

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

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE USUL HUKUKU
HAKKINDA KANUN'UN 24. MADDESİ ÇERÇEVESİNDE
SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUK**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Berk DEMİRKOL

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Temmuz 2010

ÖNSÖZ

"Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk" başlığını taşıyan bu çalışma, 5718 sayılı Kanun'un getirdiği en önemli yeniliklerden biri olan genel olarak sözleşmeye uygulanacak hukuku düzenleyen yeni MÖHUK m. 24 hükmünü incelemektedir.

Bu yüksek lisans tezi, Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL'ın yönetiminde hazırlanmıştır. Bu konuda bir yüksek lisans tezi yazılmasını, aynı zamanda tez danışmanım olmayı kabul ederek beni onurlandıran Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL önermiştir. Saygıdeğer Hocam, tez yazımı sürecinde de katkısını hiçbir zaman eksik etmemiş; önerileri ile beni her zaman olumlu yönde desteklemiştir. Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL'a, değerli vaktini bana ayırdığı ve bu yüksek lisans tezinin oluşumunda çok büyük bir katkısı olduğu için şükranlarımı sunmayı bir borç bilirim.

Akademik çalışmalar konusunda bana her zaman ilham veren ve özellikle yabancılik unsuru ile ilgili yaptığımız tartışmalarla bu tezde savunulan görüşlere yön veren değerli Hocam Prof. Dr. Ziya AKINCI'ya çok teşekkür ederim.

Lisans ve yüksek lisans çalışmalarım sırasında milletlerarası özel hukuka çok büyük ilgi duymamı sağlayan ve sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda yüksek lisans tezi hazırlamam konusunda beni yönlendiren değerli Hocam Doç. Dr. İlhan Yılmaz'a da teşekkürü bir borç bilirim.

Son olarak, sadece tezin yazımı sırasında değil, tüm yaşamım boyunca her zaman arkamda olan ve verdiğim tüm kararların gerçekleşmesi konusunda bana en büyük desteği veren sevgili anne ve babama ne kadar teşekkür etsem azdır.

İstanbul, 2010

Berk Demirkol

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR.....	viii
Résumé	xi
Abstract.....	xvi
Özet.....	xxi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: TARAFLARIN SEÇTİKLERİ HUKUKUN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİSİNE UYGULANMASI	12
I. MADDÎ AÇIDAN HUKUK SEÇİMİ	14
A. Hukuk Seçiminin Niteliği.....	14
1. Hukuk seçiminin doğurduğu sonuç.....	14
2. Hukuk seçiminin kaynağı.....	19
a) Hukuk seçiminin sözleşme serbestisinden farkı	19
b) Hukuk seçimine sonuç tanınması	23
c) Hukuk seçiminin geçerliliği	27
(1) Hukuk seçimine uygulanacak hukuk.....	27
(2) Fatura ve teyit mektubunda yapılan hukuk seçiminin geçerliliği	35
B. Hukuk Seçimine Getirilen Maddî Sınırlamalar	37
1. Hukuk seçimine sonuç tanınmasında yabancılık unsurunun rolü.....	38
a) MÖHUK sistemi	38
(1) Hukuk seçimi yapılması için herhangi bir yabancılık unsuru aramayan görüş	39
(2) Hukuk seçimi yapılması için sözleşmenin uluslararası nitelik taşıması gerektiğini belirten görüş	43
(3) Hukuk seçimi yapılması için hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıması gerektiğini arayan görüş.....	48
(a) Genel değerlendirme.....	48
(b) Yabancılık unsuru olarak dikkate alınabilecek sözleşmesel unsurların özel olarak incelenmesi.....	54
(i) MTK'da sayılan yabancılık unsurları ile kıyas.....	54
(ii) Milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren sözleşmeler..	62
(iii) Para birimi.....	66
(iv) Sonuç	67
b) Avrupa Birliği hukukunda hukuk seçimi.....	69

c) Avrupa Birliği ve Türk hukuku arasında tüm unsurların toplandığı ülkenin emredici hukuk kurallarının dikkate alınması ile ilgili fark.....	76
2. Kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla hukuk seçiminde kanuna karşı hile ..	80
a) Kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla kanuna karşı hilenin hukukî niteliği	80
b) Hukukî ilişkiye yapay olarak yabancılık unsuru yerleştirilmesiyle kanuna karşı hile	83
c) Hukuk seçiminin kanuna karşı hile olarak değerlendirilmesi	84
3. Hukuk seçiminin konusu: seçilebilecek hukuk düzenleri	85
a) "Hukuk" seçimi / "hukuk kuralları" seçimi	86
(1) Genel olarak	86
(2) Stabilizasyon klozları	95
(3) Bölgesel birimli devletlerde bölgesel birimin veya devletin hukukunun seçilmesi	97
b) Sözleşmesel ilişkideki unsurlarla ilgisi olmayan bir hukukun seçilmesi	99
c) <i>Lex fori</i> 'nin tanımadığı bir devletin hukukunun seçilmesi	103
d) Negatif hukuk seçimi	105
II. HUKUK SEÇİMİNİN KULLANILMA BİÇİMİ.....	107
A. Hukuk Seçimini Öngören İrade Beyanının Ortaya Çıkışı.....	108
1. Hukuk seçiminin açık olarak yapılması	109
a) Genel olarak	109
b) Açık hukuk seçimi ile ilgili kimi özel durumlar	111
(1) Hukuk seçiminin genel işlem şartlarında öngörülmesi	111
(2) Hukuk seçiminin seçimlik hak olarak düzenlenmesi	114
(3) Şarta bağlı veya kademeli hukuk seçimi	116
2. Hukuk seçiminin sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılması.....	118
a) Zımnî hukuk seçiminin unsurları	120
b) Zımnî hukuk seçiminin düzenlenme nedeni	123
c) Pratikte zımnî hukuk seçimi yapılma biçimi.....	126
(1) Tarafların sözleşmesel ilişkilerine belli bir hukukun uygulanmasını öngörerek hareket ettiklerini gösteren somut işaretler	126
(2) Tarafların sözleşmelerine bir hukuk düzenindeki kuralları taşımaları (<i>incorporation</i>) veya bir hukuk düzenindeki kurallara referans yapmaları	135
(3) Tarafların uygulanacak hukuk konusunda belirsiz seçimlerde bulunması	139
(4) Taraf iradesine bağlı sözleşme unsurlarının sistematik olarak belli bir ülkeyi işaret etmesi	142
(5) Taraflar arasındaki benzer hukukî ilişkilerde hukuk seçimi yapılması	146
B. Hukuk Seçiminin Yapılışı ile ilgili MÖHUK m. 24'te Tanınan Serbestiler	147
1. Kısmî hukuk seçimi	148
2. Hukuk seçimi yapılmasının zamanı	151
a) Sonradan yapılan hukuk seçiminin şekil kuralları açısından sözleşmenin geçerliliğine etkisi	153

b) Sonradan yapılan hukuk seçiminde üçüncü kişilerin haklarının korunması istisnası	157
---	-----

İKİNCİ BÖLÜM: HUKUK SEÇİMİ YOKLUĞUNDA SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİSİNE UYGULANACAK HUKUK 160

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA "EN YAKIN İLİŞKİLİ HUKUK" VE "KARAKTERİSTİK EDİM" KAVRAMLARI..... 162

A. Kavramların Tanımı	163
1. En sıkı (yakın) ilişkili hukuk.....	163
2. Karakteristik edim.....	168
B. Karşılaştırmalı Hukukta Hukuk Seçimi Yokluğunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk.....	178
1. Objektif kural olarak karakteristik edim borçlusunun hukukunu uygulamayan sistemler	179
a) Eski Fransız sistemi	179
b) Eski Alman sistemi	180
c) Eski İngiliz sistemi.....	181
d) Eski İtalyan sistemi	184
e) Amerikan sistemi	184
f) Eski Türk sistemi.....	187
2. Karakteristik edim teorisinin ortaya çıkışı ve tarihsel süreç içinde İsviçre sistemi.....	191
a) Uygulanacak hukukun karakteristik edim üzerinden tespit edilmesinin ortaya çıkışı ve karakteristik edim teorisinin gelişimi	191
b) İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda öngörülen sistem....	196
3. Avrupa Birliği hukuku sistemi	200
a) Roma Konvansiyonu.....	200
b) Roma I Tüzüğü	204

II. TÜRK HUKUKUNDA HUKUK SEÇİMİ YOKLUĞUNDA SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİSİNE UYGULANACAK HUKUK 212

A. İlke: Sözleşmeyle En Sıkı İlişkili Hukuk	213
B. "Kuralın Kuralı": Karakteristik Edim Borçlusunun Mutad Meskeni / İşyeri / Yerleşim Yeri Hukuku	214
1. Hükmün hukukî niteliği	216
2. Hükmün unsurları.....	220
a) Karakteristik edim.....	221
b) Edimin borçlusu.....	221
c) Mutad mesken / işyeri / yerleşim yeri.....	221
(1) Düzenlemenin yerindeliği	221
(2) Kullanılan kavramların anlamı	223
d) Sözleşmenin kurulma anı.....	227
C. Karakteristik Edim "Kuralı"nın İstisnası.....	229
1. Sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması.....	229
a) İstisnanın uygulanma koşulunun katılığı: <i>daha</i> sıkı ilişkili hukuk ...	232
b) Değerlendirilecek nokta: somut olay analizi	236
(1) Genel açıklama	236
(2) Somut olay analizinin yetersiz olduğu durumlar.....	242
2. Sözleşmede karakteristik edimin bulunmaması veya tespit edilememesi.....	246
3. Birden fazla karakteristik edim borçlusunun farklı ülkelerde bulunması.....	249

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: LEX CONTRACTUS'UN TATBİKİ.....	251
I. SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN TESPİTİ	251
A. Borçların Kaynağına Göre Hukukî İlişkinin Vasıflandırılması	253
1. Sözleşme benzeri.....	254
a) Vekâletsiz iş görme	255
b) Sözleşmenin hüküm doğurmamasına rağmen borç olmayan şeyin tediyesi	259
2. <i>Culpa in contrahendo</i> ve imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu	260
3. <i>Trust</i>	262
B. Kendine Has Bağlanma Kuralları Olan Kurumlar	262
1. MÖHUK'ta kendine özgü bağlanma kuralı düzenlenen kurumlar	263
2. MÖHUK'ta kendine özgü bir bağlanma kuralı öngörülmesi bile sözleşme statüsüne girip girmediği tartışmalı olan kurumlar	264
3. Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına uygulanan hukuk	266
II. SÖZLEŞME TİPLERİNE GÖRE UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ	271
A. MÖHUK'ta Özel Olarak Düzenlenen Sözleşmeler	271
B. MÖHUK m. 24 Kapsamındaki Sözleşmeler	273
1. Bir tarafın aslî ediminin para borcu olduğu sözleşmeler	275
a) Genel olarak	276
b) İnşaat sözleşmeleri	277
(1) Para karşılığı inşaat sözleşmesi	277
(2) Alt müteahhitlik sözleşmesi	280
(3) Kat karşılığı inşaat sözleşmesi	281
c) Milletlerarası satım sözleşmeleri	282
d) Finansal kuruluşların kurduğu sözleşmeler	284
(1) Sigorta sözleşmeleri	284
(2) Bankacılık sözleşmeleri.....	287
(a) Kredi sözleşmesi.....	287
(b) Mevduat hesabı sözleşmesi	288
(c) Akreditif sözleşmesi	291
(3) Leasing sözleşmesi	293
2. İki tarafın da para borcu haricinde aslî borçlarının bulunduğu sözleşmeler	294
a) Âdî şirket sözleşmesi	294
b) Franchise sözleşmesi.....	297
c) Distribütörlük sözleşmesi / tek satıcılık sözleşmesi.....	302
3. Teminat sözleşmeleri	308
a) Aynî teminat sözleşmeleri.....	308
b) Şahsî teminat sözleşmeleri.....	309
4. Alacağın temlik ve faktoring sözleşmeleri.....	313
5. Borcun nakli	316
6. İnançlı temlik	317
III. SÖZLEŞMEYE UYGULANAN HUKUKUN TATBİKİNİ ENGELLEYEN MEKANİZMALAR	318
A. Kanunlar İhtilafı Kuralının Uygulanmasının Engellenmesi.....	318
1. Uluslararası antlaşmalar	318
2. Doğrudan uygulanan kurallar.....	320
a) Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları.....	321
b) Yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları.....	323

B. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Yetkili Kıldığı Hukukun Ulaştığı Sonucun Engellenmesi	328
SONUÇ	331
KAYNAKÇA	341
ÖZGEÇMİŞ	351
TEZ ONAY SAYFASI	348

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AJCL	: The American Journal of Comparative Law
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: bent
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BYBIL	: British Year Book of International Law
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
c.	: cümle
CPC	: Code de procédure civile
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
f.	: fıkra
FIDIC	: Fédération internationale des ingénieurs-conseils
GSÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi

HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HILJ	: Harvard International Law Journal
ICC	: International Chamber of Commerce
ICLQ	: International and Comparative Law Quarterly
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
Incoterms	: International Commercial Terms
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İMÖHK	: Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında İsviçre Federal Kanunu
JDI	: Journal du Droit International
K.	: Karar
karş.	: karşılaştırınız
m.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK	: Türk Medenî Kanunu
MTK	: Milletlerarası Tahkim Kanunu
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
para.	: paragraf
RCADI	: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RCDIP	: Revue critique de droit international privé
RDAI	: Revue de Droit des Affaires Internationales
RDIDC	: Revue de Droit international et de Droit comparé
RDIPP	: Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale
RHDI	: Revue Hellénique de Droit International
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SCC	: Stockholm Chamber of Commerce
T.	: Tarih
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law

UNIDROIT	: Institut International pour l'Unification du Droit Privé
v.	: versus
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
VSA	: 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu (Viyana Satım Antlaşması)
Yarg.	: Yargıtay

Résumé

La nouvelle Loi sur le Droit International Privé et Procédure Internationale (LDIP) est entrée en vigueur en 2007. Cette nouvelle loi apporte des nouveautés selon la loi ancienne, surtout dans le cadre de la loi applicable aux contrats.

La première différence de la nouvelle loi est le fait qu'elle dispose nouvelles règles de conflit pour certains contrats. Par exemple, la loi applicable aux contrats de travail et de consommateur devra être déterminé selon ces nouvelles règles de conflit.

L'innovation de la nouvelle loi ne cesse pas avec les nouvelles règles de conflits. La différence la plus importante que la nouvelle loi apporte concerne la règle générale envisageant la loi applicable aux contrats (art. 24). Cette règle de conflit est presque complètement changée. Avec cette recherche, nous analysons cette règle, surtout en accentuant les nouveautés de la règle.

Le premier chapitre de notre recherche est sacrifié à la liberté de choix. Le fait que le contrat est régi par la loi choisie par les parties est une ancienne règle pour le droit turc. Or la nouvelle loi apporte trois nouveautés concernant la liberté de choix.

La première nouveauté est le fait que les parties peuvent choisir la loi applicable au contrat par la volonté tacite. Cette provision est une vraie nouveauté pour le droit turc; parce que l'ancienne loi n'envisageait que le choix exprès de la loi applicable. Ce qui veut dire que le choix tacite n'avait pas d'effet pendant l'ancienne loi.

La deuxième et la troisième nouveautés sont le choix partiel et le choix postérieur. En fait même si, l'ancienne loi ne prévoyait pas ces deux règles, il était accepté en droit turc que les parties pouvaient faire un choix partiel ou un choix postérieur. C'est pourquoi, ces deux nouvelles règles n'apportent pas de vraie innovation en droit turc.

Outre que ces nouveautés concernant la partie formelle de l'élection du droit, nous avons aussi analysé la partie substantielle de la liberté de choix. Pour ceci, nous avons de prime abord examiné le caractère juridique de cette liberté. Nous devons accentuer que la liberté de choix de la loi applicable est une liberté totalement différente que la liberté contractuelle.

Un autre aspect important est la distinction entre l'effet du choix et la validité du choix de la loi applicable. Le premier est en fait contrôlé si la clause du choix de la loi applicable entre dans le cadre de l'autonomie de la volonté que *lex fori* reconnaît. Même si, *lex fori* ne reconnaît pas l'effet de la clause du choix de la loi applicable, ceci ne voudrait pas dire que cette clause est nulle. La validité du choix est une autre question. La réponse à cette question ne peut être que trouvée entre les règles substantielles, mais pas conflictuelles. Cette clause peut être nulle à cause d'une contrariété à une règle impérative ou parce que les volontés des parties ne sont pas rencontrées conformément.

La validité de la clause du choix de la loi applicable dépend de la loi applicable à cette clause. Or il existe une discussion sur ce sujet. Dans la doctrine, il est défendu que la loi applicable à cette clause devrait être soit la *lex fori*, soit *lex contractus*. Or, nous pensons que cette clause devrait être traitée comme un "*mini*" contrat et on devrait trouver la loi applicable à ce contrat indépendamment. C'est en fait la *proper law* de la clause du choix de la loi applicable.

Un autre sujet important est le cadre de l'autonomie de la volonté. Pour ceci, il faut d'abord indiquer que l'art. 1er de LDIP envisage le cadre de la loi. Cette règle prévoit que cette loi n'est appliquée qu'aux relations portant un élément d'extranéité. En droit turc, il y a une autre discussion concernant l'épanouissement de cette question pour les contrats. Une partie de la doctrine est contente du seul fait du choix d'une loi étrangère pour que le contrat porte un élément d'extranéité. Une autre partie de la doctrine rejette de déterminer si les contrats entrent dans le cadre de LDIP par un élément d'extranéité et elle défend que le contrat devrait porter un caractère international pour qu'il entre dans le cadre de LDIP et pour que les parties puissent faire une élection de droit. La dernière partie de la doctrine pense que le contrat devrait porter un élément d'extranéité objectif pour que LDIP puisse être applicable. Nous partageons la même idée avec cette dernière partie de la doctrine.

Si on établit l'applicabilité des règles de conflit selon un élément d'extranéité, il faut déterminer quels éléments devraient être considérés comme élément d'extranéité. Il faut avouer qu'il y a une tendance dans la doctrine d'accepter presque tous les éléments comme élément d'extranéité. Or nous pensons qu'un élément ne peut être accepté comme un élément d'extranéité, si et seulement si ceci change le caractère de la relation entre les parties. C'est pourquoi, pour nous, outre que des cas exceptionnels, il est presque impossible de reconnaître le lieu de la formation du contrat comme un élément d'extranéité.

Après, nous avons analysé l'autonomie de la volonté dans le droit communautaire. Selon le premier article de la Convention de Rome et du Règlement de Rome I, ces deux instruments sont applicables dans les situations comportant un conflit de lois. Or, l'art. 3 al. 3 de la Convention et du Règlement prévoit que "*[l]e choix par les parties d'une loi étrangère [...] ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés [...] dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat*". *Argumentum a contrario*, cette disposition a été interprétée par la plupart des auteurs que les parties sont libres de choisir une loi étrangère même si leur relation contractuelle ne jouit pas d'élément d'extranéité (or cette liberté a une limite: les

règles impératives du pays où se sont situés tous éléments du contrat). Techniquement, nous trouvons que c'est une interprétation correcte. Or, cette interprétation ne sert pas à avoir un résultat concret; parce que désormais les parties jouissent la liberté contractuelle et elles peuvent choisir toutes les règles étrangères autant qu'elles ne portent pas atteinte aux règles impératives du pays où se situent tous les éléments du contrat.

C'est pourquoi, nous interprétons cette règle différemment. Pour nous, la *ratio legis* de cette règle ne devrait être une répétition d'un principe général. Pour nous, cette disposition prévoit les affaires où tous les éléments de la relation contractuelle se sont situés dans un autre pays. Dans ce cas-là, la relation contractuelle porte d'élément d'extranéité selon *lex fori*. Or ce n'est pas suffisant pour les parties de jouir l'autonomie de la volonté, comme tous les éléments de la relation contractuelle se sont situés dans un seul pays. Nous trouvons que cette règle peut freiner *forum shopping*. En droit turc, cette règle n'existe pas.

Ensuite, nous avons étudié la loi qui peut être choisie. Premièrement, il faut constater une distinction entre la "loi" et les "règles de droit" qui gouvernent le contrat. Généralement l'arbitrage international permet les parties de choisir les règles de droit qui régit le contrat. Or LDIP ne le permet pas. Dans le système turc, comme dans la plupart des autres systèmes, il n'est permis de choisir une loi étatique.

Deuxièmement, on peut demander si les parties peuvent choisir la loi d'un pays qui n'a aucune relation avec le contrat. C'est possible d'observer que la majorité des auteurs permettent ce type de choix.

Troisièmement, on peut demander si le choix de la loi d'un pays qui n'est pas reconnu par la *lex fori* peut être accepté dans le cadre de l'autonomie de la volonté. Notre réponse est non. Nous pensons que si l'Etat n'est pas reconnu, les lois de ce pays ne peuvent être qualifiées que comme des règles.

Dernièrement nous avons traité le cas du choix négatif. Dans ce cas-ci, si le droit choisi ne peut être pas déterminé de façon apparente, ce choix n'aura pas d'effet comme un choix de droit.

Dans notre recherche nous avons aussi analysé la loi applicable à la formation du contrat. En principe, il est accepté par LDIP (art. 32), c'est la *lex contractus* qui gouverne la formation du contrat. Cela veut dire que si les parties choisissent une loi, cette loi gouvernera la formation du contrat. Or si cette loi choisie par les parties rend le contrat nul et si le contrat est valable selon la loi qui serait applicable selon le critère objectif, quelle loi serait-il applicable? Même si, une partie des auteurs pense que dans ce cas il faut reconnaître une exception, nous pensons qu'il n'y a pas de raison de s'éloigner du principe général.

Dans le deuxième chapitre, nous avons traité la loi applicable aux contrats à défaut de choix. In fact, this part of the study contient l'innovation la plus importante de la nouvelle loi.

La loi applicable à défaut de choix est prévu à l'art. 24 al. 4 de LDIP. Cet alinéa contient trois phrases. La première dispose que le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Ensuite la deuxième phrase dispose qu'il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. Enfin la troisième prévoit que lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays, le contrat est régi par la loi de ce pays.

Cette règle de conflit contient deux notions importantes: le pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits et la prestation caractéristique. Nous avons surtout recherché l'émergence de la notion "prestation caractéristique" et son utilisation comme règle de conflit.

Ensuite nous avons analysé l'art. 24 al. 4. Ce qui est important dans cet analyse est mettre en jeu la relation entre les phrases de cet article. Il est généralement accepté dans la doctrine que la première phrase est une ligne directrice et la deuxième est une présomption. Or nous ne partageons pas cette opinion. Pour nous, la première phrase est la règle de conflit. La deuxième phrase détermine ce qui est le pays avec lequel le contrat présent les liens les plus étroits. Alors cette deuxième phrase est aussi règle; mais cette fois désignant la première phrase. Ceci voudrait dire que la deuxième phrase est une "règle de la règle". La troisième phrase est l'exception qui est apportée à la "règle de la règle".

La relation entre ces phrases a une importance vitale pour désigner le champ de la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens étroits et celui de la théorie de la prestation caractéristique. En déterminant la théorie de la prestation caractéristique comme une règle de la règle, nous pensons que la troisième phrase devrait être utilisée exceptionnellement. Ce qui veut dire qu'il faut faire une interprétation rigide entre la relation de la règle et l'exception. Ceci contribuerait d'assurer la sécurité juridique.

Le troisième chapitre est intitulé "application de la loi applicable aux contrats". Enfaite nous traitons ce chapitre d'une perspectice pratique.

La première partie de ce troisième chapitre porte sur le statut du contrat. Nous avons premièrement examinée la qualification d'une relation juridique comme une relation contractuelle. Par exemple, la responsabilité résultant de la *culpa in contrahendo* est acceptée contractuelle dans certains systèmes et délictuelle dans les autres. Comme elle est acceptée comme une responsabilité contractuelle, c'est l'art. 24 qui montrera la loi applicable en cas de *culpa in contrahendo*.

Même dans une relation contractuelle, il existe certaines institutions (comme la capacité et la forme du contrat), qui jouissent des règles de conflits autonomes. A cause de ces règles, l'art. 24 de LDIP ne trouverait pas de champ d'application dans le cadre des ces institutions.

Dans la deuxième partie de ce chapitre, nous avons traité la loi applicable aux différents types de contrat. En fait tous sont régis par la loi applicable désignée par l'art. 24. Or l'art. 24 peut avoir une application différente, chaque qu'un type différent de contrat est mis en jeu. En réalité, ce n'est pas l'application qui diffère, mais à cause de la particularité de chaque contrat, la détermination de la loi applicable au contrat peut être problématique. Par exemple, il est très difficile de déterminer la prestation caractéristique dans le contrat de franchise et de distribution. Et dans le contrat de construction, le résultat de l'art. 24 n'est pas satisfaisant.

La dernière partie du troisième chapitre concerne les mécanismes qui entravent l'application de la loi applicable. Il peut y avoir deux situations. Par exemple, dans le cas de la règle immédiate, l'application de la règle de conflit est entravée. Or dans le cas de l'ordre public, c'est l'application du résultat fourni par l'application de la règle de conflit qui est entravée.

Finalement, nous apprécions l'effort pour harmoniser le droit turc de conflit des lois avec le droit comparé. Or les ambiguïtés de l'art. 24 al. 4 peuvent causer à un chaos dans la pratique. C'est pourquoi nous suggérons d'adopter une disposition comme l'art. 4 du Règlement de Rome I.

Abstract

The new Private International Law Act has been come into force in 2007. This Act brings a dramatic distinction to the old Act, especially on the law applicable to contracts. At the first sight, the number of rules concerning the law applicable to contracts has been arisen considerably. Apart from the sole rule concerning the law applicable to contracts in the old Act, in the new one, there are new provisions on specific contracts (e.g. consumer contract, labor contract, etc.).

Our research subject is, however, not these special provisions. We have only examined the general conflict of laws rule concerning the contracts (Art. 24 of PILA). Because of the special provisions on some contracts, the scope of this rule has been decreased. That is not the only difference between the new and old Act concerning Art. 24 of PILA. The provision has been almost completely renewed. In this thesis, we analyze Art. 24 of PILA especially accentuating the changes.

In the first section of this work, we treat the choice of choice of law ("*electio juris*"). The first three paragraphs of Art. 24 of PILA concern the freedom of choice and there are three novelties. The first one is the fact that the parties may make a tacit choice of choice of law. Under the old Act, tacit choice of choice of law was not accepted at all. The other innovations of the Act are the possibility given to party in order to make a partial choice of choice of law and a late choice of choice of law. Nevertheless, though the lack of provision, these two possibilities were recognized under the old regime.

Apart from these novelties, we also deal with the substantial part of the freedom of choice. The first topic that we discuss is the judicial character of the freedom of choice. It shall be stressed that the freedom of choice is completely different from the freedom of contract. Another important point which shall be stressed is that the consideration of the clause of choice of choice of law and the validity thereof are two distinct issues. The first one deals only whether the conflict of laws rule may be applicable in case. There may be different reasons why it may not be applicable. But this is a question concerning the scope of the freedom of choice recognized by the law. The conflict of laws rule may recognize the effect of an *electio juris* and the law chosen by the parties will be applied or it will not recognize such an effect and the law in the absence of choice will be applied. The second case does not mean that the *electio juris* between the parties is invalid; it does just mean that the conflict of laws rule does not recognize any effect to such an *electio juris*.

Whether or not the choice of law clause is valid raises another question. The answer to this question is not found among the conflict of laws rules, but substantial

law. The *electio juris* may be invalid, because of a failure or or an annoyance of mandatory rules. In order to ascertain the validity or the invalidity of the choice of law clause, one needs to determine the law applicable to the choice of law clause. On this subject, there is a discussion among authors. Contrary to the majority of the authors, we do think that, the law applicable to this clause is the *proper law* of the choice of law clause, considering this clause as a "*mini*" contract. In this case, the law applicable to the choice of law clause may differ from the law applicable to the contract.

Another issue concerning the freedom of choice is the scope of the freedom. First of all, the Turkish PILA is applicable in case of a foreign element according to Art. 1 of PILA. There is a discussion related to the fulfillment of this condition. Some authors allege that in case of a choice of a foreign law, the contract will enjoy a foreign element. Another opinion is that there is no need for a contract to enjoy a foreign element in order to satisfy the condition; but the contract shall enjoy an international character. The third opinion is that the contract needs to enjoy an objective foreign element in order to satisfy the condition set by Art. 1 of PILA. We are in the third opinion.

The next point which shall be determined is which elements of a contract may be considered as a foreign element. In the literature, there is an inclination to consider all the elements of a contract in finding the foreign element. We, however are not in this opinion. We do not think that an element, such as the place of formation should be taken into account (except some special situations).

Then, we analyze the European Union law regarding the law applicable to contracts. Not to forget that the Rome Convention has been largely taken into account in the preparation of the PILA. According to Rome Convention and Rome I Regulation art. 1, the scope of the texts is any situation involving a conflict of laws. Art. 3.3 of both instruments, has envisaged that "[w]here all other elements to the situation at the time of the choice are located in a country other than the country whose law has been chosen, the choice of the parties shall not prejudice the application of provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement". *Argumentum a contrario*, this provision may be interpreted in such a way that parties have the freedom of choice, even in the absence of any foreign element. Technically, this is a correct interpretation, supported by almost all the authors. Nevertheless, such an interpretation would bring nothing considerable. The parties who may not prejudice rules which cannot be derogated from by agreement according to Art. 3.3 of Rome Convention and Rome I Regulation, could have already foresee such rules in their contract in the framework of the freedom of contract.

Therefore, we do believe that this provision shall be interpreted in another way. At least, *ratio legis* of this provision is not to make *electio juris* available in the absence of foreign element. In our opinion, this provision foresees the case of a claim outside the country where all the elements of the contract have been situated. In this case, the judge, for whom there is a foreign element, will determine that all of the elements in this contract are in one country. Thus, the judge will be supposed to apply the rules which cannot be derogated from by agreement of this country. Such

an interpretation will also hinder the *forum shopping*. We think that the absence of such a provision in Turkey is a failure of the legislator.

In the next part of our study, we treat the law which may be chosen. Firstly, we explain the difference between the "law" and the "rules of law". It is generally accepted in international arbitration that parties may choose the rules of law applicable to the contract. The PILA, however, does not give such an opportunity to the parties. That means that only if the parties choose a law, the Turkish judge will give an effect to the *electio juris*.

One may also discuss if the parties may choose a law, with whom the contract has no link. We reached at the conclusion that it is very commonly accepted that such a choice will have a full effect.

Another point which may be raised is the situation where parties choose the law of a country which is not recognized in the *lex fori*. In our opinion, in this case, the choice of law clause would have no effect; this choice should be considered as a choice of rules of law. The negative choice of law should also not be considered as a choice of law (if the law chosen may not be determined individually).

In our research, we treat also the law applicable to the formation of the contract. The discussion, here, is what will be the law applicable to the formation of the contract, if the parties make an *electio juris* and according to the law chosen by the parties the contract is null and void, whereas the contract is valid according to the law applicable in case of the absence of choice. We do think that, there is no reason to try to validate the contract in this case and to recognize an exception to the very general rule which says that the law applicable to the formation of the contract is the *lex contractus*.

In the second section of our research, we deal with the law applicable to the contracts in the absence of choice. In fact, this part of the study concerns the most important innovation of the new PILA. According to Art. 24.4 of PILA, the law applicable to contract in the absence of choice is the law of the country with which the contract is most closely connected. According to the second sentence, the most closely connected country is the country where the party who is to effect the performance which is characteristic of the contract has his habitual residence. Finally according to third sentence, if it appears from the circumstances as a whole that the contract is more closely connected with another country, the law of this country will govern the contract.

In our research, we first deal with the notions used in the provision: the most closely connected country and the characteristic performance. Then, we analyze the emergence of the theory of characteristic performance and the use of this theory in the determination of the law applicable to contracts.

In the second part of the second section, we analyze the conflict of laws rule in the absence of choice. In fact, the first sentence, the determination of the law

applicable according to the close connection is the rule and this rule has no exception.

The second sentence of the provision foresees that the most closely connected country is the country where the party who is to effect the characteristic performance has its habitual residence. There is a discussion in the literature on the legal character of this sentence. The authors mostly accept that this sentence adopts a presumption. However, we do think that, there is no presumption in this sentence, but a rule in order to find out the most closely connected country. Thus, we do believe that this is the "rule of the rule" concerning the conflict of laws rule regarding the law applicable to contracts.

The third sentence brings in our opinion an exception to the "rule of the rule". The scope of this exception is related how rigid it would be interpreted. For the sake of the legal security, one shall use rarely this exception.

The third section is entitled the "application of the law applicable to contracts". In this section, we bring a practical perspective to the law applicable contracts.

The first part of the third section deals with the statute of contract. We first examine the qualification of a relation as a contractual relation. In this part, we mention, for instance, whether the liability due to *culpa in contrahendo* should be deemed contractual. If no, Art. 24 of PILA may not be applicable in case of *culpa in contrahendo*.

Then, we treat some specific institutions (e.g. the form of the contract, capacity) which enjoy special conflict of laws rule. As they enjoy a specific conflict of laws rule, any dispute regarding this institution would not be resolved by Art. 24 of PILA.

The second part of the third section is sacrificed to analyzing the law applicable to different contracts. Even though all these contracts should be treated in the framework of Art. 24 of PILA, according the legal character of the contract, the application of the rule would differ. For instance, in some contracts (e.g. franchising), one needs to determine the characteristic performance.

The last part deals with the mechanisms hindering the application of law applicable. There are two types of mechanism. The first one hinders the application of the conflict of laws rule. For instance, overriding mandatory rules will be directly applicable to contracts and if there is an overriding mandatory rule which finds application, the conflict of laws rule may not be applicable at that point.

The second type of mechanism does not hinder the application of the conflict of laws rule, but the result thereof. This is the situation where the public policy finds application. Public policy "controls" the result achieved applying the conflict of laws rule. If the result does not suit to the public policy, this result achieved according to conflict of laws rule would find no application. One of Turkish authors, Ergin NOMER finds a similarity between the public policy control and "pass control". The

public policy control hinders the application of a foreign substantial rule which is contrary to Turkish public policy.

All things considered, we appreciate that the legislator tries to stay in harmony with the principles accepted in comparative law. However, we do believe that especially the provision regarding the law applicable to contracts in absence of choice will create important problems in the practice due to the ambiguity in the provision. We would suggest to adopt a similar provision to Art. 4 of the Rome I Regulation.

Özet

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 2007 yılında yürürlüğe girmesi ile birlikte, Türk hukukunda sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili yeni bir düzen yürürlüğe girdi. Yeni kanun, karşılaştırmalı hukukta, özellikle de Avrupa Birliği hukukunda benimsenen kuralları takip ederek eski MÖHUK'a göre oldukça farklı bir düzenleme öngörmektedir.

Yeni MÖHUK'un eski kanundan ilk bakışta saptanacak farkı, eski düzenlemenin tüm sözleşmesel ilişkileri tek bir hükümle düzenlemesi karşısında, yeni düzenlemede bazı tip sözleşmelere ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralları benimsenmesidir. Bu sebeple, yeni MÖHUK'ta öngörülen sözleşmelere uygulanacak hukuk ile ilgili genel düzenlemenin kapsamı, eski MÖHUK'taki hükme göre daha dardır.

Sözleşmelere uygulanacak hukukun saptanması ile ilgili genel hüküm olan MÖHUK m. 24'ün içeriğinde de önemli değişiklikler yapılmıştır. İşte biz de bu değişiklikleri vurgulayarak MÖHUK m. 24 düzenlemesini çalışmamızda ele aldık.

Çalışmamızın ilk bölümü, tarafların hukuk seçimi yoluyla sözleşmelerine uygulanacak hukuku tespit ettikleri duruma ayrılmıştır. Bunla ilgili düzenleme MÖHUK m. 24'ün ilk üç fıkrasında yer alır. Türk hukukunda, eskiden beri tarafların açık olarak seçtikleri hukukun sözleşmeye uygulanacağı kabul edilmekteydi. Öte yandan yeni MÖHUK, eski kanundan farklı olarak, zımnî hukuk seçimini de kabul etmektedir. MÖHUK m. 24'ün yeni düzenlemesinde, eski dönemde genel olarak kabul edilen iki durum kanun hükmüne alınmıştır: tarafların kısmî hukuk seçimi yapabilmesi ve tarafların sözleşmenin kurulmasından sonra da hukuk seçimi yapabilmesi veya yapılan seçimi değiştirmesi. Fakat, bu son iki husus zaten kanunun yürürlüğe girmesinden önce de kabul edildiği için, bu hükümlerin gerçek anlamda bir yenilik getirdiği söylenemez. Zımnî hukuk seçimi ise, eski kanundaki sistemi değiştirmiştir. Biz de bu nedenle, çalışmamızda zımnî hukuk seçimini olabildiğince ayrıntılı bir şekilde incelemeye çalıştık. Bu kapsamda, özellikle hangi hâllerin zımnî hukuk seçimi teşkil edebileceğini araştırdık.

Çalışmamızda, hukuk seçimi ile ilgili, sadece yeni düzenlemenin getirdiği yeniliklere değinmedik; bu hususlar haricinde de hukuk seçimi ile ilgili tartışılması gereken önemli hususlar bulunmaktadır.

Tartıştığımız konulardan ilki hukuk seçiminin niteliğidir. Burada özellikle hukuk seçiminin sözleşme serbestisinden farklı olduğunu vurgulamak gerekir. Bu

bölümde daha sonra hukuk seçimine etki tanınması ile hukuk seçiminin geçerliliği arasında bir farklılık olduğunu belirttik. Buna göre MÖHUK m. 24 hükmü, yapılan hukuk seçimi anlaşmasının, ancak etki doğurup doğurmadığını belirleyen bir düzenlemedir. Hukuk seçiminin geçerliliği ise, hukuk seçimine uygulanacak hukuka bağlıdır. Hukuk seçimine uygulanan hukukun, örneğin emredici hukuk kurallarına bir aykırılık bulunması hâlinde hukuk seçimi hükümsüz olacaktır. Hukuk seçimine uygulanacak hukukun tespit edilmesi ile ilgili ise bizim önerdiğimiz çözüm, hukuk seçiminin ayrı bir "mini" sözleşme olarak düşünülmesi ve bu sözleşmeye -bu sözleşmede karakteristik edim borçlusu olmadığı için- sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun uygulanmasıdır.

Hukuk seçimi ile ilgili bir diğer önemli tartışma konusu ise, hukuk seçiminin uygulama alanına ilişkindir. Bu noktada ilk olarak, sözleşmenin MÖHUK'un kapsamına girebilmesi için yabancılık unsuru taşımasının gerekli olup olmadığı tartışılmalıdır (MÖHUK m. 1 bu kanunun kapsamının yabancılık unsuru olan hukukî ilişkiler olduğunu belirtmiştir). Bu konuda doktrinde üç temel görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki, yabancı hukuk seçiminin kendisinin tek başına bir yabancılık unsuru olarak kabul edilebileceği; dolayısıyla hukuk seçimi yapılabilmesi için ayrı bir yabancılık unsuruna ihtiyaç olmadığıdır. İkinci görüş, bir sözleşmenin MÖHUK m. 24'ün kapsamına girebilmesi için sözleşmenin yabancılık unsuru değil, uluslararası nitelik taşıması gerektiğini aramaktadır. Üçüncü görüş ise, sözleşmenin objektif bir yabancılık unsuru taşımadan MÖHUK m. 24'ün kapsamına giremeyeceğini belirtmektedir. Biz bu son görüşe katılıyoruz.

Bu noktadan sonra tespit edilmesi gereken husus, hangi unsurların yabancılık unsuru olarak dikkate alınacağıdır. Bu kapsamda, doktrinde sözleşmenin kurulduğu yer gibi sözleşmesel ilişkinin yapısından kopuk olabilecek unsurların yabancılık unsuru olarak kabul edileceği genel olarak kabul edilmektedir. Biz ise, bu görüşe katılmıyoruz ve bir unsurun yabancılık unsuru olarak kabul edilirken hukukî ilişki üzerinde bu unsurun etkisi olması gerektiğini düşünüyoruz.

Çalışmamızın bir sonraki bölümünde ise, MÖHUK açısından mehz mevzuat niteliği taşıyan konuyla ilgili Avrupa Birliği hukuku düzenlemelerini inceledik. Gerek Roma Konvansiyonu, gerekse de Roma I Tüzüğü, ilk maddelerinde kapsam hükmüne göre ancak kanunlar ihtilafı unsuru taşıyan sözleşmelere uygulanmaktadır. Bu belirlemenin ardından ise, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3'te tarafların yaptıkları hukuk seçiminin, sözleşmenin tüm unsurlarını barındıran ülkenin emredici hukuk kurallarının uygulanmasını engellemeyecekleri belirtilmiştir. Bu lafız nedeniyle, karşılaştırmalı hukuk doktrinde bu hükmün yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelerde de hukuk seçimine izin verdiği, ancak bunu yaparken, hukuk seçimine bir sınırlama getirdiği belirtilmiştir. Ancak böyle bir yorum, teknik açıdan Konvansiyon ve Tüzük'ün lafzını doğru bir şekilde yansıtsa bile, hiçbir somut sonuç doğurmayacaktır; çünkü taraflar zaten sözleşme serbestisi çerçevesinde, iç hukukun emredici hukuk kurallarının öngördüğü sınırları aşmamak şartıyla sözleşmelerinde istedikleri düzeni kararlaştırabilir, hatta yabancı hukuk kurallarına atıfta bulunabilirler.

Bu sebeple, biz Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3 hükmünün yorumunda bir başka noktaya dikkat edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu nokta,

sözleşmenin tüm unsurlarının bulunduğu ülkenin *for* ülkesi haricinde bir ülke olması durumunda bile bu hükmün uygulanacak olmasıdır. İşte bu durum, örneğin Türk hukukundan farklıdır; çünkü tüm unsurları yabancı bir ülkede bulunan bir sözleşmesel ilişki, MÖHUK m. 24'ün kapsamına girmektedir ve taraflar böyle bir sözleşme ile ilgili sınırsız bir hukuk seçimi yapabileceklerdir. Oysa böyle bir durumda Roma Konvansiyonu veya Roma I Tüzüğü uygulandığında, sözleşmenin tüm unsurlarının toplandığı ülke *for*'dan başka bir ülke olsa bile, unsurların toplandığı ülkenin emredici hukuk kurallarının aksi kararlaştırılmayacaktır. Böyle bir hüküm, *forum shopping*'i engelleyici niteliktedir. Bu nedenle, bu hükmün Türk hukukuna alınmaması, bizim görüşümüze göre, bir eksikliktir.

Çalışmamızda daha sonra "seçilebilecek hukuk"a değindik. Bu bölümde ilk olarak "hukuk" seçimi ile "hukuk kuralları" seçimi arasındaki teknik farka değindik. Milletlerarası tahkimde, tarafların hukuk kurallarını seçebilecekleri düzenlese de, MÖHUK m. 24'te sadece tarafların hukuk seçmesine etki tanınmıştır. Bu nedenle, tarafların hukuk kuralı seçmesi, ancak sözleşme serbestisi kapsamında değerlendirilebilir; ancak sözleşme bu hukuk kurallarına tâbi olmaz.

Bunun dışında, seçilebilecek hukukla ilgili olarak, tarafların sözleşmesel ilişkideki unsurlarla ilgisi olmayan bir hukukun da seçilebileceği sonucuna ulaştık. Tarafların *lex fori*'nin tanımadığı bir devletin hukukunu seçmesi hâlinde ise, bizce bu seçim bir hukuk seçimi olarak değil, hukuk kuralı seçimi olarak değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, negatif hukuk seçimi de, kural olarak bir hukuk seçimi niteliğinde değildir.

Hukuk seçimi ile ilgili, son olarak, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasının hangi hukuka tâbi olacağına değinelim. Sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulması, sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbidir; dolayısıyla tarafların seçtikleri hukuk sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığını belirleyecektir. Ancak objektif kural uygulansaydı hüküm doğurabilecek bir sözleşme, tarafların seçtikleri hukuka göre hüküm doğurmayabilir. Böyle *common law*'dan etkilenen bir grup yazar, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasını tarafların seçtiği hukuka değil, objektif kritere bağlamaktadır. Ancak biz bu görüşe katılmıyoruz. Bize göre, bu durumda genel kuraldan ayrılmayı haklı gösterecek bir neden yoktur. Nasıl ki, tarafların emredici hukuk kurallarına aykırı kurdukları sözleşme hüküm doğurmayacaktır; bu durumda da, uygulanacak hukukun emredici hukuk kurallarına aykırı kurulan bir sözleşmenin geçerli kılınmaya çalışılmasına bir sebep yoktur.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak kuralı (objektif kuralı) inceledik. Çalışmamızın bu bölümü, MÖHUK m. 24, hatta belki de tüm yeni MÖHUK'ta getirilen en önemli yeniliği barındırmaktadır. Bu hükme göre sözleşmeye en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Ancak kural olarak, en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukukudur. Sözleşmenin bir başka hukukla daha sıkı ilişki taşıması durumunda ise, bu hukuk sözleşmeye uygulanacaktır.

Biz bu bölümde, objektif kuralın içeriğini incelemeye başlamadan önce, bu kuralın barındırdığı kavramları ve bu kavramların karşılaştırmalı hukukta gelişimini

inceledik. Bu araştırmada, yeni düzenleme açısından önem taşıyan nokta, karakteristik edim teorisinin gelişimidir. Karakteristik edim üzerinden sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme girişimleri her ne kadar XX. yüzyılın başında ortaya çıkmaya başlasa da, sözleşmeye uygulanacak hukuku sistematik olarak karakteristik edim borçlusunun hukukuna göre belirleyen ilk sistem İsviçre hukukudur. Bu yaklaşım ilk olarak İsviçre içtihadında ortaya çıkmış; daha sonra da kodifiye edilmiştir. Avrupa Birliği hukuku da bu yaklaşımdan etkilenmiş ve objektif kuralı bu yönde belirlemiştir. MÖHUK m. 24 düzenlemesi de, Roma Konvansiyonu'ndaki sistemi benimsemiştir.

Objektif kriterin düzenlendiği MÖHUK m. 24 / f. 4,  cümleden oluşur. Daha önce de belirttiğimiz üzere ilk cümle sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağını belirtmektedir. Bu hüküm, objektif kuralın ortaya koyduğu, istisnası olmayan bağlanma kuralıdır.

İkinci cümle, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun karakteristik edim borçlusunun hukuku olduğunu kabul eder. Bu hükümün hukukî niteliği ile ilgili doktrinde tam anlamıyla bir açıklık yoktur. Ancak ağır basan görüş, bu hükümün bir karine öngördüğünü belirtmektedir. Biz ise, bu hükümün bir karine öngörmediğini düşünüyoruz. Bize göre bu hüküm bir kural ortaya koymaktadır. Bu kural, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuka ilişkindir; dolayısıyla MÖHUK m. 24 / f. 4'te düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralının öngördüğü "kuralın kuralı" niteliğindedir. MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1'den farklı olarak, c. 2'deki kuralın istisnası vardır. Bu istisna MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'te düzenlenmektedir.

Objektif kuralın üçüncü ayağı, sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun bulunması hâlinde bu daha sıkı ilişkili hukukun uygulama alanı bulacağını söylemektedir. İkinci cümlenin hukukî niteliğine göre, bu cümlede öngörülen düzenlemenin de hukukî niteliği değişecektir. Bizim fikrimize göre, burada bir karinenin rtlmesi durumu değil, bir istisna hkm düzenlenmiştir. Bu iki cümlenin arasındaki ilişki, istisnanın hangi şartlarda uygulanabileceğini belirleyecektir. Bize göre, söz konusu istisnaya sıklıkla başvurulması mümkün değildir. Aksi hâlde hukukî güvenliğin sağlanması da mümkün olmayacaktır.

Çalışmamızın nc bölümü ise, sözleşmeye uygulanacak hukukun tatbiki ile ilgilidir. Bu bölümde, hem MÖHUK m. 24'n uygulanması ile ilgili hükümün metninden anlaşılamayacak hususlara, hem de hükümün lafz analizini aşan bazı somut değerlendirmelere yer verdik.

Bu bölümün birinci başlığı sözleşme statüsünün tespitidir. Bu başlık altında, iki hususa değindik. Birinci husus, bir hukukî ilişkinin ne zaman sözleşme olarak vasıflandırılacağıdır. Burada, özellikle hukukî niteliği tartışmaya açık kimi hukukî ilişkileri inceleyip bu hukukî ilişkilere uygulanacak hukukun tespitinin MÖHUK m. 24'e tâbi olup olmadığını inceledik. İkinci husus ise, sözleşmesel nitelik taşısa da, sözleşme statüsünde yer almayan ve kendine has kanunlar ihtilafı kuralları olan kurumlardır. İşte bu iki tespitin ardından MÖHUK m. 24'n uygulama alanı daha net bir şekilde tespit edilebilecektir.

Bu bölümdeki ikinci başlık altında çeşitli sözleşme tiplerine uygulanacak hukuku ayrı ayrı ele aldık. Bu sözleşmelerin hepsi MÖHUK m. 24 kapsamında olsa da, bu sözleşmelerden kimisi karakteristik edim borçlusunun tespiti açısından özellik taşır, kimisi de (inşaat sözleşmesi gibi) objektif kriterle ilgili örtülü bir boşluk olduğu tartışmasına neden olur.

Bu bölümdeki son başlık ise, sözleşmeye uygulanan hukukun tatbikini engelleyen mekanizmalardır. Bu bölümde önce kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasının engellenmesini inceledik. Başlıktan da anlaşılacağı üzere, bu hâller (özellikle doğrudan uygulanan kurallar), uyuşmazlığa konu somut noktaya kanunlar ihtilafı kuralı ile belirlenecek hukukun uygulanmasını engeller. Bu engelleme, kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasından önce olur. Bir diğer engelleme ise, kanunlar ihtilafı kuralının yetkili kıldığı hukukun ulaştığı sonucun engellenmesidir. Bu engelleme kamu düzeni kontrolü ile yapılmaktadır ve kanunlar ihtilafı kuralı uygulanıp somut bir sonuç elde edildikten sonra gündeme gelir.

Tüm bu şartlar altında, yeni düzenlemenin karşılaştırmalı hukukta benimsenen kimi hususların Türk hukukuna aktarılmasını sağladığını, ancak özellikle de objektif kriterin bazı sözleşmelerde uygulanmasının, kanundaki belirsizlikler nedeniyle bir kaosa dönüşebileceğini düşünüyoruz. Bu sorunun aşılması açısından Roma I Tüzüğü m. 4'e benzer bir hükmün hukukumuzda alınmasını önerebiliriz.

GİRİŞ

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ("MÖHUK") 27 Kasım 2007 tarihinde kabul edilmiş, 4 Aralık 2007 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak, MÖHUK m. 65 uyarınca, aynı gün yürürlüğe girmiştir. MÖHUK m. 64 / f. 1 uyarınca, 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ("*eski MÖHUK*") yürürlükten kaldırılmıştır.

Kanun Tasarısı Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulurken, gerekçesi de hazırlanmıştır. Özellikle, çalışmamız sırasında yararlanacağımız hükümlerin, Tasarı metni kanunlaşırken değiştirilmeden kabul edilmesi, kanunun ve hükümlerinin yorumlanmasında bu gerekçeden yararlanılmasını mümkün kılacaktır.

Gerekçede, eski MÖHUK'un "*bazı ihtiyaçları karşılamakta yetersiz kaldığı*"¹; diğer yandan Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne ("*AB*") üye olma yolunda ilerlediği ve AB'de milletlerlerarası özel hukukla ilgili, çalışmamız açısından da önem arz eden 80/934/CEE sayılı Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanan Hukuk Hakkında Konvansiyon ("*Roma Konvansiyonu*")² ve Konvansiyon'un³ bir tüzük⁴

¹ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, "www.tbmm.gov.tr", s. 1. Aynı yönde, Gülören TEKİNALP, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 10. Bası, İstanbul 2009 (**Bağlama**), s. 4.

² Roma Konvansiyonu 1 Nisan 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konvansiyon'un hazırlık ve yürürlüğe giriş süreci ile ilgili ayrıntılı bilgi için, bkz. Nuray EKŞİ, **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul 2004 (**Roma**), s. 34, vd. Roma Konvansiyonu AB'de sözleşmeye uygulanacak maddî hukukun değil, sözleşmeyle ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılmasına çalışmaktadır (Antoine KASSIS, **Le nouveau droit européen des contrats internationaux**, Paris 1993, s. 6).

³ Devletler umumî hukuku açısından konvansiyon kavramı ve özellikle hangi metinlerin konvansiyon olarak isimlendirildiği ile ilgili, bkz. Nuray EKŞİ, **Cases and Materials on the EU Private International Law**, İstanbul 2006 (**Cases**), s. 3.

⁴ AB hukuku açısından tüzük kavramı, AB'nin tüzük yapma yetkisini nereden aldığı, bir tüzüğün hangi organlarca yapılabileceği, tüzüğün fonksiyonu ve AB hukukunda yönerge ve tüzüğün farkı ile ilgili bkz. EKŞİ, **Cases**, s. 3, vd.; Günseli ÖZTEKİN GELGEL, **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, İstanbul 2006, s. 12, vd.

AB tüzüğü ile konvansiyon arasındaki en önemli farklardan biri de, AB tüzüğünün Üye Devletler'de bağlayıcılık kazanması için başkaca hiçbir işleme gerek olmamasıdır (Zeynep Derya TARMAN, "*Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü*", **BATİDER**, C. 25, S. 2, Haziran 2009, s. 299-332 (**Roma I**), s. 303).

haline getirilme çalışmalarının⁵ yürütüldüğünden bahsedilmiştir⁶. Nitekim Türkiye'nin AB'ye tam üye olması hâlinde, Avrupa Birliği tarafından milletlerarası özel hukuk alanında hazırlanan tüzükler, Türkiye açısından bağlayıcı olacaktır⁷.

İşte bu gerekçelerle hazırlanan yeni MÖHUK'ta getirilen yeni düzenlemelerin deyim yerindeyse kalbini sözleşmelere uygulanacak hukuk ile ilgili hükümler oluşturmaktadır⁸. Gerekçede de belirtilen bu durum⁹, kanunun madde başlıklarının incelenmesiyle de anlaşılabilir. Eski MÖHUK'un bir maddelik düzenlemesine karşın, yeni MÖHUK'ta taşınmazlara ilişkin sözleşmeler (m. 25), tüketici sözleşmeleri (m. 26), iş sözleşmeleri (m. 27), fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (m. 28), eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler (m. 29) ile ilgili bağlanma kuralları özel olarak düzenlenmiş, yine sözleşmelerle ilgili olan temsil yetkisine uygulanacak hukuk (m. 30), sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanabilecek üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları (m. 31), sözleşmesel ilişkinin varlığı ve maddî geçerliliğinin hangi hukuka göre saptanacağı (m. 32) ile ifanın gerçekleştirilme biçimi ve malların korunmasına ilişkin tedbirlere (m. 33) ilişkin hükümler öngörülmüştür. Bu "yeni" maddelerin haricinde, sözleşmeye uygulanacak hukuku düzenleyen genel hüküm (MÖHUK m. 24) de önemli bir değişikliğe uğramıştır¹⁰.

Türk hukukunda, yeni MÖHUK'la birlikte bir yandan kimi sözleşme tipleri için özel bağlama kuralları getirilirken, öbür yandan sözleşmelere uygulanacak hukukun saptanmasına ilişkin var olan genel kuralın esaslı şekilde değiştirilmesi, akademisyenler açısından bakir bir araştırma alanının doğmasına neden olmuştur. Her ne kadar yeni MÖHUK'un 2007 yılında yürürlüğe girmesinden önce, kanunun hazırlık aşamasında (hatta daha öncesinde, yeni bir düzenlemeye ihtiyaç

⁵ Süreç ile ilgili genel bir bilgi için, bkz. TARMAN, **Roma I**, s. 305.

⁶ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, s. 2.

⁷ TARMAN, **Roma I**, s. 300, vd.

⁸ Yeni MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önce hazırlık çalışmaları ilk aşamada sadece eski MÖHUK m. 24'ün değiştirilmesini hedeflemektedirken, daha sonra yapılan çalışmalarla tüm kanunun yenilenmesi söz konusu olmuştur (Aysel ÇELİKEL / B. Bahadır ERDEM, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. Bası, İstanbul 2009, s. 333).

HILL de, Roma Konvansiyonu ile ilgili bir çalışmada, genel olarak sözleşme tipleri için hukuk seçimine imkan tanıyan kural (m. 3) ile hukuk seçimi yapılmadığı durumda sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyen objektif kuralın (m. 4), Konvansiyon'un nüvesini oluşturduğunu belirtmiştir (Jonathan HILL, "*Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts*", **ICLQ**, C. 53, S. 2, Nisan 2004, s. 325-350, s. 325).

⁹ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, s. 3.

¹⁰ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, s. 5; Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Madde Gerekçeleri, "www.tbmm.gov.tr", s. 7, vd.

duyulduğunun hissedildiği aşamada), Türk doktrininde bu konularda kimi çalışmalar yapıldıysa da (nitekim biz de bu araştırmamızda söz konusu bu çalışmalardan yeri geldiği ölçüde yararlanmaktayız), söz konusu düzenleme yorumlanması gereken yeni kurumlar barındırmaktadır ve yeni tartışma konuları doğurmuştur.

Öte yandan, getirilen bu yeni düzenlemeye ilişkin bütün tartışmaları yüksek lisans tezi niteliğindeki böyle bir çalışmada toplamak mümkün olmayacaktır. Bu nedenle de, biz çalışmamızın konusunu, sözleşmelere uygulanan hukuk ile ilgili genel hükmün incelenmesi ile sınırlandırdık. Yeni MÖHUK'ta düzenlenen ve kimi sözleşme tiplerine uygulanan daha özel bağlanma kuralları çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır. Bu çalışma özellikle 5718 sayılı kanunun MÖHUK m. 24 düzenlemesiyle getirdiği yeniliklere adanmıştır. Elbette, bu inceleme mehz mevzuat niteliğindeki Avrupa Birliği ("AB") mevzuatı ile bu mevzuatın mehzı niteliğindeki İsviçre hukukundan (özellikle Federal Mahkeme içtihadı ve bu içtihadı kodifiye eden 1987 tarihli ve 1 Ocak 1989'da yürürlüğe giren Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında İsviçre Federal Kanunu ("İMÖHK")) bağımsız olarak yapılamaz. Aynı şekilde, AB hukukunun yeknesaklaşmasından önceki sistemler ile diğer bazı millî hukuklara da gerekli görüldüğü ölçüde değinilecektir.

Bu tez, sadece Türk hukukundaki yeni bir düzenleme ile ilgili bir inceleme olarak kabul edilmemeli, aynı zamanda uluslararası ticaret açısından oldukça önem arz eden bir konu olan sözleşmelere uygulanacak hukukun saptanmasında karşılaştırmalı hukuktaki akımlar¹¹ içinde Türk kanunkoyucusunun tercihinin

¹¹ Biz bu noktada Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nün çalışmamız açısından önem arz eden hukuk seçimi (m. 3) ve hukuk seçimi yokluğunda (m. 4) uygulanacak hukuku öngören hükümlerinin tercümesine yer vermenin uygun olacağını düşünüyoruz. Çevirilerde, hükümlerin Fransızca versiyonları esas alınmıştır.

Roma Konvansiyonu m. 3 ve 4, tarafımızdan şu şekilde tercüme edilebilir:

Madde 3 - Hukuk Seçimi

1. Sözleşme tarafların seçtiği hukuka tâbidir. Bu seçim açık olarak yapılmalı veya sözleşmenin hükümlerinden veya somut olayın şartlarından kesin bir şekilde anlaşılmalıdır. Bu seçimle, taraflar, sözleşmelerinin tamamına veya sadece bir bölümüne uygulanacak hukuku belirleyebilirler.

2. Taraflar, her zaman, bu maddeye uygun olarak daha önce yaptıkları seçim uyarınca veya bu konvansiyonun diğer hükümleri uyarınca sözleşmeye uygulanan hukuktan başka bir hukukun sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırabilirler. Sözleşmenin kurulmasından sonra, sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin yapılan hiçbir değişiklik, Madde 9'da düzenlenen sözleşmenin şekli geçerliliğini etkilemez ve üçüncü kişilerin haklarına hâlel getirmez.

3. Yabancı bir hukuk seçimi, yabancı bir mahkeme seçimine eşlik etse de, etmese de, hukuk seçiminin yapıldığı sırada somut olaya ilişkin diğer tüm unsurların tek bir ülkede toplanması durumunda, bundan sonra "emredici kurallar" olarak anılacak, bir ülkenin hukukunun sözleşme ile aksinin kararlaştırılmasına izin vermediği hükümlerine hâlel getiremez.

4. Sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimine ilişkin taraf iradelerinin varlığı ve geçerliliği, Madde 8, 9 ve 11'de düzenlenen hükümlere tâbidir.

Madde 4 - Hukuk Seçimi Yokluğunda Uygulanacak Hukuk

1. Sözleşmeye uygulanacak hukuk, Madde 3'teki hükme uygun olarak seçilmemişse, sözleşme, en sıkı ilişkiye sahip olduğu ülkenin hukukuna tâbi olur. Ancak, sözleşmenin bir bölümü, kalanından ayrılabilir nitelikte ise ve bu bölüm bir başka ülkeyle daha sıkı bir bağ taşıyorsa, istisnai olarak, sözleşmenin bu bölümüne, söz konusu diğer ülkenin hukuku uygulanabilir.

2. Fıkra 5 saklı kalmak üzere, karakteristik edimi ifa edecek tarafın, sözleşmenin kurulduğu sıradaki mutad meskeninin, veya bir şirket, dernek veya tüzel kişi söz konusu ise, idare merkezinin bulunduğu ülke ile sözleşmenin en sıkı ilişkiye sahip olduğu kabul edilir. Ancak, sözleşme bu tarafın meslekî faaliyeti çerçevesinde kurulursa, sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu ülke, tarafın esas işyerinin, veya eğer sözleşmeye göre, edim esas işyerinden farklı bir işyeri tarafından ifa edilmek zorundaysa, bu diğer işyerinin bulunduğu ülkedir.

...

5. Fıkra 2, karakteristik edimin tespit edilememesi durumunda uygulanmaz. Sözleşmenin bir başka ülke ile daha sıkı ilişki içinde olduğu somut olaydan anlaşılıyorsa, Fıkra 2, 3 ve 4'teki karineler uygulanmaz.

Roma I Tüzüğü m. 3 ve 4 tarafımızdan şu şekilde tercüme edilebilir:

Madde 3 - Hukuk Seçimi

1. Sözleşme tarafların seçtiği hukuka tâbidir. Seçim açık olarak yapılır veya sözleşmenin hükümlerinden veya somut olayın şartlarından kesin bir şekilde anlaşılır. Bu seçimle, taraflar, sözleşmelerinin tamamına veya sadece bir bölümüne uygulanacak hukuku belirleyebilirler.

2. Taraflar, her zaman, bu maddeye uygun olarak daha önce yaptıkları seçim uyarınca veya bu tüzüğün diğer hükümleri uyarınca sözleşmeye uygulanan hukuktan başka bir hukukun sözleşmeye uygulanmasını kararlaştırabilirler. Sözleşmenin kurulmasından sonra, sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin yapılan hiçbir değişiklik, Madde 11'de düzenlenen sözleşmenin şekli geçerliliğini etkilemez ve üçüncü kişilerin haklarına hâlel getirmez.

3. Seçim sırasında somut olayın tüm unsurları, hukuku seçilen ülkeden başka bir ülkede toplanmışsa, tarafların seçimi, bu diğer ülkenin hukukunun anlaşmayla aksinin kararlaştırılmasına izin vermediği hükümlerinin uygulanmasına hâlel getiremez.

4. Seçim sırasında somut olayın tüm unsurları, tek veya birçok Üye Devlet'te toplanmışsa, bir Üye Devlet'in hukukundan başka bir hukukun taraflarca seçilmesi, anlaşmayla aksinin kararlaştırılmasına izin verilmeyen AB hukuku hükümlerinin uygulanmasına ve uygun olduğu ölçüde kuralın davanın görüldüğü Üye Devlet'teki yürütülme biçimine hâlel getiremez.

5. Sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimine ilişkin taraf iradelerinin varlığı ve geçerliliği, Madde 10, 11 ve 13'te düzenlenen hükümlere tâbidir.

Madde 4 - Hukuk Seçimi Yokluğunda Uygulanacak Hukuk

1. Madde 3'teki hükme uygun olarak yapılabilecek bir hukuk seçiminin yokluğunda ve Madde 5 ilâ 8 saklı kalmak üzere, aşağıda anılan sözleşmelere uygulanacak hukuk aşağıdaki gibi belirlenir:

- mal satım sözleşmeleri satıcının mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir;
- hizmet edimi sözleşmesi, hizmet edimini yapan tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir;
- taşınmaz bir hakkın konu olduğu sözleşme veya taşınmaz kirası, taşınmazın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir;
- d) c) bendine bakmaksızın, birbirini izleyen en fazla altı aylık bir süre için geçici kişisel kullanıma yönelik taşınmaz kirası, kiracının gerçek kişi olması ve mutad meskeninin ev sahibi ile aynı ülkede bulunması durumunda, ev sahibinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir;
- franchise sözleşmesi, franchise alanın mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir;
- dağıtım sözleşmesi, dağıtıcının mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir;
- açık arttırma yoluyla yapılan mal satım sözleşmesi, açık arttırmanın yapıldığı ülke belirlenebiliyorsa, bu ülkenin hukukuna tâbidir;
- 2004/39/CE Yönergesi m. 4, f. 1, b. 17 anlamında, finansal enstrümanların alım ve satımına ilişkin üçüncü kişilerce açıklanan menfaatlerin karşılığını sağlayan veya kolaylaştıran çok taraflı bir sistem çerçevesinde, ayırıcı olmayan kurallara göre ve tek bir ülkenin hukukuna tâbi olarak kurulan sözleşme, işbu hukuka tâbidir.

2. Fıkra 1'de yer almayan veya unsurları Fıkra 1 bent a) ilâ h)'den birden fazlasının kapsamına giren sözleşme, karakteristik edimi ifa etmesi gereken tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir.

değerlendirildiği bir çalışma olarak da nitelendirilmelidir. Keza, çalışmamızın da amacı, söz konusu akımların çerçevesinde MÖHUK m. 24'ü -getirilen yenilikleri ön plana çıkartarak- yorumlamak ve yapılan yorumların ardından, Türk kanunkoyucunun tercihini yerindeliğini sorgulamaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, bu çalışma MÖHUK m. 24'ün eski düzenlemeden farklarına odaklanarak incelenmesine adanmıştır. Söz konusu bu hüküm bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörmektedir. Bir ihtilaf kuralının iki unsuru vardır: bağlanma konusu ve bağlanma noktası (veya bağlanma sebebi)¹². Çalışmamız, söz konusu kanunlar ihtilafı kuralındaki bağlanma noktası (bağlanma konusunun belirli bir hukuk nizamına tâbi tutulmasında nazara alınan vakia¹³) üzerinedir. Ancak bağlanma noktası üzerine olan bir çalışmanın bir değer taşıyabilmesi için, o çalışmanın kapsamının, yani söz konusu bağlanma noktasının hangi hâllerde uygulanacağını, belirlenmesi gerekir. Bu ise bir bağlanma konusu sorunsalıdır. İşte bu sebeple, çalışmamızın kapsamını belirlerken, MÖHUK m. 24'te öngörülen bağlanma konusu üzerinde durmamız gerekir.

Bağlanma konusu, belli bir kanunlar ihtilafı kuralındaki bağlanma noktasının ne için, hangi hayat ilişkisi için öngörüldüğü sorusunun yanıtıdır¹⁴. MÖHUK m. 24'te hukuk seçimi yapıp yapılmaması öngörülerek düzenlenen bağlanma noktaları, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun belirlenmesini sağlar. Bir başka deyişle, bu hükmün bağlanma konusu sözleşmeden doğan borç ilişkileridir. Bu şekilde yapılacak bir saptama, çalışmamızın kapsamının belirlenmesinde yeterli olmayacaktır; çünkü MÖHUK m. 24'te öngörülen kanunlar ihtilafı kuralının uygulanabilmesi bazı şartların bir araya gelmesi ile mümkün olur.

MÖHUK m. 24'ün uygulanabilmesi için, uyuşmazlığın MÖHUK'un kapsamına girmesi gerekir. Bir uyuşmazlığın MÖHUK'un kapsamına girebilmesi ise, MÖHUK

3. Somut olayın şartlarından, sözleşmenin Fıkra 1 veya 2'de öngörülen ülkeden başka bir ülkeyle açık bir biçimde daha sıkı ilişki taşıdığına anlaşılması durumunda, bu diğer ülkenin hukuku uygulanır.

4. Fıkra 1 veya 2'ye dayanarak uygulanacak hukukun tespit edilememesi durumunda, sözleşme, en sıkı ilişki içinde olduğu ülkenin hukukuna tâbidir.

¹² Ergin NÖMER, **Devletler Hususî Hukuku**, Ergin Nomer / Cemal Şanlı, 17. Bası, İstanbul 2009, s. 101; ÇELİKEL / ERDEM, s. 63; B. Bahadır ERDEM, **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, 2. Bası, İstanbul 2002 (**Patent Hakkı**), s. 83. TEKİNALP ise, uygulanacak hukuku da ekleyerek üç unsur tespit etmektedir (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 22).

¹³ ERDEM, **Patent Hakkı**, s. 83; ÇELİKEL / ERDEM, s. 63.

¹⁴ Benzer bir tanım için, bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s. 63.

m. 1 / f. 1'de öngörülen şartların yerine gelmesine bağlıdır. Bunun için tarafların arasındaki özel hukuk ilişkisinin¹⁵ yabancılık unsuru taşıması gerekir¹⁶.

Bir uyuşmazlığa MÖHUK'un uygulanmasının bir diğer şartı ise, MÖHUK'un uygulanabileceği bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasında söz konusu uyuşmazlığın görülmesidir. Buna göre, uyuşmazlığın milletlerarası tahkimde¹⁷ çözülmesi hâlinde MÖHUK uygulanamayabilir¹⁸; dolayısıyla sözleşmeye uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 tarafından tespit edilemeyecektir. MÖHUK, uyuşmazlıkların esasına doğrudan uygulanacak hükümler öngören bir kanun değil, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkla karşılaştığında Türk hakiminin hangi ülke hukukunu uygulaması

¹⁵ MÖHUK, idarî işlemlere, idarenin yaptığı ve idare hukuku uygulanacak sözleşmelere, ceza hukuku ve vergi hukuku gibi alanlara uygulanmaz (Henri BATIFFOL / Paul LAGARDE, **Traité de Droit international privé**, 8. Bası, C. 1, Paris 1993, s. 411, vd.). Ancak idarenin yaptığı özel hukuk işlemlerine bu kanunun uygulanması ile ilgili bir sınırlama yoktur (bu noktada ayrıca, bkz. Pierre MAYER / Vincent HEUZE, **Droit international privé**, 9. Bası, Paris 2007, s. 525).

¹⁶ Bu unsura çalışmamızın birinci bölümünde daha ayrıntılı bir şekilde değineceğiz.

¹⁷ Milletlerarası tahkimde esasa uygulanan hukukla ilgili tartışma için, bkz. Cemal ŞANLI, **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1986 (**Tahkim**), s. 211, vd.; Ziya AKINCI, **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir 1996 (**İnşaat**), s. 93, vd.; Leyla KESER BERBER, "*Uluslararası Ekonomik Tahkim Hukukunun Güncel Sorunları Hakem Yargılamasında Uygulanacak Yargılama Hukuku, Esasa Uygulanacak Hukuk ve Kamu Düzeni*", **Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul 1999, s. 465-517, s. 476, vd.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ("MTK") (MTK m. 1 / f. 2 uyarınca) kapsamına giren uyuşmazlıkların esasına hakemlerin hangi hukuku uygulayacakları, söz konusu Kanun'da belirlenmiştir (MTK m. 12 - C).

¹⁸ Emmanuel GAILLARD, "*The Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law*", **The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration**, Ed. Lawrence W. Newman, Richard D. Hill, Huntington 2004, s. 185-216, s. 191, vd.; ŞANLI, **Tahkim**, s. 245, vd.; AKINCI, **İnşaat**, s. 96; Turkey ÖZDEMİR / Ramazan DURGUT, "*Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanacak Hukuk Olması*", **Turgut Akıntürk'e Armağan**, İstanbul 2007, s. 467-488, s. 481.

Nitekim MAYER de, hakemin kanunlar ihtilafı kuralı olmadığını belirtmiş ve hakemin tahkim yeri de dahil olmak üzere hiçbir ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarını, hatta bu konudaki uluslararası konvansiyonları uygulamak zorunda olmadığını vurgulamıştır (Pierre MAYER, "*L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé*", **L'Internationalisation de Droit: Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn**, Paris 1994, s. 275-291, s. 282, 284). Benzer yönde, bkz. Bahattin Bahadır ERDEM, "*Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği*", **MHB**, C. 10, S. 1-2, 1990, s. 65-79 (**Satım**), s. 68. Hakemlerin *lex fori*'si olmadığı yönünde, bkz. Ole SPIERMANN, "*Twentieth Century Internationalism in Law*", **European Journal of International Law**, C. 18, S. 5, 2007, s. 785-814, s. 811; KASSIS, s. 238.

Uyuşmazlık çözüm yolu olarak devlet yargısı ile tahkimin seçilmesinin sadece usûlî bir farklılık yaratmadığı, bu seçimin aynı zamanda esasa ilişkin önemli sonuçları olduğu yönünde, bkz. Roy GOODE, "*Usage and its Reception in Transnational Commercial Law*", **ICLQ**, C. 46, S. 1, Ocak 1997, s. 1-36, s. 6. Ayrıca, tarafların uyuşmazlığa uygulanacak hukukun hakemlerce nasıl saptanacağını belirtmemiş olması durumunda bile (tarafların hakemlere uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirleme konusunda bir serbesti vermemesine rağmen), hakemlerin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayabilecekleri yönünde, bkz. GOODE, s. 6. Hakemlerin uygulanacak hukuku belirlemeleri yönünde serbest kanaatlerine göre hareket edebileceği ile ilgili, bkz. KESER BERBER, s. 480.

gerektiğini gösteren kanunlar ihtilafı kuralları öngören bir kanundur. Bu sebeple, MÖHUK, ancak millî bir yargı organının uygulayabileceği bir düzenlemedir¹⁹.

MÖHUK m. 24'ün yabancı bir hakim tarafından da uygulanma olasılığı oldukça düşüktür; çünkü Türk hukukunda olduğu gibi genel olarak karşılaştırmalı hukukta sözleşmeler konusunda devam eden ve iade atfı dışlanmaktadır²⁰. Türk hukukunda, MÖHUK m. 2 / f. 3, sözleşmeler açısından, kanunlar ihtilafı yolu ile belirlenen hukukun maddî hükümlerinin uygulanması gerektiğini *a contrario* belirtmektedir; dolayısıyla bir atıf yapılması söz konusu olmayacaktır. Benzer bir şekilde, Roma Konvansiyonu m. 15'te ve Roma I Tüzüğü m. 20'de, söz konusu metinlerdeki kanunlar ihtilafı kurallarının, -aksi ifade edilmemişse- belirlenen hukuk düzenlerinin doğrudan maddî hükümlerini gösterdiği belirtilmiştir.

Taraflar arasındaki hukukî ilişkinin MÖHUK m. 24'ün öngördüğü kanunlar ihtilafı kuralı çerçevesinde çözüme kavuşturulabilmesinin bir diğer şartı, yöntem olarak kanunlar ihtilafı kuralının uygulanabilmesidir. Kanunlar ihtilafı kuralları, milletlerarası özel hukuk sisteminde yer alan bir hukukî ilişkiye uygulanacak kuralları belirleyen yöntemlerden sadece biridir. Böyle bir hukukî ilişkiye başka yöntemlerle saptanacak kuralların uygulanması söz konusu olabilir. Bu yöntemler, maddî milletlerarası özel hukuk kuralları ile doğrudan uygulanan kurallardır.

Genel olarak esasa uygulanacak iç hukuk hükümleri, herhangi bir sınıraşan nitelik taşıyan uyuşmazlıkları veya yabancılık unsuru barındıran ilişkileri öngörmemektedir. Bu nedenle, bu tip iç hukuk hükümlerinin bir uyuşmazlığa uygulanması, ancak bir kanunlar ihtilafı kuralının bu hukuk düzenine atıf yapması ile mümkün olacaktır. Ancak, bir ülkenin mevzuatında, sınıraşan bir uyuşmazlığı ya da yabancılık unsuru taşıyan hukukî işlem veya ilişkileri düzenleyen ve bu konularda esasa uygulanan hükümler bulunabilir²¹. Bu kurallar, kimi şartların gerçekleşmesi

¹⁹ Roma Konvansiyonu açısından aynı yönde, Jean-Michel JACQUET, **Le contrat international**, 2. Bası, Paris 1998, s. 32.

²⁰ Bernard DUTOIT, "Le nouveau droit international privé suisse des contrats à l'aune de la Convention (CEE) de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles", **Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive**, Basel 1993, s. 31-47, s. 42; Zafer ZEYİN, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme", **BATİDER**, C. 24, S. 3, Haziran 2008, s. 217-264, s. 222

²¹ BATIFFOL / LAGARDE, s. 420; ŞANLI, **Tahkim**, s. 121, 319; Claude FERRY, **La Validité des Contrats en Droit International Privé**, Paris 1989, s. 94.

şartıyla, yargı organlarınca da yaratılabilir²². Bu tip kurallara maddî milletlerarası özel hukuk kuralları denmektedir.

Hatta Türk Medenî Kanunu ("MK") m. 1 / f. 2'ye göre örf ve âdet hukuku, Türk hukukunun bir parçası olduğu için milletlerarası örf ve âdet hukuku kuralları arasında bulunan maddî milletlerarası özel hukuk kuralları pekâlâ Türk hukuku açısından hüküm doğurabilecektir²³. Doktrinde Incoterms'ün milletlerarası örf ve âdet hukukunun bir parçası olduğu ve bu kuralların maddî milletlerarası özel hukuk kuralı niteliği taşıdığı²⁴ belirtilmiş; bu özelliği ile taraflar Incoterms'e atıf yapmasalar bile, bu kuralların doğrudan uygulanabileceği ileri sürülmüştür²⁵. Biz bu kapsamda, *lex mercatoria*'nın bir uyuşmazlıkta, sözleşmesel ilişkiye doğrudan maddî milletlerarası özel hukuk kuralları olarak uygulanabileceğini düşünüyoruz²⁶. Elbette bu uygulama titiz bir somut olay analizi ve bu somut olaya uygulanacak milletlerarası nitelikte bir örf ve âdet hukuku kuralının varlığının tespitini gerektirir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, *lex mercatoria*'nın uyuşmazlığa uygulanacak hukuk (veya hukuk kuralı) olarak uygulanmamasıdır. Bu hâlde, *lex mercatoria* milletlerarası örf ve âdet hukuku sıfatıyla, dolayısıyla TTK m. 1 / f. 2 ve MK m. 1 / f. 2 uyarınca Türk

²² ŞANLI, **Tahkim**, s. 319; FERRY, s. 94. Bu kuralların mevzuatta ve içtihadta olabileceği yönünde, bkz. BATIFFOL / LAGARDE, s. 420.

²³ Benzer yönde, TEKİNALP, **Bağlama**, s. 58.

²⁴ Süheyla BALKAR, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddî Uluslararası Özel Hukuk Kuralları**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2002, s. 85.

²⁵ ERDEM, **Satım**, s. 72. Ayrıca uyuşmazlığın tahkimde ve ulusal mahkemelerde görülmesine göre bir ayırım yaparak tahkimde yapılan bir yargılama için aynı yönde, BALKAR, s. 90, vd. Öte yandan yazar, devlet yargısında da milletlerarası ticarî örf ve âdet hukuku kurallarının dikkate alındığı ölçüde, hakimin Incoterms'ü, taraflar atıf yapmasalar bile, uygulayabileceğini dile getirmektedir (BALKAR, s. 91).

²⁶ Bu noktada, bkz. Berthold GOLDMAN, "*Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*", **Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive**, Basel 1993, s. 241-255, s. 250, vd. Yazar bir sözleşme millî hukuka tâbi olsa bile, *lex mercatoria*'nın sözleşmeye uygulanacağını; bunun ise, *lex mercatoria*'nın millî hukuktan üstün olmasından değil, milletlerarası ticaretle ilgili konularda *lex mercatoria*'nın "ehil" ("*compétent*") olmasından kaynaklandığını belirtmiştir. Gerçekten de millî hukuktan farklı olarak, *lex mercatoria* milletlerarası ticarete ilişkin konuları öngörmekte ve buna uygun kurallar barındırmaktadır. ÖZEL de, *lex mercatoria*'nın günümüzde pozitif hukukun bir parçası hâline geldiğini belirtmiştir (Sibel ÖZEL, **Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği**, İstanbul 1991 (Akreditif), s.71).

Fransız Yargıtayı 21 Haziran 1950'de *Messageries maritimes* davasında benzer bir sonuca ulaşmıştır (GOLDMAN, s. 255).

MAYER ise, milletlerarası tahkimde bile örneğin Viyana Satım Antlaşması'nın bu yolla doğrudan uyuşmazlığa uygulanması konusunda dikkatli olunması gerektiğini, aksi hâlde kanunlar ihtilafı biliminin esaslarına aykırı sonuçların çıkabileceğini belirtmekte; bu durumun da taraf iradesine ve devletlerin egemenliğine aykırı olabileceğine parmak basmaktadır (MAYER, s. 289).

hukukunun bir parçası olarak -Türk hukukunun maddî milletlerarası özel hukuk kuralı sıfatıyla- uygulanmaktadır²⁷.

Doğrudan uygulanan kurallar ise, uygulaması kanunlar ihtilafı sistemine bağlı olmayan ve uygulama alanı tek taraflı olarak belirlenen kurallardır. Çalışmamızın son bölümünde doğrudan uygulanan kuralları daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz için, şimdilik sadece doğrudan uygulanan kuralların da, milletlerarası özel hukukta uyuşmazlığa uygulanacak kuralları belirleyen yöntemlerden biri olduğunu vurgulamakla yetinelim.

Yine de bu noktada belirtmekte fayda görüyoruz ki, söz konusu bu üç yöntemin aynı anda belli bir uyuşmazlığa uygulanması mümkün değildir²⁸. Bu yöntemler birbirinin alternatifi olan yöntemler değildir ve belli bir öncelik sırasına göre ve kuralın kendine has uygulama alanına göre tatbik edilir²⁹. Sonuç olarak, bu yöntemlerden birinin uygulanması, bu yöntemin uygulandığı noktaya diğer yöntemin uygulanmasını engeller.

Az önce de dile getirdiğimiz gibi her yöntemdeki kuralın kendine has uygulama alanı vardır. KASSIS'e göre, sözleşmeye uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları açısından hukukî ilişkinin milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi yeterlidir, ama gerekli değildir; sözleşmeye başka unsurlarla da yabancılık unsuru kazandırabilir. Ancak maddî milletlerarası özel hukuk kurallarının uygulanması için

²⁷ TTK m. 1 vasıtasıyla, milletlerarası ticarete ait örf ve âdet hukuku kurallarının uygulama alanı bulabileceği ve bu kapsamda akreditife ilişkin ticarî örf ve âdet hukuku kurallarının uygulama alanı bulabileceği görüşünde, bkz. ÖZEL, **Akreditif**, s. 73. Biz yazarın milletlerarası ticarete ait örf ve âdet hukuku kuralı hâline gelen hususların bir maddî milletlerarası özel hukuk kuralı olarak Türk pozitif hukukunun bir parçası hâline geldiği yönündeki görüşüne tamamen katılıyoruz.

²⁸ Biz bir uyuşmazlığa doğrudan uygulanan kural veya maddî milletlerarası özel hukuk kurallarından birinin uygulanması durumunda, uygulanan bu kuralın kapsamına giren husus açısından kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulamayacağını kanaatindeyiz. Karş. Yücel SAYMAN, **Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu**, İstanbul 1982, s. 4.

Yazar, üç yöntemin de "*ayrı ayrı ya da aynı konu için birlikte*" kullanılabilmesini dile getirmektedir. Üstelik yazar, hangi yöntemin kullanılacağını "*menfaatler yumağındaki dengeye bağlı*" olduğunu ifade etmiştir. Biz ise, yazardan farklı olarak, bu kuralların uygulanmasında hiçbir takdir hakkının olmadığını ve kuralların belli bir öncelik sırasına göre tamamen mekanik bir şekilde uygulandığı görüşündeyiz.

²⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL da, doğrudan uygulanan kuralların, kanunlar ihtilafı kurallarına göre öncelikli olarak uygulanacaklarını belirtmektedir (Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul 2001 (DUK), s. 27). Aynı görüşte, BALKAR, s. 50. Ancak BALKAR, maddî milletlerarası özel hukuk kuralları ile kanunlar ihtilafı kurallarının aynı uygulama alanına sahip olduklarını belirtmekle yetinmiş; bu kurallar arasında bir öncelik sırasının varlığından bahsetmemiştir (BALKAR, s. 57).

sözleşme milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmelidir³⁰. Biz yazarın bu görüşüne kısmen katılıyoruz. Ancak, her bir doğrudan uygulanan kural ve maddî milletlerarası özel hukuk kuralının farklı bir uygulama alanı olabilir. Bu farklılık, kuralların niteliğinden ve öngördükleri faydadan³¹ kaynaklanır. Az önce incelediğimiz çeşitli maddî milletlerarası özel hukuk kurallarının farklı uygulama alanları bulunur. Benzer bir biçimde, doğrudan uygulanan kuralların da farklı uygulama alanları vardır. Örneğin iş hukuku, kültürel miras ve çevre ile ilgili doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını farklı kriterler tetikleyecektir. Bir Yunan işçinin Kazak bir şirkette Kazakistan'da yaptığı çalışmadan doğan uyuşmazlık Türk mahkemeleri önünde görülse bile, bu durum, iş hukuku ile ilgili Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını gerektirmeyecektir. Benzer kişiler arasındaki ilişki, Türkiye'den çıkartılan bir tarihî eserin satımını konu alırsa, Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kurallar uygulama alanı bulacaktır. Bu örneklerden de görüleceği üzere, her maddî milletlerarası özel hukuk kuralı ve her doğrudan uygulanan kuralın kendine has bir uygulama alanı vardır. Bu kuralların uygulanma şartları birbirine göre farklılık arz eder.

