

PAPER DETAILS

TITLE: Preliminary Question In Privarte International Law

AUTHORS: Doga ELÇIN

PAGES: 211-242

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980915>

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ÖN SORUN

Preliminary Question In Privarte International Law

Yrd. Doç. Dr. Doğa ELÇİN*

Geliş Tarihi: 14.09.2017

Kabul Tarihi: 18.12.2017

ÖZET

Milletlerarası unsurlu bir olayda, hâkimin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilen, maddî hukuka göre çözüm bekleyen sorun, “asıl/esas mesele”dir. Bununla birlikte bazı uyuşmazlıklarda, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulama alanı bulunduğu bir olayda, esas sorun hakkında verilecek kararı doğrudan etkileyen, esas sorundan daha önce meydana gelmiş olan bazı sorunların çözüme kavuşması gerekebilir. İşte esas sorun hakkında verilecek kararı etkileyecek olan bu sorunlara, “ön sorun” denilmektedir.

Bu çalışmada, ön sorunun tanımından başlayarak, ön sorunun çözümüne uygulanacak hukuka dair tartışmalara yer verilmiştir. Ön sorunun çözümüne uygulanacak hukuka dair bazı mahkeme kararları incelenmiştir. Ardından ön soruna ilişkin olarak, özel hüküm içeren bazı milletlerarası/uluslararası sözleşmeler ve düzenlemeler değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ön sorun, ön mesele, asıl sorun, uluslararası özel hukuk, kanunlar ihtilâfı hukuku.

ABSTRACT

In a case with international element, principal question is a question that comes up with substantive law which determined by the conflict of laws of forum. However in some cases, there may be some questions directly affecting the decision and arising before the principal question are required to be solved. At this point the questions that affect decisions on principal question can be regarded as a preliminary question.

In this article, starting with the definition of preliminary question, referred the discussions on the law applicable to preliminary question. After this, some international/supranational conventions and regulations that has specific provisions on preliminary question are assessed.

Keywords: Preliminary question, incidental question, principal question, private international law, conflict of laws.

GİRİŞ

Kanunlar ihtilâfı hukukunun uygulama alanına giren bir olayda, hâkimin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilen ve maddî hukuka göre çözüm bekleyen sorun, “asıl/esas mesele”dir. Bununla birlikte, bazı uyuşmazlıklarda, kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulama alanı bulunduğu bir olayda, esas sorun hakkında verilecek kararı doğrudan etkileyen, esas sorundan daha önce meydana gelmiş olan bazı sorunların çözüme kavuşması gerekebilir¹. İşte

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk ABD. dogaydogan@atilim.edu.tr

¹ SCHMIDT, T.S., “The Incidental Question in Private International Law”, Rec. Des. Cours, Vol. 233; 1993-1992, s.315, (The Incidental Question); FAWCETT, J./CARRUTHERS, J.M., Cheshire,

esas sorun hakkında verilecek kararı etkileyecek olan bu sorunlara, “ön sorun (*vorfrage*)” denilmektedir².

Ön sorunun, kanunlar ihtilâfı hukukunun genel kısımları içinde olduğu kabul edilmektedir. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun³’un, “Milletlerarası Özel Hukuk” başlıklı Birinci Kısım, “Genel Hükümler” başlıklı Birinci Bölümünde, yabancı hukukun uygulanması (m.2/1 ve m.2/2), atıf (m.2/3 ve m.2/4), değişken ihtilâflar (m.3), vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk (m.4), kamu düzenine aykırılık (m.5), Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları (m.6), hukukî işlemlerde şekil (m.7) ve zamanaşımı (m.8) düzenlenmiştir. 5718 sayılı Kanun’da, ön soruna uygulanacak hukuka dair bir bağlama kuralı bulunmamaktadır⁴. Bununla birlikte, ön sorunun nasıl çözüme kavuşturulacağı hem doktrin hem de uygulamada tartışılmaktadır. Gerek yabancı doktrinde gerek Türk doktrininde konuya ilişkin çeşitli görüşler bulunmakta, ayrıca ön sorun zaman zaman mahkeme kararlarına da yansımaktadır.

Bu çalışmada, öncelikle, ön sorunun tanımı yapılmaya çalışılacaktır. Ardından, ön sorunun ortaya çıktığı durumlar değerlendirilecektir. Ön sorun ile farklı özellikler taşıyan bazı hukukî müesseseler tespit edilecektir. Bu tespitlerin ışığında, gerçek bir ön sorunun özellikleri ortaya konulacaktır. Ardından ön soruna uygulanacak hukuka dair çözüm önerileri değerlendirilecektir. Bu kapsamda, ön sorunun çözümü için pek çok öneri getirilmekle birlikte, uygulamada ve doktrinde, hâkimin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının

North & Fawcett *Private International Law*, Oxford 2008, s.51; ANTON, A.E./BEAUMONT, P.R./Mc.ELEAVY, P.E., *Private International Law*, Edinburg 2011, s.110; NEELS, J.L., “External Public Policy, the Incidental Question Properly So-called and the Recognition of Foreign Divorce Orders”, *Journal of South African Law*, 2010, s.671; GOESSL, S.L., “Preliminary Questions in EU Private International Law”, *Journal of Private International Law*, Vol:8/1, s.64.

² SEVİĞ, V.R., *Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları)*, İstanbul 1971, s.136; GÖĞER, E., *Devletler Hususî Hukuku*, Ankara 1977, s.76; ŞANLI, C./ESEN, E./ATMAN-FİĞANMEŞE, İ., *Milletlerarası Özel Hukuk*, B.5, İstanbul 2016, s.89; ÇELİKEL, A./ERDEM, B.B., *Milletlerarası Özel Hukuk*, B.14, İstanbul 2016, s.129; TEKİNALP, G./UYANIK, A., *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları*, B.12, İstanbul 2012, s.40; NOMER, E., *Devletler Hususî Hukuku*, B.21, İstanbul 2015, s.138; DOĞAN, V., *Milletlerarası Özel Hukuk*, B.4, Ankara 2017, s.184; AKINCI, Z./DEMİR GÖKYAYLA, C., *Milletlerarası Aile Hukuku*, İstanbul 2010, s.4; NOMER, E., “Devletler Hususî Hukukunda Ön Mesele” İÜHF, C.XXVII, S.1-4, İstanbul 1962, s.343, (Ön Mesele); CHESHIRE, G.C., *Private International Law*, Oxford 1947, s.128; GOTLIEB, A.E., “The Incidental Question Revisted Theory and Practice in the Conflict of Laws”, *ICLQ*, Vol.26, 1977, s.736; SCHMIDT, T.S., “The Preliminary Question and the Question of Substitution in Conflict of Laws”, 12, *Scand. St. L.*, 1968, s.92, (The Preliminary Question).

³ RG. 12.11.2007-26728.

⁴ 2675 sayılı Kanun döneminde de ön soruna uygulanacak hukuka dair bir kural bulunmamaktaydı. RG. 22.5.1982-17701. 5718 sayılı Kanun’un 64. maddesinin 1. fıkrası hükmüyle 2675 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

uygulanması, *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanması, *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarının uygulanması yönündeki tartışmalar yoğunluktadır. Ön sorunun bir yabancı mahkeme kararının tanınması/tenfizine bağlı olması üzerinde durulacaktır. Son olarak, ön sorunun çözümü, irade muhtariyetinin kabul edildiği alanlar bakımından ayrıca ele alınacaktır.

Çalışmamızın devamında, ön soruna ilişkin olarak, özel hüküm içeren bazı milletlerarası sözleşmeler, uluslararası düzenlemeler incelenecektir. Çalışmanın sonuç bölümünde, ulusal hukukumuzda, ön soruna ilişkin bir bağlama kuralının bulunmasının gerekip gerekmediğine dair yürütülen tartışmalardan varılan sonuç ve benimsediğimiz yaklaşım ortaya konulacaktır.

I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA ÖN SORUNUN TANIMI, ÖN SORUNUN ORTAYA ÇIKTIĞI DURUMLAR VE ÖN SORUNDAN FARKLI OLAN HUKUKÎ MÜESSELER

1. Milletlerarası Özel Hukukta Ön Sorunun Tanımı

Ön sorun, 1932 yılında MELCHIOR tarafından ve daha sonra, 1934 yılında WENGLER tarafından fark edildiği yıllardan bu yana, özellikle Kıta Avrupası hukukçuları tarafından tartışılmaktadır⁵. Ön sorun, pek çok hukukî ilişki ya da hukukî statü bakımından ortaya çıkabilir ancak daha çok evliliğin geçerliliği, boşanma, evlât edinme, çocuğun soy bağının kurulması gibi aile hukuku alanlarında ortaya çıkmaktadır⁶.

Ön sorunun tanımı yapılmadan önce, ön sorunu, şu örneklerle ortaya koyulabiliriz: Ölmeden önceki son yerleşim yeri Yunanistan'da bulunan ve İngiltere'de taşınmaz malları olan bir Yunan vatandaşı, vasiyetname düzenlemeksizin ölmüştür. Miras bırakanın sağ kalan eşi, mirasın paylaşımında hak sahibi olduğu iddiasıyla İngiltere'de dava açmıştır. Yunan maddî hukukuna göre, sağ kalan eş, miras bırakanın taşınmazları üzerinde miras payına sahiptir. Bu örnekte ön sorun, sağ kalan eşin, miras bırakanın ölümünden önce geçerli bir evliliğinin bulunup bulunmadığıdır. İngiliz kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, evlenmenin şekli geçerliliği, yapıldığı ülke hukukuna (*lex loci celebrationis*) tâbidir ve taraflar, İngiltere'de medenî nikâh ile resmî memur önünde evlenmiştir. İngiliz hukukuna göre evlilik şeklen geçerlidir. Bununla birlikte, Yunan kanunlar ihtilâfı kurallarına göre, evliliğin şekli geçerliliğine, tarafların millî hukuku uygulanacaktır. O yıllarda yürürlükte olan Yunan hukukuna göre, evliliğin dinî olarak yapılması öngörülmüştür. Bu olayda, esas sorun, miras bırakanın terekesinin intikalidir ve İngiliz kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre miras bırakanın ölmeden önceki yerleşim yeri olan İngiliz hukukuna

⁵ SCHMIDT, The Incidental Question, s.322; SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 94; ÇELİKEL/ERDEM, s.129; NÖMER, s.138.

⁶ SCHMIDT, The Incidental Question, s.321.

tâbidir. Ön sorun ise, evliliğin şekli geçerliliğidir. Eğer bu örnekte ön sorun için *for* hukukunun kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanırsa, davacının millî hukuku dikkate alınmaksızın, evliliğin yapıldığı yer hukuku olan İngiliz hukukuna göre evlilik şeklen geçerli kabul edilecektir. Esas soruna uygulanacak olan yabancı kanunlar ihtilâfi kuralları, ön soruna da uygulanacak olursa, evlilik, şeklen geçersiz kabul edilecektir⁷.

Ön soruna aile hukuku alanı dışından bir diğer örnek vermek gerekirse; haksız fiil nedeniyle, malda meydana gelen zararın tazminini talep eden davacının, söz konu malın mülkiyetine sahip olup olmadığı ön sorun olarak ortaya çıkabilir⁸. Hâkimin bu durumda, ön soruna, kanunlar ihtilâfi hukuku kuralının gösterdiği, haksız fiile uygulanacak yabancı hukuku mu uygulayacağı yoksa aynı haklara ilişkin olarak kendi kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarını mı uygulaması gerektiği sorunu ortaya çıkmaktadır⁹. Diğer bir örnek ise kefalet sözleşmesinde, kefilin, asıl borcun varlığını kabul etmemesi ve ifadan kaçınması durumunda, borcun mevcut olup olmadığı ön sorunu ile karşılaşılması olasılığıdır¹⁰.

Kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının uygulama alanı bulduğu bir olayda, esas sorun hakkında bir karar verilebilmesi için, esas sorundan daha önce meydana gelmiş olan bazı sorunların çözüme kavuşması söz konusu olabilir¹¹. Esas sorun hakkında verilecek kararı doğrudan etkileyen, esas sorundan önce meydana gelmiş olan ve esas sorundan önce çözülmesi gereken sorunlara, “ön sorun (*vorfrage*)” denilmektedir¹².

2. Ön Sorunun Ortaya Çıktığı Durumlar

Milletlerarası unsurlu bir uyuşmazlıkta, esas sorundan önce çözüme kavuşması gereken bir sorunun ne zaman ve hangi şartlar altında ön sorun olarak kabul edilebileceği konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrinde bir görüş, ön sorunun ortaya çıkması için aşağıdaki şartları taşıması gerektiğini ileri sürmüştür¹³:

⁷ GOTLIEB, s.736.

⁸ GOESSL, s.64; GÖĞER, s.77.

⁹ GOESSL, s.64.

¹⁰ GÖĞER, s.78.

¹¹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.315; FAWCETT/CARRUTHERS, s.51; ANTON/BEAUMONT/Mc.ELEAVY, s.110; NEELS, s.671; GOESSL, s.64.

¹² Türk doktrininde çeşitli ön sorun tanımları için bkz. SEVİĞ, s.136; GÖĞER, s.76; ŞANLI/ ESEN/ATMAN-FİGANMEŞE, s.89; ÇELİKEL/ERDEM, s.129; TEKİNALP/UYANIK, s.40; NOMER, s.138; DOĞAN, s.184; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s.4; NOMER, Ön Mesele, s.343. Yabancı doktrinde çeşitli ön sorun tanımları için bkz. CHESHIRE, s.128; GOTLIEB, s.736; SCHMIDT, The Preliminary Question, s.92.

¹³ HARTLEY, T.C., “Bigamy in the Conflict of Laws”, ICLQ, Vol.16, 1967, s. 682; MORRIS, J.H.C., *Dicey and Morris on Conflict of Laws*, London 1967, s.35; FAWCETT/CARRUTHERS, s.52; ÇELİKEL/ERDEM, s.130; DOĞAN, s.185.

1- *Forum*'un kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre, esas soruna uygulanacak yabancı bir hukuk bulunmalıdır¹⁴. Ön sorunun ortaya çıktığı bir olayda, esas soruna, hâkimin maddî hukuk kuralları uygulanıyor ise ön soruna da aynı hukuk uygulanacağı için ön soruna uygulanacak hukukun tayini tartışması ortaya çıkmayacaktır¹⁵.

2- *Forum*'un kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları, ön sorun için, esas sorundan farklı bir ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanmasını öngörüyor olmalıdır¹⁶. Diğer bir deyişle, *forum*'un kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları, ön sorun için de esas sorun için de aynı ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanması sonucuna varıyor ise yine ön soruna uygulanacak hukukun tayini "sorun" olarak ortaya çıkmayacaktır¹⁷.

3- *Forum*'un kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları ile esas soruna uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları, aynı ön sorun için farklı maddî sonuçlar yaratacak olmalıdır. Bu şekilde meydana gelecek bir sorun, doğru bir ön sorun olarak nitelenmelidir¹⁸.

Doktrinde diğer bir görüşe göre, bazı durumlarda, ön sorun ortaya çıkmakta; ancak, ön sorunun çözümüne ilişkin metodolojik bir karmaşa, olayın özelliği nedeniyle gündeme gelmemektedir. Bu durumlardan birincisinde, esas sorun bakımından, *lex causae* bir yabancı hukuk düzenidir ancak yabancılık unsuru dikkate alınmaksızın bu esas sorunun çözümü *lex fori*'nin maddî hukuk kurallarına tâbi tutulmuştur. Bu nedenle, ön sorunun çözümü için ayrıca araştırma yapmaya gerek kalmayacaktır¹⁹. İkincisi, ön soruna *lex fori* ya da *lex causae* olsun hangi kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları uygulanırsa uygulansın, aynı ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanması sonucuna ulaşıyorsa, milletlerarası özel hukuk anlamında bir ön sorun ortaya çıkmayacaktır²⁰. Son olarak, *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının gösterdiği ülkenin maddî hukuk kuralları ile *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının gösterdiği ülkenin maddî hukuk kuralları içerik olarak aynı ise²¹ yine ön sorunun hangi yöntemle çözüldüğünün bir önemi kalmayacaktır²².

¹⁴ SCHMIDT, The Incidental Question, s.316.

¹⁵ SCHMIDT, The Incidental Question, s.316.

¹⁶ SCHMIDT, The Incidental Question, s.316; DOĞAN, s.185; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.90.

¹⁷ SCHMIDT, The Incidental Question, s.317.

¹⁸ FAWCETT/CARRUTHERS, s.52; ÇELİKEL/ERDEM, s.130. Gerçek bir ön sorun bu şekilde ortaya konulduğunda, çok sınırlı bir uygulama alanı olacağı yanılıgına yol açabilmektedir, ancak, mahkeme kararlarında sanılandan daha fazla ön sorun ile karşılaşıldığı görülmektedir. SCHMIDT, The Incidental Question, s.317.

¹⁹ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 101.

²⁰ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 101.

²¹ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

²² SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 101. GOTLIEB'e göre, ön sorunun ortaya çıkabileceği

Son olarak, GOTLIEB'in önerisinde ön sorun kategorileri temelde dörde ayrılmıştır²³. Klasik ön sorun olarak nitelenen birinci kategoride, soybağı/tereke ilişkisi bulunmaktadır. Bu kapsamda, sonraki evlilik ile soybağının kurulması, soybağının kurulmasının tanınması, evlât edinme ile soybağının kurulması ve biyolojik soybağı ön sorun olarak ortaya çıkabilmektedir²⁴. İkinci kategoride evlenme/boşanma ilişkisi bulunmaktadır. Bu kategoride boşanmanın ya da evliliğin geçerliliği ön sorun olarak ortaya çıkmaktadır²⁵. Üçüncü kategoride, aile hukuku/haksız fiil-sözleşme ilişkisi yer almaktadır. Bu kapsamda, eşin statüsü, çocuğun statüsü, tazminat talebinin ayakta tutulması ya da eşin yaptığı kefalet sözleşmesinin geçerliliği ön sorunlar olarak tartışılmaktadır²⁶. Son olarak mülkiyet-sözleşme/haksız fiil-sözleşme ilişkilerinde ön sorun görülebilmektedir²⁷.

3. Ön Sorundan Ayrı Değerlendirilmesi Gereken Hukukî Müesseseler

Ön sorun, bazı yazarlar tarafından "*incidental question*"²⁸ veya daha yaygın olarak, "*preliminary question*"²⁹, Fransızca, "*question préalable*", Almanca "*vorfrage*" terimleriyle ifade edilmektedir. Mahkemelerde, "*subsequent question*" (sonraki sorun), "*dependent question*" (bağımlı sorun), "*threshold*

yedi ihtimâl bulunmaktadır. 1- Ön sorunu idare eden uygulanacak hukukun tayinine ilişkin kanunlar ihtilâfı kuralları bulunmaktadır. 2- Ön soruna uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları ile esas soruna uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları aynıdır ancak *forum* atfı kabul ederken *lex causae* atfı reddetmektedir. 3- Ön soruna uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları ile esas soruna uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları aynıdır ancak bağlama noktaları farklı vasıflandırılmıştır. 4- *Forum*'un bağlama kuralları ile atfı kabul etmekte olan gönderilen devletin kanunlar ihtilâfı kuralları aynıdır fakat gönderilen devlet, kendi kanunlar ihtilâfı kuralları değil de seçilen ve *forum*'dakinden farklı olan iç hukuk sisteminin kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulamaktadır. 5- *Forum*'un uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları ile seçilen millî hukuk sisteminin uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları aynıdır fakat gönderilen devlet, ön soruna kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını uygulamaktadır. 6- *Forum*'un uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları ile asıl sorunu idare eden devletin kuralları aynıdır ancak ön sorunun vasıflandırılması farklıdır. 7- *Forum*'un uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları ile asıl sorunu idare eden devletin kuralları aynıdır ancak *lex causae*, ön soruna kendi iç hukukunu uygulamaktadır. GOTLIEB, s.738 (dn-10).

²³ GOTLIEB, s.761.

²⁴ GOTLIEB, s.761-762.

²⁵ GOTLIEB, s.762.

²⁶ GOTLIEB, s.763.

²⁷ GOTLIEB, s.763-764.

²⁸ FAWCETT/CARRUTHERS, s.51; CHESHIRE, s.129; BRIGGS, A., *The Conflict of Laws*, 2nd Ed., Oxford 2008, s. 18; SCHMIDT, *The Incidental Question*, s.315.

²⁹ EHRENZWEIG, A.A., *Private International Law*, Leyden 1967, s.92; ROBERTSON, A.H., *Characterization in the Conflict of Laws*, Cambridge 1940, s.138; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110; GOESSL, s.64.

question” (başlangıç sorunu) olarak da yer aldığı görülmüştür³⁰. Çözümü, esas sorun hakkında verilecek kararı etkileyecek olan ve esas sorunun dayanağı olan bu soruna Türk hukukunda “*ön mesele*”³¹ veya “*ön sorun*”³² denilmektedir.

Terminolojik karmaşa, bu hususu, bazı yazarların bağımsız, bazı yazarların ise bağımlı veya talî olarak ele almasından kaynaklanmaktadır³³. Ancak bu tartışma basit bir terminoloji sorunu olmaktan öte bir derinlik taşımaktadır. Ön sorunun, esas sorunun çözüme kavuşmasını doğrudan etkileyen bir sorun olduğu konusunda görüş birliği bulunmasına karşın, nelerin ön sorun olarak kabul edilebileceği, hangi hukukî müesseselerin ön sorundan ayrı tutulması gerektiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır.

Öncelikle, esas sorunun kısımları ile ön sorunun birbirinden ayrılması gereklidir³⁴. Esas sorunun kısımları, ona bağlı olan unsurlarıdır³⁵. Örneğin, eşlerin birbirlerinden, evlenmenin genel hükümleri veya aralarındaki mal rejimine bağlı talepleri konusunda, evliliğin geçerliliği, esas sorunun bir parçasıdır³⁶. Bir başka örnekle açıklayacak olursak, haksız fiilden kaynaklanan bir hakkın ihlali nedeniyle, tazminat talebinin söz konusu olduğu bir durumda, ihlâl edilen hakkın, zarara uğradığını iddia eden kimseye ait bir hak olup olmadığı asıl sorunun bir parçasıdır³⁷. Esas sorunun parçalarına, esas soruna uygulanacak kanunlar ihtilâfı kurallarının bu parçalara ilişkin hükümleri uygulanacaktır³⁸. Örneğin vasiyetname yapma ehliyetine, mirasa uygulanacak

³⁰ GOTLIEB, s.741.

³¹ ÇELİKEL/ERDEM, s.129; NOMER, s.138; YASAN, C., **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsten Kişilerin Birliktelikleri**, İstanbul 2013, s.123.

³² TEKİNALP/UYANIK, s.33; SEVİĞ, V.R., “**Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Atf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı**”, MHB, C.2, S.1-2, 1982, s.16, (Ön Sorun); DOĞAN, s.184-188; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.89.

³³ CURRIE bu ayrımı bir örnekle açıklamaktadır. *Workmen Compensation Act* hükümlerini uygulayan ve yorumlayan mahkeme, ölen işçinin eşi olduğunu iddia eden ve tazminat talep eden kadın lehine, kendi kanunlar ihtilâfı kurallarını görmezden gelerek, ölen işçi ile kadının uzun yıllardır birlikte yaşadıklarını göz önüne almış ve aralarındaki ilişki bakımından kadını eş kabul etmiştir. Böyle bir durumda, esas sorun, ölen işçinin eşinin yardım ödeneği talebinde bulunmasıdır. Diğer bir deyişle, *forum* bu hukuk kuralını yorumlamıştır ve kanunun amacının özel bağları olan kişilere destek sağlanması olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla esas sorunun ön sorundan bağımlı olup olmadığı olaydan olaya değişebilmektedir. CURRIE, B., **Selected Essays on the Conflict of Laws**, Durham 1963, s.178.

