunun çözümünde iki ihtimal vardır.

⁴⁶ Gerek ön sorunda gerekse de bekletici sorunda asıl uyuşmazlığın çözümünden önce çözümü gereken bir mesele vardır. Ancak ön sorunda davayı gören mahkeme bizatihi bu meseleyi kendisi çözüme bağlarken bekletici meselede ise başka bir mahkemenin veya idari makamın kararı beklenmektedir. Bekletici mesele için Bkz.

1. *Çözüm:* Lex fori'nin yani Türk hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek hukuka göre çözüm. (Lex fori çözüm)
2. *Çözüm:* Lex causae'in yani asıl sorunun çözümünde yetkili hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek hukuka göre çözüm. (Lex causae çözüm)

Milletlerarası özel hukukta ön sorunun nasıl çözümlendirileceği, lex forinin mi yoksa lex causaenin mi kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümleneceği tartışmalıdır. Bir ön sorun probleminden bahsedebilmek için öncelikle asıl sorun bakımından uygulanacak hukukun yani lex causaenin yabancı hukuk olması gerekir. Lex causae Türk hukuku ise ön sorunun hangi ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözümleneceği problemi doğmaz. Lex causae yabancı hukuk olsa bile eğer lex fori yani Türk kanunlar ihtilafı kurallarının tayin ettiği hukuk ile lex causaenin kanunlar ihtilafı kurallarının tayin ettiği hukuk aynı ise yine ön sorun problemi doğmaz. Ön sorun problemi lex fori ile lex causae kanunlar ihtilafı kurallarının tayin ettikleri hukukların farklı olması halinde doğar.

Şimdi yukarıdaki ilk örneğe lex fori ve lex causae çözümleri uygulayalım.

Lex fori çözüm: Ön sorun A ile B arasındaki evliliğin geçerli olup olmadığıdır. MÖHUK m.13/f.2 uyarınca evlenmenin şekline yapıldığı ülke hukuku uygulanır. Yani Türk hukuku uygulanır. Türk hukuku uyarınca da geçersiz olacağından asıl sorun olan boşanma davası konusuz kalacaktır.⁴⁷

Lex causae çözüm: Boşanma sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna yani olayda İran hukukuna tabidir. Asıl soruna uygulanacak olan hukukun (lex causae) kanunlar ihtilafı kurallarına bakıldığında ise evliliğin şekline tarafların yine müşterek milli hukukunun yani İran hukukunun uygulandığı görülmektedir. Bu halde evlenme geçerli olacaktır. Bu yüzden hâkim boşanma davasını görecektir.

Gördüğümüz üzere ön sorunun lex fori veya lex causae kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözülmesi farklı hukukların uygulanmasını ve dolayısıyla ulaşılan sonucu değiştirebilmektedir. Yukarıdaki ikinci ve üçüncü örnekte de aynı sonuç çıkacaktır.

Ön sorunun lex fori kanunlar ihtilafı kurallarına göre mi yoksa lex causae kanunlar ihtilafı kurallarına göre mi çözüleceği konusunda MÖHUK'de bir hüküm bulunmamaktadır. Tıpkı bağlama konusunun vasıflandırılmasında olduğu gibi her olayda devletler özel hukuku hakkaniyeti gözetilerek bir çözüme ulaşılmalıdır. Ancak uygulamada çoğunlukla lex fori çözüm benimsenmektedir.

Ön sorunun daha önce yabancı mahkemede verilen bir kararla hüküm altına alınması ihtimali de değerlendirilmelidir. Bu halde asıl sorunun dava edildiği mahkemeden, ön sorun hakkındaki yabancı kararın kesin delil olarak tanınması veya ön sorun hakkındaki yabancı mahkeme kararı Türk mahkemelerinde bağımsız bir tanıma davasına konu yapılarak asıl meseleye bakan mahkemeden tanıma davasının bekletici mesele yapılması talep edilebilir.

Son olarak ön sorun hakkındaki yabancı mahkeme kararı tanınmış ise veya Türk mahkemesi tarafından ön sorun hakkında bir karar verilmişse bu tanıma kararı veya Türk mahkemesi tarafından ön sorun hakkında verilen karar kesin hüküm etkisine sahip olacaktır.

⁴⁷ Bu örnekte evlilik Türkiye'de gerçekleştiğinden lex fori çözüm ile de Türk hukukuna ulaşıldı. Ancak buradaki lex fori çözüm her zaman Türk hukuku olacak diye bir şey yok. Burada lex fori çözümden kasıt lex forinin kanunlar ihtilafı kuralları yani Türk kanunlar ihtilafı kurallarıdır. Örneğin taraflar Almanya'da evlenmiş olsalardı lex fori çözüm sonucu ulaşılan hukuk da MÖHUK m.13/f.2 uyarınca Alman hukuku olacaktır. Lex causae kanunlar ihtilafı için de aynı şey geçerlidir. Lex causae çözüm benimsenirken de illa ki esasa uygulanan hukuk ile ön soruna uygulanan hukuk aynı hukuk olmak zorunda değil. İran Kanunlar ihtilafı kuralları evlenmenin şekil bakımından geçerliliğini tarafların milli hukukuna değil de işlemin yapıldığı yer hukukuna bağlasaydı lex causae çözümle Türk hukuku sonucuna ulaşılacaktı.

SINAVA YÖNELİK AÇIKLAMALAR

Genel Prensipler fazla konudan oluşmadığı için hepsini de sorabilme ihtimalleri vardır. Ancak kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar konularına daha dikkat edilebilir. Özellikle kamu düzeni müdahalesi ile doğrudan uygulanan kurallar farkı Kürsünün önem verdiği bir konudur. Yani olay içinde bir kural verip sizden bunun olaya etkisini sorabilirler. Muhtemelen o kural hem doğrudan uygulanan kural olabilir hem de yabancı hukuk kuralı o kuraldan farklı olduğu için kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir. Olayda bunu tartışıp bir kendi düşüncenize bir sonuca varmanız gerekir. Bunun yanında yabancı hukukun uygulanması, atıf ve vasıflandırma konuları da sorulabilme ihtimali olan konulardandır.

KANUNLAR İHTİLAFI

1. BÖLÜM: GENEL KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

I. Hukuki İşlemlerin Şekli

Yabancılık unsuru içeren hukuki işlemlerde şeklin tabi olduğu hukuk genel olarak MÖHUK m.7'de düzenlenmiştir. MÖHUK m.7 uyarınca "Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir."

MÖHUK m.7 iki seçimlik bağlama noktası öngörmüştür. Hukuki işlemlerin geçerliliği için bu iki hukuktan en az birisine göre geçerli olması gerekir.

1.Seçimlik bağlama noktası: Hukuki işlemin yapıldığı ülke hukuku (LRA)

2.Seçimlik bağlama noktası: Hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukuk (Lex Causae)

Örnek: A ile B arasında Almanya'da bir sözleşme yapılmıştır. Ancak işlemin esasına uygulanacak olan hukuk, MÖHUK m.24'e göre Fransız hukuku ise hukuki işlemin geçerli olabilmesi için Alman ya da Fransız hukuklarından en az birisine göre şekle uygun olarak yapılmış olması gerekir. Hem sözleşmenin yapıldığı yer Almanya hem de MÖHUK m.24 uyarınca esasa yetkili hukuk Alman hukuku ise bu halde zorunlu olarak işlemin Alman hukukuna göre geçerli olması gerekir.

MÖHUK m.7'de açıkça "maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir." denildiğinden hukuki işlem kişiler ve aile hukukuna ilişkin olsa bile hukuki işlemin şekli bakımından atıf uygulanmayacak ve doğrudan yukarıdaki iki seçimlik bağlama noktasına göre ilgili devletin maddi hukuk hükümleri uygulanacaktır.

MÖHUK m.7 hukuki işlemlerin geçerlilik şeklini düzenlemektedir. Dolayısıyla ispat şekli MÖHUK m.7'ye değil Lex fori'ye yani Türk usul hukukuna tabidir.

MÖHUK m.7 uyarınca hukuki işlemlerin şekline uygulanacak hukukun kapsamına şu hususlar girer:

- İşlemin şekle tabi olup olmadığı
- İşlem şekle tabi ise nasıl bir şekle tabi olduğu yani şekil şartları
- Şekle aykırılık halinde ne olacağı yani şekle aykırılığın hukuki sonuçları.

MÖHUK m.7 hükmü şekle ilişkin genel bir kanunlar ihtilafı kuralı olup MÖHUK'te şekle ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralları yer almaktadır. Bu halde bu özel hükümler MÖHUK m.7'ye göre öncelikli uygulanacaktır.⁴⁸

II. Zamanaşımı

MÖHUK m.8 uyarınca zamanaşımı hukuki işlem veya ilişkinin esasına uygulanacak hukuka (lex causae) tabidir. Örneğin A ile B aralarında bir sözleşme yaptığında bu sözleşmeden doğan borca ilişkin zamanaşımı da MÖHUK m.24 uyarınca sözleşmeden borç ilişkisine uygulanacak hukuka tabidir. Aynı şekilde A tarafından B'ye karşı işlenen haksız fiilden doğan tazminat borcunun tabi olacağı zamanaşımı da MÖHUK m.34 uyarınca haksız fiilin esasına uygulanacak hukuka tabidir.

MÖHUK m.8 uyarınca zamanaşımına uygulanacak hukukun kapsamına şu hususlar girer.

⁴⁸ Örneğin evlenmenin şekline ilişkin m.13/f.2, yine m.26/f.2'deki şartlar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline ilişkin m.26/f.3 vs. çoğaltılabilir.

- Hukuki işlem veya ilişkinin zamanaşımına tabi olup olmadığı
- Zamanaşımı süresi
- Zamanaşımı süresinin başlangıcı, durması, kesilmesi ve sona ermesi
- Zamanaşımının sona ermesine bağlanan sonuçlar. Örneğin def'i mi itiraz mı olduğu.

Yabancı hukukun öngördüğü zamanaşımı süresinin Türk hukukundan farklı olması doğrudan kamu düzeni müdahalesini gerektirmez. Ancak esasa yetkili yabancı ülke hukuku zamanaşımı süresi öngörmemiş yahut çok kısa veya çok uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüşse bu halde MÖHUK m.5 uyarınca Türk kamu düzeni devreye girebilecektir. Bu halde yabancı hukuk uygulanmayarak Türk hukuku uygulanacaktır.

Zamanaşımına Türk hukukunun uygulandığı hallerde, davacının davasını zamanaşımı süresi içinde yabancı bir devlet veya hakem mahkemesinde açması ancak yabancı devlet veya hakem mahkemesinin kendisini yetkisiz sayması ve bu arada zamanaşımı süresinin sona ermesi durumunda yabancı devlet veya hakem mahkemesinde açılan davanın zamanaşımı süresini kesip kesmeyeceği tartışmalıdır. Farklı görüşler bulunmakla beraber Kürsü görüşü bu halde yabancı devlet veya hakem mahkemesinde dava açılmasının zamanaşımını keseceği yönündedir. Zira davacı yetkisiz yabancı bir mahkemede de olsa dava açarak dava açma iradesini göstermiştir.⁴⁹

MÖHUK m.8'de düzenlenen zamanaşımı dava zamanaşımı olup ilam zamanaşımı kararın verildiği ülke hukukuna tabidir. Yargıtay kararlarında yabancı ilamların Türk mahkemesinde tenfize konu yapılması veya hakkında tenfiz kararı verilmiş yabancı ilamların icraya konulması bakımından da MÖHUK m.8 hükmü uygulanmaktadır. Ancak Kürsü görüşüne göre bu halde kararın verildiği ülke hukukuna bakılmalıdır. Buna göre yabancı ülke mahkemesinden verilen kararın tenfizi istendiğinde kararın verildiği yabancı ülke hukukunun kararın tenfizi için bir zamanaşımı süresi öngörüp öngörmediğine bakılmalıdır. Aynı şekilde yabancı mahkeme kararının tenfizine ilişkin ilamın icrasına ilişkin zamanaşımı da Türk hukukuna tabidir. Zira icra edilecek olan karar Türk mahkemesinin tenfiz kararıdır. Bu halde İİK m.39 ve TBK m.156/f.2 uyarınca 10 yıllık zamanaşımı söz konusudur.

MÖHUK m.8'de düzenlenen zamanaşımı, belirli bir sürenin dolmasıyla taşınır veya taşınmaz bir eşya üzerinde aynı hak kazanılmasını sağlayan kazandırıcı zamanaşımından farklıdır. Kazandırıcı zamanaşımı aynı hakkın kazanılmasıyla ilgili bir husus olup MÖHUK m.21 hükmüne tabidir.

2. BÖLÜM: ÖZEL KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

I. KİŞİLER HUKUKUNA İLİŞKİN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

A. Ehliyet

1. Genel Olarak

Kişilerin hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuk MÖHUK m.9 hükmüyle düzenlenmiştir. Bu hükmün ilk 3 fıkrası gerçek kişilerin, 4. ve 5. fıkraları ise tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Dolayısıyla aşağıda bu ayrıma göre konu anlatılacaktır.

Hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukukun kapsamına şu hususlar girer:

- Hak ve fiil ehliyetlerinin ne zaman kazanılacağı yani başlangıcı,
- Hak ve fiil ehliyetlerinin içeriği ve fiil ehliyetinin derecelendirilmesi (tam ehliyetli, sınırlı ehliyetsiz, tam ehliyetsiz gibi),

⁴⁹ Bu tartışmaya sebep olan kanun hükmü TBK m.154/f.2 ve buradaki mahkeme ve hakem ibarelerinin yabancı mahkeme veya hakemi kapsayıp kapsamadığı noktasındadır.

- Hak ve fiil ehliyetlerinin kısıtlanması,
- Hak ve fiil ehliyetinin sona ermesi.

Hak ve fiil ehliyeti kişinin hukukuna ilişkin bir mesele olduğundan m.2/f.3 uyarınca atf dikkate alınacaktır. Ayrıca MÖHUK'de çeşitli hukuki ilişkiler bakımından özel ehliyet düzenlemelerine de yer verilmiştir. Bu hallerde özel hükümler öncelikli uygulanır.⁵⁰

2. Gerçek Kişilerin Hak ve Fiil Ehliyeti

a. Hak ehliyeti

Hak ehliyeti, kişinin hak ve borçlara sahip olabilme ehliyetidir. Hak ehliyeti, Türk hukuku bakımından gerçek kişilerin tam ve sağ doğması kaydıyla, ana rahmine düşmesi anından başlar ve ölüm, ölüm karinesi veya gaiplikle sona erer. Ancak başka hukuklar bakımından hak ehliyetinin başlangıcı için başka bir esas benimsenmiş olabilir. Keza hak ehliyetini sınırlandıran haller söz konusu olabilir. Yine hak ehliyetini sona erdiren başkaca haller söz konusu olabilir.

Bu noktada hak ehliyeti kural olarak ilgilinin milli hukuka tabidir. (MÖHUK m.9/f.1) Dolayısıyla tüm bu hususlar ilgilinin milli hukukuna göre tespit edilecek ve hak ehliyetine sahip olmadığı, sahipse kapsamı tayin edilecektir. Ancak unutulmamalıdır ki bu noktada Türk kamu düzenine aykırı olan yabancı hukuk hükümleri m.5 engeline takılacak ve uygulama alanı bulamayacaktır. Bu noktada Türk kamu düzenine aykırı sayılabilecek yabancı hukuk kurallarına iki örnek vermek istiyorum:

- Hak ehliyetini cinsiyet, ırk, din, esaret vb. gerekçelerle kısıtlayan yabancı hukuk hükümleri Türk kamu düzenine aykırıdır.
- Ömür boyu hapis cezası (medeni ölüm) halinde hak ehliyetinin sona ereceğini öngören yabancı hukuk hükmü Türk kamu düzenine aykırıdır.

Hak ehliyetinin ilgilinin hangi andaki milli hukukuna tabi olacağına ilişkin sabit bir statü belirlenmediğinden m.3 uyarınca dava tarihindeki milli hukuk esas alınacaktır.

Hak ehliyetini sona erdiren haller olan gaiplik ve ölmüş sayılma bakımından m.11'de özel düzenleme yapılmıştır. Buna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı, hakkında karar verilecek kişinin millî hukukuna tâbidir. (MÖHUK m.11/c.1) Esasen m.11'in ilk cümlesinde m.9/f.1'deki genel kural tekrar edilmiştir. 11. maddenin devamında ise hak ehliyetinin ilgilinin milli hukukuna tabi olacağına ilişkin m.9/f.1'e istisna getirilmiştir. Buna göre, millî hukukuna göre hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilemeyen kişinin mallarının Türkiye'de bulunması veya eşinin veya mirasçılardan birinin Türk vatandaşı olması hâlinde, Türk hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilir. Dolayısıyla MÖHUK m.11 uyarınca Türk hukukuna göre gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilebilmesi için 2 şart aranır.

1. Kişinin millî hukukuna göre hakkında gaiplik veya ölmüş sayılma kararı verilememesi gerekir.
2. Şu 3 durumdan en az birinin varlığı gerekir.
 - a. Kişinin mallarının Türkiye'de bulunması,
 - b. Eşinin Türk vatandaşı olması,
 - c. Mirasçılarından birinin Türk vatandaşı olması.

Hak ehliyeti birisi maddi hukuk diğeri usul hukuku olmak üzere iki konuda çok büyük önem teşkil eder. Bunlardan maddi hukuka ilişkin olanı mirasçı olabilmek için muhtelif hukuklarda genellikle mirasbırakanın ölümünde hak ehliyetine sahip olma şartı aranır. Bu noktada hak ehliyeti önem teşkil eder. Usul hukuku

⁵⁰ Örneğin ölüme bağlı tasarruf ehliyetine ilişkin m.20/f.5.

bakımından ise davada taraf olabilmek için taraf ehliyetine sahip olmak gerekir. Taraf ehliyeti de hak ehliyetine bağlanmıştır. Bundan dolayı taraf ehliyetine uygulanacak hukuk m.9 uyarınca belirlenecektir.

b. Fiil ehliyeti

Fiil ehliyeti kişinin kendi fiilleriyle hak elde edebilme ve borç altına girebilme ehliyetidir. Fiil ehliyetine sahip olabilmek için Türk hukuku bakımından ayırt etme gücüne sahip olabilmek, ergin olmak ve kısıtlı olmamak şeklinde üç şart söz konusudur. Erginlik de kural olarak 18 yaşın tamamlanmasıyla kazanılır. Bunun yanı sıra evlenmeyle kazanılan erginlik ve kazai erginlik de söz konusu olabilir. Kısıtlılık bakımından ise çeşitli haller kısıtlama sebebi olarak sayılmıştır. Buna göre ayırt etme gücü bulunmayanlar tam ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip kısıtlı veya küçükler sınırlı ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip olup kısıtlı olmayan erginler ise tam ehliyetlidir. Bunun yanı sıra sınırlı ehliyetli kategorisi de vardır. Ancak başka hukuklar, fiil ehliyeti bakımından başkaca esas ve şartlar öngörebilirler.

Bu noktada fiil ehliyeti kural olarak ilgilinin milli hukukuna tabidir. (m.9/f.1) Dolayısıyla kişinin fiil ehliyetine sahip olup olmadığı, kapsamı, sınırlandırılması, derecesi vb. tüm hususlar ilgilinin kural olarak milli hukukuna tabidir. Ancak uygulanan yabancı hukukun Türk kamu düzenine aykırı olan hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı unutulmamalıdır. Bu noktada örneğin kadının, bazı işlemleri yapabilmesini kocasının iznine bağlamak suretiyle fiil ehliyetini kısıtlayan yabancı hukuk hükümleri Türk kamu düzeni engeline takılacaktır.

Fiil ehliyetinin hangi andaki ilgilinin milli hukukuna tabi olacağına ilişkin sabit bir statü belirlenmediğinden m.3 uyarınca kural olarak ilgilinin dava tarihindeki milli hukuku uygulanacaktır. MÖHUK m.9/f.3 hükmünde erginlik yaşı bakımından bu duruma bir istisna getirilmiştir. Buna göre kişinin milli hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez. Bu durumu bir örnekle açıklayayım.

Örnek: Almanya'da erginlik yaşı 18, Fransa'da 22 olsun. Alman vatandaşı A, 19 yaşındayken yani erginken Fransız vatandaşlığına geçsin ve 21 yaşındayken bir davada taraf olsun. MÖHUK m.9/f.3 olmasaydı bu davada A'nın ergin olup olmadığı incelenirken m.9/f.1 ve m.3 uyarınca A'nın dava tarihindeki milli hukuku yani Fransız hukuku esas alınacaktı ve ehliyetsiz olduğu sonucuna ulaşılacaktı. Ancak m.9/f.3 hükmü çerçevesinde Alman vatandaşlığına göre kazanılan erginlik vatandaşlığın değişmesiyle sona ermeyeceğinden kişinin ergin olduğu sonucuna ulaşılacaktır.

Fiil ehliyetinin kısıtlanmasına ilişkin olan vesayet, kısıtlılık ve kayyımlik bakımından m.10'da özel bir düzenleme yer almaktadır. MÖHUK m.10'da vesayet ve kısıtlılık bakımından ikili bir ayırım yapılmıştır. Bu ayırım "vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebeplerine ilişkin hususlar" ve "vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan hususlar" şeklindedir. Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan hususlardan kasıt vesayetin yönetimine ilişkin hususlardır. Yani kısıtlının kişiliği, eğitimi, temsili, vasi ile vesayet ve denetim makamlarının yetki, görev ve sorumluluğuna ilişkin meselelerdir.

MÖHUK m.10/f.3 uyarınca şu iki husus doğrudan Türk hukukuna tabi kılınmıştır.

1. Kayyımlik
2. Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebepleri dışında kalan yani vesayetin yönetimine ilişkin hususlar.

Vesayet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya sona erdirilmesi sebeplerine ilişkin hususlar ise kural olarak ilgilinin milli hukukuna tabidir. (m.10/f.1) Bu hüküm m.9/f.1'deki genel kuralın tekrarıdır. MÖHUK m.10/f.2'ye göre ise yabancı millî hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi mümkün olmayan hâllerde bu kişinin mutad meskeni Türkiye'de ise Türk hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilebilir veya kaldırılabilir. Kişinin

zorunlu olarak Türkiye'de bulunduğu hâllerde de Türk hukuku uygulanır. Buna göre Türk hukuku uyarınca vesâyet veya kısıtlılık kararı verilebilmesi veya kaldırılabilmesi için iki şart aranır.

1. Yabancıнын millî hukukuna göre vesâyet veya kısıtlılık kararı verilmesi veya kaldırılması mümkün olmamalıdır.
2. Şu iki durumdan en az birinin varlığı gerekir:
 - a. Kişinin mutad meskeni Türkiye'de olmalıdır.
 - b. Tutuklama ve tedavi gibi nedenlerle kişinin zorunlu olarak Türkiye'de bulunması gerekir.

Fiil ehliyetinin ilgilinin milli hukukuna tabi olduğuna ilişkin genel kurala m.10 dışında getirilen ikinci istisna m.9/f.2'de düzenlenen ve işlem güvenliği prensibi olarak ifade edilen durumdur.⁵¹ Buna göre, millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır.

İşlem güvenliği prensibinin devreye girebilmesi için 4 şart gereklidir.

1. Kişinin milli hukukuna göre ehliyetsiz olması gerekir. Aksi halde zaten m.9/f.1'de yer alan genel kural gereği kişi milli hukukuna göre ehliyetli olduğundan ayrıca işlem güvenliği prensibinin devreye girmesine gerek olmayacaktır.
2. İşlemin yapıldığı ülke hukukuna göre kişinin ehil olması gerekir.
3. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler dışında bir durum söz konusu olmalıdır. MÖHUK m.9/f.2'de aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bakımından açıkça işlem güvenliği prensibinin işlemeyeceği belirtilmiştir.
4. MÖHUK m.9/f.2 hükmünde açıkça belirtilmese de bu hükmün getiriliş amacı işlem güvenliğini sağlamak ve diğer tarafın güvenliğini korumaktır. Bundan dolayı da işlem güvenliği prensibinin devreye girebilmesi için işlemin diğer tarafının, kişinin ehliyetli olmadığını bilerek hareket etmemesi gerekir.

Örnek: Erginlik yaşı Almanya'da 18, Fransa'da 24 olsun. A ile 21 yaşındaki Fransız B arasında bir satış sözleşmesi yapılmıştır. Bu olayda her ne kadar B kendi milli hukukuna göre ehil olmasa da m.9/f.2 uyarınca işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil olduğundan yaptığı işlemle bağlıdır. Ancak A, B'nin ehil olmadığını biliyorsa işlem güvenliği prensibi devreye girmez.

Fiil ehliyeti, usul hukuku bakımından da önem taşır. Taraf olunan bir davada kişinin bizzat işlem yapabilmesi için dava ehliyetine sahip olması gerekir. Dava ehliyeti de fiil ehliyetine bağlanmıştır. Bundan dolayı dava ehliyeti de m.9 uyarınca belirlenecektir.

3. Kişi veya Mal Topluluklarının Hak ve Fiil Ehliyeti

Çeşitli hukuklarda tüzel kişiliğe sahip olan veya olmayan kişi veya mal toplulukları söz konusudur. Esasen Türk hukukunda da bu şekilde kişi veya mal toplulukları söz konusu olmakla beraber tüzel kişiliği olmayan kişi veya mal topluluklarının hak veya fiil ehliyetinden bahsedilemez. Ancak başkaca hukuk düzenlerinde kişi veya mal topluluklarına hak veya fiil ehliyeti tanınmış olabilir. Örneğin hak veya fiil ehliyeti bulunan adi ortaklıklar ve Anglo-Sakson hukukunda söz konusu olan "Trust" denilen yapılar bu duruma örnek verilebilir.

⁵¹ İşlem güvenliği prensibine 1861 tarihli meşhur Lizardi kararına dayanmaktadır. Meksika vatandaşı olan 21 yaşındaki Lizardi Paris'te mücevher almış ve bedeli talep edildiğinde ise milli hukuku olan Meksika hukukunda erginlik yaşının 25 olduğunu ileri sürmüştür. Fransız Yüksek Mahkemesi ise Lizardi'nin Fransız hukukuna göre ehil ve Fransız satıcının iyi niyetli olmasından bahisle Lizardi'nin talebini reddetmiştir.

MÖHUK m.9/f.4-5'de kişi veya mal toplulukları bakımından "statüsü bulunan" ve "statüsü bulunmayan" ayrımı yapılmıştır. Statüden kasıt şirketler bakımından ana (esas) sözleşme, dernekler bakımından dernek tüzüğü, vakıflar bakımından ise vakıf senedi vs. dir.

1. *İhtimal*: Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiili idare merkezi hukukuna tâbidir. (m.9/f.5)

2. *İhtimal*: Statüsü bulunan tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, kural olarak statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde Türk hukuku da uygulanabilir. Hâkime fiili idare merkezini uygulayıp uygulamama konusunda bir takdir yetkisi tanınmıştır. Ancak hâkim, fiili idare merkezi Türkiye'de değilse fiili idare merkezi hukukunu uygulayamaz. Bu halde statüdeki idare merkezini uygulamak zorundadır. Fiili idare merkezinin Türkiye'de bulunması halinde ise hâkim, Türk hukukunu veya statüdeki fiili idare merkezi hukukunu uygulamak konusunda takdir yetkisine sahiptir. Hâkim bu takdir yetkisini milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti çerçevesinde kullanmalıdır.

Kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetiyle ilgili son husus ise bunlar bakımından da m.9/f.2'deki işlem güvenliği prensibinin uygulanıp uygulanmayacağıdır. Bu konu tartışmalı olmakla beraber Kürsü görüşü uygulanması gerektiği yönündedir. Yargıtay kararları da bu yöndedir.

B. Ad ve Soyadı Değişikliği ile Cinsiyet Değişikliği

Ad ve soyadı değişikliğine uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK'de özel bir kanunlar ihtilafı kuralı mevcut değildir. Kişinin ad ve soyadı değişiklikleri doğum, evlenme, boşanma ve evlat edinme gibi hukuki ilişkilerle olabilmektedir. Bu hallerde ilgili hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk ad ve soyadı değişikliğine de uygulanır. Bundan bağımsız olarak bir ad ve soyadı değişikliği söz konusuysa ilgilinin milli hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir. Cinsiyet değişikliğine de yine ilgilinin milli hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir.

Yargıtay'ın genel yaklaşımı da bu yönde olmakla beraber bazı hallerde ad ve soyadı değişikliği taleplerinde Türk kamu düzenini devreye sokmaktadır. Buna örnek olarak evlenen kadının, erkeğin soyadını kullanmak zorunda olduğuna ancak bununla beraber kendi soyadını da kullanabileceği şeklindeki yaklaşımı yahut erkeğin kadının soyadını alamayacağı şeklinde yaklaşımını verebiliriz.

II. AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

A. Nişanlanma

1. Genel Olarak

Yabancılık unsuru içeren nişanlanma ilişkilerine uygulanacak hukuk MÖHUK m.12'de düzenlenmiştir. Nişanlanma, nişanlanacak tarafların evlenme konusunda yaptıkları karşılıklı bir vaattir. Nişanlanma çeşitli hukuk sistemlerinde farklı şekilde nitelendirilmektedir. Nişanlanma Türk hukukunda bir aile hukuku ilişkisi olarak kabul edilirken, Fransız hukukunda nişanın bozulması şartları varsa haksız fiili, İngiliz hukukunda ise nişanlanma sözleşmesel bir borç ilişkisi olarak kabul edilmektedir. Vasıflandırma *lex fori*ye yani Türk hukukuna göre yapılacak ve bir aile hukuku ilişkisi olarak vasıflandırılacaktır.

MÖHUK m.12/f.1'de nişanlanma ehliyet ve şartlarına, 2.fıkra ise nişanlanmanın hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuka ilişkin düzenleme yapılmıştır. Nişanlanmanın şekline ilişkin özel bir hükme yer verilmediğinden m.7 burada uygulama alanı bulacaktır. Nişanlanma bir aile hukuku ilişkisi olduğundan m.2/f.3 uyarınca atıf dikkate alınacaktır.

2. Nişanlanma Ehliyet ve Şartları

MÖHUK m.12/f.1 uyarınca "Nişanlanma ehliyeti ve şartları taraflardan her birinin nişanlanma anındaki milli hukukuna tabidir."

Nişanlanma ehliyeti ve şartları için bağlama noktası olarak "milli hukuk" seçilmiştir. Ancak nişanlanma ehliyet ve şartları için "taraflardan her birinin" milli hukuku uygulanır. Dolayısıyla nişanlanan taraflardan birinin milli hukukuna göre nişanlanma geçerliken diğerinin milli hukukuna göre geçersiz olabilir. Doktrinde bu noktada bu sorunun önüne geçebilmek için taraflardan her ikisinin milli hukukunda aranan koşullara riayet her iki taraf için de aranılması gerektiği savunulmaktadır. Ancak doktrindeki bir diğer görüşe göre ise maddenin gerek lafzı gerekse de ruhu bu yoruma engel teşkil etmektedir. Nişanlanma ehliyeti ve şartları "nişanlanma anındaki" taraflardan her birinin milli hukukuna tabi olduğundan MÖHUK m.3 hükmü çerçevesinde dava tarihindeki milli hukuk dikkate alınmaz.

3. Nişanlanmanın Hüküm ve Sonuçları

Nişanlanmanın hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuk MÖHUK m.12/f.2'de düzenlenmiştir. Nişanlanmanın hüküm ve sonuçları için bağlama noktası olarak kademeli bir tercih yapılmıştır. Buna göre öncelikle tarafların müşterek milli hukukuna, müşterek milli hukuk yoksa Türk hukukuna bakılacaktır.

Nişanlanma ehliyet ve şartlarından farklı olarak nişanlanmanın hüküm ve sonuçları için MÖHUK m.12/f.2'de "nişanlanma anındaki milli hukuk" denilmediğinden MÖHUK m.3'deki genel esas burada uygulanacaktır. Bunun sonucu olarak nişanlanmanın hüküm ve sonuçlarına dava tarihindeki müşterek milli hukuk uygulanacaktır.

Nişanlanmanın hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukukun kapsamına şu hususlar girer.

- Nişanlanmanın bozulmasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talepleri ile hediyelerin iadesi,
- Nişanlanmanın evliliğe zorlayıcı bir hukuki karakter taşıyıp taşımadığı,
- Nişandan rücu.

Nişanlanmanın evliliğe zorlayıcı bir hukuki karakteri olduğunu kabul eden yabancı hukuk kuralı Türk kamu düzenine aykırı kabul edilerek uygulanmayacak ve gerek görülen hallerde Türk hukuku uygulanacaktır.

B. Evlenme

1. Genel Olarak

Yabancılik unsuru taşıyan evlilik ilişkilerine uygulanacak hukuk MÖHUK m.13 hükmüyle düzenlenmiştir. Uygulanacak hukuka geçmeden önce evliliğin ne olduğu açıklanmalıdır. Evliliğin ne olduğu bir vasıflandırma problemidir. Vasıflandırma genel olarak lex foriye göre yapılmaktadır. Türk hukukunda Avrupa hukuklarından farklı olarak evlilik benzeri birlikte yaşam modelleri denilen hukuki ilişkiler mevcut değildir. Ancak söz konusu evlilik benzeri birlikte yaşam modeli evlilik olarak vasıflandırılabilir ölçüde sıkı bir ilişki kuruyorsa bu model de evlilik olarak vasıflandırılır ve m.13 hükmüne tabi olur. Ancak eğer bu model evlilik olarak vasıflandırılmıyorsa yani esnek bir yapıysa m.13 hükmünün kapsamına girmeyecektir.

2. Evlenme Ehliyet ve Şartları

MÖHUK m.13 uyarınca yabancılik unsuru içeren uyumsuzluklarda evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki milli hukukuna tabidir. Evlenme ehliyet ve şartları bakımından bağlama noktası olarak milli hukuk seçilmiştir. Ayrıca evlenme ehliyet ve şartlarına "taraflardan her birinin" milli hukuku uygulanır. Dolayısıyla erkek bakımından kendi milli hukuku, kadın bakımından ise yine kendi milli hukukuna göre evlenme ehliyet ve şartları değerlendirilecektir.

Evlenme ehliyeti ve şartları esasen evlenme ehliyeti ve evlenme engelleri olarak anlaşılabilir. Zira evlenme şartının varlığının gerekli olması, ters ifadesiyle yokluğunun bir evlenme engeli oluşturmaktadır. Örneğin; belli derecede yakın hısımlığın olmaması bir evlenme şartıdır. Ters ifadeyle belli derecede yakın hısımlığın varlığı evlenme engelidir.

Evlenme ehliyeti; evlenme yaşı, ayırt etme gücü ve kısıtlılığın evlenmeye etkisi noktalarından incelenebilir. Türk hukukunda olağan evlenme yaşı 17, olağanüstü evlenme yaşı ise 16'dır. Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar ise evlenemez. Evlenme yaşına erişmiş olan küçükler ile kısıtlılar ise ancak yasal temsilcilerinin izniyle evlenebilir. Fakat yabancı kişinin milli hukuku ehliyet bakımından Türk hukukundan farklı esaslar öngörebilir. Bu halde yabancı hukukun, sırf Türk hukukundan farklı ehliyet şartları öngörmesi nedeniyle uygulanmaması söz konusu olamaz. Ancak eğer yabancı hukukun öngördüğü bu farklılıklar Türk kamu düzenine açıkça aykırılık ölçüsündeyse ilgili yabancı hukuk kuralı uygulanamayacaktır. Örneğin evlenme yaşı olarak 11 yaşını kabul eden bir yabancı hukuk hükmünün uygulanması düşünülemez. Bu halde yabancı bu hukukta yer alan evlenme ehliyetine ilişkin bu hüküm m.5'de yer alan Türk kamu düzenine aykırılık engeline takılacaktır.

Evlenme engelleri de yine çeşitli hukuk sistemlerinde farklılık arz edebilir. Türk hukuku bakımından evlenme engelleri olarak şunlar sayılabilir.

- Tarafların aynı cinsiyette olmaları (TMK m.124)
- Belli derecede yakın kan veya kayın hısımlığı (TMK m.129)
- Önceki evlilik (TMK m.130-131)
- Kadın için bekleme süresi (TMK m.132)
- Akıl hastalığı (TMK m.133)
- İrade sakatlığının bulunmaması
- Bazı bulaşıcı hastalıkların varlığı (Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m.122-124)

Yabancı hukukta Türk hukukunda evlenme engeli olarak sayılmayan bir hususun evlenme engeli olarak sayılması yahut Türk hukukunda sayılan bir evlenme engelinin bu yabancı hukukta evlenme engeli olarak sayılmaması mümkündür. Bu halde kural olarak yine yabancı hukuk uygulanacaktır. Zira hukuklardaki farklılıklar kanunlar ihtilafı kurallarının varlık sebebidir. Ancak yabancı hukuktaki evlenme engelleri bakımından bu farklılığın Türk kamu düzenini açıkça ihlal etmesi halinde yabancı hukukta yer alan bu hüküm MÖHUK m.5 uyarınca Türk kamu düzeni engeline takılır ve uygulanmaz. Türk kamu düzenine aykırılığa ilişkin bazı örnekler vermek istiyorum:

Örnek1: Yabancı hukukta mevcut evliliğin bir evlenme engeli olarak sayılmaması Türk kamu düzenine aykırılık teşkil eder. Zira çok eşlilik Türk kamu düzenini ihlal edici mahiyettedir.