Bunların dışında, MÖHUK m. 24'ün uygulama alanı bulabilmesi için, uyuşmazlığın sözleşme statüsü içinde yer alması gerekir. Buna göre, MÖHUK m. 24 sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanacaktır; ancak kimi sözleşmelere ilişkin özel kanunlar ihtilafî kuralları bulunmaktadır. Ayrıca milletlerarası özel hukuk sistemimizde, şekil, ehliyet gibi sözleşmesel ilişki içinde yer alan kimi kurumlara MÖHUK m. 24 uygulanmamaktadır³².

Bunların dışında belirtmek gerekir ki, kanunlar ihtilafî kurallarına göre uygulanması gereken yabancı hukukun nasıl uygulanacağı bizim çalışma konumuz dışındadır.

MÖHUK m. 24 çerçevesinde sözleşmeye uygulanacak hukuku incelediğimiz çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Bu üç bölümden ilk ikisinde hükmün

³⁰ KASSIS, s. 86.

³¹ Doğrudan uygulanan kurallar ve maddî milletlerarası özel hukuk kurallarının öngördükleri fayda için, bkz. SAYMAN, s. 2, vd.

³² TEKİNALP, **Bağlama**, s. 360. İsviçre'de de sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşmenin şekline (sözleşmenin şekline sözleşmenin yapıldığı yer veya sözleşmeye uygulanacak hukuk uygulanır) ve tarafların ehliyetine, temsil ilişkisine ve ifanın gerçekleştirilme biçimine uygulanmayacağı yönünde, Bernard DUTOIT / François KNOEPFLER / Pierre LALIVE / Pierre MERCIER, **Répertoire de droit international privé suisse**, C. 1, Bern 1982, s. 42, vd.

sistematigine uygun olarak hukuk seçimi yapılması ve yapılmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuku ele alacağız. Son bölümde ise, uygulanacak hukukun pratiğine ilişkin kimi hususlara değineceğiz.

Birinci bölümde, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmeleri durumunu irdelleyeceğiz. Bu bölümde, hangi hâllerde hukuk seçimi yapılabileceği, hukuk seçimi yapılması hâlinde bu seçimin etkisinin ne olacağı, hukuk seçiminin nasıl yapılacağı gibi hususlara değineceğiz.

İkinci bölümde, tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukukun nasıl saptanacağını araştıracağız. Bu bölümde, zaman içinde karşılaştırmalı hukukta uygulanan sistemleri ele alacağız ve 5718 sayılı kanunun ortaya koyduğu sistemi analiz etmeye çalışacağız.

Üçüncü bölüm ise, MÖHUK m. 24'ün uygulanmasına ayrılmıştır. Bu bölümde önce MÖHUK m. 24'ün uygulama alanını bulabilmesi için sözleşme statüsünü tespit edeceğiz. Ardından çalışmamızın diğer bölümlerinde ele aldığımız kuralların çeşitli sözleşme tiplerine nasıl uygulanacağını inceleyeceğiz. Son olarak da, MÖHUK m. 24 üzerinden sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitini ve tatbikini engelleyen hâlleri değerlendireceğiz.

BİRİNCİ BÖLÜM: TARAFLARIN SEÇTİKLERİ HUKUKUN SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİSİNE UYGULANMASI

Milletlerarası özel hukukun amacı milletlerarası özel hukuk adaletini sağlamaktır³³. Bu çerçevede kanunlar ihtilafı kuralları hukukî ilişkiye uygulanacak en uygun hukuku bulmaya çalışır³⁴. İşte tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmesi de bu amaca hizmet etmektedir³⁵.

Yeni MÖHUK m. 24'ün ilk üç fıkrası sözleşmeden doğan borç ilişkisine tarafların seçtikleri hukukun uygulanması ile ilgili düzenlemeyi barındırır. Eski MÖHUK m. 24'ün, tarafların borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçmesi ile ilgili tek düzenlemesi olan "[s]özleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbidir" şeklindeki ifade aynen korunmuş, ancak yeni düzenlemede söz konusu üç fıkrada bu ifadeye dört yeni cümle eklenmiştir. Yeni düzenleme, eski MÖHUK m. 24'teki tek cümlelik düzenleme karşısında zaten doktrinde genel olarak kabul edilen eğilimleri yansıtmaktadır.

Çalışmamızın MÖHUK m. 24 ile ilgili yeni düzenlemenin getirdiği yenilikleri ortaya koymak yönündeki genel amacı, tarafların hukuk seçimi yoluyla sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemesini inceleyeceğimiz bu bölüm açısından da geçerlidir. Ancak yeni düzenleme ile getirilen yenilikler açısından, Kanun'un hukuk seçimini öngördüğü bölüm (MÖHUK m. 24 / f. 1-3) ile tarafların hukuk seçimi yapmaması hâlinde sözleşmeye uygulanacak hukukun nasıl belirleneceğini ortaya koyan bir sonraki bölümü (MÖHUK m. 24 / f. 4) arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Eski

³³ ÖZEL, *Akreditif*, s. 70; TEKİNALP, *Bağlama*, s. 20; NOMER, s. 6; Jean-Christophe POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris 1992, s. 11.

³⁴ Bilgin TİRYAKİOĞLU, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996 (*Satım*), s. 9.

³⁵ POMMIER, s. 12.

kanunla karşılaştırıldığında, ikinci bölümdeki dramatik değişiklik karşısında, MÖHUK m. 24 / f. 1-3'te, eski kanundaki düzenleme korunmuş ve bu düzenlemeye doktrinde genel olarak kabul edilen hususlar eklenmiştir.

Yeni kanundaki hukuk seçimi ile ilgili düzenlemenin eski kanundaki hüküm üzerine kurulması, eski kanundaki hukuk seçimi ile ilgili kimi tartışmaların hâlen devam etmesi sonucunu doğurmaktadır. Çalışmamızda her ne kadar 2007 yılında yürürlüğe giren Kanun'un ortaya koyduğu yenilikleri vurgulamaya çalışsak da, hukuk seçimi yoluyla sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi ile ilgili eskiden günümüze kalan bu tip tartışmalara değinmemek konunun bütünüyle ele alınmaması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle, biz de, MÖHUK m. 24 / f. 1-3 düzenlemesini sadece getirilen yenilikler açısından değil, ama aynı zamanda günümüze taşınan tartışmalar açısından da ele alacağız. Bütün bu tartışmalara rağmen, özellikle diğer kanunlar ihtilafı kuralları ile karşılaştırıldığında, hukuk seçimi ile ilgili karşılaştırmalı hukukta önemli ölçüde bir fikir birliğinin oluştuğunu da söyleyebiliriz³⁶. Bu nedenle de, bu bölümde yapılan tartışmaların, daha çok, ender olarak karşımıza çıkacak hususlarla ilgili teorik tartışmalar olduğunu itiraf etmek gerekir.

Sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukukun belirlenmesinde tarafların hukuk seçimi yapması ile ilgili tartışmaları iki ana grupta toplayabiliriz: maddî açıdan hukuk seçimi (I) ve hukuk seçiminin kullanılma biçimi (II). Hemen belirtelim ki, yeni Kanun'un getirdiği yeni düzenleme hukuk seçiminin kullanılma biçimine ilişkindir; bu sebeple konunun maddî yönü daha çok eskiden kalan tartışmaları yansıtmaktadır.

³⁶ GIULIANO / LAGARDE Raporu'nun hazırlandığı dönemde tüm Üye Devletler ile birçok diğer ülkede tarafların seçtiği hukukun sözleşmeye uygulanacağı kuralının kabul edildiği yönünde, bkz. Mario GIULIANO / Paul LAGARDE, "Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations", *Journal officiel*, No. C 282, 31.10.1980, s. 1-50, s. 13. ŞANLI da, tüm modern millî mevzuatlar ve konuya ilişkin uluslararası konvansiyonlarda, hukuk seçiminin düzenlendiğini belirtmiştir (ŞANLI, *Tahkim*, s. 105). Ayrıca, bkz. ŞANLI, *Tahkim*, s. 110; TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 19.

I. MADDÎ AÇIDAN HUKUK SEÇİMİ

Sözleşmeye tarafların seçtikleri hukukun uygulanması, bir yandan bu hukukun nasıl seçileceği yönünde tartışmalar yaratırken, öbür yandan yapılan seçimin özü, esası ile ilgili de sorunlar ortaya koymaktadır. Hukuk seçimini maddî açıdan inceleyeceğimiz bu bölümde, yapılan seçimin esasına ilişkin sorunları ele alacağız.

Hukuk seçiminin esası ile ilgili tartışmalar, hukuk seçiminin nasıl yapılacağından çok, yapılan seçimin yaratacağı somut etki ile ilgilidir. Biz de bu bölümde, önce hukuk seçiminin niteliği (A), ardından da hukuk seçimi ile ilgili maddî sınırlamaları (B) ele alacağız.

A. Hukuk Seçiminin Niteliği

Hukuk seçiminin niteliksel olarak incelenmesi iki önemli tartışma konusunu gündeme getirmektedir. Bunlar hukuk seçiminin kaynağı ve hukuk seçiminin etkisidir. Tartışmayı somutlaştırmak amacıyla, biz önce hukuk seçiminin doğurduğu sonucu (1), ardından da bu seçimin kaynağını (2) inceleyeceğiz.

1. Hukuk seçiminin doğurduğu sonuç

Tarihsel süreç içinde hukuk düzenlerinin hukuk seçimine tanıdıkları etki değişmiştir³⁷. Bu süreçte bazı hukuk sistemleri, Türk hukukundan farklı olarak, hukuk seçimine bir etki tanımamıştır³⁸. Yine bazı hukuk sistemlerinde zaman içinde

³⁷ Hukuk seçiminin karşılaştırmalı hukukta kabul edilmesi ile ilgili tarihsel bir değerlendirme için, bkz. François RIGAUX / Marc FALLON, **Droit international privé**, 3. Bası, Brüksel 2005, s. 796, vd.; Yalçın ÇAKALIR, "Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü", **Ernst H. Hirsch'in Hâtırasına Armağan**, Ankara 1986, s. 457-500, s. 467; Peter E. NYGH, "The Reasonable Expectations of the Parties As a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort", **RCADI**, C. 251 (1995), La Haye 1996, s.269-400, s. 297, vd.

Hukuk seçimine tanınan etki açısından Fransa oldukça zengin bir geçmişe sahiptir. XX. yüzyılın başından beri Fransa'da irade muhtariyetine sonsuz derecede izin veren bir görüş (*subjectivisme pur*), irade muhtariyetini reddeden bir görüş (*objectiviste görüş*), iradeyi objektif unsurlarla beraber değerlendirip etki tanıyan bir görüş (*théorie de localisation*) ve irade muhtariyetini kimi sınırlamalarla tanıyan bir görüş (günümüzde genel olarak karşılaştırmalı hukukta kabul edilen görüş) savunulmuştur (bu görüşler için, bkz. Bernard AUDIT, **Droit international privé**, 4. Bası, Paris 2006, s. 141, vd.).

³⁸ KASSIS, s. 188.

hukuk seçimine farklı etki tanıyan teorilerin ağırlık kazandığı da gözlemlenebilir³⁹. Örneğin güncelliğini günümüzde yitirmiş olsa da, bir dönem, özellikle Fransa'da uygulamayı derinden etkilemiş olan⁴⁰ bir görüş BATIFFOL tarafından savunulmuştur⁴¹.

BATIFFOL, tarafların hukuk seçimi yapmasını *localisation* teorisi kapsamında değerlendirmektedir⁴². Bu teoriye göre, sözleşme yerleştiği hukuk düzenine tâbidir. Sözleşmenin hangi hukuk düzenine yerleştiği sözleşme hükümleri ve somut olaydan anlaşılacaktır⁴³. Sözleşme hükümleri ise taraf iradesine göre şekillenmektedir⁴⁴. Dolayısıyla sözleşmenin niteliği taraf iradesine bağlıdır. Taraf iradesi bir sözleşmeyi "Fransız işi" veya "İngiliz sözleşmesi" hâline getirebilir⁴⁵. Yalnız taraf iradesi ile bir sözleşmenin belli bir hukuk düzenine yerleşmesi, tarafların yapacağı hukuk seçimi ile değil, tarafların sözleşmede belirledikleri esasa ilişkin unsurlarla olmaktadır. Dolayısıyla hukuk seçiminin dikkate alınması zorunlu değildir; dikkate alınacak husus tarafların kurguladıkları sözleşmesel ilişkidir. Sözleşmenin bir hukuk düzenine yerleşmesi de somut olaya ve tarafların kurduğu düzene ilişkin bir sorundur⁴⁶. Bir başka deyişle, hukuk seçiminin mutlak bir etkisi yoktur; yani taraf iradesi bir bağlanma noktası niteliğinde değildir⁴⁷. Öte yandan taraf iradesi sözleşmenin esasa ilişkin unsurlarını belirli bir ülkeyle ilişkilendirdiği sürece (örneğin ifa yeri), sözleşmenin bir hukuk düzenine yerleştirilmesini sağlar. İşte bu durumda,

³⁹ İrade muhtariyeti ile ilgili doktrinde ileri sürülmüş görüşler için, bkz. Vedat Raşit SEVİĞ, **Kanunlar İhtilafı**, 2. Bası, İstanbul 1974, s. 106, vd.

⁴⁰ Örneğin 1980 tarihli *Mercator Press* kararı (JACQUET, s. 39).

⁴¹ Henri BATIFFOL, **Droit international privé**, 4. Bası, Paris 1967, s. 615, vd.

Bu görüşün değerlendirilmesi için, bkz. KASSIS, s. 7; AUDIT, s. 145.

⁴² Sözleşmenin yerleştiği hukukun saptanması arayışı Ortaçağ'da başlamıştır (BATIFFOL, s. 618). SAVIGNY ise *localisation* teorisine önemli bir katkı sağlamıştır. SAVIGNY'ye göre her hukukî ilişkinin ait olduğu bir hukuk vardır ve bu hukuk söz konusu hukukî ilişkinin oturduğu yerdir (*siège, Sitz, seat (home)*). Böylece hukukî ilişki ile hukuk düzeni arasında objektif bir bağ kurulmaktadır (POMMIER, s. 65; David MCCLEAN, "*De Conflictu Legum: Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century*", **RCADI**, C. 282 (2000), La Haye 2000, s. 41-228, s. 128). Ancak SAVIGNY'nin görüşü taraf iradesini ayrı bir bağlanma noktası olarak görmemektedir. SAVIGNY'ye göre taraf iradesinin kanunlar ihtilafı anlamında bir işlevi olmasa bile, maddî ve doğrudan bir işlevi vardır (POMMIER, s. 66). İşte bu noktada BATIFFOL'ün görüşü, SAVIGNY'nin görüşünden farklılaşmaktadır (POMMIER, s. 66).

⁴³ BATIFFOL, s. 622; Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, "*Devletler Hususî Hukukunda, Tarafların Sükûtu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun*", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 21, S. 1-4, s. 356-393 (**Sükût**), s. 362; ÇAKALIR, s. 472.

⁴⁴ BATIFFOL, s. 622.

⁴⁵ BATIFFOL, s. 622. Bu açıdan bu teori saf objektivist teoriden ayrıdır; çünkü taraf iradesinin uygulanacak hukuku belirlemede bir etkisi olabilmektedir (AUDIT, s. 145).

⁴⁶ MAYER / HEUZE, s. 524.

⁴⁷ MAYER / HEUZE, s. 523; AUDIT, s. 145.

sözleşmesel düzeni ortaya koyan ve ilişkinin esasını belirleyen taraf iradesi sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde birincil rol oynayacaktır⁴⁸. Taraflar hukuk seçimi yapmışlarsa, bu seçim olsa olsa, tarafların ortaya koydukları sözleşmesel düzen ve sözleşmenin yerleştiği yer ile ilgili ipucu vermektedir⁴⁹. Ancak böyle bir hukuk seçiminin tamamen etkisiz olacağını söylemek de doğru olmaz; çünkü hukuk seçimi tarafların kurguladıkları sözleşme düzeninde rol oynayabilir. Daha doğrusu taraflar seçtikleri hukuka göre sözleşmesel ilişkilerini planlayabilirler. İşte hakim de, taraf iradesine, taraflar ister hukuk seçimi yapsınlar, ister yapmasınlar, sözleşmenin ağırlık merkezini değiştirdiği ölçüde etki tanıyacaktır ve sözleşmenin *localisé* olduğu (yerleştiği) yeri saptamaya çalışacaktır⁵⁰. Sonuç olarak, sözleşmeye uygulanacak hukuk bir anlaşma sonucu değil, tarafların da iradesini barındıran sözleşmenin maddî gerçekliğine göre belirlenecektir⁵¹. Taraflar bir sözleşmeyi bir hukuk düzenine -öngördükleri sözleşme hükümleri ile- yerleştirebilecek; ancak sözleşme bir hukuk düzenine yerleşmiş ise, sözleşmenin yerleştiği bu hukuk düzenini hukuk seçimi ile değiştiremeyecektir⁵².

Bu görüşün, tarafların serbestçe sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyebilmesine (saf sübjektivizm (*subjectivisme pur*)) bir tepki olarak çıktığını söyleyebiliriz; çünkü tarafların uygulanacak hukuka serbest bir biçimde karar vermeleri, onların sözleşmeyle ilgisi olmayan bir hukuku seçebilmeleri, hatta sözleşmelerine hiçbir devletin hukukunun uygulanmamasına karar verebilmeleri anlamına gelebilecektir⁵³. BATIFFOL, taraflara sınırsız bir irade muhtariyeti tanınması durumunda, iki Fransız'ın sözleşmelerini Cenevre'de yaptıklarını belirtmeleri sonucunda tarafların İsviçre hukukunu, hatta üçüncü bir devletin hukukunu seçebilmelerinin mümkün olacağını belirtmektedir⁵⁴. Yazar böyle bir yetkinin (uygulanacak hukuku doğrudan seçebilen özerk irade) kabul edilemeyeceği görüşündedir⁵⁵. Ancak, FOYER, BATIFFOL'ün savunduğu ve Fransa'da XX.

⁴⁸ Bu tespit için, bkz. KASSIS, s. 7, 188; ÇAKALIR, s. 472, vd.

⁴⁹ Bu tespit için, bkz. POMMIER, s. 67. Ayrıca, Nihal ULUOCAK, **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul 1989, s. 188.

⁵⁰ Bu tespit için, bkz. SEVİĞ, s. 107; POMMIER, s. 67; ÇAKALIR, s. 472. Tarafların iradesi, işlemin ekonomik gerçekliğinden aşikâr derecede kopuksa, dikkate alınmayacaktır (AUDIT, s. 145).

⁵¹ Bu tespit için, bkz. POMMIER, s. 67. Benzer yönde, MAYER / HEUZE, s. 523.

⁵² Bu tespit için, bkz. POMMIER, s. 67.

⁵³ Bu yöndeki görüşler için, bkz. ÇAKALIR, s. 470 ve s. 470, dn. 56.

⁵⁴ BATIFFOL, s. 626.

⁵⁵ Benzer bir tespit için, bkz. ÇAKALIR, s. 470, vd.

yüzyılın ortasında hakim olan tezin sözleşmeye uygulanacak hukukun seçimi ile bağdaşmadığını ifade eder⁵⁶. BATIFFOL'un tezi, özellikle hukukî güvenin sağlanmasında yarattığı sorun ve tarafların seçtiği hukuk değil, lokalize ettiği hukukun sözleşmeye uygulanacak olması açısından eleştirilmiştir⁵⁷.

Özellikle, Avrupa Birliği'nde kabul edilen düzenlemeler⁵⁸ ile bu görüş açık bir şekilde reddedilmiştir⁵⁹. AB hukukunda⁶⁰, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü ile hukuk seçimine tanınan etki, tarafların kurdukları sözleşmeyi seçtikleri hukuka tâbi kılmalarıdır⁶¹. Bir diğer deyişle, bu düzenlemelerde hukuk seçimi kabul görmüş; tarafların sadece sözleşmeye yerleştirecekleri unsurlarla sözleşmeye uygulanacak hukuk üzerinde dolaylı etkileri olabileceği fikrinden vazgeçilmiştir.

Milletlerarası ticaretin ihtiyaçları hukuk seçiminin kabul edilmesinde etkin rol oynamıştır⁶². Hukuk seçimi üç önemli noktada avantaj sunmaktadır: uygulanacak hukukun hiçbir objektif kuralın sağlamadığı kadar öngörülebilir olması, uluslararası

⁵⁶ Jacques FOYER, "Le contrat d'electio juris à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *L'Internationalisation du Droit: Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris 1994, s. 169-179, s. 169, 170.

⁵⁷ POMMIER, s. 68.

⁵⁸ GIULIANO / LAGARDE Raporu'nda, karşılaştırmalı hukukta hukuk seçiminin kabul edildiği ile ilgili olarak önce 1910 tarihli bir Fransız Yargıtayı kararına (*American Trading Company v. Quebec Steamship Company Limited*) atıf yapılmış, daha sonra ise Almanya irade muhtariyetinin içtihadta, İtalya'da açık olarak kanunda, Lüksemburg, Belçika ve Hollanda'da ise içtihat ve doktrinde kabul edildiği belirtilmiştir. Ayrıca Rapor'da İngiliz, İskoç, İrlanda, Danimarka sistemlerinde de hukuk seçiminin kabul edildiği ifade edilmiştir. Bunun dışında, Rapor'da milletlerarası tahkimde ve kimi uluslararası konvansiyonlarda da hukuk seçimine izin verildiğinin altı çizilmiştir (GIULIANO / LAGARDE, s. 13, vd.). Ancak Rapor'da kimi zaman hukuk seçimi, kimi zaman irade muhtariyeti, kimi zaman da sözleşme serbestisi ifadesi kullanılmış, hatta sözleşmenin "*localisation*"u da tarafların sözleşme serbestisi ilkesi ("*principle of the parties' freedom of contract*") kapsamında değerlendirilmiştir. Bu açıdan Rapor'un konuyu analitik olarak incelemediğini, terminolojik olarak ve gösterilen örnekler açısından hatalı olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca Rapor'da hukuk seçiminin tanınmasına meşruiyet kazandırmak adına milletlerarası tahkim kararlarından ve milletlerarası tahkimle ilgili uluslararası konvansiyonlardan yararlanılması da bizce çelişkili bir tutumdur.

⁵⁹ JACQUET, s. 36, 39; FOYER, s. 170; KASSIS, s. 7, 188.

⁶⁰ Hukuk seçimi özgürlüğü, Roma I Tüzüğü m. 3'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre, sözleşme tarafların seçtiği hukuk tarafından yönetilir. Aynı hüküm Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 1 / c. 1'de de bulunmaktadır. İngilizce metin "[a] contract shall be governed by the law chosen by the parties" derken, Fransızca metin "[l]e contrat est régi par la loi choisie par les parties" demektedir.

⁶¹ MAYER / HEUZE, s. 524; Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, "Le Droit international privé des contrats: la Suisse face à l'Europe", *Semaine judiciaire*, C. 114, S. 16, 21.4.1992, s. 257-278 (*Contrats*), s. 264; FOYER, s. 171; KASSIS, s. 7; NYGH, s. 299. Karşılaştırmalı hukuk açısından bir değerlendirme için, TEKİNALP, *Bağlama*, s. 335. Ayrıca, bkz. BATIFFOL / LAGARDE, s. 468.

⁶² MAYER / HEUZE, s. 525.

sözleşmelerin kurulmasını kolaylaştırması⁶³, taraflar arasındaki hukukî ilişki veya projenin, bu proje için en uygun olacak hukuka tâbi kılınabilmesi⁶⁴.

Hukuk seçiminin bu etkisi Türk hukukunda da kabul edilmiştir⁶⁵. Aynı şekilde, modern uluslararası konvansiyonlarda da hukuk seçiminin sözleşmeye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları açısından -temel- bağlanma noktası teşkil ettiği görülebilecektir⁶⁶. Gerek Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 1 / c. 1, gerekse de, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'deki ifade, BATIFFOL'un görüşünün kabul edilmesine izin vermemektedir; her iki düzenlemede de açıkça, hukuk seçiminin, sözleşmenin tâbi olacağı hukuku (hukuk düzenini) belirleyeceği ifade edilmiştir⁶⁷.

Sonuç olarak, AB hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da, hukuk seçimi, sözleşmenin tâbi olacağı hukuk düzenini belirlemektedir; bu hukuk seçimi karşısında, kamu düzeni ile *lex fori*'nin veya üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları haricinde hiçbir hukuk düzeninin bu sözleşmesel ilişkiye etkisi olamayacaktır⁶⁸. Türk hakimi böyle bir hukuk seçimi ile karşı karşıya kaldığında, milletlerarası özel hukukta kabul edilen diğer yöntemlerin uygulama alanı bulması ve Türk kamu düzeni kontrolü haricinde, sözleşmeden doğan borç ilişkisinden doğan uyuşmazlığı tarafların seçtikleri hukuka göre çözümlenmek zorundadır. Böyle bir durumda, Türk hakimi, Türk hukukunun veya taraflar hukuk seçimi yapmasalardı sözleşmeye objektif kurala göre uygulanacak hukukun emredici hukuk kurallarını uygulayamayacaktır⁶⁹. Objektif olarak sözleşme hangi hukuka daha yakın olursa

⁶³ Taraflar objektif olarak uygulanacak, ama istemedikleri hükümler taşıyan bir hukuk düzeninin uygulama alanı bulmasından kaçınılabilmekte, hukukî ilişkilerini bildikleri ve istedikleri hukuk düzenine tâbi tutabilmektedirler.

⁶⁴ MAYER / HEUZE, s. 526. Hukuk seçiminin sağladığı avantajlarla ilgili ayrıca, bkz. TEKİNALP, **Bağlama**, s. 335; Zeynep Derya TARMAN, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", **BATİDER**, C. 26, S. 1, Mart 2010, s. 143-171 (**Seçim**), s. 147, vd.; TARMAN, **Roma I**, s. 308.

⁶⁵ MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'de "[s]özleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların [...] seçtikleri hukuka tâbidir" demektedir.

⁶⁶ Gerhard KEGEL / Klaus SCHURIG, **Internationales Privatrecht**, 9. Bası, Münih 2004, s. 654; POMMIER, s. 2; ÇELİKEL / ERDEM, s. 319; TARMAN, **Seçim**, s. 147.

⁶⁷ KASSIS, s. 7; ÇELİKEL / ERDEM, s. 319.

⁶⁸ Günümüzde, tarafların hukuk seçimi yapması durumunda, bu seçimin kural olarak hiçbir şarta bağlanmaksızın sözleşmeye uygulanacağı yönünde, bkz. Gülören TEKİNALP, "Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu", **MHB**, C. 8, S. 1, 1988, s. 59-70 (**Akdi Borç Statüsü**), s. 59.

⁶⁹ KEGEL / SCHURIG, s. 654; Bernd VON HOFFMANN / Karsten THORN, **Internationales Privatrecht**, 9. Bası, Münih 2007, s. 432; Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf

olsun, hukuk seçimine hukuk düzenimizde (ve diğer başlıca hukuk düzenlerinde) tanınan etki sayesinde, artık bu sözleşme objektif olarak nitelendirileceği hukuk düzenine değil, sübjektif olarak taraflarının seçtikleri hukuk düzenine tâbi olacak ve işbu hukuka ait bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekecektir. Bu durumda seçilen hukuk, bütün hükümleriyle sözleşmeye uygulanacaktır.

2. Hukuk seçiminin kaynağı

Sözleşme hukuku, hukuk düzeni içinde taraf iradelerine en çok önem verilen alandır. Özellikle tarafların müzakere gücünün dengede olduğu sözleşmelerde⁷⁰, taraf iradelerine verilen önem daha da fazla ortaya çıkmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta, bir yandan iç hukuklarda bu tip sözleşmelere uygulanacak emredici hukuk kuralları oldukça az sayıda iken, diğer yandan hukuk düzenleri bu tip sözleşmelerin, tarafların kararlaştırdıkları hukuka tâbi olmasına izin veren kanunlar ihtilafı kuralları benimsemiştir⁷¹.

a) Hukuk seçiminin sözleşme serbestisinden farkı

Doktrinde kimi yazarlar, tarafların kurdukları sözleşmeye uygulanacak hukuk ile ilgili hukuk seçimi yapabilmesini sözleşme serbestisi ilkesine bağlamaktadır⁷².

İradeleri", **MHB**, C. 9, S. 2, 1989, s. 103-120, s. 106; TARMAN, **Seçim**, s. 147. Benzer yönde, Gülören TEKİNALP, "*Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk: MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi*", **MHB**, C. 5, S. 1, 1985, s. 28-31 (**Zımnî Hukuk**), s. 28. Seçilen hukukun emredici hükümleri de içine aldığı yönünde, bkz. Frank VISCHER, **Droit international privé**, Fribourg 1974, s. 174; Rona AYBAY / Esra DARDAĞAN, **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 250. Aksi görüşte, Osman Fazıl BERKİ, **Devletler Hususî Hukuku**, Ankara 1949, s. 379.

⁷⁰ Tarafların müzakere gücünün dengesiz olduğu tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri yeni MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmiştir. Böylece bu sözleşmelere taraflardan birinin zayıf olduğu gözetilerek özel kanunlar ihtilafı kuralları uygulanır. Kira sözleşmeleri özel olarak düzenlenmese bile, örneğin 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un kapsamına giren kira sözleşmelerine, bu sözleşme taşınmazın kullanımına ilişkin olduğu için, MÖHUK m. 25'te yer alan özel kanunlar ihtilafı kuralı uygulanacaktır. Sayılan ilk iki kanunlar ihtilafı kuralında, taraf iradeleri zayıf tarafı koruyacak şekilde sınırlandırılırken, taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde tarafların uygulanacak hukuku seçmeleri imkanı tamamen kaldırılmıştır.

⁷¹ Ziya AKINCI, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1992 (**Uygulanacak Hukuk**), s. 11.

⁷² Didem ÖZDEMİR, "*Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*", **GÜHFD**, C. 7, S. 1-2, Haziran-Aralık 2003, s. 91-131 (**Tahkim**), s. 105 (yazar hukuk seçimini doğrudan sözleşme serbestisine bağlamasa da, irade muhtariyeti ve sözleşme serbestisi arasında bir fark yapmadan iç hukuktaki ve kanunlar ihtilafı kurallarındaki "serbesti"yi aynı çatı altında değerlendirmiştir). Özellikle eski MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önce, Türk hukuk doktrininde hukuk seçiminin esasının BK m. 19 ve 20'ye (sözleşme serbestisine) istinat edildiği, dolayısıyla ancak Türk kanunlarının tanıdığı sınırlar dahilinde (emredici hukuk kurallarına riayet

Oysa, bir iç hukuk ilkesi olan ve Anayasa m. 48'de teminat altına alınan⁷³ sözleşme serbestisini, kanımızca milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilafı kurallarına yön veren bir kurum olarak görmek doğru olmayacaktır. Gerçekten de, bir hukuk düzeninin tarafların bir sözleşmeyi diledikleri şartlarda yapmalarına izin vermesi ile bu sözleşmede uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılabilmesi birbirinden farklı kurumlardır⁷⁴. Kaldı ki, borçlar hukukundaki sözleşme serbestisi mutlak bir serbesti sunmamaktadır⁷⁵.

Sözleşme serbestisinin iki önemli boyutu vardır: bir kişinin sözleşme yapıp yapmama ve bu sözleşmeyi dilediği kişi ile yapma özgürlüğünü belirten sözleşme yapma serbestisi ile yapılan sözleşmenin konusunu belirleme ve düzenleme serbestisidir⁷⁶. Tarafların sözleşmenin konusunu diledikleri gibi belirleme özgürlüğü, sözleşmede öngörülecek hükümlerle ilgilidir. Örneğin, sözleşmenin taraflarının *incorporation* yoluyla kurdukları sözleşmeye yabancı bir kanundan aldıkları hükümleri yerleştirebilmesi *-lex contractus*'un tanıdığı- sözleşme serbestisi içinde mümkündür⁷⁷. Ancak, böyle bir durumda, sözleşme söz konusu hükümlerin alındığı yabancı hukuka tâbi olmaz, sadece yabancı kanunun öngördüğü kurallar birer sözleşme hükmü hâline getirilmiş olur⁷⁸. Sonuç olarak, sözleşme serbestisi, tarafların

edilerek) sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilebildiğın savunulduğu yönünde, bkz. NOMER, s. 310. Gerçekten de, eski MÖHUK öncesi dönemde, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilmeydiler; ancak uygulamaya göre bu serbesti iç hukukun emredici hukuk kuralları ile sınırlanmıştı (Ata SAKMAR, "*Le nouveau droit international privé turc*", **RCADI**, C. 223 (1990-IV), s. 303-416, s. 355). Ancak NOMER'e göre eski MÖHUK öncesi dönemde de, teorik olarak tarafların hukuk seçimi hiçbir sınırlamaya tâbi değildi (NOMER, s. 310).

Benzer bir eğilim GIULIANO / LAGARDE Raporu'nda da bulunmaktadır (GIULIANO / LAGARDE, s. 13, vd.).

⁷³ Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme**, 4. Bası, İstanbul 2008 (**Borçlar**), s. 501; Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, İstanbul 2009, s. 19.

⁷⁴ Bu yönde, POMMIER, s. 135; BALKAR, s. 20; Cemile DEMİR GÖKYAYLA, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, Ankara 2005, s. 276; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 20. Sözleşme serbestisinin tarafların sözleşmesel ilişkilerini diledikleri hukuk düzenine tâbi kılmasına izin vermediği yönünde, bkz. Adolf F. SCHNITZER, **Handbuch des internationalen Privatrechts**, C. 1, 4. Bası, Basel 1957 (**C. 1**), s. 173, vd. Aksi yönde, SEVİĞ, s. 128.

⁷⁵ SCHNITZER, **C. 1**, s. 173, vd. Sözleşme serbestisine getirilen sınırlamalarla ilgili olarak, bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 505, vd.

⁷⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 503; M. Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 5. Bası, İstanbul 2006, s. 19, vd.; Selâhattin Sulhi TEKİNAY / Sermet AKMAN / Halûk BURCUOĞLU / Atilâ ALTOP, **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 362; EREN, s. 19; ŞANLI, **Tahkim**, s. 103.

⁷⁷ KEGEL / SCHURIG, s. 655; RIGAUX / FALLON, s. 804; POMMIER, s. 135; DEMİR GÖKYAYLA, s. 277.

⁷⁸ DICEY / MORRIS, s. 1226; KEGEL / SCHURIG, s. 654; EKŞİ, **Roma**, s. 74; Nuray EKŞİ, "*Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"*", **MHB: Aysel Çelikel'e Armağan**, C. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 263-291 (**Incorporation**), s. 266, vd. Nitekim POMMIER de, bu durumda kanunlar

bu serbestiyi tanıyan hukuk sistemi içinde sözleşmesel ilişkilerinde diledikleri düzeni kurabilme özgürlükleridir⁷⁹; bu açıdan sözleşme serbestisi bir iç hukuk ilkesidir⁸⁰. Bu tespitten de anlaşılacağı üzere, sözleşme serbestisinin *otonom* bir kaynağı yoktur. Sözleşme serbestisi taraflara iç hukuktan gelen türev bir yetki verir. Bu yetki ise, farklı emredici hukuk kurallarının benimsenmesiyle zamanla değişir⁸¹. Kaldı ki, sözleşme serbestisinin, bu özelliği ile, doğal bir sınırı bulunmaktadır: taraflar ancak söz konusu hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde sözleşme serbestisinden yararlanabilir; bu hukuk düzeninin öngördüğü emredici hukuk kurallarına uymak zorundadırlar⁸².

Oysa tarafların kurdukları sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmesi⁸³, sözleşmenin tâbi olacağı hukuk düzenine tarafların karar vermesi anlamını taşımaktadır⁸⁴. Bir başka deyişle, hukuk seçimindeki taraf iradesi, sözleşmeye uygulanacak hükümleri değil, sözleşmenin tâbi olacağı hukuk düzenini belirler⁸⁵.

ihtilafı niteliğinde (*conflictuel*) değil, maddî (*matériel*) bir seçim olduğunu belirtmektedir (POMMIER, s. 135).

⁷⁹ Vahit DOĞAN, *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara 1996 (*İş Akdi*), s. 15.

⁸⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Sükût*, s. 359.

⁸¹ SCHNITZER, *C. 1*, s. 174.

⁸² KEGEL / SCHURIG, s. 655; ÇELİKEL / ERDEM, s. 312, vd.; SAKMAR, s. 354; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Sükût*, s. 359; Ziya AKINCI, "*Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu*", *MHB: Ergin Nomer'e Armağan*, C. 22, S. 2, 2002, s. 1-27 (**Bağlantılı Yetki Koşulu**), s. 2; Vahit DOĞAN, "*Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması*", *MHB*, C. 15, S. 1-2, 1995, s. 21-42 (**MHB**), s. 23; BALKAR, s. 20; DEMİR GÖKYAYLA, s. 276; TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 20; TARMAN, *Seçim*, s. 147. Hukuk seçiminde emredici hukuk kurallarının da taraf iradesi ile belirlenen hukuka tâbi olduğu yönünde, bkz. ERDEM, *Satım*, s. 66; EKŞİ, *Roma*, s. 75; BALKAR, s. 20; TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 20.

⁸³ Bu bir irade muhtariyetidir. Aynı yönde, ÇİLİNGİROĞLU, s. 104; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 15, vd.; TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 2.

⁸⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Sükût*, s. 359; ÇİLİNGİROĞLU, s. 104.

⁸⁵ Bu açıdan seçilebilecek hukukla ilgili irade muhtariyeti ile sözleşme serbestisi farklı hukukî temellere (*Grundlegung; ordre juridique de base*) dayanır. Jean-Pierre REGLI, *Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées*, Cenevre 1983, s. 115'te sözleşmeye uygulanacak hukuk (*proper law*) ile sözleşmenin zorlayıcı karakterini aldığı hukuk düzeninin aynı olup olmadığını sorgulamaktadır. Yazar daha sonra bu iki kavramın birbirinden farklı olduğunu belirtmiştir (REGLI, s. 115, vd.). Sonuç olarak, yazar, tarafların hukuk seçiminde sınırsız bir serbestiden yararlandığını belirtmektedir (REGLI, s. 150). Hemen belirtelim ki, bu değerlendirmeler devletin taraf olduğu sözleşmeler (*state contract; contrat d'Etat*) için yapıyor ise de, hukuk seçiminin yapıldığı düzen ile seçilen hukukun uygulanacağı sözleşmenin tâbi olduğu düzeni ayırt etmek açısından ışık tutmaktadır. Sözleşme serbestisinde, taraflar, bir hukuk düzeninin içinde, bu hukuk düzeninin izin verdiği ölçüde bir serbestiden yararlanır. Oysa hukuk seçiminde, taraflar, sözleşmenin tâbi olacağı hukuk düzenini belirleme "gücü"nü taşımaktadır. Bir başka deyişle, sözleşme serbestisindeki özgürlük bir hukuk düzeninin sınırları içinde yer alırken, hukuk seçiminde, var olan millî hukuk düzenlerinin üstünde bir özgürlük bulunmaktadır. Bundan dolayı da, yapılan işlemin hukukî temeli belli bir millî hukuk değil, millî hukukların üstünde, en azından millî hukuktan farklı bir düzendir.

ÇİLİNGİROĞLU, hukuk seçimi ile sözleşme serbestisi arasındaki temel farkı başka bir yolla dile getirmektedir. Yazar önce tarafların kendi iradelerinin tek başına bir hukukî sonuç doğurmaya

Buna rağmen kimi yazarlar⁸⁶, hukuk seçimi sanki bir iç hukuk serbestisiymiş gibi, bu seçimin sadece yedek hukuk kuralları alanında yapılabildiğini ve emredici hukuk kurallarını ihlâl edemeyeceğini belirtmişlerdir. Yine de günümüzde ağırlıklı olarak kabul edilen görüş, objektif olarak bir hukuk düzenine daha yakın olan bir sözleşmenin, o hukuk düzenine değil, başka bir hukuk düzenine tâbi kılınabileceğidir; bu durumda sadece bu son hukuk düzeninin emredici hukuk kuralları uygulama alanı bulacaktır⁸⁷. Bu özelliği ile hukuk seçimini, ancak belli bir hukuk sisteminde iç hukuka ait bir kurum olan sözleşme serbestisinin bir parçası olarak veya bu kurumun bir devamı olarak görmek, kanımızca doğru olmayacaktır⁸⁸. Nitekim, kimi yazarlarca isabetli bir biçimde dile getirildiği gibi⁸⁹, taraflar bir hukukî

yetmeyeceğini, bunun için tarafların iradelerinin bir hukuk düzeninin etki tanıdığı şekilde oluşması gerektiğini vurgulamaktadır (aynı vurgu için ŞANLI, **Tahkim**, s. 109; bu görüş kaynağını BATIFFOL'un irade muhtariyeti prensibine getirdiği eleştiriden almaktadır (BATIFFOL, s. 617)). Tarafların hukuk seçimi yapması, iradeye sonuç tanıyacak hukuk düzeninin belirlenmesini sağlayacağına göre, hukuk seçimi, hukuk düzeninin herhangi bir etki tanınmasından önceki bir aşamaya denk gelir. Dolayısıyla, ÇİLİNGİROĞLU'na göre, hukuk seçimi, "*bir hukuk düzeni dahilinde mütalaa edilemeyeceğinden*" hukuk sisteminin tanıdığı bir sözleşme değil, "*alelade bir uyuşma*"dır (ÇİLİNGİROĞLU, s. 105). Biz yazarın bu görüşünü, hukuk seçimi ile seçilen hukukun uygulanacağı sözleşmeyi ayırt etmesi açısından destekliyoruz. Ancak kanaatimizce hukuk seçimi olsa olsa hukuk seçimine etki tanımayan hukuk düzenleri açısından bir "anlaşma" olarak nitelendirilebilir. Günümüzde karşılaştırmalı hukukta ve milletlerarası tahkimde hukuk seçimi genel olarak kabul gören bir hukukî işlemdir.

Ancak bu saptamalarının ardından, yazar, hukuk seçiminin geçerli olmasını, bu hukukun uygulanacağı sözleşmenin geçerli olmasına bağlamaktadır (ÇİLİNGİROĞLU, s. 105; bu görüş KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Sükût**, s. 360'ta da belirtilmiştir). Biz bu görüşe katılmayacağız. Kanaatimizce, hukuk seçimini, sanki bir sözleşme klozu gibi görüp bu klozun geçerliliğini tüm sözleşmenin geçerliliğine bağlamak, hukuk seçiminin kanunlar ihtilafı kuralı niteliğini göz ardı edip bu "anlaşma"yı sözleşmenin esasına ilişkin diğer hükümlerden ayırmamak anlamına gelecektir.

Nitekim EKŞİ, hukuk seçiminin, seçilen hukukun uygulanacağı sözleşmenin bir klozu olarak ya da bu sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceğini, ancak her iki hâlde de, hukuk seçiminin asıl sözleşmeden bağımsız olduğunu belirtmiştir (EKŞİ, **Roma**, s. 92). Dolayısıyla, sözleşmenin geçerliliği, hukuk seçiminin geçerliliğini etkilemeyecektir.

⁸⁶ J.-P. NIBOYET, "*La théorie de l'autonomie de la volonté*", **RCADI**, C. 16 (1927-I), Paris 1928, s. 5-115, s. 60; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Sükût**, s. 363, dn. 24'teki yazarlar; SEVİĞ, s. 128; BERKİ, s. 379.

NIBOYET'ye göre, irade muhtariyeti (*autonomie de la volonté*) hukuk sisteminde tanınmamaktadır (yazar "irade muhtariyeti yoktur, çünkü muhtariyet yoktur" ("*il n'y a pas de théorie de l'autonomie de la volonté, parce qu'il n'y a pas d'autonomie du tout*") demektedir (NIBOYET, s. 112)). Yazara göre, taraflar yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde de, sadece iç hukuktaki gibi bir sözleşme serbestisinden yararlanabilirler (NIBOYET, s. 57).

⁸⁷ ŞANLI, **Tahkim**, s. 108; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 17; DEMİR GÖKYAYLA, s. 276.

⁸⁸ Aynı yönde, ULUOCAK, s. 186; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 333; ŞANLI, **Tahkim**, s. 108; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Sükût**, s. 359; ÇİLİNGİROĞLU, s. 104; EKŞİ, **Roma**, s. 91; EKŞİ, **Incorporation**, s. 264. Sözleşme serbestisi ile hukuk seçimi arasında benzer bir ayırım için, AKINCI, **Bağlantılı Yetki Koşulu**, s. 2.

⁸⁹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Sükût**, s. 361, dn. 14'teki yazarlar ve dn. 15'teki karar. Ancak bu görüş KOCAYUSUFPAŞAOĞLU tarafından, aynı sözleşmenin içinde iki ayrı sözleşme barındığı ileri sürmesi nedeniyle sun'î olarak görülmüş ve eleştirilmiştir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Sükût**, s. 361). Oysa günümüzde, sözleşme içinde ayrı sözleşme sıkça kabul edilen bir konstrüksiyondur. Bunun en önemli örneği de tahkim anlaşmasıdır. Tahkim anlaşması sözleşmenin içinde yer alan

ilişkiye girdiklerinde önce sözleşmenin tâbi olduğu hukuku seçmekte, ardından da seçilen bu hukuka göre, bu hukukun öngördüğü kurallar çerçevesinde sözleşmenin içeriğini tayin etmektedirler⁹⁰.

b) Hukuk seçimine sonuç tanınması

Bir hukukî ilişkinin bir millî hukuka tâbi olmasını kimi objektif veya sübjektif unsurlar sağlar⁹¹. Kanunlar ihtilafı kuralları, bu objektif veya sübjektif unsurlardan hangisinin dikkate alınması gerektiğini göstererek bir hukukî ilişkinin bir hukuk sistemi açısından hangi hukuk düzenine tâbi olduğunu belirler.

İşte, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 1 / c. 1 ile MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'de öngörülen kanunlar ihtilafı kuralı (sözleşmenin tarafların seçtikleri hukuka tâbi olması)⁹², sözleşmenin, tarafların kendi iradeleri ile belirledikleri hukuka tâbi olacağını belirterek sübjektif bir yaklaşımı kabul etmektedir⁹³.

Buradaki kanunlar ihtilafı kuralının amacı, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku kendi iradeleri ile belirlemeleri hâlinde, *for*'da tarafların yaptığı bu seçiminin sonuç doğurmasını sağlamaktır. Bir başka deyişle, bu kanunlar ihtilafı kuralı, taraflara kurdukları sözleşmenin diledikleri hukuka tâbi tutulması yönünde bir hak vermemekte; tarafların hukuk seçimi yönündeki iradelerinin *lex fori*'de tanınacağını

bağımsız bir sözleşme olarak kabul edilmektedir (*principe d'autonomie de la convention d'arbitrage; separability doctrine*). Ayrıca ŞANLI da, milletlerarası özel hukuktaki hukuk seçiminin asıl sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olduğunu belirtmektedir (ŞANLI, **Tahkim**, s. 107; Cemal ŞANLI / Nuray EKŞİ, **Uluslararası Ticaret Hukuku**, 5. Bası, İstanbul 2006, s. 32; aynı yönde, DEMİR GÖKYAYLA, s. 279). WENGLER de, sözleşme hüküm doğurmasa bile hukuk seçiminin hüküm doğurmaya devam edeceğini belirtmiştir (Wilhelm WENGLER, "*Rechtswahl unter Zwang*", **Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive**, Basel 1993, s. 211-218, s. 218).

⁹⁰ Burada bahsettiğimiz öncelik-sonralık ayırımı sözleşmenin müzakeresi aşamasına ve sözleşme içinde öngörülen klozların sırasına göre anlaşılmalıdır. Nitekim hukuk seçimi daha sonradan da yapılabilmektedir. Ancak hukuk tekniği açısından söz konusu sözleşme ele alındığında, değerlendirme ilk önce sözleşmenin tâbi olduğu hukukun saptanmasıyla başlayacaktır.

⁹¹ ÇAKALIR, s. 458.

⁹² Doktrinde hukuk seçiminin kanunlar ihtilafı kuralı değil, maddî milletlerarası özel hukuk hükmü olduğuna dair kimi görüşler vardır. Ancak KASSIS'in de belirttiği üzere bir hukuk düzeninde tarafların hukuk seçimi yapmasına imkan tanınması maddî özellik taşımaz; dolayısıyla hukuk düzeninde hukuk seçimine verilen imkan ve tarafların bu hükme dayanarak yaptıkları seçim bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak tanınmalıdır (tartışma ve KASSIS'in görüşü için, bkz. KASSIS, s. 199, vd.).

⁹³ EKŞİ, **Roma**, s. 74 ve 91 ise, benzer bir şekilde hukuk seçiminde tarafların iradesinin bağlanma noktası olduğunu belirtmektedir. NOMER de, eski MÖHUK öncesi dönemde borçlar hukukunda tanınan sözleşme serbestisi gereğince, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmede serbest olduğu ve tarafların bu iradesinin bir kanunlar ihtilafı kuralı niteliği taşıdığı kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir (NOMER, s. 310).

belirtmektedir. Bir başka deyişle, hukuk seçiminin dayanağı kanunkoyucu tarafından öngörülen söz konusu kanunlar ihtilafı kuralı değildir. Bu kanunlar ihtilafı kuralı, sadece bağlanma noktası olarak seçilen hukuku öngörmekte, dolayısıyla tarafların hukuk seçimi yönündeki iradelerinin *lex fori*'de kabul edileceğini düzenlemektedir. Böyle bir kanunlar ihtilafının yokluğu, tarafların hukuk seçiminde bulunmasını engellemeyecek veya böyle bir seçimi hükümsüz kılmayacaktır. Ancak, *lex fori*'de böyle bir kanunlar ihtilafı kuralı yoksa, sözleşmeye uygulanacak hukuk, tarafların seçtiği hukuk üzerinden belirlenemeyecek; çünkü hukuk seçiminin *lex fori*'de herhangi bir etkisi olamayacaktır. Bu durumda, tarafların yaptığı hukuk seçimi kesin hükümsüz değildir; bir başka ülkenin hakimi önünde veya aynı ülkede farklı bir uyuşmazlık mekanizmasında bu hukuk seçimi hüküm doğurabilecektir⁹⁴.

Tarafların yaptığı hukuk seçiminin, ulusal hukuklar tarafından kabul edilmesi, tarafların sözleşmelerini kendi seçtikleri hukuka tâbi tutma konusunda gösterdikleri iradelerinin bir hukuk sisteminde sonuç doğurmasıdır. Bu noktada, "hukuk seçimi", bir hukuk düzeninde tarafların sözleşmelerini diledikleri gibi kurabilmesi anlamına gelen sözleşme serbestisinden ayrılmaktadır. Hukuk seçimi, bir hukuk sisteminin öngörüsü veya kontrolü altında yapılmamaktadır. Ancak yapılan hukuk seçimine tanınan sonuç, dava açılan yerdeki kanunlar ihtilafı kurallarına bağlıdır.

Kanaatimize göre, *lex fori*'nin buradaki işlevi, hukuk seçiminin sonuç doğurmasını kabul etmekten ibarettir. *Lex fori*, hukuk seçimine hangi şartlarda ve ne ölçüde sonuç tanıyacağını belirtebilir. MÖHUK m. 24 / f. 1'deki düzenlemede de görülebileceği üzere, Türk kanunlar ihtilafı kuralları, hukuk seçimi yönündeki iradenin belli şartlar dahilinde ortaya çıkmasını aramaktadır⁹⁵. Ancak bu şartlara uyan bir hukuk seçimine sonuç tanınır. MÖHUK m. 24'ün kapsamına girmeyen diğer bazı hukukî ilişkilerde ise, hukuk seçimine sonuç tanınabilecek hâller sınırlandırılmış (örneğin tüketici ve iş sözleşmelerinde hukuk seçimine tanınan etki sınırlandırılmıştır⁹⁶) ya da hukuk seçimine herhangi bir sonuç tanınmamıştır (örneğin

⁹⁴ Tarafların hukuk seçebilmesinin bunu öngören kanunla ilişkisi açısından, karşı. ÇAKALIR, s. 463.

⁹⁵ Biçimsel açıdan hukuk seçimini incelerken, bu şartlara değineceğiz. Söz konusu biçimsel sınırlamaların yanında kimi maddî sınırlamalar da mevcuttur. Bu son sınırlamalara ise, hukuk seçiminin uygulama alanını incelerken değineceğiz.

⁹⁶ DOĞAN, *İş Akdi*, s. 43, vd.; Zeynep ÇALIŞKAN, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", *MHB*, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 27-50, s. 28, 39, vd.

taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde sübjektif unsuru dikkate alan ve hukuk seçimine etki tanıyan bir kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmemiştir).

Bu sınırlamaları dikkate almadan da, tarafların hukuk seçimi yapması mümkündür; ancak bu hukuk seçimi, Türk kanunlar ihtilafı kuralları açısından bir etki doğurmayacaktır. Yalnız Türk hakimi, sırf hukuk seçiminin MÖHUK m. 24 / f. 1'de öngörülen sınırlar içinde yapılmamasından dolayı, yapılan hukuk seçiminin geçersiz olduğunu belirleme yetkisine sahip değildir; çünkü MÖHUK m. 24 / f. 1, hukuk seçiminin esasına uygulanacak hukuku değil, taraflarca yapılan hukuk seçimine sonuç tanınıp tanınmayacağını ve böyle bir sonucun hangi şartlarda tanınacağını belirleyen bir düzenlemedir. Bu şartlara uymayan hukuk seçimi Türk hakimi önünde etkisiz olacaktır. Ancak hakim, MÖHUK m. 24 / f. 1'deki şartlara uymayan hukuk seçiminin kesin hükümsüz olduğuna karar veremez. Böyle bir karar, ancak hukuk seçiminin esası ile ilgili bir hükümsüzlük hâli olduğunda verilebilir⁹⁷. Hukuk seçiminin geçerliliği, hukuk seçimine sonuç tanınmasından farklı bir problemdir; biz de bu hususu aşağıda inceleyeceğiz.

Aynı hukukî ilişkinin farklı devletlerin mahkemeleri, hatta farklı uyuşmazlık çözüm mekanizmaları tarafından çözülmesi gündeme gelebilir ve bu durumlarda farklı kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması söz konusu olabilecektir. Her farklı uyuşmazlık çözüm mekanizmasında, sonuç doğuran hukuk seçimi için öngörülen şartlar farklı olacağı için, yapılan hukuk seçiminin tek bir ülkenin kanunlar ihtilafı kuralının tanıdığı "hakka" binaen yapıldığını düşünmek kanaatimizce doğru olmayacaktır. Tarafların yaptıkları hukuk seçimi, uyuşmazlık hangi mekanizma tarafından çözümleniyorsa, farklı bir şekilde ele alınır. İşte bu nedenle, yapılan hukuk seçiminin, uyuşmazlığı çözebilecek her mekanizmanın uygulaması gereken kuralların⁹⁸ tek tek tanıdığı bir hak olarak değerlendirilmesi doğru olmaz.

Örneğin kiralananın Türkiye'de olduğu bir kira sözleşmesinde, kira sözleşmesine Alman hukukunun uygulanacağı varsayalım. Tarafların, sözleşmede,

⁹⁷ Örneğin Pire (Yunanistan) İstinaf Mahkemesi, 299/1998 sayılı kararında hukuk seçiminin hata nedeniyle geçersiz olduğunu belirtmiştir (kararın özeti için bkz. Chryssapho TSOUCA, "*Le Droit international privé dans la jurisprudence hellénique: Années 1997-1998*", **RHDI**, C. 52, S. 2, 1999, s. 535-576, s. 538). Olayda, hukuk seçimindeki hata, işçinin sözleşmenin yapıldığı dili bilmemesine dayanmaktadır.

⁹⁸ Örneğin Türkiye'deki mahkemeler için MÖHUK, *lex arbitri*'nin Türkiye'de olduğu milletlerarası tahkim için MTK, vs.

kira bedelinin ödenmesine ilişkin uyuşmazlıkların Almanya'da, diğer davaların ise İstanbul mahkemelerinde açılmasını kararlaştırdıklarını düşünelim. Kiracı, çıkan ekonomik kriz nedeniyle, kira bedelinin uyarlanmasına yönelik bir dava açmıştır. Bu davayı gören Türk hakimi, bu sözleşmede hukuk seçiminin etki doğurmayacağını, çünkü uyuşmazlığın taşınmazın kullanımına ilişkin olduğunu ve bu tip sözleşmelere, MÖHUK m. 25 uyarınca, taşınmazın bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmalı ve uyuşmazlığa Türk hukukunu uygulamalıdır. Kısa bir süre sonra, yatırılmayan kira bedellerinin ödenmesi amacıyla, kiralayan kiracıya Almanya'da dava açar. Türk hukukundan farklı olarak, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü, kira sözleşmesinde yapılacak hukuk seçimine sonuç tanımaktadır. Bu sebeple, Alman hakimi sözleşmede Alman hukukunun seçilmesine sonuç tanıyacaktır ve bu uyuşmazlığı Alman hukukuna göre çözecektir. Oysa, MÖHUK m. 25 düzenlemesinin hukuk seçimine etki tanımamak yerine, hukuk seçimini yasakladığını kabul etseydik, Türk hakimi sözleşmedeki hukuk seçiminin geçersiz olduğunu tespit edecekti. Türk hakiminin verdiği karar kesinleştiğinde, bu kararın Almanya'da tanınması durumunda, sözleşmedeki hukuk seçiminin kesin hükümsüz olduğu Alman hakimi tarafından da kabul edilmek zorunda kalırdı. Böyle bir yorum kabul edilemez; çünkü kanunlar ihtilafı kuralları hukuk seçiminin geçerliliğini değil, hukuk seçiminin doğuracağı sonucu düzenlemektedir. Hemen belirtelim ki, Türk hakiminin örneğin hile sebebiyle hukuk seçimini iptal etmesi durumunda, mahkemenin hukuk seçiminin kesin hükümsüzlüğüne ilişkin tespiti, Almanya'da görülecek bir davada, kararın tanınması durumunda, kesin delil teşkil edecektir. Ancak hukuk seçiminin kanunlar ihtilafı kuralının öngördüğü şartlara uymaması veya böyle bir kuralın kapsamında yer almaması, bu anlaşmanın geçersizliğine değil, o hukuk düzeninde etki doğurmamasına neden olur. Öte yandan, böyle bir hukuk seçimi bir başka hukuk düzeninde sonuç doğurabilir. İrade sakatlığı veya bir başka nedenle kesin hükümsüz olan hukuk seçimlerinin ise, ilgili kararın tanınması durumunda, bir başka hukuk düzeninde de hüküm doğurmayacaktır.

Benzer bir örnek, tarafların sözleşmelerine *lex mercatoria*'nın uygulanmasını kararlaştırmaları ve sözleşmeden doğacak bazı uyuşmazlıkların tahkimde çözüleceğine kararlaştırmalarıdır. Bu örnekte, tarafların *lex mercatoria*'yı uygulanacak hukuk olarak seçmesi, mahkemelerde görülecek davalar açısından herhangi bir etki doğurmayacaktır. Dolayısıyla, hakim, bir hukuk seçimi yapılmamış

gibi uygulanacak hukuku tespit edecektir. Ancak aynı sözleşmeden kaynaklanan ve tahkimde görülen bir davada, bu sefer uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'nın seçilmesi sonuç doğuracaktır. Az önceki örnekte olduğu gibi, mahkemede görülen uyuşmazlıkta, *lex mercatoria*'nın hukuk seçimi olarak kabul edilmemesi, tahkimde görülecek davada bir sonuç yaratamayacaktır; çünkü mahkeme, böyle bir hukuk seçiminin geçersizliğine değil, mahkeme önünde görülen davalarda sonuç doğurmayacağına karar verecektir.

c) Hukuk seçiminin geçerliliği

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı, yapılan hukuk seçiminin *lex fori*'nin öngördüğü biçimde ve kapsamda yapılmış olup olmadığından farklı bir problemdir. Hukuk seçimi bir irade uyuşması olarak, -ister ayrı bir sözleşme, ister bir sözleşme hükmü olarak değerlendirilsin- hükümsüzlük hâlleri barındırabilir. Örneğin hukuk seçimi ile ilgili iradede bir irade sakatlığı (hata, hile, ikrah ya da gabin) olduğu ileri sürülebilir. İşte bu durum, hukuk seçiminin geçerliliği ile ilgili bir sorundur. Bu durumda hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı, hukuk seçimine uygulanacak hukuka göre belirlenecektir.

Onun için biz de, bu bölümde önce hukuk seçimine uygulanacak hukuku inceleyeceğiz (1); daha sonra da hukuk seçiminin geçerliliği ile ilgili özel bir problem olan hukuk seçiminin fatura veya teyit mektubunda bulunması hâline değineceğiz (2).

(1) Hukuk seçimine uygulanacak hukuk

Hukuk seçimine uygulanacak hukuk doktrinde tartışılmaktadır ve başlıca üç çözüm önerisi getirilmiştir: hukuk seçiminin *lex fori*'ye tâbi olması, hukuk seçiminin seçilmek istenen hukuka (*lex contractus*) tâbi olması, hukuk seçimine kendi *proper law*'u uygulanması⁹⁹.

Amerikan hukukunda, 1971 tarihli Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün hazırladığı Restatement II m. 187'nin şerhinde, hukuk seçimini doğuran iradede, yetkisiz temsil,

⁹⁹ DICEY / MORRIS, s. 1231. Doktrinde hukuk seçimine uygulanacak hukukla ilgili öne sürülen görüşler için, bkz. DOĞAN, *İş Akdi*, s. 27, vd.; TİRYAKIOĞLU, *Satım*, s. 25, vd.

hata, hile, ikrah gibi irade sakatlığı veya hükümsüzlük sebeplerinin bulunduğuna *lex fori*'ye göre karar verileceği belirtilmiştir¹⁰⁰.

Kanaatimizce, hukuk seçiminin -irade sakatlığı gibi- geçerliliği ile ilgili (etkisi ile ilgili değil) hukukî sorunlara *lex fori*'nin uygulanması çok da doğru bir çözüm değildir¹⁰¹. Bunun nedeni, davanın görüldüğü mahkemenin, seçilen hukuk, tarafların irade beyanları yaptıkları düzen, hatta hukukî ilişkinin herhangi bir unsuruyla ilgisi olmayan bir yer mahkemesi olabilmesidir. Üstelik hukuk seçimi yapıldığı tarihte milletlerarası yetki sözleşmesi yapılmamışsa, davanın hangi mahkemede görüleceği de bilinemez¹⁰². Gerçi hukuk seçimine sonuç tanınıp tanınmayacağı da *lex fori*'ye göre belirlenmektedir. Yine de hukuk seçimine uygulanacak hukukun, hukuk seçimi yapıldığı tarihte bilinmesi gerekir. Örneğin, irade sakatlığı nedeniyle iptal edilebilir bir hukuk seçiminin iptal edilmesine yönelik bozucu yenilik doğuran hakkın, hukuk seçimine uygulanacak hukuka göre belli bir sürede kullanılması gerekebilir. Fakat bu süre içinde bir dava açılmamışsa ve hukuk seçimine *lex fori* uygulanacaksa, hukuk seçimine uygulanacak hukuk bilinemeyecektir. Ayrıca hukuk seçimi bulunan bir sözleşmeden dolayı taraflar arasında birden çok ve farklı ülkede dava açılabilir. Bu durumda, hukuk seçimine uygulanacak hukuka *lex fori* uygulanırsa, aynı hukuk seçimine farklı hukukların uygulanması gerekecektir. Bu durumda, hukuk seçimi hile sebebiyle bir ülkede iptal edilebilirken, bir diğer ülkede bu hukuk seçiminin geçerli olduğu kabul edilebilecektir. Bu durum *forum shopping*'e yol açabilir¹⁰³.

Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 4 ve Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 5'te, Türk hukukundan farklı olarak, tarafların hukuk seçimi ile ilgili anlaşmalarının varlığı ve geçerliliğinin, Konvansiyon veya Tüzük'ün "maddî geçerlilik" ("esasa ilişkin geçerlilik"), "şekil" ("şeklî geçerlilik"), "ehliyetsizlik" hükümlerine tâbi olacağı belirtilmiştir. Böylece, hukuk seçimine uygulanacak hukuk parçalanmış olmaktadır¹⁰⁴. AB hukukuna göre bir hukuk seçiminin hüküm doğurması, tarafların

¹⁰⁰ Hüküm ve şerh için bkz. "<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>". Aynı yönde, DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 31.

¹⁰¹ Aynı yönde, NOMER, s. 315. Aksi görüşte, RIGAUX / FALLON, s. 801.

¹⁰² TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 26, vd.

¹⁰³ TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 27. Hukuk seçimine *lex fori*'nin uygulanması ile ilgili bir başka eleştiri için bkz. POMMIER, s. 87, vd.

¹⁰⁴ FOYER, s. 173.

belli bir hukuka tâbi kılmak istedikleri hukukî ilişkinin varlığı ve geçerliliği ile aynı hükümlere tâbi olacaktır¹⁰⁵.

NORTH / FAWCETT ise bu hükümleri farklı bir açıdan değerlendirmektedir. Yazarlar söz konusu hükmü, Konvansiyon'un adeta hukuk seçimini yeni bir anlaşma olarak kabul ettiği biçimde algılamaktadırlar. Yazarlara göre, hukuk seçimine uygulanacak hukuk, esasa ilişkin düzenlemeyi öngören sözleşmeden tamamen bağımsız olarak tarafların hukuk seçimine uygulanmak üzere seçtikleri hukuka göre veya böyle bir seçim yoksa objektif kurala göre belirlenecektir¹⁰⁶.

Ancak biz NORTH / FAWCETT'in yorumunun Roma Konvansiyonu metninden anlaşılamayacağını düşünüyoruz. Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 4, hukuk seçimini anlaşmasının hüküm doğurmasını, asıl sözleşmenin hüküm doğurması ile aynı hükümlere tâbi tutmuştur. Bu hüküm aslında zamanaşımına uygulanacak hukukun tespitinde olduğu gibi uygulanacak hukukun dolaylı olarak tespit edilmesinden başka bir düzenleme getirmemektedir. Gerçekten de Roma Konvansiyonu m. 8 / f. 1'de sözleşmenin tamamının veya bir hükmünün hüküm doğurup doğurmayacağını sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tespit edileceği belirtilmiştir. Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 4 ise, -sözleşmenin bir hükmü olan hukuk seçiminin varlığı ve geçerliliğine m. 8'in uygulanacağını belirtmektedir¹⁰⁷. Dolayısıyla Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'ne göre hukuk seçimine uygulanacak hukuk, sözleşmeye uygulanacak; daha doğrusu tarafların sözleşmelerine uygulanmasını amaçladıkları hukuktur¹⁰⁸.

Benzer bir şekilde, İsviçre hukukunda İMÖHK m. 116 / f. 2'de de hukuk seçiminin seçilen hukuka tâbi olduğu belirtilmiştir¹⁰⁹. Ancak İMÖHK'ün yürürlüğe girmesinden önce Federal Mahkeme içtihatlarında hukuk seçimine uygulanacak hukuk ile ilgili ilginç akımlara rastlanılması mümkündür. Doktrinde Federal

¹⁰⁵ FOYER, s. 174.

¹⁰⁶ Peter NORTH / J. J. FAWCETT, **Cheshire and North's Private International Law**, 13. Bası, Oxford 2004, s. 564.

¹⁰⁷ Bu yorumumuz sadece Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nün düzenlemesinin nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgilidir; yoksa bize göre hukuk seçimine uygulanması gereken hukukun ne olduğu ile ilgili değildir.

¹⁰⁸ Roma Konvansiyonu'ndaki sistemin bu yönde olduğuna dair bizimle aynı görüşte, DICEY / MORRIS, s. 1232; RIGAUX / FALLON, s. 801; KEGEL / SCHURIG, s. 656; MAYER / HEUZE, s. 540; NYGH, s. 315; AUDIT, s. 657; Vahit DOĞAN, **Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, 2. Bası, Ankara 2005 (Akreditif), s. 146.

¹⁰⁹ DUTOIT, s. 36.

Mahkeme'nin "[s]oyut olarak iradenin bir borç kaynağı olamayacağı, irade beyanının ancak bir hukuk düzeni içinde yapılması ile bu beyana o hukuk düzenince bağlanan sonuçların atfedilebileceği" görüşünden etkilendiği dile getirilmektedir¹¹⁰. Buna istinaden, Federal Mahkeme hukuk seçimine, *lex fori*'nin uygulanacağını belirtmiştir¹¹¹. Ancak daha sonra, hukuk seçiminin, seçilen hukukun uygulanacağı sözleşmeden farklı olarak değerlendirilmemesi görüşü ağır basmış ve içtihat ve Tasarı'da seçilen hukukun hukuk seçimine uygulanacağı belirtilmiştir¹¹². İMÖHK m. 116 / f. 2'den de anlaşılacağı üzere, kanunda da bu fikir kabul edilmiştir.

1986 tarihli Milletlerarası Menkul Mal Satım Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon m. 10 / f. 1'de hukuk seçimine uygulanacak hukukla ilgili karma bir sistem benimsenmiştir. Buna göre, hukuk seçimine, seçimi geçerli kılıyorsa seçilen hukuk; seçilen hukuk seçimi geçerli kılmıyorsa, m. 8 (hukuk seçimi yapılmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuk (objektif bağlanma kuralı)) uygulanacaktır¹¹³.

Türk hukukunda ise, bu yönde bir düzenleme bulunmamaktadır¹¹⁴. Doktrinde bir görüş hukuk seçimine uygulanması gereken hukukun, tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere seçtikleri hukuk olduğunu savunmaktadır¹¹⁵. Özellikle DEMİR GÖKYAYLA, sözleşme ile hukuk seçiminin tek ve aynı hukuka tâbi olması gerektiğini belirtmektedir¹¹⁶. DOĞAN ise, Milletlerarası Menkul Mal Satım Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon'daki gibi karma bir görüş benimsemiştir; yalnız yazar hukuk seçiminin geçersiz olduğu durumda, hukuk seçimine tarafların müşterek "bir" hukukunun uygulanacağını belirtmiştir¹¹⁷.

Kanaatimizce, hukuk seçimine seçilen hukukun uygulanması kimi dengesizliklere yol açabilir. Bir sözleşmede bir tarafın iradesinin ikrah ile

¹¹⁰ Turgut TURHAN, "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku", **AÜHFD**, C. 41, S. 1-4, Ankara 1991, s. 119-149, s. 123.

¹¹¹ TURHAN, s. 123, vd. ve s. 124, dn. 16; DUTOIT, s. 36; DOĞAN, **Akreditif**, s. 146.

¹¹² TURHAN, s. 124.

¹¹³ Bilgin TİRYAKİOĞLU, "Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli La Haye Sözleşmesi", **MHB**, C. 14, S. 1-2, 1994, s. 121-136 (**La Haye**), s. 126.

¹¹⁴ DOĞAN, **Akreditif**, s. 146.

¹¹⁵ ULUOCAK, s. 187; NOMER, s. 315; ÇİLİNGİROĞLU, s. 105; DEMİR GÖKYAYLA, s. 280; TARMAN, **Seçim**, s. 150. Aksi görüşte (hukuk seçiminin geçerliliğinin bu yönde bir klozun olduğu sözleşmenin geçerliliğine tâbi olmadığı yönünde), NYGH, s. 314; WENGLER, s. 218.

¹¹⁶ DEMİR GÖKYAYLA, s. 280.

¹¹⁷ DOĞAN, **Akreditif**, s. 146, vd.

sakatlandığını ve sözleşmede tarafların X hukukunu seçtiklerini düşünelim. Bu durumda, sözleşmenin genelinden bağımsız olarak, hukuk seçimi klozu da ikrah ile sakatlanmaktadır. X hukukunun irade sakatlıklarına herhangi bir yaptırım öngörmemesi hâlinde, tarafların yaptıkları hukuk seçimine *lex contractus* uygulanırsa, hukuk seçimi anlaşması da X hukukuna tâbi olacak ve hüküm doğuracaktır. Taraflar X hukukunu seçtikleri için ve bu hukuk düzeninde ikrah tanınmadığı için sözleşme de hüküm doğuracaktır. Oysa hukuk seçimine *lex contractus* haricinde bir hukuk uygulansaydı, yapılan hukuk seçimi, taraflardan birinin iradesi ikrahla sakatlandığı için hüküm doğurmayabilecekti.

Bir başka örnek, hukuk seçimine seçilen hukukun uygulanmasındaki sorunu daha da net ortaya koymaktadır: eğer hukuk seçimine seçilen hukuk uygulanırsa, *battle of the forms* (bu kavrama hukuk seçiminin genel işlem şartlarında öngörülmesini incelerken değineceğiz) durumunda çözülmesi imkansız bir durumla karşı karşıya gelmiş oluruz. Böyle bir durumda, taraflar karşılıklı olarak birbirine kendi genel işlem şartlarını gönderirler. Bu genel işlem şartlarında tarafların farklı hukukları seçmiş olması ve daha sonra bu konuda herhangi bir işlemin yapılmamış olması durumunda, hukuk seçiminin yapılıp yapılmadığı hangi hukuka göre saptanacaktır? Benzer bir durum icap ile kabul arasındaki irade beyanlarının birbirine tam olarak uymadığı ve bu nedenle her iki tarafın irade beyanlarının sözleşmelerine farklı hukukların uygulanmasını öngördüğü her durumda karşımıza çıkar. Hemen belirtelim ki, her hukuk sisteminde karşılıklı irade beyanlarının tam olarak birbirine uyması beklenmemektedir. Bu durumda hukuk seçimi anlaşmasının hangi hukuka göre kurulduğu belirlenmelidir ki, irade beyanları arasında tam bir uyumun olmaması durumunda bu iradelere nasıl bir sonuç bağlanacağı belirlensin. Örneğin icap ile kabul arasındaki farklılık sebebiyle, bir hukuk sistemi sözleşmenin hiç kurulmadığını, bir başka hukuk sistemi, ilk beyanı verenin iradesinin dikkate alınması gerektiğini, bir başka hukuk sistemi icabı yapanın belli bir süre içinde itiraz etmemesi durumunda kabul beyanının dikkate alınması gerektiğini, bir başka hukuk sistemi ise, tarafların farklı olarak belirttiği noktalarda anlaşmamış sayılacaklarını kabul edebilir. Tüm bu farklı yorumlar, hukuk seçimi anlaşmasının sonucunu belirleyecektir. Ancak hukuk seçimine, sözleşmeye uygulanacak hukuk uygulanırsa, bu durumda, hukuk seçimi anlaşmasının sonucuna göre belirlenecek hukuk, hukuk seçimi anlaşmasının hangi yoruma göre değerlendirilmesi gerektiğini göstermesi

gerekecektir. Bu durumda bir kısır döngü oluşur; çünkü ilk aşamada sorunu çözmesi gereken hukuk, ancak bu sorun çözüldükten sonra saptanmaktadır.

Bununla ilgili benzer bir örnek, şartlı bir hukuk seçimi yapılması durumunda karşımıza çıkabilir. Bu örnekte de, şartlı hukuk seçiminin kabul edilip edilmediği ve şartın gerçekleşmesi sadece fiilî unsurlara bırakılmamışsa, şartın gerçekleşip gerçekleşmediği, hukuk seçimine uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Ancak hukuk seçimine uygulanacak hukuk, sözleşmeye uygulanacak hukuk ise, yine bir kısır döngü sorunu oluşacaktır; çünkü hukuk seçimine uygulanacak hukuk, bu hukukun hukuk seçimine uygulanması ile elde edilecek sonuca göre belirlenebilecektir. Bir başka deyişle, ilk aşamada hangi hukukun hukuk seçimine uygulanacağı belli değildir.

Sonuç olarak, hukuk seçimine sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması bazı durumlarda kısır bir döngü yaratabilecektir¹¹⁸. Oysa hukuk seçiminin esasına *lex fori* veya sabit bir başka hukukun uygulanması böyle bir kısır döngüye girilmesini engeller. Örneğini verdiğimiz tüm sorunların çıkmasının nedeni aynıdır: taraflar sözleşmelerine belli bir hukukun uygulanması amacıyla hukuk seçimi yaparlar, oysa AB hukuku, İsviçre hukuku -ve bazı yazarlar-, yapılan hukuk seçimini de bu hukuka tâbi kılmaya çalışmaktadır. Oysa yapılan hukuk seçimi, kendisine uygulanmak için değil, tarafların kurdukları sözleşmesel ilişkiye uygulanmak üzere yapılmaktadır. Birçok durumda, taraflar hukuk seçimi yaparken, kendisi de bir karşılıklı irade uyuşması olan bu hukukî işlemin hangi hukuka tâbi olacağına karar vermez, hatta bu hususu dikkate bile almazlar. Kanaatimize göre, yapılan hukuk seçimini, bu seçimle seçilen hukuka (*lex contractus*) tâbi kılmak hem taraf iradelerine en uygun çözümün benimsenmemesi, hem de hukuk seçimi ile seçilen hukukun uygulanacağı borç ilişkisi arasındaki hukukî temelin (*Grundlegung*) göz ardı edilmesi demektir.

Hukuk seçimi, hangi hukuk düzeninde yapılıyorsa, o hukuk, hukuk seçiminin geçerliliği ile ilgili sorunlara uygulanmalıdır. Hukuk seçimi sağlayan irade muhtariyeti ile sözleşme serbestisinin arasındaki en önemli fark, hukuk seçiminin hukukî temeli millî hukuklara değil, millî hukukların üstündeki bir düzene

¹¹⁸ RIGAUX / FALLON, s. 801.

dayanmasıdır. Bu düzen sınıraşan (*transnational*) hukuk düzenidir¹¹⁹. İşte irade sakatlıkları veya yetkisiz temsil gibi, hukuk seçiminin geçerliliği ile ilgili sorunlara uygulanması gereken hukuk da *transnational* hukuktur. Hukuk seçiminin geçerli olarak yapılıp yapılmadığına, *transnational* hukukun genel olarak kabul ettiği ilkeler ışığında karar verilmelidir. ŞANLI da hukuk seçiminin milletlerarası ticaret hukukunun bir normu olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, dolayısıyla hukuk seçiminin temelinde bir millî hukukun aranmaması gerektiğini belirtmiştir¹²⁰. Biz de bu görüşe tamamen katılıyoruz.

Biz teknik olarak hukuk seçiminin *transnational* bir düzende yapıldığını, bundan dolayı da hukuk seçimine *transnational* hukukun uygulanması gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü hukuk seçimi -ayrıca milletlerarası yetki sözleşmesi ile tahkim şartı da- taraflara uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarından (milletlerarası yetki sözleşmesi ile belirlenecek millî mahkeme yoluyla), esasa uygulanacak maddî hükümlere kadar uyumsuzluğa uygulanacak kuralları şekillendirme gücü vermektedir. Bizim görüşümüze göre, böyle bir yapının sağlanabilmesi, tarafların iradesinin sınır aşan ve millî sistemlerin bağımsız olan bir kaynağa dayanmasına bağlıdır (*transnational* hukuk). Bu nedenle de hukuk seçiminin geçerliliğine *transnational* hukukun uygulanmasının teknik açıdan daha doğru olacağını düşünüyoruz.

Öte yandan hukuk seçimini *transnational* hukuka tâbi kılmak sözleşmeyi millî hukuk düzenlerinden çıkarmak anlamına gelecektir. Bu düşüncenin millî yargı

¹¹⁹ *Transnational* hukuk kavramı ilk olarak ulusal sınırları aşan her türlü eylem ve olayı düzenleyen hukuk olarak kullanılmıştır. Ancak daha sonra bu kavram, herhangi bir hukuk sistemine ait olmayan ve bu hukuk sisteminin bir ürünü olmayan, ama kimi hukuk sistemlerinden süzölmüş kuralların uyumunu yansıtan hukuk olarak algılanmıştır. Hatta bu kavram daha geniş bir yorumla, millî olmayan, ama zorlayıcı gücünü milletlerarası teamülden ve diğer tacirlerin bu kuralları gözetmesinden alan kurallar bütünü olarak da algılanmaktadır (GOODE, s. 2).

Ancak biz, *transnational* hukuk terimini millî olmayan hukuk (ki bu hukuk için millî olmayan anlamında *anational* terimini kullanmaktayız) veya tacirlerin uygulayıp gözettiği ve tacirin hukuku (*lex mercatoria*) hâline gelmiş bir hukuk düzenini ifade etmek için kullanmayı doğru bulmuyoruz; çünkü her iki kavram için de uygun terimlerin bulunduğunu düşünüyoruz. Bu sebeple, biz *transnational* hukuk kavramını, bu terimin tarihsel süreçteki ilk anlamına uygun kullanmayı daha yerinde görüyoruz.

Bu anlamda *transnational* hukuk, sınır aşan bir işlem veya eyleme uygulanacak -*lex mercatoria* ve *anational* hukuk da dahil olmak üzere- her tür hukuk normunu barındıran bir düzendir. Bu düzen, herhangi bir devletin veya uluslararası toplumun egemenliği altında değildir; ancak gerek devlet, gerekse de uluslararası toplum oyuncu olarak bu düzene müdahale etmektedirler. Örneğin işlemlerini *transnational* hukuk çerçevesinde gerçekleştiren taraflar, örneğin bir hakemin atanması için mahkemeye başvurabilir veya bir tahkim kararı sonucu karşı tarafın borcunun icra yoluyla devlet zoruyla yerine getirilmesini isteyebilirler.

¹²⁰ ŞANLI, *Tahkim*, s. 110.

organlarında genel olarak kabul görmeyeceği aşikârdır. Üstelik bir yargılama sırasında hukuk seçiminin geçerliliği hakkında *transnational* hukukun önerdiği kuralların somutlaştırılması da güç olacaktır. Bir başka deyişle, özellikle hukuk seçiminin oluşması yönündeki irade ile ilgili sakatlıkların saptanması açısından, böyle bir hukuk seçimi pratik gereksinimlere çok fazla yanıt veremeyebilir ve kimi belirsizliklere neden olabilir.

İşte bu belirsizliği aşmak adına, hukuk seçimine uygulanacak hukukun başka bir teknikle saptanması düşünülebilir. Hukuk seçimi, hukukî niteliği itibarı ile, iki tarafın iradesinin belli bir hukukî sonuca yöneldiği bir hukukî işlemdir. Bu nedenle, hukuk seçimini (aynen tahkim anlaşması gibi), tarafların arasındaki hukukî ilişkideki bağımsız bir *mini* sözleşme olarak görebiliriz¹²¹. Bu anlaşmaya uygulanacak hukuk da kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir (hukuk seçimi sözleşmesinin *proper law*'u). Eğer hukuk seçiminin hangi hukuka tâbi olacağı yönünde bir belirleme (hukuk seçimi konusunda hukuk seçimi) yoksa, ki bu durumda da hukuk seçimine uygulanacak hukukun seçimine uygulanacak hukuk sorunu doğabilir ve zaten pratikte böyle bir seçimle karşılaşılması oldukça güçtür, -hukuk seçimi "sözleşmesi"nde karakteristik edim de bulunmadığı için- bu hukukî ilişkiye, hukuk seçiminin en sıkı ilişkide olduğu hukuk uygulanacaktır. Hemen belirtelim ki, hukuk seçiminin en sıkı ilişkide olduğu hukuk, seçilen hukukun uygulanacağı hukukî ilişkinin tâbi olduğu veya bu hukukî ilişkinin en sıkı ilişkide olduğu hukuk değildir. Hukuk seçimi sözleşmesinde, asıl sözleşmeden çok daha az sayıda unsur bulunmaktadır. Bu ilişkide ifa yeri, sözleşmenin konusunun bulunduğu mal gibi taraflar arasındaki ilişkinin esası ile ilgili unsurlar bulunmamaktadır.

Örneğin Malezyalı bir satıcı ile bir Türk alıcı, Malezya'da alıcıya teslim edilecek bir makinenin satımı sözleşmesi için Türkiye'de müzakere yapar, bu sözleşmeyi Türkiye'de imzalar ve Türk mahkemelerini yetkili görürlerse, kanaatimizce satım sözleşmesinin en sıkı ilişkide olduğu hukuk Malezya hukuku olmasına rağmen (nitekim karakteristik edim borçlusu da Malezya'dadır, ayrıca ifa yeri de Malezya'dadır), bu sözleşmenin tâbi olacağı hukuku belirleyecek hukuk seçimi yönündeki hukukî işlemin en sıkı ilişkide olacağı hukuk Türk hukuku

¹²¹ Hukuk seçimi sözleşmesinin kendi varlık sebebini teşkil eden asıl sözleşmeden bağımsız olduğu yönünde, bkz. DOĞAN, *Akreditif*, s. 145; TARMAN, *Seçim*, s. 150.

olacaktır (çünkü taraflardan biri Türk'tür, hukuk seçimi Türkiye'de müzakere edilmiş, burada imzalanmış ve Türk mahkemeleri önünde ileri sürülecektir).

Bizim görüşümüze göre, hukuk seçiminin ayrı bir hukukî işlem olduğunu düşünerek hukuk seçimine uygulanacak hukukun tespit edilmesi, hukuk seçiminin *transnational* hukuka tâbi kılınmasının yaratacağı sıkıntıları ortadan kaldıracaktır.

Bu çözüm önerisi benimsenmezse, kanaatimizce hukuk seçimine tüm sakıncalarına rağmen *lex fori*'nin uygulanması (Restatement II'deki sistem), *lex contractus*'un uygulanmasından (Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'ndeki sistem) daha yerinde olacaktır. Böylece bir yandan, hukuk seçimi, tarafların hukuk seçimine sonuç tanıyan hukuka, yani irade muhtariyetini bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak gören hukuk sistemi olan *lex fori*'ye tâbi olacak¹²², hem de kısır döngünün oluşması engellenecektir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi, hukuk seçimine *lex fori*'nin uygulanması, aynı sözleşmeden doğan ve farklı devlet mahkemelerinde çözülecek davalarda hukuk seçimine ilişkin uyumsuz bir sonucun doğmasına neden olabilir.

(2) Fatura ve teyit mektubunda yapılan hukuk seçiminin geçerliliği

Hukuk seçiminin bir fatura veya teyit mektubunda bulunması hâlinde yapılan hukuk seçiminin ne gibi bir sonuç doğuracağı tartışılabilir. TTK m. 23 / f. 2 ve f. 3'e göre faturayı veya teyit mektubunu alan kişi sekiz gün içinde bir itirazda bulunmazsa, fatura içeriği ile bağlı olur veya teyit mektubunun yapılan sözleşmeye uygun olduğunu kabul etmiş sayılır. Her iki durumda da sorgulanması gereken hukuk seçimi yönündeki iradenin açık olarak veya somut olayın şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde ortaya çıkıp çıkmadığı değil, fatura ya da teyit mektubunu alan tarafın hukuk seçimi yönünde iradesinin olup olmadığıdır.