³⁴ JUENGER, F.K., **General Course on Private International Law**, Rec. Des. Cours. Vol.193, 1985, s.195; SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 95; SCHMIDT, The Incidental Question, s.325.

³⁵ SCHMIDT, The Incidental Question, s.332.

³⁶ SCHMIDT, The Incidental Question, s.325.

³⁷ JUENGER, s.196.

³⁸ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 95; GOTLIEB, s.745; NOMER, Ön Mesele, s. 345. Örneğin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 12.05.2009 tarih ve 2008/3618 E. ve 2009/9413 K.

hukuku tayin eden kanunlar ihtilâfı kurallarının bu parçaya ilişkin hükmü uygulanacaktır³⁹. Oysa ön sorun, esas sorundan önce çözüme kavuşturulması gereken, bağımsız, bir başka deyişle, esas sorunun parçalarına oranla daha az sıkı irtibatı olan bir sorundur⁴⁰.

Bununla birlikte, bütün hukukî kavramların her zaman esas sorunun parçaları olduğu söylenemez, bazı hukukî sorunlar, esas sorunun “ön koşulları” olarak da ortaya çıkabilirler⁴¹. Sözleşmeden doğan borç ilişkisine dair bir uyuşmazlıkta, sözleşmenin ehliyet yönünden geçerli olup olmadığı ya da şeklen ayakta olup olmadığı, sözleşmeye uygulanacak yabancı hukuka değil, hâkimin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarında göre ehliyet ve şekle uygulanacak hukuka göre karara bağlanır⁴². O hâlde bir sorunun, esas sorunun önkoşulu mu, esas sorunun parçası mı yoksa ön sorun mu olduğuna sadece yabancı maddî hukuk kuralının yorumuyla karar verilemeyecek, aynı zamanda *forum’un* kanunlar ihtilâfı kuralının da yorumlanması gerekecektir⁴³.

Bu noktada, ön sorunun, ikinci derecede vasıflandırma sorunu olup olmadığı tartışmalıdır⁴⁴. Ön sorunun, uygulanacak hukukun tayininden sonra ortaya çıkan bir çeşit ikinci derecede vasıflandırma olduğu ileri sürülmüştür⁴⁵. Ancak ikinci derecede vasıflandırmada, uygulanacak hukuk bilinmekle birlikte bu hukukun uygulanmasından sonra ortaya çıkan, örneğin yerleşim yeri kavramının hangi hukuka göre anlaşılacağına ilişkin bir tartışma söz konusudur⁴⁶. Oysa ön sorunda, esas sorundan bağımsız olarak, öncelikle çözülmesi gereken ve çözümünde hangi hukukun uygulanacağını tespitini gerektiren bir sorun bulunmaktadır⁴⁷. Diğer bir deyişle, vasıflandırma sorunu,

sayılı kararında, Suriye vatandaşı olan evli kadının soyadının düzeltilmesine ilişkin talebin, evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı hukuku kuralına tâbi olacağına karar vermiştir. Karar özeti için bk. EKŞİ, N., **Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı**, B.3, İstanbul 2016, s.24-25.

³⁹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.332.

⁴⁰ NOMER, Ön Mesele, s.346.

⁴¹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.332.

⁴² SCHMIDT, The Incidental Question, s.332. Örneğin Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair La Haye İlkelerinde, sözleşmenin geçerliliği konusunda ehliyetin ön sorun olarak ortaya çıkması durumunda, ehliyet uygulanacak hukukun tayininin, bu ilkelerin kapsamı dışında bırakıldığı belirtilmiştir. HCCH Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, Irrelevant Factors, Par. 1.25. <https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf> (21.6.2017).

⁴³ SCHMIDT, The Incidental Question, s.332.

⁴⁴ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 96; SCHMIDT, The Incidental Question, s.333.

⁴⁵ ROBERTSON, s.138 ve s.153.

⁴⁶ NOMER, Ön Mesele, s.346; GÖĞER, E., “Devletler Hususî Hukuku Yönünden İkametgâh”, AÜHFD, Yıl: 1969, C.26, S.3-4, s.249-250.

⁴⁷ CORMACK, J., “Renvoi, Characterization, Locazilation and Preliminary Question in the Conflict of Laws”, Southern California Law Review, Vol:XIV, 1941, No.3, s.249; GÖĞER,

ön sorunun tespitinden daha önce ortaya çıkmaktadır⁴⁸. İkinci derecede vasıflandırma, çoğunlukla, *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarına göre yapılmaktadır⁴⁹.

Ön sorunun, atf müessesesi ile ilgili olduğu ve atfın kabulüyle çözüme kavuşturulup kavuşturulamayacağı, bir bağlama noktası yorumu sorunu olup olmadığı halen tartışılmaktadır. ROBERTSON, esas soruna atfın uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Ön soruna özel bir rejim uygulanması gerektiğini savunmaktadır⁵⁰ ancak bu rejimini açıklamakta yetersiz kalmaktadır.

Ön sorunun, atf sorununa benzetilmesinin nedeni, olaya uygulanacak yabancı hukuk kurallarının, kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı noktasındadır⁵¹. Ancak ön sorunda "sorun", esas soruna yabancı kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanıp uygulanmaması sorunu değildir⁵². Bu nedenle atf sorunundan farklıdır. İlgili yabancı hukukun maddî hukuk kurallarının uygulandığı durumlarda, yani atfın esas sorunda reddedildiği durumlarda da, ön soruna ilgili olarak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanıp uygulanmayacağı tartışması ortaya çıkabilir⁵³. Diğer bir deyişle, esas sorun için atf reddedilmiş iken ön soruna uygulanacak hukukun tayini bakımından atfın kabul edilip edilmeyeceği tartışması devam ediyor olabilir. Ayrıca ön sorunun ortaya çıktığı durumlarda, hangi hukuk düzeninin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarını uygulanacağı da tek tartışma konusu değildir⁵⁴.

Kimi yazarlara göre, bir kişinin vatandaşlığının tespitinde, hâkimin ön sorunun çözümüne ilişkin kuralları değil, vatandaşlığı söz konusu olan devletin hukuku uygulanmalıdır⁵⁵. Vatandaşlığın tespiti ve vatandaşlığa bağlı soybağı sorunları, ön soruna istisna oluşturmaktadır⁵⁶.

İkametgâh, s.250; GÖĞER, s.78.

⁴⁸ SCHMIDT, The Incidental Question, s.333.

⁴⁹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.334.

⁵⁰ ROBERTSON, s.135.

⁵¹ HARTLEY, s.682-684; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110; SCHMIDT, The Incidental Question, s.334; GÖĞER, s.78.

⁵² SCHMIDT, The Incidental Question, s.334-335; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

⁵³ HARTLEY, s.682-684; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

⁵⁴ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

⁵⁵ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 99; SCHMIDT, The Incidental Question, s.351; GÖĞER, s.81; TEKİNALP/UYANIK, s.41; DOĞAN, s.188. Bununla birlikte, bağlama noktasının yerleşim yeri olarak belirlendiği olaylarda, vatandaşlığın tespitine ilişkin olarak yapılan yorum söz konusu değildir. Yerleşim yeri bağlama noktasının yorumu, atfın kabul edilip edilmemesine bağlı olarak, *lex fori*'ye ya da *lex causae*'ye göre yapılacaktır. SCHMIDT, The Incidental Question, s.382.

⁵⁶ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 99-100; SCHMIDT, The Incidental Question, s.382; TEKİNALP/UYANIK, s.41. Bu görüş, mülkiyete ilişkin ön sorunlarda, malın bulunduğu yer

Doktrinde, yargının, yenilik doğurucu kararlarının veya tasarruflarının, bir başka deyişle statü kararlarının, yenilik doğurucu etkilerinin, diğer bir ülkede, kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasına gerek kalmaksızın, doğrudan doğruya usul hukuku kurallarına göre tanınıp tanınmamasına bağlı olduğu, ön sorun niteliği taşımadığı vurgulanmıştır⁵⁷. Diğer görüşe göre, boşanma, evlât edinme gibi yabancı mahkeme kararlarının ya da idarî kararların tanınması şeklinde ortaya çıkan sorun da bir “ön sorun”dur ancak hangi kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanacağına bağlı değildir⁵⁸. Bu durumda, yabancı mahkeme kararının ya da idarî kararın tanınmasına uygulanacak kurallar *lex fori* ile *lex causae* arasında farklılık içermektedir⁵⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki kamu düzeni müdahalesinin, uluslararası özel hukukun her alanında olduğu gibi ön sorun için de uygulandığı durumlarla karşılaşılacak mümkündür⁶⁰.

II. ÖN SORUNUNA UYGULANACAK HUKUKA DAİR ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Ön sorun, yabancılık unsuru taşımayan, tamamen iç hukuk karakterli olaylarda da ortaya çıkabilir⁶¹. Yabancılık unsuru taşımayan olaylarda, ön sorun, hâkimin, maddî hukuk kurallarına çözülmektedir. Dolayısıyla ön sorunun çözümü özel bir güçlük arz etmemektedir⁶². Oysa yabancılık unsuru içeren bir olayda, ön soruna uygulanacak hukukun tayini, doktrinde ve uygulamada tartışmaları beraberinde getirmektedir⁶³.

Ön soruna uygulanacak hukuka dair çözüm önerileri ve bu kapsamda ön soruna uygulanacak hukukun hangi yöntemle çözüleceği, iç karar uyumunun sağlanması ile dış karar uyumunun sağlanması arasında yapılacak tercih ile yakından ilgilidir⁶⁴. Her olayda, *lex fori* etkisi altında ve genellikle iç karar uyumunu sağlamak için her zaman *lex fori* yanlısı bir yaklaşımı benimsemek mümkün değildir. Dış karar uyumunu sağlamak için kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarını da içerecek ya da içermeyecek şekilde her zaman *lex causae* odaklı bir yaklaşımı benimsemek de yeterli değildir⁶⁵.

hukukunun veya vatandaşlığın tespitinde, millî hukukun dikkate alınmasını, mahkemenin, hakkaniyete göre karar vermesini engelleyeceği gerekçesiyle eleştirmektedir. CORMACK, s.246.

⁵⁷ NOMER, s. 143; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s.92.

⁵⁸ SCHMIDT, The Incidental Question, s.320.

⁵⁹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.320.

⁶⁰ NOMER, Ön Mesele, s.354.

⁶¹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.316.

⁶² SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 93; SCHMIDT, The Incidental Question, s.316; DOĞAN, s.184.

⁶³ SCHMIDT, The Incidental Question, s.316.

⁶⁴ EHRENZWEIG, s. 92; JUENGER, s.195; SEVİÇ, s.137; ÇELİKEL,A./NOMER, E./GİRAY, F.K./ESEN, E., *Milletlerarası Özel Hukuk, Pratik Çalışma Kitabı*, B.13, İstanbul 2016, s.169, s.186.

⁶⁵ Yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanıp uygulanmaması, ön sorunun

Diğer bir görüşe göre, ön sorunun çözümünde benimsenecek metod, özellikle hukukî olay ve ilişkinin durumu ve ön sorun hakkında verilecek kararın ülkede doğuracağı etkiye göre değerlendirilmelidir⁶⁶. Mahkemenin vereceği karar, Türkiye’de değil de yabancı bir ülkede hüküm ve sonuçlarını doğuracak ise bağımsız bağlama tercih edilmelidir⁶⁷. Diğer bir görüşe göre ön sorunun *lex causae* bağlama ile çözülmesi olayla en sıkı irtibatlı hukukun ön soruna da uygulanmasını sağlayacaktır⁶⁸.

Ön sorunu ilk kez ortaya koyan MERCHIOR’a göre, “Alman uluslararası özel hukuk kurallarına göre esas sorunu idare eden hukuk, ön sorunun da hangi hukuka göre çözüleceğini tespit eder”⁶⁹. Bu bağlamda yazar, atf sorunu ile ön sorunu dikkatle birbirinden ayırmakla birlikte, atfın kabul edilmesiyle, ön sorunun yabancı *lex causae*’nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanmasıyla çözülmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁰.