Örnek2: Yabancı hukukun kardeşler arasında veya altsoy-üstsoy arasında evliliği yasaklamaması durumu da Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Ancak Türk hukukunda hısımlığın evlenme engeli oluşturduğu başkaca haller de vardır. Türk hukukunda amca-dayı-hala-teyze ve yeğenler ile evlilik sona ermiş olsa bile eşlerden biri ile diğerinin altsoy ve üstsoy arasında evlenme engeli söz konusudur. Ancak bu halde yabancı hukukta bu durumun evlenme engeli oluşturmaması halinde Türk kamu düzenine aykırılık engeline takılmayacağı savunulabilir.

Örnek3: Aynı cinsten olan kişilerin evlenmesine izin veren yabancı hukuk hükmünün de Türk kamu düzenine aykırılık engeline takılacağı Türk doktrin ve uygulamasında kabul edilmektedir.

Örnek4: Evlenmeye engel teşkil eden bulaşıcı hastalıkları evlenme engeli olarak saymayan yabancı hukuk kuralı da Türk kamu düzenine aykırıdır.

Örnek5: Din, dil, ırk, renk, mezhep vb. konulardaki farklılıkları evlenme engeli sayan yabancı hukuk kuralları da Türk kamu düzenine aykırılık engeline takılacaktır.

Bu noktada örnekler çoğaltılabilir. Bazı hususların Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Burada daha çok Kürsü görüşleri yansıtılmaya çalışılmıştır.

Doktrinde evlenme engelleri tek taraflı-çift taraflı evlenme engeli olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre evlenecek eşlerden birinin evlenecek eşlerden birinin hukukuna göre var olan evlenme engeli diğer taraf için de evlenme engeli oluşturuyorsa iki taraflı evlenme engelinden bahsedilir. Bu noktada yakın hısımlık, akıl hastalığı, önceki evlilik, bulaşıcı hastalık ve eşlerin ayrı cinsten olması iki taraflı evlenme engeli olarak sayılmaktadır. Doktrindeki diğer bir görüşe göre isabetli olarak böyle bir ayrıma gerek olmayıp, bu durum yukarıda belirtilen kamu düzeni çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Örnek: Alman vatandaşı A ile Türk vatandaşı B evlenmek istemektedirler. A, bulaşıcı hastalık barındırmaktadır. Alman hukukunda ise bulaşıcı hastalığın evlenme engeli olarak sayılmadığını varsayalım. Birinci görüşe göre bu halde çift taraflı bir evlenme engeli söz konusu olduğundan Türk hukukundaki bulaşıcı hastalığın evlenme engeli olması her iki taraf için de uygulanır. İkinci görüşe göre "tarafardan her birinin" milli hukukuna bakılacağından Alman vatandaşının kural olarak Türk hukukundaki şartlara tabi olması beklenemez. Ancak zaten böyle bir durum Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceğinden ilgili yabancı hukuk kuralı uygulanmayarak Türk hukuku uygulanacaktır.

Evlenme ehliyet ve şartlarının yanı sıra evlenme ehliyet ve şartlarına aykırılığın yaptırımı ve sonuçları da ihlal edilen ülke hukukuna tabi olacaktır. Örneğin akıl hastalığı olmasına rağmen Türk vatandaşı A'nın evlenmesi halinde bunun yaptırımı Türk hukukuna tabi olacaktır. Bu halde de evlilik mutlak butlanla sakat olacaktır. Her iki ülke hukuku da ihlal edilmişse daha ağır yaptırımı öngören ülke hukuku esas alınır. Örneğin, evlenme eşlerden birinin milli hukukuna göre mutlak butlanla diğerinin milli hukukuna göre ise nisbi butlanla sakat ise evlenme mutlak butlanla sakat olur. Aynı şekilde evlenme eşlerden birinin milli hukukuna göre yoklukla sakat diğerine göre ise butlanla sakatsa evlenme yok hükmünde olacaktır.

Evlenme ehliyet ve şartları bakımından evlenme anı sabit bir statü olarak belirlenmiştir. Evlenme bir aile hukuku ilişkisi olduğundan atıf dikkate alınacaktır.

3. Evlenmenin Şekli

a. LRA kuralına göre yapılan evlenmeler

Evlenmenin şekline uygulanacak hukuk özel olarak MÖHUK m.13/f.2'de düzenlenmiştir. MÖHUK m.13/f.2 uyarınca evlenmenin şekline yapıldığı yer hukuku (LRA) uygulanır.

MÖHUK m.13/f.2 uyarınca kural olarak Türkiye'deki evlenmeler Türk hukukuna tabi olacaktır. Yine yabancı ülkelerde yapılan evlenmelerde şekil bakımından ilgili yabancı ülke hukukuna bakılacaktır. Bu noktada evlenecek olan kişilerin Türk veya yabancı olmasının bir önemi yoktur. Önemli olan evlenmenin yapıldığı yer hukukuna göre geçerli bir evliliğin olup olmadığıdır. Ayrıca evlenmenin yapıldığı yer hukukunun dini veya resmi nikah öngörmesi de önem taşımamaktadır.

Evlendirme Yönetmeliği m.11/f.1 uyarınca "Yurtdışında Türk vatandaşı kadın ve erkek veya bir Türk vatandaşı ile bir yabancı, bulundukları ülkenin evlendirmeye yetkili makamları huzurunda evlenebilirler. Böyle bir evlenme, Türk mevzuatına aykırı olmaması şartıyla Türkiye'de de geçerlidir." Kürsü görüşüne göre bu maddede geçen "Türk mevzuatı" tabirinin kapsamına Türk milletlerarası özel hukuk kuralları da gireceğinden ve MÖHUK m.13/f.2 uyarınca evlenmenin şekline, evliliğin yapıldığı yer hukuku uygulanacağından yabancı ülkede yapılan evliliğin ilgili yabancı devlet hukukuna uygun şekilde yapılması yeterlidir.

b. Konsolosluk evlenmeleri

Evlenmenin şekline yapıldığı ülke hukukunun uygulanacağı kuralının tek istisnası konsolosluk evlenmeleridir.

Evlendirme yönetmeliği m.12/f.2 uyarınca “Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancı kendi milli kanunları yetki vermiş olduğu takdirde, o devletin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde evlenme yapabilecekleri gibi yetkili Türk makamları önünde de evlenebilirler.” Bu hüküm Türkiye’de yabancının isterse yetkili Türk makamları isterse de bazı şartlarla kendi devletinin Türkiye’deki temsilcilikleri önünde evlenebileceklerini düzenlemektedir. Esasen ilk durum zaten MÖHUK m.13/f.2 hükmünün gereğidir. Ancak ikinci halde yani yabancı devletin Türkiye’deki temsilciliği önünde yapılan evlenmeler bu genel kurala istisna getirmektedir. Türkiye’de yabancı devlet temsilciliği önünde evlenebilmek için şu şartlar gereklidir.

- 1- Aynı devlet vatandaşı olan iki yabancının varlığı
- 2- Kendi milli kanunlarının bu yetkiyi vermesi
- 3- O yabancı devletin yetkili temsilcisi önünde evlenme yapılması.

Yabancı ülkedeki Türk vatandaşlarının yetkili Türk görevlileri önünde evlenebilmelerinin şartları da Yönetmelik m.10’da düzenlenmektedir. Buna göre şu şartlar gereklidir:

- 1- İlgili yabancı ülke mevzuatının buna izin vermesi
- 2- Eşlerden ikisinin de Türk vatandaşı olması
- 3- Misyon şefi olan büyükelçi veya başkonsolosun yahut Dışişleri Bakanlığının yetki verdiği görevliler önünde evlenme yapılması.

4. Evliliğin Genel Hükümleri

MÖHUK m.13/f.3 uyarınca evliliğin hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuk kademeli bir şekilde belirlenmiştir. Buna göre evliliğin hüküm ve sonuçları sırasıyla şu hukuka tabi olacaktır.

- 1- Eşlerin müşterek milli hukuku,
2. Müşterek milli hukuk yoksa, müşterek mutad mesken hukuku,
3. Müşterek milli veya mutad mesken hukuku yoksa Türk hukuku.

Evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukukun kapsamına şunlar girer:

- Eşlerin hak ve yükümlülükleri,
- Evlilik birliğinin temsili,
- Evlenmenin kişileri statülerine, örnek soyadına etkisi,
- Eşlerin aile konutu üzerindeki hakları,

Evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuk olarak müşterek milli hukuk veya mutad meskeni hukukunun uygulandığı hallerde hükümde sabit bir statüye yer verilmediğinden m.3 uyarınca dava tarihindeki milli hukuk veya mutad mesken hukuklarına bakılacaktır. Evlenme bir aile hukuku ilişkisi olduğundan m.2/f.3 uyarınca evliliğin hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukukun tespitinde atıf dikkate alınarak ilgili devlet hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına bakılacaktır.

C. Boşanma ve Ayrılık

Evliliği sona erdiren bir hal olan boşanma ve evliliği sona erdirmese de ortak hayata belli bir süre ara verilmesine ilişkin olan ayrılığa uygulanacak hukuk m.14’te düzenlenmiştir.

Boşanma ve ayrılık sebebi ve hükümlerine uygulanacak hukuk m.14'te kademeli olarak belirlenmiştir. Buna göre boşanma ve ayrılık sebeplerine ve hükümlerine sırasıyla şu hukuk uygulanır:

- 1- Eşlerin müşterek milli hukuku,
- 2- Eşlerin müşterek milli hukuku yoksa, müşterek mutad mesken hukuku,
- 3- Müşterek milli veya mutad mesken hukuku yoksa Türk hukuku.

Boşanmaya ve ayrılığa uygulanacak hukuk belirlenirken m.3 uyarınca dava tarihindeki müşterek milli veya mutad mesken hukukları esas alınır. Yine boşanma ve ayrılık aile hukukuna ilişkin meseleler olduğundan m.2/f.3 uyarınca atıf uygulanacak ve yetkili hukukun kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınacaktır.

Boşanmaya veya ayrılığa uygulanacak hukukun kapsamına boşanma ve ayrılığın sebep ve koşullarına, bunlara ilişkin dava açma sürelerine, boşanmadan kaynaklanan tazminat taleplerine ve ayrılık ve boşanmanın sonuçlarına ilişkin tüm hususlar girer.

Boşanma veya ayrılığa bağlı sonuçlardan birisi de velayet ve buna bağlı meselelerdir. MÖHUK m.13/f.3'te bunların da boşanma veya ayrılığa uygulanacak hukuka tabi olduğu açıkça belirtilmiştir. Ancak velayet meselesi başta 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu Sözleşmesi olmak üzere milletlerarası sözleşmelerle düzenlendiğinden bu hükmün uygulama alanı pek yoktur. Bu noktada Yargıtay'ın yabancı hukuklardaki müşterek velayete ilişkin hükümleri Türk kamu düzenine aykırı gördüğünü de belirtiyim. Boşanma ve ayrılık halinde eşler arasındaki nafaka talepleri de MÖHUK m.14/f.2 uyarınca boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka tabidir.

MÖHUK m.14/f.4 uyarınca boşanma davası esnasındaki geçici tedbir taleplerine ise Türk hukuku uygulanır. Ancak bu noktada boşanma davası esnasında ileri sürülen dava sonuna kadarki süreçteki geçici nafaka taleplerinin hangi hukuka tabi olacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu halde MÖHUK m.14/f.4 gereği Türk hukuku uygulanır. Diğer görüşe göre ise bu halde ileride nafaka bahsinde anlatılacak olan La Haye sözleşmeleri hükümleri uygulanır. Bu konuda nafaka bahsinde daha detaylı açıklama yapılacaktır.

Başta kişinin hukuku ve aile hukuku olmak üzere tüm kanunlar ihtilafı kurallarında olduğu gibi uygulanan yabancı hukuk hükümlerinin Türk kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Bu noktada boşanma yasağı öngören bir yabancı hukuk kuralının Türk kamu düzenine aykırı olacağının kabulü gerekir. Aynı şekilde eşler arasında ırk vb. gerekçelerle ayırım gözetilen yabancı hukuk hükümleri de yine Türk kamu düzenine aykırı olacaktır. Bu bağlamda örnekler çoğaltılabilir.

MÖHUK m.14'te boşanmanın şekline uygulanacak hukuka ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bu noktada MÖHUK m.7'nin uygulanacağı savunulmaktadır. Ancak esasen bu tanımayla ilgili bir problemidir. Örnek verirsem bazı ülkelerde belediyelerin boşanma kararı verme yetkisi var. Bu durumda bu belediyelerin kararlarının tanınmasıyla ilgili bir problemidir. Yine İslam hukuku esaslarının uygulandığı ülkelerde talak denilen erkeğin tek taraflı boşama yetkisi söz konusudur. Ancak bu halde yabancı adli veya idari makamların kararlarına ilişkin bir tanıma davası değil de, bu boşanmaların gerçekleştiğine ilişkin bir tespit davası da açılabilir. Bu halde MÖHUK m.7'nin devreye girmesi söz konusu olur.

D. Evlilik Malları

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk MÖHUK m.15'de düzenlenmiştir. MÖHUK m.15'de eşlere iki ayrı seçim imkânı tanınmıştır.

1. Seçim imkânı: Taraflar öncelikle evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebilirler. (m.15/f.1/c.1) Burada evlenme anı sabit bir statü olarak belirlendiğinden m.3 uygulama alanı bulmaz. Hukuk seçimi açık olmalıdır. Taraflar evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini seçebilme imkanına sahiptir. Ayrıca mutad mesken veya milli hukuk bakımından müşterek olma şartı aranmamıştır.

Dolayısıyla erkeğin milli hukuku, erkeğin mutad mesken hukuku ve kadının milli hukuku ve kadının mutad mesken hukuku olmak üzere 4 seçenek vardır.

2.Seçim imkânı: Taraflar ayrıca sonradan yeni bir müşterek hukuka sahip olurlarsa, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla bu yeni hukuka da tabi olabilirler.

Eşlerin hukuk seçiminde bulunmaması halinde uygulanacak hukuk m.15/f.1/c.2'de belirtilen objektif bağlama kurallarına göre tayin edilir. Buna göre uygulanacak hukuk sırasıyla:

1. Eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku,
2. Evlenme anındaki müşterek milli hukuk yoksa, evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku,
3. Eşlerin evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku veya müşterek milli hukuku yoksa Türk hukuku uygulanır.

Bu halde evlenme anı sabit bir statü olarak belirlendiğinden m.3 uygulanmaz. Aile hukukuna ilişkin bir husus söz konusu olduğundan atıf uygulanacak ve yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır.

Evlilik mallarına uygulanacak hukuk kapsamına eşler arasındaki mal rejimine ilişkin tüm hususlar ile evlilik malları üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf yetkilerine ilişkin hususlar girer. MÖHUK m.15/f.2 ile bu duruma bir istisna getirilmiştir. Buna göre, malların tasfiyesinde, taşınmazlar için bulundukları ülke hukuku uygulanır. Ancak m.15/f.2 hükmü sadece ayni tasfiye için uygulanır. Nakdi tasfiye m.15/f.1,3 hükümlerine tabidir.⁵²

Mal rejiminin tasfiyesinde mal rejiminin boşanma, ölüm veya başka bir sebeple sona ermesi önemli değildir. Her halükarda m.15 uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilir. Ölüm halinde de bu esas gereği mal rejiminin tasfiyesi m.15 uyarınca yapılır ve daha sonra mirasa ilişkin hususlar m.20 uyarınca mirasa uygulanacak hukuka göre çözüme kavuşturulur.

Mal rejiminde tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk m.9 ve mal rejimi sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk m.7 uyarınca tespit edilir.

E. Soybağı

E.1. Genel Olarak

Soybağı çeşitli hukuklarda farklı şekilde kurulabilir ve yine soybağına farklı hüküm ve sonuçlar bağlanabilir. Soybağına uygulanacak hukuk MÖHUK m.16-18 hükümleriyle düzenlenmiştir. MÖHUK düzenlemeleri yanında bu konuda Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli milletlerarası sözleşmeler söz konusudur. Milletlerarası sözleşmeler kapsamına giren hususlarda öncelikli olarak uygulanırlar.

E.2. Soybağının Kurulması

Soybağının kurulmasına uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı m.16/f.1'de yer almaktadır. Bu hükümle kademeli, basamaklı bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiştir. Ancak buradaki durum daha önce evlenme ve boşanmaya uygulanacak hukuktaki kademeli durumdan farklıdır. Örneğin evlenme bakımından tarafların müşterek milli hukuku varsa bu hukuk nihai olarak uygulanır. Evlenme bu hukuka göre geçersiz ise artık diğer bağlama kurallarına gidilmez. Ancak m.16'nın temel amacı soybağını kurmaktır. Bundan dolayı örneğin birinci basamaktaki çocuğun doğum anındaki milli hukuku mevcutsa nihai olarak bu hukuk uygulanır diye bir şey söz konusu değildir. Eğer bu hukuka göre çocuğun soybağı kurulursa problem olmayacaktır. Ancak bu hukuka göre

⁵² Ayni tasfiye taşınmazların paraya çevrilmeksizin paraya çevrilmesi durumunda söz konusu olur. Örneğin 2 taşınmaz var ve bunlar eşler arasında paylaştırılarak tasfiye işlemi yapılacaksa ayni tasfiye söz konusudur. Taşınmazlar paraya çevrilip bedel paylaştırılacaksa nakdi tasfiye söz konusudur.

soybağı kurulamazsa bu halde artık soybağının yetkili hukuka göre kurulmadığı sonucuna varılmayacaktır. Bu durumda ikinci basamağa bakılacaktır. Özetle buradaki hukuklar ancak soybağı bu hukuka göre kurulma şartıyla devreye giren hukuklardır. Aksi halde bu şekilde bir bağlama kuralı mevcut olsa bile uygulanmayacak bir sonraki basamaktaki bağlama kuralına geçilecektir.

MÖHUK m.16/f.1 uyarınca "soybağını kurmuş olma" şartına bağlı olarak devreye girecek bağlama noktaları şunlardır.

1. *Basamak:* Çocuğun doğum anındaki milli hukuku. Eğer çocuk doğum anında anne veya babasından birisinin vatandaşlığını elde etmişse yahut doğum yeri esasına göre bir vatandaşlık kazanmışsa çocuğun doğum anındaki bu milli hukuku uygulanabilir. Bu hukuka göre soybağı kuruluyorsa bu hukuk uygulanır.
2. *Basamak:* Çocuğun mutad meskeni hukuku. Eğer ilk basamaktaki çocuğun milli hukuku yoksa veya olmasına rağmen soybağını kuramıyorsa ikinci basamak olarak çocuğun mutad meskeni hukuku uygulanabilir. Bu hukuka göre soybağı kuruluyorsa bu hukuk uygulanır.
3. *Basamak:* Eğer ikinci basamaktaki çocuğun mutad meskeni yoksa veya olmasına rağmen soybağını kuramıyorsa üçüncü basamak olarak iki alternatif bağlama noktası öngörülmüştür. Bunlar annenin doğum anındaki milli hukuku ve babanın doğum anındaki milli hukukudur. Hakim her iki hukuktan hangisine göre çocuğun soybağı kuruluyorsa onu uygulayacaktır. İkisine göre de kuruluyorsa hangisi çocuğun soybağını daha iyi kuruyorsa onu uygular.
4. *Basamak:* Eğer üçüncü basamaktaki iki alternatif bağlama noktası uyarınca uygulanabilecek bir hukuk yoksa veya olmasına rağmen soybağını kuramıyorsa dördüncü basamak olarak anne ve babanın doğum anındaki müşterek mutad mesken hukuku uygulanabilir. Bu hukuka göre soybağı kuruluyorsa bu hukuk uygulanır.
5. *Basamak:* Eğer dördüncü basamaktaki çocuğun doğum anındaki ana, baba ve çocuğun müşterek mutad mesken hukuku yoksa veya olmasına rağmen soybağını kuramıyorsa son basamak olarak çocuğun doğum yeri hukuku uygulanır.

Bu bağlama noktaları bakımından 2. basamakta yer alan çocuğun mutad meskeni hukuku dışındaki bağlama noktaları bakımından kanun maddesinde açıkça çocuğun doğum anı esas alındığından m.3 uygulama alanı bulmaz. Ancak çocuğun mutad meskeni bakımından hangi anın esas alınacağı maddeden açık olarak çıkmamaktadır. Bir görüşe göre bu halde yine çocuğun doğum anı esas alınacaktır. Diğer bir görüşe göre ise bu halde m.3 uyarınca dava tarihinde çocuğun mutad meskeni hukuku esas alınacaktır.

Bu hükümde öngörülen bağlama noktalarının karışık olduğunun farkındayım. Ama şu şekilde ezberleyebiliriz. İlk olarak en başa sırasıyla çocuk-çocuk- anne/baba-anne ve baba-çocuk yazalım. Daha sonra ikincisine dava tarihi diğerlerine doğum anı yazalım. En sona da sırasıyla milli hukuk-mutad mesken hukuku-milli hukuk-mutad mesken hukuku-doğum yeri yazalım.

- 1.Basamak: Çocuk-Doğum anı-Milli hukuk→ Çocuğun doğum anındaki milli hukuku
2. Basamak: Çocuk-Dava tarihi-Mutad mesken hukuku→ Çocuğun dava tarihindeki mutad mesken hukuku⁵³
3. Basamak: Anne veya baba-Doğum anı-Milli hukuk→ Anne veya babanın (seçimlik) milli hukuku
4. Basamak: Anne ve baba-Doğum anı-Mutad mesken hukuku→ Anne ve babanın (müşterek) milli hukuku
5. Basamak: Çocuk-Doğum anı-Doğum yeri→Çocuğun doğum yeri

Soybağının kurulmasına uygulanacak hukuk belirlenirken bir basamaktaki hukuka göre anne ile soybağı kurulurken başka bir basamaktaki hukuka göre ise baba ile soybağı kurulabilir. Bu şekilde anne ve baba ile kurulan soybağı farklı hukuklara tabi olabilir.

⁵³ İkinci basamak bakımından dava tarihinin mi doğum anının mı esas alınacağının tartışmalı olduğunu yukarıda belirttim. Ben burada kabul ettiğim görüş çerçevesinde yazdım. Diğer görüşe göre de yazabilirsiniz.

Soybağı, aile hukukuna ait bir mesele olduğundan m.2/f.3 uyarınca atıf uygulanmalıdır. Ancak soybağının kurulmasına uygulanacak hukuk bakımından atfın uygulanmayacağı da savunulmaktadır.

Soybağının kurulmasına uygulanacak hukukun kapsamına evlat edinme yoluyla soybağının kurulması hariç olmak üzere soybağının hangi yollarla kurulabileceği, bu yollarla soybağının kurulma şart ve esasları vs. girmektedir. Bu noktada evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımının önemi de yoktur. Soybağının düzeltilmesi de yine bu hukuka tabidir. Ancak kurulan soybağının hüküm ve sonuçları ise m.16 hükmüne değil, m.17 hükmüne ve milletlerarası sözleşmelere tabidir.

E.3. Soybağının İptali

MÖHUK m.16/f.2 uyarınca soybağı hangi hukuka göre kurulmuşsa, iptali de o hukuka tabidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus bağlama noktalarında sonradan meydana gelen değişikliklerin dikkate alınmayacağıdır. Örneğin çocuğun doğum anındaki milli hukuku Fransız hukuku olsun ve buna göre soybağı kurulmuş olsun. Çocuğun vatandaşlığı sonradan değişmişse örnek Alman vatandaşysa Alman hukuku değil, yine Fransız hukuku uygulanır.

E.4. Soybağının Hükümleri

Soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk m.17'de düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli milletlerarası sözleşmeler mevcuttur.

1. MÖHUK m.17 Hükümü

MÖHUK m.17 uyarınca soybağının hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuk kademeli olarak belirlenmiştir. Buna göre sırasıyla⁵⁴:

- 1- Ana-baba-çocuğun müşterek milli hukuku,
- 2- Ana-baba-çocuğun müşterek milli hukuku yoksa ana-baba-çocuğun müşterek mutad mesken hukuku,
- 3- Ana-baba-çocuğun müşterek milli veya mutad mesken hukuku yoksa m.16 uyarınca soybağını kuran hukuk.

Ana-baba-çocuğun müşterek milli veya mutad mesken hukukları bakımından sabit bir statü belirlenmediğinden m.3 uyarınca dava tarihindeki müşterek milli veya mutad mesken hukukları esas alınır. Son kademe olarak soybağını kuran hukukun uygulanması halinde ilgili hukuk m.16 uyarınca belirlenmiş olan hukuktur ve bağlama noktalarında sonradan meydana gelen değişiklik dikkate alınmayacaktır. Örneğin soybağı çocuğun doğum anındaki annenin milli hukukuna göre kurulmuşsa annenin sonradan milli hukukunun değişmesi uygulanacak hukuku değiştirmez.

Soybağının hükümlerine uygulanacak hukukun kapsamına soybağıyla ilgili tüm hususlar kural olarak girmektedir. Ancak bazı haller m.17 hükmü uyarınca soybağını kuracak hukukun kapsamına değil milletlerarası sözleşme ve başkaca MÖHUK hükümlerinin kapsamına girmektedir. Bu haller geniş bir alanı oluşturduğundan MÖHUK m.18 hükmünün kapsamı çok daralmaktadır.

- 1- Evlat edinmenin hüküm ve sonuçlarına m.18 hükmüne göre tayin edilecek hukuk uygulanır.
- 2- Velayet meselesi 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu Hakkında Sözleşme olmak üzere milletlerarası sözleşmelere tabidir.
- 3- Nafaka yükümlülüğüne ilişkin hususlar MÖHUK m.19 ve milletlerarası sözleşmelere tabidir.
- 4- Mirasa ilişkin hususlar MÖHUK m.20 hükmüne tabidir.

⁵⁴ Madde ilk okunduğunda soybağını kuran hukukun ilk basamak olduğu izlenimine kapılabilirsiniz ama devamında böyle olmadığı anlaşılacaktır.

2. Milletlerarası Sözleşmeler

Türkiye'nin soybağının hüküm ve sonuçları hakkında taraf olduğu birçok milletlerarası sözleşme vardır. Burada çok önemli 3 sözleşmeye sınav sorumluluğuyla sınırlı olarak kısaca değinilecektir.

a. 1996 Tarihli Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi

Sözleşme 4 hususu düzenlemektedir.

- 1- Çocukların şahıs ve malvarlığına yönelik tedbirleri almaya hangi devlet makamlarının yetkili olduğu
- 2- Bu koruma tedbirleri ve velayet sorumluluğu bakımından hangi ülke hukukunun uygulanacağı
- 3- Koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi
- 4- Sözleşme amaçları kapsamında taraf devletler arasında işbirliği

Ben burada konuyla bağlantılı olarak sadece çocukların şahıs ve malvarlığına yönelik tedbirleri almaya hangi devlet makamlarının yetkili olduğu ve bu koruma tedbirleri ile velayet sorumluluğu bakımından hangi ülke hukukunun uygulanacağına ilişkin düzenlemelerden genel hatlarıyla bahsedeceğim.

1- Çocukların şahıs ve malvarlığına yönelik tedbirleri almaya hangi devlet makamlarının yetkili olduğu:

Kural olarak çocuğun şahıs ve malvarlığına yönelik tedbirleri almaya yetkili makamlar çocuğun mutad meskeni makamlarıdır. Ancak bu durumun Sözleşme ile getirilen bazı istisnaları vardır. Sınav sorumluluğu bakımından genel kural olarak yetkili makamların çocuğun mutad mesken devleti makamlarının olduğu ve (1) bazı istisnai hallerde çocuğun yararı gerekçesiyle vatandaşı olduğu, ebeveynlerinin boşanma davasının görüldüğü vs. devlet makamlarına yetki devri yapılabileceğini, yine (2) ebeveynlerinin boşanma, ayrılık ve butlan davasını gören devlet makamlarının bazı şartlarla yetki kazanabileceğini ve çocuğun vatandaşı olduğu veya mallarının bulunduğu devlet makamlarının (3) acil durumlarda ve (4) belirli istisnalar altında geçici nitelikteki tedbirleri almaya yetkili olduklarını bilmeniz yeterlidir.

2- Koruma tedbirleri ve velayet sorumluluğu bakımından yetkili hukuk:

Çocuğun şahsı ve mallarıyla ilgili koruma tedbirleri bakımından uygulanacak hukuk da kural olarak yetkili devlet makamının kendi hukukudur. Yani genel kuralda çocuğun mutad mesken hukukudur. Ama mesela çocuğun yararı gerekçesiyle ebeveynlerin boşanma davasını gören devlet makamlarına yetki devredilmişse uygulanacak hukuk da bu devletin hukukudur. Genel kural bu şekilde her devlet makamının kendi hukukunu uygulamasıysa da istisnai olarak bu makamlar çocuğun şahsını ve mallarını koruma amacıyla olay ile esas bağlantılı başka bir devlet hukukunu uygulamaya da yetkilidir.

b. 1980 Tarihli Uluslar arası Çocuk Kaçırılmalarının Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi

Sözleşme mutad meskeni taraf bir devlet ülkesinde bulunan çocukların, kendi anne veya babaları tarafından hukuka aykırı biçimde diğer bir taraf devlet ülkesine götürülmeleri veya alıkonulmaları halinde uygulanır.

Sözleşmenin uygulanabilmesi şu 4 şartın varlığı gerekir.

- 1- Çocuğun mutad meskeninin taraf bir devlet ülkesinde bulunması,
- 2- Çocuğun bir başka taraf devlet ülkesine kaçırılması veya mutad meskeninin bulunduğu ülke dışında başka bir taraf devlette alıkonulması,
- 3- Çocuğun kaçırılması nedeniyle velayet hakkının ihlal edilmiş olması,
- 4- Kaçırılmış çocuğun 16 yaşını doldurmamış olması.

Sözleşme çerçevesinde iade sürecinin başlaması için öncelikle talep gereklidir. Sözleşme uyarınca her taraf devlet bir merkezi makam belirleyecektir. Türkiye'de bu merkezi makam Adalet Bakanlığına bağlı olan Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüdür. Çocuğun iadesini talep eden kişi herhangi bir taraf devletin merkezi makamına bu talebi yapabilir. İade talebinde bulunulan merkezi makam bu talebi çocuğun kaçırıldığı devletin merkezi makamına iletir. Bu merkezi makam talebi alır almaz çocuğun yeri bilinmiyorsa çocuğun yerini tespiti işine girer. Yer tespit edildikten sonra öncelikle çocuğu kaçırana ikna edilmeye çalışılır. İkna edilememesi halinde çocuğun iadesi hakkında karar vermesi için merkezi makam, yetkili adli ve idari makamlara başvurur. Türkiye'de bu adli makam Aile mahkemeleridir.

Yetkili adli veya idari makam, çocuğun kaçırılması ile kendilerine başvuru yapılması arasında henüz 1 yıllık süre geçmemişse şu sınırlı sebeplerin varlığı halinde iade talebini reddedebilir aksi halde kabul eder:

- 1- Davalının, velayet hakkı sahibinin, kaçırmanın gerçekleştiği tarih itibarıyla bu hakkını fiilen kullanmadığını kanıtlaması
- 2- Velayet hakkı sahibinin, çocuğun diğer taraf devlete götürülmesine veya bu devlette alıkonulmasına izin veya onay vermiş olması
- 3- Davalının, iade edilmesi halinde, çocuğun vücut bütünlüğü veya ruh sağlığına yönelik ağır bir tehlikenin ortaya çıkma ihtimalinin bulunduğunu veya çocuktan katlanmasını bekleyemeyeceği başka bir durumun ortaya çıkacak olduğunu kanıtlaması
- 4- Çocuğun, bizzat kendisinin iade edilmek istenmediğini belirtmesi
- 5- Çocuğun iadesinin, insan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin ana ilkelerin ihlaline yol açacak olması.

Yetkili adli veya idari makam, çocuğun kaçırılması ile kendilerine başvuru yapılması arasında 1 yıllık süre geçmişse ayrıca "Çocuğun yeni çevresine uyum sağladığı" sebebiyle de talebi reddedebilir.

c. 2003 Tarihli Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasa Dair Avrupa Sözleşmesi

Sözleşme ebeveynlerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkını güvence altına almaya çalışmaktadır. Sözleşmede kişisel ilişki kurma hakkı geniş tutulmuştur. Buna göre çocukla belli süre zaman geçirmenin yanı sıra çocukla telefonla görüşme vb. yollarla temasa geçme, çocuğun fotoğrafının veya karnesinin görülmesi gibi çocukla temas kurulmaksızın çocuk hakkında bilgi edinilmesi ve çocuğa kendisi hakkında bilgi verilmesini isteme hakkı da kişisel ilişki kurma hakkı kapsamındadır. Sözleşme, kişisel ilişki hakkının hayata geçirilmesi ve bu hakkın kullanılması için tayin edilmiş sürenin sonunda iadesini sağlamak amacıyla taraf devletler arasında adli işbirliği amaçlamaktadır. Ancak çocuğun tayin edilen süre sonunda iade edilmemesi halinde ne şekilde hareket edileceğine ilişkin Sözleşme'de bir hüküm bulunmamaktadır. Bu halde 1980 tarihli Çocuk Kaçırılmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi göz önünde tutulmalıdır.

F. Evlat edinme

1. Genel Olarak

Evlat edinme ilişkisine hangi hukukun uygulanacağı MÖHUK m.18 hükmüne tabidir. Bazı ülkelerde evlat edinme kurumu yer almamaktadır. Ancak bu ülkelerde evlat edinme benzeri kurumlar söz konusudur. Bir görüşe göre bu şekilde milli hukuklarında evlat edinme kurumuna yer verilmeyen ülkelerin vatandaşları evlat edinemez ve evlat edinilemez. Diğer bir görüşe göre ise bu hallerde bu hallerde evlat edinme benzeri bir hukuki kurum varsa bu kurum da evlat edinmeye benzediği ölçüde evlat edinmeye uygulanacak hukuka ilişkin m.18 hükmüne tabi olmalıdır.

2. Evlat Edinme Ehliyet ve Şartları

Evlat edinme ehliyet ve şartları bakımında çeşitli hukuk düzenlerinde farklılıklar söz konusu olabilir. Evlat edinmenin ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuk m.18/f.1'de hüküm altına alınmıştır. Buna göre evlat edinme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlat edinme anındaki milli hukukuna tabidir.

Evlat edinme ehliyeti ve şartlarına uygulanacak hukuk bakımından evlat edinme anı sabit bir statü olarak belirlendiğinden m.3 burada uygulama alanı bulamayacaktır. Aynı şekilde evlat edinme ehliyetine uygulanacak hukuk özel olarak düzenlendiğinden genel ehliyet kuralına ilişkin m.9 burada uygulanmayacaktır.

Evlat edinme ehliyeti ve şartlarına uygulanacak hukuk bakımından bağlama noktası olarak "taraflardan her birinin" milli hukuku belirlenmiştir. Bu noktada bazı evlat edinme şartları doğası gereği bir zorunluluk olarak çift taraflıdır. Örneğin taraflardan birinin hukuku evlat edinen-evlat edinilen arasında belirli bir yaş olma şartı arıyorsa bu zorunlu olarak hem evlat edinen hem de evlat edinilen için aranmış olacaktır. Ancak bazı evlat edinme ehliyeti ve şartları bu şekilde zorunlu olarak iki taraf için de aranmayabilir. Örneğin evlat edinenin belirli bir yaşı doldurma şartı sadece evlat edinen için aranır. Doktrinde bu halde evlat edilenin yararı amacıyla getirilen ehliyet ve şartların her iki taraf içinde aranacağı isabetli olarak savunulmaktadır. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir. Örneğin evlat edinen A'nın milli hukukuna göre evlat edinme için en az 20 yaşında olmak, evlat edinilen B'nin milli hukukuna göre ise 27 yaşında olması gerekir. A, 22 yaşındaysa kendi milli hukukuna göre evlat edinme yaşını doldurmuştur ancak B'nin milli hukukuna göre evlat edinme yaşına erişmemiştir. Bu noktada m.18/f.1 lafzıyla uygulandığında A kendi milli hukukuna göre evlat edinebilir. Ancak doktrindeki bu görüşe B'nin milli hukukunda öngörülen 27 yaş şartı evlat edinilenin yararına konulan bir şart olduğundan evlat edinen için de aranır. Bundan dolayı da A'nın evlat edinme ehliyet ve şartlarına sahip olmadığı sonucuna ulaşılabacaktır.

Birlikte evlat edinmenin zorunlu olup olmadığı yani evli kişinin tek başına veya evli olmayan birinin evlat edininemeyeceği sorunu da evlat edinme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukuka tabidir. Bu noktada birlikte evlat edinme söz konusuysa evlat edinme ehliyet ve şartları bakımından eşlerin ikisinin de milli hukuku dikkate alınmalıdır.