Hukuk seçimi yönündeki iradenin nasıl ortaya çıktığı, MÖHUK m. 24 kapsamında çözülmesi gereken bir sorun iken, tarafların hukuk seçimi yönünde iradesinin olup olmadığı ve bu şekilde hukuk seçimi anlaşmasının kurulup kurulmadığı tamamen bir başka sorundur. Bir tarafın sözleşmenin kurulması ile ilgili

¹²² Aynı yönde, bkz. AKINCI, *İnşaat*, s. 75; KASSIS, s. 228.

iradesinin olup olmadığı MÖHUK m. 32 gereğince kural olarak sözleşme statüsüne tâbidir. Dolayısıyla, hukuk seçimi yönünde iradenin var olup olmadığı, hukuk seçiminin statüsüne tâbi olacaktır (hukuk seçimine uygulanacak hukuka göre saptanacaktır). Ayrıca MÖHUK m. 32 / f. 2 uyarınca, susma hâlinde hakkaniyete aykırı bir durumun ortaya çıkması hâlinde, irade beyanının varlığına rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeni hukuku da uygulanabilir.

Sonuç olarak sorgulanması gereken husus, içinde hukuk seçimine ilişkin bir ifade bulunan fatura ya da teyit mektubu gönderilen kişinin susması hâlinde, bu susmanın nasıl değerlendirileceğidir. Az önce de belirttiğimiz üzere, susmanın ne gibi bir sonuç doğuracağı kural olarak hukuk seçimine uygulanacak hukuka, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda ise, susan tarafın mutad meskeni hukukuna tâbidir.

Türk hukukuna göre, fatura veya teyit mektubu ile yapılan hukuk seçiminin hüküm doğurabilmesi TTK m. 23 hükmünün yorumuna bağlıdır. Türk hukukunda göre bu hükümden yararlanılabilmesi için gönderenin tacir olması gerekir¹²³. Öte yandan, vesikayı alanın tacir olmasının gerekip gerekmediği ile ilgili doktrinde bir tartışma bulunmaktadır¹²⁴. POROY / YASAMAN'a göre, bu hükümden yararlanılabilmesi için karşı tarafın sıfatı önem arz etmez¹²⁵. Bununla birlikte, faturaya konulan kayıtlardan hangilerinin bu hükmün kapsamında değerlendirilebileceği ile ilgili de bir tartışma bulunmaktadır. Fatura, satılan mal (veya verilen hizmet), malın miktarı ve semeni ile ilgili bilgi veren ve satıcının borcunu ifası ile ilgili olan bir belgedir¹²⁶. İşte TTK m. 23 kapsamında faturaya bağlanan sonuçların da, bu kapsamda, yani faturaya konması mutad olan hususlarla sınırlı olması gerektiği kabul edilmektedir¹²⁷. Faturada sözleşmeye ilişkin hukuk seçimi yapılmasının, faturanın mutad münderecatından sayılması bizce kabul edilemez. Bu sebeple, faturada hukuk seçimine ilişkin bir irade beyanı bulunsa bile, karşı tarafın gönderilen faturaya itiraz etmemesi hukuk seçimi yönünde bir sonuç doğurmayacaktır; bu durumda taraflar arasında hukuk seçimi kurulmuş sayılmayacaktır.

¹²³ Reha POROY / Hamdi YASAMAN, **Ticarî İşletme Hukuku**, 10. Bası, İstanbul 2004, s. 131.

¹²⁴ POROY / YASAMAN, s. 131, vd.

¹²⁵ POROY / YASAMAN, s. 132.

¹²⁶ POROY / YASAMAN, s. 132.

¹²⁷ POROY / YASAMAN, s. 132, vd.

Öte yandan teyit mektubu ile ilgili farklı bir yorum yapılmalıdır; çünkü teyit mektubu sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların genel olarak anlaştıkları noktaları gösteren bir vesikadır¹²⁸. Bir tarafın teyit mektubundaki ifadelere dayanabilmesi için, akdin şifahen, telefon veya telgrafla kurulması gerekir. Bir taraf akdi telefonla kurduğu ispat ettikten sonra, karşı tarafa içinde hukuk seçimi bulunan bir teyit mektubu gönderir, karşı taraf ise sekiz gün içinde bir itirazda bulunmazsa, karşı tarafın susması teyit mektubunun içeriğinin telefonla kurulan sözleşmeye uygun olduğu sonucunun kabul edilmesini sağlayacaktır. İşte bu durumda, teyit mektubundaki hukuk seçimine ilişkin ifadeye, karşı taraf sekiz gün içinde itiraz etmezse, bu taraf söz konusu hukuk seçimi klozunun telefonda kurulan sözleşmeye uygun olduğunu kabul etmiş sayılacaktır. Böyle bir durumda, tarafların hukuk seçimi konusunda anlaştıkları kabul edilmelidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, hukuk seçiminin teyit mektubu ile değil, daha önce örneğin telefonla kurdukları sözleşmede kararlaştırılmış olmasıdır; teyit mektubu ise, yazılı şekilde kurulmamış bu sözleşmenin ispatlanması işlevini görmektedir.

B. Hukuk Seçimine Getirilen Maddî Sınırlamalar

Türk kanunlar ihtilafî sisteminde, tarafların sözleşmelerinden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirlemelerinde yukarıda değinmiş olduğumuz ve aşağıda inceleyeceğimiz biçimsel sınırlamaların yanı sıra, kimi maddî sınırlamalar da bulunmaktadır. Bu maddî sınırlamalar, hukuk seçiminin uygulama alanını oluşturur. Bu kapsamda yer almayan hukuk seçimleri, MÖHUK m. 24 / f. 1 anlamında hukuk seçimi olarak kabul edilmeyecek, bu sebeple de Türk kanunlar ihtilafî sisteminde herhangi bir etki doğurmayacaktır.

Hukuk seçiminin Türk kanunlar ihtilafî kuralları çerçevesinde uygulama alanını belirleyen bu maddî sınırlamaları üç başlıkta incelemek mümkündür: hukuk seçimine sonuç tanınan hâller (1), hukuk seçiminde kanuna karşı hile (2) ve hukuk seçiminin konusu (3).

¹²⁸ POROY / YASAMAN, s. 138.

1. Hukuk seçimine sonuç tanınmasında yabancılık unsurunun rolü

MÖHUK m. 24 / f. 1'de tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirten iradelerine sonuç tanınması düzenlenmektedir. Bu kanunlar ihtilafı kuralının uygulanabilmesinin doğal şartı, uyumsuzluğa MÖHUK m. 24'ün uygulanabilmesidir. Bunun için ise, hukukî ilişkinin MÖHUK kapsamında yer alması gerekir.

MÖHUK m. 1 / f. 1, "[y]abancılık unsuru taşıyan [...] ilişkilerde uygulanacak hukuk [...] bu Kanun[']la düzenlenmiştir" der. Bu hüküm uyumsuzluğa MÖHUK'un uygulanması, dolayısıyla da sözleşmeye uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24 yoluyla saptanabilmesi için hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşımasını şart koşar¹²⁹. Tanımını yapmak gerekirse, yabancılık unsuru, hukukî ilişkinin yargı organlarına başvurulacak ülke hukukundan başka hukuk sistemleri ile olan bağlantılarıdır¹³⁰.

Bu genel kabul gören temel yaklaşımın ötesinde önemli bir tartışma bulunmaktadır. Doktrinde bir sözleşmenin ne zaman yabancılık unsuru taşıdığı ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. İşte biz de önce bu görüşleri irdeleyeceğiz (a). Daha sonra, MÖHUK'un hazırlanmasında birinci derecede dikkate alınan, hem de karşılaştırmalı hukuk açısından önem taşıması sebebiyle AB hukukundaki düzenlemeyi ele alacağız (b). Son olarak da, AB hukuku ile Türk hukukundaki düzenleme arasındaki teknik bir fark olan sözleşmenin tüm unsurlarının toplandığı ülkenin emredici hukuk kurallarının dikkate alınması hususunu inceleyeceğiz (c).

a) MÖHUK sistemi

Yukarıda, MÖHUK'un uygulanma şartının sözleşmenin yabancılık unsuru taşıması olduğunu belirtmiştik. Ancak doktrinde bir sözleşmede ne zaman yabancılık

¹²⁹ ULUOCAK, s. 183, 185; SAKMAR, s. 356; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 336; Hatice ÖZDEMİR, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları", **İBD**, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 926-941 (**Yabancılık Unsuru**), s. 926; ÇİLİNGİROĞLU, s. 104; ÇALIŞKAN, s. 31; Özlem TÜZÜNER, **Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul 2007, s. 90; TARMAN, **Seçim**, s. 146. Bu noktada, ayrıca bkz. BERKİ, s. 373. Tüm unsurlarıyla iç hukuka ait bir sözleşmenin kanunlar ihtilafı sisteminin dışında kalacağı yönünde, bkz. Pınar ÖZTÜRK, **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul 2001, s. 90; Nuray EKŞİ, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", **MHB**, C. 12, S. 1-2, 1992, s. 1-10 (**MHB**), s. 2.

¹³⁰ ÇELİKEL / ERDEM, s. 8.

unsurunun bulunduğu yönünde bir tartışma vardır. Hatta bir görüş, MÖHUK'un uygulanma kriteri olan hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıması yerine, MÖHUK m. 24'ün uygulanabilmesi için sözleşmenin uluslararası nitelik taşımasını aramaktadır.

İşte biz de bu bölümde, tüm bu görüşleri ele alarak hukuk seçiminin hangi koşullarda yapılabileceğini inceleyeceğiz. Bu tartışmada üç temel görüşün ileri sürüldüğünü söyleyebiliriz. Birinci görüşe göre, tarafların hukuk seçiminde bulunması, hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıması için yeterli olacaktır. Yani taraflar başka hiçbir yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşme ile ilgili hukuk seçimi yaparak bu hukukî ilişkiyi MÖHUK'un (ve MÖHUK m. 24'ün) kapsamına sokabilirler. Sonuç olarak hukuk seçimi yapılması için, hukukî ilişkinin -başka bir- yabancılık unsuru taşıması, bu görüşe göre aranmamaktadır (1).

İkinci görüş, tarafların hukuk seçimi yapabilmesini uluslararası sözleşmenin varlığına bağlar (2). Bu görüşte olan yazarlar, aslında MÖHUK'un klasik yaklaşımından ayrılmaktadır; çünkü hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşımasını değil, uluslararası nitelik taşımasını aramaktadırlar.

Üçüncü görüş ise, tarafların hukuk seçimi yapabilmesi için hukukî ilişkide yabancılık unsuru bulunması gerektiğini ileri sürer (3). Ancak bu görüş, özellikle hangi unsurların yabancılık unsuru olarak kabul edilebileceği noktasında alt gruplara ayrılabilir.

(1) Hukuk seçimi yapılması için herhangi bir yabancılık unsuru aramayan görüş

Doktrindeki bir görüş¹³¹, sözleşmedeki yabancı bir hukuk seçiminin, bir özel hukuk ilişkisinin yabancılık unsuru taşıması için yeterli olacağı kanaatindedir¹³². Bir

¹³¹ Bu görüşte, NOMER, s. 5, 311, vd.; ÇELİKEL / ERDEM, s. 9, 317; EKŞİ, **MHB**, s. 3, 7; ÇİLİNGİROĞLU, s. 113. Ayrıca, J. H. C. MORRIS, **The Conflict of Laws**, 6. Bası, Londra 2005, s. 334; Gülin GÜNGÖR, **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara 2007 (**Yakınlık Yaklaşımı**), s. 339; Omaia ELWAN, "*La loi applicable à la garantie bancaire à première demande*", **RCADI**, C. 275 (1998), La Haye 2000, s. 9-218, s. 130, vd. Ancak yabancı hukuklarda, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanı "yabancılık unsuru" kavramı üzerinden değil; "kanunlar ihtilafı sorunu taşıyan durum" kavramı üzerinden belirlendiği için, yabancı yazarların bu görüşe meyili, Türk doktrindeki yazarlardan farklı bir temele dayanır. Tartışma için, bkz. ÖZTÜRK, s. 94, vd.; EKŞİ, **Roma**, s. 66, vd.

başka deyişle, bu görüşe göre, hiçbir yabancılık unsuru taşımayan bir borç ilişkisine yabancı bir hukukun uygulanacağını kararlaştırılması, o hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıması için yeterli olacaktır¹³³. Nitekim NOMER, hukuk seçiminin yapılması için sözleşmenin yabancılık unsuru taşımasının gerekmediğini belirtmiştir. Bu görüşe göre, bir sözleşme taraf iradesi ile (örneğin belirlenecek ifa yeri ile) yabancılık unsuru kazanabildiğine göre, tarafların hukuk seçimi ile de yabancılık unsuru kazanabilmelidir¹³⁴. Bu görüş hukuk seçiminin sübjektif bir bağlanma unsuru olduğuna dayanmakta; yabancı bir hukukun seçimini ise, buradan hareketle bir yabancılık unsuru olarak görmektedir¹³⁵.

Bu durumda, söz konusu uyuşmazlık hakim önüne geldiğinde, tarafların arasındaki ilişki MÖHUK m. 1 vasıtasıyla bu kanunun kapsamına girecek ve hukuk seçimi için MÖHUK m. 24'te öngörülen diğer şartların da yerine gelmiş olması hâlinde, bu hukuk seçimi sonuç doğuracaktır.

¹³² Yarg. 11. HD. E. 2006/8585, K. 2006/12877, T. 7.12.2006 (karar için bkz. Nuray EKŞİ, **Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları**, İstanbul 2007 (**Kararlar**), s. 105, vd.) kararında Yargıtay benzer bir sonuca ulaşmıştır. Kararda, "[ilk derece mahkemesinin] uygulanacak hukuk konusundaki sözleşme hükmüne itibar edilmemesinin gerekçesi olarak sözleşmenin yabancılık unsuru taşımadığı, tarafların Türk olduğu [...] gösterilmiş ise de, HUMK'un 76. maddesi Türk vatandaşları arasında özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancı hukukun uygulanmasını yasaklayıcı bir düzenleme [içermediği]" belirtilmiştir. Kararda ayrıca, "[y]abancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu [bulunmadığı]" ifade edilmiştir. Kararda, hukuk seçiminin tek sınırının kamu düzeni istisnası olduğu dile getirilmiştir. Öte yandan bu kararda, yabancı hukuk seçiminin uyuşmazlığa yabancılık unsuru katacağı gibi bir ifade yoktur. Kararda MÖHUK m. 1 tartışılmamış, hukuk seçiminin yabancılık unsuru olmasa bile geçerli olduğu kabul edilmiştir. Kararın MÖHUK'un uygulanmasının birinci şartı olan yabancılık unsurunu hiç tartışmamasından dolayı hatalı olduğunu düşünüyoruz.

¹³³ NOMER, s. 311. Yazar bu görüşü desteklemek üzere bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına atıf yapmıştır. Gerçekten de söz konusu kararda borç ilişkisine uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması bir yabancılık unsuru olarak gösterilmiştir (Yarg. HGK. E. 1998/12-287, K. 1998/325, T. 6.5.1998 (Kazancı İctihat Bankası)). Ancak bize göre bu karar, NOMER'in savunduğu görüşe dayanak olabilecek nitelikte değildir. Bunun birkaç nedeni bulunmaktadır. İlki, kararda tarafların yabancı bir hukuk seçmesinin tek başına yabancılık unsuru olarak değerlendirileceğine dair bir ibarenin bulunmamasıdır. Bunun yerine, kararda sözleşmeye uygulanacak hukukun yabancı hukuk olmasının sözleşmeye yabancılık unsuru kazandıracağı belirtilmiştir. Bu ifade, tarafların yabancı hukuk seçmesi hâlinde, bu seçimin sonuç doğuracağına dair net bir saptama yapılmasına bize göre imkan tanımamaktadır. İkincisi ve daha önemlisi, söz konusu karar aslında milletlerarası yetki sözleşmesi ile ilgilidir ve sonuç olarak milletlerarası yetki sözleşmesinin tek başına uyuşmazlığa yabancılık unsuru kazandırmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla kararda tarafların hukuk seçiminin yabancılık unsuru olarak kabul edilmesi hususu tartışılmamıştır. Bu açıdan, kararın bu bölümü, olsa olsa bir *dictum* niteliği taşır.

¹³⁴ EKŞİ, **MHB**, s. 7.

¹³⁵ ÇİLİNGİROĞLU, s. 113; EKŞİ, **MHB**, s. 7.

Bu görüşün karşısında olan birçok yazar vardır¹³⁶; bu yazarlar hukuk seçimi için başka bir yabancılık unsuru aramayan görüşe çeşitli sebeplerle karşı çıkarlar. Biz şimdi bu sebepleri inceleyeceğiz.

Hukuk seçiminin tek başına yabancılık unsuru olarak değerlendirilmesinin karşısında olan yazarların en önemli savlarından biri, bir sözleşmede hukuk seçimi yapılabilmesi için, bu sözleşmenin öncelikli olarak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usulü Hakkında Kanun'un kapsamına girmesi gerektiğidir. Bu savın hukuk tekniğine dayandığını söyleyebiliriz. Bizim de kanaatimize uygun olan bu görüşe göre, sözleşmedeki hukuk seçiminin sonuç doğurması, uyuşmazlığa MÖHUK m. 24'ün uygulanabilmesine; bu ise uyuşmazlığın -hukuk seçimi anlaşmasından bağımsız olarak- MÖHUK kapsamında yer almasına bağlıdır¹³⁷. Dolayısıyla, bir uyuşmazlık objektif olarak MÖHUK kapsamında yer almadığı sürece, MÖHUK m. 24'te düzenlenen ve hukuk seçimine etki tanıyan hüküm sonuç doğurmayacaktır¹³⁸. Bir diğer deyişle, sözleşmede hukuk seçiminin yapılması MÖHUK sistemini tetikleyen bir unsur değil, MÖHUK sisteminin izin verdiği bir olanaktır¹³⁹. Bir borç ilişkisi ancak bir yabancılık unsuru taşıması durumunda, tarafların yaptığı hukuk seçimine sonuç tanınacaktır; yabancı bir hukukun seçimi, tek başına bu şartın gerçekleşmesini sağlamayacaktır¹⁴⁰.

¹³⁶ NIBOYET, s. 18 (yazar aslında hukuk seçiminin değil, yabancı hukuk kurallarının sözleşme serbestisi dahilinde benimsenebilmesi için bu şartı aramaktadır); DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 17; BERKİ, s. 374; ULUOCAK, s. 186; SAKMAR, s. 356, vd.; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 336, vd., 352, vd.; AKINCI, **İnşaat**, s. 71; Fügen SARGIN, **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2002 (**Lisans**), s. 184, vd.; POMMIER, s. 136; AYBAY / DARDAĞAN, s. 250; ÖZTÜRK, s. 95; TÜZÜNER, s. 94; TARMAN, **Seçim**, s. 146. Ayrıca bkz. TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 7; SEVİĞ, s. 107, vd. Hukuk seçiminin tek başına bir yabancılık unsuru olarak değerlendirilemeyeceği görüşünün doktrindeki ağırlıklı görüş olduğu yönünde, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 68. İç hukuk sözleşmelerine hukuk seçiminin tanınmasının lüzumlu ve zorunlu olmadığı ve böyle bir hakkın fantazi olacağı yönünde, bkz. ŞANLI, **Tahkim**, s. 116.

ÖZDEMİR, Türk hukukunda, Fransız hukukunda ve Alman doktrininde sırf tarafların hukuk seçimi yapmalarının sözleşmeyi MÖHUK kapsamına almak için yeterli olmayacağını genel olarak kabul edildiğini belirtmektedir (ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 933).

¹³⁷ ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 932; AKINCI, **İnşaat**, s. 70.

¹³⁸ ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 932.

¹³⁹ POMMIER, s. 136.

¹⁴⁰ NIBOYET, s. 20.

1955 tarihli Maddî Menkul Eşyaların Milletlerarası Nitelikte Satımı Hakkında Konvansiyon m. 1 / f. 4 ve 1986 tarihli Milletlerarası Menkul Mal Satım Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon f. 1 / b. b'de de sadece hukuk seçimi yapılmasının, sözleşmenin bu konvansiyonların kapsamına girmesi için yeterli olmayacağı belirtilmiştir.

Kanımızca bir hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıması, o ilişkide somut-objektif yabancı unsurların bulunması demektir. Oysa bir ilişkiye yabancı bir hukukun uygulanması yönündeki irade bu somut-objektif unsurlardan biri değildir; bu irade sadece sözleşmenin tâbi tutulmak istendiği rejimi göstermektedir. Tarafların yaptığı hukuk seçimi, yine kendilerince yaratılan sübjektif düzenle ve ilişkiye uygulanacak soyut ve genel kuralların kaynağı ile ilgilidir. Oysa uygulanacak hukuk, doğrudan ilişkinin kendisi veya somut vakıa ile ilgili değildir¹⁴¹. Hukuk seçimi, sözleşmedeki bir sübjektif unsur olarak kabul edilse de, bu sübjektif unsur, bize bir yabancılık unsuru olarak dikkate alınamayacaktır; çünkü sözleşmede dikkate alınabilecek yabancılık unsurları, hukukî ilişkideki somut-objektif unsurlardır.

Ayrıca, ele aldığımız MÖHUK düzenlenmesinin yorumunda, kanunkoyucunun amacı ve hukuk politikasının göz ardı edilmemesi gerekir. Hukukumuzda, BK m. 19 ve 20 uyarınca, taraflarının mutlak şekilde uymak zorunda olduğu kurallar (emredici hukuk kuralları) bulunmaktadır. Bu kurallar, hukuk sisteminin uygun gördüğü kapsamda, taraf iradelerine rağmen uygulanmak üzere öngörülmüştür¹⁴².

Kanunkoyucu hukuk sisteminde bu tip kurallar öngörürken, hukuk seçiminin hiçbir yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelerde bile yapılabileceğini ileri sürmek, taraflara bu kuralların uygulamasından kaçabilme fırsatı verecektir¹⁴³. Oysa bu kurallar, taraflara böyle bir fırsat vermek amacıyla düzenlenmiş değildir¹⁴⁴. Her hukukî ilişkide (yabancılık unsuru taşımayan hukukî ilişkilerde de) hukuk seçimine sonuç tanınacağı kabul edilseydi, kanunkoyucu abesle iştigâl etmiş olurdu; çünkü hukuk düzeninde öngördüğü emredici hukuk kurallarının bu niteliği sona erer, söz konusu hukuk düzeni otoritesini kaybeder¹⁴⁵ ve taraflar her zaman bu emredici hukuk kurallarından kaçabilirlerdi. Bu durumda, emredici hukuk kurallarının öngörülmesi tamamen gereksiz olur¹⁴⁶; hukuk düzenindeki tüm kurallar tamamlayıcı veya yorumlayıcı hukuk kurallarına dönüşürdü¹⁴⁷.

¹⁴¹ Benzer yönde, POMMIER, s. 137.

¹⁴² SAKMAR, s. 357.

¹⁴³ SARGIN, *Lisans*, s. 184, vd.

¹⁴⁴ AKINCI, *İnşaat*, s. 71.

¹⁴⁵ MAYER / HEUZE, s. 529; SAKMAR, s. 357.

¹⁴⁶ SAKMAR, s. 357.

¹⁴⁷ MAYER / HEUZE, s. 529.

Tarafların yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelerde bile hukuk seçimi yapabilmesi, hukuk sisteminde öngörülen emredici hukuk kurallarının hiçbir anlam taşıyamaması sonucunu doğuracaktır. Bu ise, kanunkoyucunun MÖHUK'la getirdiği düzenin amacına aykırıdır. Hukuk seçiminin tek başına yabancılık unsuru sayılarak, başka bir yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelerde hukuk seçimi yapılabilmesi, kanunkoyucunun iradesine ve amacına aykırı olacaktır. Bu nedenle, yabancılık unsuru taşımayan sözleşmelerde hukuk seçimi yapılması kabul edilmemelidir.

(2) Hukuk seçimi yapılması için sözleşmenin uluslararası nitelik taşıması gerektiğini belirten görüş

Bir hukukî ilişkinin MÖHUK'un kapsamında yer alması için yabancılık unsuru mu taşıması gerektiği, yoksa başka bir kriterin mi (örneğin sözleşmenin milletlerarası nitelik taşıması) aranmasının gerekeceği noktasında doktrinde bir tartışma bulunmaktadır. Hemen belirtelim ki, kimi yazarlar, bu iki kriter arasında herhangi bir fark görmemekte ve kanunlar ihtilafı sorunu taşıyan sözleşmenin uluslararası sözleşme¹⁴⁸ olduğunu dile getirmektedir¹⁴⁹. Ancak bu iki kriter arasında bir farkın olduğunu vurgulayan yazarlar da bulunmaktadır. Bu iki kriter arasında bir fark gören ve hukuk seçimi yapılması için uluslararası nitelikte sözleşmenin varlığını arayan görüş, MÖHUK m. 24'ün milletlerarası nitelik taşıyan sözleşmeleri öngördüğünü ileri sürmektedir¹⁵⁰.

Tekrar etmek gerekirse, bu görüşe göre, MÖHUK m. 24'ün devreye girmesi, borç ilişkisinin yabancılık unsuru taşımasına değil, söz konusu sözleşmenin uluslararası bir sözleşme olmasına veya sınıraşan bir niteliğinin bulunmasına bağlıdır. Bu görüşe göre, sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı önem arz etmez; tek kriter sözleşmenin uluslararası sözleşme niteliğidir. Ancak uluslararası

¹⁴⁸ Uluslararası (veya milletlerarası) sözleşmenin mevzuatta bir tanımı bulunmamaktadır. İsviçre açısından da aynı durum söz konusudur (DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 17). Öte yandan Türk hukukunda bir akdın yabancılık unsuru taşıması hâlinde milletlerarası sözleşme olarak tanımlandığı yönünde, bkz. TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 6 ve s. 6, dn. 6.

¹⁴⁹ Örneğin POMMIER, s. 144.

¹⁵⁰ Bu görüşte, ÖZDEMİR, *Yabancılık Unsuru*, s. 938; Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti*, İstanbul 2003 (*Elektronik*), s. 116; SEVİĞ, s. 107, vd. KASSIS de, tarafların hukuk seçimi yapabilmesini uluslararası bir sözleşmenin varlığına bağlamıştır (KASSIS, s. 24).

sözleşmenin farklı sonuçlar doğuran hukukî ve ekonomik tanımları yapılabilir¹⁵¹. Sözleşmenin uluslararası sözleşme niteliği taşıması, sözleşmenin sınıraşan unsurlar barındırmasıyla sağlanabileceği gibi, taraflar arasındaki bu ilişkinin milletlerarası ticareti yakından ilgilendirmesi ile de mümkün olabilir¹⁵². Bu görüşe göre, milletlerarası özel hukuk sisteminde sözleşme ile ilgili düzenlemelerin uygulanabilir olması, sözleşmenin yabancılik unsuru taşıyıp taşımadığına değil, çok daha uygun bir kriter olan sözleşmenin uluslararası niteliğine bağlı olmalıdır.

¹⁵¹ Tanımlar için, bkz. BALKAR, s. 6, vd.

Doktrinde uluslararası sözleşme ile yabancı unsurlu sözleşme arasındaki ilişkinin ilkinin objektif, ikincisinin sübjektif bir değerlendirmenin sonucu olduğu belirtilmiştir. Buna göre, yabancı unsurlu sözleşme *lex fori*'ye göre yabancı olan, ama uluslararası nitelik taşımak zorunda olmayan bir sözleşmedir. Oysa uluslararası sözleşmenin objektif olarak birden çok ülke ile bağlantısının tespit edilmesi gerekir (ÖZDEMİR, **Yabancılik Unsuru**, s. 930; EKŞİ, **MHB**, s. 3, vd.; ŞANLI / EKŞİ, s. 5, vd.).

Bununla birlikte, çağdaş eğilimler uluslararası sözleşme kavramını milletlerarası ticareti ilgilendiren sözleşmeler olarak nitelendirmekte ve yabancılik unsuruna dair coğrafi tespitlere ihtiyaç duymadan, sözleşmenin sözleşmenin uluslararası nitelik taşıdığını tespit etmektedir (ÖZDEMİR, **Yabancılik Unsuru**, s. 935 ve dn. 30, 31; EKŞİ, **MHB**, s. 4; ŞANLI / EKŞİ, s. 6, ayrıca bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s. 317). Gerçekten de uluslararası sözleşme niteliği ancak hukukî ilişkinin belirli özelliklerinden kaynaklanabilir (ÖZDEMİR, **Yabancılik Unsuru**, s. 930). Hatta bunun için sözleşmenin yabancılik unsuru taşımasına bile gerek yoktur; sözleşme ekonomik karakterine göre uluslararası sözleşme olarak nitelendirilebilecektir (TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 7).

¹⁵² Herhangi bir yabancılik unsurunun sözleşmeye uluslararası nitelik kazandırmayacağı yönünde, DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 17.

Örneğin bir ülkenin en büyük fabrikalarından birinin, o ülkenin bir diğer önemli kuruluşlarından biri tarafından satın alınması durumunda, sözleşmenin hiçbir unsuru coğrafi olarak başka bir ülke ile ilgili olmayabilir ve işlem sınıraşan özellik barındırmayabilir. Böyle bir sözleşmenin uluslararası sözleşme olarak kabul edilmesi, doktrin ve içtihatla var olan eğilime aykırı düşmektedir (doktrin ve içtihat uluslararası sözleşmeyi daha çok sınır aşan bir mal akışına göre tanımlamakta, dolayısıyla sözleşmenin ifasında bir başka ülke ile bir bağ aramaktadır (ÖZDEMİR, **Yabancılik Unsuru**, s. 932, vd.)). Yine de kanaatimizce böyle bir sözleşme uluslararası sözleşme olarak kabul edilebilecektir. Gerçekten de, uluslararası ticaretin aktörlerinden biri olan, ürettiği mallar birçok ülkeye ihraç edilen, yıllık cirosu bazı devletlerin bütçesinden yüksek olan bir şirketin, aynı ülkede benzer sektörde olan bir şirketle birleşmesi uluslararası ticaretin menfaatini doğrudan etkileyecektir. Bu sözleşmenin tüm unsurları tek bir ülkede gerçekleşse bile, yapılan hukukî işlem sadece iç ticareti değil, uluslararası ticareti de ilgilendirmektedir. Bu sebeple bu sözleşmenin bir uluslararası sözleşme olarak kabul edilmesi gerekir. Bu gibi hukukî anlamda yabancılik unsuru taşımayan sözleşmelerin de uluslararası sözleşme olarak kabul edilebileceği yönünde bkz. JACQUET, 11, vd. Yazarın da belirttiği üzere içtihatla, bir sözleşmenin uluslararası sözleşme olarak nitelendirilmesi için katı bir yabancılik unsuru aranmamakta, sözleşmenin milletlerarası ticareti ilgilendirmesi yeterli görülmektedir (JACQUET, s. 12).

Ancak bu sözleşmenin bir uluslararası sözleşme olarak nitelendirilmesi, bu sözleşmenin MÖHUK'un kapsamına girdiği anlamına gelmemektedir. İşte bu noktada, bu bölümde andığımız iki yaklaşımdan hangisinin tercih edileceği karar verici nitelikte olacaktır. MÖHUK m. 24'ün uluslararası sözleşmelere uygulanacağı görüşü kabul edilebilirse, örneğin bu sözleşmedeki hukuk seçimi mahkemede sonuç doğuracaktır. Ancak MÖHUK sisteminin sadece yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelere uygulanacağı kabul edilirse, bu durumda böyle bir sözleşmenin yabancılik unsuru taşıyıp taşımadığı tartışılmadan bu sözleşmedeki hukuk seçimi etki göstermeyecektir.

Ancak bunun aksini ileri süren yazarlara göre, MÖHUK m. 24'ün devreye girmesi tarafların arasındaki hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşımasına bağlıdır¹⁵³. Bu yazarlar, aslında MÖHUK m. 24'ün, MÖHUK'un genel yaklaşımından farklı değerlendirilmesini uygun görmemektedir; bir sözleşmeyi MÖHUK'un kapsamına sokan ve MÖHUK m. 24'ün uygulanmasına imkan veren bu sözleşmeden doğan borç ilişkisindeki yabancılık unsurudur¹⁵⁴.

Bizce MÖHUK m. 24'ün uygulanması için uluslararası sözleşmenin varlığını arayan görüş oldukça mantıklı temellere oturmaktadır. Bu görüşün, özellikle hukuk seçimi açısından sonuçları dikkate alındığında, sözleşme hukukunun ruhunu daha iyi yansıttığı savunulabilir. Ancak, kanaatimizce bu görüş, pozitif hukukumuz karşısında savunulamaz; olsa olsa olması gereken hukuk açısından bir öneri olarak nitelendirilebilir. MÖHUK m. 24'ün sözleşmelere ilişkin olması, genel MÖHUK sisteminden uzaklaşılmasına ve MÖHUK'un uygulanması için yabancılık unsuru kriterinden vazgeçilmesine sebep olamaz. MÖHUK'un uygulanma koşulu MÖHUK m. 1'de düzenlenmiştir; buna göre hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıması gerekir. MÖHUK m. 24 için özel bir kural yokken, farklı bir sistemin benimsenmesi, MÖHUK'un yapısına ters düşecektir.

MÖHUK m. 24'ün uygulanması için yabancılık unsuru yerine sözleşmenin milletlerarası nitelikte olmasının aranması, sadece MÖHUK'un genel yapısı içinde sözleşmeler için özel bir kapsamın kabul edilmesi anlamına gelmeyecek, bunun dışında kanunlar ihtilafı kuralına ihtiyaç duyulabilecek önemli bir grup sözleşmenin MÖHUK'un kapsamına girmemesine neden olacaktır¹⁵⁵. Bir sözleşmenin tüm unsurlarının sadece yabancı bir ülkenin sınırları içinde gerçekleştiğini düşünelim. Böyle bir sözleşmede bile, taraflar milletlerarası yetki kurallarına uygun olarak davayı Türkiye'de açabilir. Türk hakiminin, böyle bir sözleşmeyi milletlerarası nitelikte kabul etmesi mümkün değildir; çünkü somut olayın tüm unsurları tek bir ülkenin sınırları içinde gerçekleşmektedir. Eğer MÖHUK m. 24'ün uygulanması için milletlerarası nitelikte sözleşme aranırsa, bu durumda, Türk hakimi, bu koşulun gerçekleşmediğini görecektir ve MÖHUK'un devreye girmesine izin vermeyecektir.

¹⁵³ KASSIS, s. 22; AKINCI, **İnşaat**, s. 9; TÜZÜNER, s. 90.

¹⁵⁴ Roma Konvansiyonu ile ilgili benzer bir değerlendirme için, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 63, vd.

¹⁵⁵ Milletlerarası nitelikteki sözleşmeler dışında da farklı hukuk sistemleri ile bağlı sözleşmelerin olabileceği yönünde, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 64.

MÖHUK'un devreye girmediği bir dava, Türk hukukunda öngörülen düzenlemelere göre çözülecek; hakim böyle bir davada yabancı bir hukuk uygulayamayacaktır. Bu durumda, örneğin bir Alman'ın bir başka Alman'la Almanya'da yaptığı ve konusu Almanya'da bir evin kiralanması olan sözleşme Türk hukukuna tâbi olacaktır; çünkü MÖHUK m. 24 uygulama alanı bulamayacağı için Türk hakiminin yabancı bir hukuku uygulamaya imkanı olmayacaktır. Oysa, MÖHUK m. 24'ün uygulanması yabancılık unsuru kriterine bağlanırsa, Türk hakimi böyle bir sözleşmeye MÖHUK kurallarını ve MÖHUK m. 24'ü uygulayabilecektir¹⁵⁶; çünkü Türk hakimine göre sözleşmede yabancılık unsurları bulunmaktadır. Böylece sözleşmeye Türk hukuku yerine, sözleşmenin tüm unsurlarının birleştiği ülkenin hukukunun uygulanması mümkün olacaktır¹⁵⁷.

Biz MÖHUK m. 24'ün devreye girmesi için hukukî ilişkide yabancılık unsuru yerine uluslararası sözleşme arayan görüşe üç sebepten dolayı katılmıyoruz. Bunlardan ilki, bu görüşün pozitif düzenleme karşısında bir temelinin bulunmamasıdır. MÖHUK sisteminin devreye girmesini, dolayısıyla bir sözleşmeye MÖHUK m. 24, vd.'nda öngörülen kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını sağlayan husus, uyumsuzluğa sebep olan bir özel hukuk ilişkisinin yabancılık unsuru taşımasıdır. MÖHUK m. 1'in lafzından¹⁵⁸ kaynaklanan bu görüşün aksini, hükmün lafzından tamamen ayrılarak yorumlamak ve sözleşmenin yabancılık unsuru değil, uluslararası bir nitelik taşıması gerektiğini savunmak, kanımızca pozitif hukukumuzda uygun düşmeyecektir. Biz, kanunun lafzını bu derece aşan bir yorum yapılabilmesi için yeterli dayanak göremiyoruz.

İkinci olarak, verdiğimiz örnekte olduğu gibi, kanunlar ihtilafı kurallarının ancak milletlerarası sözleşmeler için uygulanması hâlinde, başka bir hukuk düzeni açısından iç hukuk sözleşmesi olarak kabul edilebilecek sözleşmeler, MÖHUK'un kapsamı dışında kalacaktır. Bu sözleşmeler adeta Türk hukuku açısından iç hukuk

¹⁵⁶ Böyle bir sözleşmenin yabancılık unsuru taşıdığı yönünde, bkz. ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 927, vd.

¹⁵⁷ EKŞİ, **Roma**, s. 65.

¹⁵⁸ Bu hükümde "milletlerarası" kavramının değil, "yabancılık unsuru"nun kullanıldığı yönünde, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 58, dn. 110. Yazar, milletlerarası sözleşme ile yabancılık unsuru taşıyan sözleşme arasında genel olarak bir ayırım yapılmadığını belirtmiş; fakat daha sonra milletlerarası nitelik taşımayan bir sözleşmenin başka bir ülkenin mahkemesinde yabancılık unsuru taşıyacağını, dolayısıyla her milletlerarası sözleşmenin yabancılık unsuru taşıdığını, ama her yabancılık unsuru taşıyan sözleşmenin, milletlerarası sözleşme olmadığını belirtmiştir (EKŞİ, **Roma**, s. 61, vd.).

sözleşmesi olarak kabul edilecek ve yabancı bir düzene ait olmalarına rağmen, yabancı bir hukuk uygulanmayacaktır; çünkü bu sözleşmelere yabancı hukukun uygulanmasını hukuk tekniği açısından sağlayan MÖHUK m. 24'ün uygulama alanı bulmasının önü kesilmiş olacaktır.

Üçüncü olarak, MÖHUK'un uygulanmasında kapsam maddesi sözleşme için ayrı, sözleşme dışı hukukî ilişkiler için ayrı uygulanmış olacaktır. Her ne kadar kapsam maddesindeki "yabancılık unsuru"nu her hukukî ilişki açısından farklı yorumlamak mümkün olsa bile, sözleşmeden doğan borçlar ile haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar, bu yorum nedeniyle farklı bir kapsam rejimine tâbi olacaktır: ilkinde milletlerarası sözleşme, diğerlerinde yabancı unsurlu haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme aranacaktır. Bu ise, bir hukukî durumun hem sözleşmesel sorumluluk, hem de haksız fiil sorumluluğu gibi iki ayrı sorumluluğa neden olması durumunda çelişkili bir durumla karşılaşılmasına sebep olabilecektir.

Bunların dışında doktrindeki kimi yazarlar uluslararası sözleşme tanımının hangi ülkenin kanunlar ihtilafı kuralı veya hangi uluslararası konvansiyon uygulanacaksa, buna göre değişeceğini belirtmektedir¹⁵⁹. Ancak kanımızca, burada değişen çoğu zaman uluslararası sözleşme kavramının tanımı değil, söz konusu kanunlar ihtilafı kuralları veya konvansiyonların uygulama alanıdır. Örneğin Roma Konvansiyonu'nun uygulama alanı "kanunlar ihtilafı taşıyan durumlar"dır. Ancak bu husus sözleşmenin uluslararası nitelik taşımasının kıstası değildir (hatta uluslararası olmayan bir sözleşmede bile, sözleşme kanunlar ihtilafı sorunu taşıyorsa, bu Konvansiyon uygulama alanı bulabilir). Yine 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması ("*Viyana Satım Antlaşması*" veya "*VSA*") m. 1'de Konvansiyon'un farklı devletlerde işyeri olan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak bu hüküm milletlerarası satım sözleşmelerinin tanımı değil, Konvansiyon'un kapsamını belirten hükümdür. Bir başka deyişle, bu konvansiyon tüm uluslararası satım sözleşmelerine uygulanmamakta; sadece işyeri farklı devletlerde olan taraflar arasındaki uluslararası satım sözleşmelerine uygulanmaktadır. VSA'nın diğer yabancılık unsurlarına kapalı olmasının nedeni, bu yabancılık unsurlarının uluslararası satım sözleşmesine neden olamayacağı görüşü değildir. Bununla birlikte kimi milletlerarası özel hukuk

¹⁵⁹ BALKAR, s. 5 ve s. 5, dn. 6.

kanunları ile uluslararası konvansiyonlarda bir sözleşmenin uluslararası sözleşme olarak kabul edilmesini sağlamayacak irtibatlar sayılmıştır (örneğin 1955 tarihli Maddî Menkul Eşyaların Milletlerarası Nitelikte Satımı Hakkında Konvansiyon m. 1 / f. 4). Biz farklı hukuk sistemlerinde uluslararası sözleşmelerle ilgili kuralların uygulama alanı ile uluslararası sözleşme kavramının birbirinden ayrı iki husus olduğunu düşünüyoruz. Ayrıca biz doktrindeki "*Türk hukukuna göre, yabancılık unsuru taşıması halinde sözleşmeler uluslararası sözleşme niteliği kazanır*" yönündeki görüşe¹⁶⁰ de katılmıyoruz; çünkü her yabancılık unsuru taşıyan sözleşme uluslararası sözleşme niteliğinde değildir. Kanunlar ihtilafı kuralları açısından, bir sözleşmenin "uluslararası sözleşme" olarak nitelendirilmesinin Türk hukukunda bir önemi bulunmamaktadır; çünkü bu sistemde böyle bir kavram kullanılmamaktadır.

Bütün bu sebeplerden dolayı, kanımızca, MÖHUK m. 24'ün uygulama alanı bulabilmesi için hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı testinin yapılması gerekir. MÖHUK m. 24 ve diğer kanunlar ihtilafı kurallarında öngörülen hukukî ilişkilerin birbirinden çok farklı olması sebebiyle, bu hukukî ilişkilerin MÖHUK'un kapsamına girmesinde dikkate alınacak yabancılık unsurları elbette birbirinden çok farklı olabilir. Ancak bu tespit MÖHUK m. 1 / f. 1'in açık hükmü karşısında, MÖHUK m. 24'ün uygulama alanı bulabilmesi için, yabancılık unsuru yerine, bir başka kriter olan uluslararası nitelikte bir sözleşmenin varlığının aranmasına dayanak oluşturmaz.

(3) Hukuk seçimi yapılması için hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıması gerektiğini arayan görüş

Bu bölümde önce bu görüşle ilgili genel bir değerlendirme yapılacak (a), daha sonra da, bu görüş kapsamında yabancılık unsuru olarak dikkate alınabilecek unsurlar değerlendirilecektir (b).

(a) Genel değerlendirme

Yukarıda hukuk seçimi için yabancılık unsuru aramayan görüş ile hukuk seçimi için uluslararası nitelikte sözleşme arayan görüşü ve bu görüşlerin karşısında

¹⁶⁰ AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s. 3; BALKAR, s. 5.

yer alan yazarların fikirlerini inceledik. Özellikle ilk görüşü analiz ederken, tarafların yaptıkları hukuk seçimine sonuç tanınabilmesi için sözleşmenin MÖHUK'un kapsamında yer alması ve bunun için de hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıması gerektiğini dile getirmiş; tarafların hukuk seçimi yapmasının, bizim görüşümüze göre, tek başına bu koşulu yerine getirmediğini vurgulamıştık. Bu bölümde yukarıda saydığımız gerekçeleri tekrarlamayacağız.

Bu genel saptama, bir hukukî ilişkinin ne zaman yabancılık unsuru taşıdığıнын belirlenmesi için yeterli değildir; çünkü her hukukî ilişkide dikkate alınacak yabancılık unsurları farklı olabilir. Biz de bu bölümde hangi unsurların yabancılık unsuru olarak dikkate alınabileceğini inceleyeceğiz.

Bir özel hukuk ilişkisi olan sözleşmesel ilişkinin ne zaman yabancılık unsuru taşıdığı, söz konusu ilişkinin MÖHUK'un kapsamına girip girmediğini belirleyen çok önemli bir sorudur¹⁶¹. Örneğin bir borcun yabancı para ile ifa edilmesi hâlinde, söz konusu ilişki yabancılık unsuru taşıyacak mıdır? Bir başka özel hukuk ilişkisi açısından bir yabancılık unsuru sayılabilecek bir unsur, sözleşmesel ilişki için de yabancılık unsuru sayılabilecek midir¹⁶²? İşte bu soruları yanıtlarken, unutulmamalıdır ki, sözleşmesel ilişki yabancılık unsuru taşıdığı anda, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemeleri mümkün olacak; taraflar hukuk seçimi yapmazlarsa da, hakim objektif kritere göre uygulanacak hukuku tespit edecektir¹⁶³.

Yukarıda sorduğumuz temel soruya teorik bir cevap vermek gerekirse, kanaatimizce, herhangi bir yabancı özellik taşıyan bir unsurun, her özel hukuk ilişkisinde aynı şekilde -uyuşmazlığı MÖHUK kapsamına sokan- bir yabancılık

¹⁶¹ Benzer bir değerlendirme için, bkz. SAKMAR, s. 356, vd.

ÖZDEMİR de aynı soruyu uluslararası sözleşme kavramı açısından sormuş ve bu sorunun cevabının özellikle tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçtikleri durumda önem taşıdığını belirtmiştir (ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 932). Gerçekten de bu hâlde, sözleşmenin gerekli unsurları taşımaması durumunda, tarafların yaptıkları hukuk seçimi etki doğurmayacaktır.

Doktrin ve içtihadın hangi durumların bir sözleşmesel ilişkiye yabancılık unsuru vereceğini tespit edeceği yönünde, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 58, dn. 110.

Roma Konvansiyonu'nda yabancılık unsuru için bir kıstas belirlenmemiştir. Konvansiyon'un farklı ülkelerde benzer bir şekilde uygulanması için, Avrupa Birliği Adalet Divanı'ndan yabancılık unsurunu yorumlamak üzere görüş istenmesinin yararlı olacağı yönünde, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 65.

KASSIS ise özellikle vatandaşlık ve sözleşmenin kurulduğu yerin yabancılık unsuru olarak dikkate alınıp alınmaması gerektiğini sorgulayan çeşitli yazar görüşlerine yer vermiştir; bu iki unsurun sorgulanmasındaki neden, unsurların yapılan işlemin esası ile olan bağının zayıflığı ve sözleşmenin kurulduğu yerin tarafların kurgusuyla hayalî olarak belirlenebileceğidir (KASSIS, s. 28, vd.).

¹⁶² KASSIS de bu soruyu ele almaktadır (KASSIS, s. 6).

¹⁶³ KASSIS, s. 27.

unsuru olarak kabul edilmesi mümkün değildir¹⁶⁴. Örneğin aile hukuku konularında yabancılık unsuru kabul edilebilecek bir unsur, sözleşmesel ilişkiler açısından yabancılık unsuru kabul edilmeyebilir¹⁶⁵. Bunun çok basit bir açıklaması vardır: her hukukî ilişkide dikkate alınması gereken unsurlar birbirinden farklıdır¹⁶⁶. Daha çok kişisel özelliklerin ön plana çıktığı aile hukuku ilişkilerinde, kişiye yönelik unsurlar dikkate alınırken¹⁶⁷, ticaretin menfaatini ilgilendiren sözleşmelerde tarafların kendi kişisel özelliklerinden çok, yapılan işe dair unsurlar ön plana çıkar. İşte bu yoruma paralel olarak da, MÖHUK kapsamında bir hukukî ilişkinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığı tespit edilmeye çalışılırken de, o ilişkide ön planda bulunan unsurlar analiz edilmelidir.

¹⁶⁴ Benzer bir eleştiri için, bkz. ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 928.

Yazar, önce Türk doktrininde bir sözleşmenin MÖHUK'un kapsamına girebilmesi için herhangi bir unsurunun yabancı nitelikte olmasının kabul edildiğini, ancak bu aşamada "söz konusu unsurun sözleşmenin bütünü bakımından taşıdığı önem[in] dikkate alın[madığını]" belirtmiş; ancak bu yaklaşımı doğurduğu sonuçlar açısından eleştirmiştir (ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 930). Sonuç olarak yazar, ancak uluslararası sözleşmelerin MÖHUK m. 24'ün uygulanmasını sağlayacak nitelikte olduğunu belirtmiş ve hangi unsurların bir sözleşmeye uluslararası nitelik kazandırabileceğini incelemiştir (ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 938, vd.).

Biz yazarın bu eleştirisine katılıyoruz. Ancak biz doktrindeki yaklaşımın çok da doğru yapılmadığı ve "yabancı unsurlu sözleşme"nin doktrinde yorumlandığı gibi yorumlanmaması gerektiğine inanıyoruz. Kanaatimizce, bir sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığının tespitinde dikkate alınacak yabancılık unsurları, ancak bu sözleşmenin niteliğine uygun unsurlar olabilir. Bu nedenle, biz yazardan farklı olarak "yabancı unsurlu sözleşme" kavramının doktrinde doğru bir şekilde tanımlanmadığını; bu kavramın doğru tanımlanması durumunda, bu yaklaşımın uygun sonuçlar yaratacağını düşünüyoruz. İşbu nedenle, yazardan farklı olarak "uluslararası sözleşme" gibi bir kritere başvurmadan, ancak dikkate alınması gereken yabancılık unsurlarının doğru bir şekilde tespit edilmesiyle MÖHUK'un uygulama alanına giren sözleşmelerin belirlenmesi gerektiğine kanaatindeyiz.

Hemen belirtelim ki, pratik açıdan bakıldığında her iki yaklaşımın da benzer bir sonuca ulaşabileceğini söyleyebiliriz. Çünkü belirleyici faktör olarak uluslararası sözleşmenin kullanılmasında güdülen amaç, sözleşmedeki herhangi bir unsurun yabancılık unsuru olarak dikkate alınmasını engellemek ve sadece belli özelliklerin MÖHUK'u harekete geçirmesine izin vermektir. Ancak bu yapılırken, MÖHUK m. 24 kapsamında yer alan sözleşmenin sadece uluslararası sözleşmeler olduğunu belirtmek, yukarıda değindiğimiz, tüm unsurları yabancı bir hukuk düzeninde ortaya çıkmış bir sözleşmeye -sözleşme uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 tarafından belirlenemeyeceği için ve Türk mevzuatındaki MÖHUK m. 24'ten başka hiçbir hükmün hakime bir başka devletin hukukunu uygulama yetkisi vermemesi nedeniyle- söz konusu yabancı hukukun uygulanmaması sonucunu yaratacaktır. Bu nedenle, biz MÖHUK m. 24'ün uygulama alanının "yabancı unsurlu sözleşme" üzerinden belirlenmesini; ama bu yapılırken dikkate alınacak unsurların dikkatli bir şekilde seçilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

¹⁶⁵ Örneğin aile hukukunda babanın vatandaşlığı yabancılık unsuru kabul edilebilir; ancak sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde böyle bir yabancılık unsurunun dikkate alınması mümkün değildir.

¹⁶⁶ SARGIN da milletlerarası özel hukuk kapsamında lisans sözleşmelerini incelerken, bu sözleşmelere hangi unsurların yabancılık unsuru katacağını, söz konusu sözleşmenin özelliklerini dikkate alarak incelemiştir (SARGIN, **Lisans**, s. 11, vd.). Ayrıca yazar çalışmasının bir başka yerinde, MÖHUK'un yabancılık unsurunu tanımlamamış olmasının yerinde olduğunu, çünkü bu kavramın her hukukî ilişki ve fiil için farklılaşabileceğini belirtmiş ve her yabancılık unsurunun kanunlar ihtilafı kurallarını harekete geçiremeyeceğini vurgulamıştır (SARGIN, **Lisans**, s. 181).

¹⁶⁷ ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 939.

Bu durumda, hangi unsurlardaki yabancı nitelik, bir sözleşmesel ilişkinin MÖHUK'un kapsamına girebilmesi ve MÖHUK m. 24 / f. 1'teki hukuk seçimi ile ilgili düzenlemenin uygulama alanı bulabilmesini sağlayacaktır?

MÖHUK'ta genel veya özel olarak hangi unsurların yabancılık unsuru olarak dikkate alınması gerektiği belirtilmemiştir. Yine de, bu durum akla gelebilecek her unsurun dikkate alınabileceği şeklinde yorumlanamaz¹⁶⁸. Farklı tip hukukî ilişkilerde, hatta aynı tip hukukî ilişkide farklı somut olaylarda dikkate alınması gereken yabancılık unsurları kanaatimizce farklıdır¹⁶⁹. MÖHUK'ta öngörülen her hukukî ilişki için aynı unsurların yabancılık unsuru teşkil ettiği iddia edilemeyeceği gibi, örneğin bir sözleşme için yabancılık unsuru teşkil edebilecek bir unsurun başka bir sözleşmede dikkate alınmaması gerekebilir.

Bu duruma bir örnek vermek gerekirse, sözleşmenin yapıldığı yerin bir yabancılık unsuru teşkil edip etmediği tartışılabilir¹⁷⁰. Kanaatimizce, bu soruya genel bir yanıt vermek yerine, somut olaya uygun bir yanıt vermek daha doğru olacaktır.

Örneğin, milletlerarası nitelik taşımayan, hatta aynı şehrin sınırları içinde ticaret yapan iki kişinin, turistik bir geziden dönerken yurtdışında bir havaalanında sözleşmelerini kurmaları ile bu sözleşmenin geziden döndükten sonra yurtiçinde kurulması arasında hiçbir fark olmayacaktır¹⁷¹. Gerçekten de, günümüz ticaretinde

¹⁶⁸ Aksi görüşte, ŞANLI, **Tahkim**, s. 114, vd. Yazara göre coğrafi ya da şahsî açıdan herhangi bir yabancı unsur, bir sözleşmenin MÖHUK kapsamına girmesine, dolayısıyla bu sözleşme için hukuk seçimi yapılabilmesine yol açacaktır.

¹⁶⁹ Benzer yönde, TIRYAKIOĞLU, **Satım**, s. 6, vd. Yazar önce akdin kuruluş yeri, malların bulunduğu yer, ikametgâh, mutad mesken, tarafların iş yerleri ve vatandaşlığı yabancılık unsuru olarak dikkate alınabilecek unsurlar arasında saymıştır. Ancak daha sonra, her somut olayda ağırlık verilecek iribatın farklı olacağını belirtmiş ve bu noktada tarafların farklı vatandaşlığının yabancılık unsuru olarak dikkate alınmadığı bir kararı örnek göstermiştir. Öte yandan söz konusu kararda farklı bir yabancılık unsurundan yararlanılabilmıştır.

Hangi unsurların bir sözleşmeyi yabancılaştırdığı, hangi unsurların ise bu noktada yetersiz kaldığı ile ilgili eski MÖHUK öncesi döneme ait bir tespit için, bkz. SEVİÇ, s. 108, vd. Biz yazarın tespit ettiği yabancılık unsurlarına katılmasak da, yazarın tespitinin, her sözleşmede her yabancılık unsurunun dikkate alınmaması noktasında önem arz ettiğini düşünüyoruz.

¹⁷⁰ Sözleşmenin yapıldığı yerin yabancılık unsuru oluşturacağı yönünde, bkz. TEKİNALP, **Bağlama**, s. 336; ÖZTÜRK, s. 91; EKŞİ, **MHB**, s. 3; BALKAR, s. 6; TÜZÜNER, s. 91; ÇALIŞKAN, s. 31. Ancak sözleşmenin kurulduğu yerin tek başına uyumsuzluğa yabancılık unsuru kazandırmayacağını savunan yazarlar da bulunmaktadır: MAYER / HEUZE, s. 530; KAUFMANN-KOHLER, **Contrats**, s. 261; SAKMAR, s. 357. TARMAN ise, sözleşmenin kurulduğu yerin tek başına sözleşmeye yabancılık unsuru kazandırmasının tartışmalı olduğunu belirtmektedir (TARMAN, **Seçim**, s. 146).

¹⁷¹ Benzer bir örnek için bkz. Restatement II m. 188 şerhi, "<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest188.html>". Burada da belirtildiği üzere, sözleşmenin kurulduğu yerin tesadüfî olması durumunda, bu yer, bir anlam taşımayacaktır. Hemen belirtelim ki, biz bu bölümde sözleşmenin kurulduğu yerin

sözleşmelerin yapıldığı yer tesadüflere kalmıştır¹⁷²: özellikle ticaretin son derece hareket kazanması, ticarete yön veren insanların farklı yerlerde toplanması, ticarete ilişkin sözleşmelerin oluşan hukukî ilişki ile hiç ilgisi olmayan yerlerde kurulması, iş seyahatine, hatta turistik geziye çıkan kimselerin teknolojik ürünlerin yardımıyla yurt dışındayken bile olağan oturma yerlerindeki düzenleriyle ilgili hukukî işlemler yapması bu "tesadüf"ün arkasında yatan bazı sebeplerdir. Az önce de vurguladığımız üzere, bir sözleşmenin yurtdışında yapılmış olması, tarafların ilişkisinde genel olarak dikkate alınacak bir unsur değildir. Tarafların hukukî ilişkisi açısından hiçbir önem arz etmeyen bu hususun, yabancılık unsuru olarak dikkate alınması ve taraflar bir hukuk seçimi yaptılarsa, bu hukuk seçimine etki tanınması doğru olmayacaktır.

Öte yandan, bir sözleşmenin bir başka ülkede kurulmasının kimi somut sonuçları vardır. Bunlardan ilki MÖHUK m. 7'de öngörülen şekil mes'elesi; bir diğeri de MÖHUK m. 9 / f. 2 uyarınca, işlemin yapıldığı yerin, kişinin ehliyeti açısından da doğurduğu sonuçtur. Bu durumlarda, söz konusu kanunlar ihtilafı kuralları zaten uygulama alanı bulacak ve somut ilişkiye etki yapacaktır. Bu kapsamda, sözleşmenin kurulduğu yerin, sözleşmeye yabancılık unsuru kazandıran bir unsur olarak dikkate alınması gerekli değildir. Ancak, sözleşmenin kurulduğu yer, bu hususlar haricinde de taraflar arasındaki hukukî ilişki üzerinde somut sonuç doğurabilir. Gerçekten de, mevzuattan kaynaklanan ve şekil kurumundan bağımsız olan özel durumlar (örneğin vergi hukukuna ilişkin bir durum), istisnaen de olsa, sözleşmenin kurulduğu yerin taraflar arasındaki ilişkide önemli bir rol oynamasına neden olabilir¹⁷³. Taraflar arasındaki hukukî ilişkinin oturduğu ekonomik düzlemi değiştirebilen bir unsurun, hukukî ilişkide kesin olarak bir yabancılık unsuru teşkil etmeyeceğini savunmak bizce mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce, sözleşmenin başka bir ülkede kurulması, taraflar arasındaki ilişki açısından -yukarıda örneğini verdiğimiz gibi- somut sonuçlar doğuruyorsa¹⁷⁴,

yabancılık unsuru olarak dikkate alınıp alınamayacağını tartışmaktayız; oysa Restatement II m. 188, hukuk seçimi olmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili bir hükümdür.

¹⁷² BATIFFOL, s. 622.

¹⁷³ Örneğin başka bir ülkede kurulsaydı, önemli bir miktarda harç ödenmesi gereken bir sözleşmenin belli bir ülkede kurulması taraflar üzerindeki ekonomik yükün hafiflemesine neden olacak; bu da tarafların somut ilişkisinin başka bir düzlemde kurgulanması sonucunu doğuracaktır.

¹⁷⁴ Örneğin, taraflar bir sözleşmenin yapıldığı yerde belli bir miktar harç ödemek zorundaysalar ve sırf bu sözleşmeyi belli bir ülkede yaparak önemli bir miktar vergiden kurtulabiliyorsalar, sözleşmenin bu ülkede yapılması, tarafların arasındaki hukukî ilişki açısından somut bir sonuç doğuracaktır.

bu unsur bir yabancılık unsuru olarak dikkate alınmalı; ancak aksi hâlde, yani taraflar açısından bu sözleşmenin başka bir ülkede kurulmasının hiçbir somut sonucu yoksa, bu unsur, bir yabancılık unsuru olarak değerlendirilmemelidir¹⁷⁵.

Yukarıda "yabancılık unsuru testi"nde, sözleşmeden doğan borç ilişkisi teşkil eden farklı somut olaylarda, kimi zaman bazı unsurların dikkate alınması açısından kimi farklılıklar olabileceğinin altını çizmiştik. Ancak, bu çalışmada her somut olayın ayrı ayrı incelenmesi mümkün değildir. Bu nedenle biz somut olay analizine odaklanan bir inceleme yapmayacağız. Bu bölümde, yukarıda sormuş olduğumuz sorunun (hangi unsurların sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde "yabancılık unsuru testi" açısından dikkate alınabileceği sorusunun), çeşitli unsurları inceleyerek ve somut olayın çok da ayrıntısına girmeden, cevabını bulmaya çalışacağız. Bunun için, akla gelebilecek tüm unsurların tek tek incelenmesi bir yöntem olarak benimsenebilir. Biz bunun yerine, yine milletlerarası ticaretin mefaatini ilgilendiren bir başka düzenleme olan Milletlerarası Tahkim Kanunu'muzdaki ("*MTK*") düzenlemeyi başlangıç noktası alacağız. Daha sonra da sözleşmenin milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi ve sözleşmedeki para biriminin yabancı para olarak belirlenmesi hâllerinde yabancılık unsuru bulunup bulunmadığını inceleyeceğiz.

¹⁷⁵ Buna benzer bir değerlendirme Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün hazırladığı Restatement II m. 187 / f. 2 şerhinde de yapılmıştır. Restatement II m. 187 / f. 2'ye göre, gerçek anlamda bir hukuk seçimi yapılabilmesi için, seçilen hukukun makul (mantıklı) bir temeli (açıklaması) olması gerekir; somut olaya ilişkin unsurların seçimi kural olarak makul bir temel taşımaktadır. Şerhte ise sözleşmenin kurulduğu yerin de makul bir seçim olabileceği belirtilmiştir. Ancak bu yer somut olayda rastlantısal olarak ortaya çıkmış ve hukukî ilişki ve taraflarla gerçek bir bağ taşımıyorsa, bu durumda sözleşmenin kurulduğu yer hukukunun seçiminin makul bir seçim olmayacağı açıklanmıştır. Şerh için bkz. "<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>".

Yine de bizim bu bölümde yabancılık unsurunu tartıştığımızı ve şerhin bu kısmının tarafların seçebileceği hukukla ilgili olduğunu belirtelim.

(b) Yabancılık unsuru olarak dikkate alınabilecek sözleşmesel unsurların özel olarak incelenmesi

(i) MTK'da sayılan yabancılık unsurları ile kıyas

MTK m. 1 / f. 2'ye göre bu kanun yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda uygulanır. Bu kanunda, MÖHUK'tan farklı olarak, uyuşmazlığın hangi hâllerde yabancılık unsuru taşıdığı tek tek sayılmıştır. Hemen belirtelim ki, taraflar arasındaki ilişkide yabancılık unsuru bulunduğunu gösteren bu hâller ne genel olarak MÖHUK'a, ne de MÖHUK m. 24'te düzenlenen sözleşmesel borç ilişkilerine doğrudan uygulanabilir¹⁷⁶. Bir başka deyişle, sözleşmesel bir borç ilişkisinin MÖHUK m. 24'ün kapsamına girmesini, dolayısıyla da bu hukukî ilişki için tarafların hukuk seçimi yapabilmesini sağlayacak unsurların hangileri olduğu, doğrudan MTK m. 2 hükmünün uygulanmasıyla tespit edilemez. MTK m. 2 doğrudan değil, olsa olsa yapısı uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanabilecektir¹⁷⁷.

MTK m. 2'de yer alan yabancılık unsurları şunlardır:

- "*Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerinin ayrı devletlerde bulunması*" (MTK m. 2 / f. 1 / b. 1),

- "*Tarafarın yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;*

a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,

b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden

¹⁷⁶ Kanunun doğrudan uygulanması ile ilgili olarak, bkz. M. Kemal OĞUZMAN / Nami BARLAS, s. 57.

¹⁷⁷ Bu hükümlerin doğrudan uygulanamamasının nedeni, MTK m. 2'nin uygulama alanının tahkimin milletlerarası nitelikte olup olmadığını belirlemekle sınırlı olmasıdır. Ancak MTK'da dikkate alınması gereken yabancılık unsurları ile MÖHUK m. 24 açısından dikkate alınması gereken yabancılık unsurları, her iki düzenlemeninin de daha çok milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi sebebiyle benzerlikler göstermektedir. Nitekim, biz de bu sebeple MÖHUK m. 24'ün uygulamasını tetikleyecek yabancılık unsurlarının tespit edilmesinde başlangıç noktası olarak MTK'dan yararlanıyoruz.

Kanun hükümlerinin kıyasen uygulanması ile ilgili, bkz. OĞUZMAN / BARLAS, s. 57, 106.

[b]aşka bir devlette bulunması" (MTK m. 2 / f. 1 / b. 2),

- "Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması" (MTK m. 2 / f. 1 / b. 3);

- "Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçicişini gerçekleştirmesi" (MTK m. 2 / f. 1 / b. 4).

Sözleşmede geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığı hâlinde, uyuşmazlık zaten tahkimde çözüleceği için, uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24'e göre değil, ilgili *lex arbitri*'ye göre belirlenecektir¹⁷⁸. Bu nedenle yabancılık unsuru olarak tahkim yerinin tek başına dikkate alındığı hâlleri çalışmamız açısından tartışmaya gerek olmayacaktır; bu hâllerde zaten MÖHUK uygulanmayacaktır.

Yine de bir sözleşmede, doğacak ihtilafın bir başka ülke mahkemesinde çözülmesinin kararlaştırılması (milletlerarası yetki anlaşması yapılması), tahkim yerinin sözleşmenin diğer unsurlarından farklı bir yerde olması durumu ile karşılaştırılabilir. Yapılan bir milletlerarası yetki sözleşmesi sonucu, davanın yurtdışında açılması hâlinde, zaten MÖHUK en azından ilk aşamada uygulanmayacak, dolayısıyla MÖHUK m. 24'ün uygulanması söz konusu olmayacaktır. Tüm unsurları bir başka ülkede toplanan bir sözleşmeden ortaya çıkan uyuşmazlığın yapılan milletlerarası yetki sözleşmesi sonucu Türk mahkemelerinde görülmesi durumunda, Türk hukuku açısından yabancılık unsuru bulunduğu için, hakim MÖHUK'u uygulayabilecektir¹⁷⁹. Öte yandan, tüm unsurları Türkiye'de toplanan bir sözleşmesel ilişkide, tarafların yurtdışında bir mahkemeyi

¹⁷⁸ Özellikle Fransız tahkim uygulamasında tahkim ile herhangi bir devletin bağı reddedilmekte ve milletlerarası ticarî tahkim heyetleri, aynen -Milletlerarası Adalet Divanı gibi- birer uluslararası uyuşmazlık çözüm organı olarak görülmektedir. Bu bakış açısına göre *lex arbitri*'nin olmadığı, hakemlerin uygulanacak hukuka, -MTK'da yer alan hükümler gibi- herhangi bir kurala göre değil, tamamen kendilerine göre karar vereceklerini dile getirmiştik. Ancak çalışmamızı kendi fikrimize göre değil, Türk hukukundaki tahkim yaklaşımına göre, dolayısıyla bir *lex arbitri*'nin varlığına göre sürdüreceğiz. Fransız hukukunun milletlerarası ticarî tahkime yaklaşımı için, bkz. Fransız Yargıtayı'nın 29 Temmuz 2007 tarihli *Putrabali* kararı.

¹⁷⁹ EKŞİ, **MHB**, s. 3.

yetkilendirmesine rağmen davacının Türkiye'de dava açması durumunda ne gibi bir durumun ortaya çıkacağı bizi en çok ilgilendiren durumdur. Böyle bir durumda, Türk hakimi önce yapılan yetki sözleşmesinin hüküm doğurup doğurmayacağını saptamalıdır. Tarafların kendi aralarındaki uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi yönünde anlaşabilecekleri, MÖHUK m. 47'de düzenlenmiştir. Bu hükmün uygulanması için, -maddede öngörülen şartların yanında, hatta bu şartlardan önce- uyuşmazlığa MÖHUK'un uygulanması, bir başka deyişle uyuşmazlığın -milletlerarası yetki sözleşmesinden bağımsız olarak- yabancılık unsuru taşıması gerekir¹⁸⁰. Aynı vurgu, MÖHUK m. 47'de de tekrarlanmış ve ancak yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde çözümlenebileceği belirtilmiştir. Tüm unsurları Türkiye'de toplanan bir hukukî ilişkide, yabancı bir devletin mahkemesini yetkili kılan milletlerarası yetki anlaşmasının tek başına bir yabancılık unsuru taşımayacağı bu hükümden de anlaşılabilir. Aksi hâlde, zaten yabancı bir devletin mahkemesini yetkilendiren böyle bir anlaşmanın Türk hakimi önünde etki doğurması için, ayrıca uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması gerektiği şartı ileri sürülmezdi. Buna göre, milletlerarası yetki anlaşması tek başına bir uyuşmazlığa yabancılık unsuru kazandırmayacaktır¹⁸¹. Dolayısıyla, bu şekilde açılan bir davada yabancılık unsuru olmayacağı için, hakim gerek MÖHUK m. 47 sebebiyle yetki anlaşmasına etki tanımayacak, gerekse de MÖHUK m. 1 gereğince, MÖHUK'u uygulamayacaktır. Aynı mantıkla, bu sözleşmede bir de hukuk seçimi yapılmış olması durumunda, uyuşmazlığın MÖHUK'un kapsamına girmemesi sebebiyle, MÖHUK m. 24 de uygulanamayacaktır¹⁸². Sonuç olarak, milletlerarası yetki sözleşmesini, MTK m. 2 / f. 1 / b. 2-a ile kıyaslamak ve bu anlaşmayı tarafların hukukî ilişkisine yabancılık unsuru katan bir unsur olarak görmek doğru olmayacaktır¹⁸³.

¹⁸⁰ ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 932 (ancak yazar yabancılık unsuru taşıyan sözleşme değil, uluslararası sözleşme kavramını kullanmaktadır). Ayrıca bu yönde, Yarg. HGK. E. 1998/12-287, K. 1998/325, T. 6.5.1998 (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁸¹ 1955 tarihli Maddî Menkul Eşyaların Milletlerarası Nitelikte Satımı Hakkında Konvansiyon m. 1 / f. 4 ve 1986 tarihli Milletlerarası Menkul Mal Satım Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon f. 1 / b. b'de de sadece milletlerarası yetki sözleşmesi yapılmasının, sözleşmenin bu konvansiyonların kapsamına girmesi için yeterli olmayacağı belirtilmiştir.

¹⁸² Aynı sonuca Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 15'te de ulaşılmaktadır.

¹⁸³ Nitekim, Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3'ü incelerken, GÜNGÖR de milletlerarası yetki sözleşmesi yapılmasının, uyuşmazlığı bu fıkranın kapsamına girmekten kurtaramayacağını kabul etmektedir (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 94, vd.).

MTK m. 2 / f. 1 / b. 1'de tarafların yerleşim yerinin, olağan oturma yerinin veya işyerlerinin farklı devletlerde olması bir yabancılik unsuru olarak sayılmıştır. Bu unsur, sözleşmesel ilişkilerde de dikkate alınabilecek bir unsurdur¹⁸⁴. Bir sözleşme ilişkisinin MÖHUK'un kapsamına girip girmediğinin belirlenmesinde tarafların yerleşim yeri, mutad meskeni veya işyerlerinin dikkate alınması, kişiler hukuku veya aile hukukuna özgü bir yabancılik unsurunun sözleşme hukukuna taşındığı biçimde bir eleştiriye maruz bırakılabilir¹⁸⁵. Gerçekten de, ilk bakışta tarafların yerleşim yeri, mutad meskeni ve işyeri ile sözleşmenin milletlerarası nitelik taşıması arasında bir bağ kurulamayabilir. Oysa sözleşmelerle, sözleşmelerin taraflarının yerleşim yeri, mutad meskeni, işyerleri arasında çok önemli bir bağ bulunmaktadır. Bir taraf, sözleşmeden beklediği yararı çoğunlukla kendi yerleşim yerinin bulunduğu yere taşımaktadır. Bir sözleşme sosyo-ekonomik etkilerini en çok tarafların yerleşim yerlerinin bulunduğu ülkede gösterecektir. Nitekim bu sebeple, Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü, İMÖHK, MÖHUK gibi düzenlemelerde, tarafların hukuk seçmemesi durumunda, sözleşmeye karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir¹⁸⁶. Bu tip düzenlemelerde mutad mesken, işyeri, yerleşim yeri uygulanacak hukuku gösteren birer bağlanma noktası olarak (veya bağlanma noktasını gösteren noktalar olarak)¹⁸⁷ düzenlenirken, bu unsurların MÖHUK'un uygulanmasını tetikleyecek yabancılik unsurları olarak bile dikkate alınmayacağını ileri sürmek, kanaatimizce hukukî ilişkilerin yapısına çok da uygun düşmeyecektir. Örneğin, Fransa'da mukim bir satıcı ile Mısır'da mukim bir alıcının bir satım sözleşmesi kurması durumunda, malın Marsilya Limanı'nda Mısırlı alıcı tarafından teslim alınacağı konusunda anlaşılırsa, var olan tek yabancılik unsuru tarafların yerleşim yeri veya işyerlerinin farklı ülkelerde olmasıdır. Bu sözleşmede mal, herhangi bir sınır aşmadan alıcıya teslim edilmiştir; dolayısıyla sözleşme sınıraşan bir nitelik taşımaz. Ancak yapılan ticaretin milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmediğini ileri sürmek de,

¹⁸⁴ EKŞİ, **MHB**, s. 3. Aksi görüşte, ÖZDEMİR, **Yabancılik Unsuru**, s. 939 ve s. 939, dn. 50'deki yazarlar.

¹⁸⁵ ÖZDEMİR, **Yabancılik Unsuru**, s. 939.

¹⁸⁶ Karakteristik edim borçlusu bir tüzel kişiyse, tüzel kişinin idare merkezi hukuku uygulanacak; ancak sözleşme ticarî veya meslekî amaçla yapılıyorsa, sözleşmeye işyeri hukuku uygulanacaktır (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 353, 371).

¹⁸⁷ Çalışmamızın ikinci bölümünde de belirteceğimiz üzere, biz MÖHUK m. 24 / f. 4'te sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun bağlanma noktası olarak gösterildiği kanaatindeyiz. Bu durumda, mutad mesken, işyeri, yerleşim yeri bağlanma noktası gösteren noktalar olarak değerlendirilebilecektir.

ekonomik gerçeğe uygun düşmeyecektir. Benzer bir şekilde, dünyaca ünlü bir Japon mühendislik firmasının Türkiye'ye çağrılarak büyük bir inşaat projesini üstlenmesinin istendiği bir durumda da, tarafların işyeri haricindeki tüm unsurlar Türkiye'de bulunmaktadır (sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin ifa edildiği yer, sözleşme konusunun bulunduğu yer, vs.). Üstelik böyle bir sözleşmede hizmetin yurtdışından getirildiği de tartışılabilir; çünkü söz konusu mühendislik firması Türkiye'ye gelip Türkiye'de projeyi üretip hayata geçirecektir (dolayısıyla hizmet Türkiye'de doğmaktadır). Böyle bir sözleşmenin de MÖHUK'un kapsamına girmediğini iddia etmek söz konusu olamayacaktır. Bu sebeple, biz tarafların mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerinin yabancılık unsuru olarak dikkate alınması gerektiğini düşünüyoruz.

Ancak kanaatimizce, tarafların vatandaşlığı bir yabancılık unsuru olarak dikkate alınmamalıdır¹⁸⁸. Bu konuda Yargıtay'ın tutumunun vatandaşlığı yabancılık unsuru sayma yönünde olduğunu söyleyebilirsek de, Yargıtay'ın, yaptığımız içtihat araştırmasına göre, tarafların vatandaşlığı haricinde diğer tüm unsurların tek bir ülkede toplandığı bir sözleşmesel ilişkiyle ilgili bir karar vermediğini söyleyebiliriz¹⁸⁹. Örneğin yerleşim yeri Türkiye'de olan bir Alman'ın, yine yerleşim yeri Türkiye'de olan bir Türk'le kuracağı sözleşme kanaatimizce yabancılık unsuru taşımayacaktır; çünkü tarafların vatandaşlığı -ehliyetin belirlenmesi haricinde¹⁹⁰-

¹⁸⁸ Bu yönde, MAYER / HEUZE, s. 530; KAUFMANN-KOHLER, *Contrats*, s. 261; DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 17; SAKMAR, s. 357. Aksi görüşte, GIULIANO / LAGARDE, s. 8; TEKİNALP, *Bağlama*, s. 336; AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s. 4; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 31; BALKAR, s. 5; TÜZÜNER, s. 91; ÇALIŞKAN, s. 31; SARGIN, *Lisans*, s. 182; TARMAN, *Seçim*, s. 146. Konuyla ilgili bir örnek için, bkz. EKŞİ, *MHB*, s. 2, 3. İngiliz mahkemelerinin sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda vatandaşlığı yabancılık unsuru olarak dikkate aldığı yönünde, NORTH / FAWCETT, s. 544.

ÖZDEMİR, tarafların farklı vatandaşlığa sahip olmalarının bir sözleşmeyi uluslararası sözleşme (yazara göre bir sözleşmenin MÖHUK m. 24'ün kapsamına girmesi için uluslararası sözleşme olması gerektiğini belirtmiştik) hâline getirmeyeceğini belirtmektedir (ÖZDEMİR, *Yabancılık Unsuru*, s. 935, 939).

¹⁸⁹ Yarg. 11. HD. E. 1986/64, K. 1986/2029, T. 18.4.1986 (Kazancı İçtihat Bankası) kararında davalının Kuveytli olması, uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunduğunu aşikar kıldığı belirtilmiştir. Ancak bu karardaki söz konusu ifade çok büyük bir önem arz etmemektedir; çünkü uyuşmazlıkta birçok yabancılık unsuru bulunmaktadır. Üstelik gerek MÖHUK sisteminde uyuşmazlığın değil, hukukî işlem veya ilişkinin yabancılık unsuru taşınması gerekmektedir. Kararda bu hususa da dikkat edilmemiştir. Yine Yarg. 13. HD. E. 1993/2112, K. 1993/5075, T. 15.6.1993 (Kazancı İçtihat Bankası) kararında da, MÖHUK'un tetiklenmesini sağlayan yabancılık unsurunu vatandaşlık bağı üzerinden kurmuştur. Fakat Yarg. HGK. E. 1989/10-316, K. 1989/411, T. 7.6.1989 (Kazancı İçtihat Bankası) kararında Yargıtay daha dikkatli davranmış ve yabancılık unsurları arasında işin yapıldığı yer gibi unsurları da sayma ihtiyacı hissetmiştir.

¹⁹⁰ Tarafların kişisel statüleri açısından MÖHUK uygulama alanı bulacaktır ve tarafların ehliyeti vatandaşlıklarına göre belirlenecektir. Ancak tarafların kişisel statüleri ile ilgili hukukî nitelemeler,

sözleşmesel ilişkiye hiçbir nitelik katmamaktadır. Bir başka deyişle, vatandaşlık, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkideki dengeye etki yapan, dolayısıyla sözleşmenin niteliğinde etkili olabilecek bir unsur değildir. Bu sebeple de vatandaşlığın sözleşmeye uygulanacak hukuk açısından yabancılık unsuru olarak dikkate alınamayacağını düşünüyoruz.

MTK m. 2 / f. 1 / b. 2-b'de tarafların yerleşim yeri, olağan oturma yeri ya da işyeri ile sözleşmesel ilişkilerinden doğan yükümlülüğün önemli bir bölümünün ifa edileceği yer veya uyumsuzluk konusunun en çok bağlantılı olduğu yerin farklı devletlerde bulunması yabancılık unsuru olarak kabul edilmiştir. Çalışmamızda, sözleşmenin en yakın bağlantıda olduğu yer ile ilgili olarak MÖHUK m. 24 / f. 4'ü incelerken açıklamalarda bulunacağız. Öte yandan sözleşmenin en yakın bağlantıda olduğu yerin *for'*dan başka bir devlette bulunması, bir sözleşmenin MÖHUK'un kapsamına girmesini sağlayacak yabancılık unsuru olarak kabul edilemez; çünkü bu hâl objektif ve belirli bir unsur olmaktan uzaktır. Bir sözleşmenin başka bir ülke ile daha yakın bağlantıda olması, zaten hukukî ilişkideki kimi objektif unsurlara göre belirlenmektedir. Bir başka deyişle, sözleşmenin en sıkı ilişki içinde olduğu hukuk, sözleşmedeki unsurların değerlendirilmesi sonucu elde edilen bir sonuçtur. Bu nedenle, bizce, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, kendi başına "yabancılık unsuru testi"nin bir parametresi (bu test için dikkate alınacak unsurlardan biri) olmaktan uzaktır. Tekrarlamak gerekirse, bu bir sonuçtur, neden değildir.

MTK m. 2 / f. 1 / b. 2-b'deki diğer kriter sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerdir. Kanaatimizce, bu unsur "yabancılık unsuru testi" açısından dikkate alınması gereken en önemli unsurlardan biridir. Sözleşmenin ifa edileceği yerin başka bir ülkede olması durumunda, sözleşmesel ilişkide yabancılık unsurunun varlığını kabul etmek gerekecektir¹⁹¹.

MTK m. 2 / f. 1 / b. 3'te sözleşme tarafı şirketin ortaklarının yabancı sermaye getirmiş olması veya sözleşmenin uygulanması için yurt dışından kredi veya güvence mektubu alınmasının gerekli olması hâli düzenlenmiştir. Her ne kadar bu hâller

sözleşme statüsünden bağımsızdır. Tarafların sadece vatandaşlığının farklı olduğu bir hukukî ilişkide, kanaatimizce bu sözleşmesel statü açısından herhangi bir yabancılık unsuru bulunmamaktadır. Bu nedenle, böyle bir durumda sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından sözleşmenin herhangi bir yabancılık unsuru taşıdığı bizim fikrimize göre kabul edilmemelidir.

¹⁹¹ ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 940; EKŞİ, **MHB**, s. 3.

uyuşmazlığın çözüm yolu olarak belirlenen tahkimin milletlerarası nitelik taşıdığıının belirlenmesinde dikkate alınacak olsa da, kanaatimizce, sözleşmenin yabancılık unsuru taşıması açısından farklı bir yorum yapmak gerekecektir. Sözleşmeye taraf şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmesi hâlinin bu hükümde düzenlenmesinin amacı, doğrudan gelen yabancı yatırıma milletlerarası tahkimin güvencesini sunmaktır. Dolayısıyla bu hâl sözleşmesel ilişkinin niteliğinden tamamen bağımsız olarak, uyuşmazlığın çözümü için öngörülen yol olan tahkimin millî mi, milletlerarası mı menfaate daha yakın olduğunu belirlemektedir. Burada MTK kapsamında uyuşmazlığa yabancılık unsuru katan husus, bir tarafın yabancı sermaye getirmiş olmasıdır. Böyle bir şirketin hiçbir yabancılık unsuru taşımayan hukukî işlemlerinde bile, MTK, uyuşmazlığın, şirketin ortaklık yapısı sebebiyle, yabancılık unsuru taşıyacağını belirtmiş olmaktadır. Gerçekten de, böyle bir şirketin uyuşmazlığını milletlerarası tahkimde çözmeye menfaati vardır. Ancak, dikkat edilecek olursa buradaki yabancılık unsuru tarafların arasındaki hukukî ilişkiden değil, iki taraf arasındaki uyuşmazlıktan ortaya çıkmaktadır. Hukukî ilişkide hiçbir yabancılık unsuru bulunmasa dahi, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümü tahkimin milletlerarası olmasını gerektirmektedir. Fakat, MÖHUK açısından dikkate alınması gereken, uyuşmazlığın yapısı değil, uyuşmazlığa konu olan hukukî ilişki ve işlemlerdir. Gerçekten de, MTK m. 2 / f. 1'de uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması gerektiği dile getirilmişken, MÖHUK m. 1 / f. 1'de işlem ve ilişkinin yabancılık unsuru taşımasından bahsedilmiştir. Uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması ile bir sözleşmesel ilişkinin yabancılık unsuru taşıması, birbirinden farklı iki kurumdur. Uyuşmazlığın taraflarından birinin ortaklık yapısında yabancı sermaye getiren bir ortağın bulunması, MTK anlamında uyuşmazlığa yabancılık unsuru katsa bile, MÖHUK anlamında bu şirketin yaptığı işlemlere yabancılık unsuru katmayacaktır. Basit bir örnek vermek gerekirse, bu şirketin aynı semtte bulunan bir dükkândan ofis malzemesi satın alırken yaptığı sözleşmede yabancılık unsuru bulunmayacaktır.

MTK m. 2 / f. 1 / b. 3'te düzenlenen diğer hâl ise, sözleşmenin uygulanabilmesi için yabancı kaynaklı kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olmasıdır. Bu hükümde dikkat edilecek husus, hükmün "kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılması" değil, "kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının

gerekli olması" ifadesini kullanmasıdır¹⁹². Dolayısıyla buradaki durum, sözleşmenin tarafının borcunu yerine getirmek için tamamen kendi inisiyatifi ile yurt içi yerine, yurt dışından kredi alması değildir. Bu ifade bizce iki tür olguya işaret edebilir. Birincisi, karşı tarafın güvenilirlik gibi bir sebeple diğer tarafı yurt dışından kredi almaya zorlamasıdır. Diğeri ise, tarafın kredinin miktarının yüksekliği nedeniyle yurt içinden böyle bir kredi elde edememesi veya -yurt içindeki kredi faizinin yüksekliği ya da kredinin geri ödeme koşulları sebebiyle- böyle bir kredinin rantabl olmamasıdır. Bu ihtimallerde, sözleşmenin tarafları Türk olsa ve borç tamamen Türkiye'de ifa ediliyor olsa bile, yurt dışından alınan kredi veya teminat taraflar arasındaki sözleşmenin kurulabilmesi ve ilişkinin sürdürülebilmesi için esaslı rol oynamaktadır. İşte bu nedenle, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulması aşamasında ve devamında bu kadar önemli bir rolü bulunan yurt dışından kredi ve/veya teminat temin edilmesinin gerekli olması, MÖHUK'un uygulanmasını sağlayacak bir yabancılık unsuru olarak kabul edilmelidir.