MERCHIOR gibi ön soruna *lex causae* prensibiyle yaklaşan WENGLER ise atf teorisine onun kadar vurgu yapmamakla birlikte, bu metodun neden uygulanması gerektiğini ayrıntılarıyla gerekçelendirmiştir⁷¹. Buna göre, mademki esas sorun, yabancı *lex causae*’nin idaresine bırakılmıştır, ön sorunun çözümü de bu yabancı *lex causae*’ya tâbi olmalıdır. Milletlerarası unsurlu uyumsuzluklarda, yabancı hukukun uygulanmasında yatan temel amaç, en iyi ya da en doğru hukukî çözüme ulaşmak değil mümkün olduğunca milletlerarası karar uyumuna yaklaşmaktır⁷². Ön sorunun *lex fori*’nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre çözümünün iç karar uyumunu sağlayacağını kabul eden WENGLER, yine de dış karar uyumunun çok daha önemli olduğunu vurgulamakta, ancak ön soruna *lex causae*’nin kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları uygulandığında anlamsız ya da istenmeyen bir sonuca varılması hâlinde⁷³, alternatif olarak *lex fori* yanlısı yaklaşımın benimsenebileceğini de kabul etmektedir⁷⁴.

Ön sorunu çözmekle karşı karşıya kalan *for* hâkiminin, ön soruna uygulayacağı hukuka dair pek çok çözüm önerisi getirilebilir⁷⁵. Ön soruna,

çözümünde atf doktrini ile yakından ilgilidir ancak atfın kabulü de, *forum* politikasıyla bağlantılıdır. EHRENSWEIG, s.93.

⁶⁶ GOESSL, s.72; DOĞAN, s.188.

⁶⁷ DOĞAN, s.188.

⁶⁸ NEELS, s.674.

⁶⁹ İngilizce çevirisi için bkz. SCHMIDT, The Incidental Question, s.342.

⁷⁰ SCHMIDT, The Incidental Question, s.342.

⁷¹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.344.

⁷² SCHMIDT, The Incidental Question, s.345.

⁷³ SCHMIDT, The Incidental Question, s.381.

⁷⁴ SCHMIDT, The Incidental Question, s.345-346.

⁷⁵ YASAN, s.124.

forum'un kanunlar ihtilâfı kuralları ya da *forum*'un maddî hukuk kuralları uygulanabilir⁷⁶. Diğer yandan *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfı kuralları ya da *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarının uygulanması önerilebilir⁷⁷. Eğer atıf kabul ediliyorsa, gönderilen ülkenin kanunlar ihtilâfı kuralları ya da gönderilen ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanması söz konusu olabilir⁷⁸. Görüldüğü üzere, ön soruna uygulanacak hukuk konusunda, sadece *forum*'un kanunlar ihtilâfı kuralları veya *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfı kuralları⁷⁹ değil pek çok farklı çözüm önerisi getirilebilir.

Örnek olaylar ve mahkeme kararları incelendiğinde, görülmektedir ki ön sorunun çözümüne ilişkin olarak, tek bir metod önermek mümkün değildir⁸⁰. Genel ve soyut bir bağlama kuralı önerilememesi nedeniyle her bir olayın özelliğine göre dikkate alınması gereken menfaatlerin dengelenmesi ve hakkaniyetin göz önünde bulundurulması zorunluluğu bulunmaktadır⁸¹. Bir metodoloji olarak değil ancak araştırma sonucu olarak sunulan bu uygulanması muhtemel hukuk düzenlerine değindikten sonra uygulama ve doktrinde en sık dile getirilen⁸² çözüm önerileri bu başlık altında incelenecektir.

1. Ön Sorunun Hâkimin Kanunlar İhtilâfı Hukuku Kurallarına Göre Çözümü

Bu çözüm önerisinde, ön sorunun, esas sorunun görüldüğü mahkemenin (*forum*'un) kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına (yadatanıma/tenfiz kurallarına⁸³) göre yetkili olan hukuka göre karara bağlanması öngörülmektedir⁸⁴. Hâkimin ön soruna uygulanacak hukuku belirlerken, esas sorundan bağımsız olarak, kendi kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarını uygulaması nedeniyle bu yönteme, "*lex fori* bağlama", "öz bağlama"⁸⁵, "bağımsız bağlama" denildiği de görülmektedir⁸⁶.

⁷⁶ NEELS, s.672.

⁷⁷ NEELS, s.672.

⁷⁸ GOTLIEB, s.769.

⁷⁹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.316.

⁸⁰ Eş cinsel evlilik ile bağlantılı, soybağının tayini, miras gibi konularda, eş cinsel evliliklerin geçerli olup olmadığının ön sorun olarak ortaya çıkması bakımından aynı yönde, SİRMEN, K.S., "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi", AÜHF, C.58, S.4, Yıl:2009, s.855.

⁸¹ REESE, W.L.M., "Choice of Law: Rules of Approach", Cornell Law Review, Vol:57, No.3, 1972, s.333.

⁸² Pek çok yazar ön sorunun çözümüne ilişkin metod tartışılırken, *lex fori*'nin maddî hukuk kurallarının uygulanması ve *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarının uygulanması önerilerini göz ardı etmektedir. NEELS, s.673.

⁸³ SCHMIDT, The Incidental Question, s.321.

⁸⁴ GOTLIEB, s.764; MORRIS, s. 37; GOESSL, s.64; ÇELİKEL/ERDEM, s.131; AKINCI/DEMİR GÖKYAYLA, s.5.

⁸⁵ NOMER, s.140.

⁸⁶ KEGEL, G., "The Crisis of Conflict of Laws", Rec. Des. Cours. Vol:112, 1964/2, s.217; SCHMIDT, The Incidental Question, s.321; TEKİNALP/UYANIK, s.41; NOMER, Ergin/ÇELİKEL,

Doktrinde bu çözüm önerisi, “dar gönderme yaklaşımı (*narrow reference approach*)” olarak da ifade edilmiştir⁸⁷.

Ön soruna, *lex fori*’nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanmasını savunan görüşün temel gerekçesi şudur: Ön sorun için kanunlar ihtilâfı kuralı bulunması hâlinde, ön sorunun, bu kuralın gösterdiği yabancı maddî hukuk kuralına göre çözülmesinin hâkimin görevidir. Ön sorunun çözümü, yabancı bir mahkeme kararının tanınması ya da tenfizne bağlı ise yine hâkimin, tanıma/tenfiz kurallarının uygulanması bir zorunluluktur⁸⁸.

Ön sorunun, *forum*’un kanunlar ihtilâfı hukuku sistemine tâbi tutularak karara bağlanması, aynı ön sorundan doğan çeşitli sorunlara ilişkin davalarda, karar birliği sağlayacaktır⁸⁹. Diğer bir deyişle, iç karar uyumu sağlanmış olacaktır⁹⁰ ancak milletlerarası özel hukukta iç karar uyumu kadar milletlerarası karar uyumu da temel amaçlardan biridir⁹¹. *Lex fori* bağlamanın zaman zaman tercih edilmesinin bir diğer nedeni de *forum*’un kamu düzenine yapılan vurgudur⁹².

Lex fori yanlısı yaklaşımın benimsenmesinde bir diğer gerekçe, hâkimin, ön sorun hakkında verdiği kararın, açıklayıcı bir niteliğinin bulunduğu gerçeği karşısında, ön sorunun başka bir davada esas sorun olarak ortaya çıkması hâlinde, esas soruna da aynı hukuk kurallarının uygulanması sonucunun elde edilmesidir⁹³.

Avrupa Birliği hukuku bakımından ön sorunun ele alındığı bir diğer görüşe göre, maddî hukukun ya da milletlerarası özel hukukun yeknesaklaştırıldığı bir alanda, bir Üye Devlet hâkiminin ön sorunla karşılaşması durumunda, *lex fori* bağlamanın tercih edilmesi gerekmektedir⁹⁴. Örneğin haksız fiilden doğan bir uyuşmazlıkta, geçerli bir sözleşmenin bulunup bulunmadığı ön sorun olarak ortaya çıkarsa, ön soruna, 593/2008 sayılı Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma I Tüzüğü’nde⁹⁵ yer alan kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır⁹⁶.

Aysel, **Devletler Hususî Hukuku, Örnek Olaylar Mahkeme Kararları**, B.7, İstanbul 2001, s.141; DOĞAN, s.186.

⁸⁷ HARTLEY, s.682.

⁸⁸ SCHMIDT, The Incidental Question, s.368.

⁸⁹ ÇELİKEL/ERDEM, s.132; DOĞAN, s.187; NEELS, s.674; GOESSL, s.65.

⁹⁰ GÖĞER, s.79.

⁹¹ ÇELİKEL/ERDEM, s.132; NOMER, s.141.

⁹² NEELS, s.674.

⁹³ GÖĞER, s.80; GOESSL, s.69.

⁹⁴ GOESSL, s.67.

⁹⁵ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), O. J. L 177/6, 4. 7. 2008.

⁹⁶ GOESSL, s.67.

Teknik olarak, AB hukuku kuralı *lex fori*'nin bir parçası olduğu için *lex fori* uygulanmış olacaktır. Bununla birlikte, her ne kadar ön soruna *lex fori* bağlama uygulanmış olsa da AB hukuku bakımından, yeknesaklaştırılmış bir alan bulunduğu için hem iç karar uyumu hem de dış karar uyumu Birlik düzeyinde sağlanmış olacaktır⁹⁷. Bu görüşe göre, AB hukuku bakımından, yeknesaklaştırılmış alanlarda, ön soruna, *lex fori* bağlamanın uygulanması, açıklık ve öngörülebilirliği sağlayacağı için tercih edilmelidir⁹⁸.

Ön soruna, hâkimin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulandığı mahkeme kararları bulunmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin, 1954 tarihli *Caliaro* kararında⁹⁹, İtalyan vatandaşı olan *Caliaro*, İsviçre vatandaşı bir kadınla evlenmiştir ve sonra İsviçre'de ondan boşanmıştır. *Caliaro* daha sonra Londra'da, İsviçre vatandaşı başka bir kadınla evlenmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi önündeki asıl sorun, ikinci evliliğin geçerliliğidir. Asıl soruna, taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukuku uygulanmaktadır. Ön sorun, İtalyan vatandaşının, birinci evliliğinin geçerli bir şekilde sona erip ermediğidir. İsviçre Federal Mahkemesi, ön soruna *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kuralını uygulamıştır. Bu da İtalyan vatandaşının millî hukukudur. Bu yıllarda, İtalyan hukukuna göre, *Caliaro*'nun ilk eşi ölmeden ikinci bir evlilik yapması mümkün değildir. İsviçre Federal Mahkemesi, bunu kamu düzenine açıkça aykırı bulmuştur ve İsviçre'de gerçekleşen boşanmayı geçerli kabul etmiştir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin 13.4.2004 tarih ve 2003/11058 E. ve 2004/3676 K. sayılı kararında¹⁰⁰, uyuşmazlık, üçüncü kişilerin İcra ve İflas Kanunu m.96 ve devamı maddelerine dayalı olarak açtıkları istihkak davasına ilişkindir. Davacılar biri olan banka, borçlu ile yaptıkları mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi gereğince, borç ödeninceye kadar dava konusu tekneyi kullanmak üzere borçluya teslim ettiklerini, borç ödenmediğinden, mülkiyetin henüz borçluya geçmediğini, bankaya ait olduğunu iddia etmişlerdir. Davacı üçüncü kişi şirket ise, tekneyi borçludan 3.12.1992 tarihli ve noter onaylı satış sözleşmesi ile satın aldıklarını, borçluya kiraya verdiklerini, bu nedenle mülkiyetin kendilerine ait olduğunu belirtmiş ve haczin kaldırılmasını istemişlerdir. Dava konusu olayların taraflarının hepsi Avusturya uyrukludur. Kararda, hacizli teknenin ilk mülkiyet ilişkisinin tesis edildiği taraf olan davacı banka yönünden sorunun çözümünün ve mülkiyetin tespitinin, hem bu davacı hem de diğer davacı şirketin satış ilişkisinin değerlendirilmesinin ön sorununu oluşturduğu tespit edilmiştir. Bu tespitin ardından, mülkiyetin

⁹⁷ GOESSL, s.68.

