

T. C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MİLLETLERARASI UNSURLU
ACENTE İLİŞKİLERİNDEN DOĞAN KANUNLAR
İHTİLÂFI

Cemil GÜNER

DOKTORA TEZİ

Danışman
Yrd. Doç. Dr. Musa AYGÜL

KONYA – 2012



BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Öğrencinin

Adı Soyadı

Cemil Gencer

Numarası

074133001005

Ana Bilim / Bilim Dalı

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Programı

Tezli Yüksek Lisans

Doktora

Tezin Adı

Milletlerarası Unsurlu Acelele İlişkilerinden Doğan Konular İhtilafı

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin imzası
(İmza)

Cemil Gencer



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



DOKTORA TEZİ KABUL FORMU

Öğrencinin	Adı Soyadı	Cemil Güner
	Numarası	074133001005
	Ana Bilim / Bilim Dalı	Özel Hukuk Anabilim Dalı
	Programı	Tezli Yüksek Lisans <input type="checkbox"/> Doktora <input checked="" type="checkbox"/>
	Tez Danışmanı	Yrd. Doç. Dr. Musa Aygül
Tezin Adı		Milletlerarası Unsurlu Acele İlişkilerinden Doğan Kararlar İhtilafı

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan Milletlerarası Unsurlu Acele İlişkilerden Doğan Kararlar İhtilafı başlıklı bu çalışma ...21.../...12.../2012 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği/oyçokluğu ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı

Danışman ve Üyeler

İmza

Prof. Dr. Jahit Döğen

Yrd. Doç. Dr. MUSA AYGÜL Musa Aygül (Danışman)

Prof. Dr. F. SARGIN F. Sargin

Doç. Dr. Esra Dardağan Kibar Esra Dardağan Kibar

Prof. Dr. Pelin Memiş Pelin Memiş

Adı Soyadı	Cemil GÜNER
Numarası	074133001005
Ana Bilim / Bilim Dalı	Özel Hukuk Anabilim Dalı
Programı	Tezli Yüksek Lisans <input type="checkbox"/> Doktora <input checked="" type="checkbox"/>
Tez Danışmanı	Yrd. Doç. Dr. Musa AYGÜL
Tezin Adı	Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkilerinden Doğan Kanunlar İhtilafı

ÖZET

Milletlerarası ticarete, acenteler aracılığıyla yapılan ticarî işlemlerin önemli bir yeri vardır. Acenteler, tacirler ad ve hesabına sözleşme akdettikleri için, doğrudan temsil hükümleri doğmaktadır. Milletlerarası unsurlu acente ilişkisine uygulanacak hukuk ve bu statünün uygulama alanına giren meselelerin tespiti, kanunlar ihtilâfi hukukunda tartışmalı konulardan biridir. Bu çerçevede, acente ilişkisine uygulanacak hukuk, acente iç ve dış ilişkisi dikkate alınarak tespit edilmektedir. Acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda akit statüsüne tâbi tutulmaktadır. Buna göre, acente ve temsil olunan, iç ilişkiye uygulanacak hukuku açıkça ya da zımnîen serbestçe seçebilirler. Hukuk seçimi anlaşmasının yokluğunda ise, sözleşmeyle sıkı ilişkili hukuk esas alınır. Sözleşmeyle sıkı ilişkili hukukun tespitinde ise genellikle acentenin işyeri tercih edilmektedir.

Acente dış ilişkisine uygulanacak hukuk ise, temsil statüsü olarak anılmaktadır. Buna göre, acente ilişkisinde temsil yetkisine uygulanacak hukuk bakımından, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda, irade muhtariyeti reddedilmektedir. Ancak Avusturya hukuku, İspanyol hukuku ve La Haye Temsil Konvansiyonu'nda sınırlı hukuk seçimine imkân tanıyan düzenlemeler vardır. Milletlerarası acente ilişkisinin gereklerine uygun olarak, temsil olunanın seçtiği hukukun üçüncü kişi tarafından açıkça kabulü şartıyla böyle bir hukuk seçimi geçerli kabul edilebilmelidir. Acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun, objektif kriterlere göre tespitinde ise, genellikle acentenin işyeri hukuku tercih edilmektedir. Ancak acentenin işyerinin olmaması ya da üçüncü kişinin bu işyerini bilmemesi hâllerinde, acentenin işyeri hukuku yerine temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun bu çerçevede ortaya çıkan ihtilâflara uygulanması kabul edilmektedir.

Adı Soyadı	Cemil GÜNER
Numarası	074133001005
Ana Bilim / Bilim Dalı	Özel Hukuk Anabilim Dalı
Programı	Tezli Yüksek Lisans <input type="checkbox"/> Doktora <input checked="" type="checkbox"/>
Tez Danışmanı	Yrd. Doç. Dr. Musa AYGÜL
Tezin İngilizce Adı	Law Applicable to The Agency Relationships with Foreign Element in Conflict of Laws

SUMMARY

The business transactions are made through agents have important role in the international trade. The direct agency relationship occurs through the agent. Because the agent serves with continuing authority to conclude contract on behalf of and in the name of its' principal. The law applicable to agency relationship with foreign element and finding of it's application area's topics are controversial in conflict of laws. In this context, the law applicable to agency relationship is determined according to internal side and external side of this relationship. The internal agency relationship is normally founded on the agency contract and, as such, is governed by the general principles of private international law applying to the contracts in comparative law and Turkish law. According to this, principal and agent may choose expressly or impliedly the law applicable to the internal agency relationship between them. If principal and agent have failed to indicate the law governing, it becomes necessary to determine the law with which the agency contract is most closely connected. In general, this maybe the law of the country in which the agent has his place of business.

The law applicable to external agency relationship is known as the agency statute. According to this, the party autonomy has not been adopted as regards the agency statute in comparative law and Turkish law. But there are some exceptional regulations which adopt the resticted party autonomy. For example, Austrian law, Spanish law and, The 1978 Hague Convention on The Law Applicable to Agency allow party autonomy which is resticted. So, the law applicable to external agency relationship may be chosen in accordance with international agency relationship as long as third party expressly adoptes the law principal choices. While the law applicable to external agency relationship is determined in respect of objective criterias, in general, the agent's place of business is prefered in comparative law like Turkish law. Nonetheless if there is no agent's place of business or, the third party couldn't know this place, this matter is governed by the law of place in which the agent act.

ÖNSÖZ

“Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkilerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı” başlıklı bu çalışmada, milletlerarası ticarete önemli bir yeri olan acente ilişkisi kapsamında ortaya çıkan iç ilişkiye ve temsil yetkisine uygulanacak hukukun tespiti konusu, karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukuku çerçevesinde ele alınmıştır.

Bu vesileyle, beni daima destekleyen, görüş ve önerileriyle çalışmama önemli katkısı olan tez danışmanım ve hocam Yrd. Doç. Dr. Musa AYGÜL’e teşekkürlerimi sunarım. Yine desteğini ve ilgisini hiçbir zaman eksik etmeyen, her konuda yol gösteren saygıdeğer hocam Prof. Dr. Fügen SARGIN’a tezime ilişkin yapıcı eleştirileri ve katkıları için şükranlarımı sunarım. Aynı şekilde, her zaman desteğini gördüğüm ve önerileri ile tezimi yönlendiren saygıdeğer hocam Prof. Dr. Vahit DOĞAN’a teşekkür ederim. Ayrıca tez savunmasındaki yapıcı eleştirileri ve önerilerinden dolayı değerli hocalarım Prof. Dr. Tekin MEMİŞ ile Doç. Dr. Esra DARDAĞAN’a teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Tez çalışmamın bir bölümü, University of Baltimore Center for International and Comparative Law’da gerçekleşmiştir. Bu vesileyle, yurt dışı doktora araştırma bursu kapsamında bana bu imkânı sağlayan Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK)’a sonsuz şükranlarımı sunarım. Bu çerçevede, Amerika Birleşik Devletleri’nde yaptığım çalışmalar sırasında ilgi, destek ve katkılarını gördüğüm değerli hocam Prof. Richard BOURNE’ye en kalbi teşekkürlerimi sunarım. Aynı şekilde, yardım ve ilgisinden ötürü kıymetli hocam Prof. Jane SCHUKOSKE’ye şükranlarımı arz ederim.

Ayrıca beni yetiştirmek için her türlü emeği sarf eden, hiçbir zaman haklarını ödeyemeyeceğim sevgili annem ve babam ile desteğini her zaman hissettiğim, sabrı ve özverisiyle hep yanımda olan sevgili eşime sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT.....	ii
ÖNSÖZ	iii
İÇİNDEKİLER	iv
KISALTMALAR	x
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI UNSURLU ACENTE İÇ İLİŞKİSİNE UYGULANACAK HUKUK

§ 1. UYGULAMA ALANININ TESPİTİ VE VASIFLANDIRMA	11
A. KONUNUN ÖNEMİ.....	11
B. UYGULAMA ALANININ TESPİTİNDE VASIFLANDIRMA.....	12
§ 2. UYGULAMA ALANINA DÂHİL KONULAR	17
A. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK.....	20
B. SÖZLEŞMENİN KURULUŞU VE MADDÎ GEÇERLİLİĞİ.....	26
C. TARAFLARIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN HAK VE BORÇLARI.....	31
I. ACENTENİN BORÇLARI VEYA TEMSİL OLUNANIN HAKLARI	32
II. ACENTENİN HAKLARI VEYA TEMSİL OLUNANIN BORÇLARI... 33	
D. SÖZLEŞMENİN İFASI	35
E. BORCA AYKIRILIK	37
F. SÖZLEŞMENİN YORUMLANMASI.....	37
G. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ.....	38
H. SÖZLEŞMENİN GEÇERSİZLİĞİNİN SONUÇLARI	39
I. TEMSİL YETKİSİNDEN DOĞAN İHTİLÂFLAR.....	39
I. TEMSİL YETKİSİNİN VARLIĞI.....	40
II. TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI.....	41
III. TEMSİL YETKİSİNİN VERİLMESİ	42

IV. TEMSİL YETKİSİ VERİLİRKEN MEYDANA GELEN İRADE SAKATLIKLARI	47
V. TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ	47
VI. ALT TEMSİL	49
VII. ACENTENİN KENDİSİ İLE İŞLEM YAPMASI	50
§ 3. UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN KONULAR	52
A. TARAFLARIN EHLİYETİ	52
B. ACENTE SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ	53
C. ACENTE DIŞ İLİŞKİSİ	55
§ 4. ACENTE İÇ İLİŞKİSİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ	56
A. GENEL OLARAK	56
B. UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİNDE DİKKATE ALINAN MENFAATLER VE İLKELER	66
I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK MENFAATLERİ	66
II. TEMSİL YETKİSİNİN SOYUTLUĞU İLKESİ	68
C. UYGULANACAK HUKUKUN SÜBJEKTİF KRİTERLERE GÖRE TESPİTİ	70
I. GENEL OLARAK	70
II. ACENTE İÇ İLİŞKİSİNDE HUKUK SEÇİMİNİN YERİ	76
III. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMASININ SINIRLARI	77
1. Sözleşmenin Niteliği Bakımından	79
a. Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme Niteliği	79
b. Milletlerarası Unsurlu Sözleşme Niteliği	80
2. Seçilen Hukuk Bakımından	81
a. Seçilen Hukukla Sözleşme Arasında Bağlantı Şartı	82
aa. Seçilen Hukukla Bağlantı Arayan Görüş	82
bb. Seçilen Hukukla Bağlantı Aramayan Görüş	86
b. Seçilen Hukukun Niteliği	88
aa. Millî Hukuk Sisteminin Seçilmesi	88
bb. Lex Mercatoria'nın Seçilmesi	89
c. Hukuk Seçimi Anlaşmasının Kapsamı	96
aa. Maddî Hukuk Seçimi	96

bb. Alternatif Hukuk Seçimi	99
cc. Kısmî Hukuk Seçimi	100
dd. Şartlı Hukuk Seçimi.....	103
3. Hukuk Seçiminin Zamanı	105
IV. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMASININ MADDÎ GEÇERLİLİĞİ	107
1. Taraf İradelerinin Varlığı	107
2. Hukuk Seçimi Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk.....	109
V. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMASININ ŞEKLİ.....	111
1. Hukuk Seçiminde Şekil Şartı	111
2. Hukuk Seçimine İlişkin İrade Beyanlarının Şekli.....	112
a. Açık Hukuk Seçimi.....	113
b. Zımnî Hukuk Seçimi	113
D. UYGULANACAK HUKUKUN OBJEKTİF KRİTERLERE GÖRE TESPİTİ	117
I. OBJEKTİF BAĞLAMA KURALLARINA GÖRE UYGULANACAK HUKUK	117
II. ACENTE SÖZLEŞMESİYLE EN SIKI İLİŞKİLİ HUKUKUN TESPİTİ	125
III. OBJEKTİF BAĞLAMA NOKTASI ÖNERİLERİ	128
1. Acentenin İşyeri	128
a. Genel Olarak	128
b. Acentenin İşyeri Hukuku Önerisinin Dayandırıldığı Gerekçeler.....	130
2. Temsil Olunanın İşyeri.....	136
3. Muamele Yeri.....	138
IV. GÖRÜŞÜMÜZ.....	139
E. TÜRK HUKUKUNA BAKIŞ.....	141
I. GENEL OLARAK	141
II. UYGULANACAK HUKUKUN TARAFLARCA SEÇİMİ	145
III. OBJEKTİF BAĞLAMA KURALINA GÖRE UYGULANACAK HUKUK	149

İKİNCİ BÖLÜM
MİLLETLERARASI UNSURLU ACENTE İLİŞKİSİNDE TEMSİL
YETKİSİNE UYGULANACAK HUKUK

§ 1. TEMSİL STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANININ TESPİTİ	154
§ 2. UYGULAMA ALANINA DÂHİL KONULAR	157
A. TEMSİL YETKİSİNİN KULLANILMASININ ŞARTLARI VE SONUÇLARI	159
B. YETKİSİZ TEMSİL	165
§ 3. UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN KONULAR	170
A. TARAFLARIN EHLİYETİ.....	171
B. TEMSİL YETKİSİNİN ŞEKLİ	173
C. ACENTENİN SORUMLULUĞU	179
D. TAŞINMAZ MALLARA İLİŞKİN İŞLEMLER.....	181
§ 4. TEMSİL YETKİSİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ.....	182
A. GENEL OLARAK	182
B. UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİNDE DİKKATE ALINAN MENFAATLER VE İLKELER	187
I. İŞLEM GÜVENLİĞİ	188
II. TARAF MENFAATİNİN DENGELENMESİ.....	189
III. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK	190
C. UYGULANACAK HUKUKUN SÜBJEKTİF KRİTERLERE GÖRE TESPİTİ.....	191
I. İRADE MUHTARİYETİNİN REDDİ.....	191
II. İRADE MUHTARİYETİNİN KABULÜ	195
1. Hukuk Seçimi Anlaşmasına İmkân Tanıyan Bazı Hukukî Düzenlemeler	195
a. Avusturya Hukuku	196
b. İspanyol Hukuku	196
c. La Haye Temsil Konvansiyonu	197
2. Hukuk Seçiminin Kabulü Yönünde Görüşler	202
III. GÖRÜŞÜMÜZ	204

D. UYGULANACAK HUKUKUN OBJEKTİF KRİTERLERE GÖRE TESPİTİ	208
.....	208
I. GENEL OLARAK	208
II. OBJEKTİF BAĞLAMA NOKTASI ÖNERİLERİ	216
1. Temsil Olunanın İşyeri	216
a. Genel Açıklamalar	216
b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi	217
2. İç İlişkiye Uygulanacak Hukuk	220
a. Genel Açıklamalar	220
b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi	221
3. Esas İlişkiye Uygulanacak Hukuk	223
a. Genel Açıklamalar	223
b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi	225
4. Temsil Yetkisinin Verildiği Yer	227
a. Genel Açıklamalar	227
b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi	228
5. Üçüncü Kişinin İşyeri veya Mutad Meskeni	229
a. Genel Açıklamalar	229
b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi	229
6. Acentenin İşyeri	229
a. Genel Açıklamalar	229
b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi	231
7. Temsil Yetkisinin Etki Alanı	234
a. Genel Açıklamalar	234
b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi	238
III. GÖRÜŞÜMÜZ	241
E. TÜRK HUKUKUNA BAKIŞ	245
I. GENEL OLARAK	245
II. 1930 TARİHLİ EHVHK DÖNEMİ	246
III. 2675 SAYILI MÖHUK DÖNEMİ	248
IV. 5718 SAYILI MÖHUK DÖNEMİ	248
1. İrade Muhtariyetinin Reddi	250

2. Uygulanacak Hukukun Objektif Kriterlere Göre Tespiti.....	251
a. Acentenin İşyeri Hukuku	251
b. Temsil Yetkisinin Kullanıldığı Yer Hukuku	253
SONUÇ	257
KAYNAKÇA.....	266

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AD	: Adalet Dergisi
AT	: Avrupa Topluluğu
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakóltesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EHVHK	: Türkiye’de Bulunan Ecebîlerin Hak ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun
ESADER	: Eskişehir İktisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
HDK.	: Hukuk Dairesi Kararı
HGB	: Handelsgesetzbuch
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HHFD	: Hacettepe Hukuk Fakóltesi Dergisi

İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İHF.M.	: İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
K.	: Karar
md.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHK	: Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
No.	: Numara
OR	: Das (Schweizerische) Obligationenrecht
RG	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medenî Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UCC	: Uniform Commercial Code
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl

YD : Yargıtay Dergisi
YHD : Yasa Hukuk Dergisi
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Tacirlerin, ticarî ilişkilerini geliştirmek, faaliyet alanlarını genişletmek, işlem hacmini ve müşterilerini arttırmak, ticarete konu ettikleri mal veya hizmetleri daha kolay şekilde tüketime sunmak amacıyla kendilerine yardımcı olacak kişi ya da kurum tayin etmeleri, modern ticarî hayatın sıklıkla görülen usullerinden biridir¹. Bu kapsamda, acenteler², ticarî hayatta kendisinden en çok istifade edilen yardımcı kişilerden biri olarak kabul edilmektedir³.

¹ **Fox**, W. F.: International Commercial Agreement , A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes, Boston 1992, s. 72; **Kayhan**, Ş.: Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara 2011, s. 25; **Akyol**, Ş.: Türk Medenî Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 26; **İnceoğlu**, M. M.: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009, s. 1.

² Doktrinde, acente kavramı konusunda bir kavram kargaşası söz konusudur. Doktrinde bazı yazarlar, acenta ibaresini tercih etmiştir: **Tekinalp**, G.: Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilâfî Kuralı, Ankara 1972, s. 1 (Acente); **Nomer**, E.: Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 2011, s. 442; **Esener**, T.: Mukayeseli Hukuk ve Hususîyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Sâlahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961, s. 77 (Temsil); **Kender**, R.: Türkiye’de Hususî Sigorta Hukuku, Sigorta Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi, İstanbul 2011, s. 120; **Yavuz**, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1997, s. 19 (Borçlar); **İmregün**, O.: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989, s. 181; **Tekil**, F.: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s. 208; **Ülgen/Teoman/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan**, Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 2006, s. 623; **Poroy/Yasaman**: Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1998, s. 174; **Akyol**, s. 77. Bununla beraber, doktrinde diğer bazı yazarlar, acente kelimesini kullanmayı uygun görmüştür: **Karayalçın**, Y.: Ticaret Hukuku Dersleri, C. 1, Giriş-Ticarî İşletme, Ankara 1957, s. 356; **Arkan**, S.: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2011, s. 195; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2011, s. 313; **Karahan**, S.: Ticarî İşletme Hukuku, Konya 2012, s. 361; **Domaniç/Ulusoy**: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007, s. 390; **Baştuğ/Erdem**: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 1993, s. 166; s. 361; **Topçuoğlu**, M.: Rekabet Hukuku Açısından Acente ve Dağıtım Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 1; **Hatemi/Serozan/Arpacı**: Borçlar Hukuku, Özel Hüküm, İstanbul 1992, s. 465; **Tandoğan**, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987, s. 384; **İnceoğlu**, s. 449; **Kayhan**, s. 25. Görüldüğü gibi, acente/acentâ ibarelerinin kullanımı konusunda doktrinde bir terim birliği söz konusu değildir. Bu çerçevede, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (Mülga TTK) (RG. 9.7.1956-9353), 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK) (RG. 14.2.2011-27846), sigorta acenteleri hakkında hükümler getiren 7397 sayılı Mülga Sigorta Murakabe Kanunu’nda (RG. 30.12.1959-10394), bu Kanunu yürürlükten kaldıran 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nda (RG. 14.6.2007-26552), 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nda (RG. 18.10.1983-18195) ve 2012 tarihli Gemi Acenteleri Hakkında Yönetmelik’te (RG. 5.3.2012-28224), acente kavramı tercih edilmekle birlikte, seyahat acentelerini düzenleyen 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu, (RG. 28.9.1972-14320) acenta kavramını benimsemiştir. Buna göre, TTK’da ve diğer mevzuatlarımızdaki düzenlemelerde, ağırlıklı olarak acente kavramı tercih edildiği için, kanunî kullanımla yeknesaklık teşkil etmesi için, çalışmamızda acente ibaresi kullanılacaktır. Söz konusu kavram kargaşası, bazı hukuk düzenlerinde de ortaya çıkmaktadır. Örneğin Türk hukukunda kabul edilen acente kavramının karşılığı olarak Alman Ticaret Kanunu (HGB) §84/1’de “*handelsvertreter*” ibaresi kullanılmaktadır ki, bu terim, Türk hukukunda ticarî mümessil kavramını ifade etmektedir. Alman Medenî Kanunu’nda (BGB) ise temsil kavramı anlamında “*stellvertretung*” kavramı benimsenmektedir. Aynı şekilde, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 418(a)/1, acente kavramı yerine acente sözleşmesinin karşılığı olarak “*agenturvertrag*” başlığıyla düzenleme getirmektedir. Fransız Ticaret Kanunu’nda ise, acente kavramı için, ticarî temsilci anlamında “*agents commerciaux*” terimi tercih edilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı tespitler için ayrıca bkz. **Kostromov**, A. V.: International Unification of the Law of Agency, Institute of

Acente ilişkisinin milletlerarası ticaretteki rolü, globalleşen dünyada son yıllarda daha da hissedilmeye başlanmıştır. Milletlerarası ilişkilerin gelişmesi, ekonominin hızla büyümesi, uzmanlaşmanın önemini arttırması gibi etkenler, acenteye olan gereksinimi had safhaya çıkarmıştır⁴. Bu ihtiyaçta, özellikle, ticarî hayatta iletişim, ulaşım ve ödeme imkânlarında ortaya çıkan problemler etkili olmuştur⁵. Nitekim ülkeler arasındaki uzun mesafeler, yabancı pazarlarda yapılan işlerle ilgili ortaya çıkabilecek zorluklar, kullanılan dilin yetersizliği, örf ve âdetlerin, piyasa şartlarının, pazarlama koşullarının ve hukuk sistemlerinin farklılığı, bir hukukî işlemin nitelik olarak karmaşıklık arz etmesi, acente gibi uzmanlaşmış kişileri

Comparative Law McGill University, Montreal 1999, s. 54 vd.; **Zaphiriou**, G. A.: European Business Law, London 1970, s. 75, 80; **Busch/Macgregor**: The Unauthorised Agent, Perspectives from European and Comparative Law, Cambridge 2009, s. 102; **Tekinalp**, Acente, s. 19 vd.; **Kayıhan**, s. 34.

³ Modern hukukun vazgeçilmez müesseselerinden biri olan acente ve özellikle de onun üst kavramı olarak geniş anlamda iradî/doğrudan temsilci, belli bir tarihsel süreçten geçerek bugünkü önemli yerini almıştır. Bu bağlamda, Klasik Roma hukukunda, hiçbir zaman genel bir temsil kavramı gelişmemiştir: **Buckland**, W. W.: A Manual of Roman Private Law, Cambridge 1994, s. 310; **Verhagen**, H. L. E.: Agency in Private International Law, The Hague Convention on the Law Applicable to Agency, Dordrecht/Den Haag 1995, s. 13-14 (Agency); **Story**, J.: Commentaries on Agency, 1846, s. 4 (Agency); **Kostromov**, s. 9. Temsil müessesesinin ortaya çıkışı bakımından, Roma hukukunda doğrudan temsil yerine dolaylı temsil benimsenmiştir: **Schmitthoff**, C. M.: Agency in International Trade, Hague 1970, s. 118-120; **Kostromov**, s. 9-11. Doğrudan temsilin ilk teorilerinin ise, 17. yüzyılda ortaya çıkmakla beraber, esasen, 18. yüzyılda Pandekt hukukunda doğduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu dönemde, vekâlet ve temsil aynı tür kavramlar olarak görülmüş ve temsil yetkisi, vekâletin bir parçası olarak kullanılmıştır. Dolayısıyla, temsil hakkındaki hukuk kurallarının oluşumu bakımından bu dönemde, Kıta Avrupası hukuklarında, temsil, bağımsız bir kurum olarak tanınmamıştır. Ancak Alman hukukçular Laband ve Jhering, vekâlet sözleşmesi ve temsil yetkisi kavramları arasında keskin bir ayrımın yapılmasının gereğini vurgulamışlardır. Bu çerçevede, Jhering'e göre, vekil kavramı, sözleşmenin iç yönüyle ilgili olduğu hâlde, temsilci kavramı, bu sözleşmenin dış yönüyle ilişkilidir. Her iki kavramın çakışması ihtimal dâhilinde olmakla beraber, söz konusu kavramlar, birbirlerinden tamamen bağımsızdır. Laband ise, vekâlet sözleşmesinin, iç ilişki çerçevesinde tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlediği hâlde, temsil yetkisinin, temsilcinin üçüncü kişilere karşı temsil olunanı borç altına sokmaya imkân veren bir hukukî yol olduğunu ifade etmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Verhagen**, Agency, s. 15-16, 20; **Kostromov**, s. 12-14. Neticede, temsilin, vekâletten ayrı bağımsız bir kavram olarak kabulü, ancak 19. yüzyılda gerçekleşebilmiştir: **İnceoğlu**, s. 2. Bu konuda, özellikle Laband'ın ayrım teorisi (*theory of separation*), gelişen süreçte etki göstermiş ve temsil yetkisi ile vekâletin ayrı iki kavram olarak farklı hukukî sonuçlar doğurduğu kabul edilmeye başlanmıştır. Nitekim hukuk düzenlerindeki temsil hukukuna ilişkin kanunlaştırma çalışmaları döneminde, hem Kıta Avrupası, hem de Anglo Sakson hukuk sistemlerinde temsil, bağımsız bir kurum olarak benimsenmiştir: **Holmes**, O. W.: Agency, Harvard Law Review, Vol. 4, No. 8, 1891, s. 345 vd.; **Buckland**, s. 310 vd.; **Kostromov**, s. 14 vd.

⁴ **Chuah**, J. C. T.: Law of International Trade, London 1998, s. 32.

⁵ **Kostromov**, s. 1; **Verhagen**, Agency, s. 1; **Chuah**, s. 32.

tercihte gerekçe teşkil etmektedir⁶. Ayrıca acentenin, diğer tacir yardımcılarına nazaran sahip olduğu avantajlı özellikleri de, tercihi konusunda etkili olmaktadır⁷.

Acente, ticarî ilişkileri kolaylaştıran bir fonksiyona sahiptir⁸. Bu bakımdan, milletlerarası unsurlu ticarî sözleşmelerin acenteler tarafından akdedilmesi ya da onların aracılığından yararlanılması uygulaması yaygınlaşmaktadır⁹. Böylece milletlerarası acentelik sektörü, temsil ilişkisinin bir yansıması olarak dünya ticaretinde önemli bir rol edinmiştir¹⁰.

Bu çerçevede, hukuk düzenlerinde kural olarak, acente, temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişilerle sözleşme akdetmek ya da sözleşme yapılmasına aracılıkla bulunmak üzere yetkilendirilen bağımsız yardımcı kişi¹¹ olarak tanımlanmaktadır¹².

⁶ **Badr**, G. M.: Agency: Unification of Material Law and of Conflict Rules, Recueil Des Cours, Vol. 184, Hague 1984, s. 19; **Verhagen**, Agency, s. 1; **Tekinalp**, Acente, s. 12; **Kostromov**, s. 1.

⁷ Acentenin tercih nedenleri hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Teoman** (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku), s. 624; **Kostromov**, s. 1 vd.; **Kayihan**, s. 26 vd.; **Tekinalp**, Acente, s. 10 vd. **Topçuoğlu**, s. 3 vd.

⁸ **Busch/Macgregor**, s. 102.

⁹ **Badr**, s. 78.

¹⁰ **Sereni**, A. P.: "Agency in International Law", The American Journal of International Law, Vol. 34, No. 4, 1940, s. 638; **Birtles**, H.: "Uluslararası Ticarete Acentaların Rolü", (Çev. Öçal, A.), ESADER, C. 5, S. 2, 1969, s. 60; **Kostromov**, s. 1. Acentelerin milletlerarası ticarete artan önemi hakkında ayrıca bkz. **Miller/Coltman**: "International Commercial Agency Agreements and Private International Law", http://www.reedsmith.com/_db/_documents/Comag3.pdf (Erişim Tarihi: 13.1.2012).

¹¹ Acentenin, bağımsız tacir yardımcısı olma niteliğine karşın, doktrinde bir görüş, acenteyi "arada-özel durumda olan" kapsamında üçüncü bir kategoriye dâhil etmiştir: **Poroy/Yasaman**, s. 169. Doktrinde, acentenin, acente sözleşmesi gereğince, temsil olunanla devamlı surette irtibatlı olmasının, ona sözleşme hakkında bilgi vermesinin ve onun menfaatlerini koruma yükümlülüğünün bulunmasının, acenteyi yarı bağımsız bir statüde gösteren nedenler olabileceği ifade edilmiştir: **Teoman** (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku), s. 626. Bununla birlikte, acente, kural olarak çalışma yerini, zamanını, usulünü, şartlarını ve süresini bizzat kendisi ayarlar. Aynı şekilde, acente, istihdam edilen bir kimse olmadığı için, işletmesinin masraflarını kendisi karşılar, işyerinde çalıştıracağı personeli kendisi belirler, müşteri çevresini kendisi tayin eder ve kendine ait ticarî defterleri vardır. Yine, acente, temsil ettiği kimseden emir ve talimat almaz, faaliyet alanına ilişkin olarak bizzat kendisi serbestçe karar alır. Dolayısıyla, acente, doğrudan bir denetim ve gözetim altında faaliyette bulunmaz. Bu gerekçelerle, acente, taşıdığı temel nitelikler itibarıyla bağımsız tacir yardımcısı sayıldığından, tâbi olduğu yükümlülükler dikkate alınarak, acenteyi, "arada" bir statüye sokmak, kanaatimizce isabetli olmayacaktır. Acentenin bağımsız niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karayalçın**, s. 358 vd.; **Arkan**, s. 198; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 314; **Karahan**, s. 361; **Kayihan**, s. 37 vd.; **Tekil**, s. 209; **Teoman** (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku), s. 626; **Domaniç/Ulusoy**, s. 390; **Baştuğ/Erdem**, s. 166.

¹² **Houtte**, H. V.: The Law of International Trade, London 1995, s. 178; **Lianos**, I.: "Commercial Agency Agreements, Vertical Restraints and The Limits of Article 81(1) EC.: Between Hierarchies and Networks", Journal of Competition Law and Economics, 2007, Vol. 3(4), s. 625; **Sereni**, s. 638. Nitekim TTK'da da, acente kavramı aynı paralelde tanımlanmıştır (md. 102/1): "Ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya işletmenin çalışmanı gibi işletmeye bağlı hukukî konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticarî bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimseye acente denir". Aynı şekilde, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 418(a)/1'de, acente, bir hizmet

Temsil olunan, acenteye üçüncü kişiyle hukukî işlem yapmak üzere temsil yetkisi verebilir¹³. Buna göre, temsil yetkisi verilmiş bir acentenin temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile muamelede bulunduğu bir acente ilişkisi, nitelik olarak iradî/doğrudan temsil özelliği göstermektedir¹⁴. Ancak temsil yetkisi verilmemiş bir acente, aracı sıfatıyla, yalnızca temsil olunan ile üçüncü kişi arasında bir hukukî işlemin kurulması için gerekli şartların ve ortamın oluşmasına imkân sağlar¹⁵. Dolayısıyla, acentenin görevinin aracılıktan ibaret olduğu bu hâlde, temsil ilişkisinin doğmasından da bahsedilemeyecektir¹⁶. Zira aracı acentenin, temsil olunan ad ve

sözleşmesi ile bağlı olmaksızın, bir ya da birden fazla kimse için sözleşme görüşmelerini yürütmek veya bunları onlar nam ve hesabına akdetmek taahhüdünü sürekli olarak üstlenen kimse olarak tanımlanmıştır. Alman Ticaret Kanunu (HGB) §84/1'e göre de, serbest meslek sahibi sıfatıyla, sürekli olarak bir işletme sahibi hesabına sözleşme görüşmelerinde aracılık eden veya bunları onun namına imza ile yükümlü bulunan kimse, acente kabul edilmektedir: **Markesinis/Unberath/Johnston**: The German Law of Contract, A Comparative Treatise, Oxford 2006, s. 109 vd.; **Zaphiriou**, s. 76. Bu paralelde bir tanımlama, Japon Ticaret Kanunu md. 46'da da yapılmıştır. Konu hakkında bkz. **Mcalinn**, G. P.: Japanese Business Law, Netherlands 2007, s. 194. Bununla birlikte, bazı hukuk düzenleri, acenteyi bağımlı temsilci olarak kabul etmiştir. Örneğin, acente sözleşmesinin tanımının yapıldığı İtalyan Medenî Kanunu md. 1742'de, bağımsızlık unsurunu ortaya koyan bir ibareye yer verilmemiştir.

¹³ **Bowstead**: Reynolds, F. M. B., Bowstead on Agency, London 1985, s. 2; **Schmitthoff**, s. 120; **Kostromov**, s. 18, 37; **Verhagen**, Agency, s. 18.

¹⁴ Genel olarak iradî/doğrudan temsil, temsil olunan adı verilen bir kimsenin, temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kimselerle muamelede bulunmak üzere, temsilci adı verilen bir başka kimseyi yetkilendirmesi sonucunda oluşan üç taraflı hukukî ilişkidir: **Fridman**, G. H. L.: The Law of Agency, London 1976, s. 8; **Woodyatt**, R. G.: The Law of Agency, London 1900, s. 2; **Birks**, P.: English Private Law, Vol. 2, New York 2000, s. 163; **Wright**, E. B.: The Law of Principal and Agent, London 1901, s. 3; **Busch/Macgregor**, s. 62; **Verhagen**, Agency, s. 6, 9, 11; **Kostromov**, s. 4. Bu tanımdan hareketle, temsil, üç taraflı ilişki olarak kapsamlı bir teorik temele dayanmaktadır: **Oğuzman/Öz**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012, s. 214; **Tunçomağ**, K.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1972, s. 248; **İnceoğlu**, s. 9; **Kostromov**, s. 4. **Schmitthoff**, s. 135; **Badr**, s. 21; **Sereni**, s. 639; **Busch/Macgregor**, s. 2; **Verhagen**, Agency, s. 2; **Fridman**, s. 12; **Akyol**, s. 257. Dolayısıyla, temsile ilişkin hukukî düzenlemeler, yalnızca temsilci ve temsil olunan arasındaki iç ilişkiye değil, aynı zamanda, üçüncü kişi ile temsil olunan arasındaki esas işlemin yaratılmasında etkili olan temsil yetkisine de temas etmektedir: **Stoljar**, S. J.: The Law Agency, London 1961, s. 2; **Fridman**, s. 14.

¹⁵ Aracı acentenin görevi, müşteri temin etmek, kurulacak sözleşmeye ilişkin gerekli tanıtımı yapmak, temsil olunan ile üçüncü kişiyi bir araya getirmek suretiyle taraflar arasında ilişki kurmak, sözleşmenin kurulmasına imkân hazırlayarak gerekli kolaylığı sağlamaktan ibarettir. Aracı acente hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Fox**, s. 72; **Arkan**, s. 199; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 316; **Baştuğ/Erдем**, s. 168; **Kayihan**, s. 46 vd.; **Domaniç/Ulusoy**, s. 392. Bu çerçevede, örneğin uygulamada sıklıkla görülen aracı acente türlerinden biri olan sigorta aracıları hakkında bilgi için ayrıca bkz. **Memiş**, T.: "Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Sigorta Aracıları", <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/TMemis.html> (Erişim Tarihi: 6.10.2011) (Sigorta).

¹⁶ Acentenin faaliyetinin, kural olarak aracılıkla sınırlı olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 418(e), Alman Ticaret Kanunu (HGB) §91, aracı acenteliğin asıl olduğunu hükme bağlayan içeriktedir. Konu hakkında ayrıca bkz. **Tekinalp**, Acente, s. 38, dn. 6. Bu bakımdan, acentenin, temsil olunan ad ve hesabına sözleşme yapabilmesi için, kendisine temsil yetkisi verilmiş olması gerekmektedir: **Domaniç/Ulusoy**, s. 396; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 317; **Kayihan**, s. 43; **Tekil**, s. 216; **Teoman** (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku), s. 625.

hesabına hukukî işlem yapma yetkisi olmadığı için, doğrudan temsilci niteliği taşıması da mümkün olmayacaktır¹⁷.

Acente ilişkisinin doğrudan temsil niteliği taşıyıp taşımadığı ancak vasıflandırma sonucunda yetkili hukuk tarafından belirlenecek olsa da, başta Türk hukuku olmak üzere hukuk düzenlerindeki genel kabul, temsil yetkisini haiz bir acentenin temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile muamelede bulunmasının doğrudan temsil çerçevesinde hüküm ve sonuç doğurması yönündedir. Bu nedenle, çalışmamızda acente ilişkisi, kural olarak doğrudan temsilin bir türü olarak ele alınacaktır.

Temsil yetkisini haiz bir acentenin bulunduğu acentelik müessesesinin temelinde üç hukukî ilişki bulunmaktadır. Temsil olunan, acente ve üçüncü kişiden oluşan bu üçlü ilişki, özellikleri itibarıyla birbirleriyle sıkı bağlantı içinde olmakla birlikte, hukukî olarak farklı hüküm ve sonuçlara tâbi tutulmaktadır¹⁸. Acente ilişkisinin bir ayağı, temsil olunan ile acente arasındaki ilişkidir. Bu temel ilişki, uygulamada genellikle acente sözleşmesine dayanmaktadır¹⁹. Ancak acente ve temsil olunan arasında hüküm ve sonuç doğuran acente iç ilişkisi, acente sözleşmesi olmaksızın temsil yetkisinden de kaynaklanabilir²⁰. Tarafların karşılıklı hak ve borçlarını tayin eden acente iç ilişkisi acente sözleşmesine dayanıyorsa, acenteye verilen temsil yetkisi, hukuk düzenlerinde kural olarak acente sözleşmesinden bağımsız kabul edilmektedir²¹.

Acente ilişkisi kapsamında ortaya çıkan ikinci hukukî ilişki, temsil yetkisinin etkisi ile ilgilidir. Acente ilişkisinde temsil yetkisi, hem temsil olunan ve üçüncü kişi arasında hem de acente ve üçüncü kişi arasında bazı hukukî sonuçlar

¹⁷ Bazı hukuk düzenlerinde acentelik, yalnızca aracılıkla sınırlandırılmıştır. Örneğin, İtalyan Medenî Kanunu md. 1742, acenteyi, yalnızca bir kimse adına sözleşme akdetme konusunda aracılıkta bulunan kimse olarak ifade etmiş, dolayısıyla, acenteye doğrudan temsilci niteliği vermemiştir. Aynı husus, Avusturya Acente Kanunu md. 1’de yapılan acente tanımında da benimsenmiştir. Tespitler hakkında bkz. **Arkan**, s. 196; **Tekinalp**, Acente, s. 18, 25.

¹⁸ **Tekinalp**, Acente, s. 2.

¹⁹ Ancak sözleşmenin varlığı, temsil ilişkisinin doğumu bakımından zorunlu bir şart değildir. Zira temsil yetkisi bir sözleşmeye dayanmaksızın da verilebilir: **Fridman**, s. 37.

²⁰ **Bowstead**, s. 2; **Stoljar**, s. 36; **Schmitthoff**, s. 135; **Verhagen**, Agency, s. 2; **Kostromov**, s. 41; **Fridman**, s. 14.

²¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 176; **Tekinalp**, G.: Türk Devletler Hususî Hukukunda Temsil Yetkisi, İstanbul 1977, s. 11 (Temsil); **Akyol**, s. 36; **Oğuzman/Öz**, s. 223; **Esener**, Temsil, s. 59; **İnceoğlu**, s. 26.

doğurmaktadır²². Buna göre, temsil yetkisine sahip bir acentenin, temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişiye karşı temsil yetkisini kullanması durumunda, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında acente dış ilişkisi meydana gelecektir²³. Zira temsil yetkisini haiz bir acente, hukuk düzenlerinde kural olarak doğrudan temsilci olarak kabul edilmektedir. Acentenin, üçüncü kişi ile temsil olunan ad ve hesabına yaptığı hukukî işlemlerin hüküm ve sonuçları herhangi bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan temsil olunan ve üçüncü kişinin hukukî alanında doğmaktadır²⁴. Acente aracılığıyla da yapılmış olsa, hukukî işlemlerin tarafının, temsil olunan ve üçüncü kişi olduğu kabul edilmektedir²⁵. Ancak söz konusu hukukî işlemlerin acente aracılığıyla yapılması durumunda, acente ve üçüncü kişi arasındaki ilişki, acentenin yaptığı hukukî işlemlerin hüküm ve sonuçlarının doğması bakımından önemli bir temsil aşamasıdır. Aynı şekilde, acentenin temsil yetkisi olmaksızın ya da yetkisini aşarak üçüncü kişi ile muamelede bulunması durumunda ortaya çıkan, yetkisiz temsil kaynaklı meseleler de, acente ve üçüncü kişi arasındaki ilişki kapsamında kabul edilecektir²⁶.

Acente ilişkisinde ortaya çıkan üçüncü hukukî ilişki türü ise, acente tarafından temsil olunan ad ve hesabına yapılan esas işlemlerdir. Esas işlem, acente tarafından tek taraflı veya iki taraflı hukukî işlemler şeklinde yapılabilir²⁷. Ancak satım sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, taşıma sözleşmesi, otel sözleşmesi gibi sözleşmeler, uygulamada en sık karşılaşılan esas işlem türleridir²⁸.

Genel olarak temsil müessesesinde kabul edildiği şekliyle, acente iç ilişkisi ile temsil yetkisinin etkisi konuları, kanunlar ihtilâfı hukuku bakımından da önem arz eder. Zira acente ilişkisinin hukukî yapısı, uygulanacak hukuk konusunda farklı

²² **Verhagen**, Agency, s. 2.

²³ **Verhagen**, Agency, s. 2.

²⁴ Temsil teorisinin bir yansıması olan hukukî sonuçlar hakkında ayrıca bkz. **Esener**, Temsil, s. 26; **Kostromov**, s. 37; **Akyol**, s. 4; Temsil teorisi ve temsili açıklayan diğer teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özdemir**, E.: Türk Hukukunda Yetkiye Dayanan Temsil ve Nam-ı Müstear Uygulaması, Ankara 1994, s. 23 vd.; **İnan**, A. N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s. 220 vd.; **Esener**, Temsil, s. 4 vd.; **Schmitthoff**, s. 115 vd.; **Badr**, s. 21 vd.; **Akyol**, s. 94 vd.

²⁵ **Fridman**, s. 164; **Wright**, s. 340; **Badr**, s. 46.

²⁶ **Verhagen**, Agency, s. 2.

²⁷ **Tekinalp**, Temsil, s. 11.

²⁸ Temsil olunan ile üçüncü kişi arasında temsil yetkisinin kullanılması ile meydana gelen esas işlem, doktrinde temsil dış ilişkisi olarak da adlandırılabilir. Bu yönde bir ayırım için bkz. **Schmitthoff**, s. 135; **Tekinalp**, Temsil, s. 12. Aksi görüş için bkz. **Verhagen**, Agency, s. 2.

statülerin gündeme gelmesine neden olmaktadır. Bu durum, uygulanacak hukukun tespitinde esas alınan bağlama kurallarının farklılık arz etmesinden kaynaklanmaktadır. Aynı zamanda söz konusu ayırım, ilgili statülerin uygulama alanlarının belirlenmesinde de etki göstermektedir.

Bu çalışmada, milletlerarası ticaretteki önemini vurguladığımız milletlerarası unsurlu²⁹ acente ilişkisine uygulanacak hukukun tayini konusu ele alınacaktır³⁰. Acentenin temsil yetkisini haiz olması durumunda, acente ilişkisi kapsamında ortaya çıkan her bir hukukî ilişkiye uygulanacak hukukun aynı mı olduğu, yoksa birbirinden bağımsız olarak mı belirlenmesi gerektiği sorusu gündeme gelecektir. Bu çerçevede, çalışmamızda, milletlerarası özel hukukta temsil bakımından genel olarak benimsenen sistem çerçevesinde, acente ilişkisinde temsil olunan ve acente arasındaki iç ilişki ile temsil yetkisinin etkisi konuları dikkate alınarak, yetkili hukukun tespiti yolu izlenecektir. Acente ilişkisi kapsamında ortaya çıkan sorunlara uygulanacak hukukun tespiti yanında, söz konusu konuların tâbi olduğu statülerin

²⁹ Kanunlar ihtilâfî hukukunun uygulama alanına giren meselelerin milletlerarası unsurlu olması, bir ön şarttır: **Johns**, F.: “Performing Part Autonomy”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71, 2008, s. 243. Milletlerarası unsur, genel olarak, bir olay veya ilişkinin bir ya da birden çok yabancı hukuk düzeni ile temasta bulunması durumunda ortaya çıkmaktadır. Buna göre, belli bir olay veya ilişkide milletlerarası unsur, tarafların tâbiyeti, yerleşim yeri, mutad meskeni, işyeri, işlemin yapıldığı yer, ifa yeri, ika yeri, tescil yeri, malın bulunduğu yer vb. bağlama noktalarından doğabilmektedir: **Nygh**, P.: *Autonomy In International Contracts*, Oxford 1999, s. 48 vd.; **Çelikel/Erdem**: *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2009, s. 8 vd.; **Doğan**, V.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, Ankara 2010, s. 23 vd. (Milletlerarası); **Şanlı**, C.: *Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul 2002, s. 3 vd. (Akit); **Tiryakioğlu**, B.: *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996, s. 6 (Taşınır); **Nomer**, s. 5. Bununla birlikte, doktrinde milletlerarası unsurlu bir hukukî ilişkinin kesin bir tanımının yapılamayacağı ileri sürülmektedir: **Delaume**, G. R.: “What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 28, 1979, s. 262 vd. (What). Gerçekten de doktrinde vurgulandığı üzere, her hukuk düzeninde ve milletlerarası sözleşmelerde milletlerarası unsuru ortaya koyan kriterler farklıdır: **Tiryakioğlu**, *Taşınır*, s. 5 vd. Nitekim Türk milletlerarası özel hukukunda, MÖHUK md. 1’deki “yabancılık unsuru” başlıklı düzenlemede, milletlerarası unsur tanımlanmamıştır. Böyle bir tanıma yer verilmemesi, yerindedir. Zira MÖHUK çerçevesinde, kendine özgü özellikleri olan her hukukî ilişki ve fiil için, uyumsuzluk türüne göre farklı kriterler dikkate alınarak milletlerarası unsurun varlığı tespit edilebilecektir: **Sargın**, F.: *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 2002, s. 181 (Patent).

³⁰ Bir acente ilişkisi, milletlerarası unsurlu değilse, söz konusu hukukî ilişki, tüm unsurlarıyla iç hukuka tâbidir. Konu hakkındaki genel açıklamalar için ayrıca bkz. **Collins**, L.: “Contractual Obligations-The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 25, 1976, s. 40; **Şanlı**, C.: *Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1986, s. 114 (Tahkim). Bununla birlikte, son yıllarda ortaya çıkan eğilim, milletlerarası unsurlu olmayan bir hukukî ilişkinin milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendirmesi durumunda da, milletlerarası unsurlu sayılması gerektiği yönündedir. Konu hakkında detaylı olarak bkz. **Akıncı**, Z.: *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir 1996, s. 69 (İnşaat); **Sargın**, *Patent*, s. 183; **Tiryakioğlu**, *Taşınır*, s. 7.

uygulama alanları tayin edilmeye çalışılacaktır. Dolayısıyla kanunlar ihtilâfı hukukuna ait bir konu olmaması nedeniyle, acente ilişkisinin maddî hukuk yönü ayrıntıları ile ele alınmayacaktır.

Bu noktada belirtmelidir ki, çalışmamız, temsil yetkisini haiz bir acentenin söz konusu olduğu acente ilişkisini esas almaktadır. Dolayısıyla aracı acente ile temsil olunan arasındaki acente sözleşmesi, iç ilişki kapsamında ele alınacak olmakla birlikte, acente, temsil yetkisine sahip olmadığı için temsil statüsünün gündeme gelmesi de kural olarak mümkün olamayacaktır. Ancak bunun istisnası, yetkisiz temsildir. Buna göre, aracı acente, temsil yetkisine sahip olmadığı hâlde üçüncü kişi ile aracılıkta bulunduğu kişi ad ve hesabına muamelede bulunursa yetkisiz temsil ilişkisi gündeme gelecektir. İşte böyle bir ihtimalde, aracı acentenin yetkisiz temsilinden doğan ihtilâflar da, temsil statüsüne tâbi olacaktır.

Bu çalışma, iki bölümden oluşmaktadır. “Milletlerarası Unsurlu Acente İç İlişkisine Uygulanacak Hukuk” başlığını taşıyan birinci bölümde, öncelikle milletlerarası unsurlu acente ilişkisi statüsünün uygulama alanına giren konuların belirlenmesinin önemine değinilecektir. Konunun önemi, özellikle üç taraflı ilişki olmasının da etkisiyle birden çok hukukî ilişkinin uygulama alanının birbiriyle kesişmesinden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, söz konusu konuların birbirinden ayırt edilerek hangi statüye dâhil olduğunun uygulanacak hukukun tespitindeki önemi ortaya konmaya çalışılacaktır. Acente ilişkisi içinde ortaya çıkan bir ihtilâfın tâbi olması gereken statünün tespitinde, söz konusu ihtilâfın vasıflandırılması belirleyici olmaktadır. Acente ilişkisinden doğan ihtilâfların vasıflandırma yoluyla, ilgili oldukları statüye dâhil edilmesinin önemine binaen, öncelikle acente iç ilişkisine uygulanacak hukukunun uygulama alanına giren ve girmeyen konular tespit edilmeye çalışılacaktır. Acente sözleşmesi ve acentenin temsil yetkisinin iç ilişkiyi ilgilendiren konularının tâbi olduğu statünün (acente sözleşmesi statüsü) tespiti, ayrıntıları ile ele alınacak konulardan bir diğeridir. Bu çerçevede, başta temsil yetkisinin soyutluğu olmak üzere, uygulanacak hukukun belirlenmesinde etkili olan menfaat ve ilkelere de değinilecektir. Daha sonra ise, karşılaştırmalı hukuk ve konuya ilişkin milletlerarası sözleşmeler dikkate alınmak suretiyle, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun sübjektif ve objektif kriterlere göre tespiti

yapılacaktır. Bu paralelde, irade muhtariyetinin sınırları ve objektif bağlama noktası önerileri çerçevesinde, acente sözleşmesi statüsünün, acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk bakımından uygulanabilirliği konusu, ayrıntıları ile incelenecektir. Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun Türk hukukundaki yerine ise, MÖHUK bağlamında ayrıca ve özel olarak değinilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünü oluşturan “Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisinde Temsil Yetkisine Uygulanacak Hukuk” başlığı altında ise temsil statüsü tespit edilecektir. Temsil statüsünün uygulama alanına giren konuların belirlenmesinin önemi bakımından, öncelikle temsil yetkisiyle ilgili acente iç ilişkisi dışında kalan konular tespit edilmek suretiyle, temsil statüsüne bir çerçeve çizilecektir. Bu konu yine vasıflandırma yoluyla çözümlenmeye çalışılacaktır. Temsil statüsünün uygulama alanına giren konuların tespitinin ardından, uygulanacak hukukun tayini, ayrıntılarıyla incelenecektir. Bu noktada, temsil statüsünün belirlenmesinde dikkate alınan menfaat ve ilkeler üzerinde de durulacaktır. Temsil statüsünün tayininde karşılaştırmalı hukukta genel olarak irade muhtariyeti tanınmamakla beraber, hukuk seçiminin kabul edilebilirliği ve sınırları hususu tartışılacaktır. Özellikle temsil statüsünün tayininde, belirli şartlarla sınırlı olarak hukuk seçimi imkânının tanınmasının gerekliliği hususuna vurgu yapılacaktır. Temsil statüsüne uygulanacak hukukun objektif kriterler dikkate alınarak belirlenmesinde ise, hangi bağlama noktalarının hangi gerekçelerle tercih edilmesi gerektiği hakkında açıklamada bulunulacaktır. Son olarak, Türk hukukunda temsil statüsünün tayini konusunda MÖHUK bağlamında ayrıca bilgi verilecektir.

Milletlerarası unsurlu acente ilişkisinde gündeme gelecek acente iç ilişkisi ve temsil yetkisine uygulanacak hukukun ele alındığı çalışmamızın sınırlandırılmasının bir gereği olarak, acentenin temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile yaptığı esas işlem statüsü ise ele alınmayacaktır. Zira bu bağlamda yapılacak hukukî işlemler, çeşitlilik arz etmektedir. Bu husus göz önünde bulundurularak her birinin ayrı bir inceleme konusu teşkil edecek olmasından dolayı, esas işlemlere uygulanacak hukuk konusunun, kapsam dışında bırakılması uygun görülmüştür.

Çalışmamız, milletlerarası unsurlu acente ilişkisine uygulanacak hukukun ve uygulama alanının tespiti çerçevesinde ele aldığımız konuların genel bir değerlendirilmesinin yapıldığı sonuç bölümü ile tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM
MİLLETLERARASI UNSURLU
ACENTE İÇ İLİŞKİSİNE UYGULANACAK HUKUK

§ 1. UYGULAMA ALANININ TESPİTİ VE VASIFLANDIRMA

A. KONUNUN ÖNEMİ

Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisi kaynaklı meselelere uygulanacak hukukun tayininden önce, hangi ihtilâfların bu statünün uygulama alanına girdiğinin tespiti gerekmektedir. Zira acente ilişkisinin hukukî yapısı, konunun önemini artırmaktadır. Acente ilişkisinin üç taraflı bir iradî/doğrudan temsil ilişkisi niteliği taşıması, birden çok hukukî ilişkinin uygulama alanının kesişmesine neden olmaktadır¹. Bu sebeple, acente ilişkisi kapsamında ortaya çıkan her ihtilâfın aynı statüye mi, yoksa farklı statülere mi tâbi olduğu öncelikle cevaplandırılması gereken hususlardır.

Acente ilişkisi kapsamında kalan bir ihtilâfın hangi statüye tâbi olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Bir konunun, bağlantısının olmadığı bir statüye tâbi tutulması doğru değildir². Örneğin, bir uyuşmazlığın acente sözleşmesi ile bağlantısının bulunmasına karşın, temsil statüsü uygulama alanına dâhil edilmesi ya da temsil yetkisi ile ilgili olmakla beraber esas sözleşmeye uygulanacak hukukun kapsamına sokulması makûl sonuçlara götürmez. Aksi hâlde, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk da değişebileceği için, bağlama kurallarının tespitinde dikkate alınan ilke ve menfaatlerin amacına da aykırı davranılmış olacaktır. Zira acente iç ilişkisi dışında kalan temsil yetkisinden doğan bir ihtilâfa uygulanacak hukukun tayininde bazı ilke ve menfaatlerin önemli etkisi vardır. Bu çerçevede, temsil statüsü için bir dayanak teşkil eden işlem güvenliği ilkesi, irade muhtariyeti ilkesini benimseyen acente sözleşmesi statüsünün uygulanması hâlinde zedelenmiş olacaktır³. Dolayısıyla hukuk seçimi anlaşmasını kural olarak reddeden temsil

¹ Schmitthoff, s. 175.

² Tekinalp, Temsil, s. 62.

³ Tekinalp, Temsil, s. 62.

statüsüne karşın, tarafların bu yöndeki iradelerine hukukî etki tanıyan acente sözleşmesi statüsü uygulanabileceğinden, üçüncü kişilerin menfaatlerine aykırı sonuçlar çıkması ihtimali bulunmaktadır.

Acente ilişkisi çerçevesinde gündeme gelen uyuşmazlıkların, acente sözleşmesi statüsü, temsil statüsü ve de esas sözleşme statüsünden hangisine tâbi tutulması gerektiği vasıflandırma yoluyla belirlenecektir. Vasıflandırma neticesinde, acente ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıkların dâhil olduğu uygulama alanı tespit edilecektir. Bu noktada, acente ilişkisine ilişkin bazı konuların hangi statünün uygulama alanına girdiği hususunda tartışma yaşanmaktadır⁴. Özellikle acenteye temsil yetkisinin verilmesi, temsil yetkisinin kapsamı, temsil yetkisinin geri alınması, temsil yetkisinin sona ermesi, acentenin kendi kendisi ile sözleşme akdetmesi, acentenin alt temsilci tayin etmesi gibi konuların, hangi statüye tâbi tutulacağı konusunda görüş ayrılığı vardır. Bu tereddütün temelinde, bir konunun dâhil olduğu statünün belirlenmesi, doğal olarak uygulanacak hukukun da farklılaşmasına yol açabilecek olması yatmaktadır⁵.

B. UYGULAMA ALANININ TESPİTİNDE VASIFLANDIRMA

Acente ilişkisinin sınırları, bütün hukuk düzenlerinde aynı şekilde belirlenmemektedir⁶. Acente ilişkisinin ticarî bir ilişki olduğundan tereddüt bulunmamakla beraber, kapsamı bakımından hukuk düzenlerinde bazı farklılıklar görülebilmektedir⁷. Zaten acente ilişkisi konusunda, hukuk düzenlerinde yeknesak kurallarının bulunması da mümkün değildir⁸.

⁴ **Uyamık Çavuşoğlu**, A.: “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradî Temsil”, BATİDER, C. 28, S. 1, Mart 2012, s. 90.

⁵ **Uyamık Çavuşoğlu**, s. 90.

⁶ **Verhagen**, Agency, s. 141.

⁷ **Verhagen**, Agency, s. 142.

⁸ **Badr**, s. 88. Bununla birlikte, acenteye ilgili maddî milletlerarası özel hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla bazı sözleşme ve direktiflerin hazırlandığı da ifade edilmesi gereken bir husustur. Bu çerçevede, milletlerarası alanda acenteye ilgili maddî hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla hazırlanan 1983 tarihli UNIDROIT Menkul Malların Alım ve Satımında Milletlerarası Nitelikli Acenteliğe İlişkin Konvansiyon (UNIDROIT Konvansiyon), örnek olarak verilebilir. Konvansiyon metni için bkz. <http://www.unidroit.org/english/conventions/1983agency/1983agency-e.htm> (Erişim Tarihi: 1.12.2011). Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Joubert**, D. J.: Law of Agency, Annual Survey of South African Law, 1983, s. 138; **Tekinalp**, G.: “Menkul Malların Alım ve Satımı Konusunda Milletlerarası Nitelikli Acentelik İlişkisi Hakkında Konvansiyon Tasarısı Hakkında Düşünceler”, BATİDER, C. 10, S. 2, 1979, s. 377 vd. (Konvansiyon); **Kostromov**, s. 82 vd.; **Badr**, s. 102 vd.;

Maddî acente hukuku bakımından karşılaştırmalı hukukta önemli farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, Amerikan hukukunda acente, genel olarak başkası ad ve hesabına hareket etme yetkisine sahip temsilci konumunda olan herkes için kullanılan bir kavramdır⁹. Ancak böyle bir acente tanımı, başta Alman, İsviçre ve Türk hukuku olmak üzere Kıta Avrupası hukuk sisteminin acentelik düzenlemeleriyle uyuşmamaktadır. Zira Alman¹⁰, İsviçre¹¹ ve Türk¹² hukukunda, acente hakkında, doğrudan temsilcinin özel bir türü olarak ticaret hukukuna özgü kurallarla düzenleme getirilmektedir. Buna göre, Alman, İsviçre ve Türk hukukundaki acente kavramına ticarî bir ilişki içinde dar bir anlam yüklenmektedir.

Hukuk düzenlerinde mevcut olan bir başka örnek farklılık, acentenin faaliyet alanı ile ilgilidir. Örneğin İngiliz hukukunda acente ilişkisi, faaliyet alanı bakımından sınırlandırılmıştır. Amerikan hukukundaki acenteyi genel temsilciye yaklaştıran sistemden farklı olarak İngiliz hukukunda, acentenin bağımsızlığı, bir unsur olarak

Schmitthoff, s. 187 vd. Henüz yürürlüğe girmemiş olan bu Konvansiyon tasarısı dışında, Avrupa Birliği'ne (AB) üye devletlerin hukuklarında da, acenteliğe ilişkin hükümlerin yeknesaklaştırılması amacıyla 1986 yılında bir direktif kabul edilmiştir: AB'ye Üye Ülkelerin Serbest Çalışan Acenteler Hakkındaki Kanunlarının Koordinasyonuna İlişkin 86/653 sayılı, 18.12.1986 tarihli Direktif (ATKD 1986, L 382/17). AB'ye üye bütün ülkelerde yürürlüğe konan 86/653 sayılı Direktif, acente ilişkisine uygulanacak hukuk konusunda herhangi bir kanunlar ihtilâfı kuralı getirmemektedir. Ancak Direktif, serbest olarak çalışan acenteler bakımından temsil olunan için bir malın alımı ve satımı konusunda müzakere etmek veya temsil olunan ad ve hesabına sözleşme akdetmek veya müzakerede bulunmak yetkisine sahip acentelere ilişkin maddî hukuk düzenlemeleri içermektedir. Konu hakkında ayrıca bkz. **Miller/Coltman**: "International Commercial Agency Agreements and Private International Law", http://www.reedsmith.com/_db/_documents/Comag3.pdf (erişim tarihi: 2.2.2012); **Houtte**, s. 179, 181 vd.

⁹ **Moye**, J. E.: *The Law of Business Organizations*, New York 2004, s. 2 vd. Bu çerçevede, Amerikan hukukunda 2006 tarihli Restatement (Third) of Agency §1.1'de, acente ilişkisi, bir kimsenin diğerine rızasını ortaya koymasının sonucunda, rıza verilen kimsenin diğeri hesabına ve onun kontrolünde işlem yapması olarak tanımlanmıştır. Aynı şekilde, Amerikan mahkemelerinin acente konusunda, genel olarak temsilci kavramı bağlamında bir tanımlamaya gittiği görülmektedir. Örnek bir karar için bkz. *Garnac Grain Co., Inc. v. H.M.F. Faure and Fairclough, Ltd. (1967) 2 All E.R. 353 karar*: **Fridman**, s. 9. Bu tanıma paralel olarak, Amerikan doktrininin acente ilişkisine yönelik tanımı için ayrıca bkz. **Fridman**, s. 8; **Wright**, s. 3; **Story**, Agency, s. 3; **Busch/Macgregor**, s. 62; **Verhagen**, Agency, s. 6, 9, 11; **Kostromov**, s. 4.

¹⁰ Alman Ticaret Kanunu (HGB) §84/1, serbest meslek sahibi sıfatıyla, sürekli olarak bir işletme sahibi hesabına sözleşme görüşmelerine aracılık eden veya bunları onun namına imza ile yükümlü bulunan kimseye acente adını vermiştir.

¹¹ İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 418(a)/1'de, acente, bir hizmet sözleşmesi ile bağlı olmaksızın, bir ya da birden fazla kimse için sözleşme görüşmelerini yürütmek veya bunları onlar nam ve hesabına akdetmek taahhüdünü sürekli olarak üstlenen kimse olarak tanımlanmıştır.

¹² TTK md. 102/1'de, acente kavramı şöyle tanımlanmıştır: Ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya işletmenin çalışanı gibi işletmeye bağlı hukukî konuma sahip olmaksızın, bir sözleşmeye dayanarak, belirli bir yer veya bölge içinde sürekli olarak ticarî bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o tacir adına yapmayı meslek edinen kimse. Mülga TTK md. 116/1'de de aynı paralelde bir tanımlamaya gidilmiştir.

öngörülerek Kıta Avrupası hukuk sistemine yaklaşılmıştır. Ancak acentenin faaliyet alanı, yalnızca mal alım satımı ile sınırlandırılmıştır¹³.

Maddî acente hukukunda yaşanan bu ve benzeri farklılıkların, kanunlar ihtilâfı alanında da bazı problemlere yol açtığı bir gerçektir¹⁴. Zira mevcut farklılıklar, vasıflandırmada¹⁵ önem arz edecektir¹⁶. Örneğin, Türk hukukuna göre, iradî/doğrudan temsil ilişkisi çerçevesinde nitelendirilmeyen bir temsil ilişkisi, Amerikan hukukunda doğrudan temsil şeklinde vasıflandırılabilir. Bu çerçevede, Amerikan hukukunda, “*undisclosed principal doctrine*” adı verilen bir temsil müessesesi vardır. Buna göre, bir temsilcinin, sözleşmeyi, temsil olunan adına yaptığını açıklamaması hâlinde, yine doğrudan temsilin hukukî sonuçlarının doğması mümkün kabul edilmektedir¹⁷. Ancak, Türk hukukunda acente ilişkisi bakımından, “*undisclosed principal doctrine*”nin tanıdığı hukukî sonuçlar kabul edilmemektedir¹⁸. İşte iki hukuk düzeni arasındaki mevcut olan bu farklılık, vasıflandırma ihtilâfına neden olabilecektir.

¹³ İngiliz hukukunda 1993 tarihli *The Commercial Agents Regulations* (No. 3053) acente kavramını şöyle tanımlamıştır: Sürekli bir yetkiye dayanarak mal alım satımına ilişkin sözleşmelerde temsil olunan hesabına aracılık eden ya da bu sözleşmeleri temsil olunan ad ve hesabına akdeden bağımsız kişi. 86/653 sayılı Direktif md. 1/2’de öngörülen acente tanımı ile de paralellik teşkil eden İngiliz hukukundaki düzenleme için bkz. http://www.vvw.co.uk/cms/document/Agency_guidance_note_Jul_06.pdf (erişim tarihi: 2.2.2012). Konu hakkında ayrıca bkz. **Dicey/Morris**: *Dicey and Morris on The Conflict of Laws*, London 2000, s. 1469 vd.

¹⁴ **Fawcett**, J.: *Choice of Law For Equitable Doctrines*, Oxford Private International Law Series, New York 2004, s. 215; **Reimann**, M.: *Conflict of Laws in Western Europe*, Irvington 1995, s. 25; **Lorenzen**, E. G.: “The Theory of Qualifications and the Conflict of Laws”, *Columbia Law Review*, Vol. 20, 1920, s. 247 (Theory).

¹⁵ Vasıflandırma meselesinin tespiti ile ilgili olarak bkz. **Robertson**, A. H.: *Characterization in The Conflict of Laws*, Cambridge 1940, s. 3 vd.; **Lorenzen**, E. G.: “The Qualification, Classification, or Characterization Problem in The Conflict of Laws”, *The Yale Law Journal*, Vol. 50, 1941, s. 743 vd. (Qualification); **Fawcett/Carruthers**: *Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, New York 2008, s. 42 vd.; **Dicey/Morris**, s. 33 vd.

¹⁶ **Rabel**, E.: *Conflict of Laws: A Comparative Study*, Vol. 1, Chicago 1945, s. 168; **Koppenol-Laforce**, M.: “Contracts in Private International Law”, *International Contracts, Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law*, (edit by: Koppenol-Laforce/Dokter/Meijer/Smeele), London 1996, s. 133; **Lookofsky**, J. M.: *Transnational Litigation and Commercial Arbitration, A Comparative Analysis of American, European and International Law*, Copenhagen 1992, s. 292; **Verhagen**, Agency, s. 141; **Dicey/Morris**, s. 34.

¹⁷ “*Undisclosed principal doctrine*” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Barnett**, R.: “Squaring Undisclosed Agency Law with Contract Theory”, *California Law Review*, Vol. 75, No. 6, 1987, s. 1971 vd.; **Ames**, J. B.: “Undisclosed Principle-His Rights and Liabilities”, *Yale Law Journal*, Vol. 18, No. 7, 1909, s. 443 vd.; **Fridman**, s. 191 vd.; **Birks**, s. 189 vd.

¹⁸ TTK’da acente ilişkisi çerçevesinde Amerikan hukukuna paralel bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, genel temsil yetkisi bakımından benzer bir istisna, TBK md. 40/2’de vardır. “İlgili için işlem” olarak anılan hükme göre, temsilcinin, temsil olunan ad ve hesabına hareket etmesine rağmen, bunu

Vasıflandırma sorununun, uyuşmazlığın ait olduğu bağlama konusunun tespiti bakımından öncelikle çözülmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, hâkim, uygulanacak hukuku tespitten önce, söz konusu uyuşmazlığı vasıflandırma yoluyla uygun bir bağlama konusuna dâhil etmelidir¹⁹. Bu vasıflandırma neticesinde, acente iç ilişkisi, temsil yetkisi ve esas işlem gibi farklı bağlama konularına ulaşılabacaktır.

Acente ilişkisinde ortaya çıkabilecek vasıflandırma sorununun hangi hukuka göre yapılacağı, konunun çözümündeki kilit noktadır. Zira vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağı, bir hukukî ilişkiye uygulanacak bağlama kuralını etkilemekte ve uygulanacak hukuk, ancak bu vasıflandırma neticesinde tayin edilebilmektedir²⁰. Örneğin, Fransa'da merkezi bulunan ve faaliyet gösteren Fransız tâbiyetli bir acente ile Türkiye'de ikamet eden ve işyeri bulunan Türk vatandaşı bir gerçek kişi arasında Türkiye'de bir acente sözleşmesi akdedildiğini ve acenteye temsil olunan ad ve hesabına Türkiye'den gönderilecek televizyonların satımı konusunda temsil yetkisi verildiğini varsayalım. Acentenin hak ettiği acentelik ücretinin tam olarak ödenmemesi neticesinde, Fransız şirketin Türkiye'de temsil olunana karşı alacak davası açtığını düşünürsek, milletlerarası unsurlu bu hukukî uyuşmazlık konusunda bir vasıflandırma sorunu ortaya çıkacaktır. Zira taraflar arasındaki hukukî ilişkiye Türk ve Fransız hukuklarında verilen ad ve hukukî sonuçlar farklıdır. Buna göre, uyuşmazlık konusunun *lex fori* uyarınca, yani Türk hukukuna göre vasıflandırılması hâlinde acente sözleşmesinden kaynaklı bir alacak davası; *lex causae* uyarınca, yani esasa uygulanacak hukuka göre vasıflandırıldığında ise bir vekâlet sözleşmesi söz konusu olacaktır²¹.

açıklamaması ihtimalinde, üçüncü kişinin bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarması veya çıkarabilecek durumda olması ya da işlemi temsilci veya temsil olunandan biri ile yapmasının farksız olması durumunda da söz konusu hukukî işlem, temsil olunanı bağlayacaktır. “İlgili için işlem” istisnası hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Esener**, T.: “Borçlar Hukukunda Kime Ait Olacaklarsa Onun Nâmına Yapılan Mukaveleler”, Arsebük Armağanı, Ankara 1958, s. 619 vd. (Borçlar); **Oğuzman/Öz**, s. 219; **Reisoğlu**, s. 130.

¹⁹ **Lookofsky**, s. 292; **Houtte**, s. 18; **Fawcett/Carruthers**, s. 42; **Koppenol-Laforce**, s. 133.

²⁰ **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 85.

²¹ Fransız temsil hukuku, Kıta Avrupası hukuk sistemi içindeki diğer devletlerin hukuklarından farklı olarak, acente kavramını bağımsız bir hukukî kavram olarak kabul etmemektedir. Fransız temsil hukukuna ilişkin olarak bkz. **Nicholas**, B.: French Law of Contract, London 1982, s. 170 vd.; **Badr**, s. 82. Fransız hukukunda temsil, vekâlet müessesesi ile bir kabul edilir ve bunun sonucu olarak da sınırlayıcı bir anlayış çerçevesinde yalnızca iç ilişkiden ibaret bir kavram olarak benimsenir. Fransız hukuku hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Busch/Macgregor**, s. 18 vd.

Hukuk düzenlerinde ortaya çıkan bu tür muhtemel farklılıklar karşısında, vasıflandırmanın hangi hukuka göre yapılacağı konusunda farklı teoriler ortaya atılmaktadır²². Bu nedenle, öncelikle vasıflandırma usulü bakımından takip edilecek uygun bir yöntem tercih edilmelidir²³. Günümüzde genel eğilim, tek bir vasıflandırma yönteminden yararlanmak yerine, somut olayın özelliklerine göre milletlerarası özel hukuk adaletini sağlayan ve milletlerarası özel hukukta kabul edilen menfaatleri dikkate alan vasıflandırma yolunun tercih edilmesi yönündedir²⁴. Kanımızca, kural olarak *lex fori* dikkate alınmakla birlikte, acente ilişkisinin üç taraflı hukukî yapısının karmaşıklığı da düşünülerek somut olayın özelliklerine göre vasıflandırmaya gidilmesi tercih edilmelidir²⁵. Acente ilişkisi kapsamında ortaya çıkan uyumsuzluklar bakımından, her koşulda *lex fori* vasıflandırmanın tercih edilmesi yerine, somut uyumsuzluğun esas alınarak diğer vasıflandırma yöntemlerinden yararlanılması, milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması bakımından uygun olacaktır²⁶. Örneğin, acente ilişkisi bağlamında ortaya çıkan bir

²² Vasıflandırma sorununda, hâkimin hukuku olan *lex fori'nin*, olayın esasına uygulanacak hukuk olan *lex causae'nin*, bağımsız bir sistem çerçevesinde karşılaştırmalı hukukun öngördüğü hukuk ilkelerinin ve her bir olayın kendi özelliğine göre farklı yöntemlerin uygulanarak sonuca gidilmesi yönünde çözüm yöntemleri vardır. Söz konusu çözüm yöntemleri hakkında bkz. **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011, s. 42 vd.; **Rabel**, s. 47 vd.; **Robertson**, s. 25 vd.; **Koppenol-Laforce**, s. 133 vd.; **Dacey/Morris**, s. 35; **Nomer**, s. 97 vd.; **Çelikel/Erdem**, s. 83 vd.; **Doğan**, Milletlerarası, s. 135 vd.

²³ Bu konuda ilk kez Kahn ve sonrasında Bartin tarafından savunulan yöntem, hukukî ilişkinin *lex fori'ye* göre vasıflandırılmasıdır. Doktrinde baskın surette kabul edilen çözüm yöntemi de budur: **Dacey/Morris**, s. 35; **Koppenol-Laforce**, s. 134; **Robertson**, s. 25. *Lex causae'ya* göre vasıflandırmanın yapılması gerektiği konusunda Despagnet, Wolff ve Frankenstein gibi bazı yazarlar görüş bildirmiştir. Evrenselci (*universalist*) vasıflandırma, özellikle Rabel ve Becket tarafından ileri sürülmekte ve vasıflandırmanın kanunlar ihtilâfı kuralları kapsamında teşekkül etmiş bağımsız kavramlara göre yapılmasını öngörmektedir. Rigaux ve Quadri ise, bu konuda hukuk biliminin genel prensipleri ışığında bilimsel yöntemlere göre vasıflandırmanın yapılması noktasında birleşmişlerdir. Konu hakkındaki görüşler için bkz. **Badr**, s. 88 vd.; **Dacey/Morris**, s. 35 vd.; **Nomer**, s. 97 vd.

²⁴ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Akıncı**, Z.: Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992, s. 67 (Taraf); **Dacey/Morris**, s. 36; **Çelikel/Erdem**, s. 90; **Nomer**, s. 100; **Doğan**, Milletlerarası, s. 137; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 84.

²⁵ Acente ilişkisinin vasıflandırılması bakımından, kanunlar ihtilâfı kurallarıyla bağlantılı belirli hukukî kategorilerden hangisinin en iyi sonucu vereceği konusunda hukuk düzenlerindeki kavramlar üzerinde karşılaştırma yapmak gerekir. Farklı hukuk düzenlerinin şekillendirdiği kurallar, büyük ölçüde farklılıklar getirebilir. Zira acente ilişkisine ilişkin kuralların tüm hukuk düzenlerinde yeknesaklık göstermesi mümkün değildir. Bu durumda, milletlerarası acente ilişkisinin vasıflandırılmasında, dikkate alınacak ülke hukuku konusunda bir tercihte bulunulması gerekecektir: **Badr**, s. 88.

²⁶ Acente ilişkisinin her koşulda *lex fori'ye* göre vasıflandırılması gerektiğine ilişkin aksi yönde görüş için bkz. **Verhagen**, Agency, s. 142.

konu, Türk hukukunda bu kapsamda tanınmıyorsa, bu hâlde *lex causae*'ya göre ya da karşılaştırmalı hukuka göre vasıflandırma yapılması daha uygundur²⁷.

Vasıflandırma konusunda belirtilmesi gereken bir başka husus, acente iç ilişkisi ve acente ilişkisinde temsil yetkisinin, kanunlar ihtilâfı düzenlemelerinde ayrı birer bağlama konusu olarak düzenlenip düzenlenmediğidir. Acente sözleşmesi, birçok devletin milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde ve milletlerarası sözleşmelerde özel bir bağlama konusu olarak düzenlenmemiştir. Acente sözleşmesi Türk hukukunda da özel olarak düzenlenmeyen ve bu sebeple de genel akit statüsü içinde ele alınan bir konudur. Aynı şekilde, temsil yetkisinin acente ilişkisindeki hukukî etkisi de, karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda özel olarak düzenlenmiş bir bağlama konusu değildir. Bununla birlikte, iradî/doğrudan temsilin hukuk düzenlerinde özel olarak düzenlenen bir bağlama konusu olduğu görülmektedir²⁸. Hukuk düzenlerinde temsil, iç ve dış ilişki ayrımı yapılarak düzenlenmektedir. Bu ayrıma uygun olarak, acente iç ilişkisi kapsamındaki konular, acente sözleşmesi statüsüne tâbidir. Acente ilişkisinde temsil yetkisinden doğan konular bakımından ise, temsil statüsü uyarınca ayrı bağlama kuralları esas alınacaktır.

§ 2. UYGULAMA ALANINA DÂHİL KONULAR

Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanı, akit statüsüne göre tayin edilmektedir²⁹. Bu sebeple, akit statüsü kapsamında ortaya çıkacak uyuşmazlıklar, acente sözleşmesi statüsü bakımından da gündeme gelecektir.

²⁷ Doktrinde kabul edilen bir görüş de benzer yöndedir. Çelikel/Erdem, bir hukukî ilişkinin vasıflandırılmasının kural olarak *lex fori*'ye göre yapılması esas olmakla birlikte, hukukî ilişkinin *lex fori* tarafından tanınmaması durumunda *lex causae*'ya göre vasıflandırmanın yapılmasının daha âdil olduğu görüşündedir: **Çelikel/Erdem**, s. 92. Konu hakkında ayrıca bkz. **Doğan**, Milletlerarası, s. 137 vd.

²⁸ Temsil yetkisi, bir bağlama konusu olarak kanunlar ihtilâfı hukukunda yer alan diğer bağlama konularına nazaran gecikmeli olarak kanunlara girmiştir. Bu durumun doğal karşılanması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir. Zira kanunlar ihtilâfı kuralları, iç hukukta genellikle hukukî anlamda oturmuş, köklü kategoriler hakkında düzenlemeler getirmektedir. Örneğin hukukî işlemlerin şekli, tarafların ehliyeti, mülkiyet meseleleri, miras hukuku ve sözleşmeler gibi. Ancak temsil ilişkisi olarak adlandırılan bağlama konusu ise, bu örnek meselelere göre nisbeten yeni bir kavramdır. Zira temsil, henüz 19. yüzyılın ikinci yarısında genel bir kavram olarak tanınmaya başlamıştır. Tespitler için bkz. **Badr**, s. 81.

²⁹ **Nomer**, s. 323; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 370.

Acente sözleşmesinin hukukî niteliğinin bir yansıması olarak, acenteliğe ilişkin ilâve bazı konuların, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanına girdiği de hatırlatılmalıdır³⁰. Örneğin, acente sözleşmesinin sona ermesi hâlinde acentenin temsil olunandan müşteri tazminatı isteme hakkı, acente sözleşmesine özgü bir konudur. Bu bakımdan müşteri tazminatı alacağından kaynaklanan bir uyuşmazlık, akit statüsüne tâbi bütün sözleşmeler bakımından uygulama bulamasa da, acente sözleşmesinin kendine özgü bir meselesi olarak statünün uygulama alanına dâhil olacaktır.

Acentenin temsil yetkisine sahip olması durumunda, temsil yetkisi ile ilgili iç ilişki kapsamında kalan konular da, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanında kabul edilecektir. Bununla birlikte, aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere, temsil yetkisinin kullanılmasının temsil olunan ve üçüncü kişi bakımından temsil ilişkisi çerçevesindeki etkisiyle ilgili konular ise, acente iç ilişkisiyle bağlantılı olmadığından, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı dışında kalacaktır.

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanı içinde yer alan konular, değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlar, en dar anlamda acente sözleşmesinden doğan taleplerden kaynaklanan konular şeklinde ifade edilmektedir. Bu çerçevede, uygulama alanı kapsamında yer alan konular, acente sözleşmesinin

³⁰ Acente sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ve taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşmedir. Sözleşmede belirli ya da belirli olmayan bir zaman diliminde, hem acentenin hem de temsil olunanın, birbirlerine karşı aslî edim yükümlerini karşılıklı ilişki çerçevesinde sürekli olarak yerine getirmeleri söz konusudur: **Ayan**, Ö.: Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Ankara 2008, s. 25; **Kayıhan**, s. 73. Bununla birlikte, hukukî nitelik olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu kabul edilen acente sözleşmesinin, taşıdığı özellikler itibarıyla hangi sözleşmeye benzediği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde acente sözleşmesini farklı gerekçelerle hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve kendine özgü sözleşme olarak nitelendiren görüşler bulunmaktadır. Konu hakkındaki tartışmalar hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Zevkliler/Havutçu**: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 335 vd.; **Domanıç/Ulusoy**, s. 390; **Tandoğan**, s. 384; **Karayalçın**, s. 358; **Kınacıoğlu**, s. 38; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 391; **Joubert**, s. 139. Kanaatimizce, acente sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi gibi sözleşmelerin farklı özelliklerini taşıyan kendine özgü yapılı (*sui generis*) bir sözleşme olarak kabul edilmelidir. Zira bir ücret karşılığında yapılması zorunlu olan acente sözleşmesi, ivazsız da yapılabilen vekâlet sözleşmesinden ayrılmaktadır. Aynı şekilde, genellikle belli işler için kullanılan vekâlet sözleşmesi, sürekli bir akdî ilişki doğuran acente sözleşmesinden bu noktada da farklıdır. Acentenin niteliklerinden birinin de temsil olunandan bağımsızlığı olduğu düşünüldüğünde, işçiyi, iş gördüren kimse ile bağımlı bir ilişki içinde olmayı gerektiren hizmet sözleşmesine benzemediği sonucuna varılabilir. Açıklanan gerekçelerle, acente sözleşmesinin taşıdığı nitelikler ve tarafların hak ve yükümlülükleri itibarıyla, vekâlet sözleşmesi ve hizmet sözleşmesinin bazı özelliklerini taşıyan, ancak ana karakter olarak kendine özgü yapısı olan sürekli bir iş gördürme sözleşmesi olduğu kanısındayız. Aynı yönde bkz. **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 319; **Kınacıoğlu**, s. 35; **Kayıhan**, s. 95; **Ayan**, s. 28.

kuruluşundan maddî geçerliliğine, hükümlerinden ifasına, tarafların hak ve borçları ile sözleşmenin sona ermesine kadar birçok konuyu içine alacak cinstendir³¹. Hatta tartışmalı olmakla beraber, acente sözleşmesi görüşmelerinden doğan sorumluluğun (*culpa in contrahendo*) da istisnaları olmak üzere acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanında kalan bir konu olduğu ifade edilmelidir. Bunun yanında, acente ve temsil olunan arasındaki iç ilişkiyi ilgilendiren temsil yetkisi ile ilgili bazı konular da, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanına dâhil edilmektedir³².

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanı tayin edilirken, aynı zamanda kapsam dışı kalan konuların belirlenmesi de gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukuk düzenlerinde kabul edilen, akit statüsünün taraf ehliyeti ve şekil dışında kalan sözleşmeyle ilgili bütün konularda uygulanacağı yönündedir³³. Buna göre, uygulama alanı dışında kalan konular bahsinde aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, acente ve temsil olunanın ehliyetinden, acente sözleşmesinin şeklinden ve acente dış ilişkisinden kaynaklanan konular, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı dışında kalacaktır. Bunun yanında, acente ilişkisinde ispata ilişkin ihtilâflar, usul hukukuna ait bir konu olarak *lex fori*'ye tâbi olacaktır³⁴. Dolayısıyla acente ilişkisi kapsamında ortaya çıkan ispat araçlarının kabul edilebilirliği, delilin türü, delilin ileri sürülme şekli, delillerin takdiri gibi ispata ilişkin konular, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanına girmeyecektir³⁵.

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanı içinde kalan bütün konular, maddî acente hukuku çerçevesinde ayrıntılı olarak ele alınmayacaktır. Zira uygulama alanına giren konular, maddî acente hukukuna ilişkin eserlerde ayrıntıları ile incelenmektedir. Milletlerarası özel hukuk bakımından ise, statüsünün kapsamı içinde kalan konular genel eserlerde sadece sıralanmakta, ayrıntıları ile ele alınmamaktadır. Kanunlar ihtilâfi hukukunun amacına uygun olarak, çalışmamızda da uygulama alanına giren konular ayrıntılı olarak ele alınmayacak, uygulama

³¹ Verhagen, Agency, s. 257.

³² Uyanık Çavuşoğlu, s. 84.

³³ Doğan, Milletlerarası, s. 306; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 377.

³⁴ İspata ilişkin konuların *lex fori*'ye tâbi olduğu hususunda bkz. Dicey/Morris, s. 1260.

³⁵ Ancak maddî hukuktaki ispat yükü ve kanunî karinelerle ilgili esasa ilişkin konular, yine akit statüsüne tâbi olacaktır: Nomer, s. 385; Doğan, Milletlerarası, s. 56.

alanının tespiti noktasında, bazı uyuşmazlık türleri kanunlar ihtilâfı boyutuyla kısaca açıklanacaktır.

Acente sözleşmesi statüsü içinde yer alan ve niteliği gereği ayrı bağlama kurallarına tâbi tutulan bazı konular hakkında ise özel olarak açıklama yapılacaktır. Örneğin, sözleşmenin kurulması, acente sözleşmesi statüsü içinde kalan bir konudur. Buna ilişkin açıklamalar borçlar hukukuna bırakılmakla beraber, muhatabın susmasının, onun irade beyanına ne anlam yükleyeceği sorunu, ayrıntılı olarak kanunlar ihtilâfı hukukuna ilişkin eserlerde açıklanmaktadır. Bunda şüphesiz sorunun, ayrı bir bağlama konusu olarak mevzuatta yer alması etkili olmaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanına giren konuları, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, sözleşmenin kurulması, sözleşmenin hükümleri, sözleşmenin sona ermesi, acente iç ilişkisini ilgilendiren temsil yetkisi sorunları şeklinde bir ayırım çerçevesinde tespit etmek gerekir. Bu şekilde, acente iç ilişkisine mümkün olduğu ölçüde tek bir hukukun uygulanması arzulanmaktadır³⁶.

A. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK

Acente sözleşmesinin kurulması belli bir süreci gerektirmektedir. Temsil olunan ile acente bir araya gelmekte ya da sözleşmeye yönelik iletişim kurmakta, hazırlık veya görüşme, öneriye davet, öneri ve kabulü değerlendirme aşamalarından geçmektedirler. Bir diğer ifadeyle, sözleşme öncesinde taraflar arasında bir etkileşim ve irtibat alanı doğmaktadır³⁷.

Acente sözleşmesi müzakereleri sonunda, sözleşme hürriyeti ilkesi çerçevesinde taraflar arasında sözleşme akdetme mecburiyeti bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu aşamada, tarafların sözleşme görüşmelerine başlamalarıyla birlikte, birbirlerine karşı dürüst davranma, özen gösterme, ciddî bir niyetle müzakerede bulunma, gerekli hususlarda açıklama yapma, yanlış bilgi vermeme, doğacak zararları önleme, birbirlerinin menfaatlerini, mal ve şahıs varlıklarını

³⁶ La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/1'in düzenlediği temsil iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanının tayininde de bu paralelde bir ayırım yapılmıştır.

³⁷ **Baygın**, C.: "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", AÜEHFD, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 345; **Yalman**, S.: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 13.

koruma yükümlülükleri vardır³⁸. Bu yükümlülüklerin ihlâli, sözleşme öncesi görüşmelerde taraflardan birinin kusurlu davranışından doğan sorumluluk kapsamında kabul edilmektedir³⁹. Örneğin bir kimsenin, bir acentenin işyerine acente sözleşmesi hakkında görüşmek üzere gitmesi durumunda, tarafların birbirlerine karşı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında yükümlülükleri vardır. Bu görüşmeler süresince, acentenin yürüttüğü faaliyet ve gösterdiği referanslar hakkında yanlış bilgi vermesinin de etkisiyle acente sözleşmesinin temsil olunan tarafından akdedildiği varsayılırsa, gelecekte bu gerçek dışı bilgilerin açığa çıkması hâlinde, temsil olunanın uğradığı zararın acente tarafından karşılanması gerekecektir. Zira doğan zararın hukukî dayanağı, sözleşme görüşmelerinde acentenin yanlış bilgi vermeme ödevini kusuruyla ihlâl etmiş olmasıdır.

Acente sözleşmesi görüşmeleri devamınca tarafların kusurlu olarak sebebiyet verdikleri zararlardan kaynaklanan sorumluluğun acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanına girip girmediği konusunda doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Maddî hukukta tartışma konusu edilen hukukî nitelendirmeler neticesinde sorumluluğu, sözleşme sorumluluğu⁴⁰, haksız fiil sorumluluğu⁴¹ ve

³⁸ Bu yükümlülüklerin temelinde, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla birlikte taraflar arasında sözleşme benzeri bir ilişkinin doğduğu düşüncesi yatmaktadır: **Ulusan**, İ.: “Culpa in Contrahendo Üstüne”, Prof. Dr. Ümit Doğanay Anısına Armağan 1, İstanbul 1982, s. 286.

³⁹ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, sözleşmenin kurulması amacıyla bir araya gelen tarafların, hayat, sağlık, mülkiyet ve malvarlığına ilişkin değerlerinin, karşı tarafça korunacağı yönünde oluşan güvenin boşa çıkması neticesinde kabul edilen sorumluluktur: **Kırca**, Ç.: “Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk”, Ankara 2004, s. 138. Buna göre, kurulmuş veya kurulmamış, geçerli veya geçersiz sözleşme olup olmadığına bakılmaksızın, sözleşme görüşmeleri aşamasında ortaya çıkan kusurlu yükümlülük ihlâlinin sebep olduğu bir sorumluluk söz konusudur: **Yılmaz**, H.: “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur ‘Culpa in Contrahendo’ ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, YD, C. 11, S. 3, 1985, s. 236; **Demircioğlu**, H. R.: Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, s. 37 vd.

⁴⁰ Bu görüşe göre, sözleşme görüşmeleri aşamasında taraflar arasında akdî bir ilişki olmasa da, özel bir ilişki vardır. Zira sözleşme kurmak için iletişime geçen taraflar arasında, hukukî işlem teması oluşacaktır. Bu ilişki, taraflar arasında olup, herkese karşı hüküm ifade etmez. Sözleşme görüşmeleri aşamasında, taraflardan birinin özensiz davranışı zarara neden olmuşsa, bu zarardan yalnızca o kişinin muhatabı olan kimse korunmalıdır. Dolayısıyla, sözleşme görüşmelerindeki kusurlu davranışlara, sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekir. Görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Gürpınar**, D.: Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukukî Sorumluluk, İzmir 2006, s. 148 vd.; **Kutlu Sungurbey**, A.: Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1998, s. 117 vd. (Zarar); **Atamer**, Y. M.: “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, YD, C. 22, S. 1-2, 1996, s. 111 vd.; **Eren**, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 1086; **Yalman**, sh. 28 vd.; **Demircioğlu**, s. 77 vd.; **Ulusan**, s. 300, 311; **Yılmaz**, s. 244, 251; **Baygı**, s. 355.

güven sorumluluğu⁴² olarak nitelendiren görüşler bulunmaktadır. Söz konusu sorumluluğun hukukî niteliğine ilişkin millî hukuk düzenlemelerinde de yeknesak bir düzenleme yoktur⁴³.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukukî niteliği konusundaki tartışmalar, milletlerarası özel hukukta vasıflandırma meselesini gündeme getirmektedir⁴⁴. Zira bütün hukuk düzenlerinde sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk konusu, aynı şekilde vasıflandırılmamaktadır. Acente sözleşmesi

⁴¹ Sözleşme görüşmelerinin başlamasının, taraflar arasında akdî bir ilişki meydana getirmeyeceği, ortada mevcut bir hukukî ilişki olmadığı için sözleşme öncesi bir davranış ve bundan doğacak bir zarara sözleşme sorumluluğunun uygulanamayacağı, bu görüşün temel dayanağını oluşturmaktadır. Sözleşme öncesi özen ve bilgi verme yükümlerinin ihlâli haksız fiil olduğundan, sözleşme görüşmeleri sırasında oluşacak kusurun neden olduğu zararın tazmini bakımından haksız fiil hükümleri esas alınmalıdır. Görüş hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Kılıçoğlu**, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s. 59; **Oser/Schönenberger**: Borçlar Hukuku, 1. Kısım, (Çev. Seçkin, R.), Ankara 1947, md. 6, No. 15, s. 226.

⁴² Güven sorumluluğunu savunanlara göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, ne sözleşme ne de haksız fiil sorumluluğuna dayanmayan, güven sorumluluğu gibi her iki sorumluluk arasında yer alan üçüncü bir sorumluluk türüdür. Bu bakımdan, sözleşme görüşmelerinden doğan ihlâllerin, sözleşmenin kurulmasına olan güvenin boşa çıkması nedeniyle oluşan güven sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Görüş hakkında bkz. **Kırca**, s. 122, 134, 148; **Eren**, s. 1083 vd.; **Baygın**, s. 355; **Atamer**, s. 111. Örneğin sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hakkında genel bir düzenleme bulunmadığı için hukukî nitelik tartışmasının yaşandığı İsviçre hukukunda, bu görüş, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da dikkate alınmaktadır. Örnek kararlar için bkz. **Yılmaz**, s. 247, dn. 73-74.

⁴³ Bazı devletler, bu sorumluluk hakkında, genel bir düzenlemeye sahiptir. Örneğin Alman Medenî Kanunu'nda (BGB) sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, ayrı maddelerde düzenlenmişken, 2002 yılında yapılan değişiklikle, sözleşmeden doğan borç ilişkileri başlığı altında genel bir borç kaynağı olarak açıkça kanuna dâhil edilmiştir. Tespit için bkz. **Gürpınar**, s. 144. Bu çerçevede, Alman Medenî Kanunu (BGB) §311/2'de, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla §241/2'de öngörülen özen borcu ve koruma borcunun doğacağı hükme bağlanmıştır. Böylece Alman hukukunda, söz konusu sorumluluk, sözleşmeden doğan borç ilişkileri kapsamında ele alınan bir hukukî müessese hâline gelmiştir. Bununla birlikte, bazı devletler, konuya ilişkin hiç bir düzenlemeye sahip değildir. Nitekim Amerikan hukukunda bu konuda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Amerikan hukukunda sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk benzeri sonuçlara götüren başka hukukî müesseseler vardır. Örneğin Amerikan hukukunda "*caveat emptor*" yani satıcının alıcıyı bilgilendirme yükümlülüğünün bulunmaması ilkesi geçerlidir. Bu durum, aslında sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk ile bağdaşmayan bir durumdur. Ancak bu ilkeye istisnalar getirilerek müzakere döneminde oluşan bazı zararların giderilmesine imkân tanınmıştır. Söz konusu istisnalardan biri de "*misrepresentation*" müessesesidir. Buna göre, kusurlu olarak karşı tarafta yanlış kanaat uyandıran açıklamalarda ve beyanlarda bulunmak yasaktır. **Waite**, J. B.: "Caveat Emptor and The Judicial Process", Columbia Law Review, Vol. 25, No. 2, 1925, s. 129 vd.; **Baygın**, s. 368 vd. **Demircioğlu**, s. 71. Bazı devletler ise, mevzuatlarının farklı hükümlerinde özel olarak sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa yer vermiştir. Örneğin İsviçre, Fransız ve Türk hukukları, bu şekilde düzenleme getirmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 26, 39, 31/2, 36/2'deki, Fransız Medenî Kanunu md. 1599'daki, Türk hukukunda TBK md. 217/2, 229/2, 562/2, 44/2, 47'deki, Türk Medenî Kanunu (TMK) md. 452/2'deki düzenlemeler, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında örnek mahiyetli hükümlerdir. Fransız hukukuna ilişkin tespit için bkz. **Demircioğlu**, s. 49; İsviçre hukukuna ilişkin tespit için bkz. **Kırca**, s. 163.

⁴⁴ **Fawcett/Carruthers**, s. 832.

görüşmelerinden doğan sorumluluk, akdî kabul edilirse acente sözleşmesi statüsü, haksız fiil kapsamında ele alınırsa haksız fiil statüsü dikkate alınacaktır⁴⁵.

Bu açıklamalardan hareketle, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluktan doğan bir uyumsuzluk, tercih edilecek vasıflandırmaya göre farklı kanunlar ihtilâfi kurallarına ve dolayısıyla da farklı hukuk düzenlerine tâbi tutulacaktır. Bu bakımdan, sorumluluğun maddî hukuktaki dayanakları ve hukukî nitelik değerlendirmeleri, vasıflandırmanın neye göre yapılacağı konusunda önemli bir gerekçedir. Aynı şekilde, vasıflandırmada doktrindeki tartışmalar, konuya ilişkin içtihatlar ve mevzuatta yer alan hükümlerden de yararlanılabilecektir⁴⁶. Doktrinde baskın görüş, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun akit statüsüne tâbi tutulması yönündedir⁴⁷. Bu paralelde, Yargıtay, doktrindeki baskın görüşü de dikkate almak suretiyle, sözleşme görüşmelerinden doğan her türlü ihlâli, sözleşme sorumluluğuna tâbi tutmaktadır⁴⁸. Ancak bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun tâbi olacağı statünün belirlenmesinde, söz konusu sorumluluğun farklı görünüşleri esas alınmalıdır⁴⁹. Nitekim AB hukukunda Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Tüzük'ün (Roma II

⁴⁵ Bu paralelde tespitler için bkz. **Akıncı**, Taraf, s. 59-60; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 240.

⁴⁶ Örneğin Alman Medenî Kanununda (BGB) 2002 yılından sonraki değişiklikle konu açıkça akdî sorumluluk kapsamına sokulduğu için, vasıflandırma buna göre yapılacaktır: **Demircioğlu**, s. 69 vd.

⁴⁷ Doktrinde Verhagen, sözleşme öncesi sorumluluğun, sözleşmeyi idare eden hukuka tâbi olması gerektiğini ileri sürmektedir: **Verhagen**, Agency, s. 413. Türk hukuk doktrininde ise Nomer, sözleşmeden doğan borç ilişkileri kapsamına, *culpa in contrahendo*'dan ifaya kadar geçen süreci dâhil etmektedir: **Nomer**, s. 323. Aynı paralelde, Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu, sözleşmenin meydana gelişi bağlamında “müzakereye girişmeden doğan borçlar” olarak akit statüsü kapsamında görmektedir: **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 370. Doktrinde Berki, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun tâbi olacağı hükümleri açıkça belirtmese de, sözleşmenin kurulmasına ve sözleşme görüşmeleri aşamasında ortaya çıkan irade sakatlıkları hâllerine sözleşmeden doğan borç hükümlerinin uygulanacağını ifade etmek suretiyle, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa da akit statüsünün uygulanması gerektiği sonucuna vardığı söylenebilir: **Berki**, O. F.: Devletler Hususî Hukuku, C. II, Kanun İhtilâfları, Ankara 1966, s. 306 vd.

⁴⁸ Yargıtay, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun tâbi olacağı kurallar bakımından, geçmişten bugüne net bir hukukî nitelendirmede bulunmamıştır. Ancak Yargıtay, eski kararlarında, sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu bir davranıştan meydana gelen zararların tazmininde, sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirmekte iken; son yıllarda bu görüşünü değiştirerek sözleşme sorumluluğunu esas alan yönde kararlar vermeye başlamıştır. Örnek bir karar için bkz. Yargıtay HGK, 1.12.2010 T. ve E. 2010/13-593, K. 2010/623 sayılı karar (Kazancı İctihat Bankası).

⁴⁹ **Tarman**, Z. D.: “Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 2, İstanbul 2010, s. 1671 (Culpa in Contrahendo); **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 95.

Tüzüğü) öngördüğü çözüm yolu da, bu paralelde karma bir öneri getirmektedir⁵⁰. Tüzük, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu, hukukî niteliğinden ötürü, her koşulda akdî sorumluluk ya da haksız fiil sorumluluğu olarak nitelendirmek yerine, sorumluluğun ortaya çıkış hâllerini münferit olarak değerlendirmeyi esas almıştır⁵¹. Bu çerçevede, Roma II Tüzüğü, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hakkında md. 2/1'de genel bir düzenlemeye yer vermiştir. Ancak Roma II Tüzüğü Önsözü (Dibace) md. 30, konuya ilişkin ikili bir ayırım yapmıştır. Buna göre, sözleşme görüşmeleriyle doğrudan bağlantılı sözleşme öncesi borç ilişkilerine md. 12, sözleşme görüşmeleri sırasında meydana gelen özensiz davranışların akit tarafta neden olduğu zararlara ise md. 4 uygulanacaktır. Bu ayırmadan hareketle, Roma II Tüzüğü md. 12'de sözleşme görüşmelerinin sebepsiz olarak sona erdirilmesi ve aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranılmasından doğan sorumluluk hakkında akit statüsünün uygulanacağı hükme bağlanarak konu, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Tüzük (Roma I Tüzüğü) kapsamına dâhil edilmiştir. Buna karşın, sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan özensiz davranışların vücut bütünlüğüne verdiği zarardan doğan sorumluluğun ise, Roma I Tüzüğü md. 4 kapsamında haksız fiil statüsünün uygulama alanına girdiği hükme bağlanmıştır⁵².

⁵⁰ Roma Konvansiyonunda konuya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, Roma I Tüzüğü md. 1/2(i)'de sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun Tüzüğün kapsamı dışında kaldığı ifade edilmektedir. İlâve olarak, Roma I Tüzüğü Önsözü (Dibace) md. 10'da sözleşme akdedilmeden önceki yükümlülüklerle ilgili konuların Roma II Tüzüğüne tâbi olduğu vurgulanmaktadır. Bu düzenlemeler birlikte yorumlandığında, AB hukuku bakımından sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun akdî mi, yoksa haksız fiil olarak mı vasıflandırılacağı sorunu da çözüme kavuşturulmuş olmaktadır. Böyle bir düzenlemede şüphesiz Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) Brüksel I Tüzüğüyle ilgili olarak, sorumluluğu sözleşme dışı vasıflandıran bir içtihadî özellikle etkili olmuştur. Kararda ABAD, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukukî niteliği konusunda bir tespitle bulunmamakla birlikte; akdî vasıflandırmayı reddederek milletlerarası yetki konusunda haksız fiile ilişkin yetki kurallarının uygulanması yönünde karar vermiştir. ABAD'ın 17.9.2002 tarihli C-334/00 sayılı *Tacconi/Heinrich Wagner kararı* hakkında bkz. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=46679&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1372949> (10.9.2012). Karar hakkında ayrıca bkz. **Tarman**, *Culpa in Contrahendo*, s. 1663 vd.

⁵¹ Roma II Tüzüğü'nün konuya ilişkin hükmü hakkında bkz. **Volders**, B.: "Culpa in Contrahendo in the Conflict of Laws: A First Appraisal of Article 12 of the Rome II Regulation", NIPR Online, s. 2.

⁵² Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Fawcett/Carruthers**, s. 833 vd.

Kanaatimizce Roma II Tüzüğü'nün öngördüğü ikili ayrımın tercihi daha makûl görünmektedir⁵³. Bu bakımdan, acente sözleşmesi görüşmelerinden doğan bir uyuşmazlığın somut olay dikkate alınarak vasıflandırılması gerekir. Zira her koşulda, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukla ilgili bir uyuşmazlığı haksız fiil ya da sözleşme sorumluluğu kapsamında nitelendirmek makûl bir çözüm değildir. Buna göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk dürüst davranma, gerekli hususlarda açıklama yapma, yanlış bilgi vermeme, ciddî bir niyetle müzakerelerde bulunma gibi yükümlülüklerin ihlâlinden kaynaklanmışsa uyuşmazlık, acente sözleşmesi statüsü kapsamında vasıflandırılmalıdır. Örneğin, Fransa'da faaliyet gösteren Alman vatandaşı acente ile mobilya imalatçısı Türk tâbiyetli bir şirketin temsilcisinin, Paris'te bir mobilya fuarında bir araya gelerek acente sözleşmesine yönelik müzakerelerde bulduklarını varsayalım. Bu görüşmelerde Türk şirketinin temsilcisi, İstanbul'da imâl ettiği mobilya ürünlerinin Paris'te satımının yapılması konusunda Alman acenteye sözleşme yaparak ona temsil yetkisi vermeyi plânlamaktadır. Türk şirketi, Alman acentenin geçmiş yıllara ait acentelik faaliyetleri ve yerli firmaların Paris'te mobilya sektöründeki pazar payına ilişkin ayrıntılı rapor istemiştir. Bu konuda, Alman acentenin davranış ve beyanlarının da etkisiyle gerekli hazırlıkları yapan Türk şirketi, müzakere aşamasında Alman acentenin verdiği bilgilerin yalan, belgelerin sahte olduğunu öğrenmiştir. Ancak Alman acente, yanlış ve yalan bilgi sunarak ve sahte belge düzenleyerek açıklamada bulunduğundan dolayı, Türk şirketinin uğradığı zarardan sorumlu olacaktır. Söz konusu uyuşmazlığın, sözleşme sorumluluğu kapsamında vasıflandırılarak acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanına dâhil olması gerektiği kanısındayız. Zira haksız fiilde, genel olarak rastlantı gereği ortaya çıkıp herkese karşı yönelebilecek olan genel yükümlülüklerin ihlâli söz konusudur. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğunda ortaya çıkan tesadüflük olgusu, burada görüşmelerin başlamasıyla ortadan kalkmakta ve taraflar arasında geçici de olsa özel bir bağ, etkileşim veya sözleşme benzeri hukukî ilişki kurulmaktadır⁵⁴. Her ne kadar sözleşme görüşmeleri aşamasında gerçekleşen bazı ihlâllerin oluştuğu anda, ortada henüz mevcut bir sözleşme bulunmasa da,

⁵³ Doktrinde Doğan da, Türk hukukunda konuya ilişkin hükmün bulunmaması nedeniyle Roma II Tüzüğü'nde öngörülen çözüm yolunun benimsenebileceğini savunmaktadır: **Doğan**, Milletlerarası, s. 306.

⁵⁴ **Kırca**, s. 140-141; **Akyol**, s. 28.

tarafının sözleşme kurma niyetiyle bir araya gelmeleri, ortaya çıkan temas ve bu bağlamda artan oranda gelişen etkileşim, taraflar arasındaki ilişkiyi tesadüfî olmaktan çıkararak haksız fiil sorumluluğundan uzaklaştırmaktadır⁵⁵. Bununla birlikte, aynı örnekte, şirket temsilcisinin acente ile Almanya'daki işyerinde sözleşme müzakerelerinde bulunduğunu varsayalım. Görüşmeler esnasında acentenin işyerini gezen şirket temsilcisinin ayağına, koridorda bulunan yangın söndürme cihazının düşmesi sonucunda oluşan zarardan yine acente sorumludur. Acentenin işyerinde gerçekleşen bu zararın sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamında olacağından kuşku yoktur. Bununla birlikte, milletlerarası özel hukuk bakımından bu konu, acente sözleşmesi statüsünün değil, haksız fiil statüsünün uygulama alanına dâhil olmalıdır. Zira bu örnekte, acentenin özensizliğinden ve tedbirsizliğinden kaynaklanan bir zarar söz konusudur. Dolayısıyla sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların özen gösterme, doğacak zararları önleme, birbirlerinin menfaatlerini, mal ve şahıs varlığını koruma yükümlülükleri kusurlu olarak ihlâl edilmişse, doğacak zararlar, haksız fiil statüsüne tâbi olmalıdır.

B. SÖZLEŞMENİN KURULUŞU VE MADDÎ GEÇERLİLİĞİ

Acente sözleşmesinin kurulması, acente sözleşmesi statüsüne tâbi bir konudur⁵⁶. Aynı şekilde, acente sözleşmesinin maddî geçerliliği ile ilgili konular da acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı içinde kalır⁵⁷.

Acente sözleşmesinin kurulması ve maddî geçerliliği ile ilgili ihtilâfların acente sözleşmesi statüsüne tâbi olması bakımından, sözleşmenin geçerli olup olmamasının bir önemi yoktur. Nitekim Türk hukukunda MÖHUK md. 32/1'de yer

⁵⁵ Gürpınar, s. 148.

⁵⁶ Hay/Müller-Freienfels: "Agency in The Conflict of Laws and The 1978 Hague Convention", The American Journal of Comparative Law, Vol. 27, 1979, s. 41; Houtte, s. 180. Genel olarak sözleşmenin kuruluşu ile ilgili konuların akit statüsüne tâbi tutulduğu hakkında ayrıca bkz. Libling, D. F.: "Formation of International Contracts", The Modern Law Review, Vol. 42, 1979, s. 170; Jaffey, A. J. E.: "Offer and Acceptance and Related Questions in the English Conflict of Laws", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 24, No. 4, 1975, s. 604 (Offer); Collier, J. G.: Conflict of Laws, Cambridge 1987, s. 165; Delaume, G. R.: Law and Practice of Transnational Contracts, New York 1988; s. 85 (Law); Kaye, P.: The New Private International Law of Contract of the European Community, Hampshire 1993, s. 15; Uluocak, N.: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, s. 195; Dicey/Morris, s. 1251; Rabel, s. 519; Doğan, Milletlerarası, s. 301.

⁵⁷ Hay/Müller-Freienfels, s. 42; Houtte, s. 180; Verhagen, Agency, s. 264. Genel olarak sözleşmenin maddî geçerliliğinin akit statüsünün uygulama alanı içinde kaldığı hakkında tespitler için bkz. Libling, s. 170; Dicey/Morris, s. 1255 vd.; Collier, s. 170; Kaye, s. 18.

alan “sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa, o hukuka tâbidir” hükmünün, sözleşmenin meydana gelişi ve geçerliliği ile ilgili konuları akit statüsünün uygulama alanına soktuğu şeklinde yorumlandığı görülmektedir⁵⁸. AB hukukunda Roma I Tüzüğü md. 10/1’de de bu paralelde bir düzenleme getirilmiştir⁵⁹. Bu çerçevede, iradî/doğrudan temsil statüsü hakkında yeknesak kurallar getirme amacı taşıyan 1978 tarihli Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Konvansiyonu⁶⁰ (La Haye Temsil Konvansiyonu) md. 8/1, temsil iç ilişkisinin varlığı ve maddî geçerliliği hakkındaki ihtilâfların, bu ilişkiye uygulanacak hukukun uygulama alanında kalacağını hükme bağlamıştır⁶¹.

Her akdî ilişkide kabul edildiği üzere, acente sözleşmesinin kurulması için de acente ve temsil olunanın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları

⁵⁸ **Tekinalp/Uyank Çavuşoğlu**, s. 371.

⁵⁹ Roma I Tüzüğü md. 10/1’e göre, bir sözleşmenin ya da onun bir hükmünün mevcudiyeti ve maddî geçerliliği, sözleşme geçerli olarak kurulsaydı tâbi olacağı hukuka göre tayin edilir. Konu hakkında bkz. **Stone**, P.: EU Private International Law, Cheltenham 2010, s. 324 (Private). Aynı yönde bir düzenleme, Roma Konvansiyonu md. 8/1’de yer almaktadır: **Williams**, P. R.: “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 35, 1986, s. 18; **O’Brien**, J.: Smith’s Conflict of Laws, London 1999, s. 348; **Dicey/Morris**, s. 1250; **Collier**, s. 179; **Houtte**, s. 24; **Kaye**, s. 269; **Koppenol-Laforce**, s. 148. AB hukukunda kabul edilen bu hüküm, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin konuların, henüz kurulup kurulmadığı belli olmayan bir sözleşmenin tâbi olduğu statünün uygulama alanına dâhil edilmesinin mantıksızlığı yönündeki eleştirilere karşı getirilmiş olan “*putative proper law*” yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Konu hakkında ayrıca bkz. **Jaffey**, A. J. E.: “Essential Validity of Contracts in the English Conflict of Laws”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 23, No. 1, 1974, s. 3 vd. (Validity); **Williams**, s. 18; **Collier**, s. 163; **Fawcett/Carruthers**, s. 744.

⁶⁰ 1 Mayıs 1992 tarihinde yürürlüğe giren La Haye Temsil Konvansiyonu, bugün itibarıyla, Fransa, Arjantin, Portekiz ve Hollanda tarafından onaylanmıştır. AB üyesi olan Fransa, Portekiz ve Hollanda bakımından, acente sözleşmesi statüsünün tayininde Roma I Tüzüğü dikkate alınacak olmakla birlikte, bu ülkeler, La Haye Temsil Konvansiyonuna da taraf olduklarından, öncelikle bu Konvansiyon esas alınacaktır: **Chorus/Gerver/Hondius/Koekkoek**: Introduction to Dutch Law, Netherlands 1999, s. 266; **Verhagen**, Agency, s. 135. Bu sonucu teminen, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 22’de ve Roma I Tüzüğü md. 25’de, milletlerarası sözleşmelerin uygulanması hâlinde, sözleşme tarafı devletlere bir hâle getirmeyeceğini öngören hüküm yer almaktadır. La Haye Temsil Konvansiyonu, genel olarak iradî/doğrudan temsil ilişkisi statüsünü düzenlediği için, temsil ilişkisinin temel sözleşmesinin hukukî niteliği Konvansiyon bakımından önemli değildir. Bu sebeple, temel sözleşme acente sözleşmesi de olabileceğinden, acente ilişkisine uygulanacak hukukun tespitinde Konvansiyon hükümleri önemli bir kaynak teşkil etmektedir: **Koppenol-Laforce**, s. 158-159; **Reimann**, s. 92. La Haye Temsil Konvansiyonu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Preifer**, M. G.: “The Hague Convention on The Law Applicable to Agency”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 26, 1978, s. 434 vd.; **Verhagen**, Agency, s. 1 vd.; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 35 vd.; **Badr**, s. 141 vd.; **Kostromov**, s. 108 vd. La Haye Temsil Konvansiyonunun İngilizce metni için ayrıca bkz. http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=89 (Erişim Tarihi: 15.11.2011).

⁶¹ **Preifer**, s. 435; **Verhagen**, Agency, s. 263.

gerekmektedir⁶². Bu çerçevede, acente sözleşmesinin kurulmasına yönelik olarak⁶³ acente ya da temsil olunanın sözleşmeye yönelik öneri beyanı, kabul beyanı, öneri ve kabul beyanının birbirine uygunluğu, öneriye davet beyanı, önerinin reddi, zımnî kabul beyanı, öneriye bağlılık süresi, öneri beyanının süreli veya süresiz olması, önerinin hazır olanlar ya da hazır olmayanlar arasında yapılması⁶⁴, öneri veya kabul beyanının geri alınması, gecikmiş kabul, öneri şartlarının değiştirilerek yapılması, sözleşmenin kuruluş zamanı ve yerinin belirlenmesi vb. konularda ihtilâf çıkabilir⁶⁵.

Görüldüğü gibi, acente ve temsil olunanın, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanlarının ya da davranışlarının hukukî sonuçları, acente sözleşmesi statüsüne tâbidir. Bununla beraber, acente sözleşmesi statüsünün uygulanmasının hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurması durumunda, buna istisna getirilmektedir. Öyle ki bazı hâllerde, sözleşmenin kurulmasına yönelik davranışlara hüküm tanınıp tanınmayacağı tartışmalıdır⁶⁶. Bu husus, özellikle susmanın, kabul beyanı anlamına gelip gelmeyeceği noktasında önem kazanır⁶⁷. Taraflardan birinin susması acente

⁶² Akit tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bir sözleşmenin temel kurucu unsuru olduğu hakkında bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 43; **Eren**, s. 112.

⁶³ Genel olarak sözleşmenin kurulması ile ilgili konular hakkında bkz. **Craswell**, R.: "Offer, Acceptance, and Efficient Reliance", Stanford Law Review, Vol. 48, No. 3, 1996, s. 507 vd.; **Collier**, s. 165 vd.; **Rabel**, s. 519 vd.; **Dacey/Morris**, s. 1251.

⁶⁴ Hazırlar arasında kurulan acente sözleşmesi bakımından bir tereddüt olmamakla beraber, sözleşmenin hazır olmayanlar arasında akdedilmesi durumunda, öneri ve kabul beyanları ile ilgili konuların yine akit statüsüne tâbi tutulması tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, özellikle öneri beyanı bakımından, ortada henüz mevcut bir sözleşme olmaması nedeniyle, konunun akit statüsünün uygulama alanı içine sokulamayacağı yönündedir. Konuya ilişkin aksi görüş ise, sözleşmeyi parçalamamak amacıyla, öneri beyanının varlığı ve geçerliliği ile ilgili konuların da akit statüsünün uygulama alanı içinde olması gerektiği şeklindedir. Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 371 vd. Kanaatimizce, acente sözleşmesi görüşmelerinden doğan sorumluluğun kural olarak acente sözleşmesi statüsüne tâbi tutulmasından hareketle, ister hazırlar ister hazır olmayanlar arasında gerçekleşsin, öneri beyanının varlığı ve geçerliliği meseleleri, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanında kabul edilmelidir.

⁶⁵ Benzer tespitler için ayrıca bkz. **Verhagen**, Agency, s. 260 vd.

⁶⁶ Bu istisnadaki kasıt, sözleşmenin kuruluşuna yönelik rızadır. Dolayısıyla, sözleşmenin hükümleri, irade sakatlıkları veya sözleşmenin feshi ya da sözleşmeden rücu gibi sözleşmenin bağlayıcılığına ilişkin konular kapsam dışıdır: **Nomer**, s. 324; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 372.

⁶⁷ **Verhagen**, Agency, s. 259; **Doğan**, Milletlerarası, s. 302; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 372. Doktrinde bu istisnanın uygulanabilmesi için irade beyanına hukukî sonuç yüklenen tarafın suskunluğunun, akit statüsünden bilgisi bulunmamasından kaynaklanması gerektiği savunulmaktadır: **Nomer**, s. 324. Ancak aksi görüşe göre, söz konusu istisna, yalnızca zayıf akit tarafa sahip sözleşmelerde, zayıf tarafça ileri sürülebilir: **Ersen Perçin**, G.: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddî Geçerliliği", MHB, Y. 28, S. 1-2, 2008, s. 60; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 41 vd. Kanaatimizce, bu istisnaî hükmün amacı, sözleşmenin kurulmasına yönelik davranışta bulunmadığını iddia eden tarafı korumaktır. Aynı yönde bkz. **Aybay/Dardağan**: Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfi), İstanbul 2008, s. 270. Kanun koyucu MÖHUK md. 32/2'de yalnızca iş ya da tüketici

sözleşmesi statüsüne göre kabul anlamına gelmekle beraber, onun mutad meskeni veya yerleşim yeri hukukuna göre red olarak kabul ediliyorsa, bu haksızlığın önlenmesi için acente sözleşmesi statüsünden feragat edilebilmelidir⁶⁸. Bu bağlamda, AB hukukunda Roma I Tüzüğü md. 10/2’de konuya ilişkin önemli bir istisna getirilmiştir⁶⁹. Buna göre, taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın akit statüsüne tâbi kılınmasının, hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına rızası olmadığını iddia eden taraf, mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını talep edebilir⁷⁰. Aynı paralelde bir düzenleme, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK) md. 123’de de düzenlenmiştir⁷¹. Söz konusu istisna, Türk hukukunda ise MÖHUK md. 32/2’de hükme bağlanmıştır⁷². Ancak Roma I Tüzüğü ve İsviçre MÖHK’un aksine MÖHUK md. 32/2’deki istisnaî hükmün uygulanabilmesi için, sözleşmenin kurulmasına yönelik rızasının olmadığını iddia eden tarafın talepte bulunma şartı aranmamıştır. Dolayısıyla hâkim, hakkaniyeti gözeterek sözleşmenin kurulmasına yönelik rızası olmayan tarafın mutad mesken hukukunu re’sen uygulamak zorundadır⁷³.

sözleşmesi gibi zayıf akit tarafa sahip sözleşmeler için değil, genel olarak taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı her durumda hâkimlere bu istisnayı uygulama yetkisi vermiştir. Bu bakımdan, MÖHUK’un zayıf akit tarafın korunmasına yönelik getirdiği düzenlemelerden biri olarak kabul edilmesinin, yerinde bir yaklaşım olmadığı kanısındayız.