MTK m. 2 / f. 1 / b. 4'te yer alan hâl ise, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesidir. Bir sözleşmesel ilişkinin sebep olduğu sınıraşan sermaye veya mal geçişi, söz konusu sözleşmesel ilişkinin MÖHUK'un kapsamına girmesini sağlayacak en karakteristik yabancılık unsurudur¹⁹³. Sözleşmesel ilişkinin bu tip bir sınıraşan etkisinin olup olmadığı, "yabancılık unsuru testi"nde dikkate alınmalıdır¹⁹⁴.

¹⁹² ÖZDEMİR KOCASAKAL, hükümde bulunan "gereklilik" kelimesini eleştirmektedir; yazar bu gerekliliğe karar verecek olan hakem ve hakimin farklı sonuçlara ulaşmasının muhtemel olduğunu, bunun da uyumsuzluğun MTK kapsamına girmesi hususunda farklılıkların oluşmasına neden olabileceğini belirtmektedir (Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, "*Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi*", **Özer Seliçi'ye Armağan**, Ankara 2006, s. 343-368 (MTK), s. 357).

¹⁹³ Aslına bakılırsa, bu unsur, milletlerarası niteliğin yabancılık unsuru üzerinden belirlenmesine bir tepki olarak geliştirilmiş ve Fransız Medenî Usûl Kanunu ("*CPC*") m. 1492'de -uluslararası sözleşmenin değil- milletlerarası tahkimin tanımı olarak kullanılmıştır (KASSIS, s. 6).

Yine de ekonomik özelliğe dayanan bu nitelik Fransız içtihadında uluslararası sözleşmeleri ayırt etmek için kullanılmıştır. Fransız içtihadında bu kriter üç farklı şekilde ifade edilmiştir: "mal, hizmet ve değerlerin sınır aşan hareketleri", "uluslararası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi", "ulusal ekonominin sınırlarının aşılması" (ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 934). Kavramın Fransız içtihadındaki gelişimi için ayrıca bkz. FERRY, s. 132, vd.

¹⁹⁴ TÜZÜNER, s. 91.

Karşılaştırmalı hukukta, sözleşmenin konusunun bulunduğu yer sözleşmeye uygulanacak hukuk açısından önemli bir unsurdur¹⁹⁵. Örneğin bir satım sözleşmesinde, satıma konu malların bir başka ülkede bulunması, sınıraşan bir mal geçişine sebep olacaktır. Böyle bir sonucu olan bir sözleşmenin yabancı unsurlu olduğu kabul edilmelidir¹⁹⁶. Dolayısıyla, sınıraşan sermaye veya mal geçişi gibi, sözleşmenin konusunun bulunduğu yer de sözleşmenin MÖHUK kapsamına girmesini sağlayacak yabancılik unsurları arasında sayılmalıdır.

Yine aynı şekilde, bir sözleşme bir başka ülkede ifa edilirse de, sınıraşan bir mal veya hizmet akışı meydana gelecektir¹⁹⁷. Bu durumda da, sözleşmenin yabancılik unsuru taşıdığı kabul edilmelidir.

(ii) Milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren sözleşmeler

Geleneksel yabancılik unsurlarından herhangi birini taşımayan bir sözleşmenin milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi durumunda, böyle bir sözleşmenin yabancılik unsuru taşıdığı kabul edilip edilmeyeceği tartışılması gereken bir husustur. Daha önce, MÖHUK sistemini uluslararası sözleşmelerin mi, yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerin mi tetikleyeceğini tartışırken, aynı ülkedeki bir şirketin başka bir şirket tarafından alınması veya iki aynı ülkeden şirketin birleşmesinin milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirebileceği ve bu sebeple böyle bir sözleşmenin uluslararası sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştik¹⁹⁸. Uluslararası ticarete çok büyük söz sahibi olan aynı ülkeden iki şirketin birleşmesi, geleneksel olarak adlandırılabilir yabancılik unsurlarından hiçbirini barındırmayabilir. Gerçekten de sözleşmenin her iki tarafının işyeri, sözleşmenin ifa

¹⁹⁵ Örneğin Amerikan hukukunda, Restatement II m. 188 / f. 2 / b. d'de sözleşmenin konusunun bulunduğu yer, tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda sözleşmeyle en önemli ilişkiyi haiz hukukun belirlenmesinde dikkate alınması gereken irtibatlardan biri olarak sayılmıştır.

¹⁹⁶ EKŞİ, **MHB**, s. 3.

¹⁹⁷ Böyle bir sözleşmenin uluslararası sözleşme olarak nitelendirileceği yönünde, bkz. ÖZDEMİR, **Yabancılik Unsuru**, s. 935, vd. ve s. 936, dn. 35.

¹⁹⁸ Bu tartışmayı yaparken, söz konusu sözleşmenin hukukî niteliğinden dolayı, o sözleşmeye uygulanması gereken hukukun nasıl saptanacağını ihmal ediyoruz. Burada amacımız uluslararası sözleşme olarak kabul edilebilecek bir sözleşmenin klasik yabancılik unsurlarından hiçbirini taşımadığını göstermek; benzer örnekler farklı tip sözleşmelerle de kurulabilir. Örneğin bahsettiğimiz iki şirketin organizasyonsuz bir ortak girişim oluşturması durumunda da benzer bir sorunla karşılaşılacaktır.

yeri, kurulduğu yer, sözleşmenin konusunun bulunduğu (şirketlerin bulunduğu) yer¹⁹⁹ aynı ülkede olabilir. Böyle bir sözleşmenin yine de yabancılık unsuru taşıdığı kabul edilmeli midir? Bu sözleşmeye MÖHUK m. 24'ün uygulanması ve sözleşmede hukuk seçimi bulunuyorsa, bu hukuk seçimine sonuç tanınması mümkün müdür?

Soru bir başka şekilde de yöneltilebilir. Örneğin böyle bir sözleşme bir AB üyesi devletin mahkemesinin önüne gelseydi, bu durumda, Üye Devlet mahkemesi Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3'e dayanarak sözleşmenin tüm unsurlarının aynı ülkede birleşmesi sebebiyle bu ülkenin emredici hukuk kurallarının aşılamayacağına karar verebilecek miydi?

Böyle bir sözleşmenin yabancılık unsuru taşımadığının kabul edilmesi, MÖHUK m. 24'ün çok formalistik bir bakış açısıyla değerlendirilmesi anlamına gelecektir. Öte yandan, bu sözleşmenin yabancılık unsuru taşıdığı kabul edilmesi için, önce hangi yabancılık unsurunu taşıdığı saptanması gerekir. Böyle bir unsur tespit edilse bile, bu yorumun da MÖHUK sistemini fazla zorlamak anlamına gelmesi mümkün olabilecektir.

Yine aynı şekilde, sözleşmesel ilişkide geleneksel unsurların tek bir ülkede toplanması sebebiyle, sözleşmenin bu devletin hukukuna tâbi olduğu ve o hukukun emredici hukuk kurallarının uygulanması gerektiği savunulabilir. Böyle bir sözleşmenin MÖHUK m. 24'ün kapsamına girdiğinin kabulü, hiçbir yabancılık unsuru bulunmayan sözleşmeler arasında kanunun koymadığı bir ayırımın yapılması nedeniyle eleştiri konusu yapılabilir. Gerçekten de, uluslararası ticaret yapmayan bir şirketin aynı ülkedeki bir başka şirket tarafından satın alınması durumunda, sözleşmenin MÖHUK'un kapsamına girmeyeceği ve sözleşmede yapılmış olası bir hukuk seçiminin etki doğurmayacağı kabul edilecektir. Oysa benzer bir durumda, sırf şirketlerin boyutunun büyük olması nedeniyle sözleşmedeki hukuk seçiminin kabul görmesinin, hukuk düzeni içinde adaletsizliğe neden olacağı savunulabilir.

Buna karşın, örneğini verdiğimiz durumda, farklı ülkelerdeki iki şirketin birleşmesi uluslararası ticaretin menfaatini belki de çok daha az ilgilendirebilecektir.

¹⁹⁹ Konzern şeklinde yapılanmış, çok uluslu şirketlerin birleşmesinde sözleşmenin konusunun birçok ülkeye yayıldığı kabul edilebilir. Böyle bir durumda ana şirketlerin merkezleri aynı ülkede bulunsalar bile, başka ülkelerde bulunan yavru şirketler de birleşmeye konu olacakları için, sözleşmenin konusunun birden çok ülkeyle ilgili olduğu, dolayısıyla da sözleşmenin bir yabancılık unsuru taşıdığı bir gerçektir.

Böyle bir sözleşmede hukuk seçimi yapılabilirken, diğer sözleşmede hukuk seçimine etki tanınmamasının da bir tutarsızlık yaratacağı ileri sürülebilir.

Bu eleştiriye, kanunlar ihtilafı kurallarının, ancak kanunlar arasında bir ihtilafın bulunması durumunda devreye gireceği, farklı ülkeden iki küçük şirketin birleşmesinde bile bir kanunlar çatışması olduğu, ancak aynı ülkeden iki şirketin birleşmesinde böyle bir çatışmanın olmadığı; dolayısıyla kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasında hukukî ilişkinin büyüklüğüne değil, kanunlar çatışmasının olup olmadığına bakılması gerektiği şeklinde yanıt verilebilir.

Böyle bir yoruma ise, sözleşmeye ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının sadece bir kanun çatışmasını engelleme amacı gütmeyeceği dile getirilerek karşı çıkılabilir. Gerçekten de, tarafların özellikle hukuk seçme yoluyla sözleşmelerine aralarındaki ilişkiyle hiçbir bağlantı olmayan bir hukuku uygulamaları mümkündür. Bir başka deyişle, MÖHUK sistemi, sadece var olan bir kanun çatışmasını çözmeyi değil, tarafların sözleşmelerinde kararlaştırdıkları hukuk seçimine sonuç tanımayı da amaçlamaktadır.

Ancak bu cevaba da karşı gelinmesi mümkündür. Unutulmamalıdır ki, MÖHUK sistemi, tarafların hukuk seçimine sınırsız bir biçimde etki tanımamaktadır. Tarafların seçtikleri hukuka göre uyuşmazlığın çözülmesi için MÖHUK sisteminin tetiklenmesi, yani sözleşmenin yabancılık unsuru taşıması gerekmektedir. Böyle bir sözleşmede tarafların hukuk seçimine sonuç tanınması kabul edilecekse, bu imkanın her sözleşme için kabul edilmesi gerekir. Bu ise, hukuk sistemindeki emredici hukuk kurallarının işlevsiz kalmasına neden olacaktır.

Bu sava da cevap vermek mümkündür. Örneğini vermiş olduğumuz sözleşme milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmektedir. Bilindiği üzere, milletlerarası ticaretin kendine has kuralları ve teamülü bulunmaktadır²⁰⁰. Bu kurallar, iç hukuk düzenlemelerinden, hatta iç hukukun emredici hükümlerinden ayrışır. Mesela alacağın temliki iç hukuklarda yazılı şekle tâbi kılınmış olabilir. Ancak milletlerarası ticarete sözleşmeler için -alacağın temliki için de- şekil serbestisi ilkesi -iç hukuklara göre daha geniş olarak- tanınmaktadır. Milletlerarası ticarete konu bir

²⁰⁰ Eric LOQUIN, "*Les règles du commerce international*", *Revue de l'Arbitrage*, Nisan-Haziran 2005, S. 2, s. 443-464, s. 444.

alacağın temlikî söz konusu olduğunda, Türk hukukunda öngörülen emredici hukuk kuralı yerine, bu konuda bir maddî milletlerarası özel hukuk kuralı bulunduğu kabul edilmeli ve sözleşme kendi yapısına daha uygun olan ve Borçlar Kanunu'ndaki hükümden daha özel nitelikte olan bu kurala göre çözülmelidir. Gerçekten de milletlerarası ticarete konu sözleşmeler başka kurallara tâbidir ve bu tip hukukî ilişkilere has örf ve âdet hukuku kuralları bulunmaktadır. Bu kurallar hukuk sistemindeki emredici hukuk kurallarına göre özel kural niteliği taşıyacak ve emredici hukuk kurallarının uygulanmasının önüne geçecektir²⁰¹. Böyle bir sonuca ulaşılması da normal kabul edilmelidir; çünkü hukuk düzenlerindeki emredici hukuk kuralları milletlerarası ticarete göre ve milletlerarası ticaretin ilkeleri göz önüne alınarak hazırlanmamıştır. Bu nedenle de, iç hukukta öngörülen kuralların yapısı, milletlerarası ticareti ilgilendiren hukukî ilişkilere uymamaktadır. Kaldı ki, bir sözleşmeye başka bir hukuk da uygulansa, *lex fori*'nin sosyal, ekonomik, siyâsî gerekçelerle uygulanmasını emrettiği doğrudan uygulanan kurallar her hâlde hakim tarafından uygulanacaktır.

Görüleceği üzere, her iki görüşün de tezleri haklı sebeplere dayanmaktadır. Böyle bir ortamda, biz ulaşacağımız sonucun sadece pragmatik bir yaklaşımın sonucu değil, hukuk tekniğinin gereği olması gerektiğini düşünüyoruz. Hukuk tekniği açısından belirleyici nokta, bu tip sözleşmelerin -geleneksel yabancılik unsurları haricinde- bir yabancılik unsuru taşıyıp taşımadığıdır. Az önce yapmış olduğumuz tartışmada görülebileceği üzere, uluslararası sözleşmeler klasik iç hukuku sözleşmelerinden farklı özellikler taşımaktadır. Gerçekten de, milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren bu sözleşmeler milletlerarası ticarî kurallara tâbidir. Bu tip hukukî ilişkiler için iç hukuktan farklı örf ve âdet hukuku kuralları ve teamüller benimsenmiştir. Bir başka deyişle, uluslararası sözleşmeler, sözleşmenin yapısını etkileyen, hukukî niteliğini değiştiren ve ona uygulanacak kuralları belirleyen bir özellik taşımaktadır. Bu özellik, söz konusu sözleşmelerin

²⁰¹ Fransız içtihadında da bu yönde kararlar verilmiştir. Fransız Yargıtayı milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren sözleşmelerde iç hukuktaki bazı sınırlayıcı hükümleri uygulamamaktadır (örneğin Fransız Yargıtayı'nın 2 Mayıs 1966 tarihli *Galakis* kararı (karar metni için, bkz. Bertrand ANCEL / Yves LEQUETTE, **Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé**, 4. Bası, Paris 2001, s. 401, vd.)). Konu ile ilgili, bkz. KASSIS, s. 56, vd. Ancak yazar, bu kararın maddî milletlerarası özel hukuk hükümleri ile ilgili olmadığını, kararın kimi emredici hükümlerin iç hukukla (daha doğrusu milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmeyen hukukî ilişkilerle) sınırlı bir uygulama alanı olduğunu vurguladığını belirtmektedir (KASSIS, s. 185).

"milletlerarası ticaretin menfaati"ni ilgilendirmesi veya "milletlerarası ticaret"e konu olmasıdır. İşte bu unsur, başlı başına bir sözleşmeye yabancılik unsuru kazandırır. Bu sebeple biz bu tip bir sözleşmenin MÖHUK'un kapsamına girdiğini ve böyle bir sözleşmede yapılan hukuk seçiminin sonuç doğurması gerektiğini düşünüyoruz²⁰².

Örneğini verdiğimiz sözleşme sınıraşan bir mal, hizmet veya değer akışına sebep olmamaktadır. Yine de bu hukukî işlemin etkileri ulusal ekonominin sınırlarını aşmaktadır. İşte bu noktada, bir hukukî işlemin etkilerinin ulusal ekonominin sınırlarını ne zaman aştığının saptanması gerekir²⁰³. Bir hukukî işlemin etkilerinin ulusal ekonominin sınırlarını aşması, o işlemin milletlerarası ticareti ilgilendirdiğini gösterecek; bu da söz konusu hukukî işleme yabancılik unsuru kazandıracaktır.

(iii) Para birimi

Sözleşmesel ilişkilerde bir tarafın borcunu yabancı para ile ödemesi, günümüzde sıkça karşılaşılan bir hâldir. Günümüzde yabancı paranın neredeyse yerli para kadar rahat bir şekilde temin edilmesi ve aynı rahatlıkla işlem görmesi

²⁰² AKINCI da, karşılaştırmalı hukukta bir sözleşmenin doğurduğu sonuçlar itibariyle milletlerarası nitelikte sayılabileceğini ve bunun da sözleşmeyi yabancı unsurlu hâle getirdiğinin kabul edildiğini belirtmektedir. Yine de, yazara göre Türk hukukunda bu geniş yorumu destekleyecek bir eğilim bulunmamaktadır (AKINCI, **İnşaat**, s. 69). SARGIN da bu görüşe olumlu bakmaktadır; ancak yazara göre böyle bir durumun gerçekleşme ihtimali oldukça düşüktür (SARGIN, **Lisans**, s. 183). TİRYAKİOĞLU da bu görüşü desteklemektedir (TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 7).

²⁰³ Ancak bu kavram hukuka çok da yabancı bir durum değildir. Özellikle rekabet hukukunda ilk bakışta bir ülkeyle hiçbir ilgisi olmayan hukukî işlemlerin bile o ülkede denetlendiği görülebilmektedir. Örneğin Rekabet Kurulu, bir davada her ikisi Türkiye'de de faaliyette bulunan bir Hollandalı şirketin bir Amerikan şirketi tarafından alınmasını Türk rekabet hukuku açısından incelemiştir (Rekabet Kurulu K. 08-27/490-172, T. 5.6.2008). Örneğin bu olayda, söz konusu birleşmenin ekonomik etkisinin hukukî işleme taraf devletlerin sınırını aştığı, hatta Türk ekonomisi üzerinde de etkisi olduğu kabul edilmiştir.

Benzer bir başka davada, Rekabet Kurulu, bu sefer bir Amerikan şirketinin bir başka Amerikan şirketince devralınmasını Türk rekabet hukuku açısından incelemiştir (Rekabet Kurulu K. 05-22/260-71, T. 7.4.2005). Bu tip örnekler çoğaltılabilir: Rekabet Kurulu K. 09-57/1354-347, T. 25.11.2009; Rekabet Kurulu K. 09-28/1203-304, T. 21.10.2009; Rekabet Kurulu K. 09-47/1156-292, T. 14.10.2009; Rekabet Kurulu K. 09-42/1051-264, T. 16.9.2009.

Bu örnekler arasında Rekabet Kurulu K. 09-42/1057-269, T. 16.9.2009 oldukça çarpıcıdır. Diğer örneklerde genellikle söz konusu şirketlerden en az birinin Türkiye'de bir yavru ortağı bulunmakta iken, bu davada her iki şirketin de karar tarihinde Türkiye'de bir iştiraki bulunmamakta, ancak Türk şirketleri ile ticarî faaliyet yürütmektedirler. Bu kararda, Rekabet Kurulu yapılan birleşmeye (iki Amerikan şirket arasında Amerika Birleşik Devletleri'nde yapılan birleşmeye) izin vermiş, ancak birleşme kendisine geç bildirmesi sebebiyle, bildiri yapan şirkete 1.500.000 TL'nin üzerinde idarî para cezası vermiştir (bu miktar şirketin Türkiye'de bir malî yılda elde ettiği cironun binde biridir).

Örneğin bu son örnekte, iki Amerikan şirketi arasındaki birleşmenin uluslararası bir sözleşme olduğu, milletlerarası ticareti etkilediği, milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirdiği açıktır. Böyle bir sözleşmede -tarafklar aynı ülkede yerleşik olsa da, birleşme sözleşmesinin ifa yeri aynı ülke de olsa- hiçbir yabancılik unsuru bulunmadığının ileri sürülmesi, söz konusu işlemin hem ekonomik boyutunu, hem de hukukî etkilerini inkâr etmek anlamına gelecektir.

nedeniyle, yabancı paranın herhangi bir sınıraşan niteliğinin kalmadığı söylenebilir. Gerçekten de, Türkiye'de özel sektörün bulunduğu bir çok yerde, yabancı para, aynen Türk parası gibi tedavül etmektedir. İşte bu sebeplerle, yabancı para ile yapılan ifanın herhangi bir yabancı niteliğinin olmadığını düşünmek mümkün olacaktır²⁰⁴. Dolayısıyla yabancı para ile yapılacak ifa, sözleşmeye yabancılık unsuru kazandıracak bir hâl olarak değerlendirilemez²⁰⁵.

(iv) Sonuç

Sınırlı sayıda olmamak üzere, yaptığımız değerlendirme sonucunda bir sözleşmesel ilişkiye yabancılık unsuru kazandırabilecek hâlleri şu şekilde sayabiliriz²⁰⁶: sözleşmenin taraflarının yerleşim yerinin, olağan oturma yerinin veya işyerlerinin farklı devletlerde olması, ifa yerinin farklı devlette olması, sözleşmenin konusunun farklı bir yerde bulunması, sözleşmenin kurulabilmesi için yabancı kaynaklı kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişi olması ve sözleşmenin milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi. Ayrıca kimi durumlarda, sözleşmenin yapıldığı yer de tarafların arasındaki hukukî ilişkiye yabancılık unsuru kazandırabilecektir. İşte sözleşmenin bu unsurlardan birini taşıması sonucu, bu hukukî işlem MÖHUK'un, daha da spesifik olarak MÖHUK m. 24'ün kapsamına girecektir. Fark edileceği üzere, MÖHUK m. 24'ün kapsamına girecek sözleşmeler daha çok milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren sözleşmelerdir²⁰⁷. İşte bu tip sözleşmelere

²⁰⁴ Nitekim Yarg. 3. HD. E. 1996/11420, K. 1997/742, T. 27.1.1997 (Atâ SAKMAR / Nuray EKŞİ / İlhan YILMAZ, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun: Mahkeme Kararları**, 3. Bası, İstanbul 2001, s. 154, vd.) kararında kira bedeli olarak belirlenen 1500 ABD Doları'nın herhangi bir yabancılık unsuru taşıdığı ve uyumsuzluğun MÖHUK'un kapsamında olduğuna dair hiçbir ibare bulunmamaktadır. Benzer bir biçimde, Yarg. 11. HD. E. 1997/9653, K. 1998/1832, T. 17.3.1998 (SAKMAR / EKŞİ / YILMAZ, s. 156, vd.) ve Yarg. 11. HD. E. 1998/5048, K. 1998/6633, T. 15.10.1998 (SAKMAR / EKŞİ / YILMAZ, s. 158, vd.) kararlarında da bir alacağın ABD Doları cinsinden olması herhangi bir kanunlar ihtilafı sorunu ortaya çıkarmamış, mahkeme uyumsuzluğu sadece iç hukuk hükümlerine dayanarak çözmüştür.

²⁰⁵ Aksi görüşte, KASSIS, s. 90.

²⁰⁶ Bu unsurların haricinde de kimi unsurların sözleşmeye yabancılık unsuru kazandırıp kazandırmadığı tartışılmıştır. Örneğin özellikle marka rehin sözleşmeleri kapsamında bir markanın tanınmış olması, bir markanın uluslararası sicilde kayıtlı olması veya bir markanın AB markası olmasının sözleşmeye yabancılık unsuru kazandırmayacağı dile getirilmiştir (TÜZÜNER, s. 93).

²⁰⁷ Bu yönde, ÖZDEMİR, **Yabancılık Unsuru**, s. 940, vd. Ancak yine de, MÖHUK m. 24'ün münhasıran ticarî sözleşmelere özgülenmediğini belirtelim. Örneğin bir Türk öğrencinin Hollanda'da yaşarken, ev sahibi olan bir Hollandalı'dan borç para alması durumunda ve Hollandalı'nın Türkiye'de dava açması durumunda, söz konusu hukukî ilişkiye uygulanacak hukuk -bu sözleşme bir ticarî sözleşme olmasa bile- MÖHUK m. 24 vasıtasıyla belirlenecektir.

uygulanmak üzere taraflar hukuk seçimi yapmışlarsa, Türk hakimi bu seçime bir sonuç tanıyacaktır.

Kanunlar ihtilafi sisteminin amacından hareket etmek, dikkate alınması gereken yabancılık unsurları ile ilgili genelgeçer bir sonuca ulaşmamızı sağlayabilir. MÖHUK'un kapsamına giren sözleşmelerde, MÖHUK m. 24 / f. 1 yoluyla hukuk seçimi yapılabildiğine göre ve Türk hukukunun öngördüğü emredici hukuk kurallarının sözleşmeye uygulanmasının önüne geçilebildiğine göre, taraflara verilen sözleşmeyi başka bir hukuka tâbi kılarak Türk hukukunun emredici hukuk kurallarının uygulanmasının önüne geçme imkanını haklı çıkartan bir durumun söz konusu olması gerekir. Her sözleşmesel ilişkide tarafların bir hukuk düzeninin öngördüğü emredici hukuk kuralları aşabilmesi emredici hukuk kurallarının neden öngörüldüğü sorusunu akla getirecektir. İç hukuktaki emredici hukuk kuralları, tarafların iradesine rağmen sözleşmeye uygulanır. Ancak hukuk seçimi ile taraflar bu kuralların uygulanmasının önüne geçebilecektir. Bu durumda sorulması gereken soru, hangi durumda tarafların bir hukuk sisteminin öngördüğü emredici hukuk kurallarından kaçmasına izin verileceğidir. Bu başlık altında yaptığımız incelemede de, hep bu kriteri göz önüne aldık ve örneğin tarafların vatandaşlığı ya da çoğu durumda sözleşmenin kurulduğu yerin böyle bir imkanı sağlamaması gerektiğini düşündüğümüz için, bu unsurların yabancılık unsuru olarak dikkate alınmaması gerektiğini belirttik. Öte yandan kıstasın salt olarak milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi olarak ele alınmaması gerektiğine daha önce de dikkat çekmiştik. Aksi hâlde tüm unsurları farklı bir ülkede meydana gelen bir sözleşme MÖHUK'un kapsamına girmeyecek ve bu sözleşmeye Türk hukukunun uygulanması gerekecektir²⁰⁸. Tüm bu olasılıkları göz önüne alarak dikkate alınması gereken yabancılık unsurlarını saptamamız mümkün olacaktır. Kanaatimizce dikkate alınması gereken yabancılık unsuru, bir sözleşmeyi millî hukukun emredici hukuk kurallarının uygulanması zorunluluğundan kurtaracak her türlü yabancılık unsurudur. Sözleşmenin *lex fori*'nin iç hukukuna tâbi kılınması zorunluluğunu, sözleşmesel ilişkinin yapısına aykırı kılacak her türlü yabancılık unsuru, bu özelliği taşır. Örneğin

²⁰⁸ Kanaatimizce bu tip sözleşmelerde Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nde olduğu gibi sözleşmenin tüm unsurlarının gerçekleştiği ülkenin emredici hukuk kurallarının uygulanmamasına sebep olacak bir hukuk seçimi yapılmasının önüne geçilmelidir; ancak MÖHUK'ta böyle bir düzenleme söz konusu olmadığı için, bu görüşümüzün Türk hukuku açısından pozitif bir dayanağı bulunmamaktadır.

bir satım sözleşmesinde satıcı ile alıcı farklı ülkelerde bulunuyorsa ve mal bir ülkeden diğerine gönderilecekse, bu sözleşmeyi - tarafların hukuk seçiminde bulunmasını engelleyerek- *lex fori*'nin iç hukukuna tâbi kılma zorunluluğu getirmek sözleşmenin yapısına uygun değildir. Sözleşmeye *lex fori*'nin uygulanması zorunluluğunun getirilmesi, sözleşmesel ilişkinin *for*'un ticaretinin menfaatini aştığı her durumda böyle bir uygunsuzluğa sebep olacaktır²⁰⁹. Dolayısıyla yabancılık unsuru olarak dikkate alınması gereken unsurlar, taraflar arasındaki ilişkiyi sadece *for*'daki ticaretin menfaatini ilgilendiren bir sözleşmesel ilişki olmaktan çıkartan unsurlardır. SAKMAR da, ancak sözleşmenin ekonomisini ilgilendiren unsurların sözleşmenin yabancılık unsuru taşıyıp taşıyımamasında belirleyici olduğunu dile getirmektedir²¹⁰.

b) Avrupa Birliği hukukunda hukuk seçimi

MÖHUK'un ancak yabancılık unsuru taşıyan ilişkilere uygulanabileceği MÖHUK m. 1'de, yani kanunun kapsam hükmünde belirtilmiştir. Buna karşılık, gerek Roma Konvansiyonu m. 1 / f. 1'de, gerekse de Roma I Tüzüğü m. 1 / f. 1 / c. 1'de, söz konusu metinlerin ancak kanunlar ihtilafı unsurları taşıyan durumlarda uygulanabileceği düzenlenmiştir²¹¹; bu kıstasın ne zaman yerine geleceği ise belirtilmemiştir²¹².

²⁰⁹ "Sözleşmenin milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirdiği hâller" dememizin nedeni, sözleşmenin bir başka ülkenin iç ticaretinin menfaatini ilgilendiren hâllerde de sözleşmenin MÖHUK'un kapsamına girecek olmasıdır. Benzer bir tespiti KASSIS de yapmıştır. Yazara göre sözleşmeye uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları açısından ekonomik kriter yeterlidir, ama gerekli değildir; sözleşmeye başka unsurlarla da yabancılık unsuru kazandırabilir (KASSIS, s. 86).

²¹⁰ SAKMAR, s. 357.

²¹¹ GIULIANO / LAGARDE ise, Roma Konvansiyonu m. 1 / f. 1'in uyuşmazlığın iki veya daha fazla hukuk sistemi arasında seçim yapılması gereken hâllerde uygulanacağını ve bir sözleşmede yabancılık unsurlarının bulunması hâlinde çeşitli ülkelerin hukuk sistemlerinin uygulama alanı bulmak için yarışacaklarını dile getirmiştir (GIULIANO / LAGARDE, s. 8, vd.). Benzer görüşte, ELWAN, s. 130. KAUFMANN-KOHLER, söz konusu ifadeden "uluslararası sözleşme"nin anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre bu ifadenin kullanılmamasının sebebi, Birleşik Krallık'taki, İngiltere ve İskoçya arasında olduğu gibi bölgesel kanunlar ihtilafı kurallarının da kapsam altına alınabilmesini sağlamaktır (KAUFMANN-KOHLER, *Contrats*, s. 261). Bu ifadenin aslında "uluslararası sözleşme" yerine kullanıldığını yönünde, ayrıca bkz. KASSIS, s. 6; POMMIER, s. 144.

JACQUET ise ilk bakışta bu hükmün "uluslararası sözleşme"ye işaret ettiğinin düşünülebileceğini, ancak durumun böyle olmadığını belirtmektedir. Yazar, görüşünü Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3'ün varlığına dayandırmaktadır (JACQUET, s. 7). Gerçekten de Konvansiyon'un kapsamı uluslararası sözleşmelerle sınırlı olsa idi, söz konusu fıkra Konvansiyon'un uygulama alanına giren hâllere uygulanamazdı. Bir başka deyişle, Konvansiyon'un kapsam maddesi KASSIS'in yorumladığı gibi yorumlanması, Konvansiyon'daki kimi hükümlerin ölü doğduğu anlamına gelecektir. Sonuç olarak, Roma Konvansiyonu'nun uluslararası sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenlediği çok da doğru bir

Konvansiyon ve Tüzük'te öngörülen bu kapsam hükmünden sonra, her iki metnin de üçüncü maddelerinde "seçim muhtariyeti" başlığı altında sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi hâli düzenlenmiştir. Bununla birlikte her iki metinde de tarafların yaptığı hukuk seçiminin etkisine bir sınırlama getirilmiştir (Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3 ve Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3 ve 4).

Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3'e göre, seçim sırasında sözleşmenin tüm unsurları tek bir ülkede toplanıyorsa, tarafların yabancı bir hukuku seçmesi, diğer tüm unsurların toplandığı ülkenin emredici hukuk kurallarının (Konvansiyon emredici hukuk kuralları yerine sözleşme ile aksi kararlaştırılmayan ifadesini kullanmaktadır²¹³) uygulanmasını engelleyemeyecektir. Aynı hüküm Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3'te de korunmuştur. Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 4'te, ayrıca, tarafların hukuk

ifade olmayacaktır. İşte JACQUET'nin de yerinde olarak belirttiği üzere, özellikle Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3 açısından Roma Konvansiyonu'nun uluslararası sözleşmelere değil, kanunlar ihtilafı sorunu çıkartan sözleşmelere uygulandığı daha net bir biçimde anlaşılabilir (JACQUET, s. 8). Bu hüküm, Konvansiyon'un farklı dillerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir (EKŞİ, **MHB**, s. 6).

²¹² EKŞİ, **MHB**, s. 2.

²¹³ Roma I Tüzüğü Databasesi para. 37'de "tarafların anlaşarak uygulanmamasını kararlaştırmayacakları hükümler" in doğrudan uygulanan kurallar olmadığını belirtmektedir.

GÜNGÖR, tarafların sözleşme ile aksini kararlaştırmayacakları hükümlerin hem iç hukukun, hem de milletlerarası nitelikteki emredici hukuk kuralları olduğunu, milletlerarası nitelikteki emredici hukuk kurallarının ise, doğrudan uygulanan kurallar olduğunu belirtmiştir (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 95).

TEKİNALP ise, Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3'teki emredici hukuk kuralları ile m. 7'de düzenlenen emredici hukuk kurallarının karışmaya müsait olduğunu, bu iki düzenleme arasında çok açık bir fark olmadığını belirtir (Gülören TEKİNALP, "*AT Hukukunda Milletlerarası Özel Hukuka Ait Gelişmeler, Hukuk Seçiminin Kısıtlanması ve MÖHUK*", **Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan**, C. 2, İstanbul 2003, s. 1095-1111 (AT), s. 1098). Ancak, yazar son bir tahlilde, m. 7'nin devlet ve kamu menfaatini ilgilendiren kuralların, kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmadan uygulanmasını düzenlediğini belirtmektedir. Biz, yazarın iki kurum arasındaki farkın açık olmadığı görüşüne katılmıyoruz. Yine de doktrinde kimi yazarlar, bu hükmün kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar şeklinde okunması gerektiğini belirtmiştir (bu yönde bkz. POMMIER, s. 133, 138, vd.). POMMIER bu durumda kanuna karşı hile mekanizmasının uygulanmasını önermektedir (POMMIER, s. 141).

EKŞİ ise, bu hükümlerde "müdahaleci kurallar"ın öngörüldüğünü ifade etmektedir (EKŞİ, **Roma**, s. 69, 70, 72). Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3 açısından, aynı görüşte, TARMAN, **Roma I**, s. 309.

Roma Konvansiyonu'nun İngilizce versiyonu böyle bir karmaşanın yaşanmasına müsaittir; çünkü m. 3 / f. 3 kapsamında aksi kararlaştırılmayan hükümlere "*mandatory rules*" denmiş; daha sonra da m. 7'de başlık olarak yine bu ifade kullanılmıştır. Bu durumun bir kavram karmaşası yarattığı Green Paper'da da kabul edilmiş ve bu sorunun çözülmesi gerektiği kabul edilmiştir (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation**, Brüksel 2003, "<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0654:FIN:EN:PDF>") (Green Paper), s. 33, vd.). Nitekim Roma I Tüzüğü'nde kullanılan ifadeler bu karmaşanın önüne geçilmesini sağlayabilecektir; çünkü m. 3 / f. 3'te "*mandatory rules*" gibi bir terim kullanılmamış, sadece aksi kararlaştırılmayan hükümler ifadesine yer verilmiştir. Tüzük'ün doğrudan uygulanan kuralları öngören 9. maddesinde ise, "*overriding mandatory provisions*" terimi kullanılmış, böylece m. 3 / f. 3'teki hükümlerden açıkça farklı kuralların bu hükmün kapsamına girdiğinin altı çizilmiştir.

seçimi yapmaları sırasında sözleşmenin tüm unsurlarının bir ya da daha çok Üye Devlet'te toplanması hâlinde, hukuk seçiminin AB hukukunun emredici hukuk kurallarının uygulanmasını engelleyemeyeceği belirtilmiştir²¹⁴. Böylece Avrupa sözleşmesi (*contrat européen*)²¹⁵ olarak adlandırılabilir, Üye Devletler'in

²¹⁴ Paul LAGARDE / Aline TENENBAUM, "De la convention de Rome au règlement Rome I", **RCDIP**, C. 97, S. 4, Kasım-Aralık 2008, s. 727-780, s. 732, s. 737.

Roma Konvansiyonu bir uluslararası konvansiyon iken, Roma I Tüzüğü'nün bir AB Tüzüğü olması ve AB'nin çıkarlarını da gözeten AB'ye has kanunlar ihtilafı kuralları öngörmesi (bunlardan biri de Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 4'teki düzenlemedir) AB'nin yapısal ve idarî gelişimine uygun düşmektedir. AB'nin yapısal gelişimine paralel olarak özellikle Amsterdam Antlaşması'nın ardından, daha önce konvansiyon olarak düzenlenen milletlerarası özel hukuka ilişkin düzenlemeler, 2000 yılından itibaren bir AB işlemi olan tüzük şeklinde yapılmaya başlanmıştır (EKŞİ, **Roma**, s. 12, s. 41, vd.; ayrıca bkz. TARMAN, **Roma I**, s. 302). Roma Konvansiyonu'nun Avrupa milletlerarası özel hukukuna ait tüzükleştirilmemiş son metin olduğu yönünde, bkz. Andrea BONOMI, "The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Remarks", **Yearbook of Private International Law**, C. 10, 2008, s. 165-176, s. 166.

Roma Konvansiyonu'nun hazırlanmasında Roma Antlaşması m. 220 temel teşkil ederken (AB kurulduğunda Üye Devletler'in milletlerarası özel hukukun çeşitli alanlarında işbirliği yapacaklarına ilişkin tek hükmün 1957 tarihli Roma Antlaşması m. 220 olduğu yönünde, bkz. Alegria BORRAS, "Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir", **RCADI**, C. 317 (2005), La Haye 2006, s. 313-536, s. 424), Roma I Tüzüğü'nün hazırlanmasındaki temel hüküm, Amsterdam Antlaşması ile getirilen değişiklik sayesinde Avrupa Birliği Antlaşması m. 61 / b. c ve m. 65 olmuştur (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 13; ayrıca bkz. BORRAS, s. 451; TARMAN, **Roma I**, s. 302).

Amsterdam Antlaşması'nın AB orijinli milletlerarası özel hukuk düzenlemelerine ivme kazandırdığı yönünde, bkz. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)**, Brüksel 2005, "<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0650:FIN:EN:PDF>" (**Proposal**), s. 2).

Hatırlatmak gerekir ki, bir uluslararası konvansiyon olan Roma Konvansiyonu'nda güdülen amaç konvansiyona taraf olan Üye Devletler'in kanunlar ihtilafı kurallarını birleştirmektir (EKŞİ, **Roma**, s. 10); oysa bir AB hukuku mevzuatı olan Roma I Tüzüğü'nün amacı, sağlanan bu birleşmenin devam etmesinin yanında AB'yi adeta tek bir çatı olarak görerek, bu çatının ortak kanunlar ihtilafı kurallarını oluşturmaktır. Bir AB hukuku işlemi olan Roma I Tüzüğü'nün -örneğin m. 3 / f. 4 gibi düzenlemelerle- klasik bir ulusal hukuk metninden farklılaştığını söyleyebiliriz. Bu nedenle, Türk kanunkoyucusunun, Roma I Tüzüğü'ndeki tüm hükümleri takip etmesi söz konusu olamaz.

Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 4 düzenlemesi doktrinde eleştirilse de (LAGARDE / TENENBAUM, s. 737, dn. 32 ve 33'teki yazarlar), bu eleştirilere AB'nin bir ortak alan olduğu gerçeği ile cevap vermek mümkündür. Gerçekten de bu ortak alanda gerçekleşen sözleşmelerde, bu ortak alan için öngörülen emredici hukuk kurallarından kaçılmasının mümkün olması durumunda (üçüncü bir ülkenin hukukunun seçilmesiyle), öngörülen bu kuralların hiçbir anlamı kalmayacaktır (LAGARDE / TENENBAUM, s. 737).

Yine de belirtmek gerekir ki, Roma Konvansiyonu ile Roma I Tüzüğü arasındaki tüm farkları Tüzük'ün AB'ye has kanunlar ihtilafı kuralları öngörmesine bağlamak çok da doğru olmayacaktır; bunun dışında Konvansiyon'un uygulamasında görülen eksikleri gidermek amacıyla yapılan değişiklikler de mevcuttur. Özellikle MÖHUK m. 24'ün hukuk seçimi yapılmaması durumunda öngördüğü kanunlar ihtilafı kuralını AB hukuku ile karşılaştırarak incelerken Konvansiyon ve Tüzük arasındaki farklara daha detaylı değineceğiz.

²¹⁵ Ole Lando'nun başkanlığındaki komisyonun hazırladığı Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri, sözleşmeler alanında modern Avrupa ortak hukukunun (*Ius commune europaeum*) oluşumuna ön ayak olmuş ve AB nezdinde Avrupa Borçlar Kanunu yaratılmasını amaçlamıştır.

Bu konuda, bkz. Arzu OĞUZ, "Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi", **AÜHFD**, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 31-65 (**Birleştirme**), s. 47; Kemal DAYINLARLI, "Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri", **Fikret Eren'e Armağan**, Ankara 2006, s. 327-396 (**Lando İlkeleri**), s. 335; EKŞİ, **Roma**, s. 39, dn. 75. Karş. Larry A.

hukukundan bağımsız, ama Avrupa ortak hukukuna ait bir sözleşme sınıfının AB hukuku açısından güncel bir konu teşkil ettiği anlaşılacaktır²¹⁶.

Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3 ile Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3 ve 4'ün lafzından, sözleşmenin yabancılik unsuru taşımaması hâlinde bile hukuk seçimi yapılmasına izin verildiği, ancak buna bir istisna getirildiği (tüm unsurların toplandığı ülkenin emredici hukuk kurallarının bertaraf edilemeyeceği)²¹⁷ düşünülebilir²¹⁸. *A contrario* yorum ile, tüm unsurların birleştiği ülkenin emredici

DIMATTEO, "Contract Talk: Reviewing the Historical and Practical Significance of the Principles of European Contract Law", **HILJ**, C. 43, S. 2, Yaz 2002, s. 569-581, s. 579, vd.

Bütün bu görüşlere rağmen, Avrupa Birliği Komisyonu'nun, Avrupa sözleşme hukuku projesinin ne sözleşme hukukunun yeknesaklaştırılmasını, ne de Avrupa Borçlar Kanunu'nun oluşturulmasına hizmet ettiği yönündeki görüşü için, bkz. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 12. LANDO da, Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri'nin AB'de borçlar hukukunun genel kuralları hâline gelmesinin ve ileride hazırlanabilecek Avrupa Borçlar Kanunu'nun bir parçası olmasının amaçlandığını belirtmekte; fakat birkaç Üye Devlet dışında, Üye Devletler'i bu yönde bir politik iradeye karşı geldiğini ifade etmektedir (Ole LANDO, "Dicey&Morris, The Conflict of Laws: A Review", **ICLQ**, C. 47, S. 2, Nisan 1998, s. 394-408, s. 401).

²¹⁶ Roma I Tüzüğü'nün hazırlanması aşamasında Avrupa Birliği Komisyonu'nun yayımladığı Green Paper'da Avrupa sözleşme hukuku ile hazırlanacak metin arasındaki bağlantının incelenmesi dikkat çekmektedir (bkz. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 11, vd.). Roma I Tüzüğü Dibasesi para. 14'te de, üstü kapalı bir şekilde bu kavrama atıf yapılmıştır.

Öte yandan Roma Konvansiyonu m. 20'de, "Topluluk hukukunun önceliği" başlığı altında, AB hukukunun kimi özel konularda içerdiği özel kanunlar ihtilafı kurallarının, bu Konvansiyon'la önüne geçilmediğini belirtmektedir. Aslında bu hüküm sadece özel hüküm - genel hüküm ayırımını ortaya koymaktadır. Benzer bir hüküm Roma I Tüzüğü m. 23'te de bulunmaktadır.

²¹⁷ Amerikan hukukunda da tarafların hukuk seçimi yapması ile ilgili bir ayırıma gidilmiştir. Restatement II m. 187 / f. 1'e göre, taraflar bir konuyu açıkça düzenleyebiliyorsa, hukuk seçimine ilişkin bir sınır getirilmemiştir. Hükümün ikinci fıkrasında, tarafların iradesi ile kararlaştıramayacakları bir konuda da hukuk seçimi yapabilecekleri belirtilmiş; ancak bununla ilgili iki sınırlama getirilmiştir: a) taraflar ancak aralarındaki ilişki ile maddî bir bağı olan ve seçilmesi makul bir sebebe dayanan bir hukuku seçebilirler (bu şart nedeniyle f. 2 kapsamına giren bir hukuk seçiminin yapılması için sözleşmenin tüm unsurlarının aynı ülkede bulunmaması gerekir; bu yönde, bkz. Restatement II m. 187 / f. 2 şerhi) ; b) hukuk seçimi sonucu uygulanacak hukuk, uygulanması daha büyük bir menfaati gerektiren veya hukuk seçimi olmadığı durumda uygulanacak hukukun temel düzenine aykırı olamaz (kanaatimizce, bu ikinci sınırlama doğrudan uygulanan kurallara (*lois d'application immédiate*) benzetilebilir (bu sınırlama ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Restatement II m. 187 / f. 2 şerhi)).

Öte yandan Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün hazırladığı şerhte, Restatement II m. 187 / f. 1 ile ilgili olarak, bu hükümün aslında bir hukuk seçimi değil, *incorporation*'ı öngördüğü belirtilmektedir. Restatement II m. 187'nin metni ve şerhi için, bkz. "<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>".

Bu açıdan, Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3 düzenlemesi, Restatement II m. 187'ye benzetilebilir.

²¹⁸ EKŞİ, **MHB**, s. 8; EKŞİ, **Roma**, s. 68, vd. Yazar, Roma Konvansiyonu sisteminde, hukuk seçiminin yabancılik unsuru teşkil ettiğinin kabul edildiği görüşündedir. Aynı yönde, NORTH / FAWCETT, s. 545. Roma Konvansiyonu'ndaki bu hüküm ile ilgili Alman doktrinindeki tartışma için bkz. DOĞAN, **İş Akdi**, s. 32, vd.

DICEY / MORRIS ise, Roma Konvansiyonu için 1972 yılında hazırlanan tasarı ve 1955 tarihli Maddî Menkul Eşyaların Milletlerarası Nitelikte Satımı Hakkında Konvansiyon'da bu metinlerin uluslararası nitelikteki uyumsuzluklara uygulanacağını belirtildiğini vurgulamış, dolayısıyla bu metinlerin iç hukuk sözleşmelerine uygulanmayacağını, örneğin iki Fransız'ın tamamen "Fransız bir işlem" için İngiliz hukukunu seçmeleri durumunda söz konusu metinlerin uygulama alanı bulamayacağını açıklamıştır. Ancak yazar, Roma Konvansiyonu metnine, özellikle de Roma Konvansiyonu m. 3 / f.

hukuk kuralları ile ilgili herhangi bir uyumsuzluk yoksa ya da seçilen hukukun emredici hukuk kuralları benzer nitelikte ise, hiçbir yabancılik unsuru taşımayan sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinde hukuk seçimi yapılabileceği sonucuna ulaşılabilir²¹⁹.

Ancak böyle bir yorum, kanımızca yanlış olmasa bile, hukuk düzeni açısından etkisiz olacaktır²²⁰. Bunun nedeni, tarafların zaten sözleşme serbestisi kapsamında ulusal hukukun emredici hukuk kuralları saklı kalmak üzere diledikleri düzeni öngörebilmesidir²²¹. Sözleşme serbestisi içinde, taraflar dilerlerse ulusal hukukun düzenleyici veya tamamlayıcı kurallarının aksini kararlaştırabilirler. Hatta taraflar yabancı bir kanunun öngördüğü kuralları sözleşmelerine tek tek yazarak (*incorporation*) veya genel bir referansla taşıyabilirler²²².

Örneğin, tüm unsurları Türkiye'de yer alan bir sözleşmede, taraflar, sözleşmelerinde Alman Medenî Kanunu'na ("*BGB*") referans yapabilirler. Böyle bir durumda, *BGB* hükümleri, sözleşme hükmü olarak Türk hukukunun emredici hukuk kurallarının izin verdiği ölçüde uygulanır²²³.

3'e göre tamamen bir iç hukuk sözleşmesinde bile hukuk seçimi yapılabileceğini belirtmektedir (DICEY / MORRIS, s. 1219).

²¹⁹ DICEY / MORRIS, s. 1219; MAYER / HEUZE, s. 530; RIGAUX / FALLON, s. 804; NYGH, s. 305; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 95; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 33; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 137. Hatta yazarlar, hukuk seçimi ile sözleşmenin kanunlar ihtilafı problemi taşıdığını (Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nün kapsam maddesindeki şart) da belirtmektedir. Kanaatimizce sözleşmeye yabancılik unsurunun kazandırılması AB hukuku açısından önemli değildir; Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nün kapsam maddesi, Konvansiyon veya Tüzük'ün uygulanması için, uyumsuzlukta yabancılik unsuru bulunmasını değil, uyumsuzluğun kanunlar ihtilafı problemi taşımasını şart koşmaktadır (dolayısıyla hukuk seçiminin yabancılik unsuru değil, uyumsuzlukta kanunlar ihtilafı problemi yaratıp yaratmadığı tartışılmalıdır). Özellikle, bu son nokta ile ilgili, karş. EKŞİ, **MHB**, s. 9.

Benzer bir yorumu Pire (Yunanistan) Birinci Derece Mahkemesi, 575/1997 sayılı kararında yapmıştır (kararın özeti için bkz. TSOUCA, s. 541).

²²⁰ Aynı yönde, Stéphanie FRANCO, "*Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles*", **JDI**, C. 136, S. 1, Ocak-Mart 2009, s. 41-69, s. 55.

²²¹ TEKİNALP, **Bağlama**, s. 334; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 33.

²²² Bu yönde, bkz. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün Restatement II m. 187 / f. 1 şerhi, "<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>". Ayrıca bkz. EKŞİ, **MHB**, s. 9; EKŞİ, **Incorporation**, s. 268. Yazar bu iki yöntemin (*incorporation* ve referans) aynı sonucu doğuracağını belirtmektedir.

EKŞİ, **Roma**, s. 73 ise, bizim *incorporation* ve referans olarak andığımız iki tekniği tek bir başlık altında (*incorporation*) değerlendirmektedir ve *incorporation*'ın bu iki teknikte de yapılmasının mümkün olduğunu söylemektedir. Ancak, biz kimi noktalarda farklı değerlendirmeler yapabilmek amacıyla, bu farklılığa ihtiyaç olduğu sürece ikinci tekniği farklı bir isimle (referans) inceleyeceğiz. Bu farklılığa ihtiyaç olmadığı sürece, genel olarak biz de *incorporation* terimini kullanmayı yeğliyoruz. DICEY / MORRIS de "*reference*" ifadesini hukuk seçimi anlamında kullanmakta ve bizim "referans" ve "*incorporation*" olarak adlandırdığımız iki yöntemi "*incorporation*" altında incelemektedir (DICEY / MORRIS, s. 1226, vd.).

²²³ EKŞİ, **Roma**, s. 75.

Incorporation veya referansın hukuk seçiminden farkı, hukuk seçiminde sözleşmenin hangi hukuka tâbi olacağı kararlaştırılırken, diğer iki hâlde, sözleşmeye uygulanacak hukuk değiştirilmeden, hukuk normlarının sözleşme hükmü olarak uygulanması konusunda taraflar anlaşmaktadır²²⁴. Dolayısıyla bu iki kurum arasındaki en temel fark, *incorporation* ve referansla belirlenen hükümlerin uygulanacak hukukun emredici hukuk kurallarına uymasının gerekmesidir²²⁵. Oysa hukuk seçimi yapıldığında, artık sadece bu hukukun emredici hukuk kuralları uygulanacaktır²²⁶.

Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3 ile Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3'teki düzenleme, vermiş olduğumuz örnekten farklı olarak, yabancılik unsuru bulunmayan hukukî ilişkilerde başka bir ülkenin hukukunun seçilebileceğini, ancak unsurların toplandığı ülkenin emredici hukuk kurallarının herhâlde uygulanacağını belirtmektedir²²⁷. Ancak bu zaten *incorporation* veya referans yoluyla yapılabilmektedir²²⁸. İşte bu nedenle AB hukukundaki düzenleme, bu yönde yorumlandığı sürece, pratik açıdan hiçbir sonucunun olmadığı görülecektir²²⁹.

Gerçekten de, bu hükmün amacının emredici hukuk kurallarının ulusal hukuklarda sözleşme serbestisinin tek sınırı olduğu gerçeğini pekiştirmek olduğunu düşünmüyoruz. Aynı şekilde, AB düzenlemesinin, en önemli işlevsel özelliğinden (uygulanacak emredici hukuk kurallarını belirleme) arınmış yeni bir hukuk seçimi kategorisi getirmeye çalıştığını da düşünmüyoruz²³⁰. Tekrar etmek gerekirse, bu düzenlemenin bu şekilde yorumlanması, kanaatimizce hiçbir somut sonuç doğurmayacaktır.

²²⁴ EKŞİ, **MHB**, s. 9; EKŞİ, **Incorporation**, s. 266, vd.

²²⁵ EKŞİ, **MHB**, s. 10; EKŞİ, **Incorporation**, s. 266; DEMİR GÖKYAYLA, s. 277.

²²⁶ KEGEL / SCHURIG, s. 655; TURHAN, s. 125; EKŞİ, **Roma**, s. 74; EKŞİ, **Incorporation**, s. 267; DEMİR GÖKYAYLA, s. 276.

²²⁷ ÖZDEMİR, **Yabancılik Unsuru**, s. 934. DOĞAN da, bu hükmün aslında iç hukuktaki sözleşme serbestisi ilkesinin değişik bir versiyonu olduğunu belirtmiştir (DOĞAN, **İş Akdi**, s. 33).

²²⁸ AB hukukundaki hükmün bu şartlar altında tek farkı, seçilen hukukun öngördüğü kuralların birer sözleşme hükmü olarak değil, uygulanacak hukukun bir parçası olarak uygulanmasıdır.

²²⁹ KEGEL / SCHURIG de, tüm unsurları tek bir ülkede toplanan bir sözleşmede tarafların yaptığı hukuk seçiminin sözleşme serbestisi dahilinde tarafların sözleşmelerine uygulanmasını istedikleri kuralları belirlemesinden hiçbir farkı olmayacağını belirtmektedir (KEGEL / SCHURIG, s. 655).

²³⁰ Roma Tüzüğü m. 3 / f. 4'te öngörülen sınırlama, f. 3'tekinin aksine gerçekten de yeni bir hukuk seçimi kategorisi öngörmektedir. Bu hüküm bir Avrupa sözleşmesi kavramı yaratmaktadır. Aynı şekilde yeni bir yabancılik unsuru kriteri getirmektedir. Ayrıca bertaraf edilemeyecek emredici hukuk kuralları da ulusal hukukların değil, AB hukukunun öngördüğü kurallardır. Bu özellikleri ile, f. 4'teki hukuk seçiminin işlevsel açıdan yenilikler getirdiği açıktır.

Kanaatimizce, bu hükmün asıl amacı, sınıraşan nitelik taşımayan sözleşmelerde, hukuk seçimi yapılsa bile, bu hukuk seçimi ile o sözleşmenin tüm unsurlarının toplandığı hukuk düzeninin emredici hukuk kurallarının hiçbir surette aşılamayacağı vurgulanmasıdır. Bu vurgunun getirdiği somut sonuç, uyuşmazlığın sözleşmenin tüm unsurlarının toplandığı ülke mahkemesi haricinde bir mahkemede çözülmesi durumunda bile tüm unsurların toplandığı ülkenin emredici hukuk kurallarının uygulama alanı bulmasından kaçılmaması olacaktır²³¹. Böyle bir uyuşmazlıkla karşılaşan hakim, sadece sözleşmenin tüm unsurlarının tek bir devlette toplanıp toplanmadığına bakacaktır²³². Eğer sözleşmenin tüm unsurları tek bir devlette toplanıyorsa, ki bu *lex fori* olmak zorunda değildir, bu durumda hakim, tarafların yaptığı hukuk seçimine, ancak unsurların toplandığı ülkenin emredici hukuk kurallarının izin verdiği ölçüde sonuç tanyacaktır.

Örneğin, bir sözleşmenin tüm unsurlarının İtalya'da toplandığını ve tarafların İsviçre veya Fransız hukukunu seçtiğini düşünelim. Dava ister İtalya'da, ister Fransa'da, isterse Almanya'da görülsün, tarafların seçtikleri hukuk, ancak İtalyan hukukunun emredici hukuk kurallarına uyduğu sürece uygulama alanı bulabilecektir. Oysa, dava Türkiye'de görülüyor olsaydı, Türk MÖHUK sistemine göre, sözleşme yabancılık unsuru taşıyacaktı (çünkü sözleşmenin tüm unsurları Türkiye'nin dışında gerçekleşmiştir) ve hukuk seçimi etkili olacaktı²³³. İşte biz de şimdi, AB hukukundaki bu düzenle, Türk hukukunu karşılaştıracamız.

²³¹ KEGEL / SCHURIG, s. 654.

²³² Böylece mahkeme, uygulanması gereken hukuka "yabancılık unsuru"nun neden olduğu göreceli subjektif bakışla değil, objektif bir bakışla karar verecektir.

²³³ Benzer bir örnek için bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 70. Yazar, bu hüküm sayesinde *forum shopping*'in engellendiği görüşündedir. Ancak biz yazarın, "*Roma Konvansiyonu*"nun, *hukuk seçimi ile sözleşmeye yabancılık unsuru vermesini engellediğini söylemek mümkün değildir*" görüşüne katılmıyoruz (EKŞİ, **Roma**, s. 71). Nitekim davanın bir başka ülkenin mahkemesinde açılması durumunda, bu mahkeme için yabancılık unsuru zaten olacaktır (ayrıca hukuk seçimine gerek yoktur). Ancak Roma Konvansiyonu'nun *forum shopping*'i engelleyen yapısı sebebiyle (genel olarak Roma Konvansiyonu'nun başlıca varlık sebebinin *forum shopping*'i engellemek olduğu yönünde, bkz. BONOMI, s. 169), tarafların yapacağı hukuk seçimi -sözleşmenin tüm unsurlarının olduğu ülkenin emredici hukuk kurallarına tâbi olmak suretiyle- etkisiz olacak ve bu seçimin *incorporation*'dan hiçbir farkı kalmayacaktır. Aynı şekilde böyle bir davanın sözleşmenin tüm unsurlarının gerçekleştiği ülke mahkemesinde açılması durumunda da, yapılan hukuk seçimi, bu ülkenin emredici hükümleri ile sınırlanmış, dolayısıyla etkisiz olacaktır. Böyle bir durumda, kanaatimizce hukuk seçimi yine bir yabancılık unsuru olarak değerlendirilemeyecektir.

c) Avrupa Birliği ve Türk hukuku arasında tüm unsurların toplandığı ülkenin emredici hukuk kurallarının dikkate alınması ile ilgili fark

Yukarıda AB hukukunda sözleşmenin tüm unsurlarının toplandığı ülkenin emredici hukuk kurallarından kaçılmayacağını belirttik. Böyle bir düzenleme Türk hukukunda bulunmamaktadır.

MÖHUK sisteminde hukuk seçimi, yabancılık unsuru taşıyan tüm sözleşmelerde kararlaştırılabilirken, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü sisteminde hukuk seçimine yabancılık unsurunun ötesinde bir sınır getirilmiştir. AB mevzuatına göre, bir sözleşmenin tüm unsurları, *lex fori* haricinde bir ülkede toplansa bile, yapılacak hukuk seçimi bu ülkenin emredici hukuk kurallarının uygulanmasını engellemeyecektir²³⁴.

Yukarıda vermiş olduğumuz örneği, MÖHUK açısından yeniden ele alalım. Tüm unsurları İtalya'da toplanan bir sözleşmede taraflar Alman hukukunun uygulanacağını belirler ve dava Türk mahkemesi önüne gelirse (milletlerarası yetki açısından bir problem olmadığını düşünelim), MÖHUK m. 1 uyarınca, sözleşme yabancı unsurlu olarak kabul edilecektir²³⁵. Bu durumda, hakim MÖHUK m. 24 / f. 1 uyarınca, yapılan hukuk seçimine hiçbir sınır tanımadan sonuç tanıyacaktır. Bu durumda sözleşmeye Alman hukuku uygulanacak ve İtalyan hukukunun emredici hukuk kurallarının devreye girmesi -üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına tanınan etki haricinde- söz konusu olmayacaktır.

Oysa AB hukukuna göre durumun böyle olmadığını yukarıda belirtmiştik.

Milletlerarası yetkinin *forum non conveniens* doktrini ile yeterince sınırlanmadığı²³⁶ ve yetki sözleşmesi veya diğer milletlerarası yetki kurallarının

²³⁴ Bu yönde, ÖZTÜRK, s. 91; yazar yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili kılınması hâlinde, davaya bakan mahkeme açısından yabancılık unsurunun gerçekleşeceğini belirtmiştir.

²³⁵ EKŞİ, MHB, s. 3; EKŞİ, Roma, s. 57. Yazar yabancılık unsurunun davaya bakacak mahkemeye göre değişeceğini, yani bu kavramın göreceli bir kavram olduğunu belirtmektedir.

²³⁶ Amerikan hukuku buna örnek olarak verilebilir. Bu konuda bkz. GÜNGÖR, Yakınlık Yaklaşımı, s. 45, özellikle dn. 125. *Forum non conveniens* doktrininin Türk yetki hukukunun temel sistemine yabancı olduğu ve Türk hukuk sistemindeki sabit bağlanma noktalarıyla yetkinin tesis edilmesiyle bağdaşmayacağı yönünde, bkz. NOMER, s. 466.

uygulanmasıyla²³⁷ sözleşmenin tüm unsurlarının bir araya geldiği ülkenin yargılama yetkisinden "kurtulabilen" durumlarda²³⁸, tarafların bir de hukuk seçimi yaparak normal şartlar altında uygulanması gereken emredici hukuk kurallarından kaçması mümkün olacaktır²³⁹. İşte bu durum, millî hukukların -özellikle yerel uyuşmazlıklar

²³⁷ Belirtelim ki, *forum non conveniens* doktrini İngiltere'de milletlerarası yetkinin sınırlarını belirlemek için içtihat ile yaratılan bir doktrindir; bir başka deyişle bir tür hakim tarafından yaratılan hukuktur (Trevor C. HARTLEY, "The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws", *ICLQ*, C. 54, S. 4, Ekim 2005, s. 813-828, s. 813). Bu doktrine göre, bir davanın görülmesi için daha uygun bir mahkeme varsa, dava bu mahkemede görülmelidir (HARTLEY, s. 824; AKINCI, **Bağlantılı Yetki Koşulu**, s. 12, dn. 18; Cemal ŞANLI, **Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul 1992 (**Havacılık**), s. 32, vd.). Hemen belirtelim ki, bu uygunluk denetimi tarafların milletlerarası yetki sözleşmesi yaptığı durumlarda kural olarak yapılmayacaktır; ancak AKINCI'nın da belirttiği üzere istisnaî durumlarda yetki sözleşmesine rağmen böyle bir denetim yapılabilir (AKINCI, **Bağlantılı Yetki Koşulu**, s. 21, vd.).

Oysa bilindiği üzere Kıta Avrupası sistemi bu yönde değildir. Bu sistemde milletlerarası yetki, kanunkoyucunun koyduğu kurullarla belirlenmiştir. Bir Kıta Avrupası hakimi, bir davayı görmeye yetkili olup olmadığını bu kurallara göre belirleyecek; davayı kendisinin görüp görmemesi konusunda *forum non conveniens* benzeri bir denetim yapmayacaktır (HARTLEY, s. 824). Türk hukuku açısından aynı yönde, NOMER, s. 466.

Yine de İngiltere'deki milletlerarası yetki düzeninin, Kıta Avrupası'na göre daha sıkı olduğu düşünülmemelidir: İngiltere'de hakim tarafından yaratılan hukukla getirilen sınırlama, Kıta Avrupası'nda kanunkoyucunun yarattığı hukukla -farklı bir biçimde de olsa- getirilmiştir. Bu iki yöntemle ayrı sonuçlara ulaşılsa da İngiltere'deki *forum non conveniens* doktrininin Kıta Avrupası'ndaki milletlerarası yetkiye ilişkin kanun hükümlerine karşılık geldiğini söyleyebiliriz (nitekim İngiltere'de *forum non conveniens* haricinde yetki kurallarının (bu kurallar için bkz. ŞANLI, **Havacılık**, s. 32) çok geniş olduğu söylenebilir). Ancak bu iki sistem bir arada uygulanamayacaktır; zira Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-281/02 numaralı *Owusu v. Jackson* kararında da, *forum non conveniens* doktrininin Avrupa Birliği'nde milletlerarası yetkiye ilişkin kurulların öngörüldüğü Brüksel Konvansiyonu'yla uyuşmadığı belirtilmiştir. Bu kararda Brüksel Konvansiyonu'nun *forum non conveniens* doktrininin uygulamayı öngörmediği, dolayısıyla da bu doktrinin Brüksel Konvansiyonu'nun kapsamına giren olaylarda uygulanamayacağı dile getirilmiştir (Gilles CUNIBERTI, "Current Developments: Forum Non Conveniens and the Brussels Convention", *ICLQ*, C. 54, S. 4, Ekim 2005, s. 973-981, s. 973, vd.). Ancak yazar kararı eleştirmekte ve *forum non conveniens* doktrininin aslında Brüksel Konvansiyonu'nun ruhunu yansıttığı için, Konvansiyon'la uyumsuz olmadığı belirtmiştir (CUNIBERTI, s. 975). ŞANLI ise, *forum non conveniens*'in Brüksel Konvansiyonu veya Varşova Konvansiyonu gibi yetki kuralları içeren konvansiyonlarla birlikte uygulanamayacağını; bu doktrinin ancak milletlerarası yetkinin doğrudan iç hukuka istinat ettiği hallerde uygulama alanı bulabileceğini dile getirmiştir (ŞANLI, **Havacılık**, s. 33).

²³⁸ Milletlerarası yetki sözleşmesinde uyuşmazlıkla ilgisi olmayan bir devletin mahkemelerinin yetkilendirilebilmesi mümkündür. Örneğin Türkiye ile ilgisi olmayan bir uyuşmazlık için Türk mahkemeleri yetkili kılınabilir (AKINCI, **Bağlantılı Yetki Koşulu**, s. 10, vd.). Ayrıca, yetki sözleşmesinin olmadığı bir durumda, Türkiye'de sâkin olmayan bir kişiye, mallarının bulunduğu yer mahkemesinde dava açılabilmesi de, Türkiye ile ilgisi olmayan bir uyuşmazlığın Türk mahkemelerinde görülmesine örnek olarak verilebilir (NOMER, s. 440, vd.).

²³⁹ Normal şartlar altında uygulanması gereken hukuktan kaçılması, dolayısıyla *forum shopping* yapılması ihtimalini azaltabileceği ileri sürülen bir diğer mekanizma da, esasa ilişkin hukukun birleştirilmesi çabalarıdır (Franco FERRARI, "Forum Shopping' Despite International Uniform Contract Law", *ICLQ*, C. 51, S. 3, Temmuz 2002, s. 689-707 (**Forum Shopping**), s. 689). Gerçekten de, karşılaştırmalı hukukta esasa uygulanan hukuk birleştirilirse, bu durumda davacının bir ülke yerine başka bir ülkede davasını açmasına neden olan sebebin ortadan kalkabileceği ileri sürülebilir. Yine de yazar, bazı durumlarda bu birleştirme çabalarının *forum shopping*'i teşvik edebileceğinin de altını çizmekte ve hukukun birleştirilmesi çabalarının *forum shopping*'in engellenmesini tamamen sağlamayacağını belirtmektedir (FERRARI, **Forum Shopping**, s. 690, 694, vd.). Benzer bir biçimde KADNER GRAZIANO da, Roma II Tüzüğü'nü incelediği makalesinde, Tüzük öncesi dönemde

için- öngördüğü, taraf iradelerince aşılamayacak kuralların düzenlenmesinde güdülen amaca aykırıdır. Az önce örneğini verdiğimiz durumda, uyuşmazlık ya milletlerarası yetki kurallarınca veya *forum non conveniens* doktrini uyarınca ilgisiz bir devletin mahkemesine taşınmamalı²⁴⁰, ya da bu mahkeme AB hukukunda olduğu gibi hukuk seçimine, uyuşmazlığın tüm unsurlarının birleştiği ülkenin emredici hukuk kurallarının aşılmasına izin vermeden sonuç tanınmalıdır²⁴¹. Aksi hâlde bir hukuk

bağlanma noktalarının bir ülkeden diğerine göre değişmesi nedeniyle, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun *for'a* göre farklılaşacağını, bunun da *forum shopping'e* neden olabileceğini belirtmektedir (Thomas KADNER GRAZIANO, "*Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle*", **RCDIP**, C. 97, S. 3, Temmuz-Eylül 2008, s. 445-511, s. 449). POMMIER ise, *forum shopping'in* engellenmesinde, dolayısıyla hukukî güvenin sağlanması adına kanunlar ihtilafı sorunlarına getirilecek çözümlerde uluslararası uyumun sağlanmasının önemini belirtmektedir (POMMIER, s. 30). İşte bu noktada Green Paper'da Roma Konvansiyonu'nun AB içinde *forum shopping'i* azalttığı belirtilmiştir (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 9).

²⁴⁰ Ancak örneğin eskiden İngiltere mahkemeleri, kendi lehlerine yapılan yetki sözleşmelerini *forum shopping'e* neden olsa bile olumlu karşılamakta; davanın İngiltere'de görülmesinin uyuşmazlığı çabuk ve kaliteli bir hizmetle (iyi bir hukuk uygulanarak) çözülmesi anlamına geleceğini belirtmekteydi. Böylece *forum shopping* olarak bile değerlendirilse, bu seçimin iyi bir "alış-veriş" olduğu sonucuna ulaşmakta ve bu durumu hukuka aykırı bulmamaktadırlar. Bununla ilgili bkz. Nelson ENONCHONG, "*Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England*", **ICLQ**, C. 45, S. 3, Temmuz 1996, s. 633-661, s. 633, dn. 7. Yazar *forum non conveniens'in* tartışıldığı bir davada (The Atlantic Star davası), İngiliz mahkemelerinin bu yönde yorum yapmasını şoven bir yaklaşım olarak nitelendirmiştir (ENONCHONG, s. 642). Abidin Daver davasında ise, Lordlar Kamarası, diğer ülkelerin yargı yetkisinin tanınmasının, bu şoven tavrın yerini alacağını belirtmiştir (ENONCHONG, s. 642, ve s. 642, dn. 81); gerçekten de bu davada Lordlar Kamarası *forum non conveniens* itirazını kabul etmiş ve davanın "*natural forum*"u olan Türk mahkemelerinde görülmesini kabul etmiştir (ŞANLI, **Havacılık**, s. 33, dn. 88).

Günümüzde, İngiltere'de *forum shopping'in* kontrol edilmesi gerektiği, bunun için de milletlerarası yetkide *forum non conveniens* doktrininin kilit rolü olduğu belirtilmektedir (Adrian BRIGGS, "*Choice of choice of law*", **Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly**, C. 144, S. 1, Şubat 2003, s. 12-38 (**Choice**), s. 13). Yazar *forum shopping'in* sınıraşan ticarî uyuşmazlıklar açısından "hoş olmayan" bir durum olduğunu, *forum shopping'in* davanın sonucunu değiştirmek veya karşı tarafı zor duruma düşürmek için kullanıldığını belirtmektedir.

FERRARI ise, *forum shopping'e* karşı gelişen doktrinin sorgulanması gerektiğini düşünmektedir. Yazara göre *forum shopping'e* izin verilmemesi için doktrinde ileri sürülen nedenlerin geçerli nedenler olup olmadığı tartışılmalıdır (FERRARI, **Forum Shopping**, s. 707).

²⁴¹ Bu noktada Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nün kapsam maddesinde yer alan "söz konusu metinlerin ancak kanunlar ihtilafı unsurları taşıyan durumlarda uygulanabileceği" ifadesi, bu metinlerin sadece milletlerarası sözleşmelere uygulanacağı şeklinde yorumlanırsa, bir Üye Devlet mahkemesi önüne, tüm unsurları örneğin İsviçre gibi başka bir ülkede toplanan bir hukukî ilişki geldiğinde, hakim kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayamayacağı için sözleşmeye İsviçre hukukunu değil, ancak kendi hukukunu uygular. Bu ise, oldukça çelişkili bir sonuç doğurur. Bu nedenle, andığımız bu iki metnin kapsam maddesini, sadece milletlerarası sözleşmelerle sınırlı şekilde yorumlamamak, tüm yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeleri içine alacak şekilde kabul etmek gerekecektir. Ancak mahkemeye göre yabancılık unsuru taşıyan, fakat milletlerarası nitelikte olmayan sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları için Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3'te olduğu gibi bir sınırlama getirilmesi gerekir. Bu iki metne göre de, tarafların milletlerarası nitelikte olmayan bir sözleşmeye ilişkin yapacakları hukuk seçimi, bir hukuk seçiminin doğuracağı sonuçları doğurmayacaktır. İşte Türk hukukunda da böyle bir sınırlamaya ihtiyaç vardır. Ancak bu sınırlama, MÖHUK m. 1'deki yabancılık unsuru kıstasının milletlerarası sözleşme olarak okunmasıyla elde edilemez. Aksi hâlde az önce belirttiğimiz gibi, böyle bir sözleşmeye sözleşmeyle alakası olmayan bir hukukun uygulanması gibi bir sonuç karşımıza çıkabilir. Milletlerarası olmayan

sistemi *forum shopping*'e fırsat tanımış olur²⁴². MÖHUK, Türk hukukuna göre yabancı bir uyumsuzlukta, tüm unsurlarının tek bir ülkede birleşmesi durumunda, bu ülkenin emredici hukuk kurallarının aşılmasının önüne geçmemektedir. MÖHUK m. 31'de öngörülen üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması ise, burada dile getirdiğimiz ihtiyacı karşılamaktan uzaktır. Oysa, milletlerarası alanda hukuk düzenleri arasındaki güvenin gelişmesi açısından, Türk hukukunda bu yönde bir hükmün bulunması, kanaatimizce daha doğru olurdu. Bu açıdan, AB mevzuatında, gerek Roma Konvansiyonu²⁴³, gerekse de Roma I Tüzüğü'nde bulunan hükmün, Türk hukukuna geçirilmemesinin bir eksiklik teşkil ettiğini düşünüyoruz²⁴⁴.

sözleşmeler için de, hukuk seçimi kabul edilmese bile kanunlar ihtilafı kurallarına ihtiyaç vardır, ki sözleşmenin tüm unsurlarının bulunduğu yer hukuku bu sözleşmeye uygulanabilsin.

²⁴² EKŞİ, *forum shopping*'in "*davacının doğal mahkemesini aşarak davasını, doğal mahkemesinde kendisi için yer almayan bir takım faydalar ve kolaylıklar elde etmek için, yabancı bir mahkemede açması*" şeklinde tanımlandığını belirtmiştir (EKŞİ, **Roma**, s. 69, dn. 133).

FERRARI ise, *forum shopping*'i müvekkilin menfaatine en uygun *for*'un avukat tarafından araştırılması biçimde tanımlamaktadır (FERRARI, **Forum Shopping**, s. 689).

MAYER / HEUZE ise, *forum shopping*'i milletlerarası yetkinin manipülasyonu olarak betimlemektedir (MAYER / HEUZE, s. 190).

Avrupa Birliği Komisyonu ise, *forum shopping*'i uluslararası bir uyumsuzluğa taraf olan bir kişinin, o ülkenin uyumsuzluğun dinlenebileceği en iyi mahkeme olduğu için değil, o ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarının söz konusu kişiye en avantajlı sonucu sağlayan hukukun uygulanmasına yol açacağı için, davasını belli bir ülkede açması yönündeki davranışı olarak tanımlamıştır (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 44).

²⁴³ Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3'ün *forum shopping*'in önüne geçtiği yönünde, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 69 ve s. 70, dn. 133.

Hemen belirtelim ki, hukuk seçiminin hukuk sistemlerinde tanınması da *forum shopping*'in önlenmesini sağlayan unsurlardan biridir (SARGIN, **Lisans**, s. 39). Gerçekten de tarafların hukuk seçimi yapmasına imkan tanınmazsa, taraflar istedikleri hukukun sözleşmeye uygulanmasını sağlamak için kendileri açısından uygun kanunlar ihtilafı kurallarını barındıran ülkede dava açarlar.

²⁴⁴ Restatement II m. 187 ile de AB hukukundakine benzer bir sonuca ulaşılmaktadır. Nitekim, Amerikan hukukunda milletlerarası yetki son derece geniş ele alınıyorsa da, Restatement II'de (özellikle m. 6 vasıtasıyla), farklı hukuk düzenleri, uluslararası sistem, genel hukuk politikası gibi birçok menfaati gözeterek adeta tarafsız bir mahkemenin uygulayacağı bir düzen ortaya konmuştur (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 45). Bu yönüyle Amerikan hukukunun, Türk hukukunun tersine, uluslararası hukuk düzeninin kaygılarına daha pozitif yönde cevap verdiğini düşünüyoruz.

Kanunlar ihtilafı kuralları ile milletlerarası yetkiye ilişkin kuralların uygun hukuku ve uygun mahkemeyi tespit edebilmesi, bu düzenlemenin kalbini oluşturur. Nitekim, İMÖHK'nün ana ilkesinin "uygun mahkemede uygun hukuk" olduğu doktrinde ifade edilmiştir (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 147).

2. Kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla hukuk seçiminde kanuna karşı hile

a) Kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla kanuna karşı hilenin hukukî niteliği

Basit bir anlatımla, kanuna karşı hile, kanunun engellemeyi amaçladığı bir sonucu, kanunun izin verdiği araçlarla elde etmektir²⁴⁵. Kullanılan bu araç bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğu zaman, milletlerarası özel hukuk kapsamında bir kanuna karşı hile oluşur²⁴⁶. Böylece istenen sonuç, hukukî ilişkiye farklı bir hukukun uygulanması yoluyla sağlanmaya çalışılmaktadır. Bir başka deyişle, hukukî ilişkiyi taraf(lar) açısından daha uygun olan bir başka hukuka yapay bir şekilde tâbi kılarak normalde uygulanması gereken hukuktan -ve bu hukuk düzenindeki yasaklayıcı bir kuraldan- kaçılması²⁴⁷ kanuna karşı hilenin milletlerarası özel hukuktaki görünümüdür²⁴⁸.

Kanuna karşı hilenin sonuçlarının oluşması için, kanuna karşı hilenin unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. Çeşitli şekilde gruplandırılabilir de, kanaatimizce -milletlerarası özel hukuk alanında- kanuna karşı hilenin tespiti için bulunması gereken unsurlar şunlardır: uygulanması engellenen hukuk, bu hukuk yerine uygulanmasından yararlanan başka bir hukuk, bu hukukun uygulanmasını sağlayan ve hukuka uygun olan bir araç²⁴⁹ ve son olarak, normalde uygulanması

²⁴⁵ AYBAY / DARDAĞAN, s. 137.

²⁴⁶ Özü itibarıyla kanuna karşı hile milletlerarası özel hukuka ait bir kavram değildir; bu kurum hukukun her alanında bulunabilir (KEGEL / SCHURIG, s. 477).

²⁴⁷ Bu tanım için, bkz. MAYER / HEUZE, s. 189, vd. Ayrıca, bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s. 95; DOĞAN, **MHB**, s. 36.

²⁴⁸ Fransız Yargıtayı'nın 18 Mart 1878 tarihli *Princesse de Bauffremont v. Prince de Bauffremont* kararında, kanuna karşı hilenin unsurları analiz edilmemiş, ancak milletlerarası özel hukukta kanuna karşı hilenin varlığı ilk kez tespit edilmiştir. Somut olayda, Bauffremont Prensesi, Prens'ten boşanmak için vatandaşlığını değiştirmektedir; çünkü Fransız kanunlarına göre boşanamamaktadır. Kararda, Bauffremont Prensesi'nin yeni vatandaşlığını, bu vatandaşlıktan kaynaklanan hakları kullanmak ve ödevleri yerine getirmek için almadığı, amacının sadece Fransız hukukunda bulunan bir yasaktan kaçmak olduğu belirtilmiştir (karar için ANCEL / LEQUETTE, s. 49, vd.).

²⁴⁹ NOMER bu araca hileli bir fiil demektedir (NOMER, s. 129). SEVİĞ ise, bu unsuru meşru bir vasıta olarak incelemiştir. Biz SEVİĞ'in sınıflandırmasına katılmaktayız; çünkü burada kullanılan araç meşru, ulaşılmak istenen maksat ise hilelidir (biz bu unsuru hile kastı olarak ele aldık).

MAYER / HEUZE de, bu unsuru "bağlanma noktasının değişmesine neden olan bir manevra" şeklinde ifade etmiştir (MAYER / HEUZE, s. 192). Daha sonra ise, yazarlar kanuna karşı hilenin sadece bağlanma noktasının değiştirilmesi ile değil, bağlanma kategorisinin değiştirilmesi ile veya milletlerarası özel hukuk muhakemesindeki herhangi başka bir unsur ile de meydana gelebileceğini

gereken hukukun uygulanmasını engellemek (daha doğrusu bu hukuk düzenindeki maddî bir hukuk kuralının uygulanmasını engellemek²⁵⁰) amacıyla²⁵¹ bu araçtan yararlanılması (hile kastı)²⁵².

Kanuna karşı hilenin yaptırımı kanunda düzenlenmemiştir²⁵³. Bu sebeple, kanuna karşı hilenin yaptırımı doktrinde iki farklı görüşün oluşmasına neden olmuştur²⁵⁴. Görüşlerden ilki kanuna karşı hilenin doğrudan bir yaptırıma bağlanmasına karşı gelmekte ve kanuna karşı hilenin unsurları gerçekleşse bile, bu durumun bir yaptırıma uğraması için bir tolerans derecesinin aşılması gerektiğini belirtmektedir²⁵⁵. Bu görüşteki kimi yazarlara göre, kanuna karşı hilenin yaptırıma uğramasının şartı, kanuna karşı hile nedeniyle kamu düzenine aykırı bir durumun ortaya çıkmasıdır²⁵⁶. Diğer görüşte olan yazarlar, kanuna karşı hilenin bağımsız bir

belirtmiştir (açıklama ve örnekler için, bkz. MAYER / HEUZE, s. 193). Yazarlar bu unsuru -hile kastından farklı olarak- objektif unsur başlığı altında ele almıştır.

²⁵⁰ Bu vurgu için, bkz. NOMER, s. 127.

²⁵¹ Kanuna karşı hilenin karakteristik unsuru bu amaçtır. Kural olarak kanuna karşı hilenin bulunduğu işlem hukuka uygundur; ancak hukuka uygun olmayan bu amaç söz konusu işlemi hükümsüz kılar (MAYER / HEUZE, s. 191).

²⁵² KEGEL / SCHURIG, s. 478; ÇELİKEL / ERDEM, s. 99; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 48; AYBAY / DARDAĞAN, s. 138. Karş. POMMIER, s. 139; DOĞAN, **MHB**, s. 37; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 88. NOMER ise uygulanacak hukukun değil, uygulanacak maddî kuralın engellenmesi ve yerine başka bir kuralın uygulanmasını ilk iki şart olarak saymaktadır (NOMER, s. 129). BATIFFOL / LAGARDE ise ilk unsuru atlayarak üç unsurun gerekli olduğunu belirtmiştir (BATIFFOL / LAGARDE, 594); ancak bu ilk unsur zaten diğer unsurlar tarafından karşılanmakta, dolayısıyla esaslı bir fark oluşmamaktadır.

Fransa'da sadece Fransız hukukuna karşı yapılan kanuna karşı hile dikkate alınmakta, başka bir hukuk düzenine karşı yapılan kanuna karşı hile herhangi bir sonuç doğurmamaktaydı (BATIFFOL / LAGARDE, s. 594, 598; MAYER / HEUZE, s. 195). BATIFFOL / LAGARDE bu tutumu eleştirmiştir (BATIFFOL / LAGARDE, s. 598). Ancak ilerleyen dönemde, Fransız hukukuna olduğu gibi, yabancı bir hukuka karşı yapılan kanuna karşı hile de Fransız içtihadında kabul edilmiştir (BATIFFOL / LAGARDE, s. 598, vd.; MAYER / HEUZE, s. 195). AUDIT ise, yabancı hukukun Fransız hukuku kullanılarak dolanılması durumunda (dava Fransız mahkemelerinde görülüyorsa), çoğunlukla Fransız mahkemelerinin milletlerarası yetkisizliği ile karşılaşılacağını belirtmiştir (AUDIT, s. 204, vd.).

²⁵³ NOMER, s. 129; AYBAY / DARDAĞAN, s. 139.

²⁵⁴ NOMER, s. 129.

²⁵⁵ KEGEL / SCHURIG, s. 480, vd.

²⁵⁶ Bu görüşte, ÇELİKEL / ERDEM, s. 110; NOMER, s. 135; AYBAY / DARDAĞAN, s. 139. Aksi görüşte, KEGEL / SCHURIG, s. 486, 494. Yazar, kanuna karşı hile sorununun kamu düzeni üzerinden çözülmesi önerilerini "tamamen uygun olmayan bir yol" olarak nitelendirmektedir.

AUDIT ise, *for* devletinin değil, üçüncü ülkenin kanuna karşı hile yapılması durumunda kamu düzenine göre karar verilmesi gerektiğini savunmakta ve tarafların irksal veya dinî yaklaşım sergileyen hukuklarını dolanarak evlenmeleri durumunda, bu evliliğin Fransa'da tanınacağını buna örnek olarak göstermektedir (AUDIT, s. 203). Kanaatimizce yazarın ulaştığı sonuç doğru olsa da, kullanılan metod hatalıdır. Bize göre burada kanuna karşı hilenin oluşması için kamu düzenine aykırılık bir şart olarak ortaya çıkmamaktadır. Bizce yazarın verdiği örnekte, hakim olayda bir kanuna karşı hilenin varlığı tespit edecek ve buna göre uygulaması gereken hukukun dolanılan hukuk olduğuna karar verecektir. Ancak dolanılan hukukun ulaştığı sonuç (irksal veya dinî sebeplerle evlenmenin engellenmesi) *for*'un kamu düzenine aykırı olacağı için, hakim bu sonucun uygulanmasını

sorun olduğunu ve tarafların hile ile ulaşmak istediği sonuca izin verilmeyeceğini belirtir²⁵⁷. Nitekim BATIFFOL / LAGARDE da hukukun tüm alanlarında benzer bir fonksiyonla kullanılan bir kavramı, milletlerarası özel hukuk alanından dışlamanın hiçbir sebebi olmadığını belirtmektedir²⁵⁸.