3. Eşlerin Rızası

MÖHUK m.18/f.2 uyarınca evlât edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin milli hukukları birlikte uygulanır. Buna göre evlat edinme bakımından evlat edinenin eşinin rızası konusunda evlat edinen ve eşinin milli hukukları birlikte uygulanır. Aynı şekilde evlat edinilenin eşinin rızası konusunda evlat edinilen ve eşinin milli hukukları birlikte uygulanır.

4. Evlat Edinmenin Hükümleri

Evlat edinmenin hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukuk MÖHUK m.18/f.3'te ikili bir ayrıma göre düzenlenmiştir. Buna göre evlat edinmenin hüküm ve sonuçları tek başına evlat edinmede evlat edinenin milli hukukuna, birlikte evlat edinmede ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tabidir.

Evlat edinmenin hüküm ve sonuçları çeşitli hukuklarda farklılık arz edebilir. Örneğin Türk hukukunda evlat edinme halinde evlat edinilenin öz ailesiyle soybağı ilişkisi de devam eder. (Basit evlat edinme sistemi) Ancak İsviçre hukukunda evlat edinilenin öz ailesiyle soybağı ilişkisi sona erer. (Tam evlat edinme sistemi)

Evlat edinmenin hükümlerine uygulanacak hukukun kapsamına evlat edinilenin evlat edinen ve öz ailesiyle soybağı ilişkisi ve evlat edinme sonucu evlat edinilen ile evlat edinen arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükler gibi hususlar girer.

Burada 4 hususa özellikle değinilmelidir.

1.husus: Evlat edinme sonucu doğan nafaka yükümlülüğü birazdan değineceğim nafakaya uygulanacak hukuka yani m.19 ve milletlerarası sözleşme hükümlerine tabidir.

2.husus: Evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki evlenme yasağı konusunda evlat edinmenin hükümlerine uygulanacak hukuk ile evlenme ehliyet ve şartlarına uygulanacak hukukun (m.13/f.1) birlikte uygulanması gerektiği savunulmaktadır.

3.husus: Evlat edinmenin velayete ilişkin sonuçları 1996 tarihli Velayet Sorumluluğu Hakkında Sözleşme'ye tabidir.

4.husus: Bu noktada en tartışmalı mesele evlat edinmenin miras hukukuna ilişkin sonuçlarıdır. Bir görüşe göre evlat edinen ile evlat edinilenin birbirine mirasçı olup olamayacakları meselesi mirasa ilişkin m.20/f.1 ve evlat edinmenin hükümlerine ilişkin m.18/f.3'ün birlikte uygulanmasıyla çözümlendirilir. Daha sonra eğer bu iki hükme göre de mirasçılık sıfatı varsa miras oranı m.20 uyarınca mirasa uygulanacak hukuka göre tespit edilir. Diğer bir görüşe göre ise tarafların birbirine mirasçı olup olamayacakları sadece evlat edinme statüsüne tabi olup mirasçılık sıfatı varsa bundan sonraki meseleler yani saklı pay, yasal miras payı, tenkis davası vs. mirasa uygulanacak hukuka tabidir. Diğer bir görüşe göre ise miras meselesi bu halde tamamıyla mirasa uygulanacak hukuka tabi olmalıdır. Bu konuda başkaca farklı görüşler de vardır.

G. Nafaka

1. Genel Olarak

Nafakaya uygulanacak hukuka geçmeden önce nafaka kavramını ve nafaka türlerini öncelikle ele almak gerekir. Zira birazdan belirteceğim üzere nafaka konusunda hem MÖHUK'de hem de milletlerarası sözleşmelerde düzenlemeler yer almaktadır. Nafaka konusundaki milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanı da ciddi ölçüde geniştir. Hatta nafaka konusunda MÖHUK'un uygulama alanı bulması istisnadır denilebilir. Uygulanacak hukukun tespiti bakımından nafaka çeşitlerini ve milletlerarası sözleşmelerin kapsamı iyi anlaşıldığında uygulanacak hukukun tespitinde bir problemle karşılaşmaz.

Aile hukukunda aile bireylerinin birbirlerine yardım etme, nafaka ödeme yükümlülüğü vardır. Aile hukukundan kaynaklanan tek bir nafaka türü yoktur. Bu noktada bakım nafakası, iştirak nafakası, yardım nafakası, yoksulluk nafakası ve tedbir nafakasından söz edilebilir.

Milletlerarası sözleşmeler öncelikli uygulandığından öncelikle milletlerarası sözleşmelerin kapsamını tayin etmek gerekir. Milletlerarası Sözleşmelerin kapsamına girmeyen hallerde nafakaya uygulanacak hukuk MÖHUK hükümlerine göre belirlenir. İster milletlerarası sözleşme uyarınca belirlensin isterse de MÖHUK hükümleri uyarınca belirlensin nafakaya uygulanacak hukukun kapsamına nafakaya ilişkin tün hususlar girer.

2. Milletlerarası Sözleşme Hükümleri

Nafaka talepleri bakımından milletlerarası özel hukuk alanında çeşitli milletlerarası sözleşmeler mevcuttur. Bunların bir kısmı yabancı ülke makamlarınca verilen kararların tanınması ve tenfizine ilişkindir. Yine bu milletlerarası sözleşmelerden bazıları nafaka alacaklarının tahsilini kolaylaştırmak için taraf devletler arasında adli işbirliğine ilişkin sözleşmelerdir. Burada sadece nafakaya uygulanacak hukuka ilişkin hüküm getiren iki sözleşme ele alınacaktır.

1- 1956 Tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi

2- 1973 Tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi

a. 1956 Tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair La Haye Sözleşmesi

Uygulama alanı

Birazdan incelenecek olan 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi, 1956 tarihli La Haye Sözleşmesinin yerine geçmektedir. Bundan dolayı 1956 tarihli Sözleşmesinin uygulanma alanı oldukça dardır. 1956 tarihli Sözleşmenin uygulanabilmesi için gerekli şartlar şunlardır:

- 1- Bu sözleşme sadece küçüklerin nafaka talepleri hakkında uygulanabilir. Sözleşme anlamında küçük, 21 yaşını doldurmamış ve evli olmayan kişidir.
- 2- Bu sözleşme sadece küçüklerin üstsoylarına karşı nafaka talepleri bakımından uygulanır. Yani sadece küçüğün, anne-babası (evlat edinen dahil), büyükanne-büyükbaba gibi düz çizgi hısımlarına karşı ileri sürdüğü nafaka taleplerine uygulanabilir.
- 3- Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu ülke 1956 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf olmalı ve fakat 1973 tarihli La Haye Sözleşmesi'ne taraf olmamalıdır.⁵⁵ Aksi halde 1973 tarihli Sözleşme uygulanır.

Uygulanacak hukuk

1956 tarihli Sözleşme kademeli olarak iki bağlama noktası öngörmüştür. Bunlardan ilk basamaktakine göre nafaka temin edilmesi halinde yetkili hukuk bu hukuk olacaktır. İlk basamaktaki bağlama noktası uyarınca yetkili hukuka göre nafaka temin edilememesi halinde ikinci basamaktaki bağlama noktasına göre yetkili hukuk belirlenir. Buna göre yetkili hukuk şekildedir:

- 1- Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer maddi hukuku
- 2- Küçüğün mutad meskeninin bulunduğu yer maddi hukuku uyarınca nafaka temin edilememesi halinde başvuru makamı ülkesinin yani lex fori kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan hukuk⁵⁶

Türkiye'nin Sözleşme'ye koyduğu bir çekinceye dolayı nafaka alacaklısı ve borçlusunun ikisinin de Türk vatandaşı olması ile nafaka borçlusunun mutad meskeninin Türkiye'de olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde doğrudan Türk maddi hukuku uygulanır.

b. 1973 Tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Dair La Haye Sözleşmesi

Uygulama alanı

Mevcut halde nafakaya uygulanacak hukuk konusunda en önemli kaynak 1973 tarihli Sözleşmedir. 1973 tarihli Sözleşme “erga omnes”⁵⁷ niteliğe sahiptir. Yani Sözleşmenin uygulanabilmesi için nafaka alacaklısı veya borçlusunun sözleşmeye taraf bir ülke vatandaşı olması, yerleşim yerinin veya mutad meskeninin Sözleşme'ye taraf bir ülkede bulunması şart değildir. Aile hukukuna ilişkin tüm nafaka talepleri bakımından 1973 tarihli Sözleşme uygulanır.

1973 tarihli Sözleşme'nin aile hukukuna ilişkin tüm nafaka talepleri bakımından erga omnes bir niteliğe sahip olarak uygulanmasının üç istisnası vardır.

- 1- 1956 tarihli Sözleşme'nin hangi hallerde uygulama alanı bulacağı yukarıda açıklandı. Bu hallerde 1973 tarihli Sözleşme değil, 1956 tarihli Sözleşme uygulanır.

⁵⁵ Bu şartlara uyan yani bir yandan 1956 tarihli Sözleşmeye taraf olup 1973 tarihli Sözleşmeye taraf olmayan sadece 3 devlet vardır: Avusturya, Belçika ve Liechtenstein

⁵⁶ Bu halde Türk mahkemelerine başvurulması halinde bu hukuk, MÖHUK m.19 uyarınca yine nafaka alacaklısı küçüğün mutad meskeni olacağından ikinci basamağın bizim için uygulama imkânı yoktur.

⁵⁷ Bir diğer adıyla loi uniforme.

2- Türkiye'nin Sözleşme'nin 15.maddesine koyduğu çekince uyarınca nafaka borçlusu ve alacaklısının ikisinin de Türk vatandaşı olması ile nafaka borçlusunun mutad meskeninin Türkiye'de olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde doğrudan Türk iç maddi hukuku uygulanır.

3- Türkiye'nin Sözleşme'nin 24.maddesine koyduğu çekince uyarınca yan soy kan hısımları arasındaki nafaka talepleri ile kayın hısımları arasındaki nafaka talepleri hakkında sözleşme uygulanmayacak ve Türk kanunlar ihtilafı kuralları yani MÖHUK hükümleri uygulanacaktır.

Sonuç olarak 1973 tarihli Sözleşme:

1. Eşler arasındaki (evliliğin sona ermesinden kaynaklı talepler de dahil) nafaka talepleri,
2. Altsoy-üstsoy arasındaki (evlat edinen-evlat edinilen ilişkisi dahil) ve 1956 tarihli Sözleşme kapsamına girmeyen hallerde uygulanır.

Bu iki halde 15.maddedeki çekince halinde yine sözleşme uygulanmaz. Türk iç maddi hukuku uygulanır.

Uygulanacak hukuk

1973 tarihli Sözleşme'nin kapsamı belirlendikten sonra uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. 1973 tarihli Sözleşme uyarınca nafaka talepleri bakımından uygulanacak hukukun tespiti bakımından ikili ayırım yapılmalıdır. Buna göre yoksulluk nafakasına ilişkin talepler hariç tüm nafaka taleplerine uygulanacak hukuk Sözleşme'nin 4-6. maddeleri uyarınca belirlenecektir. Ancak yoksulluk nafakasına ilişkin talepler bakımından uygulanacak hukuk Sözleşme'nin 8.maddesi hükmüne tabidir.

Yoksulluk nafakası dışındaki nafaka talepleri bakımından:

Yoksulluk nafakası dışındaki nafaka talepleri bakımından kademeli 3 bağlama noktası öngörülmüştür. Buradaki bağlama noktaları da yine 1956 tarihli Sözleşme gibi "nafaka temin edilmesi" şartına bağlıdır. Yani bir önceki bağlama noktası uyarınca belirlenecek hukuk uyarınca nafaka temin ediliyorsa bir sonraki bağlama noktası dikkate alınmayacaktır. Ancak önceki bağlama noktasına göre nafaka temin edilemiyorsa bir sonraki bağlama noktasına geçilecektir. Bu noktada önemli olan nafaka temin edilip edilemediği olup nafaka temin edilmişse bunun miktarı önemli değildir. Buna göre yoksulluk nafakası dışındaki nafaka talepleri bakımından uygulanacak hukuk şu şekildedir:

- 1- Nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku (m.4),
- 2- İlk basamağa göre nafaka temin edilememesi halinde, nafaka alacaklısı ile borçlusunun müşterek milli hukuku (m.5)
- 3- İlk iki basamağa göre nafaka temin edilememesi halinde, başvuru mercii hukuku (lex fori) yani Türk hukuku (m.6)

Bu noktada belirtilmelidir ki Sözleşme kapsamında belirlenecek hukukun tespitinde atıf dikkate alınmayacak olup yukarıda belirtilen bağlama noktalarına tespit edilen hukukların maddi hukuk kuralları uygulanır.

Yoksulluk nafakasına ilişkin talepler bakımından:

Yoksulluk nafakası, evliliğin boşanma veya butlan ile sona ermesinden sonra eşler arasında söz konusu olan nafakadır. Yoksulluk nafakasına uygulanacak hukuk Sözleşme'nin 8.maddesinde ayrı bir hükümle düzenlenmiştir. Buna göre boşanma, ayrılık ve butlan hallerindeki yoksulluk nafakasına ilişkin talepler boşanmaya uygulanan hukuka tabidir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus burada eşler arasında söz konusu olan yoksulluk nafakasından söz edilmektedir. Boşanma halinde çocukların iştirak nafakası taleplerine uygulanacak hukuk yukarıda ele aldığımız Sözleşme m.4-6 hükümlerine tabidir. Boşanma davası sırasında söz konusu olan geçici tedbir niteliğindeki tedbir nafakalarına uygulanacak hukuk ise tartışmalı olup birazdan incelenecektir.

Sözleşme'nin 11.maddesi uyarınca m.4-6 veya m.8 hükümlerine göre yetkili olan hukuk başvuru mercii hukuku kamu düzenine aykırıysa yani Türk kamu düzenine aykırıysa varsa bir sonraki basamaktaki hukuk yoksa lex fori yani Türk iç maddi hukuku uygulanır.

3. MÖHUK Hükümleri

Nafakaya uygulanacak hukuk konusunda milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanına ve getirdikleri bağlama noktalarına değinildi. Bu noktada tekrar belirteyim ki MÖHUK hükümleri ancak milletlerarası sözleşmelerin kapsamına girmeyen nafaka talepleri bakımından uygulanır. MÖHUK'de nafaka konusunda 3 hüküm yer almaktadır.

a. Evliliğin sona ermesi halinde eşler arasındaki nafaka talepleri

MÖHUK m.14/f.2 uyarınca boşanma ve ayrılık hâlinde eşler arasındaki nafaka talepleri hakkında boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk uygulanır. Bu durum esasen Sözleşme'nin 8.maddesi kapsamına giren haldir. MÖHUK m.14/f.2 hükmü de Sözleşme'nin 8.maddesiyle bu noktada uyumludur. Ancak MÖHUK m.14/f.2'de butlan halinde eşler arasındaki yoksulluk nafakası da boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuka tabi kılınmış olup bu durum Sözleşmenin yanlış çevrilmesinden kaynaklıdır. Butlan halinde nafakaya uygulanacak hukuk da evlenmenin butlanına uygulanacak hukuka tabidir.

b. Boşanma ve ayrılık davası sırasındaki geçici tedbir niteliğindeki nafaka talepleri

MÖHUK m.14/f.4 uyarınca boşanma ve ayrılık davaları sırasındaki geçici tedbir taleplerine Türk hukuku uygulanır. Bir görüşe göre bu halde geçici tedbir niteliğindeki tedbir nafakalarına da m.14/f.4 uyarınca Türk hukuku uygulanır. Zira acele karar alınması gerekecektir. Sözleşmenin uygulanması halinde nafaka alacaklısının mutad meskeninin tespiti gerekecek olup bu durum geçici tedbirlerin mantığıyla bağdaşmaz. Diğer görüşe göre ise bu halde taraflar arasında evlilik devam ettiğinden Sözleşme'nin 4-6. maddeleri uygulanabilir. Bu yüzden MÖHUK m.14/f.4 uygulanamaz.

c. Nafaka taleplerine ilişkin genel hüküm

MÖHUK m.19'da nafakaya uygulanacak hukuka ilişkin genel hükme yer verilmiştir. Buna göre nafaka talepleri hakkında nafaka alacaklısının mutad meskeni hukuku uygulanır. Yukarıda da defalarca belirttiğim üzere bu hüküm ancak milletlerarası sözleşmelerin kapsamı dışında kalan nafaka talepleri bakımından uygulanabilir.

Esasen 1973 tarihli sözleşme tüm aile hukukuna ilişkin nafaka talepleri bakımından uygulanacağından MÖHUK m.19 hükmü, ancak Türkiye'nin bu sözleşmenin 24.maddesine uyguladığı çekinceye dolaylı yan soy kan hısımları arasındaki nafaka talepleri ile kayın hısımları arasındaki nafaka talepleri bakımından uygulanabilir.

MÖHUK m.19 hükmü uyarınca nafaka taleplerine nafaka alacaklısının mutad meskeni hukuku uygulanır. Bu halde m.3 uyarınca nafaka alacaklısının dava tarihindeki mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Nafaka esasen aile hukuku ilişkisi olduğundan atfın uygulanması düşünülebilir. Ancak doktrinde bir görüşe göre bu halde atf uygulanmaz.

III. MİRAS HUKUKUNA İLİŞKİN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

A. Genel olarak

Mirasa uygulanacak hukuk m.20'de 5 fıkra şeklinde düzenlenmiştir. MÖHUK m.20/f.1'in ilk cümlesinde "miras ölenin milli hukukuna tabidir" denilmek suretiyle genel kurala yer verilmiştir. Aynı fıkranın 2.cümlesinde ve 2 ile 3. fıkralarda bu genel kurala istisnalar getirilmiştir. Bunun yanında ölüme bağlı tasarrufun şekline ilişkin 4.fıkra

MÖHUK m.7 hükmüne, ölüme bağlı tasarruf ehliyetine ilişkin 5.fıkra ise MÖHUK m.9 hükmüne istisna getirmektedir.

B. Mirasa İlişkin Genel Kural

Milletlerarası özel hukukta mirasa ilişkin iki sistemden söz edilir. Bunlardan ilki mirasbırakanın taşınır ve taşınmaz tüm mallarını tek bir kanunlar ihtilafı kuralına tabi tutan birlik sistemidir. İkincisi ise mirasbırakanın taşınır ve taşınmaz malları arasında ayırım yaparak farklı kanunlar ihtilafı kurallarına tabi tutan ayırım sistemidir.

MÖHUK m.20/f.1 uyarınca miras ölenin millî hukukuna tâbidir. Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır. Dolayısıyla kural olarak miras mirasbırakanın vatandaşı olduğu ülke hukukuna tabidir. Ancak ikinci cümlede buna bir istisna getirilmiştir. Buna göre Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır. Bu noktadan hareketle Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde ayırım sisteminin benimsendiği söylenebilir. Ancak bu doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Zira Türkiye'de bulunan taşınmazlara Türk hukukunun uygulanacağı kuralı tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralıdır. Yani bu kural sadece Türkiye'de bulunan taşınmazlar için uygulanır. Örneğin mirasbırakan A'nın Alman vatandaşı olması ve Macaristan'da taşınmazları bulunması halinde Macaristan'daki taşınmazlar için Macar hukuku uygulanmayacak yine Alman hukuku uygulanacaktır. Bundan dolayı kısmi birlik veya ayırım sisteminden söz edilebilir. Sonuç olarak şu şekilde üçlü bir ayırım yapılarak mirasa uygulanacak hukuk genel kural belirlenir.

1. *İhtimal*: Mirasbırakanın Türk olması halinde her halde Türk hukuku uygulanmış olacaktır.
2. *İhtimal*: Mirasbırakanın yabancı olması ve Türkiye'de taşınmazı bulunmaması halinde her halde yabancı mirasbırakanın milli hukuku uygulanacaktır.
3. *İhtimal*: Mirasbırakanın yabancı olması ve Türkiye'de taşınmazı bulunması halinde ise Türkiye'deki taşınmazlar bakımından Türk hukuku diğer mallar bakımından ise yani taşınırlar, hak ve alacaklar ile Türkiye'de bulunmayan taşınmazlar bakımından yabancı mirasbırakanın milli hukuku uygulanır.

Mirasa uygulanacak hukuk belirlenirken mirasbırakanın milli hukuku önem taşıyıp mirasçılarının milli hukukunun önemi yoktur. Ancak terekenin bulunduğu ülkenin yabancılar hukuku mevzuatının getirdiği bazı kısıtlamaların yabancı mirasçının terekedeki mallar ve özellikle de taşınmazlar üzerinde tasarruf ehliyetini ve hatta mirasçılık ehliyetini sınırlaması mümkündür. Yargıtay da verdiği kararlarında bir yabancının Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde mirasa ehil olabilmesi için yabancılar hukuku mevzuatına göre taşınmaz mallar üzerinde miras hakkının bulunması gerektiğine hükmetmektedir.

Mirasa uygulanacak hukuka ilişkin genel kural çerçevesinde belirlenecek hukukun kapsamına şu hususlar girer.

- Yasal mirasçılar ve yasal miras payları
- Saklı paylı mirasçılar ve saklı payları
- Mirasbırakanın tasarruf serbestisi ve sınırları, mirasın tenkisi
- Mirastan yoksunluk, mirasçılıktan çıkarma ve mirastan feragat
- Yedek ve art mirasçılık
- Cenin mirasçı olup olamayacağı, ileride doğacak çocuğun (cenin dahi olmayan) art mirasçı olarak atanıp atanamayacağı
- Ölüme bağlı tasarrufların hükümleri
- Miras sebebiyle istihkak davası

Esasen 2.fıkra da öngörülen mirasın açılması, kazanılması ve taksimi konularının kapsamına girmeyen haller, 3.fıkra da öngörülen gösterici olmayan nitelikteki hüküm ve şekil ile ehliyeteye ilişkin meseleler dışında kalan mirasa ilişkin tüm hususlar genel kuralın kapsamına girer.

Terekeye hangi mal ve hakların dahil olduğu miras statüsüne tabidir. Ancak belli hakların örneğin üst hakkı veya intifa hakkının kişinin ölümüyle vs. sona erip ermeyeceği bu haklara uygulanacak hukuka yani eşyalar üzerindeki aynı haklara ilişkin m.21 hükmüne tabidir.

Evlat edinmenin miras hukukuna ilişkin yönlerinin evlat edinme statüsüne mi tabi olacağı yoksa miras statüsüne mi tabi olacağının tartışmalı olduğu ve ilgili görüşler evlat edinmenin hükümlerine uygulanacak hukuk bahsinde anlatıldı.

C. Mirasa İlişkin Genel Kuralın İstisnaları

MÖHUK m.20/f.2-3'te mirasa uygulanacak hukuka ilişkin 1.fıkradaki genel kurala istisnalar getirilmiştir. Bu istisnaların getirilme sebepleri pratik zaruretlerdir. Örneğin mirasın açılması sebepleri olarak Türk hukukunda ölüm, ölüm karinesi ve gaiplik öngörülmüştür. Ölenin milli hukukunda bunlar dışında bir mirasın açılma sebebi öngörülmüşse Türk hakiminin bu sebepleri dikkate alması ve yabancı hukukun mirasın kazanılması ile taksimine ilişkin kuralları uygulaması ciddi zorlukları bünyesinde barındırmaktadır.

1. Mirasın Açılması Sebepleri

Mirasın açılması sebepleri hakkında terekenin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Türk hukukunda mirasın açılması sebepleri ölüm, ölüm karinesi ve gaipliktir. Ancak başka hukuklarda başkaca mirasın açılması sebepleri öngörülebilir. İşte mirasın açılması sebepleri hakkında terekenin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Burada belirtiyim ki gaiplik konusunda uygulanacak hukuk tespit edilirken dikkatli davranılmalıdır. Zira gaiplik sebepleri, gaipliğe karar verilmesi gibi konular MÖHUK m.11 gaiplik statüsüne tabidir. Gaip olan kişinin mirasçı olup olamayacağı MÖHUK m.20/f.1 uyarınca mirasa uygulanacak genel kurala tabidir. Ancak gaipliğin mirasın açılması sebebi olup olmadığı ve mirasın açılması sebebi olduğunda teminat yatırma gibi alınacak koruma önlemleri MÖHUK m.20/f.2 uyarınca terekenin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

Son olarak ceninin mirasçılığı, ileride doğacak çocuğun art mirasçı olması ve mirastan yoksunluk meseleleri her ne kadar TMK'de mirasın açılması başlığı altında düzenlenmiş olsa da bunlar esasen mirasa uygulanacak genel kuralın kapsamındadır.

2. Mirasın Kazanılması

Mirasın kazanılması hususu da terekenin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Türk hukukunda mirasçılar, mirası bir bütün olarak mirasbırakanın ölümüyle kendiliğinden kazanırlar. Mirasçılar, mirasbırakanın külli halefi konumundadır. Ancak başkaca hukuk düzenlerinde mirasın kazanılması farklılık arz edebilir. Örneğin İtalyan hukukunda mirasçılar mirası kendiliğinden kazanmazlar, mirası kazanmak için bir mirası kabul beyanında bulunmaları gerekir.⁵⁸ İşte mirasın kazanılması konusunda da terekenin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Mirasın reddi veya kabulü müesseselerinin mirasın kazanılmasına uygulanacak hukuka mı yoksa mirasa ilişkin genel kurala mı tabi olduğu doktrinde tartışmalıdır.

3. Mirasın Taksimi

Mirasın taksimine ilişkin hususlar da MÖHUK m.20/f.2 uyarınca terekenin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Mirasın taksimi meselesinin kapsamına şu hususlar girer.

- Mirasçılar arasında miras ortaklığı kurulup kurulmayacağı, kurulacaksa bu ortaklığın niteliği,
- Mirasın paylaştırılma şekli,
- Miras payının devri,

⁵⁸ Keza İngiliz hukukunda da miras doğrudan mirasçılara geçmez, mirasbırakanın ölümüyle idare ve tenfiz yetkilisi denilen kişi terekeyi teslim alıp borçları öder ve daha sonra kanun ile vasiyetname hükümleri çerçevesinde mirasçılara kendi paylarını dağıtır.

- Mirasta iade,
- Mirasçılarının tereke borçlarından sorumluluğuna ilişkin esaslar.

4. Türkiye'de Bulunan Mirasçısız Tereke

MÖHUK m.20/f.3 uyarınca "Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke Devlete kalır." Devletlerin ülkelerinde bulunan mirasçısız tereke üzerinde hak sahipliği iki esasa dayandırılmaktadır. Bunlardan ilki sahipsiz mala el koyma⁵⁹, diğeri ise son mirasçılık esasıdır. Türk hukukunda devletin son mirasçılığı esası kabul edilmiştir. MÖHUK m.20/f.3 maddi bir milletlerarası özel hukuk kuralı yani gösterici nitelikte olmayan bir kuraldır. Bu hükmün amacı Türkiye'de bulunan mirasçısız tereke üzerinde yabancı devletin atanmış veya kanuni mirasçılığını engellemektir.⁶⁰

D. Ölüme Bağlı Tasarruflar

1. Genel Olarak

Ölüme bağlı tasarruf, mirasbırakanın ölümünde hüküm doğurmak üzere yaptığı tasarruflardır. MÖHUK m.20/f.4'te ölüme bağlı tasarrufların şekline, m.20/f.5'de ise ölüme bağlı tasarruf ehliyetine ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca vasiyetname yapma şekli bakımından Türkiye'nin taraf olduğu 1961 Tarihli "Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda La Haye Sözleşmesi" ciddi bir uygulama alanına sahiptir.

Ölüme bağlı tasarrufların esasına, hükümlerine uygulanacak hukuk ise m.20/f.1'deki genel kurala göre belirlenir. Yani maddi anlamda ölüme bağlı tasarruflar, mirasbırakanın tasarruf serbestisini aşıp aşmadığı, saklı payın ihlal edilip edilmediği, tenkis davası gibi hususlar bakımından kural olarak ölenin milli hukuku, Türkiye'de bulunan taşınmazlar bakımından ise Türk hukuku uygulanır.

Bu noktada ölüme bağlı tasarrufların iptaline uygulanacak hukuka değinmek istiyorum. Burada üçlü bir ayrım yapılmalıdır. Ölüme bağlı tasarrufların ehliyetsizlikten kaynaklı iptaline uygulanacak hukuk da MÖHUK m.20/f.5 uyarınca ölüme bağlı tasarruf ehliyetine uygulanacak hukuka tabidir.⁶¹ İkinci olarak ölüme bağlı tasarrufların geçerlilik şekline uyulmamasından dolayı iptali ise şekle uygulanacak hukuka yani m.20/f.4 ve 1961 tarihli Sözleşme'ye tabidir. Bu haller dışında ölüme bağlı tasarrufların iptali ise m.20/f.1'deki genel kurala tabidir.

2. Ölüme Bağlı Tasarruflarda Şekil

MÖHUK m.20/f.4 hükmüyle ölüme bağlı tasarrufların şekline ilişkin özel bir hüküm getirilmiştir. MÖHUK m.20/f.4 hükmünün yanı sıra Türkiye 1961 Tarihli "Vasiyet Tasarruflarının Biçimine İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda La Haye Sözleşmesi"ne taraftır. 1961 tarihli bu sözleşme erga omnes niteliktedir. Yani tasarrufta bulunanın veya tasarruftan yararlanacak olan kişinin sözleşmeye taraf bir devletin vatandaşı olmasına yahut mutad meskenlerinin veya yerleşim yerlerinin sözleşmeye taraf bir devlette bulunmasına vs. gerek yoktur. Sözleşme yabancılık unsuru içeren tüm vasiyetnameler bakımından uygulama alanı bulur. Bu nedenle MÖHUK m.20/f.4 ancak vasiyetname dışındaki ölüme bağlı tasarruflar bakımından uygulanabilir. Türk hukukunda vasiyetname dışındaki tek ölüme bağlı tasarruf şekli miras sözleşmesidir. Ancak başka hukuklarda başkaca ölüme bağlı tasarruf şekilleri söz konusu olabilir.

⁵⁹ Örneğin; Yunan Hukuku

⁶⁰ Ancak madde metninde mirasçısız tereke denildiğinden yetkili yabancı hukuka göre devletin kanuni mirasçı olduğu veya yabancı devletin ölüme bağlı tasarrufla mirasçı atandığı hallerde nasıl hareket edileceği tartışmalıdır. Maddenin lafzından hareket eden görüşe göre bu halde mirasçısız terekeden söz edilemeyeceğinden m.20/f.3 uygulanamaz. MÖHUK m.20/f.3 hükmünün doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunu savunan diğer görüş ise bu halde yabancı hukukun uygulanamayacağını savunmaktadır.

⁶¹ Doktrinde irade sakatlığına ilişkin hususların ehliyeteye ilişkin bir husus olduğundan bu halde de ehliyeteye uygulanacak hukuka tabi olacağı savunulmaktadır.

a. Vasiyetname dışındaki ölüme bağlı tasarruflarda şekil

MÖHUK m.20/f.4 uyarınca ölüme bağlı tasarrufun şekline m.7 hükmü uygulanır. Ölenin millî hukukuna uygun şekilde yapılan ölüme bağlı tasarruflar da geçerlidir. Dolayısıyla vasiyetname dışındaki ölüme bağlı tasarruflar şu 3 bağlama noktasına göre tespit edilecek hukuklardan birisine göre geçerliyse ölüme bağlı tasarrufun geçerli şekilde yapıldığı sonucuna ulaşılacaktır.

- 1- Tasarrufun yapıldığı ülke hukuku,
- 2- Ölüme bağlı tasarrufun esasına uygulanan hukuk⁶²
- 3- Ölenin milli hukuku

b. Vasiyetnamelerde şekil

Vasiyetnamelerin şekli bakımından ise 1961 tarihli sözleşme uygulanır. 1961 tarihli sözleşmenin temel amacı vasiyetnamelerin sadece geçerli şekilde yapılmamalarından dolayı geçersiz olmasının önüne geçmek ve olabildiğince sözleşmeyi ayakta tutmaktır. Bundan dolayı da 8 alternatif bağlama noktası öngörülmüştür. Bu bağlama noktalarından birisine göre geçerli olan vasiyetname geçerli olarak kabul edilecektir.

- 1- Vasiyetçinin vasiyetnameyi yaptığı ülke hukuku,
- 2- Vasiyetçinin vasiyetname yaptığı andaki milli hukuku,
- 3- Vasiyetçinin ölümü anındaki milli hukuku,
- 4- Vasiyetçinin vasiyetname yaptığı andaki mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku,
- 5- Vasiyetçinin ölümü anındaki mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku,
- 6- Vasiyetçinin vasiyetname yaptığı andaki yerleşim yeri,
- 7- Vasiyetçinin ölümü anındaki yerleşim yeri,
- 8- Taşınmazlar bakımından taşınmazların bulunduğu ülke hukuku.

Sözleşme'ye göre vasiyetçinin ve vasiyetname için tanık aranan hallerde tanığın yaşına, vatandaşlığına ve diğer kişisel niteliklerine ilişkin hükümlerde şekle ilişkin sayılır.

Türkiye'nin Sözleşme'nin 10.maddesine koyduğu çekince gereği aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde sözlü vasiyetnameler tanınmayacaktır:

- 1- Sözlü vasiyetnameyi Türk vatandaşı yapmış olmalıdır.
- 2- Sözlü vasiyetname yapan Türk vatandaşının başka bir devlet vatandaşlığı bulunmamalıdır.
- 3- Sözlü vasiyetname yapılmasını gerektiren olağanüstü bir durum söz konusu olmamalıdır.

3. Ölüme Bağlı Tasarruf Ehliyeti

Ölüme bağlı tasarruflarda ehliyeteye ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralı olan m.20/f.5 hükmü, ehliyeteye ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı olan m.9 hükmüne istisna getirmektedir. Buna göre ölüme bağlı tasarruf ehliyeti, tasarrufta bulunanın, tasarrufun yapıldığı andaki millî hukukuna tâbidir. Esasen burada da m.9'da olduğu gibi ilgilinin milli hukuku bağlama noktası olarak öngörülmüştür. Ancak m.9'dan farklı olarak m.20/f.5'te "tasarrufun yapıldığı an" sabit statü olarak belirlenmiştir. Son olarak ölüme bağlı tasarruf ehliyeti kişinin hukukuna ilişkin bir mesele olduğundan atıf dikkate alınmalıdır.

⁶² Ölüme bağlı tasarrufun esasına uygulanacak hukuk MÖHUK m.20/f.1 hükmüne tabi olduğundan ve bu hüküm uyarınca da mirasa ölenin milli hukuku uygulanacağından 7.maddeye yapılan atıftan sonra ayrıca ölenin milli hukukunun yetkili kılınması anlamsız gelebilir. Ancak evet Türkiye'deki taşınmazlar dışında bunun bir önemi yoktur. Ancak ÖBT'lerin Türkiye'deki taşınmazlara ilişkin kısımları bakımından bu ikinci cümle önem arz eder. Böylece esasa uygulanacak hukuk Türkiye'deki taşınmazlar için Türk hukukuyken ayrıca ölenin milli hukukuna uygun yapılan ÖBT'ler de geçerli olacaktır.

IV. EŞYA HUKUKUNA İLİŞKİN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

A. Genel Olarak

Eşya üzerinde doğrudan doğruya hakimiyet sağlayan ve herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklara ayni haklar denir. Ayni haklara uygulanacak hukuk MÖHUK m.21-22 hükümleriyle düzenlenmektedir. MÖHUK m.21'de genel olarak eşya üzerindeki ayni haklara uygulanacak hukuk düzenlendikten sonra MÖHUK m.22'de taşıma araçları üzerindeki ayni haklara ilişkin özel düzenlemeye yer verilmiştir.

Eşya üzerindeki ayni haklara uygulanacak hukukun kapsamına şunlar girer:

- Eşya üzerinde hangi ayni hakların söz konusu olabileceği,
- Bu ayni hakların kazanılması, kaybı, devri, sınırlandırılması,
- Bu ayni hakların kapsamı,
- Eşya kavramı, eşyanın taşınır mı taşınmaz mı olduğu, eşyanın kapsamı,
- Zilyetlik kavramı,
- Paylı mülkiyet ve birlikte mülkiyet, kanuni rehin hakkı vb. ayni hak çeşitleri
- Ayni haklara ilişkin tasarrufların sebebe bağlı mı olduğu yoksa sebepten soyut mu olduğu gibi ayni haklara ilişkin tüm hususlar.

B. Ayni haklara İlişkin Genel Kural

MÖHUK m.21/f.1 uyarınca kural olarak hem taşınır hem de taşınmazlar üzerindeki ayni haklara, işlem anında malın bulunduğu ülke hukuku (LRS kuralı) uygulanır.

Hem taşınır hem de taşınmazlar üzerindeki ayni haklar bakımından malın bulunduğu yer hukuku bağlama noktası olarak belirlenmiştir. Taşınmazlar sabit olduğundan kural olarak hangi andaki malın bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı problemiyle karşılaşmaz. Ancak taşınırlar her zaman yer değiştirmeye müsaittir. Dolayısıyla MÖHUK m.21/f.1'de sadece malın bulunma yeri hukuku deseydi bu bazı sorunlara yol açacaktı. Ancak m.21/f.1'de açıkça "işlem anında malın bulunduğu ülke hukuku" bağlama noktası olarak belirlendiğinden bu durum bir sorun yaratmayacaktır. Bu halde MÖHUK m.3'te olduğu gibi dava tarihi esas alınmayacak ve işlem anı dikkate alınacaktır.