⁶⁸ Akit statüsü bakımından aynı yönde bir tespit için bkz. **Jaffey**, Offer, s. 610.

⁶⁹ Söz konusu istisna, Roma Konvansiyonu md. 8/2’de de düzenlenmiştir: **Tetley**, W.: International Conflict of Laws, Montreal 1994, s. 234; **Chuah**, s. 397; **Williams**, s. 18; **Dicey/Morris**, s. 1251; **Fawcett/Carruthers**, s. 744; **Houtte**, s. 24; **Kaye**, s. 275; **Koppenol-Laforce**, s. 148.

⁷⁰ **Stone**, Private, s. 326. Ancak bu istisna, olumsuz bir nitelik taşımaktadır. Zira öneri karşısında susan taraf, sözleşme için rızasının olmadığını kendi mutad mesken hukukuna dayanarak ileri sürebilir. Dolayısıyla akit statüsüne göre geçersiz sayılan bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için, karşı tarafın mutad mesken hukukuna dayanamaz: **Aygül**, M.: “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, SÜHFD, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 253 (Avrupa).

⁷¹ İsviçre MÖHK md. 123’e göre, muhatap, öneri beyanına susması hâlinde, susmanın sonuçlarına mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını talep edebilir: **Samuel**, A.: “The New Swiss Private International Law Act”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 37, 1988, s. 687; **Turhan**, T.: “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, 1989-1990, s. 140. İsviçre MÖHK’un İngilizce metni için ayrıca bkz. <http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf> (erişim tarihi: 9.12.2011).

⁷² MÖHUK md. 32/2’ye göre, taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

⁷³ **Ersen Perçin**, s. 62.

Bu açıklamalardan hareketle, örneğin, İtalya vatandaşı bir acentenin, Romanya'daki bir demir-çelik fuarında vida üreticisi temsil olunan ile onun ad ve hesabına İtalya'daki yapı marketlerine vida satma konusunda mutabakata vardığını varsayalım. Vida üreticisi temsil olunan, İtalya'ya dönen acenteye genel işlem şartları ekli bir teyid mektubu göndermiştir. Teyid mektubunda, daha önce müzakere edilmeyen müşteri tazminatının talep edilemeyeceği hükmünü gören acente, temsil olunana cevap vermemiştir. Acente sözleşmesi statüsüne göre, acentenin susması kabul beyanı anlamına gelse dahi, bunun hakkaniyete aykırı olduğunun tespiti hâlinde, sözleşmenin kuruluşunda kendi rızasının olmadığını iddia eden acentenin talebi üzerine, onun mutad mesken hukuku uygulanarak susmaya verilen hukukî etki tayin edilmelidir⁷⁴.

Acente sözleşmesinin kurulmasına yönelik taraf iradelerinde ortaya çıkan irade sakatlıkları, yine acente sözleşmesi statüsüne tâbidir⁷⁵. Acente sözleşmesini kuran taraf iradelerinin rızaen beyan edilmesi gerekmektedir. Buna göre, yanılma (hata), aldatma (hile), korkutma (ikrah) ve aşırı yararlanma (gabin) kaynaklı irade sakatlıklarının hüküm ve sonuçları ile ilgili konular, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı içinde kalır. Özellikle irade sakatlığının acente sözleşmesinin geçerliliğine etkisi, sözleşmeyi geçersiz kılması için gerekli şartlar, geçersizliğin ileri sürülme zamanı ve geçersizliğin türü, bu kapsamda ortaya çıkabilecek örnek konulardır⁷⁶.

Acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanına dâhil olan sözleşmenin maddî geçerliliği, acente sözleşmesi bakımından birçok konuda gündeme gelebilir⁷⁷. Bu çerçevede, acente sözleşmesinin kurulması için gerekli maddî şartlar, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanında kalmaktadır. Örneğin acentenin, bağımsız olarak ya da temsil olunana bağlı çalışmasının hukuken bir fark yaratıp yaratmadığı ya da acentelik faaliyetini sürekli olarak yerine getirmesinin zorunluluk arz edip

⁷⁴ Konuya ilişkin benzer bir örnek için ayrıca bkz. **Nomer**, s. 324.

⁷⁵ Genel akit statüsü çerçevesinde ayrıca bkz. **Jaffey**, Offer, s. 615; **Collier**, s. 166; **Kaye**, s. 270; **Dicey/Morris**, s. 1251; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 370; **Akıncı**, Taraf, s. 58-59.

⁷⁶ **Verhagen**, Agency, s. 258, 263.

⁷⁷ Genel olarak sözleşmenin maddî geçerliliği ile ilgili örnek konular hakkında bkz. **Güngör**, G.: Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, s. 103, 218 (Tüketici); **Stone**, Private, s. 324 vd.; **Libling**, s. 171 vd.; **Akıncı**, Taraf, s.58; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 49 vd.; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 371.

etmediği hususları, acente sözleşmesi statüsüne tâbi tutulmalıdır⁷⁸. Aynı şekilde, akit tarafların acente sözleşmesine genel işlem şartları dâhil edip edemeyecekleri, bunun taraflar için bağlayıcılığı, sözleşmeye atılan imzanın genel işlem şartlarını da kapsayıp kapsamadığı konuları da, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanında kalan bir başka örnektir⁷⁹.

C. TARAFLARIN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN HAK VE BORÇLARI

Acente ve temsil olunanın sözleşmeden doğan hakları ve borçları, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanına dâhil konulardan bir diğeridir⁸⁰. Bu çerçevede, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/1'de de temsilci ve temsil olunanın sözleşmeden doğan borçlarının, temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuka tâbi olduğu açıkça hükme bağlanmıştır⁸¹.

Acente sözleşmesinde akit tarafların bazı hakları ve borçları bulunmaktadır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinden dolayı, kural olarak acentenin sahip olduğu haklar, temsil olunanın borçlarını oluştururken, acentenin borçları, temsil olunanın haklarına karşılık gelmektedir⁸². Örneğin, acentenin sahip olduğu ücret hakkı, temsil olunanın bir borcu olarak kabul edilecektir. Bu bakımdan, acente sözleşmesi statüsü kapsamında yer alan örnek ihtilâflar incelenirken, tekrardan kaçınmak adına acentenin hak ve borçları ile ilgili konular, aynı zamanda temsil olunanın hak ve borçlarını da içine alacak şekilde açıklanacaktır.

Acente sözleşmesi bakımından tarafların hak ve borçlarının hukuk düzenlerinde aynı şekilde düzenlenmesi düşünülemez. Örneğin, Türk hukukunda, acentenin rekabet yasağı söz konusudur. Buna göre, aksi taraflarca yazılı olarak öngörülebilecek olsa da, kural olarak acentenin, aynı ticaret dalında faaliyette bulunan birden çok işletme ad ve hesabına acente faaliyetinde bulunması yasaktır

⁷⁸ Acentenin bağımsız niteliği ve acente ilişkisinin sürekliliği hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Kayıhan**, s. 37 vd.

⁷⁹ Genel işlem şartlarının akit statüsüne tâbi olduğu konusunda bkz. **Nomer**, s. 302.

⁸⁰ **Minor**, B. C.: Conflict of Laws or Private International Law, Littleton 1985, s. 375; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 42; **Preifer**, s. 435; **Houtte**, s. 180; **Kostromov**, s. 116; **Verhagen**, Agency, s. 263. Tarafların hak ve borçları konusunun akit statüsünün uygulama alanına girdiği hakkında ayrıca bkz. **Williams**, s. 27; **Rabel**, s. 528.

⁸¹ **Preifer**, s. 435; **Verhagen**, Agency, s. 265.

⁸² **Kayıhan**, s. 176 vd.

(TTK md. 104)⁸³. Buna karşın, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 418(c)/2’de, Türk hukukundan farklı olarak, rekabet yasağına kural olarak yer verilmemiş, ancak aksi yazılı olarak öngörülebilme şartıyla rekabet yasağı getirilebilme imkânı tanınmıştır⁸⁴.

I. ACENTENİN BORÇLARI VEYA TEMSİL OLUNANIN HAKLARI

Acentenin ve temsil olunanın taraf olduğu acente sözleşmesinden doğan hak ve borçlar kapsamında birçok sorunun ihtilâf konusu olması mümkündür⁸⁵. Aşağıda verilecek örnek mahiyetteki uyuşmazlıklar, acente sözleşmesi statüsüne tâbi tutulmaktadır.

Acentenin sözleşmeden doğan borçları, acente sözleşmesi statüsüne tâbidir⁸⁶. Bu bağlamda, acentenin iş görme borcunun kapsamı ile ilgili bir ihtilâf, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanına dâhildir. Örneğin, acentenin aracılık ettiği ya da akdettiği sözleşmenin ticarî bir işletmeyi ilgilendirmesinin gerekip gerekmediği⁸⁷ ya da acentenin belli sayıda sözleşme akdetme veya sözleşmeye aracılıkta bulunma zorunluluğu olup olmadığı acente sözleşmesi statüsüne tâbi konulardır.

Acentenin temsil olunanın menfaatlerini koruma borcu, acente sözleşmesi statüsüne tâbi konulardan bir başkasıdır. Örneğin, acentenin faaliyet gösterdiği ticarî alanda piyasada oluşan şartlar ya da müşterileri hakkında gerekli araştırmaları yapma

⁸³ Acente ilişkisinde rekabet yapmama borcu hakkında bkz. **Arkan**, s. 207; **Kayıhan**, s. 105 vd.

⁸⁴ **Kayıhan**, s. 108.

⁸⁵ Acentenin borçları veya temsil olunanın hakları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kınacıoğlu**, s. 38 vd.; **Kayıhan**, s. 96 vd.; **Tekil**, s. 216 vd.; **Domanıç/Ulusoy**, s. 402 vd.; **Baştuğ/Erdem**, s. 170 vd.; **Karahan**, s. 373 vd.; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 322 vd.; **Teoman** (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku), s. 641 vd.; **Poroy/Yasaman**, s. 180; **Arkan**, s. 204 vd.; **Karayalçın**, s. 363 vd.; **Verhagen**, Agency, s. 265.

⁸⁶ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 42; **Preifer**, s. 435; **Houtte**, s. 180; **Minor**, s. 375.

⁸⁷ Karşılaştırmalı hukukta genel olarak, acentenin yalnızca bir ticarî işletme adına faaliyette bulunabileceği kabul edilmektedir. Örneğin Alman Ticaret Kanunu (HGB) §84/1’de “ticarî bir iş yapan kimse”, TTK md. 102/1’de “ticarî bir işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimse” ibareleri kullanılmak suretiyle, bu unsur kabul edilmektedir. Konu hakkında bkz. **Karayalçın**, s. 359; **Tekil**, s. 209; **Arkan**, s. 198; **Karahan**, s. 361; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 316; **Kınacıoğlu**, s. 13; **Teoman** (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku), s. 633; **Poroy/Yasaman**, s. 175.

ve müşterileri özenle seçme borcunun bulunup bulunmadığı hususları, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanında kalmaktadır⁸⁸.

Acentenin sadakat borcundan doğan ihtilâflar da acente sözleşmesi statüsüne tâbidir. Örneğin, acentenin, acente sözleşmesi süresince rekabet yapmama borcunun kapsamı, şartları, süresi, rekabet etmeme karşılığında bir tazminat alacağı olup olmadığı, rekabet etmeme borcuna muafiyet sağlama imkânının olup olmadığı konuları, acente sözleşmesi statüsüne tâbidir. Bu bağlamda, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/2(d)'de rekabet yasağına ilişkin klozlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların, temsil iç ilişkisinin uygulama alanı içinde kaldığı hükme bağlanmıştır⁸⁹.

II. ACENTENİN HAKLARI VEYA TEMSİL OLUNANIN BORÇLARI

Acente sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme niteliği taşıdığından, acentenin borçları veya temsil olunanın haklarının karşılığı olarak acentenin hakları veya temsil olunanın borçları bulunmaktadır⁹⁰. Şüphesiz bu çerçevede ortaya çıkacak ihtilâflar da acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı içinde kabul edilmektedir⁹¹.

Acentenin sözleşmeden doğan hakları acente sözleşmesi statüsüne tâbidir⁹². Bu çerçevede, acentenin fiilen aracılıkta bulunduğu veya akdettiği sözleşmelerden dolayı sahip olduğu ücret hakkından doğan bir ihtilâf, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanına girer. Örneğin bu ücretin, akdedilen ya da aracılıkta bulunulan sözleşme başına mı, yoksa sözleşmenin ekonomik değerine mi veya belli bir yüzde oranına göre mi belirleneceği, ücretin maaş şeklinde ödenmesinin mümkün olup olmadığı, ücret hakkının ne zaman doğacağı, ücrete hak kazanabilmek için üçüncü

⁸⁸ Konu hakkında ayrıca bkz. **Kınacıoğlu**, s. 41; **Arkan**, s. 205.

⁸⁹ **Kostromov**, s. 118.

⁹⁰ Acentenin hakları veya temsil olunanın borçları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Cengiz**, A.: "Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları", HHFĐ, 1(2), 2011, s. 155 vd.; **Karayalçın**, s. 365 vd.; **Teoman** (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku), s. 645 vd.; **Kınacıoğlu**, s. 57 vd.; **Tekil**, s. 217 vd.; **Poroy/Yasaman**, s. 181 vd.; **Arkan**, s. 207 vd.; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 324 vd.; **Kayhan**, s. 117 vd.; **Domaniç/Ulusoy**, s. 404 vd.; **Baştuğ/Erdem**, s. 171 vd.; **Karahan**, s. 364 vd.; **Houtte**, s. 181 vd.; **Verhagen**, Agency, s. 270.

⁹¹ **Dacey/Morris**, s. 1468.

⁹² **Houtte**, s. 180; **Kostromov**, s. 116; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 42; **Preifer**, s. 435; **Verhagen**, Agency, s. 263.

kişinin edimini ifa etmesinin şart olup olmadığı, acentenin tekel hakkına sahip olduğu bölgede temsil olunanın bizzat kendisinin akdettiği sözleşmelerden de ücret talep edip edemeyeceği, sözleşme sona erdikten sonra acentenin çabası sonucu akdedilen sözleşmeler için de ücret istenip istenemeyeceği ve ücret dolayısıyla acentenin hapis hakkı⁹³ konuları, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı içinde kalan hususlardır⁹⁴.

Acentenin işlerini görmek için yaptığı masrafları talep hakkı, acente sözleşmesi statüsüne tâbi olan konulardan bir başkasıdır. Bu çerçevede, acentenin talep edebileceği masrafların kapsamı, örneğin yalnızca büro masrafı, kira bedeli, elektrik, su, telefon, posta masrafları veya internet kullanım bedeli gibi olağan masrafların mı yoksa olağanüstü masrafların da talep edilip edilemeyeceği, acente sözleşmesi statüsüne tâbi bir konudur⁹⁵.

Acentenin müşteri tazminatı hakkından doğan ihtilâfların da acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanında kaldığı kabul edilmektedir⁹⁶. Buna göre, acentenin, sözleşme sona erdikten sonra müşteri tazminatına hak kazanıp kazanmayacağı, müşteri tazminatı hakkının doğmasının şartları⁹⁷, kapsamı, tazminat miktarının neye göre belirleneceği⁹⁸, tazminatın ne kadar süre ile ödeneceği, hangi

⁹³ Acentenin hapis hakkı konusunda bkz. **Verhagen**, Agency, s. 273 vd.

⁹⁴ Acentenin ücret hakkı konusunda bkz. **Franko**, N.: “Acentanın Ücret Hakkı”, Prof. Dr. Reha Poray’a Armağan, İstanbul 1995, s. 164 vd.

⁹⁵ Acentenin masraf talep hakkı konusunda bkz. **Kayihan**, s. 151 vd.; **Arkan**, s. 211 vd.; **Tekil**, s. 217 vd.

⁹⁶ Denkleştirme tazminatı, denkleştirme istemi, portföy tazminatı, portföy hakkı gibi kavramlarla da ifade edilen müşteri tazminatı hakkı, acentenin, acentelik faaliyetini sürdürürken sağladığı iş hacmi ve müşteri çevresinin çoğalmasının temsil olunanın işletmesinin değerinde bir artışa sebebiyet vermesi nedeniyle, sözleşme sona erdikten sonra hak kazandığı tazminattır. Müşteri tazminatı hakkı, Türk hukukunda, “denkleştirme istemi” başlığı altında TTK md. 122’de düzenlenmiştir. Aynı şekilde, 86/653 sayılı AB Direktifi md. 17-18’de düzenlenen müşteri tazminatı hakkına uyum sağlamak amacıyla, AB üyesi ülkeler, iç hukuklarında gerekli değişiklikleri yapmışlardır: **Ayan**, s. 137. Bu çerçevede, Alman hukukunda Alman Ticaret Kanunu (HGB) §89(b), Fransız hukukunda 91-593 sayılı Kanun md. 12-13, Avusturya hukukunda Avusturya Acentelik Kanunu md. 24 ve İtalyan hukukunda İtalyan Medenî Kanunu md. 1751, acenteye müşteri tazminatı hakkı veren kanun hükümlerinde mümkün olduğu ölçüde 86/653 sayılı Direktifle uyumlu değişiklikler getirmişlerdir. İsviçre hukukunda da, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 418(u), acenteye müşteri tazminatı hakkı veren bir hükümdür. Müşteri tazminatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Singleton/Anderson**: Commercial Agency Agreements, Law and Practice, Butterworths 1998, s. 74; **Ayan**, s. 91 vd.

⁹⁷ Örneğin, Alman, Avusturya ve Fransız hukukları, acentenin müşteri tazminatı talep edebilmesi için, acentenin kayba uğramasını şart koşmakta iken, İsviçre hukukunda böyle bir şarta yer verilmemiştir: **Ayan**, s. 142 vd.

⁹⁸ Örneğin, İsviçre hukukunda, acente, 1 yıllık net kazancı oranında müşteri tazminatı talep edebilecekken, Alman ve Türk hukukunda bu oranın, acentenin son 5 yıllık faaliyet ortalamasını

hâllerde tazminat talep hakkının ortadan kalkacağı, tazminat hakkından önceden feragat edilip edilemeyeceği ile ilgili örnek mahiyette konular, acente sözleşmesi statüsüne tâbidir. Nitekim La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/2(e) de, müşteri tazminatından doğan uyuşmazlıkların, temsil iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanına dâhil bir konu olduğunu hükme bağlamıştır⁹⁹.

D. SÖZLEŞMENİN İFASI

Sözleşme ilişkisinden doğan edimlerin ifası ile ilgili konular, akit statüsünün uygulama alanı içinde kabul edilmektedir¹⁰⁰. Bu paralelde, acente sözleşmesinde acente ve temsil olunanın edimlerinin yerine getirilmesinden doğan ihtilâflar da, acente sözleşmesi statüsünün kapsamı dâhilindedir¹⁰¹.

Bu çerçevede, acente sözleşmesinden doğan edimlerin ifa şartları, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinin hukukî sonuçları, kısmî ifa, ayıplı ifa durumunda gündeme gelecek yükümlülükler¹⁰², seçimlik borçların ifası, ifa yeri ve zamanı, imkânsızlık, mücbir sebep ya da umulmayan hâl nedeniyle borcun ifa edilememesinin sonuçları ve benzeri hususlar, acente sözleşmesi statüsüne tâbi örnek konulardandır¹⁰³.

aşmayacak şekilde yıllık ücret ve diğer yıllık gelirleri dikkate alınarak belirleneceği hükme bağlanmıştır: **Ayan**, s. 142.

⁹⁹ **Kostromov**, s. 118.

¹⁰⁰ **Williams**, s. 27; **Collier**, s. 171; **Minor**, s. 401; **Rabel**, s. 528; **Fawcett/Carruthers**, s. 754; **Delaume**, Law, s. 85; **Kaye**, s. 18; **Collins**, s. 49; **Dicey/Morris**, s. 1262 vd.; **Uluocak**, s. 196; **Sargın**, Patent, s. 34; **Akıncı**, İnşaat, s. 71; **Güngör**, Tüketici, s. 104; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 52 vd. Bu çerçevede, örneğin, Roma Konvansiyonu md. 10/1(b) ve Roma I Tüzüğü md. 12/1(b), sözleşmenin ifasından kaynaklanan uyuşmazlıkların akit statüsüne tâbi olduğunu hükme bağlamıştır: **O'Brien**, s. 345; **Stone**, Private, s. 323; **Chuah**, s. 397. Aynı şekilde, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/1'de de, ifadan kaynaklanan uyuşmazlıkların temsil iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanında kaldığı ifade edilmiştir: **Kostromov**, s. 118.

¹⁰¹ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 42; **Preifer**, s. 435; **Houtte**, s. 180; **Verhagen**, Agency, s. 266.

¹⁰² Roma Konvansiyonu md. 10/2 ve Roma I Tüzüğü md. 12/2'de ayıplı ifa hâlinde, ifanın yerine getirildiği ülke hukukunun esas alınacağı hükme bağlanmak suretiyle akit statüsüne işaret edilmektedir: **Bayata Canyaş**, A.: AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara 2012, s. 206.

¹⁰³ İfaya ilişkin konular hakkında genel olarak bkz. **Collins**, s. 49; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 42; **Dicey/Morris**, s. 1262 vd.; **Collier**, s. 171; **Fawcett/Carruthers**, s. 754 vd.; **Williams**, s. 27; **Minor**, s. 401; **Rabel**, s. 528 vd.; **Delaume**, Law, s. 85; **Houtte**, s. 180; **Rabel**, s. 539 vd.; **Verhagen**, Agency, s. 266; **Uluocak**, s. 196 vd.; **Nomer**, s. 325; **Güngör**, Tüketici, s. 219; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 53 vd.; **Aygül**, Avrupa, s. 253.

Acente sözleşmesinden doğan borçların ifası ile ilgili konular, kural olarak acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanına dâhil olmakla beraber, ifanın yerine getiriliş tarzı ile ilgili bazı hâllerde, bu kuralın dışına çıkılabilmektedir¹⁰⁴. Söz konusu istisnaî durumlar, pratik zorunluluklar nedeniyle ifa yerinde yapılması gerekli olan, sözleşme konusu malın sayılması, ölçülmesi, tartılması, muayenesi, incelenmesi, teslim ya da ödeme yapılacak gün, saat, süreye ilişkin hususlardır¹⁰⁵. Bir başka deyişle, bu hususlar, sözleşmenin içeriğini ilgilendirmeyen konular olarak mahallî hukuka tâbi tutulmaktadır¹⁰⁶. Örneğin, sözleşmeden doğan ücretin ödeme gününün tatile denk gelmesi hâlinde, acente sözleşmesi statüsü dikkate alınmayacaktır. Dolayısıyla, bu tarz konular, pratik zorunluluklar ve işin niteliği gereği, söz konusu şeklî işlemlerin gerçekleştirildiği yer hukukuna tâbi olacaktır¹⁰⁷. Bu bağlamda Türk hukukunda konuya ilişkin istisna, MÖHUK md. 33'de öngörülmüştür¹⁰⁸. Buna göre, ifa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda, bu işlem veya fiillerin yapıldığı ya da tedbirin alındığı ülke hukuku esas alınır¹⁰⁹. Bu bakımdan, acente sözleşmesinde edimlerin ifasıyla ilgili işlemler ve ifa konusu malların korunmasına yönelik alınması gerekli geçici mahiyetli tedbirler, acente sözleşmesi statüsü yerine, işlemin yapıldığı/tedbirin alındığı yer hukukuna tâbidir¹¹⁰.

¹⁰⁴ **Verhagen**, Agency, s. 275; **Dicey/Morris**, s. 1263.

¹⁰⁵ **Uluocak**, s. 204. Konuya ilişkin istisnaî hüküm, özel bir bağlama kuralı değildir. Bir başka deyişle sözleşme, akit statüsüne tâbi olmaya devam edecek, ancak akit statüsüne tâbi olarak yapılması gereken bazı işlemler, yabancı bir ülkede yapılabilecektir: **Nomer**, s. 325.

¹⁰⁶ **Dardağan**, E.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara 2000, s. 259.

¹⁰⁷ **O'Brien**, s. 345; **Doğan**, Milletlerarası, s. 309; **Aybay/Dardağan**, s. 274; **Uluocak**, s. 204.

¹⁰⁸ Söz konusu istisna, Roma Konvansiyonu md. 10/2, Roma I Tüzüğü md. 12/2'de ve İsviçre MÖHK md. 125'de de yer almış ve ifa yeri hukuku yetkili hukuk olarak belirlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dicey/Morris**, s. 1263; **Collier**, s. 180; **Koppenol-Laforce**, s. 148; **Stone**, Private, s. 323; **O'Brien**, s. 345; **Turhan**, s. 141. Aynı şekilde, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 9'da tarafların borçlarının ifa tarzı hakkında, ifa yeri hukukunun dikkate alınması hükme bağlanarak, tâbi olunan statüye istisna getirilmiştir: **Badr**, s. 142; **Verhagen**, Agency, s. 275

¹⁰⁹ Doktrinde, MÖHUK md. 33'ün uygulanmasında hâkimin, somut olayın özellikleri çerçevesinde bir karar vereceği, özellikle de akit statüsünün uygulanmasının âdil olmayacağı hâlin icabından anlaşılması durumunda, bu istisnaî hükmü dikkate alabileceği vurgulanmaktadır: **Doğan**, Milletlerarası, s. 310.

¹¹⁰ **Verhagen**, Agency, s. 275. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **Doğan**, Milletlerarası, s. 310.

E. BORCA AYKIRILIK

Sözleşmeden doğan borçlara aykırılıkla ilgili konular, akit statüsüne tâbidir. Buna göre, sözleşmeden doğan borçların, kısmen ya da tamamen ihlâli, akit statüsünün uygulama alanında kalan konulardan biri olarak kabul edilmektedir¹¹¹.

Bu çerçevede, acente sözleşmesinden doğan borçların ihlâli, ihlâlin hukukî sonuçları, sözleşmeyi ihlâl edenin sorumluluğu, ihlâl hâlinde sorumluluktan kurtulmanın mümkün olup olmadığı, ihlâl nedeniyle sözleşmenin feshedilip edilemeyeceği veya oluşan zararın tazmini¹¹², acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanında kalan konulara örnektir¹¹³.

F. SÖZLEŞMENİN YORUMLANMASI

Bir sözleşmenin yorumlanması¹¹⁴, akit statüsüne tâbi bir konudur¹¹⁵. Buna göre, acente sözleşmesinin hükümleri, acente sözleşmesi statüsü uyarınca yorumlanacaktır¹¹⁶.

Bu çerçevede, acente ve temsil olunanın sözleşmede kullandıkları ifadelerle neyi kastettikleri, örneğin sözleşmede kullanılan dolar para biriminin hangi ülkenin parasını ifade ettiğinin belirlenmesi, acente sözleşmesi statüsüne tâbi bir konudur¹¹⁷.

¹¹¹ Roma Konvansiyonu md. 10/1(c) ve Roma I Tüzüğü md. 12/1(c)'de, sözleşmeye aykırılığın akit statüsüne tâbi olduğu hükme bağlanmıştır: **Stone**, Private, s. 332; **Dicey/Morris**, s. 1264; **O'Brien**, s. 345.

¹¹² Sözleşmenin ihlâli nedeniyle oluşan zararların hesaplanması konusu da, yine akit statüsünün uygulama alanı içinde kalmaktadır. Ancak bu hesaplamada, hâkimin hukukunda bulunan usul kuralları da dikkate alınacaktır. Nitekim bu husus, Roma Konvansiyonu md. 10/1(c) ve Roma I Tüzüğü md. 12/1(c)'de açıkça ifade edilmiştir. Konu hakkında bkz. **Aygül**, Avrupa, s. 253. Aynı şekilde, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/2(f)'de, iç ilişki kapsamında tarafların birbirlerine verdikleri zararın tazmini bakımından temsil iç ilişkisi statüsünün uygulama bulacağı hükme bağlanmıştır: **Verhagen**, Agency, s. 266.

¹¹³ Akit statüsü çerçevesinde borca aykırılıkla ilgili diğer bazı örnekler için bkz. **Aygül**, Avrupa, s. 254; **Bayata Canyaş**, s. 210.

¹¹⁴ Sözleşmenin yorumlanması, sözleşmeye yönelik irade beyanlarının birbirine uygun olup olmadığının ve sözleşmenin hüküm ve şartlarının tespitini ifade eder: **Reisoğlu**, S.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 84.

¹¹⁵ **Dicey/Morris**, s. 1262; **Williams**, s. 27; **Collier**, s. 170; **Fawcett/Carruthers**, s. 753; **Kaye**, s. 18; **Minor**, s. 401; **Tiryakioğlu**, Taşınır, 58 vd.; **Güngör**, Tüketici, s. 219; **Dardağan**, s. 259. Roma Konvansiyonu md. 10/1(a) ve Roma I Tüzüğü md. 12/1(a) da, yorum probleminden kaynaklanan konuların akit statüsüne tâbi olduğunu hükme bağlamıştır. Konu hakkında bkz. **Stone**, Private, s. 323; **Dicey/Morris**, s. 1262; **Collier**, s. 179; **Fawcett/Carruthers**, s. 753; **Koppenol-Laforce**, s. 148; **O'Brien**, s. 345; **Chuah**, s. 397. La Haye Temsil Konvansiyonunda ise konuya ilişkin bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte, taraflar arasındaki iç ilişkinin yorumlanmasının da temsil iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanına dâhil olduğu savunulmaktadır: **Verhagen**, Agency, s. 273.

¹¹⁶ **Verhagen**, Agency, s. 273.

G. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Acente sözleşmesinin sona ermesi ile acente ilişkisi doğal olarak ortadan kalkacaktır¹¹⁸. Karşılaştırmalı hukukta, acente sözleşmesinin sona ermesi bakımından ortak nedenler yer almakla beraber, ayrıntıya ilişkin bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Söz konusu farklılıklara karşın, acente sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili uyuşmazlıkların, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı içinde kaldığı kabul edilmektedir¹¹⁹.

Acente sözleşmesinin sona ermesi ile ilgili birçok konu ihtilâfa neden olabilir. Örneğin, acente sözleşmesinin belirli süreli olarak yapılması durumunda süresinin dolmasına ek olarak fesih bildirimini gerekip gerekmediği, sözleşmenin belirsiz süreli olması hâlinde fesih bildirimini nasıl yapılacağı, fesih ihbar süresinin ne olduğu, ihbar süresinin sözleşme süresine göre değişip değişmediği¹²⁰, haklı sebeplerle sözleşmenin feshi, acente sözleşmesi statüsüne tâbi konulardır¹²¹.

¹¹⁷ Benzer bir örnek için bkz. **Stone**, Private, s. 323.

¹¹⁸ Acente sözleşmesini sona erdiren nedenler ve sonuçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arkan**, s. 217 vd.; **Karahan**, s. 376 vd.; **Domaniç/Ulusoy**, s. 407 vd.; **Knacıoğlu**, s. 85 vd.; **Teoman** (Ülgen, Ticarî İşletme Hukuku), s. 650 vd.; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 329 vd.; **Kayihan**, s. 215 vd.; **Tekil**, s. 218 vd.; **Baştuğ/Erdem**, s. 173; **Poroy/Yasaman**, s. 182 vd.; **Karayalçın**, s. 372 vd.; **Chuah**, s. 40 vd.

¹¹⁹ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 42. Örneğin, Roma Konvansiyonu md. 10/1(d) ve Roma I Tüzüğü md. 12/1(d), borcu sona erdiren nedenlerle ilgili uyuşmazlıkların akit statüsünün uygulama alanı içinde kaldığını hükme bağlamıştır: **Stone**, Private, s. 323; **Chuah**, s. 397; **Dacey/Morris**, s. 1266 vd.; **Fawcett/Carruthers**, s. 757; **Koppenol-Laforce**, s. 148; **O'Brien**, s. 345.

¹²⁰ Örneğin, Türk hukukunda, belirsiz süreli acente sözleşmelerinde fesih bildirimini konusunda 3 aylık bir süre öngörüldüğü hâlde (TTK md. 121/1), Alman Ticaret Kanunu (HGB) §89'da, acente sözleşmesinin fesih süresinin, sözleşmenin ilk yılında 1 ay, ikinci yılında 2 ay, üçüncü ve beşinci yılları arasında 3 ay ve beşinci yılından itibaren 6 ay olduğu hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 418(q)'da, belirsiz süreli acente sözleşmenin fesih süresi konusunda, Türk hukukundaki gibi sabit bir süre öngörülmemiştir. Buna göre, taraflar daha uzun süreli bir ihbar süresi kararlaştırılabilecek olsa da, Alman hukukundaki hükme benzer şekilde, sözleşmenin ilk yılında 1 aylık, bir yıldan fazla devam etmesi hâlinde ise 2 aylık bir fesih bildirim süresi kabul edilmiştir. Konu hakkında ayrıca bkz. **Ayan**, s. 44.

¹²¹ Konuya ilişkin olarak gündeme gelebilecek diğer örnek ihtilâflar hakkında ayrıca bkz. **Verhagen**, Agency, s. 267 vd.

H. SÖZLEŞMENİN GEÇERSİZLİĞİNİN SONUÇLARI

Sözleşmenin geçersizliğinin sonuçları, akit statüsüne tâbi olan bir başka konudur¹²². Böylece sözleşme geçersiz de olsa, konuya ilişkin bir ihtilâf, yine acente sözleşmesinin tâbi olduğu statüye göre çözümlenecektir¹²³.

Bu çerçevede, acente sözleşmesinin geçersizliği hâlinde tarafların birbirlerine olan iade yükümlülüğünün nasıl gerçekleşeceği veya tarafların yapmış oldukları masrafların talep edilip edilemeyeceği, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı içinde kalan konulara örnek olarak verilebilir¹²⁴.

I. TEMSİL YETKİSİNDEN DOĞAN İHTİLÂFLAR

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanı içinde, temsil yetkisi ile ilgili bazı ihtilâflar da yer almaktadır¹²⁵. Ancak acente ilişkisinin iç ve dış temsil özelliği, temsil yetkisinden kaynaklı uyuşmazlıkların, akit ya da temsil statülerinden hangisinin uygulama alanına dâhil olduğu konusunda bazı tartışmalara yol açmaktadır.

Acente ilişkisi kapsamında ortaya çıkan temsil yetkisi ile ilgili bir ihtilâfın, acente sözleşmesi statüsüne mi, yoksa temsil statüsüne mi tâbi olduğu hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Konuya ilişkin ileri sürülen bir görüş, temsil yetkisi ile ilgili her türlü uyuşmazlığın birbirinden ayırt edilmeksizin temsil statüsüne tâbi tutulması yönündedir. Dış yaklaşım (*external approach*) adı verilen bu görüşe göre, temsil yetkisi ile ilgili ihtilâflar, temsil olunan ve üçüncü kişi arasında gerçekleşeceği kabul edilerek temsil statüsünün uygulama alanında olmalıdır¹²⁶. Ancak söz konusu görüşün, acenteliğin iç ve dış ilişki yapısını göz ardı ettiği ortadadır. Bu şekilde, temsil yetkisi ile ilgili her türlü ihtilâfın temsil statüsüne tâbi tutulması isabetsizdir.

Acenteye temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişilerle muamelede bulunmak üzere verilen temsil yetkisinden doğan her bir uyuşmazlığı, vasıflandırma suretiyle

¹²² Konunun, akit statüsünün uygulama alanına girdiği, Roma Konvansiyonu md. 10/1(e) ve Roma I Tüzüğü md. 12/1(e)'de de hükme bağlanmıştır: **Dicey/Morris**, s. 1269; **Fawcett/Carruthers**, s. 757; **O'Brien**, s. 345; **Chuah**, s. 397.

¹²³ **Verhagen**, Agency, s. 272.

¹²⁴ Temsil iç ilişkisi bağlamında benzer örnekler için bkz. **Verhagen**, Agency, s. 272. Akit statüsü kapsamında ayrıca bkz. **Bayata Canyaş**, s. 214.

¹²⁵ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 84.

¹²⁶ Görüş hakkında bkz. **Verhagen**, Agency, s. 305.

ait olduğu statüye dâhil etmenin doğru olduğu kanısındayız. İhtilâfın vasıflandırılması neticesinde, acente iç ilişkisi kapsamında kaldığı sonucuna varılıyorsa acente sözleşmesi statüsü, acente dış ilişkisiyle bağlantılı olduğu tespit ediliyorsa, temsil statüsü dikkate alınmalıdır¹²⁷. Özellikle, temsil yetkisinin kullanılması ile üçüncü kişi ve temsil olunan arasında hukukî sonuçlar doğacağından, temsil yetkisinin iradî/doğrudan temsil çerçevesinde bu kişiler üzerinde hukukî etkide bulunmadığı aşamada, temsil yetkisi ile ilgili konular, iç ilişki kapsamında kabul edilmelidir. Bu bakımdan, temsil yetkisinden doğan meseleler, acente ilişkisinin iç ve dış yapısı dikkate alınarak ilgili statünün uygulama alanına dâhil edilmelidir¹²⁸.

Bu açıklamalardan hareketle, acente iç ilişkisiyle bağlantılı temsil yetkisi ihtilâfları, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı içinde kalacaktır. Acente iç ilişkisi dışında kalan acentenin temsil yetkisini kullanmasının taraflar üzerindeki hukukî etkisi ile ilgili konular, temsil statüsüne tâbidir. Zira bu tür konular, acentenin temsil yetkisini kullanarak yaptığı bir hukukî işlemin temsil olunan ve üçüncü kişi ile acente ve üçüncü kişi üzerindeki iradî/doğrudan temsil bağlamındaki şart, hüküm ve sonuçlarından kaynaklanmaktadır.

I. TEMSİL YETKİSİNİN VARLIĞI

Acentenin temsil yetkisinin mevcut olup olmadığına ilişkin doğacak ihtilâfların, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanında kaldığı konusunda görüş birliği yoktur. Buna göre, acentenin temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişilerle hukukî işlem yapmaya yönelik olarak bir yetkiyi haiz olup olmadığı, temsil yetkisinin maddî geçerliliği, temsil yetkisinin verilebilmesi için acente sözleşmesinin gerekli olup olmadığı, acente sözleşmesinin geçersizliğinin temsil yetkisine etkisi gibi konuların tâbi olduğu statünün belirlenmesinde tartışmalar mevcuttur¹²⁹.

¹²⁷ Aynı yönde bkz. **Verhagen**, Agency, s. 297.

¹²⁸ Meselenin bu şekilde, ikili bir ayırım çerçevesinde çözüme kavuşturulması doktrinde iç yaklaşım (*internal approach*) olarak adlandırılmaktadır: **Dacey/Morris**, s. 1475 vd.; **Verhagen**, Agency, s. 304.

¹²⁹ Temsil yetkisinin varlığıyla ilgili gündeme gelebilecek konular hakkında ayrıca bkz. **İnceoğlu**, s. 128 vd.

Doktrinde bir görüş, temsil yetkisinin varlığı ile ilgili bütün meselelerin temsil statüsünün uygulama alanı içinde kaldığı yönündedir¹³⁰. Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, bu çerçevede ortaya çıkan ihtilâflar, acente ve temsil olunan arasındaki iç ilişkiyi ilgilendirdiğinden acente iç ilişkisi statüsüne tâbi tutulmalıdır¹³¹.

Konuyla ilgili olarak doktrinde bir başka görüş, temsil olunanın hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, temsil yetkisinin varlığına uygulanacak hukukla temsil yetkisinden kaynaklanan diğer uyuşmazlıklar arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir¹³². Ancak böyle bir tartışmanın acente ilişkisinin uygulama alanının tespitiyle doğrudan bir ilişkisi yoktur. Her ne kadar kanunlar ihtilâfi hukukunda uyuşmazlığa uygulanacak hukukun ve statünün uygulama alanının tespiti, birbiriyle bağlantılı olsa da ayrı nitelendirilmesi gereken konulardır. Zira öncelikle bir konunun tâbi olduğu statünün uygulama alanının belirlenmesi icap eder. Uyuşmazlık konusunun hangi statünün uygulama alanı içinde kaldığının tespitinden sonra ise, bu statünün öngördüğü bağlama kurallarına göre uyuşmazlık çözümlenecektir. Bu sebeple, temsil yetkisi konularını bağlama kurallarından hareketle farklı statülere tâbi tutmak kanaatimizce isabetsizdir¹³³.

II. TEMSİL YETKİSİNİN KAPSAMI

Acentenin sahip olduğu temsil yetkisinin kapsamıyla ilgili uyuşmazlıkların tâbi olduğu statü hakkında tartışma vardır. Doktrinde, temsil yetkisinin kapsamıyla ilgili ihtilâfların temsil statüsünün uygulama alanına dâhil olduğu ileri sürülmektedir¹³⁴. Ancak bizim de isabetli gördüğümüz bir başka görüş, temsil

¹³⁰ Hay/Müller-Freienfels, s. 42; Schmitthoff, s. 177; Koppenol-Laforce, s. 160; Dicey/Morris, s. 1479.

¹³¹ Nomer, s. 303; Uyanık Çavuşoğlu, s. 91. Nitekim La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/2(a), temsil yetkisinin mevcudiyeti ile ilgili meseleleri, temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuka tâbi tutmuştur: Verhagen, Agency, s. 299; Kostromov, s. 118.

¹³² Rabel'in görüşü bağlamında ortaya çıkan tartışmalar hakkında bkz. Tekinalp, Temsil, s. 63.

¹³³ Nitekim bu görüşün savunulmasından bir süre sonra, Rabel de kendi görüşünü reddetmiştir: Tekinalp, Temsil, s. 63.

¹³⁴ Badr, s. 86; Verhagen, Bağlama, s. 122; Koppenol-Laforce, s. 160; Hay/Müller-Freienfels, s. 42; Dicey/Morris, s. 1479.

yetkisinin kapsamını ilgilendiren konuların, iç ilişki kapsamında kabul edilerek acente iç ilişkisi statüsüne tâbi tutulması yönündedir¹³⁵.

Bu çerçevede, acenteye temsil olunan tarafından kendisi ad ve hesabına üçüncü kişi ile muamelede bulunmak üzere verilen temsil yetkisinin kapsamı, kapsamın sınırlandırılması¹³⁶, sonradan sınırlama getirilip getirilemeyeceği, nelerin temsil yetkisinin kapsamı dışında bırakıldığı, örneğin hangi tür işlemlerin yapılabileceği, bir acentenin birden çok temsil olunan tarafından yetkilendirilmesinin mümkün olup olmadığı (çifte temsil), temsil yetkisinin belli bir süreyle sınırlandırılmasının, sürenin kısaltılmasının ya da uzatılmasının mümkün olup olmadığı, temsil yetkisinin belli bir yerle sınırlandırılmasının söz konusu olup olmayacağı ve benzeri birçok konu, acente sözleşmesi statüsü kapsamında yer alır¹³⁷.

III. TEMSİL YETKİSİNİN VERİLMESİ

Acentenin üçüncü kişilerle temsil olunan ad ve hesabına hukukî işlem yapabilmesi için gerekli olan temsil yetkisinin verilmesi ile ilgili konuların, hangi statünün uygulama alanına girdiği hususu, tartışmalı konulardan bir başkasıdır.

Bu çerçevede, temsil yetkisinin nasıl verileceği acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanında kalmaktadır¹³⁸. Örneğin, temsil yetkisinin verilmesinde sadece acenteye bildirim yeterli olup olmadığı, iç temsil olarak adlandırılan bu bildirim nasıl yapılacağı, zımnî olarak yetkilendirmenin mümkün olup olmadığı, temsil olunan tarafından acente yanında üçüncü kişiye de bildirimde bulunmanın şart olup olmadığı (dış temsil) hususları, acente iç ilişkisi kapsamındadır¹³⁹. Aynı şekilde, acentenin temsil olunanın hâl ve hareketlerinden yola çıkarak temsil yetkisine sahipmiş gibi davranmasının hukukî sonuçları, temsil

¹³⁵ **Nomer**, s. 303; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 91. Nitekim La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/2(a), temsil yetkisinin kapsamı ile ilgili konuların temsil iç ilişkisi statüsüne tâbi tutulması gerektiğini hükme bağlamıştır: **Kostromov**, s. 118.

¹³⁶ La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/2(a), temsil yetkisinin sınırlandırılması ile ilgili konuları, temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuka tâbi tutmuştur: **Verhagen**, Agency, s. 299.

¹³⁷ Temsil yetkisinin kapsamı hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Akyol**, s. 101 vd.; **İnceoğlu**, s. 158 vd.

¹³⁸ Temsil yetkisinin verilmesinde, temsil olunanın niyetinin açıkça ortaya konması gerekmektedir. Zira doktrinde de vurgulandığı üzere, temsil yetkisinin tereddütsüz olarak sınırlarının çizilmesi, yetkilendirme konusundaki muğlaklığın giderilmesi bakımından zorunludur: **Badr**, s. 59-60.

¹³⁹ Temsil yetkisinin verilmesi hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Akyol**, s. 157 vd.; **İnceoğlu**, s. 101 vd.

yetkisinin geciktirici ya da bozucu şarta bağlı olarak verilir verilemeyeceği¹⁴⁰, temsil yetkisinin geri alınamayacak şekilde verilmesinin mümkün olup olmadığı¹⁴¹ gibi konular da acente sözleşmesi statüsüne tâbidir.

Temsil yetkisinin acenteye verilmesi çerçevesinde gündeme gelecek ihtilâfların tâbi olduğu statü konusunda görüş birliği yoktur. Doktrinde bir görüş, temsil yetkisinin verilmesiyle ilgili bütün ihtilâfların temsil statüsüne tâbi olduğunu ileri sürmektedir¹⁴². Görüşe göre, gerçek temsil yetkisi (*actual authority*)¹⁴³, görünüşte temsil yetkisi (*apparent authority*)¹⁴⁴, yetkiye icâzet ve temsil olunan ad ve hesabına hareket edildiğinin açıklanmaması gibi (*undisclosed principal doctrine*)

¹⁴⁰ Temsil yetkisinin şarta bağlı olarak verilmesi mümkün görülmektedir. Zira doktrinde haklı olarak vurgulandığı üzere, temsil yetkisinin kullanılması, temsil olunanın sahip olduğu yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması olmayıp, fiil ehliyeti bağlamında yaptığı bir işlemdir. Bu bakımdan, temsil yetkisinin geciktirici ya da bozucu şarta bağlı olarak verilmesi mümkün olmalıdır: **Oğuzman/Öz**, s. 225; **İnceoğlu**, s. 102.

¹⁴¹ Türk hukukunda geri alınamayacak şekilde temsil yetkisinin verilmesi kabul edilmemektedir. Temsil yetkisini geri alma hakkından önceden feragat geçersizdir, bunun aksi kararlaştırılmaz: **Tekinalp**, Temsil, s. 68. Dolayısıyla Türk hukukunda TBK md. 42/1 ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 34/2’de benimsendiği üzere, temsil yetkisi, her zaman için geri alınabilir. Ancak Alman Medenî Kanunu (BGB) §168’e göre bazı hâllerde, temsil yetkisinin geri alınmasına istisna tanınmıştır. Buna göre, aradaki ilişki geri almaya engel olabilecek nitelikte ise ya da temsil yetkisi temsilci ya da üçüncü kişinin yararına verilmişse veya önemli sebepler varsa, temsil olunanın geri alma hakkından vazgeçmesi mümkündür: **Esener**, Temsil, s. 191 vd.

¹⁴² **Schmitthoff**, s. 177; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 42; **Dacey/Morris**, s. 1479; **Koppenol-Laforce**, s. 160.

¹⁴³ Gerçek temsil yetkisi, bir temsilcinin, temsil olunanın açık ya da zımnî izniyle yetkilendirilmesidir: **Verhagen**, Agency, s. 23. Amerikan hukukunda Restatement (Third) of Agency §2.01’de öngörülen tanım da aynı paraleldedir. Amerikan hukukundaki gerçek temsil yetkisi kavramı hakkında ayrıca bkz. **Busch/Macgregor**, s. 227 vd.

¹⁴⁴ Görünüşte (zahirî) temsil yetkisi, bir temsilcinin, temsil olunanın açık ya da zımnî izni olmadığı hâlde güven ilkesi uyarınca yetkilendirilmiş sayılmasıdır: **Verhagen**, Agency, s. 23. Bir başka deyişle, görünüşte temsil yetkisi, temsil olunanın davranışlarından çıkarılan ve kanunen var sayılan temsil yetkisidir: **Hay/Müller-Freienfels**, s. 23. Böyle bir sonuçta, temsil olunanın temsilciye temsil yetkisi vermediği hâlde, aktif veya pasif davranışları ile üçüncü kişide, bu yetkinin verildiğine dair inanış yaratması etkili olmaktadır: **Busch/Macgregor**, s. 4 vd. Ancak unutulmamalıdır ki, temsil olunanın bazı fiil, işlem veya davranışlarıyla desteklenmedikçe, temsilcinin yetkilendirilmiş olması düşüncesine tek başına varılamaz. Buna göre, açık ya da zımnî bir yetkilendirmenin yokluğunda, üçüncü kişilerin görünüşe güvenerek ve temsilcinin de bu görünüşte yetkilendirmeye dayanarak hareket etmesi hâlinde, temsil olunan, sanki temsil yetki vermişçesine hukuken sorumlu tutulacaktır. Bununla birlikte, üçüncü kişi, temsilcinin yetkisinin bulunmadığını biliyorsa, temsil olunanın sorumluluğundan söz edilemez: **Montrose**, J. L.: “The Basis of The Power of an Agent in Cases of Actual and Apparent Authority”, Canadian Bar Review, Vol. 16, 1938, s. 764; **Bowstead**, s. 285 vd.; **Schmitthoff**, s. 133 vd.; **Verhagen**, Agency, s. 27 vd.; **Stoljar**, s. 25; **Kostromov**, s. 29 vd.; **Fridman**, s. 65-71; **Busch/Macgregor**, s. 195 vd. Bu bağlamda, Amerikan hukukunda görünüşte temsil yetkisi ile ilgili Restatement (Third) of Agency §2.03’de ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri 3:201(3)’de öngörülen hükümler de aynı paraleldedir. Konu hakkında bkz. **Busch/Macgregor**, s. 228 vd., 347.

gibi konular¹⁴⁵, temsil statüsüne tâbi tutulmalıdır¹⁴⁶. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, acente iç ilişkisi içinde değerlendirilebilecek olan böyle bir yetkilendirme, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanında kabul edilmelidir¹⁴⁷. Örneğin La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/2(a) da, temsilcinin yetkisinin kapsamı, varlığı, değiştirilmesi ve sınırlandırılmasına temsil iç ilişkisi statüsünün uygulanmasını öngörmüştür. Bu nedenle, temsil olunan ve acente arasındaki yetkilendirmenin hüküm, kapsam ve sınırlandırması, acente sözleşmesi statüsünce idare edilmelidir¹⁴⁸. Kaldı ki, temsil yetkisinin acenteye verilmesinde açık ya da zımnî irade beyanının etkili olması, tâbi olunacak statüde bir değişiklik yaratmamalıdır. Zira temsil yetkisinin verilmesi, istisnaları olmakla birlikte hukuk düzenlerinde genellikle herhangi bir şekle tâbi tutulmamaktadır. Bazı hukuk düzenleri, temsil yetkisinin verilmesinde zımnî iradeye de etki tanımaktadır. Dolayısıyla, temsil olunan temsilciye açıkça temsil yetkisi verebileceği gibi, temsil olunanın hâl ve davranışlarından da temsil yetkisinin verildiği sonucuna ulaşılabilir. Örneğin, bir kimsenin kendi ad ve hesabına hareket edecek şekilde temsil yetkisi varmış gibi hareket edildiğini bilmesi ve buna rağmen bu konuda sessiz kalması, temsil yetkisinin zımnî verildiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, temsil yetkisinin verilmesine yönelik irade beyanlarının açık irade beyanıyla ya da zımnî olmasına bakılmaksızın yetkinin varlığı kabul edilir¹⁴⁹.

Acentenin yetkilendirilmesinin üçüncü kişiye bildirilmesinden, bir diğer deyişle dış temsilden doğan uyuşmazlıkların tâbi olduğu statü konusunda da görüş birliği bulunmamaktadır. Bu kapsamda ileri sürülen görüşlerden birine göre, yetkilendirme temsil olunan ve üçüncü kişi arasında gerçekleşmişse, temsil yetkisinin verilmesiyle ilgili uyuşmazlıklar, temsil statüsünün uygulama alanına dâhil

¹⁴⁵ Acentenin temsil olunan ad ve hesabına hareket ettiğini açıklamaksızın, üçüncü kişi ile yaptığı hukukî işlemin temsil olunanı sorumluluk altına sokup sokmadığı konusu, Amerikan içtihatlarında sıklıkla görülen temsil yetkisi uyuşmazlıklarındandır: **Hay/Müller-Freienfels**, s. 23.

¹⁴⁶ **Stone**, Private, s. 330.

¹⁴⁷ **Verhagen**, Agency, s. 304; **Nomer**, s. 303; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 91.

¹⁴⁸ Genel olarak temsil yetkisi bakımından aynı paralelde bir görüş için bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 91. Temsilcinin yetkilendirilmesinin ve bu yetkinin azil gibi nedenlerle sona ermesinin iç ilişki statüsüne tâbi olduğu hususundaki görüş için ayrıca bkz. **Dacey/Morris**, s. 1468.

¹⁴⁹ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. İKİNCİ BÖLÜM, TEMSİL YETKİSİNİN ŞEKLİ başlığı altında yapılan açıklamalar.

olmalıdır¹⁵⁰. Nitekim La Haye Temsil Konvansiyonu md. 11'in düzenlemesi de aynı paraleldedir. Ancak kanımızca, nitelik olarak temsil yetkisinin verilmesi ile ilgili olduğundan, bu konu da iç ilişkiyi ilgilendirmektedir. Bu sebeple, üçüncü kişinin, acentenin yetkilendirilmesinden haberdar edilmesi ya da edilmemesinin, henüz temsilin hüküm ve sonuçlarının ortaya çıkmadığı bir anda temsil statüsüne tâbi tutulması doğru değildir. Örneğin, üçüncü kişinin, acentenin usulüne uygun olarak yetkilendirildiğini bilmesinin gerekip gerekmediğine ilişkin bir ihtilâf, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı içinde kalmalıdır¹⁵¹.

Bu çerçevede üzerinde durulması gereken hususlardan biri de görünüşte temsildir. Her ne kadar uygulamada acente ilişkisinde yetkilendirmenin yetki belgesinden kaynaklandığı görülmekle birlikte, yetkilendirmeyi yazılı şekil şartına tâbi tutmayan bazı hukuk düzenlerinde kabul edildiği gibi görünüşte temsil yetkisi ile acentenin yetkilendirilmiş olması muhtemeldir¹⁵². Yukarıda da ifade edildiği üzere, görünüşte temsilde, temsil olunanın temsilciye temsil yetkisi vermemiş olmasına rağmen, üçüncü kişide temsil olunanın hâl ve hareketlerinden dolayı bu yetkinin verildiği görünümü yaratılmaktadır¹⁵³. Görünüşte temsil bakımından, iyiniyetli üçüncü kişide temsil ilişkisi inancı doğuran bazı bildirim ya da davranışların olması gerekmektedir¹⁵⁴. Dolayısıyla yetkilendirme, hukukî bir görünüşe de dayansa, temsil yetkisinin verildiği varsayılmaktadır¹⁵⁵. Bu şekilde, üçüncü kişi, görünüşteki temsil yetkisine güvenerek temsilci ile muamelede bulunmuşsa, yine doğrudan temsilin hüküm ve sonuçları doğacaktır¹⁵⁶. Ancak temsil olunanın bazı fiil, işlem veya davranışlarıyla desteklenmedikçe, temsilcinin yetkilendirilmiş olması düşüncesine tek başına varılamaz. Buna göre, temsil olunan tarafından yapılmış açık ya da zımnî bir yetkilendirmenin yokluğunda, üçüncü kişinin görünüşe güvenerek, temsilcinin de

¹⁵⁰ **Verhagen**, Agency, s. 307.

¹⁵¹ Aksi yönde görüş için bkz. **Verhagen**, Agency, s. 307.

¹⁵² Örneğin Amerikan hukukunda temsil yetkisinin verilmesinde şekil şartı öngörülmemiştir: **Wright**, s. 33.

¹⁵³ **Bowstead**, s. 284; **Busch/Macgregor**, s. 231. Görünüşte temsil yetkisi hakkında ayrıntılı olarak bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, dn. 144.

¹⁵⁴ **Mechem**, F. R.: "The Nature and Extend of an Agent's Authority", Michigan Law Review, Vol. 4, 1905, s. 446; **Busch/Macgregor**, s. 21.

¹⁵⁵ **Busch/Macgregor**, s. 188.

¹⁵⁶ **Schmitthoff**, s. 180.

bu zahirî yetkilendirmeye dayanarak muamelede bulunması hâlinde de doğrudan temsilin hüküm ve sonuçları doğacaktır¹⁵⁷.

Görünüşte temsil yetkisinin, gerçek temsil yetkisinden farkı, tâbi olunacak hukukun da birbirlerinden bağımsız olarak incelenmesini gerektirir¹⁵⁸. Doktrinde bir görüş, görünüşte temsil yetkisinden kaynaklı uyuşmazlıklara, üçüncü kişiyle bağlantılı olmasından dolayı, temsil statüsünün uygulanması gerektiği yönündedir¹⁵⁹. Temsil yetkisinin temsil olunan tarafından temsilciye açık irade beyanı ya da zımnî olarak verildiği iç temsilden farklı olarak, üçüncü kişinin devreye girmesi, uygulanacak hukuk konusunda temsil statüsünün tercih edilmesi konusunda önemli bir dayanak olarak görülmektedir. Görüşe göre, görünüşte temsilin şartları, örneğin üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmaması, üçüncü kişide yaratılmış olan görünüşün sonuçları, temsil olunanın sorumluluğu meseleleri, temsil statüsünün uygulama alanında kalmalıdır¹⁶⁰. Ancak kanaatimizce, görünüşte temsil yetkisi konusunda bir ayırım yapılmalıdır. Görünüşte temsil yetkisi ile ilgili bir konu, temsilcinin yetkilendirilip yetkilendirilmediği konusunda ise, iç ilişkisi kapsamında ele alınıp, temsil iç ilişkisi statüsüne tâbi tutulmalıdır. Ancak böyle bir yetkilendirme neticesinde, üçüncü kişinin temsilciyle muamelede bulunması söz konusu ise, bunda temsil olunanın rolünün olup olmadığı incelenmelidir. Eğer yetkilendirmede temsil olunanın rolü varsa, temsil yetkisinin varlığından da şüphe olmayacağı için uyuşmazlık, temsil yetkisinin kullanılmasının hüküm ve sonuçları çerçevesinde temsil statüsüne dâhil edilmelidir. Aksi hâlde ise temsilcinin üçüncü kişi ile temsil

¹⁵⁷ **Wilken**, S.: Wilken and Villiers The Law of Waiver, Variation and Estoppel, New York 2002, s. 355 vd.; **Schmitthoff**, s. 133 vd.; **Verhagen**, Agency, s. 27 vd.; **Stoljar**, s. 25; **Kostromov**, s. 29 vd.; **Bowstead**, s. 285 vd.; **Montrose**, s. 764.

¹⁵⁸ Doktrinde kanunlar ihtilâfi çerçevesinde, temsil yetkisi bakımından gerçek temsil yetkisi/görünüşte temsil yetkisi ayrımının yapılmasının zor olduğu, dolayısıyla bu yönde bir ayırma göre uygulama alanının belirlenmesinin doğru olmayacağı savunulmaktadır: **Verhagen**, Agency, s. 301.

¹⁵⁹ **Schmitthoff**, s. 180; **Verhagen**, Agency, s. 304. Bu paralelde, gerçek temsil yetkisini iç ilişki statüsüne, görünüşte temsil yetkisini, temsil statüsüne tâbi tutan birçok İngiliz mahkeme kararı bulunmaktadır. Örnek bir karar için bkz. *Britannia Steamship Insurance Association Ltd. v. Ausonia Assicurazioni S.p.A.* [1984] 2 Lloyd's LR 98 (CA): **Verhagen**, Agency, s. 303. Görünüşte temsil yetkisi bakımından, üçüncü kişinin devreye girmesiyle, konunun temsil statüsünün uygulama alanında kalması gerektiği, La Haye Temsil Konvansiyonu tasarısının hazırlık aşamasında Komisyonda da ortaya atılmıştır: **Verhagen**, Agency, s. 299.

¹⁶⁰ İsviçre hukuk doktrininde Kropholler tarafından da savunulan görüş için bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 94.

olunan ad ve hesabına muamelede bulunması, yetkisiz temsil olarak kabul edilerek, yine temsil statüsüne tâbi tutulmalıdır.

IV. TEMSİL YETKİSİ VERİLİRKEN MEYDANA GELEN İRADE SAKATLIKLARI

Acente ilişkisinde, acenteye temsil yetkisi verilirken temsil olunanın iradesinde sakatlıkların meydana gelmesi mümkündür. Temsil yetkisinin verilmesinde ortaya çıkan irade sakatlıklarının hangi statünün uygulama alanı içinde kaldığı konusu, tartışmalıdır. Bu tartışma, özellikle yetkilendirmenin temsil olunan tarafından üçüncü kişiye karşı yapıldığı durumda gündeme gelmektedir¹⁶¹.

Kanımızca temsil yetkisi verilirken meydana gelen irade sakatlıkları, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı içinde kabul edilmelidir. Bu yönde bir kabulde, hukukî işleme ilişkin bütün irade sakatlıklarının, söz konusu hukukî ilişkinin tâbi olduğu statüye dâhil edilmesi düşüncesi etkili olmaktadır¹⁶². Ancak doktrinde ileri sürülen aksi görüşe göre, temsil yetkisinin verilmesi konusunda güven ilkesi dikkate alınması gerektiğinden, konunun temsil statüsüne tâbi olması daha uygundur¹⁶³.

V. TEMSİL YETKİSİNİN SONA ERMESİ

Acentenin haiz olduğu temsil yetkisinin sona ermesi, sıklıkla ihtilâf konusu olabilmektedir. Bu çerçevede, temsil yetkisinin sona ermesi bakımından ortaya çıkan konuların başında, temsil yetkisini sona erdiren nedenlerin kapsamı, temsil yetkisinde kanunî bir sürenin olup olmadığı¹⁶⁴, süreli ise süre bitiminde sona ermenin nasıl gerçekleşeceği, acente sözleşmesi sona erince temsil yetkisinin akibetinin ne olacağı¹⁶⁵, acentenin veya temsil olunanın ölümünün¹⁶⁶, gaipliğinin, tüzel kişiliğin

¹⁶¹ Verhagen, Agency, s. 308 vd.

¹⁶² Raape, s. 492 (Tekinalp, Temsil, s. 71'den naklen).

¹⁶³ Tekinalp, Temsil, s. 72; Verhagen, Agency, s. 309.

¹⁶⁴ Örneğin Rus Medenî Kanunu md. 186'ya göre, temsil yetkisinin kanunî geçerlilik süresi maksimum 3 yıla sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte, yabancı ülkelerde kullanılan ve noterde düzenlenen temsil belgeleri, herhangi bir süre sınırlamasına tâbi olmaksızın verilebilmektedir: Uyanık Çavuşoğlu, s. 77.

¹⁶⁵ Acentenin temsil yetkisi, Türk hukukunda kural olarak acente sözleşmesinin sona ermesi ile ortadan kalkacaktır. Fakat temsil olunanın kısıtlanması, iflası, ölümü örneklerinde olduğu gibi, temsil olunanın menfaati ve işin mâhiyeti icâbı, temsil ilişkisinin bir süre daha devam etmesi gerekmekte ise acente sözleşmesi sona erse bile, TBK md. 512/2 uyarınca, bu temsil yetkisinin bir süre daha devam

sona ermesinin temsil yetkisine etkisi, temsil olunanın, acentenin temsil yetkisini her zaman için sona erdirme hakkına sahip olup olmadığı¹⁶⁷, temsil olunanın temsil yetkisini geri alması ve benzeri meseleler yer almaktadır¹⁶⁸.

Temsil yetkisinin sona ermesinden kaynaklı ihtilâfların tâbi olduğu statü, yine tartışmalı bir konudur. Bizim de katıldığımız görüşe göre, nasıl ki temsil yetkisinin varlığı, acente sözleşmesi statüsüne tâbi olan bir iç ilişki meselesidir, aynı şekilde, bu yetkinin sona ermesi de acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı içinde olmalıdır¹⁶⁹. Bu bağlamda, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/2(a) da yetkilendirmenin sona ermesine temsil iç ilişkisi statüsünün uygulanacağını hükme bağlanmıştır¹⁷⁰.

Konuya ilişkin doktrinde bir başka görüş, yetkilendirmenin sadece temsilci ve temsil olunan arasında yapılması hâlinde temsil iç ilişkisi statüsünün geçerli olacağını, temsil olunan ve üçüncü kişi arasında gerçekleşen yetkilendirmenin ise, temsil statüsünün kapsamında kaldığını savunmaktadır¹⁷¹. Aynı şekilde doktrinde bir diğer görüş ise, temsil yetkisinin sona ermesinin temsil statüsünün uygulama alanı içinde olması gerektiği yönündedir. Zira görüşe göre, temsil yetkisinin sona ermesi de, temsil yetkisinin varlığı ile ilgili bir konudur¹⁷². Ayrıca temsil yetkisinin acente sözleşmesinden bağımsız oluşu, temsil yetkisinin sona erme nedenlerinin, acente

edeceği doktrinde savunulmaktadır: **Ayan**, s. 67. Gerçekten de her somut olayda münferit bir değerlendirme yapmak koşuluyla, işin niteliği, acentelik ilişkinin devamını gerektiriyorsa, acente, temsil yetkisini bir süre daha, en azından mevcut işin tamamlanmasına dek devam ettirebilmelidir. Doktrinde Kayıhan da, acentenin, temsil olunan tarafından ithal edilip satılmak üzere kendisine gönderdiği bir arabanın satımı çerçevesinde, acentelik faaliyetine başlamış olmasına rağmen temsil olunanın bu esnada ölmüş olması durumunda, işin niteliği gereğince, acentelik ilişkisinin devamı ve arabanın satışı ve devrine ilişkin diğer resmî prosedürün tamamlanmasına kadar acentelik ilişkisinin sürmesi gerektiğini gösteren bir örnekle durumu somutlaştırarak aynı paralelde görüş bildirmektedir: **Kayıhan**, s. 228.

¹⁶⁶ Temsil olunanın ölümü, karşılaştırmalı hukukta kural olarak temsil yetkisini sona erdiren bir sebeptir. Ancak Alman Medenî Kanunu (BGB) §672 ve 168'de, temsil yetkisinin temsil olunanın ölümünden sonra da devam ettiren istisnâî hükümler yer almaktadır: **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 77.

¹⁶⁷ Temsil olunan, acentenin temsil yetkisini, acente sözleşmesinin süreye ilişkin koşullarının oluşması dışında, ancak haklı sebeplerle kaldırabilir veya sınırlandırabilir: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 172.

¹⁶⁸ Temsil yetkisinin sona ermesine ilişkin örnek konular hakkında ayrıca bkz. **Tekinalp**, Temsil, s. 73; **Dacey/Morris**, s. 1476; **Verhagen**, Agency, s. 338; **Akyol**, s. 413 vd.; **İnceoğlu**, s. 264 vd.

¹⁶⁹ Temsil yetkisinin sona ermesinden doğan ihtilâfların, temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuka tâbi olduğu hususunda bkz. **Nomer**, s. 303; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 91. İsviçre doktrininde de savunulan bu görüş hakkında ayrıca bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 90.

¹⁷⁰ **Kostromov**, s. 118.

¹⁷¹ **Verhagen**, Agency, s. 338-339.

¹⁷² **Hay/Müller-Freienfels**, s. 42; **Raape**, s. 503 (Tekinalp, Temsil, 73'den naklen).

sözleşmesinin sona erme nedenlerinden farklı değerlendirmeyi gerektirmektedir. Dolayısıyla, iç ilişkinin sona erme nedenlerinin acente sözleşmesi statüsüne tâbi olmasının aksine, temsil yetkisinin sona erme nedenleri temsil statüsüne tâbi tutulmalıdır¹⁷³.

VI. ALT TEMSİL

Acente, temsil olunan tarafından kendisine verilen yetkiyi kural olarak bizzat kullanmak zorundadır. Ancak bir temsilcinin, temsil yetkisinin tamamını ya da bir kısmını bir başka kimseye devretmesi belli şartlar altında mümkün görülmektedir¹⁷⁴. Bu çerçevede, acentenin bir başkasına temsil yetkisi verip veremeyeceği, alt temsilin şartları, hükümleri ve sonuçları, alt temsilin temsil olunan tarafından yasaklanmasının mümkün olup olmadığı, alt temsil gibi ikâme temsilin yani temsil yetkisinin bir başkasına devrinin de mümkün olup olmadığı, alt temsilin sona erme nedenleri gibi birçok konu ihtilâf konusu olarak gündeme gelebilir¹⁷⁵.

Temsil ilişkisinde, temsilcinin alt temsilci tayin etmesiyle ilgili uyuşmazlıkların tâbi olduğu statünün iç ilişki mi, yoksa dış ilişki esas alınarak mı tespit edileceği konusu tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, bu tür ihtilâfların temsil statüsünün uygulama alanı içinde kaldığını ileri sürmektedir¹⁷⁶. Ancak kanımızca alt temsile ilişkin konuların, iç ilişki statüsüne tâbi tutulması isabetli olacaktır¹⁷⁷. Zira bu tür konular da, acente iç ilişkisine dâhil olan temsil yetkisinin mevcudiyeti ve

¹⁷³ Alman hukukunda Raape, Rabel, Braga, Soergel/Kegel, bu yönde görüş beyan etmektedir: **Tekinalp**, Temsil, s. 74.

¹⁷⁴ Türk ve İsviçre hukukunda konuya ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Temsil olunan, temsilciye açıkça alt temsilci tayin etme yetkisi vermişse sorun yoktur. Ancak böyle bir yetki verilmemişse, işin temsilci tarafından yapılmasında temsil olunanın bir yararının olup olmadığına bakılması, böyle bir yararın olması hâlinde, temsilcinin işi bizzat yapması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir: **Tekinalp**, Temsil, s. 75. İspanyol Medenî Kanunu md. 1721'de de, açıkça yasaklanmadıkça alt temsile imkân tanınmıştır. Ancak örneğin, Japon Medenî Kanunu md. 104, alt temsilci tayinine temsil olunan tarafından açıkça izin verilmiş olması şartı getirmiştir. Rus Medenî Kanunu md. 187 ise, açık izin şartına ilâve olarak alt temsil yetki belgesinin noterde düzenlenip, temsil olunana tebliğ edilmesini öngörmüştür. Karşılaştırmalı hukuktaki tespitler için bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 77.

¹⁷⁵ Alt temsil hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akyol**, s. 259 vd.

¹⁷⁶ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 42; **Badr**, s. 86; **Verhagen**, Agency, s. 292; **Tekinalp**, Temsil, s. 75. Bu çerçevede, temsilcinin yetkisi olmaksızın alt temsilci tayin ettiği durumlarda, üçüncü kişinin temsil olunana karşı talepleri ile ilgili konuların, temsil statüsüne tâbi olacağına ilişkin görüş hakkında bkz. **Keller/Girsberger**: Zürcher Kommentar zum IPRG, Zürich 1993, Art. 126, N. 25 (Uyanık Çavuşoğlu, s. 90, dn. 88'den naklen).

¹⁷⁷ Konunun temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuka tâbi tutulması hakkında aynı yönde görüş için bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 91.

kapsamı ile ilgilidir. Alt temsilci yanında ikâme temsilci ve yedek temsilci tayini de iç ilişki kapsamında kalması nedeniyle temsil iç ilişkisi statüsüne tâbi olmalıdır. Nitekim La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/2(b) de, alt temsil kapsamında temsilcinin bir başka kimseyi yetkilendirmesi ile ilâve temsilci ve yedek temsilci tayini ile ilgili konuların, temsil iç ilişki statüsüne tâbi olduğunu hükme bağlamıştır¹⁷⁸.

VII. ACENTENİN KENDİSİ İLE İŞLEM YAPMASI

Temsil olunan, kural olarak acenteye üçüncü kişiler ile hukukî işlem yapmak için temsil yetkisi verir. Ancak acentenin üçüncü kişi yerine kendisi ile işlem yapıp yapamayacağı hususu önemli tartışma konularından biridir¹⁷⁹. Bu çerçevede, acentenin üçüncü kişiler yerine kendisiyle işlem yapmasının mümkün olup olmadığı, temsil olunanın bunu yasaklayıp yasaklayamayacağı, acentenin kendisi ile işlem yapmasının şartlarının ne olduğu konuları gündeme gelecektir.

Söz konusu konunun hangi statüye tâbi olacağı, yine önemli tartışmalara neden olmaktadır. Doktrinde bir görüş, bu konunun, temsil statüsü içinde kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹⁸⁰. Buna göre, temsilcinin kendisi ile işlem yapması, yalnızca iç ilişki kapsamında kalan bir konu değildir. Bu nedenle, konu, temsil statüsüne tâbi tutulmalıdır¹⁸¹. Doktrinde savunulan bir başka görüşe göre ise, konu, maddî hukukta kabul edildiği üzere yetkisiz temsil niteliği taşır. Yetkisiz temsil statüsünün uygulama alanının belirlenmesinde dikkate alınan kriterler çerçevesinde, bu konunun da temsil statüsüne tâbi tutulması, isabetli gözükmektedir¹⁸².

¹⁷⁸ **Kostromov**, s. 118.

¹⁷⁹ Bir temsilcinin üçüncü kişi yerine kendisi ile hukukî işlem yapması tartışmasının temelinde, temsil olunanın menfaatlerinin tehlikeye düşebileceği ve temsilcinin kendi menfaatlerine hizmet edeceği düşüncesi yatmaktadır: **Akyol**, s. 333. Bu çerçevede, Alman Medenî Kanunu (BGB) §181'de buna izin verilmiştir. Buna göre, eğer temsil olunanın izni varsa ya da işlem, bir borcun yerine getirilmesinden ibaretse, temsilcinin üçüncü kişi yerine kendisiyle sözleşme akdetmesi mümkün kabul edilmiştir. Türk ve İsviçre hukukunda ise, temsilcinin kendi kendisi ile işlem yapmasına ilişkin bir hüküm yoktur. Türk hukukunda doktrinde, temsil olunanın açık onayı varsa ya da temsil olunanın menfaatleri tehlikeye düşmüyorsa buna imkân tanınması gerektiği savunulmaktadır: **Oğuzman/Öz**, s. 233. Temsilcinin kendi kendisiyle hukukî işlem yapması hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Akyol**, s. 331 vd.; **Esener**, Temsil, s. 167 vd.

¹⁸⁰ **Badr**, s. 86; **Tekinalp**, Temsil, s. 103.

¹⁸¹ **Badr**, s. 86.

¹⁸² **Tekinalp**, Temsil, s. 89.

Temsil statüsünün aksine bir görüş, temsilcinin kendisi ile hukukî işlem yapmasıyla ilgili ihtilâfların, iç ilişkiye uygulanacak hukuka tâbi tutulması gerektiğini savunmaktadır¹⁸³. Buna göre, temsilcinin kendisi ile işlem yapması hâlinde, menfaatleri korunması gerekli bir üçüncü kişi yoktur ve doğal olarak da işlem güvenliğinin sağlanması gerekmemektedir. Zira söz konusu hukukî işlem, doğrudan doğruya temsil olunan ve temsilci arasında yapılmış olacaktır. Bir başka deyişle, temsilcinin kendisi ile yaptığı sözleşmede fiilen üçüncü bir kişi olmadığı için yaptığı işlem, bizzat temsilci ve temsil olunan arasında hukukî etki doğuracaktır. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde temsil ilişkisi ortaya çıkmayacağından konu, iç ilişki statüsüne tâbi tutulmalıdır¹⁸⁴.

Bununla birlikte, bu görüş bazı noktalardan eleştiri almaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre temsilci, esas işlemi bizzat kendisi ile yapmış olsa da, doğrudan temsil ilişkisi var kabul edilmelidir. Temsilcinin kendisiyle işlem yapması durumunda mevcut işlem zincirinde üçüncü kişinin olmaması, yalnızca görünüştedir. Bu hâlde temsilci, sıfatların çokluğunu üstlenir ve hem temsilci hem de üçüncü kişi olur. Dolayısıyla temsilcinin kendisiyle bir sözleşme yapması, temsil olunan ve temsilci arasındaki iki taraflı ilişkisinin bir görünümü değildir. Bilakis bu durum, temsil olunan tarafından temsilciye verilen yetkinin bir görünümü, bir diğer ifadeyle temsilcinin hukukî olarak üçüncü kişiye dönüştüğü bir mekanizmadır. Bu gerekçeyle konu, temsil statüsünün uygulama alanına dâhil olmalıdır¹⁸⁵.

Kanaatimizce, acentenin üçüncü kişi yerine bizzat kendisi ile hukukî işlem yapması, iradî/doğrudan temsil kapsamında değerlendirilemeyecek bir konudur. Zira esas işlem, doğrudan temsil olunan ve acente arasında gerçekleşmiş olacağından, temsil ilişkisinin hüküm ve sonuçlarının doğması gibi durum söz konusu olamaz. Bu bakımdan, acentenin kendisiyle işlem yapmasının mümkün olup olmadığı ve bunun şartlarından doğan ihtilâflar, acente ve temsil olunan arasındaki iç ilişkiye tâbi

¹⁸³ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 91. La Haye Temsil Konvansiyonu md. 8/2(c) de, temsilcinin kendisi ve temsil olunan arasındaki mevcut menfaat çatışmasına neden olacak şekilde temsil olunan ad ve hesabına muamelede bulunmasının iç ilişkiye tâbi olduğu vurgulanmak suretiyle, temsilcinin kendisi ile işlem yapması ile ilgili uyumsuzlukları, temsil iç ilişkisi statüsünün uygulama alanına dâhil etmiştir: **Kostromov**, s. 118.

¹⁸⁴ Doktrinde, Braga'nın savunduğu görüş için bkz. **Tekinalp**, Temsil, s. 88; **Rigaux**, s. 68 (Badr, s. 86'dan naklen). İsviçre doktrinindeki aynı yönde görüş için bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 90 vd., dn. 92.

¹⁸⁵ **Badr**, s. 87.

olmalıdır. Acentenin temsil olunan ile bu kapsamda yaptığı hukukî işlemler ise, esas sözleşme statüsüne tâbi tutulmalıdır.

§ 3. UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN KONULAR

A. TARAFLARIN EHLİYETİ

Acente ve temsil olunanın acente sözleşmesi yapabilme ve sözleşme yoluyla borç altına girebilme ehliyetleri konusu, acente sözleşmesi statüsünün dışında kabul edilmektedir¹⁸⁶. Akit tarafların ehliyeti ile ilgili ihtilâflar, hukuk düzenlerinde genel olarak, şahsî statüye tâbi tutulmaktadır¹⁸⁷. Bu çerçevede, hak ve fiil ehliyetinden doğan uyuşmazlıklar, Kıta Avrupası hukuk sisteminde kural olarak şahsî statünün uygulama alanına sokulmaktadır¹⁸⁸. Bununla birlikte, Anglo Sakson hukuk sisteminde, ehliyetle ilgili ihtilâfların hüküm statüsüne ya da sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna (*LRA*) tâbi tutulması yönünde doktrinde ve içtihatlarda farklı görüşler ortaya çıkmıştır¹⁸⁹.

Bu açıklamalardan hareketle, acente ve temsil olunanın ehliyeti, kural olarak her birinin kendi şahsî hukukuna tâbidir¹⁹⁰. Şahsî statünün öngördüğü hukukun konuya ilişkin hükümleri, yetkili hukuk olarak uyuşmazlığa uygulanacaktır. Şahsî statünün uygulanması bakımından en önemli istisna, işlem güvenliği ilkesidir. Acente sözleşmesi bakımından da geçerli olacak bu istisna gereğince, millî

¹⁸⁶ **Verhagen**, Agency, s. 257. Genel olarak hak ve fiil ehliyetinin, akit statüsünün uygulama alanı dışında kaldığı hakkında ayrıca bkz. **Williams**, s. 19; **Kaye**, s. 19. Aynı şekilde, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 2(a)'da, ehliyet kaynaklı meselelerin Konvansiyonun kapsamı dışında kaldığı ifade edilmiştir: **Verhagen**, Agency, s. 257.

¹⁸⁷ **Doğan**, Milletlerarası, s. 193. Bunda şüphesiz ehliyetle ilgili konularda taraf menfaatlerinin ön plâna çıkması etkili olmaktadır: **Nomer**, s. 213; **Akıncı**, İnşaat, s. 71.

¹⁸⁸ **Story**, J.: Commentaries on The Conflict of Laws, New York 1972, s. 50 (Conflict); **Uluocak**, s. 199; **Doğan**, Milletlerarası, s. 198; **Tetley**, s. 236; **Sargın**, Patent, s. 54; **Akıncı**, İnşaat, s. 71; **Güngör**, Tüketici, s. 107.

¹⁸⁹ Örneğin İngiliz hukukuna ilişkin tespitler için bkz. **Dacey/Morris**, s. 1272 vd. Aynı şekilde, Amerikan hukukunda Restatement II §198'de akit statüsünün ehliyet kaynaklı konularda da yetkili hukuk olduğu hükme bağlanmıştır: **Stumberg**, G. W.: Principles of Conflict of Laws, Brooklyn 1951, s. 241.

¹⁹⁰ **Tekinalp**, G.: Devletler Hususî Hukukunda Temsil Yetkisine Uygulanan Kanun ve Bazı Problemler, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul 1977, s. 244 (Sempozyum).

kanunlarına göre ehliyetsiz olan kişiler, işlemi yaptıkları yer hukuku uyarınca ehliyetli iseler, bu işlem bakımından da ehil sayılırlar¹⁹¹.

B. ACENTE SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Acente sözleşmesinin kurulmasına yönelik taraf iradelerinin belli bir şekilde uygun olarak açıklanmasının gerekip gerekmediği, şekil sorunu olarak ele alınmalıdır¹⁹². Bu çerçevede, acente sözleşmesinin şeklinin geçerlilik şartı olup olmadığı, şekle uygulanacak hukuka tâbidir¹⁹³.

¹⁹¹ Bu kural, Alman Medenî Kanununa Giriş Kanunu md. 7/3, İsviçre MÖHK md. 36/1, Roma Konvansiyonu md. 11, Roma I Tüzüğü md. 13, Restatement II §198 ve Türk hukukunda MÖHUK md. 9/2'de kabul edilmiştir. İşlem güvenliği ilkesinin, şahsî statüye getirdiği istisna hakkında bkz. **Stone**, Private, s. 328; **Dacey/Morris**, s. 1272 vd.; **Collier**, s. 180; **Fawcett/Carruthers**, s. 750; **Koppenol-Laforce**, s. 149; **O'Brien**, s. 350.

¹⁹² Genel olarak hukuk düzenlerinde ve milletlerarası sözleşmelerde hukukî işlemlerin şekli bakımından serbesti kabul edilmektedir: **Şanlı**, Akit, s. 36. Bu çerçevede, acente sözleşmesinin yazılı ya da sözlü olmasının herhangi bir farkı yoktur: **İmregün**, s. 182; **Kınacıoğlu**, s. 34; **Arkan**, s. 197; **Karayalçın**, s. 360; **Kayihan**, s. 83; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 466. Nitekim TTK'da acente sözleşmesinin şekli konusunda, geçerlilik ya da ispat şartı bakımından herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Mevzuatımızdaki tek istisna ise, aracı kurum acenteleri ile ilgili kurum arasındaki sözleşmenin yazılı şekilde akdedilmesinin bir geçerlilik şartı olmasıdır. Konu hakkında bkz. Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği (md. 20/3), Seri: V, No. 19 (RG. 1.3.1995-22217). Bununla birlikte, doktrinde bir görüş, TTK md. 107/1'de öngörülen, sözleşme yapma yetkisine ilişkin özel ve yazılı bir iznin bulunması hükmünün, sözleşme yapma yetkisi veren acente sözleşmesinin de yazılı geçerlilik şartına tâbi olduğu şeklinde yorumlanması gerektiği yönündedir: **Eriş**, G.: Madde Açıklamalı En Son İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticarî İşletme ve Şirketler, C. I, Ankara 1992, s. 539; **İmregün**, s. 186-187; **Teoman** (Ülgen, Ticarî İşletmeHukuku), s. 627. Doktrinde baskın görüşün savunduğu üzere, acente sıfatının doğması ile acentenin sözleşme yapma yetkisine sahip olması, farklı hukukî durumlardır. TTK md. 107/1'in kastettiği husus, temsil yetkisinin verilmesine ilişkin olup, acente sözleşmesinin şekli geçerliliği ile ilgili değildir. Zira temsil yetkisinin verilmesinden önce acente sıfatı doğabilecektir. Bu görüşü destekleyen gerekçelerden biri de, TTK md. 108'de vurgulanan temsil yetkisinin aşılması durumunda yetkiyi aşanının yine acente sayılmasına ilişkin hükümdür. Tespit için bkz. **Kayihan**, s. 84; **Poroy/Yasaman**, s. 178-179; **Tekil**, s. 216; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 466. Aynı şekilde, acente sözleşmesinin geçerlilik şartına tâbi olmama hususu, Alman ve İsviçre hukuklarında da benimsenmiştir. Ancak Alman Ticaret Kanunu (HGB) §86(b)/1 ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 418(c)/3'e göre, acente, üçüncü kişinin ifasını tekeffül edecekse, buna ilişkin taahhüdünü yazılı olarak yapmak zorundadır. Yine Alman Ticaret Kanunu (HGB) §90(a)/1 gereğince, acentenin, sözleşme sonrasında temsil olunan ile rekabet etmeyeceğini taahhüt edebilmesinin şekli geçerliliği, söz konusu taahhüdün yazılı yapılmasına bağlıdır. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. **Kayihan**, s. 85 vd. Benzer şekilde, İngiliz hukukunda Acente Yönetmeliğinde şekil şartı aranmamıştır: **Munday**, R.: Agency: Law and Principles, New York 2010, s. 39. Bununla birlikte, uygulamada, acente sözleşmesi, genellikle yazılı olarak akdedilmektedir. Zira acente sözleşmesi, taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisinin doğumuna neden olduğundan, ispat kolaylığı bakımından yazılı olarak yapılması tercih edilmektedir. Bu çerçevede, uygulamada önceden hazırlanmış olan tip sözleşmeler sıkça kullanılmaktadır: **Singleton/Anderson**, s. 21; **Kınacıoğlu**, s. 34.

¹⁹³ **Tekinalp**, Acente, s. 153. Sözleşmenin şekli geçerliliğinin, akit statüsü kapsamı dışında kaldığı hakkında genel olarak bkz. **Dacey/Morris**, s. 1468; **Kaye**, s. 18; **Rabel**, s. 485.

Hukukî işlemlerde şekil, sözleşmenin esasından ayrı bir bağlama konusu olarak kabul edilmektedir¹⁹⁴. Bu bakımdan, sözleşmenin şeklinin, akit statüsünün uygulama alanı dışında bırakılması, konunun alternatif bağlama kurallarına tâbi tutulmasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, sözleşmenin şekline uygulanacak hukuklardan biri, zaten hüküm statüsü olarak sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olmakla beraber, diğer alternatif statü, sözleşmenin yapıldığı yer hukukudur.

Bu açıklamalardan hareketle, hukuk düzenlerinde tarihsel süreçte işlemin yapıldığı yer hukukunun ve hüküm statüsünün, ayrı olarak sözleşmenin şekline uygulanması kabul edilmekle beraber¹⁹⁵, bugün için sözleşme, yapıldığı yer hukuku (*LRA*) veya hüküm statüsüne uygun olarak yapılmışsa şeklen geçerli kabul edilmektedir¹⁹⁶. Böylece sözleşmelerin şekli, alternatif bağlama kuralına tâbi

¹⁹⁴ **Özdemir Kocasakal**, H.: Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003, s. 147 (Elektronik); **Sargin**, Patent, s. 209; **Güngör**, Tüketici, s. 107; **Akıncı**, İnşaat, s. 71; **Rabel**, s. 485; **Tetley**, s. 236.

¹⁹⁵ Tartışmalar hakkında bkz. **Doğangün**, T.: Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 62 vd.

¹⁹⁶ Örneğin Alman Medenî Kanununa Giriş Kanunu md. 11/1 ve İsviçre MÖHK md. 124/1'de alternatif bağlama kuralı kabul edilmiştir: **Turhan**, s. 140 vd. Aynı şekilde Roma Konvansiyonu md. 9 ve Roma I Tüzüğü md. 11/1, alternatif bağlama kuralına yer vermiştir. Buna göre, aynı ülkede bulunan taraflar arasında akdedilen bir sözleşme yapıldığı ülke hukukunun veya o sözleşmenin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir. Sözleşme taraflarının farklı ülkelerde bulunması hâlinde ise md. 9/2 gereğince, sözleşme esasına uygulanacak hukukun veya sözleşme taraflarının sözleşme akdedildiği sırada bulunduğu veya mutad meskeninin bulunduğu ülkelerden birinin hukukunun öngördüğü şekilde yapılabilir: **Williams**, s. 19 vd.; **Dicey/Morris**, s. 1257; **Collier**, s. 179; **Fawcett/Carruthers**, s. 746; **Koppenol-Laforce**, s. 148; **O'Brien**, s. 349; **Tetley**, s. 236. Tüzükte tarafların sözleşmenin yapıldığı anda buldukları ülke hukukuna göre şekli geçerlilik tayin edilirken, tarafların ya da temsilcilerinin bulunduğu ülke hukuku ifade edilmiştir: **Fawcett/Carruthers**, s. 749 vd.; **Stone**, Private, s. 327. Son olarak md. 11/3'de var olan veya ileride yapılması düşünülen sözleşmeyle bağlantılı tek taraflı hukukî işlemlerin şekli geçerliliğine, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukunun ya da hukukî işlemin yapıldığı yer hukukunun ya da hukukî işlemi yapan kişinin mutad mesken hukukunun uygulanacağı hükmüne bağlanmıştır. Böylece Türk hukukunda benimsenmeyen işlem yapanın mutad mesken hukuku gibi bir bağlama kuralı, Roma I Tüzüğünde kabul edilmiştir. Bu noktada dikkate alınması gereken hususlardan biri de, Konvansiyon md. 9/3'de hükmüne bağlandığı üzere, sözleşmenin temsilci aracılığıyla yapılmasıdır. Buna göre, sözleşme bir temsilci tarafından yapılıyorsa temsilcinin işlemi yaptığı anda bulunduğu devlet hukuku bu maddenin 1. ve 2. Paragrafındaki hükümlere göre tespit edilecektir: **Aygül**, Avrupa, s. 259. Ancak bu alternatif bağlama kuralının hukuk düzenlerindeki genel kabulüne karşın, nadiren ikisinden birinin de ilgili statü olarak tercih edildiği görülmektedir. Örneğin, Danimarka hukukunda yalnızca hukukî işlemin yapıldığı yer hukuku dikkate alınmaktadır: **Nomer**, s. 205. Konuya ilişkin ilâve bağlama noktası getirildiği de bazı hukuk düzenlerinde görülmektedir. Örneğin 1940 tarihli Yunan Medenî Kanunu ve 1942 tarihli İtalyan Medenî Kanunu, *LRA* ve hüküm statüsüne ek olarak tarafların millî hukukunun da dikkate alınmasına imkân tanımıştır. Tespit için bkz. **Nomer**, s. 205.

tutulmaktadır¹⁹⁷. Dolayısıyla, bir acente sözleşmesi, yapıldığı yer hukukuna ya da akit statüsüne uygun olarak akdedilmişse şeklen geçerli kabul edilecektir¹⁹⁸.

LRA kuralının uygulanması bakımından, acente sözleşmesinin yapıldığı yerle kastedilen, eğer sözleşme hazırlar arasında yapılmışsa ilgili kimselerin iradelerini açıkladığı yerdir. Ancak acente sözleşmesi, hazır olmayanlar arasında yapılmışsa, bu konu tartışmalıdır¹⁹⁹. Baskın görüş, tarafların farklı ülkelerde iradelerini açıklamış olması durumunda, her iki ülkenin hukukunun da dikkate alınması yönündedir. Dolayısıyla bu ülkelerden birinin hukukuna uygun olarak yapılan bir acente sözleşmesi geçerli kabul edilmelidir²⁰⁰.

C. ACENTE DIŞ İLİŞKİSİ

Çalışmamızın İkinci Bölümü'nde ayrıntılı olarak üzerinde durulacak olan acente ilişkisinde temsil yetkisi konusu, bir diğer ifadeyle acente dış ilişkisi, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanı dışındadır. Buna göre, acentenin haiz olduğu temsil yetkisi ile temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile giriştiği muamelelerin iradî/doğrudan temsil çerçevesinde taraflar üzerindeki hukukî etkisine ve acentenin temsil yetkisi olmaksızın ya da mevcut yetkinin sınırlarını aşarak yaptığı işlemlerin sonuçlarına ilişkin ihtilâflar, temsil statüsüne tâbidir²⁰¹.

¹⁹⁷ Bu şekilde alternatif bağlama kuralının kabulünün, milletlerarası acente ilişkilerinde aranan kolaylığı ve güvenliği temin edeceğinden şüphe yoktur: **Tekinalp**, Acente, s. 155. Gerçekten de alternatif bağlama kuralı, taraf menfaatlerine, işlem güvenliğine ve *favor negotii* dolayısıyla toplum menfaatine hizmet eden bir amaç taşımaktadır: **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 69.

¹⁹⁸ **Verhagen**, Agency, s. 257.

¹⁹⁹ Tartışmalar hakkında bkz. **Tekinalp**, Acente, s. 154.

²⁰⁰ **Verhagen**, Agency, s. 257; **Tekinalp**, Acente, s. 155.

²⁰¹ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 91. Söz konusu meseleler, Roma I Tüzüğü md. 1/2(g) ve Roma Konvansiyonu md. 1/2(f)'de, acente sözleşmesi statüsünün kapsamı dışında kalan konulardan biri olarak kabul edilmiştir. Buna göre, “bir temsilcinin temsil olunanla ... üçüncü kişi arasında bağlayıcı ilişki kurup kuramayacağı” konusu, Tüzük ve Konvansiyonun kapsamı dışında kalmaktadır. Konu hakkında bkz. **Fawcett/Carruthers**, s. 681 vd.; **Stone**, s. Private, 290 vd.; **Collier**, s. 177; **Williams**, s. 9; **O'Brien**, s. 323; **Dacey/Morris**, s. 1207 vd. Ancak İsviçre doktrininde aksi yönde bir görüş, temsile ilişkin meselelerin geniş bir uygulama alanına sahip olduğu yönündedir. Bu nedenle de, temsil yetkisinin varlığı, kapsamı, hükmü ve sona ermesinden kaynaklanan her türlü mesele temsil statüsüne tâbi tutulmalıdır. Konu hakkında bkz. **Keller/Girsberger**, Art. 126, N. 19 vd. (Uyanık Çavuşoğlu, s. 92'den naklen).

§ 4. ACENTE İÇ İLİŞKİSİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. GENEL OLARAK

Milletlerarası unsurlu ticarî ilişkilerin artışı, konuya ilişkin ihtilâflara uygulanacak hukukun belirlenmesinde, türlü tartışmaları beraberinde getirmektedir²⁰². Bu çerçevede, ticarî alanda geniş uygulaması olan acente ilişkisine uygulanacak hukuk konusu, milletlerarası özel hukukun önemli ve tartışmalı konularından biri olarak kabul edilmektedir²⁰³.

Milletlerarası unsurlu acente ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti, kanunlar ihtilâfı hukukunda özellik arz eden bir konudur²⁰⁴. Bunda şüphesiz hukuk düzenlerinde kural olarak acenteliğin iradî/doğrudan temsil ilişkisi şeklinde kabul edilmesi etkili olmaktadır. Zira acente ilişkisinin hukukî yapısının karmaşıklığının yarattığı sorunlar, uygulanacak hukuk konusunda bazı tartışmaları beraberinde gerektirmektedir. Üç taraflı bir ilişki olması sebebiyle, hem temsil olunan, hem acente ve hem de üçüncü kişinin menfaatlerinin dengeli şekilde korunmasının gerekliliğinden dolayı, uygulanacak hukuk konusu, acente ilişkisinde özellikle önem taşımaktadır²⁰⁵. Özellikle tercih edilecek bağlama kurallarının, bu üçlü ilişkide taraf menfaatlerini hangi oranda koruyacağı ve hangi tarafın menfaatinin öncelikli tercih edileceği, bu anlamda konunun hassasiyetini daha da ön plâna çıkarmaktadır²⁰⁶.

Acente iç ilişkisinin temelini oluşturan acente sözleşmesinin milletlerarası unsur içermesi durumunda, sözleşmeden doğan uyuşmazlığa hangi devletin hukukunun uygulanacağı tespit edilmelidir²⁰⁷. Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisi veya acente sözleşmesi, karşılaştırmalı hukukta özel bir bağlama konusu olarak

²⁰² **Elcin**, M.: The Applicable Law to International Commercial Contracts and The Status of Lex Mercatoria, With a Special Emphasis on Choice of Law Rules in The European Community, Boca Raton 2010, s. 1.

²⁰³ **Cohn**, E. J.: “Commercial Agency Contracts in Private International Law”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 22, No. 1, 1973, s. 157 vd.; **Kahn-Freund**, O.: “Private International Law: Contracts”, The Modern Law Review, Vol. 3, No. 1, 1939, s. 62.

²⁰⁴ **Badr**, s. 83.

²⁰⁵ **Çelikel/Erdem**, s. 374; **Badr**, s. 82.

²⁰⁶ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 3.

²⁰⁷ **Cheatham/Reese**: “Choice of The Applicable Law”, Columbia Law Review, Vol. 52, No. 8, 1952, s. 969 vd.; **North/Fawcett**: Cheshire and North Private International Law, London 1987, s. 448 vd.; **Koppenol-Laforce**, s. 141; **Kostromov**, s. 51.

düzenlenmemektedir. Konu, akit statüsü içinde ele alınmaktadır²⁰⁸. Buna karşın, La Haye Temsil Konvansiyonu, milletlerarası unsurlu temsil ilişkisi statüsünü düzenleyen bir milletlerarası sözleşme olarak, temsil iç ve dış ilişkisi statülerinin belirlenmesinde önemli bir kaynak kabul edilmektedir²⁰⁹.

Acente sözleşmesi, milletlerarası özel hukukta özel olarak düzenlenen bir bağlama konusu değildir. Kanun koyucular ve milletlerarası sözleşme hazırlayıcıları, acente sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda, genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kurallarını dikkate alınması yönünde düzenlemeler yapmıştır. Bu bakımdan, akit statüsüne ilişkin bilgiler ve çözüm önerileri, kural olarak acente sözleşmesi statüsü bakımından da geçerlidir. Ancak acente sözleşmesinin hukukî niteliği ve özellikleri gereğince, akit statüsünden ayrılması gereken durumlarda, kendine özgü düzenlemelere tâbi olması da imkân dâhilindedir.

Acente sözleşmesine uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları, sözleşmeyi idare edecek en uygun hukuk olmalıdır²¹⁰. Acente sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda belirli, yeknesak, öngörülebilir kanunlar ihtilâfî kuralları getirmek, bu konuda ortaya çıkabilecek sorunları da, asgarî düzeye indirecektir. Aynı şekilde, böyle bir çözüm, konuya ilişkin bağlama kurallarının birleştirilmesine de zemin hazırlayacaktır²¹¹. Ancak genel olarak, hukuk düzenlerinin

²⁰⁸ Örneğin, Amerikan hukukunda, milletlerarası unsurlu acente sözleşmesi statüsünü tayin eden münferit bir bağlama kuralına yer verilmemiştir. Bunun yerine Restatement II §187’de, bütün sözleşme tipleri için uygulama bulan genel bir bağlama kuralı kabul edilmiştir. Dolayısıyla acente sözleşmesi statüsünün tespitinde, iradî temsil ilişkisi kapsamında olacak şekilde, temsil statüsünü tayin eden bağlama kuralları esas alınacaktır: **Richman/Reynolds**: Understanding Conflict of Laws, Newark 1993, s. 206.

²⁰⁹ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 35; **Preifer**, s. 434. La Haye Temsil Konvansiyonu dışında, tarihsel süreç içinde, acente ilişkisini de içine alacak şekilde iradî temsil ilişkisi hakkındaki kanunlar ihtilâfî kurallarını birleştirme hususunda önemli bazı adımlar atılmış, ancak arzu edilen sonuca ulaşılamamıştır. Esas amacın iradî temsile ilişkin milletlerarası özel hukuk kurallarının birleştirilmesi olduğu bu çalışmaların en bilineni, 1950 tarihli Copenhagen ve 1952 tarihli Lucerne Taslaklarıdır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Badr**, s. 132 vd. Kanunlar ihtilâfî alanında, temsil hukukunun birleştirilmesinin kaçınılmaz bir zorunluluk olduğuna ilişkin görüş hakkında ayrıca bkz. **Tekinalp, G.**: “Temsil Yetkisine İlişkin Milletlerarası Çalışmalar ve La Haye Sözleşmesi”, MHB, 1981, S. 2, s. 28 (La Haye); **Schmitthoff**, s. 182; **Badr**, s. 83-84.

²¹⁰ Kanunlar ihtilâfî kurallarının, milletlerarası özel hukuktaki temel hedefi, uyumsuzluk konusu hukukî ilişkilere uygulanacak en uygun hukuku bulmaktır: **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 9.

²¹¹ Genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun birleştirilmesi konusunda 1950’li yıllardan beri artan bir eğilim olduğu vurgulanmaktadır: **Burman**, H. S.: “International

aynı konuda tek tip bir düzenlemeye gitmesi de kolay olmayacağından, ayrıntıya ilişkin bazı konularda farklılıkların olması da doğal karşılanmalıdır²¹².

Acente sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde sübjektif ve objektif kriterler esas alınmaktadır. Buna göre, acente sözleşmesine uygulanacak hukukun irade muhtariyeti ilkesi çerçevesinde acente ve temsil olunan tarafından seçilebilmesi mümkündür. Acente sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemesi ya da hukuk seçimi anlaşmasının geçersizliği hâlinde ise, objektif bağlama kuralları devreye girecektir.

Sübjektif ya da objektif kriterler esas alınarak belirlenmesi fark etmeksizin, milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisi statüsünü tayin eden yetkili yabancı hukukun uygulanabilmesi için, söz konusu hukuk, *for'un* kamu düzenini²¹³ bozmamalıdır²¹⁴. Bu paralelde, hukuk düzenlerinde, yabancı hukukun uygulanmasının belli bir uyumsuzluk bakımından *for'un* kamu düzenini açıkça²¹⁵ bozması hâlinde, bu hükümlerin uygulanmasından vazgeçilmesi imkânı tanınmıştır²¹⁶. Bu şekilde, kamu

Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990's", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 28, 1995, s. 367.

²¹² **Cheatman/Reese**, s. 970.

²¹³ Kamu düzeni kavramının içeriği tartışmalıdır. Kamu düzeni anlayışının değişken olması, kavramın içeriğinin tespitini zorlaştırmaktadır: **Husserl**, G.: "Public Policy and Ordre Public", Virginia Law Review, Vol. 25, No. 1, 1938, s. 42. Ancak bazı temel ilke ve değerlerin, kamu düzeni kavramına bir çerçeve çizdiği görülmektedir. Buna göre, *for'un* hukukunun temel değerleri, kanunun dayandığı genel siyaset, kamusal menfaatler, ahlâk ve âdap anlayışı, dürüstlük kuralları, iyi niyet ilkesi, toplumun temel değerleri, hukukun temel ilkeleri, adalet anlayışı, anayasada yer alan insan hakları, temel hak ve hürriyetler, kadın-erkek eşitliği, çocuğun menfaati, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gibi ilke ve değerler, kamu düzeni kavramı içinde kabul edilmektedir. Tespitler hakkında bkz. **Zhang**, M.: "Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law", Emory International Law Review, Vol. 20, 2006, s. 524 (Party); **Jaffey**, A. J. E.: The Foundations of Rules For The Choice of Law (Edit by: Fentiman, R.: Conflict of Laws, New York 1996), s. 584 (Choice); **Arat**, T.: "Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi", AÜHFD, C. 21, 1964, S. 1-4, s. 509 (Yabancı); **Ökçün**, G.: Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara 1967, s. 9 vd.; **Timur**, H.: "Devletler Hususî Hukukunda Amme İntizamı", İHFM, S. 4, 1941, s. 878, **Demir Gökyayla**, C.: Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 27 vd. (Kamu Düzeni); **Nomer**, s. 161, 168 vd.; **Çelikel/Erdem**, s. 162 vd.; **Şanlı**, Tahkim, s. 381; **Doğan**, Milletlerarası, s. 173 vd.; **Collier**, s. 173 vd.; **Stone**, Private, s. 340; **Fawcett/Carruthers**, s. 142 vd.

²¹⁴ **Solomon**, D.: "The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats", Tulane Law Review, Vol. 82, 2007-2008, s. 1734; **Borchers**, P. J.: "Contract and Tort Law, Categorical Exceptions to Party Autonomy in Private International Law", Tulane Law Review, Vol. 82, 2007-2008, s. 1651; **Dacey/Morris**, s. 1277; **Zhang**, Party, s. 524; **Çelikel/Erdem**, s. 148; **Aybay/Dardağan**, s. 124.

²¹⁵ Kamu düzeninin açıkça bozulması, ihlâlin, tahammül edilemez boyutta olmasını ifade etmektedir: **Çelikel/Erdem**, s. 156; **Dacey/Morris**, s. 1277; **O'Brien**, s. 358; **Stone**, Private, s. 338.

²¹⁶ **Enonchong**, N.: "Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, No. 3, 1996, s. 634; **Lorenzen**, E. G.:

düzenini bozan yabancı hukukun uygulanması bertaraf edileceğinden²¹⁷, *for'un* hukuku, yetkili hukuk hâline gelecektir²¹⁸.

Uygulamada her ne kadar, sözleşmeler hukuku alanında kamu düzeni müdahalesine nadiren rastlansa da²¹⁹, teorik olarak, yabancı hukukun, *for'un* kamu düzenini ihlâl etmesi de ihtimal dâhilindedir²²⁰. Bu bakımdan, kamu düzeni müdahalesinin, münhasıran acente sözleşmesine özgü bir uygulaması bulunmamaktadır. Genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından kamu düzeni müdahalesine maruz kalacak durumlar, somut olayın özelliklerine göre, acente sözleşmesi için de geçerli olacaktır. Örneğin, acente sözleşmesinde fahiş cezaî şart öngörülmesini yasaklamayan, yanılma, aldatma veya korkutma suretiyle kurulan

“Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws”, Yale Law Journal, Vol. 33, No. 7, 1924, s. 747 (Territoriality); **Dacey/Morris**, s. 1277; **Nomer**, s. 157; **Çelikel/Erdem**, s. 148; **Doğan**, Milletlerarası, s. 169; **Jaffey**, Choice, s. 391; **Koppenol-Laforce**, s. 138; **O’Brien**, s. 358; **Houtte**, s. 19; **Ökçün**, s. 46 vd. Bu çerçevede, kamu düzeninin, istisnaî olarak yabancı hukukun uygulanmasını engelleme işlevi olduğu kabul edilmektedir: **Husserl**, s. 57; **Fawcett/Carruthers**, s. 741; **Nomer**, 157 vd.; **Çelikel/Erdem**, s. 150 vd.; **Ökçün**, s. 67. Aksi görüş için bkz. **Timur**, s. 902. Türk hukukunda MÖHUK md. 5 ve İsviçre MÖHK md. 17’ye paralel olarak, Alman Medenî Kanununa Giriş Kanunu md. 6, kamu düzeni müdahalesini istisnaî bağlama kuralı olarak kabul etmiştir. Alman hukuku için bkz. **Triebel**, V.: “The Choice of Law in Commercial Relations: A German Perspective”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 37, 1988, s. 940; **Özden**, B.: “Alman Mahkemelerinde Kamu Düzeni Kavramının Uygulanması”, İÜMHAD, S. 19, 1993, s. 101 vd.; **Zekoll/Reimann**: Introduction to German Law, Netherlands 2005, s. 338. İsviçre hukuku için bkz. **Samuel**, s. 684. Aynı şekilde, Amerikan hukukunda kamu düzeni anlayışı daha dar bir anlama sahip olsa da, yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf eden bir kural olarak benimsenmiştir: **Jaffey**, Choice, s. 391 vd.; **Reimann**, s. 27; **Richman/Reynolds**, s. 204. AB hukuku bakımında ise, Roma I Tüzüğü md. 21’deki düzenleme, kamu düzeni müdahalesinin istisnaî olduğu yönündedir: **Stone**, s. 339 vd.; **Fawcett/Carruthers**, s. 743. La Haye Temsil Konvansiyonu md. 17’de de, Konvansiyonun tayin ettiği hukukun, kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi hâlinde uygulanmayacağı öngörülmüştür: **Hay/Müller-Freienfels**, s. 48; **Preifer**, s. 436; **Kostromov**, s. 125; **Verhagen**, Agency, s. 133.

²¹⁷ Yabancı hukukun uygulanmaması, kamu düzeninin olumsuz etkisinin sonucu olarak kabul edilmektedir. Kamu düzeninin olumlu etkisi ise, *for'un* hukukunun dikkate alınmasıdır: **Tanrıbilir**, F. B.: “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, TBBD, S. 87, 2010, s. 216; **Koppenol-Laforce**, s. 139; **Doğan**, Milletlerarası, s. 170; **Aybay/Dardağan**, s. 129. La Haye Temsil Konvansiyonu md. 17’nin düzenlediği kamu düzeninin etkisi ise, yalnızca olumsuz etkiden ibarettir: **Verhagen**, Agency, s. 229.

²¹⁸ Doktrinde bir görüş, yabancı hukukun uygulanmaması durumunda, doğacak boşluğun yine yabancı hukuk tarafından doldurulması gerektiği, aksi hâlde, *for'un* hukukunun veya genel hukuk ilkelerinin uygulanmasını önermektedir: **Eksi**, N.: “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 137 (İş); **Nomer**, s. 177; **Tiryakioglu**, Taşınır, s. 77; **Tanrıbilir**, s. 217. Buna karşın, Türk hukukunda MÖHUK md. 5 gereğince, yabancı hukukun, kamu düzenine açıkça aykırı olması durumunda, gerekli görülen hâllerde, Türk hukukunun uygulanacağı açıkça hükme bağlanmıştır: **Nomer**, s. 165; **Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu**, s. 52; **Doğan**, Milletlerarası, s. 172.

²¹⁹ **Doğan**, V.: İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, s. 131 (İş); **Dardağan**, s. 268.

²²⁰ **Demir Gökyayla**, Kamu Düzeni, s. 393.

sözleşmenin feshine izin vermeyen, taraflardan yalnız birine haklı nedenlerle sözleşmeyi fesih hakkı tanıyan yabancı bir hukukun, kamu düzenini ihlâl ettiği söylenebilir²²¹.

Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti bakımından diğer sınırlama ise, doğrudan uygulanan kurallardır²²². Buna göre, düzenleme amacı²²³ ve uygulama alanı²²⁴ bakımından, hâkimin doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren bir uyuşmazlığın çözümünde, bu kurallar uygulanacağından, kanunlar ihtilâfı kuralları dikkate alınmaz²²⁵.

²²¹ Konu hakkında bkz. **Aybay/Dardağan**, s. 125; **Uluocak**, s. 206; **O'Brien**, s. 358.

²²² **Verhagen**, H. L. E.: “The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on Ingmar Gb LTD V Eaton Leonard Technologies Inc”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 51, 2002, s. 135 (Party); **Zhang**, Party, s. 525. Doğrudan uygulanan kurallar, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, ister taraflarca seçilsin, ister objektif bağlama kurallarına göre tayin edilsin, yetkili yabancı hukuktan bağımsız olarak kanunlar ihtilâfı kurallarına başvurmadan uygulanan, devletin ekonomik, siyasî ve sosyal amaçlarına hizmet eden, aksi taraflarca kararlaştırılmayan, kamu menfaati ağırlıklı milletlerarası nitelikli emredici kurallardır: **Özdemir Kocasakal**, H.: *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, İstanbul 2001, s. 8, 27 (Doğrudan); **The Harvard Law Review Association**: “Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules”, *Harvard Law Review*, Vol. 114, No. 8, 2001, s. 2464; **Nomer**, s. 180; **Çelikel/Erdem**, s. 376; **Doğan**, Milletlerarası, s. 186; **Jaffey**, Choice, s. 373, 378; **Borchers**, s. 1651; **Elcin**, s. 63; **Solomon**, s. 1737; **Koppenol-Laforce**, s. 139; **Rabel**, s. 582; **O'Brien**, s. 351.

²²³ Düzenleme amacı ile kastedilen, bir kuralın, toplumun menfaatlerinin ve devletin ekonomik, siyasî ve sosyal menfaatlerinin korunması amacıyla kabul edilmesidir: **Doğan**, Milletlerarası, s. 187.

²²⁴ Uygulama alanı ile kastedilen, bir kuralın, kapsamına giren konular bakımından, ülkede bulunan herkese ve her olaya uygulanıyor olmasıdır: **Ökçün**, s. 54.

²²⁵ Bu çerçevede, Türk hukukunda MÖHUK md. 6'da da aynı paralelde düzenleme yapılmıştır. Aynı şekilde, Roma I Tüzüğü md. 9/2, Tüzükte yer alan hiçbir hükmün, mahkemenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını sınırlamayacağını öngörmüştür: **Stone**, Private, s. 341. İsviçre MÖHK md. 18 de, *for'un* hukukunun doğrudan uygulanan kuralları hakkında genel bir düzenlemeye gitmiştir: **Samuel**, s. 684. Yine Amerikan hukukunda, doğrudan uygulanan kuralların etkisi kabul edilmiştir. Bu çerçevede, Restatement II §187/2(b)'de, taraflarca seçilen ülke hukukunun, maddî olarak daha sıkı bağlantısı olan bir devletin temel politikasına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır: **Scoles/Hay/Borchers/Symeonides**: *Conflict of Laws*, St. Paul 2000, s. 962 vd.; **Paulsen/Sovern**: “Public Policy in The Conflict of Laws”, *Columbia Law Review*, Vol. 56, No. 7, 1956, s. 1003; **Jaffey**, Choice, s. 368; **Borchers**, s. 1652; **Cheatham/Reese**, s. 978. Çin hukukunda da, Yabancı Ekonomik Sözleşme Kanunu md. 4/1, hukukun temel ilkelerine ya da toplumun kamu menfaatlerine aykırı düzenlemelerin kabul edilemeyeceğini ve Çin hukukunun konuya ilişkin hükümlerinin doğrudan uygulanacağını hükme bağlamıştır: **Guojian**, X.: “Contract in Chinese Private International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, s. 653. La Haye Temsil Konvansiyonu md. 16'da yine doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Ancak md. 16, bu kuralların uygulanmasında hâkimlerin mecburiyeti olmadığına işaret etmektedir. Zira ilgili maddenin lafzında “etki tanınabilir” ifadesi kullanıldığı için, doğrudan uygulanan kurallara başvurma, hâkim için bir yükümlülük arz etmediği sonucuna varılmaktadır: **Verhagen**, Agency, s. 226; **Koppenol-Laforce**, s. 160; **Kostromov**, s. 125.

Sözleşme hukukuna özgü doğrudan uygulanan kuralların, acente sözleşmesi bakımından özellik arz eden bir yönü bulunmamaktadır²²⁶. Bu bakımdan, acente ilişkisinde, sözleşmeden doğan borç ilişkileri kapsamında kalan doğrudan uygulanan kurallar, acente sözleşmesinden ziyade, acentenin temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile akdettiği esas sözleşmeler bakımından uygulama bulacaktır²²⁷. Zira acentenin akdettiği esas sözleşmeler, çeşitlilik göstereceğinden, doğrudan uygulanan kurallar, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tayininde etkili olacaktır²²⁸.

Bununla birlikte, acente sözleşmesine özgü doğrudan uygulanan kurallara rastlanması da ihtimal dâhilindedir. Bu kurallar, acente ilişkisinde sigortacılık alanında sıklıkla görülebilmektedir. Sigortacılık alanında faaliyette bulunan kuruluşların işlem kapasitelerinin ülke ekonomisi bakımından büyüklüğü ve sigorta hizmetlerinden yararlanmak isteyenlerin korunma gereksinimi, ülke menfaatlerini ve özellikle de ülke ekonomisini doğrudan ilgilendirir²²⁹. Örneğin, bir hukuk düzenindeki yalnızca belirli ticaret şirketi türlerine acente tayin etme imkânı tanıyan emredici nitelikli bir hükmün doğrudan uygulanan kural niteliği tartışılabilir. Bu çerçevede, Türk hukukunda 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu md. 2/1 uyarınca acentenin, nam ve hesabına sigorta sözleşmesine aracılık ettiği veya yaptığı kişilerin yalnızca sigorta şirketi olması şartı, sözleşme yapma ehliyetini sınırlandıran nitelikli bir doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilecektir. Zira 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu md. 3/1'e göre, Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta

²²⁶ Genel olarak sözleşme hukuku kapsamında kabul edilen doğrudan uygulanan kurallara örnek olarak, sözleşme konusu hakkında ithalat-ihracat sınırlamalarının veya kotanın bulunması, zayıf akit tarafa sahip sözleşmelerde zayıf tarafın korunması veya sözleşmenin tescil veya ilânında olduğu gibi şekli bir şartın öngörülmesi ve benzeri hususlar verilebilir. Konu hakkında ayrıca bkz. **Jaffey**, Choice, s. 369-379; **Sargın**, Konferans, s. 177; **Borchers**, s. 1652; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 79; **Reimann**, s. 29; **Özdemir Kocasakal**, Elektronik, s. 156.

²²⁷ Doğrudan uygulanan kuralların sınırlarını tam olarak belirlemek ve nelerin bu kapsamda yer aldığını sınırlı sayıda tespit etmek oldukça güçtür: **Demir Gökyayla**, C.: Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, Ankara 2005, s. 420 (Tek Satıcılık). Doktrinde hâkimin, kendi hukukuna doğrudan uygulanan kural niteliği verme konusunda oluşacak eğilimin önlenmesi için, konunun dar yorumlanması gerektiği savunulmaktadır: **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan, s. 32. Bu zorluktan ötürü, doğrudan uygulanan kuralların tespitinde, söz konusu hükümlerin düzenleme amacından ve işlevinden hareket edilmelidir: **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan, s. 213.

²²⁸ Örneğin, Türkiye'nin bir ülkeye ekonomik ambargo koyduğunu varsayalım. Bu hâlde, acentenin ambargo konulan ülkeden mal alımı konusunda yetkilendirilmesi, doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan bu engel nedeniyle mümkün olamaz. Aynı şekilde, belli bir devlete yönelik olarak getirilen ithalat yasağı sınırlamasının aşılması acente aracılığıyla Türkiye'de satım sözleşmesi akdedilirse, doğrudan uygulanan kurallar gereğince bu sözleşme geçersiz sayılacaktır. Benzer tespitler için bkz. **Demir Gökyayla**, Tek Satıcılık, s. 421.

²²⁹ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan, s. 127.

şirketlerinin, Türk tâbiyetli ya da yabancı olup olmadığına bakılmaksızın, anonim şirket veya kooperatif şeklinde kurulmuş olması şarttır²³⁰. Kanun koyucu, bu yönde bir düzenlemeyle devletin ekonomik politikalarının etkinliğini sağlamayı hedeflemiştir²³¹. Zira ülke ekonomisi için önem taşıyan sigortacılık faaliyetinin sigortacı ve sigortalı/sigorta ettiren arasında güvene dayanan bir hukukî müessese olması, özellikle sigorta şirketine nazaran zayıf konumda olan sigortalı/sigorta ettirenin korunması bakımından, sigorta şirketlerinin faaliyetlerinin kontrolünü gerektirir²³². Bu anlamda, devletin ekonomik düzeninin korunması çerçevesinde sigorta hizmetlerinin düzenli ve sağlıklı olarak işleyebilmesi amacıyla sigorta şirketlerinin faaliyetlerinin devlet denetimine tâbi olması, söz konusu düzenlemenin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi bakımından önemli bir dayanaktır²³³.