Biz kanuna karşı hilenin yaptırımının milletlerarası özel hukukta öngörülmediğini ileri sürüp bundan dolayı bu durumun yaptırımını kamu düzeni içinde arayan görüşe katılmıyoruz. Kanuna karşı hilenin (hukukun dolanılmasının) yaptırımı zaten maddî hukukta da açık bir biçimde öngörülmemiştir. Nitekim, kanuna karşı hile, doktrinde, "kanunun sözü geçen hükümlerinden yararlanma hakkının kötüye kullanılması" olarak nitelendirilmektedir²⁵⁹. Böyle bir durumda, tarafların hile kastıyla uygulamaya çalıştıkları aracın uygulama alanı bulmasına izin verilmemektedir²⁶⁰. Biz bu prensibin milletlerarası özel hukukta uygulanmaması için hiçbir sebep görmüyoruz. Tarafların hile kastıyla uygulamak istedikleri hukukun uygulanmasına kamu düzenine aykırılık teşkil etmese bile, bu hukukun taraflarca uygulanmak istenmesinin nedeni, normal şartlar altında uyumsuzluğa uygulanacak bir hükmün uygulama alanı bulmasını engellemektir. Bu durum kamu düzenine aykırılık teşkil etmese bile, milletlerarası özel hukuk kurallarının ruhuna aykırıdır. Üstelik, kanaatimizce ulusal hukuk düzenlerindeki kanuna karşı hile ile milletlerarası özel hukuk alanındaki kanuna karşı hile arasında bir ayırımı (özellikle kanuna karşı hilenin yaptırımında) gitmenin bir anlamı yoktur. Her iki durumda da, maddî bir hükmün uygulama alanı bulmaması için kanun dolanılmaktadır. Milletlerarası özel hukuk alanındaki kanuna karşı hilede sadece kullanılan araç değişmektedir ve kanunun dolanılmasında bağlanma kurallarından yararlanılmaktadır.

reddedecek ve oluşan boşluğu kamu düzenine aykırı düşmeyecek bir yöntemle dolduracaktır. Tekrarlamak gerekirse, kamu düzeni kanuna karşı hilenin ileri sürülmesi için aranan bir şart değildir; ancak dolanılan kanunun *for*'un kamu düzenine aykırı sonuçlar verdiği durumda, elbette hakim kamu düzenine aykırı hükümleri uygulamayacaktır.

²⁵⁷ Bu görüşte, BATIFFOL / LAGARDE, s. 599, vd.; SEVİĞ, s. 163; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 48. BATIFFOL / LAGARDE, kanuna karşı hile ile kamu düzeni istisnalarını karşılaştırmıştır: kamu düzeni istisnası normal şartlar altında uygulanacak hukukun ulaştığı sonucun (içerik) bertaraf edilmesi ile ilgili iken, kanuna karşı hile, tarafların manevraları ile görünüşte uygulanır kılınan yabancı bir hukukun uygulanmasını bertaraf etmek için ilgili tarafın yapay davranışı göz önüne alınır (BATIFFOL / LAGARDE, s. 600).

²⁵⁸ BATIFFOL / LAGARDE, s. 597.

²⁵⁹ OĞUZMAN / BARLAS, **Medenî Hukuk**, 15. Bası, İstanbul 2008, s. 241. AUDIT ise, kanuna karşı hileyi hukukun kendisi kullanılarak kanunun ihlâl edilmesi şeklinde tasvir etmektedir (AUDIT, s. 194). Bize göre ise, kanuna karşı hilede kanunun kendisi kullanılarak hukukun ihlâl edilmesi söz konusudur.

²⁶⁰ OĞUZMAN / BARLAS, s. 242.

Milletlerarası özel hukukta çeşitli hâllerde kanuna karşı hile kurumuna rastlamak mümkündür; kimi hâllerde hukuk seçiminde de kanuna karşı hile bulunabilir²⁶¹. Bu noktada, bizim soracağımız soru, tarafların hukuk seçiminin kanuna karşı hile teşkil edip etmeyeceği (c) ve tarafların hukuk seçimi yapabilmek için, sözleşmeye yapay olarak yerleştirilecek yabancılık unsurları ile kanunun dolanılmasının mümkün olup olmadığıdır (b).

**b) Hukukî ilişkiye yapay olarak yabancılık unsuru
yerleştirilmesiyle kanuna karşı hile**

Bu noktayı, yukarıda ele aldığımız ve "hukuk seçimine etki tanınan hâller" başlığı altında incelediğimiz üç görüşe göre cevaplayalım. Birinci görüşe göre, hukuk seçimi yapılabilmesi için hukukî ilişkinin herhangi bir yabancılık unsuru taşıması gerekmediğine göre, taraflar sözleşmeye hiçbir yabancılık unsurunu yapay olarak taşımadan hukuk seçimi yapabileceklerdir. Bu durumda, kanuna karşı hileden söz edilemez; çünkü bu görüşe göre, hukuk düzeninin hukuk seçimi yönünde mutlak bir serbesti tanıdığı kabul edilmektedir.

İkinci görüşe göre, sözleşme ancak milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirdiği durumlarda hukuk seçimi yapılabilecektir. Kanaatimizce, bir sözleşmenin yapay olarak milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendirmesi, kural olarak mümkün değildir. Yine de sözleşmenin tarafları, sırf bir ülkenin emredici hukuk kurallarından kaçmak amacıyla, sözleşmeden doğan borcun bir başka ülkede ifa edileceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda, sözleşme sınıraşan bir nitelik taşıyacak ve taraflar hukuk seçimi yapabileceklerdir. Böyle bir durumda, tarafların sözleşmeden doğan borcun ifa yerini bir başka ülke olarak belirlemesinin tek nedeninin normal şartlarda uygulanacak hukukun emredici hukuk kuralları ile getirilen bir yasaktan kaçmak olduğunun ispatlanması durumunda, kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla kanuna karşı hilenin yapıldığı kabul edilebilecektir.

Üçüncü görüşe göre, tarafların hukuk seçimi yapabilmesi için, sözleşmenin bir yabancılık unsuru taşıması gerekir. Bu noktada, hangi unsurların yabancılık unsuru olarak dikkate alınacağı önem taşımaktadır. Örneğin, sözleşmenin kurulduğu yerin

²⁶¹ TEKİNALP, **Bağlama**, s. 48.

yabancılık unsuru olarak nitelendirilmesi durumunda, taraflardan biri yurtdışında bulunan bir kişiye temsil yetkisi vererek ve sözleşmenin bu kişi vasıtasıyla kurulmasını sağlayarak sözleşmenin bir başka ülkede kurulmasını sağlayabilir. Bu durumda, sözleşmede yabancılık unsuru bulunabilecek ve taraflar hukuk seçimi anlaşması yapıp iç hukukun bir yasak getiren kuralından kaçabileceklerdir. Böyle bir durumda da, kanunlar ihtilafı kuralı yoluyla kanuna karşı hilenin yapıldığı söylenebilir; çünkü taraflar sırf iç hukukun yasaklayıcı bir hükmünden kaçmak amacıyla sözleşmeye yapay bir şekilde yabancılık unsuru yerleştirmekte ve bu unsur sayesinde hukuk seçimi yaparak söz konusu yasaktan kurtulmaktadırlar.

Üçüncü görüşün çeşitli alt gruplara ayrılabilceğinden yukarıda bahsetmiştik. Üçüncü görüşte olup formel unsurları yabancılık unsuru olarak kabul etmeyen alt görüşlere uygun olarak yapılan bir hukuk seçiminde de, istisnaî de olsa, yapay yabancılık unsurlarının kullanılması söz konusu olabilecektir. İkinci görüşle ilgili olarak vermiş olduğumuz, sözleşmede "hileli" ifa yerinin kararlaştırılması örneğini, bu görüş için de verebiliriz.

Sonuç olarak, taraflar yabancılık unsuru olmayan bir uyuşmazlıkta iç hukukun emredici bir kuralının uygulama alanı bulmasından kaçmak için uyuşmazlığa "hileli" bir biçimde yabancılık unsuru kazandırılırsa ve bunun sonucunda taraflar sözleşmeyi başka bir hukuka tâbi kılarlarsa, sonuç kamu düzenine aykırı olmasa bile, kanuna karşı hile sayesinde uygulanabilir kılınan hukuk değil, kanuna karşı hile yapılmıyaydı normal şartlar altında uygulanması gereken hukukun sözleşmeye uygulanması gerekir²⁶². Öte yandan AUDIT, bir iç hukuk sözleşmesinin yapay bir biçimde "milletlerarasılaştırılması"nın pratikte görülmeyeceğini belirtmiş ve tarafların genellikle -olmayan bir yabancılık unsurunu varmış gibi göstererek-muvazaa yoluna başvurduğunu ifade etmiştir²⁶³.

c) Hukuk seçiminin kanuna karşı hile olarak değerlendirilmesi

Tarafların hukuk seçimini çeşitli amaçlarla yaptığını daha önce belirtmiştik. Bu amaçlardan biri, ileride bir uyuşmazlık çıkması durumunda hangi kuralların

²⁶² Bu formül için, bkz. MAYER / HEUZE, s. 191.

²⁶³ AUDIT, s. 148.

uygulanacağıının öngörülebilir olmasıdır. Öte yandan hukuk seçimi, yabancılık unsuru bulunan bir sözleşmede tarafların bir hukuk düzeninde bulunan emredici hukuk kurallarını kendilerine uygun bulmaması sebebiyle, bu hukuktan kaçmak amacıyla da yapılabilir. İşte böyle bir durumda, tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirleyerek normal şartlar altında objektif kurala göre uygulanması gereken hukukun yasaklayıcı hükümlerinden kaçmasının kanuna karşı hile teşkil edip etmediği sorgulanmalıdır.

POMMIER, böyle bir durumda kanuna karşı hile kurumuna başvurulamayacağını dile getirmektedir; çünkü kanunkoyucu taraflara sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin olarak mutlak bir serbesti tanımıştır²⁶⁴. Yazara göre bu mutlak serbesti içinde hile kastı bulunamaz. Yazar kanuna karşı hilenin diğer unsurunun da oluşmadığını, çünkü sözleşmeye normal şartlar altında uygulanması gereken hukukun zaten tarafların seçtiği hukuk olduğunu belirtmektedir²⁶⁵. Ancak BATIFFOL'e göre sözleşme ile ilgisi olmayan bir hukukun, sözleşme ile ilgisi olan hukuklardaki sözleşmeyi kesin hükümsüz kılan hükümlerden kaçmak amacıyla seçilmesi, kanuna karşı hile teşkil eder²⁶⁶. MAYER / HEUZE'ye göre ise, hukuk seçiminde kanuna karşı hile çok özel koşullarda gerçekleşir; yazarlara göre sözleşmenin genel olarak tâbi olduğu hukuktaki bir emredici hukuk kuralından kurtulmak için yapılan bir kısmî hukuk seçimi kanuna karşı hile teşkil edebilir²⁶⁷. Bu durumda, sözleşmenin ilgili kısmına kısmî hukuk seçimi uygulanamayacaktır. Biz de MAYER / HEUZE'ye katılıyoruz; hukuk seçimi yoluyla istisnaî kimi hallerde -kamu düzenine aykırılık bulunmasa bile- kanuna karşı hile oluşabileceğini düşünüyoruz. Ancak bu hâllerin çok sınırlı olduğu ve kural olarak POMMIER'nin yaptığı analizin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

3. Hukuk seçiminin konusu: seçilebilecek hukuk düzenleri

MÖHUK m. 24 / f. 1'de, tarafların aralarındaki hukukî ilişkiye uygulanacak hukuku seçebilecekleri belirtilmiştir. Biz de bu bölümde "hukuk seçimi"nden ne

²⁶⁴ POMMIER, s. 140. Seçilen hukukun kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı sürece, kanuna karşı hile teşkil etmeyeceği yönünde, bkz. TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 93; AYBAY / DARDAĞAN, s. 139.

²⁶⁵ POMMIER, s. 140. Benzer bir yorum için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 281.

²⁶⁶ BATIFFOL, s. 629.

²⁶⁷ MAYER / HEUZE, s. 537.

anlaşılması gerektiği, bir başka deyişle, tarafların hangi "hukuk"u seçebileceklerini araştıracağız. Bunun için önce hukuk seçimi ile hukuk kuralları seçimi arasındaki farka değinip MÖHUK m. 24 / f. 1'e göre bu konuda bir sınırlama yer alıp almadığını inceleyeceğiz (a). Ardından tarafların sözleşmedeki unsurlarla hiçbir ilgisi olmayan bir hukuk seçmelerinin MÖHUK sisteminde nasıl karşılanacağını yorumlayacağız (b). Daha sonra, tarafların *lex fori*'nin tanımadığı bir devletin hukukunun uygulanması yönündeki hukuk seçimi iradelerinin etkisini tartışacağız (c). Son olarak da, belli bir hukukun uygulanması biçiminde değil, belli bir hukukun uygulanmaması yönündeki "negatif hukuk seçimi"nin nasıl bir sonuç doğuracağını araştıracağız (d).

a) "Hukuk" seçimi / "hukuk kuralları" seçimi

(1) Genel olarak

MÖHUK m. 24 / f. 1 "[s]özleşmeden doğan borç ilişkileri[nin] tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbi" olduğunu ifade etmektedir. Bu bölümde bizim tartışacağımız husus, tarafların seçebileceği hukukun ne olduğudur: taraflar belli bir ulusal hukuku mu seçmek zorundadırlar, yoksa uluslararası hukuk, İslam hukuku²⁶⁸, AB hukuku gibi ulusal olmayan belli bir hukuk düzeni ya da *lex mercatoria*²⁶⁹, hukukun genel prensipleri gibi bir kurallar topluluğu veya UNIDROIT prensipleri,

²⁶⁸ Dine dayalı bir hukuk sisteminin seçilmesi ile ilgili bir analiz için, bkz. Adrian BRIGGS, "Decisions of British Courts During 2007: Private International Law", **BYBIL**, C. 78, 2008, s. 588-633 (**Decisions**), s. 624, vd.

²⁶⁹ *Lex mercatoria*'nın tanımını tartışmak bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bu kavram için bkz. ÖZDEMİR, **Tahkim**, s. 94, vd.; ÖZEL, **Akreditif**, s. 71; Musa AYGÜL, "Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde *Lex Mercatoria*'nın Uygulanması", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 45-85, s. 47, 51, vd.

Yine de *lex mercatoria*'nın ticarî örf ve âdet hukuku kuralları, ispat ve usule ilişkin örf ve âdet hukuku kuralları ve ticaret hukukunun genel ilkeleri ile milletlerarası kamu düzeninden oluştuğunun kabul edildiğini belirtelim (GOODE, s. 3). Bunların dışında *lex mercatoria*'nın milletlerarası ticaret alanındaki özel kurumlar tarafından çıkartılan kurallar, milletlerarası standart sözleşmeler, milletlerarası ticarî tahkim içtihadı gibi kaynakları olduğu doktrinde gösterilmektedir. Ancak örneğin AKINCI'ya göre, son iki kaynak uyulması zorunlu etki yaratmadığı için *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında sayılamaz (AKINCI, **İnşaat**, s. 14). *Lex mercatoria*'nın kaynakları ile ilgili olarak, ayrıca bkz. Arzu OĞUZ, **Lex Mercatoria**, Ankara 2004 (**Lex**), s. 97, vd. Karş. GOLDMAN, s. 242, vd. LANDO da, *lex mercatoria*'yı milletlerarası ticarî sözleşmelere uygulanacak millî olmayan hukuk olarak tasvir etmektedir (LANDO, s. 401).

Öte yandan çalışmamızın giriş bölümünde, *lex mercatoria*'nın uygulanacak hukuk veya hukuk kuralı olarak seçilmeden, milletlerarası örf ve âdet hukuku sıfatıyla (dolayısıyla MK m. 1 / f. 2 uyarınca Türk hukukunda uygulanması gereken kuralların bir parçası olarak), maddî milletlerarası özel hukuk kuralı olarak doğrudan uygulanabileceğini belirttiğimizi hatırlatmak isteriz.

FIDIC²⁷⁰, Incoterms²⁷¹, Viyana Satım Antlaşması, Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri²⁷² gibi hukukî metinleri²⁷³ uygulanacak hukuk olarak seçebilirler mi²⁷⁴?

MÖHUK m. 24 / f. 1'de yer alan "hukuk" teriminden ne anlaşılması gerektiği, teorik bir tartışmadan ziyade Türk kanunkoyucusunun bu terimi ne şekilde kullandığı ile belirlenebilir.

Eski MÖHUK m. 24'te, sözleşmesel ilişkinin tarafların seçecekleri "kanun"a tâbi olacağı belirtilmiştir. Bu ifade yeni MÖHUK'taki gibi ayrıntılı bir düzenlemeye sahip olmayan eski MÖHUK sisteminde, tarafların hukuk seçiminde bulunması durumunda, atıf teorisinin uygulama alanı bulmasını engellemektedir. Yine de "tarafların [...] seçtikleri kanun" ifadesi doktrinde eleştirilmiş; doğru terminolojinin "tarafların [...] seçtikleri hukuk" olacağı belirtilmiştir²⁷⁵. Nitekim, yeni MÖHUK'ta, sözleşmesel ilişkiye tarafların seçtiği "hukuk"un uygulanacağı belirtilmiştir²⁷⁶.

Ancak biz doğru terminolojinin "tarafların [...] seçtikleri hukuk" olduğunu düşünmüyoruz. Bununla beraber, "hukuk" teriminden farklı olarak "kanun" teriminin, hukuk düzenindeki içtihat ile örf ve âdet hukuku kurallarını içine

²⁷⁰ Milletlerarası inşaat sözleşmelerinde en yaygın uygulama alanı bulan kurallar FIDIC kurallarıdır (AKINCI, **İnşaat**, s. 11). FIDIC ile ilgili ayrıca, bkz. EKŞİ, **Incorporation**, s. 280, vd.

²⁷¹ Incoterms'ün sözleşmeyi idare eden hukuk olmadığı ve sadece sözleşme hükmü olduğu yönünde, bkz. EKŞİ, **Incorporation**, s. 279.

²⁷² Bu prensiplerin sadece ileride meydana gelebilecek bir Avrupa Borçlar Kanunu'na temel teşkil etmesi amaçlanmamakta, aynı zamanda tarafların bu prensipleri sözleşmenin bir parçası hâline getirebileceği de öngörülmektedir (DAYINLARLI, **Lando İlkeleri**, s. 336). Yine bu prensiplere, *lex mercatoria*'nın bir ifadesi olarak bakılabileceği hakkında, bkz. DAYINLARLI, **Lando İlkeleri**, s. 337. LANDO da, benzer bir biçimde, *lex mercatoria*'yı oluşturan kurallardan bir bölümünün de UNIDROIT ve Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri gibi metinlerde kabul edilmiş kurallar olduğunu belirtmiştir (LANDO, s. 401, 402). LANDO, Viyana Satım Antlaşması'nda öngörülen kuralların da *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak görülebileceğini belirtmektedir (LANDO, s. 402).

²⁷³ Saydığımız bu ikinci grup kurallar, tam (kendi içinde bütün) bir hukuk sistemi oluşturmamaktadırlar; bir başka deyişle bunlar birer kurallar bütünüdür. *Lex mercatoria* da kanaatimizce tam bir hukuk sistemi değildir (aynı görüşte, GOODE, s. 33; aksi görüşte, AYGÜL, s. 64, bu konudaki tartışma için bkz. AKINCI, **İnşaat**, s. 14, vd.; AYGÜL, s. 63, vd.).

²⁷⁴ Tartışma için, bkz. DOĞAN, **Akreditif**, s. 148, vd.

²⁷⁵ AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 49.

²⁷⁶ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 191.

Yeni MÖHUK'ta, eski MÖHUK'un kullandığı "kanun" teriminden farklı olarak "hukuk" teriminin kullanılması, ilk bakışta, kanunkoyucunun yeni düzenlemede farklı bir öngöründe bulunduğu biçiminde yorumlanabilecektir. Elbette ki, söz konusu iki kelimenin Türkçe'de eşanlamlı olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Ancak, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nün farklı dillerdeki metinlerini karşılaştırdığımızda, aynı kurum için Fransızca'da Türkçe karşılığı "kanun" olan bir kelime, İngilizce'de Türkçe karşılığı hem "kanun", hem de "hukuk" anlamına gelen bir kelime, Almanca'da ise Türkçe karşılığı "hukuk" olan bir kelimenin kullandığı görülecektir.

Kanaatimizce, gerek eski, gerekse de yeni MÖHUK'ta tarafların seçmesi hâlinde sözleşmeye uygulanacağı belirtilen düzen, kullanılan terim farkına rağmen aynıdır. Bu düzeni, bir devletin yürürlükte olan ve kendi içinde bir bütün teşkil eden hukuk sistemi olarak algılamak gerekir.

almadığını; bu nedenle de bu teriminin de isabetsiz olduğunu düşünüyoruz. Üstelik bir ülkenin kanununun (örneğin Alman BGB'sinin) seçimi, aslında hukuk seçimi değil, hukuk kuralı seçimidir. Bize göre, bu sistem ne eski MÖHUK²⁷⁷, ne de yeni MÖHUK düzeninde kabul edilebilir.

Tarafların "hukuk" seçebilmesinin doğru terminoloji olmamasını düşünmemizin nedeni ise, "hukuk"un her zaman millî bir düzeni belirtmek için kullanılmamasıdır. Örneğin İslam hukuku, Avrupa Birliği hukuku, uluslararası hukuk, hatta milletlerarası ticarî örf ve âdet hukuku da birer "hukuk" sistemidir. Oysa tarafların sözleşmelerine *lex mercatoria*, uluslararası hukuk veya Avrupa Birliği hukukunun uygulanmasını kararlaştırmalarının MÖHUK sisteminde mümkün olamayacağını düşünüyoruz. Fakat yeni MÖHUK m. 24'te kullanılan terminoloji bu tip hukuk sistemlerinin taraflarca -hukuk seçimi olarak- seçilmesinin önüne geçmemektedir. "Kanun" teriminin kullanılmasının bu açıdan daha isabetli olabileceği bile söylenebilir; çünkü "kanun" terimi tarafların seçeceği hukukun bir millî düzenin parçası olması gerektiği unsurunu içinde barındırır. Biz her iki sakıncayı da aynı anda gidermek açısından, doğru terminolojik yaklaşımın "*tarafların seçtikleri ülke hukuku*" veya "*tarafların seçtikleri millî hukuk*" gibi bir ifadeyle yakalanabileceğini düşünüyoruz. Nitekim "*law of a country*" ifadesi İngilizce metinlerde sık kullanılan bir kavramdır. Bu şekilde kastedilmeye çalışılan "bir devletin yürürlükte olan ve kendi içinde bir bütün teşkil eden hukuk sistemi" kavramı, tam bir şekilde ifade edilmiş olunacaktır.

Türk kanunkoyucusunun, yürürlükteki kanunlar arasında, MÖHUK haricinde tarafların millî hukuk düzenini aşarak kendi ilişkilerine uygulanacak düzeni kararlaştırabileceklerini öngördüğü kanunlardan, belki de en yaygın uygulama alanı olan Milletlerarası Tahkim Kanunu'dur²⁷⁸. MTK m. 12 - C / f. 1'de hakem veya hakem heyetininin "*taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyumsuzluğun esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre*" karar vereceği ifade edilmiştir. Bu kanundaki ifade, MÖHUK m. 24 / f. 1'deki ifadeden

²⁷⁷ Aski görüşte, SARGIN, *Lisans*, s. 188.

²⁷⁸ ÖZDEMİR, *Tahkim*, s. 91, 122.

MTK haricinde, özellikle yatırım hukukuna ilişkin uluslararası anlaşmalarda, tarafların kendi ilişkilerine uygulanacak düzeni kararlaştırmalarına bir sonuç tanınmıştır.

farklıdır²⁷⁹. MTK'da "hukuk kuralları", MÖHUK'ta ise "hukuk"un (eski MÖHUK'ta da "kanun"un) taraflarca seçilebileceği belirtilmiştir²⁸⁰. Her ne kadar, "hukuk kuralları" ile "hukuk" terimleri arasındaki fark, ufak ve önemsenmeyecek bir detay gibi gözükse de, iki terim birbirinden çok farklı anlamlara gelmektedir.

MTK m. 12 - C / f. 1'deki hukuk kurallarına yapılan atıf, her türlü hukuk kuralının seçilebileceği anlamına gelmektedir²⁸¹. Yukarıda sorduğumuz soruyu MTK açısından yanıtlarsak, MTK kapsamında tarafların Avrupa Birliği hukuku, İslam hukuku²⁸², uluslararası hukuk, hukukun genel prensipleri²⁸³, Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri²⁸⁴, hatta *lex mercatoria*'yı²⁸⁵ sözleşmelerine uygulanacak düzen olarak belirlemeleri bir sonuç doğuracaktır²⁸⁶.

²⁷⁹ Aynı ayırımın Almanya örneği için, bkz. KESER BERBER, s. 477; Fransa örneği için, bkz. MAYER, s. 275. Eski MÖHUK m. 24 ile MTK m. 12 - C arasındaki kimi farklar için, bkz. ÖZDEMİR, **Tahkim**, s. 123, vd.; Roma Konvansiyonu ile UNCITRAL Model Kanunu m. 28 arasındaki fark için, bkz. Urs Peter GRUBER, "The Convention on the International Sale of Goods (CISG) in Arbitration", **RDAI**, 2009, S. 1, s. 15-34, s. 26.

²⁸⁰ Tarafların tahkimde uyuşmazlıklarına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarının, *incorporation* yöntemiyle sözleşmenin bir hükmü olmak üzere değil, uygulanacak hukuk (kuralı) olarak seçildiği yönünde, bkz. GOODE, s. 7.

²⁸¹ GOODE, s. 32; MAYER, s. 275. Modern tahkim düzenlemelerinde tarafların hukuk kurallarını seçebileceğinin düzenlendiği yönünde, bkz. Klaus Peter BERGER, "Harmonisation of European Contract Law: The Influence of Comparative Law", **ICLQ**, C. 50, S. 4, Ekim 2001, s. 877-900, s. 899, dn. 134; AKINCI, **İnşaat**, s. 18, vd.

Tahkimde taraflarca veya hakemlerce uyuşmazlığa millî olan veya olmayan bir hukukun, özellikle milletlerarası ticaretin ihtiyaçları doğrultusunda gelişen kuralların uygulanabileceğinin belirlenebileceği yönünde, bkz. ÖZDEMİR, **Tahkim**, s. 91. Ancak yazarın da belirttiği üzere, MTK m. 12 - C kapsamında, tarafların hukuk (kuralı) seçimi yapmaması durumunda, hakemlerin uyuşmazlığa sadece bir devletin hukukunu uygulayabileceği, dolayısıyla *lex mercatoria* gibi hukuk kurallarının uygulanamayacağı yönünde yerinde bir saptama için, bkz. ÖZDEMİR, **Tahkim**, s. 123.

²⁸² İngiliz Arbitration Act § 46'ya göre, tarafların milletlerarası tahkimde uyuşmazlığa İslam hukukunun uygulanacağını belirlemesinin mümkün olduğu yönünde, bkz. BRIGGS, **Decisions**, s. 625.

²⁸³ BERGER, tarafların tahkim yargılamasında UNIDROIT prensipleri, Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri gibi hukukun transnasyonal prensiplerini uygulanacak hukuk kuralı olarak seçebileceğini belirtmiştir (BERGER, s. 900, dn. 134).

²⁸⁴ LAGARDE / TENENBAUM, s. 737.

²⁸⁵ DEMİR GÖKYAYLA, s. 298; DOĞAN, **Akreditif**, s. 160.

²⁸⁶ Karşılaştırmalı hukukta milletlerarası ticarî tahkim düzenlemelerinden hareketle aynı sonuca ulaşan yazarlar için, bkz. GAILLARD, s. 201; DICEY / MORRIS, s. 1223; LANDO, s. 402; ŞANLI, **Tahkim**, s. 144, vd.; AKINCI, **İnşaat**, s. 18; ÖZDEMİR / DURGUT, s. 478; ÖZDEMİR, **Tahkim**, s. 107, 123; TARMAN, **Seçim**, s. 152. Pratikte bu yönde tahkim kararları bulunduğu yönünde, bkz. MAYER, s. 275.

Hatta tarafların hukuk seçiminde bulunmamış olması durumunda, hakemlerin uygun göreceklere hukuku veya hukuk kurallarını uygulayacakları, hukukun genel ilkelerine ve milletlerarası teamüllere daha serbest bir biçimde başvurabilecekleri doktrinde vurgulanmıştır (GOODE, s. 6, vd.). Ancak LANDO'nun da belirttiği üzere, gerek (Türkiye de dahil olmak üzere) UNCITRAL Model Kanunu'nu uygulayan ülkelerde, gerekse de İngiltere'de, tarafların tahkimde uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda, hakemler uygun gördükleri kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayacaklardır (LANDO, s. 402, vd.). Öte yandan, yazar, İtalya, Fransa ve Hollanda'da, taraflar uygulanacak hukuku seçmeseler

Öte yandan sorunun yanıtı, MÖHUK m. 24 / f. 1'in uygulandığı hâllerde farklı olacaktır. MÖHUK m. 24 / f. 1 uyarınca tarafların hukuk seçimine sonuç bağlanabilmesi için tarafların "hukuk kuralı" değil, "hukuk" seçmeleri gerekmektedir²⁸⁷.

Kanunkoyucunun, tarafların "hukuk kuralı" seçmesine, "hukuk" seçmesi gibi bir etki tanımamasının nedeni doktrinde açıklığa kavuşturulmak istenmiştir. ŞANLI, ancak bir hukuk düzeninin taraf iradesine meşruiyet kazandıracaklarını ve sözleşmenin ancak bir hukuk düzenine dayanması hâlinde taraflar açısından bağlayıcılık kazanabileceğini belirtmektedir²⁸⁸. NYGH de ancak bir millî hukuk düzeninin bir hukukî ilişkide tarafların tüm borçlarını tanımlayabileceği ve bu borçların icra edilmesi için bir yöntem sağlayabileceği yönündeki değerlendirmeyi ele almış²⁸⁹; ancak bu görüşe katılmadığını belirtmiştir. Yazara göre millî mahkemeler önünde millî hukukun uygulanması şart değildir ve tarafların sözleşmelerini *lex mercatoria*'ya veya uluslararası hukukun genel ilkelerine tâbi kılmasında bir sakınca yoktur; bu kuralların uygulanmasında bir boşluk olursa da, hakim bu boşluğu doldurabilir²⁹⁰. ANCEL / LEQUETTE ise, sözleşmenin bir millî hukuk düzeninin kontrolünde olması gerektiğini, milletlerarası ticarî sözleşmelerde bile kimi zaman gerekli olan ve hukuk kuralının emredici / zorlayıcı niteliğini temin eden organize bir baskı aracının sadece millî hukuk düzenlerinde olmasına dayandırmaktadır²⁹¹. Bu konudaki en ayrıntılı açıklamalardan birini de TİRYAKIOĞLU yapmıştır. Yazar, tarafların aralarındaki ilişkiyi "*hukuk düzeni dışında ve hukuk tarafından denetlenmeyen davranış standartlarına göre düzenleme[sinin]* onlara günümüz

bile, hakemlerin *lex mercatoria*'yı uygulayabileceğini belirtmiştir. Biz bu son üç ülkeye İsviçre'yi de ekleyebiliriz. Nitekim İMÖHK m. 187'ye göre, taraflar uygulanacak hukuku seçmezlerse, tahkim heyeti olayla en sıkı ilişkiyi taşıyan hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözecektir.

²⁸⁷ ÖZDEMİR / DURGUT, s. 478. Roma Konvansiyonu açısından da aynı sonuç için JACQUET, s. 44; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 22. Aksi yönde, COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 23, dn. 46'daki Hollanda Yüksek Mahkemesi kararları.

Fransız Yargıtay'ının 21 Haziran 1950 tarihli *Messageries Maritimes* kararı (karar metni için, bkz. ANCEL / LEQUETTE, s. 199, vd.) tüm uluslararası sözleşmelerin bir millî hukuka tâbi olması gerektiğini belirtmiştir.

²⁸⁸ Cemal ŞANLI, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, İstanbul 2005 (Akitler), s. 41. Ancak belirtmek gerekir ki, yazar sözleşmenin belirli bir hukuk düzeni üzerinde kurulması gerektiğini söylerken, millî bir hukuk düzenine gönderme yapmamaktadır.

²⁸⁹ NYGH, s. 307.

²⁹⁰ NYGH, s. 308, vd.

²⁹¹ ANCEL / LEQUETTE, s. 207.

toplumunun açıkça reddettiği ayrıcalık ve dokunulmazlıklar tanınması"na yol açacağını belirtmiştir²⁹². Bu kaygının, özellikle bir tarafın zayıf taraf olduğu hukuk ilişkilerinde güdülmesi doğaldır; fakat uyuşmazlıklarını millî mahkemeler yerine milletlerarası ticarî tahkimde de çözebilecek iki tarafın arasındaki hukukî ilişki açısından bu görüş çok da tatminkâr değildir. Üstelik, toplumun açıkça reddettiği bir sonuç, Türk kamu düzenine aykırı olacak, dolayısıyla ulaşılan sonuç MÖHUK m. 5 engeline takılacaktır. OĞUZ ise, diğer yazarlardan biraz daha farklı olarak, kanunkoyucunun bu yaklaşımı ile milletlerarası özel hukuktaki ulusallaştırma süreci arasında bir bağ kurmaktadır²⁹³.

BRIGGS'in de belirttiği gibi, kanunkoyucu tarafların "hukuk kuralı" seçebilmesini düzenleyebilirdi²⁹⁴. Hatta Roma I Tüzüğü'nün hazırlanması sürecinde, böyle bir seçime etki tanınması tartışılmıştır²⁹⁵. Gerçekten de, Roma I Tüzüğü Tasarısı m. 3 / f. 2'de tarafların uluslararası düzende veya AB'de kabul edilen maddî hukuk ilkeleri ve kurallarını uygulanacak hukuk olarak seçebilecekleri düzenlenmiştir. Böylece tarafların UNIDROIT Prensipleri, Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri'ni seçmesi hâlinde, bu seçimin sonuç doğurmasının önü açılmaya çalışılmıştır. Öte yandan *lex mercatoria* ya da uluslararası topluluk tarafından yeterince tanınmamış özel kodifikasyonların taraflarca seçiminin dışlandığı belirtilmiştir²⁹⁶. Ancak Tüzük'ün nihaî metninde taraflara -sınırlı koşullarda da olsa- millî olmayan bir hukuk düzenini seçme imkanı tanınmasından, daha doğrusu böyle bir seçime etki tanınmasından vazgeçilmiştir²⁹⁷. Kanunkoyucunun bu yöndeki

²⁹² TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 23, vd.

²⁹³ OĞUZ, *Lex*, s. 77, vd., özellikle s. 85, vd.

²⁹⁴ BRIGGS, *Decisions*, s. 627.

²⁹⁵ BRIGGS, *Decisions*, s. 627; KADNER GRAZIANO, s. 455 ve s. 455, dn. 32; LAGARDE / TENENBAUM, s. 736; BERGER, s. 899; Hugues KENFACK, "*Le Règlement (CE) no: 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I"), navire stable aux instruments efficaces de navigation*", *JDI*, C. 136, S. 1, Ocak-Mart 2009, s. 3-39, s. 5; FRANCQ, s. 51; TEKİNALP, *Bağlama*, s. 337, dn. 16; TARMAN, *Seçim*, s. 151, dn. 34; TARMAN, *Roma I*, s. 308, vd.

Ayrıca bkz. MAX PLANCK INSTITUTE, "*Comments on the European Commission's Green Paper on the Convention of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernization*", *Rechts Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Ed. Jürgen Basedow, C. 68, 2004, s. 1-121, s. 31, vd. Enstitü Raporu'nda tarafların uluslararası bir konvansiyonun ve hukukun genel ilkelerinin uygulanmasını seçebileceğinin düzenlenmesi gerektiği önerilmektedir.

²⁹⁶ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Proposal*, s. 5.

²⁹⁷ LAGARDE / TENENBAUM, s. 736; TEKİNALP, *Bağlama*, s. 337. Tüzük'ün zımnen hukuk kuralı seçimini reddettiği yönünde, bkz. BONOMI, s. 170.

tercihinin (millî mahkemeler önünde millî olmayan bir hukukun sözleşmeye uygulanamaması) teknik bir gereksinimden çok, hukuk politikasına dayandığını söyleyebiliriz²⁹⁸. Ancak kanunkoyucunun tercihi bu yönde olduğu sürece, tarafların hukuk kuralı seçimi değil, sadece hukuk seçimi millî yargıda sonuç doğuracaktır²⁹⁹.

"Hukuk" seçimi millî hukuk düzenleri ile sınırlıdır; bir başka deyişle taraflar ancak bir devletin hukukunu seçmeleri hâlinde, MÖHUK m. 24 / f. 1 anlamında hukuk seçimi yapmış olacaktır³⁰⁰. Bu durumda hukuk seçimi ile ilgili iki unsur karşımıza çıkar. Birinci unsur, tarafların "hukuk" seçebilmesi için, millî bir sisteme atıf yapmasıdır³⁰¹. İkinci unsur ise, bir millî hukuk düzeninde yer alan kimi kuralların

Öte yandan, Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 14'te, AB'nin sözleşmeler hukukunun esasına ilişkin bir hukukî metin kabul etmesi durumunda, tarafların bu enstrümandaki kuralları sözleşmelerine geçirebileceği dile getirilmiştir. Ancak bu kurallar, uygulanacak hukuk olarak değil, hukuk kuralları olarak sözleşmeye geçirilecektir. Nitekim Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 13'te de tarafların millî olmayan bir hukuka veya uluslararası bir konvansiyona sözleşmelerinde referans yapabileceği belirtilmiştir. Hemen belirtelim ki, söz konusu prensiplerin AB üyesi ülkelerin borçlar kanunlarının yerini alması durumunda, tarafların AB üyesi devletlerden birinin hukukunu seçmesi durumunda, bu prensipler uygulanacak hukukun bir parçası olarak uygulanabilecektir. Bu prensipler, maddî topluluksal özel hukuk hükümleri teşkil ederse, bu durumda tüm unsurları AB içinde oluşan milletlerarası sözleşmelere bu kuralların doğrudan uygulanması söz konusu olabilecektir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, bu olasılığın Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 4'te öngörülen mekanizma ile değil (çünkü bu hüküm sadece AB hukukunun emredici hukuk kurallarının sözleşmeye uygulanmasına ilişkindir); kanunlar ihtilafı kuralları dışında bir mekanizma olan maddî kuralların doğrudan uygulanması yoluyla gerçekleşmesidir. Sonuç olarak, kanaatimizce taraflar söz konusu prensipleri hiçbir zaman uygulanacak hukuk olarak seçemeyeceklerdir. Bu prensipler, uygulanacak hukukun bir parçası olarak (hukuku seçilen ülkenin borçlar kanunu niteliği ile veya Birlik içi sözleşmelerde maddî topluluksal özel hukuk kuralı olarak) veya tarafların bu kurallara referans yapması durumunda sözleşme hükmü olarak uygulanabilir. Tarafların uygulanacak hukuk olarak bu prensipleri seçmemesinin çok basit bir açıklaması vardır: bu prensipler kapalı bir hukuk sistemi oluşturmamakta, sadece borçlar kanununun genel kısmına denk gelen sınırlı bir düzenleme öngörmektedirler. Dolayısıyla, bu prensipler uygulanacak hukuk olarak değil, olsa olsa uygulanacak hukuk kuralı olarak seçilebilirler. Bu ise, günümüz hukuk sistemlerinin özellikleri göz önüne alındığında, ancak tahkim yargılaması açısından mümkündür. Ancak, ileride kanunlar ihtilafı kuralları tarafların hukuk kurallarını seçebileceğini belirtirse veya bu prensiplere özgü olarak özel bir hüküm benimsenirse, Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralı olarak taraflarca seçilebilecektir.

²⁹⁸ Bu tercihin teknik bir tercih olmadığı yönünde çeşitli argümanlar için bkz. BRIGGS, **Decisions**, s. 626, vd.

²⁹⁹ Hukuk kuralları seçiminin millî yargıda sonuç doğurması yönünde bir eğilim, "*subjectivisme pur*" ismi altında Fransa ve Belçika'da XX. yüzyılın başında egemendi (NYGH, s. 300, vd.; MAYER / HEUZE, s. 526, vd., 531, vd.).

³⁰⁰ NÖMER, s. 311; ÖZEL, **Akreditif**, s. 76; ÖZDEMİR / DURGUT, s. 478; EKŞİ, **Roma**, s. 97; TARMAN, **Seçim**, s. 152.

"*Contrat sans loi*"nın veya devlete ait olmayan kuralların sözleşmeye uygulanması yönünde bir iradenin Roma Konvansiyonu m. 3 kapsamında hukuk seçimi oluşturmayacağı yönünde, bkz. MAYER / HEUZE, s. 531, vd.

³⁰¹ Roma Konvansiyonu açısından aynı yönde, BRIGGS, **Decisions**, s. 624. Yahudi hukukunun sözleşmeye uygulanmasının hukuk seçimi teşkil etmediği, dolayısıyla uygulanacak hukukun objektif kurala göre belirleneceği yönünde, Halpern v. Halpern kararı (karar hakkında açıklama için bkz. BRIGGS, **Decisions**, s. 625). TEKİNALP de, tarafların uluslararası bir konvansiyon, hukukun genel

veya tek bir kanunun değil, topyekün tüm hukuk düzeninin, yani o devletin hukukunun seçilmesidir. "Hukuk kuralları" ile "hukuk" seçimi arasındaki temel fark da bu iki unsurdan kaynaklanır: uygulanacak kuralların kaynağının bir millî hukuk düzeni olması ve kendi içinde bir bütün oluşturan (tam) - yaşayan bir hukuk düzeninin öngördüğü kuralların topyekün uygulanması³⁰².

Az önce de belirttiğimiz gibi, MÖHUK m. 24 / f. 1'de de tarafların "hukuk kuralları" değil, bir devletin hukuk sistemi anlamına gelmekte olan "hukuk" seçmesinin sonuçları düzenlenmiştir³⁰³. Buna göre, bir ticarî sözleşmede tarafların sözleşmelerine uygulanacak düzen olarak *lex mercatoria*'yı seçmiş olması hâlinde, Türk hakimi, bu seçimi bir hukuk seçimi olarak kabul etmeyecek³⁰⁴ ve MÖHUK m.

prensipleri veya *lex mercatoria*'yı seçmesinin hukuk seçimi olmadığını belirtmektedir (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 339).

³⁰² Aynı ayırım, yabancı dillerde de mevcuttur. İngilizce'de "*rules of law*", Fransızca'da "*règles de droit*", Türkçe'deki "hukuk kuralları" terimine denk gelmektedir. 1965 tarihli Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Hakkında Konvansiyon ("*Washington Konvansiyonu*") m. 42, ICC Tahkim Kuralları m. 17 / f. 1 (bu kuralların Türkçe çevirisinde kullanılan ifade ("*uygulanacak maddî hukuk*") ne kuralların aslına, ne de Türkçe'de bu kurumlar için kullanılan terimlere uygundur), Stockholm Tahkim Kuralları m. 24 / f. 1'de de tarafların anlaşlıkları "*hukuk kuralları*"nın ("*rules of law*", "*règles de droit*") uyuşmazlığa uygulanacağı belirtilmiştir. 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları m. 33 / f. 1'de, Stockholm Tahkim Kuralları m. 24 / f. 1'de (Stockholm Tahkim Kuralları hem "hukuk kuralları", hem de "hukuk"un seçilebileceğini belirtmektedir) ve Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 1 ile Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 1'de tarafların seçtikleri "hukuk"un ("*law*", "*loi*" (bire bir tercüme edildiğinde "kanun"); Almanca'da "*Recht*" (bire bir tercüme edildiğinde "hukuk")) uyuşmazlığa (veya sözleşmesel ilişkiye) uygulanacağı belirtilmiştir. Öte yandan, İngilizce'de "*law*", Fransızca'da "*loi*" olarak kullanılan terimin karşılığı olarak Türk kanunkoyucusu "hukuk" terimini kullanmaktadır. İngilizce açısından fark etmemekle birlikte, Fransızca'da millî bir hukuk sistemine yapılacak atıf, kelime kelimesine tercüme ile "tarafların seçtiği kanun" ya da "uygulanacak kanun" örneklerinde olduğu gibi aslında kanun ("*loi*") kelimesi ile gösterilir (Marie-Elodie ANCEL, **La prestation caractéristique du contrat**, Paris 2002 (**Prestation**), s. 327). Terminoloji ile ilgili benzer yönde bir saptama için, bkz. KESER BERBER, s. 477.

³⁰³ EKŞİ, **Roma**, s. 97. Ancak yazar konuya terminolojik açıdan yaklaşmamakta, tahkim ile millî mahkemeler arasında doktrinde bir farklılığın yapıldığını belirtmekle yetinmektedir.

³⁰⁴ SAKMAR, s. 360; NOMER, s. 311; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 339; EKŞİ, **Roma**, s. 96; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 39; TARMAN, **Seçim**, s. 152. Roma Konvansiyonu açısından da aynı sonucun geçerli olduğu yönünde, JACQUET, s. 33, 44; NORTH / FAWCETT, s. 560; MORRIS, s. 339; DICEY / MORRIS, s. 1223; VON HOFFMANN / THORN, s. 433; ELWAN, s. 138, vd.; NYGH, s. 308. Aynı şekilde İslam hukukunun da seçiminin hukuk seçimi olarak kabul edilmeyeceği yönünde, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 97; MORRIS, s. 339.

Öte yandan AYGÜL, millî yargılama organının *lex mercatoria*'yı bir hukuk sistemi olarak kabul etmesi ve tarafların hukuk seçimi olarak *lex mercatoria*'yı seçmesi durumunda, *lex mercatoria*'nın sözleşmeye uygulanabileceğini belirtmiştir (AYGÜL, s. 55). Biz bu görüşe katılmıyoruz. Gerçekten de yazarın belirttiği üzere, doktrinde *lex mercatoria*'nın bir hukuk sistemi mi, kurallar bütünü mü olduğuna dair bir tartışma bulunmaktadır (biz de yukarıda *lex mercatoria*'nın bir bütün hukuk sistemi olmadığı yönünde görüşümüzü belirtmiştik). Ancak *lex mercatoria*, bir bütün hukuk sistemi olarak kabul edilse bile, MÖHUK m. 24 / f. 1 anlamında asla bir hukuk seçimine konu olamaz; çünkü bu hükümdeki hukuk seçimi, sadece tarafların "hukuk kuralı" değil, sadece "hukuk" seçebileceği anlamında yorumlanamaz. MÖHUK m. 24 / f. 1'e göre taraflar ancak bir millî düzeni, hukuk seçimi kapsamında seçebilirler. Örneğin kendi içinde kapalı ve bir bütün oluşturan İslam hukuku, uluslararası

24 / f. 1'de öngörülen sonuç meydana gelmeyecektir. Aynı şekilde, tarafların sözleşmeye VSA'nın uygulanmasını öngörmeleri durumunda da, böyle bir seçim sonuçsuz kalacaktır³⁰⁵. Tarafların ICC'nin akreditifle ilgili metinlerini sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kararlaştırmaları hâlinde de aynı durumla karşılaşılacaktır³⁰⁶. Yine UNIDROIT Prensipleri ya da Avrupa Sözleşme Hukuku Prensipleri'nin taraflarca seçilmesi de MÖHUK m. 24 / f. 1'in kapsamı dışındadır³⁰⁷.

Öte yandan taraflar, sözleşmesel hüküm olarak uygulanmak üzere³⁰⁸, yukarıda "hukuk kuralı" olarak belirttiğimiz kurallara veya düzenlere referans yapabilirler³⁰⁹. Bu kurallar sadece sözleşmesel hüküm olarak uygulanabilir³¹⁰; bu kuralların uygulanan hukukun emredici hukuk kurallarına uyması gerekir³¹¹. Aksi durumda, referans yapılan kurallar hüküm doğurmayacaktır³¹².

hukuk gibi hukuk sistemleri de taraflarca hukuk seçimine konu olamayacaktır. Bu nedenle tam bir hukuk sistemi olarak anlaşılabilir, *lex mercatoria* bir millî hukuk düzeni olmadığı için, asla MÖHUK m. 24 / f. 1 anlamında bir hukuk seçimi teşkil edemez.

³⁰⁵ GRUBER, s. 26. Yazar, tahkimden farklı olarak mahkeme yargısında VSA'nın sözleşmeye doğrudan uygulanan hukuk (kuralı) olarak seçilemeyeceğini, VSA'nın ancak bu konvansiyona taraf ülkenin hukukunun bir parçası olarak uyumsuzluğa uygulanabileceğini belirtmektedir.

³⁰⁶ ÖZEL, **Akreditif**, s. 76.

³⁰⁷ TARMAN, **Seçim**, s. 152.

³⁰⁸ Tarafların sözleşmede Incoterms'e yer vermelerinin bir hukuk seçimi değil, sözleşme hükmü olacağı yönünde, bkz. ERDEM, **Satım**, s. 70; BALKAR, s. 85; Nuray EKŞİ, **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul 2004 (**Tahkim Anlaşmaları**), s. 24. Benzer biçimde, tarafların genel hukuk prensiplerine, iç hukuktaki sözleşme serbestisi kapsamında gönderme yapabilecekleri yönünde, DOĞAN, **İş Akdi**, s. 36.

³⁰⁹ Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 13'te de millî olmayan bir hukukun veya uluslararası konvansiyonun sözleşmeye entegre edilebileceği belirtilmiştir. Fakat bu ifade, bu tip kuralların uygulanacak hukuk olarak seçilmesine izin vermemektedir. Bu kurallar ancak birer sözleşme hükmü olarak uygulanabilir. Bir başka deyişle, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak millî olmayan bir hukuk veya uluslararası hukuk seçilemez. Aynı yönde, KENFACK, s. 13; BONOMI, s. 170.

³¹⁰ SAKMAR, s. 360; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 339; ELWAN, s. 139.

³¹¹ ELWAN, s. 139.

DEMİR GÖKYAYLA, "*lex mercatoria'nın içeriğinin belirsizliği nedeniyle sözleşmenin hükümleri haline*" gelmeyeceğini belirtmiştir. Biz yazarın fikrine katılmıyoruz. Taraflar MÖHUK m. 24 sisteminde *lex mercatoria*'yı uygulanacak hukuk olarak seçmese de, bu kurallar sözleşme hükmü olarak seçilebilir.

³¹² Örneğin Yarg. HGK kararı, E. 1979/1775, K. 1981/563, T. 3.7.1981 (karar için bkz. Gülören TEKİNALP, "*Karar İncelemeleri: Taşıma Sözleşmesine Uygulanan Hukuk*", **MHB**, C. 2, S. 2, 1982, s. 35-41 (**Taşıma**), s. 36). Bu kararda, tarafların sözleşmede uygulanmasını kararlaştırdıkları hukuk kuralları, sözleşmeye uygulanacak hukuk olan Türk hukukuna aykırı olduğu için hüküm doğurmamıştır.

Ancak kararı yorumlayan TEKİNALP, referans yapılan kuralların Alman hukukundaki kurallar olması nedeniyle, tarafların zımnen Alman hukukunu seçtiklerini belirtmektedir (TEKİNALP, **Taşıma**, s. 40). Öte yandan, taraflar bile davada Alman hukukunun seçilmiş olabileceğini ileri sürmüyorken, ortada hukuk seçimi yönünde bir zımnî irade olduğu görüşüne katılmıyoruz.

Bununla birlikte tarafların referans yaptıkları şartnamede hukuk seçimi ile ilgili bir düzenleme bulunuyorsa (ki somut olayda bu bilgi açık olarak verilmemiştir), bu durumda taraflar açık bir hukuk seçimi yapmış olmaktadır; dolayısıyla yine bir zımnî hukuk seçimi söz konusu olamayacaktır. Nitekim, Yarg. 11. HD. E. 2005/12302, K. 2006/13718, T. 21.12.2006 (Kazancı İçtihat Bankası),

(2) Stabilizasyon klozları

"Hukuk" seçimi ile "hukuk kuralları" seçimi yapılırken tartışılması gereken bir diğer hâl ise, bir millî hukuku belli bir tarihte dondurarak sözleşmeye belli bir tarihte donmuş bir millî hukukun öngördüğü kuralların uygulanmasının öngörülmesidir³¹³. Her ne kadar böyle bir sözleşme hükmü belli bir hukuk düzeninden hareket etse ve belli bir tarihte yürürlükte olan millî hukukun uygulanacağını öngörse de, bu hukuk belli bir tarihte dondurularak veya stabilize edilerek bir devletin pozitif hukuk düzeni olma vasfını kaybetmektedir³¹⁴.

Bir devletin hukuk düzeni, her gün değişen ve deyim yerindeyse yaşayan bir niteliğe sahiptir³¹⁵. Bir hukuk düzenindeki değişiklikler intikal hükümlerine göre uygulama alanı bulacaktır³¹⁶. Böylece kimi zaman yeni bir kuralın daha önce kurulmuş bir sözleşmeye uygulanması söz konusu olabilecek³¹⁷; kimi zaman da, bir kanunun yürürlük maddesine göre, söz konusu kanunun hükümleri, sadece bu kanun yürürlüğe girdikten sonra kurulan sözleşmelere uygulanabilecektir.

Tarafların bir millî hukuku belli bir tarihteki durumuna göre dondurmaları ve uyuşmazlığın söz konusu hukukun bu tarihteki durumuna göre çözüleceği yönünde anlaşmaları, yaşayan ve sürekli güncelliğini koruyan hukuk düzeninin sözleşmeye uygulanmaması anlamına gelecektir. Oysa, tarafların seçtiği hukuktaki değişimler,

Yarg. 11. HD. E. 2006/8585, K. 2006/12877, T. 7.12.2006 (karar için bkz. EKŞİ, **Kararlar**, s. 105, vd.) kararları, tarafların genel şartlar vasıtasıyla yaptığı hukuk seçimini açık hukuk seçimi olarak kabul etmiştir.

³¹³ Bu tip sözleşme hükümlerine bir hukukun düzenlediği kuralların belli bir tarihte dondurulması anlamında "*clause de gel*" veya bu kuralların stabilize edilmesi anlamında "*clause de stabilisation*" veya "*stabilisation clause*" denilmektedir.

³¹⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s. 108.

³¹⁵ MORRIS, s. 345; VISCHER, s. 178.

³¹⁶ VISCHER, s. 178; DEMİR GÖKYAYLA, s. 300. Karş. AUDIT, s. 663.

Hemen belirtelim ki, uygulanacak hukuk belirlendikten sonra, esasa uygulanacak kurallar açısından hangi anın (sözleşmenin kurulduğu an, uyuşmazlığın çıktığı an, hakimin kuralı uyguladığı an) dikkate alınacağı, stabilizasyon klozlarının hukukî niteliğinden farklı bir sorundur. Kanunların uygulanma anı iç hukuktaki yürürlük ve intikal kurallarına göre çözülecektir.

Kural olarak, kanunlar yürürlükte kaldıkları dönemde meydana gelen olaylara uygulanırlar. Bu konuda bkz. OĞUZMAN / BARLAS, s. 71, vd.

Tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçmeleri durumunda da, seçilen hukukun zamansal açıdan uygulanması da aynı esasa tâbidir.

³¹⁷ RIGAUX / FALLON, s. 805.

TEKİNALP ise, tarafların bu durumun aksini kararlaştırabileceğini dile getirmektedir (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 341). Biz yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Bu durum, ancak yabancı hukuk kurallarının seçilmesi hâlinde mümkün olabilir; bu ise bir hukuk seçimi değildir.

sözleşmenin tâbi olduğu rejimi de değiştirir³¹⁸. Taraflar sonradan yapılan değişimlerden etkilenmemek amacıyla, stabilizasyon klozları olarak Türkçe'ye tercüme edilebilecek bir sözleşme hükmü ile uygulanacak hukuku belli bir tarihte dondurmak isteyebilir. Ancak böyle bir seçimin niteliği tartışılmalıdır.

Stabilizasyon klozu, aslında sözleşmeye -önemli özelliklerinden biri de kendini yenilemek olan- belli bir hukukun uygulanması yönünde bir anlaşma değildir. Bu kloz, daha çok bir kurallar bütünü'nün sözleşmeye uygulanmasını öngörür³¹⁹; çünkü dondurulmuş bir hukuk düzeni, bu özelliği ile yaşayan bir düzenden, bir kurallar bütünü'ne dönüşür. Bu nedenle, stabilizasyon klozu olan bir sözleşmede hukuk seçimi değil, hukuk kuralları seçimi yapıldığı sonucuna ulaşılması gerekir. Stabilizasyon klozu ile sözleşmeye uygulanacak düzenin öngörülmesi, MÖHUK m. 24 / f. 1 anlamında bir hukuk seçimi olarak kabul edilemeyecektir³²⁰. Ayrıca böyle bir düzenleme, kısmî hukuk seçimi de teşkil etmez. Sonuç olarak, hukuk seçiminin yapılabilmesi için, yürürlükteki bir hukukun seçilmesi (yürürlükteki kuralların uygulanması) gerekir³²¹.

Hemen belirtelim ki, tarafların *incorporation* yoluyla belirledikleri kurallar, mevzuatta bu kurallara sonradan getirilecek değişimlerden etkilenmez; ancak taraflar hukuk seçimi yaparlarsa, seçimden sonraki her değişiklik tarafları bağlar³²².

Bütün bu analize rağmen, vurgulamakta yarar görüyoruz ki, stabilizasyon klozlarına tipik bir özel hukuk sözleşmesinde rastlanması mümkün olmayacaktır. Bu kloz daha çok, taraflardan birinin devlet olduğu sözleşmelerde öngörülmektedir. Bu kloz aslında sözleşmenin tarafı olan devletin, yasama faaliyeti ile, taraflar arasında kurulmuş sözleşmenin dengesini bozmayı engellemeyi amaçlamaktadır. Az

³¹⁸ POMMIER, s. 112.

³¹⁹ EKŞİ de yerinde bir şekilde, stabilizasyon klozu ile aslında belli bir hukuk düzenindeki hükümlerin sözleşmeye *incorporation* yoluyla taşındığını ve bu kuralların sözleşme hükmü hâline geldiğini belirtmektedir (EKŞİ, **Incorporation**, s. 271).

³²⁰ Aynı yönde, DICEY / MORRIS, s. 1223; VISCHER, s. 178; MAYER / HEUZE, s. 536; DEMİR GÖKYAYLA, s. 304.

³²¹ ÇİLİNGİROĞLU, s. 108. Ancak yazar daha sonra hukukun yürürlükten kalkıp yerine yeni bir hukukun yürürlüğe girmesini tartışmaktadır (ÇİLİNGİROĞLU, s. 109). Kanaatimizce, yürürlükten kalkan hukuk değil, hukuk kurallarıdır; bir devlet, yok olmadığı veya başka bir devletle birleşmediği sürece, hukukunun yürürlükten kalktığını söyleyemeyiz. Hukuku seçilen devletin yürürlükteki kurallarının değişmesi, kanaatimizce hukuk seçimini etkilemeyecektir.

³²² MORRIS, s. 345, vd.; EKŞİ, **Incorporation**, s. 267. Bu durum DICEY / MORRIS tarafından *incorporation* ile hukuk seçiminin en temel farklarından biri olarak gösterilmiştir (DICEY / MORRIS, s. 1227).

önce de belirttiğimiz gibi, stabilizasyon klozunun "hukuk" seçimi değil, "hukuk kuralı" seçimi teşkil etmesi nedeniyle, bu sözleşmelere tahkim klozu da konmaktadır; zira uyuşmazlık ancak tahkimde görülürse, böyle bir kloz sonuç doğuracaktır. İşte bu iki özelliği nedeniyle, stabilizasyon klozları genellikle *contrat d'Etat*'larda (devletin taraf olduğu sözleşmelerde) öngörülmektedir.

(3) Bölgesel birimli devletlerde bölgesel birimin veya devletin hukukunun seçilmesi

Bölgesel birimi olan devletler, hukuk seçimi açısından iki yönlü bir sorun ortaya çıkarmaktadır. Bu kapsamda, bir yandan yeknesak bir düzeni barındırmayan ve her bölgesel biriminde farklı bir hukuk uygulanan devletin hukukunun seçiminin ne gibi bir etki doğuracağı tartışılmaktadır. Diğer yandan, bölgesel birim gerçek anlamda bir devlet olmadığı için, bölgesel birimin hukukunun seçiminin, ne ölçüde MÖHUK m. 24 anlamında bir hukuk seçimi teşkil edeceği saptanmalıdır.

Bölgesel birimli devletler özellikle federal sistemlerde ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte federal yapıya sahip olmayan kimi devletlerde de (örneğin Birleşik Krallık) bu durumla karşılaşılabilir.

Bu çerçevede, tarafların Amerika Birleşik Devletleri ("*ABD*") değil, Kalifornia hukukunu veya Birleşik Krallık yerine İngiliz hukukunu veya İsviçre hukuku yerine Cenevre Kantonu hukukunu seçmesi durumunda, MÖHUK m. 24 / f. 1 anlamında bir hukuk seçimi yapılmış sayılacak mıdır³²³? Yukarıda yaptığımız incelemede gerek eski MÖHUK m. 24 / f. 1'de, gerekse de yeni MÖHUK m. 24 / f. 1'de sözü geçen tarafların sözleşmelerine uygulanacak "kanun" veya "hukuk"u belirlemelerinin, ancak bir hukuk düzeninin seçilmesiyle mümkün olacağını belirtmiş ve bir seçimin hukuk seçimi sayılması için dikkate alınması gereken unsurları dile getirmiştik. Bu farkları yeniden incelemeyeceğiz. Yukarıda örneğini verdiğimiz İngiliz hukuku, Cenevre Kantonu hukuku, Kalifornia hukuku gibi kendi içinde bir bütün oluşturan (tam) ve yaşayan hukuk düzenlerinin bu unsurları yerine getirdiğini düşünüyoruz³²⁴.

³²³ Kendi içinde farklı hukuk düzenleri olan devletlerle ilgili daha çok sayıda örnek için, bkz. NOMER, s. 22, vd.

³²⁴ Bölgesel hukuk seçimi, sözleşme hukukunun federal sistem tarafından değil, bölgesel birimlerce yapıldığı devletlerde özellikle anlam taşımaktadır. Gerçekten de ABD hukukunun uygulanacağını belirtmesi durumunda, hangi bölgesel birimin hukukunun uygulanacağı sorunu doğacaktır. Bununla

Söz konusu hukuklar ulusal hukuk düzenlerine uymak zorunda olsa ve ulusal hukukun kendine tanıdığı sınırlar içinde düzenlemeler öngörse bile, tam birer hukuk düzenleridir. Hatta ulusal hukukun düzenlemediği alanları da düzenlediği için çoğu zaman kendi ulusal hukuklarından daha kapsamlıdır³²⁵. Ayrıca, düzenlenmesi ulusal hukuklara bırakılmış alanların, bu hukukların seçilmesi hâlinde evleviyetle uygulanacağı da bir gerçektir. Örneğin Cenevre Kantonu hukukunun seçilmesi durumunda, bir federal düzenleme olan İsviçre Borçlar Kanunu, Cenevre Kantonu'nun kendi mevzuatı ile birlikte uygulama alanı bulacaktır; ancak kimi konular federal düzeyde düzenlenmemiş, bu konuların düzenlenmesi kantonlara bırakılmıştır. Örneğini vermiş olduğumuz bu hukuk düzenlerinin, ulusal hukuk düzenlerinden tek farkı egemenliktir. MÖHUK m. 24 / f. 1'de tarafların hukuk seçimi yapabileceği belirtildiğine göre ve Kalifornia, İngiltere veya Cenevre Kantonu gibi birimlerin birer hukuk düzeni barındırması sebebiyle bu tip hukuk seçimlerine MÖHUK m. 24 kapsamında bir engel bulunduğu ileri sürülemez. Bir başka deyişle, bir federe devletin hukukunun seçilmesi, MÖHUK m. 24 / f. 1'in tanıdığı bir hukuk seçimi olarak değerlendirilmeli ve böyle bir seçim yapılması durumunda, tarafların bu iradesi sonuç doğurmalıdır³²⁶. Kaldı ki, MÖHUK m. 2 / f. 5'te bölgesel birimlerin bir hukuk düzenine sahip olabileceği ve uyuşmazlığa bir bölge hukukunun uygulanabileceği kabul edilmiştir. Sonuç olarak, kanaatimizce, MÖHUK m. 24 / f. 1'in lafzı, hukuk seçimi kapsamında bölgesel birimlerin hukukunun seçilmesine engel taşımamaktadır³²⁷. Bu nedenle, tarafların bir devletin hukuku veya millî bir hukuku değil, -bölgesel bir birimi de ifade eden- bir ülkenin hukukunu seçmesi

beraber, bazı federal devletlerde, sözleşme hukuku federal olarak düzenlenmiştir (örneğin Almanya, İsviçre). Bu ülkelerde Alman hukuku veya İsviçre hukuku yerine Bayern hukuku veya Cenevre Kantonu hukukunun seçilmesi anlamsız olacaktır. Benzer yönde, DICEY / MORRIS, s. 1206.

³²⁵ Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'nde federal devlet özellikle özel hukuk alanında hukukî düzenleme yapmak yetkisine sahip değildir (OĞUZ, **Birleştirme**, s. 46).

³²⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-381/98 numaralı *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc* davasına konu hukukî ilişkide, taraflar Kalifornia hukukunu seçmişlerdir; ancak federal düzeyde olmayan bir hukukun seçilmesi herhangi bir sorun yaratmamıştır.

ÇELİKEL / ERDEM, söz konusu durumu farklı kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde incelemiş ve bölgesel birimdeki hukukun uyuşmazlıkta uygulanabileceğini dile getirmiştir (ÇELİKEL / ERDEM, s. 27).

³²⁷ Nitekim Roma Konvansiyonu m. 19 / f. 1'de bölgesel birimlere ayrılmış olan devletlerde, her bölgesel birimin (*unité territoriale*), bu Konvansiyon'a göre uygulanacak hukukun belirlenmesinde ayrı bir "yer" (ülke) olarak değerlendirileceği belirtilmiştir. Aynı hüküm Roma I Tüzüğü m. 22'de de bulunmaktadır.

durumunda, bu seçimin MÖHUK m. 24 anlamında değerlendirileceğini söylemek terminolojik açıdan daha doğru olacaktır³²⁸.

Sorunun diğer boyutu, birbirinden tamamen farklı bölgesel hukuk düzenlerini barındıran ve yeknesak ortak bir hukuk barındırmayan bir devletin hukukunun seçilmesinin MÖHUK m. 24 kapsamında nasıl bir etki yapacağıdır. Bu tartışmada bir görüş söz konusu devletin hukukunun seçiminin yeterince açık olmayacağını ve bölgesel birimlerden birinin hukukunun seçilmesi gerektiğini belirtmektedir³²⁹. Bir diğer görüş ise, böyle bir devletin hukukunun seçiminin de MÖHUK m. 24 kapsamında bir hukuk seçimi olduğunu ifade etmektedir³³⁰. Kanaatimizce burada MÖHUK m. 24 kapsamında bir hukuk seçimi bulunmaktadır. Tarafların sözleşmeye ABD hukukunun uygulanacağını belirtmeleri, belki ilk aşamada hangi kuralların uygulanacağını yeterince açık bir şekilde göstermeyecektir. Yine de, bu sorun MÖHUK m. 2 / f. 5'e göre çözülecektir. Bu hüküm, bölgesel birimli devletlerde, hukukî ilişkiye hangi birimin hukukunun uygulanacağını göstermektedir. Böyle bir hükmün varlığı karşısında, ABD hukuku seçiminin etki doğurmayacağını ileri sürmek, bizce yerinde olmayacaktır. Bu hükme göre, taraflar ABD hukukunu seçtiğine göre, hangi federe devletin hukukunun uygulanacağı, ABD hukukuna göre belirlenecektir. Uygulanacak hukuk bu yolla belirlenemezse, uyuşmazlıkla en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Hakimin bu noktada yorum yapacak olması seçilen hukukun taraf iradesi ile belirlenmediği yönünde bir eleştiriyi beraberinde getirmemelidir. Bu durumda, tarafların iradesi MÖHUK m. 24 kapsamında değerlendirilmekte; ancak bu hukuk seçimi ile uygulanacak hukuk düzeni yeterince tespit edilemediği için MÖHUK m. 2 / f. 5'ten faydalanılmaktadır.

b) Sözleşmesel ilişkideki unsurlarla ilgisi olmayan bir hukukun seçilmesi

MÖHUK m. 24 / f. 1'de düzenlenen hukuk seçiminin kapsamı ile ilgili bir diğer tartışma, tarafların herhangi bir millî hukuku seçmesinde bir sınırın olup

³²⁸ Nitekim İngilizce'de "*law of a country*"nin seçilebileceğinden bahsedilir. "Ülke"yi, bir hukuk düzenine sahip toprak parçası olarak tanımlayabiliriz. DOĞAN da bu terimi kullanmaktadır (DOĞAN, **İş Akdi**, s. 37).

³²⁹ SARGIN, **Lisans**, s. 43 ve s. 43, dn. 140'taki yazarlar.

³³⁰ DEMİR GÖKYAYLA, s. 308. Yazar yorum yoluyla seçilen hukukun tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

olmamasıdır³³¹. Buna göre taraflar sözleşmedeki unsurlarla hiçbir ilgisi olmayan bir hukukun uygulanmasını kararlaştırırlarsa, MÖHUK m. 24 / f. 1'e göre bu hukuk seçimi sonuç doğuracak mıdır? Soruyu bir başka şekilde sorarsak, milletlerarası usul hukukundaki *forum shopping* benzeri bir *lex shopping* milletlerarası maddî hukukta nasıl karşılanacaktır³³²?

Gerek MÖHUK m. 24 / f. 1'de, gerek eski MÖHUK m. 24 / f. 1'de, gerekse de tarafların hukuk seçebileceğini öngören İMÖHK m. 116, Roma Konvansiyonu m. 3 ve Roma I Tüzüğü m. 3'te bu yönde bir sınır bulunmamaktadır³³³. Kaldı ki, milletlerarası özel hukuka ilişkin mevzuatta, tarafların yapacakları hukuk seçimine sonuç tanınmasında güdülen amaç, tarafların sözleşmenin ilgili olduğu hukuklardan birini seçebilmesini sağlamak değildir³³⁴. Tam tersine, hukuk seçimine sonuç tanınması, tarafların kendi aralarında, sözleşme hükümleri ve uygulanacak hukukun belirlenmesi ile kurdukları dengenin bozulmaması amacını taşır. Bir başka deyişle, MÖHUK m. 24 / f. 1 düzenlemesi, tarafların sözleşmeye en yakın hukuku bulmasını değil, kendi aralarındaki sözleşmesel ilişki için kendilerine göre en uygun olacak

³³¹ Karşılaştırmalı hukukta bu konu ile ilgili farklı çözümler için, bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 106, vd.; TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 21, vd.

³³² Tartışma için bkz. EKŞİ, *Roma*, s. 95. Yazar, sözleşme ile en yakın irtibatlı hukukun müdahaleci kurallarından kaçılmasını engelleyip tarafların sözleşmelerini ekonomik olarak bağlı olduğu hukuka tâbi tutmalarını sağlamak ve bu şekilde hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi amacıyla böyle bir engellenmenin ileri sürüldüğünü belirtmektedir (EKŞİ, *Roma*, s. 96).

³³³ DICEY / MORRIS, s. 1219; JACQUET, s. 44; KAUFMANN-KOHLER, *Contrats*, s. 264; RIGAUX / FALLON, s. 804; VON HOFFMANN / THORN, s. 433; SAKMAR, s. 358; NOMER, s. 312; NYGH, s. 306, vd.; ÇELİKEL / ERDEM, s. 317; AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s. 12; ÇİLİNGİROĞLU, s. 107; EKŞİ, *Roma*, s. 98; GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 190; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 35; POMMIER, s. 117; DEMİR GÖKYAYLA, s. 295; TEKİNALP, *Bağlama*, s. 337; TÜZÜNER, s. 106; SARGIN, *Lisans*, s. 202; TARMAN, *Seçim*, s. 152; TARMAN, *Roma I*, s. 309. Karş. KEGEL / SCHURIG, s. 653; TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 23.

Ayrıca, konuyu İMÖHK ile sınırlı bir biçimde değerlendiren bir görüş için, bkz. TURHAN, s. 123. Yazar, kimi zaman Federal Mahkeme'nin İMÖHK yürürlüğe girmeden önceki bazı kararlarında seçilen hukukla sözleşme arasında bir ilişkinin bulunmasını veya tarafların söz konusu hukuku seçmede makul bir çıkarının olması gerektiğini aradığını (TURHAN, s. 123, 129 ve s. 123, dn. 12 ve 13), ancak İMÖHK'te bu yönde bir sınırlama olmadığı ve taraflara hukuk seçimi konusunda mutlak bir serbesti tanındığı için, İMÖHK'ün yürürlüğünden sonra bu şartların aranmayacağını vurgulamıştır (TURHAN, s. 123, 129 ve s. 123, dn. 14). Karş. VISCHER, s. 180; DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 30.

Karşılaştırmalı hukuk doktrininde ve içtihadında her zaman bu görüş savunulmamış; hukuk seçiminin iyiniyetle ve mantıklı yapılması gerektiği kimi yazarlarca belirtilmiştir (BATIFFOL, s. 626 ve 627'de verilen örnekler).

³³⁴ Gerçekten de her seferinde sözleşme ile en yakın hukuk düzeninin kurallarının uygulanması asıl amaç olsaydı, tarafların yaptıkları hukuk seçimine etki tanınmasının bir anlamı kalmazdı. Üstelik sözleşme ile ilgisi olmayan bir hukukun uygulanmasının, özellikle üçüncü ülkelerin bile doğrudan uygulanan kurallarının göz önüne alındığı düzenlemelerde hakkın kötüye kullanılması teşkil edebileceğini düşünmüyoruz.

hukuku belirlemelerini hedefler³³⁵. İşte böyle bir hukuk seçimi, sırf bu nedenle kanuna karşı hile de teşkil etmez³³⁶; çünkü kanunkoyucu taraflara mutlak bir serbesti tanımıştır³³⁷.

Sözleşme ile ilgisi olmayan bir hukukun daha uygun olabilmesi özellikle iki durumda karşımıza çıkar. Bunlardan ilki, tarafların bağımsız³³⁸ olarak gördükleri bir hukuku seçmeleridir. Taraflar arasında bir dengenin kurulabilmesi için, sözleşmeye her iki tarafın hukukundan biri yerine, sözleşme ile ilgisi olmayan, bağımsız bir hukukun uygulanmasına karar verilebilir³³⁹. Bağımsız bir hukuk sadece tarafların hukukundan farklı herhangi bir hukuk anlamına gelmemektedir. Taraflar bağımsız bir hukuka karar verirken, kendi haklarının ve seçecekleri hukukun geldiği hukuk ailesine de dikkat ederler. Örneğin bir Fransız ve bir Alman için veya bir İngiliz ve bir Pakistanlı için İsviçre hukuku bağımsız bir hukuk olsa bile, bir İngiliz ile bir Alman arasındaki sözleşme açısından İsviçre hukuku bağımsız bir hukuk olmayacaktır. Öte yandan, bu durum elbette bir İngiliz ve bir Alman'ın yapacağı sözleşmede İsviçre hukukunun seçilmesini engellemez.

Sözleşmedeki unsurlardan tamamen farklı bir hukukun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesinin tarafların strateji açısından uygun bir seçim olarak değerlendirilebileceği bir diğer hâl, tarafların yaptıkları sözleşme açısından bir millî hukukun daha gelişmiş olması ve daha kapsamlı çözümler barındırmasıdır³⁴⁰. Hatta bir hukuk düzeninin taraflar arasındaki işlemi tanıyor ve bu işlemi yasaklamamış olması da tarafların bu hukuku uygulamak istemelerine neden olacaktır. Buna

³³⁵ Tarafların kendilerine tanınan serbestiyi menfaatlerine uygun, mâkul bir şekilde kullanacağı yönünde, bkz. AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 12; TURHAN, s. 129; ÇİLİNGİROĞLU, s. 107; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 22. Sözleşmeyle ilgisi olmayan bir hukukun seçilmesindeki makuliyet tartışmasının pratikten uzak, teorik bir tartışma olduğu yönünde, SARGIN, **Lisans**, s. 202.

³³⁶ Bu yönde, Pire (Yunanistan) Birinci Derece Mahkemesi, 575/1997 sayılı karar (kararın özeti için, bkz. TSOUCA, s. 541).

Ayrıca, DEMİR GÖKYAYLA, s. 281; SARGIN, **Lisans**, s. 203; POMMIER, s. 140; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 93. Aksi görüşte, BATIFFOL, s. 629. MAYER / HEUZE'ye göre sözleşmenin genel olarak tâbi olduğu hukuktaki bir emredici hukuk kuralından kurtulmak için yapılan bir kısmî hukuk seçimi (*dépeçage*) hükümsüz kılınabilir (MAYER / HEUZE, s. 537). Karş. AYBAY / DARDAĞAN, s. 139. Biz MAYER / HEUZE'nin fikrine katılıyoruz; kanaatimizce, sözleşmedeki unsurlarla hiçbir ilgisi olmamasından dolayı hukuk seçimine karşı gelinebilecek tek hâl budur.

³³⁷ POMMIER, s. 140.

³³⁸ Burada bağımsız kelimesi tarafsız anlamında değil, her iki taraftan da olmayan anlamında kullanılmaktadır.

³³⁹ DICEY / MORRIS, s. 1218; ANCEL / LEQUETTE, s. 309; JACQUET, s. 44; KEGEL / SCHURIG, s. 653; NOMER, s. 312; ŞANLI, **Tahkim**, s. 118; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 13; SARGIN, **Lisans**, s. 49; TARMAN, **Seçim**, s. 152.

³⁴⁰ NOMER, s. 312; SARGIN, **Lisans**, s. 48, vd.; TARMAN, **Seçim**, s. 152

verilebilecek en güzel örnek, deniz ticareti konusunda tarafların tâbiyeti ne olursa olsun sözleşmelerine İngiliz hukukunun uygulanmasını kararlaştırmalarıdır³⁴¹. Gerçekten de bu hukuk, deniz ticareti açısından oldukça çok uygulaması olan, bu nedenle içtihadın en çok geliştiği hukuk sistemidir³⁴². Örneğimizde verdiğimiz gibi, deniz ticaret hukuku ile ilgili ne tür bir uyuşmazlık çıkarsa çıksın, bir hukuk düzeninin bu uyuşmazlık için adil bir çözüm barındıracağına olan inanç, tarafları söz konusu bu hukuku sözleşmelerine uygulamak üzere seçmeye yöneltecektir. Bu hukuk, sözleşmedeki hiçbir unsurla bağlantılı olmasa bile uygulanabilecektir.

Yukarıda ele aldığımız iki hâlde olduğu gibi, kimi zaman sözleşmeye uygulanacak en uygun hukuk, sözleşmedeki tüm unsurlardan tamamen bağımsız bir hukuk olabilir³⁴³. İşte bu nedenle *forum shopping*'le ilgili tüm tartışmalara rağmen, hukuk seçiminin "*lex shopping*"e neden olduğu ve bu nedenle bu seçimin sonuç doğurmaması gerektiği yönündeki bir iddia destekten yoksun kalacaktır³⁴⁴. Bu nedenle MÖHUK m. 24 / f. 1 açısından, Türk hakimi, bu hükmün uygulanması için öngörülen diğer unsurlara uymak şartıyla, tarafların yapmış olduğu her seçimi kabul etmelidir. Seçilen hukukun sözleşme ile hiçbir ilgisi olmadığı, hatta yukarıda ele alınan hâller haricinde, söz konusu hukukun seçilmesi yönünde tarafların tanınmaya

³⁴¹ ŞANLI, *Tahkim*, s. 118; AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s. 13.

³⁴² ŞANLI, *Tahkim*, s. 118.

³⁴³ VERHAGEN, bu iki durumda da, tarafların hukuk seçimini bu yönde yapmalarında iyi bir sebebi olabileceğini belirtmektedir (H. L. E. VERHAGEN, "*The Tension between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.*", *ICLQ*, C. 51, S. 1, Ocak 2002, s. 135-154, s. 143).

³⁴⁴ Buna karşın, Amerikan hukukunda, Restatement II m. 187 / f. 2 / b. a, ancak taraflar veya yapılan işlem ile somut ilişkisi olan ve uygulanması makul bir sebebe dayanan (bağımsız veya belli bir konuda "uzmanlaşmış" bir hukuk seçiminin makul bir sebebe dayandığı kabul edilmelidir) bir hukukun taraflarca seçilebileceği belirtilmiştir. Nitekim hükmün şerhinde de, macera olması amacıyla yapılacak hukuk seçiminin sonuç doğurmayacağı, ancak pratikte zaten böyle bir durumun olmadığı, çünkü tarafların ciddi amaçlarla sözleşmesel ilişkilere girdikleri belirtilmektedir (aynı yönde ŞANLI, *Tahkim*, s. 119). Ayrıca, şerhte, tarafların sözleşme ile hiçbir maddî bağı olmayan bir hukukun, bu hukukun daha gelişmiş çözümler öne sürmesi nedeniyle uygulanmasının kararlaştırılabileceği belirtilmiş ve buna örnek olarak da deniz taşımacılığı sözleşmeleri verilmiştir. Şerh için, bkz. "<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>". Bu konuda ayrıca bkz. GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 34. Amerikan mahkemelerinin yapılan işlemle seçilen hukuk arasında anlamlı bir ilişki aramaya eğilimli oldukları yönünde, bkz. Eugene F. SCOLES / Peter HAY / Patrick J. BORCHERS / Symeon C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3. Bası, St. Paul 2000, s. 871. Ancak Türk hukukunda (Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü ve İsviçre hukukunda da) böyle bir sınırlama bulunmamaktadır (Sibel ÖZEL, "*Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*", *MHB: Ergin Nomer'e Armağan*, C. 22, S. 2, 2002, s. 577-617 (**Objektif**), s. 578, dn. 8).

VAN HECKE de, açık bir biçimde mantıksız olmadığı ve kanuna karşı hile teşkil etmediği sürece sözleşmeyle ilgisi olmayan bir hukukun seçilebileceğini belirtmiştir (Georges VAN HECKE, "*Signification et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux*", *RDIDC*, C. 32, 1955, s. 81-91, s. 86).

değer hiçbir menfaatinin bulunmadığı ileri sürülerek MÖHUK m. 24 / f. 1'in hukuk seçimine bağladığı sonucun uygulanmasından kaçınılamaz³⁴⁵.

Hemen belirtelim ki, İMÖHK m. 15 / f. 2'de tarafların seçtikleri hukukun sözleşme ile çok gevşek bir bağının olması hâlinde bile, hakimin sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun uygulanmasına karar veremeyeceği açık bir biçimde düzenlenmiştir³⁴⁶.

c) *Lex fori'nin tanımadığı bir devletin hukukunun seçilmesi*

Tarafların sözleşmesel ilişkilerine uygulanmak üzere seçtikleri hukukla ilgili akla gelebilecek bir diğer soru, hukuku seçilen devletin *lex fori*'de tanınmaması hâlinde, bu hukuk seçiminin akıbetinin ne olacağıdır³⁴⁷. Bu durum, herhangi bir

³⁴⁵ ÇİLİNGİROĞLU, s. 107; DOĞAN, **Akreditif**, s. 148.

ÇAKALIR ise konuyu BATIFFOL'ün bir örneğinden hareket ederek incelemektedir. Bu örneğe göre bir Fransız ile Belçikalı her iki kanunda da yasaklanmış bir işlemi yapmakta; ancak bu yasaktan etkilenmemek için Hollanda hukukunu seçmektedir (ÇAKALIR, s. 478). Yazar, BATIFFOL'ün böyle bir hukuk seçimine kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla kanuna karşı hile yapılmış olması sebebiyle etki tanınmaması gerektiği düşüncesini eleştirmektedir. Gerçekten de bir Hollandalı ile bir Fransız'ın aynı sözleşmeyi Hollanda hukukuna tâbi kılarak kurması engellenemeyecektir. Yazara göre aynı rekabet ortamının Fransız ve Belçikalı taraflar için de kabul edilmesi bir hile teşkil etmez (ÇAKALIR, s. 496). Kanaatimizce ÇAKALIR'ın görüşü yerindedir. Fransız veya Belçika hukukunun söz konusu işlemi yasaklamasının arkasında yüksek bir sosyal-ekonomik-siyasî menfaatin yatması durumunda, zaten bu yasak bir doğrudan uygulanan kural hâlini alacak ve bu hâliyle uygulama alanı bulabilecektir. Kanaatimizce, hukuk seçiminin emredici hukuk kurallarından kaçmak amacıyla yapıldığı ölçüde sınırlandırılması işte bu nedenle kabul görmemelidir. Zaten hukuk seçimi, sözleşme serbestisinden farklı kılan unsur, hukuk seçiminde hangi hukukun emredici hukuk kurallarının uygulanacağına tarafların karar vermesidir.

³⁴⁶ Oysa Kanun'un hazırlık aşamasında, 1978 Tasarısı'nda, İMÖHK m. 15'e denk gelen ve kabaca kanundaki bağlanma kurallarına göre belirlenen hukukun, hukukî ilişkiyle zayıf bir bağı olması durumunda daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını öngören hükümde, tarafların uygulanacak hukuku belirledikleri ihtimal bu düzenlemeden ayrık tutulmamıştı. Bu nedenle, doktrinde, tasarıdaki bu hükmün -tasarı bu hâliyle kanunlaşsaydı- taraf iradesi ile uygulanacak hukukun belirlendiği durumlarda da uygulama alanı bulabileceği belirtilmiştir (TURHAN, s. 131 ve s. 131, dn. 46).