⁹⁸ GOESSL, s.74-76.

⁹⁹ BG 11.11.1954, BGE 80 I 427= *Revue crit.*, 1957. Karar özeti için bkz. SCHMIDT, The Incidental Question, s.401.

¹⁰⁰ Karar özeti için bkz. www.kazancı.com (21.6.2017).

tespiti bakımından karar tarihinde yürürlükte olan 2675 sayılı Kanun'un 23. maddesi uygulanmıştır. Bu kararda Yargıtay'ın, ön soruna *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarını uyguladığı görülmektedir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 8.2.2010 tarih ve 2009/19552 E. ve 2010/2037 K. sayılı kararında¹⁰¹, 2007 tarihinden beri, BMMYK tarafından verilen mülteci belgesine istinaden, Türkiye'de, "sığınmacı" olarak bulundukları anlaşılan ve her ikisi de Afganistan vatandaşı karı kocanın boşanma davasında, tarafların geçerli bir evliliklerinin bulunup bulunmadığı, ön sorun olarak ortaya çıkmıştır. Olaydan, tarafların Afganistan'da evlendikleri anlaşılmaktadır. Yargıtay kararında, geçerli evliliğin bulunup bulunmadığının bu olayda "ön sorun" olarak tespiti yapılmamıştır. Bununla birlikte, tarafların yabancılar kütüğünde kayıtlı olup olmadıklarının, kayıtlı iseler aralarında eş bağı kurulup kurulmadığının Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü'nden sorularak tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Böyle bir kayıt yok ise tarafların evli olup olmadığının, Afganistan'ın Türkiye Büyükelçiliği'nden Dışişleri Bakanlığı aracılığıyla sorulması ve evli olduklarına dair bu ülke makamlarından alınacak resmî belgenin dosyaya alınmasına hükmedilmiştir. Bu kararda Yargıtay, ön soruna ilişkin bir tespitte bulunmamıştır ve ön soruna uygulanacak hukukun tayinini metodolojik olarak araştırmamış görünmektedir ancak ön soruna evliliğin şekli geçerliliği bakımından, evlenmenin yapıldığı yer olan Afganistan maddî hukukunu; evlenmenin, ehliyet ve şartlar yönünden geçerliliği bakımından ise tarafların millî hukuku olan Afganistan hukukunu uyguladığı anlaşılmaktadır. Bu kararda, mahkeme, ön soruna ilişkin açıkça bir değerlendirme yapılmamıştır, ancak *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

2. Ön Sorunun Esas Sorunda Yetkili Olan Hukukun Kanunlar İhtilâfı Hukuku Kurallarına Göre Çözümü

Doktrinde çoğunlukla önerilen ikinci çözüm yoluna göre, ön sorun, esas sorun bakımından yetkili olan hukukun (*lex causae*'nin) kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına (ya da tanıma/tenfiz kurallarına¹⁰²) göre çözülmelidir¹⁰³. Esas soruna bağlı kalarak, esas sorunun tâbi olduğu kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının gösterdiği hukuka göre ön sorun çözüldüğü için, bu yöntem, "*lex causae* bağlama", "yabancı bağlama"¹⁰⁴, "bağımlı bağlama" denilmektedir¹⁰⁵.

¹⁰¹ Karar özeti için bkz. EKŞİ, s.10-12.

¹⁰² SCHMIDT, The Incidental Question, s.321.

¹⁰³ WOLFF, M., *Private International Law*, Oxford 1950, s.207; ÇELİKEL/ERDEM, s.132-133; SEVİĞ, Ön Sorun, s.16; GOTLIEB, s.769; MORRIS, s.37; SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 100; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.111.

¹⁰⁴ NÖMER, s.140.

¹⁰⁵ KEGEL, s.217; SCHMIDT, The Incidental Question, s.321; GOESSL, s.65; TEKİNALP/UYANIK,

Doktrinde bu çözüm önerisi, “geniş gönderme yaklaşımı (*wide reference approach*)” olarak da ifade edilmiştir¹⁰⁶.

Bu çözüm önerisinde, milletlerarası karar ahenginin sağlanması amaçlanmaktadır¹⁰⁷. Dolayısıyla ön sorunun hangi hukuka göre çözüleceği, iç karar uyumu ile milletlerarası karar uyumu arasında yapılacak tercih ile yakından ilgilidir¹⁰⁸. WENGLER’in yaklaşımı, ön sorunun, *lex causae*’nın kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre çözümüdür. Bu yaklaşımı, dış karar uyumu bakımından değerlendiren görüşe göre, WENGLER de bazı olaylarda ön soruna *lex causae*’nın kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanması durumunda, istenmeyen ya da beklenmeyen sonuçların ortaya çıkması ihtimâlini kabul etmektedir. Bu durumda, alternatif olarak *lex fori*’nin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasıyla ön sorunun çözümüne gidilebileceğini kabul etmektedir¹⁰⁹. Bununla birlikte, bu istisnâî durumların yeterince açık bir şekilde ortaya konulamaması bakımından WENGLER eleştirilmektedir¹¹⁰.

Ayrıca ön soruna, *lex causae*’nın kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanmasıyla dış karar uyumunun sağlanacağını önceden kesin olarak öngörmek de mümkün değildir¹¹¹. Dış karar uyumu, kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanacağı yetkili yabancı hukuk düzeninin mahkemeleri önünde ön sorun ortaya çıksa idi, bunun hangi metoda göre çözüleceğine göre olaydan olaya sağlanabilir ya da sağlanamayabilir¹¹².

Bir olayda birden fazla ön sorun ortaya çıkabilir¹¹³. Örneğin, mirasın intikaline ilişkin bir yargılamada, kişisel malların idare edildiği *forum A*, miras bırakanın ölmeden önceki son yerleşim yerinin bulunduğu yer hukuku olan B devletinin hukukunu uygulayacaktır. Hak talep eden kimsenin soybağının düzgün olup olmadığı birinci ön sorun olabilir ve bu birinci ön sorunun çözümü, hüküm ve sonuçlarını C devleti ülkesinde doğuran evliliğin geçerli olup olmadığı ile ilgili olabilir. Bu sorun ise evliliğe ilişkin boşanmanın gerçekleştiği D devleti hukukuna bağlı olabilir¹¹⁴. Bir olayda birden fazla ön sorun ortaya çıktığında, diğer ön sorunların çözümü, birincil ön sorunun çözümüne ilişkin tartışmalara

s.40; ÇELİKEL/ERDEM, s.133; NOMER, s.140; NOMER/ÇELİKEL, s. 141; DOĞAN, s.187.

¹⁰⁶ HARTLEY, s.682.

¹⁰⁷ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 105; SCHMIDT, The Incidental Question, s.368; NEELS, s.674; GOESSL, s.65; GÖĞER, s.79; ÇELİKEL/ERDEM, s.133; DOĞAN, s.187.

¹⁰⁸ ÇELİKEL/ERDEM, s.133.

¹⁰⁹ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 106.

¹¹⁰ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 106.

¹¹¹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.369.

¹¹² SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 106; SCHMIDT, The Incidental Question, s.369.

¹¹³ CORMACK, s.244; ANTON/BEAUMONT/McLEAVY, s.110; SCHMIDT, The Incidental Question, s.321.

¹¹⁴ CORMACK, s.244.

verilen yanıt ile aynıdır ve bu nedenle ayrıca tartışılmamaktadır¹¹⁵.

Bu örnek analiz edildiğinde, davacının mirasta payının bulunup bulunmadığının tespiti esas sorun, soybağının düzgün olup olmadığına ilişkin ön sorunun çözümüne bağlıdır. Evliliğin C devleti hukukuna göre geçerli olup olmadığı, soybağına ilişkin esas sorunda ön sorun teşkil etmektedir. D devleti hukukuna göre gerçekleşen boşanmaya etki tanımak, evliliğin geçerliliğine ilişkin esas sorunda ön sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu uyuşmazlıkta, en son ortaya çıkan sorun, kronolojik olarak en sondadır fakat çözülmesi gereken ilk sorundur. Ayrıca her bir ön sorun, kendi içinde vasıflandırma ve yerleştirme problemleri içermektedir. Bu durumda, her bir ön sorun için, dış karar uyumunun sağlanması açısından, esas soruna uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür¹¹⁶.

3. Ön Sorunun Esas Sorunda Yetkili Olan Hukukun Maddî Hukuk Kurallarına Göre Çözümü

Doktrinde bir diğer öneri, ön sorunun, kanunlar ihtilâfı kurallarının esas soruna uygulanmak üzere, gösterdiği yabancı hukukun, maddî hukuk kurallarına göre çözülmesidir¹¹⁷. *Lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları, hâkimin, yabancı bir hukuk düzeninin kurallarına göre karar vermesini sağladığında, bu, kanun koyucunun, açıkça, uyuşmazlığın, ilgili yabancı hukukun mahkemelerinde görülüyormuşçasına karar bağlamasını istediği anlamına gelmektedir. Bu durumda, ilgili yabancı hukuk düzeninde, yabancı hâkimin ön soruna uygulayacağı kurallar ile aynı hukuk kurallarının ön soruna uygulanması sağlanacaktır¹¹⁸.

Örneğin, *lex causae*'de sağ kalan eşin mirasçı olarak kabul edildiği bir durumda, kimlerin, neden "eş" ve "sağ kalan eş" olarak mirasçı kabul edileceği konusunda *lex causae*'nin kanun koyucusunun benimsediği politikanın yerine, ona müdahale ederek ve onun yerine geçerek *lex fori*'nin sağ kalan eşi belirlemesinin gerçekçi bir dayanağı bulunmamaktadır¹¹⁹. Ancak bu görüş de istisnâî durumlarda *lex fori* yanlısı yöntemle göre ön sorunun çözülebileceğini ifade etmektedir¹²⁰.

Ayrıca bu görüşe göre, yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında, ilgili yabancı mahkemenin, kendi kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları ışığında en uygun

¹¹⁵ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

¹¹⁶ CORMACK, s.244.

¹¹⁷ SCHMIDT, The Incidental Question, s.329; SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 108; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

¹¹⁸ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 108.

¹¹⁹ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 111; SCHMIDT, The Incidental Question, s.372.

¹²⁰ SCHMIDT, The Preliminary Question, s. 112.

hukuku uygulamış olup olmadığı araştırılmamaktadır; dolayısıyla ön sorunun çözümünde de *lex causae*'nin maddî hukuk kuralları uygulanmalıdır¹²¹. Diğer yandan bu görüşü açıklayan yazarlara göre, ön soruna, her zaman *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının gönderdiği hukuk düzeninin maddî hukuk kurallarının uygulanması, atıf teorisi bakımından güçlü bir argüman değildir¹²².

Ön sorunun, esas sorunda yetkili olan hukukun maddî hukuk kurallarına göre çözülmesine bir örnek, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 5.3.1962 tarih, 865/1962 E. ve 1431/1962 K. sayılı kararıdır¹²³. Bu olayda, müşterek millî hukukları olan İtalyan hukukuna göre, boşanma imkânı bulunmayan eşlerin, Türk mahkemesi kararına göre boşanmaları ve kocanın başka bir İtalyan ile Türkiye'de evlenmesi ardından ölmesi üzerine kimin sağ kalan eş sıfatıyla mirasçı olacağı esas sorun; birinci evliliğin sona erip ermediği ise ön sorun olarak ortaya çıkmıştır. Yargıtay, ön soruna, esas sorun hakkında yetkili olan, tarafların müşterek millî hukuku olarak İtalyan hukukunun uygulanmasının kural olduğuna ancak boşanmaya imkân tanımayan bir hukuk düzeninin Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceğine ve Türk mahkemeleri tarafından verilen boşanma kararı uyarınca birinci evliliğin son bulduğuna karar vermiştir. Birinci evliliğin sona erip ermediğine ilişkin ön sorun, kamu düzeni müdahalesinin olumlu etkisi sonucu Türk maddî hukukuna göre çözülmüştür.