Devletin, sigortacılık faaliyetlerine aleniyet sağlamak ve dolayısıyla da ekonomik düzeni sağlamak üzere getirdiği emredici nitelikli bazı düzenlemeler de doğrudan uygulanan kural sayılabilir. Örneğin, sigorta acentelerinin, faaliyette bulunmak için resmî bir makamdan izin, onay, ruhsat alması ya da tescil yaptırmasına ilişkin bir hükmün, hem sigortalı/sigorta ettiren tarafın hem de devletin menfaatlerine hizmet eden doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi mümkündür²³⁴. Bu çerçevede Türk hukukunda 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu md. 5, sigorta şirketlerinin faaliyet göstermek istedikleri her bir sigorta dalı için Hazine Müsteşarlığından sigortacılık ruhsatı almasını şart koşturmaktadır. Kanun koyucunun acentelik faaliyetinin başlayabilmesi için izin/ruhsat şartını emredici olarak zorunlu

²³⁰ Karşılaştırmalı hukuktaki benzer düzenlemeler için bkz. **Kender**, s. 33, dn. 2.

²³¹ **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan, s. 117.

²³² **Kender**, s. 42; **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan, s. 127-128.

²³³ Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **Kender**, s. 34.

²³⁴ Sicile kayıt şartı çerçevesinde getirilen emredici nitelikli şeklî bir sınırlamanın doğrudan uygulanan kural olabileceğine ilişkin genel bir tespit için bkz. **Sargın**, F.: “5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikrî ve Sınâî Haklar ile İlgili Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 177 (Konferans).

kılınması, sigortalı/sigorta ettiren tarafı koruduğu gibi devletin ekonomik menfaatlerine de hizmet etmektedir²³⁵.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu md. 23’de, gerçek veya tüzel kişilerin sigorta acenteliği yapabilmesi için Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde tutulan levhaya kayıt yaptırması, emredici olarak öngörülmüştür²³⁶. Bu yönde bir hüküm, aleniyeti ve hukukî güvenliği sağladığı, dolayısıyla da devletin ekonomik menfaatlerine hizmet ettiği için doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilebilecek bir düzenlemedir. Benzer şekilde, 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu, Türkiye’de faaliyette bulunacak seyahat acentelerinin, Turizm Bakanlığına işletme belgesi vererek kurulacağını hükme bağlayarak izin şartı öngörmüştür (md. 2)²³⁷. Söz konusu düzenlemenin de devletin ekonomik menfaatlerine temas eden yönü itibarıyla doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi mümkündür.

Bu noktada belirtilmelidir ki, rekabet hukuku, doğrudan uygulanan kuralların en yoğun olduğu alanlardan biridir²³⁸. Bu çerçevede, kanun koyucular, acente ve temsil olunanın birbiriyle rekabetini belli sınırlamalara tâbi tutmuş olabilir. Örneğin, rekabetin kötüye kullanılması yasaklanabilir, Türkiye’deki piyasaları etkileyen rekabeti bozucu, engelleyici ve kısıtlayıcı her türlü anlaşma, uygulama ve kararlara yasak getirilebilir ya da rekabet yasağı öngörülebilir²³⁹. Ancak devletin ekonomik ve hukukî yapısını ilgilendiren böyle bir rekabet yasağının doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilmesi için, kanunlar ihtilâfî kurallarına göre başka bir hukukun yetkili kılındığı durumlarda dahi bu milletlerarası nitelikli emredici kuralların mutlaka uygulanması gerekir²⁴⁰. Türk hukukunda TTK md. 104’de, acente ve temsil olunana acente sözleşmesi devamınca aksi yazılı olarak kararlaştırılabilen rekabet

²³⁵ **Kender**, s. 49-50. Sigorta şirketlerinin faaliyette bulunabilmek için ruhsat almalarının emredici olarak düzenlenmesi hakkında ayrıca bkz. **Memiş**, T.: “Ruhsatnamesiz Bir Sigortacı ile Yapılan Sigorta Sözleşmelerinin Hukukî Durumu ve Çözüm Önerileri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 467 vd. (Ruhsat).

²³⁶ **Kayıhan**, s. 55.

²³⁷ **Kayıhan**, s. 61.

²³⁸ Liberal ekonomilerde kural olarak rekabet hürriyeti esas alınmaktadır. Bu bakımdan, doğrudan uygulanan kurallarla rekabet hürriyetinin sınırları belirlenmekte, ihlâli yasaklanarak yaptırımlar getirilmektedir: **Kayıhan**, s. 105 vd.

²³⁹ **Tiryakioğlu**, B.: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfî, Ankara 1997, s. 154 (Rekabet).

²⁴⁰ **Doğan**, Milletlerarası, s. 186; **Sargın**, Patent, s. 125.

yasağı getirilmektedir²⁴¹. Dolayısıyla, emredici nitelik taşımayan böyle bir düzenlemenin doğrudan uygulanan kural olarak kabulü mümkün değildir.

AB üyesi ülke hukukları için geçerli olacak şekilde, 86/653 sayılı Direktifte doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan hükümler vardır²⁴². Örneğin, 86/653 sayılı Direktif md. 3 ve 4'te, acente sözleşmesi taraflarının, acentenin ücret hakkı dışında kalan bazı hak ve borçları düzenlenmiştir. Söz konusu maddelerde yer alan hak ve borçların, taraflarca ortadan kaldırılamayacağı ya da azaltılamayacağı ise md. 5'te özel olarak hükme bağlanmıştır. 86/653 sayılı Direktifin, tarafların hak ve borçlarının korunması bakımından getirdiği bu hükmün, AB üyesi ülke hukukları bakımından nitelik olarak doğrudan uygulanan kural olduğu ifade edilmektedir²⁴³. Aynı şekilde, 86/653 sayılı Direktifin, müşteri tazminatı hakkını düzenleyen hükmünün, taraflarca acente sözleşmesinin sona ermesinden önce, acentenin aleyhine olacak şekilde belirlenemeyeceğini öngören hükmünün de, doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığı vurgulanmaktadır(md. 19)²⁴⁴. Dolayısıyla 86/653 sayılı Direktifin öngördüğü söz konusu hükümler, AB üyesi ülkelerin iç hukuklarına da aynı paralelde yansıtıldığı takdirde, yine doğrudan uygulanan kural niteliğini koruyacaktır²⁴⁵.

Doğrudan uygulanan kurallar, hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları olabileceği gibi, yabancı bir devletin doğrudan uygulanan kuralları da

²⁴¹ TTK md. 104'e göre, aksi yazılı olarak kararlaştırılmadıkça, temsil olunan, aynı zamanda ve aynı yer veya bölge içinde, aynı ticaret dalı için birden fazla acente tayin edemeyeceği gibi, acente dahi aynı yer veya bölge içinde, birbiriyle rekabette bulunan müteaddit ticarî işletmeler hesabına aracılık yapamaz.

²⁴² Nitekim ABAD da, 86/653 sayılı Direktif hükümlerinin, doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığına karar vermiştir. Örneğin ABAD, *Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc.*, 2000 E.C.R. I-9305 (Case C-381/98) kararında, Direktifin, acenteleri, temsil olunanlara karşı koruyucu hükümler içerdiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla, tarafların seçtikleri hukukun, acenteyi Direktifin öngördüğü korumadan daha az koruma getirmesi durumunda, Direktifin hükümleri doğrudan uygulanan kural olarak öncelikle uygulanacaktır. Karar hakkında ayrıca bkz. **Borchers**, s. 1652; **Verhagen**, Party, s. 137 vd.

²⁴³ **Verhagen**, Agency, s. 232.

²⁴⁴ Acentenin ücretinin ödenme zamanını belirleyen md. 10/2-3, acentenin ücret hakkının, temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin kurulamaması nedeniyle ortadan kalkmayacağına ilişkin md. 11/1, akit taraflara, diğerinden sözleşmenin imzalanmış yazılı bir nüshasını talep hakkı veren md. 13/1 ve rekabet yasağı sözleşmesinin yazılı olmasını ve belli bir coğrafi bölge veya müşteri çevresiyle sınırlandırılmasını öngören md. 20/2'deki düzenlemelerin de, 86/653 sayılı Direktifte yer alan doğrudan uygulanan kurallardan olduğuna ilişkin tespit için bkz. **Verhagen**, Agency, s. 232.

²⁴⁵ Aynı yönde bkz. **Verhagen**, Agency, s. 232. Örneğin, İtalyan Medenî Kanunu md. 1751/11, acentenin müşteri tazminatı hakkını düzenleyen şartların, acente aleyhine değiştirilemeyeceğini öngörmektedir.

olabilir²⁴⁶. Bu hâlde, hâkimin kendi ülkesinin ve *lex causae'nin* doğrudan uygulanan kurallarını uygulamasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabilmesi, bazı şartları gerektirmektedir²⁴⁷. Bu çerçevede, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama bulması, sözleşmeler hukuku alanında kabul edilmektedir²⁴⁸. Dolayısıyla, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının acente sözleşmesi bakımından uygulama bulması, akit statüsüne tâbi sözleşmelerle aynı hüküm ve sonuçlara tâbidir.

Türk hukukunda MÖHUK md. 31'de, bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir²⁴⁹. MÖHUK md. 6'da ifade edilen doğrudan uygulanan kuralların genel bir hüküm olması nedeniyle, tüm uyuşmazlıklar bakımından dikkate alınmasının

²⁴⁶ **Boele-Woelki/Lazic**: “Where Do We Stand on the Rome I Regulation?”, *The Future of European Contract Law*, Vol. 19, 2007, s. 13; **Jaffey**, *Choice*, s. 379.

²⁴⁷ **Verhagen**, *Agency*, s. 228. Üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının etkisi konusu, hukuk düzenlerinde farklılık arz etmektedir ve bu konu genel bir uygulamaya kavuşmamıştır: **Nomer**, s. 325. Son yıllarda, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak hususunda bir eğilim oluşmaya başlamıştır. Ancak üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına değişik yönlerden eleştiriler getirildiği de ayrıca belirtilmelidir. Eleştiriler hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Erkan**, M.: “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, *GÜHFD*, C. 15, Y. 2011, S. 2, s. 86 vd.; **Özdemir Kocasakal**, *Doğrudan*, s. 36 vd.

²⁴⁸ **The Harvard Law Association**, s. 2465.

²⁴⁹ İsviçre MÖHK md. 19'da da, aynı paralelde bir düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre, İsviçre'de geçerli hukuk anlayışına göre haklı ve açıkça öncelikli menfaatler gerektirdiğinde, bu kanunla belirlenen yetkili hukuktan farklı bir hukuk, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları olarak olayla sıkı ilişkili ise dikkate alınabilir: **Samuel**, s. 684. İsviçre hukukunda, üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları, yalnızca sözleşme hukuku alanında değil, milletlerarası unsurlu tüm uyuşmazlıklar bakımından dikkate alınmaktadır: **Akın**, Ş.: “Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, *MHB*, Y. 9, S. 2, 1989, s. 101; **Çelikel/Erdem**, s. 377; **Uluocak**, s. 205. Roma Konvansiyonu md. 7/1 de, sözleşmenin sıkı ilişkili olduğu devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesine imkân tanımıştır: **Merrett**, L.: “Choice of Law in Insurance Contracts Under The Rome I Regulation”, *Journal of Private International Law*, Vol. 5, No. 1, 2009, s. 56; **The Harvard Law Review Association**, s. 2463; **Uluocak**, s. 205; **Jaffey**, *Choice*, s. 379; **Collier**, s. 179; **Fawcett/Carruthers**, s. 739; **Kaye**, s. 248 vd.; **Koppenol-Laforce**, s. 149; **Lookofsky**, s. 314; **O'Brien**, s. 353; **Reimann**, s. 29. Roma I Tüzüğü md. 9/3 ise, Roma Konvansiyonuna göre daha dar bir kapsam belirlemiş ve sözleşmeden kaynaklanan borçların ifa edildiği veya ifa edilmesi gerektiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına, sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kılmadığı ölçüde etki tanınabilmesini kabul etmiştir: **Stone**, *Private*, s. 339; **Merrett**, s. 65. Zira Tüzük sıkı ilişki gibi genel ve sınırları belirsiz bir ölçüt yerine, yalnızca sözleşmeden kaynaklanan borçların ifa edildiği veya ifa edilmesi gerektiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasına imkân veren, somut olayla bağlantılı ve öngörülebilir bir ölçüt tercih etmiştir: **Bayata Canyaş**, s. 227 vd. Ayrıca Tüzük bakımından, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları, ancak, o ülke aynı zamanda ifa devleti ise uygulanabilecektir: **Merrett**, s. 65. Amerikan hukukunda da Restatement II §187/2(b)'de, sözleşme ile sıkı ilişki içinde olan üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına yer verilmiştir: **Jaffey**, *Choice*, s. 379. Aynı paralelde, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 16, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımıştır: **Preifer**, s. 436; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 47; **Badr**, s. 153; **Verhagen**, *Agency*, s. 226; **Koppenol-Laforce**, s. 160; **Kostromov**, s. 125.

aksine, MÖHUK md. 31, yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde esas alınacaktır. Buna göre, sözleşmeyle sıkı ilişkiye sahip üçüncü bir ülkenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir²⁵⁰. Dolayısıyla, MÖHUK md. 31’de düzenlenen sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları²⁵¹, MÖHUK md. 6’nın aksine, her durumda doğrudan uygulama bulamayacaktır²⁵². Aksine, bu kuralların uyuşmazlıkta dikkate alınması, ikincil dereceli bir fonksiyona sahiptir²⁵³.

B. UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİNDE DİKKATE ALINAN MENFAATLER VE İLKELER

I. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK MENFAATLERİ

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk, milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamalıdır. Bunun için, milletlerarası özel hukuk menfaatlerini dikkate alan ve bunu amaçlayan bir tercihte bulunmak gerekir²⁵⁴.

Milletlerarası özel hukukun menfaatlerinden biri olan taraf menfaati, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti bakımından da etkilidir²⁵⁵. Acente sözleşmesi

²⁵⁰ **Doğan**, Milletlerarası, s. 308; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 60; **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan, s. 70. Doktrinde Nomer, “etki tanınması” şeklindeki ibarenin hâkime takdir yetkisi tanıyan “uygulanabilir” ibaresiyle çeliştiğini savunmaktadır: **Nomer**, s. 327. Konu hakkında ayrıca bkz. **Aybay/Dardağan**, s. 273.

²⁵¹ Sıkı ilişkinin tespiti, *for’un* hâkiminin takdirine bırakılmıştır: **Doğan**, Milletlerarası, s. 309; **Özdemir Kocasakal**, Doğrudan, s. 70.

²⁵² MÖHUK md. 31 gereğince, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda, bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınmaktadır: **Nomer**, s. 327; **Çelikel/Erdem**, s. 379; **Aybay/Dardağan**, s. 273; **Doğan**, Milletlerarası, s. 308. Doktrinde, takdir yetkisinin sınırsız olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre, hâkimin üçüncü bir ülkenin, doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyabilmesi için, bu kuralların *for’un* hukukunun temel değerleri ile bağdaşması gerekmektedir. Aksi hâlde, *for’un* hukukunun kamu düzenine aykırılık söz konusu olabileceğinden, bu kurallar uygulanamayabilecektir: **Doğan**, Milletlerarası, s. 309. Doktrinde, ayrıca, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabilmesi için, akit taraflardan birinin korunmaya değer bir menfaatinin bulunmasının da şart olduğu ileri sürülmektedir: **Nomer**, s. 327.

²⁵³ **Erkan**, s. 86. Zira üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için, öncelikle milletlerarası unsurlu sözleşmeye uygulanacak yetkili hukukun tayin edilmesi gerekmekte, ardından yetkili hukukun sözleşme ile sıkı ilişki içinde bulunan yer hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına aykırı olup olmadığı tespit edilmelidir: **Ekşi**, N.: Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004, s. 167 vd. (Roma).

²⁵⁴ Milletlerarası özel hukuk menfaatleri, genel olarak doktrinde, taraf menfaati, işlem menfaati, düzen menfaati, devlet menfaati, maddî özel hukuk menfaati, milletlerarası toplumun genel menfaatleri şeklinde sınıflandırılmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Nomer**, s. 14 vd.; **Doğan**, Milletlerarası, s. 45 vd.

de dâhil olmak üzere, sözleşmeler alanında, taraf menfaati, diğer menfaatlere oranla daha ağır basmaktadır²⁵⁶. Taraf menfaatinin sözleşmeler hukukundaki bu yadsınamaz önemi, doğal olarak akit tarafların iradelerini ön plâna çıkarmaktadır. Bu bakımdan, acente sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde taraflara irade muhtariyeti tanınması, taraf menfaatini koruyan önemli bir noktadır. Zira taraf menfaati açısından en uygun hukukun, tarafların seçtiği hukuk olduğu savunulmaktadır²⁵⁷. İrade muhtariyeti neticesinde, acente ve temsil olunanın, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku seçerek, kendi menfaatlerine en uygun hukukun uygulanmasını sağladıkları kabul edilmektedir²⁵⁸.

Aynı şekilde, bir hukukî ilişkide tarafların, kendileriyle en sıkı ilişki içinde buldukları hukukun uygulanmasını isteyecekleri varsayılır. Bu bakımdan, sübjektif kriterler uyarınca uygulanacak hukukun tespitinde olduğu gibi, uygulanacak hukuku tayin eden objektif bağlama kurallarının tercihinde de taraf menfaatlerine hizmet eden bağlama noktaları tercih edilmelidir. Ancak, tarafların, şahsî menfaatlerinin her zaman eşit oranda karşılanmasının mümkün olamayacağı da bir gerçektir. Bu bakımdan, acente sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta dikkate alınacak bağlama kurallarının, hem acenteyi hem de temsil olunanı aynı oranda tatmin etmesi zordur²⁵⁹. Dolayısıyla, acente sözleşmesinin her iki tarafının da menfaatlerine mümkün olduğunca uygun olan bağlama kurallarının tercih edilmesi, milletlerarası özel hukuk adaletini temin edecektir.

İşlem menfaati, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun belirlenmesinde dikkate alınan menfaatlerden bir diğeridir²⁶⁰. Bu çerçevede, işlem menfaati, acente sözleşmesinin esasından ziyade, şeklinden kaynaklı ihtilâflara uygulanacak hukukun tayininde ön plâna çıkmaktadır. Zira işlem menfaati, özellikle işlemin yapıldığı yer

²⁵⁵ Taraf menfaatinin, özellikle şahsî statüye ilişkin meselelerde en uygun hukuku tespit ettiği kabul edilmektedir: **Nomer**, s. 15-16.

²⁵⁶ **Tekinalp/Uyamk Çavuşoğlu**, s. 349.

²⁵⁷ **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 10; **Şanlı**, Tahkim, s. 108.

²⁵⁸ Acente sözleşmesinde irade muhtariyeti ilkesinin yeri ve hukukî etkileri konusunda ayrıntılı bilgi aşağıda “Uygulanacak Hukukun Sübjektif Kriterlere Göre Tespiti” başlığı altında verilecektir.

²⁵⁹ **Cheatman/Reese**, s. 970.

²⁶⁰ İşlem menfaati, hukukî işlemlerin kolay ve güvenli olarak yapılması amacına hizmet etmektedir: **Nomer**, s. 16.

(LRA) bağlama noktasının kabul edildiği hâllerde dikkate alınmaktadır²⁶¹. Bu bakımdan, yukarıda acente iç ilişkisi statüsünün uygulama alanı dışında kaldığını vurguladığımız acente sözleşmesinin şekline uygulanacak hukukun tayininde, işlem menfaati bakımından, hüküm statüsü yanında sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna da alternatif olarak yer verilmiştir.

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk bakımından dikkate alınabilecek menfaatlerden biri de düzen menfaatidir. Zira acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun, milletlerarası çözüm yeknesaklığını da sağlaması gerekir²⁶².

II. TEMSİL YETKİSİNİN SOYUTLUĞU İLKESİ

Temsile hâkim ilkelerden biri olan temsil yetkisinin soyutluğu (mücerretliği/bağımsızlığı) ilkesi, uygulanacak hukukun belirlenmesinde dikkate alınan önemli bir kriterdir²⁶³. Temsil yetkisinin soyutluğu ilkesi, temsilci ve temsil olunan arasındaki sözleşmenin, birinin diğeri ad ve hesabına muamelede bulunmak üzere verdiği temsil yetkisinden bağımsız olmasıdır²⁶⁴. Her ne kadar temsilci ile temsil olunan arasında vekâlet sözleşmesi, şirket sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve acente sözleşmesi gibi temel bir ilişki bulunma zorunluluğu olmasa da, böyle bir ilişkinin varlığı hâlinde, temsilciye verilecek olan temsil yetkisi, söz konusu temel ilişkiden bağımsız kabul edilir²⁶⁵.

²⁶¹ **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 10.

²⁶² Milletlerarası özel hukukta düzen menfaatinin sağlanmasında bazı amaçlar etkili olmaktadır. Düzen menfaati kapsamında dikkate alınacak söz konusu amaçlar, milletlerarası çözüm yeknesaklığı, iç çözüm yeknesaklığı, gerçek bir kararın verilmesindeki menfaat olarak ifade edilmektedir: **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 11 vd.

²⁶³ Temsil yetkisinin soyutluğu ve kuralın istisnaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Schmitthoff**, s. 120; **Verhagen**, Agency, s. 22; **Akyol**, s. 36 vd.; **İnceoğlu**, s. 26 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 223; **Eren**, s. 397 vd.; **İnan**, s. 231; **Esener**, Temsil, s. 67; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 647 vd.

²⁶⁴ Temsil yetkisinin soyutluğu ilkesi, ilk kez temsil yetkisinin temel ilişkiden ve özellikle de vekâlet sözleşmesinden farklı olduğunun tespiti şeklinde, Alman hukukçu Laband tarafından 1866 yılında ortaya atılmış ve daha sonra Alman hukukçu Jhering tarafından geliştirilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **İnceoğlu**, s. 27. Doktrinde de vurgulandığı üzere, Laband tarafından yapılan bu ayrıma dek, temsil yetkisi temel sözleşme ile bir ve aynı kabul edilmiştir: **Verhagen**, Agency, s. 67.

²⁶⁵ Bu ilke, Alman Medenî Kanunu (BGB) §164, İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 32'de kabul edilmiştir: **Verhagen**, Agency, s. 17. Türk hukukunda ise, TBK md. 42/1'in hükmünden aynı sonuca varılmaktadır. Aynı şekilde, Amerikan hukukunda da, temel sözleşmenin temsil yetkisinden soyutluğu benimsenmiştir: **Stoljar**, s. 14 vd.; **Fridman**, s. 38 vd. Bununla birlikte, Fransız Medenî Kanunu md. 1984'de, temsil yetkisi ve vekâlet sözleşmesi arasında bir ayrıma yer verilmeyerek soyutluk ilkesi reddedilmiştir. Dolayısıyla, Fransız hukuku uyarınca geçerli bir temsil ilişkisi için, geçerli bir temel ilişkinin olması gerekmektedir: **Verhagen**, Agency, s. 20; **Kostromov**, s. 19; **Badr**, s. 48. Ancak, La

Temsil yetkisinin verilmesine aracılık eden sözleşmelerden biri de acente sözleşmesidir²⁶⁶. Acentenin temsil yetkisine sahip olması durumunda, kendisine temsil yetkisi veren temsil olunan ad ve hesabına sözleşme akdedebilecektir. İşte bu hâlde, temsil yetkisi ile acente sözleşmesi birbirinden bağımsız iki hukukî müessese olarak kabul edilir²⁶⁷.

Soyutluk ilkesi uyarınca, temsil yetkisinin geçerliliği, geçerli bir acente sözleşmesinin varlığına bağlı değildir²⁶⁸. Bu sebeple, acente sözleşmesi geçersiz olsa bile temsil yetkisi, soyutluk ilkesi gereği geçerli kabul edilecektir²⁶⁹. Örneğin, acente sözleşmesi ile acenteye sözleşme akdetme yetkisi verilmişse, taraflardan birinin yanılması nedeniyle sözleşmenin geçersizliğinin ortaya çıkması hâlinde, bu durum temsil yetkisini de geçersiz kılmayacaktır.

Görüldüğü gibi, acente sözleşmesi, temel bir ilişki olarak, temsil yetkisi ile bağlantılı olsa da, birbirlerinden bağımsız iki hukukî müessesedir. Bu bağımsızlığı ortaya koyan soyutluk ilkesi, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun, temsil yetkisinin hukukî etkisi ile ilgili konulara, bir diğer deyişle, acente dış ilişkisine uygulanacak hukuktan farklı olmasına neden olmaktadır. Bununla birlikte, yukarıda üzerinde durulduğu üzere, temsil yetkisi ile ilgili acente iç ilişkisi kapsamında kalan bazı konular, istisnaî olarak temsil statüsünün uygulama alanı dışında kalacaktır²⁷⁰.

Haye Temsil Konvansiyonu'nun Fransa bakımından yürürlükte olmasından dolayı, Fransız hukukundaki temsil yetkisinin soyutluğunun reddine ilişkin bu hüküm, geçerliliğini kaybetmiştir. Konu hakkında ayrıca bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 80.

²⁶⁶ Acente sözleşmesinin, acenteye temsil olunan ad ve hesabına hareket etme yetkisi veren bir temsil yetkisi içermesi şart değildir. Bu durum özellikle, acentenin aracı sıfatı taşıdığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Aracı acentelikte, acente, temsil olunan ad ve hesabına muamelede bulunmak üzere temsil yetkisine sahip değildir. Aracı acentenin görevi, bir yer veya bölge içinde, bir ticarî işletmeyi ilgilendiren sözleşmelerde sürekli olarak aracılık yapmaktır. Bir diğer deyişle, aracı acentenin görevi, müşteri temin etmek, kurulacak sözleşmeye ilişkin gerekli tanıtımı yapmak, temsil olunan ile üçüncü kişiyi bir araya getirmek suretiyle taraflar arasında ilişki kurmak ve sözleşmenin kurulmasına imkân hazırlayarak gerekli kolaylığı sağlamaktır. Aracı acente hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Arkan**, s. 199; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 316 vd.; **Teoman**, s. 624; **Baştuğ/Erdem**, s. 168; **Tekil**, s. 208; **Domanic/Ulusoy**, s. 392; **Kayıhan**, s. 46 vd.

²⁶⁷ **Kostromov**, s. 20.

²⁶⁸ Doktrinde Esener, temsil yetkisinin temsilciye açıklanması olan iç temsilde değil, yalnızca dış temsil hâlinde, yani temsilciyle muamelede bulunacak olan üçüncü kişiye temsil yetkisinin bildirilmesi durumunda, soyutluk ilkesinin söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Esener, buna gerekçe olarak, soyutluk ilkesinin esas amacının, üçüncü kişilerin korunması olduğunu göstermektedir. Konu hakkında ayrıntılı tartışma için bkz. **Esener**, Temsil, s. 69 vd.

²⁶⁹ **Tekinalp**, Temsil, s. 22.

²⁷⁰ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, TEMSİL YETKİSİNDEN DOĞAN İHTİLÂFLAR başlığı altında yapılan açıklamalar.

İlâve olarak, temsil yetkisinin soyutluğu, acentenin akdettiği ancak temsil olunan ve üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuç doğuran esas hukukî işlemin de temsil yetkisinin bağımsızlığını öngörmektedir. Bu nedenle, acentenin temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişilerle yaptığı esas muamelelere, örneğin, satım sözleşmesine uygulanacak hukuk, temsil yetkisine uygulanacak hukuktan bağımsız olarak ele alınmalıdır²⁷¹.

Sonuç olarak, acente iç ilişkisi, esas hukukî işlem ve temsil yetkisi bağlama konularından her biri, soyutluk ilkesi de göz önünde bulundurularak, kural olarak kendi hukukî niteliği ve yapısı ile örtüşen bir hukuka tâbi tutulmalıdır²⁷². Tercih edilecek bağlama noktaları, temsil yetkisinin soyutluğu ilkesine uygun olarak, her bağlama konusu için ayrıca değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, acente iç ilişkisi statüsü de, temsil statüsünden ayrı olarak bağımsız bir bağlama kuralına tabî olmalıdır.

C. UYGULANACAK HUKUKUN SÜBJEKTİF KRİTERLERE GÖRE TESPİTİ

I. GENEL OLARAK

Kanunlar ihtilâfı hukukunda, taraflara irade muhtariyeti tanınması, istisnaî nitelik taşımaktadır²⁷³. Bu çerçevede, milletlerarası unsurlu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları idare etmek üzere tarafların hukuk seçiminde bulunup bulunamayacakları hususu ve bunun sınırları üzerinde durmak gerekmektedir²⁷⁴.

²⁷¹ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 79.

²⁷² Aynı yönde bkz. **Tekinalp**, Temsil, s. 22; **Verhagen**, Agency, s. 67.

²⁷³ İrade muhtariyeti ilkesi, kanunlar ihtilâfı hukukunda büyük ölçüde akit statüsü için kabul edilen bir ilkedir. Ancak bazı bağlama konularında da istisnaen benimsenmektedir: **Cavers**, D. F.: The Choice-Of-Law Process, Michigan 1965, s. 194 (Choice).

²⁷⁴ Sözleşmelere uygulanacak hukukun seçimi, ilk kez, Ortaçağ'da gündeme gelmiştir. Bu çerçevede, ilk hukuk seçimi girişiminin, 13. yüzyılda Kuzey İtalya'da yapıldığı ifade edilmektedir. İrade muhtariyetinin milletlerarası özel hukuktaki tarihsel süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Esener**, T.: "Devletler Hususî Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi", AÜHFD, S. 11, 1954, s. 478 vd. (Devletler); **Rühl**, G.: "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts, Transatlantic Convergence and Economic Efficiency", Conflict of Laws in a Globalized World, (Edit by: Gottschalk/Michaels/Rühl/Hein), Cambridge 2007, s. 155 vd.; **Nygh**, s. 3 vd.; **Zhang**, Party, s. 516 vd.; **Borchers**, s. 1648 vd. Acente sözleşmesini de içine alacak şekilde, tarafların borç ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku seçmelerinin hukukî etkisi konusunda, tarihsel süreçte, hukuk düzenleri farklı sistemler benimsemişlerdir. Uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimini reddeden hukuk düzenlerine karşın, seçim anlaşmasını, farklı hukukî sonuçlara bağlayan hukuk düzenleri de olmuştur: **Çakalır**, Y.: "Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde

Milletlerarası özel hukuktaki irade muhtariyeti, maddî hukuktaki sözleşme serbestisinden farklıdır²⁷⁵. Zira taraflar, sözleşme serbestisi çerçevesinde, yabancı hukukun ilgili hükümlerini, sözleşme hükmü olarak kararlaştırabilirler²⁷⁶. Bu ise, hukuk seçimi olarak kabul edilemez. Tarafların böyle bir seçimi, ancak sözleşme hükmü niteliği taşır²⁷⁷. Bununla birlikte, sözleşme serbestisinden farklı olarak, milletlerarası özel hukuk anlamında tarafların, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçme hürriyeti bulunmaktadır²⁷⁸.

Çağdaş hukuk düzenlerinin tümünde ve birçok milletlerarası sözleşmede, tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda anlaşmaları, kabul görmektedir²⁷⁹. Amerikan hukukunda²⁸⁰, hukuk seçimi anlaşması,

Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü”, Ernst H. Hirsch’in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 457. Bu çerçevede, tarafların aralarındaki hukukî ilişkiyi, seçtikleri hukuka tâbi tutmuş olsalar bile, hukuk seçiminin dayandığı hukukî ilişkinin hangi hukuka tâbi olacağı sorununun devam edeceği gerekçe gösterilerek, irade muhtariyetinin hukuk mantığına uygun bulunmadığı anlayışının hâkim olduğu dönem de olmuştur. Bu bakımdan, tarafların maddî hukukun emredici hükümlerinden kaçma ihtimaline karşı, hukuk seçiminin, ancak maddî hukuktaki sözleşme serbestisi kapsamında uygulanabileceği öngörülmekteydi. Dolayısıyla, tarafların milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunmaları, ancak tamamlayıcı hükümler alanında gerçekleştirilebilirdi. Bir diğer ifadeyle, taraflar ancak iç hukuktaki gibi, maddî hukukun emredici hükümlerine uymak suretiyle yabancı bir devlet hukukunu seçebilirlerdi: **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 350. Ancak doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, böyle bir hukuk seçimi anlaşmasının, sübjektif bağlama kuralı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Milletlerarası özel hukukta kabul edilen irade muhtariyeti anlayışının, günümüzde geldiği nokta, maddî hukuktaki sözleşme serbestisinden farklıdır. Bu nedenle, tarihsel süreçte ortaya çıkan irade muhtariyeti anlayışının benimsenmesi mümkün değildir. Zira maddî hukuktaki sözleşme serbestisi, yalnızca tamamlayıcı hükümlere münhasırken, konunun milletlerarası özel hukuktaki anlamı, akit statüsünün belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, milletlerarası unsurlu bir sözleşmeye uygulanacak hukuk tayin edilmekle, bu hukukun hem tamamlayıcı, hem de emredici hükümleri uygulama bulacaktır: **Göger**, E.: “Devletler Hususî Hukukunda Akit Taraflarca Yetkili Hukukun Seçilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara 1966, s. 304 (Akit); **Çelikel/Erdem**, s. 316; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 334 vd.

²⁷⁵ Sözleşme serbestisi ve irade muhtariyeti farkı hakkında bkz. **Göger**, E.: Devletler Hususî Hukuku, Kanunlar İhtilâfı, Ankara 1971, s. 284 (Devletler); **Kocayusufpaşaoğlu**, N.: “Devletler Hususî Hukukunda, Tarafların Sükûtu Hâlinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun”, İHFM, C. 21, S. 1-4, 1955, s. 359 (Devletler); **Aybay/Dardağan**, s. 249; **Doğan**, Milletlerarası s. 289; **Çelikel/Erdem**, s. 312 vd.

²⁷⁶ **Ekşi**, N.: “Kanunlar İhtilâfı Alanında Incorporation”, MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, 1999-2000, C. 19-20, S. 1-2, s. 263 (Incorporation); **Kahn-Freund**, s. 63.

²⁷⁷ **Dacey/Morris**, s. 1226; **Göger**, Akit, s. 304; **Şanlı**, Tahkim, s. 108; **Çelikel/Erdem**, s. 312 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, Devletler, s. 359.

²⁷⁸ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **North**, P. M.: “Choice in Choice of Law”, The King’s College Law Journal (Edit by: Fentiman, R.: Conflict of Laws, New York 1996), s. 35 (Choice); **Schnitzer**, A. F.: “Dâhilî Hususî Hukukta ve Devletler Hususî Hukukunda Akitlerin Muhtariyeti”, (Çev. Davran, B.), İHFM, C. 6, S. 1, 1940, s. 186; **Johns**, s. 249; **Nomer**, s. 305; **Verhagen**, Party, s. 135; **Solomon**, s. 1722; **Zhang**, Party, s. 524; **Nygh**, s. 46.

²⁷⁹ **Zhang**, M.: “Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy”, Akron Law Review, Vol. 41, 2008, s. 130 (Choice); **Baxter**, I.: “International Business and Choice of Law”, International Law and Comparative Law Quarterly, Vol. 36, 1987, s. 93 vd.; **Reese**, W. L. M.:

sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tayininde öncelikli bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir²⁸¹. AB hukuk sisteminde²⁸² de, irade

“Contracts and the Restatement of Conflict of Laws Second”, International Law and Comparative Law Quarterly, Vol. 9, 1960, s. 534 (Contract); **Heidemann**, M.: Methodology of Uniform Contract Law, Heidelberg 2007, s. 28; **Tetley**, s. 230; **Delaume**, Law, s. 1; **North/Fawcett**, s. 113; **Rühl**, s. 155; **Borchers**, s. 1645; **Lookofsky**, s. 293.

²⁸⁰ Doktrinde, Amerikan milletlerarası özel hukukunun, Avrupa hukukundan ve özellikle de İngiliz hukukundan esinlenilerek oluşturulduğu ifade edilmektedir. Ancak Anglo Sakson hukuk sistemine dâhil olan Amerikan hukuku ile Avrupa hukuku arasında önemli farklılıkların bulunduğu da bir gerçektir. Örneğin Amerikan hukuku, genellikle mülkîlik esaslarına göre kural koymayı tercih ederken, Avrupa hukukunda bu ilke kural olarak benimsenmemektedir. Konuya ilişkin tartışmalar hakkında bkz. **Symeonides**, S. C.: “The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons”, Tulane Law Review, Vol. 82, 2007-2008, s. 1744 vd. (Amerikan); **Arat**, T.: Amerikan Hukuk Öğretiminde “Case Method”, Ankara 1968, s. 6 vd. (Amerikan). Amerikan hukukunda, federal devlet olarak ABD’nin, özel hukuk alanında hukukî düzenleme yapma yetkisi yoktur. Devletin anayasal yapısından kaynaklanan bu engele rağmen, federal devleti oluşturan tüm federe devletler için geçerli olan bir Anglo Sakson hukuk geleneği söz konusudur: **Oğuz**, A.: “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, AÜHFD, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 46. Bu çerçevede, Amerikan hukukunda içtihatlar dayanan bir sistem oluşmuştur: **Symeonides**, S. C.: “Choice of Law in The American Courts in 2009: Twenty-Third Annual Survey”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 58, 2010, s. 257 vd. (Court); **Arat**, Amerikan, s. 6. Dolayısıyla, Amerikan Hukuk Enstitüsü, özel hukuka ilişkin bir içtihatlar derlemesi niteliği taşıyan Restatementlar yayınlamak suretiyle mer’î hukuku tayin etmektedir. Bu paralelde, Amerikan hukukunda, milletlerarası unsurlu ihtilâflara uygulanacak hukuk konusunda da, kanunlar ihtilâfına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Restatement esas alınmaktadır. Amerikan hukukunda kanunlar ihtilâfı alanında ilk Restatement, 1934 tarihlidir. Restatement (First) of Conflict of Laws (Restatement I) adlı bu hukukî belge, 1971 tarihli Restatement II yürürlüğe girinceye dek uygulanacak hukuk konusunda oldukça katı kuralları getiren bir yapıya sahipti. Konu hakkında bkz. **Levin**, H. Y.: “What Do We Really Know About The American Choice of Law Revolution?”, Stanford Law Review, Vol. 60, 2007, s. 250. Restatement I, bu katı kuralları sebebiyle, Amerikan doktrininde bazı konularda mantıksız olduğu ve haksız sonuçlara yol açtığı gerekçeleriyle ciddi eleştiri almıştır. Ayrıca, konuya ilişkin hukuk kurallarını birleştirme amacını da yerine getiremediği ifade edilmiştir. Tartışmalar için bkz. **Cavers**, D.F.: “A Critique of The Choice of Law Problem”, Harvard Law Review, Vol. 47, 1933, s. 173 vd. (Critique); **Ehrenzweig**, A. A.: “The Most Significant Relationship in The Conflict Law of Torts, Law and Reason Versus The Restatement Second”, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, s. 700; **Zhang**, Party, s. 532. Restatement I, kendisini yürürlükten kaldıracak olan Restatement II’den akit statüsü de dâhil olmak üzere, birçok konuda önemli ayrışmalar getiren bir belge idi: **Richman/Reynolds**, s. 202. Örneğin, Restatement I’de hukuk seçimi imkânına yer verilmemesi, önemli bir eksiklik olarak kabul edilmiştir: **Rühl**, s. 157; **Zhang**, Party, s. 531. Bunun yanında, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda, sözleşmenin geçerliliği ve sözleşmenin ifası şeklinde, yalnızca iki bağlama konusu dikkate alınmakta idi. Buna göre, ifadan kaynaklanan uyumsuzluklar ifa yeri hukukuna (Restatement I §358), sözleşmenin geçerliliğine ilişkin uyumsuzluklar ise sözleşmenin kurulması için gereken son hukukî fiilin yapıldığı yer hukukuna (Restatement I §332) tâbi tutulmuştu: **Reese**, W. L. M.: “Choice of Law: Rules or Approach”, Cornell Law Review, Vol. 57, 1971-1972, s. 320 (Choice). Restatement II ise, kanunlar ihtilâfı alanındaki birçok modern düzenlemenin ve uygulamanın izlerini taşıyan bir içtihat derlemesi olarak, en genel başvuru belgesi olarak kabul edilmektedir: **Levin**, s. 251. Aşağıda ilgili konu başlıkları altında ayrıntıları ile üzerinde durulacak olan Restatement II yanında, Amerikan Uniform Commercial Code (UCC) da, Amerikan hukukunun bir parçası olarak dikkate alınmaktadır: **Moll**, C.: Agency in Comparative and Private International Law, Faculty of Law University of Lund, Lund 2001, s. 11. UCC’nin İngilizce metni için ayrıca bkz. <http://www.law.cornell.edu/ucc/1/article1.htm#s1-301> (Erişim Tarihi: 16.12.2011).

²⁸¹ Akit tarafların, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmeleri, Restatement II §187 uyarınca mümkün görülmüştür. Ancak Amerikan hukukunda, tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere

muhtariyeti ilkesi benimsenmektedir²⁸³. Aynı şekilde, Japonya ve Çin gibi gelişmiş ekonomiye sahip birçok ülkede de, akit statüsü kapsamında hukuk seçimi anlaşmasına imkân tanınmaktadır²⁸⁴. Temsil ilişkisi statüsü hakkında önemli

hukuk seçiminde bulunmaları, uyuşmazlığın geneli bakımından değil, “hukukî sorun” bazında tanınmıştır: **Güngör**, G.: Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara 2007, s. 33 (Temel). Ancak bu durumun, sözleşmenin esasından kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili bütünlüğü bozabileceği gibi, taraflar arasındaki menfaat dengesini de ortadan kaldıracabileceği ifade edilmektedir: **Güngör**, Temel, s. 63. Amerikan hukukunda, irade muhtariyeti hakkında ayrıca bkz. **Leflar/McDougal III/Felix**: American Conflicts Law, Virginia 1986, s. 413; **Stumberg**, s. 234; **Rabel**, s. 360; **Richman/Reynolds**, s. 202; **Zhang**, Party, s. 529. Aynı şekilde, UCC md. §1-301 arasında düzenlenen kanunlar ihtilâfi kuralları arasında, irade muhtariyeti ilkesine de yer verilmiştir: **Scoles/Hay**: Conflict of Laws, 1992, s. 203; **Güngör**, Temel, s. 46; **Zhang**, Party, s. 543.

²⁸² AB hukuku kapsamında, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında tarihsel süreçte ilk olarak Roma Konvansiyonu yürürlükte idi. Roma Konvansiyonu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Nadelmann**, K. H.: “The EEC Draft on a Convention on The Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 21, 1973, s. 584 vd.; **Doğan**, V.: “Avrupa Birliği Bünyesinde Akti Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, Prof. Dr. Halil Cin’e 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 463 vd. (Roma); **Williams**, s. 1 vd.; **Fawcett/Carruthers**, s. 667 vd.; **Borchers**, s. 1650 vd.; **O’Brien**, s. 314 vd.; **Aygül**, Avrupa, s. 230 vd. Roma Konvansiyonu’nun yürürlüğe girmesiyle birlikte, üye ülkelerin hukuk düzenlerinde yer bulan ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tayin eden kanunlar ihtilâfi kurallarının yerine Konvansiyonda yer alan ve Topluluk hukukunun bir parçasını oluşturan kanunlar ihtilâfi kuralları uygulanmaya başlanmıştır: **Zekoll/Reimann**, s. 341. Ancak Avrupa Komisyonu, 2003’te “Yeşil Kitap” yayınlarak, Roma Konvansiyonu’nun Avrupa Topluluğu düzenlemesi hâline getirilmesi yolunda önemli bir adım atmıştır. Bu bağlamda, Konvansiyonun Tüzük hâline getirilmesi için 2005 tarihli teklif hazırlanmıştır: **Fawcett/Carruthers**, s. 669. Konvansiyonun Tüzük hâline getirilmesinin hukukî dayanağı ise, Amsterdam Antlaşmasıdır. Konu hakkında bkz. **Aygül**, M.: Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Ankara 2007, s. 127 (Şirket). Roma Konvansiyonu, Topluluk hukukunun önemli bir parçası olarak kabul edilmekle birlikte bugün için, AB’ye üye ülkelerde, akit statüsü, Avrupa Parlamentosu ile Konseyin birlikte hazırladığı 592/2008 EC No’lu Roma I Tüzüğü’nün hükümlerine göre belirlenmektedir: **Boele-Woelki/Lazic**, s. 20; **Stone**, Private, s. 287. Roma I Tüzüğü, Avrupa Topluluğu Anlaşması md. 249/2 uyarınca, AB üyesi ülkeler için (Danimarka dışında) 17.12.2009 tarihinden itibaren akdedilen sözleşmeler bakımından Roma Konvansiyonu yerine geçmiştir: Roma I Tüzüğü Önsözü md. 46. Ancak Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü md. 8 gereğince, 17.12.2009’dan önce akdedilen sözleşmeler için uygulanmaya devam etmektedir. Zira 2008 tarihli Roma I Tüzüğü, AB’ye üye devletler bakımından, 1980 tarihli Roma Konvansiyonunun yerini almıştır (Roma I Tüzüğü md. 24). Bu bakımdan, Roma I Tüzüğü, AB hukuku bakımından medenî ve ticarî uyuşmazlıklarda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda, Roma Konvansiyonunun bir kopyası olmayan, ancak önemli değişiklikler getiren kapsamlı bir hukukî belge olarak kabul edilmektedir: **Vernooij**, N. W.: Rome I: “An Update on The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe”, Columbia Journal of European Law Online, Vol. 15, 2009, s. 71 vd.; **Solomon**, s. 1711. Bununla beraber, Roma I Tüzüğü md. 25/1’de, Tüzüğün yürürlük anında, üye devletlerin, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukla ilgili bir milletlerarası sözleşmeye de taraf olmaları durumunda, söz konusu milletlerarası sözleşmelerin uygulanmasında bir engel bulunmadığı da hükme bağlanmıştır: **Koppenol-Laforce**, s. 143; **Stone**, Private, s. 295.

²⁸³ Roma I Tüzüğü, acente sözleşmesine uygulanacak hukuku da içine alacak şekilde, akit statüsünün tespitinde, öncelikle irade muhtariyetini esas almıştır (md. 3/1): **Vernooij**, s. 72; **Stone**, Private, s. 299; **Boele-Woelki/Lazic**, s. 21. Bu çerçevede, Roma I Tüzüğü Önsözü md. 11’de, akit statüsünün belirlenmesinde, irade muhtariyetinin, bir köşe taşı niteliği taşıdığı açıkça vurgulanmıştır.

²⁸⁴ Japonya’da irade muhtariyeti ilkesi, borç sözleşmelerine uygulanacak hukukun tayininde öncelikli dikkate alınmaktadır. Buna göre, Japon hukukunda 1898 tarihli Hukukların Uygulanmasına Dair

düzenlemeler getiren La Haye Temsil Konvansiyonu da, irade muhtariyetini öncelikle benimseyen bir milletlerarası sözleşmedir²⁸⁵. Bu doğrultuda, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 5'te, tarafların aralarındaki temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuku serbestçe tayin etmelerine imkân tanınmıştır²⁸⁶.

Böylece akit taraflar, milletlerarası unsurlu sözleşme kaynaklı borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku seçebileceklerdir²⁸⁷. Milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde, irade muhtariyeti ilkesi, farklı kapsam, şart ve sınırlamalara tâbi olmakla birlikte²⁸⁸, globâl ticarî alanda, milletlerarası bir ilke olarak evrensel uygulamaya sahiptir²⁸⁹.

İrade muhtariyeti ilkesi, milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde önemli ve faydalı kabul edilmektedir. Uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi, taraflar için aşağıda sayılacak avantajlar yanında, hâkim veya hakemlere uygulanacak hukuku tespit konusunda kolaylık da sağlayacaktır²⁹⁰.

Kanun (HOREÍ) md. 7'de, hukukî işlemlerin kurulması ve hükümlerini idare etmek üzere taraflarca hukuk seçiminde bulunulabileceği kabul edilmiştir: **Nishi**, M.: "Agency in Japanese Private International Law", Kobe University Law Review, No. 3, 1963, s. 73. Ekonomi dünyasında ciddi anlamda yer bulan Çin'de, son yıllara dek irade muhtariyeti, milletlerarası unsurlu uyuşmazlıklar bakımından kabul görmemekteydi. Zira Çin hukukunda, 1985 yılına kadar benimsenmeyen irade muhtariyeti ilkesi, kapitalist sistemin bir müessesesi olarak sosyalist sistem düşmanı olarak görülmekte idi: **Zhang**, M.: "Choice of Law in Contracts: A Chinese Approach", Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 26, 2006, s. 314 (Chinese). Buna karşın, Çin milletlerarası özel hukukunda, irade muhtariyeti ilkesi, ilk kez 1985 tarihli Çin Yabancı Ekonomik Sözleşme Hukukuna İlişkin Düzenleme'de (md. 5) benimsenmiştir. Aynı şekilde, 1985 yılındaki bu önemli adımdan sonra, 1986 tarihli Çin Medenî Hukuk Genel İlkeleri adlı Kanunda (md. 145) da, tarafların milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunabilecekleri kabul edilmiştir. Son olarak 1985 tarihli Kanunun yerine geçen 1999 tarihli Kanunda (md. 126) aynı paralelde, irade muhtariyeti ilkesi açıkça kabul edilerek, Çin hukukunun gelişiminde dönüm noktası niteliğindeki bu ciddi adım tekrarlanmıştır: **Guojian**, s. 648 vd.

²⁸⁵ **Houtte**, s. 180; **Preifer**, s. 435; **Kostromov**, s. 116-117; **Koppenol-Laforce**, s. 159; **Badr**, s. 155.

²⁸⁶ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 39

²⁸⁷ **Yntema**, H. E.: "Autonomy in Choice of Law", American Journal of Comparative Law, Vol. 1, 1952, s. 343; **Thomson**, A.: "A Different Approach to Choice of Law in Contract", The Modern Law Review, Vol. 43, 1980, s. 650; **Wyatt**, D.: "Choice of Law in Contract Matters-A Question of Policy", The Modern Law Review, Vol. 37, 1974, s. 413; **McConaughay**, P. J.: "The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development", Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 39, 2000-2001, s. 597; **Symeonides**, American, s. 1769; **Zhang**, Party, s. 511.

²⁸⁸ İrade muhtariyeti ilkesi çerçevesinde, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmasında esnekliğin genişletilmesi yönünde artan bir eğilim de söz konusudur: **Zhang**, Party, s. 551.

²⁸⁹ **Rühl**, s. 157.

²⁹⁰ **Delaume**, Law, s. 4.

Hukuk seçimi, gelecekte ortaya çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçilmesinde oldukça önemlidir²⁹¹. Milletlerarası unsurlu sözleşmelerde, birden çok hukukun uygulanma ihtimali, belirlilik/kesinlik ilkesini, taraflar için daha da önemli hâle getirmektedir²⁹². Bu bakımdan, sözleşmelerde tarafların en büyük beklentileri, belirsizliği bertaraf edip, öngörülebilirliği sağlamaktır²⁹³. Zira taraflar, hukuk seçimi anlaşmasıyla, daha tarafsız, daha bilindik ve daha çok koruma sağlayan bir hukuku belirleyebileceklerinden taraf menfaatlerine de uygun olacaktır²⁹⁴.

Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanmak üzere tarafların bir hukuk üzerinde anlaşması hâlinde, objektif bağlama kurallarının somut olayda doğurabileceği öngörülemezlik gibi olumsuz sonuçlar da ortadan kalkacaktır²⁹⁵. Zira tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmeleri, taraflar arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların bir kısmının, önceden önlenmesi için önemli bir hukukî yoldur²⁹⁶. Bu durum, doğal olarak, milletlerarası ticaretin gerek duyduğu serîliğin sağlanmasına da hizmet edecektir²⁹⁷.

Objektif bağlama kurallarının soyutluğu karşısında, tarafların, aralarındaki sözleşmenin tâbi olacağı en uygun hukuku, somut olarak kendilerinin seçebilecekleri de savunulan hususlardan bir başkasıdır²⁹⁸. Ayrıca hukuk seçimindeki geniş tercih imkânının sağladığı esneklik, irade muhtariyeti ilkesinin avantajlarından bir diğeri olarak kabul edilmektedir²⁹⁹.

²⁹¹ Akıncı, İnşaat, s. 74.

²⁹² Cavers, Choice, s. 195; Nygh, s. 2; North, Choice, s. 37.

²⁹³ Gruson, M.: "Contractual Choice of Law and Choice of Forum: Unresolved Issues", Judicial Enforcement of International Debt Obligations, (Edit by: Sassoon/Bradlow), Washington DC 1987, s. 1; McGuinness, G. M.: "The Rome Convention: The Contracting Parties' Choice", San Diego International Law Journal, Vol. 1, 2000, s. 143; North, P. M.: Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions, Boston 1993, s. 104 (Private); Zhang, Party, s. 512; McConnaughay, s. 601; Johns, s. 252; Nygh, s. 2.

²⁹⁴ Gelgel Öztekin, G.: Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000, s. 93; Doğan, Milletlerarası, s. 289; North, Choice, s. 36; Çelikel/Erdem, s. 320. Bu durum, belli bir uyuşmazlık türünde, bir hukuk düzeninin kurallarının sıkça tercih edilmek suretiyle uygulamaya dönüştüğü hâllerde hukukî güveni de yaratacaktır. Örneğin, New York hukukunun özellikle finansal işlemler için sıkça tercih edilmesi, tarafların bu hukuku tercih etmelerinde önemli bir gerekçe teşkil eder: Verhagen, Party, s. 143.

²⁹⁵ McConnaughay, s. 600; North, Choice, s. 37; Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, s. 351.

²⁹⁶ Şanlı, Akit, s. 41.

²⁹⁷ Şanlı, Tahkim, s. 113; Tiryakioğlu, Taşınır, s. 20.

²⁹⁸ Anton/Beaumont: Private International Law, London 1990, s. 264; Rühl, s. 177; North, Choice, s. 36.

²⁹⁹ Johns, s. 256; North, Choice, s. 37.

Doktrinde, hukuk seçiminin “*forum shopping*”i önleyeceği de ifade edilmektedir³⁰⁰. Hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda, uygulanacak hukuk, davanın açıldığı ülkeye göre farklı bağlama kurallarının esas alınacak olması sebebiyle değişebilecektir. Bu durum, doğal olarak davacıyı, kendisi için en avantajlı hükümlere sahip hukuku uygulayacak devlet mahkemesinde dava açmaya yönlendirecektir. İşte hukuk seçiminin yapılması, bu ihtimâli ortadan kaldıracaktır³⁰¹.

Milletlerarası unsurlu sözleşmelerde hukuk seçiminin doğurduğu avantajlara karşın, seçilen hukukun rolünün azaldığı, doktrinde ileri sürülmektedir. Buna göre, seçilen hukukun emredici kurallarının etkisi bir yana, mevcut uyuşmazlıklarda milletlerarası unsurlu sözleşmenin bizatihi kendisi, uyuşmazlıkla ilgili hükümler içerebilmektedir. Bu durum, seçilen hukukun uygulama alanında ciddî anlamda daralmaya yol açmaktadır³⁰².

II. ACENTE İÇ İLİŞKİSİNDE HUKUK SEÇİMİNİN YERİ

Milletlerarası özel hukukta, acente ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk, sıklıkla taraflarca seçilmektedir³⁰³. Taraflarca seçilen hukuk, acente iç ilişkisi statüsünün tespiti anlamına gelmektedir³⁰⁴.

Acente sözleşmesinde hukuk seçimi, özel bir sınırlamaya tâbi olmaksızın tanınmaktadır³⁰⁵. Zira kural olarak ticarî veya meslekî faaliyet kapsamında akdedilen acente sözleşmesinde, tarafların, iradelerini eşit şartlarda beyan edebilecekleri varsayılmaktadır.

Acente iç ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, acente ve temsil olunanın, hukuk seçimi anlaşması yapmasının, taraflar için birçok faydayı

³⁰⁰ **Seviğ**, V. R.: “Akitlere Uygulanacak Olan Kanun Sorunu”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul 1999, s. 321 (Akit); **McConnaughay**, s. 630 vd.

³⁰¹ **Sargın**, Patent, s. 39.

³⁰² **Akıncı**, İnşaat, s. 75.

³⁰³ İrade muhtariyeti ilkesinin milletlerarası unsurlu acente sözleşmesi de dâhil olmak üzere, milletlerarası sözleşmeler bakımından tercihi hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Jaffey**, Choice, s. 584; **Nygh**, s. 13; **Verhagen**, Party, s. 135 vd.; **North**, Choice, s. 35.

³⁰⁴ **Tekinalp**, Acente, s. 106.

³⁰⁵ Hukuk seçimi imkânı tanınan milletlerarası unsurlu sözleşmeler, taraflarının eşit konumda bulunduğu, bu sebeple de sözleşme şartları üzerinde eşit müzakerede bulunulabilen sözleşmelerdir: **Özdemir Kocasakal**, Elektronik, s. 125. İlâve olarak belirtilmelidir ki, çağdaş hukuk düzenleri, hukuk seçimi konusunda, ekonomik olarak daha güçsüz kabul edilen tüketici ve işçi gibi akit tarafları özellikle korumak için bazı sınırlayıcı düzenlemeler getirmektedir: **Jaffey**, Choice, s. 588; **Solomon**, s. 1716; **Nygh**, s. 69, 139 vd.; **Borchers**, s. 1657 vd.

sağlayacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle, irade muhtariyeti ilkesinin, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun belirlenmesinde de birçok pratik sonuçları olacaktır³⁰⁶. Zira hukuk seçimi anlaşması, acente ve temsil olunanın, tarafsız bir hukukun uygulanması yönünde oluşacak iradelerini somutlaştıran bir yoldur³⁰⁷.

Bu açıklamalardan hareketle, milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk, taraflarca seçilebilecektir³⁰⁸. Tarafların seçtikleri hukuk, objektif bağlama kuralları gereğince tâbi olunacak hukukun yerini alacaktır³⁰⁹. Böylece, tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirlemeleri, sübjektif bağlama kuralı vasfı kazanacak ve öncelikle uygulanacaktır³¹⁰.

III. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMASININ SINIRLARI

Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun taraflarca seçimi, çoğu hukuk düzeninde ve milletlerarası sözleşmelerde tanınmaktadır. Bununla beraber, bu konuda mutlak bir serbestinin sağlanmadığı da ayrıca ifade edilmelidir³¹¹. Zira başta hukuk seçimine yönelik iradelerin ortaya konuş biçimi olmak üzere, kapsam ve etkisine yönelik çeşitli sınırlamalar kabul edilmek suretiyle, irade muhtariyeti ilkesine bir sınır çizilmektedir³¹².

İrade muhtariyeti ilkesine sınırsız bir alan tanımanın doğru olmayacağı, bu sebeple bazı sınırlamaların olmasının, bu ilkenin niteliğini ve amacını bozmayacağına doktrinde işaret edilmektedir³¹³. Bununla birlikte, olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) tarafların hukuk seçiminde bulunmalarının,

³⁰⁶ **Borchers**, s. 1646; **Verhagen**, Agency, s. 198.

³⁰⁷ **Keesler**, F.: "Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract", Columbia Law Review, 1943, Vol. 43, s. 630, dn. 5; **Verhagen**, Party, s. 143.

³⁰⁸ **Reese/Flesch**: "Agency and Vicarious Liability in Conflict of Laws", Columbia Law Review, Vol. 60, 1960, s. 765; **Reese**, W. L. M.: "Agency in Conflict of Laws", in: XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema, Leiden 1961, s. 410 vd. (Agency), (Hay/Müller-Freienfels, s. 9'dan naklen); **Zaphiriou**, s. 82; **Schmitthoff**, s. 173; **Badr**, s. 84.

³⁰⁹ **Verhagen**, Party, s. 135.

³¹⁰ **Zhang**, Choice, s. 131.

³¹¹ **Zhang**, Party, s. 524.

³¹² Hukuk seçimi konusunda bazı sınırlamaların bulunmasının, olağan bir durum olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir: **Mann**, F.: "The Proper Law in the Conflict of Laws", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 36, 1987, s. 447; **Bonell**, M. J.: "Soft Law and Party Autonomy: The Case of The UNIDROIT Principles", Loyola Law Review, Vol. 51, 2005, s. 236 (Party).

³¹³ **Borchers**, s. 1646.

herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaması konusunda artış gösteren bir eğilimin ortaya çıktığı da ayrıca belirtilmelidir³¹⁴.

Hukuk seçiminin sınırları, ülkeden ülkeye değişiklik arz etmektedir. Örneğin, Amerikan hukukunda, hukuk seçimi konusunda, diğer hukuk düzenlerinden farklı olarak ikili bir ayrıma gidilmektedir³¹⁵. Restatement II §187/1'e göre, hukuk seçiminde bulunulan sözleşmeden doğan uyuşmazlık, tarafların serbest olarak tasarrufta bulunabilecekleri bir konu ise, hukuk seçimine ilişkin herhangi bir sınırlama yoktur. Buna karşın, Restatement II §187/2'de, tarafların sözleşme ile kararlaştıramayacakları bir konuda hukuk seçiminde bulunulmasının, bazı sınırlamalara tâbi olduğu hükme bağlanarak önemli bir ayırım yapılmıştır³¹⁶. Örneğin, Restatement II §187/2(b) uyarınca, hukuk seçimi anlaşmasının hüküm doğurabilmesi için, sözleşmeyle en sıkı³¹⁷ ilişkiyi haiz devletin temel politikasına aykırı olmaması gerekmektedir³¹⁸. Ancak en sıkı ilişkili hukukun temel politikalarına uygunluğun, hukuk seçimi anlaşmasının bir sınırlaması olabilmesi için, bu hukukun seçilen hukuka göre maddî olarak daha büyük bir menfaatinin bulunması şarttır³¹⁹. Doktrinde bu sınırlamanın, irade muhtariyetinin sınırlarını çizmesi bakımından önemli olduğu, ancak tespitinde hâkimleri ciddi sıkıntıların beklediği belirtilmektedir³²⁰.

³¹⁴ Nygh, s. 59.

³¹⁵ Sınırlamalar hakkında ayrıntılı olarak bkz. Reese/Flesch, s. 765.

³¹⁶ Sözleşmenin şekli, esası ve ehliyet, hukuk seçimi anlaşmasının sınırlamaya tâbi olduğu konulara örnektir: Restatement II §187 şerh (d). Bu şekilde, öngörülen sınırlamalarla hukuk seçimine imkân tanınan hâllerde taraflar, iç hukukta tanınan sözleşme serbestisinin sınırlarını aşmış olsalar bile, hükümde yer alan sınırlamalar çerçevesinde, aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunabilirler. Dolayısıyla, söz konusu sınırlamalar, sözleşme serbestisinin sınırlarının aşılması durumunda dikkate alınacaktır: Güngör, Temel, s. 34. Amerikan hukukunda hukuk seçimi anlaşmasının tâbi olduğu söz konusu sınırlamalar, sınırlamanın niteliğine göre, aşağıda ilgili konu başlıkları altında açıklanacaktır.

³¹⁷ Amerikan hukukunda Restatement II'de "en sıkı ilişkili hukuk" yerine "en önemli ilişkili hukuk" kavramı kullanılmaktadır. Çalışmamızda karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukuyla yeknesaklık teşkil etmesi amacıyla, içerik olarak aynı anlama gelen bu kavramlardan, "en sıkı ilişkili hukuk" ibaresi tercih edilmiştir.

³¹⁸ Leflar/McDougal III/Felix, s. 416; Richman/Reynolds, s. 203.

³¹⁹ Güngör, Temel, s. 34. Belirli bir devlet politikasının, temel politika olup olmadığı ve akit statüsünün seçilen hukuka göre maddî olarak daha büyük menfaatinin bulunup bulunmadığının tespitinde, mahkemenin kendi hukukuna ait ilkelerden hareket edilecektir: Restatement II §187 şerh (g). Ayrıca bir devlet politikasının, temel politika sayılabilmesi için, mutlaka esasa ilişkin olması ve seçilen hukukun, taraflar ve sözleşme ile yakınlık ilişkisi arttığı ölçüde, bu hukukun uygulanmasını engelleme adına, en sıkı ilişkiyi haiz hukukun politikalarının daha çok temel nitelik taşıması gereğine işaret edilmektedir: Restatement II §187 şerh (g).

³²⁰ Scoles/Hay, s. 203.

Bu açıklamalardan hareketle, acente sözleşmesinin tarafları, irade muhtariyetinin çerçeve çizdiği sınırlamalara uygun olarak, hukuk seçiminde bulunabileceklerdir³²¹. Tarafların seçtiği hukukun etki göstermesi, kamu düzenine aykırılık ve doğrudan uygulanan kurallar dışında önlenemeyecek ve objektif bağlama kuralları esas alınamayacaktır³²².

1. Sözleşmenin Niteliği Bakımından

a. Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme Niteliği

Hukuk seçiminin sınırları konusunda, sözleşmenin niteliği hususu, hangi sözleşme türleri bakımından hukuk seçiminin mümkün olduğu ile ilgilidir. Genel olarak kabul edilen, hukuk seçiminin borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde³²³ yapılabileceği yönündedir³²⁴.

Acente sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen ve taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kuran bir sözleşme türüdür³²⁵. Zira acentelik ilişkisinde, belirli ya da belirli olmayan bir zaman diliminde, hem acentenin hem de temsil olunanın, birbirlerine karşı aslî edim yükümlerini, karşılıklı ilişki çerçevesinde, sürekli olarak yerine getirmeleri söz konusudur³²⁶. Buna göre, acente sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca seçiminde, sözleşmenin niteliği bakımından herhangi bir engel bulunmamaktadır.

³²¹ **Lando**, O.: The Commercial Agent in European Law, Journal of Business Law, 1966, s. 88 (Agent).

³²² **Johns**, s. 252.

³²³ Akdî borç ilişkisi kavramının sınırlarının belirlenmesi her zaman kolay değildir. Borcun kaynağının, sözleşme mi, yoksa haksız fiil gibi başka bir hukukî sebep mi olduğu konusu, bazı hâllerde kesin şekilde ayırt edilemeyebilir: **Aygül**, Avrupa, s. 233.

³²⁴ **North**, Choice, s. 35; **Guojian**, s. 649; **Şanlı**, Tahkim, s. 50; **Tekinalp**, Acente, s. 107; **Akıncı**, İnşaat, s. 75; **Kocayusufpaşaoğlu**, Devletler, s. 357. Hukuk düzenlerinde, irade muhtariyeti ilkesinin tanındığı borçlar hukuku sözleşmeleri, kimi zaman farklı adlarla anılabilmektedir. Örneğin Çin hukukunda, yalnızca “ekonomik sözleşme”ler bakımından hukuk seçimi imkânı tanınmak suretiyle aynı paralelde bir anlayış benimsenmiştir: **Guiguo/Mo**: Chinese Law, London 1999, s. 731.

³²⁵ **Kayihan**, s. 72 vd.; **Ayan**, s. 25.

³²⁶ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler ve sürekli sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, s. 194 vd.

b. Milletlerarası Unsurlu Sözleşme Niteliği

Hukuk seçimine konu olacak acente sözleşmeleri, milletlerarası unsur içermelidir³²⁷. Bu bakımdan, acente sözleşmesi ancak hukuk seçimi dikkate alınmaksızın somut olarak bir milletlerarası unsura sahipse³²⁸, kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulama alanına girecektir³²⁹. Zira doktrinde baskın surette kabul edildiği üzere, milletlerarası unsurlu olmayan bir sözleşmenin, yabancı devlet hukukunun seçimi ile milletlerarası nitelik kazanması mümkün değildir³³⁰. Ancak bu baskın görüşe karşıt olarak, bir sözleşmede yer alan hukuk seçiminin de milletlerarası unsuru doğuracağı ileri sürülmektedir³³¹. Aynı şekilde, doktrinde savunulan karşıt görüşlerden bir başkasına göre, hukuk seçimi konusunda anlaşmak

³²⁷ Hukuk seçiminde bulunulabilecek bir sözleşmenin milletlerarası unsur ihtiva etmesi gerektiği konusunda genel olarak bkz. **Nygh**, s. 46 vd.; **Kahn-Freund**, s. 62; **North**, Choice, s. 35; **Mann**, s. 446; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 352; **Çelikel/Erdem**, s. 316; **Doğan**, Milletlerarası, s. 288; **Seviğ**, Akit, s. 327; **Kocayusufpaşaoğlu**, Devletler, s. 357.

³²⁸ Sözleşmenin milletlerarası unsurlu olması gerektiği konusunda fikir birliği bulunmakla birlikte, özellikle milletlerarası unsurun kaynağı konusunda tartışmalar yaşanmaktadır: **Nygh**, s. 47. Doktrinde bir görüş, sözleşmeye milletlerarası unsur verecek kriterlerin hukukî değil, aynı zamanda ekonomik olmasının da gerekliliğinden bahsetmektedir. Bu çerçevede, örneğin, malın veya hizmetin bir devlet sınırını aşması, bu yönde milletlerarası unsuru sağlayan bir unsur olarak kabul edilmektedir: **Seviğ**, Akit, s. 327.

³²⁹ **Zhang**, Party, s. 512. Doktrinde, iç hukukun konusu olan, yani milletlerarası unsur ihtiva etmeyen sözleşmeler bakımından, hukuk seçimine etki tanınmasının zorunluluk arz etmediği ifade edilmiş, böyle bir duruma imkân tanınmanın da hukukî bir fantezi olacağı ileri sürülmüştür: **Şanlı**, Tahkim, s. 116.

³³⁰ Gerekçeler hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Berki**, s. 298; **Seviğ**, Akit, s. 327; **Uluocak**, s. 184 vd.; **Aybay/Dardağan**, s. 250; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 352; **Sargın**, Patent, s. 184; **Akinci**, İnşaat, s. 70; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 7. Bu husus, bazı milletlerarası sözleşmelerde de kabul edilmiştir. Örneğin, 1955 tarihli Milletlerarası Menkul Mal Satışı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon md. 1'de, tarafların bir hukukun uygulanmasına veya bir mahkemenin yetkisine ya da bir hakemin görevlendirilmesine ilişkin olarak irade beyanında bulunmalarının, söz konusu sözleşmeye milletlerarası unsur vermeyeceğine işaret edilmiştir. Aynı şekilde, 1986 tarihli Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon md. 1'de de, tarafların hukuk seçimi veya yabancı mahkemenin seçimine dair yetki sözleşmesi ya da tahkim şartına yer vermelerinin, milletlerarası unsur için yeterli olmayacağı vurgulanmıştır.

³³¹ Gerekçeler hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Çilingiroğlu**, C.: "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri", MHB, Y. 9, S. 2, 1989, s. 104; **Nomer**, s. 307; **Esener**, Devletler, s. 482; **Çelikel/Erdem**, s. 316; **Uluocak**, s. 185; **Güngör**, Temel, s. 339. Hukuk seçiminin, bir sözleşmeye milletlerarası unsur niteliği kazandıracağına ilişkin örnek bir Yargıtay kararı için ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD. 7.12.2006 T. ve 2006/8585 E, 2006/12877 K. sayılı karar: Kararda, ilk derece mahkemesinin uygulanacak hukuk konusundaki sözleşme hükmüne itibar edilmemesinin gerekçesi olarak, sözleşmenin milletlerarası unsur taşımadığı gösterilmiştir. Kararda ayrıca, yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin milletlerarası unsurlu olması gerektiği ifade edilmiştir. Karar hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Eksi**, N.: Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007, s. 105 vd. (Karar).

için, sözleşmenin milletlerarası unsurlu olması şart değildir. Önemli olan, sözleşmenin milletlerarası sözleşme ya da sınıraşan sözleşme niteliği taşımasıdır³³².

Doktrindeki baskın görüşten hareketle, hukuk seçiminde bulunulacak sözleşmenin iç hukuk sözleşmesi olmaktan çıkıp, milletlerarası unsura bürünmesi gerekmektedir³³³. Kanaatimizce de, acente sözleşmesiyle ilgili mevcut kriterler dikkate alınarak milletlerarası unsurun varlığı tespit edildikten sonra, sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılması mümkün görülmelidir. Aksi hâlde, milletlerarası unsurlu olmayan her sözleşmeye, hukuk seçiminde bulunma imkânı vermek, iç hukukun emredici düzenlemelerinden kaçmak için bir yol hazırlayacaktır³³⁴.

2. Seçilen Hukuk Bakımından

Taraflar, acente iç ilişkisine uygulanacak hukuku tespitte, kural olarak serbesttirler. Örneğin, taraflar, acente sözleşmesiyle coğrafi bir bağlantı arz eden kriterler olarak sözleşmenin yapıldığı yeri, sözleşmenin ifa yerini, acenteye temsil yetkisinin verildiği yeri, acentenin temsil yetkisini kullandığı yeri, acentenin işyerini, mutad meskenini veya yerleşim yerini, temsil olunanın işyerini, mutad meskenini veya yerleşim yerini seçebileceklerdir. Aynı şekilde, tarafların mevcut veya eski vatandaşlıkları ya da tüzel kişi olmaları hâlinde tâbiyetleri gibi şahsî bir kriter de tercih edilebilecektir. Acente sözleşmesinin muhtevasına ilişkin kriter kapsamında ise, tarafların, aralarındaki başka bir sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukuku tercih etmeleri, örnek olarak verilebilir³³⁵.

Acente iç ilişkisine uygulanmak üzere, taraflarca seçilecek hukukun tâbi olduğu sınırlamalar, bazı tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu tartışmalar kapsamında, seçilen hukukun sözleşmeyle bağlantısının gerekip gerekmediği, millî

³³² Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özdemir**, H.: “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve Uluslararası Sözleşme Kavramları”, İBD, 1999, C. 73, S. 10-11-12, s. 938 (Yabancılık); **Şanlı/Ekşi**: Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul 2005, s. 5 vd. Benzer yöndeki görüşlerden bir başkası ise, milletlerarası unsurlu olmasa dahi, belli bir milletlerarası ekonomik aktivite içinde yer alan sözleşmelerin milletlerarası unsurlu kabul edilmesi gerektiği şeklindedir: **Verhagen**, Agency, s. 201.

³³³ **Rühl**, s. 160.

³³⁴ Konuya ilişkin tespit için bkz. **Sargın**, Patent, s. 184 vd.

³³⁵ Genel olarak sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesinde dikkate alınabilecek kriterler konusunda bkz. **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 353; **Doğan**, Milletlerarası, s. 293.

olmayan bir hukukun, özellikle de *lex mercatoria*'nın seçilip seçilemeyeceği, seçim sonucu uygulanması istenilen hukukun o ülkenin maddî hukukunu işaret edip etmediği gibi konular yer almaktadır.

a. Seçilen Hukukla Sözleşme Arasında Bağlantı Şartı

Seçilen hukukun taraflarla ya da sözleşmeyle bir bağlantıya sahip olmasının şart olup olmadığı, irade muhtariyeti ilkesine getirilen sınırlamalar kapsamında ele alınan bir konudur³³⁶. Tarafların, akdettikleri sözleşmeyle ilişkisi olmayan bir devletin hukukunu seçip seçemeyecekleri tartışmalıdır³³⁷. Hukuk seçimi konusunda, taraflara tam bir serbesti tanıyan ve bu konuda belli sınırlamalar getirilmesini ileri süren iki temel görüş ortaya konmaktadır.

Seçilen hukukla bir bağlantı arayan görüş kapsamında, sözleşmeyle veya taraflarla objektif/somut bir ilişkinin olması gerektiği ve seçim için haklı bir menfaatin bulunmasının şart olduğu şeklinde iki farklı görüş ileri sürülmektedir.

aa. Seçilen Hukukla Bağlantı Arayan Görüş

Bu görüşe göre, sözleşme tarafları, ancak sözleşmeyle veya taraflarla objektif/somut bir bağlantısı olan hukuku seçebileceklerdir. Dolayısıyla, sözleşmeyle hiç bir ilişkisi bulunmayan bir hukuk seçiminin, geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilemeyeceği savunulmaktadır³³⁸. Bu nedenle, acente ve temsil olunanın seçtikleri hukukla sözleşme arasında, en azından coğrafi bir bağlantının bulunması gerekmektedir³³⁹.

Böyle bir görüşün temelinde, en sıkı ilişkili hukukun emredici kurallarından kaçınılmasının önüne geçme düşüncesi yatmaktadır³⁴⁰. Ancak bu görüş, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Zira emredici kuralların uygulanmasını bertaraf etmek amacıyla getirilen sınırlamalar, bu amaçla yapılan hukuk seçimine engel olamaz.

³³⁶ Doktrinde Sargın, sözleşmeyle ilgisi olmayan bir hukukun seçilip seçilemeyeceği sorununu teorik bir tartışma olarak görmektedir: **Sargın**, Patent, s. 202. Bir başka görüş ise, tarafların, sebepsiz ve tuhaf bir hukuk seçimini kural olarak yapmayacakları yönündedir: **Williams**, s. 12.

³³⁷ Görüşler hakkında bkz. **Nygh**, s. 55 vd.; **Kahn-Freund**, s. 62; **Zhang**, Party, s. 527; **Doğan**, Milletlerarası, s. 293; **Çilingiroğlu**, s. 106 vd.

³³⁸ **Johns**, s. 253.

³³⁹ Görüş hakkında ayrıca bkz. **Tekinalp**, Acente, s. 107.

³⁴⁰ **Castel**, J. G.: Conflict of Laws, Cases, Notes, Materials, Toronto 1974, s. 601.

Tarafların, emredici kurallardan kaçmak istemesi durumunda, seçilen hukukla bağlantı yaratması her zaman için imkân dâhilindedir³⁴¹. Kanaatimizce de, tarafların işyeri, mutad mesken, yerleşim yeri, sözleşmenin yapıldığı yer ve benzeri bağlama noktalarında değişiklik yaparak, sözleşmeyle bağlantı yaratması mümkündür. Bu nedenle, sırf en sıkı ilişkili hukukun emredici kurallarından kaçınılması düşüncesini önlemek için, seçilen hukukla sözleşme ya da taraflarla somut bir bağlantı şartı aramak makul bir çözüm değildir.

Bu görüş bağlamında, tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere seçecekleri hukukla sözleşme arasında bir bağlantı bulunması şartı, bazı hukuk düzenlerinde kabul edilmiştir. Örneğin Amerikan hukukunda, Restatement II §187/2(a) uyarınca, seçilen hukukun taraflar ve hukukî işlemle maddî bir bağlantısı ya da tarafların seçiminin makûl bir temeli olması gerekmektedir³⁴². Bu çerçevede, somut olaya ilişkin unsurların seçiminin kural olarak makûl bir temeli olduğu, Restatement II §187/2(a)'da ifade edilmiştir³⁴³. İrade muhtariyeti ilkesi bakımından son derece katı bir sınırlama olarak görülebilecek bu durum, Restatement II şerhinde açıklanarak, bazı hususlar şartı sağlama adına örnek mahiyetinde sayılmıştır. Örneğin Restatement II şerhinde, sözleşmenin kurulduğu yerin makûl bir seçim olabileceği belirtilmiştir. Ancak bu yer, somut olayda rastlantısal olarak ortaya çıkmış ve hukukî ilişki ve taraflarla gerçek bir bağ taşııyorsa, bu durumda sözleşmenin kurulduğu yer hukukunun seçiminin makûl bir seçim olmayacağı ayrıca ifade edilmiştir³⁴⁴. Bunun yanında, sözleşmenin ifa yeri, taraflardan birinin yerleşim yeri, mutad meskeni, işyeri merkezinin seçilen hukuku işaret etmesi durumunda maddî bağlantı var kabul edilmiştir³⁴⁵. Ayrıca, Restatement II şerhinde tarafların, sözleşme ile hiçbir

³⁴¹ **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 22.

³⁴² Restatement II §187 şerh (f). Taraflarca seçilen hukuk bakımından aranan bu sınırlama, “gerçek” bir hukuk seçimi olması gerektiğine yönelik Amerikan hukukundaki yaklaşımın bir yansımasıdır. Restatement II §187/2'nin şerhindeki açıklamalar dikkate alınırca, bu sınırlamadaki amaç, sözleşme ve taraflara yabancı ya da alakasız bir hukukun seçilmesini önlemektir: **Richman/Reynolds**, s. 204. Konu hakkında ayrıca bkz. **Cross/Oxford**: “Floating Forum Selection and Choice of Law Clauses”, South Texas Law Review, Vol. 48, No.1, Fall 2006, s. 148; **Rühl**, s. 160; **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 416.

³⁴³ **Borchers**, s. 1649. Restatement II §187/2'nin uygulanabilmesi için, bütün bağlantıların tek bir ülkede toplanmaması gerekir: Restatement II §187 şerh (d). Konu hakkında ayrıca bkz. **Güngör**, Temel, s. 34.

³⁴⁴ Şerh için bkz. <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html> (erişim tarihi: 15.12.2011).

³⁴⁵ **Rühl**, s. 162.

maddî bağlantısı olmayan bir hukuku, bu hukukun daha gelişmiş çözümler öne sürmesi nedeniyle seçebilecekleri vurgulanmakta ve buna örnek olarak da deniz taşımacılığı sözleşmeleri verilmektedir³⁴⁶. Amerika’da tarafların daha iyi bildikleri ve özellikle de ticarî konularda özellik arz eden hukuk kurallarını seçmeyi arzu ettikleri ifade edilmektedir³⁴⁷. Amerikan hukukunda Restatement II’nin getirdiği bu katı sınırlama, son yıllarda eyalet hukuk düzenlerinde esnekleştirilmeye çalışılmaktadır³⁴⁸. Nitekim hukuk seçiminde aranan maddî bağlantı veya makûl temel şartı, bazı eyalet hukuklarında gerekli görülmemektedir³⁴⁹. Aynı şekilde, UCC md. 1-301(c)’de, irade muhtariyetinin sınırları çerçevesinde, tüketici sözleşmeleri dışında³⁵⁰, milletlerarası³⁵¹ ve millî muameleler bakımından seçilen hukukla taraflar ya da sözleşme ile maddî bir bağlantı şartı aranmamaktadır³⁵². Bununla birlikte, doktrinde, Amerikan mahkemelerinin, yapılan işlem ve seçilen hukuk arasında yine de anlamlı bir ilişki arama eğilimini sürdürdüğü ifade edilmektedir³⁵³.

Sözleşmeyle, seçilen hukuk arasında maddî bağlantı bulunması gerektiği görüşü, Amerikan hukuku dışında, hukuk düzenlerinde genel olarak taraftar toplamamaktadır. Bununla birlikte, doktrinde az da olsa bu görüşü savunanlar da vardır. Örneğin, Çin hukukunda bu konuda bir hüküm bulunmamakla birlikte, doktrinde bir görüş, ancak sözleşmeyle bazı bağlantıları bulunan bir hukukun

³⁴⁶ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Kahn-Freund**, s. 62.

³⁴⁷ **Graves**, J. M.: “Party Autonomy in Choice of Commercial Law: The Failure of Revised UCC md. 1-301 and a Proposal for Broader Reform”, *Seton Hall Law Review*, Vol. 36, 2005, s. 74 vd.; **Solomon**, s. 1725. Gerçekten de Restatement §187’nin şerhinde, tarafların kural olarak daha iyi bildikleri ya da yeteri derecede gelişmiş bir hukukun uygulanması noktasında anlaşabilecekleri öngörülmüştür.

³⁴⁸ Amerikan hukuk doktrininde, bu şekilde, seçilen hukukla sözleşme arasında maddî bir bağlantı aranmasına ilişkin şartın, irade muhtariyeti ilkesi ile bağdaşmadığı, özellikle de pazarlık gücü eşit olan akit taraflara sahip olan sözleşmeler bakımından kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir: **Gruson**, s. 3.

³⁴⁹ Örneğin Oregon Revised Statutes §81.120 ve Louisiana Civil Code md. 3540’da hukuk seçimi bakımından sözleşme ve taraflarla herhangi bir bağlantı şartı aranmamaktadır: **Rühl**, s. 163; **Solomon**, s. 1725.

³⁵⁰ Taraflardan birinin tüketici olduğu tüketici sözleşmelerinde maddî bağlantı şartı, UCC md. 1-301(e)’de aynen aranmaya devam etmektedir: **Rühl**, s. 164; **Zhang**, Party, s. 514.

³⁵¹ UCC’de milletlerarası muamele ile kastedilen, ABD’den başka bir ülkeye bağlı olma durumudur: **Zhang**, Party, s. 514.

³⁵² UCC’nin 2001 tarihli değişiklikten önceki hâlinde ise, bu konuda maddî bağlantı şartı aranmaktaydı (md. 1-105/1): **Burton**, J. F.: “The Uniform Commercial Code and Conflict of Laws”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 9, 1960, s. 462 vd.; **Gruson**, s. 2; **Rühl**, s. 160; **Zhang**, Party, s. 514.

³⁵³ **Scoles/Hay/Borchers/Symeonides**, s. 871.

tarafarca seçilebileceği yönündedir³⁵⁴. Aynı şekilde, Japon hukukunda, konuya ilişkin bir düzenleme olmamakla beraber, doktrinde bir görüş, seçilecek hukukun, sözleşmeyle maddî bir bağlantısının bulunmasının şart olduğu yönündedir³⁵⁵. Sözleşmeyle, seçilen hukuk arasında maddî bağlantı bulunması gerektiği hususu, La Haye Temsil Konvansiyonu'nun hazırlık aşamasında da teklif edilmiş, ancak kabul görmemiştir³⁵⁶.

İrade muhtariyetine tâbi olmakla beraber, seçilecek hukuk ile sözleşme arasında haklı bir menfaatin bulunması gerektiğini ortaya atan bu görüş, hukuk seçiminde yine sınır koyan bir yaklaşıma sahiptir³⁵⁷. Bu çerçevede, taraflarca yapılan seçime konu ülke hukuku ile tarafların, kendisi ya da sözleşme ile mantıklı bir ilişkiye sahip olması şarttır³⁵⁸.

Doktrinde, böyle bir görüşün temelinde, sözleşme ile seçilen hukuk arasında objektif bir bağlantı bulunmayan hâllerde, hukuk seçimini haklı bir sebebe dayandırmak olduğu savunulmaktadır³⁵⁹. Bu görüş, Amerikan hukukunda, taraflar ve hukukî işlemle seçilen hukuk arasında maddî bir bağlantı bulunması şartına alternatif olarak makûl bir temel arayan Restatement II §187/2(a) kapsamında benimsenmiştir³⁶⁰. Aynı şekilde, Portekiz Medenî Kanunu md. 41'de hukuk seçiminin hüküm doğurabilmesi için, sözleşmenin seçilen hukuk ile bağlantıya sahip olmasına alternatif olarak, tarafların seçim anlaşmasında ciddî menfaatlerinin bulunması şartı da aranmıştır.

Seçilen hukukla haklı bir menfaat arayan bu görüş, doktrinde eleştiri almaktadır. Buna göre, sözleşme ile seçilen hukuk arasında haklı bir menfaatin bulunması gerektiği şartı, makûl bir çözüm getirmez. Zira haklı menfaat kavramının sınırları, değişkendir. Bu bakımdan, ancak milletlerarası unsurlu bir sözleşme olduğu

³⁵⁴ **Guojian**, s. 650. Ancak Çin hukuk doktrininde ileri sürülen bu görüşe karşıt olarak, sözleşmeyle böyle bir bağlantı şartına gerek olmadığı, zira kanunda açık bir yasaklamaya yer verilmediği ve kural olarak da irade muhtariyetine serbesti tanındığı için, sözleşme ile seçilen hukuk arasında bir ilişkinin aranmaması gerektiği savunulmaktadır: **Zhang**, Chinese, s. 321.

³⁵⁵ **Nishi**, s. 74.

³⁵⁶ **Verhagen**, Agency, s. 199.

³⁵⁷ Doktrinde Göger, bu görüş çerçevesinde, makûl menfaatlerin bulunması ya da iyi niyetli olmak koşuluyla her hukuk düzeninin taraflarca seçilebileceğini savunmaktadır: **Göger**, Akit, s. 305.

³⁵⁸ Doktrinde bu görüşü savunan Zhang'a göre, söz konusu haklı menfaat şartı, sözleşmeyle mahallî bir bağlantıyı içermesi gereken bir husustur: **Zhang**, Party, s. 527.

³⁵⁹ **Mann**, s. 447.

³⁶⁰ **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 416, 419; **Rühl**, s. 160.

tespit edildikten sonra taraflar, bu unsurları değerlendirmede ve uygulanacak hukuku seçmede serbest olmalıdır³⁶¹. Ayrıca, irade muhtariyeti ilkesi, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde olduğu gibi, taraf menfaatinin ağır bastığı hukukî ilişkilerde tanınmaktadır. Kendi menfaatlerini korumayan tarafların, kendi menfaatlerine aykırı şekilde seçim yaptıkları gerekçesiyle korunmalarında haklı bir neden bulunmamaktadır³⁶².

Gerçekten de acente ve temsil olunanın, üzerinde anlaştıkları hukukunun tercihinde haklı menfaatlerinin olup olmadığı değerlendirmesinde bulunmaları yersizdir. Zira irade muhtariyetinin özünde, kural olarak taraf iradelerine tam bir serbesti sağlama düşüncesi yatmaktadır. Elbette belirli sınırlamalar getirilmesi doğal olmakla birlikte, seçilen hukukla sözleşme ya da taraflarla bu şekilde menfaat eksenli bir seçimin zorunlu kılınmasının, irade muhtariyetinin benimseniş amacıyla bağdaşmadığı kanaatindeyiz. Örneğin milletlerarası unsurlu bir acente sözleşmesine tarafların, kendileriyle ya da sözleşmeyle bir ilgisi olmayan bir hukuku, sırf tarafsız olduğunu kabul ettikleri için seçebilmelerinin reddi, âdilane olmasa gerekir. Kaldı ki, haklı menfaat gibi muğlak bir kavramın tespiti güçlük doğurabilir. Bu bakımdan, taraflar, sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçiminde bulunmuşlarsa, menfaatlerine uygun hareket ettikleri var sayılmalıdır³⁶³.

bb. Seçilen Hukukla Bağlantı Aramayan Görüş

Seçilen hukukla bağlantı arayan ve bunu farklı gerekçelerle ortaya koyan görüşlerin aksi olarak, sözleşmeyle bir ilişkisi olmayan, hatta tarafların menfaatlerine aykırı olan herhangi bir hukukun seçilebileceği savunulmaktadır³⁶⁴. Milletlerarası özel hukukta, seçilen hukukun, hukukî ilişkiyle bağlantısını aramanın doğru olmadığı ifade edilmektedir. Zira taraflara hukuk seçimi hakkının tanınmasının, doğrudan uygulanan kurallar dışında, bu konuda tam bir serbesti sağlaması gerektiği kabul edilmektedir³⁶⁵.

³⁶¹ Tekinalp/Uyamk Çavuşoğlu, s. 352 vd.

³⁶² Sargın, Patent, s. 203.

³⁶³ Williams, s. 12.

³⁶⁴ Thomson, s. 658. Taraflar, hukuk seçimine izin vermeyen bir devletin hukukunu dahi seçebileceklerdir. Böyle bir yasaklayıcı düzenlemenin, hukuk seçiminin geçerliliğine bir etkisi olmayacak ve yapılan seçim geçerli kabul edilecektir: Nygh, s. 86.

³⁶⁵ Nygh, s. 57 vd.

Kanaatimizce de, irade muhtariyeti çerçevesinde sözleşmeyle ya da taraflarla bir bağlantının ya da makûl bir sebebin olması yahut haklı bir menfaatin gerekliliği şartı aranmaksızın uygulanacak hukuk, emredici olan veya olmayan bütün hükümleriyle birlikte taraflarca seçilebilmelidir³⁶⁶. Aksi hâlde, sözleşmeyle bağlantılı devletlerle sınırlı olarak bu seçim imkânının taraflara verilmesi, irade muhtariyetini zedeleyecektir. Kaldı ki, hukuk seçiminin olmaması durumunda uygulanacak olan objektif bağlama kuralları, zaten sözleşmeyle bağlantılı unsurları dikkate alarak düzenlemeye gitmektedir. Bu nedenle, sözleşmeyle bağlantılı hukuk seçme zorunluluğunun getirilmesinin de bir anlamı yoktur.

Sonuç olarak taraflar, hiçbir sınırlamaya bağlı olmaksızın hukuk seçiminde bulunabilmelidir³⁶⁷. Acente sözleşmesi tarafları, sırf tarafsızlık sağlanması için veya daha âdil çözümler getireceği düşüncesiyle³⁶⁸, hatta tamamen bilinçsizce, sözleşmeyle ve taraflarla bağlantısı olmayan bir hukuk seçiminde bulunabilirler. Türk milletlerarası özel hukukundaki ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerde³⁶⁹,

³⁶⁶ Tarafların yaptığı hukuk seçiminin, söz konusu hukukun emredici kurallarını da içine aldığı doktrinde ifade edilmektedir: **Göger**, Akit, s. 304; **Aybay/Dardağan**, s. 250. Ancak doktrinde aksi görüşü savunanlar da vardır: **Şanlı**, Tahkim, s. 108; **Doğan**, Milletlerarası, s. 133; **Demir Gökayla**, Tek Satıcılık, s. 276.

³⁶⁷ Aynı yönde görüşler için bkz. **Nomer**, s. 307; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 353; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 23.

³⁶⁸ **Dacey/Morris**, s. 1218; **Şanlı**, Tahkim, s. 118; **Sargın**, Patent, s. 48-49; **Akıncı**, Taraf, s. 13.

³⁶⁹ Örneğin İsviçre MÖHK md. 116'da hukuk seçimi konusunda, seçilen hukukla sözleşme veya taraflar arasında bir bağlantı aranmayarak, seçilen hukuk konusunda tam bir serbesti benimsenmiştir. Roma I Tüzüğü md. 3 de, seçilen devlet hukukunun niteliği konusunda herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Roma Konvansiyonu bakımından da aynı sonuca varılacağı ifade edilmelidir: **Heidemann**, s. 29; **Fawcett/Carruthers**, s. 695. Sözleşme ya da taraflarla hiçbir ilişkisi bulunmayan bir hukukun seçilmesi bu çerçevede mümkündür. Dolayısıyla, tarafların seçtiği hukukla sözleşme arasında maddî bir bağlantı aranmamaktadır: **Stone**, Private, s. 301. Bu şekilde bir sınırlamaya yer verilmemesinin, AB hukukunun Amerikan hukukuna nazaran daha esnek ve liberal olduğunu gösteren bir kriter olduğu savunulmaktadır: **Rühl**, s. 160 vd.; **Solomon**, s. 1724. Ancak, Roma I Tüzüğü md. 3/3-4, bu konuda iki sınırlama getirmektedir. Tüzük md. 3/3'de hükme bağlanan bu sınırlamalardan ilkinde göre, taraflarla ya da sözleşme konusuyla hiçbir ilgisi bulunmayan bir devlet hukukunun seçimi, sözleşmenin bağlantılı olduğu devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını bertaraf etmemelidir: **Stone**, Private, s. 300. Bu sınırlama, Roma Konvansiyonu md. 3/3'de de öngörülmekteydi: **Zhang**, Party, s. 549; **Lando**, Some, s. 59; **O'Brien**, s. 335; **Collier**, s. 178; **Fawcett/Carruthers**, s. 695; **Lookofsky**, s. 299; **Kaye**, s. 164 vd.; **Williams**, s. 12. Aynı şekilde, Roma I Tüzüğü md. 3/4 uyarınca, tarafların sözleşmeye AB'ye üye ülke hukuku dışında üçüncü bir ülkenin hukukunu seçmeleri hâlinde, AB hukukunun emredici hükümleri saklıdır. Ancak bu hâlde, sözleşmenin bütün unsurlarının AB'ye üye bir veya birkaç ülke ile sıkı bağlantıya sahip olması gerekmektedir: **Fawcett/Carruthers**, s. 697; **Stone**, Private, s. 300. Dolayısıyla, uygulanacak hukuk, mutlak surette AB üyesi ülkelerden birinin hukukunun olması gerekmediği için, üye olmayan üçüncü bir ülkenin hukuku da seçilebilecektir. Bu yönde bir uygulamanın, Roma I Tüzüğü md. 2'de vurgulandığı üzere, Tüzüğün evrenselliğini gösterdiği doktrinde vurgulanmaktadır: **Fawcett/Carruthers**, s. 689.

bu görüş çerçevesinde sözleşmeyle ya da taraflarla seçilen hukuk arasında herhangi bir bağlantı aranmamaktadır³⁷⁰. Bu bakımdan, zayıf akit konumunda olan bir tarafın bulunduğu iş ve tüketici sözleşmeleri gibi sözleşmelerde, hukuk seçimi için bir bağlantı şartı aramak mümkün karşılanmakla beraber, diğer hâllerde tam bir serbesti sağlamanın haklı olacağı doktrinde savunulmaktadır³⁷¹. Acente sözleşmesini akdeden tarafların kural olarak zayıf akit konumunda olmadıkları dikkate alınır, uygulanacak hukukun taraflarca tayin edilmesinde, sözleşmeyle bağlantı aranabileceğine ilişkin bu istisnaî durumun uygulama bulması da mümkün gözükmemektedir.

b. Seçilen Hukukun Niteliği

Acente iç ilişkisine uygulanmak üzere taraflarca seçilen hukukun niteliği, bu hukukun yalnızca millî bir hukuk sistemi yani devlet hukuku mu olacağı, yoksa *lex mercatoria*'nın da seçilip seçilemeyeceğine ilişkin bir konudur.

aa. Millî Hukuk Sisteminin Seçilmesi

Acente iç ilişkisinden doğacak uyuşmazlıkların, belli bir devletin hukukuna göre çözüme kavuşturulması taraflarca arzu edilebilir. Örneğin, bir devlet hukukunun acente sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak tayin edilmesi durumu, sözleşmede “işbu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara Türk hukuku uygulanacaktır” şeklinde ortaya konabilir.

Tarafların uygulanmasını istedikleri hukukun ABD veya Birleşik Krallık gibi çok hukuklu bir sisteme sahip devlet olabilmesi de mümkündür. Çok hukuklu bir sistemin hâkim olduğu bir devletin hukukunun seçilmesi durumu, bazı tartışmaları beraberinde getirmektedir. Örneğin, “taraflarca akdedilen bu acente sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara Amerikan hukuku uygulanacaktır” şeklinde yapılan bir hukuk seçimi anlaşması veya şartının muğlaklık arz ettiği açıktır. Zira Amerikan hukukuyla kastedilen hukukun, Birleşik Devletleri oluşturan hangi devleti işaret ettiği belli değildir. Doktrinde bir görüş, bu çerçevede seçilen bir hukukun uygulanabilmesi için

³⁷⁰ Dicey/Morris, s. 1219; Verhagen, Party, s. 135; Çelikel/Erdem, s. 317; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 353; Doğan, Milletlerarası, s. 293; Akıncı, Taraf, s. 12; Sargın, Patent, s. 202; Güngör, Temel, s. 190; Ekşi, Roma, s. 98.

³⁷¹ Çelikel/Erdem, s. 317.

hukuk düzenlerinden hangisinin kastedildiğinin açıkça belirtilmesi gerektiğini savunmaktadır³⁷². Benzer şekilde doktrinde, federal bazda ortak bir hukuk benimsemeyen devletler bakımından, tarafların sözleşmede bölgesel devletin adını vermeden federal devletin hukukunu seçmiş olmaları durumunda, açık bir seçim olmayacağı için, bu seçimin hüküm ifade etmeyeceği ifade edilmektedir³⁷³. Bu görüşlerin aksi olarak, doktrinde, federe devletlerin ya da bölgesel birim yerine, merkezî devletin hukukunun seçilmesi yönünde bir ifadenin yer alması durumunda, sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu alt devlet biriminin hukukunun seçildiğinin varsayılması gerektiği de savunulmaktadır³⁷⁴.

Kanaatimizce, örneğin, Birleşik Amerika'ya dâhil olan Maryland Eyaleti hukukunun seçilmesi konusunda taraflar anlaşırken, Amerikan hukukunun sözleşmede belirtilmesi hâlinde, eğer en sıkı ilişkili hukuk olarak Maryland hukuku tespit ediliyorsa, bu hukuk seçimine etki tanınabilmelidir. Yapılacak yorumda, tarafların iradelerine uymayan bir hukuk tespit ediliyorsa, objektif bağlama kuralı uygulanmalıdır. Ancak bu şekilde bölgesel bir siyasî yapıdan oluşan devletler, iç hukuklarında konuya ilişkin bir düzenlemeye sahip olabilir. Örneğin, İsviçre hukukunda sözleşmeler hukukuna ilişkin bölgesel değil, federal bir düzenleme söz konusudur. Dolayısıyla, İsviçre hukukunun değil de sözleşmede kantonlardan birinin seçilmiş olması hâlinde dahi, İsviçre hukukunun federal düzenlemesi olan İsviçre Borçlar Kanunu (OR) uygulanacaktır³⁷⁵.

bb. Lex Mercatoria'nın Seçilmesi

Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisini idare etmek üzere taraflarca millî hukuk sistemi dışında bir hukukun seçilip seçilemeyeceği, en çok tartışma gören konulardan biridir. Yalnızca bir devletin hukukunun seçilebileceğine ilişkin görüşe karşıt olarak, *lex mercatoria'nın* da uygulanacak hukuk olarak tayin edilebileceği savunulmaktadır.

³⁷² O'Brien, s. 330.

³⁷³ Sargin, Patent, s. 43.

³⁷⁴ Nomer, s. 308. Benzer bir yaklaşımla, yorum yoluyla bu tespitin yapılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Demir Gökyayla, Tek Satıcılık, s. 308.

³⁷⁵ İsviçre hukukuna ilişkin tespit için ayrıca bkz. Dicey/Morris, s. 1206.

Genel olarak *lex mercatoria* (yeni ticaret hukuku/uluslararası hukuk/uluslararası ticaret hukuku) olarak anılan kurallar, hiçbir millî hukuk sistemi referans alınmaksızın, milletlerarası ticaret uygulamaları içinde kendiliğinden gelişen, ticarî örf, âdet ve teamül kurallarından oluşan, ne millî ne de milletlerarası hukuk olarak nitelendirilebilecek karma özellikli kurallardır³⁷⁶. *Lex mercatoria* olarak, hukukun genel ilkeleri³⁷⁷, milletlerarası kamu hukuku³⁷⁸, ticarî örf ve âdetler, ticarî teamüller, standart form sözleşmeleri, uniform kurallar, milletlerarası organizasyon kuralları³⁷⁹ ve hakem kararı raporları gösterilmektedir³⁸⁰.

³⁷⁶ *Lex mercatoria* tanımı için bkz. **Maniruzzaman**, A. F. M.: “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, *American University International Law Review*, Vol. 14, No. 3, 1999, s. 658 vd.; **Fassberg**, C. W.: “Lex Mercatoria-Hoist With Its Own Petard?”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5, 2004, s. 69; **Aygül**, M.: “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria’nın Uygulanması”, *SÜHFD*, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 47 (*Lex Mercatoria*); **Houtte**, s. 26; **North**, Private, s. 109; **Elcin**, s. 7; **Nygh**, s. 177 vd.; **Nomer**, s. 526; **Johns**, s. 267.

³⁷⁷ Örneğin, ahde vefa ilkesi (*pacta sunt servanda*), iyi niyet ilkesi, hakkın kötüye kullanılma yasağı, sözleşmenin değişen şartlara göre uyarlanması kuralı, kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkeleri kapsamında kabul edilen, milletlerarası unsurlu acente sözleşmelerinde de önem arz eden kurallardır. Hukukun genel ilkelerinin, *lex mercatoria* içinde değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Lando**, O.: “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, 1985, s. 750 (*Lex Mercatoria*); **Houtte**, s. 27.

³⁷⁸ Örneğin ICSID kuralları, milletlerarası kamu hukuku kapsamında kabul edilmektedir. Buna göre, yatırımcıların uluslararası hukukun koruması altına alınması amacıyla, ICSID Konvansiyonu md. 42/1’de bir düzenleme yer almaktadır. Md. 42/1’deki “ taraflarca yapılmış açık bir hukuk seçimi olmaması durumunda, tahkim heyetinin uyuşmazlığın esasına ev sahibi devletin hukukunu, bu devletin kanunlar ihtilâfi kuralları ve uluslararası hukukun uygulanabilir kuralları ile birlikte uygulayacağı”na ilişkin hüküm, milletlerarası kamu hukuku kuralı kapsamında kabul edilmektedir. Tespit için bkz. **Elcin**, s. 19.

³⁷⁹ Milletlerarası kuruluşlarca kodifiye edilen bu tür kurallar kapsamında birçok örnek verilebilir. Örneğin UNCITRAL kuralları, *lex mercatoria* sayılmaktadır. Aynı şekilde, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler (UNIDROIT), *lex mercatoria* kapsamında kabul edilen önemli kurallar ihtiva eder. Milletlerarası unsurlu sözleşmelerde tarafların, UNIDROIT ilkelerini seçebilmesine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. **Süral**, B. C.: *Uluslararası Ticarî Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri*, Ankara 2008, s. 105 vd.; **Bonell**, Party, s. 229 vd.; **Lando**, *Lex Mercatoria*, s. 750; **Nygh**, s. 189. Bu çerçevede, temsil ilişkisi konusunda UNIDROIT 1983 tarihli Emtianın Milletlerarası Satımı Konusunda Temsile İlişkin Cenevre Sözleşmesi (*Geneva Convention*) önem arz etmektedir. UNIDROIT Konvansiyon, konuya ilişkin maddî hukuk kurallarının birleştirilmesi noktasında atılmış kayda değer bir adım olarak kabul edilmektedir. UNIDROIT Konvansiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Vogenauer/Kleinheisterkamp**: *Commentary on The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, New York 2009, s. 349 vd. UNIDROIT Konvansiyon metni için bkz. www.unidroit.org/english/conventions/1983agency/1983agency-e.htm (Erişim Tarihi: 10.12.2011). Bunun yanında, UNCTAD (BM Ticaret ve Kalkınma Konferansı), Milletlerarası Ticaret Odası ve FIDIC (Milletlerarası Müşavirler Mühendisleri Federasyonu) tarafından kodifiye edilen kurallar da, milletlerarası organizasyon kuralları olarak *lex mercatoria* niteliğinde sayılmaktadır. Bu çerçevede, Milletlerarası Ticaret Odası tarafından hazırlanan INCOTERMS kuralları, *lex mercatoria* olarak nitelendirilmektedir. Bunun yanında FIDIC kuralları, Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonunca hazırlanan standart kurallar olarak milletlerarası unsurlu inşaat sözleşmelerinde yaygın surette tercih edilen kurallardır. Konu hakkında bkz. **Akıncı**, İnşaat, s. 24.

Doktrinde bir görüş, seçilen hukukun mutlaka bir devlet hukuku olması gerektiği yönündedir³⁸¹. Taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukukun tayini bakımından yalnızca millî bir hukuk sisteminin seçilebilmesinin özünde, bu kuralların hukuk denetimine tâbi olmaları esası yatmaktadır. Zira milletlerarası unsurlu olsa dahi, bir sözleşmeye, hukuk düzeni dışında ve hukuk denetimi olmayan kuralların uygulanmasının, ayrıcalık ve dokunulmazlığa neden olacağı endişesi dile getirilmektedir³⁸².

Doktrinde savunulan bir başka görüş, uyuşmazlığın, bir devlet mahkemesinde görülmesi durumunda, dikkate alınacak hukuk kurallarının da ancak ülkesel kurallar olması gerektiğini savunmaktadır. Dolayısıyla, tahkim yolu bir yana bırakılacak olursa³⁸³, millî bir hukuk sistemi dışında kalan kuralların uygulanacak hukuk olarak dikkate alınması mümkün olmamalıdır³⁸⁴.

Konuya ilişkin olarak doktrinde, millî bir hukuk sistemi dışında bir seçimin, hukuk güvenliği anlamında, ancak iç hukuktaki sözleşme serbestisi kapsamında değerlendirilebileceği ve sözleşme hükmü olarak kabul edilebileceği de ileri sürülmektedir³⁸⁵. Aynı paralelde, belli bir devlete ait hukuk kapsamında değerlendirilemeyen hukukun maddî hukuk kurallarına atıfta bulunmanın mümkün olduğu doktrinde ifade edilmektedir³⁸⁶.

Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerde de, hukuk seçiminin millî bir hukuk sistemi esas alınarak yapılabileceği öngörülmektedir. Bu çerçevede, Amerikan hukukunda, akit taraflarca seçilecek hukukun, yalnızca bir devletin hukuku olması gerektiği kabul edilmiştir. Zira Restatement II §187/1-2 ve UCC md. 1-301, yalnızca

³⁸⁰ Konu hakkında bkz. **Ayoğlu**, T.: Uluslararası Ticarî Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddî Hükümler ve Ticarî Âdet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul 2011, s. 122 vd.; **Lando**, Lex Mercatoria, s. 748 vd.; **Aygül**, Lex Mercatoria, s. 65 vd.

³⁸¹ Seçilecek hukukun, bir devletin hukuku olması gerektiğine ilişkin doktrinindeki görüşler hakkında bkz. **Stone**, P.: The Conflict of Laws, New York, 1995, s. 235 (Conflict); **Lando**, O.: "Some Issues Relating to The Law Applicable to Contractual Obligations", The King's College Law Journal, Vol. 7, 1996-1997, s. 60 (Some); **Özel**, S.: Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukukî Niteliği, İstanbul 1991, s. 76 (Akreditif); **Fawcett/Carruthers**, s. 699; **Dicey/Morris**, s. 1223; **Ekşi**, Roma, s. 97; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 23.

³⁸² **Mann**, s. 448.

³⁸³ **Boele-Woelki/Lazic**, s. 28; **Dicey/Morris**, s. 1223.

³⁸⁴ **Doğan**, Milletlerarası, s. 295.

³⁸⁵ **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 356.

³⁸⁶ **Nomer**, s. 307.

bir devletin hukukunun seçilebileceğini öngörmüştür³⁸⁷. Ancak Amerikan hukukunda millî olmayan bir hukuk, tamamen dışlanmamıştır. Her ne kadar hukuk seçimi anlaşması çerçevesinde seçilemese de, bu kuralların *incorporation*³⁸⁸ yoluyla sözleşmeye nakledilmesi imkânı, ayrıca benimsenmiştir³⁸⁹. Ancak Amerikan hukuku bakımından, son yıllarda bazı eyaletlerdeki eğilim, millî olmayan hukuk sistemlerinin de hukuk seçimine konu olması gerektiği yönündedir. Örneğin, Oregon ve Louisiana eyaletlerinde, *lex mercatoria*'nın da hukuk seçimine konu edilebilmesi yönünde düzenlemeler yapılmıştır³⁹⁰.

AB hukukunda da akit statüsü bakımından, yalnızca bir devlet hukukunun seçimine geçerlilik tanınmıştır. Bu çerçevede, Roma I Tüzüğü'nde millî olmayan kuralların seçilip seçilemeyeceği konusunda açık bir hüküm yer almamakla beraber, belli bir devlet hukuku dışında bir hukuk seçiminin yapılamayacağı hâkim görüş olarak kabul edilmektedir³⁹¹. Dolayısıyla, Roma Konvansiyonu'nda da kabul edildiği gibi³⁹² Roma I Tüzüğü'nde de taraflar, yalnızca millî bir hukuk sistemini seçebileceklerdir³⁹³. Bu bakımdan, *lex mercatoria*'nın ve daha somut örnekler olarak Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkelerinin³⁹⁴ ya da Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkelerin³⁹⁵ (UNIDROIT) taraflarca seçilmesi mümkün görülmemektedir³⁹⁶.

³⁸⁷ Rühl, s. 164.

³⁸⁸ *Incorporation* hakkında ayrıntılı bilgi aşağıda Maddî Hukuk Seçimi başlığı altında verilecektir.

³⁸⁹ Restatement II §187'nin şerhinde, *incorporation* yoluyla hukuk kurallarının sözleşmeye dâhil edilebileceği ifade edilmiştir. Gerekçede, özellikle ticarî ortak kurallarının ve ticarî örf ve âdet kurallarının *incorporation*'a konu edilebileceği vurgulanmıştır: Restatement II §187 şerh (c)

³⁹⁰ Oregon Revised Statutes §81.120 ve Louisiana Civil Code md. 3540'da bu paralelde hüküm getirilmiştir: Rühl, s. 166.

³⁹¹ **Fawcett/Carruthers**, s. 699; **Dacey/Morris**, s. 1223. Roma Konvansiyonunun Tüzüğe dönüştürülmesi aşamasında bu konuda teklifte bulunulmuş ve bir devlet hukuku dışında milletlerarası veya Avrupa'da kabul görmüş kuralların da seçilebilmesi konusu Komisyonca tartışmaya açılmıştı (2005 tarihli Tüzük Taslağı md. 3/2). Konu hakkında bkz. **Boele-Woelki/Lazic**, s. 27; **Fawcett/Carruthers**, s. 699. Ancak bu yöndeki teklif, söz konusu kuralların muğlaklığı ve tesbitinin ciddi sıkıntılara yol açacağı ileri sürülerek reddedilmiştir. İşte yaşanan bu süreç, yalnızca belli bir devletin hukukunun taraflarca seçilebileceği şeklinde genel bir sonuca vardır. Konu hakkında ayrıca bkz. **Tarman**, Z. D.: "Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü", BATİDER, Haziran 2009, C. 25, S. 2, s. 308 vd. (Roma I); **Fawcett/Carruthers**, s. 699 vd.

³⁹² Rühl, s. 164; **Fawcett/Carruthers**, s. 698.

³⁹³ **Vernooij**, s. 73.

³⁹⁴ Sözleşmeler yanında temsil yetkisi konusunda da maddî hukuk prensipleri getirerek Avrupa hukukunu birleştirme amacı taşıyan Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (*Principles of European Contract Law*) hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Oğuz**, s. 52 vd.

³⁹⁵ Sözleşmeler yanında temsil yetkisi konusunda da kurallar içeren UNIDROIT ilkeler hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Dayınlarlı**, K.: "Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri", MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, S. 1-2, 2003, s. 203 vd.

Ancak millî olmayan bir hukuk, hukuk seçimi anlaşmasıyla uygulanacak hukuk olarak seçilemese de, *incorporation* yoluyla sözleşmeye nakledilmesi imkânı da ayrıca kabul edilmiştir³⁹⁷.

Bununla birlikte, *lex mercatoria* niteliğindeki kuralların da, hukuk seçimine konu olabileceği savunulmaktadır³⁹⁸. Buna göre, Roma hukuku örneğinde olduğu gibi yürürlükte olmayan bir devlet hukukunun hukuk seçimine konu olması mümkün olamamakla birlikte³⁹⁹, millî hukuk sistemi dışında kalan kuralların uygulanmasında bir sakınca bulunmasa gerekir. Nitekim doktrinde, özellikle tahkim yolunda tarafların *lex mercatoria*'yı seçebilmelerinin mümkün kabul edilmesine paralel olarak⁴⁰⁰, mahkemelerde görülecek davalarda da milletlerarası ticaretin ihtiyaçları uyarınca *lex mercatoria*'nın taraflarca uygulanacak hukuk olarak seçilebilmesinin gerektiği savunulmaktadır⁴⁰¹.

Lex mercatoria'nın seçilebilmesi gerektiği yönündeki bu görüşlere karşı olarak, bu kuralların, bağımsız bir otorite tarafından yürürlüğe konmasından dolayı

³⁹⁶ **Koppenol-Laforce**, s. 144; **Vernooij**, s. 73. *Lex mercatoria*'nın reddi, Roma I Tüzüğü'nde bilinçli bir ihmâl olarak görülmekte ve eleştirilmektedir. Gereğe olarak, milletlerarası ticaretin gerçekleri, irade muhtariyeti ilkesiyle olan çelişkisi ve çoğu ülkenin tahkim hukukuyla olan tutarsızlığı gösterilmiştir: **Vernooij**, s. 73.

³⁹⁷ **Rühl**, s. 165; **Fawcett/Carruthers**, s. 699.

³⁹⁸ **Rühl**, s. 167. *Lex mercatoria*, millî olmayan hukuk kuralları bütünü olarak, çok az da olsa bazı içtihatlarda kabul edilmiştir. Örneğin, Fransız Nantes Ticaret Mahkemesinin 11 Temmuz 1991 tarihli bir kararında, uyuşmazlığın çözümünde milletlerarası ticarî âdetler ve hukukun genel ilkeri dikkate alınmıştır. Bu bağlamda, Suudî Arabistanlı bir acente ile Fransız bir tacir arasında acente sözleşmesi akdedilmiş ve milletlerarası ticarî âdetler ve hukukun genel ilkeri, uygulanacak hukuk olarak taraflarca seçilmiştir. Suudî acente, Suudî Arabistan'da Fransız temsil olunan adına sözleşme akdetmiştir. Ancak davalı Fransız, davacı acentenin sözleşmeden doğan ücret alacaklarının bir bölümünü ödememiştir. Mahkeme, acentenin haklı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu kararı verirken, *lex mercatoria* kapsamında sayılan *pacta sunt servanda* ilkesine başvurmuştur. Bu kararda dikkat edilirse, uygulanacak hukukun tayininde kanunlar ihtilâfî kurallarına başvurulmamıştır. Acente sözleşmesinin ağırlık merkezini oluşturan bağlama noktası, acentenin işyerinin bulunduğu yer olan Suudî Arabistan olmasına ve dolayısıyla da Suudî Arabistan hukuku uygulanması gerekirken, mahkeme, Suudî acente hukukuna ulaşmanın mahkeme ve taraflar için zorluğunu dikkate almış ve *lex mercatoria*'yı esas alarak uyuşmazlığı çözmüştür. Karar için ayrıntılı olarak bkz. **Lando**, *Some*, s. 61. Bununla birlikte, bu uyuşmazlıkta taraflarca yapılmış ve *lex mercatoria*'nın esas alındığı bir hukuk seçimi söz konusu değilken, mahkeme, kanunlar ihtilâfî kurallarını dikkate almaksızın, doğrudan *lex mercatoria*'ya göre acente sözleşmesinden doğan uyuşmazlığı çözmüştür.

³⁹⁹ **Mann**, s. 448; **Aybay/Dardağan**, s. 251; **Tiryakioğlu**, *Taşınır*, s. 24. Bununla birlikte, yürürlükte olmayan hukuk kurallarının gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaati gereğince, sözleşme hükmü hâline getirilebileceği doktrinde savunulmaktadır. Görüşler hakkında bkz. **Sargın**, *Patent*, s. 188, **Çilingiroğlu**, s. 108.

⁴⁰⁰ **Lando**, *Some*, s. 64; **Şanlı**, *Tahkim*, s. 177.

⁴⁰¹ **Lando**, *Some*, 64.

hukuk seçimi anlaşmasına konu olamayacağı ileri sürülmektedir⁴⁰². *Lex mercatoria'nın* millî mahkemelerde hukuk seçimine konu olamaması görüşüne bağlı olarak, böyle bir seçimin yapılması durumunda, seçimin etkisi konusunda farklı görüşler ortaya atılmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre, tarafların akit statüsü olarak *lex mercatoria'yı* tayin etmeleri hâlinde bu seçim, objektif bağlama kurallarına göre yetkili ülke hukukunda kabul edilen sözleşme hürriyeti kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁰³. Diğer görüş ise, hukuk seçiminin etkisinin akit statüsüne göre değerlendirilmesi ve bu statünün, *lex mercatoria'nın* seçimine imkân tanınması hâlinde, tarafların seçtikleri bu kuralların uygulanabilmesi yönündedir⁴⁰⁴.

Milletlerarası toplumda meydana gelen ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarını ortaya koyan *lex mercatoria*, bağlayıcı gücünü milletlerarası hukuktan almaktadır. Millî bir hukuk sistemi olmadığı için, hukuk seçimi anlaşmasına konu edilemeyeceği görüşüne karşıt olarak, doktrinde haklı olarak savunulduğu üzere, *lex mercatoria* kurallarını kodifiye eden ya da oluşumlarına katkı sağlayan milletlerarası kuruluşlar, devletlerce tanınmaktadır. Aynı şekilde, bu kuralların oluşumunda devletlerin milletlerarası hukukun birer varlıkları olarak katkıda buldukları inkâr edilemez. Dolayısıyla *lex mercatoria*, bağlayıcılığını dolaylı da olsa devletlerden almaktadır⁴⁰⁵.