³⁴⁷ Bu sorun farklı şartlar altında Fransız Yargıtayı'nın önüne gelmiştir (Fransız Yargıtayı 3 Mayıs 1973 tarihli *Stroganoff-Scherbatoff v. Bensimon et autres* kararı (karar metni için, bkz. ANCEL / LEQUETTE, s. 494, vd.)). Somut olay ölen bir Rus vatandaşının Rusya'da miras bıraktığı mallara ilişkindir. Ancak Fransa, Sovyet Rusya hükümetini bir dönem tanımamıştır. Kararda, yabancı bir hükümetin tanınmaması, Fransız hakimine, tanımanın gerçekleşmesinden önce bu hükümetçe özel hukuka ilişkin yapılan düzenlemeleri tanımama hakkı vermeyeceği belirtilmiştir. Ancak karardan da anlaşılacağı üzere, yargılama sırasında söz konusu hükümet Fransa tarafından tanınmaktadır. Dolayısıyla tartışma sadece Fransa'nın söz konusu hükümeti tanımadığı dönemde yaptığı işlemlerin Fransız hakimince dikkate alınıp alınmayacağı ile ilgilidir. Yabancı hükümetin tanınmaması durumunda uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili tartışmalar için ayrıca bkz. BATIFFOL / LAGARDE, s. 431, vd.

Oysa bizim tartıştığımız husus daha farklıdır. Biz, yargılama sırasında *lex fori*'nin tanımadığı bir devletin hukukunun seçilmesini tartışmaktayız. Hemen belirtelim, Fransız mahkemeleri, söz konusu hükümetin tanınmadığı dönemde yaptıkları yargılamalarda, Rus Hükümeti tarafından yapılan düzenlemeleri mutlak surette uygulamamıştır (ANCEL / LEQUETTE, s. 498; BATIFFOL / LAGARDE, s. 431). Bunun yerine güncel uyumsuzlukla ilgisi olmayan Çar dönemi Rus hukuku ve

devletin tanımadığı bir diğer devletin hukukunun uygulanacağını belirten sözleşmeden doğan uyuşmazlığın tanımayan devletin yargı organları önüne gelmesi durumunda ortaya çıkar. Örneğin Türk hakiminin önüne, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye Güney Kıbrıs hukukunun³⁴⁸ veya Filistin hukukunun uygulanacağını belirten bir sözleşmenin gelmesi hâlinde, bu hukuk seçiminin MÖHUK m. 24 / f. 1 karşısında akıbeti ne olacaktır?

MÖHUK m. 24 / f. 1'e göre, Türk hakimi ancak bir millî hukukun, yani bir devletin (veya bir federal devletin federe birimlerinden birinin) hukuk sisteminin seçilmesi hâlinde, bir hukuk seçimi yapıldığını kabul edebilir. Bu durumda, seçilen hukukun bir devletin (veya onun alt biriminin) hukuku olup olmadığı sorusunu yanıtlaması gereken de Türk hakimi olacaktır³⁴⁹. Seçilen hukukun bir devlete ait olup olmadığı sorusuna hakim, kendi hukukuna göre (*lex fori*'ye göre) cevap verecektir. Uyuşmazlığa bakan hakimin hukukunun tanımadığı bir devletin hukukunun seçilmesi hâlinde, bu devlet *lex fori* tarafından tanınmadığı için, yapılan hukuk seçimi, hakim önünde gerçek anlamda bir hukuk seçimi olarak değerlendirilemeyecektir³⁵⁰. Çünkü uyuşmazlığa bakan hakime göre, tarafların seçtiği

kuralları uygulama alanı bulmuştur (BATIFFOL / LAGARDE, s. 431). Fakat Alman ve Avusturya mahkemeleri tam ters bir yaklaşım sergilemiş ve tanımayan hükümetin koyduğu kuralları uygulamıştır (BATIFFOL / LAGARDE, s. 431).

³⁴⁸ Burada kullanılan ifadenin "Kıbrıs Cumhuriyeti hukuku", "Kıbrıs Rum Yönetimi hukuku", "Güney Kıbrıs hukuku" şeklinde olması herhangi bir farklılık yaratmayacaktır.

³⁴⁹ BATIFFOL / LAGARDE, bir devletin kurulmasında diğer devletlerin hakem olmadığını, bunun bir uluslararası hukuk sorunu olduğunu belirtmiştir. Bu nedenle, yazarlar, millî mahkemelerde, hakimin yeni kurulan devletin meşruiyetini tartışamayacağını; hakimin yeni iktidarın otoriteye devamlı, kararlı ve egemen sıfatla sahip olup olmamasını incelemesi gerektiğini dile getirmiştir (BATIFFOL / LAGARDE, s. 433).

Bizim fikrimize göre, yazarların yaptığı tartışma pratik açıdan çok büyük önem arz etmez. Bunun nedeni, genellikle bir devlet kurulduğunu ileri sürdüğünde, -aralarında *for* devletin de olduğu- diğer devletler, bu "yeni kurulan" devletle ilgili görüşlerini somutlaştırırlar. Bu tutum, "yeni devlet" in tanınması veya tanınmaması yönünde olur. *For* hakimi, başka devletlerin bu "yeni devlet"le ilgili tutumlarıyla bağlı olmasa bile, kendi devletin tutumu ile bağlıdır. BATIFFOL / LAGARDE'in görüşü, ancak *for* devletin "yeni devlet"le ilgili tutumunu göstermediği durumlarda pratik açıdan önem arz edecektir. Örneğin Kosova Devleti kurulduğunu ilan ettikten sonra, *for* devleti bu "yeni devlet"i tanımak veya tanımamak adına herhangi bir adım atmadıysa, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Uluslararası Adalet Divanı'ndan Kosova'nın tek taraflı bağımsızlık ilanı hakkında istişari görüş talep ederken *for* devleti konuyla ilgili hiçbir hareket sergilemediyse, bu durumda *for* hakimini önüne gelen ve Kosova hukukunun uygulanmasını gerektiren uyuşmazlıkta BATIFFOL / LAGARDE'in önerdiği yolu izleyerek Kosova'nın bir devlet olup olmadığını tartışacaktır.

³⁵⁰ Bir hükümet değil, devletin tamamen tanımadığı bir ortamda, söz konusu devletin hukuk sisteminin bu devleti tanımayan ülkenin mahkemeleri tarafından uygulanmayacağı aşikârdır. Bu durumda yapılan hukuk seçimi etkisiz kalacaktır; sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif kritere göre belirlenecektir. Öte yandan, objektif kriterin de bu ülkeyi işaret etmesi durumunda da (karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin tanımayan ülkede bulunması), söz konusu devletin hukuku uygulanmayacaktır. Bu durumda, *lex fori*'ye göre tanınmayan ülkenin topraklarında başka bir devlet

hukuk düzenini yaratan bir otorite (kanunkoyucu) yoktur. Oysa böyle bir otoritenin varlığı, bir hukuk düzeninin oluşması için yukarıda belirttiğimiz ilk unsurdur. Ayrıca, bu kuralların uygulanmasını "zorlayacak" otorite de tanınmamaktadır. Bu sebeple, isterse kendi içinde bir bütün oluşturan ve yaşayan bir hukuk sistemi olsun, tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere belirttikleri sistem, hem kuralları ortaya koyan, hem de bunları uygulayacak devlet otoritesinin yokluğunda, hakim önünde bir kurallar bütünü olarak algılanacaktır. Dolayısıyla da, uyuşmazlığa bakan hakimin bu seçimi bir "hukuk" seçimi olarak görüp buna MÖHUK m. 24 / f. 1'i uygulaması mümkün olmayacaktır³⁵¹. İşte bu nedenle, *lex fori*'de tanınmayan bir devletin hukukunun seçilmesi durumunda, hakim, yapılan bu seçimi kabul etmeyecek ve bu seçime herhangi bir etki tanımayacaktır.

d) Negatif hukuk seçimi

Taraflar sözleşmelerinden doğan borç ilişkisinin belli bir hukuka tâbi olacağını değil, belli bir hukuka tâbi olmacağını belirlemişlerse, bir başka deyişle negatif (veya olumsuz) hukuk seçimi yapmışlarsa, böyle bir hukuk seçiminin etkisi ne olacaktır?

Bir örnek vermek gerekirse, Arap ülkelerinden gelen bir tarafla yapılan bir sözleşmesel ilişkide, diğer tarafın bu ülkenin hukukunu bilmemesi sebebiyle ya da İslam hukukundan kaynaklanan faiz yasağı gibi bir şarttan kaçınmak amacıyla, "bu ülkenin hukukunun uygulanmayacağı" veya "temelleri İslam hukukuna dayanan bir hukukun uygulanmayacağı" şeklinde negatif bir hukuk seçimi öngörülebilir.

MÖHUK m. 24 / f. 1, hukuk seçiminin olumlu olarak yapılmasını düzenlemiştir³⁵². Bu hükme göre, sözleşme tarafların seçtiği hukuka tâbi olacaktır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, hukuk seçimi ile ilgili bir iradenin ne ölçüde etki doğuracağı, MÖHUK m. 24 / f. 1'e göre belirlenecektir. Bir başka deyişle, hukuk

bulunuyorsa (örneğin Çeçenistan'ın bulunduğu yerde Rusya, Filistin'in bulunduğu yerde İsrail, Kosova'yı tanımayan devletler açısından Kosova'nın bulunduğu yerde Sırbistan), bu devletin hukuku sözleşmeye uygulanacaktır; çünkü mutad mesken söz konusu devletin ülkesi sınırları içinde bulunmaktadır. Ancak tanınmayan devletin ülkesinde başka bir devletin bulunduğu da kabul edilmiyorsa (Türkiye açısından Güney Kıbrıs'ın durumu), bu durumda sözleşmeyle -tanınmayan devletin hukuku hariç tutularak- en sıkı ilişkili hukuk uygulama alanı bulacaktır.

³⁵¹ Öte yandan MTK'nın tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuk kurallarını belirleyebilmesini öngörmesi nedeniyle, bir devlet *lex arbitrii* hukukuna göre tanınmasa bile, tarafların o devletin hukukunun uygulanacağını belirlemeleri hâlinde, yapılan hukuk (kuralları) seçimi sonuç doğuracaktır.

³⁵² MÖHUK m. 24 sisteminde hukuk seçiminin kabul edilebilmesi için seçilen hukukun yanlış anlaşılmaya mahal vermeyecek biçimde ferden ortaya çıkartılması gerekir (SARGIN, *Lisans*, s. 42).

seçimi ile ilgili bir irade, Türk hakimi önünde kendi başına etkili olmayacak; sadece ve sadece MÖHUK m. 24 / f. 1'in öngördüğü sınırlar dahilinde bu iradeye bir sonuç bağlanabilecektir. Yine başka bir şekilde ifade edersek, bir hukuk seçiminin Türk hakimi önünde etki doğurması, bu seçimin ancak MÖHUK m. 24 / f. 1'e uygun ve bu hükmün düzenlediği sınırlar içinde yapılmasına bağlıdır.

MÖHUK m. 24 / f. 1'de, sözleşmenin belli bir hukuka tâbi kılınmaması yönündeki taraf iradesinin sonuç doğurması ile ilgili herhangi bir ifade bulunmamaktadır³⁵³. Bu nedenle, negatif hukuk seçiminin MÖHUK m. 24 / f. 1'in sınırları içinde yapılan bir irade beyanı olduğunu kural olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır³⁵⁴.

Somut olayda negatif hukuk seçiminin etkisini incelemek, az önce varmış olduğumuz teorik sonucu destekleyecektir. Bir hukukî ilişkide yabancılık unsurlarının çok farklı ülkelerde toplanması varsayımında, bu ülkelerden sadece birinin hukukunun uygulanmayacağına kararlaştırılması, tarafların uyuşmazlığı hangi hukuka tâbi kılmak istedikleri yönünde bir anlam taşımayacaktır. Oysa MÖHUK m. 24 / f. 1'de tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemeleri hâli düzenlenmiştir. Negatif hukuk seçiminde ise, böyle bir belirleme yoktur.

Hukuk seçiminde hakimin, tarafların hangi hukuku seçtiğini tereddüde yer vermeden anlaması gerekir. Tarafların uygulanması olası millî hukuklardan sadece birini dışlaması durumunda, hakimin, tarafların hangi hukukun uygulanması yönünde iradelerinin olduğunu tespit etmesi mümkün olmayacaktır.

MÖHUK m. 24 / f. 1 anlamında hukuk seçimi tespit edemeyen hakim, sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuku objektif kritere (MÖHUK m. 24 / f. 4) göre belirlemek durumunda kalacaktır. MÖHUK m. 24 / f. 4'e göre ulaşılabilecek sonuç, pekâlâ tarafların istemediği hukukun uygulanması yönünde olabilir. Tarafların sırf bu hukukun uygulanmamasını düzenlemiş olması (sübjektif unsur) MÖHUK m. 24 / f. 4'e göre uygulanacak hukukun belirlenmesi üzerinde hiçbir etki yapamaz³⁵⁵. Böyle bir seçim, tarafların sözleşmeyi hangi hukuka tâbi kılma iradesini de göstermediği

³⁵³ Bu sebeple, DEMİR GÖKYAYLA, kanaatimizce de yerinde bir biçimde, negatif hukuk seçimini incelerken uyuşmazlığın tahkimde mi, millî yargıda mı çözüldüğünü dikkate almaktadır (DEMİR GÖKYAYLA, s. 284, vd.).

³⁵⁴ Aynı yönde, DEMİR GÖKYAYLA, s. 285. Aksi görüşte, TEKİNALP, **Bağlama**, s. 338.

³⁵⁵ DEMİR GÖKYAYLA, s. 285.

için, MÖHUK m. 24 / f. 1 anlamında da etki göstermeyecektir. Taraflar, böyle bir durumda, uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24 / f. 4'e göre tarafların uygulanmamasını istediği hukuk olarak saptanması üzerine, bu tespitin dikkate alınmaması ve bu hukuk olmasaydı sözleşmeye uygulanacak hukukun tespit edilmeye çalışılmasını da isteyemezler. Böyle bir talep MÖHUK m. 24 düzenlemesine tamamen aykırı olur. Dolayısıyla negatif hukuk seçiminin Türk kanunlar ihtilafı sisteminde, kural olarak, hiçbir etkisi olmayacaktır.

Negatif hukuk seçimi, hiçbir durumda açık bir hukuk seçimi olarak nitelendirilemese de, bu seçimin istisnaen zımnî hukuk seçimi olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir³⁵⁶. Bu ihtimali çalışmamızın "pratikte MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 kapsamında hukuk seçimi yapılma biçimi"ni incelediğimiz bölümünde tartışacağız. Bu ihtimal gerçekleşir ve negatif hukuk seçiminden tereddüde yer vermeyecek biçimde tarafların hangi hukuku seçtikleri anlaşılabilirse, hakim MÖHUK m. 24 / f. 1 uyarınca tarafların hukuk seçimi yaptıklarına hükmedecek ve uyuşmazlığa bu hukuku uygulayacaktır.

II. HUKUK SEÇİMİNİN KULLANILMA BİÇİMİ

Maddî açıdan hukuk seçimine ilişkin esasları inceledikten sonra, bu bölümde hukuk seçiminin kullanılma biçimini inceleyeceğiz³⁵⁷. Biçimsel açıdan inceleme, hukuk seçiminin etki, kapsam, kaynak, uygulama alanı gibi maddî özelliklerinin değil, bu seçimin nasıl yapılması gerektiğinin belirlenmesini sağlayacaktır. Bu bölümde önce hukuk seçimi yönündeki irade beyanının ortaya çıkışını (A), ardından da seçimin yapılışı ile ilgili MÖHUK'ta tanınan serbestileri (B) ele alacağız.

³⁵⁶ DEMİR GÖKYAYLA, s. 285.

³⁵⁷ ULUOCAK, çok yerinde bir şekilde bu hususu "tarafların hukuk seçimine ilişkin yetkilerini kullanma biçimi" olarak ifade etmiştir (ULUOCAK, s. 189).

A. Hukuk Seçimini Öngören İrade Beyanının Ortaya Çıkışı

Maddî açıdan hukuk seçimini incelerken, hukuk seçiminin kaynağının MÖHUK olmadığını, MÖHUK'un sadece tarafların yaptığı hukuk seçimine bazı şartlar altında sonuç tanıdığını belirtmiştik. Yukarıda, yine tanınan bu etkinin ne olduğunu açıklamış, az önce söz ettiğimiz şartlardan maddî olanlarını incelemiştik. Şimdi ise, biçimsel şartları³⁵⁸ inceleyeceğiz.

MÖHUK'un herhangi bir hukuk seçimine sonuç tanıyabilmesi için -diğer şartların yanında- bu seçimin MÖHUK'ta öngörülen yolda yapılması gerekir: hukuk seçiminde iradelerin MÖHUK m. 24 / f. 1'de öngören biçimde uyuşması gerekir. Aksi hâlde, hakim, tarafların yaptıklarını iddia ettikleri hukuk seçimini MÖHUK m. 24 / f. 1 anlamında bir hukuk seçimi olarak nitelendiremeyecektir.

MÖHUK m. 24 / f. 1, tarafların "*açık olarak seçtikleri*" hukuka sonuç tanımış; ayrıca "*[s]özleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde*" hukuk seçiminin anlaşılması durumunda da, bu seçime sonuç tanınması gerektiğini³⁵⁹ belirtmiştir. Dolayısıyla, MÖHUK m. 24'e göre hukuk seçimine Türk hakiminin sonuç tanıyabilmesi için hukuk seçiminin ya açık olarak ya da sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılmasını sağlayacak bir yolla yapılması gerekir. Biz de sırasıyla bu iki hâli inceleyeceğiz.

³⁵⁸ Herhangi bir kavram kargaşasına mahal vermemek adına hemen belirtelim ki, biz burada "biçimsel şart" ifadesini "maddî şart"ın karşıt anlamı olarak kullanıyoruz, "şekil şartı" anlamında kullanmıyoruz. "Şekil" kavramı Türkçe'de hem hukukî işlemin "*forme*"u anlamına gelen hukukî bir terim, hem de "tarz", "biçim" anlamına gelen ve günlük dilde sıkça kullanılan bir kelimedir. Biz MÖHUK m. 24'ün öngördüğü şartlardan bahsederken, bu şartların forma ilişkin olmaması nedeniyle, bir anlam kargaşasına yol açmamak adına "biçim" kelimesini kullanmaya çalışıyoruz.

Gerçekten de hukukumuzda göre hukukî işlemler ya sözlü ya da yazılı şekilde yapılabilir. Bir başka deyişle hukuk seçimi belli bir şekle tâbi kılınmamıştır (NOMER, s. 313; TARMAN, **Seçim**, s. 150; TARMAN, **Roma I**, s. 309). Biz ise burada hukukî işlemin yapılış şekli değil, irade beyanının ortaya çıkış biçiminden, özellikle de irade beyanının içeriğinden bahsetmekteyiz.

Buna rağmen, hukuk seçiminin açık veya zimmî irade ile yapılmasını, bazı yazarlar "hukuk seçiminin şekli" başlığı altında incelemiştir (örneğin, DUTOIT, s. 37; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 341; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 18; DOĞAN, **Akreditif**, s. 142; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 13, vd.; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 138).

³⁵⁹ Hüküm, hukuk seçiminin geçerli olduğunu belirtse de, hukuk seçiminin kaynağını incelediğimiz bölümde de belirttiğimiz üzere, MÖHUK m. 24, hukuk seçiminin geçerli olup olmadığını değil, olsa olsa tarafların yapmış olduğu hukuk seçimine sonuç tanınıp tanınmayacağını düzenleyebilir.

1. Hukuk seçiminin açık olarak yapılması

Hukuk seçimi, kurulan sözleşmenin hangi hukuka tâbi olacağı konusunda tarafların anlaşması, yani irade beyanlarının uyuşması olduğuna göre, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'de öngörülen hukuk seçiminin açık olarak yapılması, tarafların irade beyanlarının içeriği ile ilgilidir. Dikkat edilmesi gereken husus, MÖHUK m. 24 / f. 1'in herhangi bir şekil düzenlemesi getirmiyor oluşudur³⁶⁰. Bir başka deyişle, Türk hakiminin bir hukuk seçimine sonuç tanınması için bu hukuk seçiminin yazılı şekilde yapılması gerekmemektedir³⁶¹. Dolayısıyla MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'de öngörülen hukuk seçiminin açık olması, bir şekil saptaması değil, tarafların hukuk seçimi yaparken kullandıkları irade beyanlarının açıklanma biçimi ile ilgili bir husustur. Bu hükme göre, tarafların hukuk seçimi teşkil eden irade beyanlarında hukuk seçiminin açık olarak ifade edilmesi gerekmektedir. Biz de bu bölümde, hukuk seçiminin açık olarak yapılmasını önce genel olarak inceleyeceğiz, ardından da kimi özel durumlarda açık hukuk seçimi bulunup bulunmadığını tartışacağız.

a) Genel olarak

Açık irade beyanı, iradenin tereddüde yer vermeyecek tarzda ortaya konmasıdır³⁶². EREN'in tanımına göre, "*[b]eyanın anlam ve konusu hiç bir yoruma ve karışıklığa meydan vermeyecek şekilde beyan vasıtalarından [...] anlaşılıyorsa*" açık irade beyanı söz konusudur³⁶³. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ise, açık irade beyanını, "*[i]rade beyanının anlamı[nın], beyanın içinde yapıldığı hal ve şartları anlamlandırmak gerekmez, kullanılan beyan vasıtalarından doğrudan doğruya anlaşılması*" olarak tarif etmiştir³⁶⁴. Bir beyanın açık irade beyanı olabilmesi için, bu beyanın anlamının belirlenmesinde, beyan dışındaki unsurlara başvurulmasına

³⁶⁰ NOMER, s. 313. Aksi yönde, AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s. 37. Karş. DUTOIT, s. 37.

³⁶¹ DEMİR GÖKYAYLA, s. 334. Açık hukuk seçimi sözlü olarak da yapılabilir. Yazılı şekilde yapılan bir sözleşmenin metninden, tarafların zımnî hukuk seçiminde bulunduğu da anlaşılabilir.

³⁶² OĞUZMAN / BARLAS, s. 170.

³⁶³ EREN, s. 124.

³⁶⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 143.

ihtiyaç duyulmaması gerekir³⁶⁵. İrade beyanının açık olması için, bunun yazılı şekilde yapılmasına gerek yoktur; sözlü olarak da açık irade beyanı yapılabilir³⁶⁶.

Tarafların hukuk seçimi ile ilgili iradesinin, irade beyanı dışındaki hiçbir unsura başvurmadan tereddüde yer vermeyecek tarzda anlaşılması, yapılan hukuk seçiminin açık olarak yapıldığını gösterecektir. Bu şartlar altında, hukuk seçiminin açık olarak yapılması, tarafların hukuk seçimi yapma iradesini gösterdiklerinin ve bu seçim için belirledikleri millî hukukun açık olarak anlaşılmasına bağlıdır³⁶⁷.

Buna göre, tarafların sözleşmelerine uygulanmak üzere bir millî hukuku belirlemesi gerekmektedir. Bu belirleme açık olarak yapılmalıdır. Tarafların sözleşmelerini tabî kılmak istedikleri hukuk sisteminin hangi hukuk sistemi olduğu hukuk seçiminin yapıldığı hukukî işlemde tereddüde yer vermeyecek tarzda belirlenemiyorsa, açık bir hukuk seçiminin varlığından bahsedilemez³⁶⁸.

Tarafların bir millî hukuku açık olarak belirlemeleri yeterli değildir; bu belirlemenin taraflar arasındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisini bu hukuka tâbi kılmak amacıyla yapıldığının da tereddüde yer vermeyecek tarzda anlaşılması gerekir. Tarafların belli bir yabancı hukuka dair kimi kuralları belirlemeleri bu nedenle yeterli olmayacaktır. Örneğin tarafların, yabancı bir hukuktaki kuralların sözleşmelerine uygulanmasını kararlaştırmaları açık bir hukuk seçimi teşkil etmez; çünkü bu ifadeden tereddüde yer vermeyecek şekilde tarafların hukuk seçiminde buldukları anlaşılmamaktadır. Taraflar, sözleşmelerini bir yabancı hukuka tâbi kılacakları gibi, yabancı bir hukukun öngördüğü kuralları sözleşmesel hüküm hâline getirerek, bu kuralların aralarındaki hukukî ilişkiye, aynen birer sözleşme hükmü gibi uygulanmasına karar verebilirler. Hukuk seçiminin açık olarak yapılması için, tarafların belirlemiş oldukları hukuka, sözleşmelerini tâbi kılma iradesini taşıdıkları tereddüde yer vermeden ve bu irade beyanı dışındaki unsurlara başvurulmadan anlaşılması gerekir. Bu nedenle belli bir hukuk düzenine atıf ("bu sözleşmede X hukukunun kuralları uygulanır" gibi bir ifade) yeterli olmayacaktır; bu

³⁶⁵ OĞUZMAN / BARLAS, s. 170.

³⁶⁶ DEMİR GÖKYAYLA, s. 334. Zımnî hukuk seçiminin ise, yazılı olarak yapılan bir sözleşmenin hükümlerinden anlaşılması mümkündür. Sonuç olarak, bir hukuk seçiminin açık veya zımnî olmasının sözleşmenin şekli ile hiçbir ilişkisi yoktur.

³⁶⁷ Burada iki unsur bulunmaktadır. Söz konusu ikinci unsur seçilen millî hukukun açık olarak tespit edilmesidir. Zaten negatif hukuk seçimi bu unsur sebebiyle açık bir hukuk seçimi olarak değerlendirilemez.

³⁶⁸ DOĞAN, *İş Akdi*, s. 17.

atfın amacının sözleşmeyi bu hukuka tâbi kılmak ve bir hukuk seçimi yapmak olduğu, irade beyanından anlaşılmalıdır.

Hukuk seçiminin açık olarak yapıldığının tespit edilebilmesi için, illâ ki, o sözleşmenin metni içinde bu unsurlara yer verilmesi gerekmemektedir. Örneğin bir sözleşme daha önce yapılmış bir çerçeve sözleşme kapsamında yapılıyorsa³⁶⁹ veya bu sözleşmede, söz konusu sözleşme için yapılan "ek protokollere", hatta taraflarca değil, üçüncü bir kişinin, örneğin bir kurumun hazırladığı bir metne (örneğin bir model sözleşmeye) bir referans bulunuyorsa ve bu metinlerde hukuk seçimine dair bir düzenleme mevcutsa, tarafların hukuk seçimi konusundaki iradeleri açık (sarih) irade olarak nitelendirilecektir³⁷⁰. İlk olasılıkta çerçeve sözleşme hükümleri, tarafların ileride kurdukları tüm hukukî ilişkilere uygulanmak üzere hazırlanmıştır³⁷¹; ikinci olasılıkta ise zaten referans yapılan metinler sözleşmesel ilişkinin bir parçası hâline gelmiştir. Gerek çerçeve sözleşmeden, gerekse de referans yapılan metinlerden hukuk seçimi açık olarak anlaşılıyorsa, tarafların açık olarak sözleşmelerini bu metinlerde belirtilen hukuka tâbi kıldıkları kabul edilecektir.

b) Açık hukuk seçimi ile ilgili kimi özel durumlar

(1) Hukuk seçiminin genel işlem şartlarında öngörülmesi

Az önce referans yoluyla hukuk seçiminin açıkça yapılabileceğine değinmiştik. Bu noktada, referans yapılan metnin genel işlem şartları olması durumunda, genel işlem şartlarındaki hukuk seçiminin, açık hukuk seçimi olarak kabul edilip

³⁶⁹ Çerçeve sözleşme, niteliği itibarıyla her türlü kaydı içermez. Bu sözleşmede hukuk seçimine ilişkin bir kayıt öngörülebileceği ile ilgili, bkz. Nami BARLAS, "Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri", **Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağını**, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2001, s. 807-828, s. 810; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar**, s. 112.

³⁷⁰ HILL, s. 326.

Öte yandan kimi yazarlar, bu tür bir hukuk seçimini (hukuk seçiminin başka bir sözleşmeye gönderme yoluyla yapılması) zımnî hukuk seçimi olarak nitelendirmektedir (TARMAN, **Seçim**, s. 149; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 21). Ancak biz böyle bir hukuk seçiminin açık hukuk seçimi niteliğinde olduğunu düşünüyoruz (nitekim bu örnekte, zımnî iradenin anlaşılmasını sağlayan sözleşme dışındaki unsurların yorumlanmasını gerektirecek bir durum yoktur).

³⁷¹ BARLAS, çerçeve sözleşmeyi "ileride aynı türden birden fazla sözleşme akdetmeye niyetli olan kişilerin, her bir sözleşmenin kuruluşu esnasında ayrıca kararlaştırılmasına gerek kalmaksızın, belirli birtakım şartların kısmen veya tamamen bu sözleşmelerde yer almasında şimdiden mutabık kalmaları" şeklinde tanımlamıştır (BARLAS, s. 808). Benzer bir tanım için, bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar**, s. 112.

edilmeyeceği sorusu tartışılmalıdır. Katılma akitleri ("*contrats d'adhésion*") yoluyla hukuk seçimi yapılmasının, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'in tarafların açık olarak bir hukuk seçimi yapmasını öngörmesiyle bağdaşmayacağı düşünülebilir³⁷². Gerçekten de, bu hükümde yer alan hukuk seçiminin açık olarak yapılmasının, her iki tarafın da hukuk seçimini tartıştıktan sonra kabul etmeleri anlamına geldiği yönünde bir yorum yapılabilir. NOMER de, hukuk seçiminin genel işlem şartlarında olması durumunda, tarafların genel işlem şartlarından bilgisi olduğu yönünde sözleşmede bir kaydın bulunması gerektiğini; aksi takdirde taraf iradesinin bir emare olarak nitelendirileceğini belirtmektedir³⁷³.

Ancak, genel işlem şartlarına karşı en fazla korunması gereken zayıf tarafların bulunduğu sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarında (MÖHUK m. 26 / f. 1 (tüketici sözleşmeleri) ve MÖHUK m. 27 / f. 1 (iş sözleşmeleri)) bile, hukuk seçiminin açık olarak yapılması gerektiği düzenlenmemiş³⁷⁴; bu sözleşmelerde hukuk seçiminin yapılma biçimi ile ilgili daha koruyucu sınırlamalar getirilmemiştir. Elbette bu hükümler, zayıf taraf için başka güvenceler öngörmektedir; ancak bu güvenceler hukuk seçiminin yapılma biçimine özgü değildir.

MÖHUK m. 24'ün, az önce andığımız diğer iki kanunlar ihtilafı kuralına göre daha düşük bir sosyal kaygıyla hazırlanmış olduğunu göz önüne alırsak, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'deki hukuk seçiminin açık olarak yapılması vurgusunun, sosyal bir amaca hizmet etmediği, sadece biçimsel bir vurgu olduğu anlaşılacaktır. Bir başka deyişle, kanunkoyucu, hukuk seçiminin -bir tarafın genel işlem şartlarını okumaması hâlinde olduğu gibi- herhangi bir tarafın dikkatinden kaçmasını engellemek, bir tarafın diğer tarafa herhangi bir inisiyatif bırakmadan zorlayıcı bir şekilde hukuk seçimini düzenlemesinin önüne geçmek (genel işlem şartları, kural olarak, tarafların

³⁷² Bu yönde, Gülin GÜNGÖR, "*Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı*", **AÜHF**, C. 51, S. 1, 2002, s. 19-42 (**Click**), s. 35, özellikle s. 35, dn. 74.

Yazar, internet üzerinden "*kabul ediyorum*" tuşuna basılarak kuralan ve katılma akdi özelliği taşıyan sözleşmelerde, hukuk seçimi anlaşmalarına cevaz verilmemesi gerektiğini savunmaktadır (GÜNGÖR, **Click**, s. 37, vd., özellikle, s. 41).

³⁷³ NOMER, s. 312.

³⁷⁴ Kanaatimizce, bu iki sözleşme türünde yapılacak hukuk seçimi, MÖHUK m. 24 / f. 1'de belirtilen iki biçimden birinde yapılmadığı sürece, Türk hakimi önünde etki doğurmayacaktır. Bir başka deyişle, bu iki hükümdeki hukuk seçiminin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin boşluk, MÖHUK m. 24 / f. 1'in doğrudan uygulanması ile doldurulacaktır; çünkü MÖHUK m. 24, hukuk seçimi konusundaki genel hükümdür ve hukuk seçimi ile ilgili diğer hükümlerde düzenlenmeyen hususlar MÖHUK m. 24'e tâbidir. MÖHUK m. 26 ve 27 kapsamındaki hukukî ilişkilerde de, hukuk seçimi MÖHUK m. 24'teki biçime göre yapılacaktır. Aynı yönde, bkz. TARMAN, **Seçim**, s. 159.

sözleşme hükümlerini tartışmasına imkân vermez³⁷⁵) veya bir hukuk seçiminin yapılmasını zorlaştırmak gibi bir kaygıyla hareket etmemektedir. MÖHUK m. 24'ün kapsamına daha çok milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren hukukî ilişkiler girmektedir; bu tip hukukî ilişkilerde tarafların kural olarak genel işlem şartına dayanan bir itirazda bulunması zaten mümkün olmayacaktır.

MÖHUK m. 24'te hukuk seçiminin açık olarak yapılması gerektiği vurgusunun yer almasının nedeni, tarafların oldukça sübjektif bir yaklaşımla, kurdukları sözleşmenin kendi fikirlerince başka bir hukuka tâbi olduğu ve baştan beri buna göre hareket ettikleri yönünde bir sav ileri sürmesinin önüne geçmek, yani hukukî güven sağlamaktır. Oysa, genel işlem şartlarında hukuk seçimi tereddüde yer vermeyecek açıklıkta dile getirildiği sürece, bu şartlarda yer alan hukuk seçimi, hukukî güven açısından bir sorun yaratmayacaktır.

İşte bu sebeple, genel işlem şartlarına referans ile yapılan hukuk seçiminin açık hukuk seçimi olarak nitelendirilmesinde bir engel bulunmadığını düşünüyoruz³⁷⁶. Yine de belirtmemiz gerekir ki, tarafların bu genel işlem şartındaki hukuk seçimine dayanabilmesi için, genel işlem şartını karşı tarafa göndermeleri yeterli değildir; bu genel işlem şartının sözleşmenin bir parçası hâline getirilmelidir³⁷⁷.

Öte yandan hukuk seçiminin genel işlem şartı ile yapılması, aynen sözleşmenin genel işlem şartı ile kurulmasında olduğu gibi kimi hukukî sorunlar yaratabilecektir. Nasıl ki, bir taraf genel işlem şartında yer alan sözleşmenin içeriğine ilişkin bir hükümden dolayı sözleşmenin veya sadece o klozun hüküm doğurmasını kimi durumlarda sağlayabiliyorsa, aynı durum genel işlem şartı ile yapılan hukuk seçimi için de geçerlidir. İşte hukuk seçiminin genel işlem şartı ile yapılmış olması durumunda da, biçim tartışmasından bağımsız olarak hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı, hukuk seçimine uygulanan hukuka göre belirlenecektir.

Hukuk seçiminde genel işlem şartlarının kullanılması ile ilgili bir diğer sorun da, her iki tarafın birbirine karşılıklı olarak kendi genel işlem şartlarını göndermesi,

³⁷⁵ GÜNGÖR, *Click*, s. 34

³⁷⁶ Aynı yönde, HILL, s. 326; DEMİR GÖKYAYLA, s. 305, 341.

³⁷⁷ HILL, s. 326, vd. Örneğin tarafların sözleşmenin hazırlanması sürecinde birbirine kendi genel işlem şartlarını göndermeleri, ancak sözleşmede bu genel işlem şartlarına referans yapmamaları durumunda, bu genel işlem şartlarındaki hukuk seçimi klozunun uygulama alanı bulacağı kabul edilemez.

sözleşmenin bu iki genel işlem şartı üzerinden kurulması ve her iki metnin kimi konularda farklı sonuçlara ulaşılmasıdır. Karşılaştırmalı hukukta *battle of the forms*³⁷⁸ diye anılan bu durum sonucu hukuk seçiminin meydana gelişi ile ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır³⁷⁹. Kanaatimizce, bu durumda sözleşmeye uygulanacak hukuk sorunu, hukuk seçimine uygulanacak hukukun *battle of the forms*'a verdiği cevaba göre çözümlenmelidir³⁸⁰. Örneğin Türk hukukunda, bir irade beyanının kabul olarak nitelendirilmesi için, bunun icaba uygun olması gerekir³⁸¹. Dolayısıyla vermiş olduğumuz örnekte hukuk seçimine Türk hukuku uygulanırsa, icap ile kabulün birbirinden farklı olması sebebiyle taraflar arasında hukuk seçimi yönünde bir anlaşma olmadığı kabul edilecektir³⁸². Ancak farklı hukuk sistemlerinde farklı sonuçların kabul edilmesi mümkündür³⁸³.

(2) Hukuk seçiminin seçimlik hak olarak düzenlenmesi

Açık hukuk seçimi yapılmasıyla ilgili tartışılabilir bir diğer husus, tarafların hukuk seçimini seçimlik hak olarak düzenlemesi veya sözleşmede taraflardan birine belli bir anda sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağına karar verme hakkı tanınmasıdır. Her iki olasılıkta da, hukuk seçiminin yapılması konusunda yenilik doğuran bir hak düzenlenmiştir.

Önce ele aldığımız iki ihtimali örneklendirelim. İlk ihtimalde, taraflar, sözleşmelerine ya Alman hukuku ya da Mısır hukuku uygulanacağını ve taraflardan birinin belli bir anda bu iki hukuktan birinin sözleşmelerine uygulanması yönünde

³⁷⁸ *Battle of the forms* kavramının Türkçe bir karşılığı yoktur. *Battle of the forms*, sözleşmenin kurulmasını sağlayan iki irade beyanı olan icap ile kabulün birbiriyle tam olarak uyuşmadığı bir hâldir.

³⁷⁹ DEMİR GÖKYAYLA, s. 345, dn. 397 ve s. 346, dn. 398.

³⁸⁰ İşte bu örnek bile hukuk seçimine seçilen hukukun uygulanmaması gerektiğine ilişkin çok önemli bir dayanaktır.

³⁸¹ OĞUZMAN / ÖZ, s. 58, 61. Hatta yazarlar, taraflar anlaşmalarını düşünse bile, irade beyanları birbirine uygun değilse, sözleşmenin kurulmamış olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, bkz. EREN, s. 228; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 94, vd. Karş. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 204, vd.

³⁸² DEMİR GÖKYAYLA, s. 346.

³⁸³ Örneğin, esasa ilişkin bir konvansiyon olsa da, Viyana Satım Antlaşması'nda *battle of the forms* durumunun farklı bir sonuç doğuracağı düzenlenmiştir. Gerçekten de VSA m. 19 / f. 2'de çeşitli koşullar dahilinde, icabı kabul anlamında olan, yine de icaba çeşitli unsurlar ekleyen beyanla sözleşmenin kurulabileceği belirtilmektedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, bu çözümün BK m. 6 çerçevesinde Türk hukukunda da kabul edilebileceği görüşündedir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 205).

bir seçimde bulunacağını kararlaştırmaktadırlar³⁸⁴. İkinci ihtimalde ise, taraflar, sözleşmelerine uygulanacak hukukun taraflardan biri tarafından sözleşmede saptanan belli bir anda veya belli bir ana kadar belirleneceğini öngörmüşlerdir.

Tartışılabilir ilk husus, tarafların "sözleşmesel ilişkiye [X]'in seçimine göre Alman hukuku veya Mısır hukuku uygulanacaktır" veya "[X], ifayı gerçekleştirene kadar / iki taraf arasında bir uyuşmazlık çıktığı anda, sözleşmeye uygulanacak hukuku saptayacaktır" biçimindeki bir ifadenin MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1 anlamında hukuk seçimi teşkil edip etmediğidir. Kanımızca, her iki ifade de hukuk seçimi teşkil etmez. Bir irade beyanının hukuk seçimi teşkil edebilmesi için, bu beyandan sözleşmenin tâbi olacağı hukuk düzeninin kesin olarak saptanabilmesi gerekir. Oysa her iki ifadede de, böyle bir saptama yapılmasına imkan vermez. Ancak, kanımızca bu iki ifade de geçerlidir; taraflardan yenilik doğuran hakkı olan, tek taraflı irade beyanı ile söz konusu sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuku belirlediği anda hukuk seçimi yapılmış olur. Bir başka deyişle, hukuk seçiminin yapıldığı an, sözleşmede seçimlik hakkın tanınması değil, ama bu seçimlik hakkın yenilik doğuran bir irade beyanı ile kullanıldığı andır.

Bir diğer tartışma konusu ise, hukuk seçiminin bir tarafın tek taraflı irade beyanına bırakılıp bırakılmayacağıdır. Gerçekten de, hangi hukukun seçileceğini dava açmadan hemen önce, hatta dava sırasında belirleme hakkı olan taraf, kendi lehine sonuçlar doğuran bir hukuk belirleyecektir. Aynı şekilde, davalının

³⁸⁴ Tarafların, bu iki hukuk arasında herhangi bir tarafa belirleme hakkı tanımadan sözleşmesel ilişkilerine ya Alman hukuku ya da Mısır hukukunun uygulanacağını kararlaştırmaları ne MÖHUK anlamında, ne de kanaatimizce genel hukuk ilkeleri açısından geçerli bir hukuk seçimi olacaktır. Aynı şekilde, sözleşmesel ilişkiye Alman hukuku ve Mısır hukuku uygulanacaktır şeklindeki bir belirleme de, ne MÖHUK anlamında, ne de genel hukuk ilkeleri açısından geçerli bir hukuk seçimidir (aynı yönde, NOMER, s. 311).

Belli bir hukuk seçiminin yapılabilmesi için, taraflar açık olarak belirlememiş olsalar bile, tarafların hangi hukukun uygulanmasını arzuladıkları, dava sırasında hakim tarafından tereddüde yer bırakmayacak şekilde tespit edilebilmelidir. Ancak örneklerini verdiğimiz bu iki durumda, tarafların belli bir hukukun sözleşmeye uygulanması yönündeki iradeleri hiçbir aşamada tespit edilemeyecektir. Taraflar alternatif bir hukuk seçimi öngörüyorlarsa ("sözleşmesel ilişkiye Alman hukuku veya Mısır hukuku uygulanacaktır"), bu alternatiflerden hangi hukukun seçileceğine kimin karar vereceğini tespit etmeleri gerekmektedir. Aksi hâlde, dava sırasında hakim, sözleşmenin taraflarca herhangi bir hukuka tâbi kılınmadığı yönünde karar verecektir. Gerçekten de, nihaî olarak bir sözleşmesel ilişkinin "x veya y hukukuna tâbi olması" gibi bir olgu mümkün değildir.

Taraflar kümülatif bir hukuk seçimi öngörüyorlarsa ("sözleşmesel ilişkiye Alman hukuku ve Mısır hukuku uygulanacaktır"), bu durumda da bir hukuk seçiminin yapılmadığını söyleyebiliriz. Bir sözleşmesel ilişkinin aynı anda iki farklı millî hukuka tâbi olması mümkün değildir. Zaten MÖHUK sisteminde de, hukuk seçiminin hüküm doğurması, ancak bir hukuk düzeninin seçilmesiyle mümkün olacaktır. Dolayısıyla böyle bir hukuk seçiminin ne hukukun genel prensipleri karşısında, ne de MÖHUK sisteminde hüküm doğurması söz konusudur.

uygulanacak hukuku belirleme hakkı varsa, o da, kendisini en az sorumlu tutacak hukuku belirleyecektir. Sözleşmenin hangi hukuka tâbi olduğu gibi esaslı bir konunun bu biçimde bir tarafın inisiyatifine bırakılması adalet duygusunu incitecek sonuçlar doğurabilir. Öte yandan, tarafların uygulanacak hukuku bu biçimde belirlemede -gabin veya hile gibi- herhangi bir irade sakatlığı bulunmuyorsa, bu düzenin taraflarca geçerli olan iradeleri ile öngörülen düzen olduğu da unutulmamalıdır. Uygulanacak hukukun bu şekilde belirlenmesinde tarafların hesaba kattığı kimi unsurlar olacağı gibi, sözleşmedeki denge de (özellikle de fiyatlandırma) yine bu düzene göre kurulacaktır. Ayrıca sözleşmede bu olanağın tanınması sonucu altına girilen riski minimize edecek kimi önlemler (örneğin sözleşmenin daha detaylı olarak kaleme alınması gibi) alınmış olabilir.

İşte bu sebeplerden dolayı, hukuk seçiminin, bir tarafın yenilik doğuran tek taraflı irade beyanı ile belirlenmesinin tek başına bir sorun yarattığını düşünmüyoruz. Bu sebeple de, sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukukun bu biçimde tespit edilmesi durumunda da, yapılan hukuk seçiminin MÖHUK kapsamında hüküm doğuracağı kanaatindeyiz; meğer ki, sözleşmede tanınan yenilik doğuran hak dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanılabilir³⁸⁵. Bir tarafın tek taraflı irade beyanı ile yapılan böyle bir hukuk seçimi, uygulanacak hukukun beyandan açık olarak tespit edilebiliyor olmasından dolayı, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1 anlamında bir hukuk seçimi olacaktır.

(3) Şarta bağlı veya kademeli hukuk seçimi

Doktrinde çok tartışılmamakla birlikte, hukuk seçiminin şarta bağlı veya kademeli³⁸⁶ yapılabileceği kabul edilmiştir³⁸⁷. Şarta bağlı hukuk seçimi geciktirici veya bozucu şarta bağlı olarak düzenlenebilir³⁸⁸. Ancak hukuk seçiminin açık bir hukuk seçimi olarak kabul edilip sonuç doğurabilmesi için, hem şartın nasıl gerçekleşeceğini, hem de şartın sonucunun net bir biçimde ortaya konması gerekir.

³⁸⁵ Bir tarafa verilen hukuk seçimi konusundaki seçimlik hak sonucu, tarafın sözleşmeyi hükümsüz kılacak bir hukuku seçmesi durumunda, bu seçimin dürüstlük kuralına aykırı yapıldığı ileri sürülebilir. Aynı şekilde, sözleşmede bu hakkın ne zaman kullanılacağına dair bir ifade bulunmuyorsa ve bir taraf uyumsuzluk çıktıktan sonra, kendi lehine sonuç doğuracak hukuku seçerse, yine dürüstlük kuralına aykırı bir hak kullanımı olduğu ileri sürülebilir.

³⁸⁶ Hukuk seçiminin bu şekilde yapılmasına uygulamada ender de olsa rastlanılmaktadır (DICEY / MORRIS, s. 1225). Dolayısıyla söz konusu tartışma saf teorik bir tartışma değildir.

³⁸⁷ DEMİR GÖKYAYLA, s. 282, vd.; TARMAN, *Seçim*, s. 153.

³⁸⁸ DEMİR GÖKYAYLA, s. 282.

Aksi hâlde, hangi durumda hangi hukukun sözleşmeye uygulanacağı belli olamaz. Bu ise, yapılan hukuk seçiminin etki doğuramamasına neden olabilir.

İngiliz doktrini sözleşmenin kurulduğu anda henüz kristalleşmemiş ve belirlenmesi daha sonraki bir aşamaya bırakılmış hukuk seçimini (şarta bağlı hukuk seçiminde olduğu gibi) *floating choice of law* olarak adlandırır. İngiliz doktrininde, sözleşmeye uygulanacak hukukun bu şekilde belirlenmesine karşı çıkmakta ve havada bulunan bu hukuk seçiminin etkisiz olacağı dile getirilmektedir³⁸⁹. Bu tür hukuk seçimine verilebilecek en güzel örneklerden biri *The Iran Vojdan* davasıdır. Taraflar sözleşmelerinde davanın Tahran mahkemelerinde görülmesi hâlinde İran hukukunun, Hamburg mahkemelerinde görülmesi hâlinde Alman hukukunun, Londra mahkemelerinde görülmesi hâlinde ise İngiliz hukukunun uygulanacağını kararlaştırmışlardır³⁹⁰. DICEY / MORRIS'e göre böyle bir durumda seçimlik hak kullanıldığı anda hukuk seçimi yapılmış olacak ve hukuk seçimi sonuç doğuracaktır³⁹¹. Kanaatimizce, burada hukuk seçimi ile ilgili bir seçimlik hak düzenlenmemiştir. Çünkü taraflardan biri hangi hukukun sözleşmeye uygulanacağını seçmemekte, uygulanacak hukuk davanın açıldığı yere göre belirlenmektedir. Tarafların sözleşmelerine dava açılacak yerin hukukunun uygulanacağını belirtmeleri, bizce geciktirici şarta bağlı bir hukuk seçimidir. Böyle bir hukuk seçimi geçerlidir³⁹².

³⁸⁹ NORTH / FAWCETT, s. 552, 560. Ayrıca Roma Konvansiyonu öncesinde dönemin analizi için, bkz. Adrian BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Oxford 2002 (**Conflict**), s. 161; DICEY / MORRIS, s. 1225. *Floating choice of law*'un reddedilmesinin arkasında yatan husus, hiçbir sözleşmenin belli bir hukuka tâbi kılınmadan doğamayacağı düşüncesidir (NYGH, s. 320). Gerçekten de sonradan yapılan hukuk seçiminden farklı olarak (hukuk seçimi sonradan yapılan kadar bu sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif kritere göre veya önceden seçilen hukuka göre belirlenir), *floating choice of law*'da geciktirici veya bekletici şart gerçekleşene kadar sözleşmeye uygulanacak hukuk belli değildir (NYGH, s. 320). Biz ise şarta bağlı hukuk seçimi yapılması önünde herhangi bir engel görmemekteyiz. Çünkü sözleşmenin kurulması anında sözleşmenin bir hukuka tâbi kılınması zorunluluğunun yapay bir ayırım olduğunu düşünüyoruz (NYGH de *floating choice of law*'un Roma Konvansiyonu öncesi İngiliz doktrinine göre hüküm doğuramamasını eleştirmektedir (NYGH, s. 320)). Üstelik geciktirici veya bekletici şart gerçekleştiğinde *lex contractus* belirlenmiş olacak ve sözleşmenin kurulduğu andan itibaren sonuç doğuracaktır. Bu nedenle İngiliz doktrinindeki bu görüşe katılmıyoruz.

Floating choice of law'un İngiltere'de kabul edilmediği, ancak Roma Konvansiyonu'ndan sonra tüm Üye Devletler'de bunun kabul edilmesi gerektiği yönünde, bkz. DICEY / MORRIS, s. 1226; SCOLES / HAY / BORCHERS / SYMEONIDES, s. 862, dn. 11.

³⁹⁰ Kararla ilgili olarak, bkz. DICEY / MORRIS, s. 1225.

³⁹¹ DICEY / MORRIS, s. 1226.

³⁹² NOMER, s. 317; TARMAN, **Seçim**, s. 153.

Geciktirici şarta bağlı hukuk seçimi yapılması durumunda (bozucu şarta bağlı hukuk seçiminin aksine), sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı bu şartın gerçekleşmesine kadar belli olmayacaktır. Ancak taraflar ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve uyuşmazlığın çıktığı tarihte henüz gerçekleşmemiş bir geciktirici şart öngörürlerse, hakim, henüz hukuk seçimi gerçekleşmediği için, sözleşmeye uygulanacak hukuku objektif kritere (MÖHUK m. 24 / f. 4) göre belirleyecektir. Şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin belli olmadığı dönemde, sözleşmenin kural olarak hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak bağlanma kuralının gösterdiği hukuka tâbi olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli olmayan geciktirici şarta bağlı hukuk seçimi düzenlenmiş hukukî ilişkide, objektif kritere göre belirlenecek hukuk uyarınca üçüncü kişilerin kazandıkları hakların saklı kalması gerekir³⁹³.

2. Hukuk seçiminin sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılması

MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'de tarafların açık olarak hukuk seçebilecekleri düzenlendikten sonra, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'de "[s]özleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılacak hukuk seçimi"nin de sonuç doğuracağı düzenlenmiştir.

MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 ile ilgili bir diğer önemli husus, bu cümlenin karşılığının eski MÖHUK'ta yer almamasıdır³⁹⁴. Bir diğer deyişle, bu hüküm yeni

³⁹³ NOMER, s. 317.

³⁹⁴ Bu sebeple, eski MÖHUK sisteminde zımnî hukuk seçiminin kabul görmeyeceği, hukuk seçiminin sadece açık olarak yapılması durumunda sonuç doğuracağı yönünde, bkz. ULUOCAK, s. 194; ÇELİKEL / ERDEM, s. 327; TEKİNALP, **Zımnî Hukuk**, s. 30; TEKİNALP, **Akdi Borç Statüsü**, s. 67; Gülören TEKİNALP / Ünal TEKİNALP, "*Joint Venture*", **Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı**, Ankara 1988, s. 143-176, s. 174; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 14; TURHAN, s. 144; ÇİLİNGİROĞLU, s. 113, vd; ERDEM, **Satım**, s. 67; ÖZDEMİR, **Tahkim**, s. 106; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 189; ERDEM, **Patent Hakkı**, s. 166; TÜZÜNER, s. 108. Aksi yönde, Kemal DAYINLARLI, **Joint Venture Sözleşmesi**, 2. Bası, Ankara 1999 (JV), s. 294; DEMİR GÖKYAYLA, s. 305.

Nitekim, Yarg. 13. HD. E. 1993/2112, K. 1993/5075, T. 15.6.1993 (Kazancı İçtihat Bankası) kararında da eski MÖHUK m. 24 / f. 1'e göre hukuk seçiminin açık bir biçimde yapılması gerektiği belirtilmiş; hukuk seçiminin sonuç doğurması için zımnî veya farazî iradeye dayanılamayacağı ifade edilmiştir (Yarg. 15. HD. E. 2001/654, K. 2001/1010, T. 22.2.2001 (Kazancı İçtihat Bankası); Yarg. 11. HD. E. 2003/2977, K. 2003/8974, T. 7.10.2003 (Kazancı İçtihat Bankası); Yarg. 19. HD. E. 2003/6027, K. 2003/13401, T. 29.12.2003 (Kazancı İçtihat Bankası); Yarg. 11. HD. E. 2005/12302, K. 2006/13718, T. 21.12.2006 (Kazancı İçtihat Bankası)).

MÖHUK'un getirdiği yeniliklerden biridir³⁹⁵. Bu hükmün mehzazının Roma Konvansiyonu olduğunu söylemek çok da yanlış olmayacaktır. Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 1 / c. 2'de hukuk seçiminin açık olabileceği ya da sözleşme hükümleri veya hâlin şartlarından tereddüde yer bırakmayacak biçimde anlaşılabilir olması³⁹⁶ gerektiği belirtilmiştir. Aynı cümle, Roma I Tüzüğü'nde de yerini korumuştur (Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 1 / c. 2).

Eski MÖHUK'ta zımnî hukuk seçiminin düzenlenmemesine yönelik eleştiriler için, bkz. SAKMAR, s. 360; TEKİNALP, **AT**, s. 1108, dn. 46. TURHAN da bu düzenlemeyi eleştirmiş ve bu düzenlemenin getirdiği sakıncaların hükümdeki "açık olarak" ibaresinin, zımnî hukuk seçiminin değil, tarafların varsayılan iradesinin zıttı olarak kullanıldığının kabul edilmesi hâlinde giderilebileceğini belirtmiştir (TURHAN, s. 144). DEMİR GÖKYAYLA ise, zımnî hukuk seçiminin yasaklanmasının milletlerarası karar ahengi açısından sakınca yaratabileceğini belirtmekle birlikte, bu düzenlemeyi olumlu bulmaktadır (DEMİR GÖKYAYLA, s. 308).

TEKİNALP, eski MÖHUK sisteminin zımnî hukuk seçimine izin vermediğini belirtse de, bu seçime bir istisna tanımıştır. Yazara göre, eğer objektif kurala göre uygulanacak hukukta zımnî hukuk seçimine imkan tanınıyorsa, bu biçimde yapılan hukuk seçiminin sonuç doğurması hukuk mantığı gereğidir (TEKİNALP, **Akdi Borç Statüsü**, s. 68). Yazar bu görüşü ile sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili bir devam eden atf kuralı ortaya koymaktadır. Biz atf tekniğinin eski MÖHUK'ta da sözleşmeye uygulanan hukuk açısından uygun olmadığını düşünüyoruz. Bu sebeple de TEKİNALP'in dayandığı istisnaya katılmıyoruz.

Zımnî irade ile hukuk seçimi yapılabileceğini destekleyen bir başka görüş, seçilecek hukukun subjektif kritere göre değil, objektif kritere göre belirlendiği durumda dikkate alınan ifa yerinin zımnî kararlaşırılabilirliğine dayanmaktadır. Bu görüş, kanımızca yerinde bir biçimde DEMİR GÖKYAYLA tarafından eleştirilmiştir (DEMİR GÖKYAYLA, s. 306, vd.). Gerçekten de bir sözleşme hükmünün zımnî kararlaşırılması ile hukuk seçiminin zımnî yapılması birbiri ile kıyaslanamaz.

DOĞAN da, bizim katılamayacağımız bir yorumla, atf kurallarından hareket ederek eski MÖHUK sisteminin zımnî hukuk seçimine izin verdiğini dile getirmektedir (DOĞAN, **İş Akdi**, s. 23).

Doktrindeki bir diğer görüş ise, eski MÖHUK m. 24 / f. 1'deki "açıkça" ifadesini, tarafların iradesinin tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılmasını dile getirdiğini belirtmiştir. ÇELİKEL / ERDEM, bu görüşün kanunun lafzına olmasa bile, ruhuna uygun olduğunu belirtmektedir (ÇELİKEL / ERDEM, s. 328). AYBAY / DARDAĞAN da, taraflar iradelerini açıkça beyan etmese bile fazla bir incelemeye gerek kalmaksızın tarafların hukuk seçimi yönündeki iradesi anlaşılabiliriyorsa, böyle bir hukuk seçiminin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir (AYBAY / DARDAĞAN, s. 253, vd.). SARGIN ise gerçek olmayan kanun boşluğundan hareket ederek "*sözleşmenin şartları ile diğer koşullarından mantıkî bir belirlilikle ortaya çıkan bir davranışın, fiilin, zımnî hukuk seçimi olarak kabul*" edilebileceğini belirtmektedir (SARGIN, **Lisans**, s. 197, vd.).

Ayrıca, eski MÖHUK sisteminde, zımnî hukuk seçimine izin verilip verilmemesi ile ilgili doktrindeki farklı görüşler için, bkz. DOĞAN, **İş Akdi**, s. 19, 20.

AKINCI ise, eski MÖHUK sisteminde kabul görmeyen zımnî hukuk seçiminin sözleşmenin en sıkı ilişkide olduğu hukukun saptanmasında rol oynayabileceğini belirtmiştir (AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 14).

³⁹⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Madde Gereçekleri, s. 7. ÇELİKEL / ERDEM'e göre, yeni MÖHUK'un hukuk seçimi ile ilgili getirdiği en önemli yenilik budur (ÇELİKEL / ERDEM, s. 334).

³⁹⁶ Roma Konvansiyonu'nun çeşitli versiyonları incelendiğinde, aslında "tereddüde yer bırakmayacak biçimde anlaşılabilir olması" gibi bir ifadenin kullanılmadığı fark edilebilir. Biz de aşağıda bu versiyonlardaki farklılıkları inceleyeceğiz. Bu incelemeye kadar geçici olarak bu tip bir ifadeyi kullanalım.

Biz de önce MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'de yer alan unsurları (a), ardından bu düzenlemenin nedenlerini (b), son olarak da hükmün kapsamında hukuk seçiminin nasıl yapılabileceğini (c) tartışacağız.

a) Zımnî hukuk seçiminin unsurları

MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'de üç unsur yer almaktadır.

İlk unsur, tarafların hukuk seçimi yönündeki iradeleridir. Tarafların hukuk seçimi yönünde bir iradeleri yoksa, her ne kadar kimi dış unsurlardan tarafların bir hukuk seçimi yapmaya yaklaştığı anlaşılabilirse de, hakimin MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'yi uygulaması mümkün olmayacaktır. Tarafların hukuk seçimi yönünde gerçek iradelerinin olması gerekir³⁹⁷.

İkinci unsur, tarafların hukuk seçimi yönündeki iradelerinin sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından anlaşılmasıdır. MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'in aksine, taraflar açık iradeleri ile hukuk seçimi yapmadıkları için MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 anlamında hukuk seçimi yapıp yapılmadığının anlaşılması için somut olayın şartları çok dikkatli bir şekilde analiz edilmelidir. Hüküm her ne kadar hukuk seçiminin anlaşılabilirliği unsuru "veya" bağlacı ile bağlamış olsa da, bundan hukuk seçiminin ya sözleşme hükümlerinden ya da hâlin şartlarından anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşılmamalıdır. Gerçekten de, doktrinde, bu iki unsurun beraber değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁹⁸. MAX PLANCK ENSTİTÜSÜ Raporu'nda ise, hâlin şartlarından anlaşılacak olan iradenin zımnî irade değil, farazî irade olacağının altı çizilmiştir³⁹⁹. Burada arananın tarafların gerçek iradesi olması sebebiyle, Rapor'da tarafların kullandığı kelimeler ve tarafların davranışlarına dikkat edilmesi gerektiği önerilmiştir⁴⁰⁰.

Üçüncü unsur ise, tarafların hukuk seçimi yönündeki iradelerinin tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılmasıdır. Bu unsurla ilgili mehz hüküm niteliğinde olan Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 1 / c. 2'nin İngilizce, Almanca ve Fransızca

³⁹⁷ GIULIANO / LAGARDE, s. 16; GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 191; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 20.

³⁹⁸ HILL, s. 327, vd.

³⁹⁹ MAX PLANCK INSTITUTE, s. 40.

⁴⁰⁰ MAX PLANCK INSTITUTE, s. 40.

versiyonlarında farklı ifadeler kullanılmıştır⁴⁰¹. İngilizce versiyonda "[t]he choice must be [...] demonstrated with reasonable certainty"⁴⁰² ifadesi yer almaktadır. Almanca versiyon ise "[d]ie Rechtswahl muss [...] sich mit hinreichender Sicherheit ergeben"⁴⁰³ şeklindedir. Fransızca versiyonun "[c]e choix doit résulter de façon certaine"⁴⁰⁴ şeklindeki ifade ile en farklı versiyon olduğunu söyleyebiliriz⁴⁰⁵. Roma Konvansiyonu m. 33'te, Konvansiyon'un Almanca, İngilizce, Danca, Fransızca, İrlandaca, İtalyanca ve Hollandaca yapıldığı ve tüm metinlerin eşit bağlayıcılıkta olduğu belirtilmiştir⁴⁰⁶. Yine de, Konvansiyon'un Almanca ve İngilizce versiyonlarının Fransızca versiyona göre hakime daha fazla takdir hakkı tanıdığı gözlemlenebilir⁴⁰⁷. Öte yandan, RIGAUX / FALLON'a göre zımnî irade ile hukuk seçimi yapıldığında, tarafların iradesinin kesin bir şekilde anlaşılması vurgusu, bu hükmün sağladığı olanağın dar yorumlanması gerektiğine işaret etmektedir⁴⁰⁸.

Avrupa Birliği Komisyonu'nun hazırladığı Green Paper'da, Konvansiyon'un tüzük hâline getirilmesi aşamasında, Konvansiyon'un çeşitli versiyonları arasındaki farkın giderilmesi önerilmiştir⁴⁰⁹. Nitekim, Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 1 / c. 2'de, bu farklılık giderilmeye çalışılmıştır. Tüzük'ün Fransızca versiyonu, Konvansiyon'un Fransızca versiyonuna göre hiçbir değişikliğe uğramamıştır. Ancak Konvansiyon'un İngilizce versiyonundaki "*demonstrated with reasonable certainty*" ifadesi yerine Tüzük'te "*clearly demonstrated*"⁴¹⁰ ifadesi kullanılmıştır. Yine Almanca versiyondaki "*mit hinreichender Sicherheit*" ifadesinin yerine, Tüzük'ün Almanca versiyonunda

⁴⁰¹ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 23; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 92.

⁴⁰² Bu ifadeyi, "seçim makul (akla yatkın) bir kesinlikle ortaya çıkartılmalıdır" şeklinde tercüme edebiliriz. Aynı yönde, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 92.

⁴⁰³ Bu ifadeyi, "hukuk seçimi yeterli bir kesinlikle ortaya çıkmalıdır" şeklinde tercüme edebiliriz. Aynı yönde, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 92.

⁴⁰⁴ Bu ifadeyi, "bu seçim kesin bir biçimde ortaya çıkmalıdır" şeklinde tercüme edebiliriz. Aynı yönde, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 92.

⁴⁰⁵ Fransızca metnin en yüksek derecede kesinliği aradığı yönünde, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 92. Bu açıdan Fransızca metni diğerlerinden ayıran bir başka yorum için, bkz. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 23, dn. 47.

⁴⁰⁶ Çeşitli dillerde yazılmış bir hukukî metnin, dil farklılıkları sebebiyle farklı yorumlanmasının hukukî kesinliği azalttığı, ancak bunun etkili bir birleştirme ve uyumlaştırmanın önünde engel olmayacağı, çünkü tek anlamlılığın bu metinlerin nihaî amacı olmadığı yönünde, bkz. Jürgen BASEDOW, "*Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu*", **AÜHF**, C. 52, S. 3, 2003, s. 1-18, Çev. Arzu Oğuz, s. 5.

⁴⁰⁷ Aynı yönde, LAGARDE / TENENBAUM, s. 736.

⁴⁰⁸ RIGAUX / FALLON, s. 802.

⁴⁰⁹ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 24.

⁴¹⁰ Bu ifadeyi "açıkça ortaya çıkartılan" şeklinde tercüme edebiliriz.

"*eindeutig*"⁴¹¹ ifadesi kullanılmıştır. Tüzük'ün, Almanca ve İngilizce versiyonlarındaki ifade değişikliği⁴¹² ile Fransızca versiyona yaklaştığı gözlemlenebilir⁴¹³. Gerçekten de "akla yatkın kesinlik", "yeterli kesinlik" gibi subjektif unsurlar terk edilmiş ve Fransızca versiyonda olduğu gibi iradenin "açık bir biçimde" anlaşılması gerektiği diğer dillerdeki versiyonlarda da kabul görmüştür. Yine de Fransızca versiyonun iradenin "kesin bir biçimde" anlaşılmasını öngörürken, diğer versiyonların iradenin "açıkça" anlaşılmasını düzenlemesinin hâlâ bir farklılık teşkil ettiği ve Fransızca versiyonun daha sıkı bir şart aradığı ileri sürülebilir.

Mehaz metin niteliğinde olan Konvansiyon'un farklı dillerdeki versiyonlarda, birbirinden çok farklı yorumlanabilecek ve farklı sonuçlar yaratabilecek ifade farklılıkları⁴¹⁴ karşısında, Türk kanunkoyucunun Fransızca versiyona daha yakın bir ifadeyi benimsediğini anlaşılacaktır. Kanaatimizce "yeterli", "makul", "akla yatkın" gibi subjektif değerlendirmelerden kaçınılması ve yeni tartışmaların yaratılmaması adına, kanunkoyucunun bu tutumu olumludur. Üstelik kanunkoyucunun bu tercihi, Roma I Tüzüğü'nde kabul edilen eğilimi de yansıtmış olmaktadır. Roma I Tüzüğü'nün farklı dillerdeki versiyonları ile karşılaştırıldığında da, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'deki iradenin "tereddüde yer vermeyecek biçimde" anlaşılması ifadesinin, iradenin "açıkça" anlaşılmasından daha sıkı bir şart aradığı ve Fransızca versiyondaki ifadeye daha yakın olduğu ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce, söz konusu farklı ifadeler somut olayda önemli farklılıklara neden olacak nitelikte değildir.

Hakim yabancılik unsuru taşıyan bir sözleşme ile karşılaştığında tarafların açık olarak hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda, sözleşme hükümlerini ve somut olayın şartlarını değerlendirdiğinde, tarafların zımnî olarak bir hukuk seçimi yaptığı kanaatine ulaşması, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 karşısında yeterli olmayacaktır. Hakimin MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'yi uygulayabilmesi için, hukuk seçiminin zımnen yapıldığına dair hiçbir kuşku duymaması gerekir. Bir başka deyişle, sözleşme hükümleri ve somut olayın şartları, tarafların hukuk seçimi yapma iradelerini o derecede ortaya çıkarmalıdır ki, bu şartlar karşısında tarafların hukuk seçimi

⁴¹¹ Bu ifadeyi "açıkça" şeklinde tercüme edebiliriz.

⁴¹² Bu ifade değişikliği ile ilgili, ayrıca bkz. TARMAN, **Roma I**, s. 309.

⁴¹³ LAGARDE / TENENBAUM, s. 736.

⁴¹⁴ Esas alınan metne göre kesinlik standardının değişeceği yönünde, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 92. Yorum farklılıklarının giderilmesi için Avrupa Birliği Adalet Divanı'na başvurulmasının ise davayı uzatacağı yönünde, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 117.

yapmadığı sonucuna varılamamalıdır. Böyle bir durumda, hakimin, tarafların hukuk seçimi yapmadığına dair duyacağı en ufak tereddüt veya kuşku MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'nin uygulanmasını engelleyecektir.

Nitekim, her ne kadar Roma Konvansiyonu'nun farklı dillerde hazırlanmış metinlerinde ifade farklılıkları olsa da, geleneksel olarak Üye Devlet mahkemelerinin zımnî hukuk seçimini kabul etme yönünde pek liberal bir tutum sergilemediği ve zımnî hukuk seçimini oldukça sıkı şartlarda kabul ettiği belirtilmektedir⁴¹⁵.

MAX PLANCK ENSTİTÜSÜ'nün raporunda ise, farklı şekilde derecelendirilse de kesinlik ifadesinin tarafların gerçek iradesinden çok, farazî iradesine yakın olduğu belirtilmektedir⁴¹⁶. Gerçek irade söz konusu olduğunda, bu iradenin var olup olmadığının tespitinin önemli olduğu ileri sürülebilir. Ancak, biz bu noktada Rapor'a katılamayacağız. Çünkü zımnî irade, tanımı gereği ifade edilmemiş bir iradedir. İfade edilmemiş bir hususun taraf iradesi olarak kabul edilmesi yorum yapılmasını gerektirmektedir. Kanundaki ifade, yapılan yorum ve analiz sonucunda zımnî hukuk seçiminin hangi şartlarda kabul edileceğini göstermektedir. Bu açıdan kanundaki vurgunun yerinde olduğunu düşünüyoruz. Aksi takdirde yapılıp yapılmadığı konusunda tereddüt duyulan bir hukuk seçimine sonuç tanınması mümkün olabilirdi.

b) Zımnî hukuk seçiminin düzenlenme nedeni

Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeden anlaşılacak hukuk seçimi, zımnî irade beyanına işaret etmektedir⁴¹⁷. Zımnî irade beyanında, iradenin anlamı beyan vasıtasından doğrudan doğruya anlaşılmamaktadır⁴¹⁸. İradenin bir tarafın hareketlerinden, bu hareketlerin yapıldığı

⁴¹⁵ HILL, s. 328, vd.

⁴¹⁶ MAX PLANCK INSTITUTE, s. 40.

⁴¹⁷ ATRILL, bu biçimde yapılacak hukuk seçimi için ispat edilebilir, kanıtlanabilir ya da gösterilebilir anlamına gelen "*demonstrable*" hukuk seçimi ifadesini kullanmaktadır (Simon ATRILL, "*Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of the Article 4 Jigsaw?*", ICLQ, C. 53, S. 2, Temmuz 2004, s. 549-577, s. 549).

Yine de yeni MÖHUK öncesi doktrinde, eski MÖHUK m. 24 / f. 1'deki hukuk seçimini "açık olarak" yapmasının, uygulanacak hukukun tereddüde yer vermeyecek biçimde tayin edilmesi anlamına geldiği belirtilmiştir; ancak zımnî hukuk seçiminin böyle bir özellik taşımadığı da eklenmiştir (Nuray EKŞİ, "*Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*", Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 116-148 (İş), s. 122, vd.).

⁴¹⁸ EREN, s. 125.

hâl ve şartlar göz önünde bulundurularak anlaşılması durumunda, bu irade, zımnî irade beyanı olarak nitelendirilmelidir⁴¹⁹. MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'de öngörülen hukuk seçimi, zımnî irade beyanı tanımına uymaktadır. Bu nedenle MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'nin zımnî hukuk seçimini veya hukuk seçiminin zımnî yapılmasını düzenlediğini söyleyebiliriz⁴²⁰.

Eski MÖHUK m. 24 / f. 1'de sadece açık hukuk seçimi öngörülürken, tarafların zımnî de sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyebileceği gerçeğinden hareket edilerek yeni MÖHUK'ta zımnî hukuk seçimine de etki tanınması kabul edilmiştir. Kanaatimizce bu düzenleme yerindedir. Çünkü taraflar uygulanacak hukuk konusunda zımnî bir anlaşma yapmış olabilirler; böyle bir anlaşma dikkate alınmadan doğrudan objektif bağlanma kuralına göre sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi taraf iradesine aykırı olacaktır. Örneğin tarafların genel olarak aralarında hukuk seçimi öngördüğünü farz edelim; ancak uyuşmazlığa sebep olan sözleşmenin çabuk kurulması sebebiyle böyle bir hukuk seçiminin açık bir biçimde kararlaştırılmadığını düşünelim. Bu durumda, tarafların zımnî hukuk seçimine etki tanımamak, taraf iradelerine oldukça aykırı bir sonucun benimsenmesi anlamına gelecektir. Yine de doktrinde zımnî hukuk seçiminin uygulamada farklılıklara yol açacağı, dolayısıyla belirsizlik ve istikrarsızlığa neden olabileceği gerekçesiyle, bu biçimde yapılan hukuk seçimine etki tanınmaması gerektiğini ileri süren bir görüş bulunmaktadır⁴²¹. Yine aynı şekilde, bu iradenin açıklanmamış olmasının tayin gücü yaratacağı belirtilmektedir⁴²². Ancak biz bu görüşe, kanunun zımnî hukuk seçimine, ancak seçimin tereddüde yer vermeden anlaşılması hâlinde etki tanınması nedeniyle katılmıyoruz.

Kanunkoyucunun, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'de hukuk seçiminin açık olarak, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'de de zımnî yapılabileceğini belirtmesinde, dolayısıyla her iki irade beyanı vasıtasına da yer vermesinde ne gibi bir amacı olduğu sorgulanabilir. Bunun yerine, irade vasıtalarına ilişkin hiçbir belirleme yapılmaması akla gelebilirdi. Kanunkoyucunun tercihinin bu yönde olmasının üç sebebi olabilir.

⁴¹⁹ OĞUZMAN / BARLAS, s. 170; EREN, s. 125.

⁴²⁰ Aynı yönde, bkz. GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 92; EKŞİ, *Roma*, s. 99.

⁴²¹ Bu görüşte, EKŞİ, *Roma*, s. 117.

⁴²² Bu görüş için, bkz. GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 189, dn. 6.

İlk olarak, eski MÖHUK m. 24 / f. 1'de hukuk seçiminin açık olarak yapılması hâlinde bu seçime sonuç tanınacağına düzenlenmesinden dolayı, yeni kanunda getirilen yeniliğin vurgulanması amacıyla bu yeniliğin ayrı bir cümlede belirtilmesi olağan karşılanmalıdır. Bunun yerine, sadece MÖHUK m. 24 / f. 1'deki "açık olarak" ifadesi kaldırılırsa, yeni kanunun uygulamasında eski düzenlemenin neden değiştirildiği ile ilgili bir tartışma doğabilirdi.

İkinci olarak, kanunkoyucunun her türlü zımnî hukuk seçimine sonuç tanımadığı; bir zımnî hukuk seçimine sonuç tanınması için bu seçimin tereddüde yer vermeden anlaşılması gerektiği, bu ek düzenlemeyle vurgulanmaktadır. Bu şekilde, kanunkoyucu zımnî hukuk seçimini sınırlandırmaktadır. Gerçekten de, gerek MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'deki hukuk seçiminin açık olarak yapılması, gerekse de MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'deki hukuk seçimi yönündeki iradenin tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması vurgusu, tarafların hukuk seçimi konusunda iradelerinin uyuşup uyuşmadığı yönünde herhangi bir şüphenin bulunması durumunda, hukuk seçiminin Türk hakimî önünde kabul edilmemesine neden olacaktır. Bu iki vasıtanın iki ayrı cümlede belirtilmesiyle, kanunkoyucu, tarafların hukuk seçimine sonuç tanırken, her türlü kuşku ve tereddüdü dışlamakta, varsayımlar üzerinden hareket edilmesinin önüne geçmektedir. Bir diğer deyişle, bu iki cümlelik düzenlemenin hukukî güvene hizmet ettiğini söyleyebiliriz⁴²³. Hatta bu düzenleme ile hakimî takdir yetkisi de sınırlandırılmaktadır; hakimî takdir hakkına dayanarak taraflar arasında zımnî bir hukuk seçimi olduğu yönünde bir karar veremez⁴²⁴.

Yeni düzenlemede sözleşmenin tâbi olacağı hukukun nasıl seçilebileceğinin ayrıntılı bir biçimde gösterilmesinin bir başka nedeni ise, farazî irade ile hukuk seçimi⁴²⁵ yapılabilmesinin önüne geçilmesidir⁴²⁶. Böylece açık veya zımnî hukuk seçimi yapmamış tarafların, hukuk seçimi yapsalardı, hangi hukuku seçecekleri yönünde yapılacak bir yorum MÖHUK m. 24 / f. 1 anlamında herhangi bir değer

⁴²³ TEKİNALP, **Bağlama**, s. 348.

⁴²⁴ EKŞİ, **Roma**, s. 101.

⁴²⁵ Farazî irade ile hukuk seçimi yapılması, özellikle farazî irade kavramı için bkz. ÇAKALIR, s. 460, vd.

⁴²⁶ Farazî irade ile hukuk seçimi yapılamayacağı eski MÖHUK düzeninde de kabul edilmekteydi (TEKİNALP, **Akdi Borç Statüsü**, s. 67). Sözleşmeye uygulanacak hukukun taraf iradesi ile tespitinde farazî iradenin dikkate alınmayacağı yönünde, NOMER, s. 314; TARMAN, **Seçim**, s. 149. Farazî irade ile hukuk seçimi yapılamayacağı Roma Konvansiyonu'nda da kabul edilmiştir (GIULIANO / LAGARDE, s. 16; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 24; RIGAUX / FALLON, s. 807).

taşımayacaktır⁴²⁷. Ancak doktrinde, tarafların farazî iradelerinin sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesinde kullanılabilir unsurlardan biri olduğu ileri sürülmüştür⁴²⁸.

Kanunkoyucunun, az önce belirtmiş olduğumuz hukukî güvenden vazgeçmeden, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'yi, yani hukuk seçiminin zımnen yapılmasını öngörmesi, kanımızca olumlu bir adımdır. Somut olayda açık bir hukuk seçimi bulunmasa da, sözleşme hükümleri ve hâlin şartlarından, tarafların, sözleşmelerini belli bir hukuka tâbi tutma iradesi taşıdıkları anlaşılabilir. Hukuk seçiminin, sırf açık bir biçimde yapılmamış olmasından dolayı, tarafların bu yöndeki iradelerine etki tanımamak oldukça şekilci bir yaklaşım olacaktır. Ancak şekilcilikten kaçarken, tarafların öngörüsünden uzak sonuçların kabul edilmesi riskinden de arınılmalıdır. Biz bu sebeple, kanunkoyucunun şekilcilik ile hukukî güven arasında bulunduğu dengeyi çok olumlu karşılamaktayız.

c) **Pratikte zımnî hukuk seçimi yapılma biçimi**

Zımnî hukuk seçiminin sonuç doğurabileceğinden yukarıda bahsettik. Şimdi de, somut olayda, hukuk seçiminin sözleşme hükümlerinden ve hâlin şartlarından nasıl anlaşılacağını inceleyeceğiz. İncelememizde çeşitli ihtimalleri tartışacağız.

(1) Tarafların sözleşmesel ilişkilerine belli bir hukukun uygulanmasını öngörerek hareket ettiklerini gösteren somut işaretler

Taraflar herhangi bir hukuk seçmemiş olsa bile, hukukî ilişkilerine belli bir hukukun uygulanmasını öngörerek hareket edebilirler. Tarafların bu öngörüsü, sözleşmenin kurulmasında etkili olabileceği gibi, sonraki aşamalarda, özellikle ifa aşaması veya bir uyuşmazlığın çıkması durumunda tarafların birbirlerine karşı iddia veya taleplerinde de kendini gösterebilir.

⁴²⁷ Benzer bir yorum İsviçre hukuku açısından da yapılmaktadır (TURHAN, s. 126). Yazar, hukuk seçiminin iradî olması gerektiğini ve hipotetik bir iradenin hukuk seçimi olarak kabul edilemeyeceğini vurgulamaktadır.

⁴²⁸ GIULIANO / LAGARDE, s. 16. Farazî idarenin MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 anlamında daha sıkı hukukun tespit edilmesinde bir yöntem olarak nasıl kullanılabilirliği hakkında tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 135, vd. Ayrıca, ÇİLİNGİROĞLU, s. 110, vd.

Yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmede taraflar sonuç doğuran bir hukuk seçimi yapmadılarsa, bu sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif kritere göre hakim tarafından belirlenecektir. Hakimin vereceği karara kadar bu konuda bir belirsizlik olacaktır. Oysa hukukî ilişki çerçevesinde, tarafların sözleşmelerine ve uygulanacak hukuka uygun bir şekilde hareket etmeleri gerekmektedir. Bu sebeple de, taraflar uygulanacak hukuku, en azından tahmin edip göz önüne alma durumundadırlar.

Yalnız tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuka dair öngörüsü, tarafların zımnî hukuk seçimi yaptığı anlamına gelemez⁴²⁹. Aksi hâlde, açık hukuk seçimi yapılmayan neredeyse tüm hukukî ilişkilerde tarafların zımnî hukuk seçimi yaptıkları ileri sürülürdü. Zımnî hukuk seçiminin kabul edilebilmesi için, tarafların sözleşmelerine belli bir hukukun uygulanacağını öngörmelerinin dışında, böyle bir hukukun uygulanması yönünde iradelerinin de bulunması gerekir.

Biz de bu bölümde, tarafların hukukî ilişkilerine belli bir hukukun uygulanacağını öngörerek hareket ettiği ve bu öngörünün bir zımnî hukuk seçimi sayılabileceği hâlleri inceleyeceğiz. Bu kapsamda birçok durumu ele alıp bu durumlardan hangilerinde hukuk seçimi iradesinin tereddüde yer vermeden ortaya çıkartılabildiğini inceleyeceğiz.

Tarafların sözleşmesel düzenlerinde hareket ederken göz önünde bulundurdıkları kuralların karşılaştırmalı hukukta genel olarak uygulanan veya hukukun genel ilkesi olarak kabul edilen kurallar olması, tarafların belli bir hukuk düzenini göz önünde bulundurduğunu gösteremez. Çünkü birçok hukuk sisteminde uygulanan ve genel kabul gören kuralların uygulanması, belli bir hukuk sisteminin taraflarca tercih edildiği yönünde bir yorum yapılmasına imkan vermeyecektir.

Tarafların, belli bir hukuk sisteminin öngördüğü, hatta bu hukuk sistemine özgü olarak nitelendirilebilecek yedek hukuk kurallarını (emredici olmayan kuralları) veya örf ve âdet hukuku kurallarını uygulaması ise, tarafların bu hukuk sistemine uygun davranma iradesinden çok, bu kuralların zımnî sözleşme hükmü olarak (hukuk seçimi olarak değil, sözleşme hükmü olarak) benimsendiğini gösterecektir⁴³⁰.

⁴²⁹ Karşılıklı bir öngörünün bile zımnî hukuk seçimi niteliğinde kabul edilemeyeceği yönünde, bkz. VISCHER, s. 191.

⁴³⁰ Belli bir hukuk düzenine özgü kuralların uygulanmasının tek başına zımnî hukuk seçiminin anlaşılması için yeterli olmadığı yönünde, VISCHER, s. 176, vd. Aksi görüşte, ÖZDEMİR /

Elbette taraflar sözleşmelerindeki bu boşluğun uygulanacağını düşündükleri hukukun yedek hukuk kuralları ile çözüleceği bilinciyle de hareket etmiş olabilirler. Örneğin bir sözleşmede ifa yerinin neresi olacağı belirlenmemiş olabilir. Bu boşlukla karşılaşan taraf, sözleşmenin diğer tarafı ile karşılıklı zımnî iradelerine uygun bir yerde borcunu ifa edebileceği gibi, uygulanacağını düşündüğü hukukun yedek hukuk kurallarına göre belirlenecek yerde de borcunu ifa etmiş olabilir. Bir tarafın borcunu ifa ederken, taraflar arasındaki zımnî iradeye göre mi, yoksa tarafların zımnen uygulanacağını düşündükleri hukukun yedek hukuk kurallarına göre mi hareket ettiği belirlenemez. İşte bu belirsizlik altında tarafların MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'ye göre hukuk seçimi yaptıkları kabul edilemeyecektir. Tarafların sürekli olarak bir hukuk düzenindeki örf ve âdet hukuku kurallarına göre sözleşmelerindeki boşlukları doldurmaları da durumu değiştirmez. Bu durumda da, tarafların hukuk seçiminde bulduklarının tereddüde mahal vermeden anlaşılması mümkün olmayacaktır⁴³¹.

Öte yandan bazı hukukî ilişkiler sadece belli hukuk düzenlerinde bulunmaktadır. Bir milletlerarası konvansiyona konu olan *trust* buna çok da uygun bir örnek değildir. Yine, belli bir hukuk düzeninden kaynaklandıktan sonra, başka hukuk düzenlerinde de kabul edilen kurumlar buna örnek olarak verilemez. Ancak sırf tek bir hukuk sisteminde var olan bir kurumun sözleşmesel ilişkiye konu olması, tarafların bu hukuku uygulama konusunda zımnî irade taşıdıkları yönünde bir emare olarak kabul edilebilir⁴³²; yine de bu durumda da, zımnî iradenin tereddüde yer bırakmadan anlaşıldığı söylenemeyecektir.

Sözleşmenin kurulması veya uygulanması aşamasında, tarafların belli bir hukuk sistemine özgü emredici hukuk kurallarını sistematik bir şekilde dikkate alıp bu kuralları uygulamaları, tarafların uygulanması zorunlu bu kurallara uyma iradesini gösterecektir. Bir hukuka özgü emredici hukuk kuralı, o kuralın aynı zamanda doğrudan uygulanan kural olarak sözleşmeye müdahale etme olasılığı yoksa, ancak o hukukun sözleşmesel ilişkiye uygulanması hâlinde emredici nitelik (yaptırım gücü) taşır. Karşılaştırmalı hukukta yaygın uygulaması olmayan, bir hukuka özgü olan bir emredici hukuk kuralının taraflarca uygulanması, tarafların bu kuralı bir sözleşme

DURGUT, s. 480; ÇİLİNGİROĞLU, s. 110. Bu yazarlar, özellikle belli bir hukukun örf ve âdet kurallarına sözleşmede yer verilmesi hâlinde zımnî hukuk seçiminin yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler.