Kıymetli evrak niteliğindeki senetlere ilişkin ayni hak sahipliğinin doğumu, devri veya sınırlı ayni hak tesisi gibi ayni haklara ilişkin meselelerde işlem anında kıymetli evrakın bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Ancak kıymetli evrak üzerindeki ayni haklara ilişkin hak ve borçlara ilişkin meselelerde ilgili borçlar hukuku ve ticaret hukukuna ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları gözetilir.

Emtiayı (malı/eşyayı) temsil eden bazı senetler söz konusudur. Bu halde örneğin senet devredilince eşya da devredilmektedir. Bu hallerde eğer eşya ile senet farklı ülkelerde ise eşyaya üstünlük tanınır ve işlem anında eşyanın bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

Bazı hallerde ayni hakkın kazanılması veya devri bir süreç oluşturabilir. Örneğin kazandırıcı zamanaşımında durum bu şekildedir. Yine mülkiyetin devri için eşyanın devrinin aranması halinde benzer bir durum söz konusudur. Bu gibi hallerde uygulanacak hukukun tespitinde MÖHUK m.21/f.3 hükmü dikkate alınmalıdır. Buna göre, yer değişikliği halinde henüz kazanılmamış ayni haklar malın son bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Esasen bu durum taşınırlar için söz konusu olabilir. Bu durumu örneklerle açıklayayım.

Almanya'da bulunan bir taşınır olsun. Almanya'da kazandırıcı zamanaşımı süresinin de 5 sene olduğunu varsayalım. Fransa'da kazandırıcı zamanaşımı süresi ise 8 yıldır. A taşınırı kazandırıcı zamanaşımı için gerekli şartlarla 4 sene zilyetliğinde bulundursun ve daha sonra Fransa'ya gelsin bu halde ayni hak henüz kazanılmamış

olduğundan A'nın taşınırı kazanması için 1 yıl değil, 4 yıl daha gerekli şartlarla zilyetliğinde bulundurması gerekecektir. Yani söz konusu henüz kazanılmamış taşınır üzerindeki aynı haklar malın işlem süreci içerisinde son bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Tam tersi bir durum olsaydı yani A, kazandırıcı zamanaşımı için gerekli şartlarla taşınırı Fransa'da 4 sene zilyetliğinde bulundurduktan sonra Almanya'ya gitseydi bu halde yine henüz kazanılmamış bir mal söz konusu olacak ve son malın bulunduğu ülke hukukuna tabi olacağından taşınırı kazandırıcı zamanaşımı ile kazanması için 1 senelik süre söz konusu olacaktır. Ancak aynı örnekte A, Almanya'da 5 senelik süre dolup kazandırıcı zamanaşımı ile taşınırı kazandıktan sonra Fransa'ya gidip taşınırı götürseydi artık Fransa'da kazandırıcı zamanaşımı süresinin 8 yıl olduğundan bahisle 3 yıl daha kazandırıcı zamanaşımı şartlarıyla zilyet olunması gerektiğinden bahsedilmeyecekti. Zira bu halde m.21/f.1 uyarınca işlem anında malın bulunduğu ülke (Almanya) hukukuna göre kazanılmış bir mal söz konusudur. MÖHUK m.21/f.3 yer değişikliği halinde henüz kazanılmamış aynı haklar için söz konusudur.

MÖHUK m.21/f.2 hükmünde taşınırlara özel bir hükme daha yer verilmiştir. Buna göre, taşınmakta olan mallar üzerindeki aynı haklara varma yeri hukuku uygulanır. Bu hükmün getiriliş amacı mal henüz taşındığından malın nerede olduğunun bilinemeyebileceği yahut bilinse de bu yerin tesadüfi olabilmesidir. Taşınmakta olan mallar üzerindeki aynı haklar bakımından en makul bağlama noktası varma yeri hukukudur. MÖHUK m.21/f.2'de bu bağlama noktasını tercih etmiştir.

MÖHUK m.21/f.4 uyarınca taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin hukukî işlemlere şekil yönünden bu malların bulundukları ülke hukuku uygulanır.⁶³ MÖHUK m.21/f.4 hükmü, şekle uygulanacak hukukuna ilişkin olan MÖHUK m.7 hükmüne bir istisna oluşturmaktadır. Taşınırlar bakımından ise özel düzenleme bulunmadığından m.7 hükmü uygulanır. Gerek taşınırlar gerekse de taşınmazlar bakımından özel düzenleme bulunmadığından ehliyeteye ilişkin m.9 hükmü burada da uygulanacaktır.

C. Taşıma Araçları Üzerindeki Aynı Haklar

Taşıma araçlarının niteliği gereği bir yerde sabit olarak bulunmamalarından dolayı MÖHUK m.22 hükmüyle bunlar üzerindeki aynı haklara ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralı tesis edilmiştir. MÖHUK m.22 hükmü hava, deniz ve raylı taşıma araçları bakımından uygulama alanı bulur. Kara taşıma araçları m.21 hükmüne tabidir. MÖHUK m.22/f.1 uyarınca bağlama noktası menşe ülke hukukudur. Menşe ülke ise m.22/f.2'de açıklanmıştır. Buna göre; menşe ülke hava taşıma araçlarında aynı hakkın tescil edildiği sicil yeri, deniz taşıma araçlarında yine aynı hakkın tescil edildiği sicil yeri bu yer yoksa bağlama limanı ve raylı taşıma araçlarında ruhsat yeridir.

V. FİKRİ MÜLKİYETE HAKLARINA İLİŞKİN KANUNLAR İHTİLAFI KURALI

Fikri mülkiyet üzerindeki mutlak haklara uygulanacak hukuk MÖHUK m.23'te düzenlenmiştir. MÖHUK m.23/f.1 uyarınca fikrî mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir. Yani fikri mülkiyet haklarına uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK m.23/f.1'e göre bağlama noktası olarak "hukukuna göre koruma talep edilen ülke hukuku" olarak belirlenmiştir. Öncelikle belirteyim ki bu hukuktan kasıt lex fori değildir. Aksi halde birazdan açıklayacağım m.23/f.2 uyarınca mahkemenin hukukunu seçme imkânı da anlamsızlaşacaktır.

Fikri mülkiyet haklarında ülkesellik ilkesi geçerlidir. Fikri mülkiyet hakları ülkelerde tescil vb. işlemlerle kayıtlara işlenir ve bu ülkelerde korunmaya başlanır. İşte bu noktada fikri hak, hangi ülke hukukuna göre korunuyorsa bu ülke hukukuna tabidir. Bazı hallerde fikri hakkın korunduğu ülke sayısı birden fazla olabilir. Bu durumu örnekle açıklayalım:

⁶³ Ancak sadece taşınmazlar üzerindeki aynı haklara ilişkin sözleşmeler şekil bakımından MÖHUK m.21/f.4'e tabidir. Taşınmaz üzerindeki nisbi haklara ilişkin sözleşmeler MÖHUK m.7'ye tabidir.

Alman A, markasını Almanya, Fransa ve İngiltere'de tescil ettirmiş ve bu ülkelerde markası korunmaktadır. Daha sonra B, İngiltere'de A'nın marka üzerindeki hakkını ihlal eden bir davranışta bulunsun. A, B'ye karşı dava açtığında uygulanacak hukuk İngiliz hukukudur. Zira onun hakkı İngiltere'de ihlal edilmiştir ve İngiliz hukukuna göre koruma talep etmektedir.

Son olarak MÖHUK m.23/f.2'de taraflara bir hukuk seçme imkânı tanınmıştır. Ancak bu seçim imkânı lex fori yani Türk hukukuyla sınırlıdır.

V. TEMSİLE İLİŞKİN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

A. Genel Olarak

Temsil yetkisi ya doğrudan doğruya kanundan doğar ya da kanunun çizdiği sınırlar içinde yapılan bir hukuki işleme dayanır. Bu ilk duruma kanuni temsil, ikincisine ise iradi temsil denir. Temsile uygulanacak hukuk da bu ikili ayrımına göre belirlenmelidir.

B. Kanuni Temsil

Kanuni temsile uygulanacak hukuka ilişkin Türk hukukunda herhangi bir özel kanunlar ihtilafı kuralı mevcut değildir. MÖHUK m.30 kanuni temsile uygulanmaz Doktrinde kanuni temsil yetkisinin, kanuni temsili tesis eden hukuki ilişkiye uygulanan hukuka tabi olduğu kabul edilmektedir. Buna göre;

1. Tüzel kişilerin organlarının temsil yetkisine-MÖHUK m.9/f.4-5 hükümleri,
2. Anne ve babanın velayet yetkisine-MÖHUK m.17 hükmü,
3. Vasinin vesayet yetkisine-MÖHUK m.10 hükmü uygulanır.

C. İradi Temsil

MÖHUK m.30/f.1'de temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiye uygulanacak hukuk düzenlenmektedir. Buna göre temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir. Yani temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişki aralarındaki sözleşmenin tabi olduğu hukuka (MÖHUK m.24) tabidir.

MÖHUK m.30/f.2'de ise temsilci ile üçüncü kişiler arasındaki dış ilişkiye uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Buna göre kural olarak temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Ancak bazı hallerde yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukuku uygulanacaktır. Bu haller şunlardır.

1. Temsilcinin işyeri bulunmadığı haller,
2. Temsilcinin işyerinin üçüncü kişi tarafından bilinemediği haller,
3. Temsil yetkisinin işyeri dışında kullanıldığı haller.

Yetkisiz temsilde, temsilci ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye de MÖHUK m.30/f.2 hükmü uygulanır.

MÖHUK m.30/f.3 uyarınca dış temsil ilişkisine şu iki şartın birlikte gerçekleşmesi halinde temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır:

1. Temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisinin varlığı,
2. Temsilcinin bağımsız bir işyerinin olmaması.

VI. BORÇLAR HUKUKUNA İLİŞKİN KANUNLAR İHTİLAFI KURALLARI

A. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri

A.1. Genel Olarak

Yabancılık unsuru içeren sözleşmesel borç ilişkilerinin tabi olacağı hukuk MÖHUK m.24-33 hükümleri ile düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra Türkiye'nin taraf olduğu 1980 Tarihli "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması" (CİSG) kapsamına giren satım sözleşmeleri bakımından MÖHUK hükümlerine göre öncelikli uygulanacaktır. Burada öncelikli olarak MÖHUK düzenlemeleri anlatılacak daha sonra ise CİSG'in kapsamı yani hangi satım sözleşmelerine uygulanacağı açıklanacaktır.

A.2. Sözleşmesel Borç İlişkilerine Dair MÖHUK m.24-33 Hükümleri

1. Genel Olarak

MÖHUK m.24'te sözleşmesel borç ilişkileri bakımından genel bir kurala yer verilmiştir. Ancak bazı sözleşme tiplerinin özellik göstermesinden dolayı bu sözleşme tiplerine ilişkin özel hükümlere yer verilmiştir. MÖHUK m.25-29'da yer alan özel sözleşme tipleri dışında kalan tüm sözleşme tiplerine ise MÖHUK m.24'te yer alan sözleşmesel borç ilişkisine dair genel kanunlar ihtilafı kuralı uygulanacaktır. MÖHUK m.30'da iradi temsile uygulanacak hukuk düzenlenirken MÖHUK m.31-33 hükümlerinde ise tüm sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulan bazı hususlara yer verilmiştir.

2. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Dair Genel Kanunlar İhtilafı Kuralı (m.24)

MÖHUK m.24/f.1 hükmü uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkileri öncelikle tarafların seçtikleri hukuka tabidir. MÖHUK m.24/f.4 hükmü tarafların bir hukuk seçmemiş olması ihtimaline binaen objektif bağlama noktasına yer vermiştir.

a. Tarafların yetkili hukuku seçmesi (Subjektif bağlama kuralı)

MÖHUK m.24 hükmüyle sözleşmesel borç ilişkileri bakımından birincil bağlama noktası olarak tarafların seçtikleri hukuk belirlenmiştir. Bu tercih, maddi hukukta yer alan tarafların sözleşme özgürlüğünün sonucudur. Zira maddi hukuk bakımından taraflar nasıl ki sözleşme hükümlerini serbestçe belirleyebiliyorlarsa, kanunlar ihtilafı alanında da sözleşmelerini diledikleri ülke hukukuna tabi kılabilirler.

MÖHUK m.24/f.1 hükmüne göre hukuk seçimi ya açık olarak yapılmalı ya da sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılmalıdır. Tarafların dilekçelerinde belli bir ülke hukukuna dayanarak iddia ve savunmalarda bulunmaları halinde halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılan bir hukuk seçiminin varlığı kabul edilebilir.

Hukuk seçimi yoluyla yetkili kılınan devlet hukuku ile sözleşme ve sözleşmenin tarafları arasında bir ilişki bulunmasına da gerek yoktur. Örneğin Almanya vatandaşı A ile İspanya vatandaşı B arasında Fransa'da ifa edilecek borçlara ilişkin olan bir sözleşmeye hiçbir ilgisi bulunmayan İngiltere hukukunun uygulanacağı kararlaştırılabilir.

MÖHUK m.24/f.2 hükmüyle taraflara kısmi hukuk seçimi yapma imkânı da tanınmaktadır. Buna göre örneğin taraflar yaptıkları hukuk seçimiyle satıcının hak ve borçlarına A hukukunun, alıcının hak ve borçlarına ise B hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler. MÖHUK m.24/f.3 hükmüyle hukuk seçiminin ne zaman yapılabileceği düzenlenmiştir. Buna göre hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya seçilmiş olan hukuk

değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakkı saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

MÖHUK m.2/f.4 uyarınca uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır. Ancak uygulamada karşılaşılmaması pek mümkün olmasa da taraflar anlaşmak suretiyle seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını kararlaştırabilirler.

Yabancılik unsuru içeren sözleşmeler bakımından bazı hallerde, birtakım kurum veya kuruluşlara ait kodlara, genel şartlara yahut yürürlükte olmayan bazı kurallara atıf yapılmaktadır. Örneğin UNIDTROT kurallarına veya İslam hukukuna yapılan atıf bu çerçevede değerlendirilmelidir. MÖHUK m.24 anlamında seçilen hukukun pozitif bir devlet hukuku olması gerekir. Dolayısıyla bu şekilde UNIDTROT kurallarının veya İslam hukukunun seçilmesi MÖHUK m.24 anlamında bir hukuk seçimi değildir. Bu hallerde bu atıf yapılan kurallar her ne kadar hukuk seçimi olmayacaksa da sözleşmenin bir parçası haline getirilmiş olacaktır. Bu durumu bir örnekle açıklayayım:

A ile B, aralarında yaptıkları yabancılik unsuru içeren sözleşmede UNIDTROT kurallarına atıf yapmış olsunlar. Bu halde UNIDTROT kuralları MÖHUK m.24/f.1 anlamında bir hukuk seçimi değildir. Ancak bu kurallara yapılan atıf gereği sözleşmenin bir parçası haline gelmiştir. Bu halde sözleşme hükümleri, sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici hükümlerine tabi olacağı ve sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde sözleşmeye uygulanacak hukukun yedek hukuk normları uygulanacağı esası burada da geçerlidir. Dolayısıyla taraflar ayrıca bir devlet hukuku seçmişlerse UNIDTROT kuralları da sözleşmenin parçası olarak bu hukuka tabi olacaktır. Bir hukuk seçimi yapılmamışsa bu halde yine UNIDTROT kuralları sözleşmenin bir parçası olarak MÖHUK m.24/f.4 uyarınca objektif bağlama kuralına göre belirlenecek hukuka tabi olacaktır.

MÖHUK m.24 hükmü uyarınca hukuk seçimi ancak yabancılik unsuru içeren uyumsuzluklarda söz konusu olabilir. Zira MÖHUK m.1 uyarınca bu Kanun yabancılik unsuru içeren özel hukuka ilişkin işlem veya ilişkiler bakımından uygulanır. Ancak bu yabancılik unsurunun illa ki taraflardan en az birinin yabancı olması, ifa yerinin yahut sözleşmenin kurulduğu yerin yabancı bir ülke olması gibi objektif bir yabancılik unsuru olması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu halde ancak objektif bir yabancılik unsurunun varlığı halinde hukuk seçimi yapılabilir. Dolayısıyla objektif yabancılik unsuru yoksa sadece tarafların yabancı bir hukuk seçmesi ilişkiye yabancılik unsuru katmayacaktır. İkinci bir görüşe göre -Kürsü görüşü- MÖHUK objektif bir yabancılik unsuru aramamakta olup tarafların yabancı bir hukuk seçmesi başlı başına sözleşmeye yabancılik unsuru katacaktır.

b. Hukuk seçimi yapılmayan hallerde sözleşmenin tabi olacağı hukuk (Objektif bağlama kuralı)

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk yukarıda da belirttiğim üzere kural olarak MÖHUK m.24/f.1 uyarınca tarafların seçtiği hukuka tabidir. Ancak tarafların herhangi bir hukuku seçmemiş olma ihtimalleri de vardır. Bu durumda yetkili hukuk objektif bağlama kuralına göre tespit edilir. Bu objektif bağlama kuralı MÖHUK m.24/f.4/c.1'de "sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk" olarak belirlenmiştir.

Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi bakımından MÖHUK m.24/f.4/c.2'de bazı kriterler öngörülmüştür. Buna göre en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde öncelikle "ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde kurulmuş olan sözleşme" ve "ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde kurulmuş olmayan sözleşme" ayrımı yapılmalıdır.

Ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde kurulan sözleşmeler bakımından sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, karine olarak karakteristik edim borçlusunun;

- 1- İşyeri hukuku,
- 2- İşyeri birden fazlaysa sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku,
- 3- işyeri yoksa yerleşim yeri hukukudur.

Ticari veya mesleki faaliyet çerçevesinde kurulmayan sözleşmeler bakımından ise sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk karine olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukudur.

Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tayininde esas alınan karakteristik edim, sözleşmeyi karakterize eden, sözleşmeye hukuki özelliğini veren, en çok rizikoyu taşıyan edimdir. Bu noktada kabul edilen esaslardan birisi de kural olarak para borcunun karakteristik edim olmayacağıdır. Bazı sözleşmeler bakımından karakteristik edim tartışmalı olsa da bazı sözleşmeler bakımından karakteristik edim şu şekilde açıklanabilir:

Satım sözleşmesinde-Satıcının edimi
Ödünç sözleşmesinde-ödünç verenin edimi
Eser sözleşmesinde-Eseri meydana getirenin edimi
Vekalet sözleşmesinde-Vekilin edimi
Hizmet sözleşmesinde-Hizmet verenin edimi
Kefalet sözleşmesinde-Kefilin edimi

MÖHUK m.24/f4/c.1'de objektif bağlama kuralı olarak sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk belirlenip MÖHUK m.24/f.4/c.2'de buna ilişkin karineler öngörüldükten sonra MÖHUK m.24/f.4/c.3'te "ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tabi olur" hükmüne yer verilmiştir. Sonuç olarak MÖHUK m.24/f.4/c.2'de öngörülen hukuklar sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuka karinedir. Ancak sözleşmenin ifa yeri, sözleşmenin kurulma yeri, tarafların vatandaşlıkları, mutad meskenleri, yerleşim yerleri veya işyerleri bir bütün olarak göz önünde tutulduğunda bu karinelere nazaran sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk söz konusuysa sözleşme bu hukuka tabi olacaktır.

3. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Dair Özel Kanunlar İhtilafı Kuralları (m.25-29)

a. Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler

MÖHUK m.25 uyarınca da taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazların bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Taşınmazlara ilişkin satış, satış vaadi, trampa, bağışlama gibi aynı hak tesisini talep hakkı veren sözleşmeler ile kira sözleşmesi bu madde kapsamına girmektedir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de m.25 kapsamında yer almakla beraber inşaat sözleşmeleri bu madde kapsamına girmeyip m.24'te yer alan genel kurala tabidir.

b. Tüketici Sözleşmeleri

Tüketicinin sözleşmenin zayıf tarafı olması ve bundan dolayı korunmaya muhtaç olması nedeniyle MÖHUK m.26'da tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından özel düzenleme yapılmıştır. Ancak MÖHUK m.26/f.4 hükmüyle bazı tüketici sözleşmeleri bu madde kapsamına alınmamıştır. Buna göre tüketicilere ilişkin taşıma sözleşmelerine ve tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmelere MÖHUK m.26 hükmü uygulanmaz. Ancak MÖHUK m.26/f.4 hükmünde "Bu madde, paket turlar hariç uygulanmaz." denildiğinden ulaştırma, konaklama gibi turistik hizmetlerin birlikte taahhüt edildiği gezilere (paket tur) ilişkin sözleşmelere MÖHUK m.26 hükmü uygulanacaktır.

Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından da öncelikli olarak subjektif bağlama kuralı olarak taraflara hukuk seçimi hakkı tanınmıştır. Buna göre tüketici sözleşmeleri bakımından da taraflar hukuk seçimi yapabileceklerdir. Kural olarak MÖHUK m.24 kapsamında tarafların hukuk seçimine yönelik yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Ancak MÖHUK m.26/f.1 hükmü "tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni

hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla" demek suretiyle tarafların hukuk seçimine bir sınırlama getirmektedir. Buna göre, ilgili sözleşmeye uygulanacak hükümler bağlamında tarafların seçtikleri hukuk ve tarafların mutad meskeni hukuku arasında bir kıyaslama yapılacaktır. Eğer bu kıyaslama sonunda seçilen hukuk, tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciye sağladığı asgari korumadan daha iyi bir koruma sağlıyorsa seçilen hukuk geçerli aksi halde geçersiz olacaktır. Dolayısıyla tüketici sözleşmeleri bakımından tüketicinin mutad meskeni hukuku asgari bir standarttır.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları veya seçilen hukukun MÖHUK m.26/f.1 uyarınca tüketicinin mutad meskeni hukukunun sağladığı asgari standartın altında bir koruma sağlamasından dolayı bu hukuk seçiminin geçersiz olması hallerinde tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından ikili ayırım yapılmalıdır.

1. *Durum:* MÖHUK m.26/f.2'de 3 seçimlik şart düzenlenmiştir. Bunlardan en az birisi gerçekleşmişse MÖHUK m.26/f.2 uyarınca tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Bu 3 seçimlik şart şu şekildedir:

- 1- Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış olmalıdır.
- 2- Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede almış olmalıdır.
- 3- İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş olmalıdır.

2. *Durum:* MÖHUK m.26/f.2'de yer alan 3 seçimlik şarttan hiçbirisi gerçekleşmemişse bu halde MÖHUK m.26/f.2 uygulanamayacak, sözleşmeden doğan borç ilişkisine dair genel objektif kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK m.24/f.4 hükmüne göre yetkili hukuk tespit edilecektir.

Son olarak diğer sözleşme tiplerinden farklı olarak sözleşmenin şekline uygulanacak hukuka ilişkin özel düzenleme söz konusudur. MÖHUK m.26/f.3 uyarınca yukarıda belirtilen MÖHUK m.26/f.2'deki koşullar altında yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline de tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. MÖHUK m.26/f.2'deki koşullar altında yapılmayan tüketici sözleşmelerinin şekline ise MÖHUK m.7'de yer alan şekle ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı uygulanacaktır.

c. İş sözleşmeleri

İşçinin, işveren karşısında zayıf konumda olması nedeniyle iş sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından özel düzenleme yapılmıştır. İş sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından da öncelikli olarak subjektif bağlama kuralı olarak taraflara hukuk seçimi hakkı tanınmıştır. Buna göre iş sözleşmeleri bakımından da taraflar hukuk seçimi yapabileceklerdir. Kural olarak MÖHUK m.24 kapsamında tarafların hukuk seçimine yönelik yapılan açıklamalar burada da geçerlidir. Ancak tıpkı tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi MÖHUK m.27/f.1 hükmü "iş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla" demek suretiyle tarafların hukuk seçimine bir sınırlama getirmektedir. Buna göre, ilgili sözleşmeye uygulanacak hükümler bağlamında tarafların seçtikleri hukuk ve işçinin mutad işyeri hukuku arasında bir kıyaslama yapılacaktır. Eğer bu kıyaslama sonunda seçilen hukuk, işçinin mutad işyeri hukukunun işçiye sağladığı asgari korumadan daha iyi bir koruma sağlıyorsa seçilen hukuk geçerli aksi halde geçersiz olacaktır. Dolayısıyla iş sözleşmeleri bakımından işçinin mutad işyeri hukuku asgari bir standarttır.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları veya seçilen hukukun MÖHUK m.27/f.1 uyarınca işçinin mutad işyeri hukukunun sağladığı asgari standartın altında bir koruma sağlamasından dolayı bu hukuk seçiminin geçersiz olması hallerinde iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m.27/f.2-4'te düzenlenen objektif bağlama noktalarına göre tespit edilecektir.

Kural olarak bu bağlama noktası işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukukudur. (MÖHUK m.27/f.2/c.1) Bağlama noktası olarak işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri kabul edildiğinden işçinin, işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu işyerinin mutad işyeri sayılmayacağı MÖHUK m.27/f.2/c.2'de açıkça vurgulanmıştır. İşçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp devamlı olarak birden fazla ülkede veya açık denizde platform üzerinde yapması halinde, işçinin mutad bir işyeri söz konusu olmayacağından iş sözleşmesi, işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır. (MÖHUK m.27/f.3)

Son olarak MÖHUK m.27/f.4'te bir istisna kuralına yer verilmiştir. MÖHUK m.27/f.4 uyarınca; halin bütün şartlarına göre, iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşmeye MÖHUK m.27/f.2-3'te düzenlenen objektif bağlama noktalarına göre tespit edilecek hukuk yerine sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bulunan bu hukuk uygulanabilir. Ancak MÖHUK m.27/f.1 uyarınca hukuk seçiminin yapıldığı hallerde sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukuk araştırması yapılmayacaktır. Öte yandan diğer istisna kurallarından farklı olarak MÖHUK m.27/f.4'te "bu hukuk uygulanabilir" denilmek suretiyle hâkime takdir hakkı tanınmıştır. Hâkim bu takdir hakkını kullanırken işçinin menfaatini gözetecektir.

d. Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler

Fikri mülkiyet hakkının tamamen devrine ilişkin sözleşmeler (devir sözleşmeleri) ile bu hakların kullanımına ilişkin sözleşmelere (lisans sözleşmeleri) uygulanacak hukuk MÖHUK m.28 hükmüyle düzenlenmiştir.

MÖHUK m.28/f.1 uyarınca fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından da öncelikli olarak subjektif bağlama kuralı olarak taraflara hukuk seçimi hakkı tanınmıştır. Tüketici ve iş sözleşmelerinden farklı olarak hukuk seçimi bakımından herhangi bir kısıtlama getirilmediğinden MÖHUK m.24 kapsamında tarafların hukuk seçimine yönelik yapılan açıklamalar burada aynen geçerlidir.

Tarafların MÖHUK m.28/f.1 uyarınca hukuk seçimi yapmamış olması halinde fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk MÖHUK m.28/f.2/c.1'de söz konusu olan objektif bağlama noktalarına göre tespit edilecektir. MÖHUK m.28/f.2/c.1 uyarınca hukuk seçimi yapılmamışsa sözleşmeden doğan ilişkiye fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri hukuku uygulanacaktır. Fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden kişinin sözleşmenin kuruluşu sırasında işyeri yoksa bu kişinin mutad meskeni hukuku uygulanır.

MÖHUK m.28/f.2/c.2'de bir istisna kuralına yer verilmiştir. MÖHUK m.28/f.2/c.2 uyarınca; halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme bu hukuka tabi olur.

İşçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili işçi ve işveren arasındaki sözleşmelere, iş sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk (MÖHUK m.27'ye göre tespit edilecek olan hukuk) uygulanır. (MÖHUK m.28/f.3)

e. Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler

Türkiye'nin eşya taşımaya ilişkin taraf olduğu birçok milletlerarası sözleşme vardır. Bu sözleşmelerde de çeşitli kanunlar ihtilafı kuralları yer almaktadır. Milletlerarası sözleşmelerde yer alan kanunlar ihtilafı kuralları öncelikli uygulanacaktır. MÖHUK m.29 kapsamında eşya taşınması önemlidir. Bu taşımının deniz, hava, kara veya demiryolu ile olması önemli değildir. Kişi taşıma sözleşmelerine ise MÖHUK m.24 uygulanır. Tek seferlik charter sözleşmelerinin ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmelerin de MÖHUK m.29 hükmüne tabi olacağı açıkça düzenlenmiştir.

Eşya taşımaya ilişkin sözleşmeler öncelikli olarak subjektif bağlama noktası olarak tarafların seçtiği hukuka tabi kılınmıştır. Tarafların hukuk seçimine ilişkin olarak MÖHUK m.24 kapsamında yapılan açıklamalar aynen geçerlidir.

MÖHUK m.29/f.2 uyarınca tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde bir şartla sözleşmenin kuruluşu sırasında taşıyıcının esas işyerinin bulunduğu ülke en sıkı ilişkili hukuka karine kabul edilerek bağlama noktası olarak belirlenmiştir. Buna göre sözleşmenin kuruluşu sırasındaki taşıyıcın esas işyerinin bulunduğu ülke aynı zamanda yüklemenin veya boşaltmanın yapıldığı ülke veya gönderenin esas işyerinin bulunduğu ülke ise bu hukuk uygulanacaktır.

MÖHUK m.29/f.3'te ise bir istisna kuralına yer verilmiştir. Buna göre hâlin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye bu hukuk uygulanır.

4. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Kapsamı

Sözleşmeye uygulanacak hukuk, bir bütün olarak sözleşmeye uygulanacaktır. Dolayısıyla, sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği, içeriği, hükümleri, ifası, sonuçları, sona ermesi, zamanaşımı, sözleşmenin ihlali ve bunun yaptırımı gibi tüm meseleler kural olarak MÖHUK m.24-29 uyarınca tespit edilecek hukuka tabidir. Bir diğer deyişle sözleşme statüsü sözleşme akde beşikten mezara uygulanır. Ancak bu durumun bazı istisnaları vardır:

1. Tarafların sözleşme yapma ehliyeti MÖHUK m.9 hükmüne tabidir.
2. Sözleşmenin şekil bakımından geçerliliği MÖHUK m.21/f.4 ve m.26/f.2 hükümleri saklı kalmak kaydıyla m.7'de yer alan şekle ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralına tabidir
3. MÖHUK m.32/f.1'de sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığının ve maddî geçerliliğinin, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbi olacağı vurgulanmıştır. Esasen bu hüküm genel kuralı bir tekrardan ibarettir. MÖHUK m.32/f.2 hükmüyle ise bu kurala istisna getirilmiştir. Buna göre taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.
4. MÖHUK m.33 uyarınca ifa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır. İfa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması bazı olumsuzluklara ve çelişiklere yol açabilir. Bundan dolayı da MÖHUK m.33 hükmüyle bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukukunun dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, burada bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukukunun mutlaka uygulanacağı düzenlenmemiş ve sadece dikkate alınacağı belirtilmiştir. Buna göre hâkim söz konusu durumu değerlendirdikten sonra ya sözleşmeye uygulanacak hukuku ya da bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukukunu uygulayacaktır.
5. MÖHUK m.31 uyarınca sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Bu şekilde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması halinde sözleşmeye uygulanacak hukukun ilgili hükümlerinin uygulanması engellenmiş olacaktır. Doğrudan uygulanan kurallar genel prensiplerde anlatıldı. Doğrudan uygulanan kurallara ilişkin MÖHUK'de iki hüküm vardır. Bunlardan ilki MÖHUK m.6 diğeri ise MÖHUK m.31 hükmüdür. MÖHUK m.6 ve MÖHUK m.31 hükmü arasında dört esaslı fark vardır.
1.fark: MÖHUK m.6 hükmü, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına ilişkinen MÖHUK m.31 hükmü üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkindir.
2.fark: MÖHUK m.6 hükmü tüm kanunlar ihtilafı kurallarına ilişkin genel bir hüküm iken MÖHUK m.31 hükmü sadece sözleşmeden doğan borç ilişkilerine dair bir hükmüdür.

3.fark: MÖHUK m.6 hükmü uyarınca Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması için ihtilafla sıkı ilişkisi bulunması aranmamaktadır. Ancak MÖHUK m.31 hükmü uyarınca üçüncü devletlerinin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için sözleşmeyle sıkı ilişkili olması gerekir.

4.fark: MÖHUK m.6 uyarınca Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması noktasında hâkimin takdir yetkisi yoktur. Ancak m.31 uyarınca üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi noktasında takdir yetkisi vardır. Hâkim bu noktada bu kuralların amacını, niteliğini, içeriğini ve sonuçlarını dikkate alacaktır.

Sonuç olarak sözleşmeye uygulanan hukukun doğrudan uygulanan kuralları zaten MÖHUK m.24-29 hükümleri çerçevesinde uygulanacaktır. Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK m.6 hükmüne tabidir. Üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ise yukarıda m.6 ile yapılan kıyaslama çerçevesinde belirtilen şartlara uygun olarak m.31 hükmüne tabidir.

6. Temsile uygulanacak hukuk ise MÖHUK m.30 hükmüne tabidir. Bu konu yukarıda açıklanmıştır.

A.3. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması (CİSG)

Türkiye 1980 Tarihli CİSG'e taraftır. CİSG kapsamına giren sözleşmeler bakımından öncelikli uygulanır. CİSG kanunlar ihtilafı kurallarından değil, maddi hukuk kurallarından oluşmaktadır. Yani CİSG sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağını değil, TBK gibi doğrudan maddi hukuka dair hükümleri içermektedir. CİSG, kapsamına giren sözleşmeler bakımından münhasıran uygulanacağından MÖHUK m.24-33 hükümleri bu halde uygulanmayacaktır.

Bir satım sözleşmesinin CİSG kapsamına girebilmesi için şu şartlar aranır:

1. Satım sözleşmesi, işyerleri (yoksa mutad meskenleri) farklı ülkelerde bulunan taraflar arasında kurulmuş olmalıdır.
2. Ya tarafların işyerlerinin (yoksa mutad meskenlerinin) bulunduğu devletlerin tamamı anlaşmaya taraf olmalıdır (m.1/a) veya davanın görüldüğü ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları sözleşmeye taraf bir devletin hukukunu yetkili kılmalıdır (m.1/b)
3. CİSG m.2 uyarınca konusuna bağlı olarak bazı satım sözleşmelerine CİSG'in uygulanmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu maddede sayılan bir satım sözleşmesi söz konusu olmamalıdır. Bunları bilmenize gerek yok.
4. Taraflar açıkça CİSG'i dışlamamış olmalıdır. Yukarıdaki şartlar gerçekleşmesine rağmen taraflar CİSG'in uygulanmayacağını açıkça kararlaştırmışsa CİSG uygulanmayacaktır.

B. Haksız Fiiller

1. Genel Olarak

Sözleşme dışı borç ilişkilerinin en önemlisi haksız fiildir. Haksız fiilden doğan borç ilişkisine dair genel kanunlar ihtilafı kuralı MÖHUK m.34 hükmüdür. Bunun yanında MÖHUK'de haksız fiilden doğan borç ilişkisine dair 5 özel kanunlar ihtilafı kuralına (m.23, m.35-38) yer verilmiştir. Özel kanunlar ihtilafı kurallarının kapsamına giren hallerde ilgili haksız fiilden doğan borç ilişkisine dair özel kanunlar ihtilafı kuralı uygulama alanı bulacaktır.

2. Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkisine Dair Genel Kanunlar İhtilafı Kuralı (m.34)

Taraflara haksız fiilden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmıştır. MÖHUK m.34/f.5 uyarınca taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler. Buna göre tarafların haksız fiilden borç ilişkisi bakımından hukuk seçimi yapabilmesi iki koşula bağlıdır:

- 1- Hukuk seçiminin haksız fiilden işlenmesinden sonra yapılması,
- 2- Hukuk seçiminin açık olarak yapılması

Tarafların bu şekilde bir hukuk seçimi yapmamaları halinde haksız fiilden doğan borç ilişkisine haksız fiilin işlendiği ülke hukuku uygulanır. (MÖHUK m.34/f.1)

Genellikle haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer aynıdır. Ancak bazı hallerde bu durum farklılık arz edebilir. Örneğin Almanya'dan, Fransa'ya yollanan hakaret içerikli mektup örneğinde haksız fiilin işlendiği yer Almanya iken zararın meydana geldiği yer Fransa'dır. Bu halde haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer farklıysa zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır. (MÖHUK m.34/f.2)

MÖHUK m.34/f.3 hükmünde de bir istisna kuralına yer verilmiştir. Buna göre haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanır. Daha sıkı ilişkili ülke hukuku belirlenirken fail ile mağdurun vatandaşlıkları, yerleşim yerleri, mutad meskenleri, fiilin işlendiği yer, zararın meydana geldiği yer gibi tüm hususlar değerlendirilmelidir.