Nitekim *lex mercatoria'nın* hukuk seçiminde dikkate alınmasının milletlerarası ticaretin sürekli değişen ihtiyaçlarına uygun bir çözüm olduğu yönünde doktrinde bir eğilim ortaya çıkmıştır⁴⁰⁶. Bu çerçevede, milletlerarası ticaretin taraflarının, irade muhtariyeti yoluyla *lex mercatoria'yı* belirli ve öngörülebilir kurallar bütünü olduğu için özellikle tercih ettikleri görülmektedir⁴⁰⁷. Akit taraflar, aralarındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitinde, *lex mercatoria'yı* tercih

⁴⁰² **Berman/Kaufman**: “The Law of International Commercial Transactions (*lex mercatoria*)”, Harvard International Law Journal, Vol. 19, 1978, s. 221; **Erdem**, B. B.: “Incoterm’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği”, MHB, Y. 10, S. 1-2, 1990, s. 69 (Incoterm); **Triebel**, s. 941; **Nygh**, s. 182, 186; **North/Fawcett**, s. 560; **Dacey/Morris**, s. 1223; **Fawcett/Carruthers**, s. 699; **Ekşi**, Roma, s. 96; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 24.

⁴⁰³ **Doğan**, Milletlerarası, s. 295.

⁴⁰⁴ **Sargın**, Patent, s. 191; **Nygh**, s. 187.

⁴⁰⁵ Konuya ilişkin tespitler hakkında bkz. **Sargın**, Patent, s. 193; **Aygül**, *Lex Mercatoria*, s. 77.

⁴⁰⁶ Görüşler hakkında bkz. **Juenger**, F. K.: “The *Lex Mercatoria* and Private International Law”, Louisiana Law Review, Vol. 60, 2000, s. 1133 (*Lex Mercatoria*); **Maniruzzaman**, s. 657; **Johns**, s. 267; **Sargın**, Patent, s. 194; **Aygül**, *Lex Mercatoria*, s. 79.

⁴⁰⁷ **Johns**, s. 267; **Lando**, *Lex Mercatoria*, s. 748.

ederek belirsizliği de bertaraf etmiş olacaktadıř⁴⁰⁸. *Lex mercatoria'nın* açıklık vasfı taşıyan kurallar bütünü olması da, taraflarca seçilmesinde önemli bir etken olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁹. Doktrinde de savunulduğu üzere, milletlerarası ticaretin sürekli gelişim ve değişim gösteren yapısı karşısında, millî hukukların prosedürel niteliği, *lex mercatoria'nın* taraflarca tercihinde etkili olmaktadır⁴¹⁰. Ayrıca, ticaret hukukunun gelişim sürecinde ortaya çıkan eksiklikler ve ihtiyaçların yansımaları olarak oluşturulan bu kurallar, uyumsuzluklar bakımından serfiliği sağlayacağı ve adıl çözümler getireceği düşünceyle de tercih edilmektedir⁴¹¹.

Kanaatimizce, milletlerarası ticaretin geldiği noktada ortaya çıkan bu haklı gerekçeler, millî hukuk sistemi dışında kalan diğer hukuk kurallarının da seğilebilmesine imkân tanınmalıdır. Acente ilişkisinin milletlerarası ticarete taşıdığı öneme binaen, acente ve temsil olunan, yalnızca millî bir hukuk sistemini değil, *lex mercotaria'yı* da seğebilmelidir. Zira bir sözleşmede taraflar, uygulanacak hukukun tayini anlamına gelmese de, millî hukuk sistemi dışında kalan bir kurallar bütünü, örneğin INCOTERMS kurallarını, sözleşme hükmü hâline getirebilmektedir⁴¹². Zaten irade muhtariyeti ilkesi de kural olarak taraflara sözleşme ile bağlantısı olmayan bir hukuku seçebilme şeklinde geniş bir imkân sađlamaktadır⁴¹³. Kaldı ki, millî hukuk sistemi dışında kalan kuralların seçilmesi hâlinde, hukuk sistemlerinin benimsemediği bir takım sonuçların ortaya çıkması durumunda, kamu düzeni engeliyle karşı karşıya kalınacaktır. Hatta konuya ilişkin doğrudan uygulanan kuralların varlığı hâlinde de zaten, bu kurallar öncelikle uygulama bulacaktır. Dolayısıyla, *for'un* hukukunun izin vermediği sonuçların da doğmasının önüne geçilebilecektir.

Bu bakımdan, milletlerarası ticarete önemli yer tutan bu kuralların, taraflarca hukuk seçimine konu edilmesinde bir engel görülmemelidir. Milletlerarası özel

⁴⁰⁸ **Maniruzzaman**, s. 680.

⁴⁰⁹ **McConnaughay**, s. 621. Bununla birlikte, açıklık özelliğine eleştiri getirilerek, *lex mercatoria'nın* kapsamının muğlak olduğu ve bu kurallar hakkında tam bir liste çıkarmanın mümkün olamayacağı doktrinde ileri sürülmektedir: **Nygh**, s. 183.

⁴¹⁰ **Lando**, *Lex Mercatoria*, s. 748.

⁴¹¹ **Elcin**, s. 7.

⁴¹² **Erdem**, *Incoterm*, s. 65; **Seviğ**, *Akit*, s. 323. Gerçekten de milletlerarası ticaretteki çoğu müşterek ticarî örf ve âdet kuralları, FOB, CIF örneklerinde olduğu gibi, INCOTERMS olarak benimsenmiş ve ticarî sözleşmelerde sıklıkla tercih edilir hâle gelmiştir: **Zhang**, *Party*, s. 523.

⁴¹³ **Fassberg**, s. 75.

hukukun konuya ilişkin düzenlemelerinde, hukuk seçimine ilişkin bazı sınırlamalar getirilerek konuya bir çerçeve çizildiğine göre, hukuk seçiminin yalnızca millî hukuk sistemi olması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm de, bu tartışmalar karşısında pek tâbi benimsenebilirdi. Bu bakımdan, açıkça yalnızca bir devletin hukukunun hukuk seçimi anlaşmasına konu olabileceği sınırlaması getirilmedikçe⁴¹⁴ hukuk seçiminin *lex mercatoria*'yı da içine alan geniş bir çerçeveye sahip olması gerektiği kanaatindeyiz⁴¹⁵.

c. Hukuk Seçimi Anlaşmasının Kapsamı

Hukuk seçimi anlaşmasının kapsamı konusundaki sınırlamalar, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun seçiminde değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Seçimin maddî hukuka işaret etmesi, olumsuz hukuk seçimi, alternatif hukuk seçimi, kısmî hukuk seçimi, şartlı hukuk seçimi, bu yönde getirilen sınırlamalardır.

aa. Maddî Hukuk Seçimi

Sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, maddî hukuka mı, yoksa kanunlar ihtilâfi kurallarına mı işaret ettiği konusunda kabul edilen ortak görüş, maddî hukuk yönündedir⁴¹⁶. Bu bakımdan, seçilen hukukun, kural olarak maddî hukuk olmasından dolayı atıf reddedilmektedir⁴¹⁷.

Bu açıklamalardan hareketle, acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk taraflarca seçildiğinde, kural olarak bunun maddî hukuk olduğu kabul edilmesi

⁴¹⁴ Örneğin, Roma Konvansiyonu md. 3/3 ve Roma I Tüzüğü md. 3/3'de, seçilecek hukukun yalnızca bir devlet hukuku olabileceğine işaret edilerek, *lex mercatoria* benzeri kuralların seçimi reddedilmiştir. Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. **Dicey/Morris**, 1223.

⁴¹⁵ Benzer yönde görüş için bkz. **Sargın**, Patent, s. 194.

⁴¹⁶ **North**, Choice, s. 38. Örneğin Amerikan hukukunda, taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, taraf iradelerinden başka türlü bir sonuca varılmadıkça, seçilen devletin maddî hukukunu kastettiği Restatement II §187/3'de açıkça hükme bağlanmıştır: **Scoles/Hay/Borchers/Symeonides**, s. 859. Aynı şekilde, Roma I Tüzüğü md. 20, atfı reddettiği için, aksi kararlaştırılmadığı sürece, seçilen hukukun maddî hukuk kuralları sözleşmeye uygulanacaktır: **Stone**, Private, s. 298. Roma Konvansiyonu md. 15 de aynı yöndedir: **Dicey/Morris**, s. 1210; **Williams**, s. 11; **Zhang**, Party, s. 522; **North**, Private, s. 106; **Rabel**, s. 387.

⁴¹⁷ **Çelikel**, A.: "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Atf Prensibinin Uygulanması", MHB, 1983/3, S. 2, s. 3-4; **Dicey/Morris**, s. 1210; **Uluocak**, s. 195; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 355; **Çelikel/Erdem**, s. 318; **Koppenol-Laforce**, s. 144.

gerekir. Dolayısıyla aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların maddî acente hukuku kurallarını seçtikleri varsayılır⁴¹⁸.

Maddî hukuk kurallarının sözleşme hükmü olarak sözleşmeye dâhil edilmesi konusu (*incorporation*)⁴¹⁹ üzerinde de kısaca durulması gerekir. Acente iç ilişkisinde tarafların, sözleşmelerine, yabancı bir devletin hukukunu sözleşme hükmü olarak dâhil etmeleri ya da bu hukuka göndermede bulunmaları, hukuk seçimi anlamına gelmeyecektir⁴²⁰. Zira bu hâlde, uygulanacak hukuk konusunda bir seçimde bulunulmamaktadır⁴²¹. Bilakis bu şekilde, maddî hukuk kuralları sözleşmeye yazılmakta ya da bu hükümlere atıfta bulunulmaktadır⁴²².

Bu çerçevede, örneğin, acente sözleşmesi kapsamında, acentenin hak ve borçlarının Alman Ticaret Kanunu'nda (HGB) öngörüldüğü şekilde taraflarca kararlaştırılması durumunda, bu kurallar yalnızca bir sözleşme hükmü olarak kabul edilir. Zira böyle bir ifadenin, acente sözleşmesinden doğan uyumsuzluklara, Alman hukukunun uygulanacağı yönünde zımnî bir hukuk seçimine işaret ettiği düşünülemez. Aynı şekilde, acente sözleşmesinin sona ermesinin belli bir milletlerarası sözleşmenin belirlediği şekilde gerçekleşeceğinin kararlaştırılması, milletlerarası bir sözleşme hükmünün, acente sözleşmesine dâhil edilmesi olarak nitelendirileceği için, hukuk seçimi olarak kabul edilemez⁴²³. Bununla birlikte, belli bir devletin hukukuna yapılan bir yollama, sözleşme hükmü değil de uygulanacak hukuku gösteren bir hukuk seçimi mahiyetinde ise, hukuk seçiminin varlığından şüphe edilmemelidir⁴²⁴. Dolayısıyla, *incorporation* yoluyla bir sözleşmede, belli bir

⁴¹⁸ Konuya ilişkin genel bir tespit için bkz. **Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu**, s. 355; **Nomer**, s. 313.

⁴¹⁹ *Incorporation*, bir belgenin, başka bir belgenin eki veya parçası hâline getirilmesi usulüdür. Tanım için bkz. **Ekşi**, *Incorporation*, s. 263. Bu yolla taraflar, sözleşmelerine belli bir devletin hukuk kurallarını dâhil edebilmektedirler: **Kahn-Freund**, s. 63.

⁴²⁰ **Kahn-Freund**, s. 63.

⁴²¹ **North/Fawcett**, s. 456; **Dicey/Morris**, s. 1226.

⁴²² Konu hakkında bkz. **Dicey/Morris**, s. 1226; **Ekşi**, *Incorporation*, s. 266 vd. *Incorporation* hâlinde, yabancı hukukun belirli hükümleri, sözleşme hükmü hâline getirildiği için, bu hükümler, esasa ilişkin hukukun emredici kurallarına aykırı olamayacaktır. Dolayısıyla, dâhil edilen hukuk, sonradan değişikliğe uğrasa bile, değişiklik sözleşme hükümlerine tesir etmeyecektir. Ancak hukuk seçimi hâlinde, seçimden sonra ortaya çıkan değişiklikler, tarafları bağlayacaktır. Söz konusu farklılık hakkında bilgi için bkz. **North/Fawcett**, s. 456.

⁴²³ Konuya ilişkin örnekler için bkz. **Ekşi**, *Incorporation*, s. 286.

⁴²⁴ Örneğin, “acente sözleşmesinden doğan hak ve borçlara İspanyol kanunları uygulanacaktır” tarzında bir belirleme, açık hukuk seçimi olarak kabul edilmelidir. Yargıtay da aynı yönde hüküm tesis etmiştir. Örnek bir karar için bkz. Yargıtay 15. HD, 22.2.2001 T. ve E. 2001/654, K. 2001/1010 sayılı karar: Karar hakkında bkz. **Ekşi**, *Karar*, s. 103 vd.

hukuk düzeninin öngördüğü hükümlere atıf yapılması, tek başına zımnî hukuk seçimi olarak kabul edilemese de, zımnî hukuk seçiminin tespitinde dikkate alınabilen kriterlerden biri olarak değerlendirilebilecektir⁴²⁵.

Konuyla ilgili olarak belirtilmesi gereken diğer bir husus da, tarafların seçtikleri hukukun, hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı anda yürürlükte olan maddî hukuk olmasıdır. Bu sebeple, tarafların seçtikleri hukukun belli bir tarihte yürürlükte olan hükümlerinin uygulanacağını kararlaştırmalarının bir anlamı olmayacaktır⁴²⁶. Bununla beraber, seçilen devletin hukuk düzeninde meydana gelen değişikliklerin seçilen hukuku ne şekilde etkileyeceği, bir başka ifadeyle, seçilen hukukun sabit statüye mi, yoksa değişken statüye mi sahip olduğu farklı sonuçları beraberinde getirecektir.

Hukukun yaşayan ve gelişen bir düzen olduğu, bu sebeple, meydana gelen değişikliklerin tarafların seçimine de etki edeceği yönündeki görüşe karşıt olarak, sabit bir statüde olan hukuk seçiminin, değişikliklerden etkilenmeyeceği ileri sürülmektedir⁴²⁷. Bu çerçevede, doktrinde bir görüş, kural olarak tarafların bu konuda anlaşmasının daha âdil olduğunu ifade etmekte, anlaşamamaları hâlinde ise hukukî güvenliği temin ettiği için sabit statünün uygulanmasının daha isabetli olacağı sonucuna varmaktadır⁴²⁸. Bir başka görüş ise, seçilen bir hukukta sözleşmenin devamınca meydana gelen değişikliklere tarafların katlanması gerektiği yönündedir. Buna göre, ortaya çıkan bir değişiklik, önceki düzenlemeden esaslı şekilde farklı veya taban tabana zıtsa yahut taraflara olağanüstü bir yük getiriyorsa, taraflar,

⁴²⁵ **Güngör**, Temel, s. 93. Doktrinde bir görüş de, özellikle *incorporation* yoluyla belli bir hukuk düzeninin öngördüğü hükümlerin sözleşmede yer almasının, zımnî hukuk seçimi bakımından güçlü bir unsur oluşturacağı kanısındadır: **Demir Gökyayla**, Tek Satıcılık, s. 321.

⁴²⁶ “Bir hukuk kuralının belli bir tarihe sabitleştirilmesi” (*stabilisation clause*) hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Chatterjee**, S. K.: “The Stabilisation Clause Myth in Investment Agreements”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 5, 1988, s. 97 vd.; **Demir Gökyayla**, Tek Satıcılık, s. 301. Ancak bu şekilde, bir devlet hukukunun sözleşmeye uygulanmak üzere kararlaştırılan hükümlerinin, sonradan yürürlüğe girecek değişikliklerden etkilenmeksizin belli bir tarihteki hâliyle sözleşmeye uygulanması konusunda tarafların anlaşmalarının, hukuku, pozitif hukuk olmaktan çıkardığı ileri sürülmektedir. Konu hakkında bkz. **Çilingiroğlu**, s. 108. Dolayısıyla böyle bir tarih belirlemesiyle sabitleştirilmiş hukukun, milletlerarası özel hukuk anlamında hukuk seçimi olarak kabul edilmemesi gerekir. Aynı yönde bkz. **Dacey/Morris**, s. 1223; **Demir Gökyayla**, Tek Satıcılık, s. 304.

⁴²⁷ Görüşler için bkz. **Nomer**, s. 314 vd.; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 357, dn. 36; **Bonell**, Party, s. 231 vd.

⁴²⁸ **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 357.

anlaşarak bu hukukun uygulanmasından vazgeçebilmelidir⁴²⁹. Doktrinde ortaya konan bir başka görüş ise, bir devletle, özel hukuk kişisi arasında akdedilen ve bu devletin hukukunun seçildiği bir sözleşmede, sabitleşmenin kabul edilmesi gerektiği yönündedir⁴³⁰. Ancak özel hukuk kişileri arasında akdedilen sözleşmeler bakımından ise seçilen hukukta sabitleşmenin tercihinin âdil olmayacağı savunulmaktadır. Zira seçilen hukukta sabitleşmenin kabulü hâlinde taraflar, seçtikleri hukuk düzenlerinde emredici niteliğini kaybeden hükümlerden kurtulamayacaklardır⁴³¹. Bu çerçevede doktrinde, sözleşmeye sabitleştirme hükmü konulması durumunda, seçilen hukukun emredici hükümlerinin uygulanmaya devam etmesi gerektiği savunulmaktadır⁴³². Gerçekten de hukuk seçimi anlaşması, tarafların iradelerinin bir ürünü olduğundan, uygulanacak hukukun içeriğine tarafların vâkıf olduğu varsayılmalıdır. Dolayısıyla, bu konuda taraflarca bir anlaşmaya varılırsa, herhangi bir sorun kalmayacaktır. Bununla beraber, hangi andaki hukukun uygulanacağı konusunda bir anlaşma yoksa söz konusu seçim, her iki tarafı da tatmin etmeyebileceğinden, anlaşmadan da bahsedilemeyecektir. Böyle bir hâlde, hukuk seçimi uygulanmayıp, objektif bağlama kuralları uygulama bulmalıdır. Bu çözümün, hukukî güvenlik açısından daha hakkaniyete uygun gözüktüğü kanaatindeyiz.

bb. Alternatif Hukuk Seçimi

Tarafların acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun seçiminde, birden çok hukuku alternatif olarak kararlaştırıp kararlaştıramayacağı hususu, önemli tartışma noktalarından biridir. Karşılaştırmalı hukukta konuya ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır.

Kanaatimizce, açık ya da zımnî olarak tespit edilebilecek somut bir hukuk seçimi olmadığı için, bu tarz bir seçimin hukuken kabul edilmesi mümkün değildir⁴³³. Zira alternatif hukukların yer aldığı bir hukuk seçimi anlaşmasında, tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleri açıkça ortaya konmamaktadır. Aynı şekilde, böyle bir seçimin, aşağıda ayrıntıları ile açıklanacak olan zımnî hukuk

⁴²⁹ Sargın, Patent, s. 190, dn. 140.

⁴³⁰ Nomer, s. 314; Demir Gökyayla, Tek Satıcılık, s. 302.

⁴³¹ Nomer, s. 314.

⁴³² Ekşi, Incorporation, s. 271; Demir Gökyayla, Tek Satıcılık, s. 304.

⁴³³ Aynı yönde bkz. Demirkol, B.: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2011, s. 148.

seçimine işaret etmesi de mümkün görünmemektedir⁴³⁴. Sonuç olarak, birden çok hukuk taraflarca seçilmekle birlikte, alternatif hukuk seçimi anlaşması, kesinlik ve belirlilik ilkesini sağlamaktan uzaktır.

cc. Kısmî Hukuk Seçimi

Uygulamada pek tercih edilmeyen⁴³⁵ kısmî hukuk seçiminde akit taraflar, üzerinde anlaştıkları hukukun, sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanmasını kararlaştırmaktadırlar. Bu çerçevede, taraflar, sözleşmenin bir bölümüne ya da birden çok bölümüne uygulanmak üzere farklı hukuklar seçmektedirler⁴³⁶.

Kural olarak tarafların, üzerinde anlaştıkları hukukun sözleşmenin tamamına uygulanmasını arzu ettikleri varsayılr. Dolayısıyla, sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından tarafların ehliyeti, sözleşmenin şekli ve temsil meseleleri hâricinde sözleşme, seçilen hukuka tâbi olacaktır⁴³⁷. Bu sebeple, acente ve temsil olunanın aralarındaki iç ilişkiye uygulanmak üzere birden çok hukuk seçip seçemeyecekleri sorusu, istisnaîdir.

Bir uyumsuzluğa uygulanmak üzere kısmî hukuk seçiminde bulunulması, birçok olumsuzluklara neden olabilecektir. Kısmî hukuk seçimi konusunda doktrinde, sözleşmelerin parçalanmak suretiyle farklı bölümlerine farklı hukukların uygulanmasının pratik zorlukları olduğu ifade edilmektedir. Aynı zamanda, böyle bir seçimin, sözleşme içindeki ahengi kaldırarak sözleşmenin bütünlüğünü bozduğu ileri sürülmektedir. Hatta sözleşmede çelişkili durumların veya boşluğun oluşacağı endişesinin ortaya çıkabileceği de vurgulanmaktadır⁴³⁸.

Kısmî hukuk seçiminin doğuracağı olumsuzluklar nedeniyle, böyle bir seçimin geçerli olmaması gerektiğini savunanlardan bir görüş, uygulanacak hukukun

⁴³⁴ Konu hakkında bkz. Zımî Hukuk Seçimi başlığı altında yapılan açıklamalar

⁴³⁵ Parçalı seçim olarak da adlandırılan kısmî hukuk seçiminin mümkün olup olmayacağına ilişkin teorik tartışma, uygulamaya pek yansımamaktadır. Zira taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukukun bütünlüğünden yana tercihte bulunmakta ve kısmî hukuk seçimine pek rağbet etmemektedir: **Nygh**, s. 129.

⁴³⁶ **Doğan**, Milletlerarası, s. 295.

⁴³⁷ **Nygh**, s. 122 vd.

⁴³⁸ Kısmî hukuk seçiminin olumsuz yönleri için bkz. **Güngör**, Temel, s. 96; **Göger**, Akit, s. 306; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 354; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 24; **Demir Gökyayla**, Tek Satıcılık, s. 287 vd.

parçalanmasına itiraz etmekte ve uygulanacak hukuk bakımından tek bir hukukun öncelik taşıması gerektiğini ileri sürmektedir⁴³⁹. Aynı şekilde, doktrinde, bir sözleşmeyi aynı anda birden çok hukuka tâbi tutan bir hukuk seçimi anlaşmasının geçersiz olduğu savunulmaktadır⁴⁴⁰.

Kısmî hukuk seçiminin kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüşü savunanların gerekçeleri ise şunlardır: İlk olarak, tarafların ekonomik menfaatlerinin, kısmî hukuk seçiminin kabulünü gerektirdiği ifade edilmektedir⁴⁴¹. Dolayısıyla, sözleşmenin bir kısmına uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunulabilmelidir⁴⁴². Kısmî hukuk seçiminin kabul edilmesinin bir diğer sebebi de, birçok milletlerarası sözleşmede kısmî hukuk seçimine izin verilmesidir⁴⁴³. Bu gerekçelerle, sözleşmenin şekline ve ehliyet meselelerine uygulanacak hukuk farklı iken, sözleşmenin kurulması ve hükümleri ile ilgili konularda da böyle bir ayırımın yapılabilmesinin mümkün olması gerektiği savunulmaktadır. Bu çerçevede, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan yalnızca birinin edimi için ya da her birinin borçlarına ayrı hukukların seçilebilmesi mümkün kabul edilmelidir⁴⁴⁴.

Kısmî hukuk seçimi imkânını taraflara tanıyan, ancak bunun belli sınırlamalarla yapılması gerektiğini savunan görüşler ise, konuya daha temkinli yaklaşmaktadır. Doktrinde bir görüş, irade muhtariyeti ilkesinin mutlak olduğunu, bu nedenle tarafların, sözleşmelerine birden çok hukuku seçebileceklerini savunmaktadır. Ancak, kısmî hukuk seçimi sonunda, sözleşmenin farklı bölümlerine farklı hukukların uygulanması söz konusu olacağından, bu farklı hukukların birbiriyle çelişki yaratmaması gerekmektedir. Aksi hâlde, kısmî hukuk seçimi anlaşmasına hukukî etki tanımak mümkün olmayacaktır⁴⁴⁵. Doktrinde yer alan bir başka görüşe göre ise, ancak hukuken veya ekonomik açıdan birbirinden ayrılabilen

⁴³⁹ **McLachlan**, C.: "Splitting the Proper Law in Private International Law", The British Year Book of International Law, Vol. 61, 1990, s. 317. Benzer yönde bir görüş için bkz. **Göger**, Akit, s. 306.

⁴⁴⁰ **Nomer**, s. 307.

⁴⁴¹ **Rabel**, s. 388.

⁴⁴² **Cavers**, Choice, s. 194; **Nygh**, s. 131.

⁴⁴³ **Delaume**, Law, s. 10.

⁴⁴⁴ Bununla birlikte, doktrinde bir görüş, sözleşmeleri bu şekilde farklı hukuklara tâbi tutmanın, karşılıklı edimlerin olduğu sözleşmelerde hak ve borçların âdil ve uyumlu bir şekilde belirlenebilmesini önleyebileceği endişesini belirtmektedir: **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 354.

⁴⁴⁵ **Dacey/Morris**, s. 1213 vd. Benzer yönde bkz. **Aybay/Dardağan**, s. 251.

kısımlara ayrı hukukların uygulanması kararlaştırılabilir⁴⁴⁶. Doktrinde savunulan görüşlerden bir diğesinde, kısmî hukuk seçiminin olumsuzlukları dikkate alınarak çözüm getirilmektedir. Buna göre, ancak karşı konulamaz sebeplerin varlığı veya çok önemli bir avantaj sağlaması hâlinde kısmî hukuk seçimi anlaşmasına hukukî etki tanınmalıdır⁴⁴⁷.

Tüm bu görüşlerden hareketle, bu konuda getirilecek katı sınırlamaların, tarafların iradelerine verilen anlamın değişmesine neden olacağı, bu sebeple sadece muhteva olarak birbirinden ayrılamayacak hususların, farklı hukuklara tâbi tutulamayacağı, sözleşmenin kendinden ayrılabilen kısımları bakımından ise kısmî hukuk seçimine imkân tanınması gerektiği konusunda milletlerarası özel hukukta bir eğilim ortaya çıkmıştır⁴⁴⁸.

Kanaatimizce, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun seçiminde taraflar, ancak içerik bakımından birbirinden ayrılabilir hususlara uygulanmak üzere, kısmî hukuk seçiminde bulunabilmelidir. Örneğin, aynı içeriğe sahip olan bir konu olarak, acentenin ve temsil olunanın acente sözleşmesinden doğan borçlarına farklı hukukların uygulanacağını kararlaştırılması geçerli kabul edilmemelidir. Ancak tarafların hak ve borçları ile sözleşmenin sona ermesinden doğabilecek uyumsuzluklar farklı içeriklere sahip olduğundan, bunlar arasında ayırım yapılarak

⁴⁴⁶ **Turhan**, s. 127 vd.; **Doğan**, Milletlerarası, s. 295. Aksi görüşte olan Tiryakioğlu ise, satım sözleşmesi gibi basit nitelikli bir sözleşme bakımından dahi, kısmî hukuk seçiminde bulunmayı, sözleşmeyi parçaladığı ve sözleşmenin ekonomik ve hukukî bütünlüğünü bozduğu için uygun görmemiştir: **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 25.

⁴⁴⁷ **Sargın**, Patent, s. 204. Bununla birlikte, doktrinde, bu tür bir ayırımın uygulamada tespitinin zorluğundan ve elverişsizliğinden bahsedilmektedir: **Dacey/Morris**, s. 1212.

⁴⁴⁸ Konu hakkında ayrıca bkz. **Nygh**, s. 128; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 354. Böyle bir düşünceyi ifade etme bakımından, Roma Konvansiyonu md. 3/1 ve devamında Roma I Tüzüğü md. 3/1'deki, tarafların bir sözleşmenin herhangi bir bölümüne ya da tamamına uygulanacak hukuku seçebileceklerine ilişkin hüküm örnek verilmektedir. AB hukuku bakımından bkz. **Boele-Woelki/Lazic**, s. 21; **Fawcett/Carruthers**, s. 698; **North**, Private, s. 126; **Dacey/Morris**, s. 1213; **Kaye**, s. 154; **Williams**, s. 12; **Zhang**, Party, s. 547; **O'Brien**, s. 333; **Collier**, s. 177; **Heidemann**, s. 29; **Koppenol-Laforce**, s. 145. Aynı şekilde, İsviçre MÖHK, bu konuda düzenleme getirmemekle birlikte, kısmî hukuk seçimini dışlayan bir hükme de yer vermemiştir. Amerikan Restatement II §187'nin yorumunda açıkça ifade edilmese de, hukuk seçimi anlaşmasıyla sözleşmenin tamamının kastedilmediği savunularak, kısmî hukuk seçiminde bulunulabileceği sonucuna varılmaktadır. Aynı paralelde, UCC md. 1-301'de, tarafların, sözleşmeden doğan hak ve borçlarını farklı hukuklara tâbi tutabilecekleri öngörülmüştür: **Nygh**, sh. 129; **Gruson**, s. 14. La Haye Temsil Konvansiyonunda ise, kısmî hukuk seçimi konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar, Konvansiyonunun hazırlık aşamasında, kısmî hukuk seçimi anlaşmasının da açıkça tanınması gerektiği yönündeki teklif reddedilmiş olsa da, Konvansiyon md. 6'nın yorumundan, tarafların kısmî hukuk seçiminde bulunmalarının önünde bir engel olmadığı sonucuna varılmaktadır: **Verhagen**, Agency, s. 207 vd.

farklı hukuklara tâbi tutulması mümkün görülebilmelidir. Bu noktada dikkate alınması gereken husus, kısmî hukuk seçimi anlaşmasının yapılabilmemesini düşündüğümüz bu hâllerde dahi, bir uyumsuzluğun bulunmamasıdır⁴⁴⁹. Dolayısıyla, kısmî hukuk seçimi anlaşmasının etki doğurabilmesi için, farklı hukuklara tâbi tutulan sözleşmenin ilgili bölümleri arasında bir çatışma olmamalı ve seçilen hukuklar arasında mantikî bir uzlaşma, asgarî düzeyde karşılanmalıdır⁴⁵⁰. Bu nedenle, irade muhtariyetini, her iki tarafın da özgür iradeleriyle hukuk seçiminde bulunması koşuluyla, kısmî hukuk seçimi de dâhil olmak üzere, mümkün olduğunca geniş tutmanın gerektiği kanısındayız⁴⁵¹.

dd. Şartlı Hukuk Seçimi

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun şartlı olarak seçilip seçilemeyeceği, tartışmalı hususlardan bir başkasıdır⁴⁵². Şartlı (dalgalı/askıda) hukuk seçimi, genellikle alternatif yetki sözleşmesiyle birlikte yapılmaktadır. Örneğin, dava açıldığında davalının yerleşim yerinin veya işyerinin bulunduğu her iki devletin mahkemelerinin yetkili olacağı ve davanın açıldığı mahkemenin maddî hukuk hükümlerinin uygulanacağına kararlaştırılması, şartlı hukuk seçimi anlaşması olarak kabul edilmektedir⁴⁵³. Tarafların ikisinin birlikte ya da yalnızca birisinin, uyumsuzluk doğduğunda veya dava açıldığında hukuk seçiminde bulunacaklarının kararlaştırılması da şartlı bir hukuk seçimidir⁴⁵⁴.

Bu şekilde yapılan bir hukuk seçimi anlaşmasında, uygulanacak hukukun sözleşme yapıldığı anda belli olmaması, öngörülebilirlik konusunda tereddüt

⁴⁴⁹ Uyumsuzlukla kastedilen, uygulanacak hukuklar arasındaki farklılıklar değildir. Zira hukuk düzenleri arasında belli farklılıklar olması için doğası gereğidir. Bu bakımdan kastedilen husus, tamamen zıt hükümlerin öngörülmesidir. Bu konuda getirilen çözüm önerilerinden birine göre, tarafların, kısmî hukuk seçimine gitme gerekçesi, ilgili bölüme, sözleşmenin geneline uygulanacak hukuku uygulamama mantığına dayanmaktadır. Bu nedenle de, çelişki arz eden bu bölüme, kısmî hukuk seçiminin değil, objektif bağlama kurallarının öngördüğü hukukun uygulanması gerektiği savunulmaktadır: **Demir Gökyayla**, Tek Satıcılık, s. 288.

⁴⁵⁰ **Sargın**, Patent, s. 204; **Dicey/Morris**, s. 1214.

⁴⁵¹ Kısmî hukuk seçimi konusunda, benzer bir çözüm için bkz. **Eksi**, İş, s. 124.

⁴⁵² İngiliz hukukunda “floating choice of law” olarak anılan şarta bağlı hukuk seçimi, sözleşmenin yapıldığı anda net olarak ortaya konmaması gerekçesiyle benimsenmemektedir: **Fawcett/Carruthers**, s. 700; **North/Fawcett**, s. 455.

⁴⁵³ **Nomer**, s. 314.

⁴⁵⁴ **Koppenol-Laforce**, s. 146.

doğurmaktadır⁴⁵⁵. Hukuk seçimi anlaşmasının değişiklik arz etmesi ve taraflardan birini haksızlığa maruz bırakacak şekilde kötüye kullanılması ihtimâline binaen, şartlı hukuk seçimi eleştirilmektedir⁴⁵⁶.

Şartlı olarak hukuk seçiminde bulunmanın mümkün olabileceğini savunanların en önemli gerekçesi, bir hukuk seçimi anlaşmasının, sonradan ve hatta mahkemede bile yapılabilmesinin veya değiştirilebilmesinin mümkün olmasıdır. Bu nedenle, şarta bağlı bir hukuk seçiminin yapılmasında da bir engel olmamalıdır⁴⁵⁷. Buna karşın, şartlı hukuk seçimine karşıt görüşte olanların temel dayanağı ise, sözleşmenin yapılma anında seçilen hukukun mevcut ve belli olmamasıdır⁴⁵⁸.

Şarta bağlı hukuk seçimi anlaşması, hukuk seçiminin açık veya zımnî olarak yapılması gereğine uygun olarak, geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak yapılabilecektir⁴⁵⁹. Buna göre, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun seçimi bakımından, tarafların, bu seçimi, belli bir şartın gerçekleşmesine bağlamaları durumunda, bu şartın gerçekleşmesi hâlinde, söz konusu hukuk seçimi uygulama bulacaktır⁴⁶⁰. Ancak aksi durumda, söz konusu hukuk seçimi, uygulanmamış bir sözleşme hükmü niteliği taşıyacaktır⁴⁶¹. Tarafların, davanın açıldığı ülkeye göre, uygulanacak hukuk seçimini kademeli olarak yapmaları, bu anlamda bir örnektir. Somut bir örnekle, acente sözleşmesinden doğan bir davanın, Türkiye’de açılması hâlinde Türk hukukunun, Rusya’da açılması hâlinde Rus hukukunun uygulanmasının

⁴⁵⁵ **Fawcett/Carruthers**, s. 700. Bu konuda örnek bir Amerikan mahkeme kararı için bkz. *Copelco Capital, Inc. v. St. Mark’s Presbyterian Church, No. 77633, 2001 WL 106328, at *1, *4 (Ohio Ct. App. Feb. 1, 2001)*; **Cross/Oxford**, s. 149 vd. Örnek bir İngiliz mahkeme kararı için bkz. *CGU International Insurance plc v Szabo (2002) 1 All ER (Comm) 83*; **Fawcett/Carruthers**, s. 700.

⁴⁵⁶ **Cross/Oxford**, s. 148. Amerikan mahkemeleri de bazı davalarda -özellikle de tefecilikle ilgili davalarda- bu hususu vurgulamaktadır. Örnek bir mahkeme kararı için bkz. *Riley v. Kingsley Underwriting Agencies, Ltd., 969 F.2d 953, 956-58 (10th Cir. 1992)*; **Cross/Oxford**, s. 148

⁴⁵⁷ **Dicey/Morris**, s. 1226; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 355; **Nomer**, s. 314.

⁴⁵⁸ **Fawcett/Carruthers**, s. 700.

⁴⁵⁹ **Demir Gökyayla**, Tek Satıcılık, s. 282.

⁴⁶⁰ Bu şekilde, uygulanması sonradan belirli hâle gelen hukukun, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçmişe etkili olarak sözleşmeye hâkim olup olmayacağı doktrinde bir yorum sorunu olarak görülmektedir. Ancak tereddüt hâlinde, buna olumlu cevap verilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin şeklen geçerliliği ve üçüncü kişilerin doğmuş haklarının da saklı olduğu ayrıca vurgulanmaktadır: **Nomer**, s. 314.

⁴⁶¹ Doktrinde bir görüş, aynı yönde bir gerekçe sunarak şu örnekle durumu somutlaştırmıştır: “Dava açıldığında yapılacak hukuk seçimine ilişkin şart, hiç dava açılmazsa uygulanmamış bir sözleşme hükmü olarak kalacaktır”: **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 355.

kararlaştırılması, bu yönde bir hukuk seçimine işaret etmektedir⁴⁶². Doktrinde, tarafların bu konudaki seçimlik haklarını kullanmak suretiyle tercihlerini yaptıkları anda, hukuk seçimi anlaşmasının, hukukî sonuç doğuracağı ifade edilmektedir⁴⁶³. Benzer şekilde, taraflar, belli bir şarta bağlı tutarak acente sözleşmesine uygulanacak hukuk seçiminin geçersiz olacağını da kararlaştırabilirler.

Şarta bağlı hukuk seçimi anlaşması, geciktirici şarta bağlı olarak yapılırsa, örneğin, bu seçimin temsil olunan tarafından, uyuşmazlık çıkması hâlinde belirleneceği konusunda taraflar anlaşmışlarsa, kendisine seçim yetkisi verilen tarafın bu seçimi yapması hâlinde, söz konusu anlaşma hüküm doğuracaktır. Bu durumda, hukuk seçiminde bulunma yetkisi kendisine verilmeyen karşı taraf aleyhine âdil olmayan hüküm ve sonuçların doğması ihtimal dâhilindedir. Ancak tarafların iradesi çerçevesinde kararlaştırılan bu husus, önceden yapılan müzakere aşamasında öngörölmüş ve sonuçları göze alınmış kabul edilmelidir. Dolayısıyla, dürüstlük kurallarına ve usulüne uygun olarak yapılan böyle bir seçimde, bir sakınca olmaması gerekir. Kaldı ki, hukuk seçiminin sözleşme kurulduktan sonra da yapılabilmesine imkân tanındığı dikkate alınırca, şartlı hukuk seçimi anlaşması bakımından da bir engel bulunmamalıdır.

3. Hukuk Seçiminin Zamanı

Sözleşmeye uygulanacak hukukun her zaman seçilebileceği, genel olarak kabul edilmektedir⁴⁶⁴. Buna göre, acente sözleşmesinin kurulması sırasında veya sözleşme tamamlandıktan sonra ve hatta uyuşmazlık çıkması durumunda mahkeme aşamasında bile taraflar, hukuk seçimi anlaşması yapabilir⁴⁶⁵.

Akit taraflar, yapmış oldukları hukuk seçimi anlaşmasında hem açıkça hem de zımnî olarak sonradan değişiklik yapabilecektir⁴⁶⁶. Bununla birlikte, yapılan

⁴⁶² Benzer bir örnek için bkz. **Dacey/Morris**, s. 1225.

⁴⁶³ **Dacey/Morris**, s. 1226.

⁴⁶⁴ Konuya ilişkin genel eğilim için bkz. **Nygh**, s. 99; **Thomson**, s. 656; **Çelikel/Erdem**, s. 318; **Göğer**, Akit, s. 310; **Nomer**, s. 313; **Uluocak**, s. 190; **Aybay/Dardağan**, s. 252; **Doğan**, Milletlerarası, s. 295-296; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 356.

⁴⁶⁵ **Stone**, Private, s. 299; **Fawcett/Carruthers**, s. 692; **Verhagen**, Agency, s. 208.

⁴⁶⁶ **Verhagen**, Agency, s. 209; **North**, Choice, s. 58 vd.; **Tetley**, s. 231; **Nygh**, s. 100; **Göğer**, Akit, s. 310; **Tekinalp**, Acente, s. 109.

sözleşmenin meydana gelişi ve geçerliliğinin değişiklikten önceki hukuka, hükümlerinin ise, yeniden seçilen hukuka tâbi olacağı ileri sürülmektedir⁴⁶⁷.

Hukuk seçimi konusunda yapılacak bir değişiklik, esas sözleşmenin yapılmasına kadarki süreçte herhangi bir sınırlamaya tâbi değildir. Ancak söz konusu değişiklik, bu aşamadan itibaren bazı sınırlamalarla mümkün kabul edilmektedir⁴⁶⁸. Böyle bir sınırlamanın temelinde, tarafların aralarındaki hukuk seçimi anlaşmasına herhangi bir hukukî etkisi olmayan üçüncü kişilerin korunması amacı yatmaktadır⁴⁶⁹. Gerçekten de üçüncü kişilerin haklarını koruma saikiyle getirilmiş bu sınırlamalar, hakkaniyet ve kazanılmış haklara saygı ilkelerinden kaynaklanmaktadır⁴⁷⁰. Özellikle üçüncü kişilerin haklarına bir zararın gelmemesi, sonradan yapılan değişikliğin hukukî sonuç doğurması bakımından şarttır⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ **Zhang**, Party, s. 550; **O'Brien**, s. 334; **Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu**, s. 357; **Koppenol-Laforce**, s. 145; **Fawcett/Carruthers**, s. 692 vd. Nitekim Roma I Tüzüğü md. 3/2'de, md. 11 uyarınca hukuka uygun olarak yapılan sözleşmelerin şekli geçerliliğine önceden seçilen hukukun, hükümlerine ise sonradan seçilen hukukun uygulanacağı ifade edilmek suretiyle, hukuk seçimi anlaşmasındaki değişikliğe bir sınır çizilmektedir. Dolayısıyla, şeklen geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme, sonradan yapılan hukuk seçimi anlaşması ile geçersiz kılınmaz.

⁴⁶⁸ **Doğan**, Milletlerarası, s. 296.

⁴⁶⁹ Bu değişiklik hakkı, genel olarak hukuk düzenlerinde sözleşmenin şekli geçerliliği ve üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak şartıyla benimsenmektedir. Örneğin, Roma Konvansiyonu md. 3/2 ve Roma I Tüzüğü md. 3/2, hem şekli geçerlilik, hem üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, böyle bir değişikliğin her zaman için yapılabilmesini kabul etmiştir: **Stone**, Private, s. 299 vd.; **Fawcett/Carruthers**, s. 694; **Aygül**, Avrupa, s. 241. Aynı şekilde, İsviçre MÖHK md. 116/3, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla bu yönde bir değişikliğe imkân tanımıştır: **Nygh**, s. 100. Bu şekilde, sözleşme akdedildikten sonra yapılan hukuk seçiminin, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak şartıyla, sözleşmenin yapılma anından itibaren geçmişe etkili olacağı görüşü hâkimdir: **Göger**, Akit, s. 310; **Uluocak**, s. 191; **Nomer**, s. 313; **Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu**, s. 356; **Öztekin Gelgel**, s. 95. Akit statüsünün sonradan değişikliğe uğraması, gerek sözleşmenin şeklen geçerliliği ve gerekse üçüncü kişilerin hakları üzerinde etki göstermeyecektir. Bu sebeple, sözleşme şekli bakımından geçersizse, sonradan yapılan bu hukuk seçimi, geçerli olmayacağı gibi, geçerli ise geçersiz hâle de gelmeyecektir. Ayrıca, sonradan yapılan bir hukuk seçimi, önceki akit statüsüne oranla üçüncü kişinin hukukî durumunu kötüleştirmekte ise, hukuk seçiminin sonuçları, kanunlar ihtilâfi bakımından esas sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkiyle sınırlı kalır. Dolayısıyla da tarafların üçüncü kişilerle ilişkilerinde, önceki akit statüsü geçerli olmaya devam eder. Konu hakkında bkz. **Nomer**, s. 314; **Nygh**, s. 102.

⁴⁷⁰ **Doğan**, Milletlerarası, s. 296; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 139.

⁴⁷¹ **Sargın**, Patent, s. 205.

IV. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMASININ MADDİ GEÇERLİLİĞİ

1. Taraf İradelerinin Varlığı

Hukuk seçimi konusunda, tarafların, hiç bir etki ve baskı altında kalmaksızın serbest iradeleriyle karşılıklı olarak anlaşmaları gerekir⁴⁷². Bu bakımdan, taraflar, üzerinde anlaştıkları hukukun, aralarındaki uyuşmazlığa uygulanacağı konusunda irade beyanlarını bilinçli ve karşılıklı olarak ortaya koymalıdır⁴⁷³.

Bu çerçevede, hukuk seçimine yönelik irade beyanlarının, tarafların gerçek iradesini yansıtması gerekmektedir⁴⁷⁴. Bu tespitin ise, akit statüsüne göre yapılacağı kabul edilmektedir⁴⁷⁵. Taraflardan birinin irade beyanında bulunmayıp sessiz kalması hâlinde, hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkabilmesi de mümkündür. Böyle bir ihtimalde, hukuk seçimine yönelik irade beyanlarının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın işyeri hukuku uygulanır⁴⁷⁶.

Hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olması bakımından, seçimin, iyiniyet ilkesi çerçevesinde yapılması gerektiği doktrinde savunulmaktadır⁴⁷⁷. Aksi hâlde, böyle bir hukuk seçimi anlaşmasının, hâkim tarafından dikkate alınmayacağı ifade edilmektedir⁴⁷⁸. Bu görüşe göre, kural olarak irade muhtariyetinin kullanılması, serbestiye tâbi olmakla birlikte, bunun tamamen sınırsız olması düşünülemez. Bu bakımdan, iyiniyetli olmak ve kamu düzenine aykırı olmamak koşullarıyla, tarafların

⁴⁷² Akit tarafların hukuk seçimini ortaya koyan iradelerinin yanılma, aldatma, korkutma gibi nedenlerle sakatlanması durumunda, söz konusu hukuk seçimi anlaşmasının hukukî etkisi olmayacaktır: **Nygh**, s. 69; **North**, Private, s. 112.

⁴⁷³ İrade muhtariyetinin iki önemli unsurundan biri, özerklik olmasına karşın, özerkliğin uygulama bulabilmesi için irade beyanlarının karşılıklı olması mutlak bir şarttır: **Zhang**, Choice, s. 130, 136.

⁴⁷⁴ **Güngör**, Temel, s. 191; **Sargın**, Patent, s. 199; **Schnitzer**, s. 187.

⁴⁷⁵ Örneğin AB hukuku kapsamında Roma I Tüzüğü md. 3/5 ve Türk hukukunda MÖHUK md. 32'de, bu yönde bir iradenin varlığı veya yokluğunun tespitinin, akit statüsüne göre belirleneceği hükme bağlanmıştır. Konu hakkında ayrıca bkz. **Fawcett/Carruthers**, s. 707; **Stone**, Private, s. 305.

⁴⁷⁶ Konu hakkında ayrıca bkz. **Demirkol**, s. 43. Nitekim MÖHUK md. 32/2'de de, "taraflardan birinin davranışına hüküm tanımının, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır" hükmüne yer verilmeyle, bu yönde bir çözüm yolu benimsenmiş olmaktadır.

⁴⁷⁷ **Kelly**, D. S. L.: "International Contracts and Party Autonomy", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 19, 1970, s. 701; **Kaye**, s. 13; **North**, Choice, s. 36; **Zhang**, Party, s. 525; **North/Fawcett**, s. 453; **Thomson**, s. 659; **North**, Private, s. 112; **O'Brien**, s. 310.

⁴⁷⁸ **Johns**, s. 252; **Nygh**, s. 68.

hukuk seçiminde bulunmaları mümkün görülmelidir⁴⁷⁹. Buna karşın, diğer bir görüşe göre, hukuk seçimi anlaşmasına etki tanınması için, seçimin iyiniyete dayanması, şart değildir⁴⁸⁰. Kanaatimizce de, hukuk seçimi anlaşmasının kamu düzenine aykırı olmaması, hukuk seçimi anlaşmasının yapılmasına ilişkin bir şart olarak kabul edilemez. Zira kamu düzeni, ancak taraflarca seçilen hukukun uygulanmasının *for'un* kamu düzenine tahammül edilemez boyutta aykırılık teşkil etmesi hâlinde gündeme geleceğinden, seçilen hukukun uygulanmasının sonuçları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Kaldı ki, hukuk seçiminin iyiniyete dayanması hususunun tespiti, ciddî sıkıntılara neden olabilecektir. Zira kötü niyetin ispatı oldukça zordur. Bu sebeple, ancak taraf iradelerinin sakatlanması hâlinin dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Hukuk seçiminin, kanuna karşı hile olarak kullanılıp kullanılmayacağı da, tartışılması gereken hususlardan birisidir. Akit statüsünün öngördüğü devletin hukukunun maddî hükümlerinden kaçınmak amacıyla, hukuk seçiminde bulunmak, kural olarak kanuna karşı hile olarak kabul edilemez. Ancak seçilen hukukun kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi hâlinde, kanuna karşı hile nedeniyle hüküm doğurmasının önüne geçileceği doktrinde ileri sürülmektedir⁴⁸¹. Gerçekten de irade muhtariyeti gereği, taraflara, öngörülen sınırlamalar çerçevesinde hukuk seçiminde bulunabilme imkânı tanındığına göre, tarafların niyetlerinin sorgulanması, çelişki arz eder. Bu bakımdan, kanaatimizce, kanuna karşı hile amacıyla yapılan hukuk seçimi anlaşmasında öngörülen hukukun uygulanması durumunda *for'un* kamu düzenine aykırılık tespit edilirse ancak o zaman hukuk seçimi anlaşmasına hukukî etki tanınmamalıdır⁴⁸².

⁴⁷⁹ Hukuk seçiminin iyiniyetli olarak yapılması gerektiği hakkında ayrıca bkz. **Tetley**, s. 231; **Zhang**, Chinese, s. 319 vd.; **Nygh**, s. 67; **Johns**, s. 252. Örneğin bu yönde bir düzenleme Japon hukukunda (HOREI md. 30) yer almakta ve hukuk seçiminin Japon kamu düzenine aykırı olarak yapılamayacağı kabul edilmektedir: **Nishi**, s. 74.

⁴⁸⁰ **Sargın**, Patent, s. 203.

⁴⁸¹ **Aybay/Dardağan**, s. 139; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 93.

⁴⁸² Kanuna karşı hilenin, kamu düzeninin kontrolü altında yaptırıma bağlandığı tespiti hakkında ayrıca bkz. **Doğan**, Milletlerarası, s. 157.

2. Hukuk Seçimi Anlaşmasının Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Hukuk seçimi, ister acente sözleşmesinde yer alan bir hükümde, ister ayrı bir hukuk seçimi anlaşmasında yer alsın, ilgili olduğu acente sözleşmesinden bağımsızdır⁴⁸³. Bu sebeple, hukuk seçiminin varlığı ve geçerliliği, acente sözleşmesinden ayrı olarak tespit edilmesi gereken bir husustur.

Bu açıklamalardan hareketle, ortada mevcut bir hukuk seçimi anlaşmasının olup olmadığı, anlaşmanın geçerliliği, taraf iradelerinin sakatlanıp sakatlanmadığı gibi hususların, hangi hukuka tâbi olması gerektiğinin ayrıca tespiti gerekir. Bu durum özellikle, acente sözleşmesinin geçersizliği hâlinde gündeme gelecektir. Söz konusu geçersizlik sebebinin, hukuk seçimi anlaşmasını da kapsamış olma istisnası dışında⁴⁸⁴, hukuk seçimi anlaşması, geçerli sayılacaktır⁴⁸⁵.

Hukuk seçimi anlaşmasının, seçilmek istenen hukuka veya *lex fori*'ye tâbi olması, hukuk seçiminin ayrı bir sözleşme olarak kabul edilmek suretiyle kanunlar ihtilâfı kurallarının öngördüğü hukukun uygulanması, karma çözüm ve konunun hâkimin takdirine bırakılması şeklinde farklı çözüm yolları önerilmektedir⁴⁸⁶. Doktrinde, hukuk seçimine yönelik irade beyanlarının varlığı ve geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda görüş birliği olmamakla beraber, taraflarca seçilen hukukun uygulanması, ağırlıklı olarak savunulmaktadır⁴⁸⁷. Hukuk seçimi anlaşmasının tarafların gerçek iradelerini yansıtmadığı, bu anlaşmanın tâbi olduğu hukuka göre tayin edilir⁴⁸⁸. Bu görüşün gerekçelerinden biri olarak, asıl sözleşmeye bir hukukun, hukuk seçimi anlaşmasına başka bir hukukun

⁴⁸³ Milletlerarası özel hukukta, hukuk seçimi anlaşmasının, asıl sözleşmeden bağımsız olduğu kabul edilmektedir: **Nygh**, s. 84; **Şanlı**, Tahkim, s. 107.

⁴⁸⁴ **Nomer**, s. 308.

⁴⁸⁵ **Zhang**, Choice, s. 135; **Ekşi**, Roma, s. 92. Aksi yönde görüş için bkz. **Çilingiroğlu**, s. 105; **Kocayusufpaşaoğlu**, Devletler, s. 360.

⁴⁸⁶ Çözüm önerileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Dacey/Morris**, s. 1231 vd.; **Doğan**, İş, s. 27 vd.; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 26 vd.

⁴⁸⁷ Örneğin Roma I Tüzüğü md. 10/1 hükmünden, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun, taraflarca seçilerek uygulanmasını istedikleri hukuk olduğu sonucuna varılabilir. Zira Roma I Tüzüğü md. 10/1'e göre, sözleşmenin birliği ilkesi gereğince, sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliğinin, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbi olacağı hükmüne bağlanmıştır. Doktrindeki konuya ilişkin gerekçeler hakkında ayrıca bkz. **Nygh**, s. 84 vd.; **Verhagen**, Agency, s. 206; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 351; **Nomer**, s. 312; **Uluocak**, s. 187; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 26; **Demir Gökyayla**, Tek Satıcılık, s. 280.

⁴⁸⁸ **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 351.

uygulanmasının, sözleşmenin parçalanmasına neden olacağı ifade edilmektedir⁴⁸⁹. Bununla birlikte, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin, seçilen hukuka tâbi olmasının sakıncası olarak, özellikle hukuk seçimi konusunda iradenin bulunmadığı yönündeki itirazın, yine seçildiği iddia edilen hukuka göre değerlendirilecek olması gösterilmektedir. Örneğin, taraflardan birinin karşı tarafın hukuk seçimi anlaşması konusundaki teklifine cevap vermemesi durumunda, teklifte belirtilen hukuk, hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olup olmadığına da karar verecektir⁴⁹⁰.

Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği konusunda doktrinde ileri sürülen çözüm yollarından ikincisi, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin *for'un* hukukuna tâbi olması gerektiği yönündedir⁴⁹¹. Örneğin Amerikan hukukunda bu çözüm yolu benimsenmiştir⁴⁹². Doktrinde *for'un* hukukunun benimsenmesinin, taraf menfaatlerine uygun düşmeyebileceği, dolayısıyla da âdil sonuçlar doğurmayabileceği savunulmaktadır. Dolayısıyla tarafların, sözleşmeye uygulanacak en iyi bildikleri hukuku tercih ettikleri varsayıldığında, tamamen tesadüflere bağlı olarak *lex fori'nin* uygulanmasının, irade muhtariyeti ilkesi ile bağdaşmayacağı ileri sürülmektedir⁴⁹³. Aynı şekilde, uygulanacak hukuk konusunda hukukî güveni ve öngörülebilirliği ortadan kaldırdığı da, görüşün eleştiri alan yanlarından⁴⁹⁴.

Bu konuda ileri sürülen bir diğer çözüm yolu, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine *lex fori'nin* ya da taraflarca seçilen hukukun değil, konunun niteliğine daha uygun olduğu için seçimin yokluğunda uygulanacak hukukun uygulanmasıdır⁴⁹⁵.

Ortaya konan bu çözüm yollarından farklı olarak, hukuk seçimi anlaşmasının hüküm doğurmaması durumunda, konuya akit statüsü yanında tarafların müşterek hukukunun da uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre, *favor negotii*

⁴⁸⁹ Görüşler hakkında ayrıca bkz. **Doğan**, *İş*, s. 28 vd.

⁴⁹⁰ **Akıncı**, *İnşaat*, s. 76.

⁴⁹¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, *Devletler*, s. 360.

⁴⁹² Amerikan hukukunda, hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği konusunda, Restatement II §187'nin şerhinde hüküm yer almaktadır. Buna göre, hukuk seçimini doğuran iradede yetkisiz temsil, yanıltma, aldatma, korkutma gibi bir irade sakatlığı veya hükümsüzlük sebebinin bulunmasına *lex fori* uygulanacaktır. Bu çözüm tarzı, İsviçre MÖHK yürürlüğe girmeden önce Federal Mahkeme kararlarında da kabul edilmekteydi: Tespit için bkz. **Turhan**, s. 123 vd.

⁴⁹³ **Doğan**, *İş*, s. 28 vd.

⁴⁹⁴ **Tiryakioğlu**, *Taşınır*, s. 26.

⁴⁹⁵ **North/Fawcett**, s. 216.

ilkesinden hareketle, hukuk seçimi anlaşması, akit statüsüne veya tarafların sahip oldukları müşterek bir hukuk varsa bu hukuka göre geçerli ise, hukuk seçimi anlaşması da geçerli kabul edilmelidir⁴⁹⁶.

Kanaatimizce, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi hâlinde, hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine taraflarca seçilen hukuk uygulanmalıdır⁴⁹⁷. Böylece tarafların üzerinde anlaştıkları hukuk uygulanacağından öngörülebilirliğin ve hukukî güvenin de sağlanmış olacağı kanısındayız. Ancak taraflarca seçilen hukukun uygulanması neticesinde, hukuk seçimi anlaşması geçersiz hâle geliyorsa, uygulanacak hukuk objektif bağlama kurallarına göre tayin edilmelidir. Bu yönde bir karma çözüm yolu, 1986 tarihli Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon'da da kabul edilmiştir (md. 10/1).

V. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMASININ ŞEKLİ

1. Hukuk Seçiminde Şekil Şartı

Hukuk seçimi anlaşması, tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşmasıyla meydana gelir⁴⁹⁸. Bu çerçevede, hukuk seçimi, ayrı bir anlaşmaya konu olabilir⁴⁹⁹. Aynı şekilde, sözleşme içinde yer alan bir şart (kloz) veya hükümle de hukuk seçimi yapılabilir⁵⁰⁰. Bunun yanında, tarafların genel işlem şartları⁵⁰¹ içinde bulunan bir

⁴⁹⁶ **Doğan**, İş, s. 30.

⁴⁹⁷ Burada kastedilen, hukuk seçimi anlaşmasının maddî geçerliliğidir. Bu bakımdan, hukuk seçimi anlaşması, niteliği itibarıyla bağlantılı olduğu sözleşmeden bağımsız olduğu için, şekli geçerliliği hukukî işlemlerde şekil statüsüne tâbidir. Bu çerçevede, esas sözleşme herhangi bir geçerlilik şartına tâbi ise, hukuk seçimi anlaşması da aynı şekle tâbi olmayacaktır. Aynı şekilde, esas sözleşmenin geçersizliği hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine etki etmeyecektir. Bu sonuçlar, hukuk seçimi anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız oluşunun bir yansımasıdır: **Doğan**, Milletlerarası, s. 301.

⁴⁹⁸ Acente iç ilişkisine uygulanacak hukuku tayin etmek üzere yapılan bu tür hukuk seçimi anlaşmaları, maddî hukukta kabul edilen tarafların karşılıklı hak ve borçlarını düzenleyen bir sözleşme türü niteliği taşımadığı gibi, usul hukukuna ait bir sözleşme özelliği de göstermez. Doktrinde ifade edildiği üzere, bu anlaşma, acente sözleşmesi gibi maddî hukuka ilişkin bir sözleşmenin tâbi olacağı belli bir devletin hukuk düzeninin taraflarca belirlenmesi amacına hizmet etmektedir. Konu hakkında bkz. **Nomer**, s. 308.

⁴⁹⁹ **O'Brien**, s. 330.

⁵⁰⁰ **Fox**, s. 223; **Zhang**, Party, s. 511; **North**, Private, s. 104.

⁵⁰¹ Genel işlem şartlarında hukuk seçimi klozuna yer verilmesi, günümüz sözleşmeler hukuku uygulamasının sıklıkla görülen usullerinden biridir: **O'Brien**, s. 330. Genel işlem şartları kapsamında değerlendirilmek üzere, katılma sözleşmelerinde öngörülen hukuk seçimine, genel işlem şartlarında, tarafların kural olarak sözleşmeye ilişkin hükümleri karşılıklı olarak ele alıp tartışmalarına müsâit olmaması ve karşılıklı irade beyanlarının hukuk seçimi yönünde birleşmemesinden dolayı hukukî etki

hukuk seçimi hükmüyle de uygulanacak hukuku tayin edebilmeleri imkân dâhilindedir⁵⁰². Hatta sözleşmeden doğan bir uyuşmazlıkla ilgili açılan dava devam ederken, mahkeme önünde bile hukuk seçimi konusunda tarafların anlaşmaları mümkün kabul edilmektedir⁵⁰³.

2. Hukuk Seçimine İlişkin İrade Beyanlarının Şekli

Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun seçiminde, seçime dair irade beyanlarının nasıl yapılması gerektiği de incelenmelidir. Buna göre, uygulanacak hukukun seçimi, açık veya zımnî irade beyanı ile yapılabilir⁵⁰⁴. Bununla birlikte, hukuk seçiminin farazî olarak yapılması, yani tarafların gerçek iradelerine değil de tamamen hipotezlere dayanan bir hukuk seçimi⁵⁰⁵, çağdaş hukuk düzenlerinde kabul görmemektedir⁵⁰⁶.

tanınmaması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir. Buna göre, internet üzerinden bir tarafın “kabul ediyorum” beyanıyla kurulan bu tip sözleşmelerde, hukuk seçimi anlaşmasına hukukî etki tanınmaması gerektiği doktrinde savunulmaktadır: **Güngör, G.**: “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, AÜHFD, C. 51, S. 1, 2002, s. 34 vd. (Elektronik).

⁵⁰² Genel işlem şartları içinde, sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçimine yer verilmiş olmasının, ancak bir sözleşmede diğer tarafın genel işlem şartlarına vâkif olduğuna ilişkin bir kaydın bulunması durumunda geçerli olacağı ifade edilmektedir: **Nomer**, s. 308. Dolayısıyla, akit tarafların her ikisinin de kendi standart form sözleşmelerini hazırlamaları, sözleşmeye hukuk seçimi şartı koymaları ve fakat bunların farklı hukukları işaret etmesi durumunda problem ortaya çıkacaktır: **Delaume**, Law, s. 5. “Formların savaşı” olarak adlandırılan böyle bir durumda, hukuk seçimi net olarak tespit edilemiyorsa, hâkim, her iki standart formda ortaya konan, ancak müştereklik teşkil etmeyen hukuk seçimlerini dikkate almayıp, objektif bağlama kuralları uyarınca uygulanacak hukuku tayin etmelidir: **Koppenol-Laforce**, s. 145.

⁵⁰³ **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 27.

⁵⁰⁴ **Kostromov**, s. 54; **Lando**, Agent, s. 88; **Schmitthoff**, s. 173; **North**, Private, s. 105; **O’Brien**, s. 328 vd.; **Zhang**, Party, s. 524; **Mann**, s. 444; **Yntema**, s. 343; **Thomson**, s. 656; **Cavers**, Choice, s. 198; **Rabel**, s. 376, 384; **Kahn-Freund**, s. 65; **Dacey/Morris**, s. 1227; **Çelikel/Erdem**, s. 317; **Kocayusufpaşaoğlu**, Devletler, s. 358; **Zhang**, Party, s. 548.

⁵⁰⁵ **Turhan**, s. 126; **Göğer**, Akit, s. 314; **Kocayusufpaşaoğlu**, Devletler, s. 367; **Aybay/Dardağan**, s. 252.

⁵⁰⁶ Örneğin, Amerikan hukukunda Restatement II §187’nin şerhinde, farazî hukuk seçiminin kabul edilemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Konu hakkında bkz. Restatement II §187 şerh (a). Geçmişte, hukuk seçiminin uygulanacak hukuku en adil şekilde belirleyeceği düşüncesine dayanılarak kabul edilen farazî hukuk seçimi, hâkimin, tarafların farazî iradelerini esas almasına dayanmaktadır. Buna göre, hâkim, objektif olarak menfaatlerin değerlendirilmesi ile ya da sübjektif olarak sözleşmeye taraf olanların iradelerini tahmin ederek hukuk seçimini yapacaktır. Ancak, farazî hukuk seçiminde belli kriterlerden hareket edilse dahi, bu seçimde tarafların gerçek iradesi değil bizzat hâkimin iradesi ön plâna çıkmaktadır. Bu nedenle, farazî hukuk seçimi reddedilmiş, gelişen süreçte farazî hukuk seçiminde bulunma yerine objektif bağlama kurallarının uygulanması benimsenmiştir. Konu hakkında bkz. **Sargın**, F.: “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, AÜHFD, C. 50, S. 2, s. 39 (Edim); **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 359; **Doğan**, Milletlerarası, s. 292; **Güngör**, Temel, s. 135 vd.; **Göğer**, Akit, s. 314; **Schnitzer**, s. 210.

a. Açık Hukuk Seçimi

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk, taraflarca açık olarak kararlaştırılabilir. Açık hukuk seçimi, karşılaştırmalı hukukta tereddütsüz kabul edilmektedir⁵⁰⁷.

Tarafların hukuk seçimini açıkça yapmaları, belli bir hukukun uygulanması konusunda iradelerini herhangi bir yoruma ihtiyaç olmaksızın, bilinçli olarak, lafzen beyan etmeleri olarak anlaşılmalıdır⁵⁰⁸. Bu nedenle, acente sözleşmesi taraflarının, hukuk seçimine ilişkin iradelerini anlaşılır şekilde ortaya koymaları gerekmektedir. Dolayısıyla akit tarafların, hukuk seçimi anlaşmasına yönelik müşterek iradelerini basit ve makûl ifadelerle açıklamaları yeterlidir⁵⁰⁹. Örneğin, acente sözleşmesindeki “işbu sözleşme, Portekiz hukukuna tâbidir” tarzındaki bir hüküm, başka bir emare ve yoruma ihtiyaç göstermeyen açık bir hukuk seçimi olarak kabul edilir.

b. Zımnî Hukuk Seçimi

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun açıkça kararlaştırılmamasına rağmen, tarafların hukuk seçimine yönelik zımnî iradelerinin varlığının tespiti hâlinde, hukuk seçimi anlaşması var kabul edilir. Karşılaştırmalı hukukta, sözleşmeye uygulanacak hukukun, zımnî seçildiğinin tespiti hâlinde, dikkate alınması gerektiği yönünde düzenlemeler mevcuttur⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ Amerikan hukukunda Restatement II §187’de, hukuk seçimi anlaşmasının açık veya zımnî olarak yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu çerçevede, Amerika’da hukuk seçimi klozuna yer veren sözleşmelerde ciddî bir artışın olduğu ifade edilmektedir: **Symeonides**, Court, s. 266. Amerikan hukukunda hukuk seçimi konusunda ayrıca bkz. **Richman/Reynolds**, s. 203; **Borchers**, s. 1649; **Reese**, Contract, s. 534; **Zhang**, Party, s. 533; **Scoles/Hay**, s. 203; **Reese/Flesch**, s. 765. Aynı şekilde, Roma I Tüzüğü’ne göre, taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku açık ya da zımnî irade beyanı ile seçebilir (md. 3/1): **Stone**, Private, s. 299; **Boele-Woelki/Lazic**, s. 23. Roma Konvansiyonu md. 3/1’de de hukuk seçiminin açık ya da zımnî olarak yapılabileceği öngörülmüştür: **Hill**, J.: “Choice of Law in Contract Under The Rome Convention: The Approach of The UK Courts”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 53, 2004, s. 326 vd.; **Lando**, Some, s. 59; **Fawcett/Carruthers**, s. 690; **Dicey/Morris**, s. 1227; **Heidemann**, s. 29; **Kaye**, s. 147; **North**, Private, s. 126; **O’Brien**, s. 328. La Haye Temsil Konvansiyonu md. 5’de de, hukuk seçimi anlaşmasının açık ya da zımnî olarak yapılabileceği hükme bağlanarak, genel eğilime paralel bir düzenleme yapılmıştır: **Preifer**, s. 435.

⁵⁰⁸ **Rabel**, s. 376; **Fawcett/Carruthers**, s. 701; **Nomer**, s. 309; **Göger**, Akit, s. 308.

⁵⁰⁹ **North/Fawcett**, s. 452; **Dicey/Morris**, s. 1223; **Ekşi**, İş, s. 123.

⁵¹⁰ Amerikan hukukunda, Restatement II §187, zımnî hukuk seçimine de hukukî etki tanımıştır. Buna göre, sözleşme hükümlerinden, tarafların belli bir devletin hukukunu uygulatma yönünde ifadelerle yer verildiğinin tespiti, hukuk seçimine yönelik ikna edici bir delil olarak kabul edilmektedir: Restatement II §187 şerh (a). Konu hakkında ayrıca bkz. **Rabel**, s. 376, 384; **O’Brien**, s. 309, 311; **Scoles/Hay/Borchers/Symeonides**, s. 860. Hukuk seçimi anlaşmasının zımnî olarak yapılması, AB hukuk sisteminde de kabul edilmiştir. Ancak, Roma I Tüzüğü ile Roma Konvansiyonu’nun konuya

Zımnî hukuk seçimi anlaşmasının tespitinde esas alınacak kriter, tarafların hukuk seçimi yapma iradesinin, sözleşme hükümlerinden ya da tarafların davranışlarından tereddüt uyandırmadan belirlenebilir olmasıdır⁵¹¹. Zira zımnî hukuk seçimi anlaşmasının tereddüte yer vermeden tespit edilebilecek olması, hukukî güveni tesis etmeye yönelik bir durumdur⁵¹². Bu nedenle, söz konusu tespit, yalnızca tarafların zihninde olan bir seçim olarak değil, bilakis onların niyetlerini gösteren ve özellikle de davranışları ile teyit edilen bir kesinlikle belirlenmesi gerekmektedir⁵¹³.

Zımnî hukuk seçimi anlaşmasında önemli olan, tarafların gerçek iradesidir⁵¹⁴. Bu nedenle, zımnî hukuk seçimi anlaşması, niteliği gereği, bu yöndeki iradenin ortaya konduğu ve ispatlanabileceği bir hukuk seçimi türüdür⁵¹⁵. Dolayısıyla, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun taraflarca açıkça kararlaştırılmaması durumunda, tarafların gerçek iradelerinin tereddütsüz olarak bir hukuk seçimi anlaşmasına işaret etmesinin kabul edilmesi, irade muhtariyeti ilkesinin temini bakımından yerindedir⁵¹⁶. Zira açık hukuk seçimi anlaşmasındaki gibi net bir şekilde ortaya konmasa da taraf iradelerinin sözleşme hükümlerinden ya da hâlin icabından bir

ilişkin düzenlenmesinde tanım farkı bulunmaktadır. Roma Konvansiyonu'nda, zımnî hukuk seçiminin, hâlin icabından veya sözleşmenin içeriğinden makûl bir kesinlikle tespit edilebilmesi hâlinde hüküm ifade edeceği öngörülmüştür: **Atrill**, S.: "Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of The Article 4 Jigsaw?", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2004, s. 549; **Hill**, s. 328. Buna karşın Roma I Tüzüğü, zımnî hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğini, hâlin icabından ya da sözleşmenin içeriğinden açıkça anlaşılma şartına bağlamıştır: **Boele-Woelki/Lazic**, s. 24; **Fawcett/Carruthers**, s. 706; **Stone**, Private, s. 305. Roma I Tüzüğü'nde getirilen "açıkça anlaşılma" ibaresinin, zımnî hukuk seçimi anlaşmasının olup olmadığının belirlenmesinde, mahkemece yapılacak yorumun sınırlandırılması bakımından, esneklik yerine kesinliği sağladığı savunulmaktadır: **Vernooij**, s. 72. Doktrinde Roma I Tüzüğü'nde getirilen bu değişikliğin, öze ilişkin bir değişiklik mi, yoksa Roma Konvansiyonu'na göre daha kesin bir belirlilik sağlama amacıyla mı olduğunu, netlik arz etmediği ileri sürülmektedir: **Fawcett/Carruthers**, s. 706. Kanaatimizce söz konusu değişiklik, zımnî hukuk seçimi anlaşmasının tespitindeki "makûl" kesinlik ölçütünü, "açıkça" anlaşılma düzeyine yükselterek, kesinlik ve belirlilik kriterlerini benimseme amacına hizmet etmektedir. Son olarak, La Haye Temsil Konvansiyonunda da, sözleşmenin içeriğinden veya hâlin icabından makûl kesinlikle anlaşılabilir olması durumunda, temsil iç ilişkisine uygulanacak hukukun zımnî seçildiğinin kabul edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır (md. 5): **Preifer**, s. 435.

⁵¹¹ **Cook**, W.: "Contracts and The Conflict of Laws: Intention of The Parties", *Illinois Law Review*, Vol. 32, 1938, s. 917; **Zhang**, Choice, s. 130; **Wyatt**, s. 415; **Stone**, Private, s. 306; **Dacey/Morris**, s. 1227.

⁵¹² **Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu**, s. 358.

⁵¹³ **Rabel**, s. 384.

⁵¹⁴ **Güngör**, Temel, s. 191.

⁵¹⁵ Benzer bir yaklaşım için bkz. **Atrill**, s. 549 vd.

⁵¹⁶ Bununla birlikte, doktrinde bir görüş, zımnî hukuk seçimi anlaşmasının uygulamada farklılıklara, belirsizliklere ve istikrarsızlığa yol açabileceği gerekçeleriyle benimsenmemesi gerektiğini savunmaktadır. Roma Konvansiyonu bağlamında yapılan bu tespit için bkz. **Ekşi**, Roma, s. 117.

hukuk seçimine işaret ettiği sonucuna varılmış olması durumunda, bu zımnî hukuk seçimine de etki tanınması, irade muhtariyetinin anlamına daha uygun bir çözümdür. Aksi hâlde objektif bağlama kuralları uygulama bulacağından, taraflarca istenmeyen bir hukukun uygulanması ihtimali vardır. Bu sebeple, objektif olarak tespiti mümkün olabilen bir zımnî hukuk seçimine de hukukî etki tanınması, taraf iradelerinin önemi bakımından yerinde olacaktır.

Bu çerçevede, karşılaştırmalı hukukta birçok hukukî düzenlemede zımnî hukuk seçimi, açık hukuk seçimine paralel olarak benimsenmiştir⁵¹⁷. Ancak belirtilmelidir ki, zımnî hukuk seçimi nadiren de olsa bazı hukuk düzenlerinde kabul görmemektedir⁵¹⁸.

Genel olarak hukuk düzenlerinde zımnî hukuk seçimini ortaya koyan⁵¹⁹ bir takım destekleyici emareler kabul edilmektedir⁵²⁰. Zımnî hukuk seçimi anlaşmasının tespitinde, tarafların sözleşmede belli bir hukuka dayanılarak yapılmış genel sözleşme şartlarını kullanmaları, açık hukuk seçiminin yapıldığı başka bir sözleşmeye gönderme yapmaları, yetki anlaşması ile mahkeme seçmeleri, tahkim kaydına yer vermeleri, belli bir yerde ikamet eden hakemlerin seçilmesi, belli bir devletin para birimi ile ödemenin yapılmasının kararlaştırılması, sözleşmenin dili, hukuk seçiminin yapıldığı ve fiilî olarak da bu seçilen hukuka göre yerine getirilmiş

⁵¹⁷ Hukuk seçimi anlaşmasının, hâlin icâbından ya da sözleşme hükümlerinden anlaşılacak suretiyle zımnî olarak yapılabileceği, Roma Konvansiyonu md. 3/1 ve Roma I Tüzüğü md. 3/1’de kabul edilmiştir. Aynı şekilde zımnî hukuk seçimi, 1986 tarihli Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon md. 7/1’de, İsviçre MÖHK md. 116/2’de, Amerikan hukukunda Restatement II §187’de de öngörülmüştür. Ayrıca Rus Medenî Kanunu md. 1210/2’de de, hâlin icâbından ya da sözleşmenin hükümlerinden kesin şekilde anlaşılacak zımnî hukuk seçiminin kabul edileceği hükme bağlanmıştır: **Badykov**, M. R.: “The Russian Civil Code and The Rome Convention: Implied Choice of The Governing Law”, *Review of Central and East European Law*, Vol. 33, 2008, s. 182. Aynı paralelde, Japon hukukunda HOREİ, açık hukuk seçimi yanında zımnî hukuk seçimine de imkân tanımıştır: **Nishi**, s. 74.

⁵¹⁸ Örneğin Çin hukukunda, hukuk seçimi anlaşmasının taraflarca açık bir şekilde yazılı sözleşme ile yapılmak zorunda olduğu kabul edilmiştir. Hukuk seçimine ilişkin anlaşmanın yazılı şekilde yapılabilesinin, zımnî hukuk seçiminin reddi anlamına geldiği tartışmasız kabul edilmektedir: **Guojian**, s. 650; **Zhang**, Party, s. 524.

⁵¹⁹ Zımnî hukuk seçimi anlaşmasının tespitinin objektif test (*objective test*) veya sübjektif test (*subjective test*) çerçevesinde yapılabileceği ifade edilmektedir. Hukuk düzenlerinde ağırlıklı olarak benimsenen sübjektif teste göre yapılan hukuk seçiminde, tarafların gerçek iradesinin ne olduğu araştırılmaktadır. Bununla birlikte objektif testte, makûl/ortalama bir akit tarafın hukuk seçimi konusundaki niyeti dikkate alınmaktadır: **Tetley**, s. 231 vd.

⁵²⁰ Doktrinde hukuk seçimi anlaşmasının taraflarca yapıldığını ortaya koyan emarelerin uyumsuzluğu gören hâkimlerce, tarafların gerçek iradesini yansıtmayı yansıtmadığına bakılması gerektiği savunulmaktadır: **Zhang**, Party, s. 524.

olan aynı türden diğer sözleşmelerin taraflar arasında mevcut olması, belli bir devletin örf ve âdet hukukunun kararlaştırılması, belli bir hukuk düzeninde kullanıldığı için o hukuk düzenini işaret eden terminolojinin sözleşmede yer alması, bir sözleşmenin yalnızca belli bir devlette kurulması, belli bir hukuk düzeninde benimsenmiş olan genel işlem şartlarının kabulü vb. örnekler, zımnî hukuk seçimi anlaşmasının tespitinde dikkate alınabilecek emarelerdir⁵²¹. Ancak belli bir devletin hukukunu işaret eden bu örnekler, tek başına zımnî hukuk seçimi anlaşmasının kabulü için yeterli değildir⁵²². Dolayısıyla, bu tür emarelerin birden fazlasının biraraya gelerek, zımnî hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı hususunda kuvvetli bir dayanak oluşturması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle, emarelerin çokluğu, zımnî hukuk seçimi anlaşmasının varlığının tespitinde önemlidir⁵²³.

Acente sözleşmesinin hükümlerinden ya da hâlin icabından zımnî olarak bir hukuk seçiminde bulunduğu sonucuna varılması durumunda, ihtilâflara seçilen hukuk uygulanacaktır. Örneğin, acentenin tâbiyetinin, acente sözleşmesinin akdedildiği yerin, acentelik faaliyetinin gerçekleştirildiği ticarî bölgenin, acentenin ücretinin ödendiği para biriminin, acente sözleşmesinin dilinin tümünün, belli bir ülkeyi işaret etmesi, taraflar arasında zımnî hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığını ortaya koyabilecek ağırlıktadır. Benzer şekilde, akit tarafların, sözleşmede açıkça sözleşmenin tâbi olduğu hukuku seçmemekle birlikte, kendi aralarında mevcut olan hukuk seçimine yer veren bir çerçeve sözleşmeyeatıf yapmaları durumunda da, zımnî

⁵²¹ Örnekler için bkz. **Nygh**, s. 114 vd.; **North/Fawcett**, s. 459 vd.; **Yntema**, s. 352; **Mann**, s. 444; **Dacey/Morris**, s. 1227 vd.; **O'Brien**, s. 331 vd.; **Aybay/Dardağan**, s. 232; **Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu**, s. 358; **Nomer**, s. 310 vd.; **Doğan**, Milletlerarası, s. 291; **Göğer**, Akit, s. 308; **Sargın**, Patent, s. 43 vd.; **Güngör**, Temel, s. 93 vd.; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 29; **Turhan**, s. 125 vd.

⁵²² **Boele-Woelki/Lazic**, s. 24. Yetki anlaşması ile bir mahkemenin tayininin, otomatik olarak, hukuk seçimine işaret etmeyeceği yönünde benzer bir görüş için bkz. **Cross/Oxford**, s. 149. Sonuç olarak, tarafların yetki anlaşması ile belli bir ülkenin mahkemelerini seçmeleri, başka emarelerle desteklenmedikçe, tek başına zımnî hukuk seçimi anlaşması anlamına gelmez: **Lando**, Some, s. 66; **North**, Private, s. 105; **Koppenol-Laforce**, s. 145. Yetki anlaşmasının, tek başına zımnî hukuk seçimi anlaşması olarak kabul edilemeyeceğinin açıkça öngörüldüğü hukukî düzenlemeler de bulunmaktadır. Örneğin, mahkeme seçiminin, tek başına hukuk seçimine işaret etmeyeceği hususu, Roma I Tüzüğü Önsözü md. 12'de açıklanmış ve bunun, yalnızca zımnî hukuk seçiminin değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken önemli bir emare olduğu ifade edilmiştir: **Fawcett/Carruthers**, s. 706; **Stone**, Private, s. 306. Bu hükmün, irade muhtariyetini zedelediği yönündeki eleştiriler için ayrıca bkz. **Vernooij**, s. 73; **Boele-Woelki/Lazic**, s. 24 vd.

⁵²³ **Nygh**, s. 114; **North**, Private, s. 105; **Zhang**, Party, s. 551. Kaldı ki, tarafların zımnî hukuk seçimi konusunda, hâkimin bir takdir hakkı bulunmamaktadır. Hâkim, eğer bu konuda bir tereddüt duyuyorsa, zımnî hukuk seçimi anlaşmasına etki tanınamalıdır: **Sargın**, Patent, s. 43 vd.

hukuk seçimi anlaşması var kabul edilmelidir⁵²⁴. Zira uygulanacak hukuk açıkça seçilmemekle birlikte, sözleşmenin basit bir yorumuyla bu hukuk seçimi anlaşması tespit edilebilecek mahiyettedir⁵²⁵.

Son olarak ifade edilmelidir ki, zımnî hukuk seçimi anlaşması, tarafların uygulanacak hukuk konusundaki zımnî kararlarının sözleşme hükümlerinden ya da hâlin icabından, tüm somut unsurlar dikkate alınarak belirlenmesidir. Bu sebeple, sözleşmenin belli bir hukukla sıkı ilişkili olması, zımnî hukuk seçimi anlamına gelmeyecektir⁵²⁶.

D. UYGULANACAK HUKUKUN OBJEKTİF KRİTERLERE GÖRE TESPİTİ

I. OBJEKTİF BAĞLAMA KURALLARINA GÖRE UYGULANACAK HUKUK

Acente iç ilişkisi, milletlerarası özel hukuka ilişkin millî kanunlarda özel bir bağlama konusu olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti, akit statüsü çerçevesinde yapılmaktadır⁵²⁷.

Sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde tercih edilen objektif bağlama kuralları, sözleşmeyle en sıkı ilişkiyi tesis ettiği esastan hareket etmektedir⁵²⁸. Bu

⁵²⁴ Çerçeve sözleşme ve bu sözleşmede hukuk seçimi yapılabileceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Barlas**, N.: “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri”, Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 807 vd.

⁵²⁵ Genel olarak bir sözleşmede, çerçeve sözleşme gibi başka bir sözleşmeye yapılan atıfla bu sözleşmenin tâbi olduğu hukukun, atfın bulunduğu sözleşme bakımından zımnî hukuk seçimi anlaşması olduğu konusunda ayrıca bkz. **Doğan**, İ., 21.

⁵²⁶ Doktrinde bu görüşü savunan Şanlı’ya göre, zımnî hukuk seçimi anlaşması için, sözleşmenin belli bir hukukla sıkı ilişkili olması gerekmez. Zımnî hukuk seçiminde önemli olan, akit tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk konusundaki iradelerinin uyuşmasıdır: **Şanlı**, Tahkim, s. 180.

⁵²⁷ Bu durum, sentetik metod adı verilen bütün sözleşme türleri için genel olarak aynı objektif bağlama kuralının kabulü anlamına gelmektedir: **Göger**, Akit, s. 302. Gerçekten de temsil ilişkisinin doğumuna yol açan, acente, vekâlet ve adı şirket sözleşmelerinin her biri temsil iç ilişkisini doğuran temel ilişkiler şeklinde, özel olarak kanunlar ihtilâfı kuralları içinde bir bağlama konusu olarak yer almamıştır. Bu sebeple bu tür sözleşmeler, akit statüsü içinde değerlendirilerek, her birine uygulanacak hukuk tespit edilmektedir: **Badr**, s. 84-85; **Kostromov**, s. 54; **Schmitthoff**, s. 173.

⁵²⁸ Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanması, kanunlar ihtilâfı hukukunun mihenk taşlarından biri olarak kabul edilmektedir: **Özel**, S.: “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK md. 24/II’de Öngörülen Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB, Y. 22, S. 2, 2002, s. 580 (MÖHUK); **Tetley**, s. 232 vd.; **Zhang**, Party, s. 532. Devletlerin, milletlerarası unsurlu uyuşmazlıklar bakımından kendi hukuklarını uygulama konusunda genel bir eğilimleri bulunmakla birlikte, uyuşmazlık konusu ile daha sıkı ilişkili olan devletin hukukunun uygulanması yönünde milletlerarası özel hukukta bir eğilim ortaya çıkmıştır. Bu yönde bir

nedenle, acente sözleşmesi statüsü hakkında, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespiti ve bunu tayin eden kriterler hakkında açıklama yapılmalıdır.

Kanunlar ihtilâfı hukukunda, acente sözleşmesi de dâhil olmak üzere, sözleşmelere uygulanacak hukuku tespit eden objektif bağlama kurallarının ne olması gerektiği konusu, önemli tartışma noktalarından birini oluşturmaktadır⁵²⁹. Bu çerçevede, objektif kriterlere göre uygulanacak hukukun tespiti tartışmalarının temelinde, acente sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınacak bağlama noktalarının tercihi yatmaktadır. Zira önerilen birden çok bağlama noktalarının her biri, uyuşmazlık konusu acente sözleşmesini belirli bir hukuk düzenine tâbi tutan objektif kriterler olarak, farklı hukuk düzenlerinin uygulanmasına yol açacaktır.

Acente iç ilişkisinin tâbi olduğu hukukun tespitinde, bir takım objektif bağlama noktalarından hareket edilerek öneriler getirilmektedir⁵³⁰. Ancak hepsinin ortak amacı, söz konusu ilişkiye uygulanacak en uygun hukukun bulunmasıdır⁵³¹. Gerçekten de milletlerarası özel hukuk adaletinin özünde, birden çok hukuk düzeni ile ilişkili olan uyuşmazlıklara uygulanacak en uygun hukukun belirlenmesi yatmaktadır⁵³². Buna göre, acente sözleşmesine en uygun hukukun uygulanmasının sağlanmasında, sözleşmenin bağlantılı olduğu hukuk düzenlerinden hareket edilmektedir. Ancak bu seçimin yapılmasında dahi, milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin dikkate alındığı unutulmamalıdır. Bu bakımdan, milletlerarası özel hukukun menfaatleri doğrultusunda, sözleşmeyle bağlantılı olan hukuklardan biri tercih edilecektir⁵³³.

uygulamanın tercihinde, kesin, öngörülebilir ve yeknesak kurallar oluşturma düşüncesi yatmaktadır: Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Cheatham/Reese**, s. 969 vd.

⁵²⁹ Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. **Columbia Law Review Association**: “Conflict of Laws: Party Autonomy in Contracts”, *Columbia Law Review*, Vol. 57, No. 4, 1957, s. 553 vd; **Jaffey**, *Choice*, s. 584 vd.; **Schmitthoff**, s. 173.

⁵³⁰ Acente sözleşmesi statüsü çerçevesinde, objektif kriterlere dayanan bağlama noktaları arasında, akit tarafların tâbiyeti, yerleşim yeri, mutad meskeni, işyeri, sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin ifa yeri gibi taraflar ya da sözleşmeyle irtibatlı bağlama noktaları yer almaktadır: **Çelikel/Erdem**, s. 313.

⁵³¹ **Schmitthoff**, s. 173.

⁵³² **Wyatt**, s. 413; **Tiryakioğlu**, *Taşınır*, s. 9.

⁵³³ **Akıncı**, *Taraf*, s. 4.

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun objektif kriterlere göre tayin edilmesi bakımından önerilen bağlama noktaları, acentenin işyeri hukukundan temsil olunanın işyeri hukukuna, muamele yeri hukukundan, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuka kadar farklılık arz eden birden çok kriterden hareket etmektedir⁵³⁴. Bu bağlama noktalarının tercihinde somut dava adaleti, öngörülebilirlik, yeknesaklık gibi esaslar dikkate alınarak tercihte bulunmaktadır⁵³⁵. Dolayısıyla bu bağlama noktalarından biri ya da diğerleri lehine aksi ispat edilebilir bir karine tespit etmek imkânsızdır. Bu nedenle de, acente iç ilişkisini ilgilendiren tüm hususların birlikte dikkate alınması gerekmektedir⁵³⁶.

Objektif bağlama kuralı olarak sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda hukuk düzenleri, farklı düzenlemeler getirmektedir. Örneğin, Japon hukukunda Hukukların Uygulanmasına Dair Kanun (HOREİ) md. 7/2’de, sözleşmenin yapıldığı yer, taraflarca hukuk seçimi yokluğunda sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınan bağlama noktası olarak kabul edilmiştir⁵³⁷. Hukuk düzenlerinin çoğunluğu ise, sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku esas alan düzenlemeler getirmektedir. Örneğin AB hukukunun konuya ilişkin düzenlemeleri bu yöndedir. Öngörülebilir bir sistem getiren⁵³⁸ Roma I Tüzüğü’nde, sekiz sözleşme türü için özel bağlama kuralları kabul edilmiştir (md. 4/1)⁵³⁹. Roma I Tüzüğü md. 4/2’de ise, karakteristik edim teorisine yer verilmiştir⁵⁴⁰.

⁵³⁴ **Schmitthoff**, s. 173.

⁵³⁵ **Sargin**, Patent, s. 53-54.

⁵³⁶ **Schmitthoff**, s. 173.

⁵³⁷ Bununla birlikte, Japon hukuk doktrininde, söz konusu bağlama noktasının tercihiyle ilgili olarak, temsilcinin temsil olunandan bağımsız olması ve bağımsız yardımcı kişi niteliği taşımasının, uygulanacak hukuk konusunda, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku yerine temsilcinin işyeri hukukunun uygulanmasını gerektirdiği ileri sürülmektedir. Zira temsilcinin işyeri hukukunun, sözleşmeyle en sıkı ilişkiyi tesis eden ve tarafların arzularına da en uygun olan bağlama kuralı olduğu savunulmaktadır: **Nishi**, s. 76.

⁵³⁸ Roma I Tüzüğü’nün getirdiği objektif bağlama kurallarının uygulanacak hukukun tespiti bakımından kesinliği sağlama amacı taşıdığı hakkında ayrıca bkz. **Fawcett/Carruthers**, s. 722. Buna karşın, Roma Konvansiyonu md. 4’ün, sözleşmelere uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kurallarının belirsizliğine ve yetersizliğine ilişkin görüş hakkında bkz. **Atrill**, s. 549, 555 vd.

⁵³⁹ Roma I Tüzüğü md. 4/1(a) satım sözleşmelerinde satıcının mutad mesken hukukunun; md. 4/1(b) hizmet sözleşmelerinde hizmet sunanın mutad mesken hukukunun; md. 4/1(c) taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde taşınmazın bulunduğu yer hukukunun; md. 4/1(d) taşınmazlara ilişkin kira sözleşmeleri bakımından bir taşınmazın geçici olarak en çok birbirini takip eden 6 ay kullanılmasına ilişkin bir kira sözleşmesi olmak ve kiracının gerçek kişi olmak ve mutad meskeninin de aynı yerde bulunması şartlarıyla kiralayanın mutad mesken hukukunun; md. 4/1(e) franchise sözleşmelerinde franchise alanın mutad mesken hukukunun; md. 4/1(f) distribütörlük sözleşmelerinde distribütörün mutad mesken hukukunun; md. 4/1(g) açık arttırma yoluyla yapılan satım sözleşmelerinde açık arttırmanın

Buna göre, Roma I Tüzüğü md. 4/1’de öngörülen sözleşmeler kataloğu dışında kalan sözleşme tipleri bakımından, md. 4/2’de sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukunun uygulanmasını öngören bir bağlama kuralı kabul edilmiştir⁵⁴¹. Karakteristik edim teorisi çerçevesinde⁵⁴², sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukunun esas alınması, bu teorinin, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku tayin edecek olmasından hareket etmektedir⁵⁴³. Sözleşmeyle belli bir devlet hukuku arasındaki bağlantıyı tayin edecek olan bu teori, âdi karine niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla aksi ispat edilebilir bir karine olarak, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukunun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku göstermediği ispat olunursa, bu hukuk uygulanmayacaktır⁵⁴⁴. Ancak bu şekilde bir yol izlenmesi doktrinde eleştiri almaktadır. Getirilen eleştirilerin temelinde, sözleşmelerin tasnif edilmesinde sıkıntılar yaşanacağı endişesi gelmektedir⁵⁴⁵.

Roma I Tüzüğü’nde, sözleşmeyle sıkı ilişkiyi tayin eden bu iki bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukukun tespit edilememesi durumunda, sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun uygulanmasını öngören üçüncü bir bağlama kuralının devreye gireceği hükme bağlanmıştır (md. 4/4)⁵⁴⁶. Roma I Tüzüğü’nde ikincil niteliğe sahip bu bağlama kuralı, bir nev’i Roma Konvansiyonu’ndaki genel

yapıldığı yer hukukunun; md. 4/1(h) 2004/39 sayılı Avrupa Topluluğu (AT) Direktifi md. 4/1(17)’de tanımlanan yatırım araçlarının alım satımına ilişkin üçüncü kişilerin menfaatlerini bir araya getiren ya da bu menfaatlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran ihtiyarî olmayan kurallara uygun ve tek bir hukuk tarafından yönetilen çok taraflı sözleşmelerde bu hukukun uygulanacağını hükme bağlamıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Fawcett/Carruthers**, s. 722 vd.; **Stone**, Private, s. 309 vd.

⁵⁴⁰ **Vernooij**, s. 74. Roma Konvansiyonu’nda ise, böyle bir sözleşme kataloğu vermek yerine, sözleşmeyle en sıkı ilişkiye sahip ülke hukukunun uygulanması öngörülmüştür. Ancak sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde, yine karakteristik edim teorisi dikkate alınmıştır: **Lando**, Some, s. 67; **North**, Private, s. 127-128; **Houtte**, s. 22; **Tetley**, s. 233; **O’Brien**, s. 339; **Collier**, s. 178; **Lookofsky**, s. 307; **Kaye**, s. 172 vd.; **Hill**, s. 334; **Williams**, s. 14; **Atrill**, s. 567.

⁵⁴¹ **Fawcett/Carruthers**, s. 724. Roma Konvansiyonu’nda ise, md. 4/1’de, taraflarca hukuk seçiminin yokluğunda, sözleşmeyi idare edecek hukukun, en sıkı ilişkili hukuk olacağı hükme bağlanmıştır. Bu çerçevede, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde, bazı karineler getirilmiştir. Konvansiyon md. 4/2’de, en sıkı ilişkili hukuku içeren söz konusu karinelerin en önemlileri karakteristik edim teorisi çerçevesinde sayılmaktadır: **Solomon**, s. 1712.

⁵⁴² AB hukukunda, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun esas alınması, temel bağlama noktası olarak kabul edilmektedir: **Stone**, Private, s. 311.

⁵⁴³ Karakteristik edim, Roma I Tüzüğü önsözü md. 19’da, sözleşmeye hukukî özelliğini veren, sözleşmeye damgasını vuran, sözleşmeyi diğer sözleşme tiplerinden ayırt etmeye yardımcı olan edim olarak tanımlanmıştır: **Stone**, Private, s. 311, dn. 136.

⁵⁴⁴ **Stone**, Private, s. 311; **Fawcett/Carruthers**, s. 724.

⁵⁴⁵ **Tang**, Z.: “Law Applicable in The Absence of Choice-The New Article 4 of The Rome I Regulation”, *Modern Law Review*, Vol. 71, 2008, s. 785 vd. Ayrıca bkz. **Kaye**, s. 187 vd. **Koppenol-Laforce**, s. 146.

⁵⁴⁶ **Fawcett/Carruthers**, s. 724.

kuralın⁵⁴⁷ yan kural hâline getirilmiş hâlidir⁵⁴⁸. Bununla birlikte, Roma I Tüzüğü, öngörülen iki genel bağlama kuralına karşın, hâlin bütün şartlarından sözleşme ile md. 4/1 ve md. 4/2 gereğince uygulanacak hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukukun tespit edilmesi hâlinde, bu hukukun uygulanacağına ilişkin bir istisna kuralına yer vermiştir (md. 4/3)⁵⁴⁹. Böylece Roma I Tüzüğü’nde, bu istisnaî bağlama kuralına hâkimlerin başvurusunda Roma Konvansiyonu’na göre daha az bir yönelme olacaktır. Zira doktrinde de ifade edildiği üzere, Roma I Tüzüğü, kesinliği, esnekliğe oranla daha çok ön plânda tutmaktadır⁵⁵⁰.

Bu açıklamalardan hareketle, Roma I Tüzüğü bakımından, md. 4/1’de sıralanan sözleşmeler içinde yer almayan acente sözleşmesine uygulanacak hukukun tayini, md. 4/2 uyarınca yapılacaktır⁵⁵¹. Buna göre, acente sözleşmesine uygulanacak hukuk, sözleşmenin karakteristik edim borçlusu olan acentenin mutad meskeni hukukudur. Bununda birlikte, sözleşmenin daha sıkı ilişki içinde bulunduğu bir hukukun varlığı hâlinde, bu yer hukuku dikkate alınabilecektir. Örneğin, acente sözleşmesi gibi meslekî ve ticarî faaliyet kapsamında akdedilen sözleşmeler bakımından, özellikle işyeri hukuku dikkate alınmaktadır. Zira sözleşmeyle en sıkı

⁵⁴⁷ Roma Konvansiyonu’nda, aynı paralelde objektif bağlama kuralı getirilmekle birlikte, öncelikle, en sıkı ilişkili hukuk kuralına yer verilmiştir. Roma Konvansiyonu’ndaki sistemin hâkime esneklik tanıdığı, zira hâkimin sözleşmeye uygulanacak hukuku tespitinde serbest olduğu ifade edilmektedir: **Güngör**, Temel, s. 129.

⁵⁴⁸ Bu durum, doktrinde bazı yönlerden eleştirilmektedir. Buna göre, bu bağlama kuralı, her ne kadar hukukî kesinlik sağlasa da, bu yöntemle uygulanacak hukukun tayin edilmesinde hâkimlere ticarî menfaatleri dengelemede güç bir alan bırakacaktır: **Vernooij**, s. 75.

⁵⁴⁹ **Fawcett/Carruthers**, s. 724; **Stone**, Private, s. 317. “Kaçış klozu” hükmüne, Roma Konvansiyonu md. 4/5’de de yer verilmekle birlikte, başka bir ülke hukukuyla daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde açık tespit şartı aranmamıştır: **Koppenol-Laforce**, s. 147.

⁵⁵⁰ **Vernooij**, s. 75. Roma I Tüzüğü’nün bu niteliğinin Amerikan hukukuna göre daha kesin ölçütler koyduğu tespiti hakkında ayrıca bkz. **Solomon**, s. 1713.

⁵⁵¹ Bununla birlikte, 2005 tarihli Roma I Tüzüğü tasarısında temsil ilişkisi, bir bağlama konusu olarak yer almıştı. Söz konusu ilişki, temsil iç ilişkisi ve temsil dış ilişkisi olarak hukuken ikiye ayrılmış ve iki ayrı bağlama konusu olarak düzenlenmişti. Konumuz bakımından acente sözleşmesi de bir temsil iç ilişkisi olduğundan, bu bağlama konusu içinde dikkate alınarak uygulanacak hukuk tayin edilebilecekti. Buna göre, Tüzük tasarısında temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye uygulanacak hukukun taraflarca seçilebileceği düzenlenmişti (md. 7/1). Hukuk seçiminin yokluğunda ise, temsilcinin mutad meskeni hukukunun uygulanması öngörülmüştü. İlâve olarak, temsilcinin, temsil olunanın mutad meskeninde temsil yetkisini kullanması durumunda temsil olunanın hukukunun uygulanması istisnaî olarak düzenlenmişti (md. 7/2). Ancak bu teklif, Roma I Tüzüğü tasarısından tamamen çıkarılmıştır. Böyle bir karar almaya bazı gerekçelerin yol açtığı ifade edilmektedir. Bu bağlamda, temsilcinin mutad mesken hukukunun her zaman üçüncü kişi tarafından bilinemeyebileceği ve dolayısıyla böyle bir bağlama kuralının kabul edilmesinin yerinde olmadığı ileri sürülmüştü: Tartışmalar hakkında bkz. Opinion of The Max Planck Institute on The Proposal for a Regulation of The European Parliament and Council on The Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), **RabelsZ**, Vol. 68, No. 1, 2004, <http://www.mpipriv.de/ww/en/pub>, s. 79 (Erişim Tarihi: 10.11.2011).

ilişkiyi kural olarak bu yer hukukunun sağladığı varsayılmaktadır⁵⁵². Bu sebeple, acentenin işyeri, sözleşme ile daha sıkı ilişkili ise, Tüzük md. 4/3'e istinaden uygulanabilir.

Amerikan hukukunda ise objektif bağlama kuralı olarak, sözleşme ve taraflarla en sıkı ilişkiyi haiz devletin hukukunun uygulanması kabul edilmektedir⁵⁵³. Acente iç ilişkisine uygulanacak hukuku tespitinde de dikkate alınacak olan objektif bağlama kuralları kapsamında, sözleşme ve taraflarla en sıkı ilişkiyi haiz hukuk konusunda, Restatement II §291'deki hüküm gereğince §6'nın sıraladığı faktörler ışığında bir değerlendirmeye gidilecektir⁵⁵⁴. Bu değerlendirmede, öngörülen ilkelerin her birinin, hâkimi farklı devlet hukuklarına sevk etmesi söz konusudur. Bu hâlde, uyuşmazlıkla ilgili en önemli ilkenin dikkate alınması gerektiği doktrinde savunulmaktadır⁵⁵⁵. Buna göre, §6/2'de örnek mahiyetinde⁵⁵⁶ sayılan yedi ilke şunlardır⁵⁵⁷:

- Federe devletlerarası ve milletlerarası sistemlerin ihtiyaçları,
- *For* ülkesinin düzeni,
- İlgili diğer devletlerin düzenleri ve menfaatleri,
- Haklı beklentilerin korunması,
- Belli bir hukuk alanının altında yatan temel hukuk politikası,

⁵⁵² Konu hakkında ayrıntılı açıklama aşağıda "Acentenin İşyeri Hukuku" başlığı altında yapılacaktır.

⁵⁵³ Amerikan hukukunu da içine alacak şekilde Anglo Sakson hukuk sisteminde, kanunlar ihtilâfi hukukunda uygulanacak hukukun tayininde "*proper law*" doktrini çerçevesinde bir sistem getirilmekte ve sözleşmeyle sıkı ilişkiye sahip devlet hukuku tespit edilmeye çalışılmaktadır: **Jaffey**, A. J. E.: "The English Proper Law Doctrine and The EEC Convention", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, 1984, s. 531 vd. (Proper); **Reese**, W. L. M.: "Conflict of Laws and The Restatement Second", *Law And Contemporary Problems*, Vol. 28, 1963, s. 688 (Conflict); **Minor**, s. 355; **Heidemann**, s. 28; **Fawcett/Carruthers**, s. 666; **Rabel**, s. 430; **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 423; **O'Brien**, s. 312.

⁵⁵⁴ Restatement II §6'daki kriterler, uygulanacak hukukun tayininde dikkate alınan en genel testler olarak Restatement II'nin kalbi kabul edilmektedir: **Brilmayer/Anglin**: "Choice of Law Theory and The Metaphysics of The Stand-Alone Trigger", *Iowa Law Review*, Vol. 95, 2010, s. 1161. Bu çerçevede, §6'daki kriterler, öngörülebilirlik, yeknesaklık, kolaylık ve maddî hukuk politikasına uygunluğu tesis etme amacına hizmet etmektedir: **Brilmayer/Anglin**, s. 1162. Bununla birlikte §6'daki kriterler, bir kurallar bütünü değil, bilakis yaklaşım niteliği taşıyan hukukî yapılar olarak nitelendirilmektedir. Konu hakkında bkz. **Reese**, *Choice*, s. 315 vd.

⁵⁵⁵ **Reese**, *Conflict*, s. 691.

⁵⁵⁶ **Güngör**, *Temel*, s. 47.

⁵⁵⁷ Restatement II §6/2'de sıralan bu ilkeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Scoles/Hay**, s. 205 vd.; **Zhang**, *Party*, s. 534 vd.; **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 424-425; **Lookofsky**, s. 377-378; **Güngör**, *Temel*, s. 44 vd.

- Sonucun kesinliği, öngörülebilirliği ve yeknesaklığı,
- Uygulanacak hukukun belirlenmesi ve uygulamasındaki kolaylık.

Restatement II §6/2’de sıralanan bu ilkeler⁵⁵⁸, uyuşmazlık konusunun mahiyeti de dikkate alınmak suretiyle, göreceli önemine göre hâkim tarafından ayrı ayrı değerlendirilecektir⁵⁵⁹. Amerikan hukukunda, taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmemiş olması hâlinde, sözleşmeyle ve taraflarla en sıkı ilişkiye sahip olan devletin hukuku tayin edilirken, Restatement II §6/2’deki ilkeler esas alınmakla birlikte, §188/2’deki irtibat noktalarının da dikkate alınması zorunludur⁵⁶⁰. Böylece, hâkime söz konusu ilkeleri dikkate alırken, yine örnek mahiyetinde irtibat noktaları getirilmek suretiyle bir yol çizilmektedir⁵⁶¹. En sıkı ilişkiyi temin eden irtibatlar olarak, sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşme görüşmelerinin yapıldığı yer, ifa yeri, sözleşme konusunun bulunduğu yer, sözleşme taraflarının yerleşim yeri, mutad meskeni, vatandaşlığı, tüzel kişilik olması hâlinde

⁵⁵⁸ Söz konusu ilkelerin, Restatement II’de yer alan bütün bağlama kurallarının altında yattığı kabul edilen, belli bir hukukî sorunun potansiyel olarak ilgili devlet, hukukî işlem ve taraflarla hukukî ilişkinin önemini değerlendirebilme amacıyla dikkate alındığı açıklanmaktadır: Restatement II §188 şerh (b).

⁵⁵⁹ **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 424.

⁵⁶⁰ **Richman/Reynolds**, s. 206; **Solomon**, s. 1714.

⁵⁶¹ **Symeonides**, S. C.: The American Choice-of-Law Revolution in The Courts: Today and Tomorrow, La Haye 2003, s. 123 (Today); **Zhang**, Party, s. 534 vd. Öngörülen bu sistem, hâkimi sonuca götüren bir nitelik taşımaz. Aksine, en sıkı ilişkiyi haiz hukuku belirlemek amacıyla hâkime dikkate alması gereken bazı kriterler ortaya koyar. Restatement II §188/2’de yer alan, hâkime sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemede yol gösteren irtibat noktaları, ancak somut olaya uygunluğuna göre dikkate alınacaktır. Bu değerlendirme yapılırken, söz konusu irtibat noktalarının nasıl kullanılacağı, hangisinin hangi tür uyuşmazlıklarda dikkate alınacağı bir mesele olarak görülmektedir: **Güngör**, Temel, s. 29, 66; **Reese**, Choice, s. 315. Bu şekilde, belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanması zordur. Zira sözleşme ve taraflarla en sıkı ilişkiyi haiz devlet hukukunun nasıl tayin edileceği konusunda, usule ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Restatement II §188/2, yalnızca hâkimin bu araştırmada değerlendirmeye alacağı sınırlı sayıda olmayan irtibat noktasına yer vermektedir. Dolayısıyla, somut uyuşmazlığı inceleyecek olan hâkimin, her bir uyuşmazlık bakımından olay ve hukukî sorun bazında bir araştırma yapması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir: **Güngör**, Temel, s. 38. Benzer eleştiriler için bkz. **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 424. Doktrinde aksi yönde bir görüş ise, Amerikan hukukunun objektif bağlama kuralı konusunda esnek bir yapıya sahip olduğunu ileri sürmektedir: **Solomon**, s. 1714; **Jaffey**, Choice, s. 581. Aynı şekilde, bu sistemin, mahkeme kararları arasında yeknesaklığın sağlanmasını zorlaştıracığı, özellikle de, bu sistemin, hâkimin kendi hukukunu uygulaması yönünde bir eğilimi yansıttığı ifade edilmektedir: **Reese**, Conflict, s. 683, 686. Bu eğilimi yansıtan örnek mahkeme kararları için bkz. **Scoles/Hay**, s. 712. Ancak doktrinde Symeonides, Amerikan hukukunda hâkimlerin *for’un* hukukunu uygulamaları yönündeki eğilimlerinin olağan karşılanması gerektiğini, insanın doğası gereği aşına olduğu hukuku uygulamasının doğal olduğunu savunmaktadır: **Symeonides**, s. 110 (Today).

kuruluş yeri ve işyeri sayılmıştır⁵⁶². Ancak bu irtibat noktaları, sınırlı sayıda sayılmadığı için, bunlar dışında kalan, ancak sözleşme ve taraflarla en sıkı ilişkiyi haiz devlet hukukunun belirlenmesine kılavuzluk edecek diğer bağlantıların da dikkate alınmasında bir engel bulunmamaktadır. Bu bakımdan, gerek §188/2’de sayılan irtibat noktaları, gerekse bunlar dışında kalan ve hâkimce tespit edilen hususlar, göreceli önemlerine göre dikkate alınmalıdır⁵⁶³. Ayrıca Restatement II §188/3’de, sözleşmenin müzakere yeri ile ifa yerinin aynı ülkede bulunması hâlinde, kural olarak bu ülkenin hukukunun uygulanacağı belirtilmek suretiyle, konuya ilişkin önemli bir istisna getirilmiştir⁵⁶⁴.

Görüldüğü gibi, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespiti konusunda hukuk düzenlerinde farklılıklar bulunabilmektedir. Buna karşın, Roma I Tüzüğü veya Latin Amerika’da yürürlükte olan Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında 1994 tarihli Inter-Amerikan Konvansiyonu⁵⁶⁵ gibi bazı milletlerarası düzenlemeler, bu konuda ortaya çıkan farklı çözüm önerilerini de yeknesaklaştırarak üye devlet mevzuatlarındaki farklılıkları asgarî düzeye indirmektedir⁵⁶⁶.

⁵⁶² Restatement II §188/2’nin uygulanacak hukukun tespitinde, belli bir konu hakkında bunların göreceli önemine göre dikkate alınacak irtibat noktaları gösterdiği hakkında bkz. **Fox**, s. 224; **Solomon**, s. 1713; **Brilmayer/Anglin**, s. 1162.

⁵⁶³ **Lando**, O.: “The American Choice of Law Principles and The European Conflict of Laws of Contracts”, *The American Journal and Comparative Law*, Vol. 30, 1982, s. 28 (American).

⁵⁶⁴ Söz konusu hüküm, doktrinde genel bir karine olarak kabul edilmektedir: **Güngör**, Temel, s. 42; **Brilmayer/Anglin**, s. 1164.

⁵⁶⁵ *Organization of American States* tarafından hazırlanan ve Meksika Konvansiyonu olarak bilinen bu düzenleme, 17 Latin Amerika ülkesi ile ABD ve Kanada tarafından ortak katılımı oluşturulmuştur: **Zhang**, Party, s. 547. Amacı, bu ülkeler arasında sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda yeknesak bağlama kuralları getirmek olan Konvansiyon, ABD tarafından henüz onaylanmamıştır. Konvansiyon hakkında bkz. **Malloy**, S. A.: “The Inter-American Convention on The Law Applicable to International Contracts: Another Piece of The Puzzle of The Law Applicable to International Contracts”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 19, 1995-1996, s. 711; **Burman**, s. 377. Konvansiyonun, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda, taraf ülkelere yeknesak kurallar getirerek kolaylık vaad etmesine karşın (md. 4), Amerikan hukuku bakımından yürürlükte olan milletlerarası sözleşmeler ve mevcut iç hukuku ile karşılaştırıldığında, uygulamada, bu kuralların öngörülmezliğe ve tutarsızlığa neden olabileceği ileri sürülmektedir: **Malloy**, s. 721 vd. Aksi görüş için bkz. **Fletcher**, J. P.: “An Argument for Ratification: Some Basic Principles of The 1994 Inter-American Convention on The Law Applicable to International Contracts”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 27, No. 3, 1999, s. 511 vd.

⁵⁶⁶ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Struycken**, V. M.: “Private Law Contracts to Which The European Community is Party”, *Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory of Peter E. Nygh*, Hague 2004, s. 394; **Güngör**, Temel, s. 97; **Solomon**, s. 1710; **Fawcett/Carruthers**, s. 668; **Dicey/Morris**, s. 1200; **North**, Private, s. 121 vd.; **Borchers**, s. 1650; **O’Brien**, s. 314; **Nadelmann**, s. 584.

II. ACENTE SÖZLEŞMESİYLE EN SIKI İLİŞKİLİ HUKUKUN TESPİTİ

Acente sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukukun tespiti, yakınlık ilkesine dayanmaktadır. Zira sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde kural olarak yakınlık ilkesinin esas alındığı görülmektedir⁵⁶⁷.

Yakınlık ilkesinin soyut ve genel kurallar getirmesi, karmaşık ve muğlak bir değerlendirmeye neden olabilecek cinstendir⁵⁶⁸. Söz konusu hukukun tespitinde yaşanabilecek bu muğlaklık, sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde bazı ek kriterlerden yararlanmayı gerektirmektedir⁵⁶⁹. Sıkı ilişkili hukukun tespitinde, objektif kriterlerden hareket edilmemesinin neden olabileceği keyfiyet, sözleşmeye uygun olmayan hukukun uygulanmasına neden olabilecektir. Bu şekilde ek kriterler getirmenin temelinde, sıkı ilişkili hukukun tespitinde belirlenebilen, öngörülebilir, yeknesak bağlama kurallarının tespitinin çalışılması yatmaktadır⁵⁷⁰.

Acente sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukukun dikkate alınması, sözleşmeyle hiçbir bağlantısı bulunmayan ya da tamamen tesadüfî bağ kuran bir hukukun uygulanmasının önüne geçecektir⁵⁷¹. Bununla birlikte, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun bir bağlama kuralı olarak uygulanacak hukuku belirlemesi, hâkimlere takdir yetkisi vermesi, öngörülebilirliği ve yeknesaklığı ortadan kaldırması nedeniyle hukukî güveni zedeleyebileceği endişesiyle doktrinde eleştiri almaktadır⁵⁷². Bazı hâllerde, objektif bağlama noktalarının tayin ettiği hukuk, tamamen tesadüfî unsurlarla ortaya çıkabilmektedir. Bu durum, kimi zaman taraflar arasındaki menfaat dengesine aykırılık teşkil edebilecektir⁵⁷³.

⁵⁶⁷ Yakınlık ilkesi, bir hukukî ilişkiye uygulanacak hukukun, söz konusu hukukî ilişkiye olan irtibatının dikkate alınarak belirlenmesini esas alan kanunlar ihtilâfî yaklaşımıdır. Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Güngör**, Temel, s. 21 vd.

⁵⁶⁸ **Güngör**, Temel, s. 21.

⁵⁶⁹ **Commission of the European Communities**, Green Paper, s. 25.

⁵⁷⁰ Doktrinde de ifade edildiği üzere, bu şekilde, kavramın muğlak niteliğinin doğurabileceği olumsuzluklar giderilmeye çalışılmaktadır: **Jaffey**, Choice, s. 585.

⁵⁷¹ Milletlerarası unsurlu bir sözleşmeye uygulanacak en uygun hukukun seçilmesinde, önemli olanın, içerik olarak en âdil maddî hukukunun değil, sözleşmenin en sıkı ilişki içinde bulunduğu hukuk düzenlerinden birinin uygulanması olduğu ifade edilmektedir: **Nomer**, s. 15.

⁵⁷² **Solomon**, s. 1720-1721.

⁵⁷³ Sözleşmeyle sıkı ilişkili hukukun akit statüsüne uygulanacak hukuk olarak kabulünün, milletlerarası özel hukuk adaletine hizmet etme amacı bulunmakla birlikte, somut olay adaletini sağlama gibi bir amacı da yoktur: **Güngör**, Temel, s. 149.

En sıkı ilişkili hukuk kavramı, karşılaştırmalı hukukta açıkça tanımlanmış değildir⁵⁷⁴. Bu nedenle, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespiti hâkim tarafından yapılacaktır⁵⁷⁵. Dolayısıyla, acente sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukukun tespitini yapacak hâkim, her somut olay bakımından bunu ayrıca değerlendirecektir⁵⁷⁶. Bu tespit yapılırken, tarafların beklentilerinin dikkate alınacağından kuşku yoktur⁵⁷⁷. Belirtilmelidir ki, acente sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde acentenin faaliyetlerinin önemli bir yeri vardır. Bu önem, acentenin edimlerini ön plâna çıkarmakta ve uygulanacak hukukun tayininde dikkate alınacak bir kriter olarak kabul edilmesine neden olmaktadır⁵⁷⁸.

Acente sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukukun tespiti, nitelik olarak soyutluk arz ettiğinden, hukuk düzenleri, bu bağlama kuralını somutlaştırmak için, bazı karineler kabul etmektedir. Genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk kapsamında, bazı hukuk düzenlerinde sıkı ilişkili hukuk kuralı, açıkça hükme bağlanmışken; diğer bazı hukuk düzenlerinde sıkı ilişkiyi doğuracak karineler veya bağlama noktalarından hareket edilmektedir⁵⁷⁹. Örneğin AB hukuku bakımından Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nde, en sıkı ilişkili hukuku bulmaya karine teşkil eden bağlama noktaları, karakteristik edim borçlusunu dikkate alınarak belirlenmektedir. Amerikan hukukunda ise, Restatement II, yine sıkı ilişkiden hareket etmekle birlikte, karakteristik edim teorisini dikkate almadan bir belirlemeye gitmektedir. Bir önceki başlıkta açıklandığı üzere, sıkı ilişkili hukukun uygulanması, Amerikan hukukunda mahkemelerce incelenecek bazı irtibat noktalarının değerlendirilmesiyle mümkün olmaktadır.

⁵⁷⁴ En sıkı ilişkili hukuk kavramı, karşılaştırmalı hukukta farklı kavramlarla ifade edilmektedir. Kavram, İngiliz hukukunda “uygun hukuk” (*proper law*), Amerikan hukukunda “en önemli ilişkiyi haiz hukuk” (*the most significant relationship*), AB hukukunda ise “en sıkı ilişkili hukuk” (*the most closed relationship*) şeklinde anılmaktadır. Bununla birlikte, benimsenen bu ifade farklılıkları yanında, kavramın uygulamasında da hukuk düzenleri arasında farklılıklar bulunmaktadır.

⁵⁷⁵ En sıkı ilişkili hukuk konusunda açıkça bir tanımın öngörülmemesi, hâkimlere, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde geniş bir takdir hakkı vermektedir: **Güngör**, Temel, s. 30.

⁵⁷⁶ Hâkimin, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespitini objektif olarak yapması, ülkelerin kamu menfaatlerinin korunmasına da hizmet etmektedir: **Jaffey**, Choice, s. 585.

⁵⁷⁷ Doktrinde Hill, sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde, hâkimlerin takdir haklarını kullanırken, genellikle *lex fori*'nin hukukunun tercih edildiğini ifade etmektedir: **Hill**, s. 325 vd.

⁵⁷⁸ **Cohn**, s. 159.

⁵⁷⁹ **Özel**, MÖHUK, s. 580.

Görüldüğü gibi, gerek Amerikan, gerek AB hukuk sistemlerinde, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda, bazı farklılıklar olmakla beraber, kural olarak sıkı ilişkili hukukun uygulanması yönünde bir yaklaşım benimsenmiştir⁵⁸⁰. Bunun yanında, İsviçre MÖHK md. 117/1'e göre, hukuk seçiminin yapılmadığı hâllerde sözleşme, en sıkı ilişkili olduğu ülkenin hukukuna tâbi tutulmuştur. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde md. 117/2'de bir karine getirilmiş ve bu çerçevede karakteristik edim teorisi tercih edilmiştir⁵⁸¹.