4. Ön Sorunun Çözümünün Bir Yabancı Mahkeme Kararının Tanınması/ Tenfizine Bağlı Olması

Ön sorunun çözümü, bir yabancı mahkeme kararının tanınmasına bağlı ise, doktrinde bir görüşe göre, ön sorunun çözümü artık sadece iki metodla mümkün olabilir. Bunlardan biri, *lex fori*'nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kurallarıdır¹²⁴. Diğer olasılık ise, *lex causae*'nin yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin kurallarıdır¹²⁵.

Bu çözüm önerileri dikkate alınmakla birlikte, ön sorunun çözümünün yabancı bir mahkeme kararının tanınması/tenfizine bağlı olması durumunda, kanaatimizce doktrinde fazlaca tartışılmamış başka bir sorun bulunmaktadır. Yabancı mahkeme kararının tanınması/tenfizi söz konusu olduğunda, yabancı mahkeme kararında yer alan ön soruna ilişkin hükmün, tenfiz hâkiminin kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda, mahkemenin nasıl bir karar vereceği belirsizdir. Ön sorunda yer alan kamu düzenine aykırılık nedeniyle, esas

¹²¹ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.110.

¹²² ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.111.

¹²³ Karar özeti için bkz. BERKİ, O.F./ERGÜNEY, H., *Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları*, Ankara 1963, s.9-11.

¹²⁴ NEELS, s.680.

¹²⁵ NEELS, s.680.

sorun hakkındaki kararın da tenfiz talebinin mutlaka her olayda reddedilmesi gerektiğini kabul etmek mümkün değildir. Bu noktada, tenfiz/tanıma bakımından, yabancı mahkeme kararının kesin hüküm etkisi kavramının ön sorun bakımından yeniden tanımlanması gerekecektir. Burada, tanıma/tenfiz kararının ön soruna ilişkin kısmının sadece bu karar bakımından hüküm ifade etmesi, ancak yabancı mahkeme kararında yer alan ön soruna ilişkin ihtilâfın asıl sorun olarak dava konusu olması durumunda, tenfiz kararına istinaden, kesin hüküm itirazında bulunulmaması önerilebilir.

Ön sorunun, bir yabancı mahkeme kararının tanınması/tenfizine bağlı olması, Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nin 1.6.2015 tarih ve 2014/4653 E. ve 2015/12167 K. sayılı kararında¹²⁶ söz konusu olmuştur. Bu olayda, davacı, davalıya karşı tapu iptal/tescil davası açmıştır. Tapu iptal/tescili için öncelikle yabancı mahkeme kararının mal paylaşımına ilişkin bölümünün tenfizine karar verilmesi gerektiği ve bu amaçla, tenfiz kararı verilmesi talep edilmiştir. Evlilik mallarının tasfiyesi için, evliliğin sona erip ermemiş olduğunun tespiti ön sorunu oluşturmaktadır. Kararda evliliğin sona erip ermediğinin bu olayda ön sorun olarak tespiti yapılmıştır. Bunun için yabancı mahkeme ilâmının tanınmasının gerektiği belirtildikten sonra, davacıya, yabancı boşanma ilâmının Türk mahkemesince tanınması için dava açmak üzere süre verilmesi, sonucun bekletici mesele yapılması; tanıma ilâmı mahkemeye sunulduğunda, evlilik malının tasfiyesine dair yabancı mahkeme kararı bölümünün de tanınmasına karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bu olayda ön sorun, *lex fori*'nin yabancı mahkeme kararının tanınmasına ilişkin kuralları uygulanarak çözülmüştür.

5. İrade Muhtariyetinin Kabul Edildiği Alanlarda Ön Sorunun Çözümü

İrade muhtariyetinin kabul edildiği alanlarda, ön soruna uygulanacak hukukun tespiti, üzerinde tartışılması gerekli bir diğer husustur. Tarafların hukuk seçimi yapmış oldukları durumlarda, bilindiği gibi atıf kural olarak kabul edilmemekte, tarafların seçmiş oldukları hukukun, maddî hukuk hükümleri uygulanmaktadır. 5718 sayılı Kanun'un m.2/4 hükmünde, taraflara, uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

İrade muhtariyetinin kabul edildiği bir alanda, tarafların, ön sorunun çözümü için de hukuk seçimi yapmış olmaları mümkündür. Bu durumda, ön soruna uygulanacak hukuk, tarafların seçmiş oldukları hukuktur.

¹²⁶ Karar özeti için bkz. www.kazancı.com (21.6.2017).

Taraflar, esas sorun için hukuk seçimi yapmışlarsa ancak ön soruna ilişkin bir hukuk seçimi yapmamışlar ise, yine tarafların seçmiş oldukları yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına bakılması gerektiği görüşü bulunmaktadır¹²⁷.

Doktrinde, esas sorun için hukuk seçiminin yapılmış olması hâlinde, ön soruna uygulanacak hukuk, evlilik malları hakkında eşlerin hukuk seçimi yapmış olması (5718 sayılı Kanun m.15) bakımından tartışılmıştır¹²⁸. Eşler arasında hukuk seçiminin yapılmış olduğu ancak hukuk seçimine ilişkin hukukî işlemin, ehliyet ve esas bakımından geçersizliğinin ileri sürülmesi durumunda, hâkimin öncelikle bu sorunu çözmesi gerekeceği belirtilmiştir¹²⁹. Bu durumda evlilik malları konusundaki ihtilâf olan esas meseleden önce ön sorunun çözümü söz konusu olacaktır. Doktrinde bu durumda, ön soruna, *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı kurallarının veya *lex causae*'nin mal rejiminin esasına uygulanacak kurallarının, uygulanabileceği savunulmuştur¹³⁰. Bu çözüm yollarından hangisi daha adil ve hakkaniyetli ise hâkimin ona göre tercih yapabileceği, bu noktada hâkime takdir yetkisi tanındığı vurgulanmıştır¹³¹.

6. Ön Soruna Uygulanacak Hukuka Dair Çözüm Önerilerinin Değerlendirilmesi

Ön sorunun çözümüne ilişkin olarak, kesin bir bağlama kuralı ve dolayısıyla tek bir metod önermek mümkün değildir. Genel ve soyut bir bağlama kuralı önerilememesi nedeniyle her bir olayın özelliğine göre dikkate alınması gereken menfaatlerin dengelenmesi ve hakkaniyetin göz önünde bulundurulması zorunluluğu bulunmaktadır; ancak hiçbir öneri getirilmemesi de ön sorunun çözümü konusundaki belirsizliği gidermemektedir.

Milletlerarası özel hukuka ilişkin ulusal mahkeme kararlarında, ön sorunun çözümünde, sistematik bir şekilde tek bir yaklaşımın benimsendiğini söylemek güçtür. Kararlarda *lex fori* bağlamanın mı ya da *lex causae* bağlamanın mı benimsendiği tam olarak açıklanmadığı gibi ön sorun tespit edilmeksizin ön sorunun çözüldüğü kararlara da rastlanmaktadır.

Kanaatimizce, ön sorunun çözümü için önerilen metodlar incelendiğinde, *lex causae* yanlısı yaklaşımın daha fazla dayanağı bulunduğu görülmektedir. Bununla birlikte, örnek olaylarda görülmektedir ki her olayda sadece *lex*

¹²⁷ KEGEL, s.216; NOMER, Ön Mesele, s.355.

¹²⁸ ŞENSÖZ, Ebru, "27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:8, S.16, Güz 2009, s.186.

¹²⁹ ŞENSÖZ, s.186.

¹³⁰ ŞENSÖZ, s.186.

¹³¹ ŞENSÖZ, s.190.

causae'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanacağını benimsemek, milletlerarası karar uyumunu sağlamada yetersiz kalacaktır. Önerimiz, ön soruna, kural olarak *lex causae* odaklı yaklaşımdır. Ancak *lex causae*'da ön sorun, o hukuk düzeninin maddî hukuk kurallarına göre çözülmekte ise davayı görmekte olan hâkim de *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarını uygulayarak ön sorunu çözmelidir. Eğer ön sorunun çözümü için *lex causae*'da o yabancı hukuk düzeninin, kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanması benimsenmiş ise; uyuşmazlığın ön sorun olarak görüldüğü mahkemede de *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre ön sorunun çözümüne gidilmelidir. Böylece milletlerarası karar uyumuna bir nebze daha yaklaşmak mümkün olabilir.

Ön soruna prensip olarak yaklaşımımız bu olmakla birlikte, her zaman sadece *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları ya da *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları uygulanmalıdır gibi *a priori* bir yaklaşımın benimsenmesi mümkün değildir. *Lex causae* odaklı çözüm önerileri, en sıkı irtibatlı hukuku işaret edebildiği için savunulmaktadır. Bununla birlikte, *lex fori* ile maddî bağlantısı olan bir ön sorun, *lex fori* odaklı bir yaklaşımla da çözülebilir¹³². Ön sorunu *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına çözümlenmesinin önerilmesi bu noktada, hâkimin, kendi hukukuna bağlı olmasından değil; hâkimin, vicdanî kanaate aykırı olamamasından kaynaklanmaktadır¹³³. Katıldığımız görüşe göre, ancak adalet ve elverişlilik değerlendirmesi kapsamında, sonuç- seçiciliğin (*result-selectivity*) etkisiyle¹³⁴, her bir olayda farklı bir çözümün benimsenmesi söz konusu olabilir¹³⁵. O hâlde her bir ön sorunda, onun ağırlık merkezi, olayın özellikleri, tarafların menfaati ve esas sorunun niteliğine bakılmalı ve davayı görmekte olan mahkeme ile olan yakınlık daha fazla ise iç karar uyumu adına *lex fori* yaklaşım ya da davanın görüldüğü mahkeme ile olan yakınlık kuvvetli değilse *lex causeist* yaklaşım tercih edilmelidir¹³⁶.

Örneğin; miras payına ilişkin bir uyuşmazlıkta, sağ kalan eşin miras payının bulunup bulunmadığının tespiti, murisin ölümünden önce geçerli bir evliliğin bulunup bulunmamasına dair karar verilmesine bağlı ise ve muris ile sağ kalan eş olduğunu iddia eden kişi yıllarca geçerli bir evliliklerinin bulunduğu kanısıyla birlikte yaşamışlarsa, bu birlikteliklerinden çocukları olmuşsa¹³⁷, hâkim, ön sorunu çözmeye çalışırken, evliliği geçerli kılacak ise *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları yerine *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarının ya da *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının gösterdiği hukukun uygulanmasını

¹³² ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.112.

¹³³ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.112.

¹³⁴ JUENGER, s.197.

¹³⁵ SCHMIDT, The Incidental Question, s.328; ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.112.

¹³⁶ SCHMIDT, The Incidental Question, s.351.

¹³⁷ NEELS, s.687.

tercih edebilir¹³⁸.

Tarafların makul ya da meşru beklentilerinin korunmasını sağlayacak ilkelerin dikkate alınması kadar hangi metodun seçileceğinde, uluslararası özel hukuk ilişkilerinde gerek duyulan tanınabilirlik de etkili olmalıdır¹³⁹. Diğer yandan, iç karar uyumunun bozulmasına karşın hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından farklı metodların benimsenmesi mümkündür¹⁴⁰. Ön sorunun çözümünde, *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması yerine *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanabilmesi için, somut olayda, milletlerarası özel hukuk adaleti anlamında¹⁴¹, korunmaya değer bir menfaatin bulunması gerekir.