Örnek: İkisi de Türkiye'de yaşayan ve yine ikisi de Türk vatandaşı olan A, B'yi Almanya'da dövmüştür. Daha sonra ikisinin memlekete dönmesi ve B'nin dava açması halinde Türk hukukunun MÖHUK m.34/f.1-2 uyarınca tespit edilecek olan Alman hukukuna nazaran daha sıkı ilişkili ülke hukuku olacağı her türlü şüpheden uzaktır.

MÖHUK m.34/f.4 hükmüyle zarar görenin haksız fiilden sorumlunun sigortacısına karşı talebini doğrudan doğruya ileri sürme imkânı tanınmıştır. Ancak bunun için MÖHUK m.34/f.1-3, 5 hükmü uyarınca belirlenecek olan haksız fiile uygulanacak hukukun veya MÖHUK m.24 uyarınca belirlenecek olan sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun buna imkân vermesi gerekir.

Haksız fiilden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukukun kapsamına şunlar girer:

- Haksız fiil sorumluluğunun koşulları ve kapsamı, bu bağlamda kusur aranıp aranmayacağı, aranacaksa derecesi, illiyet bağı, hukuka aykırılık unsuru vs.
- Haksız fiilin hukuki neticeleri
- Tazminat türü ve miktarı

3. Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkisine Dair Özel Kanunlar İhtilafı Kuralları (MÖHUK m.35-39)

a. Medya veya kitle iletişim araçlarıyla yapılan veya kişisel veriler üzerinde gerçekleşen kişilik haklarının ihlalleri (m.35)

MÖHUK m.35 hükmü tüm kişilik hakkı ihlalinde uygulanacak bir hüküm değildir. MÖHUK m.35, kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlâl edilmesi halinde uygulanır. Ayrıca maddede açıkça belirtmese de bu kişilik hakkı ihlallerinin kamuya açık bir ortamda gerçekleşmesi gerektiği savunulmaktadır. Örneğin internet yoluyla gönderilen facebook mesajı kapsamında kişilik hakkı ihlâl edildiğinde m.35 uygulama alanı bulmaz. Bu şekilde bu madde kapsamına girmeyen kişilik hakkı ihlallerine m.34 hükmü uygulanır. Ama yine facebookta gönderi paylaşılarak hakaret edilmesi halinde m.35 uygulama alanı bulur.

MÖHUK m.35 kapsamına giren kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukuk bakımından zarar görene seçim hakkı tanınmıştır. Bu seçim hakkı zarar görene tanınan tek taraflı bir seçim hakkıdır. Zarar gören şu hukuklardan birisini seçebilir.

1. Zarar görenin mutad meskeni hukuku,
2. Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku,
3. Zararın meydana geldiği ülke hukuku,

Ancak 1 ve 3 nolu seçeneklerin seçilebilmesi zarar verenin, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda olması şartına bağlıdır.

Zarar gören ile zarar veren arasındaki menfaat dengesini gözetmek ve pratik bazı zorunluluklardan dolayı kişilik haklarının ihlâlinde cevap hakkı, süreli yayınlarda, münhasıran baskının yapıldığı ya da programın yayınlandığı ülke hukukuna tâbi kılınmıştır. (MÖHUK m.35/f.2)

Son olarak kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlâl edilmesi halinde de MÖHUK m.35/f.1 uygulanacaktır.

b. İmalatçının sözleşme dışı sorumluluğu

MÖHUK m.36 imalatçının sözleşme dışı sorumluluğunu düzenlemektedir. İmalatçının sözleşmeden doğan sorumluluğu sözleşmeye uygulanacak hukuka tabidir. MÖHUK m.36 uyarınca imal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk konusunda yine zarar görene bir seçim hakkı tanınmıştır. Buna göre imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna zarar görenin tek taraflı seçimine göre:

1. Zarar verenin mutad meskeni hukuku,
2. Zarar verenin işyeri hukuku,
3. İmal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku,

MÖHUK m.36/c.2'de ise imalatçıya 3.seçeneği yani imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukukunu devre dışı bırakma şansı tanınmıştır. Buna göre imalatçı, mamulün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat ederse 3. seçenek yani iktisap yeri hukuku uygulanamaz.

c. Haksız rekabete uygulanacak hukuk

Haksız fiilin özel bir türü olan haksız rekabete uygulanacak hukuk MÖHUK m.37 hükmüyle düzenlenmiştir. MÖHUK m.37 uyarınca haksız rekabete uygulanacak hukukun belirlenmesinde ikili ayırım yapılmalıdır.

1. *İhtimal*: Haksız rekabet sonucunda sadece zarar görenin işletmesine ilişkin menfaatleri ihlâl edilmişse, bu halde söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. (MÖHUK m.37/f.2)

2. *İhtimal*: Haksız rekabet, sadece zarar görenin işletmesine ilişkin menfaatleri değil, aynı zamanda piyasayı da doğrudan etkilemişse haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukuku uygulanır. (MÖHUK m.37/f.2)

d. Rekabetin engellenmesine uygulanacak hukuk

Rekabetin engellenmesi nedeniyle doğan taleplere uygulanacak hukuk MÖHUK m.38'de düzenlenmiştir. Buna göre rekabetin engellenmesinden doğan talepler, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir. (m.38/f.1)

Aynı maddenin 2.fıkrasında ise gösterici nitelikte olmayan bir kurala yer verilmiştir. Buna göre, Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez. Bu hükmün amacı bazı hukuklarda öngörülen aşırı tazminatların önüne geçmektir.

C. Sebepsiz Zenginleşme

Sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplere uygulanacak hukuk MÖHUK m.39'da düzenlenmiştir. Öncelikle m.39/f.2 uyarınca taraflara hukuk seçme imkânı tanınmıştır. Ancak bu hukuk seçimi sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra ve açık olarak yapılabilir.

Taraflar hukuk seçiminde bulunmazlarsa m.39/f.1 uyarınca ikili ayırım yapılmalıdır.

1. *İhtimal*: Zenginleşmeye sebep olan mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukuki bir ilişki varsa bu hukuki ilişkiye uygulanan hukuk sebepsiz zenginleşmeye de uygulanır. Örneğin taraflar arasında bir sözleşme var ve bu sözleşme çerçevesinde ödenmesi gereken ücretten fazlası ödenmişse sebepsiz zenginleşme de sözleşmeye uygulanan hukuka tabi olur.

2. *İhtimal*: Zenginleşmeye sebep olan mevcut veya mevcut olduğu iddia edilen hukuki bir ilişki yoksa bu halde sebepsiz zenginleşmeye, zenginleşmenin gerçekleştiği ülke hukuku uygulanır. Örneğin taraflar arasında hiçbir hukuki ilişki olmamasına rağmen yanlışlıkla banka hesabına para gönderilmişse böyle bir durum söz konusudur.

SINAVA YÖNELİK AÇIKLAMALAR

Kanunlar ihtilafı şahsen bence Kürsünün ne soracağı en çok belli olmayan kısım. Zira konu kapsamı çok geniş ve hepsi de önemli konular. Ben zaten konuyu anlatırken daha önemli konulara daha çok yer ayırmaya çalıştım. Onlara dikkat ediniz. Milletlerarası Sözleşmeler çok yoğun gelmez. Gelirse de kısa ve net açıklamanız yeterlidir. Aile hukukundan bir iki tane Sözleşmeler hukukundan en az bir tane soracaklarını düşünüyorum. Sınavda önce hukuki ilişkinin ne olduğunu tespit edin. Daha sonra hangi hükmün kapsamına girdiğini belirttikten sonra bağlama noktalarını olaya uygulayın. Bağlama noktaları tam verilmişse mesele kişinin mutad meskeni verilmemişse ihtimale göre cevaplayınız. Konsolosluk evlenmeleri, işlem güvenliği prensibi, iş ve tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk, haksız fiile ilişkin m.34-35 farkı, Sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı olan m.24, Mirasa uygulanacak hukuk, Evlat edinme, Soybağı, Nafaka ve Boşanma, yer değişikliği halinde henüz kazanılmamış aynı haklara uygulanacak hukuk önemli konulardır. Kıyıda köşede kalan bir hükmü misal sallıyorum m.32 (hiç beklemezsiniz) soruyorlar. Ama hepsi böyle olmaz. Temel şeylerden de gelir. Kanuna hâkim olup hangisinin kapsamına ne giriyor onu bilerseniz zorluk çekmezsiniz. Özellikle geçen sene sorulmayan konulara veya bütünleme için finalde sorulmayan konulara daha dikkatli bakın.

MİLLETLERARASI USUL HUKUKU

Milletlerarası Usul Hukuku, yabancılık unsuru içeren özel hukuk uyuşmazlıklarında uygulanacak yargılama ve usule ilişkin hususlarla ilgilenmektedir. Milletlerarası Usul Hukuku, Kanunlar İhtilafından farklı olarak maddi hukukla değil, yargılama hukukuyla usul hukuku kısmıyla ilgilenir. Esasa uygulanacak hukuk farklı bir hukuk olsa da usule kural olarak Türk Hukuku (Lex fori) uygulanacaktır. Milletlerarası Usul Hukukunda lex fori ilkesi geçerlidir.

I. MİLLETLERARASI YETKİ

A. Genel Olarak

Yetki bir davaya coğrafi bakımdan hangi yerdeki görevli mahkemenin bakacağını belirler. Milletlerarası yetki bakımından da bir davaya hangi ülkedeki mahkemelerin bakacağı, her ülkenin kendi milletlerarası yetki kurallarına göre belirlenir.

Milletlerarası yetki bakımından temel dayanağımız MÖHUK m.40 hükmüdür. Bu hükme göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer bakımından yetki kuralları tayin eder. Ancak ilgili maddeden sonra MÖHUK m.41-46 hükümlerinde özel milletlerarası yetki kuralları düzenlenmiştir. Daha sonra ise MÖHUK m.47’de Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olmadığı hallerde yabancı mahkemelerin yetkilendirilmesine ilişkin yetki sözleşmesi düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu esaslar çerçevesinde öncelikle ortada bir yetki sözleşmesi var ve bu yetki sözleşmesi şartlarına ve usulüne uygun yapılmışsa yetki sözleşmesiyle yetkilendirilen yabancı mahkeme münhasır yetkili olacaktır. Ancak dava bazı şartlarla yetki sözleşmesiyle yabancı bir mahkeme yetkilendirilmesine rağmen Türk mahkemelerinde görülebilecektir. Bu şartlar yetki sözleşmesi incelenirken açıklanacaktır. Eğer ortada bir yetki sözleşmesi yoksa veya yetki sözleşmesi geçersizse bu halde MÖHUK’ta düzenlenen bir özel milletlerarası yetki kuralının olup olmadığına bakılmalıdır. MÖHUK’ta düzenlenen özel bir milletlerarası yetki kuralı varsa iç hukuka gidilmeksizin bu kurala göre yetkili mahkeme tespit edilecektir. Ancak MÖHUK’ta bu konuda özel bir yetki kuralı yoksa iç yetki uyarınca Türk mahkemelerinin yetkili olup olmadığının tespiti gerekir.

Bu tespitler yapılırken dikkat edilmesi gereken husus Türk milletlerarası yetki kuralları uyarınca yetkili olması gereken yabancı mahkemenin gerçekte yabancı devletin milletlerarası yetkisi bakımından da yetkili olup olmadığının kural olarak bizi ilgilendirmedir. Örneğin Türk milletlerarası yetki kuralları uyarınca Frankfurt ve Viyana mahkemelerinin yetkili olduğunun tespit edilmesi ancak Almanya ve Fransa milletlerarası yetki kuralları uyarınca bu mahkemelerinin yetkili olmamasının bizim için bir önemi yoktur. Ancak bu durumun istisnaları vardır.⁶⁴

B. Milletlerarası Yetki Kuralları

B.1. Yetki Sözleşmesi

Milletlerarası özel hukukta taraflar nasıl kanunlar ihtilafına ilişkin olarak esasa ilişkin uygulanacak hukuk bakımından giriştikleri borç ilişkilerini belirli bir devlet hukukuna tabi tutma serbestisine sahiplerse milletlerarası usul hukuku bakımından da taraflar belirli şartlar altında Türk mahkemesinin yetkisi yokken yetkili kılabilecekleri gibi Türk mahkemesi yetkiliyken yabancı bir mahkemeyi yetkili kılabilirler. MÖHUK m.47’de yetki sözleşmesiyle yabancı mahkemelerin yetkili kılınması düzenlenmiştir. Türk mahkemelerini yetkili kılan yetki sözleşmeleri ise HMK m.17-18’de düzenlenmiştir. Milletlerarası yetkinin tespitinde geçerli bir yetki sözleşmenin olup olmadığı

⁶⁴ Örneğin Bkz. MÖHUK m.41, 47/f.1

öncelikli inceleneceğinden burada öncelikle yetki sözleşmesini ve şartlarını incelemeyi uygun gördüm. Eğer geçerli bir yetki sözleşmesi yoksa MÖHUK m.41-46’da düzenlenen özel yetki hallerinden birisinin kapsamına giriyorsa o hükme göre, bu hükümlerden herhangi birisinin kapsamına girmiyorsa MÖHUK m.40 uyarınca iç hukuktaki yetki kurallarına göre Türk mahkemelerinin yetkili olup olmadığı tespit edilmelidir.

1. Yetki Sözleşmesi ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması

a. Yetki sözleşmesinin şartları

Yabancı mahkemeyi yetkilendiren yetki sözleşmesinin Türk hukuku için geçerli ve bağlayıcı olabilmesi için MÖHUK m.47’de yer alan şartlara uygun bir yetki sözleşmesi yapılmış olmalıdır. Yetki sözleşmesine göre yetkilendirilen mahkeme kendi usul kuralları uyarınca kendisini yetkili görürse davayı görecektir.

- 1- Uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması gerekir.
- 2- Türk mahkemelerinin yetkisinin münhasır yetki esasına göre düzenlenmemiş olması gerekir.
- 3- Uyuşmazlığın borç ilişkisinden doğmuş olması gerekir. Dolayısıyla aile, şahıs ve miras hukuku ile aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından yetki sözleşmesi yapılamayacaktır. Yetki sözleşmesinin konusu sözleşmesel borç ilişkileri, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ve kanundan doğan borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklar olabilecektir.
- 4- Yetki sözleşmesinde yetkilendirilen mahkemenin belirli olması gerekir. MÖHUK m.47 hükmünde bu şart açıkça sayılmamıştır. Ancak doktrinde yetki sözleşmesiyle yetkilendirilen mahkemelerin belirlenebilir olması da aranmaktadır.⁶⁵

Uygulamada tek bir tarafa yetki tanıyan bazı yetki sözleşmeleri yapılmaktadır. Bunlara asimetrik yetki sözleşmesi denir. Bu konuda iki görüş vardır. Bir görüşe göre bu halde asimetrik yetki sözleşmesi geçersizdir. Zira bu sözleşmeler silahların eşitliği prensibine, taraflara tanınması gereken eşit değere aykırıdır. Diğer bir görüşe göre taraflar kendi özgür iradeleriyle böyle bir sözleşme yapmışlarsa bunun geçerli sayılması gereklidir.

Yetki sözleşmesi ayrı bir sözleşme şeklinde yapılabileceği gibi sözleşmeye ayrı bir madde olarak (yetki şartı) da konulabilir. Yetki sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekle tabi kılınmamıştır. Ancak yetki sözleşmesinin varlığının ispatı bakımından yazılı delil aranır.

b. Yabancı mahkemeye yetki veren sözleşmenin doğurduğu hukuki sonuçlar

MÖHUK m. 47/f.1/cümle son uyarınca dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması halinde yetkili Türk mahkemesinde görülür. Bu hüküm uyarınca yetki sözleşmesiyle yetkilendirilen yabancı mahkemenin yetkisi münhasır yetkidir. Bundan dolayı henüz dava yabancı mahkemede açılmamışken yetki sözleşmesiyle yabancı mahkeme yetkilendirilmesine rağmen dava Türk mahkemesinde açılırsa davalının yetki itirazında bulunması gerekecektir. Yetki itirazı bir ilk itiraz olup esasa cevap süresi içerisinde cevap dilekçesiyle ileri sürülmesi gerekecektir. Yetkisizlik itirazında bulunulmaması halinde yetkisiz Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi doğacaktır. Öte yandan yabancı mahkemede dava açılmışken Türk mahkemesinde dava açılırsa bu halde yine MÖHUK m.47 uyarınca ancak yabancı mahkeme kendisini yetkisiz sayması halinde Türk mahkemelerinde görülebileceğinden bu halde derdestlik itirazı ileri sürülebilecektir. Yetki sözleşmesiyle yabancı mahkemenin yetkili kılınması hali, MÖHUK m.41’de Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalarda yetki ve bazı milletlerarası anlaşmalarla kararlaştırılması halleri ile birlikte derdestlik itirazının ileri sürülebileceği üç halden birisidir.⁶⁶

⁶⁵ Ancak farklı görüşler olmakla beraber “İngiltere mahkemeleri yetkili olacaktır.” ve “Almanya mahkemeleri yetkilidir.” gibi ibarelerin olması mahkemelerin belirlenmiş olması bakımından yeterlidir. Onun dışında illa ki “Berlin mahkemeleri yetkilidir.” gibi bir ibare aranmamalıdır. Zira hangi ülke mahkemelerin yetkili olduğu belirlendikten sonra o ülkedeki hangi mahkemelerin yetkili olduğu o ülke usul hukukunu ilgilendirir. Ama bu konuda farklı görüşler de vardır. Ayrıca birden fazla mahkeme de yetki sözleşmesiyle yetkili kılınabilir.

⁶⁶ Bkz.

MÖHUK m. 47/f.2 uyarınca 44. 45. ve 46. maddelerde belirlenen mahkemelerin milletlerarası yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez. Bu hükmün konuluş amacı zayıf taraf olan işçi, tüketici ve sigortalı/sigorta ettiren/lehdar lehine özel olarak düzenlenen 44, 45 ve 46. maddelerdeki Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin zayıf tarafın aleyhine olarak bertaraf edilmesini engellemektir. Dolayısıyla 44, 45 ve 46. madde hükümleri sınırlı münhasır yetki getirmektedir. Bu yetki kuralları zayıf tarafın korunmasıyla sınırlı münhasır yetki kurallarıdır. Bunun sonucu olarak her ne kadar Yargıtay'ın doğrudan yetki sözleşmesini geçersiz saydığı kararları olsa da bu halde yetki sözleşmesi doğrudan geçersiz sayılmamalıdır. Zira MÖHUK m.47/f.2 hükmüne rağmen yetki sözleşmesi yapılmış ve yabancı mahkemeler yetkili kılınmışsa elbette işçi, sigortalı/sigorta ettiren/lehdar ve tüketici aleyhine olan ilam, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş olacağından MÖHUK m.54/f.1-b uyarınca tanınıp tenfiz edilemeyecektir. Ancak MÖHUK m.44-45-46 hükümleri zayıf tarafın korunmasıyla sınırlı münhasır yetki kuralları olduğundan yabancı mahkemece verilen karar işçi, tüketici ve sigortalının lehine ise bu ilamın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş olduğu gerekçesiyle tanıma-tenfiz engeli oluşacağı düşünülemez. Ayrıca bu hükümlere aykırı yapılan yetki sözleşmesinin geçersizliğini işveren, tüketicinin karşı tarafı ve sigortacı ileri süremez ve fakat bunların geçersizliğini zayıf taraf olan işçi, sigortalı/sigorta ettiren/lehdar ve tüketici ileri sürebilir.

Aşağıda ihtiyati tedbir taleplerinde yetki ve ihtiyati haciz taleplerinde yetki başlıklarında belirtileceği üzere yetki sözleşmesiyle yabancı bir mahkeme yetkili kılınmış olsa bile HMK m.390 uyarınca ihtiyati tedbir bakımından esasa yetkili bir Türk mahkemesi varsa bu mahkemenin yetkisi münhasır yetkidir. Aynı şekilde İİK m.258 atfıyla İİK m.50 uyarınca ihtiyati haciz bakımından esasa yetkili bir Türk mahkemesi varsa bu mahkemenin yetkisi de münhasır yetkidir. Dolayısıyla yabancı mahkemenin yetki sözleşmesiyle münhasır yetkili kılınması esasa ilişkin asıl uyuşmazlık bakımından geçerli olup ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz bakımından Türk mahkemelerinin yetkisi bertaraf edilemez. Aksi halde geçici koruma tedbirlerinden beklenen fayda sağlanamaz. Zira aşağıda da belirtileceği üzere geçici koruma tedbirleri bakımından verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmez. Bir ilamın Türkiye'de kesin hüküm doğurabilmesi için tanınıp tenfizi gerekir. Bir ilamın tanınıp tenfiz edilmesi için ise kesin hüküm teşkil etmesi gerekir. Bu açıdan yabancı mahkemeler tarafından verilen ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları tanınıp tenfiz edilemeyecektir. Yetki sözleşmesiyle yetkilendirilen yabancı mahkemenin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleri bakımından da münhasır yetkili kabul edilmesi halinde Türk mahkemeleri ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı veremeyecektir. Bu halde kişilerin yetki sözleşmesi yapma hakkını kullanarak yabancı bir mahkemeyi yetkilendirmesi halinde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı alamaması gibi bir sonuç doğar. Bu durumun usul ve takip hukukunun temel amaç ve ilkeleri kapsamında kabulü mümkün değildir. Sonuç olarak ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir bakımından yetkili Türk mahkemelerinin yetkisi bu bakımdan münhasırdır.

2-Yetki Sözleşmesiyle Türk Mahkemelerinin Yetkili Kılınması

Yabancı bir mahkemenin yetki sözleşmesiyle yetkili kılınması MÖHUK m.47 hükmüne tabi iken Türk mahkemelerinin yetki sözleşmesiyle yetkili kılınması HMK m.17-18 hükümlerine tabidir. HMK m.17-18 hükümlerine göre Türk mahkemelerinin yetkili kılınmasının şartları şu şekildedir:

- 1- Uyuşmazlığın tarafları tacir veya kamu tüzel kişileri olmalıdır.
- 2- Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri hallerin veya başka bir Türk mahkemesinin kesin yetkisi bulunmaması gerekmektedir.
- 3- Yetki sözleşmesi yazılı olarak yapılmalıdır.
- 4- Taraflar arasındaki doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişki belirli veya belirlenebilir olmalıdır.

5- Taraflarca yetkilendirilen Türk mahkemesinin veya mahkemelerinin belirlenmiş olmaları gerekir. Ancak burada birden fazla mahkemenin belirlenmesi hakkın kötüye kullanılması oluşturmamalıdır.⁶⁷

Taraflar arasında bir yetki sözleşmesi yapılmamış olsa bile davanın milletlerarası yetkiye sahip olmayan bir Türk mahkemesinde açılması halinde davalı, buna karşı yetki itirazında bulunmazsa yetkisiz Türk mahkemesi yetkili hale gelir. Burada artık zımnî bir yetki sözleşmesinden bahsedilebilir. Ancak buradaki yetki sözleşmesi baştan taraf iradesi ile kurulan açık yetki sözleşmesinden farklı bir durum olup MÖHUK m.40 hükmünün iç hukuka yaptığı atıf sonucu uygulama alanı bulan HMK m.19/f.4 hükmünün sonucudur. HMK m.19/f.4 uyarınca yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelir.

Yetki sözleşmesi yapılması tarafların ve uyuşmazlığın Türk mahkemesiyle bir bağlantısı bulunması şartına bağlı değildir. Önemli olan HMK m.17-18’de yer alan şartların oluşup oluşmadığıdır.

HMK m.17/cümle son uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece yetki sözleşmesiyle belirlenen mahkeme veya mahkemelerde açılabilir. Bunun sonucu olarak aksi kararlaştırılmadıkça yetki sözleşmesiyle yetkilendirilen mahkeme veya mahkemeler münhasır yetkilidir. Ancak bu durumun aksinin kararlaştırılması mümkündür.

B.2. MÖHUK’de Düzenlenen Özel Yetki Kuralları

Yetki sözleşmesi yapılmamışsa veya yapılan yetki sözleşmesi geçersizse ikinci aşama olarak söz konusu davanın MÖHUK m.41-46’da düzenlenen özel yetki kurallarından birisinin kapsamına girip girmediği incelenir. MÖHUK m.41-46 kapsamına giren bir hal söz konusuysa ilgili hükme göre Türk mahkemelerinin yetkisi olup olmadığı tespit edilir. Bu halde bu hükümlere göre Türk mahkemesi milletlerarası yetki kazanamıyorsa ayrıca MÖHUK m.40 uyarınca iç hukuktaki yetki kurallarına bakılmaz. Ancak MÖHUK’de düzenlenen özel yetki kurallarının kapsamına giren bir hal söz konusu değilse MÖHUK m.40 uyarınca iç hukuktaki yetki kurallarına göre Türk mahkemelerinin yetkisi olup olmadığı tespit edilmelidir.

1. Türk Vatandaşlarının Kişi Hallerine İlişkin Davalarda Yetki

MÖHUK m.41’de Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalar bakımından yetki düzenlenmiştir. Bu maddeyle ilgili olarak iki hususa değinmek gerekir. İlkin bu yetki kuralı kesin yetki kuralı değildir. Zira kanun maddesinde ‘‘Yabancı ülke mahkemelerinde açılmadığı veya açılmadığı’’ demektedir. İkinci olarak bu yetki kuralının temel amacı her halde Türk vatandaşların kişi hallerine ilişkin davalar bakımından bir Türk mahkemesini yetkili kılmaktır. Maddenin uygulanma şartları şu şekildedir:

1- En az bir Türk vatandaşı davada taraf olmalıdır. Türk vatandaşın davacı veya davalı olmasının bir önemi yoktur.

2- Dava Türk vatandaşının kişi haline ilişkin olmalıdır. Bu yüzden örneğin Türk vatandaşı A davacı, Yabancı ülke vatandaşı B davalıysa ancak dava B’nin kişi haline ilişkin olup A’nın kişi hallerini ilgilendirmiyorsa bu kural uygulanmaz. Kişi hallerinden kasıt kişinin şahsi statüsünü belirleyen hallerdir. Kişi halleri bir başka deyişle, şahsın halini ve ehliyetini gösteren, şahsın hukukuna ve aile hukukuna ait meselelerdir. Örneğin gaiplik kararı, boşanma davası, kısıtlanmaya yönelik davalar, kayyım atamaya yönelik davalar, velayet davaları vs. Ancak kişiler hukukuna veya aile hukukuna ilişkin sebeplerden de kaynaklansa maddi veya manevi tazminat talepleri, nafaka talepleri ve eşler arasındaki mal rejimine yönelik davalar kişi halleri kapsamına girmez.

⁶⁷ Örneğin Marmara bölgesinde yer alan mahkemeler yetkilidir şeklindeki bir yetki sözleşmesi geçerli olamayacaktır. Aynı şekilde sadece Türk mahkemelerine yetki tanıyan yetki sözleşmeleri de geçerli olmayacaktır.

3- Son olarak dava yabancı mahkemede açılmamalı veya açılmamalıdır. Eğer yabancı mahkemede dava açılmışken Türkiye’de dava açılırsa derdestlik ileri sürülebilir. Bu milletlerarası yetki bakımından yabancı derdestlik ileri sürülebilecek üç halden birisi olup bu durum yabancı derdestlik başlığı altında incelenecektir.

Eğer bu şartlar oluşmuşsa MÖHUK m.41 kademeli yetki kuralları öngörmüştür. Buna göre;

- 1- Türkiye’de yer itibariyle mahkemede,⁶⁸
- 2- Kişi haline ilişkin uyuşmazlık söz konusu olan Türk vatandaşının sakin olduğu yer,
- 3- Kişi Türkiye’de sakin değilse Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesi,
- 4-Bu da yoksa Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birisi.⁶⁹

2. Yabancıların Kişi Hallerine İlişkin Bazı Davalar Bakımından Yetki

MÖHUK m.42’de yabancıların kişi hallerine ilişkin davalar bakımından bir yetki kuralı öngörülmüştür. Ancak bu yetki kuralı m.41’den farklı olarak tüm kişi hallerine ilişkin olmayıp özel olarak sayılan hallere ilişkindir. Bu maddenin uygulanma şartları şu şekildedir:

- 1- Bir yabancı ülke vatandaşı söz konusu olmalıdır.
- 2- Bu yabancıların Türkiye’de yerleşim yeri bulunmamalıdır.⁷⁰
- 3- Dava yabancı hakkında vesayet, kayımlık, kısıtlılık, gaiplik ve ölmüş sayılma kararlarına ilişkin olmalıdır.⁷¹

Eğer bu şartlar oluşmuşsa MÖHUK m.42 yine kademeli olacak şekilde iki yetki kuralı öngörmektedir:

- 1- İlgili yabancı kişinin Türkiye’de sakin olduğu yer.
- 2- Türkiye’de sakin değilse mallarının bulunduğu yer mahkemesi.

3. Miras Davalarında Yetki

MÖHUK m.43’te mirasa ilişkin davalar bakımından bir yetki kuralı öngörülmüştür.⁷² Bu maddenin uygulanabilmesi için yabancılık unsuru içeren bir miras davasının bulunması yeterlidir. Hangi davaların mirasa ilişkin davalar olduğu usul hukukuna hâkim olan lex fori ilkesi uyarınca Türk hukukuna göre belirlenecektir. Yabancılık unsuru içeren mirasa ilişkin davalar bakımından MÖHUK m.43 yine kademeli olacak şekilde iki yetki kuralı öngörmüştür. Buna göre:

- 1- Öncelikle ölenin son yerleşim yeri Türkiye’de ise bu yer mahkemesi
- 2- Ölenin son yerleşim yeri Türkiye’de değilse terekeye dahil malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili olacaktır.

HMK m.11 iç yetki bakımından bir kesin yetki öngörmektedir. MÖHUK m.43’ün münhasır yetki kuralı olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte baskın görüşe ve Kürsü görüşüne göre MÖHUK m.43 milletlerarası yetki bakımından bir münhasır yetki kuralı öngörmemektedir.

⁶⁸ Normalde MÖHUK’ta özel yetki kuralı varsa iç yetkiye gidemeyiz demiştik. Ancak burada kanun bizi bizzat iç yetkiye kendisi göndermekte olup bu halde iç yetki kuralları uyarınca yetkili bir Türk mahkemesi tespit edilecektir.

⁶⁹ Dolayısıyla her halükarda yetkili bir Türk mahkemesi mevcut olacaktır.

⁷⁰ Türkiye’de yerleşim yeri varsa zaten iç yetki kuralları uyarınca yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır.

⁷¹ Bu sayılan 5 hal MÖHUK m.10-11 hükümlerinin madde başlığındaki hallerdir.

⁷² Bu kural karşısında HMK m.11 hükmü yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından uygulanamayacaktır.

4. Bireysel İş Sözleşmesinden veya İş İlişkisinden Doğan Davalarda Yetki

MÖHUK m.44 hükmüyle bireysel iş sözleşmesinden veya iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar bakımından bir yetki kuralı öngörülmüştür.⁷³ Bu maddenin uygulanabilmesi için yabancılık unsuru içeren bireysel bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisinden doğan bir dava söz konusu olmalıdır. MÖHUK m.44 uyarınca;

İşveren dava açmışsa: İşçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir.

İşçi dava açmışsa:

- 1- İşçinin yerleşim yeri,
- 2- İşçinin mutad meskeninin bulunduğu yer,
- 3- İşverenin yerleşim yeri,
- 4- İşçinin işini mutaden yaptığı işyerinin Türkiye’de bulunduğu yer mahkemeleri arasında seçimlik hakka sahiptir.

5. Tüketici Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Yetki

MÖHUK m.45 hükmü tüketici sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından bir yetki kuralı öngörmüştür.⁷⁴ Bu maddenin uygulanabilmesi için yabancılık unsuru içeren bir tüketici sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık olmalıdır.

MÖHUK m.45 hükmü tüketicinin davacı veya davalı olmasına göre farklı yetki kuralları getirmiştir. Buna göre tüketici davalıysa yetkili mahkeme, Türkiye’deki mutad meskeni mahkemesidir.

Tüketici davacıysa bu halde seçim hakkı tüketicide olmak üzere 5 tane seçimlik yetkili mahkeme söz konusudur. Buna göre seçimlik yetkili mahkemeler şunlardır:

- 1- Tüketicinin yerleşim yeri,
- 2- Tüketicinin mutad meskeni,
- 3-Karşı tarafın yerleşim yeri
- 4- Karşı tarafın mutad meskeni
- 5- Karşı tarafın işyeri.

6. Sigorta Sözleşmesinden Doğan Davalarda Yetki

MÖHUK m.46 hükmü sigorta sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar bakımından bir yetki kuralı öngörmüştür.⁷⁵ MÖHUK m.46 hükmünde sigortalıya karşı açılacak davalar ile sigortalı, lehdar veya sigorta ettirene karşı açılacak davalar bakımından ayırım yapılmıştır. Sigortalıya karşı açılacak davalarda üç tane yetkili mahkeme vardır:

- 1- Sigortacının esas iş yeri
- 2- Sigorta sözleşmesini yapan şubesinin bulunduğu yer
- 3- Sigorta sözleşmesini yapan acentesinin bulunduğu yer.

Ancak dava, sigorta ettirene, sigortalıya veya lehbara açılacaksa yetkili mahkeme bunların Türkiye’deki yerleşim yeri veya mutad meskenidir.

⁷³ 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m.6 hükmü MÖHUK m.44 hükmü karşısında yabancılık unsuru içeren bireysel iş ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar bakımından uygulanamayacaktır.

⁷⁴ Öncelikle 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun yetkiye dair hükümleri MÖHUK m.45’in kapsamına giren uyuşmazlıklar ölçüsünde uygulanamayacaktır.

⁷⁵ HMK m.15 hükmü yabancılık unsuru içeren sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar bakımından uygulanamayacaktır.

B.3. MÖHUK m.40 Atfıyla İç Hukuka İlişkin Yetki Kuralları

MÖHUK m.40 hükmüne göre Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin eder. Dolayısıyla MÖHUK m.47 hükmünde belirtilen şartlara uygun olarak bir yabancı mahkeme münhasır olarak yetkilendirilmemişse ve MÖHUK'ta ilgili uyumsuzluk bakımından özel bir yetki kuralı öngörülmemişse iç hukuka ilişkin yetki kurallarına göre yetkili mahkemenin tespiti gerekir.

İç hukukta ise yetki kuralları ikiye ayrılır. Bunlar genel yetki kuralı-özel yetki kuralı şeklindedir. Özel yetki kuralları da kesin yetki-kesin olmayan yetki olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin olmayan yetki kuralları genel yetkiyi ve diğer kesin olmayan yetki kurallarını bertaraf etmez, ek bir yetki kuralı getirir. Kesin yetki kuralları ise genel yetkili ve diğer kesin olmayan yetkili mahkemelerin yetkisini bertaraf eder.

Son olarak şunu belirtiyim ki iç hukuk bakımından kesin yetki kuralları ile milletlerarası yetki bakımından Türk mahkemelerin münhasır yetkisi tamamen aynı değildir. İç hukuk bakımından kesin yetki olan tüm haller milletlerarası yetki bakımından da münhasır yetki olmayabilir. Zira bunların işlevleri farklıdır. İç hukuk bakımından kesin yetki kuralının amacı dava Türkiye'de görülecekse illa ki kesin yetkili mahkemede görülmesidir. Milletlerarası yetki bakımından münhasır yetkinin amacı o davalar bakımından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi olmasıdır.

1- Genel Yetki Kuralı

Kesin yetki olmayan hallerde HMK m.6 uyarınca genel yetki kuralına göre genel yetkili mahkeme belirlenecektir. HMK m.6 uyarınca genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. Yerleşim yeri TMK hükümlerine göre belirlenir.

TMK m.19 hükmüne göre gerçek kişiler bakımından yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. TMK m.20 hükmüne göre ise bir yerleşim yerinin değiştirilmesi yenisinin edinilmesine bağlıdır. Önceki yerleşim yeri bilinmeyen veya yabancı ülkedeki yerleşim yerini bıraktığı halde Türkiye'de yerleşim yeri edinmemiş olan kimsenin halen oturduğu yer, yerleşim yeri sayılır. TMK m.19-20 hükümlerine göre Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayan gerçek kişiler bakımından HMK m.9 genel yetkili mahkemeyi tespit etmektedir. Buna göre Türkiye'de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında genel yetkili mahkeme, davalının Türkiye'deki mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesidir. Tüzel kişiler bakımından yerleşim yeri TMK m.51 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir.