⁴³¹ Aksi görüşte, SARGIN, *Lisans*, s. 43, vd.

⁴³² DEMİR GÖKYAYLA, s. 320, vd.

hükmü olarak benimsemesi durumunda da karşımıza çıkabilir. Öte yandan belli bir hukuk sisteminin emredici hukuk kurallarına sistematik bir şekilde uyulması, tarafların bu kuralların yaptırım gücü olduğunu düşündükleri, yani sözleşmenin söz konusu hukuka tâbi olduğunu öngördükleri anlamına gelebilecektir. Böyle bir durumda tarafların bu kuralları birer sözleşme hükmü olarak uygulaması ihtimali oldukça zayıflayacak, hatta kaybolacaktır.

Örneğin bir hukukî ilişkinin taraflarından birinin faizi yasaklayan bir hukuk sisteminden geldiğini düşünelim. Bu hukukî ilişkide taraflar açık hukuk seçimi yapmamış, ancak hukuk seçimi yapılmaması hâlinde uygulanacak hukuka göre faiz yasal bir hak olmasına rağmen, taraflar sistematik olarak çeşitli vesilelerde birbirinden faiz talep etmekten kaçınmışlardır. İşte böyle bir durumda, tarafların birbirinden faiz talep etmemesinin nedeninin, bu hususu bir sözleşme hükmü olarak benimsemeleri değil, sözleşmelerine uygulanacak emredici hukuk kurallarının faizi yasaklaması olduğu düşünülecektir. Bu düşüncenin, somut olayın şartları da dikkate alınarak tereddüde yer vermeyecek derecede ortaya çıkması durumunda, tarafların, faizi yasaklayan söz konusu hukukun aralarındaki ilişkiye uygulanacağını kesin olarak öngördükleri sonucuna varabiliriz. Tekrar etmek gerekirse, hakim bu sonuca ulaşırken, tarafların faiz talebinden kaçınmalarının sebebinin kendi iradeleri değil, fakat bir hukuk düzeninin emredici hukuk kurallarına riayet etme bilinci olduğu hususunda tereddüt duymamalıdır.

Bir diğer durum, tarafların sözleşmelerinde bir hukuk sisteminin öngördüğü emredici hukuk kurallarının aksini kararlaştırmasına rağmen, bu sözleşme hükümlerini uygulamayıp emredici hukuk kuralına uymalarıdır. Bu durumda, tarafların sözleşmenin söz konusu hukuka tâbi olacağını öngördüklerini söyleyebiliriz. Gerçekten de, bu ihtimalde, taraflar sözleşme hükümleri yerine, sözleşmeye uygulanacağını öngördükleri hukukun emredici hukuk kurallarına uymaktadırlar. Bu sebeple de, emredici hukuk kurallarına aykırı sözleşme hükümlerinin hüküm doğurmayacağı kanaatini taşımaktadırlar. Örneğin sözleşmenin taraflarından biri faizin yasak olduğu ülkelerden birinin vatandaşı ise ve bu kişinin içinde faizi düzenleyen bir kloz olan, bir başka hukuk sistemiyle daha yakın ilişkide bir sözleşme kurması hâlinde, taraflar birbirine karşı doğan tüm haklarını ileri sürerken, sözleşmeye göre faizden doğan hakların talep edilmemesi, tarafların sözleşmeyi faizi yasaklayan ve taraflardan birinin vatandaşı olduğu devletin

hukukuna tâbi tutma iradesinde olduğunu gösterecektir. Bu durumda tarafların sözleşmeyi tâbi tutmayı zımnî iradeleri ile kararlaştırdıkları hukukun emredici hukuk kuralları gereğince, sözleşmede öngörülmüş olmasına rağmen, birbirinden faiz talep etmediği söylenebilir. Böyle bir ilişkide, somut olayın şartları, zımnî hukuk seçiminin tereddüde yer vermeden tespit edilmesini sağlayabilecektir.

Özetlersek, tarafların belli bir hukuk düzeninin tek bir emredici hukuk kuralına uyması, bu kuralın sözleşme hükmü olarak benimsendiği ihtimalini ortaya koyacaksa da; bu hukuk düzeninin tüm emredici hukuk kurallarına sistematik olarak -üstelik sözleşmede aksi öngörülmüşken- uyulması, bu ihtimali yok edecek ve tarafların söz konusu hukukun sözleşmelerine uygulanacağını öngördüğünü gösterecektir.

Bu kapsamda, bir sözleşmenin sadece bir hukuk düzeninde geçerli bir biçimde kurulması durumunda, bu hukukun zımnî seçildiğini destekleyecek başka emareler de varsa, sözleşmenin bu hukuka tâbi kılınması yönünde zımnî bir taraf iradesi bulunduğu söylenebilecektir⁴³³.

Tartışılması gereken bir diğer hâl, belli bir hukuk sistemine özgü emredici hukuk kurallarının benimsenmemesidir. Yalnız sözleşmenin, sırf tâbi olduğu hukukun emredici hukuk kurallarına aykırılık taşıması, tarafların bu sözleşmeye başka bir hukukun uygulanması iradesi taşıdığını göstermeye yeterli olmayacaktır. Bununla birlikte, tarafların sistematik bir biçimde, bir hukuk düzeninin öngördüğü emredici hukuk kurallarını görmezden gelmesi, tarafların sözleşmeye o hukukun uygulanmasını istemediği şeklinde yorumlanabilir. Bu durum, etkisiyle beraber, negatif hukuk seçimine benzetilebilir.

Doktrinde⁴³⁴, bir hukuk sisteminin emredici hukuk kurallarının bir sözleşmeyi hükümsüz kılması durumunda, sözleşmeyi geçerli kılan bir başka hukukun taraflarca zımnî seçilmiş olabileceği ileri sürülmektedir. Taraflar sistematik bir şekilde bir hukuk sisteminin emredici hukuk kurallarını görmezden geliyorsa, bu durum, o hukuk sisteminin kurallarının benimsenmediği, bir başka hukukun benimsendiği

⁴³³ DEMİR GÖKYAYLA, s. 323.

⁴³⁴ Bu konuda, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 102 ve s. 102, dn. 226'daki yazarlar.

anlamına gelebilecektir. ATRILL⁴³⁵, eğer bu durum kolayca sağlanabiliyorsa, sözleşmenin hüküm doğurmasının genel olarak ticaret dünyasının menfaatine olacağını belirtmektedir. Ancak EKŞİ'nin de belirttiği üzere⁴³⁶, bir sözleşmenin sırf bir hukuk düzenine göre hükümsüz olması, tarafların bu sözleşmeyi başka bir hukuka tâbi tutmak istediği sonucuna ulaşılmasını sağlamayacaktır. Bizim de kanaatimize göre, sözleşmenin geçerli olacak biçimde yorumlanması gerektiğini belirten borçlar hukuku prensibi, kanunlar ihtilafı kuralları açısından uygulanamaz. Tarafların MÖHUK m. 24 / f. 1 kapsamında zımnî hukuk seçimi yaptığının kabul edilebilmesi için, tarafların bu yönde bir iradesinin bulunduğu ortaya konmalıdır. Nitekim bu hüküm kapsamında farazî iradenin sonuç doğurmamasının nedeni de aynıdır: tarafların hukuk seçimi yaptığının kabul edilebilmesi için, gerçek bir irade aranmaktadır.

Değirmek istediğimiz son hâl bir işlemin belli bir hukuk düzenindeki pozitif bir norma dayanılarak yapılmasıdır. Hukuk düzeninde kimi işlemler, kanunun tanıdığı bir hakka dayanılarak veya kanunun öngördüğü biçimde yapılır. Ayıba karşı tekeffül, sözleşmeden dönme, fesih gibi kurumlar, genel olarak sözleşmede düzenlenmeyen hâllerdir. Sözleşmede özel bir hüküm bulunmuyorsa, bir borcun nerede ifa edileceği gibi basit bir soru dahi kanundaki düzenlemeye göre yanıt bulacaktır.

İşte cevabı sözleşmede yer almayan işlemler belli bir pozitif norma göre yapılırsa (örneğin bir taraf sözleşmeyi feshederken dayandığı kanun hükmünü belirtirse), kimi şartlar altında tarafların söz konusu hukukun sözleşmelerine uygulanması yönündeki zımnî iradesinin ortaya çıktığı kabul edilebilecektir. Ancak örneğini verdiğimiz durumda, taraflardan sadece birinin uygulanacak hukukla ilgili kanaati vücut bulmaktadır. Zımnî hukuk seçiminin varlığının ileri sürülmesi için, her iki tarafın da bu yönde bir iradesinin olması gerekir.

Açılan bir davada, bir tarafın belli bir hukuka göre talepte bulunması ve diğer tarafın da savunmasını yine bu hukuka göre yapması durumunda zımnî hukuk seçimi

⁴³⁵ ATRILL, s. 566. ATRILL bu değerlendirmeyi aslında sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi ile ilgili yapmaktadır (ATRILL, s. 567). Ancak biz bu durumu, çalışmamızın ilgili bölümünde inceleyeceğiz.

⁴³⁶ EKŞİ, **Roma**, s. 102 ve s. 102, dn. 227'deki yazarlar.

oluşabileceği doktrinde bazı yazarlar tarafından ileri sürülmüştür⁴³⁷. Ancak bu durumda taraflardan birinin susması hâlinde zımnî hukuk seçimini ortaya koyan bir durumdan söz edilemeyecektir⁴³⁸. Öte yandan doktrinde önemli bir görüş⁴³⁹, tarafların bir davada karşılıklı olarak aynı hukuk sisteminin pozitif normlarına dayanmasının zımnî hukuk seçiminin kabulü için yeterli olmayacağını savunmaktadır. Bu görüşteki yazarlar, zımnî hukuk seçiminin kabulü için tarafların olayda bir kanunlar ihtilafı problemi olduğunun bilincinde olmasını aramaktadır. Biz de kısmen bu görüşe katılıyoruz.

Bizim görüşümüze göre, sırf bir davada taleplerin bir hukuk düzenine dayandırılması zımnî hukuk seçiminin kabul edilmesi için yeterli olmayacaktır. Gerçekten de, tarafların zımnî hukuk seçimi yaptığının kabul edilebilmesi için, hukuk seçimi yönündeki iradelerinin tereddüde yer vermeyecek biçimde ortaya çıkartılması gerekir. Ancak bu irade saptanmaya çalışılırken, tarafların hukuk seçiminin tüm sonuçları konusunda bir bilince sahip olması gerekmemektedir. Gerçekten de, özellikle büyük ölçekte olmayan sözleşmelerde çoğu zaman en azından bir taraf hukuk seçimi veya yetki sözleşmesi yaparken bu irade beyanının sonuçlarını her zaman dikkate almamakta ve belki de bu beyanının anlamını bilmeden sözleşmeyi kurmaktadır. Sözleşmenin kuruluşu sırasında tarafların açık hukuk seçimi konusunda aşırı bilinç sahibi olmasını aramıyoruz, dava sırasında bunu aramak bizce çok da tutarlı olmayacaktır. Yine de hakim, tarafların söz konusu uyuşmazlığı davalarında iddia ve savunma yaparken dayandıkları kuralları barındıran hukuk düzenine göre çözmek istedikleri hususunda bir irade taşıyıp taşımadığını araştırmalıdır. Zımnî hukuk seçimi yönünde taraf iradesi, böyle bir araştırma sonucunda ortaya konulabilir.

Öte yandan durum taraflardan birinin sözleşmeye X hukukunun uygulanacağını iddia ederek bu hukuk üzerinden taleplerini dile getirmesi hâlinde farklılık arz edecektir. Bu durumda, karşı taraf, savunmasını X hukuku üzerinden kurarsa, kanaatimizce, hakim artık sözleşmenin X hukukuna tâbi olacağı yönünde

⁴³⁷ Aynı yönde, ÖZDEMİR / DURGUT, s. 480; SARGIN, *Lisans*, s. 44. Benzer bir ifade için, bkz. DOĞAN, *İş Akdi*, s. 21.

⁴³⁸ SARGIN, *Lisans*, s. 44.

⁴³⁹ VISCHER, s. 177; DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 32, vd.; DEMİR GÖKYAYLA, s. 316, vd.; Adolf F. SCHNITZER, *Handbuch des internationalen Privatrechts*, C. 2, 4. Bası, Basel 1958 (C. 2), s. 652, vd.

taraf iradesi bulunduğunu kabul etmelidir. Az önceki örnekte taraflar sözleşmenin belli bir hukuka tâbi olduğu bilincinde olmadan iddia ve savunmalarını ileri sürerken, bu örnekte, sözleşmenin belli bir hukuka tâbi olduğu hususu davada dillendirilmiştir. Bu dillendirmeye rağmen, söz konusu olgu tartışılmadan, diğer tarafın davaya devam etmesi, sözleşmeye X hukukunun uygulanması yönündeki iradesini gösterecektir.

Bir sözleşmenin taraflarının bir Türk ile Alman olduğunu düşünelim. Sözleşmeden doğan borcun yerine getirilmemesini takiben bir tarafın Almanya'da bir noterden ihtar çektiğini varsayalım⁴⁴⁰. Bu ihtarda "borçlunun borcu ifa etmemesinden dolayı BK m. 96 uyarınca sorumlu olduğu", "çekilen ihtarla BK m. 101 uyarınca borçlunun temerrüde düştüğü" şeklinde ifadeler olduğunu farz edelim. İşte böyle bir ihtar alan taraf ihtardaki bu ifadeler karşısında borcunu alacaklının öngördüğü koşullarda en kısa zamanda ifa edeceğini belirtse bile, bu kişinin hukuk seçimi yönündeki iradesinin anlaşıldığı kabul edilemez. Ancak bu ihtarda, sözleşmeye Türk hukukunun uygulandığı belirtildikten sonra, bu ifadelere yer verilirse ve ihtar alan benzer bir cevap verirse, taraflar arasında zımnî hukuk seçiminin bulunduğu kabul edilebilecektir. Bu ihtar alan kişinin sessiz kalması veya hiçbir açıklama yapmadan ifayı gerçekleştirme durumunda ise, bu tarafın sözleşmeye uygulanacak hukuk yönünde herhangi bir irade taşıdığı somut olayın şartlarından anlaşılamayacaktır.

Sadece sözleşmenin kurulmasından sonraki işlemlerde tarafların belli bir pozitif norma referans yapması değil, sözleşmede tarafların borçları düzenlenirken böyle bir norma referans yapılması da sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca öngörüldüğü anlamına gelebilecektir. Yalnız bu noktada, tarafların bu kanun hükümlerini hukukî ilişkilerine sözleşmesel düzenleme olarak *incorporation* (veya referans) yöntemiyle geçirmemiş olmasına dikkat edilmelidir.

Örneğin "satıcının borçları Türk Borçlar Kanunu'nun belirlediği borçlardır" biçimde bir ifade *incorporation* olarak nitelendirilecektir⁴⁴¹. Aynı şekilde, "satıcının borçları şunlardır" deyip Borçlar Kanunu'ndaki hükümlerin art arda yazılması hâlinde de bir *incorporation* söz konusu olacaktır. Yine bir uluslararası

⁴⁴⁰ İhtarın şekli ve çekildiği noterin bulunduğu ülke, hukuk seçimi yönünde bir saptama yapılmasına izin vermez; bu iki unsur da sözleşmenin esasına ilişkin değildir.

⁴⁴¹ DICEY / MORRIS, s. 1226.

konvansiyonun hükümleri de (örneğin VSA) sözleşmeye taşınmış olabilir⁴⁴². Bu durumlarda, belli hukuk düzenlerindeki kurallar sözleşmeye ya tek tek ya da topyekûn alınmaktadır. Ancak, "satıcı Türk Borçlar Kanunu'na göre [veya BK m. 182 / f. 1'e göre] satılan malı müşteriye teslim edecek ve malın mülkiyetini geçirecektir" biçimindeki bir ifade *incorporation* değil, var olan borcun (her ne kadar bu borç sözleşmesel bir borç hâline de gelmiş olsa) kaynağının belirtilmesidir. Bu durumda, bir hukuk sistemindeki kural sözleşmeye monte edilmemiştir. Bu tip bir klotz, *incorporation*'dan farklı olarak, aslında hangi hukuk düzeninin uygulanacağını göstermektedir. Bir başka deyişle, ilk hâlde, taraflar Borçlar Kanunu'ndaki hükümleri alıp bu hükümleri sözleşmelerindeki düzen hâline getirmişlerdir. Ancak ikinci hâlde, Borçlar Kanunu'ndaki hükümler bir sözleşme düzeni olarak öngörülmemiş, sadece tarafların var olan borcunun hukuk düzenindeki kaynağı gösterilmek istenmiştir. Somut olayda bununla çelişen başka sözleşme hükümleri veya maddî şartlar yoksa, tarafların bu son örnekte sözleşmesel ilişkilerine Türk hukukunun uygulanmasını öngördükleri tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılmaktadır. Çünkü taraflar, sözleşmede öngördükleri bir borcun kaynağının Türk hukuku olduğunu göstermekle, aslında dolaylı olarak sözleşmelerine Türk hukukunun uygulanacağını belirtmiş olmaktadır. Elbette böyle bir yorum yapılabilmesi için, tarafların sözleşmelerinde kullandıkları ifadeleri çok yerinde bir şekilde seçtikleri varsayılabilmelidir.

Sonuç olarak, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 anlamında bir hukuk seçimi yapılabilmesi için, hem tarafların hukuk seçimi iradesi taşıdığı, hem de bu irade sonucu tarafların seçtiği hukuk kesin bir biçimde ("*de façon certaine*") anlaşılmalıdır. Sözleşmede tarafların borcunun kaynağının hangi hukuk düzeni olduğunun belirlenmesi, zımnî hukuk seçimini tereddüde yer bırakmadan gösterecektir. Öte yandan yukarıda saydığımız tüm hâller, hukuk seçimini bu kesinlikte göstermemekte; sadece bu yönde kimi emareler oluşturmaktadır. Elbette bu tip işaretler, zımnî hukuk seçiminin kabul edilmesi için yeterli değildir. İşte bu sebeple, bu tip emarelerle karşılaşan hakim bu işaretleri somut olayın diğer verileri ışığında değerlendirmelidir. Bu değerlendirme sonucunda, yeterli bir kesinliğe ulaşılmaması durumunda, hakim, zımnî hukuk seçimine sonuç tanıyacaktır.

⁴⁴² MAYER, s. 283; EKŞİ, *Incorporation*, s. 286.

(2) Tarafların sözleşmelerine bir hukuk düzenindeki kuralları taşımaları (*incorporation*) veya bir hukuk düzenindeki kurallara referans yapmaları

Taraflar sözleşme serbestisi içinde kurdukları sözleşmenin içeriğini -kimi sınırlamalar dahilinde- istedikleri gibi belirleyebilir⁴⁴³. Bu serbesti dahilinde, taraflar, isterlerse bir millî hukukun öngördüğü kuralların, sözleşme hükmü olarak uygulanmasına karar verebilir⁴⁴⁴. Hatta taraflar yabancı bir hukuk düzeninde oluşmuş içtihadın uygulanmasına bile karar verebilir. Örneğin bir satım sözleşmesinde, tarafların borçları öngörülürken, Türk Borçlar Kanunu'nun satım sözleşmesine ilişkin düzenlemesi kelimesi kelimesine alınıp sözleşmeye taşınabilir (*incorporation*)⁴⁴⁵ veya bir kredi sözleşmesinde tarafların borçları düzenlenirken İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konuyla ilgili bir kararının bir bölümü sözleşmeye yazılabilir. Taraflar benzer bir şekilde, satım sözleşmesinde tarafların borçlarını bir hukuk düzenine referans yaparak da belirleyebilirler⁴⁴⁶ (buradaki "referans" ile daha önce bahsettiğimiz bir işlemin bir pozitif norma referans yapılarak, daha doğrusu dayanılarak düzenlenmesi birbirine karıştırılmamalıdır). Örneğin, yine yapılan bir satım sözleşmesinde "*tarafların borçları Alman hukukunda [veya Alman kanunlarında] belirlendiği gibidir*"⁴⁴⁷ veya bir vekâlet sözleşmesinde "*tarafların*

⁴⁴³ OĞUZMAN / ÖZ, s. 20; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 363; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 501, vd.

⁴⁴⁴ EKŞİ, **Roma**, s. 72, vd.

⁴⁴⁵ EKŞİ, **Roma**, s. 73.

EKŞİ, *incorporation*'u, "*her hangi bir belgenin, diğer bir belgenin eki veya parçası haline getirilmesi metodu*" biçiminde tanımlamaktadır (EKŞİ, **Tahkim Anlaşmaları**, s. 21; EKŞİ, **Incarnation**, s. 263). Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, *incorporation* yoluyla hukuk seçimi yapılması da mümkündür. Gerçekten de taraflar hukuk seçimi içeren bir belgeyi sözleşmelerinin bir parçası hâline getirirlerse, bu hukuk seçimi niteliği taşıyacaktır. Ancak böyle bir hukuk seçimi sözleşmenin metninden anlaşılan açık hukuk seçimi niteliği taşıyacaktır. Bu sebeple biz, *incorporation*'u bir hukuk sistemindeki kuralların sözleşmeye taşınması ile sınırlı olarak kullanıyoruz.

⁴⁴⁶ EKŞİ, **Roma**, s. 73. Ancak yazar bu teknik için yeni bir adlandırma kullanmamakta ve bizim "referans" olarak dile getirdiğimiz tekniği de "*incorporation*" altında incelemektedir. JACQUET ise bizimle aynı terimi kullanmıştır (JACQUET, s. 46).

⁴⁴⁷ Taraflar sözleşmeye uygulanacak sözleşmesel hükümleri bu şekilde belirlerse, ardından referans yaptıkları kanunun içeriği değişir veya kanun yürürlükten kalkarsa, kanaatimizce, sözleşmenin artık bu değişikliğe göre yorumlanması gerekir. Gerçekten de böyle bir durumda, taraflar sözleşmesel hüküm olarak yaşayan bir organizmaya referans yapmışlardır; tarafların yaptıkları referansı belli bir tarihteki duruma göre dondurmak yerine, böyle bir tercihte bulunması, söz konusu kanunlarda yapılan değişikliklerin, sözleşmeye yansması iradesinin taşındığını gösterecektir. Nitekim taraflar sözleşmelerine uygulamak istedikleri hükümlerin bu düzende bulunması nedeniyle değil, çoğunlukla bu hukuk sisteminin adil bir çözüm getirdiğine inandıkları için bu kurallara referans yapmaktadırlar (aksi hâlde taraflar bu kuralları tek tek sözleşmelerine taşırlardı). Sosyal ve teknolojik gelişmeler nedeniyle, söz konusu hukuk düzeni zaman içinde daha adil olduğuna inandığı yeni kurallar ortaya

borçları, Fransız içtihadında kabul edilen ilkelere göre belirlenir" tarzındaki bir hükümle tarafların borçlarını belirlemek mümkündür⁴⁴⁸. Bununla birlikte tarafların "*bu sözleşmeden doğan bütün hak ve yükümlülükler X ülkesinin kanunları tarafından çözülecektir*" şeklindeki ifadesi bir *incorporation* veya referans olarak değil, açık bir hukuk seçimi olarak kabul edilmelidir⁴⁴⁹.

Bu noktada dikkat edilecek husus, tarafların belli bir millî hukuka ve bu hukuktaki pozitif normlara ya da içtihada yaptığı referansla veya bu normların ya da mahkeme kararlarının kelimesi kelimesine sözleşmeye yazılmasıyla oluşan hükümlerin hukuk seçimi teşkil etmemesidir⁴⁵⁰. Hukuk seçimi ve *incorporation* birbirinden tamamen farklı iki kurumdur⁴⁵¹. Gerçekten de, kullanılan bu son teknik, sözleşmenin tâbi olduğu hukukun belirlenmesini sağlamamaktadır. Taraflar sayılan bu yöntemlerle, sadece sözleşmelerine uygulanacak hükümleri öngörmektedir. Bir başka deyişle, bahsi geçen kurallar veya kararlar birer sözleşme hükmü olarak tarafların arasındaki hukukî ilişkiye uygulanacaktır⁴⁵².

Taraflar yukarıda belirtilen yöntemlerle sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlememekte; doğrudan esasa uygulanacak kuralları öngörmektedir. Tarafların

koyabilir. Dolayısıyla, bu şekilde yapılan bir referansın yürürlükteki kuralları takip etmesi tarafların baştaki iradesine aykırı olmayacaktır.

Aksi görüşte, EKŞİ, **Roma**, s. 75. Yazar, tarafların -yazarın kullandığı anlamda- *incorporation* yöntemiyle yabancı bir hukuk düzenindeki kurallara sözleşmesel düzen içinde sözleşme hükmü olarak yer vermeleri durumunda, bu kurallarla ilgili hukuk düzenindeki sonraki değişikliklerin sözleşmesel düzeni etkilemeyeceğini belirtmektedir. Kanaatimizce, bu görüş, bizim kullandığımız anlamda *incorporation* için yerindedir. Çünkü bu durumda, taraflar, kendilerine uygun gördükleri kuralları somut olarak ve tek tek sözleşmesel hüküm olarak belirlemektedir. Bir başka deyişle, taraflar sözleşmeye taşınmasını istedikleri kuralları seçmekte ve bu hükümlere iradelerine uygun düştüğü için yer vermektedir.

Oysa kurallara referans yapılması durumunda, taraflar sadece hukuk düzeninin öngördüğü kurallara genel bir atıf yapmaktadır. Taraflar belli bir hukuk sistemine, bu hukuk sisteminin iradelerine uygun düzeni kurmasından dolayı değil, taraflar arasında dengeli bir sistem kurduğu için referans yapmaktadır. Böyle bir durumda, tarafların hukuk sistemindeki değişiklikten etkilenen kuralların eski hâlinin uygulanmasını istedikleri gibi bir iradeleri olduğu sonucuna varılması, bizce mümkün değildir. Taraflar, bir stabilizasyon klozu ile bu yöndeki iradelerini ortaya koyabileceklerdir. Ancak böyle bir kloz olmadığı sürece, referans yoluyla sözleşmesel hükümlerin belirlenmesi olasılığında, hukuk düzenindeki değişimler, sözleşmesel düzene de yansiyacaktır.

⁴⁴⁸ Benzer bir örnek için, bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 321.

⁴⁴⁹ Nitekim böyle bir ifadenin hukuk seçimi olarak kabul edilmesi ile ilgili, bkz. Yarg. 15. HD. E. 2001/654, K. 2001/1010, T. 22.2.2001 (karar için bkz. EKŞİ, **Kararlar**, s. 103, vd.).

⁴⁵⁰ EKŞİ, **Roma**, s. 73. Aksi yönde, GIULIANO / LAGARDE, s. 16. GIULIANO / LAGARDE Raporu'nda tarafların sözleşmelerinde Fransız Medenî Kanunu'nun belli hükümlerine referans yapmasının, tarafların hukuk seçiminde bulunduğu yönündeki tüm tereddütleri ortadan kaldıracağı belirtilmiştir.

⁴⁵¹ DICEY / MORRIS, s. 1226; KEGEL / SCHURIG, s. 654; EKŞİ, **Roma**, s. 72, vd.; EKŞİ, **Incorporation**, s. 266; EKŞİ, **MHB**, s. 9.

⁴⁵² EKŞİ, **Roma**, s. 73.

sözleşmelerinde bir devletin yasama veya yargı organının faaliyetine, yani bir kanuna veya içtihadı atf yapmaları, onların hukuk seçimi yapması demek değildir. Bu iki kurum, genellikle aynı somut olayda bir araya gelmese de, buna engel bir durum yoktur⁴⁵³. Bir başka deyişle, taraflar hem sözleşmelerinin tâbi olacağı hukuku seçebilir, hem de bundan ayrı bir hukukun esasa ilişkin kimi kurallarını sözleşmelerine taşıyabilirler. Bu durumda, sözleşme tarafların seçtikleri hukuka tâbi olur ve sözleşmeye taşınan kurallar birer sözleşme hükmü olarak uygulanır⁴⁵⁴.

Gerek *incorporation*, gerekse de referans yoluyla sözleşmesel hükümlerin belirlenmesi, yukarıda sayılan sebeplerle MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1 anlamında açık bir hukuk seçimi olarak değerlendirilemez. Ancak sözleşmeye uygulanacak hükümlerin bu yöntemle belirlenmesi, tarafların zımnî bir hukuk seçimi yaptığını gösterecek midir? Gerçekten de, tarafların *incorporation* yapmaları bir hukuk seçiminde buldukları yönünde kimi emareler oluşturabilir.

Bu soruya cevap vermeden önce kimi gözlemlerde bulunalım. Kullanılan bu teknikler hukuk seçimine yakın özellikler taşımaktadır. Bir satım sözleşmesinde, tarafların borçlarının, örneğin Alman BGB'sine göre belirlenmesi ile Alman hukukunun sözleşmeye uygulanması arasında çok büyük farklar yoktur. Kaldı ki, tarafların hukuk seçimi yapması ile bu teknikleri kullanmasına neden olan sebepler de birbirine benzemektedir. Hatta, taraflar bu teknikleri kullanmak ile hukuk seçimi yapmak arasındaki farkı bilmiyor dahi olabilir.

Ancak ne olursa olsun, kullanılan bu teknikler ile hukuk seçimi yapılması farklı iki kurumdur. Bu iki kurumun birbirine yakın sonuçlar doğurması, yukarıda bahsedilen teknikleri uygulayan tarafların iradelerinin her zaman hukuk seçimine yakın olacağı sonucunu beraberinde getirecektir. Ancak, bu yakınlık, sözleşmesel ilişkideki diğer unsurlarla desteklenmedikçe, *incorporation* veya referans, tek başına, zımnî hukuk seçimi olarak yorumlanamayacaktır⁴⁵⁵. Ayrıca, özellikle bir sınıraşan

⁴⁵³ DICEY / MORRIS, s. 1226.

⁴⁵⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Sükût*, s. 364.

⁴⁵⁵ Örneğin Alman Federal Mahkemesi'nin 19.1.2000 tarihli kararı (MAX PLANCK INSTITUTE, s. 36, vd., ve s. 37, dn. 90).

GÜNGÖR, sözleşmede belirli bir hukuk düzeninin öngördüğü hükümlere atf yapılmasının, hukuk seçimi yönünde zımnî iradenin belirlenmesinde dikkate alınması gereken unsurlardan biri olduğunu belirtmektedir. Ancak yazar daha sonra hukuk seçimi yönünde zımnî iradenin tespitine yardımcı olabilecek hususların hiçbirinin tek başına nihaî sonuç için yeterli olmayacağını açıklamaktadır (GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 93).

sözleşmesel ilişkide, ülkelerin ithalat rejimleri ve somut olayın şartları da dikkate alındığı için, taraflar bilerek ve hukuk seçimi yapma iradesi taşımadan bu teknikleri kullanmış olabilir. Bu durumda, hukuk seçimi yönünde herhangi bir emarenin oluşmadığı kabul edilmelidir⁴⁵⁶.

Bu noktada tarafların kullandıkları standart sözleşmelerin hukukî niteliği de tartışılmalıdır. Kanaatimizce, belli bir hukuk sistemine özgü olsa bile standart sözleşmelerin tek başına kullanılması hukuk seçimi niteliği taşıyamaz⁴⁵⁷. Dolayısıyla, kullanılan standart sözleşme sadece sözleşme hükmü niteliği taşıyacaktır. Ancak bir idarî kuruluşun yayımladığı standart sözleşmenin kullanılması, idarî kuruluşun tâbi olduğu hukuk düzeninin sözleşmeye uygulanması yönünde tarafların zımnî bir irade taşıdığı anlamına gelebilecektir⁴⁵⁸.

Bir kanuna veya bir ülkede yürürlükte olan standart bir poliçeye yapılan referans zımnî hukuk seçimi olarak yorumlanmasa da, bu unsurların objektif bağlanma kuralı kapsamında dikkate alınması mümkün olabilir. Gerçekten de, belli bir ülkenin hukuk düzenindeki bazı kurallara yapılan referans, sözleşmenin o ülkeye "yerleşmesi"ni veya sözleşmenin o ülkeyle sıkı ilişkili hâle gelmesini sağlayabilir⁴⁵⁹.

Sonuç olarak, kanaatimizce, *incorporation* veya referans tekniklerinin kullanılması, tek başına, tarafların zımnî hukuk seçimi yönünde bir irade taşıdıklarını kesin bir biçimde göstermeye yeterli dayanak oluşturmamaktadır. Böyle bir hukuk seçiminin kabul edilebilmesi için, somut olaya ilişkin diğer verilerin incelenmesi

⁴⁵⁶ DEMİR GÖKYAYLA, s. 322. Ancak yazar kural olarak *incorporation*'un zımnî hukuk seçimi oluşturacağı yönünde güçlü bir eğilime sahiptir (DEMİR GÖKYAYLA, s. 321, vd.). Biz bu görüşe yukarıda saydığımız sebeplerden dolayı katılmıyoruz.

⁴⁵⁷ Ancak başka unsurlarla desteklenmesi hâlinde bir zımnî hukuk seçiminden bahsedilebilir.

⁴⁵⁸ Standart sözleşme kullanımının genel olarak zımnî hukuk seçimi olarak değerlendirilebileceği yönünde, bkz. GIULIANO / LAGARDE, s. 16; ELWAN, s. 137; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 93; HILL, s. 330, vd.; SARGIN, **Lisans**, s. 43. Biz standart sözleşmelerin genel olarak zımnî hukuk seçimine işaret edeceği yönünde yazarların bu fikrine katılmıyoruz; bizce standart sözleşmeler çok sınırlı hâllerde zımnî hukuk seçimine işaret edebilir. Bu durumlardan biri, bir idarî kuruluşların yayımladığı standart sözleşmelerdir. Belli bir hukuk düzeni altında genel olarak uygulanan standart sözleşmelerin kullanılması ise, hukuk seçimi yapıldığının tereddüde yer vermeden anlaşılmasını sağlayacak bir husus değildir; böyle bir unsur, zımnî hukuk seçimi yönünde başka unsurlarla da desteklenmesi gereken bir işaret olarak kabul edilebilir.

ELWAN, Queen's Bench'in Eylül 1992 tarihli *Türkiye Bankası AŞ v. Bank of China* kararını, standart sözleşme metninin sözleşmeye geçirilmesinin zımnî hukuk seçimi olarak kabul edilmesine örnek göstermiştir (ELWAN, s. 137). Olayda taraflar idarî bir sirkülerin metnini kelimesi kelimesine sözleşmelerine geçirmiştir.

⁴⁵⁹ Belçika içtihadında, bir ülkenin kanununa yapılan referansın zımnî hukuk seçiminden çok, objektif kural dahilinde değerlendirildiği yönünde, bkz. RIGAUX / FALLON, s. 802.

gerekir. Biz de, bu verilerin beraber değerlendirilmesini aşağıda, (4) başlığı altında, inceleyeceğiz.

(3) Tarafların uygulanacak hukuk konusunda belirsiz seçimlerde bulunması

Çalışmamızın önceki bölümlerinde, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku yeterince belirlememesi durumunda, tarafların iradesinin açık hukuk seçimi olarak ele alınamayacağını belirtmiştik. Negatif hukuk seçimi ile tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku hukuk ailesini belirleyerek seçmeleri⁴⁶⁰ durumu buna örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca, tarafların sistematik olarak bir hukuk düzeninin emredici hukuk kurallarından kaçması da bu yönde değerlendirilebilir. İşte, tarafların yapmış olduğu belirlemelerin, somut olayın özellikleri ve hukukî ilişki ile beraber değerlendirilmesi sonucu, zımnî hukuk seçimi teşkil etmesi mümkün olabilir.

Örneğin tarafların sistematik bir şekilde bir hukuk düzeninin emredici hukuk kurallarını dikkate almaması, hatta bu kurallara aykırı hareket etmeleri hâlinde böyle bir durumla karşılaşılabilecektir. Bir sözleşmenin taraflarından birinin, faizi yasaklayan bir ülkenin vatandaşı olduğunu düşünelim. Böyle bir sözleşmede tarafların faiz uygulanacağını öngörmesi ve bu düzenlemeye uygun hareket etmeleri, aslında tarafların sistematik olarak bu ülkenin emredici hukuk kurallarının aksini kararlaştırdıkları anlamına gelecektir. Bu ise, tarafların sözleşmeyi söz konusu devletin hukukuna tâbi kılmamak yönünde iradesini gösterecektir. Ancak böyle bir

⁴⁶⁰ Hemen belirtelim ki, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak "İslam hukukunu uygulayan devletlerden birinin hukuku" veya "AB'ye üye ülkelerden birinin hukuku" şeklinde belirsiz bir hukuk seçimi yapmasıyla, uygulanacak hukuk olarak "İslam hukuku" veya "Avrupa Birliği hukuku"nu seçmeleri arasında büyük bir fark bulunmaktadır. Bu iki ihtimalden ilki belirsiz bir hukuk seçimi iken, ikincisi "hukuk" seçimi değil, "hukuk kuralları" seçimidir. Dolayısıyla, ilk ihtimalde belirsizliğin giderilmesi hâlinde MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 anlamında bir hukuk seçimi yapıldığı kabul edilebilecektir. Oysa, ikinci ihtimalde, tarafların iradesi açık olarak anlaşılmaktadır: taraflar bir millî hukukun değil, kimi hukuk kurallarının sözleşmelerine uygulanmasını kararlaştırmışlardır. Bu hukuk kuralları, MÖHUK m. 24'e göre sözleşmenin tâbi olacağı hukukun izin verdiği ölçüde uygulanabilecektir. Ancak bu kurallar, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak nitelendirilemeyecektir. İstisnaen, tarafların ikinci ihtimalde de bir hukuk seçimi yapmış olabileceği kabul edilebilir. Ancak bunun için önce "pratikte MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 kapsamında hukuk seçimi yapıma biçimi" bölümünde (2) ve (4) numaralı başlıklar altında incelenen, hukuk kurallarına yapılan referansın zımnî hukuk seçimi olarak kabul edilmesi için gerekli şartların gerçekleşmesi gerekir; ardından da işbu başlık altında incelenen, hukuk ailesi seçiminden, sözleşmeye uygulanılması arzulanan millî hukukun seçildiğinin tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılması gerekir. Bu iki koşulun da gerçekleşmesi hâlinde, örneğin sözleşmeye uygulanacak hukuk (kuralı) olarak AB hukukunun belirlendiği bir sözleşmede, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 kapsamında kabul edilecek bir hukuk seçiminin yapıldığı kabul edilebilecektir (ve örneğin uyuşmazlığa bir AB üyesi olan Fransa'nın hukuku uygulanacaktır).

irade, tek başına hukuk seçimi olarak ele alınamaz. Öte yandan başka şartların gerçekleşmesi hâlinde, bu durum zımnî hukuk seçimi olarak değerlendirilebilir.

Tek başına gerek negatif hukuk seçimi, gerek bir hukuk sisteminin emredici hukuk kurallarından sistematik olarak kaçılması, gerekse de hukuk ailesi seçimi, sözleşmenin tâbi olacağı hukuk konusunda yeterli bir açıklık sağlamaz. Ancak somut olayın şartları göz önüne alındığında, bu belirsiz seçimlerin anlam taşıması ve sözleşmeye uygulanacak hukukun tereddüde yer bırakmayacak biçimde tespit edilmesi mümkün olabilir. Biz de bu bölümde, bu belirsiz seçimlerin bir anlam taşımasını sağlayan somut olaya has kimi işaretleri inceleyeceğiz.

Yapmamız gereken ilk tespit, tarafların negatif hukuk seçimi gibi, hukuk seçimine ilişkin belirsiz seçimlerde bulunması durumunda, sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda, sınırlı da olsa bir iradelerinin olduğudur. Bu iradenin sonuç doğurup doğurmaması, sözleşmenin tâbi olacağı belli bir millî hukukun tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılmasına bağlıdır.

Hukuk seçimi teşkil etmese de, tarafların iradesi hangi hukukların uygulanması veya uygulanmamasını istedikleri yönünde bir sınırlama getirmektedir. Somut olayın özellikleri, uygulanacak hukuk ile ilgili ihtimalleri daha da daraltır ve sözleşmenin tâbi olacağı hukuk düzeninin anlaşılmasını sağlayabilir. Zaten tarafların ilişkisindeki unsurların en fazla birkaç ülke ile ilgisi olabilir.

Her ne kadar sözleşmedeki unsurlarla ilişkisi olmayan bir hukukun sözleşmeye uygulanacağı kararlaştırılabilse de, taraflar böyle bir hukuk seçimini zaten açık olarak belirtme ihtiyacı hissederler. Elbette tarafların böyle bir hukuk seçimini zımnen yapmasına bir engel yoktur; yine de belirsiz seçimler yoluyla anlaşılan zımnî hukuk seçiminin böyle bir hukuk seçimi için mümkün olamayacağını düşünüyoruz. Örneğin, bir konuda daha fazla "uzmanlaşmış" bir hukuk sisteminin sözleşmeye uygulanmasının istenildiği bir hukukî ilişkide, tarafların bu hukuku belirsiz ifadelerle seçeceğini düşünmek mantık sınırlarını aşar. Böylece, hukuk seçimine ilişkin belirsiz seçimlerin yapıldığı hukukî ilişkilerle ilgili ikinci tespitimizi yapabiliriz: hukuk seçimi konusunda belirsiz seçimler yapmaları durumunda, taraflar, sözleşmelerini, bu ilişkideki unsurlardan kopuk üçüncü bir devletin hukukuna tâbi kılma iradesi taşımamaktadır.

Bu iki tespit bizi önemli bir sonuca ulaştırır: tarafların belirsiz seçimlerle sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda iradelerini gösterdikleri durumlarda, uygulanması istenen hukuk, aslında, ilişkideki unsurların dağıldığı ülkelerden birinin hukukudur.

Kimi hukukî ilişkilerde bu unsurlar birçok ülkeye yayılmış olabilir. Böyle bir ilişkide negatif hukuk seçimi, bu ülkelerden sadece birini bertaraf edeceği için, hukuk seçimi konusunda yeterince katkı sağlamayabilir. Öte yandan unsurların daha az sayıdaki ülkede yoğunlaştığı bir hukukî ilişkide, böyle bir seçim, uygulanacak hukukun belirlenmesinde etkili olabilir. Örneğin çok fazla yan unsuru olmayan bir milletlerarası satım sözleşmesinde, negatif hukuk seçimi, sözleşmedeki unsurların yoğunlaştığı iki ülkeden birini bertaraf edebilir. İşte unsurlarının bu kadar az sayıdaki ülkede toplandığı bir hukukî ilişkide, tarafların hukuk seçimine ilişkin belirsiz bir seçimde bulunması, uygulanması düşünülebilecek diğer hukuku bertaraf ederek uygulanacak hukukun tereddüde yer bırakmadan anlaşılmasını sağlayabilir.

Örneğin bir Mısırlı satıcı ile bir İtalyan alıcı arasında kurulan bir sözleşmede tarafların sistematik bir şekilde Mısır hukukunun emredici hukuk kurallarını dikkate almamaları ve bu hükümleri ihlal etmeleri, öte yandan genel olarak İtalyan hukukuna uymaları sözleşmeye İtalyan hukukunun uygulanması yönünde zımnî bir iradelerinin olduğunu gösterebilecektir. Somut olayın diğer şartlarının böyle bir yoruma engel olmaması durumunda, tarafların zımnî iradelerinin tereddüde yer vermeden anlaşıldığı ileri sürülebilecektir.

Bir başka örnekte ise, bir ABD'li, iki Alman ve üç Arap şirketin Pakistan'da bir barajın yapımını üstlenmek üzere bir konsorsiyum (âdî şirket) kurduğunu düşünelim. Bu âdî şirket sözleşmesinin müzakerelerinin sürdüğü bir aşamada, ileride kurulacak sözleşmeye Kıta Avrupası ülkelerinden birinin hukukunun uygulanmasının kararlaştırıldığını; ancak sözleşme kurulurken bu konuya bir açıklık getirilmediğini varsayalım. İşte bu örnekte âdî şirket sözleşmesinin barındırdığı ve çeşitli ülkelere yayılmış olan unsurlardan Kıta Avrupası ile ilgili tek bağ, sözleşmenin Alman taraflarıdır. Tarafların bu sözleşmeye nötr bir ülkenin hukukunu uygulama gibi bir niyeti olsaydı, bunun sözleşmede ifade bulacağı gerçeğini de göz önüne alırsak tarafların sözleşmeyi Alman hukukuna tabî tutmak yönünde bir zımnî iradelerinin olduğu anlaşılabilir. Somut olayın böyle bir yorum yapmaya engel olmaması

durumunda ise, tarafların zımnî iradelerinin tereddüde yer vermeden anlaşıldığı kabul edilebilecektir.

Sonuç olarak, tarafların uygulanacak hukuka ilişkin belirsiz seçimleri, somut olay, özellikle de sözleşmesel ilişkinin unsurlarının yoğunlaştığı ülkeler dikkate alındığında açıklık kazanabilir. Böyle bir durumda, tarafların MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 anlamında tereddüde yer vermeyen bir hukuk seçimi yaptığı kabul edilecektir.

(4) Taraf iradesine bağlı sözleşme unsurlarının sistematik olarak belli bir ülkeyi işaret etmesi

Bir sözleşmede tarafların tercih yapabileceği kimi millî unsurlar bulunmaktadır: sözleşmenin dili⁴⁶¹, sözleşmede bir hukuk düzenine ait kavramların kullanılması, davanın görüleceği mahkemenin belirlenmesi⁴⁶² gibi. Elbette tarafların bu millî unsurların sayısını arttırması mümkündür. Örneğin taraflar, *incorporation* yoluyla bir hukuk düzeninde öngörülen kuralları sözleşme hükmü olarak benimseyebilir veya sözleşmede bu kurallara referans yapabilir. Bunların dışında, sözleşmenin ifa edileceği yer, edim konusu malın bulunduğu yer, sözleşmenin kurulduğu yer, tarafların yerleşim yeri, hatta ödemenin yapıldığı para birimi⁴⁶³ gibi kimi "teknik" unsurların da belli hukuk düzenlerini işaret ettiği unutulmamalıdır.

İşte hukukî ilişkilerinde açık bir hukuk seçimi yapmamakla birlikte, sözleşmesel unsurlarla ilgili tüm tercihlerini belli bir ülke veya hukuk düzeninden yana kullanmaları, tarafların hukuk seçimi konusunda zımnî bir irade göstermesi anlamına gelecek midir? Yukarıda, tarafların sözleşmelerine bir hukuk düzenindeki kuralları taşımaları veya bir hukuk düzenindeki kurallara referans yapmalarının tek başına zımnî bir hukuk seçimi olarak değerlendirilemeyeceğini söylemiştik. Ancak,

⁴⁶¹ İsviçre içtihadında, sözleşmenin dilinin, hukuk seçimi yönünde zımnî bir iradenin varlığına işaret edebileceği kabul edilmiştir (TURHAN, s. 126; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 21). Ancak sözleşmenin dilinin genel olarak hukuk seçimi yönünde çok zayıf ve yardımcı bir emare olduğu kabul edilmektedir (DEMİR GÖKYAYLA, s. 324, vd.). SARGIN da sözleşmenin dilinin zımnî iradenin belirlenmesinde rol oynayabileceğini belirtmektedir (SARGIN, **Lisans**, s. 44).

⁴⁶² Yetki sözleşmesinin hukuk seçimi ile ilgili zımnî iradenin belirlenmesinde dikkate alınması gereken hususlardan biri olduğu yönünde, bkz. NOMER, s. 314; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 93; TARMAN, **Seçim**, s. 150. GÜNGÖR, tahkim yerinin belirlenmiş olmasının da, hukuk seçimi ile ilgili zımnî iradenin belirlenmesine yardımcı olacağını belirtmektedir (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 93).

⁴⁶³ Sözleşmede belirlenen para biriminin, İsviçre içtihadında hukuk seçimi yönünde zımnî bir iradenin varlığına işaret edebileceği kabul edilmiştir (TURHAN, s. 126; DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 32). SARGIN da bu görüşe katılmaktadır (SARGIN, **Lisans**, s. 44).

sözleşmede Alman kanunlarına referans yapılması, sözleşmenin Almanca düzenlenmesi, uyuşmazlığın Alman mahkemelerinde çözülmesinin öngörülmesi durumunda, tarafların sözleşmelerine Alman hukukunun uygulanması iradesini taşıdığı sonucuna varılabilecek midir⁴⁶⁴?

Teknik açıdan, tüm bu unsurlar tek tek ele alındığında, hiçbiri zımnî bir hukuk seçimine işaret etmeyecektir⁴⁶⁵. Örneğin sırf sözleşmenin dili veya uyuşmazlığın çözülmesi için öngörülen mahkeme⁴⁶⁶, tarafların sözleşmeyi tâbi kılmak istedikleri

⁴⁶⁴ DEMİR GÖKYAYLA da, zımnî hukuk seçiminin tespitinde tek başına belirli bir hukukun zimnen seçildiğine işaret etmeye yetmeyen birden çok emarenin kümelenmesinin önemini vurgulamaktadır (DEMİR GÖKYAYLA, s. 310, vd.).

⁴⁶⁵ VISCHER, s. 176, vd.; DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 32; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 93; NOMER, s. 314; TARMAN, **Seçim**, s. 150.

Aksi yönde, DOĞAN, **İş Akdi**, s. 21. Yazar, bizim burada dile getirdiğimiz unsurların (yazar "emare" demektedir) farklı ülkeleri göstermesi durumunda, bu güçlü emarenin dikkate alınacağını belirtmektedir. Kanaatimizce, bu, oldukça zorlama bir yorumdur. Hem tek bir emareden yola çıkarak zımnî hukuk seçimi yapıldığının kabul edilmesi çok güçtür, hem de sözleşmede farklı hukuk düzenlerini gösteren çeşitli unsurlar bulunduğu müddetçe tarafların belli bir hukuk düzeni lehine hukuk seçimi yapmış olduğunu kabul etmek zımnî hukuk seçiminin tereddüde yer bırakmadan anlaşılması gerekmesi ile bağdaşmaz. Kaldı ki, yazarın bu yorumu takip edilirse, taraflar sözleşmede "hukuk seçimi yapılmamıştır" biçimde bir kloz öngörmedikçe, her hukukî ilişkide zımnî hukuk seçimi yapıldığı kabul edilecek ve zımnî hukuk seçimi objektif kriterin uygulamasını kaldırmış olacaktır.

⁴⁶⁶ Bu bölümde saydığımız tüm unsurlar arasında, doktrinde milletlerarası yetki sözleşmesine ayrı bir önem atfedilmiştir. Bazı yazarlar, bu unsurun açık bir hukuk seçimi olmadığı durumlarda zımnî hukuk seçimini tek başına göstermek için yeterli olabileceğini vurgulamaktadırlar (EKŞİ, **Roma**, s. 101, vd. ve s. 102, dn. 225'teki yazarlar). TEKİNALP de, milletlerarası yetki sözleşmesinin, zımnî hukuk seçimine işaret eden bir delil olarak kabul edildiğini belirtmiştir (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 341). İngiltere'de de, İngiliz mahkemeleri lehine yapılan bir milletlerarası yetki sözleşmesinin varlığında, İngiliz hukukunun taraflarca zimnen seçildiğinin kabul edilmesi gerektiği yönünde bir görüş hakimdir (HILL, s. 329).

Benzer bir biçimde, İsviçre Federal Mahkemesi, belli bir devlet lehine yapılmış milletlerarası yetki sözleşmelerini o devletin hukukunun uygulanmasına yönelik bir zımnî irade beyanı saymakta idi (VISCHER, s. 176; TURHAN, s. 125 ve s. 125, dn. 25). Ancak VISCHER, böyle bir eğilimin bulunmasını doğru bulmamakta, bu yönelimin bir kuralla düzenlenmesi gerektiğini düşünmektedir. Federal Mahkeme ise, sonraki içtihatlarında bu görüşten ayrılmış ve milletlerarası yetki sözleşmelerinin tek başına hukuk seçimi yönünde zımnî bir iradeyi ortaya koyamayacağını belirtmiştir (TURHAN, s. 125 ve s. 125, dn. 26).

Bir millî mahkemenin yetkilendirilmesinin genellikle zımnî hukuk seçimi olarak kabul edilebileceği, ancak böyle bir yorumun şart olmadığı yönünde, bkz. MAX PLANCK INSTITUTE, s. 40.

Kanaatimizce, milletlerarası yetki sözleşmesi, zımnî hukuk seçimi için önemli bir işaret olsa da, bu klozun tek başına hukuk seçimi sonucu doğurabileceğini kabul etmek çok da doğru olmayacaktır (aynı yönde, MAYER / HEUZE, s. 542; DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 32; GIULIANO / LAGARDE, s. 16; TARMAN, **Seçim**, s. 149, vd.).

Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 12'de de, taraflar arasında Üye Devletler'den birinin (bir veya daha çok) mahkemesini münhasıran yetkilendiren bir milletlerarası yetki sözleşmesi yapılmışsa, bu durumun hukuk seçiminde dikkate alınması gereken faktörlerden biri olacağı belirtilmiştir. Bu hüküm (yetki sözleşmesinin zımnî hukuk seçimi yönünde önemli bir işaret olduğu) daha önceden Tüzük Tasarısı'nın metnindeydi; bu durum ise doktrinde eleştirilmiştir (LAGARDE / TENENBAUM, s. 735). Doktrin, benzer bir biçimde, Tüzük Dibacesi'nde bu yönde bir ifadenin olmasını da eleştirmektedir (LAGARDE / TENENBAUM, s. 735 ve s. 735, dn. 25).

Bu noktada önemli olan tarafların iradesini araştırmaktır. Tarafların milletlerarası yetki sözleşmesi yapmadaki amacı, sözleşmelerinin tâbi olmasını istedikleri hukuk düzeninin, bu sistemin mahkemelerince uygulanmasını sağlamak olabilir (TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 29). Ancak bundan

hukuk konusunda kesin bir işaret oluşturamaz. Aksi hâlde, bu unsurlardan birinin bulunması, zaten açık bir hukuk seçimi olarak nitelendirilirdi.

Ancak tüm bu unsurların yan yana gelmesi, hele hele tecrübesizlik gibi hukuk seçimi yönündeki iradenin sözleşmeye yansıtılmamasının makul bir sebebinin bulunması, tarafların hukuk seçimi yönünde zımnî iradesinin kabul edilmesini sağlayabilecektir⁴⁶⁷. MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'nin şartları ele alındığında, bu belirlemenin yapılması için hakimin somut olayın tüm şartlarını göz önünde bulundurup zımnî hukuk seçimi yönündeki taraf iradesine tereddüde yer bırakmayacak biçimde ulaşması gerekir. Elbette bazı sözleşmesel ilişkilerde, hakimin bu sonuca tereddüde yer bırakmayacak biçimde ulaşması daha basit şartlarda gerçekleşebilir (birkaç unsurun yan yana gelmesi yeterli olabilir). Her somut olayda, söz konusu tereddüdün kaybolması farklı katılıkta şartlara bağlıdır⁴⁶⁸.

Örneğin basit bir milletlerarası satım sözleşmesinde, taraflar Alman BGB'sinde öngörülen kuralları sözleşmelerine taşımışlarsa (*incorporation*), sözleşmesel ilişki ile ilgili bu iki özellik (somut olayın karmaşık olmaması ve *incorporation*), taraf iradesinin Alman hukukunu seçme yönünde olduğunun tereddüde yer bırakmayacak

bağımsız olarak, taraflar uygulanacak hukukla ilgili herhangi bir belirleme yapma iradesini taşımadan, uyuşmazlıklarının bağımsız bir mahkeme önünde çözülmesini istedikleri için de milletlerarası yetki sözleşmesi yapmış olabilirler. Gerçekten de, Emmanuel GAILLARD'ın bir röportajda söylediği gibi ("<http://www.youtube.com/watch?v=Zl10-geK7ns>"), çoğu durumda (özellikle yatırım hukukunu ilgilendiren hâllerde), sözleşmenin müzakeresi aşamasında taraflar için uyuşmazlığın bağımsız mahkemelerde çözülmesi, uygulanacak hukukun ne olduğundan çok daha önemlidir; bu sebeple de taraflar hukuk seçimi ya da uyuşmazlık çözüm mekanizmasını belirleme konusunda, bu iki husus arasında bir seçim yapmak zorunda kaldıklarında, genel olarak uyuşmazlık çözüm mekanizmasını belirlemeyi tercih etmektedirler. GAILLARD'ın bu görüşü oldukça yerindedir; çünkü tüm hukuk sistemleri taraflar arasında bir denge bulmaktadırlar, ancak bu denge her ülkenin yargı sisteminde kurulamamaktadır. Bu örnekten de anlaşılacağı üzere, taraflar uygulanacak hukuku düzenlemeyi hedeflemeyip sadece bağımsız bir mahkeme önünde uyuşmazlıklarının çözülmesi iradesini göstermiş olabilirler. Ticarî hayatta da, bir sözleşmede sadece milletlerarası yetki sözleşmesinin bulunmasını, tarafların aynı zamanda zımnî bir hukuk seçimi yaptığı yönünde yorumlamak çok da doğru olmayacaktır. Unutulmamalıdır ki, zımnî hukuk seçimi de, gerçek bir hukuk seçimidir. Oysa, milletlerarası yetki sözleşmesinin zımnî hukuk seçimine işaret ettiği görüşünde, adeta bir karine yaratılmakta ve zımnî hukuk seçiminin, milletlerarası yetki sözleşmesinin bir sonucu, neticesi olarak kabul edilmektedir. Böyle bir mantığın kabul edilmesi mümkün değildir; çünkü hukuk seçimi, zimnen de yapılırsa gerçek bir iradeyi gerektirir; dolayısıyla hukuk seçiminin başka bir iradenin sonucu olduğu kabul edilemeyeceği gibi, pratikte böyle bir sonuç doğuran görüşlerin de kabul edilmesi bizzat mümkün değildir. İşte tüm bu sebeplerle, milletlerarası yetki sözleşmesi, hukuk seçimi yönünde önemli bir işaret olsa da, bu klozun zımnî hukuk seçimini tek başına göstermeye yeterli olmayacağı görüşündeyiz. Az önce de belirttiğimiz gibi, aksi bir görüşün bir karine yaratmak anlamına geleceği ve zımnî hukuk seçiminin de bir hukuk seçimi olduğu gerçeğini görmezden geleceği fikrindeyiz.

⁴⁶⁷ VISCHER, s. 177; DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 32.

⁴⁶⁸ DEMİR GÖKYAYLA, s. 312. GÜNGÖR, zımnî hukuk seçimi yönünde işaret oluşturabilecek birçok hususun bir hukukî ilişkide toplanmış olmasının bile bazı durumlarda zımnî hukuk seçimi iradesi için belirleyici olmayacağını belirtmektedir (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 93).

şekilde anlaşılması hususunda yeterli olabilecektir. Çünkü sözleşme hükümleri belli bir hukuk düzenine göre oluşturulurken, sözleşmenin aynı anda bu düzenden ayrı bir hukuka tâbi olması, tarafların böyle bir basit sözleşme için öngörebileceğinden çok daha karmaşık bir hukukî ilişki yaratır; tarafların bu yönde bir muradının olmayacağı açıktır. Ancak daha kompleks ve sözleşmenin yoğun bir hukukî danışmanlık altında hazırlandığı bir ilişkide, tarafların zımnî hukuk seçimi yönündeki iradelerinin hiçbir tereddüde yer bırakmadan anlaşılması çok daha katı bir teste tâbi tutulacak ve hukuk seçimi sonucuna ulaşılabilmesi için çok daha fazla sayıda unsurun yan yana gelmesi gerekecektir.

Zımnî hukuk seçiminin bu biçimde ortaya konmasında dikkat edilmesi gereken bir husus daha vardır: zımnî hukuk seçimi ile sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk karıştırılmamalıdır⁴⁶⁹. Bir başka deyişle, sözleşmenin bir hukukla çok sıkı ilişkide olması (tarafların böyle bir sıkı ilişkiye neden olacak biçimde sözleşmesel ilişkilerini kurlmaları), tarafların, bu hukukun sözleşmelerine uygulanmasını zımnî kabul ettikleri anlamına gelmez⁴⁷⁰. Sözleşmedeki unsurların sürekli olarak bir ülkeyi işaret etmesiyle zımnî o ülkenin hukukunun seçildiğinin belirlenmesi için, sözleşmenin o ülkeyle sıkı ilişkide olması yeterli değildir. Burada önemli olan, hakimin sözleşmede öngörülen unsurlardan, tarafların bir zımnî iradesinin olup olmadığını tespit etmesidir. Taraflar uygun gördükleri için ya da sözleşme içi dengelerden dolayı, sözleşmelerini bir ülkeyle daha sıkı ilişki içinde öngörmüş olabilirler. Bu durum zımnî iradeyi göstermez. Zımnî iradenin anlaşılması için, taraflar, sözleşmeyi, belli bir hukuk düzenine tâbi kılma düşüncesinin çevresinde kuralıdır⁴⁷¹.

Sonuç olarak, sözleşmesel ilişkideki unsurların belli bir ülke etrafında toplanması durumunda, hakim, somut olayın şartlarını da gözeterek tarafların hukuk seçimi iradesi taşıdığı sonucuna tüm tereddütleri yok ederek varabiliyorsa, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 anlamında bir hukuk seçimi yapıldığı kabul edilecektir. Her hukukî ilişkide sözleşmesel unsurlar ve maddî vakıanın özellikleri hukuk seçimi yönündeki iradeye farklı derecede kesinlik kazandıracaktır.

⁴⁶⁹ ŞANLI, **Tahkim**, s. 179, vd.

⁴⁷⁰ ŞANLI, **Tahkim**, s. 180.

⁴⁷¹ ŞANLI da, bu yolla zımnî hukuk seçimi iradesinin tespit edilmesinin güç olduğunu vurgulamakta, ancak somut olay analizi sonucunda, tarafların zımnî hukuk seçiminde bulunduğu tespit edilebileceğini dile getirmektedir (ŞANLI, **Tahkim**, s. 181).

(5) Taraflar arasındaki benzer hukukî ilişkilerde hukuk seçimi yapılması

İki taraf arasında, kurulan benzer hukukî ilişkilerde devamlı olarak bir hukuk seçimi yapılmasına rağmen, uyuşmazlığa konu olan sözleşmede hukuk seçiminin yapılmamış olmasını iki biçimde değerlendirmek mümkündür: ya taraflar dikkatsizlikleri yüzünden hukuk seçiminde bulunmayı ihmal etmişlerdir ya da bu hukukî ilişkide özellikle hukuk seçimi yapılmamasını arzu etmektedirler.

Somut olayda bu iki zıt ihtimalden hangisinin gerçekleştiği olayın şartlarına göre yorumlanacaktır. Örneğin taraflar hep ayrıntılı hükümler öngörerek sözleşme kurmaktaysa ve yine ayrıntılı bir düzenleme yapılmasına rağmen hukuk seçimi öngörülmemişse, tarafların bu son hukukî ilişkilerine uygulanacak hukuku tayin etmek istemedikleri sonucuna varmak, somut olayın şartlarına daha uygun bir yorum olacaktır. Ancak, taraflar genelde ayrıntılı düzenlemeler öngörürken, söz konusu sözleşme çok basit bir şekilde ele alınmışsa ya da bir tarafın kendi aralarında olağan hâle gelmiş bir siparişi ("belli miktarda Y istiyorum" gibi) üzerine diğer tarafın ifası (zımnî irade beyanı) ile kurulmuşsa, hukuk seçimi yapılmasının ihmal edildiği sonucuna varılmalıdır. Daha doğrusu, böyle bir somut olayda tarafların iradesi, sözleşmeyi, daha önceki sözleşmelerle benzer şartlar altında kurmaktır. Dolayısıyla, tarafların, önceki ilişkilerinde yaptıkları hukuk seçiminin bu sözleşme açısından da geçerli olması iradesini taşıdığı sonucuna ulaşılmalıdır⁴⁷².

Tarafların yeni sözleşmeyi açık veya zımnî olarak, fakat ayrıntılara girmeden kurması, onların bu sözleşmeyi daha önce belirlemiş oldukları şartlarda kurma iradesini örtülü olarak barındırır. Taraflar, kurulan yeni sözleşmede, daha önceki sözleşmelerde öngörülen şartlardan uzaklaşma iradesi taşımamaktadırlar. Sözleşmenin basit bir biçimde kurulduğu bu ihtimallerde, tarafların daha önceki sözleşmelerde açık olarak benimsedikleri hukuk seçimini, bu sefer zımnî benimsedikleri sonucuna varılmalıdır⁴⁷³.

Hakim, tarafların yeni sözleşmede hukuk seçimi yapmamasının nedenini, daha önceki sözleşmelerde öngörülen şartlardan uzaklaşma olarak yorumlamayıp sadece

⁴⁷² ÇAKALIR, s. 491, vd.; EKŞİ, **Roma**, s. 101.

⁴⁷³ GIULIANO / LAGARDE, s. 16; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 93.

aralarındaki yapılagelişe dayanarak sözleşmenin daha basit bir biçimde kurulması olduğunu tespit ederse, hukuk seçiminin MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 anlamında zımnen yapıldığı sonucuna ulaşacaktır.

Sonuç olarak, pratikte MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 kapsamında hukuk seçiminin birçok yolla yapılması mümkündür. Ancak MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'de öngörülen açık hukuk seçiminin aksine, bu hâllerde doğrudan bir hukuk seçiminin yapıldığı sonucuna ulaşamaz. Hakimin, tarafların zımnî hukuk seçimi yaptığı sonucuna ulaşabilmesi için somut olayın şartlarını çok iyi değerlendirmesi, birçok yan unsuru dikkate alması gerekmektedir. Hakim, hukuk seçimi karşısında oluşabilecek tüm tereddütleri bertaraf etmediği sürece, MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'yi uygulayamayacaktır.

Çalışmamızda, zımnî hukuk seçiminin birçok farklı biçimde yapılabileceğini incelemiş olmamız, böyle bir hukuk seçiminin olağan bir şekilde kabul edilebileceği veya edilmesi gerektiği anlamına gelmemelidir. Biz sadece tarafların hukuk seçimi yönündeki açık olmayan iradelerinin ortaya çıkmasını kapsamlı bir biçimde incelemeye çalıştık. Somut olayda tarafların zımnî hukuk seçimi yapıp yapmadıkları bu unsurlara göre belirlenecektir. Ancak bu unsurların ortaya çıkmasının zımnî hukuk seçiminin kabul edilmesi için yeterli olmayacağını tekrar vurgulamak isteriz. Böyle bir seçimin kabul edilebilmesi için, hakimin böyle bir seçimin yapıp yapılmadığı ile ilgili tüm tereddütleri yok ederek kesin bir yargıya varması gerekir.

B. Hukuk Seçiminin Yapılışı ile ilgili MÖHUK m. 24'te Tanınan Serbestiler

MÖHUK m. 24'te hukuk seçiminin yapılışı ile ilgili taraflara iki serbesti tanınmıştır. Bunlardan ilki, hukuk seçiminin sözleşmenin tamamına uygulanabileceği gibi, sözleşmenin bir bölümü ile ilgili hukuk seçimi yapılabilmesinin önünün açılmasıdır (1). İkinci serbesti ise, hukuk seçiminin yapılış zamanı ile ilgilidir; bu hüküm, hukuk seçiminin her zaman yapılabileceğini öngörmektedir (2).

1. Kısmî hukuk seçimi

MÖHUK m. 24 / f. 2'de, "[t]araflar[ın], seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabil[eceği]" düzenlenmiştir. Buna göre tarafların yapacağı hukuk seçiminin, sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanması mümkündür. MÖHUK m. 24 / f. 2'de getirilen bu serbesti, tarafların aynı sözleşmenin farklı kısımlarına farklı millî hukukların uygulanmasını kararlaştırabilmesine de olanak tanımaktadır. Bu husus MÖHUK Tasarısı'nın gerekçesinde de belirtilmiştir⁴⁷⁴.

MÖHUK m. 24 / f. 2, 5718 sayılı kanunun getirdiği yeniliklerden biridir; eski MÖHUK'ta bu hükmün karşılığı bulunmamaktadır⁴⁷⁵. Bu düzenleme, MÖHUK m. 24'ün getirdiği diğer yenilikler gibi, Roma Konvansiyonu'ndan alınmıştır (m. 3 / f. 1 / c. 3). Bu hüküm, Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 1 / c. 3'e aynen geçmiştir.

Doktrinde bir görüş zımnî kısmî hukuk seçimi yapılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir⁴⁷⁶. Bizce de, teknik açıdan bu yönde bir engel bulunmamaktadır; ancak tereddüde yer bırakmayan zımnî hukuk seçiminin kabul edilebileceği şartları göz önüne aldığımızda, somut bir olayda kısmî zımnî hukuk seçiminin kanıtlanamayacağını düşünüyoruz. Gerçekten de, zımnî hukuk seçimi yönündeki somut şartların sadece sözleşmenin bir kısmı için oluştuğu, ancak kalan kısmı için böyle bir durumun olmadığı ileri sürülmesi bize çok da mümkün gözükmemektedir. Zımnî kısmî hukuk seçimi, olsa olsa çok geniş bir sözleşmede, sözleşmenin bir bölümüne belli bir hukuk düzeninde, diğer bir bölümüne de başka bir hukuk düzeninde öngörülen kuralların *incorporation* yoluyla taşınması hâlinde gündeme gelebilir. Ancak tek başına *incorporation* zımnî hukuk seçiminin kabul

⁴⁷⁴ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 8.

⁴⁷⁵ Ancak hukuk düzeninde kısmî hukuk seçiminin ayrıca düzenlenmemesinin, böyle bir seçimi engellemeyeceği yönünde İsviçre örneği için, bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 107. Türk hukuku için de benzer bir analiz için, bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 113. Yazar da, hukuk seçimine genel olarak cevaz veren bir sistemde, kısmî hukuk seçiminin yasaklanmasının hukuk seçimi ile güdülen amaca aykırı olacağını tespit etmektedir (ÇİLİNGİROĞLU, s. 108).

Aynı yönde, ULUOCAK, s. 193; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 14; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 190; EKŞİ, **İş**, s. 124; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 41; DEMİR GÖKYAYLA, s. 286.

⁴⁷⁶ DEMİR GÖKYAYLA, s. 289 ve s. 289, dn. 92. Aksi görüşte, NOMER, s. 316. Ancak yazar, bu görüşüne dayanak olarak "*Türk hukuku, hukuk seçiminin "açık" olmasını aradığından, taraflarca açık bir şekilde kararlaştırılmadıkça, bir hukuk seçiminin yorumu yoluyla kısmî hukuk seçiminin yapıldığı sonucuna*" varılamayacağını dile getirmiştir. Oysa, yeni MÖHUK m. 24 / f. 1'e göre hukuk seçimi zımnî de yapılabildiğine göre, kanaatimizce yeni MÖHUK düzeninde, bu görüş için böyle bir dayanağın ileri sürülmesi, artık pek de mümkün olmayacaktır.

edilmesini sağlamayacaktır. Bu nedenle, zımnî hukuk seçiminin tereddüde yer bırakmadan anlaşılması için sözleşmenin geneline de bakmak gerekecektir. Biz, sözleşmenin genelinin, sözleşmenin kimi bölümlerine farklı bir hukukun uygulanmasını sağlayacak bir yoruma imkan vermesinin çok da ihtimal dahilinde olmayacağını düşünüyoruz.

MÖHUK m. 24 / f. 2, milletlerarası özel hukuk tekniği açısından derinlemesine tartışılması gereken bir özellik barındırmamaktadır. Fakat, hukuk seçiminin "parçalanabilmesi"⁴⁷⁷, sözleşmenin bütünlüğünü bozduğu ölçüde pratikte sorun yaratacaktır; bu durum sözleşme içinde çelişen hükümlere veya bir boşluğun oluşmasına neden olabilir⁴⁷⁸. Örneğin taraflardan birinin borcuna Amerikan hukuku, diğerinin borcuna ise İsviçre hukukunun uygulanması durumunda, taraflar arasındaki edim dengesi bozulabilir. Aynı şekilde, tarafların borcunu belli bir hukuka göre ifa etmesi gerekirken, borcun ifa edilmemesi durumunda diğer tarafın olası hakları başka bir hukuka göre belirlenirse, bu iki hukuk düzeni arasındaki farklar, kimi borca aykırı davranışların uygun bir yaptırıma bağlanmamasına neden olabilir.

Doktrinde, kısmî hukuk seçiminin sözleşme içinde çelişkilere yol açması, *dépeçage*'ın sözleşme içindeki uyumu ortadan kaldırması, dolayısıyla farklı parçaların beraber uygulanma ihtimalinin olmaması ve karşılıklı ilişki içindeki sözleşme kısımlarının birbirinden ayrılarak farklı ülke hukuklarına tâbi tutulması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukukun tarafların yaptığı kısmî hukuk seçimi dikkate alınmadan belirleneceği ileri sürülmüştür⁴⁷⁹. Bu durumda, sözleşmenin kendisinden ayrılabilen ve aslında bağımsız sözleşme olarak nitelendirilebilecek kısımlarla sınırlı kısmî hukuk seçimi yapılabileceği bazı yazarlar tarafından ileri sürülmüştür⁴⁸⁰.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus bulunmaktadır. Kanaatimizce kısmî hukuk seçiminin karşılıklı ilişki içindeki sözleşme kısımlarının birbirinden

⁴⁷⁷ Bu terimin yabancı dillerdeki karşılığı, Fransızca'dan alınan "*dépeçage*" kelimesidir. Bu terimle ilgili bir tanım için, bkz. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 44.

Hukuk seçiminin "parçalanması" yerine, nispeten aşağılayıcı bir anlam çağırırsa bile, söz konusu tekniği daha iyi aktardığı için "yamalı" terimi de kullanılabilir.

⁴⁷⁸ TEKİNALP, **Bağlama**, s. 338; DEMİR GÖKYAYLA, s. 287.

⁴⁷⁹ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 96; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 338; TARMAN, **Seçim**, s. 151. Karş. DEMİR GÖKYAYLA, s. 288.

⁴⁸⁰ Bu yazarlarla ilgili olarak, bkz. GIULIANO / LAGARDE, s. 16.

ayrılacak şekilde farklı ülke hukuklarına tâbi kılınmasını, sözleşmenin bu kısmına ilişkin çelişiklere neden olabileceği sebebiyle yasaklamak bizce doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü bu yaklaşım, birbiri ile tutarlı hukuk seçimleri yapıldığı sürece, sözleşmenin sınırsız şekilde parçalanmasına izin verilebileceği şeklinde yorum yapılmasına izin verir. Oysa MAYER / HEUZE'nin de çok yerinde bir biçimde belirttiği gibi, sözleşmeye veya sözleşmenin bir kısmına uygulanacak hukukun otoritesine helâl getirilmeden parçalanmaya izin verilmelidir; çünkü kural olarak bir bütünü oluşturan düzenin parçalanması bir hukuk sisteminde bulunan kuralların "ödünç alınması"na izin vermez. Aksi hâlde bu parçalanma, hukuk seçiminde bir parçalanma değil, sözleşmeye uygulanması istenen hukuk kurallarında bir parçalanmaya yol açar; ki hukuk kuralı seçimine etki tanınması MÖHUK m. 24 kapsamında düzenlenmemiştir⁴⁸¹. İşte bu nedenden dolayı, sözleşmeden mantıklı bir biçimde ayrılabilen ve haklar ile borçlar açısından bir alt bütün oluşturabilen bir parça ancak kısmî hukuk seçimine konu olabilir. Örneğin satıcının ayıba karşı tekeffülüne Fransız hukukunun uygulanacağını söylemek bir hukuk seçiminden çok, Fransız hukukunun ilgili hükümlerinin "ödünç alınması" olarak nitelendirilecektir⁴⁸².

Kısmî hukuk seçiminin, tüm sakıncalarına rağmen reddedilmesi ve böyle bir seçime imkan tanınmaması doğru olmayacaktır⁴⁸³. Taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçmekte özgür olduklarına göre, sözleşmenin bir parçasına bir hukuku, diğer parçasına da başka bir hukuku uygulamakta da özgürdürler⁴⁸⁴. Ancak bu serbestiye rağmen, taraflar kısmî hukuk seçimi yaparken dikkatli olmalıdırlar. Sözleşmenin geneline uygulanacak hukukla, kısmî hukuk seçimi yapılan bölüme uygulanacak hukuk arasında uyumsuzluk bulunmamalıdır⁴⁸⁵. Böyle bir uyumsuzluk hâlinde, doktrinin genel olarak yapılan kısmî hukuk seçiminin dikkate alınmaması gerektiği görüşünde olduğunu yukarıda belirtmiştir⁴⁸⁶.

⁴⁸¹ MAYER / HEUZE, s. 537, vd. Ayrıca bkz. RIGAUX / FALLON, s. 804.

⁴⁸² TARMAN ise, benzer bir örnekte tarafların zımnî hukuk seçimi yapabilecekleri kanaatindedir (TARMAN, *Seçim*, s. 151).

⁴⁸³ DOĞAN, *İş Akdi*, s. 41.

⁴⁸⁴ Parçalanmanın sözleşme serbestisine dayandığı yönünde, bkz. GIULIANO / LAGARDE, s. 16.

⁴⁸⁵ GIULIANO / LAGARDE, s. 16.

⁴⁸⁶ Bununla beraber, uyumsuzluk yaratan kısmî hukuk seçiminin öngörülmesinin nedeni tarafların bu bölüme sözleşmeye genel olarak uygulanmasını öngördükleri hukukun uygulanmasını istememeleridir. Bu nedenle, çelişki yaratan bu bölüme sözleşmeye uygulanmak üzere genel olarak seçilen hukukun değil, sözleşmeye objektif kurala göre belirlenecek hukukun uygulanması gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür (DEMİR GÖKYAYLA, s. 288).

Doktrinde sözleşmenin bir bölümü için kısmî hukuk seçimi yapılması ve kalan bölüm için başka bir hukuk seçimi yapılmaması durumunda, kısmî hukuk seçiminin sözleşmenin geneline uygulanamayacağı belirtilmiştir⁴⁸⁷. Bizim de kanaatimize göre, tarafların sözleşmenin bir kısmı için hukuk seçimi yapması, sözleşmenin kalanına da bu hukuk seçimini uygulamak istediği yönünde değil, tarafların sözleşmenin kalanını bu hukuk seçimine tâbi kılmak istememesi şeklinde yorumlanmalıdır⁴⁸⁸.

Son olarak belirtmekte yarar görüyoruz ki, kısmî hukuk seçimi pratikte ender olarak rastlanan bir durumdur⁴⁸⁹.

2. Hukuk seçimi yapılmasının zamanı

Eski MÖHUK m. 24'te hukuk seçiminin ne zaman yapılabileceği ile ilgili bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak bu yönde herhangi bir hüküm bulunmaması, bu konuda herhangi bir sınırlama getirilmediği biçiminde yorumlanmaktaydı⁴⁹⁰. MÖHUK m. 24 / f. 3'te ise, hukuk seçiminin taraflarca her zaman yapılabileceği ve

Ancak, kısmî hukuk seçimi, genel hukuk seçimi ile çelişirse, kısmî hukuk seçiminin uygulandığı alana objektif kuralın uygulanması hâlinde de genel hukuk seçimi ile çelişki meydana gelebilir. Böyle bir çelişki hâlinde, yapılan tüm hukuk seçimlerinin etkisiz kılınması ve sözleşmeye uygulanacak hukukun sanki hiç hukuk seçimi yapılmamış gibi -objektif kurala göre- belirlenmesi ise tarafların iradesine uygun düşmeyebilir. Kanaatimize, bu noktada, kısmî hükümsüzlükte olduğu gibi, taraflar söz konusu -çelişen- kısmî hukuk seçimini yapmasalardı, genel hukuk seçimini yaparlardı mıydı, sorusu tartışılmalıdır. Taraflar böyle bir hukukî ilişkide sözleşmenin geneline belli bir hukukun uygulanması konusunda anlaşmışlardır. Tarafların belli bir noktada yaptığı kısmî hukuk seçimi sözleşme içinde çok büyük bir dengesizlik yaratıyorsa, sadece bu kısmî hukuk seçimi etki doğurmamalı ve sözleşmenin tamamı genel olarak seçilen hukuka tâbi olmalıdır. Ancak yapılan kısmî hukuk seçiminin hüküm doğurmaması sonucu genel hukuk seçiminin sözleşmenin tamamına uygulanması taraf iradesine aykırı düşecekse (örneğin kısmî hukuk seçimi sözleşmenin geniş bir kısmına uygulanıyorsa), işte bu durumda, DEMİR GÖKYAYLA'nın yukarıda anılan çözümünün (sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif kurala göre tespit edilmesi) kabul edilebilir.

İlk bakışta, çözümümüz, tarafların farazî iradesini araştırmakla eleştirilebilir. Ancak bu eleştiri çok da doğru olmayacaktır; çünkü tarafların farazî iradesinin araştırılması hukuk seçiminin yapılmasında yasaklanmıştır. Oysa biz tarafların kısmî hukuk seçiminin etki doğurmaması durumunda, sözleşmenin genel hukuk seçimine tâbi olacağını belirtiyoruz. Bahsi geçen farazî irade (taraflar kısmî hukuk seçiminin hüküm doğmayacağını bilselerdi, hiçbir hukuk seçimi yapmazlardı), hukuk seçiminin kabul edilmesinde değil, kabul edilmemesinde rol oynamaktadır.

⁴⁸⁷ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 96; DEMİR GÖKYAYLA, s. 289.

⁴⁸⁸ Ancak DEMİR GÖKYAYLA, böyle bir durumda tarafların zımnî iradesinin araştırılıp yapılan kısmî hukuk seçiminin sözleşmenin tamamı hakkında yapıldığı sonucuna ulaşabileceğini belirtmiştir. Üstelik yazar bu yorumunu, sözleşmenin parçalanmasının istisna tutulması gerektiğine dayandırmaktadır (DEMİR GÖKYAYLA, s. 289). Biz yazarın bu görüşüne katılmıyoruz.

⁴⁸⁹ TARMAN, **Seçim**, s. 151.

⁴⁹⁰ ULUOCAK, s. 193; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 190; EKŞİ, **İş**, s. 125; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 24; SAKMAR, s. 361.

Sonradan hukuk seçimi yapılmasının irade muhtariyetinin doğal bir uzantısı olduğu yönünde, bkz. GIULIANO / LAGARDE, s. 17.

değiştirilebileceği düzenlenmiştir⁴⁹¹. MÖHUK m. 24 / f. 3 / c. 2'de de bu serbestinin etkisi öngörülmüştür: taraflarca her zaman yapılabilen hukuk seçimi, sözleşmenin kurulmasından sonra da yapılırsa, geriye etkili olacaktır. Ancak sonradan yapılan hukuk seçiminin ileriye etkili olacağı taraflarca kararlaştırılabilir⁴⁹².

Kanaatimizce hukuk seçimi açık olarak yapıldıktan sonra, tarafların bu seçimi zımnen değiştirmeleri teorik olarak mümkündür⁴⁹³; yani sonradan yapılacak veya değiştirilecek hukuk seçimi zımnen de yapılabilir⁴⁹⁴. Ancak bu durum imkansız olmasa bile, çok güç karşılaşılabilecek bir durumdur ve somut olayın çok derin bir analizini gerektirir. Somut olayın şartları, açık sözleşme hükmüne rağmen, tarafların sonradan başka bir hukuku seçtiğini tereddüde yer vermeyecek biçimde ortaya koymalıdır. Yine de, sözleşmenin kurulması sırasında hukuk seçimi yönündeki iradelerini açık olarak ifade eden tarafların, hayatın olağan akışına göre, hukuk seçimine ilişkin değişiklikleri de açık olarak yapması beklenecektir.

MÖHUK m. 24 / f. 3 / c. 2'de, hukuk seçiminin her an yapılabileceği ve değiştirilebileceği kuralına bir istisna getirilmiştir: sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan hukuk seçimi, üçüncü kişilerin zarar görmesine neden olamaz⁴⁹⁵. Tasarı'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere⁴⁹⁶, "*tarafların borç sözleşmesinin kurulmasından sonra yaptıkları hukuk seçimi veya hukuk seçimi değişiklikleri, üçüncü kişilerin kazanılmış haklarını ihlâl etmemek şartıyla kabul edilmiştir*". Dolayısıyla, hukuk seçiminin her zaman yapılabileceği serbestisinin ve hukuk seçimine sonuç tanınmasının tek sınırı, sonradan yapılan hukuk seçiminin üçüncü kişilerin kazanılmış haklarını ihlâl edememesidir (b). Öte yandan bu hükmün mehazı niteliğindeki Roma Konvansiyonu'nda ve Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 2'de MÖHUK'taki düzenlemeden farklı olarak sonradan yapılan hukuk seçiminin şekil kurallarına olan etkisi de düzenlenmiştir (a).

⁴⁹¹ Eski MÖHUK'ta bu yönde bir hüküm olmamasına rağmen, hukuk seçiminin her zaman yapılabileceği yönünde, bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 113.

Roma Konvansiyonu öncesi dönemde İtalya'da hukuk seçiminin sadece sözleşmenin kurulduğu anda yapılabileceği yönünde, GIULIANO / LAGARDE, s. 17.

⁴⁹² KEGEL / SCHURIG, s. 655.

⁴⁹³ DEMİR GÖKYAYLA, s. 336.

⁴⁹⁴ Zımni hukuk seçiminin sözleşmenin kurulmasından sonra da yapılması ile ilgili bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 94.

⁴⁹⁵ Sonradan yapılan hukuk seçimi üçüncü kişilerin haklarını olumlu yönde etkiliyorsa, bu etki kabul edilecektir.

⁴⁹⁶ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 8.

a) Sonradan yapılan hukuk seçiminin şekil kuralları açısından sözleşmenin geçerliliğine etkisi

AB müktesebatının, MÖHUK m. 24 / f. 3'ten en önemli farkı, uygulanan hukuka ilişkin değişikliğin sözleşmenin şekil kuralları açısından geçerliliğini (*validité formelle du contrat*) etkilemeyecek olmasıdır. Bu "istisna", Türk hukukuna alınmamıştır⁴⁹⁷: ne MÖHUK m. 24'te, ne de hukukî işlemlerin şeklini düzenleyen MÖHUK m. 7'de bu hükmün bir karşılığı bulunmaktadır⁴⁹⁸. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, tartışmanın sadece sözleşmenin şekline ilişkin hükümsüzlük hâlleri ile sınırlı olmasıdır; sonradan yapılacak hukuk seçiminin öngördüğü esasa ilişkin hükümsüzlük hâllerinin uygulama alanı bulması ve sözleşmeyi hükümsüz hâle getireceği yönünde bir tartışma bulunmamaktadır.