Son olarak, irade muhtariyetinin kabul edildiği alanlarda ön sorunun çözümünde, tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminin olası bir ön soruna da uygulanması açıkça belirtilmiş ise; ön soruna, tarafların seçtikleri hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanacağı söylenebilir. Fakat bu noktada ön sorun bakımından hukuk seçiminin kabul edilip edilmediği sorunu ortaya çıkacaktır. Eğer ön sorun, esas sorun olsa idi tarafların hukuk seçimi yapabilecekleri bir alan ise bu yaklaşım benimsenebilir. Ön sorun, esas sorun olsa idi irade muhtariyetinin kabul edilmediği bir alan ise bu çözüm teorik olarak ileri sürülebilse de pratik olarak uygulanabilir olmayacaktır.

Tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminin ön sorunu da kapsayacağı şeklinde, açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, yapılan seçimden, tereddüde yer vermeyecek biçimde bu sonuç çıkarılabiliyor ise, o zaman yine ön sorun için tarafların seçmiş oldukları hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanabileceği düşünülebilir.

Ön sorun irade muhtariyeti dışında bırakılmış bir sorun ise ya da ön sorun irade muhtariyetinin kabul edildiği bir alan olmakla birlikte taraf iradelerinden yaptıkları seçimin ön sorunu da kapsayacağı sonucu tereddüde yer vermeyecek şekilde çıkarılamıyor ise ön sorunun çözümü için yukarıda yaptığımız metodolojik açıklamalar bağlamında çözüm önerilerine dönmek gerekecektir.

¹³⁸ NEELS, s.680.

¹³⁹ NEELS, s.687.

¹⁴⁰ SEVİÇ, s.140.

¹⁴¹ ROBERTSON, s.18-20.

III. ÖN SORUNUNA UYGULANACAK HUKUKU HÜKME BAĞLAYAN BAZI ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE ULUSLARÜSTÜ DÜZENLEMELER

Ön soruna uygulanacak hukuku tayin eden milletlerarası sözleşmelerde, milletlerarası karar uyumunun sağlanması amacıyla daha çok *lex causae* yanlısı yaklaşımın benimsendiği görülmektedir¹⁴². Milletlerarası sözleşmelerde ön soruna yaklaşım *lex causae* yanlısı olmakla birlikte, uluslararası düzenlemelerde, ön sorunun çözümüne ilişkin özel hüküm koymaktan kaçınıldığı görülmektedir.

1. Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu Sözleşmesi

Evlilik Bağına İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Milletlerarası Kişi Hâlleri Komisyonu Sözleşmesi'ne Türkiye 17 Nisan 1975 tarihinde taraf olmuştur¹⁴³. Sözleşme'nin 9. maddesinde, bu Sözleşme'nin uygulanması sonucunda, evliliğin ortadan kaldırılması, geçerliliği veya butlanına dair bir karar tanınmışsa, tarafların, bu devlette yeni bir evlenme sözleşmesi, başka bir devletin bu zeval veya feshe izin vermemesi veya bu kararı tanımaması nedeniyle reddedilemeyecektir¹⁴⁴. Bu hükme göre, yeni bir evlenme akdinde, boşanma kararı, başka bir hukukî ilişki için evlenme, ön sorun teşkil etmeyecek, boşanma kararının sözleşme hükümlerine göre tanınmış olması yeterli kabul edilecektir¹⁴⁵. Diğer bir deyişle, boşanma kararı, yeni bir evlenme akdinde, ön sorun ise ya da evlenme, başka bir hukukî ilişkide ön sorun ise, boşanma kararının, sözleşme hükümlerine göre tanınmış olması yeterli kabul edilecektir¹⁴⁶.

2. Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi

Türkiye'nin 26 Ocak 1982 tarihinde onayladığı Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi'nin¹⁴⁷ 4. maddesine göre, nafaka yükümlülüğüne nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanır. 4. maddeye göre, alacaklı borçludan nafaka alamazsa, nafaka yükümlülüğüne müşterek millî hukukları uygulanır (m.5). Alacaklı, 5 ve 4. maddelerde öngörülen hukuklar uyarınca nafaka alamazsa, *lex fori*'nin iç maddî hukuk kuralları uygulanır.

¹⁴² GOESSL, s.65.

¹⁴³ RG.14.9.1975-15356.

¹⁴⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s.135.

¹⁴⁵ ÇELİKEL/ERDEM, s.136.

¹⁴⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s.136.

¹⁴⁷ RG.6.2.1983-17961.

10. maddesine göre, soybağı sorunu, bir nafaka davasında ön sorun olarak ortaya çıktığında, ön sorun hakkında öngörülen çözümlere başvurulmaksızın, nafakayı idare eden hukuka göre ön sorun çözülecektir¹⁴⁸. Sözleşme'nin 10. maddesinde, ön sorunun çözümünde, *lex causae* bağlamanın benimsendiği açıkça görülmektedir¹⁴⁹.

3. Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi

Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuka Dair La Haye Sözleşmesi'nin¹⁵⁰, 1/4. maddesinde, çocuk deyiminden, soybağı düzgün olan, soybağı düzgün olmayan veya evlât edinilmiş, evli olmayan ve 21 yaşını doldurmamış bütün çocukların anlaşılacağı belirtilmiştir.

Bu Sözleşme'de, asıl sorun, Sözleşme'de yer alan kanunlar ihtilâfi hukuku kuralının gösterdiği hukuka göre çözülmektedir. Çocuğa karşı nafaka yükümlülüğüne uygulanacak hukuk tayin edilmeden önce, nafaka talep edilecek olan kişinin, çocuğa nafaka ödemekle yükümlü bir kişi olup olmadığı ön sorun olarak ortaya çıkabilir. Sözleşme'ye göre, çocuğun kimden ve ne nispetle nafaka talep edeceğini, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku tespit eder (m.1/1). Buna göre, örneğin, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yerin iç hukuk kurallarına göre, baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi bulunmakta ise, Sözleşme'ye taraf devletlerin mahkemeleri, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkenin maddî hukuk kurallarına göre nafakaya ilişkin asıl sorunu karara bağlayacaktır. Sözleşme'ye taraf devlet mahkemelerinden birinde, soybağı, asıl sorun olarak dava konusu olursa, mahkeme, kendi kanunlar ihtilâfi hukuku kuralının gösterdiği hukuka göre uyuşmazlığı karara bağlayacaktır¹⁵¹.

Sözleşme'nin 3. maddesinde, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun, çocuğa nafaka konusunda herhangi bir hak tanımaması hâlinde, müracaat edilen makamın millî mevzuatının gösterdiği hukukun uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

4. Boşanma Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü

Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü, 20 Aralık 2010 tarihinde

¹⁴⁸ SCHMIDT, The Incidental Question, s.390; ÇELİKEL/ERDEM, s.136.

¹⁴⁹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.390.

¹⁵⁰ RG.24.12.1971-14052.

¹⁵¹ SCHMIDT, The Incidental Question, s.389.

kabul edilmiştir¹⁵². Roma III Tüzüğü adıyla da anılan Tüzük, milletlerarası unsurlu boşanma ve ayrılığa uygulanacak kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları getirmektedir¹⁵³.

Tüzüğün 1. maddesinin ikinci fıkrasında ve genel gerekçesinde ön sorunun Tüzüğün kapsamı dışında olduğu belirtilmiştir¹⁵⁴. Tüzüğün 13. maddesinde, boşanma davalarında, evlenmenin geçerliliğinin ön sorun olarak ortaya çıkması durumunda, davayı gören üye devlet mahkemesinin, boşanma davasında, evliliği geçerli kabul etmemesi¹⁵⁵ ya da boşanmanın bu üye devlet mahkemesinde düzenlenmemiş olması durumunda, söz konusu mahkemenin, Tüzük hükümlerini uygulayarak, boşanmaya karar vermek zorunda olmadığı hükmü yer almaktadır¹⁵⁶.

Tüzüğün 13. maddesinde, boşanma davasında evlenmenin geçerliliğinin ön sorun olarak ortaya çıkması durumunda ön soruna uygulanacak hukuka dair kanunlar ihtilâfı kuralı getirilmemiştir. Burada, ön soruna *lex fori*'nin maddî hukuk kurallarının uygulanması ve bu hukuk kurallarına göre evlenmenin geçerli bulunmaması durumunda, boşanmaya karar verme zorunluluğunun bulunmadığı hükmü getirilmiştir. Buradan, ön soruna *lex fori*'nin maddî hukuk kurallarının da uygulanabileceği sonucuna varılabilir; ancak, Roma III Tüzüğünde ön soruna uygulanacak bir kanunlar ihtilâfı kuralı getirilmediği açıktır.

Son olarak, Tüzüğün dibacesinde, bağlama noktasının vatandaşlık olarak kabul edildiği hâllerde, vatandaşlığa ilişkin sorunların çözümünün, AB'nin genel ilkeleri gözetilerek, milletlerarası sözleşmeler de dahil olmak üzere, uluslararası hukuka tâbi olduğu belirtilmiştir (par.22).

¹⁵² Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, O.J. L 343/10 29.12.2010.

¹⁵³ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, G., "Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması", AÜHFD, 61(2), Yıl:2012, (Roma III Tüzüğü), s.505; TÖTÜNCÜBAŞI, U., "Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma III Tüzüğü (AB 1259/2010)", Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ed.ÖZKAN, I/SÜRAL,C./TÖTÜNCÜBAŞI,U, Ankara 2016, s.428.

¹⁵⁴ TÖTÜNCÜBAŞI, s.436.

¹⁵⁵ Üye Devletlerden Malta'nın da boşanmayı kabul etmesiyle birlikte boşanmanın düzenlenmemiş olduğu üye devlet günümüzde bulunmamaktadır; BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Roma III Tüzüğü, s.534.

¹⁵⁶ BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, Roma III Tüzüğü, s.519 (dn.46).

5. Mirasa İlişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Resmi Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair Tüzük

Mirasa ilişkin Meselelerde Yargı Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi ile Mirasa İlişkin Resmi Belgelerin Kabulü ve Avrupa Miras Belgesinin Oluşturulmasına Dair Tüzük, 4 Temmuz 2012 tarihinde kabul edilmiştir¹⁵⁷. Tüzük, mirasa dair ölüme bağlı tasarruflar, ölüm nedeniyle malvarlığının, hakların ve borçların devrinin bütün şekillerini kapsayarak mirasın özel hukuka ilişkin her türlü veçhesini kapsamaktadır.

Tüzüğün dibacesinde, bu Tüzüğün uygulama alanına giren hâllerde, ilgilinin vatandaşlığı ya da çok vatandaşlığının tayininin ön sorun olarak ortaya çıkması durumunda, ilgili kişinin vatandaşlığının tespitinin, Tüzüğün kapsamı dışında bırakıldığı, bu konunun AB'nin genel ilkeleri gözetilerek, milletlerarası sözleşmeler de dahil olmak üzere uluslararası hukuka tâbi olduğu belirtilmiştir (par.41)¹⁵⁸.

SONUÇ

Kanunlar ihtilâfı hukukunun uygulama alanına giren bir olayda, hâkimin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilen maddî hukuka göre çözüm bekleyen sorun, “asıl/esas mesele”dir. Bununla birlikte, bazı uyumsuzluklarda, kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulama alanı bulduğu bir olayda, esas sorun hakkında verilecek kararı doğrudan etkileyen, esas sorundan daha önce meydana gelmiş olan ve asıl sorunun çözümü için öncelikli olarak karara varılması gereken, esas sorun hakkında verilecek kararı etkileyecek olan sorunlara “ön sorun” denilmektedir.

2675 sayılı Kanun'da olduğu gibi, 5718 sayılı Kanun'da da ön soruna uygulanacak hukuku tayin eden bir kural bulunmamaktadır. Ön sorun, pek çok hukukî ilişki ya da hukukî statü bakımından ortaya çıkabilir. Daha çok evliliğin geçerliliği, boşanma, evlât edinme, çocuğun soybağının kurulması gibi aile hukuku alanında ön sorunla karşılaşıldığı görülmektedir.

Bir sorunun gerçek bir ön sorun olarak kabul edilebilmesi için *forum*'un kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre esas soruna uygulanacak yabancı bir hukuk bulunmalı; *forum*'un kanunlar ihtilâfı hukuku kuralları, ön sorun

¹⁵⁷ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, O.J. L 201/107, 27.7.2012.