2- Özel Yetki Kuralları

Özel yetki kuralları kesin yetki ve kesin olmayan yetki şeklinde ikiye ayrılır. Kesin yetki varsa diğer kesin olmayan yetkili mahkemelerin ve genel yetkili mahkemenin yetkisi bertaraf olmuş olur. Kesin olmayan yetki varsa genel yetkili mahkeme diğer kesin olmayan yetkili mahkemenin yanına ek bir yetki kuralı tesis edilmiş olur.

a. Kesin olmayan yetki kuralları

i- Bir yerde geçici olarak oturanlara karşı açılacak davalarda yetki

HMK m.8 uyarınca memur, işçi, öğrenci, asker gibi, bir yerde geçici olarak oturan kişilere karşı açılacak alacak veya taşınır mal davalarında orada bulunmaları uzunca bir süre devam edecekse, bulundukları yer mahkemesi de yetkilidir. Dolayısıyla (1) geçici olarak bir yerde oturan bir kişi söz konusuysa, (2) burada bulunması uzunca bir süre devam edecekse ve (3) alacak veya taşınır mal davası söz konusuysa bu kişilerin halen oturdukları yer mahkemesi yetkili olacaktır.

ii- Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlara karşı açılacak malvarlığı davalarında yetki

HMK m.9/f.1/cümle son hükmünde Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlar hakkında bir kesin olmayan yetki hükmü öngörülmüştür. Buna göre Türkiye’de yerleşim yeri bulunmayanlara karşı açılacak malvarlığına ilişkin davalar uyuşmazlık konusu malvarlığı unsurunun bulunduğu yerde de açılabilir.

iii- Sözleşmeden doğan davalarda yetki

HMK m.10 hükmünde sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından bir kesin olmayan özel yetki kuralı öngörülmüştür. Buna göre sözleşmeden doğan davalar sözleşmenin ifa yeri mahkemesinde de açılabilir. Sözleşmenin ifa yeri kavramı, yerleşim yeri kavramı gibi lex fori ilkesi uyarınca Türk hukukuna göre tespit edilir. Türk hukuku bakımından ise bu yöndeki düzenlememiz TBK m.89 hükmüdür. TBK m.89 uyarınca ifa yeri tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir. Uluslararası ticari ilişkilerde İNCOTERMS denen kalıplara başvurulur. Bu kalıplar edimin nerede ifa edileceğine ilişkin kurallar getirmektedir. Eğer taraflar arasında ifa yerine ilişkin açık veya örtülü bir anlaşma yoksa TBK m.89’da yer alan yedek hukuk kuralları uygulanır. Buna göre:

- 1- Para borçları, alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde,
- 2- Parça borçları, sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yerde,
- 3-Bunların dışındaki bütün borçlar, doğumları sırasında borçlunun yerleşim yerinde, ifa edilir ve yetkili mahkeme buna göre belirlenir.

Söz konusu sözleşme bir tüketici, sigorta veya bireysel iş sözleşmesi ise MÖHUK m.44-46 hükümleri karşısında HMK m.10 uygulama alanı bulamayacaktır.

iv- Karşı davada yetki

HMK m.13 uyarınca kesin yetkinin söz konusu olmadığı hallerde, asıl davaya bakan mahkeme, karşı davaya bakmaya da yetkilidir. Böylece asıl dava Türkiye’de görülmekteyse karşı dava da Türkiye’de görülebilecektir.

v- Şubenin işlemlerinden doğan davalarda yetki

HMK m.14/f.1 uyarınca bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkili olacaktır. Bu surette merkezi yurt dışında bulunan bir tüzel kişiliğin Türkiye’de yer alan şubesinin yaptığı işlemlerden dolayı bu kurala dayanarak Türkiye’de dava açılabilir.

vi-Haksız fiilden doğan davalarda yetki

HMK m.16 hükmünde haksız fiilden doğan davalar bakımından 4 tane seçimlik kesin yetki kuralı öngörmektedir. haksız fiil bakımından yetki kuralları şunlardır:

- 1- Haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi,
- 2- Zararın meydana geldiği yer mahkemesi,
- 3- Zararın meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer mahkemesi (Henüz zarar doğmamakla doğma ihtimalinin bulunduğu ihtimaller için),
- 4- Zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi.

Bu yetki kurallarından birisine göre Türk mahkemeleri yetki kazanmışsa dava Türkiye’de görülebilir.

vii- İhtiyati tedbir ve İhtiyati haciz taleplerinde yetki

İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz geçici koruma tedbirleridir. İhtiyati tedbirler kişinin davayı kazanması halinde dava konusu mala kavuşmasını dava sırasında veya davadan önce güvence altına alan geçici tedbirlerdir. İhtiyati tedbir

uyuşmazlık konusu şey üzerinde söz konusu olur. İhtiyati tedbirin şartları HMK m.389'da açıklanmıştır. Buna göre, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesi zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hale geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hallerinde, uyuşmazlık konusu üzerinde ihtiyati tedbir kararı verilebilir. İhtiyati tedbir talepleri hakkında verilen kararlar kesin hüküm teşkil etmez.

İhtiyati haciz ise, kişinin mevcut veya açacağı takibinin sonucunun güvence altına alınması amacıyla mahkeme kararıyla borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici koruma tedbiridir. İhtiyati haciz para alacakları için söz konusu olup tüm haczi kabil malvarlığı unsurları üzerinde alınabilir. İhtiyati haczin şartları İİK m.257'de düzenlenmiştir. Buna göre, rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı, borçlunun kendisinde veya üçüncü kişilerde olan taşınır ve taşınmaz mallarını ve alacaklar ile diğer haklarını ihtiyaten haczettirebilir. Vadesi gelmemiş borçtan dolayı ise yalnızca borçlunun belirli bir yerleşim yeri yoksa veya borçlu taahhütlerinden kurtulmak maksadıyla mallarını gizlemeye, kaçırmaya veya kendisi kaçmaya hazırlanır yahut kaçar ya da bu maksatla alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunursa ihtiyati haciz istenebilir. İhtiyati haciz talepleri hakkında verilen kararlar da kesin hüküm teşkil etmez.

İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz talepleri bakımından MÖHUK'ta özel düzenleme olmadığından MÖHUK m.40 atfıyla ihtiyati tedbir bakımından HMK m.390 hükmü, ihtiyati haciz bakımından ise İİK m.258 atfıyla İİK m.50 uygulanır.

a) İhtiyati tedbir taleplerinde yetki

HMK m.390 uyarınca ihtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. İhtiyati tedbir kararları kesin hüküm teşkil etmez. Kesin hüküm teşkil etmeyen kararlar da MÖHUK m.50 ve m.58 uyarınca tanınamaz ve tenfiz edilemez. Yabancı mahkeme kararlarının Türkiye'de icra edilebilmesi için ise tenfizi gerekir. Eğer dava açılmadan önce esasa yetkili bir Türk mahkemesi varsa ihtiyati tedbir bu mahkemeden talep edilebilecektir. Dava açıldıktan sonra ise dava Türk mahkemesinde açılmışsa ihtiyati tedbir bu mahkemeden talep edilebilecektir. Asıl problem esasa yetkili bir Türk mahkemesi olmaması veya normalde esasa yetkili bir Türk mahkemesi olmasına rağmen asıl dava bakımından yetki sözleşmesiyle yabancı bir mahkemenin münhasır yetkili kılınması hallerinde ortaya çıkar. Zira bu hallerde Türkiye'de yetkili mahkeme olmadığından ihtiyati tedbir talep edilemeyecektir. Yabancı mahkemeden alınan ihtiyati tedbir kararları ise kesin hüküm teşkil etmediğinden tenfiz edilemeyecektir. İhtiyati tedbir kararlarının amacı ise kişinin dava sonucunda elde edeceği hükmü garanti altına almak, ihtilaf konusu mal veya alacağın kaçırılmasını ve uğrayacağı muhtemel zararların önlenmesidir. İşte ihtiyati tedbirin amacı bu iken sırf esasa yetkili Türk mahkemesi olmadığı veya kanunun kendisine tanıdığı yetki sözleşmesi yapma hakkını kullanmasından dolayı ihtiyati tedbir korumasından yararlanamayacağı sonucuna ulaşmak hukuken mümkün değildir. Bu gerekçelerle doktrinde HMK m.390 hükmünün iç yetki bakımından uygulanabileceği, milletlerarası yetki bakımından ise uygulanamayacağı dolayısıyla ihtiyati tedbir talepleri bakımından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisinin olduğu kabul edilmektedir. Bundan dolayı esasa yetkili bir Türk mahkemesi varken yetki sözleşmesiyle yabancı bir mahkeme münhasır yetkili kılınmış olsa bile ihtiyati tedbir, yetki sözleşmesi yokmuş gibi esasa yetkili mahkemeden talep edilebilir. Yetki sözleşmesi olmaksızın esasa yetkili bir Türk mahkemesinin bulunmaması halinde ise artık herhangi bir Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir alma imkanından bahsedemeyiz.

Öte yandan HMK m.397/f.1 uyarınca ihtiyati tedbir kararı davanın açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi halde tedbir kendiliğinden kalkar. Bundan dolayı münhasır yetkiye sahip yabancı devlet mahkemesinde asıl davanın iki hafta içinde açılmaması halinde Türk mahkemesinin verdiği ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır.

b) İhtiyati haciz taleplerinde yetki

İhtiyati haciz taleplerinde yetki bakımından İİK m.50'ye atıf yapılmıştır. İİK m.50 de HMK'ya atıf yapmış ve bunun yanı sıra sözleşmeden doğan takipler bakımından sözleşmenin yapıldığı yer şeklinde ek bir yetki kuralı öngörmüştür. Sonuç olarak bu kurallara göre ihtiyati haciz bakımından yetkili mahkeme belirlenecektir. Yukarıda ihtiyati tedbir bakımından yapılan açıklamalar ihtiyati haciz bakımından da geçerlidir. İhtiyati haciz bakımından da Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi vardır.

viii. Diğer kesin olmayan yetki kuralları

Yukarıda belirtilenler dışında iç hukukta başkaca yetki kuralları da mevcuttur. Ancak bunların hepsinin bilinmesine gerek yoktur. Şunların bilinmesi yeterli olacaktır:

- 1- Kişilik haklarının ihlaline ilişkin davalarda yetki (TMK m.25/son) : Kişilik hakları ihlal edilen davacı veya karşı taraf olan davalının yerleşim yerinde açılabilir.
- 2- Butlan, boşanma ve ayrılık davalarında yetki (TMK m.160, m.168) : Butlan, boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir.
- 3- Boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında yetki (TMK m.177) : Nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesi.
- 4- Soy bağına ilişkin davalarda yetki (TMK m.283) : Taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesi.

b. Kesin yetki kuralları

i- Taşınmazın aynından doğan davalarda yetki

HMK m.12 hükmü uyarınca taşınmazın üzerindeki ayni hakka ilişkin veya ayni hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek davalar ile taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin davalarda, taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir. İrtifak hakkına ilişkin davalar, üzerinde irtifak hakkı kurulan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde açılır. Dava birden fazla taşınmaza ilişkinse birinin bulunduğu yerde diğerleri bakımından da açılabilir. Öncelikle bu hükmün uygulanabilmesi için sadece taşınmaza ilişkin olması yetmez. Taşınmazın üzerindeki ayni hakka ilişkin veya ayni hak sahipliğinde değişikliğe yol açabilecek bir dava ya da taşınmazın zilyetliğine yahut alıkoyma hakkına ilişkin olmalıdır. Öte yandan bu hüküm iç hukuk bakımından kesin yetki kuralı olduğu gibi milletlerarası yetki bakımından da münhasır yetki kuralıdır. Dolayısıyla Türkiye'de yer alan bir taşınmazın aynına ilişkin davalarda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi söz konusu olacak bunun sonucu olarak bu konuda yetki sözleşmesi yapılamayacağı gibi yabancı bir mahkemeden alınacak bir karar da Türkiye'de tanınıp tenfiz edilemeyecektir. Ayrıca mirasa ilişkin davalar bakımından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi bulunmasa bile bu miras uyuşmazlığına ilişkin yabancı mahkemenin kararında yer alan taşınmazın aynında değişikliğe yol açacak kısmının Türkiye'de tanınma ve tenfizi mümkün değildir. Zira taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklar bakımından Türk mahkemelerinin münhasır yetkisi vardır. Aynı açıklamalar eşler arasındaki mal tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda verilen taşınmazlara ilişkin kısımlar içinde geçerlidir.

ii- Tüzel kişilerle ilgili bazı davalarda yetki

HMK m.14/f.2 hükmüne göre özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir. İç yetki bakımından kesin yetki teşkil eden bu yetki kuralının milletlerarası yetki bakımından da münhasır yetki oluşturup oluşturmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu yetki kuralı milletlerarası yetki bakımından da münhasır yetki kuralıdır. Bunun sonucu olarak bu konuda yetki sözleşmesiyle yabancı bir mahkeme yetkili kılınamayacağı gibi yabancı mahkemeden bu yetki

kuralının kapsamına giren bir konuda alınmış olan karar da tanınıp tenfiz edilemeyecektir. İkinci bir görüşe göre HMK m.14/f.2 hükmü iç yetki bakımından kesin yetki kuralı olsa da milletlerarası yetki bakımından münhasır yetki oluşturmaz. Bu halde yabancı ülke mahkemesinin bu konuda verdiği karar Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyeceğinden tanınıp tenfiz edilir. Ayrıca bu görüş uyarınca bu konuda yetki sözleşmesi de yapılabilecektir.

iii- İflas davalarında yetki

İİK m.154/f.1 uyarınca iflas yoluyla takipte yetkili icra dairesi, borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer icra dairesidir. İİK m.154/f.2 uyarınca merkezi yurt dışında bulunan ticari işletmeler bakımından yetkili merci bu işletmenin Türkiye'deki şubesi, şube sayısının birden fazla olması halinde merkez şubenin bulunduğu yer icra dairesidir. İİK m.154/f.3 uyarınca taraflar anlaşarak yetkili icra dairesini ve dolayısıyla icra mahkemesini değiştirebilirler. Ancak iflas davaları bakımından borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi kesindir. İİK m.154/f.3 hükmü milletlerarası yetki bakımından da münhasır yetki kuralıdır.

c. Milletlerarası yetki bakımından da münhasır yetki olanlar:

İç hukuk bakımından kesin yetki kuralı olan tüm yetki kurallarının milletlerarası yetki bakımından münhasır yetki kuralları olmayabileceği açıklanmıştı. Hangi hallerin milletlerarası yetki bakımından münhasır yetki kuralı olduğu her kuralın içeriği ve amacı dikkate alınarak ayrı ayrı belirlenmelidir. Genel anlamda milletlerarası yetki bakımından münhasır yetki kuralları şu şekildedir:

1-Taşınmazın aynından doğan davalarda yetki (HMK m.12). Bu konuda hiçbir tartışma yoktur. İttifakla kabul edilmektedir.

2- Özel hukuk tüzel kişilerinin ortaklık ve üyelik ilişkisiyle sınırlı kalmak kaydıyla bir ortağına veya üyesine yahut bir ortağın veya üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalarda yetki (HMK m.14/f.2)- Baskın görüşe göre bu yetki kuralı milletlerarası yetki bakımından da münhasır yetki kuralıdır.

3-İflas davalarında yetki (İİK m.154/f.3)

4-Miras davalarında yetki (MÖHUK m.43) Tartışmalıdır. Baskın görüş ve Kürsü görüşü bu yetki kuralını milletlerarası anlamda münhasır yetki kuralı kabul etmemektedir.

5- MÖHUK m.44-45-46 hükümleri. Yargıtay bu hükümlere aykırı olarak yapılan yetki sözleşmelerini doğrudan geçersiz saymaktadır. Ancak baskın görüşe ve Kürsü görüşüne göre bu yetki kuralları zayıf koruma amacıyla sınırlı münhasır yetki kurallarıdır.

6-FSEK ve SMK'da yer alan yetki kuralları. Bir görüşe göre bu yetki kuralları da milletlerarası anlamda münhasır yetki kuralı tesis etmektedir.

Bir yetki kuralının milletlerarası yetki bakımından da münhasır yetki kuralı olmasının iki sonucu vardır.

1- MÖHUK m.47 uyarınca Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren konularda yetki sözleşmesi yapılamaz.

2- MÖHUK m.54/f.1-b uyarınca Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş olan yabancı mahkeme kararı Türkiye'de tanınmaz ve tenfiz edilemez.⁷⁶

⁷⁶ Bkz. MÖHUK m.54/f.1-b ve MÖHUK m.58

C. Milletlerarası Yetki İtirazı

MÖHUK m.40 hükmünün iç hukuka yaptığı atıf uyarınca yetki itirazının ileri sürülmesine ilişkin olarak milletlerarası yetki bakımından HMK m.19 hükmü de uygulama alanı bulacaktır. Milletlerarası yetki itirazı, iç hukuktaki yetkiden farklı bir husustur. İç hukuktaki yetki itirazı davanın görüldüğü mahkemenin iç hukuk bakımından yetkisiz olduğuna ilişkin itirazdır. Milletlerarası yetki itirazı ise, yabancılık içeren uyumsuzluk bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi olmadığına ilişkin bir itirazdır.

HMK m.19/f.2 hükmüne göre yetkinin kesin olmadığı davalarda, yetki itirazının, cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekir. Zira HMK m.116/f.1-a uyarınca kesin olmayan yetki bir ilk itirazdır. HMK m.117 uyarınca ilk itirazlar cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir. HMK m.131 uyarınca ise cevap dilekçesi verildikten sonra, cevap süresi dolmamış olsa bile ilk itirazlar ileri sürülemez. Bundan dolayı milletlerarası yetkisizlik halinde de cevap dilekçesi verildikten sonra esasa cevap süresi içerisinde dahi olsa yetki itirazında bulunulamaz.

Yetki itirazında bulunan tarafın yetki itirazında yetkili mahkemeyi göstermesi gerektiğine ilişkin HMK m.19/f.2/c.2 hükmü ile mahkemenin yetkisizlik kararı verirken yetkili mahkemeyi göstermesi gerektiğine ilişkin HMK m.19/f.3 hükmü milletlerarası yetkisizlik itirazında bu itirazın niteliği gereği uygulanmaz. Zira Türk mahkemesinin yabancı mahkemelerin yetkisini incelemesi söz konusu olamaz. Bu hallerde yetki itirazında bulunan davalı sadece Türk mahkemelerinin yetkili olmadığını belirtecek; mahkeme ise kararında mahkemenin yetkisiz olduğuna karar verecektir.⁷⁷

HMK m.19/f.4 uyarınca davalı, süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, yetkisiz mahkeme yetkili hale gelir. Bu açıdan Türk mahkemelerinin yetkisi bulunmasa bile süresinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunulmazsa davanın görüldüğü mahkeme yetkili hale gelecektir.

II. MİLLETLERARASI DERDESTLİK VE BEKLETİCİ MESELE

A- Milletlerarası (Yabancı) Derdestlik

Derdestlik tarafları, dava sebebi ve konusu aynı olan ikinci bir davanın açılmasıdır.⁷⁸ Dolayısıyla bu şekilde ortada iki tane aynı taraflar arasında aynı dava sebebine dayanan aynı konuda iki dava olmuş oluyor. İç yetki bakımından derdestlik HMK m.114/f.1-ı uyarınca dava şartıdır. Dava şartları da yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilir ve taraflar da yargılamanın her aşamasında bunu ileri sürülebilir. Ancak yabancı derdestlik bakımından yabancı bir ülkede dava açılmışken Türkiye'de aynı davanın taraflardan birisince açılması halinde nasıl hareket edileceği noktasında yabancı derdestliğe ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır.

Türk hukuku bakımından yabancı yabancı derdestlik üç halde ileri sürülebilir.

1- MÖHUK m.41 uyarınca Türk vatandaşlarının kişi hallerine ilişkin davalar yabancı ülkede açılmadığı veya açılmadığı takdirde Türk mahkemelerinde görülebilecektir. Dolayısıyla yabancı ülkede dava açılmışsa bu davanın Türkiye'de açılması halinde derdestlik ileri sürülebilecektir.

⁷⁷ Aksi halde Türk mahkemesinin yabancı bir devlet mahkemesini göstererek bu devlet mahkemelerinin yetkili olduğuna karar vermesi halinde bu durum ilgili devletin egemenlik hakkının ihlali anlamına gelecektir.

⁷⁸ Sınavda genelde yabancı ülkede açılmış bir dava verilmekte ve bu davanın Türkiye'deki davaya etkisi sorulmaktadır. Bu sorularda direkt derdestlik diye atlamamak gerekir. Türkiye'de açılmış dava ile yabancı mahkemede açılmış dava karşılaştırılmalıdır. Eğer her iki davanın da tarafları, sebebi ve konusu aynıysa o zaman derdestliğe ilişkin açıklama yapılmalıdır. Ancak eğer davanın tarafları, sebebi veya konusundan en az birisi farklıysa bu halde yabancı ülkedeki davanın sonucunun Türkiye'deki davanın sonucunu etkileyip etkilemeyeceğine bakılmalıdır. Eğer yabancı ülkedeki davanın sonucu Türkiye'deki davanın sonucunu etkiliyorsa bekletici mesele oluşturup oluşturmayacağına ilişkin aşağıda açıklanacak iki görüş açıklanmalıdır. Eğer ordaki davanın sonucu buradaki davanın sonucunu etkilemiyorsa ne derdestlik vardır ne de bekletici mesele. Bu halde yabancı ülkedeki davanın Türkiye'deki davaya hiçbir etkisi olmayacağı belirtilmelidir.

2- MÖHUK m.47 uyarınca yabancı mahkeme yetki sözleşmesiyle yetkilendirilmiş ise ancak yabancı mahkeme kendisini yetkisiz sayarsa veya yetki itirazında bulunmazsa dava Türk mahkemesinde açılabilir. Bunun sonucu olarak eğer yabancı ülkede dava açılmış ve yabancı mahkeme kendisini yetkisiz saymamışsa daha sonradan Türk mahkemesinde dava açılması halinde derdestlik ileri sürülebilecektir.

3- Milletlerarası bazı anlaşmalarda yetkili kılınan mahkemelerde daha önce dava açıldığında daha sonradan diğer bir ülke mahkemesinde dava açılırsa derdestlik ileri sürebilme imkânı tanınmışsa derdestlik ileri sürülebilecektir.

Bu üç hal dışında yabancı derdestliğin kabul edilip edilmeyeceği konusunda iki görüş vardır. Bir görüşe göre günümüz milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin dinamizmi karşısında yabancı derdestliğin açıkça yasaklanmış olmayan tüm hallerde kabulü gerekir. Bu görüşe göre en azından daha önce yabancı mahkemede açılan davada verilen kararın Türkiye’de tanıma ve tenfizi ihtimali varsa yabancı derdestlik öncelik esasına uygun olarak kabul edilmelidir. İkinci bir görüşe göre ise öncelikle herkesin yabancı ülkede dava açma imkânı aynı değildir. İkinci olarak kişi bu durumu kötüye kullanma amaçlı olarak sırf Türkiye’de açılacak davanın önünü kesmek için yabancı ülkede dava açabilir. Bu şekilde kişinin hak arama hürriyeti engellenmemelidir. Üçüncü olarak yabancı ülke kararının tenfiz edilip edilemeyeceği kesin bir olgu değildir. Dolayısıyla milletlerarası (yabancı) derdestlik bu üç hal dışında ileri sürülemez.

Bir görüşe göre HMK m.114/f.1-ı bendi milletlerarası yetki bakımından da uygulama alanı bulur. Buna göre yabancı derdestlik de dava şartıdır. Bunun sonucu olarak yargılamanın her aşamasında mahkemece re’sen gözetilir ve taraflar yargılamanın her aşamasında ileri sürebilir. İkinci bir görüşe göre HMK m.114/f.1-ı bendi milletlerarası yetki bakımından uygulama alanı bulmaz. Bu halde derdestlik bir ilk itiraz olarak ileri sürülmelidir. Bu halde mahkeme yabancı derdestliği re’sen gözetemez. Taraflar da bunu esasa cevap süresi içerisinde cevap dilekçesiyle ileri sürmelidirler.

B- Bekletici Mesele

Türk hukukunda bekletici mesele yapma HMK m.165 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre bir davada hüküm verilebilmesi, başka bir davaya, idari makamın tespitine yahut dava konusuyla ilgili bir hukuki ilişkinin mevcut olup olmadığına kısmen veya tamamen bağlı ise mahkeme o davanın sonuçlanmasına veya idari makamın kararına kadar yargılama bekletilebilir. İç hukuk bakımından bekletici mesele kanunda açıkça zorunlu kılınmadıkça ihtiyaridir. Mahkeme bekletici mesele yapmaya karar verirse ilgili tarafa görevli mahkemeye veya idari makama başvurusu için süre verir ve bu süre sonuna kadar beklenir.

Bekletici mesele yapma hususunda yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar bakımından yabancı mahkeme kararının bekletici mesele yapıp yapılamayacağı konusunda hukukumuzda tek bir hüküm vardır. TTK m.1361 hükmüne göre deniz alacağına ilişkin Türkiye’de haksız ihtiyati haciz sebebiyle açılacak tazminat davalarında, deniz alacağının esası hakkında yurt içinde veya dışında mahkemede veya hakem önünde dava açılmışsa, bu davanın sonucu bekletici mesele oluşturur. Bunun dışındaki haller bakımından genel olarak yabancı mahkeme kararının bekletici mesele yapıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre en azından ilgili yabancı mahkeme kararının tanıma ve tenfizi mümkünse bekletici mesele yapılabilir. İkinci görüşe göre ise bu hal dışında yabancı mahkeme kararları hiçbir şekilde bekletici mesele yapılamaz.

III. YARGI VE İCRA BAĞIŞIKLIĞI

Her devletin kendi üzerindeki hakimiyet hakkının doğal bir uzantısı olarak yargı yetkisi/hakkı vardır. Yargı bağışıklığı işte bu yargı yetkisine getirilmiş bir sınırlamadır. Yargı bağışıklığı, bu bağışıklığa sahip olan yabancı devletin fiilinden sorumlu olmadığı anlamına gelmez. İlgili devlet, fiilinden yine sorumludur. Ancak bu devlet bu fiilin yargılamasından muaftır. Devlet sahip olduğu yargı bağışıklığından vazgeçtiği takdirde yargılanabilir.

Devletin yargı yetkisine getirilen bir diğer sınırlama da diplomatik temsilci ve konsolosluk gibi bazı devlet temsilcilerine tanınan yargı muafiyetidir.

Devletin yargı bağımsızlığı ile diplomatik temsilci ve konsolosların sahip olduğu yargı bağımsızlığının kapsamı ve şartları birbirinden farklı olduğundan bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda yargı muafiyetinden/bağımsızlığından kimin yararlanacağını tespiti gerekir. Eğer yabancı diplomatik temsilci veya konsolos uyumsuzluk konusu hukuki işlem veya ilişkide, yabancı devlet namına hareket etmişse, bu halde yabancı diplomatik temsilci veya konsolosun değil, namına hareket ettikleri yabancı devletin yargı bağımsızlığı söz konusu olacaktır.

A. Devletin Yargı Bağımsızlığı

1. Genel Olarak

Devletin yargı bağımsızlığı devletin davacı değil, devletin davalı olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Zira devlet, yargı bağımsızlığına sahip bulursa bile özel kişiye dava açabilir. Ama yargı bağımsızlığına sahip olduğu hallerde kendisine dava açamaz. Devletin yargı bağımsızlığı, bir dava şartı olup re'sen nazara alınmalıdır ve yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Devlet sahip olduğu yargı bağımsızlığından vazgeçebilir. Ancak devletin yargı bağımsızlığından vazgeçmesi, icra bağımsızlığından da vazgeçtiği anlamına gelmez. Devlet yargı bağımsızlığından vazgeçmediği takdirde ilgili uyumsuzluk diplomatik yollarla çözülmeye çalışılır.

Milletlerarası hukukta devletin yargı bağımsızlığı konusunda 3 görüş vardır:

1- Mutlak bağımsızlık: Devletin her çeşit faaliyeti için yargı bağımsızlığına sahip olduğunu savunur. Bu görüş günümüzde önemini kaybetmiştir.

2- Sınırlı bağımsızlık: Sınırlı bağımsızlık görüşünde devletin fonksiyonları, faaliyetleri arasında ikili bir ayrım yapılır. Devletin faaliyetleri, hakimiyet tasarrufları ve özel hukuk tasarrufları olmak üzere ikiye ayrılır. Devletin hakimiyet tasarrufları bakımından yargı bağımsızlığı söz konusu olur. Ancak devletin özel hukuk tasarrufları bakımından yargı bağımsızlığı söz konusu olmaz.

3- Bazı istisnalarla bağımsızlığın kaldırılması: Bu görüş uyarınca devlet kural olarak yargı bağımsızlığına sahip olmayacaktır. Devletin yargı bağımsızlığının söz konusu olacağı istisnai haller tek tek tespit edilmelidir.

2- Devletin Yargı Bağımsızlığının İstisnaları

Devletin yargı bağımsızlığına milletlerarası sözleşmelerle istisnalar tanınabilir. Hukukumuz bakımından yabancı devletin yargı bağımsızlığı MÖHUK m.49'da düzenlenmiştir. MÖHUK m.49/f.1 uyarınca yabancı devlete, özel hukuk ilişkilerinden doğan uyumsuzluklar bakımından yargı muafiyeti tanınmaz. Dolayısıyla MÖHUK'ta sınırlı yargı bağımsızlığı görüşü kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak yabancı devletin söz konusu tasarrufunun özel hukuk tasarrufu mu yoksa hakimiyet tasarrufu mu olduğu belirlenerek sonuca gidilmelidir. Eğer söz konusu tasarrufun özel hukuk tasarrufu olduğu sonucuna varılırsa yabancı devletin yargı bağımsızlığından söz edilemeyecektir. Öte yandan söz konusu tasarrufun hakimiyet tasarrufu olduğu sonucuna varılırsa yabancı devletin yargı bağımsızlığı söz konusu olacaktır. İlgili tasarrufun özel hukuk tasarrufu mu hakimiyet tasarrufu mu olduğu lex fori ilkesi uyarınca Türk hukukuna göre belirlenir. Yabancı devletin normal bir özel hukuk kişisi gibi hareket ettiği, egemenlik yetkisi kullanmadığı tasarrufları özel hukuk tasarrufudur. Örneğin elektrik borcunun ödenmemesine ilişkin tasarruf bir özel hukuk tasarrufudur. Yabancı devletin özel hukuk kişisi gibi hareket etmediği, egemenlik yetkisini kullandığı tasarrufları hakimiyet tasarrufudur. Örneğin yabancı devletin vize vermemesinden dolayı bir zarar doğması halinde bu konuda devletin yargı bağımsızlığı vardır. Zira vize verme işlemleri egemenlik yetkilerinin kullanılmasına ilişkin hakimiyet tasarrufudur.

3- Özel Hukuka İlişkin Uyuşmazlıklarda Yabancı Devletin Diplomatik Temsilcisine Tebligat

MÖHUK m.49/f.2 uyarınca yabancı devletin özel hukuk ilişkilerinden doğan davalarda, yabancı devletin diplomatik temsilcisine tebligat yapılabilir. Bu hüküm yabancı devletin yargı muafiyetinden yararlanmadığı özel hukuk ilişkilerinden doğan davalar bakımından Tebligat Kanunu hükümlerinin uygulanmasını sağlamaktadır. Ancak MÖHUK m.49/f.2 sadece bir alternatif öngörmektedir. Dolayısıyla bu hükme rağmen tebligatın Türkiye Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla, yani diplomatik usulle yapılması mümkündür.

MÖHUK m.49/f.2’de öngörülen tebligat imkânı sadece yabancı devlet aleyhine açılan davalar bakımından söz konusu olabilir. Dolayısıyla yabancı devlet aleyhine dava açılmışsa Tebligat Kanunu hükümlerine göre devletin diplomatik temsilcisine tebligat yapılabilir. Ancak yabancı devletin diplomatik temsilcisine ve konsoloslarına bu kişilerin yargı bağımsızlığına sahip olmadığı davalar bakımından bu yolla tebligat yapılamayacaktır. Bu kişilere karşı açılan ve yargı bağımsızlığı söz konusu olmayan davalarda tebligat ancak, Türkiye’nin de taraf olduğu 1961 tarihli ‘‘Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi’’ ve 1963 tarihli ‘‘Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’’ hükümlerinde öngörülen, diplomatik usulle yapılacaktır.

B. Yabancı Devlet Temsilcilerinin Yargı Bağımsızlığı

Devletin diplomatik temsilcilerinin yargı bağımsızlığı 1961 tarihli ‘‘Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi’’ hükümlerine tabidir. Buna göre diplomatik temsilci, kabul eden devletin ceza yargısından bağımsızdır. Medeni ve idari yargı bakımından da kural olarak bağımsızdır. Ancak üç halde diplomatik temsilcinin medeni ve idari yargı bakımından bağımsızlığı söz konusu olmaz. Diplomatik temsilciye şu üç hal dışında icra takibinde de bulunulamaz.

Medeni ve idari yargı bakımından yargı bağımsızlığının olmayacağı haller:

- 1- Kabul eden devletin topraklarında bulunan ve gönderen devlet adına ve misyon amaçları için kullanılmak üzere diplomatik ajanın tasarrufunda bulunmamak kaydıyla özel bir taşınmazla ilgili aynı hak davaları.
- 2- Diplomatik ajanın gönderen devlet adına değil de bir özel kişi olarak ilgili bulunduğu mirasa ilişkin davalar.
- 3- Diplomatik temsilcinin kabul eden devlette resmi görevleri dışında icra ettiği herhangi bir mesleki veya ticari faaliyet ile ilgili davalar.

Diplomatik temsilcinin yargı muafiyetinden yararlanmayacağı bu üç halde kendisine tebligat 1961 tarihli ‘‘Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi’’ hükümlerine göre yapılır. MÖHUK m.49/f.2 diplomatik temsilcinin yargı bağımsızlığından yararlanamayacağı davalarda uygulama alanı bulmaz. İlgili sözleşmeye göre diplomatik temsilciye tebligat, Adalet Bakanlığı aracılığıyla Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla diplomatik usulle yapılacaktır.

1961 tarihli ‘‘Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi’’ uyarınca diplomatik temsilcinin yargı bağımsızlığı gönderen devlet tarafından kaldırılabilir. Ancak yargı bağımsızlığının kaldırılması icra bağımsızlığının da kaldırılması anlamına gelmez. İcra takibi için ayrıca icra bağımsızlığının da kaldırılması gerekir.

C- Konsolosların Yargı Bağımsızlığı

Konsolosluk memurları ve hizmetlileri 1963 tarihli ‘‘Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi’’ hükümlerine göre yalnızca resmi görevlerini yerine getirmeleri sırasında işledikleri fiillerden dolayı devletin yargısına tabi olmayıp yargı bağımsızlığına sahiptirler. Gönderen devlet bu hallerde yargı bağımsızlığından yazılı olarak açıkça vazgeçebilir.

D- Yabancı Devletin İcra Bağışıklığı

İİK m.42/f.2 uyarınca yabancı devlet aleyhine ilamsız takip yoluna gidilemez. İİK m.32/f.2 uyarınca ise yabancı devlet aleyhine başlatılan ilamlı icra takiplerine ilişkin icra emrinde Uluslararası anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla, borçlu devlete ait olan mallar hakkında cebri icra yapılabileceği hususu ayrıca ihtar edilir. Dolayısıyla yabancı devlet aleyhine ilamlı icra yoluna gidilebilecektir.

Milletlerarası hukukta devletlerin icra bağışıklığı bakımından da sınırlı bağışıklık görüşü kabul edilmektedir. Ancak icra bağışıklığında yargı bağışıklığından farklı olarak tasarrufun niteliğine bakılmayıp, icraya konu edilecek malların hukuki niteliği önem taşır. Yabancı devletin kamusal amaçlara tahsis edilen mallarının haczedilememesi milletlerarası örf-adet kurallarının gereğidir.

IV. TARAF VE DAVA EHLİYETİ

Taraf ehliyeti bir davada taraf olabilme ehliyetidir. Dava ehliyeti ise, kişinin kendisinin veya vekilinin davada davacı veya davalı olarak bir davayı takip etme, usul işlemleri yapabilme ehliyetidir. Hukukumuzda gerek taraf ehliyeti gerekse de dava ehliyeti dava şartıdır. (HMK m.114/f.1-d)

Taraf ehliyeti HMK m.50'de düzenlenmiştir. Buna göre hak ehliyetine sahip olan taraf ehliyetine de sahiptir. TMK m.8 ve 28 uyarınca sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düşmekle hak ehliyeti kazanılır. Tüzel kişiler ise kuruldukları anda hak ehliyetini kazanırlar.

Dava ehliyeti HMK m.51'de düzenlenmiştir. Buna göre fiil ehliyetine sahip olan dava ehliyetine de sahiptir. TMK m.9-16 arasında gerçek kişiler bakımından ve TMK m.49-50'de ise tüzel kişiler bakımından fiil ehliyeti düzenlenmiştir. HMK m.52 uyarınca medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmayanlar davada kanuni temsilcileri, tüzel kişiler ise organları tarafından temsil edilir.