Acente sözleşmesiyle sıkı ilişkili hukukun tespitinde yol gösterecek olan bu karineler, kimi zaman niteliği gereği tespit edilemeyebilir. Bazen de bu usulle yapılan belirlemeye rağmen, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir başka hukuk mevcut olabilir. Özellikle, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun karakteristik edim teorisi çerçevesinde tespiti, aşağıda ifade edilecek eleştiriler bağlamında her zaman makul ve âdil sonuçlar vermeyebilir. Ancak çoğu hukuk düzeninde, istisnaî olarak daha sıkı ilişkili hukukun bulunması hâlinde, bu hukukun uygulanmasına imkân tanınarak, söz konusu olumsuzluklar asgarî düzeye indirilmektedir.

Kaçış klozu (*escape clause*) olarak ifade edilen bu istisnalarda, eğer karakteristik edim teorisinin tespitine rağmen, sözleşmeyle ya da taraflarla daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa bu hukukun uygulanması imkânı tanınmaktadır⁵⁸². Zira amaç, acente sözleşmesine en uygun hukukun tespiti olduğundan, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesi, bu şekilde istisnaî durumdan yararlanarak da

⁵⁸⁰ Amerikan ve AB hukuk sistemlerine paralel olarak Çin hukukunda da 1986 tarihli Çin Medenî Hukuk Genel İlkeleri md. 145 ve 1999 tarihli Sözleşmeler Kanunu md. 126'da, en sıkı ilişkili hukuk, akit statüsü çerçevesinde objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir. Çin hukukunun konuya ilişkin düzenlemesi için bkz. **Guojian**, s. 648-649; **Zhang**, Chinese, s. 323. Aynı şekilde, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanması, Rus Medenî Kanunu md. 1211'de de benimsenmiş bir objektif bağlama kuralıdır.

⁵⁸¹ İsviçre MÖHK'da, taraflarca hukuk seçiminin yokluğu ya da geçersizliği hâlinde, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanması kabul edilmiştir (md. 116 ve md. 117/1). En sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde ise md. 117/2'de bazı bağlama noktaları karine olarak sıralanmıştır. Bu bağlamda, md. 117/3'de sıralanan bazı sözleşme tipleri bakımından, en sıkı ilişki gösterilmiştir (md. 117/3 (c)). Buna göre, doktrinde, temsilcinin edimi de hizmet sağlayıcı, vekil gibi kimselerle aynı kabul edilerek, onun işyeri hukuku sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak benimsenmiştir. Ayrıca md. 126'da temsil ilişkisi ayrı bir bağlama konusu olarak düzenlenmiş ve md. 126/1, temsil iç ilişkisinin akit statüsüne tâbi olduğunu hükme bağlayarak, md. 117'nin belirlediği statünün uygulanması temin edilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Samuel**, s. 686 vd.

⁵⁸² **Solomon**, s. 1719. Daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması yönünde bir istisnanın kabulü, "güçlü model" (*strong model*) olarak ifade edilmekte iken; karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanması, "zayıf model" (*weak model*) olarak anılmaktadır. Tespit için bkz. **Atrill**, s. 550.

yapılabilir⁵⁸³. Sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun tespiti hâlinde dikkate alınması, objektif bağlama noktalarının doğurabileceği olumsuz neticeleri düzeltme amacı taşıyan istisnaî ve talî bir özelliğe sahiptir⁵⁸⁴. Bu çerçevede, Roma I Tüzüğü'nde, Restatement II'de sözleşmeyle veya taraflarla daha sıkı ilişkiye sahip başka bir ülke hukukunun varlığı hâlinde, bu hukukun uygulanacağı kabul edilmiştir⁵⁸⁵. Türk hukukunda MÖHUK md. 24/4'de de, bu kural aynen benimsenmiştir. Aynı şekilde, bazı milletlerarası sözleşmelerde bu istisnaî duruma yer verilmektedir⁵⁸⁶. Buna karşın, La Haye Temsil Konvansiyonunda bu şekilde bir kaçış klotuna yer verilmemesi doktrinde eleştiri almaktadır⁵⁸⁷.

III. OBJEKTİF BAĞLAMA NOKTASI ÖNERİLERİ

Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar bakımından yetkili hukukun objektif kriterlere göre tayininde önerilen bazı bağlama noktaları vardır. Bu bağlama noktalarının her birinin kendine göre öneri gerekçeleri olmakla birlikte, ortak amaç, acente sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukukun tayin edilmesidir.

1. Acentenin İşyeri

a. Genel Olarak

Milletlerarası unsurlu acente sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmemesi durumunda, teklif edilen bağlama noktalarından en çok kabul göreni, acentenin işyeridir.

Acentenin işyerinin, acente iç ilişkisinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespitinde bir bağlama noktası olarak tercih gerekçelerine geçmeden önce, acentenin işyeri kavramı üzerinde durulması icap etmektedir. Konuya ilişkin milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde acentenin işyeri hakkında bir

⁵⁸³ Sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığının tespiti hâlinde dikkate alınması hususu, istisnaî nitelik taşıdığından dar yorumlanmalıdır: **Stone**, Conflict, s. 286, dn. 15; **Solomon**, s. 1721.

⁵⁸⁴ **Güngör**, Temel, s. 149.

⁵⁸⁵ **Solomon**, s. 1719.

⁵⁸⁶ Örneğin 1986 tarihli Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon'da sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının bir istisna olduğu hükmü bağlanmıştır: **Tiryakioğlu**, B.: "Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli La Haye Sözleşmesi", MHB, C. 1-2, 1994, s. 128 (La Haye).

⁵⁸⁷ **Verhagen**, Agency, s. 215.

tanımlamaya gidilmemiştir⁵⁸⁸. Bu bakımdan, acentenin işyeri kavramı hakkında, doktrindeki tanımlardan yola çıkarak bir sonuca varılmaktadır⁵⁸⁹.

İşyeri kavramının, özellikle iş hukukunda uygulama bulduğu bir gerçektir. İş hukuku doktrininde verilen tanıma göre, işyeri, bir işveren tarafından mal veya hizmetin üretimi gibi teknik bir amacın gerçekleştirilmesi için, maddî veya maddî olmayan unsurlarla işgücünün bir araya getirildiği, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlardan oluşan iş organizasyonu kapsamında bir bütündür⁵⁹⁰. Doktrinde verilen bu işyeri tanımı, hukukî anlamda geniş bir sahayı içine almaktadır⁵⁹¹. Bu sebeple, acente sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku tayin eden bir bağlama noktası olarak acentenin işyerinin, doktrindeki bu tanımlamaya paralel olarak geniş kapsamda uygulanması kanaatimizce uygun değildir. İşyeri kavramının milletlerarası özel hukukta meslekî ve ticarî faaliyetin sürdürüldüğü yer şeklinde, dar bir anlamda kabul edilmesi yerinde olacaktır⁵⁹². Zira kural olarak acente sözleşmesi, meslekî veya ticarî faaliyet kapsamında gerçekleştirilen bir sözleşme olduğundan, acentenin, işçi gibi zayıf akit taraf olarak korunması gündeme gelmeyecektir. Ayrıca milletlerarası özel hukukta uygulanacak hukukun tayininde önem arz eden kesinlik, belirlilik, öngörülebilirlik gibi ilkeler de, bu denli geniş bir işyeri tanımının kabulüne imkân vermez. Bu gerekçelerle, acente sözleşmesinin profesyonel bir tarafı olarak acentenin işyerinin, acentelik faaliyetinin yürütüldüğü yerle sınırlandırılmasının isabetli olacağı kanısındayız⁵⁹³.

⁵⁸⁸ Milletlerarası özel hukukun kendi ihtiyaçlarına uygun bir işyeri tanımının yapılması gerektiği konusunda doktrindeki eleştiri için bkz. **Göger**, Devletler, s. 303.

⁵⁸⁹ Doktrinde işyeri kavramının tanımının zaman içinde doktrin ve içtihatlarla belirleneceği ifade edilmektedir: **Aybay/Dardağan**, s. 262.

⁵⁹⁰ Tanım kapsamında bkz. **Süzek**, S.: İş Hukuku, İstanbul 2008, s. 174; **Tunçomağ/Centel**: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003, s. 60; **Narmanlıoğlu**, Ü.: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s. 120.

⁵⁹¹ İş hukukunda verilen böyle geniş bir işyeri tanımlamasının özünde, iş sözleşmesi gibi işverene karşı zayıf konumda olduğu kabul edilen işçileri koruma yükümlülüğünün hukukî sınırlarını belirleme düşüncesi yatmaktadır: **Süzek**, s. 174.

⁵⁹² Doktrinde işyeri kavramını bu şekilde “meslekî faaliyetin yapıldığı yer” olarak dar bir kapsamda kabul eden bir başka tanımlama için bkz. **Özkan**, I.: Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 45; **Bayata Canyaş**, s. 170. Aynı paralelde, doktrinde verilen bir başka tanıma göre, işyeri, milletlerarası özel hukuk bakımından işin ağırlık taşıdığı mekân olarak, işletmenin bulunduğu yerdir: **Göger**, Devletler, s. 303.

⁵⁹³ Bu yönde bir tanımlama, İsviçre MÖHK md. 20/(c)'de verilmekte ve işyeri, iş faaliyetlerinin merkezi olan yer olarak kabul edilmektedir. Nitekim bazı milletlerarası sözleşmelerde yer alan işyeri tanımlamaları da aynı paraleldedir. Örneğin Milletlerarası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin

Acentenin birden çok işyerine sahip olması, milletlerarası ticaret kapsamında oldukça yaygın görülen bir olgudur. Özellikle tüzel kişi acentenin hem merkezinin hem şubesinin bulunması durumunda, işyeri sayılabilecek birden çok yer olacaktır. Bu hâlde, acente, belli bir ülke ile sınırlı olmadan, birden çok ülkede acentelik faaliyetinde bulunabilme imkânına sahiptir. Acente sözleşmesine uygulanacak hukuku tespitte dikkate alınacak olan işyerinin birden çok olması, hangisinin dikkate alınacağı sorusunu gündeme getirecektir. Doktrinde, birden çok işyeri olması durumunda merkez teşkil eden daimî işyeri hukukunun objektif bağlama noktası olarak dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır⁵⁹⁴. Kanaatimizce, birden çok ülkede işyeri bulunan bir acente ile temsil olunan arasında akdedilen acente sözleşmesinde, acentelik faaliyetlerinin yürütüldüğü esas işyeri yerine, acente sözleşmesiyle en sıkı ilişkili olan işyeri tercih edilmelidir⁵⁹⁵. Zira birden çok işyeri arasındaki merkezî işyerinin sözleşmeyle sıkı ilişkili işyeri olmaması her zaman için mümkündür. Nitekim La Haye Temsil Konvansiyonu md. 6/3'de de, sözleşmeye uygulanacak hukuku tespitte dikkate alınacak işyerinin birden çok olması hâlinde, temel ilişkiyle en sıkı ilişkili olan işyerinin esas alınması gerektiği hükme bağlanmıştır.

b. Acentenin İşyeri Hukuku Önerisinin Dayandırıldığı Gerekçeler

Acentenin işyeri hukukunun önerilmesinin bir takım gerekçeleri vardır. Söz konusu öneri gerekçelerinin temelinde, sözleşmenin, en sıkı ilişki içinde bulunduğu yerin, acentenin işyerinin olması düşüncesi yatmaktadır⁵⁹⁶.

Kullanılması Hakkında BM Konvansiyonu md. 4/(b)-(h)'de işyeri, taraflardan birinin mal veya hizmetlerin geçici olarak sağlanması dışında kalan bir ekonomik faaliyetin sürdürülmesi için sahip olduğu, geçici olmayan bir yerleşim birimi olarak tanımlanmıştır. Tespit için bkz. **Özdemir Kocasakal**, H.: "Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında BM Konvansiyonu", GSÜHFD, 2007/2, s. 269 (Uluslararası). Aynı şekilde, Viyana Sözleşmesi'nde (CISG) işyeri kavramı tanımlanmamakla birlikte, bu sözleşmede kastedilen işyeri kavramının, sürekli olan ve aşarî bağımsızlık taşıyan bir yer olması gerektiği konusunda tespitler yapılmaktadır: **Bonell**, M. J.: "The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law", The Rome Journal, V. 36, 2002, s. 335 vd. (UNIDROIT); **Toker**, A. G.: 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslar arası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005, s. 34 vd.

⁵⁹⁴ **Schmitthoff**, s. 174.

⁵⁹⁵ Akit statüsü kapsamında aynı yönde bir görüş için bkz. **Bayata Canyaş**, s. 171.

⁵⁹⁶ **Schmitthoff**, s. 173. Bu çerçevede, La Haye Temsil Konvansiyonu'nda temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuk olarak temsilcinin işyeri hukukunun öncelikli objektif bağlama kuralı olarak tercih

Acentenin işyeri hukukunun önerilmesindeki temel gerekçelerden biri, sözleşmenin karakteristik ediminin acente tarafından kendi işyerinde ifa edilmesidir⁵⁹⁷. Daha önce de vurgulandığı gibi, bazı hukuk düzenleri, acente sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukuku tercih ederken, sözleşmenin karakteristik edimini esas almaktadır. Buna göre, doktrinde bazı sakıncaları olduğu ifade edilen⁵⁹⁸ karakteristik edim teorisi çerçevesinde, acente sözleşmesindeki karakteristik edimin, acentenin edimi olduğu varsayılmaktadır⁵⁹⁹.

Acente sözleşmesinin baskın ediminin acentenin işyerinde ifa edilmesi, tercihin altında yatan nedenlerden bir başkasıdır⁶⁰⁰. Bu bakımdan, acentenin faaliyeti ve bu faaliyet çerçevesinde edimini yerine getirdiği işyeri, ön plâna çıkmaktadır. Her ne kadar acente sözleşmesinde karakteristik edim borçlusunun acente mi, temsil olunan mı olduğu konusunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte, acentenin ediminin sözleşmeyi karakterize eden edim olduğu açıktır. Zira sözleşmenin

edilmesinde, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku tayin ettiği fikri etkili olmuştur: **Verhagen**, Agency, s. 212.

⁵⁹⁷ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 41; **Verhagen**, Agency, s. 211, dn. 73.

⁵⁹⁸ Teoriye, doğurabileceği sakıncalar nedeniyle yöneltilen ilk eleştiri, özellikle sözleşmeye uygulanacak tespitinde, teorinin, mantıkî temelleri dikkate almaksızın, bir değerler isnadı çerçevesinde keyfî faktörlere dayanmasıdır: **D'oliveria**, H. U. J.: "Characteristic Obligation in The Draft EEC Obligation Convention", The American Journal of Comparative Law, Vol. 25, No. 2, 1977; s. 309-310; **Sargın**, Edim, s. 82. Karakteristik edimin, birden çok kriter dikkate alınarak tespit edilmesinin, uygulanacak hukukun belirlenmesinde belirsizliğe yol açması da doktrinde getirilen eleştirilerden bir diğeridir: **D'oliveria**, s. 316, 326. Bir başka eleştiri, teorinin, sözleşmeleri kategorilere ayırarak sözleşmeyle bağlantı kurmasından ileri gelmektedir. Buna göre, sosyolojik ve işlevsel bir yaklaşım barındırdığı ifade edilen teorinin, bu şekilde sözleşmeleri sınıflara ayırması eleştirilmekte, bunun yerine her bir sözleşmedeki karakteristik edimin ayrıca belirlenmesinin daha uygun olduğu vurgulanmaktadır: **D'oliveria**, s. 309, 326. Bu bağlamda, teorinin, yalnızca sözleşme kategorilerini birbirinden ayıran bir yöntem izlemesi eleştirilmekte ve bu kategoriye dâhil sözleşme tiplerinin birbirinden ayırt edici özelliğinin ne olduğu konusunda ilgilenmemesi önemli bir eksiklik olarak görülmektedir: **Sargın**, Edim, s. 81. Doktrinde teoriye yöneltilen eleştirilerden bir diğeri de, uygulanacak hukukun belirlenmesinde karakteristik edimle ilgili *a priori* olarak belirlenmiş bir irtibat noktasının dikkate alınmasının, teorinin sağlamaya çalıştığı fonksiyonel bakış açısı ile uyumadığı ile ilgilidir: **Sargın**, Edim, s. 82. Karakteristik edimin tespitinde, objektif kriterlerin yerine subjektif değerlendirmelerin ön plâna çıkması, eleştiri alan bir diğer husustur: **Sargın**, Edim, s. 81; **D'oliveria**, s. 313, 318. Aynı şekilde, teorinin, sözleşmenin doğası ve esası ile sözleşmenin ekonomik ve sosyal fonksiyonunu karıştırdığı da ileri sürülmektedir: **D'oliveria**, s. 311; **Sargın**, Edim, s. 82. Teorinin uygulanması ile ilgili olarak da, herhangi bir sözleşme çerçevesinde karakteristik edimin hangisi olduğu konusunda mahkeme içtihatları ve doktrinin farklı tespitlere varabilmesi ihtimali, tartışmalara neden olmaktadır: **Sargın**, Edim, s. 82. Ayrıca, bu teorinin her somut olay bakımından münferit değerlendirmede bulunmak yerine, sabit kriterlerden hareket etmesinin, her zaman en sıkı ilişkili hukuku tespiti vesile olmayacağı vurgulanmaktadır: **Sargın**, Edim, s. 83.

⁵⁹⁹ **Forsyth/Moser**: "The Impact of The Applicable Law of Contract on The Law of Jurisdiction Under The European Conventions", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, No. 1, 1996, s. 194.

⁶⁰⁰ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 41.

ekonomik ve sosyal fonksiyonunu teşkil eden, ağırlık merkezi olan, türünü belirleyen edim, karakteristik edim olarak kabul edilmektedir⁶⁰¹. Öyle ki, karakteristik edim, sözleşmenin yapılmasına neden teşkil eden edim olarak, sözleşmeye adını ve özünü vermekte⁶⁰² ve damgasını vurmaktadır⁶⁰³. Bu açıklamalar uyarınca, kanaatimizce, acente sözleşmesinin ağırlık merkezini oluşturan, sözleşmeye adını veren, sözleşmenin türünü belirleyen, sözleşmede üstün rol oynayan edim, acentenin edimidir. Acente sözleşmesi, acentenin faaliyet ağırlığında gerçekleşir. Zira temsil olunan, sözleşmenin diğer tarafı olmakla birlikte, acente sözleşmesinde ağır basan edimler, acente tarafından yerine getirilmektedir.

Karakteristik edimin belirlenmesinde doktrinde kabul edilen kriterlerden bir başkası da, karşılıklı edimler arasında, para ediminin karşılığı olan edimin karakteristik edim olarak kabul edilmesidir⁶⁰⁴. Bu bakımdan, bir sözleşmede, ekonomik ve sosyal açıdan baskın olan edim, para edimi değil, bilakis karşı edimdir⁶⁰⁵. Gerçekten de para edimi, kural olarak sözleşmelerin sabit/ortak edimi olarak tek tip bir edimdir⁶⁰⁶. Para ediminin karşısında olan edim ise, para ediminin aksine karmaşık bir yapıya sahiptir⁶⁰⁷. Modern ticarî hayatta çoğu sözleşme için para edimi, taraflardan birinin edimi olduğundan karakteristik edim olarak kabul

⁶⁰¹ Karakteristik edimin niteliğini ortaya koyan tespitler için bkz. **Güngör**, Tüketici, s. 191; **Dardağan**, s. 244; **Özdemir Kocasakal**, Elektronik, s. 131; **Ekşi**, Roma, s. 111, **Özel**, MÖHUK, s. 582.

⁶⁰² **Lipstein**, K.: "Characteristic Performance-A New Concept in The Conflict of Laws in Matters of Contract for The EEC", Northwestern Journal of International Law and Business, 1981, Vol. 3, No. 2, s. 404; **Doğan**, Milletlerarası, s. 299; **Akıncı**, Taraf, s. 31, 40; **Güngör**, Temel, s. 174.

⁶⁰³ **Dacey/Morris**, s. 1236.

⁶⁰⁴ **Houtte**, s. 22; **Hill**, s. 334.

⁶⁰⁵ **Ekşi**, Roma, s. 112; **Özel**, MÖHUK, s. 583; **Kocayusufpaşaoğlu**, Devletler, s. 386. Ancak doktrinde para edimi dikkate alınarak yapılacak tespitin âdil sonuçlar vermeyeceği savunulmaktadır. Buna göre, para ediminin karakteristik edim olarak nitelendirilmemesi, bir sözleşmede paranın sosyal açıdan en önemli unsur olabilme ihtimalini engellememelidir: **D'oliveria**, s. 310, 315. Aynı şekilde, taraflarından birinin zayıf akit taraf olduğu sözleşmelerde, zayıf tarafın menfaatinin önemi nedeniyle, karşı edimin para edimi olması, bir tarafın daha fazla risk alması, sözleşmenin bir tarafının hazırladığı standart sözleşme üzerine kurulması gibi karakteristik edimin sabit kriterler dikkate alınarak belirlenmesinin yanlışlığından bahsedilmektedir: **D'oliveria**, s. 314-316, 319. Aynı paralelde doktrinde, karakteristik edim teorisinde, para ediminin etkisiz bir edim olarak kabul edilmesinin, milletlerarası ticaretin gerekleriyle bağdaşmadığı da ileri sürülmektedir: **Sargın**, Edim, s. 83. Doktrinde eleştirel anlamdaki bir başka görüşe göre ise, her iki tarafın ediminin de para ya da paradan başka bir şey olması nedeniyle eşit ağırlığa sahip sözleşmelerde (örneğin trampa ve sendikasyon sözleşmeleri) karma nitelikli sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusunun edimini birden çok ülkede ifa ettiği sözleşmelerde, para edimini dikkate alınarak karakteristik edimin belirlenmesi, teorinin yetersizliğini ortaya koyacaktır: **Güngör**, Temel, s. 195.

⁶⁰⁶ **D'oliveira**, s. 306.

⁶⁰⁷ **Sargın**, Edim, s. 48; **Ekşi**, Roma, s. 112.

edilmemektedir⁶⁰⁸. Bu nedenle, tarafların karşılıklı edimlerinin bulunduğu iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karakteristik edim, sözleşmenin ağırlık merkezini oluşturan ve para ediminin karşılığı olan edimdir⁶⁰⁹. Karakteristik edimi tespitte dikkate alınan bu kriterden hareketle, acente sözleşmesinde temsil olunanın edimi para iken, acentenin edimi acentelik faaliyeti kapsamında temsil olunan ad ve hesabına sözleşme akdetmek ya da sözleşme yapılmasına aracılıkta bulunmaktır. Acente sözleşmesinin, iş görme edimi içeren bir sözleşme olması da dikkate alındığında, bu kriter çerçevesinde de acente sözleşmesindeki karakteristik edim borçlusunun acente olduğu aşikârdır.

Karakteristik edimin belirlenmesinde ortaya konan bir başka kriter, bunun sözleşmenin hukukî niteliğine göre tayin edilmesidir. Acente sözleşmeleri, kural olarak meslekî ve ticarî bir faaliyet kapsamında kurulmaktadır. Buna göre, acente sözleşmesi, meslekî bir faaliyet çerçevesinde, vekâlet sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi gibi sözleşmelerin farklı özelliklerini de taşıyan kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme olarak kabul edilmektedir⁶¹⁰. Acente sözleşmesinin bu hukukî niteliğinden hareketle, karakteristik edimin tespiti yapılabilir. Bu çerçevede, acente sözleşmesindeki karakteristik edim, meslekî faaliyet kapsamında kurulan bu sözleşmeye ağırlığını veren edim olarak acentenin edimidir⁶¹¹.

Görüldüğü üzere, karakteristik edim teorisi çerçevesinde dikkate alınan unsurlar uyarınca, acente sözleşmesinde iç ilişkinin baskın edimi, acente tarafından yerine getirilmektedir. Dolayısıyla acente sözleşmesinin karakteristik ediminin acentenin işyerinde ifa edileceğinden kuşku yoktur. Alman doktrininde de savunulduğu üzere, acente sözleşmesinde acentenin yüklendiği edim, kural olarak

⁶⁰⁸ **Lipstein**, s. 407; **Dacey/Morris**, s. 1237.

⁶⁰⁹ **Dacey/Morris**, s. 1237. Bununla birlikte, doktrinde ifade edildiği üzere, taksitli satım sözleşmesi örneğinde olduğu gibi, bazı sözleşmelerin özelliklerinden, sosyo-ekonomik bağlantılarından yola çıkarak ağırlık teşkil eden edim para edimi olarak kabul edilebiliyorsa, bu edimin tayin edeceği bağlama noktasının esas alınmasında da bir engel bulunmamalıdır: **Özel**, MÖHUK, s. 598.

⁶¹⁰ Acente sözleşmesinin hukukî niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, dn. 30'daki açıklamalar.

⁶¹¹ Meslekî ve ticarî faaliyetler kapsamında kurulan sözleşmelerde, karakteristik edim, kural olarak bu meslekî ve ticarî faaliyet sonucu ortaya çıkan edimdir: **Akıncı**, Taraf, s. 31; **Özel**, MÖHUK, s. 591. Bununla birlikte, karakteristik edim teorisi, meslekî ve ticarî faaliyet kapsamında kurulan sözleşmeler bakımından, karakteristik edimi dikkate alarak uygulanacak hukuku tespit ettiği için, kural olarak sözleşmenin profesyonel tarafını koruduğu gerekçesiyle doktrinde birçok yönden eleştirilmektedir. Eleştiriler hakkında bkz. **Sargın**, Edim, s. 66 vd.; **D'oliveria**, s. 327.

acentenin işyerinde ifa edilmektedir. Bu paralelde, acentenin işyerinde faaliyette bulunması, burasını bağlama noktası olarak kabul etmeye zorlayan hususlardan biridir⁶¹². Zira acentenin işyerinin bulunduğu ülke, acente sözleşmesinde kilit role sahiptir⁶¹³. Bu gerçek, acentenin işyeri hukukunun, genel bağlama kuralı olarak sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk olarak tercihinin neden olmaktadır.

Acentenin işyeri hukukunun önerilmesindeki temel gerekçelerden biri de, acentenin, edimiyle ilgili gerekli hazırlıkları, işyerinin bulunduğu yerde yapmasıdır⁶¹⁴. Zira temsil yetkisini haiz bir acente, kural olarak kendi işyerinde üçüncü kişilerle sözleşme akdetmek üzere görüşmelerde bulunur, sözleşmeye yönelik hazırlıkları yapar ve devamında da sözleşme akdeder. Dolayısıyla, acentenin işyeri, acente sözleşmesinin ekonomik, hukukî ve sosyal anlamda merkezi niteliğindedir. Bu işyeri, ticarî faaliyetlerin toplandığı bir merkez konumundadır.

Bu açıklamalardan hareketle, acente ilişkisinin özünde işyerlerinin olduğu sonucuna varılabilir. Elbette acentenin birden çok ülkede faaliyette bulunması imkân dâhilindedir. Böyle bir hâlde, bu ülkelerde de hukukî ve ekonomik sonuçlar doğabilmekle birlikte, yapılan hukukî işlemle sıkı ilişkili olan işyerinin bulunduğu ülke, acentelik faaliyetinin merkezi olarak ön plânda olacaktır. Zira acentelik faaliyeti, ağırlıklı olarak acentenin işyerinde etki gösterecektir⁶¹⁵.

Acentenin işyerinin önerilmesindeki gerekçelerden bir başkası, bu yerin, acentelik gibi üç taraflı bir ilişkide, ilişkinin her üç tarafının da bildiği bir yer olmasıdır. Bu çerçevede, Alman doktrininde, acentelik faaliyetinin yerine getirildiği yer ile acentenin üçüncü kişilerle ilişkide bulunduğu yer ve acentenin işyeri aynı ve tek bir yer olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla, uygulanacak hukukun, bu ilişkinin

⁶¹² Alman doktrininde Ficker, Baumbach/Duden, Rimpler ve Würdinger tarafından kabul edilen bu yönde görüşler hakkında bkz. **Tekinalp**, Acente, s. 74.

⁶¹³ **Badr**, s. 155; **Verhagen**, Agency, s. 211, dn. 73.

⁶¹⁴ Karakteristik edim borçlularının, sözleşmeden doğan edimleriyle ilgili hazırlıkları kural olarak kendi mutad mesken/yerleşim yeri/işyerinde gerçekleştirecekleri ifade edilmektedir: **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 38.

⁶¹⁵ Sözleşmenin ekonomik ve sosyal fonksiyonlarının her zaman karakteristik edim borçlusunun ülkesinde gerçekleşmeyeceği hakkındaki aksi görüş için bkz. **Özel**, MÖHUK, s. 584.

ağırlık merkezi olarak acentenin işyeri hukukunun olması gerektiği savunulmaktadır⁶¹⁶.

Doktrinde, mutad mesken ve yerleşim yeri için söylendiği gibi, işyerinin de sözleşme dışı bir unsur olduğu ve bu sebeple makûl bir bağlama noktası olarak kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁶¹⁷. Temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmede, acentenin işyeri, sözleşme dışı bir unsur olsa bile, kural olarak taraflar arasındaki üç taraflı ilişkide, acentelik ilişkisinin yürütüldüğü yerdir. Dolayısıyla, bu tür ticarî ve meslekî bir meskenin, acente sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından esas alınması yerindedir.

Acentenin işyeri hukukunun önerilmesinde, işyerinin kesin, belirli ve süreklilik arz etmesi nedeniyle öngörülebilirliği sağlaması da etkili olmaktadır⁶¹⁸. Buna göre, acente sözleşmesinde, acentenin işyeri, kural olarak sözleşme anında belli olduğu için, tesadüflere göre belirlenmiş bir bağlama noktası değildir. Örneğin Roma I Tüzüğü md. 19/2'de, bir sözleşmenin bayî, acente veya başka bir işletmenin işletilmesi çerçevesinde kurulması durumunda ya da sözleşmeye göre edim, bayî, acente veya başka bir işyeri tarafından ifa edilecekse, uygulanacak hukukun belirlenmesinde bu yerin dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır. Böyle bir hükmün kabulünde, acente tarzı temsilcilerin işyerlerinin, belirli ya da belirlenebilir olması gerekçesinin dikkate alındığından kuşku yoktur.

Acentenin işyeri hukuku, diğer bazı hukuk düzenlerinde de, objektif bağlama kuralı olarak benimsenmiştir. Örneğin, İsviçre MÖHK md. 117/3'de çeşitli hukukî ilişkiler bakımından sayılan karakteristik edim kataloğunda, acente sözleşmesi yer almamaktadır. Bununla birlikte, hukukî nitelik bakımından benzer özellikler taşıdığı yukarıda ifade edilen hizmet sözleşmesinde hizmet ediminin, vekâlet sözleşmesinde vekâlet ediminin karakteristik edim olarak kabul edilmesine paralel olarak, acente sözleşmesinde de acentenin edimi, şüphesiz karakteristik edim olarak dikkate

⁶¹⁶ **Würdinger**, Handelsgesetzbuch, Bd. 1, Aufl. 2, Berlin 1953 (Tekinalp, Acente, s. 75'den naklen).

⁶¹⁷ **Özel**, MÖHUK, s. 585.

⁶¹⁸ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 41. Bu çerçevede, La Haye Temsil Konvansiyonu'na ilişkin Karsten Raporu'nda ifade edildiği üzere, temsilcinin işyeri, devamlı niteliğe sahip olmasının de etkisiyle, taraflarca makûl surette öngörülebilir ve kolaylıkla belirlenebilir bir bağlama noktasıdır. Karsten Raporu hakkında ayrıntılı olarak bkz. <http://www.hcch.net/upload/exp127.pdf> (Erişim Tarihi: 30.11.2011).

alınacaktır⁶¹⁹. Amerikan hukukunda da acentenin işyeri ile ilgili açık bir düzenleme yoktur. Ancak sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku belirlemede acentenin işyeri, önemli bir kriter olarak kabul edilmiştir⁶²⁰. Çin hukukunda ise, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde, acentelik gibi temsil sözleşmeleri ayrıca düzenlenmiş ve temsilcinin işyeri hukuku, diğer bazı sözleşme tipleriyle birlikte sıralanmıştır⁶²¹. İlâve olarak, Japon hukukunda, acentenin bağımsız niteliğe sahip olması, temsil olunan ve acentenin konumu, temsil olunana bağımlı olarak çalışmaması, temsil olunan ad ve hesabına hareket etmesi, hukuk seçimi yokluğunda sözleşmeyle en sıkı ilişkiye sahip olması ve ilişkinin ağırlık merkezinde yer alması gibi özellikleri, acentenin işyeri hukukunun tercihine gereçte teşkil etmiştir⁶²². La Haye Temsil Konvansiyonunda kabul edilen bağlama kuralı da, temsilcinin işyeri hukukudur⁶²³. Buna göre, Konvansiyon md. 6/1, hukuk seçimi anlaşmasının yapılmamış veya geçersiz olması durumunda, öncelikle temsil yetkisinin verilme anındaki temsilcinin işyeri hukukunun uygulanmasını öngörmüştür⁶²⁴.

2. Temsil Olunanın İşyeri

Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukuku tespitte önerilen bağlama noktalarından bir diğeri, temsil olunan işyeridir. Acente ilişkisinin temel sözleşmesi olan acente sözleşmesi, acente ve temsil olunan tarafından

⁶¹⁹ İsviçre doktrininin konuya ilişkin görüşleri hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Tekinalp**, Acente, s. 74.

⁶²⁰ **Solomon**, s. 1714.

⁶²¹ **Guiguo/Mo**, s. 734.

⁶²² **Nishi**, s. 78.

⁶²³ La Haye Temsil Konvansiyonunda temsil iç ilişkisi bakımından, kural olarak temsilcinin işyeri hukuku dikkate alınacak olmakla birlikte, Konvansiyonun hazırlık aşamasında değişik teklifler de yapılmıştır. Bu çerçevede, temsil olunan ve temsilci arasındaki ilişkiyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiği, İngiltere temsilcisi tarafından teklif edilmiştir. Ancak bu teklife yönelik eleştirilerde, Konvansiyonun bütün sözleşmeleri kapsamadığı, sadece doğrudan temsile ilişkin hükümler getirdiği, uygulanacak hukuku tespit noktasında taraflara kesinlik sağlama bakımından temsilcinin işyeri hukukunun benimsenmesinin daha yerinde olacağı ifade edilmiştir: **Verhagen**, Agency, s. 212, dn. 76-80.

⁶²⁴ Temsilcinin işyerinin bulunmaması hâlinde ise, temsilcinin mutad mesken hukukunun uygulanması, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 6/1'de ifade edilmiştir. Temsilcinin işyerine sahip olmadığı durumlarda, mutad mesken hukukunun uygulanması, mantıklı bir çözüm olarak görülmektedir. Zira yerleşim yeri kavramının aksine mutad mesken, çoğu ülkede farklı bir hukukî anlamı olmamasından dolayı, tek tip yoruma yatkın olma avantajına sahiptir: **Verhagen**, Agency, s. 218 vd. La Haye Temsil Konvansiyonu'nda, temsilcinin işyerinin tespit edilememesi hâlinde, mutad meskeninin esas alınacağı hükme bağlanmakla beraber, bunun da tespit edilememesi durumunda hangi bağlama noktasının uygulanacağına dair bir hüküm yoktur. Böyle bir durumda, temsil iç ilişkisinin kurulduğu zamanda temsilcinin geçici meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması gerektiği doktrinde savunulmaktadır: **Verhagen**, Agency, s. 220.

akdedilmektedir. Hukuk düzenlerinde kural olarak kabul edildiği üzere, acentenin üçüncü kişilerle temsil olunan ad ve hesabına muamelede bulunması sonucunda, söz konusu hukukî işlemlerin hüküm ve sonuçlarının, temsil olunan ve üçüncü kişinin hukukî alanında doğacak olması, hem acente sözleşmesine, hem de esas sözleşmeye taraf olan temsil olunanın işyerini ön plâna çıkarmaktadır.

Acente iç ilişkisinde temsil olunanın işyerinin, uygulanacak hukuku tayin etmesi önerisinin temel gerekçesi, bu yerin belirli, öngörülebilir, devamlı ve pratik bir bağlama noktası olmasıdır⁶²⁵. Geçmişte, özellikle Alman doktrininde savunulmuş olan bu öneriye göre, acente sözleşmesi, acente ilişkisinin temel sözleşmesi olarak temsil statüsünün tespitinin aksine üçüncü kişileri etkilememekte, hatta doğrudan ilgilendirmemektedir. Bu bakımdan, işlem güvenliği ilkesi, burada önem taşımayacağı için, acentenin işyeri ya da muamele yeri bağlama noktalarının uygulanmasına da gerek bulunmamaktadır⁶²⁶.

İngiliz hukukunda ise geçmiş yıllarda, acente sözleşmesi statüsünün “*proper law*” doktrini çerçevesinde temsil olunanın işyeri hukuku esas alınarak tayin edilmesi gerektiği savunulmuştu⁶²⁷. Bu görüş, temsil olunanın işyerinin bağlama noktası olarak tercih sebeplerini açıklamak yerine, acenteye ve muamele yerine ilişkin bağlama noktalarının neden dikkate alınamayacağından hareket etmektedir⁶²⁸.

Temsil olunanın işyeri hukukunun öneri gerekçelerinden bir diğeri, temsil olunan konumundaki bir işletmenin, birden çok ülkede acentesi bulunması hâlinde, her ülkedeki acente ilişkisinin nitelik olarak aynı olmasına karşın, farklı hukukların uygulanmasının işletmede birliği bozacak olmasıdır. Alman doktrininde savunulan bu görüş gereğince, acentenin işyerinin kabulünün doğurabileceği bu tarz öngörülmezliklerin onaylanması mümkün değildir⁶²⁹.

⁶²⁵ **Beitzke**, Das Anwendbare Recht, DB. 1961, s. 529 (Tekinalp, Acente, s. 76’dan naklen); **Verhagen**, Agency, s. 211.

⁶²⁶ **Beitzke**, s. 529 (Tekinalp, Acente, s. 76’dan naklen).

⁶²⁷ İngiliz hukukunda mahkemeler Roma Konvansiyonu kabul edilmeden önceki dönemde “*proper law*” doktrini çerçevesinde, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuku dikkate almaktaydı: **Jaffey**, Proper, s. 534.

⁶²⁸ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Hay/Müller-Freienfels**, s. 8.

⁶²⁹ Alman doktrininde Beitzke, Wolff, Gamillscheg, Kegel, Brüggemann tarafından savunulan bu görüş hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Tekinalp**, Acente, s. 76.

3. Muamele Yeri

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukuku tayin eden bağlama noktası önerilerinden muamele yeri, acente ilişkisinin faaliyet alanını ifade etmektedir. Acentenin temsil olunandan aldığı temsil yetkisi ile onun ad ve hesabına muamelede bulunduğu yer, acentenin faaliyet alanının sınırlarını çizer⁶³⁰.

İngiliz hukukunda muamele yeri, temsil olunanın işyeri için savunulduğu gibi, sözleşmeyle en uygun hukukun uygulanmasını sağlayan bağlama noktası olarak geçmiş yıllarda doktrinde benimsenmişti⁶³¹. Aynı paralelde, Amerikan hukukunda Restatement'lardan önce, acentenin muamelede bulunduğu yer hukuku, acente sözleşmesine uygulanacak hukuku tayin eden objektif bağlama kuralı olarak dikkate alınmaktaydı⁶³².

Muamele yeri hukuku, La Haye Temsil Konvansiyonunda da kabul edilmiştir. Konvansiyon md. 6/2'de düzenlenen istisnaî bağlama kuralına göre, temsil olunanın işyeri, yoksa mutad meskeni, temsilcinin ağırlıklı olarak işlem yaptığı ülkede ise, muamele yeri olarak bu ülke hukuku uygulanacaktır⁶³³. Böylece temsil olunanın işyeri ya da mutad meskeni ile muamele yerinin çakışması durumunda, bu müşterek hukuk, temsilcinin işyeri hukukuna tercih edilmiştir. Bununla birlikte, temsilcinin ağırlıklı olarak muamelelerini temsil olunanın ülkesinde yapıp yapmadığının tespiti, her zaman kolay değildir. Bu nedenle, yalnızca böyle bir tespitin kesin olarak yapılabilmesi şartıyla La Haye Temsil Konvansiyonu md. 6/2'nin uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁶³⁴.

Muamele yeri hukukunun, acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk olarak önerilmesindeki ilk gerekçe, acente sözleşmesinin niteliği ile ilgilidir. Alman doktrininde ileri sürülen bu görüşe göre, sözleşmenin niteliği gereğince, acente sözleşmesi, acentenin faaliyette bulunduğu ülke hukukuna tâbi tutulmalıdır. Bu görüşün dayanağı, acente sözleşmesinin, hukukî nitelik olarak bir hizmet sözleşmesi

⁶³⁰ Acentenin faaliyet alanı hakkında bkz. **Kayihan**, s. 39-40.

⁶³¹ İngiliz doktrinindeki bu görüş hakkında bkz. **Hay/Müller-Freienfels**, s. 8.

⁶³² Konuyla ilgili olarak örnek bir karar için bkz. *Matarese v. Calise*, 305 A.2d 112 (R.I. 1973) kararı: **Hay/Müller-Freienfels**, s. 9 vd.

⁶³³ **Koppenol-Laforce**, s. 159; **Houtte**, s. 180.

⁶³⁴ **Verhagen**, Agency, s. 222.

sayılmasıdır⁶³⁵. Muamele yerinin, önerilme gerekçelerinden ikincisi ise, bu bağlama noktasının, acentenin yerleşim yeri veya işyeri ile aynı olması fikrinden hareket etmektedir⁶³⁶.

Acente iç ilişkisinden doğan uyuşmazlıkların acentenin muamele yeri hukukuna tâbi tutulması, Türk hukukunda Mülga TTK md. 117/3 uyarınca benimsendiği ifade edilmektedir⁶³⁷.

IV. GÖRÜŞÜMÜZ

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun objektif kriterlere göre tespitinde, acentenin işyerinin, sözleşmeyle sıkı ilişkili hukuku tayin eden bağlama noktası olduğu kanaatindeyiz. Acentenin işyerinin, acente sözleşmesinin ağırlığını teşkil eden edimlerin yerine getirildiği yer olması, doğal olarak sözleşmeyle sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına sebep olacaktır. Her ne kadar acente sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması her zaman ihtimal dâhilinde olmakla birlikte, yukarıda ifade edilen gerekçelerle, kural olarak en sıkı ilişkiyi acentenin işyerinin tesis edeceği kanısındayız.

Öngörülebilirliğin, milletlerarası özel hukuk adaletini sağladığı dikkate alınırca, karakteristik edim teorisi çerçevesinde acentenin işyeri hukukunun uygulanacak hukukun tayininde esas alınması, bu açıdan da yerinde olacaktır. Belirli ve öngörülebilir olması nedeniyle, acentenin işyeri hukukunun uygun bir bağlama kuralı tercihi olduğu kanaatindeyiz⁶³⁸.

Acentenin işyerinin somut olarak tespiti de kolaydır. Böylece sıkı ilişkili hukukun tespitinde yaşanabilecek tereddütler, asgarî düzeye indirilmeye

⁶³⁵ Alman hukukçu Schröder tarafından savunulan görüş hakkında bkz. **Tekinalp**, Acente, s. 78.

⁶³⁶ Alman doktrininde Würdinger tarafından ileri sürülen bu görüş hakkında bkz. **Tekinalp**, Acente, s. 78.

⁶³⁷ Konu hakkında ayrıntılı açıklama “Türk Hukukuna Bakış” başlığı altında yapılacaktır.

⁶³⁸ Doktrinde Sargın, akit statüsü kapsamında, taraflara hukuk seçiminde bulunma imkânı verilmesinin, öngörülebilir bir hukukun uygulanmasına neden olacağını ifade etmekle birlikte; hukuk seçiminin yokluğu hâlinde, uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilâfi kurallarının amacının öngörülebilirlik değil, somut dava adaletini ve hakkaniyeti sağlamak olduğunu savunmaktadır: **Sargın**, Edim, s. 89-90.

çalışılacaktır⁶³⁹. Bu bakımdan, acentenin işyeri, diğer bağlama noktası önerilerine nazaran en makûl olanıdır.

Acente sözleşmesinde karakteristik edimin acente tarafından ifa edilmesi, tek başına haklı bir tercih nedeni olmasa da, acente ilişkisinin her üç tarafının da, acentenin işyerine vakıf olması, bu konuda belirlilik sağlayacaktır. Kural olarak meslekî veya ticarî faaliyette bulunan acentenin, sabit bir işyerine sahip olması, bu bağlama noktasının uygulanacak hukuk olarak tercihinde daha isabetli gözükmetedir.

Temsil olunanın işyerinin tercih edilmesi gerektiğine ilişkin görüşün ise, tamamen farazî nitelikte olduğu kanaatindeyiz. Zira bir işletmenin birden çok acente ile farklı ülkelerde acentelik faaliyetinde bulunması, globalleşen ticaret hayatında olağan bir durum hâline gelmiştir. Temsil olunanın, acentelerinin her biriyle münferit olarak sözleşme akdettiği düşünüldüğünde, her bir sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluğa uygulanacak hukuk da, ilgili olduğu sözleşme uyarınca özel olarak tespit edilecektir. Kaldı ki, bu şekilde birden çok ülkede acentesi bulunan temsil olunanın, bütün acentelik ilişkilerine aynı hukuku uygulatmak adına, kendi işyeri hukukunun tercih edilmesi, öngörülebilirliği sağlayacak olmakla birlikte, bunun milletlerarası özel hukuk adaletiyle bağdaşmayacağı da ortadadır. Doktrinde isabetle savunulduğu üzere, milletlerarası özel hukuk bakımından, birden çok ülkedeki acente faaliyetlerini tek bir hukuka tâbi tutmak için, temsil olunanın işyerinin veya işletme merkezinin bulunduğu yerin uygulanmasının, ihtilâfları azaltacağına ilişkin görüşlerin tespiti ise kolay değildir. Özellikle, ticarî işletmenin tek ve yeknesak bir hukuka tâbi olacağını söylemek, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukla ilgili sorunu tek yönden görme hatasına düşürecekdir⁶⁴⁰.

Acente sözleşmesinin, hukukî nitelik olarak hizmet sözleşmesine benzemesini esas alarak muamele yeri hukukuna tâbi tutan görüşün de, yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Zira acente sözleşmesini, hukukî olarak salt hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmek doğru değildir. Bir ücret karşılığında yapılması zorunlu olan acente sözleşmesi, bu niteliği gereğince tam iki tarafa borç yüklediği için, ivazsız da

⁶³⁹ Aynı yönde bkz. **Eksi**, Roma, s. 110.

⁶⁴⁰ **Tekinalp**, Acente, s. 77.

yapılabilen vekâlet sözleşmesinden ayrılmaktadır. Aynı şekilde, genellikle belli işler için kullanılan vekâlet sözleşmesi, sürekli bir akdî ilişki doğuran acente sözleşmesinden bu noktada farklılık arz etmektedir. Acentenin niteliklerinden birinin de, bağımsızlığı olduğu dikkate alınırca, acente sözleşmesinin bağımlı bir ilişki arz eden hizmet sözleşmesine benzemediği sonucuna varılabilecektir⁶⁴¹. Bu gerekçelerle, acente sözleşmesine uygulanacak hukuku, sözleşmenin hizmet sözleşmesi niteliği taşıdığı gerekçesiyle muamele yeri bağlama noktasına tâbi tutmanın doğru olmadığı kanısındayız. Aynı şekilde, muamele yerinin, acentenin işyeri ile aynı olacağı varsayımından yola çıkılarak tercih edilmesi, isabetten uzaktır. Zira acentenin, acente sözleşmesinden kaynaklanan faaliyetlerini işyerinde yürütmesi asıl olmakla birlikte, böyle bir zorunluluk da bulunmamaktadır. Milletlerarası ticaretin gelişimine paralel olarak, acentelerin, muamelelerini işyerinin bulunduğu ülkeler dışında da yapabilmesi imkân dâhilindedir.

E. TÜRK HUKUKUNA BAKIŞ

I. GENEL OLARAK

Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukuku tespit eden bağlama kuralı, Türk hukukunda özel olarak düzenlenmiş değildir. Bu bakımdan, acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk, akit statüsü çerçevesinde tespit edilmektedir.

Türk hukukunda, 2675 sayılı Mülga MÖHUK'tan önce, Mülga TTK md. 117/3'deki hükmün bir kanunlar ihtilâfı kuralı olup olmadığı konusunda doktrinde tartışma söz konusu idi⁶⁴². Mülga TTK md. 117/3 gereğince, Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi olmayan ecnebî ticarî işletmeleri nam ve hesabına memleket içinde muamelede bulunanlar, acentelik faslı hükümlerine tâbidir. Doktrinde bir görüş, bu hükmün, milletlerarası unsurlu acente ilişkisi ile ilgili tek yanlı bir kanunlar ihtilâfı kuralı olduğunu kabul etmekte idi⁶⁴³. Görüşe göre, Mülga TTK md. 117/3, bir bağlama kuralı olarak, muamele yerini esas alarak uygulanacak hukuku göstermektedir. Yabancı bir işletme adına ve hesabına muamelede bulunmanın bağlama konusunu, ihtilâfın Türkiye içinde gerçekleşmesinin bağlama

⁶⁴¹ Acente sözleşmesini, vekâlet ve hizmet sözleşmesinden ayıran özellikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kınacıoğlu**, s. 35; **Kayıhan**, s. 94; **Ayan**, s. 28.

⁶⁴² Mülga TTK md. 117/3'ün uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp**, Acente, s. 67 vd.

⁶⁴³ **Tekinalp**, Acente, s. 78.

noktasını, aynı şekilde ihtilâfin Mülga TTK'nın 8. faslına tâbi tutulmasının ise, uygulanacak hukuku tayin ettiği savunulmuştu⁶⁴⁴. Bu çerçevede, muamele yeri, ticarî yerleşim yeri bulunan acenteler bakımından işyeri, bulunmayan hâllerde ise yerleşim yeri olarak kabul ediliyordu⁶⁴⁵. Doktrinde konuya ilişkin bir başka görüş ise, Mülga TTK md. 117/3'ü bir bağlama kuralı olarak kabul etmekle birlikte, niteliği konusunda açıklama getirmemişti⁶⁴⁶. Aynı paralelde bir diğer görüş, Mülga TTK md. 117/3'ün bir kanunlar ihtilâfı kuralı olduğunu savunmakla beraber, bağlama noktası olarak belirtilen muamele yerinin aslında ticarî yerleşim yeri olarak nitelendirilmesi gerektiğini ifade etmiş ve sonuçta bu iki bağlama noktasının ifa yerinde birleştiğini ileri sürmüştü⁶⁴⁷. Bununla birlikte, doktrinde, bu hükmün bir bağlama noktası olduğu konusunda tereddüt gösterenler de olmuştur⁶⁴⁸.

Kanaatimizce Mülga TTK md. 117/3, milletlerarası unsurlu acente ilişkisine uygulanacak hukuku gösteren bir bağlama kuralı değildir. Bu hükümle kastedilen hukukî durum, Mülga TTK md. 116/1'de sayılan unsurların tamamına sahip olmadığı için acente sayılmayan Türkiye içinde merkez ya da şubesi bulunmayan yabancı ticarî işletme ad ve hesabına Türkiye'de hukukî işlem yapan kişilerin, kanun koyucu tarafından acente benzeri olarak kabul edilerek, acentelik faslı hükümlerinin uygulama bulmasının sağlanmasıdır⁶⁴⁹. Örneğin, TTK md. 116/1 uyarınca acentenin faaliyetlerinin süreklilik arz etmesi gerekir⁶⁵⁰. Buna karşın, TTK md. 117/3'e uygun olarak bir kimse tek bir iş için Türkiye'de hukukî işlem yapmış olsa dahi acente sayılacaktır⁶⁵¹. Bu bakımdan, TTK md. 117/3'ün kanunlar ihtilâfı hukuku çerçevesinde milletlerarası unsurlu acente ilişkisine uygulanacak hukuku tayin etme gibi bir fonksiyonunun olmadığı kanısındayız. Bilakis söz konusu düzenleme, TTK md. 117/3 gereğince yabancı ticarî işletmeler ad ve hesabına Türkiye'de faaliyette bulunan ve acente sayılan kimselerin yaptıkları hukukî işlemler nedeniyle Türk

⁶⁴⁴ **Tekinalp**, Acente, s. 68.

⁶⁴⁵ **Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu**, s. 395 vd.

⁶⁴⁶ **Kınacıoğlu**, s. 92.

⁶⁴⁷ **Göger**, E.: Deniz Hukukundaki Eşya Taşıma (Navlun) Mukavelelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara 1965, s. 93-94 (Deniz).

⁶⁴⁸ **Karayalçın**, s. 521.

⁶⁴⁹ **Arkan**, s. 225; **Kayıhan**, s. 79.

⁶⁵⁰ **Arkan**, s. 200.

⁶⁵¹ Örnek bir Yargıtay kararı için bkz. Y. 13. HD, 9.12.1996 T, E. 10324, K. 10982 sayılı karar: YKD, 1997, C. 23, S. 2, s. 230-231.

vatandaşlarının korunmasını amaçlamaktadır⁶⁵². Böylece Türkiye dışında bulunan temsil olunana izâfeten TTK md. 117/3 uyarınca acente sayılan kimselere dava açılabilir⁶⁵³.

2675 sayılı Mülga MÖHUK'un düzenlediği bağlama konuları kapsamında acente sözleşmesi ve temsil ilişkisi yer almamakta idi. Bu nedenle, acente sözleşmesine uygulanacak hukuk, akit statüsü kapsamında tayin edilmekte idi. Ancak Mülga TTK md. 117/3, yine özel bir hüküm olarak uygulanmakta idi⁶⁵⁴.

5718 sayılı MÖHUK'da ise, acente ilişkisi başlığı altında özel bir hüküm bulunmasa da, temsile ilişkin yeni bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, temsil iç ilişkisine uygulanacak hukuk, MÖHUK md. 30/1 ve bu maddenin yollamasıyla md. 24 çerçevesinde belirlenmektedir. Aynı şekilde, aşağıda detaylı olarak üzerinde durulacak olan temsil statüsü, MÖHUK md. 30/2 uyarınca tayin edilecektir.

Bu açıklamalardan hareketle, Türk milletlerarası özel hukukunda, milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti, MÖHUK md. 30/1 dikkate alınarak yapılmaktadır. Acente ilişkisinin nitelik olarak bir doğrudan temsil ilişkisi olması ve acente ilişkisinin temel sözleşmesi olan acente sözleşmesinin de bir temsil iç ilişkisi olmasından hareketle⁶⁵⁵, MÖHUK md. 30/1'deki bağlama kuralının acente sözleşmesi statüsü için de geçerli olacağından kuşku yoktur.

MÖHUK md. 30/1'e göre, temsilci ve temsil olunan arasındaki hukukî ilişkiden doğan temsil yetkisi, aralarındaki sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanan hukuka tâbidir. Acente ilişkisi çerçevesinde, temsil olunanın, kendi ad ve hesabına muamelede bulunması için acenteye temsil yetkisi vermesi de bu kapsamda değerlendirilebilecek türden bir temsil iç ilişkisidir. Acente iç ilişkisinin özünü oluşturan acente sözleşmesine uygulanacak hukuk, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukla aynıdır. Dolayısıyla, MÖHUK md. 24'ün öngördüğü akit statüsü, acente sözleşmesi bakımından da geçerli olacaktır.

⁶⁵² **Tekil**, s. 212.

⁶⁵³ **Ekşi**, N.: Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2000, s. 108 (Yetki); **Kayıhan**, s. 78.

⁶⁵⁴ Konu hakkında ayrıca bkz. **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 396.

⁶⁵⁵ Türk hukukunda, TTK md. 102/1 gereğince, acente ilişkisi tanımlanmış ve bu ilişkinin temel bir sözleşmeye yani acente sözleşmesine dayanması zorunlu bir şart olarak görülmüştür: **Kayıhan**, s. 39.

Bu noktada belirtilmelidir ki, MÖHUK md. 30/1 uyarınca, acenteye verilen temsil yetkisinin akit statüsüne tâbi tutulması, acente sözleşmesi gibi kural olarak taraflar arasında temel bir sözleşme bulunan hâllerde sorun doğurmamakla beraber, temsil ilişkisinin temel bir sözleşme olmaksızın temsil yetkisinden kaynaklanması hâlinde, iç ilişkiye uygulanacak hukukun belirlenmesi konusu tartışmalıdır. MÖHUK’da bu konuda bir düzenleme bulunmaması, tartışmanın özünü oluşturmaktadır. Doktrinde bir görüş, MÖHUK md. 30’un uygulanmasında ikili bir ayrıma gitmektedir. Buna göre, taraflar arasında temel sözleşme varsa MÖHUK md. 30/1 uygulanmalıdır. Ancak temsil yetkisi temel bir sözleşmeye dayanmıyorsa ve üçüncü kişi de bu ilişkiyi bilmiyorsa, MÖHUK md. 30/2 dikkate alınmalıdır⁶⁵⁶. Doktrinde aksi yönde bir diğer görüş ise, temsil yetkisinin temel bir sözleşmeye dayanmaması durumunda, MÖHUK md. 30/2 uygulanamayacaktır. Buna karşın, temsilcinin kendisine verilen temsil yetkisine uygun davranması hâlinde, taraflar arasında bir vekâlet ilişkisinin kurulduğundan hareket edilerek MÖHUK md. 30/1 dikkate alınmalıdır⁶⁵⁷.

Kanımızca, temsil yetkisinin temel bir sözleşmeye dayanmadığı durumlarda, temsil olunan ve temsilci arasındaki iç ilişkiye, MÖHUK md. 30/2’nin uygulanması mümkün değildir. Zira MÖHUK md. 30/2, temsil statüsünü düzenlemektedir. Hâl böyle iken, temsil yetkisinin sözleşmeden kaynaklanıp kaynaklanmadığı şeklinde ikili bir ayrıma gitmek, MÖHUK md. 30’un lafzî yorumuyla bağdaşmaz. Temel bir sözleşmeye dayanmadan verilen temsil yetkisi MÖHUK md. 30/2’ye tâbi değildir. Bu nedenle, acente sözleşmesi gibi temel bir ilişkiye dayanmayan temsil yetkisinden doğan uyuşmazlık, kanımızca vekâletsiz iş görme kapsamında ele alınmalıdır. Zira temsilci, temsil yetkisini kullanma hususunda herhangi bir akdî yükümlülüğü olmaksızın, sadece bir yetkiye sahip olacağı için, temsil olunan ile olan iç ilişkide vekâletsiz iş görme kuralları uygulama alanı bulur⁶⁵⁸. TBK md. 531’de düzenlendiği üzere, vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilebilecek böyle bir durumda, temsil olunanın yapılan işi uygun bulması hâlinde vekâlet hükümleri uygulanacaktır. Bu

⁶⁵⁶ Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, s. 135.

⁶⁵⁷ Nomer, s. 303.

⁶⁵⁸ Kırca, İ.: “Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Hâller”, AÜHFED, C. 44, 1995, s. 445-446.

gerekçeden yola çıkarak, temel bir sözleşmeye dayanmaksızın verilen temsil yetkisini haiz bir temsilci ile temsil olunan arasındaki iç ilişkiye uygulanacak hukuk, vekâlet sözleşmesinin tâbi olduğu hukukla aynı kabul edilmelidir. Dolayısıyla, vekâlet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların akit statüsüne tâbi olmasından dolayı, bu konunun da MÖHUK md. 24'ün uygulama alanında kalması gerektiği kanısındayız.

II. UYGULANACAK HUKUKUN TARAFLARCA SEÇİMİ

MÖHUK md. 24/1, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk kapsamında, irade muhtariyetini birincil bağlama kuralı olarak kabul etmektedir⁶⁵⁹. Buna göre, sözleşmeden doğan borç ilişkileri, tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Ancak sözleşme şartları ve hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüte yer vermeyecek biçimde mantıkî şekilde anlaşılabilen zımnî hukuk seçimi de geçerlidir⁶⁶⁰.

Yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere, yabancı bir devletin hukukunun sözleşmeye uygulanacağını kararlaştırılması, sözleşmeyi milletlerarası unsurlu hâle

⁶⁵⁹ Türk hukuku tarihsel sürecinde, 2675 sayılı Mülga MÖHUK'tan önceki dönemde, acente sözleşmesi de dâhil olmak üzere, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda açık ya da zımnî hukuk seçimi, gerek doktrinde gerekse de Yargıtay kararlarıyla benimsenmekte idi. Buna dayanak olarak, 2025 sayılı Ecnebî Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasem Şirketlerle Ecnebî Sigorta Şirketleri Hakkında Kanunu Muvakkat (Muvakkat Kanun) md. 4 ve BK md. 19-20'nin birlikte yorumlanması gösterilmiş ve Türk kanunlarının gösterdiği sınırlar içinde emredici kurallara aykırı olmaksızın hukuk seçiminin varlığı konusunda görüş ortaya çıkmıştır: **Nomer**, s. 306; **Tekinalp**, Acente, s. 113; **Sargın**, Patent, s. 198. Konuya ilişkin örnek bir Yargıtay kararı için ayrıca bkz. Yargıtay 11. HDK, 5.4.1980 T. ve E. 1979/1512, K. 1979/1795 sayılı karar: YKD, C.7, Y. 1981, S. 1, s. 59.

⁶⁶⁰ 2675 sayılı Mülga MÖHUK'da tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda açık şekilde seçim yapmaları imkânı tanınmış, 5718 sayılı MÖHUK'un aksine zımnî hukuk seçimine özel olarak yer verilmemişti. Dolayısıyla, 2675 sayılı Mülga MÖHUK md. 24 hükmü gereğince zımnî hukuk seçiminde bulunulması, kanunun aradığı seçimin açıkça yapılma şartını karşılamadığı gerekçesiyle mümkün görülmemiştir: **Seviğ**, Akit, s. 326; **Çelikel/Erdem**, s. 327. Yargıtay da verdiği kararlarda, tarafların hukuk seçimine yönelik irade beyanlarının açık olması gerektiği için, zımnî hukuk seçiminin kabul edilemeyeceğini öngörmekte idi. Örnek bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 13. HD, 15.6.1993 T. ve E. 1993/2112, K. 1993/5075 sayılı karar: YKD, C. 19, S. 10, 1993, s. 1528. Doktrinde bu durum eleştirilmiş ve hukuk seçiminin zımnî şekilde yapılmasına imkân tanınması gerektiği yönünde görüşler ortaya konmuştu: **Şanlı**, Esas, s. 176 vd.; **Sargın**, Patent, s. 197; **Erdem**, Incoterm, s. 67 vd. Ayrıca kanundaki hukuk seçiminin açık olmasıyla ifade edilenin, tarafların hukuk seçiminin açık ya da zımnî olarak yapılması şekliyle ilgili olmayıp; hukuk seçimine yönelik iradenin varlığının tereddüte yer vermeyecek şekilde belirlenmesi ile ilgili olduğu savunulmuştu: **Nomer**, s. 309; **Doğan**, İş, s. 21.

getirmeyecektir⁶⁶¹. Bu nedenle, akit taraflar, acente sözleşmesi milletlerarası unsurlu ise hukuk seçiminde bulunulabilecektir⁶⁶². Böyle bir sonuca, MÖHUK md. 24'den varamamakla birlikte, md. 1'deki “kanunun yabancılik unsuru taşıyan özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı” yönündeki genel hükmünden hareketle ulaşılabilir⁶⁶³. Zira MÖHUK, milletlerarası unsurlu özel hukuk işlem ve ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Bu sebeple kanaatimizce, MÖHUK kapsamında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisine uygulanacak hukukun tayini bakımından, söz konusu sözleşmenin hukuk seçimi olmaksızın milletlerarası unsur ihtiva etmesi gerekmektedir⁶⁶⁴.

Bu çerçevede, taraflar, milletlerarası unsurlu acente sözleşmesine uygulanacak hukuku, açıkça ya da zımnî olarak belirleyebileceklerdir⁶⁶⁵. Farazî hukuk seçimi ise, tarafların hukuk seçimine yönelik gerçek iradelerini ortaya koymadığı için Türk hukukunda da kabul edilmemektedir⁶⁶⁶. Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku açıkça ya da zımnî olarak kendi iradeleri ile tayin etmeleri kapsamında değerlendirilemeyecek olan, tamamen varsayımsal kriterlere dayanan, dolayısıyla tarafların gerçek iradesini yansıtmayan farazî hukuk seçiminin reddi bu bakımdan isabet arz etmektedir⁶⁶⁷.

Buna göre taraflar, acente sözleşmesinde ya da münferit bir hukuk seçimi anlaşmasında uygulanacak hukuku açıkça tayin edebilirler. Bu şekilde bir hukuk seçimi yoksa, sözleşmenin içeriğinden ya da sözleşme dışı unsurlar dikkate alınarak ortaya çıkan durumdan hiç şüphesiz bir hukuk seçiminde bulunulduğu anlaşılıyorsa

⁶⁶¹ Hukuk seçimi anlaşmasının, bir sözleşmeye tek başına milletlerarası unsur niteliği kazandırmayacağı tartışmaları için bkz. “Milletlerarası Unsurlu Sözleşme Niteliği” başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁶² **Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu**, s. 369; **Sargın**, Patent, s. 181. Aksi görüş için bkz. **Nomer**, s. 307. Ayrıca doktrindeki bu aksi görüşe paralel olarak, bir sözleşmenin hukuk seçimi ile birlikte milletlerarası unsurlu hâle geleceği konusunda örnek bir Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay HGK. 6.5.1998 T. ve E. 12-287, K. 325 sayılı karar: YKD, S. 7-8-9, 1998, s. 748 vd.

⁶⁶³ **Akıncı**, İnşaat, s. 70.

⁶⁶⁴ Aynı yönde bkz. **Uluocak**, s. 185.

⁶⁶⁵ Doktrinde **Nomer**, MÖHUK md. 24/1'in açık hukuk seçimi yanında zımnî hukuk seçimine de imkân tanıyan hükmünün yorumuna açık olduğuna vurgu yapmaktadır. Buna göre, MÖHUK md. 24/1'in “sözleşme hükümlerinden ... tereddüte yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi” ifadesi, yine açık hukuk seçimini anlamına gelmektedir. Bu nedenle, söz konusu hükümle, zımnî hukuk seçiminin şartlarının olabildiğince ağırlaştırıldığı sonucuna varılmaktadır: **Nomer**, s. 310.

⁶⁶⁶ **Doğan**, Milletlerarası, s. 292.

⁶⁶⁷ Aynı yönde görüşler için bkz. **Sargın**, Patent, s. 198; **Tiryakioğlu**, Taşınır, s. 213.

da, tarafların acente sözleşmesine uygulanacak hukuku seçtikleri kabul edilir. Örneğin, İstanbul'da turizm alanında faaliyet gösteren Türk tâbiyetli bir şirketin, acente sıfatıyla, Moskova'da merkezi olan Rus tâbiyetli bir şirket ad ve hesabına tatil sözleşmesi yaptığını varsayalım. Taraflar, acente sözleşmesine koydukları bir hukuk seçimi şartıyla ya da ayrı bir hukuk seçimi anlaşmasıyla, acente sözleşmesinden kaynaklı bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, uygulanacak hukuk olarak Alman hukukunu hiç bir gerekçe göstermeden tayin edebileceklerdir. Aynı şekilde, taraflar açıkça Alman hukukunu seçmemiş olsalar bile, sözleşme içeriğinden ya da hâlin şartlarından yola çıkarak zımnî bir hukuk seçiminin yapıldığı sonucuna varılabilecektir. Bu anlamda, sözleşmenin ortak bir dil olması nedeniyle Almanca akdedilmesi, yetki anlaşması ile Berlin mahkemelerinin yetkili kılınması, taraflar arasındaki başka sözleşmelerde hep Alman hukukunun yetkili hukuk olarak tayin edilmesi, Alman hukukunun seçildiğine dair zımnî bir seçim olarak kabul edilebilecek niteliktedir.

Seçilecek hukukun niteliği konusunda, MÖHUK'da özel bir sınırlama yer almamaktadır. Bu çerçevede, tarafların, acente sözleşmesine uygulanacak hukuku diledikleri şekilde seçebilmeleri kabul edilmektedir⁶⁶⁸. MÖHUK md. 24'de seçilen hukuk ile taraflar veya sözleşme arasında özel bir ilişki bulunması şartı aranmamaktadır. Bu nedenle, taraflar kendileriyle ya da sözleşmeyle bir ilişkinin ya da menfaatin bulunması şartları aramaksızın, diledikleri gibi hukuk seçiminde bulunabileceklerdir⁶⁶⁹. Dolayısıyla Türk hukukunda taraflar, herhangi bir sınırlamaya

⁶⁶⁸ Akit statüsü bakımından bkz. **Erdem**, B. B.: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Olan Hukuk", Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 99 (Konferans); **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 369; **Nomer**, s. 309. Doktrinde, Uluocak, taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere tayin edilecek hukuk bakımından seçimin makûl bir menfaate dayanması gerektiğini savunarak aksi bir görüşte bulunmuştur: **Uluocak**, s. 194. Bununla birlikte, MÖHUK sisteminde hukuk seçimine amaçsal anlamda getirilmiş herhangi bir sınırlama yer almamaktadır. Bu sebeple, irade muhtariyetini bu şekilde dar yorumlamanın, irade muhtariyeti ilkesinin amacına ters düşeceği kanaatindeyiz. Benzer yönde bir görüş için bkz. **Çilingiroğlu**, s. 114.

⁶⁶⁹ **Nomer**, s. 307; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 369; **Sargın**, Patent, s. 202. Aksi görüşte olarak, hileye ya da keyfiliğe neden olmaması için, seçimin makûl bir menfaate dayanması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir: **Çakalır**, s. 478.

bağlı olmaksızın acente sözleşmesine uygulanacak hukuku seçebileceğinden, tanınmaya değer bir menfaat ilişkisinin bulunması şartı aranmamalıdır⁶⁷⁰.

MÖHUK'da, taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukukun, yalnızca millî bir hukuk mu olacağı, yoksa *lex mercatoria*'nın da seçilip seçilemeyeceği konusunda bir açıklık yoktur. Bir devlet hukukunun sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmesinde tereddüt olmamakla beraber, millî bir hukuk sistemi niteliği taşımayan *lex mercatoria*'nın seçimi konusunda, yukarıda da incelendiği üzere tartışma yaşanmaktadır⁶⁷¹. Kanaatimizce, MÖHUK md. 24/1'de tarafların "hukuk" seçiminde bulunabileceği ibaresine yer verilmek suretiyle, belli bir ülke hukukunun seçimi şeklinde dar bir kapsam öngörülmemiştir. Bu bakımdan, MÖHUK md. 24/1'in söz konusu hükmü, *lex mercatoria*'yı da içine alacak şekilde yorumlanmalıdır⁶⁷².

Hukuk seçiminin yapılmasında kısmî hukuk seçimine, MÖHUK md. 24/2'de açıkça imkân tanınmakla beraber, Türk hukuk uygulamasında pek rastlanmamaktadır. Buna göre, taraflar, seçilen hukukun, sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler⁶⁷³. Ancak böyle bir kısmî hukuk seçiminin ancak muhteva olarak birbirinden ayrılabilir kısımlar için yapılması durumunda hüküm ifade edeceği doktrinde savunulmaktadır⁶⁷⁴. MÖHUK'da hukuk seçiminin tereddüte yer vermeyecek açıklıkta yapılması şart koşulduğu için, kısmî hukuk seçiminin varlığı da aynen açık bir şekilde anlaşılmalıdır. Aksi hâlde, yorum suretiyle kısmî bir hukuk seçiminin yapıldığı sonucuna varılamaz⁶⁷⁵.

Şartlı hukuk seçimi konusunda da MÖHUK'da bir hüküm yer almamakla beraber, doktrinde, bunun mümkün olduğu savunulmaktadır. Buna göre, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak şartıyla, hukuk seçiminin her zaman yapılmasına ve değiştirilmesine imkân tanıyan MÖHUK md. 24/3'ün, şartlı hukuk seçiminin yapılmasına makûl bir gerekçe oluşturduğu ifade edilmektedir⁶⁷⁶.

⁶⁷⁰ Doğan, Milletlerarası, s. 293.

⁶⁷¹ Konuya ilişkin ayrıntılı olarak bkz. "Seçilen Hukukun Niteliği" başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁷² Sargın, Patent, s. 194.

⁶⁷³ Erdem, Konferans, s. 100.

⁶⁷⁴ Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, s. 369.

⁶⁷⁵ Nomer, s. 313.

⁶⁷⁶ Nomer, s. 309.

Hukuk seçiminin zamanı konusunda ise, MÖHUK'da hüküm vardır⁶⁷⁷. MÖHUK md. 24/3'e göre, sözleşmeyi idare edecek olan hukuk seçimi anlaşması, taraflarca her zaman için, ya sözleşme ile birlikte ya da sonradan yapılabilir⁶⁷⁸. Aynı şekilde, taraflarca yapılan bir hukuk seçimi, her zaman için anlaşmak suretiyle değiştirilebilir. Böyle bir değişiklik, kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurur. Bir başka deyişle, MÖHUK sistemi, seçim zamanına bir sınırlama getirmemekle birlikte, sonradan yapılan seçimin etkisini sınırlandırmıştır. Sonradan yapılan hukuk seçimi, üçüncü kişilerin haklarını, önceki akit statüsüne göre zayıflatıyorsa, hukuk seçiminin etkisi, yalnızca sözleşmenin tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurur⁶⁷⁹. Dolayısıyla da, tarafların üçüncü kişiler ile ilişkileri bakımından önceki akit statüsü dikkate alınır⁶⁸⁰. Buna göre, hukuk seçiminin değiştirilmesi neticesinde üçüncü kişiler bu değişiklikten zarar görüyorlarsa, bu değişim geçmişe etkili olmayacaktır⁶⁸¹.

Türk hukukunda MÖHUK md. 2/4, uygulanacak hukukun seçimi hâlinde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça maddî hukuk kurallarının tercih edildiğini öngörmektedir⁶⁸². Bu sebeple, taraflarca açıkça seçilen hukukun maddî hükümlerinin kararlaştırılmadığı belirtilmedikçe, bu hukukun maddî hükümleri sözleşmeye uygulanacaktır.

III. OBJEKTİF BAĞLAMA KURALINA GÖRE UYGULANACAK HUKUK

Hukuk seçimi anlaşmasının yokluğunda, acente sözleşmesine uygulanacak hukuk, MÖHUK md. 30/1'in yollamasıyla md. 24/4 dikkate alınarak belirlenecektir. MÖHUK md. 24/4 uyarınca, tarafların hukuk seçimi anlaşması yapmamış olmaları hâlinde, sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk

⁶⁷⁷ 2675 sayılı Mülga MÖHUK'da konuya ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı için doktrinde eleştiri almaktaydı: **Sargın**, Patent, s. 206.

⁶⁷⁸ **Doğan**, Milletlerarası, s. 296; **Çelikel/Erdem**, s. 335.

⁶⁷⁹ **Erdem**, Konferans, s. 101.

⁶⁸⁰ **Nomer**, s. 314.

⁶⁸¹ Bu şekilde, tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukuku değiştirmek suretiyle üçüncü kişilerin kazanılmış haklarına zarar verme ihtimalinin engellenmeye çalışıldığı doktrinde ifade edilmektedir: **Çelikel/Erdem**, s. 335.

⁶⁸² **Çelikel/Erdem**, s. 328.

uygulanır⁶⁸³. Bu hukuk ise, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku⁶⁸⁴, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir⁶⁸⁵.

Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk kuralı, MÖHUK’da doğrudan tespit edilmiştir⁶⁸⁶. Bu çerçevede, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde, karakteristik edimi esas alan bazı karineler sayılmıştır⁶⁸⁷. Bu karineler dikkate alındığında, MÖHUK’ta öngörülen sistem, sözleşmeleri adî/ticarî-meslekî sözleşme şeklinde ikili bir ayırım çerçevesinde esas almaktadır. Buna göre, acente sözleşmesine uygulanacak hukuk, acente sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukuktur. Sözleşmeye uygulanmak üzere en sıkı ilişkili hukukun tespitinde, MÖHUK’ta öngörülen kriterler dikkate alındığında, acente sözleşmesindeki karakteristik edimin, yukarıda

⁶⁸³ Sıkı ilişkinin tespitinde, coğrafi bağlantı yerine hukukî bağlantı tercih edilmektedir. Bir başka deyişle, sözleşmeyle sıkı ilişkisi araştırılacak olan, bir ülke olmayıp, hukuk düzenidir: **Doğan**, Milletlerarası, s. 298.

⁶⁸⁴ Türk hukukundaki “işyerinin bulunmaması hâlinde yerleşim yeri hukukunun uygulanması” kuralı, AB hukukundan farklılık arz etmektedir. Zira gerek Roma Konvansiyonu md. 4, gerek Roma I Tüzüğü md. 4’de, böyle bir hâlde, işyeri hukuku yerine mutad mesken hukukunun uygulanması tercih edilmektedir. Ancak bu farklılık MÖHUK’un hazırlanması aşamasında, Komisyonunda görüşülmüş ve tamamen mutad mesken hukukuna dönülmesi görüşü uygun görülmemiştir. Buna gerekçe olarak da özellikle, tüzel kişilerin mutad meskene sahip olmamaları gösterilmiştir. Konu hakkında tartışmalar hakkında bkz. **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 368.

⁶⁸⁵ 2675 sayılı Mülga MÖHUK’da, sözleşmeye uygulanacak hukuk bakımından ifa yeri hukuku, ifa yerinin birden çok olması hâlinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilememesi hâlinde sözleşmenin en yakın irtibat hâlinde bulunduğu yer hukuku objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmişti. İfa yerinin bağlama noktası olarak Türk hukukunda uygulaması hakkında bkz. **Özel**, MÖHUK, s. 599 vd. Ancak bu bağlama noktası, doktrinde ciddi anlamda eleştiri almaktaydı. Örneğin, uygulanacak hukukun her ilişkide ifa yerine göre değişkenlik arz etmesi, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlamadığı için doktrinde eleştirilmekteydi: **Erdem**, B. B.: Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2002, s. 197 (Patent). Ayrıca, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukunun, karakteristik edim borçlusunun menfaatini daha fazla koruduğu ve genel kural olarak düzenlenmesinin karakteristik edim borçlusunun edimine verilen değeri daha iyi ortaya koyduğu savunulmaktadır: **Erdem**, Patent, s. 197; **Akıncı**, İnşaat, s. 90.

⁶⁸⁶ Doktrinde aksi yönde bir görüşe göre ise, MÖHUK’ta uygulanacak hukukun tayininde bir yol öngörülmektedir. Bir diğer deyişle, sözleşme ile hukuk düzeni arasında genel ve soyut olarak belirlenmiş bir ilişki noktası nihaî olarak tayin edilmemektedir. Sadece uyumsuzluk konusunun özelliklerine ve menfaatler dengesi dikkate alınarak bağlama noktasının aranması zorunluluğu vardır: **Nomer**, s. 317.

⁶⁸⁷ **Doğan**, Milletlerarası, s. 300. Adî karine niteliği taşıyan söz konusu emareler, karakteristik edimin belirlenemediği sözleşmelerde dikkate alınamayacak ve doğal olarak, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, bu sözleşmenin niteliği dikkate alınarak tayin edilecektir: **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 366.

gerekçeleriyle anlatıldığı üzere, acente tarafından ifa edildiğinden kuşku yoktur. Acente sözleşmesi bakımından, acentenin ticarî ve meslekî faaliyette bulunduğu ve dolayısıyla da sözleşmenin ticarî veya meslekî bir faaliyet sonucunda yapıldığı düşünülürse, acentenin sözleşmenin yapıldığı andaki işyeri hukuku dikkate alınmalıdır⁶⁸⁸.

Acentenin işyerinin bulunması kural olmakla birlikte, istisnaen olmaması da mümkündür. Zira Türk hukukunda acentelik hakkındaki hükümlere tâbi tutulan bazı hukukî ilişkiler vardır. Bu hukukî ilişkiler çerçevesinde, temsil olunan ad ve hesabına hareket eden bazı kişiler, TTK md. 102'nin öngördüğü şartları taşımamasına rağmen acente sayılmaktadır⁶⁸⁹. TTK md. 103'de sıralanan bu istisnaî kişilerden biri de, Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi olmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlardır (md. 103/1(b)). Buna göre, Türkiye'de merkezi ya da şubesi bulunmayan yabancı bir temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişilerle Türkiye'de sözleşme akdeden bir kimse de acente sayılacaktır. Örneğin bir simsar, yabancı bir tacir adına Türkiye'de üçüncü kişi ile satım sözleşmesi akdetmesi durumunda, acentelik hükümlerine tâbi olacaktır. Dolayısıyla acentenin aksine, işyeri bulunmayan bir kimsenin üçüncü kişi ad ve hesabına işlem yapması, TTK md. 103 gereğince ihtimal dâhilindedir. Böyle bir durumda, acente sözleşmesi statüsü kapsamında dikkate alınacak bir işyeri bulunmayacağı için, MÖHUK md. 24/4 gereğince, karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır. Bu bakımdan, işyeri bulunmayan bir acentenin yerleşim yeri, uygulanacak hukuku tayin eden objektif bağlama noktası olarak kabul edilmelidir.

Objektif kriterler dikkate alınarak tayin edilecek hukuk bakımından, kabul edilen diğer bir düzenleme, MÖHUK md. 24/4'ün son cümlesinde öngörülmüştür. Buna göre, hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa, bu hukuk uygulanır⁶⁹⁰. Mevcut hâl ve şartlar, öngörülen karinelere göre tespit edilen

⁶⁸⁸ MÖHUK md. 24/4, işyerinin değişmesi hâlinde, sözleşmenin yapıldığı andaki işyerinin esas alınmasını öngörmektedir. İşyeri bağlama noktası bu şekilde, sözleşmenin kuruluşu amı ile dondurularak değişken statünün (*conflict mobile*) önlenmesine çalışılmıştır. Konuya ilişkin tespit için bkz. **Sargın**, Konferans, s. 172.

⁶⁸⁹ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Kayıhan**, s. 78 vd.; **Arkan**, s. 226; **Karahan**, s. 230.

⁶⁹⁰ Daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı hâlinde bu hukukun uygulanmasını öngören kuralın istisnaî özellik taşıdığı hakkında bkz. **Erdem**, Konferans, s. 101. Bununla birlikte, doktrinde bir başka görüşe göre, MÖHUK md. 24/4'deki objektif bağlama kurallarının, sıkı ilişkili hukukun tespitinde

hukuktan daha sıkı bir hukuku gösteriyorsa, hâkim, tarafların haklı beklentilerini dikkate almak suretiyle, bu hukuku tespit edip uygulamalıdır⁶⁹¹. Böylece MÖHUK'un getirdiği karakteristik edim dikkate alınarak sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku tayin eden sistemin doğurabileceği sakıncaların giderilmesinde ve somut olay adaletinin sağlanmasında önemli bir dayanak sağlanmıştır⁶⁹². Zira sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olduğu varsayımına dayanan objektif bağlama kurallarının, somut olayda kimi zaman sağlayamadığı milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti, bu istisnaî bağlama kuralı ile temin edilebilecektir⁶⁹³. Bununla birlikte, bu durum kısır bir döngü yaratabilecek niteliktedir⁶⁹⁴. Hem sözleşmeyle “en sıkı” ilişkili hukukun MÖHUK md. 24/4 uyarınca karakteristik edim teorisine göre tayin ettirilmesinin, hem de “en sıkı” ilişkili hukuka rağmen “daha sıkı” ilişkili hukukun olabileceğine dikkat çekilip başka bir kritere yer verilmesi, kısır bir döngüye sebebiyet verebilir. Bu nedenle, söz konusu bağlama kuralının şu şekilde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz: Sözleşmeye uygulanacak hukuk, sözleşmeyle sıkı ilişkili hukuktur. Bu hukukun tespitinde, karakteristik edim borçlusunun hukukundan yararlanılmalıdır. Bu bağlama noktalarından yararlanılarak tespit edilen hukuktan daha sıkı bağlantılı bir hukuk, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili kabul edilerek uygulanabilmelidir. Sonuçta, daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı hâlinde, bu hukukun uygulanması, karakteristik edim teorisinin belirlediği hukukun uygulanmasına tercihen öncelikle kabul edilmelidir.

Bu açıklamalara göre, milletlerarası unsurlu acente sözleşmesine uygulanacak hukuk tayin edilirken, hâlin bütün şartları dikkate alınarak yapılan bir değerlendirme neticesinde, sözleşmeyle, acentenin işyeri hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa, bu hukuk uygulanır. Dolayısıyla, tarafların müşterek vatandaşlık ve mutad meskene sahip olmaları, sözleşmenin ifa yeri gibi acentenin işyeri dışındaki unsurlara

birbirlerine karşı bir önceliği bulunmamaktadır: **Doğan**, Milletlerarası, s. 299. 2675 sayılı Mülga MÖHUK'da ise, en sıkı ilişkili hukuk, tamamlayıcı veya düzeltici bir bağlama kuralı olarak kabul edilmemiş; aksine son basamakta yer alan bağlama kuralı olarak benimsenmişti: **Özel**, MÖHUK, s. 599. Ancak doktrinde, karakteristik edimin ifa yerinin sözleşmede ağırlık noktasını oluşturmadığı ve edimin ifa edilmemesi gibi bir sebeple anlamını yitirmesi durumunda, sözleşmeyi en sıkı ilişkiye sahip bulunduğu hukuka tâbi tutmanın daha doğru olacağı gösterilmiş ve bu kuralın aslı bir fonksiyona sahip olması gerektiği savunulmuştur: **Akıncı**, İnşaat, s. 10, 91-92.

⁶⁹¹ **Nomer**, s. 317.

⁶⁹² **Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu**, s. 367; **Erdem**, Konferans, s. 102.

⁶⁹³ **Çelikel/Erdem**, s. 336.

⁶⁹⁴ Aynı yönde bkz. **Eksi**, Roma, s. 119 vd.

göre, sözleşme başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili ise, bu hukuk dikkate alınabilecektir.

Objektif bağlama kuralı çerçevesinde tayin edilen hukuk, söz konusu hukukun maddî hukukunu ifade etmektedir. Her ne kadar bu husus, hukuk seçimi hâlinde kural olarak seçilen hukukun maddî hukukunu işaret edeceğini açıklayan MÖHUK md. 2/4'deki gibi açıkça hükme bağlanmasa da, atfa ilişkin düzenlemenin yer aldığı md. 2/3'deki atıf yasağından da aynı sonuca dolaylı şekilde varılabilecektir⁶⁹⁵.

⁶⁹⁵ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 369.

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI UNSURLU ACENTE İLİŞKİSİNDE TEMSİL YETKİSİNE UYGULANACAK HUKUK

§ 1. TEMSİL STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANININ TESPİTİ

Acente sözleşmesinin varlığı, temsil yetkisinin soyutluğu ilkesi gereğince, temsil ilişkisinin doğumuna neden olmaz. Aynı şekilde, acente sözleşmesinin temsil yetkisi içermesi de, temsilin hüküm ve sonuçlarının doğması için yeterli değildir. Zira acente sözleşmesi gibi iki taraflı bir sözleşmeye temsil yetkisini haiz bir acentenin taraf olması hâlinde, bu yetki, temsil olunan ad ve hesabına kullanılmadığı sürece, temsilin hüküm ve sonuçlarının doğması mümkün değildir¹.

Acente ilişkisinde, acentenin temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişiyle hukukî işlem yapması, temsil yetkisi ile ilgili uyuşmazlıkları gündeme getirecektir. Böyle bir durumun ortaya çıkabilmesi için temsil yetkisinden doğan ihtilâfların, acente ve temsil olunan arasındaki iç ilişki kapsamından çıkıp, acente dış ilişkisine temas etmesi lazımdır. Zaten acente ilişkisi, ancak acentenin temsil yetkisini üçüncü kişi ile hukukî işlem yapmak üzere kullanması durumunda temsil ilişkisine dönüşmektedir. Bu bakımdan, temsil statüsünün uygulama alanı ile kastedilen, acentenin, temsil yetkisini temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile muamelede bulunmak suretiyle kullanılmasının doğrudan temsil bağlamında şart ve sonuçlarının temsil olunan ve üçüncü kişiye hukukî etkisi ile ilgili konulardır.

Acente ilişkisinde, temsil yetkisinden doğan ihtilâfların ortaya çıkmasında, acentenin temsil yetkisini kullanmasının temsil olunan ve üçüncü kişiye etkisinden başka, yetkisiz temsil ihtimali de dikkate alınmalıdır. Buna göre, acentenin, temsil yetkisine sahip olmamakla beraber, temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile muamelede bulunması durumunda, temsil ilişkisi ile bağlantılı bir konu olarak yetkisiz temsil gündeme gelecektir. Bu durum, özellikle temsil yetkisini haiz olmayan acentenin, aracılıktan ibaret olan yetkisini aşarak, temsil olunan ad ve hesabına muamelede bulunması hâlinde söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde,

¹ Temsil yetkisi, temsil olunan ad ve hesabına sözleşme akdetme yetkisinin verildiği bir acente ilişkisinde, bu ilişkinin özü olarak kabul edilmektedir: **Fridman**, s. 12.

acentenin sahip olduğu temsil yetkisinin sınırlarını aşması durumunda da, yetkisiz temsil söz konusu olacağından, yine temsil statüsü devreye girecektir².

Acente ilişkisinin temsille bağlantılı uyuşmazlıklara konu olması çerçevesinde, kanunlar ihtilâfı hukukunda bazı tartışmalar yaşanmaktadır. Daha önce de vurgulandığı üzere, acente ilişkisinin üç taraflı bir hukukî ilişki olması, birden çok hukukî ilişkinin uygulama alanının kesişmesine yol açmaktadır. Bu sebeple, temsil yetkisinin kullanılmasının hüküm ve sonuçları ile ilgili konuların tâbi olduğu statünün belirlenmesi yanında, hangi ihtilâfların bu statünün uygulama alanına girdiğinin tespiti de önemli tartışma noktalarından biridir³.

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanının belirlenmesi bahsinde açıkladığımız üzere, klasik iki taraflı hukukî işlemlere nazaran, acente ilişkisinde uygulama alanının sınırlarının çizilmesi, tartışmalıdır. Acente ilişkisinin üç ayağından birini oluşturan acente sözleşmesi statüsünün bile, akit statüsünün çizdiği sınırdan farklı bir uygulama alanı vardır. İlâve olarak, acente dış ilişkisi içinde değerlendirilen temsil yetkisinden doğan konuların tâbi olduğu statünün belirlenmesi de tartışmalıdır. Özellikle acente ilişkisini oluşturan statülerin uygulama alanında kalan konuların tespit edilerek, her bir ilgili statüye tâbi olan konuların birbirinden ayırt edilmesi, kanunlar ihtilâfı alanında birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir⁴. Bu bakımdan, temsil statüsü, nasıl ki üçüncü kişinin konumu da dikkate alınarak acente sözleşmesi statüsünden farklı bir bağlama kuralına tâbi tutuluyorsa, doğal olarak, bu statünün uygulama alanının belirlenmesi de aynı şekilde farklı olacaktır. Dolayısıyla, temsil statüsüne tâbi meselelerin, acente sözleşmesi ve temsil yetkisinin temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile kullanılması sonucu akdedilen esas sözleşme statüsünün uygulama alanından ayrı olarak tespit edilmesi gerekmektedir⁵.

² **Kostromov**, s. 35.

³ **Schmitthoff**, s. 172; **Houtte**, s. 179.

⁴ **Minor**, s. 374.

⁵ Esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, temsil statüsünden ayrı olarak ilgili akit statüsüne tâbidir. Konu hakkında bkz. **Verhagen**, Agency, s. 399. Çalışmamızda, acentenin faaliyetinin temel amacını oluşturan esas sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi verilmeyecektir. Zira çalışmanın sınırlandırılması gereğinden hareketle, esas sözleşme olarak ortaya çıkabilecek ve uygulamada acentelik faaliyetinin türü bakımından en çok görülen satım, taşıma, sigorta, seyahat, otel, paket tur, tatil sözleşmeleri gibi birçok sözleşme tipine ilişkin özel olarak detaylı bilgi vermek, çalışmanın amacından uzaklaşmaya

Temsil statüsünün uygulama alanı içinde kalan konuların belirlenmesinde, acente ilişkisinin iç ve dış yapısı önemli bir kriterdir. Bu çerçevede, acente ilişkisi kapsamında ortaya çıkan temsil yetkisi ile ilgili uyuşmazlık konuları, temsil iç-dış ilişkisiyle olan bağlantısı dikkate alınarak ilgili statünün uygulama alanına dâhil edilmelidir. Nitekim yukarıda acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanına dâhil konuları tespit ederken, bu önemli ayrımı göz önünde bulundurmuş ve temsil yetkisinin iç ilişki ile ilgili konularını, acente dış ilişkisinden ayrı tutarak acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanına sokmuşuk⁶.

Temsil yetkisi ile ilgili ihtilâflar, hem acente iç, hem de acente dış ilişkisini etkileyebilmektedir⁷. Temsil yetkisinin iç ilişki kapsamında olmayan, üçüncü kişiyi de ilgilendiren, daha da önemlisi, acentenin temsil yetkisini kullanmasının hüküm ve sonuçlarıyla ilgili konular, temsil statüsüne tâbi tutulmalıdır⁸. Zira temsil yetkisinin kullanılması ile üçüncü kişi ve temsil olunanın hukukî alanında bazı sonuçlar doğacaktır. Dolayısıyla, temsil yetkisinin, bu kişiler üzerinde hukukî etki doğurmadığı, daha açık ifadeyle, acente ve temsil olunan arasındaki iç ilişkiyi ilgilendiren konuların, temsil statüsünün uygulama alanına dâhil edilmesi doğru değildir.

Temsil statüsünün uygulama alanının sınırlarının çizilmesinde, maddî acente hukuku da etkili olmaktadır. Zira uygulama alanının belirlenmesinde gündeme gelecek tartışmalarda, karşılaştırmalı hukukun maddî acente hukukuna ilişkin farklı düzenlemeleri dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla, maddî hukukta yaşanan bu ayrışmaların, kanunlar ihtilâfı bakımından acente ilişkisinde temsil yetkisine uygulanacak hukukun tespiti konusunda da tartışmalara yol açacağına kuşku yoktur⁹.

neden olacaktır. Söz konusu sözleşmelerin, acente ilişkisindeki yeri hakkında genel olarak bkz. **Joubert**, s. 137; **Singleton/Anderson**, s. 10; **Kayıhan**, s. 50 vd.; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 318; **Topçuoğlu**, s. 3.

⁶ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, TEMSİL YETKİSİNDEN DOĞAN İHTİLÂFLAR başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁷ **Verhagen**, Agency, s. 298.

⁸ **Savigny**, F. C. V.: A Treatise on The Conflict of Laws, New Jersey 1972, s. 235; **Verhagen**, Agency, s. 297.

⁹ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 4; **Dacey/Morris**, s. 1474; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 90.

Milletlerarası unsurlu acente ilişkisinden kaynaklanan bir ihtilâfın, hangi statünün uygulama alanına dâhil edileceğinin bir vasıflandırma sorunu olduğunu yukarıda ayrıntıları ile açıklamıştık¹⁰. Bu çerçevede, acentenin temsil yetkisini kullanması kapsamında ortaya çıkabilecek ihtilâfların, hangi statünün uygulama alanına sokulacağı da vasıflandırma yoluyla belirlenecektir. Bu vasıflandırmada, acentenin temsil yetkisi konusunda bir ayırım yapmak gerekir. Zira acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı içinde kabul edilen temsil yetkisi kaynaklı konular, temsil olunan ve acente arasındaki iç ilişki içinde kalmaktadır. Acente iç ilişkisi dışında kalan, bir başka deyişle, acentenin temsil yetkisini kullanarak yaptığı bir işlemin temsil olunanı ve üçüncü kişiyi sorumluluk altına sokmasının şart, hüküm ve sonuçlarından doğan konular, temsil statüsünün uygulama alanında kalır. Aynı şekilde, acentenin temsil yetkisi olmaksızın ya da mevcut yetkisini aşmak suretiyle üçüncü kişi ile muamelede bulunması durumunda, acente ile üçüncü kişi arasındaki ilişki de temsil statüsünün kapsamında kalan konulardan biridir.

§ 2. UYGULAMA ALANINA DÂHİL KONULAR

Milletlerarası unsurlu acente ilişkisi kapsamında, temsile uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kurallarının uygulama alanına giren konular bakımından, acenteliğin üç taraflı hukukî yapısının da etkisiyle görüş birliği sağlanamamıştır. Bu sebeple, temsille ilgili bazı konuların tâbi olduğu statünün belirlenmesinde tartışma yaşanmaktadır.

Temsil statüsünün uygulama alanının belirlenmesindeki tartışmalarda, özellikle acenteliğin iç-dış ilişki yapısının dikkate alınmaması da etkili olmaktadır. Bazı ihtilâflarda bu ayırım göz ardı edilerek, statünün uygulama alanının belirlenmesinde görüş ayrılığına düşülmektedir. Bu ayrıma dikkate edilmemesinde, temsil yetkisinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları aynı statünün uygulama alanına sokmak suretiyle, uygulanacak hukuk konusunda bölünmeyi önleme düşüncesi ağır basmaktadır¹¹.

¹⁰ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, UYGULAMA ALANININ TESPİTİNDE VASIFLANDIRMA” başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹¹ **Tekinalp**, Temsil, s. 63.

Acente ilişkisinden doğan bir ihtilâfın, temsil statüsünün uygulama alanına girip girmediği konusundaki tartışmalara birçok örnek verilebilir. Örneğin, acente ilişkisinin kurulmasının nihaî amacı olan esas işlemin, temsilci aracılığıyla yapılabileceği hususunun hangi statünün uygulama alanına sokulacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ortaya atılmaktadır¹². Doktrinde bir görüş, bu konunun, esas hukukî işleme uygulanacak hukukun uygulama alanı içinde olması gerektiği yönündedir¹³. Bu görüşe göre, bir hukukî işlemin temsilci vasıtasıyla yapılabileceği sorusunun, temsil yetkisinin özü ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, esas hukukî işlem ile ilgili olan bir hususun, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanı içinde olması gerekir¹⁴. Bir diğer görüşe göre ise, bu konu, temsil statüsünün uygulama alanı içinde olmalıdır. Dolayısıyla temsil statüsünün, bir işlemin temsilci ile yapılmasını kabul etmemesi durumunda, temsile ilişkin sorunun çözüme kavuşturulması mümkün değildir¹⁵. Bu nedenle, temsil statüsünün temsile ilişkin sorunların tümüne uygulanması gerekir¹⁶. Kanımızca, bir hukukî işlemin acente gibi bir temsilci aracılığıyla yapılabileceği konusu, bir hukukî işlemde temsilin mümkün olup olmadığı ile ilgilidir. Dolayısıyla, temsil olunan ve üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuç doğuran bir hukukî işlemin, acente aracılığıyla yapılabileceği da, temsil statüsünün uygulama alanına değil, acente sözleşmesi statüsünün uygulama alanına dâhil olmalıdır.

Görünüşte temsil yetkisi de, tâbi olduğu statünün belirlenmesi bakımından tartışmalı bir diğer örnek konudur. Aşağıda açıklanacağı üzere, söz konusu temsil yetkisi türünün, temsil statüsünün uygulama alanında kalan bir konu olduğu konusunda bir görüş vardır. Bu şekilde, temsil yetkisi ile ilgili bütün konuların tek bir hukuka tâbi tutulması, uygulanacak hukuk bakımından bütünlüğü sağlayacak olsa

¹² Bazı hukukî işlemler, niteliği gereği temsilci vasıtasıyla yapılamamaktadır. Doğrudan temsile yasak olan bu tür hukukî işlemlerin, bizzat ilgililer tarafından yapılmasına izin verilerek, irade beyanlarının ilgili kimselere açıklattırılması amaçlanmaktadır. Bu çerçevede, bazı hukukî işlemlerin, temsilci aracılığıyla başkası ad ve hesabına yapılması mümkün değildir. Örneğin kişinin hukuku, aile hukuku ve miras hukukuna ilişkin birçok hukukî işlemin, temsilci vasıtasıyla yapılması yasaklanmıştır: **Akyol**, s. 35 vd.

¹³ Bu görüş, Tekinalp, *Temsil*, s. 60, dn. 1’de anılan yazarlarca ileri sürülmektedir.

¹⁴ Görüş hakkında bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 95.

¹⁵ **Verhagen**, *Agency*, s. 363; **Tekinalp**, *Temsil*, s. 60; Tekinalp, *Bağlama*, s. 130, dn. 11’de anılan yazarlar.

¹⁶ **Tekinalp**, *Temsil*, s. 61.

da¹⁷, görünüşte temsil yetkisinin verilmesi ve kullanılmasının hüküm ve sonuçları ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken konulardır.

Bir hukukî işlemin özellikle de esas sözleşmenin acente aracılığıyla yapılıp yapılamayacağı ve görünüşte temsil yetkisinden doğan ihtilâflarda olduğu gibi, acente ilişkisinde uygulama alanının belirlenmesi konusunda üzerinde fikir birliği sağlanamamış birçok ihtilâf vardır. Bununla birlikte, aşağıda üzerinde durulacak bu tartışmalı konulara karşın, yetkisiz temsil gibi temsil statüsünün uygulama alanına girdiği hususunda tartışma olmayan konular da bulunmaktadır.

Temsil statüsünün uygulama alanı tayin edilirken, aynı zamanda kapsam dışı kalan konuların da belirlenmesi gerekir. Buna göre, acente iç ilişkisine dâhil konular başta olmak üzere, ehliyet, temsil yetkisinin verilme şekli, acentenin üçüncü kişi ve temsil olunana karşı haksız fiil sorumluluğu ve acentenin taşınmaz mallara ilişkin işlemleri, temsil statüsünün uygulama alanı dışında kalmaktadır.

Bu açıklamalardan hareketle, öncelikle temsil statüsünün uygulama alanındaki konuların tespiti yapılmalı, ardından kapsam dışında kalan konular belirlenmelidir. Ancak söz konusu konular, maddî temsil hukuku çerçevesinde ayrıntılı olarak ele alınmayacaktır. Bu nedenle, temsil statüsünün uygulama alanının sınırlarının belirlenmesi noktasında bazı uyuşmazlık hâlleri, kanunlar ihtilâfı boyutuyla kısaca açıklanacaktır.

A. TEMSİL YETKİSİNİN KULLANILMASININ ŞARTLARI VE SONUÇLARI

Temsil statüsünün uygulama alanına giren konuların başında, temsil yetkisinin kullanılmasının şartları ve sonuçları gelmektedir¹⁸. Buna göre, acente ilişkisinde, acente sözleşmesinden kaynaklandığına bakılmaksızın temsil yetkisinin, temsil olunan ad ve hesabına kullanılmasının şartları ve sonuçları, temsil statüsüne tâbidir. Bir diğer deyişle, acente tarafından yapılan bir hukukî işlemin, temsil olunan ve üçüncü kişiyi sorumluluk altına sokup sokmayacağı konusu, temsil statüsünün

¹⁷ **Verhagen**, Agency, s. 363.

¹⁸ **Schmitthoff**, s. 178; **Verhagen**, Agency, s. 304.

uygulama alanına dâhildir¹⁹. Örneğin, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 15’de de, temsil yetkisinin kullanılmasından doğan ihtilâfların, temsil statüsünün uygulama alanında kaldığı hükme bağlanmıştır²⁰.

Yukarıda da vurguladığımız üzere, acentenin, haiz olduğu temsil yetkisini temsil olunan ad ve hesabına kullanarak üçüncü kişi ile muamelede bulunması durumunda kural olarak doğrudan temsil ilişkisi doğacaktır. Bu bağlamda acenteye verilen temsil yetkisinin kullanılarak hüküm ve sonuç doğurması için gerekli şartlar ve yapılan işlemin doğrudan temsil kapsamında ortaya çıkan hukukî sonuçları, temsil statüsünün uygulama alanına girmektedir²¹.

Bu çerçevede, temsil yetkisinin kullanılarak, temsil olunan ve üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuç doğurmasının bazı şartları vardır. Acentenin temsil yetkisini kullanırken temsil olunan ad ve hesabına hareket etmesinin gerekip gerekmediği konusu, temsil statüsünün uygulama alanında kalmaktadır. Acentenin temsil olunan ad ve hesabına hareket ederek üçüncü kişiyle esas sözleşme akdedip akdetmediği, sözleşmenin hüküm ve sonuçları bakımından önemlidir. Zira acente ilişkisinde temsilin şartları, iradî/doğrudan temsil için öngörülen genel şartlara uygun olmalıdır. Buna göre, acentenin, üçüncü kişi ile akdettiği esas sözleşmenin, temsil olunan ad ve hesabına yapılması, istisnaları olmakla birlikte, iradî/doğrudan temsilin zorunlu bir şartıdır²². Bu bakımdan, acentenin kendi adına, ancak temsil olunan hesabına sözleşme akdetmesi, doğrudan temsil olarak kabul edilemeyeceği için, temsil statüsünün uygulama bulması da mümkün olmaz. Bu hâlde, dolaylı temsil söz konusu olacağından, akdedilen her bir sözleşme, kendi statüsüne tâbi olacaktır. Zira

¹⁹ Verhagen, Agency, s. 122; Nomer, s. 304; Uyanık Çavuşoğlu, s. 91.

²⁰ Hay/Müller-Freienfels, s. 46; Preifer, s. 436; Kostromov, s. 124. Bununla birlikte, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 11’in temsil statüsünü tayin eden bağlama kurallarına ilişkin hükmünde, temsil yetkisinin varlığı ve kapsamına ilişkin hususlar da temsil statüsünün uygulama alanına dâhil edilmiştir. Ancak Konvansiyon md. 8’de bu konuların da, iç ilişki statüsüne tâbi olduğu hükme bağlanmıştır. Bu iki hüküm birlikte dikkate alındığında, Konvansiyonun, temsil statüsünün uygulama alanında kalan konuların tespitinde çelişki arz ettiği söylenebilir. Bu hususta getirilen bir eleştiri için ayrıca bkz. Uyanık Çavuşoğlu, s. 93.

²¹ Uyanık Çavuşoğlu, s. 91; Savigny, s. 235; Badr, s. 86; Verhagen, Agency, s. 122.

²² Busch/Macgregor, s. 7.

dolaylı temsilde, temel sözleşmeden bağımsız bir temsil yetkisi olmadığından, uygulanacak hukuk da, akit statüsüne göre tayin edilecektir²³.

Bir temsilcinin, ad ve hesabına muamelede bulunduğunu akit tarafı üçüncü kişiye bildirmesinin gerekip gerekmediği, temsil statüsü içinde kalan bir konudur. Acente ilişkisinde, acentenin temsil olunan ad ve hesabına hareket ettiğini üçüncü kişiye açıklamasının şart olup olmadığı²⁴, bu açıklamanın temsil kapsamında hüküm ve sonuçları, açıklama yapılmamakla beraber başkası ad ve hesabına hareket edildiğinin anlaşılıyor olmasının hukukî etkisi, açıklama ilkesinin yerine getirilmemesinin istisnaları olup olmadığı, örneğin ilgili için işlem²⁵ adı verilen hukukî durumun mevcudiyeti hâlinde bu bildirim yapılmamasının sonuçları, açıklama ilkesinin içeriğinin ne olacağı, açıklamanın ne zaman yerine getirileceği, şart olduğu hâlde bu bildirim yapılmamasının hüküm ve sonuçları²⁶ gibi örnek konular, temsil statüsünün uygulama alanında kalmaktadır²⁷.

Kıta Avrupası hukuk sisteminde, temsil yetkisinin kullanılmasının hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, kural olarak acentenin temsil olunan ad ve hesabına hareket ettiğini üçüncü kişiye açıklaması şartı aranmaktadır. Ancak Anglo Sakson hukuk sisteminde, açıklama ilkesi ile ilgili olarak, Kıta Avrupası hukuk sisteminin temsile ilişkin düzenlemelerinden farklılık söz konusudur. Bu çerçevede, Anglo

²³ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 74, dn. 25. Dolaylı temsilden doğan ihtilâflara da temsil statüsünün uygulanması gerektiğine ilişkin aksi görüş için bkz. **Verhagen**, Agency, s. 122.

²⁴ Açıklama ilkesi olarak adlandırılan bu bildirim, acentenin temsil yetkisini kullanarak yaptığı hukukî işlemin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için gerekli bir unsurdur. Buna göre, acente, temsil olunan ad ve hesabına işlem yaptığını üçüncü kişiye bildirmelidir. Açıklama ilkesi hakkında bkz. **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, İstanbul 2008, s. 674; **Verhagen**, Agency, s. 32; **Akyol**, s. 15, 183; **İnceoğlu**, s. 51; **Oğuzman/Öz**, s. 218; **Esener**, Temsil, s. 97; **Eren**, s. 390; **Reisoğlu**, s. 130.

²⁵ İlgili için işlem, temsilcinin, temsil olunan ad ve hesabına hareket etmesine rağmen, bunu açıklamaması durumunda, üçüncü kişinin işlemin kiminle yapıldığını önemsememesi nedeniyle, işlemin temsil olunana bağlamasıdır. Örneğin bu istisna, TBK md. 40/2'de ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 32/2'de benimsenmiştir. Buna göre, üçüncü kişi için işlemin temsil olunan ya da temsilci ile yapılmasında hiçbir fark yoksa işlemin sonuçları yine temsil olunana aittir. İlgili için işlem istisnası hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Esener**, T.: Borçlar Hukukunda Kime Ait Olacaklarsa Onun Namına Yapılan Mukaveleler, Arsebük Armağanı, Ankara 1958, s. 619 vd. (Borçlar); **Oğuzman/Öz**, s. 219; **Reisoğlu**, s. 130.

²⁶ Temsil olunan tarafından temsilciye temsil yetkisi verilmiş olsa bile, açıklama ilkesi ihlâl edilmişse, temsilin hüküm ve sonuçlarının doğması mümkün değildir. Zira bu hâlde, işlemin hüküm ve sonuçları, temsilci ile üçüncü kişi üzerinde doğacaktır: **İnceoğlu**, s. 52; **Esener**, Temsil, s. 119; **Eren**, s. 391.

²⁷ **Verhagen**, Agency, s. 371; **Tekinalp**, Temsil, s. 90.

Sakson hukuk sisteminde “*undisclosed principal doctrine*” benimsenmek suretiyle, acentenin, başkası ad ve hesabına hareket ettiğini açıklamamış, yani kendi adına işlem yapmış olması durumunda da, temsil olunanın, üçüncü kişiye karşı doğrudan temsil uyarınca sorumlu tutulacağı istisnaî olarak kabul edilmiştir²⁸. Bu farklılık, vasıflandırma ihtilâfını gündeme getirecektir. Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilen maddî temsil hukuku çerçevesinde, açıklama ilkesi yerine getirilmemişse, doğrudan temsil hükümlerinin doğmayacağı kabul edilmektedir. Ancak Anglo Sakson hukuk sistemi dikkate alınarak yapılan bir vasıflandırmada, bu hâlde dahi doğrudan temsilin varlığından şüphe yoktur. Bu vasıflandırma farklılığının neden olduğu durum, söz konusu ihtilâfın uygulama alanını da değiştirmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemine göre, açıklama ilkesinin ihlâli hâlinde kural olarak dolaylı temsil hükümleri kabul edileceğinden temsil statüsünün devreye girmesi mümkün olamayacaktır. Dolayısıyla her bir hukukî ilişki, ilgili olduğu akit statüsüne tâbi tutulacaktır²⁹. Ancak Anglo Sakson hukuk sistemine göre, aynı ihtimâlde, uyumsuzluk yine temsil statüsünün uygulama alanına giren bir konu olarak kabul edilecektir³⁰. Zira temsilci, temsil olunan ad ve hesabına hareket ettiğini üçüncü kişiye açıklamasa da temsil olunan ve temsilci arasındaki iç ilişki bunu öngördüğü için, yine temsilci tarafından yapılan hukukî işlem, temsil olunan ve üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuç doğuracaktır³¹.

Görüldüğü gibi Anglo Sakson hukuk sistemi ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerindeki bu vasıflandırma farkından kaynaklanan tespitler, uyumsuzluğu farklı statülere tâbi tutmaktadır. Doktrinde, temsil statüsünün kapsamını dar yorumlayanlar, temsil olunan ad ve hesabına hareket edildiğinin açıklanmamasını akit statüsünün uygulama alanına dâhil etmektedir³². Buna karşın, temsil statüsünün kapsamını daha geniş yorumlayanlar, temsil statüsünün uygulanmasını önermektedir. Bu son görüş, ilişkinin, doğrudan temsil mi, dolaylı temsil mi olduğunu temsil statüsünün tespit

²⁸ **Bowstead**, s. 37 vd.; **Stoljar**, s. 204 vd.; **Badr**, s. 74 vd.; **Schmitthoff**, s. 140 vd.; **Busch/Macgregor**, s. 234.

²⁹ **Tekinalp**, Temsil, s. 70.

³⁰ **Dacey/Morris**, s. 1480; **Schmitthoff**, s. 179; **Verhagen**, Agency, s. 375.

³¹ Örneğin 2006 yılında hazırlanarak yürürlüğe konan Amerikan Restatement (Third) of Agency §1.04(2)(b)'de “*undisclosed principal doctrine*” kabul edilmek suretiyle, açıklama ilkesinin yerine getirilmemesi ihtimalinde dahi, doğrudan temsil hükümlerinin doğacağı düzenlenmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Busch/Macgregor**, s. 219 vd.

³² **Raape**, s. 503 (Tekinalp, Temsil, s. 70'den naklen).

edeceğini kabul etmektedir³³. Ancak konunun bir vasıflandırma ihtilâfı olduğu açıktır. Dolayısıyla öncelikle vasıflandırma ihtilâfının çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Zira *lex fori* vasıflandırma dikkate alındığında, ilgili için işlem istisnası dışında, bu uyumsuzluğun doğrudan temsil şeklinde nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Bu hâlde, vasıflandırma dolaylı temsili işaret edeceğinden, her bir hukukî ilişki için, akit statüsünün uygulanması söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, acentenin, üçüncü kişiye temsil olunan ad ve hesabına hareket ettiğini açıkça ya da zımnen açıklaması, hâlin icabından bu sonucun çıkması veya üçüncü kişi için sözleşmeyi akdettiği kişinin fark etmemesi durumlarında açıklama ilkesinin yerine getirildiği kabul edilerek, konuya ilişkin uyumsuzluklar temsil statüsüne tâbi tutulmalıdır. Aksi hâlde, dolaylı temsilin varlığından hareketle, acente ilişkisi içinde ortaya çıkan her bir uyumsuzluk, ilgili akit statüsünün uygulama alanında kalmalıdır. Ancak *lex causae* vasıflandırmanın tıpkı Anglo Sakson hukukunda olduğu gibi, açıklama ilkesinin yerine getirilmemesi hâlinde bile doğrudan temsil hükümlerini benimsemesi de diğer bir ihtimâldir. Bu nedenle kanaatimizce milletlerarası özel hukuk adaletini sağlıyor olması durumunda *lex causae* vasıflandırmanın öngördüğü şekliyle, söz konusu soruna, doğrudan temsilin sonuçlarının bağlanmasında bir engel olmamalıdır. Ancak doktrinde bir görüş, hangi hâllerin doğrudan temsil ilişkisi olduğunu ve temsil statüsünün uygulanıp uygulanmayacağını, işlem güvenliği ilkesine dayanan kuralın yapısı, varlık sebebi ve tercihinde etken olan unsurların dikkate alınması sonucunda temsil statüsünün belirleyeceğini savunmaktadır³⁴.

Üzerinde durulması gereken konulardan biri de, acentenin temsil olunanı davada temsil yetkisidir. Bu çerçevede, acentenin, temsil olunan ad ve hesabına yaptığı hukukî işlemlerden doğan uyumsuzluklar bakımından temsil olunan adına dava açıp açamayacağı, aynı şekilde temsil olunana izâfeten acenteye karşı dava açılıp açılmayacağı soruları gündeme gelecektir.

Acentenin, temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişilerle akdettiği esas sözleşmeden doğan bir ihtilâfla ilgili açılacak davada temsil olunanı temsil etmesi,

³³ **Soergel/Kegel**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 7, Einführungsgesetz, Zehnte neubearbeitete Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1970, s. 210 (Tekinalp, Temsil, s. 70'den naklen)

³⁴ **Verhagen**, Agency, s. 122, 375; **Tekinalp**, Temsil, s. 71.

acente ilişkisinin temsilden kaynaklı doğal bir hukukî sonucudur³⁵. Bu bağlamda, Alman ve İsviçre hukuklarında konuya ilişkin bir düzenleme yoktur³⁶. Bununla birlikte, Türk hukukunda acente ilişkisi kapsamında üçüncü kişinin korunması amacıyla acenteye davada temsil yetkisi veren TTK md. 105/2 kabul edilmiştir³⁷. Buna göre, acente, temsil olunan ad ve hesabına aracılıkta bulunduğu ya da yaptığı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklardan dolayı, temsil olunan adına dava açabileceği gibi, kendisine karşı da aynı sıfatla dava açılabilir. Bir başka deyişle, acenteler, TTK md. 105/2'den doğan temsil yetkisine dayanarak³⁸, bizzat kendilerinin aracılık ettiği ya da akdettiği esas sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından temsil olunanı davada temsil yetkisine sahiptir³⁹. Aynı şekilde, üçüncü kişi de, temsil olunana izâfeten acente aleyhine dava açabilecektir⁴⁰. Bu noktada vurgulanmalıdır ki, TTK md. 105/2'de, yabancı tacirler adına acentelik yapanlar hakkındaki sözleşmelerde yer

³⁵ **Erişir**, E.: *Medenî Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti*, İzmir 2007, s. 87.

³⁶ Alman Ticaret Kanunu (HGB) §91 ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 418/(e)(1), acentenin temsil olunanı davada temsil yetkisini yalnızca hakkı koruyucu beyanların yapılması ile sınırlandırmıştır: **Kaya**, A.: "Acentelik İle İlgili Yenilikler", *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticarî İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu*, 25-26 Kasım 2011, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 58.

³⁷ Bu hüküm, Türk hukukunda, vekil sıfatıyla dava açma ve takipte bulunma yetkisini yalnızca avukatlara özgü kılan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu md. 35'in bir istisnasıdır (RG. 7.4.1969-13168): **Arkan**, s. 215. Acentenin temsil olunanı mahkemede temsil etme yetkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kalpsüz**, T.: "Müvekkillerine İzâfeten Acentalara Karşı Dava Açılması ve Takip Yapılması", *BATİDER*, 1983, C. 13, S. 1, s. 1 vd.; **Ekşi**, Yetki, s. 108 vd.; **Kayıhan**, s. 185 vd.

³⁸ Acentenin davada aktif ve pasif temsil yetkisinin istisnâî bir düzenlemeden kaynaklandığı tespiti için bkz. **Kalpsüz**, s. 2 vd.; **Arkan**, s. 216. Aynı paralelde, konuya ilişkin bir içtihat da, acentenin, kanunun özel bir hükmünden doğan temsil yetkisini kullanan durumunda olduğu vurgulanmıştır: Yargıtay HGK, 14.2.1986 T. ve E. 1984/11-582, K. 1986/135 sayılı karar: YHD, C. 9, S. 7, Temmuz 1986, s. 972.

³⁹ Acentenin, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, kanundan doğan bir borç için ve kendisinin aracılık etmediği ya da akdetmediği bir sözleşmeden doğan davada, temsil olunanı temsil etmesi mümkün görülmemektedir: **Kalpsüz**, s. 3; **Arkan**, s. 215.

⁴⁰ Acentenin açtığı ya da acenteye karşı açılan böyle bir davada, davanın tarafı acente değil, bizzat temsil olunanıdır. Zira acentenin temsil olunan adına açtığı ya da temsil olunan taraf gösterilerek acente aleyhine açılan bir davada, taraf ehliyetine sahip bir temsil olunan bulunmaktadır: **Arkan**, s. 215; **Ayhan/Özdemir/Çağlar**, s. 320; **Karahan**, s. 372; **Kayıhan**, s. 196 vd. Taraf ehliyeti konusunda ayrıntılı olarak bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**: *Medenî Usul Hukuku*, Ankara 2012, s. 212 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**: *Medenî Usul Hukuku*, Ankara 2006, s. 179 vd.; **Erişir**, s. 23 vd. Dolayısıyla, davanın tarafları, temsil olunan ve üçüncü kişidir. Davanın tarafının temsil olunan olduğuna işaret eden örnek bir mahkeme kararı için bkz. Yargıtay 12. HD, 13.5.2008 T. ve E. 7474, K. 10222 sayılı karar: YKD, 2008, C. 34, S. 10, s. 1969. Bu sebeple, böyle bir dava sonunda alınan bir ilâm, taraf ehliyeti bulunmayan acenteye karşı icra olunamaz. Mahkeme, ilâmı temsil olunanı karşı verdiği için, yalnızca temsil olunanı davada temsilden ibaret bir görevi olan acentelere söz konusu ilâmların uygulanması mümkün değildir. Nitekim TTK md. 105/3'de de, ad ve hesabına hareket ettikleri kişilere karşı Türkiye'de açılacak olan davalar sonucunda alınan kararların acentelere uygulanamayacağı öngörülerek, acentelerin korunması amaçlanmıştır. TTK md. 105/3 gerekçesi için bkz. www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/.../madde%20gerekce.doc (Erişim Tarihi: 10.10.2012).

alan acentenin temsil olunanı davada temsil yetkisine ilişkin hükme aykırı şartların geçersiz olduğu, emredici olarak hükme bağlanmıştır⁴¹. Acenteye davada aktif ve pasif temsil yetkisi veren TTK düzenlemesi ile yabancı ülkelerdeki işletmeler ad ve hesabına Türkiye’de acentelik faaliyetinde bulunan acenteler davada aktif ve pasif temsil yetkisine sahip muhatap kılınarak Türk vatandaşlarının haklarının korunması sağlanmıştır⁴².