¹⁵⁸ BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, “Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m.4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIX, Yıl:2015, S. 1, s.122.

için esas sorundan farklı bir ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanmasını öngörüyor olmalı ve *forum*'un kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları ile esas soruna uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları aynı ön sorun için farklı maddî sonuçlar yaratacak olmalıdır.

Zaman zaman ön sorun ile karıştırılan hukukî müesseseler de bulunmaktadır. Ön sorun, esas sorunun kısımları olmadığı gibi, esas sorunun “ön koşulları” da değildir. Ayrıca ön sorun ikinci derecede vasıflandırmadan ve atıf teorisinden de farklı özelliklere sahiptir.

Ön sorunu çözmekle karşı karşıya kalan *for* hâkimine, ön soruna uygulayacağı hukuka dair pek çok çözüm önerisi getirilebilir. Ön soruna, *forum*'un kanunlar ihtilâfî kuralları ya da *forum*'un maddî hukuk kuralları uygulanabilir. Diğer yandan *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî kuralları ya da *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarının uygulanması önerilebilir. Eğer atıf kabul ediliyorsa, gönderilen ülkenin kanunlar ihtilâfî kuralları ya da gönderilen ülkenin maddî hukuk kurallarının uygulanması söz konusu olabilir.

Kanaatimizce, ön sorunun çözümü için önerilen metodlar incelendiğinde, *lex causae* yanlısı yaklaşımın daha fazla dayanağı bulunmaktadır. Bununla birlikte, örnek olaylarda görülmektedir ki her olayda sadece *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının uygulanacağını benimsemek, milletlerarası karar uyumunu sağlamada yetersiz kalacaktır. Önerimiz, ön soruna, *lex causae* odaklı yaklaşımdır. Ancak *lex causae*'de, ön sorun, o hukuk düzeninin maddî hukuk kurallarına göre çözülmekte ise davayı görmekte olan hâkim de *lex causae*'nin maddî hukuk kurallarını uygulayarak ön sorunu çözmelidir. Eğer ön sorunun çözümü için *lex causae*'de o yabancı hukuk düzeninin, kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarının uygulanması benimsenmiş ise; uyuşmazlığın ön sorun olarak görüldüğü mahkemede de *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî kurallarına göre ön sorunun çözümüne gidilmelidir. Böylece milletlerarası karar uyumuna bir nebze daha yaklaşmak mümkün olabilir.

Ön soruna prensip olarak yaklaşımımız bu olmakla birlikte, her zaman sadece *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları ya da *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kuralları uygulanmalıdır gibi *a priori* bir yaklaşım söz konusu olmamalıdır. *Lex causae* odaklı çözüm önerileri, en sıkı irtibatlı hukuku işaret edebildiği için savunulmaktadır. Bununla birlikte, *lex fori* ile maddî bağlantısı olan bir ön sorun, *lex fori* odaklı bir yaklaşımla da çözülebilir¹⁵⁹. Ön sorunu *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfî hukuku kurallarına çözümlenmesinin önerilmesi bu noktada, hâkimin, kendi hukukuna bağlı olmasından değil; hâkimin, vicdanî kanaate aykırı olamamasından kaynaklanmaktadır¹⁶⁰. Katıldığımız görüşe göre,

¹⁵⁹ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.112.

¹⁶⁰ ANTON/BEAUMONT/McELEVAY, s.112.

ancak adalet ve elverişlilik değerlendirmesi kapsamında, sonuç- seçiciliğin (*result-selectivity*) etkisiyle¹⁶¹, her bir olayda farklı bir çözümün benimsenmesi söz konusu olabilir¹⁶². O hâlde her bir ön sorunda, onun ağırlık merkezi, olayın özellikleri, tarafların menfaati ve esas sorunun niteliğine bakılmalı, davayı görmekte olan mahkeme ile olan yakınlık daha fazla ise iç karar uyumu adına *lex forist* yaklaşım ya da davanın görüldüğü mahkeme ile olan yakınlık kuvvetli değilse *lex causeist* yaklaşım tercih edilmelidir¹⁶³.

Tarafların makul ya da meşru beklentilerinin korunmasını sağlayacak ilkelerin dikkate alınması kadar hangi metodun seçileceğinde, uluslararası özel hukuk ilişkilerinde gerek duyulan tanınabilirlik de etkili olmalıdır¹⁶⁴. Diğer yandan, iç karar uyumunun bozulmasına karşın hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından farklı metodların benimsenmesi mümkündür¹⁶⁵. Ön sorunun çözümünde, *lex causae*'nin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanması yerine *lex fori*'nin kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarının uygulanabilmesi için, somut olayda, milletlerarası özel hukuk adaleti anlamında¹⁶⁶, korunmaya değer bir menfaatin bulunması gerekir.

Son olarak, irade muhtariyetinin kabul edildiği alanlarda ön sorunun çözümünde, tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminde, bu seçilen hukukun, olası bir ön soruna da uygulanması açıkça belirtilmiş ise; ön soruna, tarafların seçtikleri hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanacağı söylenebilir. Eğer ön sorun, esas sorun olsa idi tarafların hukuk seçimi yapabilecekleri bir alan ise bu yaklaşım benimsenebilir. Ön sorun, esas sorun olsa idi irade muhtariyetinin kabul edilmediği bir alan ise bu çözüm teorik olarak ileri sürülebilse de pratik olarak uygulanabilir olmayacaktır. Tarafların yapmış oldukları hukuk seçiminin ön sorunu da kapsayacağı şeklinde, açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, yapılan seçimden, tereddüde yer vermeyecek biçimde bu sonuç çıkarılabiliyor ise, o zaman yine ön sorun için tarafların seçmiş oldukları hukukun maddî hukuk kurallarının uygulanabileceği düşünülebilir.

Ön sorun irade muhtariyeti dışında bırakılmış ise ya da ön sorun irade muhtariyetinin kabul edildiği bir alan olmakla birlikte taraf iradelerinden yapılan hukuk seçiminin, ön sorunu da kapsayacağı sonucu tereddüde yer vermeyecek şekilde çıkarılamıyor ise ön sorunun için yukarıda yaptığımız metodolojik açıklamalar bağlamında çözüm önerilerine dönmek gerekecektir.

¹⁶¹ JUENGER, s.197.

¹⁶² SCHMIDT, The Incidental Question, s.328; ANTON/BEAUMONT/McELEVY, s.112.

¹⁶³ SCHMIDT, The Incidental Question, s.351.

¹⁶⁴ NEELS, s.687.

¹⁶⁵ SEVİÇ, s.140.

¹⁶⁶ ROBERTSON, s.18-20.

KAYNAKÇA

- AKINCI, Z./DEMİR GÖKYAYLA, C., Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010.
- ANTON, A.E./BEAUMONT, P.R./Mc.ELEAVY, P.E., Private International Law, Edinburg 2011.
- BAYRAKTAROĞLU ÖZÇELİK, G., “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, AÜHFD, 61(2), Yıl:2012, s.505-539.
- BAYRAKTAROĞLU-ÖZÇELİK, “Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve MÖHUK m.4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIX, Yıl:2015, S. 1, s.111-150.
- BERKİ, O.F./ERGÜNEY, H., Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilâfları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları, Ankara 1963.
- BRIGGS, A., The Conflict of Laws, 2nd Ed., Oxford 2008.
- CHESHIRE, G.C., Private International Law, Oxford 1947.
- CORMACK, J., “Renvoi, Characterization, Locazilation and Preliminary Question in the Conflict of Laws”, Southern California Law Review, Vol:XIV, 1941, No.3, s.221-275.
- CURRIE, B., Selected Essays on the Conflict of Laws, Durham 1963.
- ÇELİKEL, A./ERDEM, B.B, Milletlerarası Özel Hukuk, B.14, İstanbul 2016.
- ÇELİKEL, A./NOMER, E./GİRAY, F.K./ESEN, E., Milletlerarası Özel Hukuk, Pratik Çalışma Kitabı, B.13, İstanbul 2016.
- DOĞAN, V., Milletlerarası Özel Hukuk, B.4, Ankara 2017.
- EHRENZWEIG, A.A., Private International Law, Leyden 1967.
- EKŞİ, N., Milletlerarası Özel Hukuk I Pratik Çalışma Kitabı, B.3, İstanbul 2016.
- FAWCETT, J./CARRUTHERS, J.M., Cheshire, North & Fawcett Private International Law, Oxford 2008.
- GOESSL, S.L., “Preliminary Questions in EU Private International Law”, Journal of Private International Law, Vol:8/1, s.63-76.
- GOTLIEB, A.E., “The Incidental Question Revisted Theory and Practice in the Conflict of Laws”, ICLQ, Vol.26, 1977, s.734-798.
- GÖĞER, E., “Devletler Hususî Hukuku Yönünden İkametgâh”, AÜHFD, Yıl: 1969, C.26, S.3-4, s.237-252, (İkametgâh).

- GÖĞER, E, Devletler Hususî Hukuku, Ankara 1977.
- HARTLEY, T.C., “Bigamy in the Conflict of Laws”, International and Comparative Law Quarterly, Vol.16, 1967, s.680-703.
- JUENGER, F.K., General Course on Private International Law, Rec. Des. Cours. Vol.193, 1985, s.131-320.
- KEGEL, G., “The Crisis of Conclit of Laws”, Rec. Des. Cours. Vol:112, 1964/2, s.1-263.
- MORRIS, J.H.C., Dicey and Morris on Conflict of Laws, London 1967.
- NOMER, E., “Devletler Hususi Hukukunda Ön Mesele” İÜHFM, C.XXVII, S.1-4, İstanbul 1961, s.340-357, (Ön Mesele).
- NOMER, E., Devletler Hususî Hukuku, B.22, İstanbul 2017.
- NOMER, Ergin/ÇELİKEL, Aysel, Devletler Hususî Hukuku, Örnek Olaylar Mahkeme Kararları, B.7, İstanbul 2001.
- NEELS, J.L., “External Public Policy, the Incidental Question Properly So-called and the Recognition of Foreign Divorce Orders”, Journal of South African Law, 2010, s.671-680.
- REESE, W.L.M., “Choice of Law: Rules of Approach”, Cornell Law Review, Vol:57, No.3, 1972, s.315-334.
- ROBERTSON, A.H., Characterization in the Conflict of Laws, Cambridge 1940.
- SCHMIDT, T.S., “The Preliminary Question and the Question of Substitution in Conflict of Laws”, 12, Scand. St. L., 1968, s.92-119, (The Preliminary Question).
- SCMIDT, T.S., “The Incidental Question in Private International Law, Rec. Des. Cours, Vol. 233; 1993-1992, s.305-416, (The Incidental Question).
- SEViĞ, V.R., “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ve Atıf, Önsorun, Niteleme Sorunları Açısından Hakkın Korunması Amacı”, MHB, C.2, S.1-2, 1982, s., 14-16, (Ön Sorun).
- SEViĞ, V.R., Kanunlar İhtilafı (Yasama ve Yargılama Çatışmaları), İstanbul 1971.
- SİRMEN, K.S., “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi”, AÜHFD, C.58, S.4, Yıl:2009, s.826-879.
- ŞANLI, C./ESEN, E./ATMAN-FİGANMEŞE, İ., Milletlerarası Özel Hukuk, B.5, İstanbul 2016.

ŞENSÖZ, Ebru, “27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı MÖHUK Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:8, S.16, Güz 2009, s.173-211.

TEKİNALP, G./UYANIK, A., Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, B.12, İstanbul 2012.

TÜTÜNCÜBAŞI, U., “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma III Tüzüğü (AB 1259/2010), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku, Ed.ÖZKAN, I/ SÜRAL,C./TÜTÜNCÜBAŞI,U., Ankara 2016, s.428-454.

YASAN, C., Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsten Kişilerin Birliktelikleri, İstanbul 2013.

WOLFF, M., Private International Law, Oxford 1950.