Taraf ehliyeti ve dava ehliyetinin milletlerarası usul hukuku bakımından da dava şartı olması usul hukukuna hakim olan lex fori ilkesinin bir gereğidir. Ancak HMK taraf ehliyetini, hak ehliyetine; dava ehliyetini ise fiil ehliyetine bağlamıştır. Kural olarak usul hukukuna lex fori ilkesi hakimdir. Ancak dava ehliyeti ve taraf ehliyeti, hak ve fiil ehliyeti gibi maddi hukuka ilişkin kurumlara bağlandığından kişinin milli hukukuna göre hak ve fiil ehliyetine sahip olup olmadığı dolayısıyla taraf ve dava ehliyetine sahip bulunup bulunmadığı tespit edilir. MÖHUK m.9/f.1 uyarınca hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabidir. MÖHUK m.9/f.4 uyarınca ise tüzel kişilerin veya kişi ve mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri statülerindeki idare merkezi hukukuna tabidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir. Bu açıklamalar çerçevesinde örnekler vermek gerekirse;

- Yabancı ülke hukukunda ölü kişi davada taraf olabilme ehliyetine yani taraf ehliyetine sahip olabilir.
- Yabancı ülke hukukunda tam ehliyeteye sahip olabilmek için erginlik yaşı 15 olabilir.
- Yabancı ülkede tam ehliyetsizler boşanma davası açabiliyor olabilirler.
- Yabancı ülkede kadın kocası aracılığıyla ancak dava açabiliyor olabilir.
- Yabancı ülkede tüzel kişiliği olmayan adi ortaklık hak ve fiil ehliyetine sahip olabilir.

Bu hallerde Türk hukukuna göre olamamasına rağmen kendi şahsi hukukuna göre taraf ve/veya dava ehliyetine sahip olan yahut Türk hukukuna göre olmasına rağmen kendi şahsi hukukuna göre taraf ve/veya dava ehliyetine sahip olamayan bu kişilerin durumu ne olacaktır?

Kural olarak burada gerçek kişilerin milli hukuku, tüzel kişilerin ise idare merkezi hukuku göz önünde tutulacaktır. Ancak bunun sınırı kamu düzenidir. Örneğin yukarıdaki örnekte ölü kişinin taraf ehliyetine sahip olması, tam ehliyetsizlerin boşanma davası açması ve kadının kocası aracılığıyla dava açabiliyor olması kamu

düzenine aykırıdır. Dolayısıyla bu hallerde Türk kamu düzenine aykırı yabancı hukuk uygulanmayacaktır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken şey, her farklılık kamu düzenini ihlal etmiyor olabilir. Zira zaten farklı olduğundan yabancı hukuk uygulanmaktadır. Aksi halde yabancı hukukun uygulanmasına dahi gerek olmazdı.

V. TEMİNAT

Türk hukukunda teminat gösterme yükümlülüğüne ilişkin iki ayrı kanunda düzenleme söz konusudur. Bunlardan ilki HMK m.84-89 hükümlerinde Türkiye'de kural olarak mutad meskeni bulunmayan Türk vatandaşları için öngörülen teminat gösterme yükümlülüğüdür. İkincisi ise MÖHUK m.48'de düzenlenen yabancıların teminat gösterme yükümlülüğüdür.

A-Türk Vatandaşlarının Teminat Gösterme Yükümlülüğü

Türk vatandaşlarının teminat gösterme yükümlülüğü medeni usul hukukunun konusu olup burada kısaca değinilecektir. HMK m.84 uyarınca Türk vatandaşlarının teminat gösterme yükümlülüğü için kural olarak bu kişilerin Türkiye'de mutad meskeni bulunmamalıdır. HMK m.84/1-b'de ise bazı hallerde başka kişiler için de Türkiye'de mutad meskeni bulunmasına rağmen teminat gösterme yükümlülüğü getirilmiştir. HMK m.85 hükmünde teminat gösterme mecburiyetine tabi bir kişi söz konusu olmasına rağmen teminat gösterilmeyecek 4 hal düzenlenmiştir. HMK m.86-89 arasında da teminat kararı, teminatın tutarı ve şekli, teminat gösterilmemesinin sonuçları ile teminatın iadesi düzenlenmiştir. Teminat HMK m.114/f.1-g'de dava şartı olarak düzenlenmiştir. Şöyle ki teminat gösterme mecburiyeti olanlar ile teminat gösterme muafiyeti hallerine ilişkin HMK m.84-85 hükümleri MÖHUK m.48 hükmü karşısında yabancılar için uygulanamayacaktır. Ancak diğer konularda HMK m.86-89 hükümleri kural olarak yabancıların teminat yükümlülüğü bakımından da uygulanacaktır.

B-Yabancıların Teminat Gösterme Yükümlülüğü

MÖHUK m.48/f.1 uyarınca teminat gösterme yükümlülüğünün şartları şu şekildedir:

1-Bir yabancı söz konusu olmalıdır. Yabancı, Türk vatandaşı olmayan kişidir. Hem gerçek kişi hem de tüzel kişi yabancılar için teminat gösterme yükümlülüğü söz konusudur. Hatta tüzel kişiliği bulunmamasına rağmen MÖHUK m.9 uyarınca idare merkezi hukukuna göre taraf ve dava ehliyeti bulunan ve böylece Türkiye'de dava açan, davaya katılan veya icra takibinde bulunan yabancı kişi ve mal topluluklarının da teminat gösterme yükümlülüğü vardır. TVK m.28 uyarınca çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığından çıkan imtiyazlı yabancılar olan Mavi kartlıların durumu ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu kişiler teminat gösterme yükümlülüğü bakımından MÖHUK m.48 hükmüne tabidir. İkinci bir görüşe göre ise bu kişiler teminat gösterme yükümlülüğü bakımından aynen Türk vatandaşları gibi HMK m.84 vd. hükmüne tabidir. Dolayısıyla ikinci görüşe göre bu kişilerin teminat gösterme yükümlülüğünden bahsedebilmek için kural olarak Türkiye'de mutad meskeni bulunmamalıdır.

2-Yabancıların Türk mahkemesinde dava açması, davaya katılması veya icra takibinde bulunması gerekir. Bundan dolayı davalı veya aleyhine icra takibi yoluna gidilen yabancıların teminat gösterme yükümlülüğü yoktur.

Teminatın şekli bakımından MÖHUK'te herhangi bir düzenleme yoktur. HMK m.87/f.1 burada uygulama alanı bulacaktır. Buna göre taraflar teminatın şeklini kararlaştırmışlarsa hâkim ve icra dairesi buna göre hareket edecek aksi halde kendisi teminatın şeklini serbestçe tayin edecektir. Ancak Yargıtay, kararlarında yabancıların teminatı döviz cinsinden göstermesini aramaktadır. Yargıtay'ın bu uygulamasının hiçbir yasal dayanağı bulunmamakta olup doktrinde eleştirilmektedir.

HMK m.87 uyarınca teminatın miktarı hakim veya icra müdürü tarafından tayin edilir. Teminatın miktarı belirlenirken yargılama ve takip giderleri ile karşı tarafın uğrayabileceği muhtemel zarar göz önünde tutulmalıdır.

Ancak maalesef uygulamada %10-15 civarında teminata hükmedilmektedir. Bu durum AİHS m.6/f.1 uyarınca hak arama hürriyetinin ihlali teşkil edebilecektir.

Teminat gösterme yükümlülüğü yabancılık unsurlu davalarda da dava şartıdır. Mahkeme veya icra dairesi yabancıya kesin süre verecektir. Bu süre içinde teminat yatırılmazsa dava usulden reddedilir (HMK m.88/f.1) Müdahale talebinde bulunan bu süre içerisinde teminatı yatırmazsa müdahale talebinde bulunmaktan vazgeçmiş sayılır. (HMK m.88/f.2) İcra takibinde bulunan gerekli teminatı yatırmazsa takibin iptaline karar verilir.

MÖHUK m.48/f.2 yabancıların teminat gösterme muafiyetini karşılıklılık şartına bağlamaktadır. Bu karşılıklılık akdi, kanuni veya fiili karşılıklılık şeklinde olabilir. Dolayısıyla yabancıların vatandaşı olduğu ülke ile Türkiye arasında yapılan bir sözleşmeye dayanarak (akdi) veya yabancıların vatandaşı olduğu ülkenin kanunları uyarınca (kanuni) yahut fiili uygulama gereği (fiili) Türk vatandaşları da o devlette teminattan muaf tutuluyorsa yabancı da Türkiye’de teminattan muaf tutulacaktır.

VI. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

A. Genel Olarak

Her devletin kendi toprakları üzerindeki hakimiyet yetkisinin sonucu olarak mahkeme kararları o devletin toprakları üzerinde etki doğurur. Bundan dolayı yabancı bir ülkeden verilen karar Türkiye’de doğrudan hüküm doğuramaz. Yabancı mahkeme kararının Türkiye’de hüküm doğurabilmesi için kararın niteliğine göre tanınması ya da tenfizi gerekir.

Mahkeme kararları esas itibarıyla iki tür sonuç doğurur. Bunlar kesin hüküm etkisi ve icra edilebilirlik etkisidir. Tanıma ile beraber yabancı mahkeme kararı kesin delil veya kesin hüküm etkisine sahip olacaktır. Tenfiz ise yabancı mahkeme kararının icra edilebilirliğini sağlar.

Bir hukuki ilişkinin veya hakkın varlığına yahut yokluğuna ilişkin tespit kararları⁷⁹ ile dava sonucu verilen inşai kararlar⁸⁰ cebri icra konusu olmayan kararlardır. Bu yüzden bu kararların tanınması yeterli olup tenfizine gerek yoktur.

Yabancı mahkeme ilâmına dayanılarak Türkiye’de idarî bir işlemin yapılması halinde de yabancı mahkeme ilâmının tanınması gerekir. Örneğin boşanma kararı Türk nüfus kayıtlarına geçirilecekse bu halde kararın tanınması yeterli olup tenfizine gerek yoktur. Zira yapılan işlem idari bir işlem olup icrai bir işlem değildir. Ancak biraz aşağıda belirteceğim üzere KHK ile Nüfus Hizmetleri Kanununa eklenen m.27/A uyarınca artık evliliği sona erdiren yabancı mahkeme kararlarının bazı şartların oluşması halinde tanınmasına dahi gerek yoktur.

Mahkemece verilmiş olan bir şeyin verilmesine, yapılmasına yahut yapılmamasına ilişkin eda kararları ise cebri icraya konu olan kararlardır. Cebri icraya konu olan eda kararlarının muhatap tarafından rızai olarak yerine getirilmemesi halinde tanıma ile sağlanabilecek olan kesin hüküm etkisi yeterli olmayacağından bunların tenfizi gerekir.

Kural olarak tenfize konu edilmesi gereken yabancı mahkeme kararının tanımaya konu edilmesi mümkün değildir. Ancak istisnai olarak yabancı mahkeme kararının tanınmasında kişinin hukuki menfaatinin olduğu hallerde bu kararların tanınmasının istenmesi mümkündür.

Örnek: Yabancı mahkemeden bir eda kararı alınmıştır. Tarafları, sebebi ve konusu aynı olan başka bir dava Türkiye’de açılırsa, yabancı mahkemeden lehine karar alan kişinin yabancı mahkeme kararının tanınmasını

⁷⁹ Örneğin; taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğine ilişkin kararlar.

⁸⁰ Örneğin; boşanma kararları, evlat edinme kararları vs.

istemesinde hukuki yararı mevcuttur. Zira tanımayla beraber yabancı mahkeme kararı kesin hüküm etkisine kavuşacak ve Türkiye'de açılan dava kesin hüküm nedeniyle reddedilecektir.

Yabancı mahkeme kararının bir kısmı tanımaya bir kısmı ise tenfize konu edilmesi gereken hükümler içerebilir. Örneğin boşanma davasında ayrıca nafakaya hükmedilmişse boşanma kararı için tanıma, nafaka alacağı için ise tenfiz yoluna gidilmelidir.

B. Tanıma ve Tenfiz Koşulları

1. Genel Olarak

Tanıma ve tenfiz koşulları MÖHUK'de düzenlenmiştir. Bazı milletlerarası sözleşmelerde düzenleme getirdikleri konularda tanıma ve tenfize ilişkin özel hükümler de yer almaktadır. Bu milletlerarası sözleşmeler genellikle tanıma ve tenfiz konusunda MÖHUK hükümlerinden daha basit şartlar getirmektedir. Bu durumda bu milletlerarası sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Eğer milletlerarası sözleşmede tanıma ve tenfiz konusunda MÖHUK hükümlerinden daha ağır şartlar yer alıyorsa MÖHUK hükümleri uygulanmakla beraber ilgili milletlerarası sözleşmedeki lehe hükümler de uygulama alanı bulacaktır. Tanıma ve tenfize ilişkin hüküm getiren milletlerarası sözleşmelerin önemli bir etkisi karşılıklılık şartını sağlamalarıdır.

Tanıma ve tenfiz maddi koşullar bakımından karşılıklılık hariç aynı koşullara tabi tutulmuştur.⁸¹ Her tenfiz kararı aynı zamanda tanımayı bünyesinde barındırır. Dolayısıyla tenfize tabi bir kararın ayrıca tanınmasına da gerek yoktur.

Tanıma ve tenfiz koşulları 3'e ayrılarak incelenebilir:

1-Ön koşullar (MÖHUK m.50)

2-Esas koşullar (MÖHUK m.54)

3-Diğer engellerin bulunmaması (MÖHUK m.55/f.2)

Kural olarak tanıma ve tenfiz şartları bakımından re'sen araştırma ilkesi uygulanır. Ancak m.54/f.1-b'de yer alan aşkın yetki oluşturma, m.54/f.1-d'de yer alan savunma hakkının ihlali ve m.55/f.2'de yer alan diğer engellerin bulunduğu hususları ancak davalı tarafından ileri sürülürse mahkemece dikkate alınır.

Tanıma ve tenfiz şartları oluşmuşsa Türk mahkemesi o kararın tanıma ve tenfizine karar vermek zorundadır. Keza tanıma ve tenfiz şartları oluşmamışsa tanıma ve tenfiz talebi reddedilmelidir. Bu noktada mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Tanıma ve tenfiz davasında revizyon yasağı söz konusudur. Revizyon yasağı, tanıma veya tenfiz davasına bakan mahkemenin, yabancı mahkemenin kararını esas bakımından inceleyememesidir. Tanıma veya tenfiz davasına bakan mahkeme kararı sadece tanıma ve tenfiz şartları bakımından inceleyebilir.

2. Ön Koşullar (MÖHUK m.50)

a. Yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş bir ilamın bulunması

Tanıma ve tenfiz bakımından ilk ön koşul yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş bir ilamın bulunmasıdır. Bir kararın mahkeme kararı olup olmadığı hem yabancı devlet hukukuna hem de Türk hukukuna göre belirlenir.

⁸¹ Bkz. MÖHUK m.58/f.1, m.54/f.1-a)

Bazı milletlerarası anlaşmalar veya özel kanun hükümleriyle yabancı devlet mahkemesi tarafından verilmiş bir ilamın bulunması şartına istisna getirilebilir.

İstisna 1: Evlât edinme olaylarına ilişkin yabancı adli veya idarî makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye'de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz veya tanıma kararı verilmesine bağlıdır. (Nüfus Hizmetleri Kanunu m.30/f.2)

İstisna 2: Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınmasına ve Tenfizine İlişkin Sözleşmeye göre taraf devletlerin idarî makamlarınca verilmiş nafaka kararlarının sözleşme hükümleri çerçevesinde tanınması ve tenfizi mümkündür.

Yabancı hakem ve uluslararası mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi MÖHUK m.50-59 hükümlerine tabi değildir. Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi duruma göre New York Anlaşmasına veya MÖHUK m.60-63 hükümlerine göre yapılır. Uluslararası mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi ise ilgili anlaşmada öngörülen usule tabidir.

b. Yabancı mahkeme kararının hukuk davalarına ilişkin olması

Tanıma ve tenfiz için aranan ikinci ön koşul ise kararın hukuk davalarına ilişkin olmasıdır. MÖHUK m.50/f.2'de ise ceza kararlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında tanıma ve tenfiz kararı verilebileceği ifade edilmiştir. Bu kapsamda önemli olan kararı veren mahkemenin niteliği değil, kararın niteliğidir. Hukuk davalarına ilişkin bir karar olması yeterli olup kararın ceza, idare veya hukuk mahkemesince verilmesinin önemi yoktur.

c. Kararın kesinleşmiş olması

Tanıma ve tenfiz için üçüncü ön koşul ise yabancı mahkeme tarafından verilmiş olan hukuk davalarına ilişkin bir ilamın kesinleşmiş yani kesin hüküm halini almasıdır.⁸² Bu kapsamda kesin hüküm oluşturmayan kararların örneğin geçici koruma tedbirlerinin tanınması ve tenfizi istenemez.

3. Esas Koşullar (MÖHUK m.54)

Yukarıda açıklanan ön koşulları taşıyan bir yabancı mahkeme kararının tanıma veya tenfizi istendiğinde, Türk mahkemesi ilgili kararı MÖHUK m.54'te yer alan şartlar bakımından inceler. Bu şartlardan sadece karşılıklılık şartı tanıma bakımından aranmazken diğer şartlar tanıma ve tenfiz için ortaktır.

a. Karşılıklılık şartı

MÖHUK m.54/f.1-a uyarınca Türkiye Cumhuriyeti ile ilamın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma (sözleşmesel karşılıklılık) yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilamların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün (kanuni karşılıklılık) veya fiilî uygulamanın bulunması (fiili karşılıklılık) tenfiz şartı olarak uygulanır.

İlk olarak karşılıklılık, sözleşmesel bir karşılıklılık olabilir. Türkiye Cumhuriyeti ile yabancı devlet veya devletler arasında iki veya çok taraflı bir anlaşmayla taraf devletlerin mahkemeleri tarafından verilen ilamların tenfiz edileceği kararlaştırılmışsa bu noktada sözleşmesel karşılıklıktan bahsedilir.

İkinci olarak sözleşmesel bir karşılıklılık bulunmasa bile ilgili yabancı devlet kanunları uyarınca Türk mahkemelerinden verilen kararların tenfiz edileceği kararlaştırılmış olabilir. Bu halde kanuni karşılıklıktan bahsedilir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus yabancı devlet kanununun öngördüğü tenfiz şartlarının Türk

⁸² Kesin hüküm maddi ve şekli anlamda kesin hüküm olmak üzere iki anlama sahiptir. Bu noktada farklı görüşler bulunmakla beraber genel kabul görüşü (ve Kürsü görüşü) uyarınca MÖHUK m.50'de kesinleşmeden kasıt hem maddi hem de şekli anlamda kesin hükümdür.

hukukundaki tenfiz şartlarından önemli derecede ağır olmaması gerekir. Aksi halde kanuni karşılıklıktan bahsedilemez.

Son olarak sözleşmesel veya kanuni bir karşılıklılık bulunmasa da yabancı ülkedeki fiili uygulama olarak Türk mahkemelerinden verilen kararlar tenfize tabi tutuluyorsa fiili karşılıklıktan bahsedilir.

b. Kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması

MÖHUK m.54/f.1-b uyarınca yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi için söz konusu kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması gerekir.⁸³ Hangi kuralların münhasır yetki kuralı olup olmadığı MÖHUK'te açıklanmamıştır. MÖHUK'te yer alan veya MÖHUK m.40'ın atfıyla HMK başta olmak üzere iç hukuka ilişkin yetki kurallarının hangilerinin münhasır yetki kuralı olduğu ilgili yetki kuralının ifadesi, konuluş amacı ve niteliği göz önünde tutularak belirlenmelidir.

Ülke içi yetki bakımından kesin yetki olan tüm yetki kuralları milletlerarası yetki bakımından münhasır yetki olmayabilir. Zira iç yetki bakımından kesin yetkinin amacı dava Türkiye'de görülecekse illa ki o belirtilen yerde görülmesiyeğin milletlerarası yetki bakımından münhasır yetkinin amacı davanın mutlaka Türkiye'de görülmesidir. Hangi kuralların milletlerarası yetki bakımından münhasır yetki kuralı olduğu milletlerarası yetki başlığı altında açıklandı.

c. Yabancı mahkemeden verilen kararın aşkın yetki oluşturmaması

Tanım ve tenfizin bir diğer şartı yabancı mahkeme kararının aşkın yetki oluşturmamasıdır. Aşkın yetki, kararın dava konusuyla veya taraflarla gerçek ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesi tarafından verilmesidir.⁸⁴ MÖHUK m.54/f.1-b'de düzenlenen aşkın yetkinin söz konusu olmaması şartı bakımından aşkın yetkinin varlığı ancak davalının aşkın yetki itirazında bulunması halinde incelenebilir.

d. Kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması

Yabancı mahkeme kararının tanınması ve tenfizi için diğer bir şart ise yabancı mahkeme kararının Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamasıdır. (MÖHUK m.54/f.1-ç) Burada dikkat edilmesi gereken husus Türk hukukuna göre her türlü farklılığın kamu düzenine kamu düzeni gerekçesiyle ilgili kararın tanınıp tenfiz edilmesini engellemeyeceğidir. Yabancı bir kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı sayılabilmesi için kararda yer alan hüküm fıkrasının, anayasanın veya hukuk sisteminin temel ilkelerine aykırı olması gerekir. Örneğin anayasada yer alan temel hak ve özgürlükleri yok eden veya önemli derecede kısıtlayan, genel ahlaka aykırı, Türkiye Cumhuriyeti'nin dış ticaret, gümrük veya vergi mevzuatına karşı muvazaa teşkil eden ilişkileri hüküm altına alan kararlar kamu düzenine açıkça aykırılık gerekçesiyle tanınıp tenfiz edilemez.

e. Kararın davalının savunma haklarına riayet edilerek verilmiş olması

Yabancı mahkeme kararının tanım ve tenfizi için son bir şart ise ilgili kararın davalının savunma haklarına riayet edilerek verilmiş olmasıdır. MÖHUK m.54/f.1-ç uyarınca kararı veren ülke kanunlarına göre kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması tenfiz şartıdır. MÖHUK m.58/f.1 uyarınca bu şart tanıma için de aranacaktır.

⁸³ Örneğin Türkiye'deki bir taşınmaz hakkında verilen yabancı mahkeme kararı Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilmiş olacağından tanıma talebi reddedilecektir.

⁸⁴ Örneğin davanın taraflarının Alman ve İtalyan olduğu, tarafların İngiltere'de yaşadığı, dava konusu malın Türkiye'de bulunduğu ve İspanya ile hiçbir alakası olmayan davada İspanyol mahkemelerinin kendisini yetkili görerek davayı görmesi halinde tanıma-tenfiz talebi aşkın yetki gerekçesiyle reddedilecektir.

Burada dikkat edilmesi gereken ilk husus bu şartın oluşmadığının yani savunma haklarının ihlal edilmek suretiyle bu kararın verildiğinin davalı tarafından itiraz olarak ileri sürülmesi gerektiğidir. Ancak Yargıtay kararlarında benimsenen ve doktrinde de savunulan bir görüşe göre eğer savunma haklarının ihlali Türk kamu düzenini ihlal eder ölçüdeyse MÖHUK m.54/f.1-c uyarınca tanıma ve tenfiz istemi kamu düzeni gerekçesiyle re'sen reddedilmelidir.

İkinci olarak savunma haklarına riayetsizlik, kural olarak kararı veren mahkeme hukukuna göre belirlenecektir. Bu durum MÖHUK m.54/f.1-ç'de "o yer kanunları uyarınca" demek suretiyle belirtilmiştir. Ancak eğer kararı veren mahkemenin savunma hakkına ilişkin düzenlemeleri bu hakkı önemli ölçüde kısıtlayıcı yahut ortadan kaldırıcı nitelikteyse bu halde sırf bu ülke kanunlarına uymak bu şartın oluşmamasına engel olamayacaktır. Örneğin esasa cevap süresi 1-2 gün olan bir yasal düzenlemeye sahip ülkede bu sürenin varlığı tek başına savunma haklarının ihlali niteliğinde olacaktır.

4. Diğer Engellerin Bulunmaması (MÖHUK m.55/f.2)

MÖHUK m.55/f.2 uyarınca karşı taraf ancak bu bölüm hükümlerine göre tenfiz şartlarının bulunmadığını (m.50'de yer alan ön koşullar ile m.54'te yer alan esas koşullar) veya yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu öne sürerek itiraz edebilir.

MÖHUK m.55/f.2'den iki tanıma-tenfiz şartı daha çıkmaktadır. Bunlar yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmemiş olması ve yabancı mahkeme ilâmının yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmamasıdır. Bu iki husus ancak davalı tarafından ileri sürülürse göz önüne alınacaktır. Dolayısıyla davalı böyle bir durumda yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmiş yahut yerine getirilmesine engel bir sebep ortaya çıkmış olduğunu itiraz olarak ileri sürmek durumundadır.

a. Yabancı mahkeme ilâmının kısmen veya tamamen yerine getirilmemiş olması

Yabancı mahkeme ilâmının ifa edilmiş olması tanıma ve tenfiz engelidir. Tanıma-tenfiz engeli olan ifa yabancı mahkeme kararının verilmesinden sonra söz konusu olan ifadır. Revizyon (esastan değerlendirme) yasağı uyarınca yabancı mahkeme karardan önce yapılan ifa kural olarak tanıma-tenfiz engeli oluşturmaz. Zira Türk mahkemesi, yabancı mahkeme kararını esastan inceleyemez. Türk mahkemesi, karardan önce söz konusu olan ifa hakkında yabancı mahkemenin değerlendirmeleriyle bağlıdır. Ancak yabancı mahkeme karardan sonra söz konusu olan ifa tanıma-tenfiz engeli oluşturacak olup bu durum revizyon yasağına aykırılık da oluşturmaz.

Davacı yabancı mahkemedeki yargılama sırasında ifada bulunduğu bahisle itiraz etmiş fakat yabancı mahkemece bu husus hiç değerlendirilmemişse bu halde karardan önceki bu ifa tanıma-tenfiz engeli oluşturabilecektir.

İfade bulunan kişinin bir önemi yoktur. İfa kim tarafından yapılırsa yapılsın tanıma-tenfize engel oluşturacaktır. Takas da borcu sona erdiren bir hal olarak yabancı mahkeme ilâmının yerine getirilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla takas da tanıma-tenfiz engeli oluşturacaktır.

b. Yabancı mahkeme ilâmının yerine getirilmesine engel bir sebebin ortaya çıkmaması

Yabancı mahkeme ilâmının yerine getirilmesine engel sebeplerin ortaya çıkması da bir tanıma ve tenfiz engelidir. Bu engel sebepler borçludan kaynaklanan fiili sebepler değil hukuki sebeplerdir. Örneğin borçlunun ibrası böyle bir durumdur. Yine yabancı mahkeme kararında kararın icrası için bir süre öngörülmüşse bu sürenin geçmesi tanıma-tenfiz engeli oluşturacaktır. Aynı şekilde yabancı mahkemenin çocuğun teslimine ilişkin kararı bakımından söz konusu çocuğun ölmesi de ilâmın yerine getirilmesine engel bir sebep oluşturur.

C. Tanıma ve Tenfiz Davalarında Usul

1.Genel Olarak

Usul hukukuna lex fori ilkesi hakimdir. Tanıma ve tenfiz davaları bakımından da bu esas geçerlidir. Bundan dolayı tanıma ve tenfiz davalarında Türk usul hukuku uygulanacaktır. Bu konuda MÖHUK'ta bazı özel düzenlemeler yer almaktadır. Yabancı mahkeme ilâmının tenfizi müstakil bir tenfiz davası açılmak suretiyle talep edilmelidir. Tanımanın ise mutlaka müstakil bir tanıma davasıyla istenilmesi gerekip gerekmediği yani açılmış herhangi bir davada yabancı mahkeme ilâmının tanınmasının taleplerden biri olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesi tartışmalıdır. Kürsü görüşü, tanıma için müstakil bir dava açılmasına gerek olmayıp açılmış herhangi bir davada taleplerden biri olarak ileri sürülebileceği yolundadır. Yargıtay'ın her iki yönde de kararları olmakla beraber çoğunlukla ayrı bir tanıma davası açılması gerektiğine ilişkin kararlar vermektedir.

Tenfiz davası ve ayrı bir dava olarak açıldığında tanıma davası basit yargılama usulüne tabidir. (MÖHUK m.55/f.1/cümle son)

2. Husumet

Tanıma ve tenfiz davaları hasımlı şekilde görülen davalardır. Kararın tanınmasında veya tenfiz edilmesinde hukukî yararı bulunan herkes tanıma veya tenfiz isteminde bulunabilir. (MÖHUK m.52/f.1/c.1) Dolayısıyla tanıma veya tenfiz davasının davacısı yabancı mahkeme kararının tanınmasında veya tenfizinde hukuki yararı bulunan herkes olabilir. Tanıma veya tenfizde hukuki yararı bulunan kişiler yabancı mahkeme kararında bizzat taraf olarak gösterilenler olabileceği gibi tanıma veya tenfizde hukuki yararı bulunan diğer kişiler de olabilir.

Tanıma veya tenfiz davasının davalısı ise yabancı mahkeme kararında taraf olarak gösterilen ve aleyhinde hüküm kurulan kişilerdir. Zira yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfiziyle beraber yabancı mahkeme kararı kesin hüküm etkisine sahip olacaktır. Bu açıdan yabancı mahkeme kararında aleyhine hüküm verilen kişinin mutlaka davalı olarak gösterilmesi gerekir.

3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Tanıma ve tenfiz kararları hakkında görevli mahkeme asliye mahkemesidir. (MÖHUK m.51/f.1) Asliye mahkemesinden kasıt asliye hukuk mahkemesidir. Yabancı mahkeme kararının konusu ticari bir uyuşmazlık olsa dahi görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olmayıp asliye hukuk mahkemesidir. Zira tanıma ve tenfiz davasında esasa girilmemektedir. Ancak aksi görüş de savunulmaktadır.

Tanıma ve tenfiz davalarında görevli mahkemeye ilişkin bir özel düzenleme 4787 sayılı Aile mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usullerine dair kanunda yer almaktadır. Bu kanunun 4.maddesi uyarınca aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi konusunda aile mahkemeleri görevlidir.

Aile mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usullerine dair kanun, MÖHUK'ten önceki tarihlidir. Bu durum önceki-sonraki kanun çerçevesinde Aile mahkemelerinin kuruluş, görev ve yargılama usullerine dair kanunun 4.maddesinin mülga olup olmadığı tartışmasını ortaya çıkarmıştır. Yargıtay içtihatları mülga olmadığı yönündedir. Dolayısıyla aile hukukundan doğan yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizinde görevli mahkeme aile mahkemesidir.

Yabancı mahkeme kararlarının tanıma veya tenfizi, kendisine karşı tanıma veya tenfiz istenen kişinin Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sakın olduğu yer mahkemesinden, Türkiye'de yerleşim yeri veya sâkin olduğu bir yer mevcut değilse Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinden birinden istenebilir.

Bu hükümle kademeli bir yetki öngörülmüştür. Buna göre sırayla yetkili mahkemeler şu şekildedir:

- 1-Tanıma ve tenfiz davasının davalısının yerleşim yeri.
- 2-Davalının sakin olduğu yer.
- 3-Ankara, İstanbul ve İzmir mahkemeleri.

4. Tanıma ve Tenfiz Dilekçesi, Ekleri ve Dava Sonunda Mahkemece Verilecek Karar

MÖHUK m.52 uyarınca tanıma veya tenfiz istemi dilekçe ile olur. Dilekçede yar alması gereken hususlar m.52’de, dilekçeye eklenmesi gereken belgeler ise m.53’de açıklanmıştır.

Tanıma veya tenfiz davasının sonucunda tanıma veya tenfiz isteminin tamamen kabulüne veya tanıma veya tenfiz isteminin kısmen kabulüne ve kısmen reddine yahut da tanıma veya tenfiz isteminin tamamen reddine karar verilir. Bu karar yabancı mahkeme ilâmının altına yazılır ve hâkim tarafından mühürlenip imzalanır. (MÖHUK m.56)

Türk mahkemesi revizyon yasağı (esastan değerlendirme yasağı) gereği tanıma ve tenfiz davasında istemin reddi veya kabulü dışında bir karar veremez. Bu kapsamda yabancı mahkeme kararı üzerinde değişiklik yapamaz.

5. Tenfiz Edilen Kararın Yerine Getirilmesi ve Kanun Yolu

Tenfizine karar verilen yabancı ilâmlar Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunur. (MÖHUK m.57/f.1) Tenfizine karar verilen yabancı ilâmlar Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmlar gibi icra olunacağından tenfiz kararından itibaren 10 yıl içinde icra edilmelidir. (İİK m.39, TBK m.156/f.2)

MÖHUK m.57/f.2 hükmüne göre tanıma veya tenfiz isteminin kabul veya reddi hususunda verilen kararların istinaf ve temyizi genel hükümlere tâbidir. Ancak genel hükümlerden farklı olarak kanun yollarına başvurma, kararın yerine getirilmesini durdurur.

6. Yabancı Mahkeme Kararlarının Kesin Hüküm ve Kesin Delil Etkisinin Hüküm İfade Etme Anı

Yabancı mahkeme kararının tanınması veya tenfiziyle beraber kesin hüküm ve kesin delil etkisine sahip olacaktır. Kesin hüküm etkisi tarafları, sebebi ve konusu aynı olan ikinci bir davanın Türk mahkemesi önünde ileri sürülmesini engelleyecektir. (Bkz. HMK m.114/f.1-i) Yine yabancı mahkeme kararı tanıma ve tenfiziyle beraber Türk mahkemesi önünde açılmış herhangi bir davada kesin delil etkisine sahip olacaktır. Bu kesin hüküm ve kesin delil etkisinin ne zamandan itibaren hüküm ifade edeceği MÖHUK m.59’da açıklanmıştır. Yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisi yabancı mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren hüküm ifade eder. (MÖHUK m.59)

Bu kapsamda örneğin yabancı mahkeme önünde A ile B boşanır ve daha sonra A’nın bu boşanma kararının üzerinden 180 gün geçtikten sonra bir çocuğu dünyaya geldiğini varsayalım. Bu boşanma kararı Türk mahkemesinde tanınıp tenfiz edildiğinde MÖHUK m.59 uyarınca yabancı mahkeme kararı verildiği andan itibaren kesin hüküm ve kesin delil etkisine sahip olacağından çocuklar evlilik dışı çocuk statüsünde olacaktır.

Ancak MÖHUK m.59 hükmünün bu şekilde uygulanması bazen olumsuz sonuçlara yol açabilir. Örneğin TMK m.178 uyarınca evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Buna göre nafaka alacağı gibi boşanmaya tabi sonuçlar için bir yıllık süre geçerli olup bu sürenin başlangıcı boşanma kararının verildiği tarihtir. MÖHUK m.59 hükmü bu haliyle uygulandığında çoğu zaman yabancı mahkeme kararı tanıma ve tenfiz için geçecek süre göz önünde tutulduğunda bu haklar kullanılamaz hale gelecektir. İşte bu gerekçeyle bu gibi hallerde Türk mahkemesince kararın tanınmasına ve tenfizine karar verildiği an esas alınmalıdır.

D. Yabancı Ülke Adli veya İdarî Makamlarınca Evliliğin Sona Ermesine İlişkin Olarak Verilen Kararların Nüfus Kütüğüne Tescili

690 sayılı KHK ile getirilen Nüfus Hizmetleri Kanunu m.27/A hükmü ile birlikte artık bazı şartlarla yabancı ülke adli ve hatta idari makamlarınca verilen evliliğin sona ermesine ilişkin kararların tanınmasına dahi gerek olmaksızın nüfus kütüğüne tescili mümkün hale gelmiştir. Bu hükme göre “Yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar; bizzat veya vekilleri aracılığıyla tarafların birlikte başvurusu, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idarî makam tarafından verilmiş ve usulen kesinleşmiş olması ve Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması şartlarıyla nüfus kütüğüne tescil edilir.”

Yabancı adli veya idari makamlarca verilen evliliğin sona ermesine ilişkin kararlar şu şartlarla yurt dışında kararın verildiği ülkedeki dış temsilcilikler, yurt içinde ise İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenen nüfus müdürlükleri tarafından nüfus kütüğüne tescil edilir.

- 1- Kararın boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olması,
- 2- Tarafların bizzat veya vekilleri aracılığıyla birlikte başvurusu,
- 3- Kararın, verildiği devlet kanunlarına göre konusunda yetkili adli veya idarî makam tarafından verilmiş olması,
- 4- Kararın, verildiği devlet kanunlarına göre usulen kesinleşmiş olması,
- 5- Kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması.

Nüfus Hizmetleri Kanunu m.27/A-f.3 uyarınca bu şartlar yerine getirilmediği gerekçesiyle tescil talebi reddedilen kararların Türkiye’de tanınması MÖHUK uyarınca yapılır.

VII. İSPAT, İSPAT YÜKÜ VE DELİLLER

A. İspat Hukukunda Lex Fori

Dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmaların dayandığı vakıaların gerçekten var olup olmadığı konusunda mahkemede kanaat oluşturmaya yönelik faaliyet, ispat faaliyetidir. Bu dava konusu hakka veya buna karşı yapılan savunmayı ispat için kullanılan vasıtalar ise delil denir. Milletlerarası Usul Hukukuna lex fori ilkesi hâkim olup ispat hususunda da aynı kural geçerlidir. Bunun sonucu olarak Türkiye’de açılmış bir davada ispat vasıtalarının kabul edilebilirliği, nelerin delil olabileceği, delillerin toplanması, delillerin ileri sürülmesi gibi meselelerde kural olarak Türk Usul Hukuku uygulanacaktır.