B. YETKİSİZ TEMSİL

Bir kimsenin, kendisine temsil yetkisi verilmediği hâlde ya da haiz olduğu temsil yetkisinin sınırlarını aşarak, başkası ad ve hesabına üçüncü kişi ile muamelede bulunması durumunda, yetkisiz temsilden bahsedilir⁴³. Hukuk düzenlerinde genel olarak kabul edildiği üzere, böyle bir durumda temsilcinin yaptığı yetkisiz muamele, kural olarak temsil olunanı bağlamaz. Zira temsil olunan tarafından, yetkisiz işleme icâzet verilmedikçe, temsil olunanın üçüncü kişiye karşı sorumluluğu söz konusu olamaz. Bu hâlde, temsil olunan, yetkisiz olarak yapılan işlemin tarafı olmayacağı için, söz konusu işlemde bizzat temsilci sorumludur. Ancak temsil olunanın, icâzeti hâlinde, söz konusu hukukî işlem, artık temsil olunan ve üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuç doğuracaktır⁴⁴.

⁴¹ **Kaya**, s. 58; **Arkan**, s. 215; **Karahan**, s. 371; **Ayhan/Özdemir/Çağlar**, s. 320. Doktrinde, yalnızca acente sözleşmesine buna aykırı bir hüküm koymanın geçersiz olacağını savunulmaktadır: **Kayhan**, s. 192; **Kaya**, s. 58. Ancak kanaatimizce hem acente sözleşmesi, hem de esas sözleşmede kararlaştırılan acentenin davada temsiline ilişkin bu hükme aykırı bir şart geçersiz olmalıdır. Zira bu emredici hükümle, acente ilişkisinde üçüncü kişilerin korunması amaçlanmakta, özellikle de esas sözleşmeden doğan uyumsuzlıklardan dolayı Türkiye dışında bulunan temsil olunana izâfeten, Türkiye’deki acentesine karşı dava açmak kolaylaştırılmaktadır. Bu bakımdan, üçüncü kişiler aleyhine olacak şekilde, gerek acente sözleşmesinde gerekse esas sözleşmede, acentenin davada aktif ve pasif temsil yetkisini ortadan kaldıran bir şart, geçersiz sayılmalıdır.

⁴² Bununla birlikte doktrinde, bu düzenlemenin Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tesis ettiği ileri sürülmektedir: **Kalpsüz**, s. 2; **Eksi**, Yetki, s. 108 vd.; **Arkan**, s. 215; **Ayhan/Özdemir/Çağlar**, s. 321; **Karahan**, s. 371. Kanaatimizce, TTK md. 105/2’nin milletlerarası yetki kuralı olarak kabulü mümkün değildir. Zira yetki kurallarının aksine Türkiye’de merkez veya şubesi bulunmayan yabancı işletmeler adına işlem yapanlara karşı bu işlemlerden doğan uyumsuzlıklarda hangi yer mahkemesinde dava açılacağını gösteren coğrafi kriter açıkça öngörülmemiştir. Bu sebeple, acenteye davada aktif ve pasif temsil yetkisi veren bu düzenleme, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini tayin eden bir yetki kuralından ziyade, kanundan doğan temsil yetkisinin bir yansımasıdır.

⁴³ Yetkisiz temsil hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kutlu Sungurbey**, A.: Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988, s. 10 vd. (Yetkisiz); **Akyol**, s. 449 vd. **Busch/Macgregor**, s. 18 vd.;

⁴⁴ Karşılaştırmalı hukukta, temsile ilişkin genel hükümlerde, ad ve hesabına muamelede bulunulan kimsenin, yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemle bağlanmak istemesi durumunda, bu duruma açıkça icâzet vermesi gerektiği ifade edilmektedir: **Schmitthoff**, s. 148; **Kostromov**, s. 36. Buna göre, ad ve hesabına yetkisiz temsil çerçevesinde muamelede bulunulan kimsenin, sözleşmenin yapıldığını

Yetkisiz temsil niteliği taşıyan ihtilâfların acente ilişkisinde de ortaya çıkması, ilişkinin temsil yetkisi ile ilgili olmasından dolayı her zaman için ihtimal dâhilindedir. Acentenin, haiz olduğu temsil yetkisinin sınırlarını aşması, yetkisiz temsil bağlamında görülebilecek ihtimallerden biridir. Örneğin, temsil yetkisinin, temsil olunanın öngördüğü kullanım alanının dışında bir yerde kullanılması ya da esas sözleşme için öngörülen şartların dışında bir sözleşme akdedilmesi durumunda, yetkinin aşılması söz konusudur. Aynı şekilde, temsil yetkisi olmaksızın, işi aracılıktan ibaret olan bir acentenin, temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile sözleşme akdetmiş olması da, yetkisiz temsil çerçevesinde görülebilecek diğer bir ihtimaldir⁴⁵.

Bu çerçevede, acente, yetkisi olmaksızın veya yetkisini aşarak temsil olunan ad ve hesabına bir sözleşme akdederse, temsil olunan, kural olarak bu sözleşmeyle bağlı değildir. Ancak temsil olunan, yetkisiz temsili haber alır almaz, söz konusu sözleşmeye icâzet verebilir. İcâzetin verilmemesi ihtimâlinde ise, bizzat acentenin sorumluluğu söz konusudur⁴⁶. Türk hukukunda da, TTK md. 108'de öngörülen yetkisiz temsile ilişkin bu paralelde sonuçlar⁴⁷, karşılaştırmalı hukuktaki hükümlerle örtüşmektedir⁴⁸.

öğrendiği hâlde, bu duruma sessiz kalması, sözleşmenin kabulü anlamına gelmez: **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz, s. 44 vd.; **Eren**, s. 412 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 199 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 721 vd. Yetkisiz temsile ilişkin bu temel hukukî sonuç, birçok hukuk düzeninde kabul görmektedir. Örneğin Türk hukukunda TBK md. 46 vd., İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 39 vd., Fransız Medenî Kanunu md. 1998/2; Alman Medenî Kanunu (BGB) §177 vd.; Hollanda Medenî Kanunu md. 3:33 vd., yetkisiz temsilin sonuçlarına ilişkin aynı paralelde hükümler getirmektedir. Karşılaştırmalı hukukun yetkisiz temsile ilişkin düzenlemeleri hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Busch/Macgregor**, s. 18 vd.

⁴⁵ **Arkan**, s. 213; **Kayıhan**, s. 203 vd. Temsil olunanın, yetkisiz temsilin meydana gelmesinde bir kusuru varsa, duruma göre haksız fiil sorumluluğu, akit sorumluluğu veya sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluktan (*culpa in contrahendo*) birine tâbi olacaktır. Ancak bu hâlde, temsilin özüne ilişkin ihtilâf söz konusu olmadığı için, temsil statüsü uygulama bulamayacaktır: **Tekinalp**, Temsil, s. 84.

⁴⁶ Acentenin yetkisiz temsili hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Kayıhan**, s. 203 vd

⁴⁷ Mülga TTK'da ise, yetkisiz temsil konusunda farklı hükümler getirilmekteydi. Buna göre, Mülga TTK md. 122, temsil olunana, sözleşmenin yapıldığını haber alır almaz üçüncü kişiye sözleşmeye icâzet vermediğini bildirme hakkı vermekte idi. Bu çerçevede, temsil olunan, acentenin yaptığı sözleşmeye icâzet vermediğini üçüncü kişiye derhal bildirmediği, esas sözleşmenin tarafı kabul edilmekte idi: **Kayıhan**, s. 204 vd. Aynı paralelde, acente ilişkisinde yetkisiz temsil çerçevesinde kabul edilen bu hüküm hâlen, Alman Ticaret Kanunu (HGB) §91(a)'da da öngörülmektedir: **Schmitthoff**, s. 148.

⁴⁸ Doktrinde, TTK 108'in, yetkisiz temsile icâzet konusunda getirdiği Mülga TTK'dan farklı düzenlemesinin, adaletsizliklere zemin hazırlayacağı, zira iç ilişkideki yetki aşımının sorumluluğunun

Bu açıklamalardan hareketle, acentenin yetkisiz muamelelerinden kaynaklanan ihtilâfların tâbi olduğu statünün belirlenmesi gerekir. Buna göre, acente ilişkisinde yetkisiz temsilin şartları, hüküm ve sonuçları, temsil olunan, üçüncü kişi ve acenteye olan hukukî etkisi ile ilgili ihtilâflar, temsil statüsünün uygulama alanı içinde kabul edilmektedir⁴⁹.

Yetkisiz temsilden doğan ihtilâflar, farklı şekillerde uyuşmazlık konusu olabilmektedir⁵⁰. Acente ilişkisinde yetkisiz temsilin kabulü için gerekli şartların neler olduğu, daha açık ifadeyle, acentenin hangi faaliyetlerinin yetkisiz temsile neden olacağı, temsil statüsünün uygulama alanına girmektedir. Örneğin, sadece aracılık faaliyetinde bulunan bir acentenin, aracılıkta bulunduğu kimse ad ve hesabına sözleşme akdetmiş olmasının yetkisiz temsile neden olup olmayacağı, temsil statüsüne tâbidir. Aynı şekilde, temsil yetkisine sahip olmakla beraber, bu yetkinin sınırlarının aşılmasının yetkisiz temsil sonuçlarını doğurup doğurmayacağı temsil statüsünün uygulama alanında kalan bir diğer konudur.

Yetkisiz temsilin, acente ilişkisinde her üç tarafa da etki edeceğinden kuşku yoktur. Dolayısıyla yetkisiz temsil niteliği taşıyan acente işleminin, hüküm ve sonuçları, temsil statüsünün uygulama alanındadır⁵¹. Yetkisiz temsil hâlinde, yetkisiz işlemin geçersizliğinin türü⁵², üçüncü kişinin acenteye akdettiği sözleşmeyle bağlı olup olmadığı, bu sözleşmeden vazgeçip vazgeçemeyeceği, acentenin üçüncü kişiye karşı yetkisiz temsil kapsamında sorumluluğu⁵³, sorumluluğun şartları, örneğin

üçüncü kişilere yükletilmesinin, hukukun genel ilkeleri ile bağdaşmayacağı savunulmaktadır: **Ulaş**, I.: “Uygulamacı Gözü ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Bakış”, BATİDER, 2005, C. 23, S. 2, s. 193.

⁴⁹ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 42, 46; **Preifer**, s. 436; **Kostromov**, s. 124; **Verhagen**, Agency, s. 304; **Badr**, s. 152-153; **Dacey/Morris**, s. 1479; **Schmitthoff**, s. 149; **Tekinalp/ Uyanık Çavuşoğlu**, s. 137.

⁵⁰ **Akyol**, s. 449 vd.; **Kayıhan**, s. 203 vd.; **Verhagen**, Agency, s. 369 vd.

⁵¹ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 91, 95.

⁵² Yetkisiz temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı hukukî işlem, temsil yetkisi bulunmadığı için askıda hükümsüzdür: **Busch/Macgregor**, s. 50 vd.; **Badr**, s. 66 vd. Buna göre, sözleşme geçersiz olduğu için temsil olunan ve üçüncü kişi, bu sözleşmeye taraf değildir. Ancak bu geçersizlik kesin olmadığı için, üçüncü kişi, sözleşmeye bağlı olduğu hâlde, ad ve hesabına muamelede bulunulan taraf, ancak yetkisiz olarak yapılan bu işleme icâzet vermesi durumunda bağlanacaktır: **Kutlu Sungurbey**, Yetkisiz, s. 11 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 721 vd.; **İnceoğlu**, 374 vd.; **Akyol**, s. 449 vd.; **Eren**, s. 410 vd.; **Badr**, s. 66; **Busch/Macgregor**, s. 50.

⁵³ Yetkisiz temsilcinin sorumluluğu hakkında hukuk düzenlerinde iki ana eğilim vardır. İlk eğilim, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun, haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilmesidir. Temsilcinin sorumluluğu bakımından bu sorumluluk türünün kabulü, yetkisiz temsilin varlığından haberdar olmayan iyiniyetli üçüncü kişileri güç durumda bırakabileceği gerekçesiyle eleştiri almaktadır. Zira bu durumda, üçüncü kişi, davacı olarak haksız fiilde ispat külfeti ile karşı karşıya kalacaktır. Bu

sorumluluğun doğumu için üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının şart olup olmadığı⁵⁴, yetkisiz temsilcinin kusurlu olmasının gerekip gerekmediği, acenteden sözleşmenin ifasını talep edip edemeyeceği, onayın verilmemesi ve onayın geri alınması gibi örnek mahiyette sıralanan birçok ihtilâf konusu gündeme gelebilir.

Acente ilişkisinde acentenin yetkisiz işlemlerine temsil olunanın icâzeti konusu da bu bağlamda ele alınmalıdır. Buna göre, acentenin yetkisiz işlemine temsil olunanın icâzetinin şartları, icâzetin geçmişe etkili sonuç doğurup doğurmayacağı⁵⁵, icâzetin acenteye mi yoksa üçüncü kişiye mi bildirileceği, icâzetin kısmen verilip verilemeyeceği, icâzetin şarta bağlı olarak verilip verilemeyeceği, icâzetin geri alınıp alınmayacağı, temsil olunanın sözleşmeye bağlı olabilmesi için icâzet vermesinin

bakımdan, haksız fiil sorumluluğunun eksiklikleri dikkate alınarak, iyiniyetli üçüncü kişinin korunmasını temin etmek üzere, bu konuda alternatif eğilimlere yönelim olmuştur. Bu çerçevede, ilk kez Alman hukukçu Jhering tarafından ortaya atılmış olan, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu, garanti sözleşmesi gibi sözleşmeye dayandıran bir eğilim vardır. Buna göre, temsil olunan, temsilcinin yaptığı sözleşmeden dolayı sorumlu tutulmaz ve söz konusu yetkisizliğe icâzet vermezse, üçüncü kişiye karşı temsilci, sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında sorumlu tutulmalıdır. Bir diğer anlatımla, temsilcinin, üçüncü kişiye karşı sorumluluğu, esas sözleşmeye ya da diğer bir bağımsız sözleşmeye bağlanmaktadır. Bu hâlde, üçüncü kişi, temsilci ile akdettiği muamelede temsil olunan tarafından verilmesi gereken icâzetin eksikliğini ispat etmek zorunda değildir. Ayrıca, sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında sorumlu tutulmasında, temsilcinin iyi veya kötü niyeti, önem taşımaz. Anglo Sakson hukuk sisteminde de yetkisiz temsilcinin sorumluluğu, doktrinel temelli tartışmalarla şekillenmektedir. Bu bağlamda, yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu konusu, Anglo Sakson hukuk sisteminde, Kıta Avrupası hukuk sistemine göre daha katı bir özellik taşıyor olsa da, söz konusu farklılık temel bir özellik boyutunda da değildir. Örneğin, İngiliz hukukunda, temsilcinin yetkisiz işlemlerden sorumluluğu, temsilci bakımından sözleşmeden doğan sorumluluğa yol açan “*implied warranty of authority*”ye, yani zımnî garanti sözleşmesine dayandırılmaktadır. Buna göre, sözleşme taraflarından her biri, diğerine sözleşmenin geçerliliği ve yükümlülüklerin tam olarak yerine getirilmesi konusunda zımnen söz vermiş kabul edilmektedir. Bu garanti sözleşmesi benzeri durum, temsil ilişkisinde de geçerli kabul edilmektedir. Yetkisiz temsilcinin sorumluluğunun türü hakkındaki söz konusu eğilimler hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Badr**, s. 67 vd.; **Bowstead**, s. 426; **Kostromov**, s. 39 vd.; **Schmitthoff**, s. 149 vd.

⁵⁴ Acentenin yetkisiz temsili bağlamında gerekli şartlardan biri de yetkisiz acente ile muamelede bulunan üçüncü kişinin iyi niyetli olmasıdır. Buna göre, üçüncü kişi, acentenin temsil olunan ad ve hesabına sözleşme akdetme yetkisinin olmadığını ya da yetkinin sınırlarını aştığını bilmemeli ya da bilebilecek durumda da olmamalıdır. Bu şart, medenî hukukun temel ilkelerinden biri olan iyiniyet ilkesinin bir gereği olarak benimsenmektedir. Dolayısıyla, eğer üçüncü kişilerin kötü niyeti ispat edilmişse, yetkisiz acentenin yaptığı işleme, ad ve hesabına muamelede bulunulan kimsenin susması nedeniyle icâzet verdiği ileri sürülemez: **Kayhan**, s. 206. Ancak, temsil olunan kimse, sorumluluk altında olmayacağı için, sözleşme kapsamında ona karşı herhangi bir talepte bulunulamayacaktır. Aynı şekilde, temsilciden de, söz konusu sözleşmeye kendi adına taraf olmadığı için sözleşme kapsamında talepte bulunulamaz. Bununla birlikte, üçüncü kişinin, yetkisiz temsilciye karşı bir talep hakkı vardır: **Busch/Macgregor**, s. 50 vd.; **Badr**, s. 66; **Stoljar**, s. 265.

⁵⁵ Yetkisiz temsile konu bir işleme, temsil olunan tarafından verilen icâzetin geçmişe etkili sonuçlar doğuracağı hakkında bkz. **Fridman**, s. 45; **Wright**, s. 54; **Bowstead**, s. 51; **Akyol**, s. 6; **Kostromov**, s. 35.

gerekip gerekmediği⁵⁶ gibi örnek mahiyette konuların temsil statüsünün uygulama alanına girip girmediği hususu, doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, tıpkı bir hukukî işlemde temsilin mümkün olup olmadığı konusu gibi, yetkisiz temsile icâzet de esas sözleşme statüsüne tâbidir. Bu görüşün gerekçesi, yetkisiz temsile icâzet konusunun temsil yetkisinin özüne ilişkin bir konu olarak görülmemesidir⁵⁷. Bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, yetkisiz temsile icâzetin olup olmayacağı, temsil statüsüne tâbi bir konudur⁵⁸. Zira bir hukukî işlemde temsilin mümkün olup olmadığı ile yetkisiz temsilde icâzetin mümkün olup olmadığı konuları, aynı niteliktedir. Dolayısıyla, temsilin veya yetkisiz temsilin mümkün olduğu kabul edildikten sonra icâzet konusu gündeme gelebilir. Yetkisiz temsilde icâzetin mümkün olup olmadığını esas sözleşme statüsüne, bunun mümkünlüğünü tespit ettikten sonra yetkisiz temsil kaynaklı diğer uyumsuzlukları temsil statüsünün uygulama alanına sokmak makûl bir çözüm değildir⁵⁹. Bu şekilde yetkisiz temsilden doğan ihtilâflar arasında parçalamaya yol açan bir çözümün kabul edilmesi yerine, konu bütünlüğü sağlaması, işlem güvenliği, temsil yetkisinin soyutluğu kriterleri de dikkate alınarak yetkisiz temsil kaynaklı her türlü uyumsuzluğa temsil statüsünün uygulanması gerekir⁶⁰. Konuya ilişkin bir başka görüş ise, yetkisiz temsili haksız fiil olarak nitelendirerek bir sonuca gitmektedir. Buna göre, yetkisiz temsilden doğan ihtilâflar, yetkisiz temsilcinin üçüncü kişiyi yetkisine inandırdığı yer, haksız fiilin gerçekleştiği yer olarak kabul edilerek haksız fiil statüsüne tâbi tutulmalıdır⁶¹. Kanaatimizce, yetkisiz temsile icâzetin mümkün olup olmadığı, temsil statüsünün uygulama alanında kalan bir konudur. Zira yetkisiz temsil kapsamında, bir işleme

⁵⁶ TTK'da acentenin yetkisi olmaksızın veya yetkisini aşarak temsil olunan ad ve hesabına sözleşme yapması durumunda, temsil olunanın, sözleşme yapıldığını haber alır almaz derhal üçüncü kişiye sözleşmeye icâzet verdiğini bildirmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Aksi hâlde ise, icâzetin verilmemiş sayılacağı ve sözleşmeye acentenin kendisinin bağlı olacağı ifade edilmiştir (TTK 108). Bu düzenleme, TBK md. 46/1 hükümleriyle de paralellik teşkil etmektedir. Zira Mülga TTK md. 122'de, yetkisiz temsil kapsamında akdedilen bir sözleşmeye temsil olunanın sessiz kalmasının, icâzet anlamına geleceği öngörülmekteydi. TTK'da yapılan bu düzenlemeyle yetkisiz temsil konusundaki önemli bir yanlıştan dönüldüğüne ilişkin görüş hakkında bkz. **Arkan**, s. 213.

⁵⁷ Doktrinde Alman hukukçular Raape, Caemmemer, Braga, Berger ve İsviçreli hukukçular Schönerberger, Jaggi ve Vischer, bu görüşün savunucularıdır. Tespit için bkz. **Tekinalp**, Temsil, s. 77.

⁵⁸ **Kropholler**, J.: Die Ansheinshaftung im internationalen Recht der Stellvertretung, NJW, 1965, s. 1641-1646, s. 1645 (Tekinalp, Temsil, s. 78'den naklen); **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 91.

⁵⁹ Aynı yönde görüş için bkz. **Tekinalp**, Temsil, s. 78.

⁶⁰ **Tekinalp**, Temsil, s. 79, 82.

⁶¹ **Reese**, Agency, s. 417 vd. (Tekinalp, Temsil, s. 78'den naklen).

temsil olunanın icâzet verip veremeyeceğinin tespiti, temsil yetkisinin yetki dâhilinde kullanılmasında olduğu gibi, temsil yetkisinin üçüncü kişinin hukukî alanında hüküm ve sonuçların doğmasına neden olacak temsil statüsüne tâbi bir konudur.

Görüldüğü gibi, yetkisiz temsilden doğan uyuşmazlıkların temsil statüsüne tâbi olduğu genellikle kabul görmektedir. Nitekim La Haye Temsil Konvansiyonu md. 15’de de, temsilci ve üçüncü kişi arasındaki temsil ilişkisi çerçevesinde, temsilcinin temsil yetkisini kullanması yanında, temsil yetkisinin sınırlarının aşılması ve temsil yetkisi olmaksızın temsil olunan ad ve hesabına muamelede bulunmadan doğan yetkisiz temsil konularının temsil statüsünün uygulama alanında kaldığı hükme bağlanmıştır⁶². Aynı şekilde, İsviçre MÖHK md. 126/4 ve Türk hukukunda MÖHUK md. 30/2, yetkisiz temsilden doğan uyuşmazlıkların temsil statüsüne tâbi olduğunu açıkça düzenlemiştir.

§ 3. UYGULAMA ALANI DIŞINDA KALAN KONULAR

Acentenin temsil yetkisiyle bağlantılı olmasına karşın, bazı konular, temsil statüsünün uygulama alanı dışında kalmaktadır. Şüphesiz böyle bir kabülde, acenteliğin ve bu ilişki içerisinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların hukukî niteliği ve korunan menfaatler etkili olmaktadır⁶³.

Acente iç ilişkisi kapsamına giren bir uyuşmazlığın, temsil statüsünün uygulama alanına sokulması, temsil statüsünün kabul ediliş amacından uzaklaşmaya neden olacaktır⁶⁴. Örneğin, acentenin temsil olunan ad ve hesabına temsil yetkisini kullanarak üçüncü kişi ile akdettiği esas sözleşmeye yönelik irade beyanlarında meydana gelen sakatlıkla ilgili bir ihtilâfın tâbi olduğu hukukun tespitinde tartışma söz konusudur⁶⁵. Kanaatimizce bir kimsenin sözleşmeye yönelik irade beyanının sakatlanmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar, nasıl ki akit statüsüne tâbi ise, aynı

⁶² **Koppenol-Laforce**, s. 160; **Verhagen**, Agency, s. 367; **Badr**, s. 152; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 46; **Preifer**, s. 436; **Kostromov**, s. 124.

⁶³ **Badr**, s. 84-85.

⁶⁴ **Tekinalp**, Temsil, s. 113.

⁶⁵ Söz konusu irade sakatlıklarının, esas sözleşme statüsünün mü, yoksa temsil statüsünün mü uygulama alanında kaldığı yönündeki tartışmalar hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Tekinalp**, Temsil, s. 112 vd.

şekilde, bu sözleşmenin acente gibi bir temsilci aracılığıyla akdedilmesi hâlinde de, akit statüsü geçerli olmalıdır⁶⁶.

Temsil statüsünün uygulama alanı dışında kalan konuları, acenteliğin iç ve dış hukukî yapısı ve uyumsuzluğun niteliği çerçevesinde belirlemek gerekmektedir. Bu bağlamda, acente ilişkisinde temel ilişki niteliği taşıyan ve yukarıda üzerinde detaylarıyla durulan acente sözleşmesinden doğan ihtilâflar, temsil statüsünün uygulama alanının dışında kalmaktadır⁶⁷. Aynı şekilde, acentenin temsil olunandan aldığı temsil yetkisi ile onun ad ve hesabına üçüncü kişilerle akdettiği esas sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluklar da ilgili olduğu akit statüsüne tâbidir⁶⁸.

Temsil statüsünün uygulama alanı dışında kalan ve aşağıda üzerinde durulacak diğer konular ise, temsil olunan ile acentenin fiil ehliyetinden, temsil yetkisinin şeklinden, acentenin sorumluluğundan ve taşınmazların aynından kaynaklanan ihtilâflardır.

A. TARAFLARIN EHLİYETİ

Temsil olunanın acenteye temsil yetkisi vermesinin ve acentenin de haiz olduğu temsil yetkisini kullanarak temsil olunan ad ve hesabına muamelede bulunmasının hak ve fiil ehliyeti kapsamında kalan konular, kural olarak şahsî statü içinde kabul edilmektedir⁶⁹.

Kendisi ad ve hesabına sözleşme akdedilmek üzere temsil yetkisi verdiği için, temsil olunanın kural olarak fiil ehliyetine sahip olması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁰. Zira fiil ehliyetine sahip olmayan bir kimsenin, ne kendisinin bizzat, ne de temsilci aracılığıyla hak kazanması veya borç altına girmesi mümkün değildir⁷¹. Zaten temsilci tarafından temsil olunan ad ve hesabına yapılan bir

⁶⁶ Doktrinde, temsil statüsünün temsilin özü ile ilgili olmayan ihtilâflara uygulanarak genişletilmesinin sakıncalarından bahisle, konunun esas sözleşme statüsünün uygulama alanında kaldığına ilişkin aynı yönde bir görüş için bkz. **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 138.

⁶⁷ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, § 2. UYGULAMA ALANINA DÂHİL KONULAR başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁶⁸ **Badr**, s. 85.

⁶⁹ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 100.

⁷⁰ Temsil olunanın ve temsilcinin ehliyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Fridman**, s. 41; **Wright**, s. 10; **İnceoğlu**, s. 133 vd.

⁷¹ **Akyol**, s. 216.

sözleşmenin hüküm ve sonuçları, doğrudan temsil olunana ait olacaktır⁷². Bununla birlikte, hâkim görüşe göre, temsilcinin fiil ehliyetine sahip olması şart değildir. Bu nedenle, temsilcinin temsil olunan ad ve hesabına muamelede bulunabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir⁷³. Zira ayırt etme gücüne sahip olmayan bir temsilcinin, geçerli bir irade beyanı da olamayacağı için, temsil olunan ad ve hesabına muamelede bulunması düşünülemez⁷⁴.

Temsil olunan ve acentenin ehliyeti konusunda, tarafların gerçek kişi veya tüzel kişi olması bakımından bir fark bulunmamaktadır⁷⁵. Bu çerçevede, örneğin bir şirketin, acentesine şirket esas sözleşmesinde öngörülen faaliyet alanına uygun olarak temsil yetkisi verme zorunluluğunda olup olmadığı, ehliyetle ilgili bir konudur. Bir diğer ifadeyle, *ultra vires* ilkesinin⁷⁶ kapsamındaki ihtilâflar, temsil statüsünün uygulama alanı dışında kalmaktadır. Zira şirketlerin hak ve fiil ehliyetinin kısıtlanmasına sebebiyet veren *ultra vires* ilkesi, şirket statüsüne tâbidir⁷⁷.

Acente ve temsil olunanın, acente sözleşmesi yapabilme ve sözleşme yoluyla borç altına girebilme ehliyetleri konusunun, acente sözleşmesi statüsünün dışında kabul edildiğini yukarıda ifade etmiştik⁷⁸. Acente iç ilişkisi çerçevesinde kabul edildiği gibi, temsil olunanın acenteye temsil yetkisi verebilme, acentenin de temsil

⁷² Bowstead, s. 16; Akyol, s. 4; Oğuzman/Öz, s. 232; Tunçomağ, s. 260; Esener, Temsil, s.130; İnceoğlu, s. 133; Reisoğlu, s. 132; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 653.

⁷³ Fridman, s. 41; Wright, s. 10; Eren, s. 396; Tunçomağ, s. 252; Reisoğlu, s. 131; İnceoğlu, s. 135; Esener, Temsil, s. 137; Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, s. 654.

⁷⁴ Temsilcinin ayırt etme gücüne sahip olması gereğinin yansımaları olarak, temsilcinin yaptığı işlemlerin temsil olunanın hukukî alanında sonuç doğurabilmesi için, esas sözleşmenin tamamlanma anında temsilcinin temsil olunan ad ve hesabına hukukî muamelede bulunma niyetine sahip olması gerekmektedir. Karşılaştırmalı hukukta “*Contemplatio domini*” olarak ifade edilen bu husus, örneğin Alman, Fransız, Hollanda ve İngiliz hukuklarında benimsenmektedir: Verhagen, Agency, s. 33; Bowstead, s. 44.

⁷⁵ Singleton/Anderson, s. 4.

⁷⁶ *Ultra vires* ilkesi, şirketlerin ehliyetinin esas sözleşmedeki konu ile sınırlandırılmasıdır. Konu sınırlamasını aşan işlemler, şirketi bağlamaz ve yok hükmündedir. Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. Ülgen, H.: “Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1283 vd.; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009, s. 101. Bu bağlamda, Türk hukukunda TTK md. 125/2, *ultra vires* ilkesini reddetmiştir. TTK md. 125/2 gereğince, kanunî istisnalar saklı kalmak üzere, ticaret şirketleri, TMK’nın 48. maddesi çerçevesinde bütün haklardan yararlanabilir ve borçları üstlenebilirler. Böylece Mülga TTK md. 137’de benimsenen *ultra vires* ilkesi reddedilmiştir. Konuya ilişkin tespitler için bkz. Yıldız, B.: “TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki ‘Ultra Vires’ Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C. 55, S. 1, 2006, s. 337 vd. TTK md. 125/2’nin bu hükmünün şirketler hukukuna ilişkin AB müktesebatı çerçevesinde kabul edilen 68/151 sayılı AB Yönergesi md. 9’la uyum arz ettiği tespiti hakkında ayrıca bkz. Yıldız, s. 347.

⁷⁷ Aygül, Şirket, s. 217.

⁷⁸ Konu hakkında bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, TARAFLARIN EHLİYETİ başlığı altında yapılan açıklamalar.

olunan ad ve hesabına temsil yetkisini kullanabilmesi, temsil statüsünün uygulama alanı dışında kalacaktır⁷⁹. Bu paralelde, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 2/(a) da ehliyeti Konvansiyonun kapsamı dışında bırakmıştır.

Temsil olunanın, kendisini borç altına sokacak bir işlem için acenteye temsil yetkisi verebilme ve acentenin de temsil yetkisini kullanabilme ehliyeti, kural olarak şahsî hukuklarına tâbi tutulmaktadır⁸⁰. Dolayısıyla, temsil olunan ve acentenin fiil ehliyetinden kaynaklı uyuşmazlıkların, millî hukuk veya mutad mesken hukuku yahut yerleşim yeri hukuku gibi şahsî hukuklara tâbi tutulması, hukuk düzenlerinde genel olarak kabul görmektedir. Örneğin İsviçre, Alman ve Türk hukuklarında ehliyet, bağımsız bir bağlama kuralı kapsamında şahsî statüye tâbidir⁸¹.

Ehliyetin, şahsî statüye tâbi olması kuralına işlem güvenliği sebebiyle istisna getirilmektedir. Temsilcinin ya da temsil olunanın ehliyetine uygulanacak hukukun tespiti şartları varsa işlem güvenliği istisnası da uygulanacaktır⁸². Buna göre, temsil olunan ya da acente, kendi millî hukukuna göre ehliyetsiz olmakla birlikte temsil işleminin yapıldığı yer hukuka göre ehliyetli iseler, temsil yetkisinin verilmesi ya da kullanılması, geçerli sayılacaktır⁸³. Doktrinde bir görüş, işlem güvenliği ilkesi bakımından temsil olunan ve temsilci bakımından bir ayrıma gidilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Görüşe göre, işlem güvenliği ilkesi yalnızca temsil olunan bakımından geçerli olabilir. Zira işlem güvenliğinin korunmasında, sözleşmeyle bağlı tutulması gereken taraf, temsilci değildir. Dolayısıyla temsilci, esas sözleşmenin tarafı olmadığı için, bu sözleşmeden dolayı sorumlu da tutulamaz⁸⁴.

B. TEMSİL YETKİSİNİN ŞEKLİ

Milletlerarası unsurlu acente ilişkisinde acentenin yetkilendirilmesinin şekli, hukuk düzenlerinde farklı hükümlere tâbi tutulabilmektedir. Temsil yetkisinin şekli kapsamında gündeme gelecek bu farklılıklar, kanunlar ihtilâfının doğmasına neden

⁷⁹ **Badr**, s. 85; **Tekinalp**, Temsil, s. 104; **Verhagen**, Agency, s. 335.

⁸⁰ **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 137.

⁸¹ **Nomer**, s. 213; **Doğan**, Milletlerarası, s. 198.

⁸² **Tekinalp**, Temsil, s. 110.

⁸³ **Verhagen**, Agency, s. 337; **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 100.

⁸⁴ Konu hakkındaki tartışma için ayrıca bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 100 vd.

olabilecektir⁸⁵. Örneğin, Alman tâbiyetli bir turizm şirketinin Türkiye’de bir acenteyi yetkilendirmesi durumunda, yetkilendirmenin şeklinin tâbi olacağı hukukun tespiti gerekmektedir. Buna göre, aşağıda üzerinde durulacağı üzere, Türk hukukunda yazılı şekle tâbi tutulan yetkilendirmenin, Alman hukukuna göre şekil serbestisi içinde kalması, kanunlar ihtilâfı hukuku çerçevesinde ele alınması gereken bir durumdur.

Bu çerçevede, genel olarak, temsil yetkisi, temsil olunan tarafından temsilcinin hâkimiyet alanına ulaşması gereken tek taraflı bir irade beyanı ile verilir⁸⁶. Dolayısıyla, temsil yetkisinin verilmesinde, temsilci ve temsil olunan arasında iki taraflı bir hukukî işlemin olmasını şart değildir⁸⁷. Temsil yetkisinin verilebilmesi için, temsilcinin kabulü şart olmadığı gibi⁸⁸, söz konusu yetkilendirmeyi temsilci ile muamelede bulunacak olan üçüncü kişinin öğrenmesi de gerekli değildir⁸⁹.

Temsil yetkisinin şekli konusunda hukuk düzenleri farklı düzenlemelere sahiptirler. Örneğin, temsil yetkisinin verilmesi, bazı Latin Amerika ülkelerinde yazılı şekle tâbi tutulmaktadır⁹⁰. Buna karşın, temsil yetkisinin verilmesinin şekli bakımından, çoğu hukuk düzenindeki genel kabul, şekil serbestliği yönündedir. Örneğin, temsil yetkisinin verilmesi Türk, Alman ve İsviçre hukuklarında belirli bir geçerlilik şartına tâbi tutulmamıştır. Temsil yetkisinin verilmesi, hiçbir şekle tâbi tutulmadığı için yetkinin yazılı veya sözlü olarak verilmesi fark etmez. Dolayısıyla, yetkilendirmeye yönelik irade beyanlarının açıkça ya da zımnî⁹¹ olarak ortaya

⁸⁵ **Badr**, s. 57.

⁸⁶ Karşılaştırmalı hukuktaki ve Türk hukukundaki tespitler için bkz. **Aral**, F.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2006, s. 398; **Badr**, s. 50; **Verhagen**, Agency, s. 18; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 635; **Kostromov**, s. 20; **Eren**, s. 393; **Esener**, Temsil, s. 26; **Markesinis/Unberath/Johnston**, s. 109 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 172; **İnceoğlu**, s. 101. Bununla birlikte, doktrinde, temsil yetkisinin ulaşmasının değil, gönderilmiş olmasının yeterli olacağı hususunda aksi bir görüş de mevcuttur: **Oğuzman/Öz**, s. 224.

⁸⁷ **Kostromov**, s. 20; **Badr**, s. 50.

⁸⁸ Buna karşın, örneğin İngiliz hukukunda, temsilcinin kabulü de şart koşulmaktadır: **Birks**, s. 176 vd.

⁸⁹ **Oğuzman/Öz**, s. 224; **Eren**, s. 393; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 635; **İnan**, s. 231; **Esener**, Temsil, s. 45.

⁹⁰ Örneğin, Brezilya Medenî Kanunu md. 1289/2’de, temsilcinin yetkilendirilmesinin şekli geçerliliği, yazılı olarak yapılmasına ve temsil olunanın imzasına bağlı tutulmuştur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Badr**, s. 57.

⁹¹ Temsil yetkisinin zımnî olarak verilmesiyle, zahirî yani görünüşte olarak verilmesi arasında fark vardır. Zımnî yetkilendirmede, temsil olunanın davranışlarının temsilciye yönelik olması gerektiği

konması arasında da bir fark bulunmamaktadır⁹². Bu bakımdan, temsil olunanın, bir kimseyi temsilci olarak tayin ettiğini gösteren kararının anlaşılabilirliği herhangi bir şekil, yetkinin geçerliliği ve varlığı bakımından yeterli görülmektedir. Buna rağmen, temsil yetkisi, uygulamada çoğu zaman, yazılı bir belge içinde verilmektedir. Ancak bu durum, bir geçerlilik şartı değildir⁹³.

Temsil yetkisinin verilmesinde olduğu gibi, temsil yetkisine sonradan verilen icâzetin şekli konusunda genel olarak kabul edilen görüş, herhangi bir şekil şartına tâbi olmadığı yönündedir⁹⁴. Buna göre, yazılı veya sözlü herhangi bir şekil aranmaksızın, temsil olunanın onay niyetini açığa vurması, icâzetle sonradan yetkilendirme bakımından yeterli görülmektedir⁹⁵. Ancak temsilcinin, temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile yapacağı esas sözleşme özel bir şekle tâbi ise, temsil olunanın icâzetinin de bu şekle uygun olarak yapılması gerektiği savunulmaktadır⁹⁶. Aksi bir görüşe göre ise, yetkilendirmenin şekli ve temsilcinin üçüncü kişiyle yapacağı sözleşme için ihtiyaç duyulan şekil şartları arasında bir paralellik gerekmez⁹⁷. Ancak doğal olarak temsilcinin üçüncü kişi ile yapacağı esas sözleşme, yine kanunun aradığı şekle uygun olarak yapılmak zorundadır. Örneğin taşınmaz mallar üzerinde tasarruflı işlemlerin resmî şekilde yapılmasının öngörüldüğü durumda, bu işlemin temsilci aracılığıyla yapılması söz konusu ise, temsilciye verilecek temsil yetkisi bir şekle tâbi olmadığı hâlde, esas sözleşme resmî şekle

hâlde, görünüşte yetkilendirme durumunda, temsil olunanın davranışlarının, üçüncü kişiye karşı olması şarttır: **Stoljar**, s. 89; **Verhagen**, Agency, s. 28.

⁹² **Bowstead**, s. 92; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 636; **İnceoğlu**, s. 108; **Badr**, s. 56; **Verhagen**, Agency, s. 32; **Akyol**, s. 15; **Esener**, Temsil, s. 97; **Eren**, s. 390; **Reisoğlu**, s. 130; **Oğuzman/Öz**, s. 227.

⁹³ **Oğuzman/Öz**, s. 227; **Esener**, Temsil, s. 39; **Reisoğlu**, s. 133; **İnan**, s. 232; **Eren**, s. 394.

⁹⁴ **Bowstead**, s. 68; **Verhagen**, Agency, s. 31. Örneğin Türk hukukunda, temsil olunanın, acentenin işlemine vereceği icâzetin, tıpkı temsil yetkisinin verilmesinde olduğu şekliyle yazılı ve özel olarak tevdi edilmesi mi gerektiği, yoksa zımnen de bunun mümkün olup olmayacağı konusunda doktrinde farklı görüşler vardır. TTK dikkâte alınarak yapılacak bir değerlendirmede, TTK md. 108 uyarınca, acentenin yetkisiz olarak yaptığı hukukî muamelelere zımnen de icâzet verebilmesi mümkün olup, açık ve yazılı bir onay beyanına gerek olmadığı sonucuna varılabilir: **Kayıhan**, s. 205. İcâzetin zımnen verilebileceği yönünde ayrıca bkz. **Busch/Macgregor**, s. 45; **Bowstead**, s. 68; **Verhagen**, Agency, s. 31; **İmregün**, s. 184.

⁹⁵ **Bowstead**, s. 68; **Verhagen**, Agency, s. 31. Örneğin Amerikan hukukunda, icâzetin şekli konusunda herhangi bir geçerlilik şartı getirilmemiş olup, açık ya da zımnen şekilde herhangi bir davranışla da onayın yapılması mümkün kabul edilmiştir: **Woodyatt**, s. 18.

⁹⁶ **Fridman**, s. 59.

⁹⁷ **Badr**, s. 57.

uygun olarak akdedilmek zorundadır⁹⁸. Örneğin, Amerikan hukukunda, bir temsilci, yazılı şekil şartına tâbi tutulan bir taşınmaz mal satışı yapmak üzere tayin edilse bile, temsilcinin yetkilendirilmesi esas sözleşmenin yazılı geçerlilik şartına tâbi değildir⁹⁹. Buna karşın, bazı hukuk düzenlerinde, temsilcinin yetkilendirilmesi ile esas sözleşmenin şeklinin müşterek bir geçerlilik şartına tâbi tutulduğu görülmektedir. Örneğin Hollanda hukukunda, esas sözleşmenin şekli, temsilcinin yetkilendirilmesi bakımından da aranan bir geçerlilik şartıdır¹⁰⁰.

Acentenin temsil yetkisinin verilmesi konusunda ise, karşılaştırmalı hukukta önemli farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin Amerikan hukukunda temsil yetkisinin verilmesi konusunda şekil şartı öngörülmemiştir. Bu sebeple, yetkilendirmenin yazılı veya sözlü olması bakımından bir fark yoktur¹⁰¹. Hatta tarafların davranışlarının dahi yetkilendirmeyi doğuracağı kabul edilmektedir¹⁰². Bu bakımdan, Amerikan hukukunda, acentenin temsil yetkisi, bir sözleşmeyle verilebileceği gibi, temsil olunanın davranışlarından çıkartılan sonuca uygun olarak zımnen ve hatta hâlin icâbına dayanılarak da tevdi edilebilecektir¹⁰³. Aynı şekilde, Alman ve İsviçre hukuklarında, acentenin temsil yetkisi konusunda geçerlilik şartı öngörülmemiştir¹⁰⁴. Buna karşın, bazı hukuk düzenlerinde, istisnâ de olsa temsil yetkisinin şekli konusunda bazı kurallar getirilmektedir. Örneğin, Türk hukukunda TTK'da sözleşme yapmak üzere yetkilendirilecek acentenin temsil yetkisinin yazılı ve özel olarak verilmesi şartı aranmıştır¹⁰⁵. TTK md. 107/1'de, acenteye, sözleşme yapabilmesi için verilecek yetkinin özel ve yazılı olması gerektiği ifade edilmek suretiyle, yetkilendirme, yazılı geçerlilik şartına bağlanmıştır¹⁰⁶. Temsil yetkisinin, acenteye

⁹⁸ **Tekinalp**, *Temsil*, s. 98.

⁹⁹ **Fridman**, s. 40.

¹⁰⁰ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Verhagen**, *Agency*, s. 329.

¹⁰¹ **Munday**, s. 20; **Wright**, s. 33; **Woodyatt**, s. 3; **Fridman**, s. 89 vd.

¹⁰² **Fridman**, s. 42.

¹⁰³ **Woodyatt**, s. 21; **Fridman**, s. 65.

¹⁰⁴ **Kayihan**, s. 204, dn. 707; **Ayan**, s. 67, dn. 164.

¹⁰⁵ **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 317; **Karahan**, s. 373; **Domanıç/Ulusoy**, s. 396; **Kayihan**, s. 44; **Tekil**, s. 216; **Teoman** (Ülgen, *Ticarî İşletme Hukuku*), s. 625.

¹⁰⁶ **Arkan**, s. 213; **Poroy/Yasaman**, s. 178. Doktrinde Kınacıoğlu, temsil yetkisinin acente sözleşmesi dışında da açıkça veya zımnen verilebileceğini savunmaktadır: **Kınacıoğlu**, s. 75. Ancak TTK md. 107/1'deki emredici hüküm karşısında bu aksi görüşe katılmak mümkün değildir. Doktrinde Kayihan, bu şekilde acente sözleşmesi dışında kendisine temsil yetkisi verilen kimsenin, TTK md. 102 vd. maddeleri çerçevesinde acente sayılamayacağı ve genel temsile ilişkin hükümlere tâbi olacağını haklı olarak ifade etmektedir: **Kayihan**, s. 48.

yazılı olarak verilmesine ilişkin hükme paralel olarak, yetkinin geri alınma beyanının da yazılı olması gerekmektedir¹⁰⁷. Benzer şekilde, bazı Latin Amerika ülkelerinde, acentenin yetkilendirilmesinde yazılı şekil şartı arandığı görülmektedir¹⁰⁸. Türk hukukunda ayrıca TTK md. 107/2 gereğince, acentenin kendisine sözleşme yapma yetkisi veren belgeleri ticaret siciline tescil ve ilân ettirme zorunluluğu da getirilmiştir¹⁰⁹.

Acenteye temsil yetkisinin verilmesine ilişkin irade açıklamasının belli bir şekle tâbi olup olmayacağı¹¹⁰, hukukî işlemlerde şekil statüsüne tâbidir¹¹¹. Dolayısıyla, temsil statüsünün uygulama alanı dışında kalan bu konu, gerek yetkilendirmenin, gerekse yetkisiz olarak ya da yetki aşımı suretiyle yapılan hukukî

¹⁰⁷ Doktrinde, bu paralelde, temsil yetkisinin verilmesi ne şekilde gerçekleştirilmişse, yetkinin geri alınmasına ilişkin beyanın da eşdeğer bir yolla yapılması gerektiği ileri sürülmektedir: **Kocayusufpaşaoğlu**, N.: “Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK md. 33/2, 34/3 ve 37 Karşısında BK md. 36/2'nin Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 210 (Yetki). Aynı şekilde, doktrinde bir başka görüş, temsil olunanın, acenteye, yetkisinin alındığını ya da sınırlandırıldığını gösteren bir yazılı bir belge yollaması gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak bu hususun, acente iç ilişkisi bakımından geçerli olacağı, dolayısıyla, acente dış ilişkisinde, acenteden, yetkisinin olmadığına ya da sınırlandırıldığına dair bir belgeyi üçüncü kişilere göstermesinin mantıkî bir sonuç olmayacağı savunulmaktadır. Bu nedenle temsil olunanın üçüncü kişiler bakımından etki doğurması için ticaret sicili gazetesine ve günlük bir gazeteye ilân vermesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir: **Kayıhan**, s. 182. İlâve olarak belirtilmelidir ki, TBK md. 41/2 ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 33/2 dikkâte alınarak yapılan yorumlamada, acentenin temsil yetkisinin geri alınmasının da, yine aynı şekilde, iyiniyetli üçüncü kişilere bildirilmedikçe temsil olunan, temsil yetkisini geri aldığı acentenin yaptığı hukukî işlemlerle bağlı olmaya devam edecektir: **Kayıhan**, s. 181. Aksi görüş için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 228 vd.

¹⁰⁸ Örneğin Meksika Ticaret Kanunu md. 274, ticarî temsilcilerin yetkilendirilmesinin şekli hususunda, yazılı olarak yapılacak yetkilendirmenin, temsilcinin üçüncü kişiyle işlem yapmasından önce gerçekleştirilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Badr**, s. 57.

¹⁰⁹ Söz konusu tescil ve ilân, acentenin kendisine verilen temsil yetkisinin kullanılması için kurucu bir şart teşkil etmez. Zira acentenin sözleşme yapma yetkisi, temsil olunanın kendisine bu yönde yazılı bir muvafakat vermesi ile doğar. Dolayısıyla, ilân ve tescil, yalnızca açıklayıcı bir etkiye sahiptir. Acentenin temsil yetkisi, henüz ticaret siciline tescil edilip üçüncü kişiler bakımından aleniyet kazanmadan sabit olmaktadır. Kendisine yazılı olarak sözleşme yapma yetkisi verilen acente, bu durum tescil veya ilân edilmemiş olsa bile, acentenin üçüncü kişi ile yaptığı sözleşme ile acente değil, temsil olunan bağlı olacaktır. Tescil ve ilân, acente ve temsil olunan arasındaki iç ilişkide bir şart arz ettiği için, bu durumun üçüncü kişi bakımından bir etkisi bulunmamakta, bir diğer ifadeyle, onların iyiniyetlerini ortadan kaldırmamaktadır (TBK md. 112 vd.). Tescil ve ilânın yapılmamış olması, acentenin üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerin temsil olunanı bağlaması konusunda menfî bir etkiye sahip olmasa da, üçüncü kişilerin, tescil ve ilânın yapılmamasından kaynaklanan zararlarını TTK md. 38/2 gereğince bizzat acente tazmin etmek zorunda kalacaktır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kayıhan**, s. 49 vd. Buna karşın, Alman Ticaret Kanunu (HGB) md. 91(a) ve İsviçre Borçlar Kanunu (OR) md. 418(e), acentenin temsil yetkisinin ticaret siciline tescil edilmesi ve ilânına ilişkin bir hükme yer vermemiştir. Konu hakkında bkz. **Ayan**, s. 67, dn. 164.

¹¹⁰ Temsil yetkisinin şekli konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **İnceoğlu**, s. 139 vd.

¹¹¹ **Badr**, s. 85. Doktrinde temsil yetkisinin verilmiş şeklinin temsil statüsünün uygulama alanı içinde kaldığı yönündeki aksi görüş için bkz. **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 137.

işleme verilecek icâzetin hangi şekle uygun olarak yapılması gerektiğine ilişkindir. Aynı şekilde, acenteye temsil yetkisinin verilmesi şekle tâbi ise, icâzetin verilme şeklinin de mi aynı olacağı, hukukî işlemlerde şekil statüsü çerçevesinde ele alınması gereken bir diğer konudur. Nitekim bu paralelde, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 2/(b), yetkilendirmenin şekli konusunu, Konvansiyonun kapsamı dışında bırakmıştır¹¹².

Acente sözleşmesinin şekline uygulanacak hukuk tespit edilirken de açıklandığı üzere, bir hukukî işlem, yapıldığı yer hukukuna (*LRA*) ya da hüküm statüsüne (*lex causae*) uygun şekilde yapılmışsa geçerlidir¹¹³. Buna göre, acenteye verilecek temsil yetkisinin şekli geçerliliği de, alternatif bağlama kuralı çerçevesinde, işlemin yapıldığı yer hukukuna veya temsil statüsünün tayin ettiği yetkili hukuka tâbidir.

Acentenin yetkilendirilmesinin şekline uygulanacak hukuku tayin eden alternatif bağlama noktasından biri olan hüküm statüsünün, hangi hukuka işaret ettiği konusunda doktrinde tartışma vardır. Zira üç taraflı acente ilişkisinde esas işlem statüsü, acente iç ilişkisi statüsü ve temsil statüsünden hangisinin *lex causae*'yı ifade ettiği tartışmalıdır. Kanaatimizce, *lex causae*'nin acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesi gerekir¹¹⁴.

Alternatif bağlama noktalarından diğeri olan işlemin yapıldığı yerin (*LRA*) tespiti, yine önem arz etmektedir. Yukarıda vurgulandığı üzere hukuk düzenlerinde kural olarak temsil yetkisi, temsil olunan tarafından tek taraflı irade beyanı ile acenteye yöneltilen ve kabule gerek duyulmayan bir hukukî işlem olarak benimsenmektedir. Bu bakımdan, işlemin yapıldığı yerin, temsil yetkisinin verilmesine yönelik iradenin açıkladığı, bir başka deyişle temsil olunan tarafından acenteye yetkinin verildiği yer olarak kabulü gerekir¹¹⁵. Aynı şekilde, yetkisiz temsil

¹¹² Verhagen, Agency, s. 333.

¹¹³ Nomer, s. 205; Doğan, Milletlerarası, s. 212.

¹¹⁴ Temsil yetkisinin şeklini, temel sözleşme statüsüne tâbi tutan aynı yönde görüş için bkz. Uyanık Çavuşoğlu, s. 101. Temsil yetkisinin şeklini, temsil statüsüne tâbi tutan aksi yönde görüş için bkz. Tekinalp, Temsil, s. 96. Aynı şekilde, esas sözleşme statüsünün, temsil yetkisinin şekli konusunda *lex causae*'yı ifade ettiği yönünde bir başka görüş için bkz. Raape, s. 503 (Tekinalp, Temsil, s. 96'dan naklen).

¹¹⁵ Tekinalp, Temsil, s. 96.

hâllerinde, sonradan temsil olunan tarafından verilecek icâzetin şekli de, icâzetin verildiği yer hukuku olarak kabul edilmelidir.

C. ACENTENİN SORUMLULUĞU

Acente ilişkisi çerçevesinde acentenin hem temsil olunana, hem de üçüncü kişiye karşı sorumluluğu doğabilecektir. Bu bakımdan acentenin sorumluluğunun, temsil olunan veya üçüncü kişi bakımından ikiye ayrılarak incelenmesi gerekmektedir.

Acentenin temsil olunana karşı sorumluluğu, acente sözleşmesinden kaynaklanmakta ise, yukarıda açıklandığı üzere, acente sözleşmesi statüsü uygulama bulacaktır¹¹⁶. Bunun yanında, acentenin, temsil olunana karşı sorumluluğunun, yetkisiz temsilden kaynaklanması da mümkündür. Buna göre, acentenin temsil yetkisini kötüye kullanması veya yetkiyi aşması nedeniyle temsil olunana karşı sorumluluğu, acente iç ilişkisi kapsamında kabul edilerek acente sözleşmesi statüsüne tâbi tutulmaktadır¹¹⁷. Bu nedenle, acentenin temsil olunana karşı sorumluluğu ile ilgili uyuşmazlıklar, temsil statüsünün uygulama alanı dışında bırakılmaktadır.

Acentenin, esas sözleşmeyi temsil olunan ad ve hesabına akdederken sözleşme görüşmeleri aşamasında meydana gelen zararlardan dolayı sorumluluğu da gündeme gelebilecektir. Buna göre, acente, esas sözleşmenin müzakere aşamasında üçüncü kişiye verdiği zararları tazmin etmek zorundadır. Acente, sözleşme kurulmasında kendi menfaatlerini ön plâna çıkarmışsa, üçüncü kişiye yanlış bilgi vermişse, yalan beyanda bulunmuşsa, onu aydınlatması gereken hususlarda sessiz kalmışsa, onda yanlış izlenim uyandırmışsa ya da onun güven duygusunu kötüye kullanmışsa, bunlardan dolayı zarar gören üçüncü kişiye sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk çerçevesinde sorumlu olacaktır¹¹⁸. Dolayısıyla, acentenin, üçüncü kişi ile temsil olunan ad ve hesabına esas sözleşme akdetmek üzere irtibata

¹¹⁶ Konu hakkında bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, UYGULAMA ALANINA DÂHİL KONULAR başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹¹⁷ Nomer, s. 303; Uyanık Çavuşoğlu, s. 95.

¹¹⁸ Konu hakkında ayrıca bkz. Akyol, s. 208.

geçmesiyle doğacak olan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukla ilgili ihtilâflar da, temsil statüsünün uygulama alanının kapsamı dışında kalacaktır¹¹⁹.

Bu açıklamalardan hareketle, acente veya üçüncü kişinin esas sözleşme görüşmeleri sırasında kusurlu olarak birbirlerine verdikleri zararın tazminine ilişkin ihtilâfın tâbi olduğu statü, sorumluluğun farklı görünüşleri esas alınarak belirlenmelidir. Buna göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk dürüst davranma, gerekli hususlarda açıklama yapma, yanlış bilgi vermeme, ciddî bir niyetle müzakerelerde bulunma gibi yükümlülüklerin ihlâlinden kaynaklanmışsa, uyuşmazlığa, acente sözleşmesi statüsü uygulanmalıdır. Ancak sözleşme görüşmeleri sırasında tarafların, özen gösterme, önleyici tedbirler alma, birbirlerinin menfaatini, mal ve şahıs varlığını koruma yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlâl etmesinden doğacak zarardan sorumluluk hâlinde ise, haksız fiil statüsü dikkate alınmalıdır¹²⁰.

Acentenin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu, haksız fiil nitelikli davranışlardan da doğabilir¹²¹. Bu durum özellikle, acentenin temsil olunan ad ve hesabına temsil yetkisini kullanırken üçüncü kişiye verdiği zararlarda gündeme gelebilir. Buna göre, acente, temsil yetkisini kullanırken kusuruyla zararın doğmasına sebebiyet verdiği haksız fiillerinden sorumludur¹²². Acentenin haksız fiillerinden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumluluğu, temsil statüsünün kapsamı

¹¹⁹ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 95.

¹²⁰ Aynı yönde bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 95. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUK başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹²¹ **Akyol**, s. 210.

¹²² Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Mearns**, E. A.: "Vicarious Liability for Agency Contracts", Virginia Law Review, Vol. 48, 1962, s. 50 vd.; **DiMatteo**, L. A.: Contract Theory, The Evolution of Contractual Intent, Michigan 1998, s. 121 vd.; **Reese/Flesch**, s. 773 vd. Bu çerçevede, acentenin üçüncü kişiye temsil yetkisini kullanırken verdiği zararlardan temsil olunanın da sorumlu olup olmayacağı tartışması yapılmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sisteminde, temsil ilişkisi içinde meydana gelen haksız fiil sorumluluğu, temsilin bir parçası kabul edilmediği için, yalnızca acentenin üçüncü kişiye sorumluluğu kabul edilmektedir. Buna karşın, Anglo Sakson hukuk sisteminde konu tartışmalıdır. Doktrinde, temsil olunanın, acentenin haksız fiilinden sorumluluğu için üçüncü kişi üzerinde, temsil olunan tarafından acentenin usulüne uygun olarak yetkilendirilmiş görünüşü yaratılması gerektiği şartı aranmaktadır. Dolayısıyla, bu şartın yerine getirilmesi hâlinde, temsil olunanın sorumluluğu söz konusu olacağından konu, böyle bir ihtimalde temsil statüsünün uygulama alanına dâhil olacaktır: **Verhagen**, Agency, s. 401-402. Anglo Sakson hukuk sistemindeki konuya ilişkin tartışmalar hakkında ayrıca bkz. **Hay/Müller-Freienfels**, s. 38.

dışındadır¹²³. Zira bu tür fiiller, acente ilişkisinde de ortaya çıkan temsil mekanizması dışında kaldığı için, haksız fiil statüsünün uygulama alanında ele alınabilir¹²⁴.

D. TAŞINMAZ MALLARA İLİŞKİN İŞLEMLER

Ticarî faaliyetin çeşidi bakımından, uygulamada en çok başvuru alan acente türü, satış acenteleridir¹²⁵. Satış acenteleri, temsil olunanın mallarını satmak ya da satışına aracılık etmek üzere yetkilendirilmişlerdir¹²⁶.

Bu çerçevede, acente, taşınmaz mal satış acenteliği de yapabilecektir. Örneğin, bir inşaat şirketinin, inşa ettiği ev ve dükkânların satışını yapmak üzere, bir acenteye temsil yetkisi vermesi mümkün olabilecektir. Bu hâlde, temsilci, taşınmaz mal satış acentesi sıfatıyla, temsil olunan inşaat şirketinin yaptığı ev ve dükkânları onun ad ve hesabına üçüncü kişilere satabilecektir.

Acenteye taşınmaz mal satmak üzere temsil yetkisi verilmesi durumunda, taşınmaz mallar üzerindeki tasarruf işlemleri ile ilgili ihtilâflar, temsil statüsünün uygulama alanı dışında kalmaktadır. Bununla birlikte doktrinde bir görüşe göre, taşınmaz mallara ilişkin tasarruf işlemlerinde de, temsil statüsü dikkate alınmalıdır. Zira acentenin yaptığı işlemin taşınmaz mallarla ilgili olmasından dolayı, aynî hak statüsünün uygulama alanına sokulmasının, esas sözleşme ile temsil ayırımının dikkate alınmaması anlamına geleceği savunulmaktadır¹²⁷. Ancak kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Milletlerarası özel hukukta, taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet ve diğer aynî haklardan doğan uyumsuzluklar, taşınmazların buldukları yer hukukuna (*LRS*) tâbi tutulmaktadır¹²⁸. Bu sebeple, taşınmaz mallara ilişkin tasarruf işlemlerinin acente aracılığıyla yapılmasından kaynaklanan temsil yetkisi konuları da, aynî hak statüsünün uygulama alanına dâhil olmalıdır¹²⁹.

¹²³ Reese, Agency, s. 417; Verhagen, Agency, s. 401; Tekinalp, Temsil, s. 114.

¹²⁴ Verhagen, Agency, s. 402; Uyanık Çavuşoğlu, s. 95.

¹²⁵ Kayıhan, s. 50.

¹²⁶ Baştuğ/Erdem, s. 169.

¹²⁷ Tekinalp, Temsil, 92.

¹²⁸ Örneğin Türk hukukunda MÖHUK md. 21, aynî hak statüsünü düzenlemiş ve konuyu kural olarak taşınmaz malın işlem anında bulunduğu yer hukukuna tâbi tutmuştur. Aynî hak statüsü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, Milletlerarası, s. 276 vd.; Nomer, s. 291 vd.

¹²⁹ Aynı yönde bkz. Uyanık Çavuşoğlu, s. 98.

Taşınmaz mallar üzerindeki borçlandırıcı işlemlerin acente vasıtasıyla yapılması hâlinde de, temsile ilişkin ihtilâfların tâbi olduğu statü, temsil statüsü değildir¹³⁰. Zira bu ihtimâlde, yine taşınmaz malın bulunduğu yer hukuku, yetkili hukuku tayin edecektir¹³¹.

§ 4. TEMSİL YETKİSİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

A. GENEL OLARAK

Acentenin temsil yetkisini, temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile hukukî işlem yapmak suretiyle kullanmasının temsil ilişkisi çerçevesinde kalan şart ve sonuçlarına, temsil olunan ve üçüncü kişiye hukukî etkisine uygulanacak hukuk, temsil statüsü olarak adlandırılmaktadır¹³². Bu bakımdan, acente ile temsil olunan arasındaki iç ilişki kapsamında kalan temsil yetkisi ile ilgili ihtilâflar, acente sözleşmesi statüsüne tâbi iken, yalnızca acente dış ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkan ihtilâflara uygulanacak hukuk, temsil statüsü uyarınca tespit edilecektir.

Temsil statüsü tespit edilirken, temsil türleri bakımından bir sınır çizilmesi gerekmektedir. Zira temsil, kanunî temsil/iradî temsil¹³³ ve doğrudan temsil/dolaylı temsil¹³⁴ gibi birçok ayrıma tâbi tutulmaktadır. Bu ayrım, temsil statüsü bakımından

¹³⁰ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 99.

¹³¹ Türk hukukunda MÖHUK md. 25, İsviçre MÖHK md. 119/1 ve Roma I Tüzüğü md. 4/1(c), taşınmaz mallar ve bunların kullanımına ilişkin sözleşmelerden doğan ihtilâfları, taşınmaz malın bulunduğu yer hukukuna tabî tutmuştur. Konu hakkında bkz. **Doğan**, Milletlerarası, s. 313.

¹³² **Verhagen**, Agency, s. 2.

¹³³ Kıta Avrupası hukuk sisteminde, kanunî temsil/iradî temsil şeklinde genel olarak benimsenen bu ayrım, Anglo Sakson hukuk sisteminde kabul edilmemiştir. Anglo Sakson hukuku, kural olarak, sadece kişilerin iradesi üzerine kurulan ve bundan dolayı da büyük oranda iradî temsil kavramını karşılayan temsili benimsemiştir. Bu bağlamda, Anglo Sakson hukuk sisteminde, yalnızca tam ehliyetli kişiler arasında temsil mümkün görülmüştür. Örneğin, bir kimsenin mahkeme tarafından diğer bir kimsenin işlerini idare etmek üzere atanması, temsil olarak kabul edilmemiştir. Dolayısıyla, ehliyetsiz kimselerin korunması, temsilin kapsamından hâriç bırakılmıştır. Keza, bazı hukuk düzenlerinde yer alan, kadının medenî hukukta ev için alış verişte bulunma bakımından kocasının kanunî bir temsilcisi olarak kabul edilmesi durumu, Anglo Sakson hukuk sisteminde temsil olarak kabul görmemiştir: **Bowstead**, s. 292; **Verhagen**, Agency, s. 7; **Kostromov**, s. 6

¹³⁴ Temsilcinin, temsil yetkisine dayanarak temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişilerle sözleşme akdetmesine doğrudan (vasıtasız) temsil denir: **Schmitthoff**, s. 136; **Akyol**, s. 151; **İnceoğlu**, s. 43; **Busch/Macgregor**, s. 64; **Eren**, s. 386; **Reisoğlu**, s. 129; **İnan**, s. 226; **Oğuzman/Öz**, s. 216; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 631; **Tunçomağ**, s. 251; **Esener**, Temsil, s. 12. Doğrudan temsilde, sözleşmeyi, temsil olunan ad ve hesabına temsilci yapmakta ve bu işlem bizzat temsil olunan tarafından yapılmış gibi değer görmektedir. Temsil yoluyla yapılan sözleşmeden doğan haklar ve borçlar, doğrudan doğruya temsil olunanın hukuk alanında doğmakta olup, herhangi bir devir veya nakil işlemine gerek bulunmamaktadır: **Busch/Macgregor**, s. 139; **Eren**, s. 386; **İnan**, s. 226; **Esener**, Temsil, s. 12; **İnceoğlu**, s. 43.

önem arz eder. Söz konusu temsil türlerine göre dikkate alınacak bağlama noktaları farklı olduğundan, doğal olarak uygulanacak hukuk da farklılık gösterecektir¹³⁵. İşte bu ayrımlar uyarınca, acentenin temsil yetkisi bakımından, hangi temsil türleri kapsamında uygulanacak hukukun tayin edileceğinin belirlenmesi icap etmektedir.

Temsil olunan, kendisini temsil etmek üzere acenteye kendi iradesiyle temsil yetkisi verdiği için, acentenin temsil yetkisinin iradî temsil olduğundan kuşku yoktur¹³⁶. Aynı şekilde, acente, karşılaştırmalı hukukta ekseriyetle kabul edildiği üzere, hukukî nitelik olarak bir doğrudan temsilci özelliği taşır¹³⁷. Zira acentenin üçüncü kişilerle esas sözleşme akdederken kendi ad ve hesabına değil, bilakis kendisine temsil yetkisi veren temsil olunan için hareket etmesinden dolayı, acentelik faaliyetleri doğrudan temsil hükümlerine tâbidir.

Milletlerarası unsurlu acente ilişkisinde temsil yetkisine uygulanacak hukuk, acente iç ilişkisi statüsüne oranla daha karmaşıklık arz etmektedir¹³⁸. Yine de mahkemeler, acentenin temsil yetkisinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku belirlemek zorundadır¹³⁹. Buna paralel olarak, acente ilişkisinin tarafını oluşturanlar ve özellikle de üçüncü kişi, uygulanacak hukukun ne olacağını, acentenin yetkisinin temsil olunanı sorumluluk altına sokup sokmayacağını, temsil olunan ve üçüncü kişi arasında doğrudan bir ilişki yaratıp yaratmayacağını, acentenin yetkisinin kapsamını, üçüncü kişinin acente ile yapmayı hedeflediği belirli bir sözleşmenin bu yetkinin kapsamına girip girmediğini bilmek isteyeceklerdir¹⁴⁰.

¹³⁵ **Badr**, s. 84.

¹³⁶ Temsil yetkisinin kaynağı taraf iradesi ise, iradî temsil (*consensual/voluntary agency*) söz konusudur. Buna göre, gerçek kişi ya da tüzel kişi temsil olunanın, kendi ad ve hesabına bir hukukî işlem kurma iradesini açıklama yetkisini temsilciye vermesi, iradî temsili ifade etmektedir: **Busch/Macgregor**, s. 64; **Badr**, s. 45; **Verhagen**, Agency, s. 6.

¹³⁷ Bununla birlikte doktrinde Akyol, acenteyi yalnızca aracılık faaliyetini yerine getiren bir temsilci olarak gördüğü için, zımnen, acentenin doğrudan temsilci olmadığı görüşündedir. Buna göre, Akyol, “temsilin benzerlerinden ayrılması” başlığı altında acenteyi, sözleşmenin kurulmasına aracılık yapan kimse olarak tanımlamakta ve işlevinin ya iki tarafı bir araya getirmek ya da sözleşmenin kurulması sırasında müzakerede bulunmak olduğunu ifade etmektedir: **Akyol**, s. 77. Ancak acente aracılık faaliyetinde bulunabileceği gibi, temsilci acente olarak temsil olunan ad ve hesabına sözleşme de akdedebilecektir. Bu sebeple, doğrudan temsilci olarak muamelede bulunacak olan temsilci acentenin söz konusu vasfı dikkate alınmayarak, acentenin yalnızca aracılık işlevinden bahsetmek, eksik bir değerlendirme olacaktır.

¹³⁸ **Delaume**, Law, s. 9-10.

¹³⁹ Mahkemelerin, temsil yetkisine uygulanacak hukuku tespitteki rolü için bkz. **Reese/Flesch**, s. 767.

¹⁴⁰ Temsil yetkisine uygulanacak hukukun tespitinin taraflar bakımından önemi hususunda ayrıntılı olarak bkz. **Badr**, s. 78.

Acente ilişkisinde, temsil olunan, acente ve üçüncü kişiden oluşan üç taraf yer aldığından, acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun tespitinde, hangi tarafın esas alınarak bağlama noktası tercih edileceği ve tarafların menfaatleri arasında nasıl bir dengenin sağlanacağı önemli bir konu olarak görülmektedir. Aynı şekilde, temsil yetkisine uygulanacak hukuk bakımından, mevcut acente ilişkisinin doğumuna kaynak teşkil eden acente sözleşmesinin ya da üçüncü kişi ile akdedilen esas sözleşmenin tâbi olduğu hukukun mu dikkate alınacağı gibi pek çok tartışma gündeme gelecektir.

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkındaki kanunlar ihtilâfî kuralları, temsil yetkisi ile ilgili ihtilâfların çözümünde yetersiz kalmaktadır. Acente ilişkisinin üç tarafa sahip olması, sözleşme gibi iki taraflı hukukî ilişkilere uygulanacak hukuk konusundan ayrı bir düzenleme ihtiyacını doğurmuştur¹⁴¹.

Aşağıda detayları ile üzerinde durulacağı üzere, temsile uygulanacak hukukun tespitinde, sübjektif ve objektif kriterler esas alınmaktadır. İrade muhtariyeti ilkesi çerçevesinde temsil yetkisine uygulanacak hukukun seçimi konusu ise, birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Buna göre, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bağlamında öncelikle dikkate alınacak olan taraf iradelerinin, acente ilişkisi gibi üç tarafa sahip bir temsil ilişkisinde ne şekilde uygulama bulacağı önemli bir tartışma konusudur. Zira genel olarak, sözleşmeden doğan bir borç ilişkisine uygulanacak hukuk konusunda taraflarca yapılacak hukuk seçimi anlaşmasının, acente dış ilişkisinde mutlak mı, yoksa sınırlı olarak mı kabul edileceği ya da bu ilkenin reddinin mi daha uygun olacağı konusu, üzerinde açıklama gerektiren bir husustur. Bu tartışmaların temelinde, hukuk seçimi anlaşmasının nasıl ve kimler tarafından yapılacağı sorusu gelmektedir. Acente ve üçüncü kişinin, sözleşmenin iki tarafı olarak uygulanacak hukuku seçip seçemeyecekleri, sözleşmenin esas tarafı olarak temsil olunanın hukuk seçiminde bulunup bulunamayacağı ve temsil olunanın bir hukuk seçmiş olması hâlinde bunu bilen acentenin, üçüncü kişi ile bir başka hukuku seçmelerinin hukukî sonuçlarının ne olacağı gibi pek çok soru tartışmalara neden olmaktadır¹⁴².

¹⁴¹ **Badr**, s. 82.

¹⁴² **Badr**, s. 83.

Temsil yetkisine uygulanacak hukukun objektif bağlama noktaları dikkate alınarak tespit edilmesi konusunda ise, yine aşağıda irdeleneceği gibi, üçlü ilişkide taraf menfaatlerinin dengelenmesi ve işlem güvenliği esas alınmaktadır. Değişik gerekçelerle önerilen bağlama noktalarının her birinin kendine göre dayanakları olmakla beraber, diğer bağlama noktaları ile karşılaştırıldığında bazılarının tercih gerekçelerinin diğerlerine oranla daha makûl olduğu görülecektir. İşte olumlu ve olumsuz yanları göz önüne alınarak temsil yetkisine uygulanacak hukukun objektif kriterler uyarınca tespit edilmesinde, diğerlerine oranla ağır basan bağlama noktasının tercih gerekçeleri üzerinde açıklama yapılmalıdır.

Hukuk düzenlerinde, acente ilişkisinde ortaya çıkan temsil iç ilişkisi ile temsil dış ilişkisinin ayrı tutularak uygulanacak hukukun tespiti yolu benimsenmiştir¹⁴³. Zira bu iki hukukî ilişkinin birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmesi gereğinin temel dayanağı, temsil yetkisinin acente sözleşmesinden soyutluğudur¹⁴⁴. Aynı şekilde, acente ilişkisinin nihaî amacı konumunda olan ve temsil olunanın acenteye temsil yetkisi vermesine neden olan esas işlemin, temsil yetkisinden bağımsız olarak değerlendirilmesi de, bu kapsamda belirtilmesi gereken bir başka husustur.

Acentenin üçüncü kişiyle yaptığı muamele, uygulamada genellikle esas sözleşme şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, acentenin temsil olunan ad ve hesabına yaptığı esas sözleşme söz konusu iken, temsil yetkisi hakkında özel bir kanunlar ihtilâfı kuralına ihtiyaç var mıdır sorusu gündeme gelecektir¹⁴⁵. Ancak esas sözleşme, temsil olunan ile üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuç doğuracaktır. Oysa temsil yetkisinin kullanılması, hem temsil olunan, hem üçüncü kişi hem de acente bakımından etki gösterecektir. Bu sebeple de temsile uygulanacak hukuk, esas sözleşmeye uygulanacak hukuktan ayrı olarak değerlendirilmelidir.

Bu açıklamalardan hareketle, temsil statüsünün tayin ettiği yetkili yabancı hukuk, *for'un* kamu düzenini açıkça ihlâl etmedikçe temsil yetkisine de

¹⁴³ Doktrinde temsil ilişkisinde temsil olunan ve temsilcinin sözleşme akdettiği üçüncü kişi arasındaki ilişki ile temsilcinin temsil yetkisinden kaynaklanan ihtilâfların, temsil ilişkisinin birbirinden ayrı yönleri olarak değerlendirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır: **Foote**, J. A.: *Foreign and Domestic Law, A Concise Treatise on Private International Law*, Littleton 1988, s. 474.

¹⁴⁴ **Houtte**, s. 178; **Kostromov**, s. 52.

¹⁴⁵ **Badr**, s. 82.

uygulanacaktır¹⁴⁶. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, kamu düzenini bozan mahiyette temsil ilişkisine özgü bir durum bulunmamaktadır. Bu sebeple, kamu düzeni bakımından ihlâl niteliği taşıyabilecek genel hususlar, temsil statüsü için de geçerli olacaktır.

Doğrudan uygulanan kurallar, uygulanacak hukukun tayininde dikkate alınan bir diğer sınırlamadır¹⁴⁷. Doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyan bir hükmün *for'un* hukukunda bulunması durumunda, acente dış ilişkisi çerçevesinde ortaya çıkan temsil yetkisi kaynaklı bir ihtilâf, bu kurala göre çözümlenecektir.

Acente ilişkisinde, doğrudan uygulanan kural, özellikle üçüncü kişinin korunması çerçevesinde gündeme gelebilir. Bu amaçla kabul edilen bir kuralın ise, doğrudan uygulanan kural niteliği tartışılabilir. Bu çerçevede, temsil yetkisinin kullanılması bakımından üçüncü kişileri koruma amacıyla getirilen bir şekil şartı, doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilecektir. Zira sicile kayıt şartı çerçevesinde getirilen şeklî bir sınırlama, acente ile esas sözleşme akdedecek üçüncü kişilerin korunmasını amaçladığı gibi, devletin menfaatlerini de koruma amacı taşımaktadır¹⁴⁸. Gerçekten de bir hukukî ilişkide taraf menfaatlerinin korunmasına yönelik getirilen emredici nitelikli düzenlemeler, devletin ekonomik, sosyal ve hukukî yapısını ilgilendirdiği ölçüde doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilebilir¹⁴⁹. Örneğin, TTK md. 107/2'de, acentenin temsil olunan adına sözleşme yapabilmesi için gerekli olan temsil yetkisi belgesinin acente tarafından ticaret siciline tescil ve ilân ettirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu şekilde, kanun koyucu, devletin ekonomik düzenini ve acente faaliyetlerine aleniyet kazandırmak suretiyle üçüncü kişileri korumayı amaçlamıştır. Her ne kadar, temsil yetkisinin acente tarafından tescil ve ilânı, kanunî bir yükümlülük olsa ve bunun ihlâli, cezaî ve hukukî müeyyidelerin uygulanmasını gerektirse de¹⁵⁰, doğrudan uygulanan kural olarak

¹⁴⁶ Kamu düzeninin uygulanacak hukuka etkisi hakkında bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, ACENTE İÇ İLİŞKİSİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ, GENEL OLARAK başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁴⁷ Doğrudan uygulanan kurallar hakkında bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, ACENTE İÇ İLİŞKİSİNE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ, GENEL OLARAK başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁴⁸ Sicile kayıt gibi emredici mahiyette bir şeklî şartın doğrudan uygulanan kural niteliği taşıyabileceğine ilişkin bir tespit için bkz. **Sargın**, Konferans, s. 177.

¹⁴⁹ **Tanrıbilir**, s. 219.

¹⁵⁰ **Kayıhan**, s. 84.

kabul edilemez. Zira TTK md. 107/2'nin getirdiği temsil yetkisi belgesinin tescil ve ilân şartı, bildirici mahiyettedir¹⁵¹. Bu bakımdan, temsil yetkisinin tescil ve ilân yoluyla aleniyet kazandırılarak üçüncü kişilerin korunması amacının, TTK md. 107/2'nin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesinde yeterli olmayacağı kanısındayız.

B. UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİNDE DİKKATE ALINAN MENFAATLER VE İLKELER

Temsil yetkisine uygulanacak hukukun tespitinde, temsile hâkim olan ilkelerin önemli bir yeri vardır. İradî/doğrudan temsil konusunda gündeme gelen bu ilkeler, temsile ilişkin spesifik bir konu olması nedeniyle, kanunlar ihtilâfı boyutlu çalışmamızda detaylı olarak ele alınmayacaktır. Ancak aşağıda özetle ele alınacak bu ilkeler, milletlerarası unsurlu acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun tespitinde belirleyici kriterler olarak ön plâna çıkmaktadır.

Temsil statüsü tespit edilirken esas alınan bazı ilke ve menfaatler vardır. Acente ilişkisinin üç taraflı ilişki niteliği taşıması, temsil yetkisinin soyutluğu, işlem güvenliği, taraf menfaatleri arasında denge sağlama amacı ve öngörülebilirlik gibi bazı kriterler, uygulanacak hukukun tespitinde önemli role sahiptirler¹⁵².

Temsil statüsünün tayininde dikkate alınan bu ilke ve menfaatlerin başında, temsil yetkisinin temel sözleşmeden soyutluğu gelmektedir. Acente sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınan ilkelerden biri olarak yukarıda açıklandığı için tekrardan kaçınmak adına, temsil yetkisinin acente sözleşmesinden soyutluğu konusu üzerinde durulmayacaktır. Ancak temsil statüsünün tespitinde, temsil yetkisinin, acente sözleşmesinden bağımsız bir hukukî müessese kabul edilerek, farklı bağlama kurallarına tâbi tutulduğu tekrardan ifade edilmelidir¹⁵³. Bu bakımdan, temsil statüsünün tayininde ön plâna çıkan işlem güvenliği, taraf

¹⁵¹ Tescilin etkisinin açıklayıcı olmasının sonucu olarak, acente, temsil yetkisine sahip olmakla birlikte, bunu tescil ve ilân ettirmemiş olsa dahi, temsil olunan adına yapılan sözleşmeler, yine temsil olunamı bağlayacaktır: **Kayhan**, s. 49 vd.

¹⁵² **Tekinalp**, Temsil, s. 88-89.

¹⁵³ Temsil yetkisinin soyutluğu konusu hakkında bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, TEMSİL YETKİSİNİN SOYUTLUĞU İLKESİ başlığı altında yapılan açıklamalar.

menfaatleri arasında denge ve öngörülebilirlik kriterleri üzerinde özel olarak durulmalıdır.

I. İŞLEM GÜVENLİĞİ

Temsil yetkisine uygulanacak hukuku tespitinde esas alınan kriterlerden ilki, temsil olunan ad ve hesabına yapılan işlemin geçerliliğine olan güvendir. İşlemin geçerliliğine olan güven, acente ilişkisinde, acente, temsil olunan ve üçüncü kişinin menfaatlerini dengeleyici bir bağlama kuralının tayinine hizmet etmektedir. Bu bakımdan, temsil statüsünün, bu güveni sağlaması gerekmektedir¹⁵⁴.

Temsil statüsünün uygulama alanında kalan yetkisiz temsil kaynaklı uyuşmazlıklarda, yetkisiz ya da yetkisinin sınırlarını aşan bir acentenin sorumluluğunda, işlem güvenliğinin önemli bir yeri vardır. Aynı şekilde, görünüşte temsilde bir diğer ifadeyle, acente tarafından yapılan işlemlere, temsil olunan tarafından yetki verilmemiş olsa da, bu görünüşün uyandırılması durumunda, temsil olunanın üçüncü kişiye karşı sorumluluğunda da bu kriter esas alınmaktadır¹⁵⁵. Bu bakımdan, bu tür ihtilâflarda, işlem güvenliğinin dikkate alınarak temsile uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekir.

İşlemin geçerliliğine olan güven dikkate alındığında, acentenin temsil yetkisine, acente sözleşmesine uygulanacak hukukun uygulanması doğru görülmemektedir. Zira doktrinde ifade edildiği üzere, iç ilişki niteliği taşıyan acente sözleşmesinin içeriğini, acentenin temsil olunan ad ve hesabına işlem yaptığı üçüncü kişilerin bilmesi beklenemez. Ayrıca acente sözleşmesine uygulanacak hukukun, irade muhtariyeti çerçevesinde taraflarca tayin edilmesi de imkân dâhilinde olduğundan, üçüncü kişileri temsil yetkisinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta bu hukuka tâbi tutmak âdil olmasa gerekir¹⁵⁶.

Aynı şekilde, işlem güvenliğinin bir yansıması olarak, acentenin temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişilerle akdettiği satım sözleşmesi, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, sigorta sözleşmesi gibi esas sözleşmelere uygulanacak hukukun, acentenin temsil yetkisine uygulanacak hukukla aynı olması beklenemez. Zira esas

¹⁵⁴ Verhagen, Agency, s. 24; Kostromov, s. 121; Uyanık Çavuşoğlu, s. 81; Badr, s. 157.

¹⁵⁵ Tekinalp, Temsil, s. 18.

¹⁵⁶ Tekinalp, Temsil, s. 23.

sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca tayin edilebilmesi her zaman için mümkündür. Acente sözleşmesi statüsü bakımından kabul edilen hukuk seçimi imkânının, aynı şartlarda temsil statüsü için de benimsenmesi, bu kriterle bağdaşmaz. Dolayısıyla, sübjektif esaslara göre tayin etmek yerine objektif ve önceden bilinebilen bir hukukun, temsil statüsünde dikkate alınmasının daha doğru olacağı savunulmaktadır¹⁵⁷.

İşlemin geçerliliğine olan güven çerçevesinde irade muhtariyeti de reddedilmektedir. Bir ihtilâfı temsil statüsü kapsamı dışında tutmak, irade muhtariyeti ilkesinin de uygulanma ihtimalini doğurur. Ancak üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması, hukuk seçimi anlaşmasının kural olarak reddini gerektirmektedir. Hâl böyle iken, yetkisiz temsilden doğan uyuşmazlıkları acente sözleşmesi statüsüne tâbi tutmak, taraflarca seçilmişse, hukuk seçimi anlaşmasının uygulanma ihtimalini gündeme getirir. Bunun ise, işlem güvenliği bakımından isabetsizliği ortadadır¹⁵⁸.

II. TARAF MENFAATİNİN DENGELENMESİ

Acente ilişkisinin tarafları olan temsil olunan, acente ve üçüncü kişinin acente iç ve dış ilişkisi bağlamında çeşitli menfaatleri bulunmaktadır. Doğal olarak bu menfaatlerin kimi zaman çatışabilmesi ihtimali söz konusudur.

Menfaatler çatışması, milletlerarası unsurlu uyuşmazlıklar gündeme geldiğinde daha da önem kazanacaktır. Zira bu hâlde, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenmesi sorunu doğacaktır. Uygulanacak hukuku tayin eden bağlama noktaları, üç taraflı acente ilişkisinde taraflardan birinin menfaatine uygun iken, diğerlerinin aleyhine olabilecektir. Örneğin, acentenin yetkisiz muamelesinin sonucu olarak, temsil olunanın uygulanmasını öngörmediği bir hukuk düzeni altında sorumluluğunun doğması, onun menfaatlerini zedeleyebilecektir. Aynı şekilde, üçüncü kişinin doğrudan doğruya tespit edemediği bir hukuk, öngörülebilirliğe aykırılık teşkil ettiği için onun menfaatlerine de aykırı olabilecektir¹⁵⁹.

¹⁵⁷ **Tekinalp**, Temsil, s. 23.

¹⁵⁸ **Tekinalp**, Temsil, s. 80.

¹⁵⁹ **Stoljar**, s. 25.

Taraflar arasındaki menfaat çatışmasının önlenmesi için, hem temsil olunan hem de üçüncü kişi tarafından belirlenebilir ve öngörülebilir bir bağlama noktasının tercih edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹⁶⁰. Aynı şekilde, bu öngörülebilirlik, acente için de olmalıdır. Zira doktrinde de ifade edildiği üzere, temsil yetkisinin kullanımında kimi zaman acentenin sorumluluğu da doğabilecektir. Örneğin yetkisiz temsil durumunda, acentenin üçüncü kişiye karşı sorumluluğu gündeme gelir. Böyle bir ihtimalde acente, yetkisiz olarak yaptığı muamelelerde üçüncü kişiye karşı sorumlu olup olmayacağını bilmek isteyecektir¹⁶¹.

Bu açıklamalardan hareketle, temsil yetkisine uygulanacak hukukun tayininde taraflar arasındaki menfaat çatışmasını ortadan kaldıran ya da en azından asgarî düzeye indiren bağlama kuralları tercih edilmelidir. Dolayısıyla temsil statüsünün öngördüğü bağlama noktası, hem acentenin, hem temsil olunanın, hem de üçüncü kişinin menfaatlerini mümkün olduğu ölçüde eşit şekilde korumalıdır. Her üç tarafın menfaatinin sağlanması ise, yukarıda ifade edilen işlem güvenliğine uygun bir bağlama noktasının tercihi ile mümkün olabilecektir¹⁶². Taraflardan birini esas alarak yapılan bir tercih, üçlü ilişkide menfaatler dengesini bozacaktır. Ancak doktrinde temsil olunan tarafın menfaatinin daha ağır bastığı ifade edilmektedir¹⁶³. Bununla birlikte, acente ilişkisinde temsil olunan, hem acente sözleşmesinin, hem de esas sözleşmenin ortak tarafı olsa da, bu niteliği böyle bir menfaat önceliği gerektirmez. Bu bakımdan, tarafların menfaatlerinin müştereken korunması icap eder. Ancak yine de bir menfaat önceliği gerekiyorsa, bunun temsil olunanın değil, üçüncü kişinin menfaatinden yana kullanılması gerektiği kanaatindeyiz¹⁶⁴.

III. ÖNGÖRÜLEBİLİRLİK

Acente dış ilişkisi çerçevesinde temsil yetkisine uygulanacak hukukun önceden bilinebilir olması, dikkate alınan kriterlerden bir başkasıdır. Maddî acente

¹⁶⁰ Verhagen, Agency, s. 107.

¹⁶¹ Verhagen, Agency, s. 108.

¹⁶² Tekinalp, Temsil, s. 23.

¹⁶³ Temsil olunanın menfaatinin korunması bakımından, irade muhtariyetinin temsil statüsü için reddinin gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, acente ile üçüncü kişinin belirleyecekleri bir hukukun, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuk için de dikkate alınması mümkün değildir: Tekinalp, Temsil, s. 23.

¹⁶⁴ Doktrinde bir görüş, temsile uygulanacak hukuk bakımından özellikle üçüncü kişinin korunması gerektiği şeklinde benzer yönde fikir beyan etmektedir: Uyanık Çavuşoğlu, s. 81.

hukukunda mevcut olan farklılıklar, taraflar için öngörülmezliğe neden olacağından güvensizlik yaratabilecektir¹⁶⁵. Bu durum, kanunlar ihtilâfı bakımından da etki gösterecektir. Acente ilişkisinin taraflarının, aralarında doğacak bir uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kurallarını önceden bilmeleri, öngörülebilirliği sağlayacaktır.

Acentelik gibi milletlerarası ticarete önemli yeri olan bir müessesenin devamlılığı bakımından, temsil statüsünün açıkça belirlenebilir olması gerekmektedir. Bir başka deyişle, taraflar, acentenin temsil yetkisi ile ilgili bir uyuşmazlık doğduğunda, hızlı ve emin şekilde, hangi hukukun uygulanacağını belirleyebilmelidir. Bu ise ancak, objektif ve önceden bilinebilen bağlama kurallarının kabulüyle mümkün olabilir¹⁶⁶.

C. UYGULANACAK HUKUKUN SÜBJEKTİF KRİTERLERE GÖRE TESPİTİ

I. İRADE MUHTARİYETİNİN REDDİ

Temsil statüsüne uygulanacak hukukun, sübjektif kriterlere göre tespit edilmesi, kural olarak reddedilmektedir. İrade muhtariyetinin, üç taraflı ilişki özelliği taşıyan acente ilişkisinde nasıl uygulanacağı, birçok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Böyle bir tartışma, acente ilişkisinde hukuk seçiminin temsil olunan, acente ve üçüncü kişiden hangisi ya da hangileri tarafından yapılacağı ve hukuk seçimi anlaşmasının bu ilişkiye nasıl uygulanacağı konusunda düğümlenmektedir¹⁶⁷.

Temsil statüsünün tespitinde, taraflara hukuk seçimi imkânının tanınmamasının temel gerekçesi, acentenin, acente ilişkisindeki rolünden kaynaklanmaktadır. Buna göre, irade muhtariyeti ilkesi bağlamında hukuk seçiminde bulunmanın, temsil yetkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹⁶⁸.

Acente ilişkisinde, temsil olunan, acenteye verdiği temsil yetkisi ile temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişiler ile hukukî işlem yapmasını öngörmektedir. Bu

¹⁶⁵ **Uyamık Çavuşoğlu**, s. 78.

¹⁶⁶ **Uyamık Çavuşoğlu**, s. 79; **Tekinalp**, Temsil, s. 23.

¹⁶⁷ **Williams**, s. 10; **Badr**, s. 93-94.

¹⁶⁸ **Williams**, s. 10.

çerçevede acente, üçüncü kişi ile temsil olunan ad ve hesabına sözleşme akdettiğinde, bu sözleşmenin tarafları bizzat temsil olunan ve üçüncü kişi olmaktadır. Bir başka deyişle, temsil olunan, acente ve üçüncü kişi tarafından yapılan sözleşmeye ancak temsil yetkisinin kullanılması ile dâhil olmaktadır.

Temsil olunan, üçüncü kişi ile bizzat işlem yapmadığından, acentenin aracılığı bu noktada konunun hassasiyetini daha da arttırmaktadır. Bu hassasiyet özellikle, taraf menfaatleri arasında bir denge sağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Temsil yetkisi ile esas sözleşmenin üçüncü kişi ile yapıldığı yer bakımından işlem güvenliği, çok yönlü menfaatlerin dengelendirilmesinde önemlidir. Bu şekilde, acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun tespitinde acentenin temsil olunan ad ve hesabına akdettiği esas sözleşmenin geçerliliğine olan güven kriterinin ön plâna çıkması, uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi imkânının tanınması düşüncesini ortadan kaldıran bir nedendir¹⁶⁹.

Acente ilişkisinde klasik iki taraflı borç sözleşmelerinden farklı olarak ikiden fazla taraf yer aldığından, hukuk seçimi anlaşmasını yapacak tarafların kimler olduğu konusunda tereddüt yaşanmaktadır. Bu çerçevede, uygulanacak hukukun, acente ilişkisini oluşturan taraflardan hangisi ya da hangileri tarafından yapılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Zira hukuk seçimi anlaşmasının, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde olduğu şekliyle, taraflarca karşılıklı olarak yapılabileceği düşünüldüğünde, temsil olunan, acente ve üçüncü kişiden hangi iki tarafın bu anlaşmayı yapacağı önemli bir husustur. Aynı şekilde, bu seçimin, seçimde iradesi bulunmayan tarafı ne şekilde etkileyeceği ve benzeri birçok sorunun ortaya çıkması da muhtemeldir. Söz konusu tereddütler, temsil statüsünün tayininde taraf iradelerinin dikkate alınmamasına önemli gerekçeler olarak ileri sürülmektedir. Bunun yanında, acente ilişkisinde özellikle, temsil olunan ve üçüncü kişinin çoğu kez farklı ülkelerde bulunmasının, uygulanacak hukuk konusunda tarafların müşterek bir karar almalarına engel olacağı, dolayısıyla da irade muhtariyetinin temsil statüsü bakımından reddi gerektiğine işaret edilmektedir¹⁷⁰.

¹⁶⁹ **Tekinalp**, Temsil, s. 27-28.

¹⁷⁰ **Tekinalp**, Temsil, s. 28.

Temsil statüsünün tayininde, işlem güvenliği ile irade muhtariyeti ilkesi çatışmaktadır. Zira bu güven esası, acente ilişkisinde üçüncü kişilerin korunması amacıyla irade muhtariyeti ilkesine tercih edilmektedir. Bu tercih neticesinde, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimi imkânı tanınmamaktadır.

Genel olarak, millî hukuk düzenlerinde, acente dış ilişkisi çerçevesinde temsil statüsünün tespitinde, subjektif bağlama kuralı reddedilmektedir¹⁷¹. Örneğin, Amerikan hukukunda Restatement II’de, temsil yetkisine uygulanacak hukuk konusunda irade muhtariyeti ilkesine yer verilmemiştir. Acente sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde akit statüsüne atıf yapan Restatement II §291’in aksine, §292 ve §293’de, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuk konusu özel olarak düzenlenmiştir¹⁷². Bu çerçevede, Restatement II §292 ve §293 uyarınca, temsil yetkisine uygulanacak hukuk, objektif bağlama kurallarına göre tespit edilmiştir. Bir diğer ifadeyle, Restatement II §292 ve §293, irade muhtariyeti ilkesine yer vermemiştir. Ancak, Restatement II §293/2’nin yetkisiz temsil statüsü bakımından sınırlı bir irade muhtariyeti kabul ettiği sonucuna varılmaktadır. Buna göre, eğer temsil olunan tarafından yetkisiz işleme verilecek icâzet, temsilcinin üçüncü kişiyle görüşmede bulunduğu ülkenin ya da §291’in hükme bağladığı kuralların uygulanmasıyla belirlenecek ülkenin iç hukukuna uygunsa, geçerli kabul edilir. Bu hükmün, dolaylı olarak irade muhtariyeti ilkesini benimsediği doktrinde ifade edilmektedir. Zira temsil olunan tarafından verilen söz konusu icâzet, Restatement II §291’in öngördüğü bağlama kurallarına göre geçerli ise, buna da etki tanınacağı §293/2’de açıkça hükme bağlanmıştır. Yukarıda da açıklandığı üzere, Restatement II §291’de hükme bağlanan temsil iç ilişkisine ilişkin bağlama kuralları, akit statüsü

¹⁷¹ Williams, s. 10.

¹⁷² Amerikan hukukunda Restatement II’den önce yürürlükte olan 1934 tarihli Restatement I’de ise, temsil yetkisi ve temsilcinin üçüncü kişi ile yaptığı hukukî işlemlerle temsil olunanı sorumluluk altına sokup sokamayacağı konuları arasında bir ayırım yapılmıştı. Bu ayırım neticesinde, söz konusu bağlama konularına uygulanacak hukuk, farklılık arz etmekteydi. Buna göre, temsil yetkisine uygulanacak hukuk, bir temsil iç ilişkisi problemi olarak kabul edildiği için, akit statüsüne tâbi tutulmakta idi (§345). Buna karşın, temsilcinin temsil yetkisini kullanmasının temsil olunanı üçüncü kişiye karşı sorumluluk altına sokup sokamayacağı, temsilcinin işlem yapmak üzere yetkilendirildiği veya görünüşte yetkilendirildiği varsayılan yer hukukuna tâbi tutulmuştu (§345). Ancak bu ayırım, doktrinde eleştiri almaktaydı. Özellikle temsilcinin bu sıfatla yetkilendirilmesine rağmen, temsil yetkisinin genişletilmesine izin vermeyen veya görünüşte temsil yetkisinin kabul görmediği bir yerde işlem yapmasından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, temsil olunanın sorumluluk altına sokulamaması ve üçüncü kişinin korunmaması ciddi anlamda eleştirilmekte idi. Eleştiriler hakkında bkz. Reese, Agency, s. 413-414 (Hay/Müller-Freienfels, s. 19’dan naklen); Hay/Müller-Freienfels, s. 19 vd.

çerçevesinde, sübjektif bağlama kurallarını ve objektif bağlama kurallarını esas alan bir sistem öngörmüştür¹⁷³. Bu çerçevede, Restatement II §291, uygulanacak hukukun, akit statüsü olan §187-188'deki bağlama kuralları dikkate alınarak belirlenmesini hükme bağlamıştır. Temsilci ve temsil olunanın sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilmeleri, Restatement II §291'in yollaması neticesinde §187 dâhilinde mümkün kabul edilmiştir. Bu sebeple, §187'de taraflara irade muhtariyeti tanındığı için, temsil olunanın icâzeti konusunda bu ilkenin sınırlı da olsa benimsendiği sonucuna varılabilir.

AB hukuku kapsamında ise, Roma I Tüzüğü, sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkında düzenleme getirdiği için, temsil statüsü kapsam dışı bırakmıştır. Bununla birlikte, Roma I Tüzüğü'nün 2005 tarihli tasarısında, temsil yetkisine uygulanacak hukuk da düzenlenmekteydi. Tasarıda, temsil yetkisine uygulanacak hukuk bakımından, sınırlı bir irade muhtariyeti öngörülmekteydi. Buna göre, Roma I Tüzüğü tasarısı md. 7/3'de, temsil yetkisinin kapsamına ilişkin hukuk seçiminin, ancak temsilci veya temsil olunanın yazılı teklifi ve üçüncü kişinin açık onayı ile yapılabileceği hükme bağlanmaktaydı¹⁷⁴. Ancak sınırlı bir hukuk seçimine imkân tanıyan bu hüküm, Roma I Tüzüğü tasarısından çıkarılmıştır¹⁷⁵. Zaten Roma I Tüzüğü'nün yürürlükte olan metninde, temsil statüsü de düzenlenmeyerek, yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında hükümler getirilmesi tercih edilmiştir¹⁷⁶.

Aynı paralelde, AB'ye üye ülke hukuk düzenlerinde, temsil dış ilişkisi çerçevesinde temsil yetkisine uygulanacak hukukun seçimi imkânı tanınmamıştır. Örneğin Alman hukukunda irade muhtariyeti ilkesi reddedilmiştir. Alman hukukunda kanunlar ihtilâfi hukukunu düzenleyen Alman Medenî Kanununa Giriş Kanunu'nda

¹⁷³ Scoles/Hay/Borchers/Symeonides, s. 894.

¹⁷⁴ Stone, Private, s. 329, dn. 255.

¹⁷⁵ Roma I Tüzüğü tasarısından, sınırlı irade muhtariyeti tanıyan bu hükmün çıkarılmasının birçok sebebin bulunduğu doktrinde ifade edilmektedir. Buna göre, temsil statüsü kapsamında hukuk seçimine imkân tanıyan böyle bir düzenlemenin, muğlaklık arz ettiği ve temsil olunan, temsilci ve üçüncü kişinin her üçü bakımından eşit uygulamasının olamayacağı savunulmaktadır. Tartışmalar hakkında bkz. "European Commission Final Proposal for a Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations", April 2006, <http://www.fmlc.org/papers/April06Issue121.pdf> (Erişim Tarihi: 15.10.2011).

¹⁷⁶ Temsil konusunun Roma I Tüzüğü'nün kapsamı dışında bırakılmasında, bu hâlde, irade muhtariyeti ilkesinin kabulünün zorluğunun da etkili olduğu vurgulanmaktadır: Williams, s. 10; Kaye, s. 129.

temsil yetkisi, bir bağlama konusu olarak düzenlenmemiştir¹⁷⁷. Ancak Alman hukukunda acente ilişkisi de dâhil olmak üzere, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuk, doktrin ve içtihatlardan yola çıkılarak tespit edilmektedir. Konuyla ilgili olarak, irade muhtariyetinin kabulü bakımından bir içtihat, Alman hukukunda bulunmamakla beraber, doktrinde, irade muhtariyetinin sınırlı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan bazı yazarlar vardır¹⁷⁸.

İsviçre hukukunda ise MÖHK'da temsil yetkisine uygulanacak hukukun düzenlendiği md. 126/2'de, irade muhtariyeti ilkesine yer verilmemiştir. Bu düzenleme uyarınca, temsil statüsünün tayininde, tarafların anlaşmalarının sınırlamalara tâbi olarak da olsa kabulünün İsviçre hukukunda benimsenmediği sonucuna varılabilir.

II. İRADE MUHTARİYETİNİN KABULÜ

1. Hukuk Seçimi Anlaşmasına İmkân Tanıyan Bazı Hukukî

Düzenlemeler

Temsil statüsü konusunda, irade muhtariyeti ilkesinin genel olarak reddedilmesine karşın, tarafların hukuk seçiminde bulunabilmelerinin bazı hukuk düzenlerinde sınırlı şekilde kabul edildiği görülmektedir. Temsil statüsüne uygulanacak hukukun seçilmesi, genellikle, temsil yetkisinin soyutluğunun reddedildiği ülke hukuklarında kabul edilmektedir. Örneğin, Fransız hukukunda temsil yetkisi ve vekâlet aynı hukukî ilişki olarak nitelendirildiği için, hem temsil iç ilişkisine hem de temsil dış ilişkisine vekâlet sözleşmesine uygulanan hukukun uygulanması öngörülmekte idi. Buna göre, Fransız hukukunda, tarafların vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukuku seçebilmeleri, temsil yetkisi bakımından da hüküm ifade etmekte idi¹⁷⁹. Ancak La Haye Temsil Konvansiyonu'nun, Fransa bakımından yürürlükte olduğu dikkate alınırca, konuya ilişkin olarak bu Konvansiyon hükümlerinin uygulanacağından kuşku yoktur. Bu bakımdan, Fransız hukuku bakımından, kabul edilen uyumsuzlığa uygulanacak hukukun taraflarca

¹⁷⁷ Alman kanunlar ihtilâfi kurallarını düzenleyen Alman Medenî Kanununa Giriş Kanununun İngilizce metni için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html (Erişim Tarihi: 9.10.2011).

¹⁷⁸ Alman doktrinindeki görüşler hakkında bkz. **Verhagen**, Agency, s. 102.

¹⁷⁹ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 14.

seçimi hususu, La Haye Temsil Konvansiyonu çerçevesinde belirlenecektir. Çoğu hukuk düzeninin aksine, temsil statüsü konusunda, irade muhtariyeti ilkesini benimseyen Fransız hukuku, La Haye Temsil Konvansiyonu'nda irade muhtariyeti ilkesi kabul edildiği için, yine Konvansiyon kapsamına giren uyuşmazlıklar bakımından da hukuk seçimi anlaşmasına hukukî etki tanıyacaktır.

Bununla birlikte, temsil yetkisinin temel ilişkiden soyutluğunu benimseyen Avusturya ve İspanyol hukukunda, hukuk seçimi imkânı, temsil statüsü bakımından da tanınmıştır. Aynı şekilde, temsil konusunda önemli bir hukukî düzenleme olan La Haye Temsil Konvansiyonu da, hukuk seçimi anlaşmasını sınırlı da olsa kabul eden hükümler içermektedir.

a. Avusturya Hukuku

Avusturya MÖHUK md. 49/1'de, temsil statüsü bakımından irade muhtariyeti benimsenmiştir. Buna göre, Avusturya MÖHUK md. 49/1, temsil olunanın tek taraflı olarak temsil yetkisine uygulanacak hukuku belirlemesine, söz konusu hukuk seçiminin üçüncü kişilerce bilinmesi koşuluyla izin vermiştir¹⁸⁰.

Görüldüğü üzere, temsil statüsü konusunda, taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmasına yönelik doktrindeki eğilime, Avusturya kanunlar ihtilâfi hukukuna ilişkin mevzuatta açıkça yer verilmiştir. Bu paralelde, Avusturya MÖHUK md. 49/1'de, temsil olunan tarafından seçilen hukukun üçüncü kişi tarafından onaylanması yerine, onun bilmesi şart koşularak, genel eğilimden daha esnek bir düzenleme getirilmiştir¹⁸¹.

b. İspanyol Hukuku

İspanyol hukuku da, temsil statüsünün tayininde irade muhtariyetine yer veren hukuk düzenlerinden bir diğeridir¹⁸². İspanyol Medenî Kanunu md. 10/11, dış ilişki kapsamında temsil yetkisine, temsil olunan tarafından açıkça seçilmiş hukukun

¹⁸⁰ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 130, dn. 2a; Verhagen, Agency, s. 102. Avusturya milletlerarası özel hukuku hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_aus_en.htm#3.8. (Erişim Tarihi: 15.2.2012)

¹⁸¹ Avusturya hukukundaki konuya ilişkin düzenleme hakkında bkz. Verhagen, Agency, s. 102.

¹⁸² İspanyol kanunlar ihtilâfi kurallarını düzenleyen İspanyol Medenî Kanununun İngilizce metni için bkz. www.mjusticia.gob.es/.../1292338913574?...Civil_Code...Civil (Erişim Tarihi: 1.2.2012).

uygulanmasını öngörmüştür¹⁸³. Ancak temsil olunan tarafından belirlenen hukuk seçiminin geçerli olabilmesi, açıkça yapılma şartına bağlandığı için, zımnî hukuk seçimi anlaşması, kabul edilmemektedir¹⁸⁴.

c. La Haye Temsil Konvansiyonu

Temsil statüsünün tespiti bakımından, irade muhtariyeti ilkesi, La Haye Temsil Konvansiyonu'nda sınırlı olarak benimsenmiştir. Konvansiyon, ancak belli şartları taşıyan bir hukuk seçimi anlaşmasına temsil statüsünün tayininde hukukî etki tanımıştır¹⁸⁵.

La Haye Temsil Konvansiyonu uyarınca, temsil ilişkisinin taraflarından temsil olunan veya üçüncü kişi, temsil dış ilişkisi çerçevesinde kalan temsil yetkisine uygulanacak hukuku seçebilme imkânına sahiptir (md. 14). Aynı şekilde, Konvansiyon md. 14'ün düzenlediği temsil statüsü, yetkisiz temsilden kaynaklanan uyumsuzluklar bakımından da dikkate alınacağından (md. 15), yine öncelikle hukuk seçimi anlaşmasının tayin ettiği hukuk uygulanacaktır.

Hukuk seçimine yönelik irade, temsil olunan ya da üçüncü kişiden biri tarafından beyan edilecek olmakla beraber, söz konusu seçim, taraflardan yalnız birine bırakılmış da değildir¹⁸⁶. Zira seçim, diğer tarafın açık onayına tâbi tutularak, hukuk seçimine yönelik iradelerin karşılıklı uyuşması, bir diğer deyişle anlaşma hâline gelmesi şartı aranmaktadır¹⁸⁷.

La Haye Temsil Konvansiyonu md. 14 gereğince, yazılı olmak ve karşı tarafça açıkça kabul edilmek şartlarıyla hukuk seçiminde bulunulabilir¹⁸⁸. Doktrinde bir görüş, uygulanacak hukukun yazılı olarak seçilebilmesinin bir geçerlilik şartı olarak öngörülmemesini, dolayısıyla, yazılı olarak yapılmayan ancak mahkemenin ispat kurallarına uygun olarak gerçekleşen bir hukuk seçiminin de dikkate alınması

¹⁸³ Verhagen, Agency, s. 103; Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, s. 130, dn. 2a.

¹⁸⁴ Verhagen, Agency, s. 103.

¹⁸⁵ La Haye Temsil Konvansiyonu'ndan önce, konuya ilişkin milletlerarası özel hukuk kurallarını birleştirme amacı taşıyan, ancak kabul edilmediği için hukukî bir etki yaratmayan 1950 tarihli Copenhagen ve 1952 tarihli Lucerne Taslaklarında, irade muhtariyeti ilkesinin temsil yetkisine uygulanacak hukuku tayinde dikkate alınması reddedilmişti. Konu hakkında ayrıca bkz. Badr, s. 94.

¹⁸⁶ Konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Karsten Raporu, No. 67,69.

¹⁸⁷ Verhagen, Agency, s. 354.

¹⁸⁸ Koppenol-Laforce, s. 160; Preifer, s. 436; Badr, s. 144; Kostromov, s. 122.

gerektiğini ileri sürmektedir¹⁸⁹. Aynı şekilde, konuya ilişkin bir başka görüş, geçerli bir hukuk seçimi olması bakımından, temsil olunan veya üçüncü kişi tarafından yazılı olarak seçilen hukukun, diğer tarafça açık onay şartının, ticarî ilişkilerde gereksiz bir engel olduğunu savunmaktadır¹⁹⁰. Bu sebeple, uygulanacak hukuk, yazılı olarak belirlenmişse, karşı tarafın, bu hukuku kabul ettiğini açıkça bildirmesine gerek yoktur. Örneğin temsil yetkisi belgesinde yer alan yazılı bir hukuk seçimi, açıkça onaylanmasa dahi, üçüncü kişinin temsilci ile muameleye girişmesi hâlinde, hukuk seçiminin de kabul edilmiş sayılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁹¹.

Görüldüğü gibi, La Haye Temsil Konvansiyonu'nda, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukukun seçiminin yazılı olması gerektiği öngörülerek, irade muhtariyetinin sözleşmeden doğan borç ilişkilerindeki uygulamasından şekli bir farklılık getirilmiştir¹⁹². Zira hukuk seçiminde yazılı şekil şartı, zımnî hukuk seçiminin reddi anlamına gelir. Ayrıca, hukuk seçiminin karşı tarafça açık kabulü şartı, yine zımnî hukuk seçiminin reddedildiğini göstermektedir¹⁹³. Bu sebeple, Konvansiyon md. 14'ün, hukuk seçiminin yazılı olmasını ve karşı tarafça açıkça onaylanmasını benimseyen ve dolayısıyla da zımnî hukuk seçimine imkân tanımayan niteliği, konuya ilişkin yenilikçi bir yaklaşımdır.

Bununla birlikte, La Haye Temsil Konvansiyonunda öngörülen sınırlı hukuk seçimi imkânı, birçok tartışmayı da beraberinde getirmektedir. Bu çerçevede, temsil yetkisine uygulanacak hukukun temsil olunan ya da üçüncü kişi tarafından yazılı olarak seçilmesi ve bunun diğer tarafça onaylanması, temsil ilişkisinde, temsilcinin konumu ile ilgili tartışma yaratmaktadır. Zira irade muhtariyetinin sınırlı olarak kabulünde, temsilcinin rolü, yalnızca temsil olunan ya da üçüncü kişi tarafından seçilen hukukun diğer tarafa temsil yetkisinin kullanılması aşamasında aktarılmasından ibarettir. Bu sebeple, temsilcinin, hukuk seçiminde rızasına veya onayına gerek yoktur¹⁹⁴. Aynı şekilde, hukuk seçimi, açıkça temsil olunan ve üçüncü

¹⁸⁹ **Badr**, s. 145.

¹⁹⁰ **Verhagen**, Agency, s. 358.

¹⁹¹ Konuya ilişkin ayrıntılı tartışma için bkz. **Verhagen**, Agency, s. 355.

¹⁹² La Haye Temsil Konvansiyonu'nun 1976 tarihli taslağında hukuk seçiminin yazılı olması ve karşı tarafça açıkça kabulü şartı öngörülmemekteydi (md. 13). Böylece zımnî hukuk seçimi de, temsil statüsünü belirleyebilecekti: **Badr**, s. 144.

¹⁹³ **Kostromov**, s. 122; **Badr**, s. 144.

¹⁹⁴ **Verhagen**, Agency, s. 359.

kişiyeye bırakıldığı için, temsilcinin kendisinin, uygulanacak hukuku tayin etmesi söz konusu değildir¹⁹⁵. Zaten temsil ilişkisinin niteliği de, dış ilişkide başka şekilde bir hukuk seçimine imkân vermez¹⁹⁶. Ancak, temsilci ve üçüncü kişi arasında meydana gelecek yetkisiz temsil veya yetkinin aşılması gibi konularda da temsil statüsünün dikkate alınması, hukuk seçimi konusunda, temsilcinin etkisiz konumunu tartışmaya açmaktadır¹⁹⁷.

Hukuk seçiminin tek taraflı olarak temsil olunan veya üçüncü kişi tarafından yapılması hâlinde, diğer tarafın açık onayının ne şekilde yapılacağı konusunda, Konvansiyonda bir hüküm yer almamaktadır. Doktrinde bir görüş, bu onayın, uyuşmazlığa bakan hâkim tarafından, her somut olaya göre ayrıca belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁹⁸.

Bu açıklamalardan hareketle, La Haye Temsil Konvansiyonu'na göre, üçüncü kişinin ya da temsil olunanın temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuku yazılı olarak teklif etmesi ve bu teklifin de temsilci tarafından diğer tarafa aktarılmasından sonra, açıkça karşı tarafça kabul edilmesi durumunda hukuk seçimi anlaşması kabul edilebilecektir. Temsil olunan ya da üçüncü kişinin seçtiği hukukun, temsilci aracılığıyla karşı tarafa aktarılması kural olmakla beraber, temsil olunan veya üçüncü kişinin, Konvansiyon md. 14'e uygun olarak hukuk seçimi yapmak için birbirleriyle doğrudan iletişim kurmaları da pek tâbi mümkündür. Bu durumda, temsil statüsünü belirleyen hukuk, temsilcinin aracılığı olmaksızın doğrudan doğruya taraflarca seçilmiş olacaktır¹⁹⁹.

La Haye Temsil Konvansiyonu md. 14'ün düzenlediği şekilde, hukuk seçiminin belli şartlara tâbi tutulmasında, temsil olunanın ve üçüncü kişinin korunması düşüncesi ağır basmaktadır. Böyle bir tercihte, temsilcinin, üçüncü kişi ile temsil olunan aleyhine bir hukuk seçimi yapabilmesi ihtimali düşünülmüştür. Aynı

¹⁹⁵ Konuya ilişkin olarak bkz. Karsten Raporu, No. 225.

¹⁹⁶ **Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu**, s. 140.

¹⁹⁷ Yetkisiz temsil kaynaklı uyuşmazlıklarda da sınırlı hukuk seçimine imkân tanıyan temsil statüsünün dikkate alınmasının makûl bir çözüm olduğu yönünde doktrindeki aksi görüş için bkz. **Verhagen**, Agency, s. 359.

¹⁹⁸ Doktrinde Badr, hukuk seçimi teklifini içeren sözleşmedeki bir hükmün, açık kabul anlamına gelecek şekilde değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır. Bu sebeple, mahkemenin, her somut olay bakımından karşı tarafça uygulanacak hukuk konusunda yapılan teklifin kabul edilip onaylandığını gösteren somut kriterlere göre değerlendirmede bulunması gerekir: **Badr**, s. 145.

¹⁹⁹ **Verhagen**, Agency, s. 355.

şekilde, amaç, temsil olunan ve üçüncü kişi bakımından uygulanacak hukuk konusunda öngörülebilirliğin sağlanmasıdır²⁰⁰. Ancak bu durum, temsil ilişkisinde temsilcinin konumu dikkate alınmadığı için ikna edici bir gerekçe olarak görülmemektedir. Zira temsil yetkisinin kullanılmasında, en az temsil olunan kadar temsilcinin de rolü vardır²⁰¹. Bu nedenle, üçüncü kişi veya temsil olunan, böyle bir hukuk seçiminde bulunmamışsa, üçüncü kişi ile yapılan sözleşmede temsilci tarafından hukuk seçiminde bulunabilmesi önerilmektedir. Bununla birlikte, temsilcinin üçüncü kişi ile hukuk seçimi anlaşmasında bulunabilmesi için, temsil olunanın temsilciyi hukuk seçiminde bulunma konusunda yetkilendirmesi ve temsilci ile üçüncü kişinin temsil olunana karşı bir hile niyetinin olmaması gerektiği ileri sürülmektedir²⁰². Dolayısıyla, temsil olunanın, temsilciyi açıkça temsil yetkisi ihtilâflarına uygulanacak hukuku seçme konusunda yetkilendirmesi hâlinde, ya temsilcinin yaptığı yazılı hukuk seçiminin üçüncü kişi tarafından açıkça kabul edilmesi ya da üçüncü kişi tarafından yapılan yazılı seçimin temsilci tarafından açık onayının, geçerli bir hukuk seçimi olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁰³. Ancak böyle bir yaklaşımla, temsil olunanın, temsilcinin hukuk seçimi yapmasına zımnî yetki vermesinin ve hatta görünüşte temsil yetkisi kapsamında böyle bir sonuca varılmasının mümkün olup olmadığı izâha muhtaçtır. Doktrinde bu durumun, büyük oranda muğlaklığa neden olacağı ileri sürülmektedir²⁰⁴. Diğer taraftan, yazılı olarak seçilmemekle birlikte, temsil olunanın, temsilciye hukuk seçiminde bulunma yetkisi verdiğiine ilişkin iradesinin tespiti hâlinde, yazılı olmayan hukuk seçiminin de geçerli olması gerektiği savunulmaktadır. Bu nedenle, temsil olunanın temsilciyi hukuk seçimi yapma konusunda açıkça yetkilendirmesi veya böyle bir yetkinin verildiğinin hâlin şartlarından makûl surette anlaşılması durumunda, temsilcinin geçerli bir hukuk seçiminde bulunma yetkisine sahip olduğu sonucuna varılmalıdır²⁰⁵.

²⁰⁰ **Badr**, s. 145 vd.

²⁰¹ **Badr**, s. 146.

²⁰² **Badr**, s. 146.

²⁰³ **Verhagen**, Agency, s. 356.

²⁰⁴ **Verhagen**, Agency, s. 357.

²⁰⁵ **Verhagen**, Agency, s. 357.

Seçilen hukukun, temsil ilişkisi ve özellikle de temsil yetkisinin kullanılması ile bir bağlantısının bulunması gerekip gerekmediğine ilişkin La Haye Temsil Konvansiyonu'nda herhangi bir hüküm yoktur. Bu bakımdan, tarafların, temsil ilişkisi ile hiçbir ilgisi bulunmayan bir hukuku seçmelerinde bir engel bulunmamaktadır²⁰⁶.

La Haye Temsil Konvansiyonu'nda, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmasına rağmen, birden çok hukukun seçilmesinin veya kısmî hukuk seçiminde bulunulmasının, temsil statüsü bakımından da mümkün olup olmayacağı hususunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrinde bir görüş, özellikle Konvansiyon md. 14'ün, lafzî yorumundan hareketle, üçüncü kişi veya temsil olunanın, birden çok hukukun seçimine açıkça onay vermesi şartıyla bunun kabul edilebileceğini ifade etmektedir²⁰⁷.

Temsil olunan ya da üçüncü kişi tarafından temsil statüsünü idare etmek üzere seçilen hukukun, seçim zamanı konusunda La Haye Temsil Konvansiyonu, yine bir hüküm içermez. Bu bakımdan, genel olarak kabul edildiği üzere, tarafların esas sözleşmenin yapılmasından sonra ve hatta uyuşmazlık çıktıktan sonra mahkeme aşamasında dahi uygulanacak hukuku seçmeleri mümkün kabul edilmelidir²⁰⁸.

La Haye Temsil Konvansiyonu'nda temsilcinin yetkisiz temsilinden kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından da md. 11-14 hükümlerinin uygulama bulacağı hükme bağlanmıştır. Konvansiyon md. 15'e göre, temsil olunan ve üçüncü kişi tarafından yapılan hukuk seçimi anlaşması, temsilcinin üçüncü kişi ile ilişkisine de uygulanacaktır. Böylece temsilcinin yetkisiz olarak ya da temsil olunan tarafından verilen temsil yetkisinin sınırlarını aşmak suretiyle temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile giriştiği muamelelerde, temsil olunan ya da üçüncü kişinin yazılı olarak seçip diğer tarafın açık onay verdiği hukuk, sübjektif bağlama kuralı olarak öncelikle dikkate alınacaktır. Temsilcinin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun, temsil olunan-üçüncü kişi ilişkisine uygulandığı gibi aynı hukuk tarafından idare edilmesinin makûl bir çözüm olduğu savunulmaktadır²⁰⁹.

²⁰⁶ Konu hakkında ayrıca bkz. Karsten Raporu, No. 67, 222.

²⁰⁷ Verhagen, Agency, s. 358.

²⁰⁸ Verhagen, Agency, s. 358.

²⁰⁹ Verhagen, Agency, s. 359.

2. Hukuk Seçiminin Kabulü Yönünde Görüşler

Acente dış ilişkisi bakımından da geçerli olacak şekilde, temsil yetkisine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi, doktrinde bazı yazarlarca destek görmektedir. Ancak irade muhtariyeti ilkesinin, mutlak nitelikte değil, bazı sınırlamalarla kabul edilmesi gerektiği teklif edilmektedir²¹⁰.

Temsil statüsünü tayin eden hukukun, temsil olunanın üçüncü kişiye yapacağı tek taraflı irade beyanıyla ya da acente veya üçüncü kişi ile yapacağı hukuk seçimi anlaşmasıyla seçilebileceği doktrinde getirilen önerilerden biridir²¹¹. Konuyla ilgili olarak doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, üçüncü kişilere zarar vermemek ve işlem güvenliğini sağlamak şartlarıyla hukuk seçimi anlaşması yapılabilirdir²¹². Doktrinde bu öneriye karşı olarak, bu güvenin ancak açık hukuk seçimi ile sağlanabileceği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla, irade muhtariyeti ilkesinin hukuken etki tanıdığı zımnî hukuk seçimi anlaşmasının uygulanması durumunda, acente ilişkisinde söz konusu güvenin sağlanmasının zor gözüktüğü ifade edilmektedir²¹³. Bunun yanında, yetkisiz temsilde hukuk seçiminde bulunma imkânının olmaması nedeniyle, uygulanacak hukukun seçilmesinin âdil sonuçlar doğurmayacağı savunulmaktadır²¹⁴.

Temsil olunanın temsil yetkisi verirken, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuku tayin edebilmesi gerektiği, doktrinde savunulan bir başka öneridir. Ancak bu yöndeki bir hukuk seçimi anlaşmasının ancak üçüncü kişi tarafından bilinmesi hâlinde hüküm ifade etmesi gerektiği, temsil statüsü bakımından irade muhtariyeti ilkesinin kabulüne yönelik getirilen sınırlı bir öneri olarak ileri sürülmektedir²¹⁵.

²¹⁰ Temsil dış ilişkisine uygulanacak hukukun temsil olunan ve üçüncü kişi tarafından kararlaştırılabileceği konusunda genel bir eğilimin olduğu Alman doktrini hakkında bkz. **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 130, dn. 2a; **Verhagen**, Agency, s. 102.

²¹¹ Alman hukukunda Spellenberg tarafından savunulan öneri için bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 97. Benzer şekilde, doktrinde Lüderitz, Kropholler, böyle bir hukuk seçiminin üçüncü kişi tarafından onaylanması şartıyla geçerli olacağını ileri sürmektedir: **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 97.

²¹² Doktrinde Makarov tarafından ileri sürülen öneri hakkında bkz. **Tekinalp**, Temsil, s. 30.

²¹³ **Tekinalp**, Temsil, s. 30.

²¹⁴ İşlemin geçerliliğine olan güveni zedeleyebilecek olan irade muhtariyeti ilkesinin sınırlandırılarak da olsa kabul edilmesinin çok büyük yarar sağlamayacağı hakkındaki görüş için bkz. **Tekinalp**, Temsil, s. 30-31.

²¹⁵ **Badr**, s. 94. Alman hukukçular Reithmann/Martiny tarafından da savunulan, temsil olunan tarafından yapılan hukuk seçiminin, üçüncü kişinin bilgilendirilmesi şartıyla kabul edilmesi gerektiği hakkındaki benzer bir görüş için bkz. **Verhagen**, Agency, s. 102.

Getirilen öneriye göre, temsil olunan tarafından temsil dış ilişkisine uygulanacak hukukun seçimine hukukî etki tanınabilmesi, bu hukuk seçimi anlaşmasının açık olması ve üçüncü kişi tarafından bilinmesi şartlarına bağlı tutulmalıdır²¹⁶. Dolayısıyla, temsil olunan tarafından yapılmış açık bir hukuk seçimi yoksa veya uygulanacak hukukun tayini konusundaki iradesi, üçüncü kişi tarafından bilinmiyorsa, bu hukuk seçimi anlaşmasına hukukî etki tanınmamalıdır²¹⁷. Bununla birlikte, doktrinde bir görüş, hukuk seçimi anlaşmasının temsil olunan tarafından tek taraflı olarak değil de, acente ve temsil olunan tarafından müştereken yapılması ve üçüncü kişiye bildirilmesi koşuluyla, söz konusu seçim anlaşmasına geçerlilik tanınması gerektiğini savunmaktadır²¹⁸.

Temsil olunandan aldığı yetki uyarınca, üçüncü kişi ile esas sözleşme akdeden acente ve üçüncü kişinin bu sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmeleri durumunda, söz konusu hukuk seçimi anlaşmasının temsil statüsü bakımından da geçerlilik arz edip etmeyeceği konusu, üzerinde tartışılan hususlardan bir diğeridir. Doktrinde bir görüş, temsil olunan tarafından acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun seçilmemiş olması şartıyla, acente ve üçüncü kişinin esas sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemeleri durumunda, temsil olunan açıkça acenteyi hukuk seçiminde bulunmaktan men etmedikçe, böyle bir hukuk seçiminin temsil statüsü bakımından da geçerli olması gerektiğini ileri sürmektedir²¹⁹. Buna göre, temsil olunanın, acente ve üçüncü kişi tarafından hukuk seçiminde bulunulabilme ihtimalini öngörmesi gerekir. Bu bakımdan, temsil olunan, böyle bir hukuk seçimi anlaşmasının yapılmasını uygun görmüyorsa, ya kendisinin uygulanacak hukuku seçmesi ya da acenteyi böyle bir seçimde bulunmaktan men etmesi gerekmektedir. Zira milletlerarası unsurlu ilişkilerde, acenteye temsil yetkisi verildiğinde, bu yetkinin kapsamında hukuk seçiminde bulunma yetkisinin de bulunduğu, hukuk seçiminde bulunmanın esas sözleşmeye bağlı bir husus olduğu, bu sebeple temsil olunanın

²¹⁶ Doktrinde, temsil olunan tarafından tek taraflı ve açık olarak yapılacak hukuk seçiminin, esas sözleşmenin akdedilme anında, üçüncü kişi tarafından bilinmesi koşuluyla hüküm ifade edeceği kabul edilmektedir: **Verhagen**, Agency, s.124.

²¹⁷ **Verhagen**, Agency, s.124; **Badr**, s. 94;

²¹⁸ Doktrinde bir görüş, acentenin, temsil olunan tarafından yetkilendirilirken, kendisine verilecek yetki belgesinde üzerinde anlaştıkları hukuk seçimine yer vermelerinin mümkün olduğu, böylece hukuk seçiminin üçüncü kişi tarafından öğrenilmesinin kolaylaşacağını savunmaktadır: **Kostromov**, s. 65.

²¹⁹ **Badr**, s. 94.

acente ve üçüncü kişi arasındaki hukuk seçimi anlaşmasına katlanması gerektiği savunulmaktadır²²⁰. Ancak bu imkânın tanınmasına bir şart olarak, acente ve üçüncü kişi tarafından yapılan hukuk seçimi anlaşmasının, temsil olunanın aleyhine ve keyfi olmaması gerektiği de ilave edilmektedir²²¹.

Bir başka tartışmalı husus, temsil olunan ile acentenin, acente iç ilişkisine uygulanacak hukuku tayin etmeleri hâlinde, bunun acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun tespitine de sirayet edip etmeyeceğidir. Yukarıda detayları ile üzerinde durulduğu üzere, temel ilişki olan acente sözleşmesine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi mutlak olarak kabul edilmektedir²²². Söz konusu seçimin, acentenin esas sözleşme akdedeceği üçüncü kişi tarafından bilinmesi gerekli ve önemli değildir. Bu sebeple, temsil olunan ve acentenin, acente sözleşmesine uygulanmak üzere anlaştıkları hukukun, üçüncü kişiye bildirilmesi gerekmemektedir. Üçüncü kişiyi ilgilendirmeyen bir durum olması nedeniyle de, hukuk seçimi anlaşmasının zımnî olarak yapılmasında bir engel bulunmamaktadır. Dolayısıyla, temsil yetkisi, acente sözleşmesinden soyutluğu da dikkate alınmak suretiyle, ayrı bir müessese olarak kabul edilmelidir. Taraflar acente sözleşmesini idare etmek üzere bir hukuk seçiminde bulunsalar bile, söz konusu hukuk seçimi, temsil statüsü bakımından etki doğurmaz. Bu bakımdan, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun seçilmesi, acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun da seçilmesi anlamına gelmez.

III. GÖRÜŞÜMÜZ

Kanaatimizce, acente dış ilişkisine, bir diğer ifadeyle temsil yetkisinin kullanılmasının etkisine uygulanacak hukukun seçimi, belli şartlarla kabul edilebilmelidir. Zira acente ilişkisinin üç taraflı bir temsil ilişkisi olması nedeniyle, her üç taraf için de tatminkâr sonuçlar vermesi gerektiğini düşündüğümüz bağlama kuralları kapsamında, irade muhtariyeti ilkesinin de yer alması gerekir.

Acente ilişkisinin hukukî yapısı nedeniyle, taraflara mutlak bir irade muhtariyeti tanımak yerine, belli sınırlamalarla bu ilkenin kabul edilmesi gerektiği

²²⁰ Görüş hakkında bkz. **Badr**, s. 94-95.

²²¹ **Badr**, s. 95.

²²² Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, ACENTE İÇ İLİŞKİSİNDE HUKUK SEÇİMİNİN YERİ başlığı altında yapılan açıklamalar.

inancındayız. Buna göre, acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun seçimi, acente ilişkisinin taraflarından biri olarak temsil olunan tarafından yapılmalıdır²²³. Acente ilişkisinde temsil olunan, acente ve üçüncü kişi yer almakla beraber, temsil olunan, hem acente iç ilişkisini ifade eden acente sözleşmesine, hem de üçüncü kişi ile kendi ad ve hesabına acente tarafından akdedilen esas sözleşmeye taraftır. Temsil yetkisinin kullanılması ile birlikte, acenteye temsil yetkisi vererek kendi ad ve hesabına muamelede bulunulmasına imkân tanıyan temsil olunanın hukukî alanında hüküm ve sonuçlar doğacağı hukuk düzenlerinde kural olarak kabul edilmektedir. Acente dış ilişkisi bağlamında temsil yetkisine uygulanacak hukukun temsil olunan tarafından seçilmesi ve bunun acente aracılığıyla üçüncü kişiye bildirilmesi, ticarî ilişkilerde olağan bir sonuç olarak görülmelidir. Örneğin, temsil olunan tarafından acenteye verilen temsil yetkisinin hukuk seçimi şartını da içermesi durumunda, acentenin böyle bir hukuk seçiminin varlığını üçüncü kişiye temsil yetkisini ibraz etmek suretiyle bildirmesi söz konusu olabilir²²⁴. Dolayısıyla, temsil olunan tarafından seçilen hukukun, acente aracılığıyla üçüncü kişiye bildirilmesi, mümkün olabilecek bir husustur. Bu bakımdan, uygulanacak hukukun, temsil olunan tarafından seçilmesi, acente ilişkisinin diğer taraflarınca yapılacak seçime oranla çok daha makûl bir tercihtir.

Acentenin hukuk seçiminde bulunması ise makûl bir tercih olmaz. Bu hâlde, acente tarafından yapılacak bir seçimin, temsil olunan tarafından bilinmesi ve öngörülmesi ihtimalinin zayıflığı bir yana, temsil olunanın iradesine uymayan bir seçimin uygulama bulması olasılığı da, acenteye hukuk seçimi hakkı tanınmanın ayrı bir olumsuz yanındır.

Hukuk seçiminin üçüncü kişi tarafından yapılması da sözleşmelerin kurulmasındaki hukukî süreçle ters düşecektir. Temsil olunandan aldığı temsil yetkisi ile onun belirlediği içerik ve şartlarda sözleşme yapmaya yetkilendirilen acentenin, üçüncü kişi ile sözleşme akdederken hukuk seçiminin üçüncü kişi tarafından yapılması, temsil olunan bakımından yine öngörülemez ve belirsiz bir durum yaratabilecektir. Bu bakımdan, acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun, acente

²²³ Temsil dış ilişkisine uygulanacak hukukun üç taraflı ilişkide temsil olunan tarafından yapılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Verhagen**, Agency, s.124.

²²⁴ Aynı yönde görüş için bkz. **Kostromov**, s. 65; **Badr**, s. 94.

ilişkisi taraflarından temsil olunan tarafından yapılmasının, üçlü ilişkide yer alan taraflardan en makûl olanının olduğu kanaatindeyiz.

Uygulanacak hukukun seçimi, temsil olunan tarafından tek taraflı olarak yapılmak durumundadır²²⁵. Zira temsil olunan, esas sözleşmeyi acente aracılığı ile yaptığı için, üçüncü kişi ile bir araya gelmesi mümkün olamayabilir. Zaten acente ilişkisinin özünde de, bu ihtimalin yaratılmaması yatmaktadır. Hâl böyle olunca, temsil yetkisine uygulanacak hukuku temsil olunan, tek taraflı olarak belirleyecektir. Hukuk seçiminin tek taraflı olarak yapılması, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde benimsenen irade muhtariyeti ilkesinin uygulamasından farklılık arz eder²²⁶. Zira sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, akit taraflar, karşılıklı olarak hukuk seçiminde bulunmaktadırlar. İşte acentenin temsil yetkisine uygulanacak hukukun seçimi konusunda ortaya çıkan bu farklılık, bazı tereddütleri beraberinde getirecektir. Üç taraflı acente ilişkisinde hukuk seçiminin tek bir tarafça yapılması, bir anlaşmadan ziyade, temsil olunan tarafından belirlenen hukukun uygulanması yönünde bir teklif anlamına gelebilecek niteliktedir. Bir diğer ifadeyle, temsil olunan tarafından tek taraflı olarak yapılan hukuk seçimi, bir anlaşmadan ziyade hukuk seçimi anlaşmasına yönelik bir öneri beyanıdır. Acente ilişkisinin diğer taraflarından acente ve üçüncü kişinin hukuk seçimi konusunda iradelerinin olmaması, kendilerini ilgilendiren temsil yetkisinin kullanılmasının hüküm ve sonuçları konusunda, iradelerinin dikkate alınmaması gibi bir sonucu doğurmaktadır. Bu tereddütler karşısında, temsil yetkisine uygulanacak hukukun temsil olunan tarafından belirlenmesinin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için, acente ilişkisinin tarafı olarak esas sözleşmeyi yapacak olan üçüncü kişinin bu hukuk seçimini onaylamış olmasının makûl bir çözüm olduğu kanaatindeyiz²²⁷. Zira üçüncü kişinin bu hukuk seçimini onaylaması ile birlikte, temsil olunan tarafından yapılan öneri, hukuk seçimi anlaşması hâline dönüşür. Aksi hâlde, temsil olunan tarafından belirlenen bu hukuk, sübjektif bağlama kuralı olarak kabul edilemez.

²²⁵ Doktrinde aksi yönde bir görüş, hukuk seçiminin temsil olunan tarafından tek taraflı olarak değil, üçüncü kişi ile birlikte müştereken yapılması gerektiğini savunmaktadır: **Kostromov**, s. 65.

²²⁶ Hukuk seçiminin iki taraflı olarak yapılması hâlinde hüküm ifade edeceği konusunda bkz. **Verhagen**, Agency, s. 125.

²²⁷ Doktrinde, temsil olunan tarafından yapılan hukuk seçiminin ancak üçüncü kişi tarafından öğrenilmesi hâlinde geçerli olacağı savunulmaktadır: **Badr**, s. 94; **Verhagen**, Agency, s.124.

Temsil olunan tarafından yapılan hukuk seçiminin, üçüncü kişi tarafından onaylanması şartı, doğal olarak hukuk seçiminin açık şekilde yapılmasını gerektirmektedir²²⁸. Bu bakımdan, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun zımnî olarak da yapılmasına etki tanıyan irade muhtariyeti ilkesi, temsil statüsü bakımından sınırlı olarak kabul edilebilecektir. Dolayısıyla, hukuk seçiminin zımnî olarak yapılmasının kabulü mümkün değildir. Kanaatimizce temsil olunanın hukuk seçimine yönelik açıkça beyan ettiği gerçek iradesi dikkate alınabileceğinden, hem zımnî hukuk seçimi, hem de farazî hukuk seçiminin hüküm ifade etmesi düşünülemez.

Hukuk seçiminin açık olarak yapılması ve üçüncü kişinin bu seçimi onaylaması şartları birlikte dikkate alındığında, hukuk seçiminin yazılı olarak yapılması şeklinde ek bir şekil şartına gerek olmadığı kanaatindeyiz. Zira zımnî hukuk seçiminin bertaraf edilmesi amacıyla, seçime yönelik irade beyanının açıkça yapılmasına etki tanınması, üçüncü kişinin menfaatine uygun bir çözümdür. Ayrıca bu hukuk seçiminin ancak üçüncü kişi tarafından onaylanması hâlinde hüküm ifade edeceğini öngören bir çözümün, yine üçüncü kişinin menfaatlerini koruduğu açıktır. Bu gerekçelerle, hem hukuk seçiminin açık olarak yapılması, hem de üçüncü kişi tarafından onaylanması hâlinde geçerli sayılması şartları karşısında, yazılı şekil şartına gerek olmadığı kanısındayız²²⁹.

Temsil statüsünün uygulama alanı içinde yetkisiz temsil ile ilgili konular da olacağı için, irade muhtariyeti ilkesinin kabulüne, makûl sınırlamalar getirmek gerekmektedir. Zira acentenin yetkisiz olarak veya yetkisinin sınırlarını aşarak kullandığı temsil yetkisi, yukarıda da vurgulandığı üzere, yetkisiz temsil kaynaklı ihtilâfların gündeme gelmesine neden olmaktadır²³⁰. Buna göre, acentenin temsil yetkisine uygulanacak hukuk, temsil olunan tarafından seçilmesi ve bu seçimin üçüncü kişi tarafından onaylanması durumunda hüküm ifade edecektir. Bu durumda, acentenin hiçbir etkisinin olmadığı, tamamen temsil olunan ve üçüncü kişi tarafından seçilen bir hukukun, yetkisiz temsille ilgili bir ihtilâfta, acente bakımından da hüküm

²²⁸ Verhagen, Agency, s.124; Badr, s. 94.

²²⁹ Buna karşın La Haye Temsil Konvansiyonu'nda, temsil yetkisine uygulanacak hukukun, temsil olunan tarafından seçilmesinde açık ve yazılı şekil şartı birlikte aranmıştır: **Koppenol-Laforce**, s. 160; **Preifer**, s. 436; **Badr**, s. 144; **Kostromov**, s. 122.

²³⁰ Konu hakkında bkz. İKİNCİ BÖLÜM, YETKİSİZ TEMSİL başlığı altında yapılan açıklamalar.

ifade etmesi gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Özellikle temsil yetkisi verilirken hukuk seçiminde bulunulması, acentenin, temsil olunan tarafından seçilen ve üçüncü kişi tarafından onaylanması ihtimali bulunan hukuku bilmesine sebep olabilecektir. Bununla birlikte, kanaatimizce bu tür meselelerde acentenin de seçilen hukuka vâkif olması amacıyla, uygulanacak hukukun, esas sözleşmenin yapılma anına kadar temsil olunan tarafından seçilmesi ve üçüncü kişi tarafından da onaylanması gerekmektedir. Zira esas sözleşmeyi acente, temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile akdedeceği için, esas sözleşmenin yapıldığı ana kadar acente ilişkisinin her üç tarafı için de seçilen hukukun öğrenilmesi mümkün olabilecektir. Dolayısıyla, hukuk seçiminin esas sözleşme akdedildikten sonra yapılmasına hukuken bir etki tanınmamalıdır.

D. UYGULANACAK HUKUKUN OBJEKTİF KRİTERLERE GÖRE TESPİTİ

I. GENEL OLARAK

Acente dış ilişkisi çerçevesinde temsil yetkisine uygulanacak hukukun objektif kriterler uyarınca tespitinde, birden çok bağlama noktası önerisi getirilmektedir. Bu bağlama noktaları, temsil olunanın hukukundan acentenin hukukuna, acente iç ilişkisine uygulanacak hukuktan esas sözleşmeye uygulanacak hukuka, temsil yetkisinin verildiği yer hukukundan temsil yetkisinin etki alanı hukukuna, hatta üçüncü kişinin hukukuna kadar uzanan geniş bir yelpazede, kendine özgü gerekçelerle savunulmaktadır.

Uygulanacak hukukun tespitinde önerilen bu bağlama noktaları, acentenin temsil yetkisine ilişkin en uygun hukukun belirlenmesini amaçlamaktadır²³¹. Nitekim acentenin temsil yetkisiyle en sıkı ilişkiyi sağlayan bağlama noktasının kabulü konusunda görüş birliği oluşmuştur²³². Ancak en sıkı ilişkili hukukun tespiti kolay olmadığından, bu hukuk somut olaya göre değişiklik gösterebilecektir²³³.

Bu çerçevede, Amerikan hukukunda Restatement II'ye göre, temsil statüsünün tespitinde dikkate alınan objektif bağlama kuralları gereğince, öncelikle

²³¹ Schmitthoff, s. 175; O'Brien, s. 323; North/Fawcett, s. 493; Kaye, s. 129; Fridman, s. 295; Dicey/Morris, s. 1474; Minor, s. 355; Heidemann, s. 28.

²³² Hay/Müller-Freienfels, s. 17; Moll, s. 45.

²³³ Dicey/Morris, s. 1478; North/Fawcett, s. 494.

tarafarla ve temsil yetkisi ile sıkı ilişkili hukukun dikkate alınması kabul edilmiştir²³⁴. Restatement II §292/1’de, temsil olunanın, temsilci tarafından onun ad ve hesabına işlem yapması sonucu üçüncü kişiye karşı sorumluluk altına sokulup sokulamayacağına §6 gereğince belirlenen ilkeler altında taraflarla ve işlemle en sıkı ilişkiye sahip devletin hukukunun²³⁵ uygulanacağı hükme bağlanmıştır²³⁶. Aynı şekilde, Amerikan hukukunda Restatement II §293/1’de, yetkisiz temsile uygulanacak hukukun, §6’nın belirlediği kurallar uyarınca, en sıkı ilişkili hukuk

²³⁴ Amerikan hukukunda temsil dış ilişkisi konusunda, mahkeme kararına sık rastlanmamaktadır. Bunda, temsile ilişkin maddî hukuk kurallarının yeknesak hâle getirilmesinin de büyük etkisi olduğu savunulmaktadır: **Scoles/Hay**, s. 714-715. Zaten, ABD’ye dâhil tüm devlet mahkemelerinin konuya ilişkin az sayıdaki içtihatlarında benzerlik vardır: **Scoles/Hay**, s. 714. Söz konusu kararların ise, çoğunlukla “*undisclosed principal doctrine*” ve gerçek temsil yetkisi-görünüşte temsil yetkisi ayrımı kaynaklı uyuşmazlıklarla ilgili olduğu tespit edilmektedir: **Hay/Müller-Freienfels**, s. 23. Örnek bir mahkeme kararında, Idaho’da işyeri bulunan ve burada birçok temsil olunan ad ve hesabına işlem yapan Idaholu bir temsilci, Arizonalı temsil olunan onun Idaho’daki mandırasına teslim etmek üzere Kalifornialı bir üçüncü kişiden sığır satın alır. Ancak temsilci, temsil olunan ad ve hesabına hareket ettiğini üçüncü kişiye bildirmez. Temsilci, temsil yetkisinde öngörülenden daha düşük bir fiyatla üçüncü kişi ile satım sözleşmesi akdetmiştir. Temsil olunanın, temsilcinin temsil yetkisini aşmasından kaynaklı bu satım sözleşmesinden sorumlu olup olmayacağı konusu, bir temsil dış ilişkisi olarak davanın açıldığı Idaho mahkemesince Restatement II §292/1’e tâbi tutulmuştur. Neticede Idaho mahkemesi, söz konusu uyuşmazlığa Kalifornia hukukunu, temsil yetkisi ve taraflarla en sıkı ilişkiyi haiz hukuk olarak uygulamıştır. Bu belirlemede, mahkeme, üçüncü kişinin Kalifornia’da ikamet etmesini ve onun Kalifornia hukukunun uygulanmasını ümit etmesi olgusunu dikkate almıştır. Mahkeme, kararında, temsilci ve üçüncü kişinin Kalifornia’da sözleşmeyi akdetmesi ve üçüncü kişinin sınırları burada teslim etmesinin de en sıkı ilişkili ülke hukukunun tespitinde etkili olduğunu da ayrıca vurgulamıştır: *Shasta Livestock Auction Yard, Inc. v. Bill Evans Cattle Management Corp.*, 375 F. Supp. 1027 (D.Idaho 1974). Kararla ilgili ayrıntılı analiz için bkz. **Scoles/Hay**, s. 714, dn. 3; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 23.

²³⁵ Restatement II §292’nin yorumunda açıklandığı üzere, taraflarla ve temsil yetkisi ile en sıkı ilişkiye sahip devlet hukuku ile kastedilen, o devletin tüm hukuk düzenine yapılan bir atf değil, bilakis yalnızca o devletin maddî hukukudur: Restatement II §292 şerh (g).

²³⁶ **Kostromov**, s. 74. Doktrinde, söz konusu bağlama kuralının, temsil ilişkisinin ağırlık merkezi hukukunun uygulanmasına neden olacağı savunulmaktadır: **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 423. Temsil yetkisi ve taraflarla en sıkı ilişkiye sahip devlet hukukunun nasıl tespit edileceği konusunda Restatement II’de herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Restatement §292/1 gereğince taraflarla ve işlemle en sıkı ilişkiye sahip devletin hukukunun tespitinde §6 gereğince belirlenen ilkeler dikkate alınmaktadır. Restatement II §6 uyarınca en sıkı ilişkiyi haiz devletin hukukunun tespiti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Brilmayer/Anglin**, s. 1161 vd.; **Scoles/Hay**, s. 205 vd.; **Zhang**, Party, s. 534 vd.; **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 424 vd.; **Lookofsky**, s. 377 vd. BİRİNCİ BÖLÜM’de ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, §6’nın örnek mahiyette öngördüğü ilkeler doğrultusunda hâkim tarafından yapılacak değerlendirmeler neticesinde taraflarla ve temsil yetkisi ile en sıkı ilişkiye sahip devlet tespit edilecektir: **Reese**, Conflict, s. 691. Söz konusu tespit, Restatement II §6’da sıralanan ilkelerin göreceli önemine göre, hâkim tarafından değerlendirilmede bulunulacağı ifade edilmektedir: **Leflar/McDougal III/Felix**, s. 424. Dolayısıyla söz konusu tespit, her uyuşmazlık bakımından hâkim tarafından ayrıca yapılacaktır. Restatement II §6 çerçevesinde yapılacak bu değerlendirmede tarafların haklı beklentilerinin korunmasının bilhassa dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır: Restatement II §293 şerh (b).

olduğu ifade edilmektedir²³⁷. Buna göre, temsilcinin temsil yetkisi olmaksızın ya da mevcut temsil yetkisinin sınırlarını aşarak üçüncü kişiyle yaptığı işlemde kaynaklanan uyuşmazlıklarda, Restatement II §293/1 dikkate alınacaktır. Örneğin, temsilcinin yetkisiz temsil kapsamında yaptığı bir işlemin, temsil olunanın icâzeti ile geçerli olup olmayacağı taraflarla ve işlemle en sıkı ilişkili ülke hukukuna göre tespit edilecektir. Ancak Restatement II §293/2’de, bu bağlama kuralına bir istisna getirilmiştir. Bu istisna uyarınca, eğer temsil olunan tarafından verilecek söz konusu icâzet, temsilcinin üçüncü kişiyle görüşmede bulunduğu ülkenin ya da §291’in hükme bağladığı kuralların uygulanmasıyla belirlenecek ülkenin iç hukukuna uygunsuzsa geçerli kabul edilir²³⁸.

Temsil statüsünün tayininde, Restatement II §6’nın öngördüğü ilkeler, genel kural olarak etkili olmakla beraber, Restatement II’deki madde yorumlarında, en sıkı ilişkiyi haiz devlet hukukunu belirleyen bazı karineler de öngörülmektedir²³⁹. Söz konusu karineler, taraflarla ve temsil yetkisi ile en sıkı ilişkiye sahip devletin hukukunun tespitinde etkili olacak mahiyettedir. Örneğin, Restatement II §292’nin yorumunda, taraflarla ve temsil yetkisi ile en sıkı ilişkiye sahip devletin, temsil olunanla hiçbir makûl bağlantısı bulunmaması durumunda, temsilcinin onun ad ve hesabına yaptığı işlemlerden dolayı üçüncü kişiye karşı sorumlu tutulmaması gerektiği ifade edilmektedir²⁴⁰. Bu husus, özellikle temsilcinin, temsil olunan ad ve hesabına birden fazla ülkede, üçüncü kişilerle muamelede bulunduğu ve kendisini sorumluluk altına sokan bu ülke hukuklarından herhangi biri ile makûl bir ilişkisinin bulunmadığı hâllerde önem arz etmektedir²⁴¹. Örneğin, yalnızca New York’da temsil olunan ad ve hesabına sözleşme yapmak üzere yetkilendirilen bir acentenin, Çin’de sözleşme akdetmesi durumunda, temsil olunanın, Çin hukukuna göre sorumluluk altına sokulması mümkün değildir. Böyle bir istisnanın özünde, temsil olunanın

²³⁷ Yapılan değerlendirmede, temsil ilişkisinin taraflarının beklentilerinin karşılanmasının da önemli bir kriter olarak dikkate alınması gerektiği açıklanmaktadır: Restatement II §293 şerh (b).

²³⁸ Temsilcinin üçüncü kişiyle temasa geçerek görüşme gerçekleştirdiği yer ile sözleşme akdettikleri ülkenin genellikle aynı yer olması, bu istisnaî bağlama kuralında böyle bir hükme yer vermenin gerekçesi kabul edilmektedir: Restatement II §293 şerh (c).

²³⁹ Hay/Müller-Freienfels, s. 22

²⁴⁰ Restatement II §292 şerh (d).

²⁴¹ Restatement II §292 şerh (e).

korunması düşüncesi yatmaktadır²⁴². Bu nedenle uyuşmazlığa bakan hâkim, somut olayın şartlarını dikkate almak suretiyle, temsil olunanla makûl bağlantıya sahip devlet hukukunu uygulamalıdır²⁴³. Aynı şekilde, taraflarla ve temsil yetkisi ile en sıkı ilişkili hukuku tayin eden karinelere biri olarak, Restatement II §292/2’de, temsilcinin üçüncü kişi ile görüşme yaptığı yer hukuku da öngörülmüştür²⁴⁴. Restatement II §292/2’de getirilen istisnaya göre, temsil olunanın, bir ülkede kendi hesabına işlem yapması için temsilciyi yetkilendirmiş veya üçüncü kişide makûl surette temsilcinin böyle bir yetkiye sahip olduğu inancı ortaya çıkarmış olması şartıyla, temsilcinin üçüncü kişi ile görüşmede bulunduğu devletin hukuku uygulanabilir. Ancak esas sözleşmeye yönelik görüşmelerin yapıldığı bu yerin, istisnaî bir bağlama kuralı olarak uygulanabilmesi için, temsil olunanın bu hukuk altında sorumlu tutulabilmesi gerekmektedir²⁴⁵.

AB hukukunda ise, temsil statüsünü tayin eden bir sözleşme, tüzük ya da direktif şeklinde ortak bir hukukî metin bulunmamaktadır²⁴⁶. Bu çerçevede, milletlerarası unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tayin eden Roma I Tüzüğü, temsil statüsü hakkında bir hüküm içermemektedir. Ancak temsil statüsü, Roma I Tüzüğü’nün 2005 tarihli tasarısında yer almaktaydı²⁴⁷. Roma I Tüzüğü tasarısında, temsil yetkisine uygulanacak hukukun tespitinde, hukuk seçiminin yokluğu hâlinde, objektif bağlama kurallarına yer verilmekteydi. Buna göre, temsil statüsünün tayininde, temsilcinin, temsil yetkisini kullandığı andaki mutad mesken hukuku dikkate alınmaktaydı (md. 7/2). Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, temsil dış ilişkisinden doğan konular, Roma I Tüzüğü’nün uygulama alanı dışında bırakılmıştır (md. 1/2(g))²⁴⁸. Bu nedenle, acente dış ilişkisi kapsamında

²⁴² **Kostromov**, s. 72.

²⁴³ Örnek bir Amerikan mahkeme kararı için bkz. *Scheer v. Rockne Motors Corporation*, 68 F.2d 942 (2d Cir. 1934). Karar hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Kostromov**, s. 72.

²⁴⁴ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 22; **Scoles/Hay**, s. 711.

²⁴⁵ **Verhagen**, Agency, s. 103. Bu nedenle, ancak söz konusu şartların birlikte gerçekleşmesi hâlinde, temsil olunan, temsilcinin üçüncü kişi ile giriştiği muameleden sorumlu olabilecektir: Restatement II §292 şerh (e).

²⁴⁶ **Stone**, Private, s. 330.

²⁴⁷ 15.12.2005 tarihli ve COM (2005) 650 sayılı Roma I Tüzüğü Tasarısı.

²⁴⁸ **Boele-Woelki/Lazic**, s. 21; **Fawcett/Carruthers**, s. 685. Temsil konularının Roma I Tüzüğü’nün kapsamı dışında bırakılmasında, konunun, hukukî nitelik olarak sözleşme kapsamında görülmemesi düşüncesi etkili olmuştur: **Stone**, Private, s. 330. Aynı şekilde, Roma Konvansiyonu md. 1/2(f) gereğince de, temsilcinin temsil olunanı temsil olunan ad ve hesabına giriştiği işlemler neticesinde temsil olunanı sorumluluk altına sokup sokamayacağı konusu, Konvansiyonun kapsamı dışında

ortaya çıkan temsil yetkisine uygulanacak hukuk, üye devletlerin kanunlar ihtilâfi kurallarının öngördüğü düzenlemelere, içtihatlarla ve doktrindeki görüşlere göre tayin edilmektedir²⁴⁹. Ancak Hollanda, Fransa ve Portekiz, AB'ye üye ülkeler olarak, La Haye Temsil Konvansiyonu'na da taraftırlar. Bu hâlde, temsil statüsünün tayininde, Fransız²⁵⁰, Hollanda²⁵¹ ve Portekiz hukukları, La Haye Temsil Konvansiyonu hükümlerini esas alacaktır²⁵². Fransa, Portekiz ve Hollanda dışında kalan diğer AB üyesi ülkeler ise, acente dış ilişkisine uygulanacak hukuku, kendi millî kanunlar ihtilâfi kurallarına göre tayin edeceklerdir²⁵³.

İngiliz hukukunda, mahkeme kararları incelendiğinde, acentenin yetkisinin varlığı ve kapsamı ile yetkinin kullanılmasının hukukî sonuçlarına uygulanacak hukuk konusunda hâlâ çok ciddi bir belirsizliğin bulunduğu ifade edilmektedir²⁵⁴. Bu belirsizliğe rağmen, içtihatlarda, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukuku, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk ve acente sözleşmesine uygulanacak hukuk şeklinde üç farklı bağlama kuralının tercih edildiği görülmektedir²⁵⁵.

birakılmıştır: **Stone**, Private, s. 299; **Kaye**, s. 129; **Koppenol-Laforce**, s. 158; **O'Brien**, s. 323; **Williams**, s. 10; **Dicey/Morris**, s. 1474.

²⁴⁹ **Kaye**, s. 129; **Stone**, Private, s. 329.

²⁵⁰ La Haye Temsil Konvansiyonu'nun yürürlüğe girmesine dek, Fransız hukukunda temsil statüsü hakkında kanunî bir düzenleme yoktu. Acente dış ilişkisine uygulanacak hukuk, doktrindeki görüşler ve içtihatlarla göre tayin edilmekteydi. Fransız Medenî Kanununda, temsil ve vekâlet arasında açık bir ayırım yapılmaması nedeniyle, temsil yetkisine uygulanacak hukuk, vekâlet sözleşmesine uygulanacak hukukla aynı idi. Bu nedenle, bu yüzyılın son çeyreğine kadar, acente dış ilişkisine uygulanacak hukuk, iç ilişkiye uygulanacak hukukla aynı kabul edilmekte idi. Bununla birlikte, özellikle milletlerarası işlemlerde bu bağlama kuralının benimsenmesinin makûl sonuçlar doğurmadığı görüldü. Bu nedenle, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk olan ifa yeri hukukunun, acente dış ilişkisine de uygulanması görüşü ortaya çıkmıştı. Ancak istisnaî olarak eğer, esas sözleşme, acentenin ifayı yaptığı ülkeden başka bir ülkede akdedilmişse, bu hâlde, sözleşmenin yapıldığı veya ödemenin yapıldığı ülke, esas sözleşmeye uygulanacak hukuku tayin eden bağlama noktaları olarak tercih edilmişti. Fransız hukuku hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Hay/Müller-Freienfels**, s. 26 vd.; **Kostromov**, s. 67.

²⁵¹ Hollanda hukukunda, La Haye Temsil Konvansiyonu'ndan önce temsil statüsü konusunda kanunî bir düzenleme bulunmamaktaydı. Aynı şekilde, Hollanda Yüksek Mahkemesi Dutch Hoge Raad'ın konuyla doğrudan ilişkili bir içtihadı yoktu. Hollanda ilk derece mahkemelerinin konuya ilişkin kararlarında ise, acente dış ilişkisine uygulanacak hukuk konusunda yeknesaklık arz eden bir bağlama kuralı öngörülmemişti. Esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, temsil yetkisinin kullanıldığı yer (muamele yeri) hukuku, temel sözleşmenin akdedildiği yer hukuku, temsil olunanın işyeri hukuku, temsilcinin işyeri hukuku gibi değişik bağlama kurallarının esas alındığı görülmekte idi. Ancak La Haye Temsil Konvansiyonu'nun Hollanda hukuku bakımından yürürlüğe gireceği son yıllardaki içtihatlarla ve doktrinde, özellikle temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun ön plâna çıktığı ifade edilmektedir. Hollanda hukukundaki konuya ilişkin tespitler ve örnek mahkeme kararları için bkz. **Verhagen**, Agency, s. 83 vd.

²⁵² **Chorus/Gerver/Hondius/Koekkoek**, s. 266; **Koppenol-Laforce**, s. 158; **Houtte**, s. 179.

²⁵³ **Houtte**, s. 179; **Stone**, Private, s. 329.

²⁵⁴ İngiliz hukukundaki tespitler hakkında bkz. **Kostromov**, s. 67.

²⁵⁵ **Verhagen**, Agency, s. 99-100.

Alman hukukunda, kanunlar ihtilâfı alanında düzenlemeler getiren Alman Medenî Kanununa Giriş Kanunu, temsil statüsü hakkında bir düzenlemeye yer vermemiştir²⁵⁶. Bu bakımdan, temsil yetkisine uygulanacak hukukun tespiti, içtihatlarla ve doktrinel görüşlere göre yapılmaktadır²⁵⁷. Alman mahkemeleri, temsil statüsünün tayini bakımından birçok bağlama kuralını dikkate almıştır. Bu çerçevede, tarihî süreç içinde, temsil yetkisinin verildiği yer hukuku, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukuku, temsilcinin işyeri hukuku ve temsil yetkisinin etki alanı hukuku, farklı gerekçelerle benimsenmiştir. Ancak bugün için, Alman mahkeme içtihatlarında, temsil statüsünün, temsilcinin işyeri hukuku dikkate alınarak tespit edildiği görülmektedir²⁵⁸. Böyle bir eğilimde, özellikle temsilcinin genellikle meslekî veya ticarî faaliyet kapsamında faaliyette bulunması etkili olmuştur²⁵⁹. Temsilcinin işyeri dışında bir yerde temsil yetkisini kullanması hâlinde ise, temsil yetkisinin temsil olunan tarafından kullanılmasını istediği yer hukukunun esas alınması öngörülmektedir. Ancak bu hâlde bile, eğer üçüncü kişi, temsilcinin işyeri dışında yetkisini kullandığını biliyor ya da bilebilecek durumda ise, yine acentenin işyeri hukukunun tercih edilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁶⁰.

Avusturya hukukunda ise, temsil statüsü konusunda MÖHUK md. 49/1'e uygun olarak yapılmış bir hukuk seçiminin olmaması durumunda, MÖHUK md. 49/2'de öngörülen objektif bağlama kuralı esas alınacaktır. Buna göre, temsilcinin temsil yetkisini kullanacağı yerin, muamelede bulunduğu üçüncü kişi tarafından bilinmesi durumunda, temsil olunanın, temsil yetkisinin kullanılmasını istediği yer hukuku uygulama bulacaktır. Aksi hâlde uygulanacak hukuk, temsilcinin temsil yetkisini fiilen kullandığı yer hukuku olacaktır²⁶¹.

Avusturya hukukuna paralel olarak, İspanyol hukukunda da, geçerli bir hukuk seçimi bulunmadığı takdirde, temsil statüsünün belirlenmesinde, temsil yetkisinin

²⁵⁶ Alman hukuku gibi bazı hukuk düzenlerinde, temsil statüsünün belirlenmesi noktasında tam bir görüş birliği bulunmadığı için, konuya ilişkin kanunî bir düzenleme getirilmekten kaçınılmıştır: **Nomer**, s. 303.

²⁵⁷ Temsil statüsü hakkındaki ilk çalışmalardan biri de Alman hukukçu Rabel'e aittir. Rabel'in konuya ilişkin getirdiği öneriler, birçok hukuk düzeninde temsil statüsünün belirlenmesinde esas alınmıştır. Konu hakkında bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 73.

²⁵⁸ **Kostromov**, s. 62.

²⁵⁹ **Kostromov**, s. 63 vd.; **Verhagen**, Agency, s. 101.

²⁶⁰ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 32.

²⁶¹ Avusturya hukukundaki kanunlar ihtilâfı kuralları hakkında ayrıca bkz. **Verhagen**, Agency, s. 102.

kullanıldığı ülke hukukunun esas alınması benimsenmiştir. Böylece, İspanyol hukuku bakımından, temsil yetkisi ile en sıkı bağlantılı hukukun, temsil yetkisinin etki alanı hukuku olduğu kabul edilmiştir²⁶². Söz konusu sonuç, Yunan hukukunda da öngörülmüştür. Yunan doktrinindeki görüşler ve konuya ilişkin içtihatlar uyarınca, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukukun tespitinde, objektif bağlama kuralı olarak, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukuku tercih edilmektedir²⁶³.

İsviçre hukukunda, temsil statüsü, MÖHK md. 126/2’de düzenlenmiştir. İsviçre MÖHK md. 126/2, irade muhtariyetine yer vermediği için, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuk, objektif kriterlerden hareketle tespit edilmektedir. Buna göre, kural olarak temsilcinin işyerinin bulunduğu ülke hukuku, temsil statüsünü tayin etmektedir²⁶⁴. Temsilcinin işyeri hukukunun, temsil dış ilişkisi bakımından, en sıkı ilişkiyi sağlayacağı karinesinden hareket eden İsviçre MÖHK md. 126/2’de, iki bağlama kuralına daha yer verilmiştir. Bu bağlama kurallarının ilki, temsilcinin işyerinin olmaması durumunda dikkate alınacaktır. Bununla birlikte, acentenin meslekî veya ticarî olarak faaliyette bulunduğu düşünüldüğünde, kural olarak acentelerin faaliyetlerini yürüttükleri bir işyeri bulunur. Ancak İsviçre MÖHK md. 126, genel olarak temsil yetkisini düzenlediğinden, işyeri bulunmayan temsilciler bakımından temsilcinin esasen muamelede bulunduğu ülke hukukunun uygulanması da pek tâbi mümkündür. Temsilcinin işyeri hukuku dışında bir bağlama kuralının uygulanmasını sağlayan diğer durum, üçüncü kişinin temsilcinin işyerini bilmemesidir. Acenteler bakımından da geçerli olacak bu istisna gereğince, özellikle kendi işyerinin bulunduğu ülke dışında faaliyette bulunan acentelerin, üçüncü kişilerle temsil olunan ad ve hesabına esas sözleşme akdetmesi hâlinde, acentenin işyeri hukuku yerine temsil yetkisini kullandığı ülke hukuku dikkate alınacaktır²⁶⁵.

La Haye Temsil Konvansiyonunda ise, temsil statüsünün tayininde birden çok bağlama kuralına yer verilmiştir (md. 11)²⁶⁶. Bu çerçevede, temsil yetkisine

²⁶² **Verhagen**, Agency, s. 103.

²⁶³ Yunan hukukunda, kanunlar ihtilâfına ilişkin düzenlemelere yer veren Yunan Medenî Kanunu’nda temsil statüsü hakkında bir bağlama kuralı bulunmamaktadır: **Kerameus/Kozyris**: Introduction to Greek Law, Boston 1993, s. 301.

²⁶⁴ **Samuel**, s. 686; **Verhagen**, Agency, s. 102. Konu hakkında ayrıca bkz. **Turhan**, s. 141; **Aybay/Dardağan**, s. 271 vd.

²⁶⁵ **Samuel**, s. 686; **Verhagen**, Agency, s. 102.

²⁶⁶ **Preifer**, s. 435.

uygulanacak hukuk bakımından, temsilcinin işyeri hukuku, genel kural olarak öngörülmüştür²⁶⁷. Ancak Konvansiyon, bazı ek kriterlerin varlığı hâlinde, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun, istisnaî kural olarak uygulanabileceğini öngörmektedir. Böyle bir tercihte, temsil yetkisi ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını sağlama amacı rol oynamaktadır²⁶⁸.

Temsil yetkisi ile en sıkı ilişkiyi sağlayan bağlama noktasının tercihinde, bazı ek kriterler de esas alınmaktadır. Bununla birlikte, önerilen bu bağlama noktalarının hepsinin kendine özgü avantaj ve dezavantajlarının bulunduğu da ayrıca vurgulanmalıdır. Bu nedenle, tercihler yapılırken, objektif olarak ve kolaylıkla tespiti yapılabilen bağlama noktasının tercih edilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁶⁹. Özellikle acente ilişkisinin iç ve dış hukukî yapısı, bu tercihte hassasiyetle dikkate alınması gereken bir husustur²⁷⁰.

Uygulanacak hukukun acente ilişkisinin tarafları olan temsil olunan, acente ve üçüncü kişi için öngörülebilir olması, bağlama noktasının tercihinde dikkate alınması gereken bir başka gerekçe olarak kabul edilmektedir²⁷¹.

Acente ilişkisinin taraflarının tümünün menfaatlerine uygun olan ve bu konuda denge sağlayan bir bağlama noktasının uygulanacak hukuku tayin etmesi, esas alınacak tercih nedenlerinden bir başkasıdır²⁷². Gerçekten de aşağıda inceleneceği üzere, acente dış ilişkisinde temsil yetkisine uygulanmak üzere önerilen bağlama noktalarından bazılarının üçüncü kişinin menfaatinin korunmasını önemseydiği, bazılarının ise temsil olunanın menfaatlerine hizmet ettiği

²⁶⁷ La Haye Temsil Konvansiyonu'nda öngörülen işyeri hukukunun, bağımlı temsilciler bakımından uygulanması makûl değildir. Zira hizmet sözleşmesi gibi, temel sözleşme altında temsilcilik yapanların kendilerine ait bağımsız bir işyerinin olmaması kuraldır. Konvansiyon bu durumu dikkate alarak, temsilcinin işyeri hukukunun uygulanmasına bir istisna getirmiştir: **Preifer**, s. 436; **Kostromov**, s. 121; **Verhagen**, Agency, s. 290. Konvansiyon md. 12'ye göre, temsil olunana bir hizmet sözleşmesi altında bağlı olan temsilciler, kendi kişisel işyerleri olmadığından, temsil olunanın işyerinde işlem yapmış sayılacaktır. Doktrinde, bu hükmün, üçüncü kişinin bir hizmet ilişkisinin varlığından haberdar olduğu, temsil olunan ad ve hesabına hareket eden bu temsilcilerin temsil olunanın işyerini bildiği ve burada temsil yetkisinin kullanıldığına ilişkin bir karineye dayandığı ifade edilmektedir: **Kostromov**, s. 121. Aynı şekilde, bu hükümlerle, üçüncü kişilerin korunması amacıyla kesinlik ve öngörülebilirliği sağlamak adına temsil olunanın işyerinin, bağımlı temsilcinin işyeri olarak kabul edilmesi sonucuna varılmaktadır: **Hay/Müller-Freienfels**, s. 45-46.

²⁶⁸ **Scoles/Hay**, s. 717; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 45.

²⁶⁹ **Moll**, s. 45.

²⁷⁰ **Schmitthoff**, s. 175-176.

²⁷¹ **Verhagen**, Agency, s. 277; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 17.

²⁷² **Moll**, s. 45; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 16-17.

görülmektedir²⁷³. Örneğin, temsil olunanın işyeri, yerleşim yeri ya da acente sözleşmesine uygulanacak hukukun tercih edilmesi, genel olarak temsil olunanın çıkarlarına hizmet eden, ancak üçüncü kişinin menfaatlerini dikkate almayan bir bağlama noktası önerisidir. Bu nedenle, temsil yetkisine uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kurallarının, taraflar arasındaki menfaatler dengesini sağlaması gerekmektedir. Ancak acente ilişkisine en son dâhil olan üçüncü kişinin menfaatinin özellikle dikkate alınması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir. Zira karşılaştırmalı hukukta, temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki menfaatler çatışmasında, üçüncü kişi lehine koruma sağlanması gerektiği yönünde artan bir eğilim vardır. Bu çerçevede, ticarî zorunlulukların ortaya çıkardığı ve iyi niyetli tarafın korunmasına yönelik genel çaba, acente ilişkisinde üçüncü kişilerin daha çok korunmasını gerektirmektedir²⁷⁴. Bu bakımdan, uygulanacak hukuk konusunda üçüncü kişileri ayrıntılı bir araştırmaya tâbi tutacak bir bağlama noktası yerine, onun bildiği veya öngörebileceği bir bağlama noktasının tercih edilmesinin, üçüncü kişinin menfaatinin korunmasına hizmet edeceği doktrinde isabetli olarak savunulmaktadır²⁷⁵.

II. OBJEKTİF BAĞLAMA NOKTASI ÖNERİLERİ

1. Temsil Olunanın İşyeri

a. Genel Açıklamalar

Temsil statüsü bakımından, meslekî ya da ticarî faaliyet kapsamında temsil yetkisi kullanılıyorsa, temsil olunanın işyeri hukuku tercih edilmektedir. Buna göre, acente ve ona temsil yetkisi veren temsil olunanın, kural olarak meslekî veya ticarî faaliyet kapsamında hareket ettiği düşünüldüğünde, acente dış ilişkisinde temsil yetkisine uygulanacak hukuk, temsil olunanın işyeri hukukudur.

Temsil statüsünü tespitte, temsil olunanın işyeri hukuku, önerilen en eski çözüm yolu olarak kabul edilmektedir²⁷⁶. Bugün için Alman doktrinde hâlâ temsil olunanın işyeri veya yerleşim yeri hukukunun uygulanması önerisini destekleyenler

²⁷³ Hay/Müller-Freienfels, s. 16.

²⁷⁴ Hay/Müller-Freienfels, s. 16.

²⁷⁵ Verhagen, Agency, s. 121.

²⁷⁶ Temsil olunanın yerleşim yeri ve işyeri, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuku gösteren bağlama noktası olarak ilk kez 19. yüzyılda Alman hukukunda içtihatlarla kabul edilmiş ve doktrinde önerilmiştir. Tespit için bkz. Verhagen, Agency, s. 71; Badr, s. 96.

vardır²⁷⁷. Bununla birlikte, temsil olunanın işyeri hukukunun, uygulanacak hukuku tayin eden genel bağlama kuralı olarak benimsenmesi, çoğu hukuk düzeninde reddedilmiştir²⁷⁸.

Genel olarak temsil statüsünün tespitinde, temsil olunanın işyeri hukuku, istisnaî olarak dikkate alınmaktadır. Nitekim temsilci ve temsil olunan arasında hizmet ilişkisinin bulunması ya da temsilcinin bağımsız bir işyerinin bulunmaması hâlinde, temsil olunanın işyerinin dikkate alınması, birçok hukuk düzeninde kabul edilmiştir. Örneğin, Türk hukukunda MÖHUK md. 30/3'e göre, temsilci ile temsil olunan arasında hizmet ilişkisi varsa veya temsilcinin bağımsız bir işyeri yoksa temsil yetkisi, temsil olunanın işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir²⁷⁹. Söz konusu bağlama kuralı, özellikle temsil olunana bağlı olarak çalışan ticarî mümessil veya ticarî vekil gibi bağımlı tacir yardımcıları ve diğer bağımlı temsilciler için hüküm ifade etmektedir. Böyle bir istisnaya yer verilmesinde en önemli etken, temsil olunanın işyerinin üçüncü kişiler bakımından bilindik olması ve bu durumun menfaatler dengesine daha uygun düşmesidir²⁸⁰.

b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi

Temsil olunanın işyeri hukukunun önerilmesinin bazı gerekçeleri vardır. Bu gerekçelerden ilki, temsil olunanın işyerinin kesinliğidir. Buna göre, taraflarca, temsil olunanın işyerinin bulunduğu yerin kolaylıkla belirlenebilmesi, taraflara belirlilik ve kesinlik sağlayacaktır²⁸¹. Doktrinde, özellikle, acentenin yetkisini, temsil

²⁷⁷ Örneğin, Alman hukukçu Kegel, temsil yetkisine uygulanacak hukukun tayininde temsil olunanın hukukunu önermektedir. Kegel'e göre, kural olarak temsil olunanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku, temsil statüsüne de uygulanır. Bununla birlikte, eğer temsilci, ticarî faaliyet kapsamında temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişiler ile sözleşme akdediyorsa, temsil olunanın işletmesini idare ettiği yer, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuku belirlemede dikkate alınmalıdır. Konu hakkında bkz. **Verhagen**, Agency, s. 72. Aynı paralelde, Alman hukukunda Luther, konuya ilişkin olarak, temsil olunanın yerleşim yeri ve muamele yeri hukuku (*LRA*) kuralını birlikte önermektedir. Luther'e göre, kural olarak muamele yeri hukukunun dikkate alınması gerekmele birlikte, temsil dış ilişkisi kapsamında ortaya çıkan ihtilâflar bakımından temsil olunanın hukukunun da esas alınması daha makûl bir tercihtir: **Luther**, G.: Zur internationalen Vereinheitlichung des Vollmachtsstatuts, in: Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione, V. II, Milan 1979, s. 706-707 (Verhagen, Agency, s. 72'den naklen).

²⁷⁸ Örneğin Japon hukukunda temsil olunanın hukuku, hiçbir zaman uygulanacak hukuk bakımından taraftar toplamamıştır: **Nishi**, s. 79.

²⁷⁹ Konu hakkında bkz. **Nomer**, s. 304.

²⁸⁰ Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 136.

²⁸¹ **Verhagen**, Agency, s. 111.

olunanın işyerinin bulunduğu yerde kullandığı hâllerde, temsil olunanın işyerinin üçüncü kişi tarafından kolaylıkla belirlenebilecek olması, temsil olunanın işyeri hukukunun tercih edilmesinde önemli bir etken olarak kabul edilmektedir²⁸².

İkinci olarak, temsil olunanın işyeri hukuku, temsil olunanın menfaatlerini daha çok korur. Buna göre, temsil olunan tarafından en iyi bilinen hukuk, kural olarak kendi hukukudur²⁸³. Bir kimsenin yaşadığı ya da ticarî olarak faaliyette bulunduğu yerdeki hukuku, diğer yabancı hukuklara nazaran daha iyi bilebileceği varsayımından hareketle, bu bağlama noktasının temsil olunanın menfaatine daha çok hizmet ettiği savunulabilir. Dolayısıyla, temsil olunanın menfaatlerine uygun bir hukukun tercihinde, temsil olunan için öngörülebilir olmayan bir hukukun uygulanabilirliğine karşı korunması düşüncesi yatmaktadır²⁸⁴.

Öneri gerekçelerinden üçüncüsü, birden çok ülkede temsilcisi bulunan ve bunlar aracılığıyla sözleşme akdeden temsil olunan bakımından, tek bir hukukun uygulanmasını sağlama düşüncesidir²⁸⁵. Temsil olunanın farklı ülkelerde bulunan birden çok acenteye acente sözleşmesi yaparak milletlerarası ticarî faaliyette bulunması sıklıkla görülen bir olgu olduğundan, temsil olunanın işyerinin tercih edilmesi, kendisi bakımından uygulanacak hukuk konusunda yeknesaklığın sağlanmasını sağlayacaktır.

Temsil olunanın işyeri hukukunun, hile yoluyla hızlı ve kolaylıkla değiştirilmeye müsait olmaması, ileri sürülen dördüncü öneri gerekçesidir²⁸⁶. Gerçekten de, meskekî veya ticarî faaliyet kapsamında acente ilişkisine taraf olan temsil olunanın işyeri, kural olarak sabit olup, geçici nitelik arz etmez. Bu bakımdan, hile yoluyla hızlı ve kolaylıkla değiştirilmesi imkânı oldukça güçtür²⁸⁷.

Temsil olunanın işyeri, temsil statüsünü belirleyen bağlama noktası olarak önerilme gerekçelerine karşın, farklı yönlerden eleştiri de almaktadır. Doktrinde temsil olunanın işyeri hukukuna yönelik getirilen ilk eleştiri, söz konusu bağlama

²⁸² **Kostromov**, s. 65.

²⁸³ **Badr**, s. 96.

²⁸⁴ **Verhagen**, Agency, s. 72.

²⁸⁵ **Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu**, s. 131.

²⁸⁶ **Moll**, s. 46.

²⁸⁷ **Moll**, s. 46.

kuralının, yalnızca temsil olunanın menfaatini esas alması, bir diğer deyişle, acente ilişkisinin diğer taraflarının menfaatlerini dikkate almamasıdır²⁸⁸. Örneğin, acente ilişkisinin tarafı olarak üçüncü kişinin, temsil olunanın işyeri hukukunu tespit etmesi ve bilmesi zordur. Aynı zamanda, üçüncü kişiden temsil olunanın işyeri hukukunu bilme zorunluluğu da beklenemeyecektir²⁸⁹. Aynı şekilde, temsil olunanın işyeri hukukunun, Anglo Sakson hukukunda kabul edilen “*undisclosed principal doctrine*” kapsamında kalan temsil işlemleri bakımından üçüncü kişinin menfaatlerine aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmektedir. Zira bu hâlde, acentenin, temsil olunan ad ve hesabına hareket ettiğini işlem yaptığı üçüncü kişiye bildirme zorunluluğu olmadığı için, temsil olunanın işyerinin acente dış ilişkisine uygulanacak hukuk olarak dikkate alınması, acente ile muamelede bulunan üçüncü kişi bakımından öngörülemez sonuçlar yaratabilecektir²⁹⁰.

Temsil olunanın işyeri hukukuna getirilen eleştirilerden bir diğeri de, acente ilişkisinin bir ehliyet sorunu olarak görülmesi nedeniyle tercih ediliyor olmasıdır. Buna göre, temsil olunanın işyeri hukukunun tercihinde, temsil olunanın acente aracılığıyla işlem yaptırmasından dolayı, acente ilişkisinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların ehliyet konusu kapsamında görülmesi etkili olmaktadır. Ancak doktrinde de haklı olarak vurgulandığı üzere, temsil konusu, ehliyetle ilgili olmayıp, hukukî işlemlerin kurulmasına ilişkin ayrı bir bağlama konusudur²⁹¹.

Acente ilişkisinde temsil olunanın işyerinin belli bir ülkeyi işaret etmesine rağmen, temsil yetkisi ile ilgili pek çok bağlantı, başka bir ülkeyle daha sıkı ilişkili olabilecektir. Böyle bir durumda, temsil olunanın işyeri hukukunun istisnaya yer vermeden kabul edilmesi, eleştiri almaktadır. Özellikle temsil olunanın işyeri hukukunun, temsil olunanın menfaatlerine hizmet etmeye en uygun hukuk olarak kabul edilmesine karşın, başka bağlantıların işaret ettiği hukukun, temsil olunanın lehine düzenlemeler getirmesinin de her zaman için mümkün olduğu çekincesi konmaktadır²⁹². Bu çerçevede, temsil olunanın işyeri hukukunun esas alınması

²⁸⁸ **Badr**, s. 96; **Verhagen**, Agency, s. 109.

²⁸⁹ **Tekinalp**, Temsil, s. 32.

²⁹⁰ **Moll**, s. 47.

²⁹¹ Doktrinde Balladore-Pallieri tarafından savunulan ve temsil konusunun şekille ilgili olduğu hakkındaki görüş için ayrıca bkz. **Badr**, s. 96.

²⁹² **Badr**, s. 96.

gerektiğini savunan bir görüş, belli bir ülkede sabit olarak faaliyette bulunan temsilcilerin mevcut olduğu uyuşmazlıklarda dikkate alınmaması gerektiği düşüncesindedir. Dolayısıyla, acente gibi kural olarak sabit bir işyerinden faaliyette bulunan bir temsilcinin olduğu durumda, bu işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanmalı, işyerinin bulunmaması ihtimalinde ise temsil olunanın hukuku dikkate alınmalıdır²⁹³.

2. İç İlişkiye Uygulanacak Hukuk

a. Genel Açıklamalar

İç ilişkiye uygulanacak hukuk, acente ilişkisinde temel sözleşme olarak akdedilen acente sözleşmesi statüsünü ifade etmektedir. Acente sözleşmesine uygulanacak hukukun acentenin temsil yetkisine de uygulanmasına dair öneri, acente ilişkisi kapsamında ortaya çıkan hukukî ilişkilerin tümünü bir temsil ilişkisi olarak esas almaktadır. Bir başka deyişle, temsil olunan ve acente arasındaki acente sözleşmesi ile bu iç ilişkide üçüncü kişi ile hukukî ilişkiye girmeye imkân tanıyan temsil yetkisi bir ve aynı kabul edilmektedir²⁹⁴.

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun, acentenin temsil yetkisine uygulanacak hukuku da tayin etmesi düşüncesi, 19. yüzyılda taraftar toplamış bir bağlama kuralıdır²⁹⁵. Buna rağmen, bu bağlama kuralını öneren görüşler dahi, aşağıda ayrıntıları ile anlatılacak olan muamele yeri bağlama noktasının, acente ilişkisinde üçüncü kişilerin menfaatlerini korumaya daha elverişli olduğu çekincesini koymuşlardır²⁹⁶.

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun temsil statüsü bakımından da uygulanması önerisi, daha çok temsil yetkisinin temel sözleşmeden soyut olmadığını kabul eden hukuk düzenlerinde benimsenmiştir. Dolayısıyla, bu bağlama kuralı, özellikle temsil yetkisinin temel bir sözleşmeye dayanma zorunluluğu bulunan

²⁹³ Alman hukukçu von Bar'a göre, temsil olunanın işyeri veya yerleşim yerine sahip olduğu ülke hukukunun temsil statüsünü belirlemesi, bir istisna kural olarak kabul edilmelidir: **von Bar**, L.: Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Vol. 2, Hannover 1889, s. 70 (**Verhagen**, Agency, s. 71, dn. 22'den naklen).

²⁹⁴ **Schmitthoff**, s. 176; **Verhagen**, Agency, s. 68.

²⁹⁵ Bu öneri, özellikle Fransız ve İtalyan doktrininde Laurent, Weiss, Despagnet, Surville, Tartufari, Fedozzi, Monaco ve Venturini tarafından savunulmaktaydı: **Verhagen**, Agency, s. 68.

²⁹⁶ Konu hakkındaki tartışmalar hakkında bkz. **Verhagen**, Agency, s. 69-71.

Fransız hukukunda savunulmuştu²⁹⁷. Ancak La Haye Temsil Konvansiyonu'nun Fransa bakımından yürürlüğe girmesiyle, bugün için bu bağlama noktası Fransız hukukunda da ağırlığını yitirmiştir²⁹⁸.

İç ilişkiye uygulanacak hukukun, temsil statüsünü belirlemesi önerisi, İngiliz hukukunda, nadiren de olsa birkaç mahkeme kararında kabul edilmiştir²⁹⁹. Ayrıca, İngiliz doktrini, özellikle, gerçek temsil yetkisi bakımından geçerli olmak üzere istisnaî de olsa bu bağlama kuralının uygulanması gerektiğini savunmaktadır³⁰⁰. Bu ayırım neticesinde, gerçek temsil yetkisi ile ilgili uyuşmazlıklarda, temsil yetkisinin varlığının, temsil olunan ve temsilci arasındaki sözleşmenin açıklanmasına dayanmasından dolayı, acente sözleşmesine uygulanacak hukukun esas alınması gerektiği vurgulanmaktadır³⁰¹.

Geçmişte savunulan, bugün ise azınlıkta kalan birkaç görüşten ibaret olan bu önerinin, acente dış ilişkisi bağlamında temsil yetkisine uygulanacak hukukun tespitinde tercih edildiği söylenemez.

b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi

Acentenin temsil yetkisine uygulanacak hukukun, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukla aynı olmasını savunan bu öneri, acentenin karakteristik edim borçlusu niteliğinden hareketle böyle bir sonuca varmaktadır. Ancak doktrinde, acente sözleşmesine uygulanacak hukukun dikkate alınması önerisinin, temsil ilişkisinin hukukî yapısıyla bağdaşmadığı eleştirisi getirilmektedir³⁰². Zira bu öneri, acente ilişkisinin iç ve dış görünüşünü birbirinden ayırmadan bir tercihte

²⁹⁷ Hay/Müller-Freienfels, s. 26; Kostromov, s. 67.

²⁹⁸ Kostromov, s. 66.

²⁹⁹ Örnek mahkeme kararları için bkz. *Russian Insurance Co. V. London and Lancashire Insurance Co. Ltd. (1928)*, 1 Ch 922 kararı, *Employers' Liability Assurance Corp. Ltd. v. Sedgwick Collins & Co. Ltd (1927)*, AC 95 kararı: **Verhagen**, Agency, s. 97.

³⁰⁰ **Dicey/Morris**, s. 1475. Dicey/Morris, görüşünde temsil yetkisine uygulanacak hukuk konusunda ise, esas sözleşme statüsünün dikkate alınması gerektiğini önermektedir: **Dicey/Morris**, s. 1475.

³⁰¹ Örnek bir İngiliz mahkeme içtihadı hakkında bkz. *Maspons y Hermano v. Mildred Goyeneche & Co. (1882)* 9 QBD 530 kararı, *Britannia Steamship Insurance Association Ltd. v. Ausonia Assicurazioni S.p.A (1984)*, 2 Lloyd's LR 98 CA kararı: **Verhagen**, Agency, s. 95; **Moll**, s. 56-57; **Kostromov**, s. 70; *Ruby Steamship Corp. Ltd. v. Commercial Union Assurance Co. (1933)* 150 L.T. 38 (C.A.) kararı: **Kostromov**, s. 70. Başka kararlar için ayrıca bkz. **O'Brien**, s. 323; **Stone**, Private, s. 330 vd.

³⁰² **Schmitthoff**, s. 176.

bulunmaktadır³⁰³. Bu bakımdan, yalnızca temsil yetkisinin temel sözleşmeden soyutluğu ilkesinin benimsenmediği ülke hukuklarında savunulabilecek olan bu bağlama kuralının, acente ilişkisinin hukukî yapısını dikkate almaması, çağdaş yaklaşımlarla bağdaşmamaktadır³⁰⁴.

Doktrinde getirilen bir başka eleştiriye göre, her ne kadar acente ilişkisinin iç ve dış ilişkili hukukî yapısının birbirinden ayırt edilmemesi, uygulanacak hukuk konusunda bütünlük sağlama gibi bir avantajı getirse de, bazı olumsuzluklara neden olabilecektir. Buna göre, acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk, acente ve temsil olunan tarafından tayin edilebilecektir. Oysa acente dış ilişkisinde irade muhtariyeti ilkesi kural olarak benimsenmemektedir. Bu sebeple, acente ve temsil olunan tarafından seçilen bir hukuk, bu seçimden haberi olmayan ve acente ilişkisine sonradan dâhil olan üçüncü kişilerin menfaatlerini zedeleyebilecektir. Bu bakımdan, iç ilişkiye uygulanacak hukukun, acentenin temsil yetkisine uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesi önerisi, üçlü menfaatler dengesinde, üçüncü kişinin menfaatlerinin geri plânda kalmasına neden olacaktır. Zira üçüncü kişi, acente ilişkisinin temel sözleşmesi olan acente sözleşmesine yabancı biri olarak, iç ilişkiye uygulanacak hukuka vâkıf olmadığı gibi, bu hukuku bilmek zorunda da değildir³⁰⁵.

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun acentenin temsil yetkisine de uygulanması önerisi, konuyu dar bir bakış açısıyla yorumladığı gerekçesiyle de eleştiri almaktadır³⁰⁶. Temel sözleşmeye uygulanacak hukukun iç ilişki bakımından uygun bir bağlama noktası olması bir yana, acente dış ilişkisi gibi üçüncü kişi ile bağlantılı tüm konuların, iç ilişkiye uygulanacak bağlama kurallarına tâbi tutulması, temsil yetkisinin niteliği ile bağdaşmaz³⁰⁷. Zira acente ilişkisinde üçüncü kişi için, taraf olmadığı bir iç ilişkinin tâbi olduğu hukuka başvurulması anlamsız kabul edilmektedir³⁰⁸. Bu paralelde, üçüncü kişinin de dikkate alınmadığı bir önerinin adaletten yoksun olduğu savunulmaktadır³⁰⁹.

³⁰³ **Verhagen**, Agency, s. 68.

³⁰⁴ **Badr**, s. 96; **Schmitthoff**, s. 176.

³⁰⁵ **Moll**, s. 45-46; **Verhagen**, Agency, s. 69.

³⁰⁶ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 28.

³⁰⁷ **Schmitthoff**, s. 177.

³⁰⁸ **Verhagen**, Agency, s. 108.

³⁰⁹ Üçüncü kişinin kendisini doğrudan ilgilendirmeyen iç ilişki dikkate alınarak temsil statüsünün tayin edilmesinin doğru olmadığı ileri sürülmektedir: **Reese/Flesch**, s. 768.

3. Esas İlişkiye Uygulanacak Hukuk

a. Genel Açıklamalar

Acentenin temsil yetkisine uygulanacak hukukun, esas ilişkiye uygulanacak hukukla aynı olması gerektiğini savunan öneri, acente ve üçüncü kişinin yaptığı hukukî işleme uygulanacak hukuktan hareket etmektedir. Bir diğer deyişle, acentenin temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişiyle yaptığı satım sözleşmesi, kira sözleşmesi, sigorta sözleşmesi ve benzeri sözleşmelere uygulanacak hukukun, temsil statüsüne de uygulanması savunulmaktadır.

Esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, özellikle İngiliz doktrininde, temsil statüsünün belirlenmesinde en uygun hukuku tayin eden bağlama kurallarından biri olarak kabul edilmektedir³¹⁰. İngiliz içtihatları dikkate alındığında, acentenin temsil yetkisini kullandığı yer ile esas sözleşmenin yapıldığı yerin, bir ve aynı kabul edilmesinin, bu bağlama kuralının tercihinde etkili olduğu görülmektedir³¹¹. Ancak İngiliz hukukunda savunulan bu görüş, temsil statüsünün uygulama alanı kapsamında, gerçek temsil yetkisi/görünüşte temsil yetkisi ayrımı yapmıştır. Söz konusu ayrıma göre, esas ilişkiye uygulanacak hukukun, yalnızca görünüşte temsil yetkisinden kaynaklanan temsil dış ilişkisinde dikkate alınması gerekir³¹². Bu

³¹⁰ İngiliz doktrininde Dicey/Morris ile Cheshire/North, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun, üçüncü kişi ve temsil olunan arasında doğabilecek temsil problemlerine de uygulanacağını savunmaktadır: **North/Fawcett**, s. 473; **Dicey/Morris**, s. 1475. Konu hakkında ayrıca bkz. **Hay/Müller-Freienfels**, s. 17.

³¹¹ Bu tespiti ortaya koyan örnek bir karar için bkz. *Sinfra AG v. Sinfra, Ltd.*, [1939] 2 All. E. R. 675, 682 kararı: **Hay/Müller-Freienfels**, s. 18. Bunun dışında, temsil statüsü bakımından, yetkisiz temsilden kaynaklanan bir uyuşmazlığı çözen örnek bir mahkeme kararı için bkz. *Maspous y Hermano v. Mildred Goyeneche & Co.* (1882) 9 QBD 530 kararı: **Moll**, s. 55; **Verhagen**, Agency, s. 98. Esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tercih edildiği başka bir karar için bkz. *Britannia Steamship Insurance Association Ltd. v. Ausonia Assicurazioni S.p.A* (1984) 2 Lloyd's LR 98 CA kararı: **O'Brien**, s. 323; **Verhagen**, Agency, s. 98; **Kostromov**, s. 69.

³¹² **Stone**, Private, s. 300. İngiliz hukukunda, gerçek temsil yetkisine iç ilişkiye uygulanacak hukukun, görünüşte temsil yetkisine ise esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması kabul edilmektedir. Bu ikili ayrım çerçevesinde, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukukun belirlenmesi, birçok mahkeme kararına da yansımıştır. Tespit hakkında bkz. **Kostromov**, s. 69-70. Örnek İngiliz mahkeme kararları için bkz. *Marubeni v Mongolian Government (No. 1)* [2002] 2 All ER (Comm) 873 (*Aikens J*) kararı: **Stone**, Private, s. 300; *Janred Properties Limited v. Ente Nazionale per il Turismo* (1986) 1 FTLR 246, (Ch.) kararı: **Verhagen**, Agency, s. 98; **Kostromov**, s. 69; **Stone**, Private, s. 331. Bununla birlikte doktrinde, aksi yönde bir görüş, görünüşte temsil yetkisi konusuna, temsil olunanın üçüncü kişiler üzerinde yetki verildiğine dair görüş yarattığı işlemi yaptığı yer hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır: **O'Brien**, s. 323. Konuya ilişkin bir başka görüş ise, görünüşte temsil yetkisi konusunda temel sözleşmeye uygulanacak hukukun dikkate alınması yönünde tercihte bulunmaktadır: **Dicey/Morris**, s. 1475.

çerçevede yapılan bir ayırım neticesinde, görünüşte temsil yetkisi bakımından esas sözleşme statüsünün dikkate alınmasının, acente dış ilişkisi çerçevesinde temsil yetkisi ile en sıkı ilişkili hukuku tayin edeceği savunulmaktadır³¹³.

Esas ilişkiye uygulanacak hukukun, temsil statüsünü de tayin etmesi önerisi, İtalyan ve Fransız hukuk doktrininde de bazı yazarlarca savunulmaktadır³¹⁴. Aynı şekilde, esas ilişkiye uygulanacak hukuk, Alman hukukunda da önerilmiştir. Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre, temsil yetkisi, esas sözleşmeye karşı yöneltilmiştir. Temsil olunan, üçüncü kişiyle hukukî ilişkiye, esas ilişkiyi amaçlayan bir bildirim, yani yetkilendirme aracılığıyla girer. Temsil yetkisinin, bu yüzden belirli bir yer ile bağlantısı yoktur. Ancak etki gösterdiği hukuk düzeniyle bağlantısı daha yoğundur. Bu nedenle, acentenin temsil yetkisine uygulanacak en sıkı ilişkili hukuk, esas sözleşmeyi idare eden hukuktur³¹⁵.

Temsil statüsünün esas ilişkiye uygulanacak hukuka göre belirlenmesi önerisi, La Haye Temsil Konvansiyonu'nun hazırlanması sırasında da destek bulmuştur. Komisyonun ilk toplantılarında, azınlıkta kalan bir görüş olarak, temsil dış ilişkisine esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması gerektiği önerisi getirilmiştir³¹⁶. Ancak esas ilişkiye uygulanacak hukukun referans alınması

³¹³ Konuya ilişkin örnek mahkeme kararları için bkz. *Ruby v Commercial Union (1933) 150 LT 38 (CA) kararı*, *Marubeni v Mongolian Government (No. 1) [2002] 2 All ER (Comm) 873 (Aikens J) kararı*; **Stone**, Private, s. 330.

³¹⁴ İtalyan yazar Starace, temsil dış ilişkisinden doğan ihtilâflarda, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir: **Starace**: La rappresentanza nel diritto internazionale privato, Napels 1962, s. 92-93 (Verhagen, Agency, s. 78'den naklen). Aynı şekilde, Fransız mahkeme içtihatlarını da etkileyen öneriyi getiren Fransız yazar Batiffol'a göre, temsilci ve temsil olunan arasındaki dış ilişki, esas sözleşmeye fer'îdir ve bu sebeple de aynı hukuk uygulanmalıdır: **Verhagen**, Agency, s. 78; **Badr**, s. 97.

³¹⁵ **Spellenberg**, U.: Geschäftsstatut und Vollmacht im internationalen Privatrecht, Munich 1979, s. 133 vd. (Verhagen, Agency, s. 79'dan naklen). Konuya ilişkin verilen 1982 tarihli bir Alman mahkeme kararında ise, temsil statüsünün tayininde, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun dikkate alınmayacağı açıkça vurgulanmak suretiyle önemli bir ayrışma sergilenmiştir: **Verhagen**, Agency, s. 101.

³¹⁶ Karsten Raporu'nda durum özetle şöyle ifade edilmiştir: "Temsilcinin yetkisiyle ilgili konulara esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması, daha basit ve daha pratiktir. Ayrıca yetki problemlerine ayrı bir hukukun uygulanması, taraflar arasında sorunlar çıkarabilecektir. Temsil ilişkisinin bir tarafına bir hukukun, diğer tarafına başka bir hukukun uygulanması, tarafların, her iki hukuku ispatlamalarına neden olacaktır. Temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki bütün ilişkilerde geçerli olacak tek (basit-soyut-özel) bir hukuk kuralının seçimi, daha kolay ve uygulamada daha pratik olacaktır": <http://www.hcch.net/upload/expl27.pdf> (Erişim Tarihi: 30.11.2011).

yönündeki bu öneri, üçüncü kişilerin korunması bakımından, makûl bir bağlama kuralı olmadığı gerekçesiyle kabul görmemiştir³¹⁷.

b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi

Esas sözleşmeye uygulanacak hukukun, acente dış ilişkisine uygulanması önerisini getirenlerin bazı gerekçeleri vardır. Doktrinde savunulan gerekçelerden birine göre, acente ilişkisi bakımından, maddî hukuktaki temsil yetkisi ile esas sözleşme arasında fonksiyonel bir tutarlılık bulunmaktadır. Bu tutarlılık, uygulanacak hukuk konusunda aynı paralelde bir statü kabulünü gerektirmektedir³¹⁸.

Söz konusu öneriyi savunanlara göre, esas sözleşmeye uygulanan hukukun, temsil statüsünün uygulama alanı içinde kalan uyumsuzluklarda da geçerli olması, tâbi olunacak hukuk konusunda birliğin sağlanması bakımından faydalıdır³¹⁹. Aynı hukukun uygulanması ise, temsil olunan ve üçüncü kişi bakımından öngörülebilirlik ve tespit kolaylığı sağlayacaktır³²⁰. Zira hem temsil olunan ad ve hesabına acentenin akdettiği esas sözleşmeye, hem de temsil yetkisine aynı hukuk uygulanacağından, üçüncü kişi, tek bir hukukla ilgili olacaktır. Böylece üçüncü kişi, uygulanacak hukuku bilme ve öngörebilme kolaylığına kavuşacaktır³²¹.

Doktrinde bir görüş, esas sözleşmenin temsil olunan ile üçüncü kişi arasında hüküm ve sonuç doğurmasını dikkate alarak, acente dış ilişkisini idare edecek hukukun, esas ilişkiye uygulanacak hukukla aynı olması gerektiğini savunmaktadır.

³¹⁷ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 44; **Badr**, s. 147; **Verhagen**, Agency, s. 81-82.

³¹⁸ Alman doktrininde Spellenberg tarafından savunulan görüş uyarınca, tarafların menfaatlerine zarar vermedikçe, temsil yetkisi ve esas sözleşmenin aynı hukuk tarafından idare edilmesi gerekir. Esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması, üçüncü kişi, acente ve temsil olunanın her üçünün de menfaatlerinde hakkaniyet sağlar. Temsil yetkisinin varlığının şüpheli olduğu durumlarda, üçüncü kişi, her zaman esas sözleşmeyi akdetmekten feragat imkânına sahiptir. Esas sözleşmeye uygulanacak hukukun, temsil statüsünü de tayin etmesi, temsil olunanın menfaatlerine uygun olacaktır. Bu bakımdan, esas sözleşmeyi idare edecek hukukun dikkate alınması, temsil ilişkisindeki bütün tarafların menfaatlerini koruyacaktır. Sonuç olarak, acente dış ilişkisine, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması, acente ilişkisinin tüm taraflarına önemli avantajlar sağlayacaktır: **Spellenberg**, s. 133 vd. (Verhagen, Agency, s. 79'dan naklen).

³¹⁹ Doktrinde Raape tarafından savunulan bu görüş hakkında bkz. **Raape**, L.: Internationales Privatrecht, Berlin 1961, s. 503 (Tekinalp, Temsil, s. 33'den naklen); **Badr**, s. 97.

³²⁰ **Verhagen**, Agency, s. 77-78.

³²¹ **Verhagen**, Agency, s. 117.

Bu gerekçeyle, temsil statüsünün, esas sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tayin edilmesinin daha hakkaniyete uygun olduğu ileri sürülmektedir³²².

Esas sözleşmeye uygulanacak hukukun dikkate alınması önerisi, bazı yönlerden eleştirilmektedir. Esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde irade muhtariyetinin kabul edilmesi, temsil statüsünün tespiti bakımından itiraz konusu olmaktadır³²³. Buna göre, acente ve üçüncü kişi esas sözleşmeye uygulanacak hukuku kendi iradeleri ile kararlaştırabileceklerinden, bu durumun temsil olunan bakımından sakıncalı sonuçlara neden olacağı ifade edilmektedir³²⁴. Nitekim acente dış ilişkisine uygulanacak hukuk olarak, esas sözleşme statüsünün benimsenmesi hâlinde, acente ve üçüncü kişinin hukuk seçiminde bulunma ihtimali, temsil olunan bakımından öngörülebilirliği bertaraf edecektir³²⁵. Böyle bir sonucun, temsil olunanın menfaatlerine aykırı olduğundan kuşku yoktur³²⁶.

Aynı şekilde, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun, acente ve üçüncü kişi tarafından seçilmesi mümkün olduğundan, acentenin hukuk seçimi imkânından istifade ederek temsil yetkisinin kapsamını genişletebilmesi, her zaman için ihtimal dâhilindedir. Doktrinde, böyle bir ihtimalin gerçekleşmesinin, temsil olunan bakımından sakınca doğurabileceği, özellikle de keyfiliğe ve belirsizliğe yol açabileceği eleştirisi getirilmektedir³²⁷. Ayrıca, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif esaslara göre belirlenmesinde, sözleşme türüne bağlı olarak en sıkı ilişkili hukukun tespitinden kaynaklanan belirsizliklerin ortaya çıkabileceği eleştirisi de yapılmaktadır³²⁸.

Konuyla ilgili olarak getirilen bir başka eleştiriye göre, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tercih edilmesi, temsil yetkisinin soyutluğuyla bağdaşmaz³²⁹.

³²² **Raape**, s. 502 vd. (Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, s. 132'den naklen).

³²³ **Verhagen**, Agency, s. 117.

³²⁴ **Alper**, G.: "Milletlerarası Özel Hukukta Temsil Yetkisi", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 1, İstanbul 2009, s. 280; **Badr**, s. 82-83; **Nishi**, s. 80.

³²⁵ **Verhagen**, Agency, s. 121-122.

³²⁶ **Nishi**, s. 80.

³²⁷ **Moll**, s. 52; **Nishi**, s. 80; **Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu**, s. 132; **Verhagen**, Agency, s. 117.

³²⁸ **Verhagen**, Agency, s. 119; **Moll**, s. 54.

³²⁹ **Badr**, s. 97.

Bu nedenle, temsil statüsünü tayin eden bağlama kuralı, temsil yetkisinin temel ve esas sözleşmeden soyut niteliği dikkate alınarak özel olarak tespit edilmelidir³³⁰.

Esas sözleşme statüsünün, acente dış ilişkisi kapsamında kalan uyumsuzlukları da idare etmesi gerektiğine yönelik öneri, Anglo Sakson hukuk sisteminde kabul edilen gerçek temsil yetkisi/görünüşte temsil yetkisi ayrımını dikkate almadığı gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Bununla birlikte, Anglo Sakson hukuk sisteminde gerçek temsil yetkisi/görünüşte temsil yetkisi ayrımı yapılmakla birlikte, temsil statüsünün, bu şekilde ikili bir ayrım çerçevesinde tespit edilmesinin, belirsizliğe yol açacağı gerekçesiyle makûl olmadığı ileri sürülmektedir³³¹.

Getirilen eleştirilerden bir diğeri, acentenin birden çok ülkede sözleşme akdetmek üzere yetkilendirilmiş olması hâlinde gündeme gelecek olan belirsizliktir. Acentenin birden çok ülkede üçüncü kişilerle temsil olunan ad ve hesabına muamelede bulunması durumunda, temsil olunanın esas sözleşmenin nerede akdedildiğini bilmesi beklenemez. Bu muğlaklık, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun, acentenin temsil yetkisine de uygulanması durumunda, öngörülebilirliği ortadan kaldıracaktır. Aynı şekilde, acentenin üçüncü kişi ile birden çok sözleşme akdetmesi durumunda, bunların her birine farklı hukukların uygulanması ihtimali söz konusu olacağından, yine bir belirsizlik durumu gündeme gelecektir³³².

4. Temsil Yetkisinin Verildiği Yer

a. Genel Açıklamalar

Acentenin temsil yetkisine uygulanmak üzere önerilen bağlama noktalarından bir diğeri, temsil yetkisinin temsil olunan tarafından acenteye verildiği yerdir. Bu durumda, acente sözleşmesi ile temsil yetkisi ayrımı, önem kazanır. Temsil yetkisinin temel sözleşmeden soyutluğundan hareketle, acente sözleşmesi akdedilirken temsil yetkisinin de verilmesi şart değildir³³³. Bu nedenle, temsil yetkisinin acente sözleşmesi akdedildikten sonra verilmesi durumunda, söz

³³⁰ Tekinalp, Temsil, s. 34; Reese/Flesch, s. 768; Schmitthoff, s. 177.

³³¹ Verhagen, Agency, s. 307.

³³² Verhagen, Agency, s. 119-120.

³³³ Konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. BİRİNCİ BÖLÜM, TEMSİL YETKİSİNİN SOYUTLUĞU İLKESİ başlığı altında yapılan açıklamalar.

konusu tespit, sözleşmenin yapılmasından ayrı olarak değerlendirilmeli ve temsil yetkisinin verildiği yer, acente sözleşmesinin yapıldığı yerden ayrı olarak belirlenmelidir. Ancak, temsil yetkisi acente sözleşmesi akdedilirken verilmişse, sözleşmenin yapıldığı yerle temsil yetkisinin verildiği yerin aynı olduğundan şüphe yoktur.

Temsil yetkisinin verildiği yerin, temsil statüsünü tayin eden bağlama noktası olarak kabulü, ilk kez Alman içtihatlarına yansımıştır³³⁴. Alman mahkemeleri verdikleri kararlarda, temsil yetkisinin verildiği yeri, temsil dış ilişkisinin ağırlık merkezi olarak nitelendirmiştir³³⁵. Konuya ilişkin en eski içtihat olarak kabul edilen bu kararlarda, temsil yetkisinin verildiği yer hukuku ile temsil olunanın yerleşim yeri hukukunun çoğu kez çakışacağı ihtimali göz önüne alınmıştır³³⁶. Ancak gelişen süreçte, Alman hukukunda, temsil yetkisinin verildiği yer hukukunu dikkate alan bu bağlama kuralının terk edildiği görülmektedir. Bu bakımdan, temsil yetkisinin verildiği yer hukuku yerine, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukuku ve acentenin işyeri hukuku, acente dış ilişkisinde temsil yetkisine uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları olarak benimsenmeye başlanmıştır³³⁷.

b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi

Acenteye temsil yetkisinin verildiği yer hukukunun önerilmesindeki en önemli gerekçe, temsil yetkisinin verildiği yerin, temsil olunanın yerleşim yeri veya işyeri ile çoğu kez çakışmasıdır. Ancak temsil yetkisinin verildiği yerle, temsil olunanın hukukunun çakışmaması da her zaman için mümkündür. Bu sebeple, tamamen tesadüflere bağlı olan bu durum karşısında, temsil yetkisinin verildiği yer hukuku, temsil statüsünün tayininde pek taraftar bulmamaktadır³³⁸. Ayrıca temsil

³³⁴ İlk kez 1871 ve 1872 tarihli Alman Yüksek Ticaret Mahkemesi kararlarında, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuk konusunda, temsilciye yetkinin verildiği yer hukuku esas alınmıştır. Tespit için bkz. **Kostromov**, s. 62; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 29 vd.; **Kostromov**, s. 62. Örnek mahkeme kararı için bkz. *Reichsoberhandelsgericht 4 December 1872 ROHGE 8, 150 kararı: Spellenberg*, s. 21 vd. (Verhagen, Agency, s. 100'den naklen).

³³⁵ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 30.

³³⁶ **Tekinalp**, Temsil, s. 50.

³³⁷ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 30 vd.

³³⁸ **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 132.

olunanın hukuku bakımından yukarıda ileri sürülen eleştirilerin, temsil yetkisinin kullanıldığı yer için de geçerli olacağı ifade edilmektedir³³⁹.

5. Üçüncü Kişinin İşyeri veya Mutad Meskeni

a. Genel Açıklamalar

Acentenin temsil yetkisine uygulanacak hukuk bakımından getirilen bu öneri, üçüncü kişinin işyerini veya mutad meskenini esas almaktadır. Buna göre, acentenin temsil olunan ad ve hesabına esas sözleşme akdettiği üçüncü kişinin işyeri ya da mutad meskeni, temsil statüsünün tespitinde bağlama noktası olarak önerilmektedir.

b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi

Acente ilişkisinde üçüncü kişinin menfaatlerini en çok koruyan hukuk olarak görülmesi, bu bağlama kuralının önerilmesindeki en temel gerekçedir. Doktrinde, üçüncü kişinin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun, üçüncü kişi açısından daha öngörülebilir olduğu için tercih edilebileceği savunulmaktadır³⁴⁰.

Konuyu genel bir kural olarak, üçüncü kişinin hukukuna tâbi tutan bu çözüme, acente ilişkisinde üçüncü kişiye tek taraflı bir tercih imkânı sağlayacağı gerekçesiyle eleştiri getirilmektedir. Bu tercihin ise, acente ilişkisinde temsil olunanın zararına menfaat dengesizliğine neden olacağı ileri sürülmektedir³⁴¹. Dolayısıyla, acente ilişkisinde yalnızca üçüncü kişinin menfaatlerine hizmet eden bu görüş, hukuk düzenlerinde taraftar bulamamıştır³⁴².

6. Acentenin İşyeri

a. Genel Açıklamalar

Temsil statüsünün tayininde acentenin işyeri hukukunun uygulanması, getirilen önerilerden bir başkasıdır. Buna göre, uygulamada genellikle görüldüğü üzere, meslekî veya ticarî faaliyet kapsamında temsilcilik faaliyetinde

³³⁹ Tekinalp, Temsil, s. 34.

³⁴⁰ Spellenberg, s. 204 (Verhagen, Agency, s. 109'dan naklen).

³⁴¹ Verhagen, Agency, s. 109. Üçüncü kişinin hukukunun dikkate alınmasının, temsil ilişkisi tarafları bakımından doğuracağı sonuçlar ve buna yönelik çekinceler, Karsten Raporu'nda da vurgulanmıştır. Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. Karsten Raporu, No. 77.

³⁴² Spellenberg, s. 209 (Verhagen, Agency, s. 110'dan naklen).

bulunmasından dolayı, temsil yetkisine uygulanacak hukuk, acentenin işyeri esas alınarak belirlenmelidir³⁴³.

Acentenin işyerinin temsil statüsü bakımından dikkate alınması, doktrinde çoğunlukla savunulan bir bağlama noktası önerisidir³⁴⁴. Bu çerçevede, İsviçre MÖHK md. 126/2’de, temsilcinin işyerine sahip olduğu ülkenin hukuku, temsil statüsünün tayininde dikkate alınacak genel bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir³⁴⁵. Alman hukukunda ise, ilk kez 1896 tarihli bir Alman Yüksek Mahkemesi kararında, temsilcinin işyeri hukuku esas alınarak temsil statüsü tayin edilmiş ve sonraki yıllarda birçok içtihadta tercih edilmeye başlanmıştır³⁴⁶. Alman ve İsviçre hukukuna paralel olarak, Türk hukukunda da MÖHUK md. 30/2’de, temsil yetkisinin etkisine, istisnaları olmakla birlikte, temsilcinin işyeri hukukunun uygulanması öngörülmüştür. Dolayısıyla, hem İsviçre hem de Türk hukukunda, acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun, acentenin işyeri esas alınmak suretiyle tayin edildiği sonuca varılabilir³⁴⁷.

La Haye Temsil Konvansiyonu’nda ise, temsilcinin işyeri hukuku, yine, temsil yetkisine uygulanacak hukuku tayin eden genel bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir (md. 11)³⁴⁸. Bu çerçevede, acente dış ilişkisi bakımından da dikkate alınabilecek olan Konvansiyon hükümleri gereğince, temsilcinin işyeri hukuku, temsil yetkisinin kullanıldığı andaki işyerinin bulunduğu ülke hukuku olarak öngörülerek, sabit bir statüye bağlanmıştır³⁴⁹.

³⁴³ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 28.

³⁴⁴ İsviçreli yazar Pfister’e göre, temsilcinin ticarî işyeri veya yerleşim yeri hukuku, temsil dış ilişkisine uygulanacak genel bağlama kuralı olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte, yazar, temsil yetkisinin geçerliliği ile ilgili bir ihtilâfta, temsil olunanın yerleşim yeri hukukunun istisnaen uygulanması gerektiğini savunmuştur: **Pfister**, E.: Vollmacht und Stellvertretung im internationalen Privatrecht, Zürich 1927, s. 97-99 (Verhagen, Agency, s. 75’den naklen).

³⁴⁵ İsviçre hukukunun konuya ilişkin düzenlemesi hakkında bkz. **Samuel**, s. 686

³⁴⁶ **Spellenberg**, s. 22-25 (Verhagen, Agency, s. 100’den naklen).

³⁴⁷ Türk hukukunda temsil statüsünün tayini, aşağıda TÜRK HUKUKUNA BAKIŞ başlığı altında ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

³⁴⁸ **Preifer**, s. 435; **Badr**, s. 147; **Kostromov**, s. 120. Temsilcinin işyeri bağlama noktası, Konvansiyonun hazırlanma aşamasında nihaî olarak Alman ve İsviçreli delegelerce teklif edilmiştir. Tespit için bkz. **Hay/Müller-Freienfels**, s. 44.

³⁴⁹ **Stone**, Private, s. 300; **Koppenol-Laforce**, s. 160; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 44-45; **Preifer**, s. 435.

b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi

Acentenin işyerinin, bağlama noktası olarak önerilmesinde diğer önerilerde olduğu gibi, bir takım gerekçeler esas alınmaktadır. Acentenin işyeri hukukunun önerilmesindeki en önemli sebep, acentenin işyerinin, hem temsil olunan, hem de üçüncü kişi bakımından uzlaştırıcı bir çözüm sağlayacağı düşüncesidir³⁵⁰. Nitekim bu gerekçe, Karsten Raporu'nda da açıkça ifade edilmiştir³⁵¹. Bu bağlama kuralının, uygulamada kolaylık sağlayacak olması da, bir başka öneri gerekçesidir³⁵².

Acentenin işyeri, acente ilişkisinin her üç tarafının da menfaatlerini en iyi dengeleyen bağlama noktası olarak kabul edilmektedir³⁵³. Ayrıca acentenin işyerinin, temsil olunan ve üçüncü kişinin dışında kalan bir unsur olmasından ötürü, sabit bir bağlama noktası olarak taraflarca hile yoluyla değiştirilmesinin de, güç olduğu ifade edilmektedir³⁵⁴.

Temsil statüsünü tayinde önerilen acentenin işyerinin, hem temsil olunan, hem de üçüncü kişi için öngörülebilir ve kolaylıkla doğrulanabilir nitelikte olması, bu bağlama noktasının bir diğer tercih nedenidir³⁵⁵. Acentenin işyerinin tespitinde, tesadüfe yer olmaması ve özellikle de, acentenin kural olarak daimî bir yerde faaliyette bulunması, önerinin kabulünde önemli bir dayanaktır³⁵⁶. Özellikle, acentenin sabit bir işyerinden temsil yetkisini kullanması, üçüncü kişilerin menfaati bakımından bu önerinin tercihinde etkili olmaktadır³⁵⁷.

Acentenin işyerinin, acente sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit de dikkate alınması, yeknesaklığı sağlayacaktır³⁵⁸. Acente sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit eden bağlama noktasının tercihinde, acentenin işyerinin karakteristik

³⁵⁰ **Pfister**, s. 97-98 (Verhagen, Agency, s. 76'dan naklen); **Moll**, s. 48.

³⁵¹ Konu hakkında ayrıca bkz. Karsten Raporu, No. 77.

³⁵² **Kostromov**, s. 62. Temsilcinin işyerinin dikkate alınmasının, pratikte kolaylık sağlayacağı gerekçesi, Karsten Raporundan da ifade edilmiştir: Karsten Raporu, No. 77.

³⁵³ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 28; **Badr**, s. 148; **Verhagen**, Agency, s. 111. Bu gerekçe, Roma I Tüzüğü'nün 2005 tarihli tasarısında yer alan, temsil statüsünü temsilcinin mutad mesken hukukuna göre tayin eden bağlama kuralının da tercih nedeni olarak kabul edilmekte idi: **Stone**, Private, s. 330.

³⁵⁴ **Moll**, s. 48; **Verhagen**, Agency, s. 111.

³⁵⁵ **Badr**, s. 98; **Çelikel/Erdem**, s. 375.

³⁵⁶ **Verhagen**, Agency, s. 76.

³⁵⁷ Doktrinde, üçüncü kişinin menfaati dikkate alınmak suretiyle acentenin işyeri hukukunun tercih edilmesinin, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukuna göre daha makûl olduğu savunulmaktadır: **Hay/Müller-Freienfels**, s. 32.

³⁵⁸ **Badr**, s. 152; **Moll**, s. 48.

edim niteliği taşıması da, dikkate alınmaktadır. İşte acentenin karakteristik edimi yerine getiren taraf olması ve bunu da kendi işyerinde yapması, temsil yetkisiyle sıkı ilişkiyi sağlaması bakımından önemli bir tercih nedeni olarak kabul edilmektedir³⁵⁹.

Acentenin işyeri hukukunun uygulanmasının, aynı zamanda, işlem güvenliğini de sağlayacağı savunulmaktadır³⁶⁰. Bu çerçevede, acente ilişkisinde acentenin temsil olunan ad ve hesabına yaptığı esas işlemin geçerliliğine olan güvenliğinin sağlanmasının, özellikle üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması bakımından önemli olduğu vurgulanmaktadır³⁶¹.

İfade ettiğimiz bu avantajlarına karşın, acentenin işyeri hukukuna bazı yönlerden eleştiri de getirilmektedir. Doktrinde, ticarî veya meslekî faaliyetler haricinde gerçekleştirilen işlemler bakımından, temsilcinin işyerinin değişebilecek olması ya da belirlenememesi nedeniyle, acentenin işyeri hukukunun, temsil olunanın ve üçüncü kişinin menfaatlerini dikkate almadığı ileri sürülmektedir³⁶². Buna karşın, kural olarak profesyonel olarak, bir başka ifadeyle, ticarî veya meslekî faaliyet kapsamında temsil faaliyetinde bulunan acenteler bakımından, acentenin işyeri hukukunun esas alınmasının, temsil olunanın ve üçüncü kişinin menfaatini göz ardı etmediği savunulmaktadır³⁶³.

Acentenin işyeri hukukunun, temsil statüsünün tayininde genel bağlama kuralı olarak tercih edilmesi gerektiğine yönelik öneriye karşın, acentenin işyeri hukukunun muamele yeri hukuku ile birlikte uygulanması konusunda görüş ortaya çıkmıştır³⁶⁴. Bu çerçevede, özellikle acentenin, işyeri dışında temsil yetkisini kullanması durumunda, uygulanacak hukukun yine işyeri bağlama noktası esas alınarak belirlenmesinin âdil olmadığı ifade edilmektedir³⁶⁵. Aynı şekilde, üçüncü kişinin, acentenin işyerinin nerede olduğunu bilme zorunluluğu bulunmadığı gibi,

³⁵⁹ **Verhagen**, Agency, s. 111.

³⁶⁰ Acentenin işyeri hukukunun dikkate alınmasının, ticaret hukukunda önem arz eden güven ilkesinin korunması bakımından da âdil bir çözüm yolu olduğu görüşü hakkında bkz. **Schmitthoff**, s. 177.

³⁶¹ **Tekinalp**, Temsil, s. 35.

³⁶² **Badr**, s. 99. Doktrinde, ticarî veya meslekî olarak faaliyette bulunmayan temsilcilerin söz konusu olduğu temsil ilişkisinde, temsil statüsünün, (*LRA*) kuralına göre, yani muamele yeri esas alınarak belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Rabel tarafından savunulan görüş hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Verhagen**, Agency, s. 77.

³⁶³ **Badr**, s. 99.

³⁶⁴ **Badr**, s. 100-101.

³⁶⁵ **Moll**, s. 48.

bilemeyecek durumda da olabilir. Bu gibi durumların, üçüncü kişi aleyhine olacağı ortadadır. Bu bakımdan, işaret edilen istisnaî hâlleri de karşılayacak bir bağlama kuralının kabulüne gerek olduğu doktrinde savunulmaktadır³⁶⁶. Aynı paralelde, acentenin işyerinin birden fazla olmasının, uygulanacak hukukun tespiti konusunda belirsizliklere neden olabileceği ifade edilerek, bu gibi hâlleri de içine alan istisnaî hükümlerin getirilmesi gerektiği vurgulanmaktadır³⁶⁷.

Doktrinde acentenin işyeri hukuku önerisinin, kimi zaman temsil yetkisi ile sıkı ilişkili hukuku tayin etmeyebileceği eleştirisi getirilmektedir. Buna göre, acentenin işyeri hukuku, temsil yetkisi ile daha sıkı ilişkili bir yer hukuku yoksa tercih edilmelidir³⁶⁸. Örneğin, temsil yetkisinin zımnen verildiği sonucuna varılması hâlinde, zımnî yetkinin verildiği görünüşü yaratılan yerin, acentenin işyerine oranla daha sıkı ilişkiyi tayin edeceği gerekçesiyle tercih edilmesi gerektiği savunulmaktadır³⁶⁹.

Acentenin temsil yetkisine acentenin işyeri hukukunun uygulanması gerektiğini savunan görüş, getirilen eleştirilere karşılık olarak, acentenin işyeri hukukunun genel kural olarak kabul edilmesini, bazı özel durumlar için ise, istisnaî kurallara yer verilebileceğini ifade etmektedir. Bu çerçevede, doktrinde bir görüş, üçüncü kişi tarafından acentenin işyerinin bilinmemesi ya da belirlenmemesi durumunda, bu kuraldan vazgeçilerek, temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı yer hukukunun uygulanmasını önermektedir³⁷⁰. Benzer şekilde, acente ve üçüncü kişinin

³⁶⁶ **Moll**, s. 49.

³⁶⁷ **Kostromov**, s. 52. La Haye Temsil Konvansiyonu'nda, böyle bir ihtimal gözetilerek düzenlemeye gidilmiştir. Buna göre, temsilcinin birden çok işyeri bulunması hâlinde, temsil dış ilişkisine uygulanmak üzere dikkate alınacak işyeri, temsilcinin işlemiyle en sıkı ilişkiye sahip ülkedeki işyeridir (md. 11/3): **Kostromov**, s. 121; **Verhagen**, Agency, s. 292; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 45. Dolayısıyla, acentenin, üçüncü kişi ile muamelede bulunmak üzere temsil yetkisini kullandığı yerdeki işyeri, temsil yetkisi ile en sıkı ilişkili işyeri olarak kabul edilmelidir. Örneğin, bir acentenin Belçika ve Fransa'da, temsil olunanın İspanya'da ve üçüncü kişinin de Almanya'da işyerine sahip olması durumunda, birden çok işyeri gündeme gelecektir. Bu örnekte, esas sözleşmenin acente ve üçüncü kişi arasında acentenin işyerine sahip olduğu ülkelerden biri olan Fransa'da müzakere edilmiş; ancak sözleşmenin imzalarının acentenin diğer işyerinin bulunduğu Belçika'da atılmış olduğu varsayılırsa, Konvansiyon md. 11/3 uyarınca, acentenin işlemiyle daha sıkı ilişkili olduğu kabul edilen Fransa'daki işyeri hukuku uygulanmalıdır: **Verhagen**, Agency, s. 292.

³⁶⁸ **Badr**, s. 100.

³⁶⁹ **Badr**, s. 101.

³⁷⁰ Böyle bir çözümün, temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki menfaatler çatışması bakımından, dengeleyici ve temsil yetkisi ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına yol açacak bir öneri olduğu hakkında bkz. **Verhagen**, Agency, s. 113.

acentenin işyerinin bulunduğu ülke dışında hukukî ilişkiye girmeleri durumunda, her ne kadar acentenin işyeri tespit edilebilir olsa da, üçüncü kişinin, acentenin işyeri hukukunun muhtevasını tespit etmesinin kolay olmayacağı savunulmaktadır. Bu nedenle de, acentenin işyeri hukuku yerine, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun istisnaen tercih edilmesi gerektiğine işaret edilmektedir³⁷¹.

7. Temsil Yetkisinin Etki Alanı

a. Genel Açıklamalar

Acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun tayininde önerilen temsil yetkisinin etki alanı, temsil yetkisinin etkisini doğurduğu yerden hareket etmektedir. Temsil yetkisinin etkisini gösterdiği yerin tespitinde ise, temsilcinin temsil yetkisini kullandığı yer dikkate alınmaktadır³⁷².

Acentenin temsil yetkisini kullandığı yerin, bazı hâllerde tespiti, tartışmaları beraberinde getirmektedir. Örneğin, acente ile üçüncü kişinin esas sözleşme müzakerelerini üçüncü kişinin ülkesinde gerçekleştirmiş olması, ancak acentenin kendi işyerinin de bulunduğu bir başka ülkede nihaî karara varılarak sözleşmenin akdedilmesi durumunda, temsil yetkisinin etki alanının tespitinde sorun çıkabilir. Aynı şekilde, acentenin birden çok ülkede işyerinin bulunması ve farklı ülkelerde temsil yetkisini kullanması hâlinde, temsil yetkisinin etki alanının belirlenmesi konusunda belirsizlik vardır³⁷³.

Bu çerçevede, temsil yetkisinin etki alanının, acentenin temsil yetkisini fiilen kullandığı yeri kastetmediği, önemli olanın, temsil olunanın, temsil yetkisinin kullanılmasını amaçladığı yerin tespiti olduğu yönünde bir görüş ortaya çıkmıştır³⁷⁴. Aynı şekilde, görünüşte temsil yetkisi kapsamında ortaya çıkan uyuşmazlıklar bakımından, görünüşün yaratıldığı yer hukukunun dikkate alınması gerektiği savunulmuştur³⁷⁵. Ancak görünüşün meydana geldiği yerin, temsil yetkisinin etki

³⁷¹ **Verhagen**, Agency, s. 114.

³⁷² **Kostromov**, s. 64; **Nishi**, s. 80; **Tekinalp**, Temsil, s. 36; **Moll**, s. 49.

³⁷³ **Verhagen**, Agency, s. 73.

³⁷⁴ Görüş hakkında bkz. **Verhagen**, Agency, s. 101.

³⁷⁵ Bu görüş, bazı Alman içtihatlarında da görülmektedir. 1964 tarihli örnek bir Alman mahkeme kararı hakkında bkz. **Tekinalp**, Temsil, s. 53. Ancak bu içtihat ve sonrasında sürdürülen eğilim, Alman doktrininde Kropholler tarafından eleştirilmiştir. Buna göre, Alman hukukunda hukuken

alanı bağlama noktasının bir yansıması olmasından dolayı, farklı bir yer olarak nitelendirilemeyeceği de ifade edilmektedir³⁷⁶. Temsil yetkisinin etki alanının tespitinin, uyumsuzluğu gören hâkim tarafından somut olay dikkate alınarak yapılması gerektiği de savunulan görüşlerden bir diğeridir³⁷⁷. Buna göre, hâkim, temsil yetkisinin kullanılmasında ağırlık teşkil eden yeri, temsil yetkisinin kullanılması bakımından en sıkı ilişkili yer olarak dikkate almalıdır³⁷⁸. Bir başka tespit de, hazır olanlar arasında gerçekleşen bir hukukî işlem olması hâlinde, acentenin üçüncü kişi ile esas sözleşmeyi akdettiği yerin, temsil yetkisinin kullanıldığı yer olarak kabul edilmesidir. Buna karşın, mesafeli hukukî işlemlerde, acentenin esas sözleşmeye yönelik öneride ya da kabul beyanında bulunduğu yer, temsil yetkisinin kullanıldığı yer olarak tercih edilmelidir³⁷⁹. Acente ile üçüncü kişi tarafından esas sözleşmeye yönelik görüşmelerin gerçekleştirildiği yerin, tarafların esas sözleşmeyi kurdukları yerden daha sıkı ilişkili olduğu da doktrinde ileri sürülmektedir³⁸⁰. Aynı şekilde, sözleşme görüşmelerinin farklı ülkelerde yapılması hâlinde, görüşmelerin son olarak yapıldığı ülkedeki acentenin işleminin esas alınarak bağlama noktasının belirlenmesinin, tarafların haklı beklentilerine en uygun çözüm olduğu savunulmaktadır³⁸¹.

Temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun uygulanması konusunda La Haye Temsil Konvansiyonu'nda önemli bir tespit yapılmaktadır. Günümüz ticaretinde birçok sözleşmenin e-mail yoluyla, faks ve benzerî araçlarla yapıldığı görülmektedir³⁸². Tarafların fiziken bir araya gelmeden acente sözleşmesi

verilmiş temsil yetkisi ile görünüşte verilen temsil yetkisi arasında bir fark bulunmadığı için konuları ayrı hukuklara tâbi tutmanın bir anlamı yoktur. Hele ki zımnî temsil yetkisi ve görünüşte temsil yetkisi arasındaki ince ayırım, bu şekilde farklı bağlama kurallarına tâbi tutulma nedeniyle haksızlıklara neden olabilecektir. Eleştiriler hakkında bkz. **Kropholler**, J.: Die Anscheinshaftung im internationalen Recht der Stellvertretung, NJW 1965, s. 1645 (Tekinalp, Temsil, s. 53'den naklen).

³⁷⁶ **Tekinalp**, Temsil, s. 54. İçtihatlarda bu şekilde iki kavramın aynı anlamda kullanılması doktrinde eleştirilmiş ve temsil yetkisinin etki alanı hukukundan sapmanın ve görünüşün meydana geldiği yer hukuku şeklinde bir bağlama kuralı yaratmanın yanlışlığından söz edilmiştir: **Kropholler**, s. 1645 (Tekinalp, Temsil, s. 54'den naklen).

³⁷⁷ **Badr**, s. 149.

³⁷⁸ Nitekim bu görüş, temsil yetkisinin etki alanının tespitine ilişkin bir düzenlemeye yer vermeyen La Haye Temsil Konvansiyonu'nun gerekçelerini içeren Karsten Raporunda da yer almıştır. Konuya ilişkin olarak bkz. Karsten Raporu, No. 210.

³⁷⁹ **Uyamık Çavuşoğlu**, s. 88.

³⁸⁰ **Verhagen**, Agency, s. 291.

³⁸¹ **Verhagen**, Agency, s. 291.

³⁸² **Koppenol-Laforce**, s. 160; **Preifer**, s. 436; **Kostromov**, s. 122.

akdetmeleri ve devamında da acentenin temsil yetkisini kullanarak temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişilerle muamelede bulunması mümkündür. Milletlerarası unsurlu bir acente ilişkisinde, üçüncü kişinin, acentenin temsil yetkisini kullandığı yeri bilmesi ve öngörmesi her zaman mümkün değildir³⁸³. İşte bu durum göz önüne alınarak, Konvansiyon md. 13'de bir düzenlemeye gidilmiştir³⁸⁴. Buna göre, mesaj, telgraf, teleks, telefon ve diğer benzeri araçlarla, temsilcinin kendisinin bulunduğu başka bir ülkede bulunan üçüncü kişi ile iletişim kurması durumunda, temsilcinin işyeri, temsil yetkisinin kullanıldığı yer olarak kabul edilir³⁸⁵.

Genel olarak temsil yetkisinin etki alanı hukukunun tercihinde, özellikle işyeri bulunmayan temsilciler dikkate alınmaktadır. Buna göre, temsil yetkisinin etki alanı bakımından ikili bir ayrıma gidilmektedir. Temsil yetkisinin etki alanı, acente gibi kural olarak belli bir yerde ticarî faaliyette bulunan temsilciler bakımından acentenin işyeri iken, belli bir yerde sabit olarak işlem yapmayan temsilciler için, yetkinin fiilen kullanıldığı yerdir³⁸⁶. Buna karşın, temsil yetkisinin etki alanı hukukunun, acentenin işyerinin dikkate alınarak belirlenmesinin istisnaları vardır. Özellikle, acente, sabit bir işyerine sahip olmakla birlikte, temsil yetkisini, işyerinin bulunduğu ülke dışında kullanmışsa, üçüncü kişinin bu durumu bilmemesi şartıyla, ihtilâflara yetkinin fiilen kullanıldığı yer hukukunun uygulanması gerektiği savunulmaktadır³⁸⁷.

³⁸³ **Hay/Müller-Freienfels**, s. 46.

³⁸⁴ Doktrinde kesinliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması bakımından bu bağlama kuralının getirilmesinin isabetinden söz edilmektedir: **Verhagen**, Agency, s. 284.

³⁸⁵ **Houtte**, s. 181; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 46. Buna karşın, doktrinde bir görüş, temsil yetkisinin telefon, telgraf, faks, e-mail veya mektup gibi araçlarla kullanılması hâlinde, telefon edilen, telgraf çekilen, faks çekilen, e-mail yollanan veya mektup yazılan yerin, temsil yetkisinin kullanıldığı yer olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır: **Raape**, s. 503, dn. 78 (Tekinalp, Temsil, s. 43'den naklen); **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 88-89. Bu yönde bir belirlemenin, temsil yetkisinin etki alanı hukukunu, temsil dış ilişkisine uygulanacak hukuk olarak benimseyen Kopenhag Taslağı md. 9 ve Lucerne Taslağı md. 10'da da yapıldığı görülmektedir. Buna göre, temsilcinin mektup veya telgrafla temsil yetkisini kullanması durumunda, temsil yetkisinin etkisini gösterdiği yer hukuku dikkate alınmalıdır: **Badr**, s. 133-135; **Kostromov**, s. 109.

³⁸⁶ Ayrım için bkz. **Kostromov**, s. 64; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 134. Doktrinde aynı yönde bir ayrıma yer veren Rabel'e göre, temsilcinin yetkisi, yetkinin etki gösterdiği ülke hukuku tarafından idare edilmelidir. Temsilcinin sürekli ikametinde veya sabit işyerinde muamelede bulunması hâlinde, temsilcinin yerleşim yeri veya işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanmalıdır. Bununla birlikte, temsilcinin farklı ülkelerde işlem yapması hâlinde, temsil yetkisine uygulanacak hukuk, yetkinin fiilen kullanıldığı yer hukuku olmalıdır. Konu hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Verhagen**, Agency, s. 73.

³⁸⁷ **Kostromov**, s. 64-65.

İlk kez Alman hukukçu Rabel tarafından savunulan bu öneri, milletlerarası özel hukuk doktrininde ciddî destek bulmaktadır³⁸⁸. Bu çerçevede, temsil yetkisinin kullanıldığı yer, temsil yetkisine uygulanacak hukuku tayinde, sıkı ilişkiyi sağlaması bakımından önemli bir bağlama noktası olarak kabul edilmektedir³⁸⁹. Örneğin, Amerikan hukukunda temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukuku, acente ilişkisinin tarafları arasında menfaat dengesini sağlayan ve üçüncü kişinin konumunu dikkate alan bir bağlama kuralı olarak kabul edilmektedir³⁹⁰. Aynı şekilde, temsil yetkisine uygulanacak hukukun tayininde en uygun hukukun, acentenin yetkisini kullandığı yer hukuku olduğuna ilişkin birçok İngiliz mahkeme içtihadı vardır³⁹¹.

Temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı yer hukuku, Türk hukukunda MÖHUK md. 30/2'de de temsilcinin işyeri hukukunu esas alan genel kuralın bir istisnası olarak kabul edilmiştir. Aynı paralelde bir düzenleme, İsviçre MÖHK md. 126/2'de de öngörülmüştür³⁹².

La Haye Temsil Konvansiyonu'nun konuya ilişkin düzenlemesinde de, bazı hâllerde, temsilcinin işyeri hukuku yerine, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun dikkate alınacağı hükme bağlanmıştır³⁹³. La Haye Temsil Konvansiyonu md. 11'e göre, temsil yetkisinin kullanıldığı yer, aynı zamanda temsil olunanın işyerinin bulunduğu yer, yoksa mutad meskeninin bulunduğu yere, temsil yetkisinin

³⁸⁸ Alman hukukçu Rabel, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun, sabit bir işyerinden acentelik yapan temsilciler bakımından ancak ikincil bir etkiye sahip olduğunu savunmaktadır. Bununla birlikte, sonraki yıllarda, Rabel, bu görüşünden vazgeçmiştir. Yazarın, sonraki eserlerinde, temsilcinin işyerinde ya da işyeri dışında faaliyette bulunması ayrımı yapmaksızın, tüm uyuşmazlıklar bakımından temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun genel bağlama kuralı olarak uygulanmasını savunduğu görülmektedir. Rabel'in konuya ilişkin görüşleri hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Verhagen**, Agency, s. 73-74.