Ancak ispat hukukunda lex foriye bazı istisnalar getirilmektedir. Bunlardan ilki ispat yüküdür. İspat yükü maddi hukuk karakterli olup lex causae ye yani esasa uygulanacak hukuka tabidir. Ancak eğer ispat yükü usul hukukuna ait sebeplere bağlanmışsa yine lex foriye tabi olacaktır. Örneğin, usul hukuku kuralı olarak belli sürede cevap vermemenin sonucu olarak ispat yükü yer değiştiriyorsa bu halde lex fori uygulama alanı bulacaktır.

İspat hukukuna ilişkin ikinci bir istisna ise yabancı ülkede yapılmış hukuki işlemlerin o ülkede geçerli olan ispat rejimine tabi olacaktır. Örneğin; Almanya’da hukuki işlemler bakımından senetle ispat zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu halde taraflardan daha sonra davanın Türkiye’de açılacağını öngörüp hukuki işlemi senede bağlamalarını beklemek hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Bu açıdan Türk mahkemesi önünde açılacak bir davada bu hukuki işlem Almanya’da olduğu gibi tanıkla ispatlanabilecektir.

B. Delillerin İspat Hukuku Bakımından Tabi Olduğu Şekil

Hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekilde yapılmalıdır. (MÖHUK m.7) Aksi halde işlem geçerli olmayacak ve dolayısıyla bu işlemi yansıtan belge de Türk mahkemeleri önünde delil olarak ileri sürülemeyecektir.

Belgeler özel ve resmi belge olmak üzere ikiye ayrılır. Delillerin türü ve ispat gücü lex fori ilkesi uyarınca Türk hukukuna tabidir. Yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmî belgelerin, Türkiye’de bu vasfı taşıması, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlıdır. (HMK m.224/f.1) Dolayısıyla yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmi belgenin, Türkiye’de de resmi belge sayılabilmesi için ya belgenin verildiği devletin yetkili makamının bunu onaylaması ya da ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanması gerekir.

HMK m.224/f.2 ile Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı resmî belgelerin tasdiki ile ilgili hükümleri saklı tutulmuştur. Türkiye ”1961 Tarihli Yabancı Resmi Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi”ne taraftır. Sözleşme ile yabancı devlet makamlarınca düzenlenen resmi belgelerin, Türk konsolosluk veya siyasi memurlarınca onaylanma mecburiyeti kaldırılmıştır. Belgenin diğer taraf devletlerde ispat vasıtası olarak kullanılması için, düzenlendiği ülkenin yetkili makamı tarafından belge üzerine konan Apostille şerhi yeterlidir. Sözleşme tüm resmi belgeleri değil, özel olarak belirtilen bazı resmi belgeleri kapsamına almaktadır. Ancak Sözleşme taraflara bir alternatif sunmakta olup HMK m.224 hükmünü işletmelerine engel bir durum yoktur.

Yabancı dilde yazılmış belgeye dayanan taraf, tercümesini de mahkemeye sunmak zorundadır. (HMK m.223/f.1) Mahkeme kendiliğinden veya diğer tarafın talebi üzerine, belgenin resmî tercümesini de isteyebilir. (HMK m.223/f.2) Bu maddede düzenlenen belgeler ise hem resmi hem de özel belgelerdir.

C. Delillerin Toplanması ve Milletlerarası İstinabe

Usul hukukuna ilişkin kuralların kamu hukukuna ilişkin olması ve devletlerin kendi topraklarında hakimiyetinin sonucu olarak her devlet kendi ülke sınırları içerisinde delil toplama yetkisini haizdir. Bu durum delillerin bulunduğu yer ile davaya bakan mahkemenin farklı olduğu ve kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda bazı sorunlara yol açmaktadır. Bunun yanı sıra taraflarca getirilme ilkesi uygulansa dahi hâkim her zaman bilirkişi ve keşif delilleri ile isticvaba başvurabilir.

Bu şekilde yabancı ülkede bulunan delillere ulaşmak, yabancı ülkede keşif yapmak, yabancı ülkede bulunan birisinin isticvabına karar vermek gibi hususlardaki güçlük ancak milletlerarası istinabe suretiyle aşılabılır. Milletlerarası istinabe, iç istinabeden farklılık arz eder. Zira yabancı devletin rızası veya devletler arasında anlaşma olmadıkça yabancı ülkede istinabe yoluna gidilemez. Aksi takdirde yabancı devletin hakimiyet hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

Milletlerarası istinabe konusunda Türkiye iki tane önemli çok taraflı anlaşmaya taraftır. Bunun yanı sıra bazı devletlerle iki taraflı anlaşmalar da imzalanmıştır. Eğer Türkiye ile yabancı devlet arasında bir anlaşma söz konusuysa bu anlaşma uygulanacaktır. Aksi takdirde istinabe karşılıklılık esasına göre milletlerarası adli yardım kurallarına göre yapılabilecektir.

1. 1954 Tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi (m.8-16)

1954 tarihli sözleşmeye göre hukuki veya ticari konularda taraf devlet mahkemeleri görülmekte olan bir dava ile ilgili olarak bir adli işlemin yapılması için birbirini istinabe edebilirler. Ancak istinabe konusu işlemin yerine getirilmesi, talepte bulunulan ülkenin kamu düzenine, ülkenin egemenlik haklarına aykırı ise talep reddedilebilir. İstinabe işlemi, istinabeyi icra eden adli makamın hukukuna göre ifa edilir. (Lex fori)

2. 1970 Tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında La Haye Sözleşmesi

1970 tarihli sözleşmenin münhasır nitelikte olup olmadığı tartışmalıdır. Birinci görüşe göre bu sözleşme delillerin temini noktasında münhasır bir sözleşme olup bu sözleşme çerçevesinde hareket edilmelidir. İkinci ve baskın görüşe göre ise bu sözleşme münhasır nitelikte olmayıp diğer anlaşmalar ile yerel mevzuata bir alternatif sunmaktadır.

Sözleşme delil temini konusunda iki usul öngörmüştür. İlk olarak istinabe usulü ile delil temin edilebilecektir. Bu sözleşmede öngörülen istinabe usulü 1954 tarihli sözleşmeyle benzerdir. 1954 tarihli sözleşmeden farklı olarak adli makamlar istinabe evrakını doğrudan yabancı ülkelerin sözleşme uyarınca belirlenecek merkezi makamlarına yollayabileceklerdir. 1954 tarihli sözleşmede ise bu evraklar diplomatik usulle yollanmaktadır.

1970 tarihli sözleşme uyarınca da istinabe usulü bakımından lex fori ilkesi uyarınca istinabe edilen devlet hukuku uygulanmakla beraber bu hususa bir istisna getirilmiştir. Buna göre istinabe talebinde bulunan devlet özel bir usule uyulmasını talep edebilir. İstinabe olunan makam da şu iki hal hariç bu usule uymak durumundadır:

-Talep edilen özel usulün, istinabe olunan devletin iç hukuku ile bağdaşmaması
-İstinabe olunan devletin yerel uygulama ve usullerine göre veya pratik güçlüklerden dolayı özel usulü yerine getirmesinin imkânsız olması

Bunun yanı sıra istinabe talebinin reddedilebileceği haller de sözleşmede öngörülmüştür. İstinabe olunan devlet bu sebeplere dayanarak istinabe talebini reddedebilir. Bu haller istinabe talebinin içerik veya şekil yönünden Sözleşme’de aranan şartlara uygun olmaması, istinabe talebinin yerine getirilmesinin istinabe olunan devletin adli makamlarının yetkili dahilinde olmaması veya istinabe talebinin yerine getirilmesinin istinabe olunan devletin egemenlik veya güvenliğine zarar verebilecek olmasıdır.

Sözleşmenin delil temini konusunda öngördüğü ikinci usul ise diplomatik temsilci, konsolos vs. yoluyla delil toplanmasıdır.

VIII. MİLLETLERARASI TEBLİGAT

A. Genel Olarak

Her devletin kendi toprakları üzerinde egemenlik yetkisinin olmasının sonucu olarak milletlerarası tebligat, ülke içi tebligattan farklılıklar arz eder. Yabancı devlet kanunları açıkça izin vermediği sürece yabancı ülkeye doğrudan tebligat yapılamayacak belli prosedürlerin izlenmesi gerekecektir.

Milletlerarası tebligatın nasıl yapılacağına ilişkin yasal düzenlemeler 7201 sayılı Tebligat Kanunu m.25-27 hükümleri ve Tebligat Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m.38-47 hükümleridir. Ancak bu yasal düzenlemelerin getirdikleri sistem uzun zaman alan ve masraflı bir sistemdir. Bu yüzden devletler kendi aralarında bazı iki ve çok taraflı milletlerarası sözleşme akdetmişlerdir. Türkiye’de bu anlaşmaların bazılarını tarafıdır. Türkiye ile yabancı devlet arasında bir milletlerarası sözleşme yoksa Tebligat Kanunu ve Yönetmelik hükümleri uygulanacak aksi takdirde milletlerarası sözleşme hükümleri uygulanacaktır.

B. Tebligat Kanunu ve Tebligat Yönetmeliği

1. Türkiye'den Yabancı Ülkeye Tebligat

Tebliğat Kanunu m.25 uyarınca yabancı ülkelerde bulunan kimselere tebliğ olunacak evrak, tebligatı çıkaran merciin bağlı bulunduğu bakanlık aracılığıyla Dışişleri Bakanlığına, oradan da ilgili Türk elçiliğine veya konsoloslusuna gönderilir. Dışişleri Bakanlığının aracılığına gerek görülmeyen hallerde, tebligat evrakı bakanlıklarca doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliğine veya başkonsoloslusuna gönderilebilir. Tebliği çıkaran merciin bağlı olduğu bakanlık tebliğ evrakının usulüne uygun düzenlenip düzenlenmediğini inceler. Yabancı ülkede kendisine tebligat yapılacak kişi Türk vatandaşı olmadığı takdirde, tebligat o ülkenin yetkili makamı vasıtasıyla yapılır. Bunun için anlaşma veya o ülke kanunları müsait ise, o yerdeki Türkiye siyasi memuru veya konsolosu tebligat yapılmasını yetkili makamdandır. Bu şekilde tebligat yapılma usulüne diplomatik yolla tebligat usulü denir.

Tebliğat Kanunu m.25/a ile yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarına tebligat bakımından daha basit bir usul öngörülmüştür. Tebliğ yapılacak kişi Türk vatandaşıysa tebligatı çıkaran mercii m.25 yahut m.25/a'da öngörülen usullerden birini tercih konusunda takdir yetkisine sahiptir. Yani tebliğ yapılacak kişi Türk vatandaşı olsa da yukarıdaki usul işletilebilir. Tebligat Kanunu m.25/a uyarınca ise yabancı ülkede kendisine tebliğ yapılacak kimsenin Türk vatandaşı olması halinde kişiye o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsolosluğu tarafından tebliğin konusu, hangi mercii tarafından çıkarıldığı ve 30 gün içinde başvurulmadığı takdirde tebliğin yapılmış sayılacağı bilgilerini içeren bildirim gönderilir. Bildirimin o ülkenin mevzuatına göre muhataba tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içinde Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslusuna başvurulmadığı takdirde tebligat bu sürenin bitiminde yapılmış sayılır. Muhatap Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslusuna başvurduğu takdirde tebliğ evrakını almaktan kaçınırsa bu hususta düzenlenecek tutanak tarihinde tebliğ yapılmış sayılır. Tebligat Kanunu m.25/a uyarınca yargısal merciler tarafından çıkarılacak tebligatta, tebliğ evrakı doğrudan o yerdeki Türkiye Büyükelçiliği veya Konsoloslusuna da gönderilebilir.

2-Yabancı ülkeden Türkiye'ye Tebligat

Anlaşma hükümleri ve karşılıklılık esasları saklı kalmak şartıyla, Türkiye'de bulunan yerli veya yabancı kişilere tebliğ edilmek üzere yabancı bir ülkenin elçiliğinden veya konsoloslusundan Dışişleri Bakanlığına tevdi olunan evrak, ilgili bakanlık kanalı ile yetkili makama gönderilir. Yetkili makam aracılığıyla tebligat yapılır. (Teb. K. m.26)

C. Milletlerarası Sözleşmeler

Tebliğata ilişkin iki veya çok taraflı bir milletlerarası sözleşme varsa tebligat kanunu ve yönetmelik hükümleri değil sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Türkiye'de bu konuda iki ve çok taraflı sözleşmelerden bazılarının tarafıdır.

1. 1954 tarihli Hukuk Usulüne Dair La Haye Sözleşmesi

Bu sözleşmede öngörülen usule göre her taraf devlet bir merkezi makam belirleyecektir. Tebligat talepleri tebligatı gönderen devlet konsolosluğu veya elçiliği tarafından bu merkezi makama iletilecek ve merkezi makam tarafından tebligat yapılacaktır. (Konsüler yol)

Kural bu olmakla beraber, konsüler yol dışında ülkesinde tebligat yapılacak devlet diplomatik yolla tebligat yapılmasını isteyebilir. Yine ülkesinde tebligat yapılacak devletin karşı çıkmaması halinde tebligat doğrudan posta yoluyla, noter aracılığıyla veya diplomatik memurlar tarafından da yapılabilir.

2. 1965 tarihli Tebligata Dair La Haye Sözleşmesi

1965 tarihli sözleşmeyle diplomatik ve konsüler yollardan vazgeçilerek daha basit bir yol öngörülmüştür. Buna göre yine taraf devletler merkezi bir makam belirleyeceklerdir. Bu sözleşme uyarınca diplomatik veya konsüler yola gerek olmaksızın tebligat doğrudan bu merkezi makama yollanabilecek ve merkezi makam tebligatı yapacaktır.

Sözleşmeyle diğer yollarda korunmuştur. Taraflar dilerse diplomatik veya konsüler yollara da başvurabilirler. Ayrıca yabancı ülkedeki kendi vatandaşlarına doğrudan kendi konsolosluk ve elçilikleri aracılığıyla da tebligat yapabilirler. Son olarak bu sözleşmede posta yoluyla tebligata imkân veren bir maddeye de yer verilmiştir. Bu hükme çekince koymayan devletteki birisine tebligat doğrudan posta yoluyla yapılabilir. Türkiye bu maddeye çekince koyduğundan yabancı ülkeden Türkiye'ye Türkiye onay vermedikçe posta yoluyla tebligat yapılamaz. Ama mesela ABD çekince koymadığından ABD'ye doğrudan posta yoluyla tebligat yapılabilir.

IX. MİLLETLERARASI TAHKİM

A. Tahkim

1. Genel Olarak

Tahkim, tarafların sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş olan veya doğabilecek uyuşmazlıkların hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda anlaşmalarıyla uygulama alanı bulan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur.

Günümüzde başta ticari uyuşmazlıklar olmak üzere birçok uyuşmazlık tahkime götürülmektedir. Zira tahkimde taraf iradesi önem kazanmaktadır. Taraflar; tahkim yerini, tahkim dilini, uyuşmazlığı çözecek hakem veya hakemleri, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku, tahkim prosedürüne uygulanacak hukuku, yargılamanın usul ve şeklini vs. belirleyebilmektedir. Öte yandan tahkim belli bir süreyle sınırlandırılabilirdiğinden hızlı bir sonuca ulaşılabilmektedir. Yine tahkimde taraflar kendilerini daha iyi savunabilme fırsatlarını bulabilmektedir. Devlet mahkemelerine nazaran tahkimin bu ve bu gibi avantajlarından dolayı tahkim yoluna gidilen uyuşmazlık sayısı artmaktadır.

Tahkim kural olarak sadece taraflarını bağlar. Ancak ilgili maddi hukuk sözleşmesinde üçüncü kişi lehine bazı hükümler yer almaktaysa bu üçüncü kişinin taraflar arasında bu maddi hukuk sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların hakeme götürüleceğine ilişkin tahkim sözleşmesiyle bağlı olup olmayacağı tartışmalıdır. Kürsü görüşüne göre üçüncü kişiler tam üçüncü kişi yararına sözleşmede bulunan tahkim sözleşmesi veya şartı ile bağlıdır.

2. Tahkimin Sınıflandırılması

Tahkim çeşitli açılardan sınıflandırılabilir. İlk olarak tahkim yoluna gitmenin zorunlu veya ihtiyari olmasına göre zorunlu tahkim-ihtiyari tahkim şeklinde ikiye ayrılır. Kanunda uyuşmazlığın çözümü için tahkim yoluna gidilmesinin zorunlu olduğu belirtildiyse zorunlu tahkim söz konusudur. Buna örnek olarak TFF tahkimini örnek verebiliriz. Bunun dışında zorunlu olmamakla beraber tarafların anlaşarak tahkim yoluna gitmeyi kararlaştırdıkları tahkime de ihtiyari tahkim denir. Burada esas olarak ihtiyari tahkim incelenecektir.

İkinci olarak tahkimin belirli bir tahkim kurumunun önceden kaleme alınmış kurallarına istinaden yürütülüp yürütülmemesine göre ad hoc tahkim-kurumsal tahkim ayrımı yapılabilir. Kurumsal tahkimde bir tahkim kurumunun daha önceden hazırlanmış tahkim kuralları ve tahkim mahkemeleri vardır. Taraflar doğrudan bu kurumların kurallarını ve hakem mahkemelerini tercih etmektedirler. Kurumsal tahkim mahkemelerine örnek olarak şunlar verilebilir:

- Yatırım İhtilaflarının Halline Dair Uluslararası Merkez (ICSID)
- Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü Tahkim Mahkemesi (WIPO)
- Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi (ICC)
- Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (LCIA)
- İstanbul Tahkim Mahkemesi (İSTAC)
- İstanbul Ticaret Odası Tahkim Merkezi (İTOTAM)

Bu şekilde bir tahkim kurumunun tahkim kuralları ve tahkim mahkemeleri tercih edilmeksizin tarafların alelade bir şekilde tahkime gitmeyi kararlaştırmaları ve tahkim kurallarına yer vermeleri halinde ise ad hoc tahkim söz konusu olur.

Üçüncü olarak tahkime konu uyuşmazlığın yabancılık unsuru içerip içermemesine göre iç (yerel) tahkim-milletlerarası tahkim ayrımı söz konusudur. Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) 11.Kısımında yer alan (m.407-444) tahkim kuralları iç tahkime ilişkindir. HMK m.407 uyarınca bu kurallar 4686 sayılı MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar bakımından uygulanacaktır. İç tahkim medeni usul hukukunun konusu olup burada milletlerarası tahkim incelenecektir.

B. Türkiye'de Milletlerarası Tahkim

1. Genel Olarak

Türkiye'de milletlerarası tahkime ilişkin temel kaynak 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunudur. MTK'nın yanı sıra AY m.125'de "Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir." hükmüne yer verilmiştir. AY m.125'de belirtilen bu kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda tahkim yoluna başvurulması halinde uyulması gereken ilkelere dair 4501 sayılı kanun çıkarılmıştır. Öte yandan MÖHUK m.60-63'te yabancı hakem kararlarının tanıma ve tenfizine ilişkin hükümler yer almaktadır.

İç hukuk düzenlemelerinin yanı sıra Türkiye tahkim konusunda çeşitli milletlerarası sözleşmelere taraftır. Bunlardan en önemlileri şunlardır.

- 1998 Tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesi
- 1961 Tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa (Cenevre) Anlaşması
- 1965 Tarihli Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Haline Dair Konvansiyon

2. Milletlerarası Tahkim Kanununa Göre "Milletlerarası Tahkim"

a. MTK'nın uygulanma alanı

MTK, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır. (MTK m.1/f.2)

Bu kapsamda bir uyuşmazlığın MTK'ya tabi olabilmesi için iki şart gereklidir.

1. Yabancılık unsuru taşınmalıdır: Yabancılık unsuru MTK m.2'de düzenlenmiştir. Yabancılık unsurunun bulunması halinde tahkim, milletlerarası tahkim niteliği kazanacaktır. MTK m.2 uyarınca uyuşmazlığa yabancılık unsuru katan hallere Kanundan bakınız. Maddeyi kopyala yapıştır yapmayayım buraya.

2. Tahkim yeri olarak Türkiye belirlenmelidir: Söz konusu yabancılık unsuru içeren uyuşmazlığın MTK'ya tabi olabilmesi için tahkim yeri olarak da Türkiye belirlenmiş olmalıdır. Ancak MTK m. 5-6 hükümleri, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanır.

MTK, Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tabi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz. (MTK m.1/f.4) Dolayısıyla MTK'nın uygulanabilmesi için uyuşmazlığın konu bakımından iki tarafın iradelerine tabi bir uyuşmazlık olması gerekir.

b. Tahkimde görevli ve yetkili mahkeme ile bu mahkemelerin tahkime müdahalesi

Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için yerel mahkemeler, sadece MTK hükümlerinde öngörülen hallerle sınırlı olarak müdahalede bulunabilirler. (MTK m.3/f.2)

MTK'da mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde görevli mahkeme kural olarak Asliye Hukuk Mahkemesidir. Ancak 5235 sayılı Kanunun 5.maddesi uyarınca MTK'ye göre yapılan tahkim yargılamasında tahkim şartına ilişkin itirazlara ve hakemlerin seçimi ile reddine yönelik davalarda görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesidir.

MTK'da mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde yetkili mahkeme ise davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer mahkemesidir. Davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul mahkemeleri yetkilidir.

c. Tahkim sözleşmesinin geçerlilik şartları ve hükümleri

Tahkim sözleşmesi asıl sözleşmeye konan bir tahkim şartı veya ayrı bir tahkim sözleşmesi şeklinde yapılabilir. Tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekir. MTK m.4/f.2'de şu hallerde de yazılı şekil şartının sağlanacağı hükmüne yer verilmiştir.

- Tahkim anlaşmasının taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, telek, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması
- Dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması
- Asıl sözleşmenin bir parçası haline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması

Tahkim anlaşmasının şekil açısından geçerliliği MTK'de bu şekilde düzenlendikten sonra MTK m.4/f.3 hükmünde tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğinin örneğin tarafların özgür iradesine dayanıp dayanmadığı, tarafların ehliyetli olup olmadığının tarafların seçtiği hukuka aksi halde Türk hukukuna tabi olacağı açıklanmıştır.

Bir maddi hukuk sözleşmesi içinde yer alan tahkim şartının geçerliliği maddi hukuk sözleşmesinden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Maddi hukuk sözleşmesinin geçerli olması her halde tahkim şartının da geçersiz olacağı anlamına gelmeyecektir. Zira tahkim şartı şekli ve maddi anlamda geçerliiyken maddi hukuk sözleşmesinin kendisine özgü bir halden geçersiz olması mümkündür.

Burada tahkim sözleşmesinin geçerliliği bakımından son olarak asimetrik tahkim sözleşmesi ile patolojik tahkim sözleşmelerine değinmek istiyorum. Taraflardan sadece birisine tahkime gitme imkanı veren tahkim sözleşmelerine asimetrik tahkim sözleşmesi denir. Örneğin; A ve B aralarında bir satım sözleşmesi yapmışlardır. A ile B bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda sadece A'nın tahkime gidebileceği konusunda anlaşmışlardır. Bu halde asimetrik tahkim sözleşmesinden söz edilir. Asimetrik tahkim sözleşmelerinin geçerliliği meselesi tartışmalıdır.

Uygulamada bazı tahkim sözleşmeleri ciddi eksiklikler içerir ve tarafların iradesini net bir şekilde yansıtmaz. Bu tahkim sözleşmelerine patolojik tahkim sözleşmeleri denilir. Bu patolojik tahkim sözleşmeleri yorumlanmak

suretiyle tarafların iradesi net bir şekilde anlaşılıyorsa tahkim sözleşmesi geçerli sayılacaktır. Aksi halde tahkim sözleşmesi geçersiz sayılacaktır.

Patolojik tahkim sözleşmelerine şu örnekler verilebilir:

- Tarafların ölü bir kişiyi veya gerçekte var olmayan hakem olarak seçmesi,
- Tarafların seçtiği kurumsal tahkim merkezinin mevcut olmaması, faaliyetine son vermiş olması veya henüz kurulmamış olması.

Geçerli bir şekilde yapılan tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen mahkemede dava açılması halinde karşı taraf tahkim ilk itirazında bulunabilir. (MÖHUK m.5) MÖHUK m.5 hükmü tahkim yeri olarak Türkiye belirlenmediği hallerde uygulanır. (MÖHUK m.1//f.3)

d. Tahkim’de ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz

Kural olarak tahkim yargılaması hakem veya hakem kurulunun yetkisi altında yürümektedir. Mahkemenin yetkisinin sınırlı hallerde ancak MTK’de belirtilen hallerde söz konusu olabileceği belirtildi. İşte mahkemeye yetki tanıyan hükümlerden birisi ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz verme yetkisine ilişkin m.6 hükmüdür. MTK m.6 tahkim yeri olarak Türkiye’nin belirlenmediği hallerde de uygulama alanı bulacaktır.

Taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez. Ayrıca taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararını yerine getirmezse; karşı taraf, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir.

Aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyatî tedbire veya ihtiyatî hacze karar verebilir. Hakem veya hakem kurulu, ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı vermeyi, uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabilir. Hakem veya hakem kurulu, cebrî icra organları tarafından icrası ya da diğer resmî makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz kararı da veremez.

Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyatî tedbir ya da ihtiyatî haciz kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkar.

e. Tahkim mahkemesinin teşkili ve yetkisi ile tahkim yargılamasına ilişkin esaslar

Hakem sayısı, seçimi, reddi, sorumluluğu, görevinin sona ermesi ve yetkisi MTK m.7’de düzenlenmektedir. Aynı şekilde tahkim prosedürü MTK m.8-14 hükümleriyle düzenlenmiştir. Bu maddelerde yer alan prosedür esasen iç tahkime ilişkin prosedürle aynı olup bir göz atılması yeterlidir. Burada sadece şunu belirtiyim ki hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilir. (Kompetenz-Kompetenz)

f. İptal davası

Tahkim yargılaması esnasında mahkemenin müdahale yetkisinin sınırlı olduğunu belirttim. İşte hakem kararları verildikten sonra mahkeme denetimine tabi tutulabilir. Hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir. Ancak iptal davasında hakem kararı esastan incelenemeyip aşağıda belirtilen sebeplerle sınırlı olarak incelenebilecektir.

Hakem kararları aşağıdaki hallerde iptali için iki grup sebep vardır.

Taraflarca ileri sürülüp ispatı gereken sebepler

- a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olması,
- b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmaması,
- c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmemesi,
- d) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi,
- e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiğini veya istemin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması,
- f) Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, MTK hükümlerine uygun olarak yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması,
- g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi,

Mahkeme tarafından resen gözetilecek hususlar

- a) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması,
- b) Kararın kamu düzenine aykırı olması,

İptal davası, 30 gün içinde m.3'te belirtilen mahkemenin yargı çevresi içerisinde bulunduğu BAM'da açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. İptal davasının açılması, kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurur.

Taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya birkaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler.

İptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, yukarıda sayılan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır.

X. YABANCI HAKEM KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

A. Genel Olarak

Yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi MÖHUK m.60-63 hükümleriyle düzenlenmiştir. Öte yandan Türkiye 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Sözleşmesine taraftır. Günümüzde 150'den fazla devletin taraf olduğu New York Anlaşması, MÖHUK hükümlerinin uygulanabilirliğini önemli ölçüde azaltmıştır.

B. New York Anlaşmasına Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

1. Uygulama Alanı

New York Sözleşmesi uyarınca bir hakem kararı iki halde yabancı hakem kararı sayılır.

- 1- Tenfiz talebinde bulunulan devlet ülkesi dışında verilen hakem kararları.
- 2- Tenfiz talebinde bulunulan devlet ülkesinde verilmesine rağmen tenfiz devleti hukukuna göre yabancı sayılan hakem kararları.

Kural olarak Sözleşme konu veya yer bakımından bir sınırlamaya tabi olmaksızın tüm yabancı hakem kararlarının tenfizini kapsamaktadır. Ancak Türkiye Sözleşme'ye iki çekince koyarak taraf olmuştur.

1- Türkiye'nin koyduğu ilk çekince uyarınca sadece Sözleşme'ye taraf bir devlet ülkesinde verilen yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir.

2-Türkiye'nin Sözleşme'ye koyduğu ikinci çekinceye göre Sözleşme, sadece Türk hukuku uyarınca ticari olan uyuşmazlıklara ilişkin hakem kararları bakımından uygulanır.

2. Tanıma ve Tenfiz Davasında Usul

Sözleşme tenfiz davasında uygulanacak usul bakımından tenfiz devletinin hukukuna atıf yapmıştır. Dolayısıyla yabancı hakem kararının Türkiye'de tenfizi davasında Türk usul hukuku uygulanır.

Sözleşme tenfiz devleti usul hukuku kurallarının uygulanmasına ispat yükü bakımından özel düzenleme yaparak istisna getirmiştir. Buna göre kural olarak tanıma veya tenfiz şartlarının oluşmadığını ispat yükü davalı üzerindedir. Ancak "kamu düzenine aykırılık" ve "tahkime elverişlilik" mahkemece resen nazara alınır.

Yabancı hakem kararlarının tenfizi davasında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. (5235 sayılı Kanun m.5)

Yabancı hakem kararlarının tenfizi davasında yetkili mahkeme tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer mahkemesidir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır.

MÖHUK m.61/f.2 atfıyla yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin m.55 ila 57 hükümleri burada da kıyasen uygulanır.

3. Tanıma ve Tenfiz Şartları

1- Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması bulunmalıdır: New York Sözleşmesine göre tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılmalıdır. Tahkim sözleşmesi yapabilme ehliyeti bakımından tenfiz devleti kanunlar ihtilafı kuralları uygulanır. Tahkim sözleşmesinin maddi geçerliliğine ise tarafların seçtiği hukuk, hukuk seçimi yoksa kararın verildiği ülke hukuku uygulanır.

2- Karar davalının savunma haklarına riayet edilerek verilmiş olmalıdır: Aleyhine hüküm verilen taraf, hakemin tayininden veya hakemlik prosedüründen usulü dairesinden haberdar edilmemişse yahut diğer bir sebep yüzünden delillerini ikame etme imkanı bulamamışsa tenfiz talebi reddedilir.

3- Karar hakemlerin yetkisi içinde verilmiş olmalıdır.

4- Hakem mahkemesinin teşkili ve tahkim prosedürü usulüne uygun olmalıdır: Hakem mahkemesinin teşkili ve tahkim prosedürü usulüne uygun olup olmadığı taraflar arasındaki anlaşmaya, taraflar arasında anlaşma yoksa tahkim prosedürünün cereyan ettiği ülke hukukuna göre belirlenir.

5- Karar, taraflar için bağlayıcı olmalı ve verildiği ülke hukuku veya tahkimin tabi olduğu ülke hukukuna göre iptal edilmemiş yahut icrası askıya alınmamış olmalıdır.

6- Karar tenfiz devleti hukukuna göre tahkim yolu ile çözümü mümkün olan bir uyuşmazlığa ilişkin olmalıdır.

7- Karar tenfiz devleti hukukunun kamu düzenine aykırı olmamalıdır.

Kural olarak tenfiz şartlarının oluşmadığının davalı tarafından ileri sürülmesi ve ispatlanması gerekir. Ancak kararın tenfiz devleti hukukuna göre tahkim yolu ile çözümü mümkün olan bir uyuşmazlığa ilişkin olması ile kararın tenfiz devleti hukukunun kamu düzenine aykırı olmaması şartları mahkemece resen gözetilir.

NOT: Burada tenfizin icrai kararlar için verilme özelliğinin gereği olan hususlar hariç tenfiz için yapılan tüm açıklamalar tanıma için de geçerlidir.

C. MÖHUK m.60-63 Hükümlerine Göre Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi

MÖHUK m.60-63 hükümlerinin uygulama alanı şu iki halle sınırlıdır.

- 1- New York Sözleşmesine taraf olmayan bir devlet ülkesinde hakem kararının verilmesi.
- 2- New York Sözleşmesine taraf olan bir devlet ülkesinde ve ancak ticari olmayan bir konuda hakem kararının verilmesi.

New York Sözleşmesinin getirdiği düzen ile MÖHUK m.60-63 hükümlerinin getirdiği düzen hemen hemen aynıdır. MÖHUK m.62'de tanıma ve tenfiz şartları sayılmıştır. Bunlar da New York Sözleşmesindeki şartlarla uyumludur. O yüzden burada ayrıca değinilmeyecektir.

SINAVA YÖNELİK AÇIKLAMALAR

Milletlerarası Usul Hukukunda iki konu Kürsü için vazgeçilmezdir. Bunlardan ilki milletlerarası yetki diğeri tanıma ve tenfiz bu iki konuyu bilmeden sınava girmeyiniz. Milletlerarası yetki konusunda ilk dikkat etmeniz gereken konu bir kere bizim Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisiyle ilgilendiğimizdir. Daha sonra Türk mahkemelerinin yetkisi var mıdır? Diye soru geliyor. Soruya 3 aşamalı yaklaşın. İlk olarak yetki sözleşmesi var mı yok mu? Varsa buna göre geçerli mi değil mi? vs. Yetki sözleşmesi yoksa veya geçersizse MÖHUK m.41-46'da düzenlenen hallerden birinin kapsamına giren bir hal var mı yok mu? Varsa bu hükme göre Türk mahkemesinin yetkisine bakacağız. Bu hükme göre yetki kazanıyorsa kazanıyordur, kazanamıyorsa kazanamıyordur. Son olarak MÖHUK m.41-46 kapsamına giren bir hal yoksa iç hukuktaki yetki kurallarına göre yetkili Türk mahkemesinin yetkisi olup olmadığı tespit edilir. MÖHUK m.40-47 arasını (kapsamını, yetkili mahkemeleri vs.) bilmeniz gerekir. İç hukuktaki yetki kurallarından ise genel olarak HMK m.6, HMK m.7, HMK m.10 ve onla bağlantılı olarak TBK m.89, HMK m.12, HMK m.16 ve TMK m.168'i iyi bilin. İç hukuka gideceksiniz niye iç hukuka gittiğinizi sınav kağıdına yansıtın. Dikkat etmeniz gereken bir diğer husus kanunlar ihtilafı kuralını yetki kurallarıyla karıştırmayın. Yani olayda haksız fiil var ve Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini soruyorsa MÖHUK m.34'e gitmeyin iç hukuka gidin. Çünkü MÖHUK m.34 kanunlar ihtilafı kuralıdır. Yetki düzenlemesi değildir. Tam tersine yetkili hukuk soruyorsa kanunlar ihtilafına gidin mahkemelerin yetkisine değil. Bunların yanında MÖHUK m.44-45-46 için geçerli olan sınırlı münhasır yetki esası ve bunun mantığını bilin. Yine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz için Türk mahkemelerinin yetkisinin yetki sözleşmesiyle bertaraf edilemeyeceği meselesi de önemli. Yetkiyle ilgili son husus MÖHUK m.19 hükmü uyarınca yetkisiz Türk mahkemesinde dava açılabilir süresinde yetki itirazında bulunulmaması halinde Türk mahkemesinin yetki kazanacağı konusu da önemli. Dolayısıyla Türk mahkemelerinin yetkisi var mıdır? sorusundan sonra Türk mahkemelerinin yetki kazanma ihtimali var mı? tarzı bir şey sorulduysa bu ihtimali dikkate alınız.

Tanıma ve tenfiz bakımından önemli husus hangi kararın tanıma veya tenfize tabi olduğudur. Yabancı bir mahkeme kararı verilmiş ve bunun Türkiye'de nasıl hüküm doğuracağı soruluyorsa o soru tanıma ve tenfize ilişkindir. Bu halde tespit ve inşai kararların tanımaya, eda kararlarının ise tenfize tabi olduğunu, Çünkü tanımının sadece kesin hüküm ve kesin hüküm ve kesin delil etkisine sahip olduğunu ancak tenfizin buna ek olarak icra edilebilirlik etkisi sağladığını yazın. Sonra da olaydaki kararın niteliğini belirtip tanımaya mı tenfize mi tabi olduğunu belirtiniz. Bunun dışında tanıma ve tenfiz şartlarını biliniz. Sorabilme ihtimalleri var. KHK ile getirilen

yeni Nüfus Hizmetleri Kanunu m.27/A hükmü önemlidir. Bunların yanı sıra yabancı adli makamlarca verilen kararların tanıma ve tenfize tabi olduğu ama evlat edinme ve nafaka kararlarının bunun istisnası olduğunu biliniz. Tanıma ve Tenfiz usulüne ilişkin olarak husumet yani kimlerin tanıma-tenfiz talep edebileceğini ve kesin hüküm ve kesin delil etkisinin hüküm doğuracağı anı yani m.59'u bilmeniz gerekir.

Bu iki temel konu dışında taraf-dava ehliyeti, tebligat, teminat, yabancı derdestlik, bekletici mesele ve HMK m.224'ten iki tanesini falan soruyorlar. Anlattığım kadarıyla bilseniz yeterli. Yabancı hakem kararlarının tenfizini pek sormazlar. Tahkim geçen sene anlatılmadığı için çıkmadı. Anlatılırsa çok detay olmamak üzere bir soru gelir. Haydi Başarılar.