³⁸⁹ **Schmitthoff**, s. 176.

³⁹⁰ **Scoles/Hay**, s. 717; **Reese**, Agency, s. 410, 412 (Hay/Müller-Freienfels, s. 21'den naklen). Ancak söz konusu bağlama noktasının uygulanmasının, temsil olunanın bu yerle makûl bir bağlantıya sahip olmasına bağlı olduğu görüşü hakkında bkz. **Kostromov**, s. 72. Amerikan hukukunda Restatement II'den önce, Restatement I'in yürürlükte olduğu dönemde de, temsil statüsünün belirlenmesinde, mahkemeler, muamele yeri hukukunu esas almışlardır. Tespit hakkında bkz. **Hay/Müller-Freienfels**, s. 19.

³⁹¹ **North/Fawcett**, s. 494. İngiliz mahkemelerine yansımış bu yöndeki örnek kararlar için bkz. *Chatenay v. Brazilian Submarine Telegraph Co. Ltd. (1891) 1 Q B 79 kararı*, *Sinfra Aktiengesellschaft v. Sinfra Ltd. (1939), 2 All ER 675 kararı*; **Kaye**, s. 129; **Verhagen**, Agency, s. 96, **Moll**, s. 56; **Kostromov**, s. 68.

³⁹² **Samuel**, s. 686.

³⁹³ Temsil yetkisini kullandığı yer bağlama noktası, Konvansiyonun hazırlanma aşamasında nihai olarak İskandinav ve Japon temsilcilerce teklif edilmiştir: **Hay/Müller-Freienfels**, s. 45.

kullanıldığı yer hukuku uygulanacaktır³⁹⁴. Aynı şekilde, temsil yetkisinin kullanıldığı yer, üçüncü kişinin işyerinin veya yoksa mutad meskeninin bulunduğu yere, temsilcinin işyeri hukuku yerine temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukuku dikkate alınacaktır³⁹⁵. Bunun yanında, temsilci, temsil yetkisini açık arttırmada veya borsada kullanmışsa, yine temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukuku tercih edilecektir. Acente gibi meslekî veya ticarî faaliyet kapsamında temsilcilik yapanlar bakımından uygulama bulamasa da, işyeri olmayan temsilciler bakımından getirilen bir istisna daha Konvansiyonda yer almaktadır. Buna göre, temsilcinin işyeri yoksa, temsil yetkisini kullandığı yer, bağlama noktası olarak uygulanacak hukuku tayin edecektir³⁹⁶.

b. Öneri Gerekçeleri ve Eleştirisi

Temsil yetkisinin etki alanı hukukunun tercihinde, işlem güvenliği de esas alınmaktadır³⁹⁷. Bu çerçevede, acente ilişkisinde, bu güveni sağlayan en uygun hukukun, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukuku olduğu görüşü savunulmaktadır³⁹⁸. Zira temsil olunan ve acentenin sorumluluğu, bu güvene dayanmaktadır. Bu sebeple, temsil yetkisinin etki alanı hukukunun, diğer bağlama noktalarına göre, üç taraflı hukukî ilişkide menfaatler dengesini sağladığı ifade edilmektedir³⁹⁹.

Acentenin temsil yetkisini kullandığı yer hukukunun önerilmesindeki diğer bir etken, bu bağlama kuralının, acente ilişkisinin her üç tarafı bakımından da kolaylıkla tespit edilmeye müsait olmasıdır⁴⁰⁰. Zira temsil yetkisinin etki alanı bakımından, acente, temsil olunan tarafından bilinen bir alanda temsil yetkisine dayanarak üçüncü kişilerle işlem yapmaktadır. Böylece üçüncü kişi, fiilen nerede ve

³⁹⁴ **Houtte**, s. 180.

³⁹⁵ Üçüncü kişinin işyerinin veya mutad meskeninin temsilcinin temsil yetkisini kullandığı yer ile aynı ülkede bulunması hâlinin, milletlerarası temsil uygulamalarında önem verilen bir istisna olduğu vurgulanmaktadır: **Houtte**, s. 180.

³⁹⁶ **Koppenol-Laforce**, s. 160; **Scoles/Hay**, s. 717; **Pfeifer**, s. 436; **Kostromov**, s. 121; **Hay/Müller-Freienfels**, s. 45.

³⁹⁷ **Badr**, s. 157; **Kostromov**, s. 121.

³⁹⁸ **Tekinalp**, *Temsil*, s. 38.

³⁹⁹ **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 133; **Nishi**, s. 80.

⁴⁰⁰ **Verhagen**, *Agency*, s. 110; **Nishi**, s. 80; **Moll**, s. 50; **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 134.

kiminle işlem yapacağını bilmektedir⁴⁰¹. Özellikle genellikle sabit bir işyerinden faaliyette bulunan acentelerin, temsil yetkisini kullandıkları yer, belli bir alanla sınırlanacağından⁴⁰², kesinlik ve öngörülebilirlik de sağlanmış olacaktır⁴⁰³.

Öneri lehindeki gerekçelerden bir diğeri, üçüncü kişilerin, acente ile bağlantıya geçtikleri yeri iyi bildikleri varsayımdır. Bu nedenle, eğer temsil olunan, yabancı bir ülkede işlem yapmak üzere bir acenteye temsil yetkisi veriyorsa, onun işlem yapacağı yeri bilmek durumunda olduğu ya da bunu bilmemenin sonuçlarına katlanması gerektiği savunulmaktadır. Dolayısıyla, bu gerekçede, temsil olunandan ziyade, üçüncü kişinin konumu dikkate alınmaktadır⁴⁰⁴.

Temsil yetkisinin etki alanı bağlama noktasını savunanların bir diğer gerekçesi, acente ilişkisinde, temsil olunan ile üçüncü kişi arasındaki ilişkinin acentenin işleminden doğmasıdır. Dolayısıyla, acentenin temsil yetkisini kullandığı yer, acente ilişkisinde taraflar üzerinde hüküm ve sonuçların meydana geldiği yer olarak, acente ilişkisinin özü olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, temsil yetkisinin etki alanı, acente ilişkisinde menfaatleri dengeleyen bir bağlama noktası olarak görülmektedir⁴⁰⁵.

Önerinin dayandırıldığı bir diğer gerekçe, temsil yetkisinin etki alanı hukukunun, temsil statüsü bakımından, uygulamada en iyi çözümü getireceği düşüncesidir⁴⁰⁶. Doktrinde bir görüş, temsil yetkisinin etki alanı hukukunun tercihinin, temsil statüsünün, mahallî hukuka göre belirlenmesine vesile olacağını ileri sürmektedir. Zira acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun, temsil yetkisinin

⁴⁰¹ Ancak doktrinde bir görüş, bu gerekçeyi doğru bulmamaktadır. Buna göre, üçüncü kişinin kolaylıkla temsilcinin yetkisine uygulanacak hukuku belirleyebilmesi düşüncesi, temsil yetkisinin kullanıldığı yerin, aynı zamanda, üçüncü kişinin işyerine veya mutad meskenine sahip olduğu ülkeyle çakışması ihtimalinde mümkündür: **Badr**, s. 157.

⁴⁰² Acente hukukunda, acenteye, kural olarak, sınırları ve kapsamı önceden tespit edilen bir coğrafi alan tahsis edilmektedir. Böylece, acentenin faaliyet alanının önceden belirlenerek sınırlandırılması amaçlanmakta ve bu etkinlik alanının dışında faaliyette bulunmaması hedeflenmektedir: **Poroy/Yasaman**, s. 175; **Ayhan/Özdamar/Çağlar**, s. 315; **Karahan**, s. 362; **Kayıhan**, s. 40.

⁴⁰³ **Moll**, s. 49.

⁴⁰⁴ **Nishi**, s. 80; **Badr**, s. 99; **Verhagen**, Agency, s. 69; **Kostromov**, s. 68.

⁴⁰⁵ **Badr**, s. 99.

⁴⁰⁶ Temsilcinin temsil yetkisini kullandığı yerin, kural olarak temsilci ve üçüncü kişinin esas sözleşmeyi akdettiği yeri işaret etmesi nedeniyle, temsil statüsünün tayini bakımından en uygun hukuk olduğu görüşü hakkında bkz. **North/Fawcett**, s. 494.

kullanıldığı yere göre belirlenmesi, mahallî hukukun dikkate alınmasına neden olmaktadır⁴⁰⁷.

Temsil yetkisinin etki alanı hukukunun tercihindeki önemli bir avantaj da, ticarî ilişkiler bakımından uygulamada kolaylık sağlamasıdır⁴⁰⁸. Temsil yetkisinin kullanıldığı yerin tespiti bakımından yaşanabilecek tereddütler, bu bağlama noktasının tercihiyle asgarî düzeye indirilebilir⁴⁰⁹. Zira söz konusu kolaylık, özellikle sözleşmelerin e-ticaret kapsamında akdedildiği durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, temsil yetkisinin etki alanının tercih edilmesi, gelişen teknolojinin de etkisiyle, internet aracılığıyla sözleşme akdedilmesi durumunda, temsil yetkisinin kullanıldığı yerin tespiti bakımından pratik avantajlar sağlayacaktır⁴¹⁰.

Lehinde birçok olumlu özelliğe sahip olduğu ortaya konulan bu bağlama noktasının, temsil statüsü bakımından bazı tereddütler doğurabileceği de bir gerçektir⁴¹¹. Bu önerinin, milletlerarası unsurlu acente ilişkisinin karakteristik özellikleri ile bağdaşmadığı ve özellikle de diğer bağlama noktası önerilerinin olumsuz yönlerini bertaraf eden bir niteliğe sahip olmadığı savunulmaktadır. Bu çerçevede getirilen eleştirilerden ilki, muamele yerinin tesadüfî olabilmesidir⁴¹².

Temsil yetkisinin etki alanı bağlama noktasına yöneltilen eleştirilerden bir diğeri de, acentenin temsil yetkisini kullandığı yerin, acente ilişkisiyle ilgili bütün bağlantıların bulunduğu yer olmayabileceğidir. Bir başka ifadeyle, söz konusu bağlama noktasının, her koşulda acente dış ilişkisinin ağırlık merkezi niteliğini taşıyamayacağı ifade edilmektedir⁴¹³. Dolayısıyla, bu bağlama noktasının tercihi bakımından, ek kriterlerin bulunmasının gerektiği, örneğin temsil olunan ya da üçüncü kişinin yerleşim yerinin ya da işyerinin de temsil yetkisinin kullanıldığı yerde

⁴⁰⁷ **Rigaux**, s. 239 (Verhagen, Agency, s. 74'den naklen).

⁴⁰⁸ **Verhagen**, Agency, s. 110.

⁴⁰⁹ Bu çerçevede, Karsten Raporunda, bu bağlama kuralının, taraf beklentilerine hizmet ettiği de vurgulanmıştır: Karsten Raporu, No. 79.

⁴¹⁰ **Moll**, s. 50.

⁴¹¹ Doktrinde, temsil yetkisinin etki alanı hukukunun, temsil ilişkisinin tüm tarafları için aynı oranda dengeleyici bir hukukun uygulanmasını sağlamaya müsait olmadığı savunulmaktadır: **Hay/Müller-Freienfels**, s. 29.

⁴¹² **Badr**, s. 100.

⁴¹³ Temsil yetkisinin kullanıldığı yerin temsilcinin işyerine oranla, temsil yetkisi ile daha sıkı ilişkili olduğu yönünde aksi görüş için bkz. **Houtte**, s. 180.

bulunması hâlinde dikkate alınması teklif edilmektedir⁴¹⁴. Doktrindeki bir başka görüşe göre de, kural olarak acentenin temsil yetkisinden doğan uyuşmazlıklarda, temsil yetkisinin etki alanı hukuku dikkate alınmalıdır. Ancak bu kural, temsil yetkisinin bir başka ülkeyle açık ve makûl bir bağlantısının bulunması durumunda uygulanmamalıdır⁴¹⁵.

Temsil yetkisinin etki alanı hukukunun istisnaî olarak kullanılması ya da belli şartların varlığı hâlinde dikkate alınması, ortaya çıkabilecek olumsuzlukları bertaraf amaçlı olarak ileri sürülmektedir. Bu çerçevede doktrinde bir görüş, bu bağlama noktasının, temsil yetkisine uygulanacak hukuku tayin eden makûl bir öneri olduğunu ifade etmekle birlikte, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun daha sıkı ilişkili hukuk olması durumunda, esas sözleşme statüsünün tercih edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁴¹⁶. Bir başka görüşe göre, acentenin temsil yetkisine uygulanacak hukukun tespitinde amaç, üçüncü kişinin menfaatlerinin korunması da olduğundan, üçüncü kişi tarafından işlemin nerede yapılacağına tespit edilememesi durumunda, temsil yetkisinin etki alanı hukuku yerine, temsil olunanın işyeri/yerleşim yeri hukuku dikkate alınabilmelidir⁴¹⁷. Doktrinde savunulan diğer bir görüş ise, uygulanacak hukukun, kural olarak yetkinin kullanıldığı yer hukuku olması gerektiğini kabul etmekle birlikte, acente ilişkisinin başka bir devletin hukuku ile daha sıkı ilişkili olması hâlinde, bu hukukun uygulanmasının daha makûl olduğunu savunmaktadır⁴¹⁸. Ayrıca, acentenin temsil yetkisine sahip olmakla birlikte, yetki sınırlarının aşılması suretiyle yetkisiz temsil kapsamında kalan bir işlem yapması hâlinde, temsil olunanın bu durumu bilmemesi şartıyla, acentenin temsil yetkisini kullandığı yer hukukunun uygulanması gerektiği, şartlı olarak ileri sürülmektedir⁴¹⁹.

III. GÖRÜŞÜMÜZ

Acente dış ilişkisi kapsamında temsil yetkisine uygulanacak hukukun tespiti bakımından, önerilen bağlama noktalarının her birinin kendine göre gerekçeleri olsa

⁴¹⁴ **Badr**, s. 100.

⁴¹⁵ **Reese/Flesch**, s. 768.

⁴¹⁶ **Dicey/Morris**, s. 1478.

⁴¹⁷ **Moll**, s. 51.

⁴¹⁸ **Verhagen**, Agency, s. 101.

⁴¹⁹ **Kostromov**, s. 65.

da, bir tercih zorunluluğu doğmaktadır. Bu çerçevede, kanaatimizce, temsil statüsünün tayininde, temsil olunanın işyerinin tercih edilmesi, acente ilişkisinin üç taraflı ilişki niteliği ile bağdaşmayacak bir öneridir. Zira acente ilişkisinin, hukuk düzenlerinde kural olarak kabul edildiği üzere, temsil olunan, acente ve üçüncü kişiden oluşan üçlü bir doğrudan temsil ilişkisi özelliği vardır. Bu bakımdan, uygulanacak hukukun, acente ilişkisinin her üç tarafının da menfaatleri arasında bir denge sağlaması gerekir. Hâl böyle iken, yalnızca temsil olunanın menfaatlerinin esas alındığı bir tercihin adaletinden söz edilemez⁴²⁰. Aynı şekilde, temsil olunanın işyerinin belirliliği ve öngörülebilirliğinden şüphe olmamakla birlikte, bu hususlar, temsil yetkisine uygulanacak hukukun tayini bakımından tek başına yeterli bir gerekçe olamaz.

Temsil statüsü konusunda, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun da, makûl bir bağlama kuralı olmadığı kanısındayız⁴²¹. Zira acente sözleşmesi ve temsil yetkisini bir ve aynı hukukî ilişki olarak kabul edecek tarzda bir değerlendirmeye sonuca gitmek, acente ilişkisinin mahiyetiyle bağdaşmayacaktır⁴²². Ayrıca, taraflar arasındaki iç ilişkinin içeriği ile ilgisi olmayan üçüncü kişinin, acente sözleşmesine uygulanacak hukuka bağlı tutulması, onun menfaatlerine aykırı olacaktır⁴²³. Bu bakımdan, acente ilişkisinin en önemli özelliklerinden biri olan üç taraflı hukukî ilişki yapısı dikkate alınmaksızın getirilen bu önerinin, taraflar arasındaki menfaat dengesini bozması kuvvetle muhtemeldir.

Temsil yetkisinin esas sözleşme statüsüne tâbi tutulması önerisi de yerinde bir çözüm değildir. Zira temsil statüsünün, esas sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tayin edilmesi önerisi, yine taraflar arasındaki menfaatler dengesini bozacak mahiyettedir. Her ne kadar acentenin temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile akdettiği sözleşme ile temsil yetkisine uygulanacak hukukta yeknesaklığı sağlayacak

⁴²⁰ Aynı yönde bkz. **Badr**, s. 96; **Verhagen**, Agency, s. 109.

⁴²¹ Aynı yönde bkz. **Schmitthoff**, s. 176; **Badr**, s. 96.

⁴²² Doktrinde acente ilişkisi gibi birbiriyle bağlantılı birden çok ilişkinin yer aldığı bir doğrudan iradî temsil ilişkisinde, her bir hukukî ilişkiye uygulanacak hukukun aynı mı olduğu, yoksa birbirinden bağımsız kanunlar ihtilâfı kurallarının mı tercih edileceği konusu, belirsizlik yaratan bir husus olarak görülmektedir. Bununla beraber, hukukî ilişkinin niteliğinin, bu konuda yol gösterici olacağı haklı olarak savunulmaktadır: **Delaume**, Law, s. 11.

⁴²³ **Reese/Flesch**, s. 768.

bir öneri olsa da, böyle bir amacın temini gibi bir zorunluluk yoktur⁴²⁴. Aynı şekilde, bu öneri, uygulanacak hukuk bakımından, üçüncü kişi için öngörülebilirliği sağlayacak olmakla beraber, aynı hedefin temsil olunan için sağlanamayacağı açıktır. Örneğin esas sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşmeyi akdeden acente ve üçüncü kişi tarafından seçilmesi imkân dâhilinde olduğundan, acentenin, temsil olunanın arzusu dışında, temsil yetkisini genişletecek bir hukuk seçimi anlaşması, açıkça temsil olunanın menfaatlerine aykırı olacaktır. Bu gerekçelerle, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun, temsil statüsü bakımından, acente ilişkisinin her üç tarafının da menfaatlerini dengeleyici ve öngörülebilir bir bağlama kuralı olmadığı kanaatindeyiz⁴²⁵.

Acenteye temsil yetkisinin verildiği yer dikkate alınarak temsil statüsünün tayin edilmesinin de, isabetli bir öneri olmadığı kanısındayız. Zira temsil yetkisinin verildiği yer, acente ilişkisine sonradan taraf olan üçüncü kişi bakımından öngörülebilir bir bağlama noktası değildir. Bu bağlama noktasını önerenlerin bile, temsil olunanın yerleşim yeri veya işyeriyle çakışması ihtimalini gözeterek temsil yetkisinin verildiği yer hukukunu savundukları dikkate alınır, acenteye temsil yetkisinin verildiği yer hukukunun, tek başına kabule yeterli bir bağlama kuralı olmadığı savunulabilir⁴²⁶.

Temsil yetkisine uygulanacak hukuk bakımından, üçüncü kişinin hukukunun dikkate alınması önerisi de yine makûl bir çözüm getirmez. Acente ilişkisi, yalnızca üçüncü kişinin değil, temsil olunan ve acentenin de taraf olduğu üç taraflı bir ilişkidir. Bu nedenle, temsil olunanın menfaatlerine aykırılık teşkil edecek bu önerinin yerinde olmadığı açıktır. Acente ilişkisinin tarafları arasında menfaatler dengesi sağlama amacı gütmeyen bir bağlama noktası önerisinin, taraftar bulması da mümkün değildir⁴²⁷.

Bu açıklamalardan hareketle, kanaatimizce, acente ilişkisinde temsil statüsü, acentenin işyeri dikkate alınarak belirlenmelidir. Zira acentelik faaliyetini meslekî amaçlarla ve ticarî olarak yürüten acente, bu ilişkideki kilit role sahip taraftır. Her ne

⁴²⁴ Verhagen, Agency, s. 78.

⁴²⁵ Aynı yönde Badr, s. 82-83; Nishi, s. 80; Alper, s. 280.

⁴²⁶ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 132.

⁴²⁷ Spellenberg, s. 209 (Verhagen, Agency, s. 110'dan naklen).

kadar temsil olunan ad ve hesabına işlem yapsa da, üçüncü kişi ile hukukî ilişkiye giren, sözleşme akdeden, hüküm ve sonuçların temsil olunan ve üçüncü kişinin hukukî alanında doğmasına temel teşkil eden işlemleri yerine getiren taraf, acentedir. Acentenin temsil olunan ve üçüncü kişi arasındaki bu konumu, acentenin işyeri hukukunun tercihindeki gerekçelerden biri olmalıdır⁴²⁸.

Acentenin işyerinin, hem temsil olunan, hem de üçüncü kişi için öngörülebilir olması ve kolayca tespit edilebilmesi, kanımızca, bir diğer tercih nedenidir. Özellikle işyeri gibi bir bağlama noktasının sabit niteliği, meslekî veya ticarî faaliyet kapsamında yapılan işler bakımından önemli bir gerekçe olarak kabul edilmelidir⁴²⁹. Bu nedenle, acente dış ilişkisinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, acentenin işyeri hukukunun, temsil yetkisiyle sıkı ilişkili hukuku işaret edeceği kanaatindeyiz. Zira kural olarak acentenin işyeri, acentenin temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişilerle esas sözleşme akdettiği ticarî alandır. Bu nedenle, acentenin işyeri hukuku, temsil statüsü çerçevesinde, genel bağlama kuralı olarak dikkate alınmalıdır.

Bununla birlikte, istisnaî olarak, acentenin işyerinin bulunmaması ya da üçüncü kişinin acentenin işyeri bilmemesi durumunda, acentenin işyeri yerine başka bir önerinin getirilmesi, isabet arz edecektir⁴³⁰. Zira üçüncü kişi, ilk ihtimalde acentenin işyeri olmadığı, ikinci ihtimalde ise acentenin işyeri dışında hukukî işlem yapacağı için, temsil yetkisinin kullanıldığı yer ön plâna çıkacaktır. Bu ihtimallerde, acentenin temsil yetkisini fiilen kullanıldığı yer hukukunun, temsil yetkisi ile daha sıkı ilişkiyi sağlayan ve üçüncü kişi ile temsil olunan arasındaki menfaatler dengesini kuran bir bağlama noktası olduğu görüşünderiz. Dolayısıyla, acentenin temsil yetkisini kullandığı yer hukukuna istisnaî olarak başvurulabilmelidir.

Sonuç olarak, belli bir ticarî mekanda faaliyette buldukları için belirli, kesin, öngörülebilir, temsil olunan ve üçüncü kişi arasında uzlaştırıcı ve dengeleyici özelliklere sahip olan acentenin işyeri hukuku, öncelikle uygulama bulmalıdır. Bununla birlikte, yukarıda açıklandığı üzere, istisnaen acentenin işyerinin bulunmaması da mümkündür. Örneğin, temsil olunan ad ve hesabına hareket eden

⁴²⁸ Moll, s. 48

⁴²⁹ Hay/Müller-Freienfels, s. 32.

⁴³⁰ Badr, s. 100; Verhagen, Agency, s. 114; Moll, s. 48.

bazı kişiler, acente niteliği taşımamalarına rağmen kanun gereği acente sayılmaktadır⁴³¹. İşte acentelik hükümlerine tâbi tutulan bu kişilerin işyerinin bulunmaması ihtimal dâhilindedir. Bu hâlde, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun temsil statüsü olarak kabul edilmesi gerekir. Aynı şekilde, acente ile işyeri dışında muamelede bulunan üçüncü kişi, bu durumu bilmiyorsa ve de bilebilecek durumda değilse, acentenin işyeri hukuku yerine temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukuku dikkate alınmalıdır⁴³². Bu bakımdan, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun acentenin işyeri hukukundan sonra belirli şartlar çerçevesinde ikincil bağlama kuralı olarak kabul edilmesi gerektiği kanısındayız.

E. TÜRK HUKUKUNA BAKIŞ

I. GENEL OLARAK

Türkiye'nin genel olarak temsil yetkisi⁴³³, özel olarak da acentelik konusunda taraf olduğu kanunlar ihtilâfına ilişkin bir milletlerarası sözleşme bulunmamaktadır. Ancak La Haye Temsil Konvansiyonu'na Türkiye'nin de taraf olmasının, konuya ilişkin yeknesak bağlama kuralları getirilmesi bakımından yerinde olacağı ifade edilmektedir⁴³⁴.

Türk milletlerarası özel hukukunda, temsil statüsü tespit edilirken, temsil yetkisinin soyutluğu ilkesinden hareket edilmektedir. Acente dış ilişkisinde temsil yetkisine uygulanacak hukukun belirlenmesinde, esas sözleşmenin ve acente sözleşmesinin temsil yetkisinden bağımsızlığı dikkate alınmaktadır⁴³⁵.

⁴³¹ Türk hukuku bakımından ayrıntılı olarak bkz. **Kayihan**, s. 78 vd.; **Arkan**, s. 226; **Karahan**, s. 230.

⁴³² Aynı yönde bkz. **Verhagen**, Agency, s. 114.

⁴³³ Türk hukukunda, uygulamada “temsil yetkisi” kavramı yerine “vekâlet” ibaresi tercih edilmektedir. Tespit için bkz. **Tanrıver**, S.: Noterlik Açısından Vekâlet, Ankara 2001, s. 3. Ancak daha önce de vurgulandığı üzere, her iki kavram hukuken farklı hüküm ve sonuçlara sahiptir. Temsil yetkisinin, temel sözleşmeden soyutluğu esastır. Vekâlet sözleşmesi olmadan da temsil yetkisinin verilmesi mümkündür. Bu bakımdan, uygulamadaki söz konusu tercihin makûl bir dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıca kavram kargaşasına sebebiyet verdiği de bir gerçektir.

⁴³⁴ Türk milletlerarası özel hukukundaki temsile ilişkin düzenlemelerle bazı yönlerden paralellik teşkil eden La Haye Temsil Konvansiyonu'nun onaylanarak Türk hukuku bakımından da yürürlüğe sokulmasının yerinde olacağı görüşü hakkında bkz. **Tekinalp**, La Haye, s. 32.

⁴³⁵ Doktrinde bir görüş, temsil statüsünün maddî hukukta temel sözleşme ve esas sözleşmeden bağımsız olmasının, uygulanacak hukukun da bağımsız olmasını gerektirdiğini ileri sürmektedir: **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 135.

Türk maddî hukukunda, temsil yetkisi, soyut nitelik arz ettiği için, üçüncü kişiler üzerinde doğrudan etki doğurabilmektedir. Temsil yetkisinin bu karakteristik özelliği, karşılaştırmalı hukuka paralel olarak, işlem güvenliğine hizmet eden, objektif ve öngörülebilir bir bağlama kuralının kabul edilmesini gerektirmektedir⁴³⁶. Aynı zamanda, üçüncü kişi ve temsil olunanın menfaatlerini gözeten bir bağlama kuralına ihtiyaç duyulduğu dile getirilmektedir⁴³⁷.

Türk hukukunda temsil statüsünün tespiti konusu, 1930 tarihli Türkiye’de Bulunan Ecnebîlerin Hak ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun (EHVHK) dönemi, 2675 sayılı MÖHUK dönemi ve 5718 sayılı MÖHUK dönemi şeklinde üçlü bir tarihsel periyoda ayrılarak incelenmelidir. 5718 sayılı MÖHUK yürürlüğe girene dek, temsil statüsü konusunda bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu bakımdan, acente dış ilişkisine uygulanacak hukuk, doktrindeki görüşler ve içtihatlar çerçevesinde belirlenmekteydi. Bu tespitite, temsil yetkisinin soyutluğu ilkesinin önemli bir kriter olarak dikkate alındığı ifade edilmelidir. Aynı şekilde, işlem güvenliği, temsil statüsünün tayininde başvurulan bir diğer kriterdi⁴³⁸. Bu çerçevede, temsil yetkisine uygulanacak hukuk, genel temsil yetkisine paralel olarak, doktrinel görüşler ve az sayıdaki mahkeme kararına göre şekillenmekteydi.

II. 1930 TARİHLİ EHVHK DÖNEMİ

1930 tarihli EHVHK döneminde temsil statüsünün tespiti konusunda, irade muhtariyeti reddedilmekte idi⁴³⁹. Bu bakımdan, hukuk seçimi imkânının benimsenmediği bu dönemde, doktrinde ileri sürülen görüşler uyarınca uygulanacak hukuk tayin edilmekteydi.

Bu dönemde, temsil statüsünün objektif esaslara göre belirlenmesinde, temsil yetkisinin etki alanı hukuku dikkate alınmakta idi. Bu bağlama kuralı önerilirken, etki alanının tespiti noktasında ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir. Bir diğer ifadeyle, temsil yetkisinin etki alanı, yalnızca temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı yerle sınırlı tutulmamış, bilakis temsilcinin faaliyet biçimine göre bir ayırım

⁴³⁶ Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, s. 135.

⁴³⁷ Tekinalp, Temsil, s. 57-58.

⁴³⁸ Tekinalp, Temsil, s. 57.

⁴³⁹ Göger, Devletler, 301.

yapılmıştır⁴⁴⁰. Bu ayırım gereğince, devamlı olarak bir yerde temsilcilik yapan temsilciler bakımından yetkinin etki alanı, bunların işyeri olarak kabul edilmiştir. Ancak devamlı surette işyerleri dışında temsilcilik faaliyetinde bulunan temsilciler içinse, yetkinin fiilen kullanıldığı yer, yetkinin etki alanı olarak benimsenmiştir⁴⁴¹. Bu ayırım neticesinde, meslekî veya ticarî faaliyetini belli bir yerden devamlı olarak yerine getiren acenteler bakımından, kendi işyeri hukukunun objektif bağlama kuralı olarak kabul edildiği sonucuna varılabilir⁴⁴².

Bu dönemde, konuya ilişkin Yargıtay kararı nadir olmakla beraber, mevcut kararlarda, temsil statüsü ile ilgili olarak, etki alanı hukukunun dikkate alındığı görülmektedir⁴⁴³. Bu dönemde verilen kararlarda, Yargıtay'ın temsil yetkisinin etki alanı hukukunu tercihte, Mülga TTK md. 117/3'e dayandığı söylenebilir⁴⁴⁴. Zira Mülga TTK md. 117/3'ün "yurt içinde merkez veya şubesi olmayan yabancı ticarî işletme adına geçici de olsa yurt içinde işlem yapanlar hakkında acentelik hükümlerinin uygulanacağı" nı öngören hükmü, Yargıtay kararlarında etki alanı hukukunu işaret eder şeklinde yorumlanmıştır⁴⁴⁵. Örneğin Yargıtay'ın 1971 tarihli bir kararında, yabancı bir temsilcinin temsil yetkisini kullanmasıyla ilgili bir uyuşmazlığa, yetkinin kullanıldığı yer hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır⁴⁴⁶.

⁴⁴⁰ Göğer, Devletler, s. 300-301.

⁴⁴¹ Tekinalp, Temsil, s. 57-58.

⁴⁴² Böyle bir sonucun, tarafların menfaatleri ve ticarî hayatın gerekleri bakımından uygun bir çözüm olduğu savunulmuştur: Göğer, Devletler, s. 300.

⁴⁴³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca 2.9.1978 tarihinde verilen bir kararda "...Türkiye'de merkez ve şubesi bulunmayan İtalyan C. T. firması adına memleket içinde muamelede bulunan kişiye, davalı C. T. firması hakkında dava açılabilmesine" ilişkin Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin kararı onaylanmıştır. Yerel mahkeme, davalının taraf değil aracı olduğundan hareketle davanın reddine karar vermiş ve temyiz kararı karşısında da ısrar etmiştir. Karar, husumetle ilgili olmakla beraber, Mülga TTK md. 117/3'e göre Türkiye'de firma adına muamelede bulunan temsilcinin durumunun Yargıtay tarafından da doğru bir şekilde değerlendirildiğini göstermektedir. Karar hakkında bkz. Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, s. 398.

⁴⁴⁴ Tekinalp, G.: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 1981, s. 270 (Bağlama).

⁴⁴⁵ Örnek Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 11. HD., 8.6.1982 T. ve 2235/2756 sayılı karar, Yargıtay 11. HD., 20.1.1978 T. ve 5392/108 sayılı karar. Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁴⁶ Yargıtay İcra İflas Dairesi'nin 27.4.1970 T. ve 4882/4252 sayılı kararı için bkz. Tekinalp, Temsil, s. 57.

III. 2675 SAYILI MÖHUK DÖNEMİ

2675 sayılı MÖHUK'da, temsil statüsünü tespit eden bir kanunî düzenlemeye yer verilmemiştir. Genel olarak temsil ilişkisi ve özel olarak da acente ilişkisinin bir bağlama konusu olarak 2675 sayılı MÖHUK'da yer almaması, doktrinde eleştirilmiştir. Gerçekten de, temsil ilişkisinin borçlar hukukundaki yeri dikkate alındığında, konuya ilişkin bağlama kurallarının özel olarak düzenlenmemesi, önemli bir eksiklik⁴⁴⁷. Zira az sayıdaki içtihatlar karşısında, acente ilişkisi gibi üç taraflı bir hukukî ilişkiye uygulanacak hukukun, kanunî düzenlemelerle tespit edilmesi, ortaya çıkan muğlaklığı gidereceği gibi, öngörülebilirliği ve belirliliği de sağlayacaktır⁴⁴⁸.

2675 sayılı MÖHUK'da, temsil ilişkisi, münferit bir bağlama konusu olarak düzenlenmediği için, Kanunun yürürlüğü öncesindeki az sayıdaki içtihat ve doktrinel görüşlerin belirlediği objektif kriterlerin esas alındığı görülmektedir. Bu çerçevede, Yargıtay kararları dikkate alındığında, muamele yeri hukukunun, bir başka deyişle, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun, acente dış ilişkisine uygulanacak hukuku tayin ettiği görülmektedir⁴⁴⁹. Aynı şekilde, doktrinde kabul edilen baskın görüş, temsil statüsünün, kural olarak acentenin temsil yetkisini kullandığı yer hukukuna göre tayin edilmesi gerektiği yönünde idi⁴⁵⁰.

IV. 5718 SAYILI MÖHUK DÖNEMİ

5718 sayılı MÖHUK, temsil hakkında özel bir düzenleme getirmiştir. MÖHUK'da her ne kadar acente ilişkisi şeklinde özel bir bağlama konusu düzenlenmese de, iradî ve doğrudan temsil yetkisinin, acente ilişkisi hakkında da hüküm arz edeceği kuşkusuzdur.

⁴⁴⁷ Çelikel/Erdem, s. 374.

⁴⁴⁸ Temsil ilişkisi hakkındaki bağlama kuralının, üçlü menfaatler ilişkisi çerçevesinde dengenin sağlanması bakımından ayrıca ve açıkça tespit edilmesinin önemi hakkında ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, s. 374.

⁴⁴⁹ Örnek bir karar için bkz. Yargıtay 19. HD 3.12.1998 T ve 5675/7821 sayılı karar: Yasa Dergisi, 4 (2000), s. 596. Aynı yönde başka kararlar için bkz. Yargıtay 15. HD 9.2.2005 T ve 3652/634 sayılı karar, Yargıtay 13. HD 6.6.1996 T ve 4821/5751 sayılı karar, Yargıtay 13. HD 11.6.1990 T ve 7818/4210 sayılı karar. Kararlar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁵⁰ Tekinalp, Bağlama 2006, s. 105.

Bu noktada belirtilmelidir ki, MÖHUK md. 30'un "temsil yetkisi" başlıklı düzenlemesi eleştiriye açıktır. Zira MÖHUK md. 30, yalnızca temsil yetkisinden doğan ihtilâflar hakkında bağlama kuralı getirmemektedir⁴⁵¹. Bilakis MÖHUK md. 30 içerik itibariyle eleştirilere tâbi olmakla birlikte, temsil iç ve dış ilişkisi statüsünü düzenlemektedir. Bu nedenle madde kenar başlığının "temsil ilişkisi" şeklinde düzenlenmesi isabetli olurdu⁴⁵².

5718 sayılı MÖHUK md. 30'da, temsil yetkisine uygulanacak hukuk, temsil ilişkisinin iç ve dış ilişki yönü ayırt edilerek tespit edilmektedir⁴⁵³. Bu ayrım neticesinde, MÖHUK md. 30/2, acente dış ilişkisine uygulanacak hukuku, objektif esaslara göre tespit etmektedir. Aynı şekilde, MÖHUK md. 30/2'nin öngördüğü bağlama kuralları, acente ilişkisinden kaynaklanan yetkisiz temsille ilgili hususlarda da dikkate alınacaktır⁴⁵⁴.

MÖHUK md. 30'un getirdiği temsil iç ilişkisi statüsü ve temsil statüsü ayırımına karşın, doktrinde bir görüş, MÖHUK md. 30'un, temsil ilişkisinin iç ve dış ilişkili hukukî yapısına değil, taraflar arasında temel ilişkinin bulunup bulunmamasına göre değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Görüşe göre, temsilci ile temsil olunan arasında acente sözleşmesi gibi temel bir ilişkinin bulunması hâlinde MÖHUK md. 30/1 uygulama bulmalıdır. Buna karşın, taraflar arasında böyle bir temel ilişkinin yokluğu durumunda, üçüncü kişinin böyle bir ilişkiyi bilmemesi şartıyla MÖHUK md. 30/2 esas alınarak uygulanacak hukuk tayin edilmelidir⁴⁵⁵. Ancak yukarıda da vurgulandığı üzere, TTK'nın benimsediği temsil yetkisinin temel ilişkiden soyutluğu ilkesi karşısında böyle bir ayırımın, MÖHUK md. 30 bakımından yapılmasının isabetli olmayacağı kanısındayız.

⁴⁵¹ "Temsil yetkisi" başlıklı MÖHUK md. 30'un madde kenar başlığına yönelik eleştiri hakkında ayrıca bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 82.

⁴⁵² Nitekim İsviçre MÖHK md. 126'nın konuya ilişkin madde kenar başlığı da temsil anlamına gelen "stellvertretung" ibaresidir.

⁴⁵³ Temsil statüsünün böyle bir ayırma göre tayin edilmesinde, temsil olunan, temsilci ve üçüncü kişinin menfaatlerinin dengelenmesi amacı etkili olmaktadır. MÖHUK md. 30'un gerekçesi hakkında bkz. **Tiryakioğlu/Aygün/Küçük**: Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı, Ankara 2008, s. 138 vd.

⁴⁵⁴ **Nomer**, s. 304; **Doğan**, Milletlerarası, s. 323; **Çelikel/Erdem**, s.375.

⁴⁵⁵ Doktrinde Tekinalp tarafından savunulan görüş hakkında bkz. **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 135.

1. İrade Muhtariyetinin Reddi

Türk milletlerarası özel hukukunda irade muhtariyeti ilkesi, temsil statüsü bakımından kabul edilmemektedir. Doktrinde bir görüş, taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmamasının, temsilcinin temsil olunan ad ve hesabına muameleye girdiği üçüncü kişileri temsil ilişkisinin sürpriz etkilerine karşı koruduğunu ifade etmektedir⁴⁵⁶.

Her ne kadar irade muhtariyeti ilkesi, açıkça temsil dış ilişkisinde reddedilirse de, doktrinde savunulduğu üzere, kabule yönelik baskın bir eğilimin olduğu da söylenemez. Nitekim doktrinde, temsil ilişkisindeki temsilci-temsil olunan-üçüncü kişi arasındaki üçlü menfaatler dengesinin korunması bakımından, irade muhtariyeti ilkesinin kabul edilmemesi gerektiği savunulmaktadır. Özellikle, irade muhtariyetinde zımnî hukuk seçimine etki tanındığı düşünülürse, üçlü ilişkide zımnî hukuk seçiminin sakıncalar doğurabilmesi muhtemeldir⁴⁵⁷.

Ancak yukarıda detaylı olarak vurguladığımız üzere, Türk milletlerarası özel hukuku bakımından temsil statüsünün tayininde de, sınırlı bir hukuk seçimi imkânının tanınmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz⁴⁵⁸. Bu bakımdan, temsil olunan tarafından yapılan bir hukuk seçiminin, acente aracılığıyla üçüncü kişiye bildirilmesi ve bu önerinin de kabul edilmesi ya da temsil olunanın bizzat üçüncü kişiyle hukuk seçimi anlaşması yapması şartıyla, hukuk seçimi anlaşmasının hukukî sonuç doğurması yerinde olacaktır. Nitekim doktrinde bir görüş de, temsil olunan ve üçüncü kişi arasında bir hukuk seçimi anlaşmasının açıkça yapılabileceğini savunmaktadır⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Tekinalp, Temsil, s. 58.

⁴⁵⁷ Alper, s. 288.

⁴⁵⁸ İrade muhtariyetinin temsil statüsü bakımından tanınması konusundaki görüşümüz hakkında bkz. İKİNCİ BÖLÜM, UYGULANACAK HUKUKUN SÜBJEKTİF KRİTERLERE GÖRE TESPİTİ, GÖRÜŞÜMÜZ başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁵⁹ Doktrinde bir görüş, son yıllarda sadece borçlar hukuku alanında değil, miras, haksız fiil, eşya ve aile hukuku alanlarında da irade muhtariyetine yer verildiğini, temsil yetkisinin özellikle borç ilişkileri bakımından ön plâna çıktığını, bu sebeple, temsil statüsü bakımından da taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmanın gerekli olduğu savunmaktadır: Uyanık Çavuşoğlu, s. 96.

2. Uygulanacak Hukukun Objektif Kriterlere Göre Tespiti

a. Acentenin İşyeri Hukuku

Temsil dış ilişkisi çerçevesinde temsil yetkisine uygulanacak hukukun tayin edildiği MÖHUK md. 30/2'ye göre, temsilcinin bir fiilin temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara, temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Dolayısıyla, uygulanacak hukukun objektif esaslara göre tayin edildiği temsil statüsünde, acente sözleşmesinin karakteristik edim borçlusu olan acentenin işyeri hukuku, genel bağlama kuralı olarak öncelikle dikkate alınacaktır.

Bu açıklamalardan hareketle, MÖHUK md. 30/2 gereğince, acente dış ilişkisi kapsamında kalan temsil yetkisi ile ilgili bir ihtilâfa, kural olarak acentenin işyeri hukuku uygulanacaktır. Ancak acentenin işyeri hukukunun uygulanabilmesi için, acentenin işyerinin üçüncü kişi tarafından biliniyor veya bilinebilir olması şarttır. Acentenin, temsil yetkisini işyerinde kullanması da, acentenin işyeri hukukunun uygulanabilmesi için gerekli bir diğer şarttır⁴⁶⁰.

Türk hukukunda da acentenin işyeri hukukunun tercih edilmesinde, acentelik faaliyetinin kural olarak işyerinde yerine getirilmesi kriteri etkili olmuştur. Aynı şekilde, acentenin işyerinin işlem merkezi olarak, temsil olunan ve üçüncü kişi tarafından da kural olarak biliniyor olması, bir diğer tercih gerekçesidir⁴⁶¹. MÖHUK md. 30/2'nin, temsil statüsünün tespitinde öncelikle acentenin işyeri hukukunun uygulanmasını sağlayan tercihinin, acentenin bildiği bir yer olarak, onun da menfaatine uygun olduğu savunulmaktadır. Bu bağlamda doktrinde, özellikle üçüncü kişinin bilmesi ya da bilebilecek durumda olması ihtimalinde, acentenin işyeri hukukunun uygulanmasının, üçüncü kişinin de menfaatinin korunması bakımından yerinde bir tercih olduğu ifade edilmektedir⁴⁶².

Temsil statüsünü tayinde dikkate alınan acentenin işyeri, Türk milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinde tanımlanmamıştır. Bu nedenle, acentenin işyeri kavramı, doktrindeki tanımlara göre belirlenmektedir. Doktrinde bir görüş, işyerini,

⁴⁶⁰ **Uyamık Çavuşoğlu**, s. 85.

⁴⁶¹ **Çelikel/Erдем**, s. 375.

⁴⁶² MÖHUK md. 30/2'nin, temsil statüsünün tayininde öncelikle temsilcinin işyeri hukukunun esas alınması yönündeki tercihi hakkındaki görüşler için bkz. **Uyamık Çavuşoğlu**, s. 87.

meslekî faaliyetin yapıldığı yer olarak tanımlamaktadır⁴⁶³. Bir başka görüş ise, işyerini, işletmenin bulunduğu yerle eşdeğer görmektedir⁴⁶⁴. Benzer şekilde, acentenin ticarî yerleşim yerinin, acentenin işyeri olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴⁶⁵. Kanaatimizce, acentenin işyeri, kural olarak acentelik faaliyetinin profesyonel olarak ve ticarî veya meslekî faaliyet kapsamında yürütüldüğü yer olarak kabul edilmelidir⁴⁶⁶. Bu çerçevede, acentenin işyeri, acentenin gerçek kişi olması hâlinde ticarî faaliyetlerin merkezinin bulunduğu yer iken, acentenin ticaret şirketi örneğinde olduğu gibi tüzel kişi olması durumunda ise, statüsündeki idare merkezinin bulunduğu yer olarak kabul edilmelidir⁴⁶⁷. Ancak temsil statüsünün öngördüğü işyeri, gerçek idare merkezi değilse, bu durumda acentelik faaliyetinin fiilen idare edildiği yer, acentenin işyeri olarak kabul edilmelidir. Nitekim MÖHUK md. 9/4-5'in tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetini düzenleyen hükmü de, gerçek idare merkezinin esas alınması yönündedir⁴⁶⁸.

Acentenin birden çok işyerinin bulunması, milletlerarası ticarete olağan bir durumdur. Temsil statüsünün tespitinde hangi işyerinin esas alınacağı konusunda MÖHUK'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre, acentenin birden çok işyeri olması ihtimalinde, üçüncü kişinin de bilmesi şartıyla, temsil faaliyeti ile daha sıkı ilişkili işyeri dikkate alınmalıdır⁴⁶⁹. Bu çözüm, La Haye Temsil Konvansiyonu md. 11/3'de öngörülen hükümle de paralellik teşkil etmektedir⁴⁷⁰. Aynı şekilde, acente sözleşmesi statüsünü tayin eden MÖHUK md. 24/4'deki karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri olması durumunda sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyerinin uygulanmasını öngören düzenleme de, bu yönde bir tercihte önemli bir dayanak olarak kabul edilebilecektir. Acentenin

⁴⁶³ **Özkan**, s. 45.

⁴⁶⁴ **Göger**, Devletler, s. 303.

⁴⁶⁵ **Tekinalp**, Temsil, s. 41.

⁴⁶⁶ İşyeri tanımının, yürütülen faaliyetin profesyonel olup olmadığı ayrımı uygun olarak yapılması gerektiği hakkında benzer bir görüş için bkz. **Verhagen**, Agency, s. 218.

⁴⁶⁷ Doktrinde Uyanık Çavuşoğlu'nun İsviçre doktrininde de benimsenen ayrımı için bkz. **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 86.

⁴⁶⁸ Ticaret şirketlerinin idare merkezinin tespiti hakkında ayrıntılı olarak bkz. **Arat**, T.: Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Ankara 1970, s. 80 vd. (Ticaret); **Aygül**, Şirket, s. 60 vd.

⁴⁶⁹ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 86. Konuyla ilgili olarak aksi yönde bir görüş ise, acentenin birden fazla işyerine sahip olması durumunda, acentelik faaliyetinin yürütüldüğü merkezî işyerinin, uygulanacak hukuku tayin eden bağlama noktası olarak kabul edilmesi gerektiği yönündedir: **Schmitthoff**, s. 174.

⁴⁷⁰ La Haye Temsil Konvansiyonu md. 11/3'de, işyerinin birden çok olması hâlinde, temsil ilişkisiyle en sıkı ilişkili işyerinin esas alınması gerektiği hükme bağlanmıştır.

birden fazla işyeri arasında, acentenin faaliyeti ile daha sıkı ilişkili olan işyerinin tespit edilememesi hâlinde ise, şüphesiz temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukuku dikkate alınacaktır⁴⁷¹.

b. Temsil Yetkisinin Kullanıldığı Yer Hukuku

Acentenin işyeri hukuku, bazı istisnaî hâllerde dikkate alınmayarak, temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna etki tanınmaktadır⁴⁷². Temsil yetkisinin etki alanı hukukunun uygulanmasını sağlayacak olan bu bağlama kuralı, MÖHUK'da yedek bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir.

MÖHUK md. 30/2'nin öncelikle uygulanmasını öngördüğü temsilcinin işyerinin bulunması durumunda, kural olarak temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı ülke hukuku dikkate alınmaz. Bununla birlikte, MÖHUK md. 30/2, temsilcinin işyerinin bulunduğu bazı durumlarda da istisnaen temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı ülke hukukunun uygulanmasını öngörmüştür. Buna göre, temsilcinin işyerinin üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya temsil yetkisinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda, temsil dış ilişkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbi tutulmuştur. Aynı şekilde, temsilcinin işyerinin olmaması durumunda da MÖHUK md. 30/2 gereğince temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı ülke hukuku uygulanacaktır. Söz konusu istisnalar, acente dış ilişkisinde temsil yetkisine uygulanacak hukuk bakımından da geçerli olmakla birlikte, istisnaların gerçekleşme ihtimali, acente sözleşmesinin hukukî niteliğine göre değişkenlik arz etmektedir.

Bu açıklamadan hareketle, MÖHUK md. 30/2'de öngörülen istisnaî hâllerin ilki, temsilcinin işyerinin bulunmamasıdır. Genel olarak iradî temsil türleri bakımından temsilcinin işyerinin bulunmaması mümkündür. Örneğin, ticarî temsilci, ticarî vekil, satış memuru, işletme çalışanı gibi bağımlı tacir yardımcıları, temsil olunanın işletmesine ya da işyerine bağlı olarak faaliyette bulunmaktadır⁴⁷³. Ancak acente gibi kural olarak meslekî veya ticarî olarak faaliyette bulunan temsilciler,

⁴⁷¹ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 86.

⁴⁷² Konuya ilişkin Yargıtay içtihatlarında da, temsil yetkisinin etki alanı hukukunun benimsendiği görülmektedir. Örnek kararlar için bkz. Yargıtay 15. HD, 9.2.2005 T. ve 3652/634 sayılı karar, Yargıtay 13. HD, 6.6.1996 T. ve 4821/5751 sayılı karar, Yargıtay 13. HD, 11.6.1990 T. ve 7818/4210 sayılı karar: Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁷³ **Arkan**, s. 198.

kendilerine ait bağımsız bir işletme işletirler⁴⁷⁴. Bir başka ifadeyle, faaliyet düzenini ve çalışma zamanını kendisi ayarlayan acenteler, kendi adlarına ayrı bir işletme işleterek, kural olarak kendi işyerlerinde acentelik faaliyetinde bulunurlar. Bu nedenle, MÖHUK md. 30/2'nin öngördüğü acentenin işyerinin bulunmaması ihtimalinin, acente ilişkisinde gündeme gelmesi oldukça zordur. Ancak Türk hukukunda acentelik hakkındaki hükümlere tâbi tutulan bazı hukukî ilişkiler vardır⁴⁷⁵. Kanun koyucu, temsil olunan ad ve hesabına hareket eden bazı kişileri, TTK md. 102'nin öngördüğü şartları taşımamasına rağmen acente saymaktadır⁴⁷⁶. Dolayısıyla, faaliyetinin sürekliliği ve meslekîliğinin bir gereği olarak işyerine sahip olan acentenin aksine, işyeri bulunmayan bir kimsenin üçüncü kişi ad ve hesabına işlem yapması, TTK md. 103 gereğince ihtimal dâhilindedir. Böyle bir durumda, acente dış ilişkisine uygulanacak hukuku tayin edecek bağlama noktası olarak acentenin işyeri olmayacağı için, doğal olarak temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukuku dikkate alınacaktır.

Konuya ilişkin ikinci istisnaî durum, üçüncü kişi tarafından, temsilcinin işyerinin bilinmemesinden kaynaklanmaktadır. Özellikle acentenin, kendi işyerinin bulunduğu ülke dışında üçüncü kişi ile temasa geçip sözleşme akdetmesi hâlinde, üçüncü kişinin acentenin işyerini bilememesi pek tâbi mümkündür⁴⁷⁷. İşte üçüncü kişi bakımından söz konusu olan bu belirsizlik ve öngörülemezlik, MÖHUK md. 30/2'de, temsilcinin temsil yetkisini kullandığı yerin, temsilcinin işyerine tercih edilmesine neden olmaktadır. Bu çerçevede, üçüncü kişinin, temsilcinin işyerini bilememesi olgusunun, sübjektif mi, yoksa objektif unsurlara göre mi tespit edileceği hususunda, MÖHUK md. 30/2'de bir açıklık yoktur. Kanaatimizce, acentenin işyerinin bilinemediğinin objektif kriterler dikkate alınarak tespit edilmesi gerekir. Acentenin işyeri biliniyor ya da bilinebilir nitelikte ise, temsil yetkisinin kullanıldığı

⁴⁷⁴ **Karahan**, s. 361; **Arkan**, s. 198.

⁴⁷⁵ Türk hukukunda TTK md. 103 gereğince, özel kanunlardaki hükümler saklı olmak üzere, acentelik hükümlerinin uygulanacağı temsilciler şöyle sıralanmıştır: - Sözleşmeleri yerli veya yabancı bir tacir hesabına ve kendi adına yapmaya sürekli olarak yetkili bulunanlar, - Türkiye Cumhuriyeti içinde merkez veya şubesi bulunmayan yabancı tacirler ad ve hesabına ülke içinde işlemlerde bulunanlar.

⁴⁷⁶ **Kayhan**, s. 78 vd.

⁴⁷⁷ Doktrinde, acentenin işyerinin üçüncü kişinin ülkesinde ticaret siciline tescil edilmiş olması hâlinde, güven ülkesi gereğince, bu yerin üçüncü kişi tarafından bilindiğinin varsayılması gerektiği ileri sürülmektedir: **Uyamık Çavuşoğlu**, s. 87.

yer hukuku uygulanmamalıdır⁴⁷⁸. Dolayısıyla hâkim, üçüncü kişinin acentenin işyerini bilmediğini ya da bilebilecek durumda da olmadığını, bir vâkıa olarak değerlendirip re'sen araştıramayacaktır⁴⁷⁹. Bu bakımdan, acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun tespitinde, temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun uygulanabilmesi için üçüncü kişinin, acentenin işyerini bilmediğini iddia etmesi ve bu iddiasını ispat etmesi zorunludur⁴⁸⁰.

MÖHUK md. 30/2 bağlamında temsil yetkisinin fiilen kullandığı yerin istisnaen dikkate alınmasını gerektiren üçüncü durum, temsilcinin, bir işyerine sahip olmasına rağmen, temsil yetkisini işyeri dışında kullanmasıdır. Ancak üçüncü kişinin, temsilcinin bir işyeri olduğunu bilmesi durumunda, temsilcinin işyeri hukukunun uygulanması gerekir⁴⁸¹.

Bu açıklamalardan hareketle, temsil statüsünün tayininde, temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı yer hukuku, ancak MÖHUK md. 30/2'de öngörülen acentenin işyerine ait istisnaî durumların varlığı hâlinde esas alınabilecektir⁴⁸². Önemli olan, MÖHUK md. 30/2'nin lafzından sınırlı sayıda olduğu sonucuna varılan istisnaî durumlarda temsil yetkisinin fiilen kullanılmış olduğu yerin tespit edilebilmesidir⁴⁸³. Bu noktada belirtmelidir ki, temsil yetkisinin kullanıldığı yerin tespitinde, temsilcinin işyerinin aksine bu yerin, üçüncü kişi tarafından bilinip bilinilmediğinin bir önemi yoktur⁴⁸⁴.

Kanaatimizce MÖHUK md. 30/2'nin düzenlemesi tartışmaya açıktır. Zira genel bağlama kuralı olarak kabul edilen temsilcinin işyeri hukukunun, yedek

⁴⁷⁸ Doktrinde aynı paralelde bir görüş de, MÖHUK md. 30/2'nin lafzına karşın, üçüncü kişi bakımından acentenin işyerinin "bilinebilir olma" ihtimalinde de, temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı yer hukukunun dikkate alınabileceğini savunmaktadır: **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 87.

⁴⁷⁹ Türk hukukunda maddî vâkıaların ilgili taraflarca dermeyan edilmesi zorunluluğu vardır. Hâkim, taraflarca ileri sürülmeyen vâkıaları re'sen dikkate alamaz. Bu sebeple, bağlama noktalarının da birer vâkıa olarak ilgili tarafça iddia edilmesi ve ispatlanması şarttır: **Nomer**, s. 188.

⁴⁸⁰ Şirket statüsü bakımından benzer bir tespit için bkz. **Aygül**, Şirket, s. 195.

⁴⁸¹ Doktrinde Tekinalp, verdiği örnekte, bir firmanın Ortadoğu temsilcisinin işyerinin İstanbul'da olmasına rağmen, istisnaen bu işyeri dışında yetkisini kullanması hâlinde, üçüncü kişinin durumu bilmesi şartıyla, işyerinin bulunduğu ülke hukukunun, bilmemesi durumunda ise yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukunun uygulanması gerektiğini savunmaktadır: **Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu**, s. 136.

⁴⁸² **Çelikel/Erdem**, s. 375; **Doğan**, Milletlerarası, s. 323.

⁴⁸³ Temsil yetkisinin kullanıldığı yerin tespiti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. İKİNCİ BÖLÜM, Temsil Yetkisinin Etki Alanı Hukuku başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁴⁸⁴ **Uyanık Çavuşoğlu**, s. 89.

bağlama kuralı olan temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı yer hukuku karşında uygulama alanı bulması güçleşmektedir. MÖHUK md. 30/2'nin lafzı dikkate alındığında, acentenin işyerinin olduğu ya da olmadığı her ihtimalde temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı ülke hukuku ön plâna çıkmaktadır. Zira temsilcinin işyeri yoksa veya üçüncü kişi tarafından bilinmiyorsa ya da temsil yetkisi işyeri dışında kullanılmışsa, temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Aynı şekilde, son ihtimal dikkate alındığında, MÖHUK md. 30/2'de genel bağlama kuralı olarak öngörülen temsilcinin işyerinin aynı zamanda temsil yetkisinin kullanıldığı yer olduğu sonucuna varılabilir. Aksi hâlde, temsil yetkisi işyeri dışında kullanılmış olsa idi, yine temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı ülke hukuku dikkate alınacaktı.

Görüldüğü gibi, MÖHUK md. 30/2'nin düzenlemesi, temsil yetkisi işyerinde ya da işyeri dışında bir yerde kullanılmış olsa da, her halükârda temsil yetkisinin kullanıldığı yeri işaret etmektedir. Dolayısıyla, MÖHUK md. 30/2'nin söz konusu düzenlemesi karşısında, temsilcinin işyeri hukuku, üçüncü kişinin temsilcinin işyerini bilmemesi ihtimali dışında, temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı yer hukukuyla aynı olmakta, bir diğer ifadeyle uygulama kabiliyeti olmayan bir bağlama kuralına dönüşmektedir. Bu gerekçeyle, MÖHUK md. 30/2'nin, aynen İsviçre MÖHK md. 126/2'de düzenlendiği şekilde yalnızca temsilcinin işyerinin olmaması ve üçüncü kişinin temsilcinin işyerini bilmemesi hâlleriyle sınırlı olarak temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun uygulanabileceğini öngörmesi, makûl bir çözüm yolu olabilirdi.

SONUÇ

“Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkilerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı” başlığını taşıyan çalışmamızda, milletlerarası ticarete önemli bir yeri olan acente ilişkisi çerçevesinde gündeme gelebilecek konular incelenmiştir. Acente ilişkisinin maddî hukuk yönü, acente ilişkisi statüsünün uygulama alanının tayininde genel olarak ele alınmış olsa da, çalışmamızda esas olarak, milletlerarası unsurlu acente ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti ve uygulama alanında kalan konular üzerinde durulmuştur.

Acentenin temsil yetkisine sahip olması durumunda, acente ilişkisi, iradî/doğrudan temsil ilişkisi olarak kabul edilir. Zira yalnızca aracılıktan ibaret olan faaliyeti istisna edilirse, acentenin, temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile sözleşme akdetmesi hâlinde, doğrudan temsilin hüküm ve sonuçları doğacaktır. Bu bakımdan, acente, temsil olunan ve üçüncü kişiden oluşan üç taraflı yapısı, acente ilişkisi hakkında, doğrudan temsil hükümleri çerçevesinde düzenlemeler getirilmesine neden olmaktadır.

Acente ilişkisi, sıkı bağlantı içinde olan ancak hukukî olarak farklı hüküm ve sonuçlara tâbi birden çok hukukî ilişkiden oluşmaktadır. Acente ve temsil olunan arasındaki iç ilişki, acentenin, temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişiye karşı temsil yetkisini kullanılması ile ortaya çıkan acente dış ilişkisi ve temsil olunan ve üçüncü kişi arasında kurulan esas hukukî işlem, acente ilişkisinin üç taraflı doğrudan temsil ilişkisini meydana getiren hukukî ilişkilerdir. Acente ilişkisinin iç ve dış temsil boyutlu yapısının, uygulanacak hukukun tayininde ve uygulama alanına dâhil konuların belirlenmesinde kilit rolü vardır. Bu sebeple, acente ilişkisi kapsamında ortaya çıkan her ihtilâfın tâbi olduğu statünün aynı mı yoksa farklı mı olduğu ve her bir statünün uygulama alanında kalan konuların neye göre belirleneceği, kanunlar ihtilâfı bakımından önemli tartışmalara neden olduğu görülmektedir.

Acente ilişkisi statüsünün tespitinde, ilişkinin iç ve dış temsil yönü dikkate alınarak bir ayrıma gidilmektedir. Bu sebeple, çalışmamızda genel eğilime uygun olarak acente iç ilişkisi ve acente dış ilişkisi bakımından, gerek uygulanacak

hukukun, gerekse uygulama alanına giren konuların tespitinde yaşanan tartışmalar ve getirilen çözüm önerileri çerçevesinde bir sonuca varılmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın Birinci Bölümünü oluşturan “Milletlerarası Unsurlu Acente İç İlişkinine Uygulanacak Hukuk” başlığı altında, öncelikle acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun kapsamında kalan konular tespit edilmiştir. Bu çerçevede, acente ilişkisi içinde ortaya çıkan konuların hangisinin acente iç ilişkisine, hangisinin acente dış ilişkisine dâhil olduğunun belirlenmesinde, vasıflandırmanın önemine vurgu yapılmıştır. Zira acente ilişkisinden doğan bir ihtilâfa uygulanacak hukukun tespitinden önce, söz konusu ihtilâfin vasıflandırma yoluyla uygun bir bağlama konusuna dâhil edilmesi gerekmektedir. Bu vasıflandırma neticesinde, acente iç ilişkisi, acente dış ilişkisi ve esas hukukî işlem gibi farklı bağlama konularından biri esas alınacaktır. Vasıflandırmanın yapılmasında ise, kural olarak *lex fori* dikkate alınmakla birlikte, acente ilişkisinin üç taraflı hukukî yapısının karmaşıklığı da düşünülerek, milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması amacıyla somut olayın özelliklerine göre vasıflandırmaya gidilmesi tercih edilmelidir.

Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun uygulama alanına giren konuların belirlenmesinde, temsil olunan ve acente arasında akdedilen acente sözleşmesi ve acentenin temsil yetkisinin iç ilişkiyi ilgilendiren yönü ile ilgili ihtilâflar esas alınmalıdır.

Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti ise, karşılaştırmalı hukukta kural olarak akit statüsüne tâbi tutulmaktadır. Bu paralelde, uygulanacak hukukun belirlenmesinde, acente ve temsil olunana, irade muhtariyeti ilkesi çerçevesinde, hukuk seçimi anlaşması yapma imkânı tanınmıştır. Amerikan hukukunda Restatement II §187, AB hukukunda Roma I Tüzüğü md. 3/1, İsviçre MÖHK md. 116 ve birçok hukuk düzeninin kanunlar ihtilâfı kuralları, akit statüsü bağlamında hukuk seçimi anlaşmasını kabul etmiştir. Buna göre, akit taraflar, akit statüsünün öngördüğü sınırlamalara uygun olarak, milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk konusunda anlaşabilirler. Bu noktada belirtilmelidir ki, acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun seçimindeki sınırlamalar bakımından, tartışmalı olmakla beraber, millî hukuk sistemleri yanında *lex mercatoria*'nın da dikkate alınması, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun bir çözüm olacaktır.

Hukuk seçimi anlaşmasının yokluğu hâlinde ise, acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk, objektif kriterler esas alınarak belirlenecektir. Bu çerçevede, karşılaştırmalı hukuktaki genel eğilim, acente sözleşmesiyle sıkı ilişkili hukukun acente iç ilişkisine uygulanması yönündedir. Ancak sözleşmeyle sıkı ilişkili hukukun tespitinde dikkate alınan bağlama noktaları değişebilmektedir. Bu bağlama noktalarının her birinin kendine göre öneri gerekçeleri olmakla birlikte, ortak hedef, acente sözleşmesiyle sıkı ilişkili hukukun tayin edilmesidir. Acente iç ilişkisi statüsünün tespitinde, temsil olunanın işyeri, muamele yeri ve acentenin işyeri hukukları önerilmektedir. Bununla birlikte, söz konusu önerilerden acentenin işyerinin, acente iç ilişkisi statüsünün tayininde, sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun acente olması, karakteristik edimle ilgili hazırlıkların yapıldığı ve edimin ifa edildiği yerin kural olarak burası olması, kesin ve belirli olması ve öngörülebilirliği sağlaması gerekçeleriyle özellikle tercih edildiği görülmektedir. Nitekim Amerikan hukukunda Restatement II §188/2, sözleşmeyle sıkı ilişkili hukukun tespitinde dikkate alınmak üzere örnek mahiyetinde objektif kriterler sıralamıştır. Temsilcinin işyeri de, bu paralelde dikkate alınan objektif bağlama noktalarından biri olarak kabul edilmiştir. AB hukukunda ise, acente sözleşmesi, Roma I Tüzüğü md. 4/1’de sayılan sözleşme türlerinden biri olmadığı için, uygulanacak hukukun md. 4/2 gereğince karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni dikkate alınarak belirlendiği görülmektedir. Aynı şekilde, İsviçre MÖHK md. 117/1, hukuk seçimi anlaşmasının yapılmadığı hâllerde sözleşmenin, sıkı ilişkili olduğu ülkenin hukukuna tâbi olmasını öngörmüştür. Sözleşmeyle sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde ise md. 117/2’de karakteristik edim teorisine yer verilmiştir. Dolayısıyla, İsviçre hukukunda da, acente iç ilişkisi bakımından acentenin işyeri hukukunun dikkate alınmasını sağlayan bağlama kuralı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, karşılaştırmalı hukuk düzenlerinde, acentenin işyeri hukukuna nazaran sözleşmeyle ya da taraflarla daha sıkı ilişkili bir hukukun tespiti hâlinde, bu hukukun uygulanabilmesine imkân tanıyan hükümler bulunmaktadır.

Milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukuku tespit eden bağlama kuralı, Türk hukukunda özel olarak düzenlenmiş değildir. Zira MÖHUK’da acente ilişkisine münhasır bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. Türk milletlerarası

özel hukukunda, milletlerarası unsurlu acente iç ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti, MÖHUK md. 30/1 dikkate alınarak yapılmaktadır. Acente ilişkisinin nitelik olarak bir doğrudan temsil ilişkisi olması ve acente ilişkisinin temel sözleşmesi olan acente sözleşmesinin de bir temsil iç ilişkisi olmasından hareketle, MÖHUK md. 30/1'deki bağlama kuralının acente iç ilişkisi statüsü için de geçerli olacağı ifade edilmelidir.

MÖHUK md. 30/1 uyarınca, acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukla aynıdır. Dolayısıyla, MÖHUK md. 24'ün düzenlediği akit statüsü, acente iç ilişkisi bakımından da uygulama bulacaktır. Bu bakımdan, MÖHUK md. 24/1, akit statüsü kapsamında, irade muhtariyetini birincil bağlama kuralı olarak kabul etmiştir. Hukuk seçimi anlaşmasının yokluğunda ise, acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk, MÖHUK md. 30/1'in yollamasıyla md. 24/4 dikkate alınarak belirlenecektir. MÖHUK md. 24/4 uyarınca, tarafların hukuk seçimi anlaşması yapmamış olmaları hâlinde uygulanacak hukuk, acente sözleşmesiyle en sıkı ilişkili hukuktur. Acente sözleşmesi bakımından, acentenin kural olarak ticarî ve meslekî faaliyette bulunduğu ve dolayısıyla da sözleşmenin ticarî veya meslekî bir faaliyet sonucunda yapıldığı düşünülürse, acentenin işyeri hukuku, uygulanacak hukuk olarak kabul edilmelidir. Türk hukukunda objektif kriterler dikkate alınarak tayin edilecek hukuk bakımından kabul edilen diğer bir düzenleme, MÖHUK md. 24/4'ün son cümlesinde öngörülmüştür. Buna göre, hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk varsa, bu hukuk uygulanır. Dolayısıyla, acente sözleşmesi ve taraflarla, acentenin işyerine nazaran daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilebiliyorsa, bu hukuk uygulanacaktır.

“Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisinde Temsil Yetkisine Uygulanacak Hukuk” başlıklı İkinci Bölümde ise, kanunlar ihtilâfı hukukunun önemli tartışma konularından biri olan temsil statüsü ve bu statünün uygulama alanına giren konular üzerinde durulmuştur. Acente ilişkisinin üç taraflı hukukî ilişki olması nedeniyle birden çok hukukî ilişkinin uygulama alanının kesişmesi, hem uyuşmazlıkların dâhil olacağı statünün belirlenmesinde, hem de uygulanacak hukukun tayininde önemli tartışmaların yaşanmasına neden olmaktadır.

Milletlerarası unsurlu acente ilişkisi kapsamında, temsil yetkisine uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kurallarının uygulama alanına giren konuların belirlenmesinde görüş birliği yoktur. Temsil yetkisi ile ilgili bazı konuların tâbi olduğu statünün belirlenmesinde önemli ayrışmalar yaşanmaktadır. Temsil statüsünün uygulama alanının belirlenmesindeki tartışmalarda, özellikle acente ilişkisinin iç ve dış hukukî yapısının ve temsil yetkisinin acente sözleşmesinden soyutluğu ilkesinin göz ardı edilmesi etkili olmaktadır. Bu bakımdan, acente ilişkisi kapsamında ortaya çıkan temsil yetkisi ile ilgili uyuşmazlık konuları, iç ve dış temsil ilişkisiyle olan bağlantısı ve temsil yetkisinin soyutluğu dikkate alınarak ilgili statünün uygulama alanına dâhil edilmelidir. Temsil yetkisinin iç ilişki kapsamında olmayan, üçüncü kişiyi de ilgilendiren, temsil yetkisinin kullanılmasının doğrudan temsil kapsamındaki hüküm ve sonuçlarıyla ilgili ihtilâflar, temsil statüsüne tâbi tutulmalıdır. Bir başka deyişle, acentenin temsil yetkisini kullanmasının hukukî etkisi ile ilgili uyuşmazlıklar, acente sözleşmesi ve esas sözleşmeden ayrı olarak akit statüsüne değil, temsil statüsüne tâbidir.

Acente dış ilişkisi kapsamındaki temsil yetkisi ihtilâfları, acentenin temsil yetkisini kullanmasının, temsil olunan ve üçüncü kişi üzerinde hüküm doğurması bakımından gerekli şartlar ve hukukî sonuçları çerçevesinde ortaya çıkabilmektedir. Bunun yanında, acentenin, temsil yetkisine sahip olmamakla beraber, temsil olunan ad ve hesabına üçüncü kişi ile muamelede bulunması durumunda, yetkisiz temsil gündeme gelecektir. Bu durum, özellikle temsil yetkisini haiz olmayan acentenin, aracılıktan ibaret olan yetkisini aşarak, temsil olunan ad ve hesabına sözleşme akdetmesinde söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde, acentenin sahip olduğu temsil yetkisinin sınırlarını aşması durumunda da, yetkisiz temsil kapsamında temsil statüsü devreye girecektir.

Milletlerarası unsurlu acente ilişkisinde temsil yetkisine uygulanacak hukukun tayini konusu, acente iç ilişkisine nazaran daha tartışmalıdır. Bu tartışma, özellikle irade muhtariyetinin temsil statüsü bakımından tanınıp tanınmayacağı ve objektif kriterlere göre uygulanacak hukukun tespiti hâlinde hangi bağlama noktasının tercih edileceği hususlarında yoğunlaşmaktadır. Bu noktada ifade edilmelidir ki, temsil statüsünün belirlenmesinde bazı ilke ve menfaatler, yol

gösterici niteliktedir. Acenteliğin üç taraflı temsil ilişkisi niteliği taşıması, temsil yetkisinin soyutluğu ilkesi, işlem güvenliği, taraf menfaatleri arasında denge sağlama amacı gibi bazı kriterlerin, uygulanacak hukukun tespitinde önemli rolü vardır.

Acente iç ilişkisine uygulanacak hukuk bakımından öncelikle dikkate alınacak olan taraf iradelerinin, acente ilişkisi gibi üç tarafa sahip bir temsil ilişkisinde ne şekilde uygulama bulacağı önemli bir tartışma konusudur. Bu noktada özellikle hukuk seçimi anlaşmasının kimler tarafından yapılacağı, acente ve üçüncü kişinin, esas sözleşmenin akdinde acente dış ilişkisine uygulanacak hukuku da seçip seçemeyecekleri, sözleşmenin esas tarafı olarak temsil olunanın tek taraflı olarak hukuk seçiminde bulunup bulunamayacağı gibi pek çok soru gündeme gelmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta, acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun seçimi, genel olarak reddedilmektedir. Buna karşın, tarafların acente dış ilişkisine uygulanacak hukuk konusunda anlaşmalarına, bazı hukuk düzenlerinde sınırlı da olsa geçerlilik tanındığı görülmektedir. Örneğin, Avusturya hukukunda MÖHUK md. 49/1, temsil olunan tarafından tek taraflı olarak belirlenen hukuk seçimine, üçüncü kişilerce bilinmesi şartıyla izin vermiştir. Aynı şekilde, temsil statüsünü düzenleyen İspanyol Medenî Kanunu md. 10/11'de, temsil olunan tarafından açıkça seçilen hukukun uygulanacak hukuku tayin etmesine imkân tanınmıştır. Millî hukuk düzenlerinde getirilen bu iki istisnâ düzenleme yanında, acente ilişkisi de dâhil olmak üzere, iradî temsil ilişkisi hakkındaki kanunlar ihtilâfî kurallarını birleştirme amacı taşıyan La Haye Temsil Konvansiyonu da, temsil statüsünün tayininde irade muhtariyetini tanımıştır. Ancak La Haye Temsil Konvansiyonu md. 14'ün öngördüğü hukuk seçimi anlaşması da belli sınırlamalarla geçerli kabul edilmiştir. Buna göre, temsil olunan veya üçüncü kişi tarafından yapılacak hukuk seçiminin yazılı olması ve karşı tarafça açıkça kabul edilmek şartlarıyla hüküm ifade edeceği hükme bağlanmıştır.

Türk hukukunda ise, MÖHUK md. 30/2, temsil statüsünün sübjektif kriterlere göre tayinine izin vermemiştir. Bu sebeple, temsil yetkisine uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, temsil statüsü kapsamında, temsil yetkisine uygulanacak hukukun seçimi, belli şartlarla kabul edilebilmelidir. Acente ilişkisinin üç taraflı hukukî yapısı göz önünde bulundurularak, belli

sınırlamalarla irade muhtariyetinin tanınması yerinde olacaktır. Buna göre, temsil yetkisine uygulanacak hukuk, hem acente sözleşmesine, hem de esas sözleşmeye taraf olan temsil olunan tarafından seçilebilmelidir. Ancak hukuk seçiminin tek taraflı olarak temsil olunan tarafından yapılması, bir hukuk seçimi anlaşmasından ziyade, hukuk seçimi anlaşmasına yönelik bir öneri beyanı niteliği taşıyacağından, üçüncü kişinin bu hukuk seçimini kabul etmesi gerekecektir. Dolayısıyla, temsil olunan tarafından yapılan hukuk seçimi önerisi, üçüncü kişinin onayıyla birlikte, hukuk seçimi anlaşması hâline dönüşecek ve bu durumda, sübjektif bağlama kuralı olarak kabul edilmelidir. Temsil olunan tarafından yapılan hukuk seçiminin, üçüncü kişi tarafından onaylanması şartı, doğal olarak hukuk seçimi anlaşmasının açık şekilde yapılmasını gerektirmektedir. Bu bakımdan, acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun zımnî olarak seçildiği sonucuna varılması mümkün görülmemelidir.

Acente dış ilişkisi çerçevesinde temsil yetkisine uygulanacak hukukun objektif kriterlere göre tayini, hukuk düzenlerinde yine tartışmalı konulardan biri olarak kabul edilmektedir. Acente ilişkisinde, temsil olunan, acente ve üçüncü kişiden oluşan üç taraf yer aldığından, uygulanacak hukukun tespitinde, hangi tarafın esas alınarak bağlama noktası tercih edileceği ve tarafların menfaatleri arasında nasıl bir dengenin sağlanacağı önemli bir konu olarak görülmektedir. Bu çerçevede, ortak amaçları, temsil ilişkisiyle en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi olan öneriler, temsil olunanın hukuku, acentenin hukuku, acente sözleşmesine uygulanacak hukuk, esas sözleşmeye uygulanacak hukuk, temsil yetkisinin verildiği yer hukuku, temsil yetkisinin etki alanı ve üçüncü kişinin hukukudur.

Temsil statüsünün objektif kriterlere göre tayininde, Amerikan hukuku, sıkı ilişkili hukukun esas alınmasını öngörmüştür. Buna göre, Restatement II §292-293, temsil yetkisinin tâbi olduğu hukukun, taraflarla ve temsil yetkisi ile sıkı ilişkili hukuk olduğunu hükme bağlamıştır. Restatement II’de, sıkı ilişkiyi haiz devlet hukukunu belirleyen bazı karineler kabul edilmiştir. Dolayısıyla, Amerikan hukukunda acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun tespitinde, somut olaya göre değişebilen birçok objektif kriter belirleyici olabilmektedir. AB hukukunda, temsil statüsünü tayin eden bir sözleşme, tüzük ya da direktif yoktur. Dolayısıyla, AB üyesi ülkeler, temsil yetkisine uygulanacak hukuku, kural olarak kendi millî kanunlar

ihtilâfı kurallarına göre tayin etmektedirler. Örneğin Alman hukukunda, kanunlar ihtilâfı alanında düzenlemeler getiren Alman Medenî Kanununa Giriş Kanunu, temsil statüsü hakkında bir düzenleme içermemektedir. Bu bakımdan, Alman hukukunda acente dış ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti, içtihatlar ve doktrinel görüşler çerçevesinde yapılmaktadır. Bu paralelde, Alman mahkeme içtihatlarındaki ve doktrinindeki genel eğilim, temsil statüsünün, acentenin işyeri hukukunun dikkate alınarak tespit edilmesi yönündedir. İsviçre hukukunda ise, temsil statüsü, İsviçre hukukunda özel olarak düzenlenmiştir. İsviçre MÖHK md. 126/2'nin objektif kriterlerden hareketle tespit ettiği düzenlemesine göre, temsil dış ilişkisinden kaynaklanan bir ihtilâf, kural olarak temsilcinin işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbi tutulmuştur. Temsilcinin işyeri hukukunun, acente dış ilişkisi bakımından, en sıkı ilişkiyi sağlayacağı karinesinden hareket eden İsviçre MÖHK md. 126/2'de, iki bağlama kuralına daha yer verilmiştir. Buna göre, temsilcinin işyerinin olmaması ve üçüncü kişinin temsilcinin işyerini bilmemesi hâlinde, temsilcinin işyeri hukuku yerine temsil yetkisini kullandığı ülke hukuku dikkate alınacaktır.

Temsil ilişkisi statüsü hakkında hükümler getiren La Haye Temsil Konvansiyonunda ise, konuya ilişkin birden çok bağlama kuralına yer verilmiştir. Bu çerçevede, temsil yetkisine uygulanacak hukuk bakımından, temsilcinin işyeri hukuku, genel bağlama kuralı olarak öngörülmüştür. Ancak Konvansiyon, bazı ek kriterlerin varlığı hâlinde, acentenin temsil yetkisini kullandığı yer hukukunun, istisnaî kural olarak uygulanabileceğini kabul etmiştir.

Türk hukukunda temsil statüsünün tayini, MÖHUK md. 30/2'ye göre yapılmaktadır. Buna göre, acente dış ilişkisi kapsamında kalan bir ihtilâf, karşılaştırmalı hukuktaki genel eğilime paralel olarak, kural olarak acentenin işyeri hukukuna tâbi tutulmuştur. Acentenin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda ise, temsil statüsü, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir. Buna karşın, MÖHUK md. 30/2'nin düzenlemesi içeriği itibariyle tartışmaya açıktır. Temsilcinin işyeri hukukunun, yedek bağlama kuralı olan temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı yer hukuku karşında uygulama alanı bulması zordur. Zira MÖHUK md. 30/2'nin düzenlemesi, temsil yetkisi işyerinde ya da işyeri dışında bir yerde kullanılmış olsa

da her durumda temsil yetkisinin kullanıldığı yere işaret etmektedir. Bu bakımdan MÖHUK md. 30/2 dikkate alınır, temsilcinin işyeri hukuku, üçüncü kişinin temsilcinin işyerini bilmemesi ihtimali dışında, temsil yetkisinin fiilen kullanıldığı yer hukuku karşısında uygulama kabiliyeti olmayan bir bağlama kuralı hâline gelmektedir. Bu nedenle, MÖHUK md. 30/2'nin, İsviçre MÖHK md. 126/2'de düzenlendiği şekliyle, yalnızca temsilcinin işyerinin olmaması ve üçüncü kişinin temsilcinin işyerini bilmemesi hâlleriyle sınırlı olarak temsil yetkisinin kullanıldığı yer hukukunun uygulanabileceğini öngörmesi daha makûl bir çözümdür.

KAYNAKÇA

- Akın, Ş.** : “Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, MHB, Y. 9, S. 2, 1989, s. 99-102.
- Akıncı, Z.** : Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996 (İnşaat).
- Akıncı, Z.** : Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992 (Taraf).
- Akyol, Ş.** : Türk Medenî Hukukunda Temsil, İstanbul 2009.
- Alper, G.** : “Milletlerarası Özel Hukukta Temsil Yetkisi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. 1, İstanbul 2009, s. 273-293.
- Ames, J. B.** : “Undisclosed Principle-His Rights and Liabilities”, Yale Law Journal, Vol. 18, No. 7, 1909, pp. 443-453.
- Anton/Beaumont** : Private International Law, London 1990.
- Arat, T.** : Amerikan Hukuk Öğretiminde “Case Method”, Ankara 1968 (Amerikan).
- Arat, T.** : Ticaret Şirketlerinin Tâbiyeti, Ankara 1970 (Ticaret).
- Arat, T.** : “Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi”, AÜHFD, C. 21, 1964, S. 1-4, s. 421-527 (Yabancı).
- Arkan, S.** : Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 2011.
- Atamer, Y. M.** : “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini”, YD, C. 22, S. 1-2, 1996, s. 99-132.
- Atrill, S.** : “Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of The Article 4 Jigsaw?”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 53, 2004, 549-577.
- Ayan, Ö.** : Acentenin Denkleştirme Talep Etme Hakkı, Ankara 2008.

- Aybay/Dardağan** : Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilâfı), İstanbul 2008.
- Aygül, M.** : “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, SÜHFD, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 229-270 (Avrupa).
- Aygül, M.** : “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria’nın Uygulanması”, SÜHFD, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 45-85 (Lex Mercatoria).
- Aygül, M.** : Milletlerarası Özel Hukukta Şirketlere Uygulanacak Hukukun Tespiti, Ankara 2007 (Şirket).
- Ayhan/Özdamar/Çağlar** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticarî İşletme Hukuku, Genel Esaslar, Ankara 2011.
- Ayoğlu, T.** : Uluslararası Ticarî Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddî Hükümler ve Ticarî Âdet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria, İstanbul 2011.
- Badr, G. M.** : Agency: Unification of Material Law and of Conflict Rules, Recueil Des Cours, Vol. 184, Hague 1984.
- Badykov, M. R.** : “The Russian Civil Code and The Rome Convention: Implied Choice of The Governing Law”, Review of Central and East European Law, Vol. 33, 2008, pp. 181-203.
- Barlas, N.** : “Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmenin Özellikleri”, Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s. 807-828.
- Barnett, R.** : “Squaring Undisclosed Agency Law with Contract Theory”, California Law Review, Vol. 75, No. 6, 1987, pp. 1969-2003.
- Baştuğ/Erdem** : Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 1993.
- Baxter, I.** : “International Business and Choice of Law”, International Law and Comparative Law Quarterly, Vol. 36, 1987, pp. 93-102.

- Bayata Canyaş, A.** : AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara 2012.
- Baygın, C.** : “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması”, AÜEHFD, C. 4, S. 1-2, 2000, s. 345-377.
- Berki, O. F.** : Devletler Hususî Hukuku, C. II, Kanun İhtilâfları, Ankara 1966.
- Berman/Kaufman** : “The Law of International Commercial Transactions (lex mercatoria)”, Harvard International Law Journal, Vol. 19, 1978, pp. 221-277.
- Birks, P.** : English Private Law, Vol. 2, New York 2000.
- Birtles, H.** : “Uluslararası Ticarete Acentaların Rolü”, (Çev. Öçal, A.), ESADER, C. 5, S. 2, s. 61-64.
- Boele-Woelki/Lazic** : “Where Do We Stand on the Rome I Regulation?”, The Future of European Contract Law, Vol. 19, 2007, pp. 19-41.
- Bonell, M. J.** : “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of International Sales Law”, The Rome Journal (RJT), Vol. 36, 2002, pp. 335-354 (UNIDROIT).
- Bonell, M. J.** : “Soft Law and Party Autonomy: The Case of The UNIDROIT Principles”, Loyola Law Review, Vol. 51, 2005, pp. 229-252 (Party).
- Borchers, P. J.** : “Contract and Tort Law, Categorical Exceptions to Party Autonomy in Private International Law”, Tulane Law Review, Vol. 82, 2007-2008, pp. 1645-1661.
- Bowstead/Reynolds** : Bowstead on Agency, London 1985.
- Brilmayer/Anglin** : “Choice of Law Theory and The Metaphysics of The Stand-Alone Trigger”, Iowa Law Review, Vol. 95, 2010, pp. 1125-1178.
- Buckland, W. W.** : A Manual of Roman Private Law, Cambridge 1994.

- Burman, H. S.** : “International Conflict of Laws, The 1994 Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, and Trends for the 1990’s”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 28, 1995, pp. 367-387.
- Burton, J. F.** : “The Uniform Commercial Code and Conflict of Laws”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 9, 1960, pp. 458-470.
- Busch/Macgregor** : *The Unauthorised Agent, Perspectives from European and Comparative Law*, Cambridge 2009.
- Castel, J. G.** : *Conflict of Laws, Cases, Notes, Materials*, Toronto 1974.
- Cavers, D. F.** : *The Choice-Of-Law Process*, Michigan 1965 (Choice).
- Cavers, D. F.** : “A Critique of The Choice of Law Problem”, *Harvard Law Review*, Vol. 47, 1933, pp. 173-208 (Critique).
- Cengiz, A.** : “Acente Kavramı ve Acentelik Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçları”, *HHFD*, 1(2), 2011, s. 140-165.
- Chatterjee, S. K.** : “The Stabilisation Clause Myth in Investment Agreements”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 5, 1988, pp. 97-111.
- Cheatham/Reese** : “Choice of The Applicable Law”, *Columbia Law Review*, Vol. 52, No. 8, 1952, pp. 959-982.
- Chorus/Gerver/
Hondius/Koekkoek** : *Introduction to Dutch Law*, Netherlands 1999.
- Chuah, J. C. T.** : *Law of International Trade*, London 1998.
- Cohn, E. J.** : “Commercial Agency Contracts in Private International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 22, No. 1, 1973, pp.157-160.
- Collier, J. G.** : *Conflict of Laws*, Cambridge 1987.

- Collins, L.** : “Contractual Obligations-The EEC. Preliminary Draft Convention on Private International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 25, 1976, pp. 35-57.
- Columbia Law Review Association** : “Conflict of Laws: Party Autonomy in Contracts”, *Columbia Law Review*, Vol. 57, No. 4, 1957, pp. 553-576.
- Cook, W.** : “Contracts and The Conflict of Laws: Intention of The Parties”, *Illinois Law Review*, Vol. 32, 1938, pp. 899.
- Craswell, R.** : “Offer, Acceptance, and Efficient Reliance”, *Stanford Law Review*, Vol. 48, No. 3, 1996, pp. 481-553.
- Cross/Oxford** : “Floating Forum Selection and Choice of Law Clauses”, *South Texas Law Review*, Vol. 48, No.1, Fall 2006, pp. 125-155.
- Çakalır, Y.** : “Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü”, *Ernst H. Hirsch’in Hatırasına Armağan*, Ankara 1986, s. 457-500.
- Çelikel, A.** : “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Atıf Prensibinin Uygulanması”, *MHB*, Y. 1983/3, S. 2, s. 1-4.
- Çelikel/Erdem** : *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2009.
- Çilingiroğlu, C.** : “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, *MHB*, Y. 9, S. 2, 1989, s. 103-120.
- Dardağan, E.** : *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı*, Ankara 2000.
- Dayınlarlı, K.** : “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri”, *MHB*, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, S. 1-2, 2003, s. 203-250.

- Delaume, G. R.** : Law and Practice of Transnational Contracts, New York 1988 (Law).
- Delaume, G. R.** : “What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 28, 1979, pp. 258-279 (What).
- Demir Gökyayla, C.** : Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001 (Kamu Düzeni).
- Demir Gökyayla, C.** : Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, Ankara 2005 (Tek Satıcılık).
- Demircioğlu, H. R.** : Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.
- Demirkol, B.** : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2011.
- Dicey/Morris** : Dicey and Morris on The Conflict of Laws, London 2000.
- DiMatteo, L. A.** : Contract Theory, The Evolution of Contractual Intent, Michigan 1998.
- Doğan, V.** : İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996 (İş).
- Doğan, V.** : Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010 (Milletlerarası).
- Doğan, V.** : “Avrupa Birliği Bünyesinde Akti Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku”, Prof. Dr. Halil Cin’e 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s. 463-494 (Roma).
- Doğangün, T.** : Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.
- D’oliveria, H. U. J.** : “Characteristic Obligation in The Draft EEC Obligation Convention”, The American Journal of

- Comparative Law, Vol. 25, No. 2, 1977, pp. 303-331.
- Domaniç/Ulusoy** : Ticaret Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 2007.
- Ehrenzweig, A. A.** : “The Most Significant Relationship in The Conflict Law of Torts, Law and Reason Versus The Restatement Second”, Law and Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, pp. 700-705.
- Ekşi, N.** : “Kanunlar İhtilâfı Alanında Incorporation”, MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, 1999-2000, C. 19-20, S. 1-2, s. 263-291 (Incorporation).
- Ekşi, N.** : “Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 116-148 (İş).
- Ekşi, N.** : Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, İstanbul 2007 (Karar).
- Ekşi, N.** : Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004 (Roma).
- Ekşi, N.** : Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 2000 (Yetki).
- Elcin, M.** : The Applicable Law to International Commercial Contracts and The Status of Lex Mercatoria, With a Special Emphasis on Choice of Law Rules in The European Community, Boca Raton, Florida 2010.
- Enonchong, N.** : “Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, No. 3, 1996, pp. 633-661.
- Erdem, B. B.** : “Incoterm’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği”, MHB, Y. 10, S. 1-2, 1990, s. 65-79 (Incoterm).
- Erdem, B. B.** : “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak

- Olan Hukuk”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 95-104 (Konferans).
- Erdem, B. B.** : Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2002 (Patent).
- Eren, F.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- Eriş, G.** : Madde Açıklamalı En Son İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ticarî İşletme ve Şirketler, C. I, Ankara 1992.
- Erişir, E.** : Medenî Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007
- Erkan, M.** : “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, GÜHFD, C. 15, Y. 2011, S. 2, s. 81-121.
- Ersen Perçin, G.** : “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddî Geçerliliği”, MHB, Y. 28, S. 1-2, 2008, s. 51-63.
- Esener, T.** : Borçlar Hukukunda Kime Ait Olacaklarsa Onun Namına Yapılan Mukaveleler, Arsebük Armağanı, Ankara 1958, s. 619-637 (Borçlar).
- Esener, T.** : “Devletler Hususî Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi”, AÜHFD, S. 11, 1954, s. 478-513 (Devletler).
- Esener, T.** : Mukayeseli Hukuk ve Hususîyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Sâlahiyete Müstenit Temsil, Ankara 1961 (Temsil).
- Fassberg, C. W.** : “Lex Mercatoria-Hoist With Its Own Petard?”, Chicago Journal of International Law, Vol. 5, 2004, pp.

- 67-75.
- Fawcett, J.** : Choice of Law For Equitable Doctrines, Oxford Private International Law Series, New York 2004.
- Fawcett/Carruthers** : Cheshire, North & Fawcett Private International Law, New York 2008.
- Fletcher, J. P.** : “An Argument for Ratification: Some Basic Principles of The 1994 Inter-American Convention on The Law Applicable to International Contracts”, Georgia Journal of International and Comparative Law, Vol. 27, No. 3, 1999, pp. 477-518.
- Foote, J. A.** : Foreign and Domestic Law, A Concise Treatise on Private International Law, Littleton 1988.
- Forsyth/Moser** : “The Impact of The Applicable Law of Contract on The Law of Jurisdiction Under The European Conventions”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45, No. 1, 1996, pp. 190-197.
- Fox, W. F.** : International Commercial Agreement, A Primer on Drafting, Negotiating and Resolving Disputes, Boston 1992.
- Franko, N.** : “Acentanın Ücret Hakkı”, Prof. Dr. Reha Poray’a Armağan, İstanbul 1995, s. 164-174.
- Fridman, G. H. L.** : The Law of Agency, London 1976.
- Gelgel Öztekin, G.** : Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000.
- Göğer, E.** : “Devletler Hususî Hukukunda Akit Taraflarca Yetkili Hukukun Seçilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, Ankara 1966, s. 299-315 (Akit).
- Göğer, E.** : Deniz Hukukundaki Eşya Taşıma (Navlun) Mukavelelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara 1965 (Deniz).
- Göğer, E.** : Devletler Hususî Hukuku, Kanunlar İhtilâfı, Ankara

- 1971 (Devletler).
- Graves, J. M.** : “Party Autonomy in Choice of Commercial Law: The Failure of Revised UCC md. 1-301 and a Proposal for Broader Reform”, Seton Hall Law Review, Vol. 36, 2005, pp. 59-123.
- Gruson, M.** : “Contractual Choice of Law and Choice of Forum: Unresolved Issues”, Judicial Enforcement of International Debt Obligations, (Edit by: Sassoon/Bradlow), Washington DC 1987, pp. 1-40.
- Guiguo/Mo** : Chinese Law, London 1999.
- Guojian, X.** : “Contract in Chinese Private International Law”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 38, 1989, pp. 648-649.
- Güngör, G.** : “Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı”, AÜHFD, C. 51, S. 1, 2002, s. 19-42 (Elektronik).
- Güngör, G.** : Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara 2007 (Temel).
- Güngör, G.** : Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000 (Tüketici).
- Gürpınar, D.** : Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukukî Sorumluluk, İzmir 2006.
- Hatemi/Serozan/Arpacı** : Borçlar Hukuku, Özel Hüküm, İstanbul 1992.
- Hay/Müller-Freienfels** : “Agency in The Conflict of Laws and The 1978 Hague Convention”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 27, 1979, pp. 1-49.
- Heidemann, M.** : Methodology of Uniform Contract Law, Heidelberg 2007.

- Hill, J.** : “Choice of Law in Contract Under The Rome Convention: The Approach of The UK Courts”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, 2004, pp. 325-350.
- Holmes, O. W.** : Agency, *Harvard Law Review*, Vol. 4, No. 8, 1891, pp. 345-364.
- Houtte, H. V.** : *The Law of International Trade*, London 1995.
- Husserl, G.** : “Public Policy and Ordre Public”, *Virginia Law Review*, Vol. 25, No. 1, 1938, pp. 37-67.
- İmregün, O.** : *Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri*, İstanbul 1989.
- İnan, A. N.** : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 1979.
- İnceoğlu, M. M.** : *Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil*, İstanbul 2009.
- Jaffey, A. J. E.** : *The Foundations of Rules For The Choice of Law* (Edit by: Fentiman, R.: *Conflict of Laws*, New York 1996), pp. 579-603 (Choice).
- Jaffey, A. J. E.** : “Offer and Acceptance and Related Questions in the English Conflict of Laws”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 24, No. 4, 1975, pp. 603-616 (Offer).
- Jaffey, A. J. E.** : “The English Proper Law Doctrine and The EEC Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, 1984, pp. 531-557 (Proper).
- Jaffey, A. J. E.** : “Essential Validity of Contracts in the English Conflict of Laws”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 23, No. 1, 1974, pp. 1-31 (Validity).
- Johns, F.** : “Performing Part Autonomy”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71, 2008, pp. 243-271.
- Joubert, D. J.** : *Law of Agency, Annual Survey of South African Law*, 1983.
- Juenger, F. K.** : “The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons”, *The American Journal of*

- Juenger, F. K.** : Comparative Law, Vol. 42, 1994, pp. 381-393 (Inter).
: “The Lex Mercatoria and Private International Law”,
Louisiana Law Review, Vol. 60, 2000, pp. 1133-1150
(Lex Mercatoria).
- Kahn-Freund, O.** : “Private International Law: Contracts”, The Modern
Law Review, Vol. 3, No. 1, 1939, pp. 61-66.
- Kalpsüz, T.** : “Müvekkillerine İzâfeten Acentalara Karşı Dava
Açılması ve Takip Yapılması”, BATİDER, 1983, C.
13, S. 1, s. 1-11.
- Karahan, S.** : Ticarî İşletme Hukuku, Konya 2012.
- Karayalçın, Y.** : Ticaret Hukuku Dersleri, C. 1, Giriş-Ticarî İşletme,
Ankara 1957.
- Kaya, A.** : “Acentelik İle İlgili Yenilikler”, Yeni Türk Ticaret
Kanunu’nun Ticarî İşletme Hukuku Alanında Getirdiği
Yenilikler Sempozyumu, 25-26 Kasım 2011, Kadir Has
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 58-59.
- Kaye, P.** : The New Private International Law of Contract of the
European Community, Hampshire 1993.
- Kayıhan, Ş.** : Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, Ankara 2011.
- Keesler, F.** : “Contracts of Adhesion-Some Thoughts About
Freedom of Contract”, Columbia Law Review, 1943,
Vol. 43, pp. 629-642.
- Kelly, D. S. L.** : “International Contracts and Party Autonomy”,
International and Comparative Law Quarterly, Vol. 19,
1970, pp. 701-705.
- Kender, R.** : Türkiye’de Hususî Sigorta Hukuku, Sigorta
Müessesesi-Sigorta Sözleşmesi, İstanbul 2011.
- Kerameus/Kozyris** : Introduction to Greek Law, Boston 1993.
- Kılıçoğlu, A.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.
- Kınacıoğlu, N.** : Acente ve Acente Sözleşmesi, Ankara 1963.
- Kırca, Ç.** : “Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı
Sorumluluk”, Ankara 2004.

- Kırca, İ.** : “Vekâletsiz İş Görmenin Temsil Hukukunda Uygulama Alanı Bulduğu Hâller”, AÜHFD, C. 44, 1995, s. 443-450.
- Kocayusufpaşaoğlu, N.** : “Devletler Hususî Hukukunda, Tarafların Sükûtu Hâlinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun”, İHFM, C. 21, S. 1-4, 1955, s. 356-393 (Devletler).
- Kocayusufpaşaoğlu, N.** : “Bir Yetki Belgesi ile Kanıtlanan Temsil Yetkisinin Geri Alınmasında Üçüncü Kişilerin İyiniyetinin Korunması Açısından BK md. 33/2, 34/3 ve 37 Karşısında BK md. 36/2’nin Uygulama Alanının Belirlenmesi”, Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 207 (Yetki).
- Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/**
- Serozan/Arpacı** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 1, İstanbul 2008.
- Koppenol-Laforce, M.** : “Contracts in Private International Law”, International Contracts, Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law, (Edit by: Koppenol-Laforce/Dokter/Meijer/Smeele), London 1996, pp. 141-166.
- Kostromov, A. V.** : International Unification of the Law of Agency, Institute of Comparative Law McGill University, Montreal 1999.
- Kuru/Arslan/Yılmaz** : Medenî Usul Hukuku, Ankara 2012.
- Kutlu Sungurbey, A.** : Yetkisiz Temsil, İstanbul 1988 (Yetkisiz).
- Kutlu Sungurbey, A.** : Yetkisiz Temsil Özellikle Culpa in Contrahendo (Sözleşmenin Görüşülmesinde Kusur) ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1998 (Zarar).
- Lando, O.** : The Commercial Agent in European Law, Journal of Business Law, 1966 (Agent).
- Lando, O.** : “The American Choice of Law Principles and The European Conflict of Laws of Contracts”, The American Journal and Comparative Law, Vol. 30,

- 1982, pp.19-35 (American).
- Lando, O.** : “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, 1985, pp. 747-768 (Lex Mercatoria).
- Lando, O.** : “Some Issues Relating to The Law Applicable to Contractual Obligations”, *The King’s College Law Journal*, Vol. 7, 1996-1997, pp. 55-74 (Some).
- Leflar/McDougal III/Felix** : *American Conflicts Law*, Virginia 1986.
- Levin, H. Y.** : “What Do We Really Know About The American Choice of Law Revolution?”, *Stanford Law Review*, Vol. 60, 2007, pp. 247-262.
- Lianos, I.** : “Commercial Agency Agreements, Vertical Restraints and The Limits of Article 81(1) EC: Between Hierarchies and Networks”, *Journal of Competition Law and Economics*, 2007, Vol. 3(4), pp. 625-672.
- Libling, D. F.** : “Formation of International Contracts”, *The Modern Law Review*, Vol. 42, 1979, pp. 169-181.
- Lipstein, K.** : “Characteristic Performance-A New Concept in The Conflict of Laws in Matters of Contract for The EEC”, *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1981, Vol. 3, No. 2, pp. 402-414.
- Lookofsky, J. M.** : *Transnational Litigation and Commercial Arbitration, A Comparative Analysis of American, European and International Law*, Copenhagen 1992.
- Lorenzen, E. G.** : “The Qualification, Classification, or Characterization Problem in The Conflict of Laws”, *The Yale Law Journal*, Vol. 50, 1941, pp. 743-761 (Qualification).
- Lorenzen, E. G.** : “Territoriality, Public Policy and the Conflict of Laws”, *Yale Law Journal*, Vol. 33, No. 7, 1924, pp. 736-751 (Territoriality).
- Lorenzen, E. G.** : “The Theory of Qualifications and the Conflict of

- Laws”, *Columbia Law Review*, Vol. 20, 1920, pp. 247-282 (Theory).
- Lorenzen, E. G.** : “Validity and Effects of Contracts in The Conflict of Laws”, *The Yale Law Journal*, Vol. 31, 1921-1922, pp. 53-72 (Validity).
- Malloy, S. A.** : “The Inter-American Convention on The Law Applicable to International Contracts: Another Piece of The Puzzle of The Law Applicable to International Contracts”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 19, 1995-1996, pp. 662-735.
- Maniruzzaman, A. F. M.** : “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, *American University International Law Review*, Vol. 14, No. 3, 1999, pp. 657-734.
- Mann, F.** : “The Proper Law in the Conflict of Laws”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, 1987, pp. 437-453.
- Markesinis/Unberath/Johnston** : *The German Law of Contract, A Comparative Treatise*, Oxford 2006.
- Mcalinn, G. P.** : *Japanese Business Law*, Netherlands 2007.
- McConnaughay, P. J.** : “The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 39, 2000-2001, pp. 595-656.
- McGuinness, G. M.** : “The Rome Convention: The Contracting Parties’ Choice”, *San Diego International Law Journal*, Vol. 1, 2000, pp. 127-174.
- McLachlan, C.** : “Splitting the Proper Law in Private International Law”, *The British Year Book of International Law*, Vol. 61, 1990, pp. 311-337.
- Mearns, E. A.** : “Vicarious Liability for Agency Contracts”,

- Virginia Law Review, Vol. 48, 1962, pp. 50-57.
- Mechem, F. R.** : “The Nature and Extend of an Agent’s Authority”, Michigan Law Review, Vol. 4, 1905, pp. 433-463.
- Memiş, T.** : “Ruhsatnamesiz Bir Sigortacı ile Yapılan Sigorta Sözleşmelerinin Hukukî Durumu ve Çözüm Önerileri”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 467-483 (Ruhsat).
- Memiş, T.** : “Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Sigorta Aracıları”, (<http://archiv.jura.unisaarland.de/turkish/TMemis.html>) (Erişim Tarihi: 6.10.2011) (Sigorta).
- Merrett, L.** : “Choice of Law in Insurance Contracts Under The Rome I Regulation”, Journal of Private International Law, Vol. 5, No. 1, 2009, pp. 49-67.
- Miller/Coltman** : “International Commercial Agency Agreements and Private International Law”, (http://www.reedsmith.com/_db/_documents/Comag3.pdf) (Erişim Tarihi: 13.1.2012).
- Minor, B. C.** : Conflict of Laws or Private International Law, Littleton 1985.
- Moll, C.** : Agency in Comparative and Private International Law, Faculty of Law University of Lund, Lund 2001.
- Montrose, J. L.** : “The Basis of The Power of an Agent in Cases of Actual and Apparent Authority”, Canadian Bar Review, Vol. 16, 1938, pp. 764-773.
- Moye, J. E.** : The Law of Business Organizations, New York 2004.
- Munday, R.** : Agency: Law and Principles, New York 2010.
- Nadelmann, K. H.** : “The EEC Draft on a Convention on The Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 21, 1973, pp. 584-592.
- Narmanhoğlu, Ü.** : İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998.

- Nicholas, B.** : French Law of Contract, London 1982.
- Nishi, M.** : “Agency in Japanese Private International Law”,
Kobe University Law Review, No. 3, 1963, pp. 69-88.
- Nomer, E.** : Devletler Hususî Hukuku, İstanbul 2011.
- North, P. M.** : “Choice in Choice of Law”, The King’s College Law
Journal (Edit by: Fentiman, R.: Conflict of Laws, New
York 1996) pp. 29-48 (Choice).
- North, P. M.** : Private International Law Problems in Common Law
Jurisdictions, Boston 1993 (Private).
- North/Fawcett** : Cheshire and North Private International Law, London
1987.
- Nygh, P.** : Autonomy In International Contracts, Oxford 1999.
- O’Brien, J.** : Smith’s Conflict of Laws, London 1999.
- Oğuz, A.** : “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun
Birleştirilmesi”, AÜHFD, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 31-65.
- Oğuzman/Öz** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2012.
- Oser/Schönenberger** : Borçlar Hukuku, 1. Kısım, (Çev. Seçkin, R.), Ankara
1947.
- Ökçün, G.** : Devletler Hususî Hukukunun Kaynakları ve Kamu
Düzeni, Ankara 1967.
- Özdemir, E.** : Türk Hukukunda Yetkiye Dayanan Temsil ve Nam-ı
Müstear Uygulaması, Ankara 1994.
- Özdemir, H.** : “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti
Bağlamında Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme ve
Uluslararası Sözleşme Kavramları”, İBD, 1999, C. 73,
S. 10-11-12, s. 926-941 (Yabancılık).
- Özdemir Kocasakal, H.** : Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler
Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001 (Doğrudan).
- Özdemir Kocasakal, H.** : Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların
Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili
Mahkemenin Tespiti, İstanbul 2003 (Elektronik).
- Özdemir Kocasakal, H.** : “Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin

- Kullanılması Hakkında BM Konvansiyonu”,
GSÜHFD, 2007/2, s. 261-325 (Uluslararası).
- Özden, B.** : “Alman Mahkemelerinde Kamu Düzeni Kavramının Uygulanması”, İÜMHAD, S. 19,1993, s. 101-106.
- Özel, S.** : Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukukî Niteliği, İstanbul 1991 (Akreditif).
- Özel, S.** : “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK md. 24/II’de Öngörülen Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, MHB, Y. 22, S. 2, 2002, s. 577-617 (MÖHUK).
- Özkan, I.** : Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003.
- Paulsen/Sovern** : “Public Policy in The Conflict of Laws”, Columbia Law Review, Vol. 56, No. 7, 1956, pp. 969-1016.
- Pekcanitez/Atalay/Özekes** : Medenî Usul Hukuku, Ankara 2006.
- Poroy/Tekinalp/Çamoğlu** : Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul 2009.
- Poroy/Yasaman** : Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1998.
- Preifer, M. G.** : “The Hague Convention on The Law Applicable to Agency”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 26, 1978, pp. 434-440.
- Rabel, E.** : Conflict of Laws: A Comparative Study, Vol. 1, Chicago 1945.
- Reese, W. L. M.** : “Agency in Conflict of Laws”, in: XXth Century Comparative and Conflicts Law, Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema, Leiden 1961, pp. 409-418 (Agency).
- Reese, W. L. M.** : “Choice of Law: Rules or Approach”, Cornel Law Review, Vol. 57, 1971-1972, pp. 315-334 (Choice).
- Reese, W. L. M.** : “Conflict of Laws and The Restatement Second”, Law And Contemporary Problems, Vol. 28, 1963, pp. 679-

- 699 (Conflict).
- Reese, W. L. M.** : “Contracts and the Restatement of Conflict of Laws Second”, International Law and Comparative Law Quarterly, Vol. 9, 1960, pp. 531-541 (Contract).
- Reese/Flesch** : “Agency and Vicarious Liability in Conflict of Laws”, Columbia Law Review, Vol. 60, 1960, pp. 764-779.
- Reimann, M.** : Conflict of Laws in Western Europe, Irvington 1995.
- Reisoğlu, S.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.
- Richman/Reynolds** : Understanding Conflict of Laws, Newark 1993.
- Robertson, A. H.** : Characterization in The Conflict of Laws, Cambridge 1940.
- Rühl, G.** : “Party Autonomy in the Private International Law of Contracts, Transatlantic Convergence and Economic Efficiency”, Conflict of Laws in a Globalized World, (Edit by: Gottschalk/Michaels/Rühl/Hein), Cambridge 2007, pp. 153-183.
- Samuel, A.** : “The New Swiss Private International Law Act”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 37, 1988, pp. 681-695.
- Sargın, F.** : “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, AÜHFD, C. 50, S. 2, s. 37-95 (Edim).
- Sargın, F.** : “5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikrî ve Sınâî Haklar ile İlgili Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 171-195 (Konferans).
- Sargın, F.** : Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı

- Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002
(Patent).
- Savigny, F. C. V.** : A Treatise on The Conflict of Laws, New Jersey 1972.
- Schmitthoff, C. M.** : Agency in International Trade, Hague 1970.
- Schnitzer, A. F.** : “Dâhilî Hususî Hukukta ve Devletler Hususî Hukukunda Akitlerin Muhtariyeti”, (Çev. Davran, B.), İHFM, C. 6, S. 1, 1940, s. 182-210.
- Schwarz, A.** : Borçlar Hukuku Dersleri, C. 1, (Çev. Davran, B.), İstanbul 1948.
- Scoles/Hay/Borchers/ Symeonides** : Conflict of Laws, St. Paul 2000.
- Sereni, A. P.** : “Agency in International Law”, The American Journal of International Law, Vol. 34, No. 4, 1940, pp. 638-660.
- Seviğ, V. R.** : “Akitlere Uygulanacak Olan Kanun Sorunu”, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul 1999, s. 319-330 (Akit).
- Singleton/Anderson** : Commercial Agency Agreements, Law and Practice, Butterworths 1998.
- Solomon, D.** : “The Private International Law of Contracts in Europe: Advances and Retreats”, Tulane Law Review, Vol. 82, 2007-2008, pp. 1709-1740.
- Stoljar, S. J.** : The Law Agency, London 1961.
- Stone, P.** : The Conflict of Laws, New York, 1995 (Conflict).
- Stone, P.** : EU Private International Law, Cheltenham 2010 (Private).
- Story, J.** : Commentaries on Agency, 1846 (Agency).
- Story, J.** : Commentaries on The Conflict of Laws, New York 1972 (Conflict).
- Struycken, V. M.** : “Private Law Contracts to Which The European Community is Party”, Intercontinental Cooperation Through Private International Law, Essays in Memory

- of Peter E. Nygh, Hague 2004, pp. 385-399.
- Stumberg, G. W.** : Principles of Conflict of Laws, Brooklyn 1951.
- Süral, B. C.** : Uluslararası Ticarî Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri, Ankara 2008.
- Süzek, S.** : İş Hukuku, İstanbul 2008.
- Symeonides, S. C.** : “The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons”, Tulane Law Review, Vol. 82, 2007-2008, pp. 1741-1799 (American).
- Symeonides, S. C.** : “Choice of Law in The American Courts in 2009: Twenty-Third Annual Survey”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 58, 2010, pp. 227-306 (Court).
- Symeonides, S. C.** : The American Choice-of-Law Revolution in The Courts: Today and Tomorrow, La Haye 2003 (Today).
- Şanlı, C.** : Uluslararası Ticarî Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2002 (Akit).
- Şanlı, C.** : Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986 (Tahkim).
- Şanlı/Ekşi** : Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul 2005.
- Tandoğan, H.** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 1987.
- Tang, Z.** : “Law Applicable in The Absence of Choice-The New Article 4 of The Rome I Regulation”, Modern Law Review, Vol. 71, 2008, pp. 786-800.
- Tanrıbilir, F. B.** : “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Genel Hükümlerinde Yapılan Değişiklikler Üzerine”, TBBD, S. 87, 2010, s. 195-227.
- Tanrıver, S.** : Noterlik Açısından Vekâlet, Ankara 2001.
- Tarman, Z. D.** : “Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C.

- 2, İstanbul 2010, s. 1655-1680 (Culpa in Contrahendo).
- Tarman, Z. D.** : “Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”, BATİDER, Haziran 2009, C. 25, S. 2, s. 299-332 (Roma I).
- Tekil, F.** : Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 1997.
- Tekinalp, G.** : Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilâfı Kuralı, Ankara 1972 (Acente).
- Tekinalp, G.** : Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 1981, 2006 (Bağlama).
- Tekinalp, G.** : “Menkul Malların Alım ve Satımı Konusunda Milletlerarası Nitelikli Acentalık İlişkisi Hakkında Konvansiyon Tasarısı Hakkında Düşünceler”, BATİDER, C. 10, S. 2, 1979, s. 377-389 (Konvansiyon).
- Tekinalp, G.** : “Temsil Yetkisine İlişkin Milletlerarası Çalışmalar ve La Haye Sözleşmesi”, MHB, 1981, S. 2, s. 28-32 (La Haye).
- Tekinalp, G.** : Devletler Hususî Hukukunda Temsil Yetkisine Uygulanan Kanun ve Bazı Problemler, Temsil ve Vekâlete İlişkin Sorunlar, Sempozyum, 14-16 Haziran 1976, İstanbul 1977, s. 575-766 (Sempozyum).
- Tekinalp, G.** : Türk Devletler Hususî Hukukunda Temsil Yetkisi, İstanbul 1977 (Temsil).
- Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu:** Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011.
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/**
- Altop** : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Tetley, W.** : International Conflict of Laws, Montreal 1994.
- The Harvard Law Review Association** : “Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory

- Rules”, Harvard Law Review, Vol. 114, No. 8, 2001, pp. 2462-2477.
- Thomson, A.** : “A Different Approach to Choice of Law in Contract”, The Modern Law Review, Vol. 43, 1980, pp. 650-669.
- Timur, H.** : “Devletler Hususî Hukukunda Amme İntizamı”, İHFM, S. 4, 1941, s. 866-905.
- Tiryakioğlu, B.** : “Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli La Haye Sözleşmesi”, MHB, C. 1-2, 1994, s. 121-136 (La Haye).
- Tiryakioğlu, B.** : Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfı, Ankara 1997 (Rekabet).
- Tiryakioğlu, B.** : Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996 (Taşınır).
- Tiryakioğlu/Aygün/Küçük** : Türk Uluslararası Özel Hukuk Mevzuatı, Ankara 2008.
- Toker, A. G.** : 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslar arası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005.
- Topçuoğlu, M.** : Rekabet Hukuku Açısından Acente ve Dağıtım Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- Triebel, V.** : “The Choice of Law in Commercial Relations: A German Perspective”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 37, 1988, pp. 935-945.
- Tunçomağ, K.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1972.
- Tunçomağ/Centel** : İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2003.
- Turhan, T.** : “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, 1989-1990, s. 119-149.
- Ulaş, I.** : “Uygulamacı Gözü ile Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Bakış”, BATİDER, 2005, C. 23, S. 2, s.

- 189-210.
- Uluocak, N.** : Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989.
- Ulusan, İ.** : “Culpa in Contrahendo Üstüne”, Prof. Dr. Ümit Doğanay Anısına Armağan 1, İstanbul 1982, s. 275-319.
- Uyanık Çavuşoğlu, A.** : “Türk Milletlerarası Özel Hukukunda İradî Temsil”, BATİDER, C. 28, S. 1, Mart 2012, s. 67-108.
- Ülgen, H.** : “Ticaret Şirketlerinin Ehliyeti”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000.
- Ülgen/Teoman/Helvacı/
Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan:** Ticarî İşletme Hukuku, İstanbul 2006.
- Verhagen, H. L. E.** : Agency in Private International Law, The Hague Convention on the Law Applicable to Agency, Dordrecht/Den Haag 1995 (Agency).
- Verhagen, H. L. E.** : “The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on Ingmar Gb LTD V Eaton Leonard Technologies Inc”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 51, 2002, pp. 135-154 (Party).
- Vernooij, N. W.** : Rome I: “An Update on The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe”, Columbia Journal of European Law Online, Vol. 15, 2009, pp. 71-76.
- Vogenauer/
Kleinheisterkamp** : Commentary on The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), New York 2009.
- Volders, B.** : “Culpa in Contrahendo in the Conflict of Laws: A First Appraisal of Article 12 of the Rome II Regulation”, NIPR Online, 2008-342 ([https://nipr-online.eu/\(S\(ity1osrmof1ex4jjoga32d55\)\)/Static%20Pages/NiprEnglishArticles.aspx](https://nipr-online.eu/(S(ity1osrmof1ex4jjoga32d55))/Static%20Pages/NiprEnglishArticles.aspx)) (Erişim Tarihi: 10.4.2011)

- Waite, J. B.** : “Caveat Emptor and The Judicial Process”, Columbia Law Review, Vol. 25, No. 2, 1925, pp. 129-151.
- Wilken, S.** : Wilken and Villiers The Law of Waiver, Variation and Estoppel, New York 2002.
- Williams, P. R.** : “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 35, 1986, pp. 1-31.
- Woodyatt, R. G.** : The Law of Agency, London 1900.
- Wright, E. B.** : The Law of Principal and Agent, London 1901.
- Wyatt, D.** : “Choice of Law in Contract Matters-A Question of Policy”, The Modern Law Review, Vol. 37, 1974, pp. 399-416.
- Yalman, S.** : Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.
- Yavuz, C.** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1997 (Borçlar).
- Yıldız, B.** : “TTK Tasarısı’nda Şirketlerin Ehliyeti ve Bu Bağlamda TTK m. 137 Hükmündeki ‘Ultra Vires’ Sınırlamasının Yerindeliğinin Değerlendirilmesi”, AÜHFD, C. 55, S. 1, 2006, s. 321-353.
- Yılmaz, H.** : “Sözleşme Görüşmelerinde Kusur ‘Culpa in Contrahendo’ ve Sorumluluğun Hukuksal Niteliğinde Yeni Görüşler”, YD, C. 11, S. 3, 1985, s. 234-252.
- Yntema, H. E.** : “Autonomy in Choice of Law”, American Journal of Comparative Law, Vol. 1, 1952, pp. 341-358.
- Zaphiriou, G. A.** : European Business Law, London 1970.
- Zekoll/Reimann** : Introduction to German Law, Netherlands 2005.
- Zevkliler/Havutçu** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.
- Zhang, M.** : “Choice of Law in Contracts: A Chinese Approach”, Northwestern Journal of International Law & Business, Vol. 26, 2006, pp. 289-333 (Chinese).
- Zhang, M.** : “Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion

and Party Autonomy”, Akron Law Review, Vol. 41, 2008, pp. 123-173 (Choice).

Zhang, M.

: “Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law”, Emory International Law Review, Vol. 20, 2006, pp. 511-561 (Party).