Bu açıdan, MÖHUK m. 24 / f. 3'ün Roma Konvansiyonu ya da Roma I Tüzüğü sisteminden çok, İsviçre sistemine daha yakın olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten de, İMÖHK m. 116 / f. 3'te, hukuk seçiminin her zaman yapılabileceği belirtilmiş; bu hukuk seçiminin geriye etkili bir şekilde etki edeceği dile getirilmiş ve son olarak da üçüncü kişilerin hakları saklı tutulmuştur. Bu hükümde, aynen MÖHUK m. 24 / f. 3'te olduğu gibi, sözleşmenin geçerliliğinin sonradan yapılan hukuk seçiminden etkilenip etkilenmeyeceği düzenlenmemiştir. Sözleşmenin şekli ile ilgili olan İMÖHK m. 124'te de sözleşmenin şekli geçerliliğinin sonradan yapılan hukuk seçiminden etkilenip etkilenmeyeceğine dair bir ibare bulunmamaktadır⁴⁹⁹.

Oysa, Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 2 / c. 2'deki uygulanacak hukukla ilgili sonradan yapılan değişikliğin, sözleşmenin şekil kuralları açısından geçerliliğine etkisi bulunmayacağı yönündeki düzenleme oldukça yerindedir. Gerçekten de, bir sözleşme ilk aşamada sözleşmeye uygulanacak hukukun öngördüğü şekil kurallarına uygun yapılmış olabilir. Ancak tarafların sonradan seçtikleri hukuk, sözleşmenin farklı bir şekilde yapılmasını öngörebilir. Taraflar bu değişikliği ilk aşamada

⁴⁹⁷ TARMAN, *Seçim*, s. 167.

⁴⁹⁸ Eski MÖHUK döneminde de sonradan yapılan hukuk seçiminin şekille ilgili olarak ne gibi sonuçlar doğuracağı Türk doktrininde tartışmalıydı (DEMİR GÖKYAYLA, s. 339, vd.).

⁴⁹⁹ Yine de doktrinde, İMÖHK m. 116 / f. 3'ün lafzındaki "*hukuk seçimi [...] sözleşmenin kurulması anına kadar geriye etkilidir*" ifadesini (Fransızca metinde "*[...] elle rétroagit au moment de la conclusion du contrat*" ve Almanca metinde "*[...] so wirkt sie auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurück*" olarak ifade edilmiştir), sözleşmenin geçerliliğinin seçilen ilk hukuka tâbi olduğu şeklinde yorumlayan yazarlar da bulunmaktadır (TURHAN, s. 127 ve s. 127, dn. 33). Ancak biz, bu görüşe katılmak için Kanun'da yeterli dayanağı göremiyoruz.

öngöremeyeceği için, sözleşmenin kurulması aşamasında sözleşmeye uygulanacak hukuktaki şekil kurallarına göre sözleşmeyi kurmaları olağandır. Örneğin uygulanacak hukuka uygun olarak bir sözleşme yazılı olarak yapılmışken, sonradan yapılan hukuk seçimi sonucu, bu işlemin resmî yazılı şekilde yapılması gerekebilir. AB hukukuna göre, böyle bir durumda, sözleşmenin sonradan tâbi olduğu hukukun şekle ilişkin kuralları, sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyecektir.

Bu düzenleme MÖHUK sistemine geçmemiştir. Düzenlemenin MÖHUK'a alınmamasının arkasında, kanunkoyucunun Roma Konvansiyonu sisteminden uzaklaşma iradesinin mi olduğu, yoksa kanunkoyucunun bu istisnanın tanınması için ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmayacağını mı düşündüğü tespit edilmelidir⁵⁰⁰.

Geçerlilik şartı olarak şekil şartının hukuk düzenlerinde öngörülmesinin arkasında kimi sosyal ya da kamu düzenine ilişkin sebepler yatmaktadır⁵⁰¹. Kanunkoyucu da, bir hukukî ilişkinin belli bir hukuk düzenine tâbi kılınması durumunda, bu düzenin arkasında yatan sosyal ve kamu düzenine ilişkin gerekçelere uyulması yönünde bir tercihte bulunmuş olabilir. Üstelik kanunkoyucunun bu tercihi, tarafların *lex contractus*'un öngördüğü şekil şartından kaçmak için, sözleşmeyi önce bu şekil şartını aramayan bir hukuka, sonra kendi iradelerine uygun ama şekil şartını arayan hukuka tâbi kılmasının önüne geçer. Bu tercihle, şekil şartından kaçmak için yapılabilecek kanuna karşı hilenin de önüne geçilmiş olur.

Fakat sonradan yapılan hukuk seçiminin sözleşmenin şekil kuralları açısından geçerliliğini etkilemeyeceği istisnasının MÖHUK m. 24 / f. 3'e alınmamasının nedeni olarak, şekil şartının arkasında sosyal gerekçeler ve kamu düzeninin yatmasının gösterilmesi, MÖHUK m. 7'nin esnek yapısı (hukukî işlemin, yapıldığı yerin öngördüğü şekil kurallarına göre de yapılabilmesi) ile çelişecektir. Bu hüküm, sözleşmenin şekli geçerliliğini sadece *lex contractus*'a tâbi kılmamaktadır. Bu esnek yapısı karşısında, hükmün, şekil kurallarının arkasında yatan sosyal gerekçeler ve kamu düzenini sıkı sıkıya koruma amacı gütmeyeceği açıktır. Ayrıca, hukukumuzda göre

⁵⁰⁰ TARMAN, bu hükmün alınmamasını kanunkoyucunun bir eksikliği olarak nitelendirmektedir (TARMAN, *Seçim*, s. 167).

⁵⁰¹ Hukukî işlemin şekle tâbi tutulmasının sebepleri için, bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 117; EREN, s. 237, vd.; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 99; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 271, vd.

kanuna karşı hile zaten yasak olduğu için, kanunkoyucunun özel olarak bu gerekçeye dayanarak bir düzenleme yapması yerinde olmayacaktır.

Örneğin, tarafların belli bir hukuk seçiminde buldukları ve bu hukuka uygun olarak bir bağışlama sözleşmesini sözlü olarak yaptıklarını düşünelim. Sözleşmenin Türkiye'de kurulduğunu farz edelim. Daha sonra, tarafların sözleşmeye Türk hukukunun uygulanmasını kararlaştırdığını varsayalım. Bağışlama sözleşmesinin hüküm doğurması -bağışlama elden yapılmıyorsa- BK m. 238 / f. 1 uyarınca bu sözleşmenin yazılı şekil şartına uygun yapılmasına bağlıdır. Bu örnekte, geçerli bir şekilde kurulan sözleşme daha sonradan Türk hukukuna tâbi kılındığı durumda, hukukumuzda sonradan yapılan hukuk seçiminin sözleşmenin şekli geçerliliğini etkilemeyeceği istisnasının bilerek tanınmadığı düşünülürse, sözleşme MÖHUK m. 7'ye göre (sözleşmenin yapıldığı yer de Türkiye olduğu için) uygun şekilde yapılmamış olacak ve kesin hükümsüz kılınacaktır. Ancak bağışlama sözleşmesi, bu sözleşmenin sözlü olarak yapılmasına izin verilen bir ülkede akdedilmişse, Türk hukukunda öngörülen şekil şartı sözleşmenin kesin hükümsüz hâle gelmesine neden olmayacaktır; çünkü sözleşmenin şekline sözleşmenin kurulduğu yer hukuku uygulanabilecektir.

İşte bu tutarsızlık sebebiyle, biz, Türk kanunkoyucusunun Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 2 / c. 2'deki hükümden ayrılması için hiçbir sebep göremiyoruz. Bu durumda, kanunkoyucunun Roma Konvansiyonu'ndan ayrılma iradesi taşımadığını; söz konusu hükümden öngörülen istisnanın -düzenlemeye ihtiyaç duyulmadan- uygulama alanı bulabileceği düşüncesinde olduğunu fikrini taşıyoruz⁵⁰².

⁵⁰² Bu istisna Türk hukukuna alınmasa bile, TEKİNALP ve NOMER, sözleşmenin kurulması ve geçerliliğinin sonradan yapılan seçimden etkilenmeyeceğini dile getirmektedir (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 340; NOMER, s. 316). Bu durum, istisnanın Türk hukukuna alınmamasının bir dikkatsizlik sonucu olduğunu düşündürmektedir. Örneğin TEKİNALP, "*yapılan sözleşmenin, meydana gelişi ve geçerliliği[nin] eski seçilen hukuka, hükümleri[nin] yeni seçilen hukuka*" tâbi olacağını dile getirmiştir (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 340).

Öte yandan NOMER, geçersiz bir sözleşmenin sonradan yapılan hukuk seçimi ile geçerli hâle getirilemeyeceği kanaatindedir (NOMER, s. 316). Biz bu görüşe katılmıyoruz. Elbette ki, hüküm doğurmayan bir sözleşmenin geçerli hâle gelmesi yollarından biri yeni bir hukuk seçimi yapmak değildir. Bir başka deyişle, burada askıda hükümsüzlük benzeri bir durum yoktur. Yapılan hukuk seçimi kural olarak geriye etkilidir. Dolayısıyla hukuk seçimi fiilen hangi anda yapılmış olursa olsun -kanunun belirttiği istisna haricinde- etkisini baştan beri gösterecektir. Dolayısıyla akdedilen sözleşmenin baştan beri söz konusu hukuka tâbi olduğunun kabul edilmesi gerekir. Az önce de belirtildiği üzere, buradaki durum hükümsüzlük sebebinin sonradan giderilmesi değil; böyle bir hükümsüzlük sebebinin olmamasıdır. Nasıl ki, sonradan yapılan hukuk seçimi ile sözleşmenin baştan beri tüm unsurları (kanunda özel olarak belirtilenler haricinde) ile sonradan seçilen hukuka tâbi

Fakat, biz kanunkoyucunun bu yöndeki iradesini çok da uygun bulmuyoruz. Öncelikle unutulmamalıdır ki, MÖHUK m. 24 / f. 1-3, çok büyük bir ölçüde Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 1-2'nin adeta kelimesi kelimesine tercümesi niteliğindedir. Bu şartlar altında, Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 2 / c. 2'nin MÖHUK düzenine alınmaması teknik açıdan mehzaz kanundan ayrılma olarak yorumlanacaktır. Üstelik Roma Konvansiyonu'ndan alınmayan hüküm bir istisna kuralıdır. Hukuk düzeninde istisnalar dar yorumlanmaktadır; kanunda tanınmamış istisnaların ise, var olan bir kural karşısında hukuk tekniği açısından uygulama alanı bulması imkansızdır.

Yukarıda sayılan tüm nedenlerden dolayı, kanunkoyucunun Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 2 / c. 2'deki hükme bir istisna düzenlememesini bir hata olarak görüyoruz. Hukuk tekniği açısından bu durumda, söz konusu istisnanın Türk hukukunda -hele hele sonradan hukuk seçiminin düzenlendiği yeni MÖHUK sisteminde (yani istisnası düzenlenmemiş bir kuralın var olduğu bir sistemde)- uygulama alanı bulamayacağını düşünüyoruz. Ancak kanunu hazırlayan yazarların görüşünü de dikkate alarak hükmün alınmamasını bir eksiklik olarak nitelendirip MÖHUK m. 24 düzenlemesine rağmen bu istisnanın Türk hukukunda da kabul edildiğini söylemek hem kanunkoyucunun iradesine, hem milletlerarası özel hukuk adaletine, hem karşılaştırmalı hukuktaki sistemlere daha uygun olacak ve somut sorunlara daha iyi yanıt verecektir.

Yine de belirtelim ki, yaptığımız tartışma pratik açıdan oldukça dar kapsamlıdır. Sonradan hukuk seçimi yapılması, zaten sık rastlanan bir durum değildir. Ayrıca, MÖHUK m. 24'ün uygulama alanına giren sözleşmeler, çoğunlukla milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerde çoğunlukla şekil şartı aranmaz. Üstelik çoğunlukla basiretli tacir olan taraflar, bu tür sözleşmeleri kurarken zaten tedbirli davranmakta ve şekil şartı olmasa bile sözleşmelerini yazılı şekilde yapmaktadırlar.

olduğu kabul ediliyorsa ve ilk aşamada seçilen hukukun etkileri (üçüncü kişilerin haklarına olan etkisi haricinde) tamamen ortadan kalkıyorsa, aynı şekilde bu hukukun sözleşmenin hüküm doğurmamasına neden olan etkisi de ortadan kalkacaktır. Baştan beri etkili olacak sonradan yapılan hukuk seçimi sayesinde, sözleşmenin daha önce tâbi olduğu hukukla ve bu hukukun sözleşmeyi hükümsüz kılan kurallarıyla bir bağlantısı kalmayacaktır.

b) Sonradan yapılan hukuk seçiminde üçüncü kişilerin haklarının korunması istisnası

Gerek AB hukukuna, gerekse de MÖHUK m. 24 / f. 3'e göre, sonradan yapılan hukuk seçimi, üçüncü kişilerin edindiği hakları ihlâl edemez. Ancak bu durum, sonradan yapılan hukuk seçiminin kesin hükümsüz olduğu veya hiçbir etki doğurmayacağı anlamına gelmez. Sonradan yapılan hukuk seçimi, üçüncü kişilerin haklarını ihlâl etse bile etkilidir ve hüküm doğurur. Sözleşmenin tarafları arasında, yapılan bu hukuk seçiminden sonra sözleşmeye bu hukuk uygulanacaktır. Bu seçim, sadece üçüncü kişilerin haklarını ihlâl ettiği ölçüde ve üçüncü kişilere yönelik olarak uygulanmayacaktır. Bir başka deyişle, bu istisnanın kapsamı hukuk seçiminin üçüncü kişiler üstündeki zarar verici etkisi ile sınırlıdır; böyle bir hukuk seçimi sözleşmenin tarafları arasında sonuç doğuracaktır⁵⁰³.

Örneğin (A), (B)'den olan para alacağını (C)'ye temlik eder. (A) ile (B) aralarındaki sözleşmeyi, sözleşmenin kuruluşu aşamasında X devletinin hukukuna tâbi kılmışlar; daha sonra ise Y hukukuna tâbi kılmışlardır. Alacağın temliki sözleşmesi X hukukuna göre hüküm doğururken, Y hukukunun emredici hukuk kurallarına aykırılık taşımaktadır. Bu nedenle alacağın temliki Y hukukuna göre kesin hükümsüzdür. Sözleşmenin kesin hükümsüz olması, (C)'ye yapılan temlikin konusuz kalması anlamına gelir. Bu ise (C)'nin, sonradan yapılan hukuk seçimi nedeniyle zarar görmesi demektir. İşte MÖHUK m. 24 / f. 3, buna izin vermemektedir. MÖHUK m. 24 / f. 3'e göre, (C)'nin alacağı devam etmektedir; (B), (C)'ye karşı (A) ile yaptıkları sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu yönünde bir itiraz ileri süremeyecektir. Ancak bu husus, (A) ile (B) arasındaki sözleşmenin kesin hükümsüz kılınmasını engellemeyecektir. Bu durumda, (B) aslında hüküm doğurmayan bir sözleşme nedeniyle (C)'ye ödeme yapmak zorunda kalacaktır.

Hukuk seçiminin yapıldığı anın tespiti, üçüncü kişilerin haklarının zarar görebileceği hukukî ilişkilerde, tarafların birbirine karşı olan taleplerinin belirlenmesinde belirleyici olacaktır. Hukuk seçiminin açık olarak yapıldığı

⁵⁰³ NOMER, s. 316; TARMAN, *Seçim*, s. 151. Oysa DEMİR GÖKYAYLA, eski MÖHUK döneminde, tarafların sonradan yaptıkları hukuk seçimi ile üçüncü kişilerin ilk durumlarına göre daha fazla hak da elde edemeyecekleri görüşündedir (DEMİR GÖKYAYLA, s. 340). Biz bu fikre katılmıyoruz. Bizimle aynı görüşte, TARMAN, *Seçim*, s. 166, vd.

durumlarda, seçimin yapıldığı anın tespitinde herhangi bir problemle karşılaşılmaz. Ancak hukuk seçiminin sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından anlaşılması durumunda, hukuk seçimi hangi anda yapılmış sayılmalıdır?

Yukarıda verdiğimiz örneğini tekrar ele alalım. Tarafların en başta açık olarak herhangi bir hukuk seçiminde bulunmadığını varsayalım ve (A), (B) veya (C)'nin dava açması sonucu, bu hukukî ilişkinin hakimin önüne geldiğini düşünelim. Hakimin, tarafların ilişkilerine uygulanmak üzere -yukarıdaki özellikleri ile- Y devletinin hukukunu zımnen seçtiklerini tereddüde yer vermeyecek şekilde tespit ettiğini kabul edelim. Ancak, bir hukuk seçimi yapılmaması durumunda, MÖHUK m. 24 / f. 4 uyarınca sözleşmeye -yine yukarıdaki özellikleri ile- X devletinin hukukunun uygulanacağını varsayalım. İşte böyle bir durumda, (C)'nin haklarının saptanabilmesi için sözleşmeye baştan beri Y devletinin hukukunun uygulanıp uygulanmadığı tespit edilmelidir. Hakim bu anı, somut olayın şartlarına göre belirleyecektir. İşte (C)'nin kazanılmış hakkı, bu ana göre saptanacaktır.

MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2 anlamındaki hukuk seçiminin sözleşmenin hükümlerinden anlaşılması hâlinde, tarafların hukuk seçimini sözleşmenin kuruluş aşamasında öngördüğü sonucuna ulaşılabilir. Ancak hukuk seçiminin somut olayda cereyan eden taraf tutumlarından anlaşılması durumunda, söz konusu hukuk seçimi yönündeki iradenin en başta mı ortaya çıktığı, yoksa sonradan mı oluştuğu bir ispat meselesidir. Kanaatimizce, somut olayın özellikleri herhangi bir sonuca ulaşmamızı sağlamıyorsa, bu durumda tarafların baştan beri hukuk seçimi iradesi taşıdığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Çalışmamızın ilk bölümünde "hukuk seçimi" kurumunu maddî ve biçimsel açıdan inceledik. Bu inceleme sırasında, 5718 sayılı kanunun getirdiği yeniliklere değinme fırsatını bulduk. Bu yeniliklerin Roma Konvansiyonu'ndan alınan ve hukuk seçimine biçimsel açıdan getirilen yenilikler olduğunu saptamak yukarıda yaptığımız açıklamalara ters düşmeyecektir. Söz konusu yeniliklerden, özellikle zımî hukuk seçimi hem teorik, hem de pratik açıdan çeşitli yönleriyle tartışmaya çok açık bir konudur. Öte yandan bu kanunla getirilen yeniliklerin doktrin ve uygulamada genel

olarak kabul edilen görüşleri yansıttığı, bu açıdan bir "*restatement*" niteliği taşıdığı belirtilmektedir⁵⁰⁴.

Çalışmamızın ilk bölümünde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tarafların iradesi ile saptanmasını inceledik. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda, sözleşmeye uygulanacak hukukun nasıl saptanacağını araştıracağız.

⁵⁰⁴ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 192.

İKİNCİ BÖLÜM: HUKUK SEÇİMİ YOKLUĞUNDA SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİSİNE UYGULANACAK HUKUK

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralını ihtiva eden MÖHUK m. 24'ün ilk üç fıkrasını çalışmamızın birinci bölümünde inceledik. Bu üç fıkra, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanmak üzere tarafların hukuk seçimi yapması ihtimalini öngörür ve bunun sonuçlarını düzenler. Eski MÖHUK m. 24'ün hukuk seçimi ile ilgili tek fıkralık düzenlemesi karşısında, yeni MÖHUK m. 24'te önemli sayılabilecek yenilikler getirilmiştir. Yine de, çalışmamızın ilk bölümünde de belirttiğimiz üzere, hukuk seçimi ile ilgili tüm uygulamayı esaslı bir şekilde etkileyecek bir yenilikten söz edilemeyecektir.

Yeni MÖHUK m. 24'ün son fıkrasında, eski MÖHUK m. 24 / f. 2 gibi, tarafların hukuk seçimi yapmamları durumunda sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukukun objektif kritere göre tespit edilmesi düzenlenmiştir⁵⁰⁵. Ancak yeni düzenlemede, eski düzenlemeye göre esaslı derecede farklı bir çözüm benimsenmiştir. MÖHUK m. 24 / f. 4'teki yeni düzenleme, ilk üç fıkra ile getirilen yeniliklere göre çok daha radikal bir değişikliği beraberinde getirmiştir.

MÖHUK m. 24 / f. 4 düzenlemesi, sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili diğer hükümler gibi, Roma Konvansiyonu'ndan esinlenerek hazırlanmıştır. Tarafların hukuk seçimi yapması hâli ve bunun sonuçları açısından karşılaştırmalı hukukta

⁵⁰⁵ Objektif kriter, sözleşmenin ifa yeri, sözleşmenin kurulduğu yer, tarafların vatandaşlığı, ikametgâhı, mutad meskeni gibi işlemin kendisi veya taraflarına ait objektif unsurlara atıf yapılarak oluşturulur (Gülören TEKİNALP, "*Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve "En Yakın İrtibatlı Hukuk" Uygulaması*", **Ernst E. Hirsch'in Hâtırasına Armağan**, Ankara 1986, s. 443-450 (**Objektif Kural**), s. 443. Objektif kriter, kanunkoyucu tarafından üç farklı yöntemle tespit edilebilir: sentetik yöntem, analitik yöntem ve ferdiyetçi yöntem (ÖZEL, **Objektif**, s. 579). Ancak biz çalışmamızda, ne bu yöntemleri, ne de bu yöntemleri benimseyen akımları inceleyeceğiz. Bu daha çok, objektif kriterle ilgili hukuk politikasının tartışıldığı bir eserin konusu olabilir. Biz daha çok karşılaştırmalı hukukta önerilen yöntemleri ve özellikle Türk hukukunda öngörülen sistemi inceleyeceğiz.

önemli ölçüde bir yeknesaklığın olduğu söylenebilse de, hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak hukukla ilgili neredeyse her hukuk düzeninin farklı bir çözüm öngördüğü fark edilebilecektir⁵⁰⁶. AB müktesebatı, Üye Devletler'deki bu farklı uygulamalara, Roma Konvansiyonu ile son vermeyi büyük ölçüde başarmıştır⁵⁰⁷. AB'deki bu yeknesaklaşmaya rağmen, özellikle İngiliz, Fransız ve Alman hukuklarında, mahkemelerin, hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda, uygulanacak hukukla ilgili olarak farklı sonuçlara vardığı gözlemlenebilir⁵⁰⁸.

Sözleşmelere uygulanacak hukuk düzenlemesinde objektif kriterin incelenmesi, sadece sözleşmelere uygulanacak hukuk düzenlemesinin iki ayağından biri olduğu için önem arz etmez. Çeşitli Üye Devlet mahkemelerinde içtihat farklılaşmalarının daha çok objektif kriterle ilgili olması da, bu bölümün önemini göstermek için yeterli olmayacaktır. Objektif kriter, aynı zamanda, uygulanacak hukukla ilgili taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çoğunda çözüm getiren ve subjektif kritere göre çok daha çetrefilli hâlleri çözmeye çalışan kuraldır. Bu noktada ANCEL'in bir tespitine yer vermekte yarar görüyoruz. ANCEL, Fransız Yargıtayı'nın önüne gelen davalarda tarafların ender olarak hukuk seçiminde bulunduğunu belirtmiştir⁵⁰⁹. Yazar bu tespiti distribütörlük sözleşmeleri açısından yapmakta ise de, kanaatimizce bu tespit diğer sözleşmelere de uygulanabilir. Yazar

⁵⁰⁶ GIULIANO / LAGARDE, s. 19; Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, "*La prestation caractéristique en Droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse*", **Annuaire suisse de droit international**, C. 45, 1989, s. 195-220 (**Prestation**), s. 207; AKINCI, **İnşaat**, s. 76; BALKAR, s. 23.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmemiş olması durumunda uygulanacak hukukla ilgili karşılaştırmalı hukuk doktrininde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşleri topluca sunan çalışmalar için bkz. KOÇAYUSUFPAŞAOĞLU, **Sükût**, s. 366, vd.; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 17, vd.; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 30, vd.

⁵⁰⁷ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 97.

Birlik ile uyum sürecinde Türk kanunkoyucusu da bu kaynaktan esinlenmiştir. Bu konuda, bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, s. 2.

⁵⁰⁸ Roma Konvansiyonu ile ilgili uygulamanın ülke mahkemelerine göre farklılaştığı yönünde, bkz. MAX PLANCK INSTITUTE, s. 6. Ayrıca, bkz. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 14, vd. (Green Paper'da Konvansiyon'un çeşitli yerel mahkemelerce farklı yorumlanan hükümlerine kimi örnekler verilmiştir).

Çeşitli örnekler için bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 116, vd. Şimdiden belirtelim ki, özellikle distribütörlük sözleşmesinde AB üye devlet mahkemeleri farklı sonuçlara ulaşmaktadır.

Uluslararası uyumlaştırmanın muhtemel başarısızlığı ile ilgili ileri sürülen bir görüş için, bkz. BASEDOW, s. 3 ve dn. 7'deki yazarlar. Ancak BASEDOW, bu görüşü andıktan sonra, bu görüşün ileri sürdüğü tüm gerekçeleri çürütmeye çalışmış ve özellikle AB'ye uyumlaştırmanın başarılı bir biçimde gerçekleştirilebileceğini ortaya koymuştur (BASEDOW, s. 3, vd).

HILL ise, aynı ülke içinde, iki benzer kararda önemli bir çelişkiye parmak basmaktadır (HILL, s. 338, vd.).

⁵⁰⁹ Marie-Elodie ANCEL, "*Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I*", **RCDIP**, C. 97, S. 3, Temmuz-Eylül 2008, s. 561-579 (**Distribution**), s. 562.

bu durumu, bizce de yerinde bir biçimde, uyuşmazlığa sebep olan sözleşmelerin genellikle kötü hazırlanan sözleşmeler olmasına bağlamaktadır⁵¹⁰. Bir başka deyişle, sözleşmelerde hukuk seçimi yapılma oranı ne kadar yüksek olursa olsun, genellikle sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili sorun, hukuk seçimi yapılmayan ve sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif kritere göre belirlendiği durumlarda ortaya çıkmaktadır⁵¹¹. İşte bu nedenle, MÖHUK m. 24 / f. 4 düzenlemesi kapsamlı bir şekilde analiz edilmelidir.

Çalışmamızın amacının Türk hukukundaki yeni düzenlemeyi incelemek olduğunu daha önce belirtmiştik. Ancak biz Türk hukukunda hukuk seçimi yokluğunda sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku ikinci aşamada inceleyeceğiz (II). MÖHUK m. 24 / f. 4 düzenlemesinin karşılaştırmalı hukuktan, özellikle de AB hukukundan esinlenerek hazırlanması, daha da önemlisi karşılaştırmalı hukukta kullanılan kavramların bağlanma noktası hâline getirilmesi sebebiyle, önce karşılaştırmalı hukukta "en yakın ilişkili hukuk" ve "karakteristik edim" kavramlarını irdeleyeceğiz (I). Böylece, ilk bölümde elde ettiğimiz sonuçları, Türk hukukunu incelerken bir rehber olarak kullanabileceğiz.

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA "EN YAKIN İLİŞKİLİ HUKUK" VE "KARAKTERİSTİK EDİM" KAVRAMLARI

MÖHUK m. 24 / f. 4, "[t]arafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan" hukukun uygulanacağını düzenlemiştir; ardından da, bu hukukun karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukuku olacağını düzenlemiştir. Tarafların hukuk seçiminde bulunmamaları hâlinde, sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili yüzeysel bir araştırma yapıldığında bile, karşılaştırmalı hukukta uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının merkezinde "en yakın ilişkili hukuk" ve "karakteristik

⁵¹⁰ ANCEL, **Distribution**, s. 562.

⁵¹¹ Bu görüşle paralel bir biçimde ŞANLI da milletlerarası ticarî sözleşmeler hazırlanırken, taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların bir bölümünün önceden önlenmesi adına tarafların hukuk seçiminde bulunmasını önermektedir (ŞANLI, **Akitler**, s. 41, vd.).

edim" kavramlarının bulunduğu fark edilebilecektir. İşte biz de bu sebeple, önce karşılaştırmalı hukukta kullanılan ve hukukumuzda da bu yolla giren bu iki kavramı inceleyeceğiz (A)⁵¹². Ardından da, bu iki kavramın, karşılaştırmalı hukukta sözleşmelerle ilgili bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak nasıl uygulandığını araştıracağız (B).

A. Kavramların Tanımı

Karşılaştırmalı hukukta, tarafların hukuk seçiminde bulunmamaları durumunda sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili iki kavramın ön plana çıktığını az önce söylemiştik: en sıkı ilişkili olan hukuk ve karakteristik edim. Bu bölümde sırasıyla bu kavramları inceleyeceğiz.

1. En sıkı (yakın) ilişkili hukuk

Kanunlar ihtilafı kuralları, bir hukukî ilişkiye en uygun hukukun uygulanmasını amaçlamaktadır⁵¹³. Bu çerçevede, İngiltere'de uzun yıllardan beri, ABD'de Restatement II'den sonra ve Kıta Avrupası'nda da özellikle Roma Konvansiyonu ile birlikte sözleşmenin en sıkı ilişkide olduğu hukuk, hukuk seçimi yokluğunda sözleşmeye uygulanacak en uygun hukuk olarak görülmüştür.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, MÖHUK m. 24 / f. 4, tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda, uygulanacak hukukun sözleşmeyle en sıkı (yakın) ilişki içinde olan hukuk olduğunu belirlemiştir⁵¹⁴. Bu kanunlar ihtilafı kuralının ardından, en sıkı ilişkili hukukla karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri arasında bir bağlantı kurulmuştur⁵¹⁵. Fakat, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3,

⁵¹² Çalışmamız bir medenî hukuk veya ticaret hukuku çalışması olmadığı için, MÖHUK m. 24 / f. 4'te yer alan, ama kaynağını medenî hukuk ve ticaret hukukundan alan "mutad mesken", "işyeri", "yerleşim yeri" gibi kavramları özel olarak incelemeyeceğiz. Bu kavramlarla ilgili tartışmalar, ancak çalışmamızı ilgilendirdiği ölçüde konu edilecektir.

⁵¹³ AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 1; AKINCI, **İnşaat**, s. 68. Milletlerarası özel hukuk adaleti, yabancılık unsuru taşıyan hukukî ilişkilere en uygun hukukun saptanması ile sağlanır (AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 4; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 9).

⁵¹⁴ Bu prensip (sözleşmeye en sıkı ilişkili hukukun uygulanması) modern milletlerarası özel hukukun en önemli prensibi olarak kabul edilmiş (ÖZEL, **Objektif**, s. 580) ve zaman içinde bir prensip kural hâline gelmiştir (ÖZEL, **Objektif**, s. 581).

⁵¹⁵ Bu bağın hukukî niteliğini, özellikle Türk hukukunda tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuku incelediğimiz bölümde ele alacağız.

somut olayın şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda, bu hukukun sözleşmeye uygulanacağını belirtmektedir⁵¹⁶. Bu hüküm Roma Konvansiyonu m. 4'ün öngördüğü sistemin nispeten basitleştirilmiş bir hâlidir. Gerek MÖHUK m. 24 / f. 4'te, gerekse de Roma Konvansiyonu m. 4'te hem "en sıkı ilişkili olan hukuk", hem de "daha sıkı ilişkili olan hukuk" kavramları kullanılmaktadır. Yakınlık kavramının kullanılmasından dolayı ortaya çıkan bu terminolojiye karşılaştırmalı hukukta da rastlamak mümkündür⁵¹⁷. Roma I Tüzüğü ve eski MÖHUK m. 24'ten farklı olarak, İsviçre hukukunda, Roma Konvansiyonu'nda ve yeni MÖHUK m. 24'te "en sıkı ilişkili hukuk"un objektif kuralın temelini oluşturduğunu söyleyebiliriz⁵¹⁸.

Tarafların hukuk seçiminde bulunmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukukun yakınlık ilişkisine göre belirlenmesi oldukça önemli bir gelişmedir. Katı kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması hâlinde (örneğin sözleşmenin kurulduğu yer), sözleşmenin hukukî ilişkiyle çok uzaktan ilgisi olan bir hukuk sistemine tâbi olması söz konusu olabilecektir⁵¹⁹. Sözleşmeye, sözleşmenin hiç ilgisinin olmadığı bir hukukun uygulanması, kanunlar ihtilafı tekniği açısından yerinde olmayan bir çözüm olacaktır.

"En sıkı" veya "daha sıkı" ilişkili hukuk, hakim tarafından somut olayın şartlarına göre ve tarafların haklı beklentilerine göre belirlenecektir⁵²⁰. NOMER'in de haklı olarak belirttiği üzere⁵²¹, kanunlar ihtilafı kuralı olarak "en sıkı ilişkili hukuk"un benimsenmesi, sözleşme ile hukuk düzeni arasında genelgeçer ve soyut bir ilişki kurulmasını engelleyecektir⁵²². Sözleşmedeki belli bir unsura (örneğin ifa yeri veya karakteristik edim borçlusunun hukuku gibi) nihaî olarak yapılacak referans ise, sözleşme ile *lex contractus* arasında ancak soyut bir ilişki kurabilir. Gerçekten de, diğer bağlanma noktalarından farklı olarak, en sıkı ilişkili hukuk, sözleşmedeki belli

⁵¹⁶ En sıkı veya daha sıkı ilişkili hukukla ilgili kavramsal açıklamalarımızı bu bölümde yapmaktayız. Ancak özellikle MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'teki istisnayı ilgilendiren teknik konulara, bu istisnayı inceleyeceğimiz zaman değineceğiz.

⁵¹⁷ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 21.

⁵¹⁸ Roma Konvansiyonu için, TEKİNALP, **Akdi Borç Statüsü**, s. 61; Roma Konvansiyonu ve Restatement II için, ÖZEL, **Objektif**, s. 581.

⁵¹⁹ KASSIS, s. 172.

⁵²⁰ NOMER, s. 319.

⁵²¹ NOMER; s. 319.

⁵²² Yakınlık ilkesine dayanan kanunlar ihtilafı kuralı, soyut ve genel bir kural ortaya koyamaması sonucu muğlak ve karmaşık bir değerlendirmeyi gerektirmesi sebebiyle eleştirilebilir (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 21).

unsurlarla şekilci bir biçimde ilgilenmemekte; doğrudan sözleşmenin özüne göre uygulanacak hukukun belirlenmesini sağlamaktadır.

"En sıkı ilişkili hukuk"un saptanması bir somut olay incelemesidir; böyle bir kanunlar ihtilafı kuralı karşısında uygulanacak hukuk kazuistik olarak belirlenecektir. Nitekim, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun saptanmasında dikkate alınması gereken unsurları *lex fori* değil, hakim belirleyecektir⁵²³; ne Roma Konvansiyonu, ne Roma I Tüzüğü, ne de MÖHUK'ta en sıkı ilişkili hukukun bir tanımı vardır⁵²⁴.

Bu sayede sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralı⁵²⁵, bir yandan en karmaşık sözleşmelerde bile milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması için yeterli esnekliği sunarken⁵²⁶, öbür yandan da zaman içinde ortaya çıkan gelişmelere ayak uydurabilecek bir nitelik taşır⁵²⁷.

Öte yandan, sözleşmenin hangi hukukla daha sıkı ilişkide olduğu objektif ölçütlere göre belirlenebilecek bir husus olmadığı için, uygulanacak hukukun bu yöntemle belirlenmesinin keyfi çözümlere neden olabileceği belirtilmiştir⁵²⁸. Bunun

⁵²³ KASSIS, s. 170.

⁵²⁴ Franco FERRARI, "*Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties (art. 4 du règlement Rome I*", **RCDIP**, C. 98, S. 3, Temmuz-Eylül 2009, s. 459-482 (**Rome I**), s. 463.

⁵²⁵ Amerikan hukukunda tarafların hukuk seçiminde bulunmaması durumunda uygulanacak "sözleşmeyle en önemli ilişkiyi haiz hukuk"un aslında bir kanunlar ihtilafı kuralı değil, mahkemelere sunulan bir "yaklaşım" veya rehber olduğu konusunda, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 29. Böylece herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralının öngöreceği katı bir sonuç karşısında, uygulanacak hukuku belirleyecek hakimlere büyük bir takdir hakkı / esneklik kazandırılmıştır (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 30).

⁵²⁶ Ancak, özellikle Amerikan sistemini incelerken de görebileceğimiz üzere, sınır tanımayan bir esneklik, aslında milletlerarası özel hukuk adaletinden çok, maddî hukuk adaletinin gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Gerçekten de hakimler bu esnekliği -somut olayla en yakın ilişkideki hukuk yerine- somut olaya uygunlanması en doğru hukuk kuralını araştırmak amacıyla kullanmaktadır.

⁵²⁷ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 21.

⁵²⁸ KASSIS, s. 8. En sıkı ilişkili hukuk kavramının muğlak bir kavram olduğu yönünde, bkz. FERRARI, **Rome I**, s. 464.

Gerçekten de, hakimler, özellikle daha sıkı ilişkili hukuk ile sıkı ilişkideki işyerinin tespiti gibi takdir hakkı tanınan durumlarda, ağırlıklı olarak *lex fori*'yi uygulayacak şekilde yorum yapmaktadırlar. HILL'in parmak bastığı çelişkide de, bir davada (*Iran Continental Shelf Oil Company v. IRI International Corporation*) dar yorum yapılamayacağını ifade edilirken, bir başka davada (*Ennstone Building Products Ltd v. Stranger Ltd*) ise dar yorum yapılması gerektiği belirtilmiştir. Her iki davada da, sonuç olarak İngiliz hukuku uygulanmıştır. Benzer bir kaygı için, bkz. ERDEM, **Patent Hakkı**, s. 201. PATOCCHI de, İsviçre uygulamasında bu yönde bir soruna parmak basmaktadır. Yazar, karakteristik edim teorisine istisna tanınan her durumda, *lex fori* olan İsviçre hukukunun uygulandığını; ancak istisnanın amacının bu olmadığını belirtip mahkemelerin istisna kuralını kanunlar ihtilafı kurallarında *lex fori*'nin uygulama alanını genişletmek için bir aygıt olarak kullanmasından kaçınmaları gerektiğini ifade etmiştir (Paolo Michele PATOCCHI, "*Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept in the Swiss*

da nedeni, uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda objektif ölçütlere dayanan bir kural bulunmaması sebebiyle, hakimin izlenimlerinin ön plana çıkacak olmasıdır⁵²⁹. KASSIS de, sıkı ilişkili hukuka yapılan atıfla öngörülebilirliğin ortadan kalkabileceğini vurgulamıştır⁵³⁰.

Çeşitli hukuk düzenlerinde yakınlık kavramının farklı isimler altında uygulandığı gözlemlenebilir⁵³¹. Yakınlık kavramının uygulamasında da hukuk sistemlerinde farklılıklar vardır. Örneğin *common law* sisteminde uygulanan *proper law* doktrini sözleşmeyle en yakın ilişkili hukuk düzenini bulmaya çalışırken, Roma Konvansiyonu sisteminde benimsenen en sıkı ilişkili hukuk doktrini, aslında sözleşme ile en yakın ilişkili ülkeyi araştırmaktadır⁵³². Bu nüans, bir hukukî ilişkinin bir ülkeyle daha yakın ilişkide iken, başka bir ülkenin hukuku ile daha sıkı irtibatla olduğu durumlarda somutlaşır. Örneğin kefalet sözleşmesinin kefilin bulunduğu ülke ile daha sıkı ilişkide olduğu söylenebilir. Nitekim Roma Konvansiyonu kapsamında kefalet sözleşmesine kural olarak kefilin mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Ancak kefalet sözleşmesi, asıl borçlu ile alacaklı arasındaki temel sözleşmenin fer'îdir⁵³³; dolayısıyla hukuk düzeni seviyesinde yakınlık araştırması yapıldığında,

and European Private International Law of Contract", **Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive**, Basel 1993, s. 113-139, s. 128).

⁵²⁹ KASSIS, s. 8.

⁵³⁰ KASSIS, s. 172.

⁵³¹ İngiltere'de *proper law* (uygun hukuk), ABD'de sözleşmeyle en önemli ilişkiyi haiz hukuk (*most significant relationship*), Kıta Avrupası'nda en sıkı ilişkili hukuk gibi.

⁵³² ATRILL, s. 567; ÖZEL, **Objektif**, s. 591; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 100, vd.

Gerçekten de, Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 1'i kelimesi kelimesine tercüme edersek "*en sıkı ilişkilerin bulunduğu ülkenin hukuku*"ndan bahsedildiğini görürüz. İMÖHK m. 117'de ise, "ülke" kavramı yerine "devlet" kavramı kullanılmıştır: "*en sıkı ilişkilerin bulunduğu devletin hukuku*". Kanaatimizce, İsviçre düzenlemesini de, sözleşmenin en sıkı ilişkide olduğu hukuk düzenine atf yapan *common law* sistemine sokmak mümkün olmayacaktır.

Bu noktada Türk hukukundaki düzenleme bir özellik arz eder; çünkü MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1'de "*sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk*" ifadesi kullanılmış; sanki sözleşmenin bir yerle değil, hukuk sistemiyle olan ilişkisinin dikkate alınacağı belirtilmiştir (bu yönde MÖHUK'un Roma Konvansiyonu ve İMÖHK'ten ayrıldığı yönünde, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 230). Ancak bu ifade biraz da kanunkoyucunun kullandığı dilden kaynaklanmaktadır. Kanunkoyucu, Roma Konvansiyonu ve İMÖHK'ün aksine, "X unsurunun bulunduğu yerin hukuku" yerine "X unsuru hukuku" şeklinde bir ifade tarzını tercih etmektedir. Örneğin, diğer sistemlerde uygulanacak hukuk "karakteristik edim borçlusunun yerleşim yerinin bulunduğu ülkenin (Roma Konvansiyonu) / devletin (İMÖHK) hukuku" şeklinde ifade edilirken, MÖHUK'ta "karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri hukuku" ifadesi tercih edilmiştir. Bu sebeple, kanunkoyucunun bilinçli bir biçimde sözleşme ile en sıkı ilişkideki hukuka referans yaptığını ve bu şekilde *common law* sistemine yakınlaşmaya çalıştığını düşünmüyoruz. Kanaatimizce, kanunkoyucu bu ifade tarzına rağmen, Roma Konvansiyonu'ndakine paralel bir sistem getirmeye çalışmıştır.

⁵³³ DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 208.

kefalet sözleşmesinin en yakın ilişkide olduğu hukuk düzeninin temel sözleşmenin tâbi olduğu hukuk olduğu anlaşılacaktır⁵³⁴.

Hukuk düzenlerinde yakınlık kavramına dayanan kanunlar ihtilafı kuralları ile ilgili bir diğer farklılık, her hukuk düzeninin yakınlık kavramına tanıdığı "marj"ın farklı ölçüde olmasıdır: yakınlık kavramının sağladığı esneklikten sonuna kadar yararlanmaya çalışan hukukî metinler olduğu gibi⁵³⁵, öngörülebilirlik ve hukukî güven gibi endişelerle kanunlar ihtilafı kuralında yakınlık kavramını belli şartlarda uygulayan veya "en sıkı ilişkili hukuk"a "biçim" veren hukuk sistemleri de bulunmaktadır⁵³⁶. Roma Konvansiyonu, MÖHUK, özellikle de Roma I Tüzüğü'nde "en sıkı ilişkili hukuk"un sınırlı bir biçimde uygulanması, yakınlık kavramının verdiği esneklik karşısında öngörülebilirlik ve hukukî güvenin sağlanabilmesi amacını taşır⁵³⁷. Aynı şekilde, İMÖHK'te de amaç hukukî kesinlik ve öngörülebilirlik ile hakkaniyet ve esneklik arasında uygun bir denge bulmaktır⁵³⁸.

Resme tersten de bakılabilir. Hukukî güvenin sağlanması⁵³⁹ amacıyla ortaya konan kanunlar ihtilafı kurallarının doğurabileceği katı sonuçların engellenmesi için hakimlere takdir hakkı tanınması gerekir. İşte bu takdirin kullanılmasına sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk rehberlik edecektir. Zira Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü ve MÖHUK'ta kullanılan karakteristik edim teorisine göre belirlenecek hukuk her zaman sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesini sağlamayacaktır. Bunun nedeni, kimi sözleşme tiplerinin kendisine has yapısı ve somut olayda sözleşmesel ilişkinin arz ettiği unsurlardır⁵⁴⁰. İşte bu nedenle, sözleşmenin, objektif kuralın gösterdiği hukuktan başka bir hukukla daha sıkı ilişkide olduğunun hâlin şartlarından anlaşılması durumunda, söz konusu bu "daha

⁵³⁴ Aksi görüşte, VISCHER, s. 188.

⁵³⁵ Amerikan hukukundaki "sözleşmeyle en önemli ilişkiyi haiz hukuk" "yaklaşım"ının ortaya çıkışında, son derece geniş bir esneklikten yararlanma düşüncesi olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim, Amerikan hukukunda, bağlanma kuralları öngörmek yerine esnek bir yaklaşımın benimsenmesi tercih edilmiştir. Bu konuda, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 59.

⁵³⁶ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 22; EKŞİ, **Roma**, s. 118.

⁵³⁷ Roma Konvansiyonu'nda en sıkı ilişkili hukuk doktrininin somutlaştırıldığı ile ilgili, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 101.

Benzer bir şekilde, 1986 tarihli Milletlerarası Ticarî Mal Satım Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon'da daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının bir istisna olduğu, bu yolla, sağlanan esneklik karşısında öngörülebilirlik ve hukukî güvenin korunduğu ile ilgili, bkz. TİRYAKİOĞLU, **La Haye**, s. 128.

⁵³⁸ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 147.

⁵³⁹ Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 16'da Tüzük'ün genel amacınının AB adalet sistemindeki hukukî güven olduğu belirtilmiştir.

⁵⁴⁰ FERRARI, **Rome I**, s. 464.

yakın ilişkideki hukuk"un uygulama alanı bulacağı bazı hukuk sistemlerinde (örneğin İsviçre hukuku, Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü, Türk hukuku) düzenlenmiştir. Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 16'da, hakimlere sözleşme ile en sıkı ilişki taşıyan hukukun saptanması ile ilgili belli bir miktarda takdir alanı bırakıldığı belirtilmektedir. Sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına bu şartlarda izin veren hukuk sistemleri, sözleşmeyle sıkı ilişkili hukuku, aslında genel ilke olarak değil, katı sonuçları engellemek amacıyla bir tür düzeltici araç olarak kullanmaktadır⁵⁴¹. Örneğin, İsviçre hukukunda çok daha yakın ilişkili hukukun uygulanmasının, kural olarak uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının neden olabileceği haksız sonuçlardan kaçınılması amacına hizmet ettiği kabul edilmektedir⁵⁴². Böylece daha az mekanik ve daha az katı kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmış olacaktır⁵⁴³. DOĞAN ise, hukukî güvenin sağlanması için kabul edilen "tipleştirme" esasının getireceği sakıncaların ortadan kaldırılması için istisnaların kabul edilmesi gerektiği ve Roma Konvansiyonu'ndaki daha sıkı ilişkili hukukun bu amaca hizmet ettiğini belirtmiştir⁵⁴⁴. Hemen belirtelim ki, bu aracın somut olay adaletinin sağlanmasına yönelik olmadığı, milletlerarası hukuk adaletine hizmet ettiği vurgulanmaktadır⁵⁴⁵.

2. Karakteristik edim

Karakteristik edim kavramını incelemeden önce belirtmek gerekir ki, bir sözleşmedeki karakteristik edim, sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyen bağlanma noktası değildir⁵⁴⁶. Sözleşmeye uygulanacak hukuk, olsa olsa karakteristik edimin ifa edildiği yer ya da karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni gibi karakteristik edimle bir yerin bağlantısının kurulması ile belirlenir⁵⁴⁷. Bu bağlantının MÖHUK'ta ve karşılaştırmalı hukukta nasıl kurulduğunu aşağıda inceleyeceğiz. Bu

⁵⁴¹ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 149.

⁵⁴² GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 149.

⁵⁴³ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 155.

⁵⁴⁴ DOĞAN, *MHB*, s. 31 ve dn. 48.

⁵⁴⁵ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 149.

⁵⁴⁶ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 179; Fügen SARGIN, "*Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım*", *AÜHFD*, C. 50, S. 2, 2001, s. 37-96 (**Karakteristik**), s. 52.

⁵⁴⁷ SARGIN, **Karakteristik**, s. 52.

Ancak karakteristik edimden yola çıkarak her zaman sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun saptanamayacağı gerekçesi ile, bu yöntem eleştirilmiştir. Eleştiri için bkz. ÖZEL, **Objektif**, s. 583 ve ÖZEL, **Objektif**, s. 583, dn. 32.

bölümde ise sözleşmeye uygulanacak hukukun saptanmasında referans olarak alınan "karakteristik edim" kavramını araştıracağız.

Bir sözleşmesel ilişkide tarafların birbirine karşı çeşitli borçları bulunmaktadır. Bu borçlardan bir kısmı yan borç, bir kısmı ise aslî borçlardır⁵⁴⁸. Ancak tüm bu borçların arasında, çoğu durumda sözleşmenin yapılmasının asıl nedeni olan bir edim bulunmaktadır. İşte borç ilişkisinin sosyo-ekonomik fonksiyonunu teşkil eden bu edim, sözleşmedeki karakteristik edimdir⁵⁴⁹. Bu edim aynı zamanda taraflar arasındaki hukukî ilişkinin ağırlık merkezini oluşturur⁵⁵⁰. Sözleşmenin asıl yapılma nedeni olan bu edim, sözleşmeye rengini veren, adını veren⁵⁵¹, türünü belirleyen⁵⁵², sözleşmede bariz ve üstün bir rol oynayan⁵⁵³, sözleşmeye damgasını vuran⁵⁵⁴ edimdir. Almanca'da genellikle karakteristik edim borçlusu "ver-" ön eki alan işi yapan taraftır⁵⁵⁵. Nitekim "karakteristik" sıfatı, bir şeyin tanınmasında ayırt edici olan unsur belirtir⁵⁵⁶. Örneğin satım sözleşmesinde satıcı, eser sözleşmesinde eseri yapan, vekalet sözleşmesinde vekil, kira sözleşmesinde kiralayan, bağışlama sözleşmesinde bağışlayan, yani aktif olarak sözleşmenin adını teşkil hususu yerine getiren kişinin edimi çoğunlukla karakteristik edimdir.

Bir meslekî faaliyet çerçevesinde kurulan sözleşmelerde, karakteristik edim, kural olarak, bu meslekî veya ticarî faaliyet sonucu ortaya çıkan edimdir: örneğin avukatın, hekimin, komisyoncunun, tellalın, müteahhidin borcu⁵⁵⁷. Benzer biçimde, bir ticarî faaliyette alınan hizmetin karakteristik edim olduğu söylenebilir: örneğin bankacılık işlemlerinde bankacılık hizmetini veren bankanın borcu⁵⁵⁸, taşıma

⁵⁴⁸ ANCEL, ilk bakışta aslî veya temel veya başlıca borç ile karakteristik edim kavramının eşanlamlı olarak anlaşılabilceğini belirtmiştir (ANCEL, **Prestation**, s. 104). Ancak daha sonra yazar aslî borcun karakteristik edime denk gelmediğini, bu kavramın borçları yan borçlardan ayırmak için kullanıldığını belirtmektedir (ANCEL, **Prestation**, s. 104).

⁵⁴⁹ KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 198; GIULIANO / LAGARDE, s. 20, vd.; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 104; EKŞİ, **Roma**, s. 111; ÖZEL, **Objektif**, s. 582. Bu edimin sözleşmeye karakterini kazandırdığı yönünde, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 172.

⁵⁵⁰ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 104.

⁵⁵¹ LAGARDE'in yerinde bir biçimde bu betimlemeyi yaptığı yönünde, KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 198. Ayrıca, AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 31, 40; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 174.

⁵⁵² EKŞİ, **Roma**, s. 111.

⁵⁵³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Sükût**, s. 385.

⁵⁵⁴ NOMER, s. 320.

⁵⁵⁵ Örneğin *Verkaufen, Verleihen, Vermitteln, Verarbeiten, Vermieten* (SCHNITZER, **C. 2**, s. 644).

⁵⁵⁶ ANCEL, **Prestation**, s. 3.

⁵⁵⁷ AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 31; ÖZEL, **Objektif**, s. 591; SARGIN, **Karakteristik**, s. 49.

⁵⁵⁸ DICEY / MORRIS, s. 1422. Ayrıca, SARGIN, **Karakteristik**, s. 49.

işlemlerinde taşımacılık hizmetini veren taşıyıcının borcu, sigorta sözleşmelerinde sigortacının borcu⁵⁵⁹.

Karakteristik edimin, sözleşmenin dinamiği, anlaşmanın ekonomisi içinde taraflar açısından esaslı unsurlara göre belirleneceği dile getirilmiştir⁵⁶⁰. ANCEL, bu açıdan, karakteristik edimin hukukî değil, olaya özgü bir analiz yapılarak tespit edileceğini savunmuştur⁵⁶¹. Biz yazarın bu görüşünün yerinde olduğunu düşünüyoruz. Örneğin banka kredi sözleşmesi ile vadeli mevduat sözleşmesi aslında aynı tip sözleşmelerdir. Benzer bir biçimde, bir ekonomi danışmanın bir hekime muayene olduktan sonra, para ödemek yerine ona ekonomik danışmanlık yapmayı teklif etmesi ile hekimin ekonomi danışmanından danışmanlık aldıktan sonra, ödeme yapmak yerine bu kişiyi muayene etmesi de hukukî açıdan tamamen aynı nitelikte sözleşmelerdir. Ancak belirttiğimiz her hukukî ilişkide, somut olaydaki veriler ve sözleşmenin ekonomisi edimlerden farklı birini karakteristik edim kılmaktadır. Yine ANCEL'in belirttiği üzere, sözleşmesel ilişkilerde başı çeken edim karakteristik edimdir; söz konusu sözleşmesel ilişkinin kalanı bu edimin etrafında düzenlenmektedir⁵⁶².

Doktrinde para edimi dışındaki edimlerin kural olarak karakteristik edim olabileceği kabul edilmiştir⁵⁶³. Hatta pratik açıdan, karakteristik edimin para ediminin karşılığında olan edim olduğu söylenebilir⁵⁶⁴. Gerçekten de, sözleşmenin ekonomik

⁵⁵⁹ Karakteristik edim, bu özelliğinden dolayı, çeşitli yazarlarca "*kapitalist bir toplumun fonksiyonel ve sadık bir hizmetkârı*" olarak gösterilmiştir (bu eleştiri için, bkz. SARGIN, **Karakteristik**, s. 66; Hans Ulrich Jessurun D'OLIVEIRA, "*Characteristic Obligation*" in the *Draft EEC Obligation Convention*", **AJCL**, C. 25, 1977, s. 303-331, s. 327. Benzer yönde, bkz. D'OLIVEIRA, s. 315, 324). Gerçekten de meslekî ve ticarî akitlerde, uygulanacak hukukun karakteristik edim üzerinden tespit edilmesi genel olarak profesyonel tarafı koruyacaktır (D'OLIVEIRA, bu eleştiriye, özellikle karakteristik edim borçlusunun standart sözleşmeyi hazırlayan taraf olduğunun kabul edildiği hukukî ilişkiler açısından getirmektedir). Yine de birçok sözleşmede karakteristik edim borçlusu sözleşmesinin güçlü tarafı değildir (örneğin distribütörlük sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, acenta sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, bireysel iş sözleşmeleri (ancak bu sözleşmelerle ilgili farklı bir kanunlar ihtilafı kuralı benimsenmiştir)).

⁵⁶⁰ ANCEL, **Distribution**, s. 563.

⁵⁶¹ ANCEL, **Distribution**, s. 563.

⁵⁶² ANCEL, **Distribution**, s. 563.

⁵⁶³ PATOCCHI, s. 115; EKŞİ, **Roma**, s. 111; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 172, vd.; ÖZEL, **Objektif**, s. 583; SARGIN, **Karakteristik**, s. 47. İsviçre içtihadı da bu yöndedir (DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 35). Öte yandan PATOCCHI, bu *a priori* genellemeye eleştirel bir biçimde yaklaşmaktadır (PATOCCHI, s. 132).

⁵⁶⁴ KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 198; HILL, s. 334; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 31, 40; DUTOIT, s. 38.

ve sosyal fonksiyonunu, kural olarak, para dışında kalan edim gerçekleştirecektir⁵⁶⁵. Modern toplumda, para tipik karşı edimdir⁵⁶⁶. Değişik sözleşme tiplerinde para edimi sabit kalmakta ve karşıdaki edim sözleşme tipleri açısından farklılık yaratan unsur olmaktadır⁵⁶⁷. Dolayısıyla doktrinde para ediminin herhangi bir karakteristik özelliğinin bulunmadığı kabul edilmiştir⁵⁶⁸.

EKŞİ⁵⁶⁹, borcu para borcu olmayan tarafla ilgili yasal düzenlemelerin daha yoğun olduğunu vurgulamaktadır⁵⁷⁰. Kanaatimizce EKŞİ'nin bu görüşü, sözleşmeye kural olarak neden karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukukunun uygulandığını gösteren ve bu yöndeki düzenlemeleri haklı çıkartan oldukça yerinde bir tespittir.

Her iki tarafın da borcunun para borcu olduğu sözleşmelerde, karakteristik edimin en fazla riski ya da sorumluluğu alan tarafın edimi olduğu belirtilmektedir⁵⁷¹. Buna örnek olarak banka kredi sözleşmeleri verilebilir⁵⁷². Karakteristik edimin sözleşmenin taraflarından daha fazla riski üstlenen tarafın edimi olması özelliği, sadece iki tarafın borcunun para borcu olduğu durumlarda değil, iki tarafın borcunun para borcu olmadığı hukukî ilişkiler için de geçerlidir⁵⁷³. Bu tür durumlarda karakteristik edimin riske göre belirlenmesinin sebebi, daha fazla risk taşıyan kişinin sözleşmeye daha yoğun biçimde dahil olmasıdır⁵⁷⁴.

İki tarafın da borcunun para borcu olmadığı sözleşmelerde, bir tarafın borcu ödeme amacına hizmet ediyorsa, bu borcun karşısındaki edimin karakteristik edim olduğu kabul edilmelidir⁵⁷⁵. Örneğin belli bir sözleşmeden doğan borcun karşılığında

⁵⁶⁵ EKŞİ, **Roma**, s. 112.

⁵⁶⁶ SCHNITZER, **C. 2**, s. 643; D'OLIVEIRA, s. 306.

⁵⁶⁷ D'OLIVEIRA, s. 306.

⁵⁶⁸ SCHNITZER, **C. 2**, s. 643.

⁵⁶⁹ EKŞİ, **Roma**, s. 112. Yazar bu durumu, borcu para borcu olmayan tarafın ediminin karmaşık yapıda olmasına bağlamaktadır.

⁵⁷⁰ Aynı yönde bir tespit için, SARGIN, **Karakteristik**, s. 48. Yazar özellikle kusurlu ifanın sonuçları, imkansızlık gibi hükümlerin para ediminin karşılığını oluşturan borç için öngörüldüğünü dile getirmektedir. Öte yandan yazar para borcunun kesin olduğunu ve yedek hukuk kuralları ile tamamlanmasının gerekmediğini belirtmiştir.

⁵⁷¹ HILL, s. 334; DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 35; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 176, 231; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 40; AKINCI, **İnşaat**, s. 84, dn. 210; SARGIN, **Karakteristik**, s. 49.

⁵⁷² TARMAN ise, ödünç alanla ödünç verenin borcunun para borcu olduğu sözleşmelerde, karakteristik edimin bulunmadığı görüşündedir (TARMAN, **Roma I**, s. 313).

⁵⁷³ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 177.

⁵⁷⁴ SARGIN, **Karakteristik**, s. 50.

⁵⁷⁵ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 177, 231.

bir tarafın bir şey vermesi veya bir şey yapması konusunda anlaşılabilir. İşte bu durumda ödeme amacına hizmet eden tarafın borcu sanki para borcuymuş gibi değerlendirilerek, karşı tarafın borcunun karakteristik edim olduğu düşünülmelidir.

Her iki tarafın borcunun para borcu olduğu bir sözleşme de döviz değişim sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler genel olarak bir meslekî faaliyet çerçevesinde yapılır (bankacılık veya döviz bürosu işletmeciliği). Söz konusu sözleşmeler bir meslek çerçevesinde yapılmaya bile, karakteristik edim, parayı değiştirerek, istenen birimde ve miktarda para sağlama borcudur⁵⁷⁶. Bu sözleşmenin kuruluş amacı, müşterinin istediği cins dövizin tedarik edilmesi veya müşterinin vermek istediği dövizin alınarak yerine örneğin o ülkede efektif olan paranın sağlanması olduğuna göre, karakteristik edim borçlusu söz konusu edimleri gerçekleştiren kişidir (döviz bürosu veya banka).

Kanaatimizce, para borcunun renksiz edim olmasının nedeni, daha çok ödeme fonksiyonunun para edimi ile gerçekleştirilmesidir. Aslında renksiz edim, ödemeye hizmet eden edimdir. Para ediminin ödemeye hizmet etmediği sözleşmelerde, ödemeye hizmet eden edimin karşısındaki edim (ödemeye hizmet eden edimin karşısındaki edim para edimi olsa dahi) karakteristik edim olacaktır. Aynı şekilde, para ediminin hiç öngörülmediği bazı sözleşmelerde, kimi zaman edimlerden birinin ödemeye hizmet ettiği anlaşılabilir. İşte bu durumda da, karakteristik edim, ödemeye hizmet eden edimin karşısındaki edimdir. Yine benzer bir şekilde, iki tarafın da borcunun para borcu olduğu sözleşmelerde, taraflardan birinin para borcu ödeme amaçlı olabilir. Bunun en tipik örneği kredi sözleşmeleridir. Bu sözleşmede banka bir miktar parayı müşterisine ödünç vermektedir; müşteri de, belirli zaman aralıkları ile bu kredinin karşılığını ödemektedir. Bu sözleşmede ödeme fonksiyonunu yerine getiren edim müşterinin edimi olduğuna göre, karakteristik edim borçlusu bankadır.

Karakteristik edimin bir diğer özelliği ise, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınan birçok unsura göre sözleşmenin niteliği ve yapısı ile

⁵⁷⁶ ANCEL, **Prestation**, s. 113. KAUFMANN-KOHLER ise bu sözleşmede her iki tarafın borcunun da para borcu olmasından dolayı, uygulanacak hukukun tespitinde karakteristik edim teorisinin hiçbir yardımının olmayacağını belirtmiştir (KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 218). Biz yazarın görüşüne katılmıyoruz.

doğrudan ilgili olmasıdır; oysa taraflarla ilgili nitelikler veya sözleşmenin yapıldığı yer gibi unsurlar sözleşme dışı unsurlardır⁵⁷⁷.

EKŞİ⁵⁷⁸, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karakteristik edimin bulunmadığını belirtmektedir. Kanaatimizce, böyle bir sözleşmede borçlu olan kişinin edimlerinden birinin karakteristik edim olarak saptanması daha uygun olacaktır⁵⁷⁹. Örneğin bir bağışlama sözleşmesinde, bağışlayanın borcu bu sözleşmede öngörülen tek edim olsa bile, bu sözleşme açısından karakteristik edim konumundadır⁵⁸⁰. Bu tartışma sadece terminolojik bir tartışma değildir. EKŞİ'nin görüşü kabul edilirse, bağışlama sözleşmesine, bu hukukî ilişkinin en yakın ilişkide olduğu hukuk uygulanacaktır. Diğer görüş kabul edilirse, bağışlama sözleşmesine kural olarak bağışlayanın mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Bu iki görüş ile belirlenecek hukuk farklı sonuçlara ulaşılmasına neden olabileceği için, kanunun ruhunu daha iyi yansıtmak adına sözleşmedeki tek borcun karakteristik edim olarak nitelendirilmesi bizce daha uygun bir çözüm olacaktır.

Karakteristik edim kavramını inceledikten sonra belirtmekte yarar görüyoruz ki, sözleşmeye uygulanacak hukukun karakteristik edim teorisi üzerinden tespit edilmesini doktrinde kimi yazarlar ciddi şekilde eleştirmiştir⁵⁸¹. Eleştirilerin başında,

⁵⁷⁷ EKŞİ, **Roma**, s. 112.

Yine de belirtmek gerekir ki, sözleşmeye uygulanacak hukuk "karakteristik edim" şeklinde belirlenemez, belirlenmemektedir. Karakteristik edim, sadece sözleşmedeki bir borca işaret etmektedir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk, bu edimin üzerinden tespit edilse bile, bu edimle bir yeri veya hukuku bağlayan bir özelliğe ihtiyaç vardır. Bu özellik, karakteristik edim borçlusu üzerinden tespit edilebileceği gibi, eski MÖHUK m. 24 / f. 2'de olduğu gibi karakteristik edimin ifa yerine göre de tespit edilebilir. Bu sebeple, karakteristik edimle bir hukuku veya bir ülkeyi bağlayan bu özelliğe değinmeden, sözleşmeye objektif olarak uygulanacak hukukun karakteristik edim üzerinden belirlenmesinin yerindelğini tartışmak çok da doğru olmayacaktır. Bu sebeple, Türk hukukundaki düzenlemeyi incelerken, bu baği ele alacağız ve yerinelik tartışmasına yeniden gireceğiz.

⁵⁷⁸ EKŞİ, **Roma**, s. 110.

⁵⁷⁹ Aynı yönde, ANCEL, **Prestation**, s. 6, 120.

⁵⁸⁰ Aynı görüşte, TEKİNALP, **Bağlama**, s. 372; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 177.

Nitekim böyle bir saptamada bulunulmazsa, MÖHUK m. 24 / f. 4 tekniği açısından bir sorunla karşılaşılacaktır. İleride inceleyeceğimiz üzere, MÖHUK m. 24 / f. 4 sisteminde karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanması kuralıdır. Kanunkoyucu birçok bağlanma unsuru arasında karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerini ön plana çıkarmıştır. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından da bu durum geçerlidir. Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde tek tarafın borçlu olması, tüm bağlanma noktalarının tek bir ülkeyi göstereceği anlamına gelmez. Örneğin bağışlama sözleşmesinin kurulduğu yer, sözleşmenin ifa yeri gibi tarihsel olarak karşılaştırmalı hukukta sık kullanılan bağlanma noktaları başka ülkelerle ilgili olabilir. Bütün bu bağlanma noktaları arasında, sözleşmenin en sıkı ilişkide olduğu hukukun, kural olarak borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri olduğunun belirlenmesi, kanımızca tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından da önem taşımaktadır.

⁵⁸¹ Örneğin, D'OLIVEIRA, s. 308, vd.; SARGIN, **Karakteristik**, s. 81, vd.

karakteristik edim teorisinde keyfi faktörlerin büyük rol oynaması gelmektedir⁵⁸². Örneğin, karakteristik edim teorisi, teorinin para edimini baştan renksiz edim olarak belirlemesi sebebiyle eleştirilmiştir⁵⁸³. D'OLIVEIRA, ayrıca, sözleşmedeki karakteristik edimi belirlemede farklı durumlarda birbirine benzemeyen kriterlerin kullanılmasına dikkat çekmektedir⁵⁸⁴. Zira karakteristik edimi belirleyen faktör, karşı edimin para edimi olması olabileceği gibi, bir tarafın daha fazla risk üstlenmesi veya sözleşmenin bir tarafın hazırladığı standart sözleşme üzerinden kurulması⁵⁸⁵ olabilmektedir⁵⁸⁶. Yazar bu kriterlerin birbiri ile çelişen sonuçlara neden olabileceğini vurgulamıştır⁵⁸⁷. Ayrıca bazı sözleşmelerde (tüketici sözleşmesi, kredi sözleşmesi, sigorta sözleşmesi) bir tarafın menfaati o derece önemlidir ki, karakteristik edim az önce belirtilen kriterlere göre saptanmamalıdır⁵⁸⁸. Karakteristik edimin tespit edilmesinde bu kadar çok sayıda faktörün dikkate alınmasının, karakteristik edim teorisine göre uygulanacak hukukun saptanmasında belirsizlik yaratabileceği ileri sürülmüştür⁵⁸⁹.

Karakteristik edim teorisinde, borcun gerçek doğasına konsantre olmaktansa, sözleşmelerin kategori ve tiplere ayrılarak bağlantıların kurulması da eleştirilmektedir⁵⁹⁰. Karakteristik edim teorisinin işlevsel ve sosyolojik bir yaklaşım barındırdığı belirtilmesine rağmen, bireysel her bir sözleşmedeki en karakteristik edimin tespit edilmesi yerine, sözleşmelerin tiplerine göre gruplandırılması bu

⁵⁸² D'OLIVEIRA, s. 309.

⁵⁸³ D'OLIVEIRA, s. 309, vd.; SARGIN, **Karakteristik**, s. 83. SARGIN, kanaatimizce biraz abartılı olarak "[t]eorinin para edimini reddeden yaklaşımı[nın] [...] modern ekonominin ve dolayısıyla milletlerarası ticaret hayatının gereklerine [...] sırt çevir[diğini]" belirtmiş ve bankacılık hukuku açısından teorinin bu yaklaşımının "iflas" ettiğini ileri sürmüştür. D'OLIVEIRA ise, paranın karakteristik edim olarak nitelendirilememesi ile ilgili kanaatimizce daha yerinde bir eleştiri getirmiştir: para sözleşmelerin sınıflandırılmasında dikkate alınmayabilir, çünkü paraya göre sözleşmeleri ayırmak mümkün değildir; fakat bu durum bir sözleşmede paranın sosyal açıdan en önemli unsur olabilme ihtimalini engellememelidir (D'OLIVEIRA, s. 310).

⁵⁸⁴ D'OLIVEIRA, s. 315.

⁵⁸⁵ D'OLIVEIRA, bir tarafın standart sözleşme hazırlamış olmasının karakteristik edimin tespitinde dikkate alınmasını ayrıca eleştirmiştir. Yazara göre bu husus, sözleşmenin kurulma biçimi ile ilgili iken, karakteristik edim sözleşmenin içeriği ile ilgili bir kavramdır (D'OLIVEIRA, s. 319). Yazar bu saptamasını bir örnekle kuvvetlendirmektedir: belli bir malın satımı ile ilgili tüketici derneklerinin bir standart sözleşme hazırlamış olması ve yapılan satım sözleşmesinde bu standart sözleşmenin kullanılması, satım sözleşmesinin karakteristik edim borçlusunun satıcı olmasını engellemez. Biz de yazarın görüşüne katılıyoruz.

⁵⁸⁶ D'OLIVEIRA, s. 314.

⁵⁸⁷ D'OLIVEIRA, s. 315.

⁵⁸⁸ D'OLIVEIRA, s. 316.

⁵⁸⁹ D'OLIVEIRA, s. 316, 326.

⁵⁹⁰ D'OLIVEIRA, s. 309.

noktada eleştiri konusu yapılmıştır⁵⁹¹. Bir başka deyişle, bu yöntem, her sözleşmenin bireysel değil, bir grup içinde ele alınmasına ve "tipleştirme"ye neden olmaktadır⁵⁹². Eleştiriyi yöneltenlere göre, uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından karakteristik edimle ilgili *a priori* olarak belirlenmiş bir irtibat noktasının dikkate alınması teorisinin sağlamaya çalıştığı fonksiyonel bakış açısı ile uyuşmamaktadır⁵⁹³. Üstelik, karakteristik edim teorisi eski tip *a priori* kanunlar ihtilafı kurallarına karşı ortaya çıkmasına rağmen, örneğin para ediminin karakteristik edim olamaması gibi *a priori* genellemelere neden olmaktadır⁵⁹⁴.

Bir diğer eleştiri ise, sözleşme kategorilerinin oluşturulmasında⁵⁹⁵ ve karakteristik edimin belirlenmesinde objektif kıstasların değil, subjektif değerlendirmelerin ön plana çıkmasıdır⁵⁹⁶. Karakteristik edim teorisinin, sözleşmenin doğası veya esası ile sözleşmenin ekonomik ve sosyal fonksiyonunu karıştırdığı yönünde de bir eleştiri bulunmaktadır⁵⁹⁷. Ayrıca sözleşmenin ekonomik ve sosyal fonksiyonları farklı düzenleri ilgilendirir⁵⁹⁸. Üstelik bu işlevlerin mikro, orta veya makro ölçekte değerlendirilmesiyle tamamen farklı sonuçlara ulaşmak mümkündür⁵⁹⁹.

Teorinin uygulanması ile ilgili de bir eleştiri yöneltilmiştir: herhangi bir sözleşme çerçevesinde karakteristik edimin hangi edim olduğu yönünde mahkeme kararları ve doktrinde farklı görüşler benimsenebilir ve bu durum birçok sorunun doğmasına neden olabilir⁶⁰⁰. Ayrıca karakteristik edim teorisinin somut olayın

⁵⁹¹ D'OLIVEIRA, s. 309, 326; SARGIN, **Karakteristik**, s. 81.

⁵⁹² Biz bu eleştiriye çok da katılmıyoruz. Yukarıda tarafların edimlerinin aynı olduğu iki sözleşmeyi örnek olarak vermiştik. Orada da belirttiğimiz üzere, sözleşmedeki karakteristik edim baştan belirlenmiş kategorilere göre değil, taraflar arasındaki ilişkiye göre belirlenecektir. Biz bu açıdan, SARGIN'ın "*karakteristik edim, aynı kategorideki tüm sözleşmeler için "aynı" olmaktadır*" şeklindeki eleştirisine katılmıyoruz (eleştiri için, bkz. SARGIN, **Karakteristik**, s. 83).

⁵⁹³ SARGIN, **Karakteristik**, s. 82.

⁵⁹⁴ PATOCCHI, s. 132.

⁵⁹⁵ Sözleşme kategorilerinin oluşturulması gerektiği yönünde, bkz. SCHNITZER, C. 2, s. 641. Yazara göre karakteristik edim her sözleşme kategorisindeki tipik edimdir (SCHNITZER, C. 2, s. 644).

⁵⁹⁶ D'OLIVEIRA, s. 313, 318; SARGIN, **Karakteristik**, s. 81.

⁵⁹⁷ D'OLIVEIRA, s. 311, vd.; SARGIN, **Karakteristik**, s. 82.

⁵⁹⁸ D'OLIVEIRA, s. 313.

⁵⁹⁹ D'OLIVEIRA, s. 313.

⁶⁰⁰ SARGIN, **Karakteristik**, s. 82. Gerçekten de özellikle franchise ve distribütörlük sözleşmeleri açısından karakteristik edimin hangi edim olduğu yönünde farklı görüşler ileri sürülmektedir.

şartlarını dikkate almadığı, dolayısıyla en yakın ilişkili hukuka ulaşmanın mümkün olmayacağı belirtilmiştir⁶⁰¹.

Yukarıda sayılan eleştirilerin çoğunun altında mantıklı gerekçeler bulunmaktadır. Biz de, bu eleştiriler haricinde, yeri geldikçe MÖHUK m. 24'e göre uygulanacak hukukla ilgili kanunlar ihtilafı kuralını eleştireceğiz. Gerçekten de, karakteristik edim teorisinin tüm hukukî ilişkiler için en adil çözümü üretmesi mümkün değildir. Yine de, karakteristik edim teorisinin genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde kullanılabilir en iyi yaklaşım olduğunu düşünüyoruz⁶⁰². Gerçekten de, öngörülebilir bir çözüm üreten ve bu açıdan hukukî güveni zedelemeyen kanunlar ihtilafı kuralları arasında⁶⁰³, karakteristik edim teorisinin milletlerarası özel hukuk adaletine⁶⁰⁴ en uygun sonucu verdiğini söyleyebiliriz. Üstelik bu teori katı ve yumuşak bağlanma kuralları arasında bir uzlaşma sunmaktadır⁶⁰⁵.

Öte yandan, yukarıda sayılan eleştirilerin her ne kadar haklı yönleri olsa da, yöneltilen bu eleştirilere cevap vermek de mümkündür. Örneğin biz, karakteristik edimin tespit edilmesi için sözleşmeleri tiplerine göre gruplandırmanın gerekli olduğunu düşünmüyoruz. Yukarıda da örneğini verdiğimiz gibi, aynı edimlerin sunulduğu hukukî ilişkilerde somut olay farklarından dolayı, karakteristik edim borçlusu değişebilmektedir. Sözleşmelerin kategorileştirilmesinin sadece rehber nitelikte yardımcı unsur olacağı unutulmamalıdır. Karakteristik edimin tespit edilmesinde dikkate alınan faktörlerin de keyfî olduğu eleştirisine katılmıyoruz. Her hukukî ilişkiye nitelik kazandıran unsur, farklı bir unsur olduğuna göre, zaten "sihirli" tek bir faktörden bahsedilmesi mümkün olmayacaktır.

⁶⁰¹ SARGIN, **Karakteristik**, s. 83.

⁶⁰² Sözleşmeye uygulanacak hukukun karakteristik edim üzerinden tespit edilmesinin birçok avantaj sunduğu yönünde, bkz. KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 209.

⁶⁰³ SARGIN ise, hukuk sisteminde tarafların hukuk seçmesine imkan tanındığını, böylece öngörülebilir bir hukukun uygulanabileceğinin düzenlendiğini, ancak tarafların hukuk seçiminde bulunmaktan kaçınması durumunda uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralının öngörülebilirliği değil, hakkaniyeti tatmin etmesi gerektiğini belirtmiştir (SARGIN, **Karakteristik**, s. 89).

⁶⁰⁴ SARGIN yaptığı eleştiriye, -milletlerarası özel hukuk adaleti değil- somut olay adaletine uygun bir kanunlar ihtilafı kuralının bulunması gerektiğini belirterek sonlandırmıştır (SARGIN, **Karakteristik**, s. 90).

⁶⁰⁵ KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 209.

Üstelik karakteristik edim teorisinin bir grup faktör üzerinden tespit edilmesi de, teorisinin mantığına aykırıdır. Karakteristik edim birçok sözleşmede para edimi karşılığındaki edim olarak ortaya çıkabilir. Ancak bu durum, karakteristik edimin para edimi karşılığındaki edim olarak nitelendirilmesini haklı çıkarmaz; böyle bir genel kural yoktur. Bir genel kural inşa edilmesi gerekiyorsa, ödeme fonksiyonunu sağlayan edimin karşısındaki edimin karakteristik edim olduğudur⁶⁰⁶. Bu durumda, bir faktör değil, bir işlev üzerinden hareket edilmesi söz konusu olacaktır.

Gerek Türk, gerekse de AB hukukunda, karakteristik edimin tespit edilmesinde sözleşme tipleri rehber rol oynasa da, her bir sözleşmede karakteristik edim tek tek tespit edilecek ve uygulanacak hukuk bu bireysel tespite göre belirlenecektir. İşte bu nedenle, karakteristik edim teorisinin *a priori* değerlendirmeler veya faktörlere dayanmasını eleştiri konusu yapmak, zaten bir yanılgıdan hareket edilerek eleştiri kurulması anlamına gelecektir. Bu noktada, karakteristik edim teorisinin yeterince öngörülebilir olup olmadığı sorgulanabilir. Fakat sözleşmelere uygulanacak hukuk sorunsalının daha çok milletlerarası ticareti ilgilendiren sözleşmeler açısından geçerli olduğunu düşünürsek ve ticaret hayatındaki sözleşmelerin farklı şartlarda da olsa, benzer kurgularla ortaya çıktığını göz önüne aldığımızda⁶⁰⁷, karakteristik edimin belirlenmesinde -birkaç istisna haricinde- bir öngörülebilirlik sorunu olmayacaktır.

⁶⁰⁶ İstisnaen de olsa, bir tarafın borcunun para borcu olduğu bazı sözleşmelerde, karakteristik edimin para borcu olması mümkündür. Örneğin lösemili çocuklara yardım etmek için kurulan bir dernek, para toplamak amacıyla, derneğe belli bir miktar para yardımında bulunulması karşılığında, yardımda bulunan kişilere lösemili çocukların yaptığı bir resmi vereceğini belirtmesi durumunda veya bu resimlerin para toplanması amacıyla yüksek bir bedelden satılması hâlinde, karakteristik edimin paranın karşısındaki edim değil, derneğe verilen para olduğunu kabul etmek gerekir. Bu sözleşme bir bağışlama sözleşmesi olmasa bile, yapılan satım sözleşmesinin sosyo-ekonomik fonksiyonu parayı veren kişiye lösemili bir hastanın yaptığı bir resmin verilmesi değil, yardım amacıyla bir para toplanmasıdır.

Bir satım sözleşmesinde karakteristik edim borcunun para edimi olmasına bir başka örnek daha verebiliriz. Yakın ilişkideki iki kişiden biri ekonomik açıdan bir sıkıntıya girmektedir. Bu kişi, borç para almak yerine, diğer kişiye televizyonunu satmayı, belli bir süre içinde para bulması hâlinde sattığı televizyonu aynı fiyattan geri almayı teklif etmektedir. Böyle bir satım sözleşmesinin kurulması hâlinde de, karakteristik edim para edimi olacaktır. Gerçekten de ikinci kişinin televizyonu alması, sadece verdiği paranın karşılığında bir edim elde edebilmesini sağlamaktadır.

Her iki durumda da, kurulan sözleşmelerin amacı ve sosyo-ekonomik işlevi belli bir miktarda para elde etmektir. Bir başka deyişle, bu sözleşmelerdeki kurucu güç para ediminin sağlanmasıdır; para ediminin karşısındaki edimler ise, elde edilecek paranın karşılığının sağlanması ve parayı verecek kişinin tatmin edilmesi amacını taşır. Bu edimler, ticaret hayatının olağan akışına ters bir şekilde, para ediminin karşılığının ödenmesinden başka bir fonksiyonları yoktur.

⁶⁰⁷ Lösemili çocuk derneği veya para almak için televizyonun verilmesi örnekleri milletlerarası ticarete karşımıza çıkmayacaktır. Bunun başlıca nedeni sözleşmelerin belli bir meslek veya ticarî faaliyet etrafında kurulmasıdır. Bu meslek veya ticarî faaliyeti icra eden kişi, genellikle aynı tip

KAUFMANN-KOHLER de karakteristik edim teorisini "bir başka devrin ürünü" olarak nitelendirerek eleştirmiştir⁶⁰⁸. Yazara göre karakteristik edim teorisi ekonomik, sosyal ve siyasî şartların gelişimine ayak uyduramamaktadır. Yazar, bu tespiti iki gözlem ile ortaya koymaktadır: bir taraftan hukuk düzeninde hangi tarafın ediminin karakteristik edim olduğunun tartışıldığı karışık muhtevalı sözleşmeler yoğunluk kazanırken, diğer taraftan da devlet, zayıf tarafla kurulan sözleşme örneğinde olduğu gibi giderek daha fazla sözleşme alanına müdahale etmektedir⁶⁰⁹. Gerçekten de bir yandan bazı sözleşmelerde karakteristik edim teorisinin tespit edilmesi güçlükler yaratabilirken, diğer yandan da bu teori tüm sözleşmeler açısından uygun bir sonuç vermeyebilir. Kanaatimizce, teorinin var olan eksikleri yapılacak düzenlemelerle veya hakimın hukuk yaratmasıyla giderilebilir. Bu şekilde, zamanla KAUFMANN-KOHLER'in belirttiği gibi, karakteristik edim teorisinin uygulama alanı dışında kalacak sözleşmeler belirginleşecektir⁶¹⁰.

B. Karşılaştırmalı Hukukta Hukuk Seçimi Yokluğunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye uygulanacak hukukun belirlenmesinde en yakın ilişkili hukuk ve karakteristik edim kavramlarının kullanılması karşılaştırmalı hukukta giderek yaygınlaşmaktadır. Biz de bu gerçeği göz önüne alarak, önce objektif kural olarak karakteristik edim borçlusunun hukukunu uygulamayan sistemleri (1); ardından uygulanacak hukukun belirlenmesinde karakteristik edim teorisinin nasıl kullanılmaya başlandığı ve bu süreçte İsviçre sisteminin rolünü inceleyeceğiz (2). Daha sonra da, AB hukukundaki sistemi ele alacağız (3).

sözleşmeleri, benzer kurgularla kurmaktadır. Örneğin makine üreten bir firma, konusu ürettiği makineler olan satım sözleşmeleri kuracaktır.

⁶⁰⁸ KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 217.

⁶⁰⁹ KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 217, vd.

⁶¹⁰ KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 220.

1. Objektif kural olarak karakteristik edim borçlusunun hukukunu uygulamayan sistemler

Çalışmamızın bu bölümünde, objektif kural olarak karakteristik edim borçlusunun hukukunu uygulamayan sistemleri ele alacağız. Burada ele aldığımız hukuk sistemlerinin neredeyse tamamı farklı bir yöntemle hukuk seçimi yokluğunda sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit etmekte; genel olarak belli bir yöntemi benimsememektedir. Bu sistemlerin arasında daha çok "en sıkı ilişkili hukuk"un uygulanmasına yönelik bir eğilim olduğu gözlemlenebilir. Yine de, tüm bu sistemleri "en sıkı ilişkili hukuk" başlığı altında toplamak mümkün olmayacaktır.

a) Eski Fransız sistemi

Fransa'da kanunlar ihtilafı ile ilgili genel bir düzenleme bulunmamaktadır⁶¹¹. Dolayısıyla kanunlar ihtilafı kuralları içtihat yoluyla gelişmektedir⁶¹². Roma Konvansiyonu öncesinde de sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde aynı durum söz konusuydu⁶¹³. Fransa'da uygulanacak hukukla ilgili belli bir kuralın yokluğunda, zaman içinde özellikle doktrinde farklı metodlar ileri sürülmüştür.

Fransa'da XX. yüzyılın başında taraflar aynı ülkenin vatandaşı ise, ortak hukukları, aksi hâlde sözleşmenin kurulduğu yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmekteydi⁶¹⁴. İlerleyen dönemde ise, doktrinde ileri sürülen görüşlerden biri, BATIFFOL'ün savunduğu "*localisation* teorisi" olmuştur⁶¹⁵. Buna göre, taraflar hukuk seçiminde bulunsa bile, aralarındaki hukukî ilişkiye sözleşmenin -objektif olarak- yerleştiği hukuk uygulanacaktır⁶¹⁶. BATIFFOL'e göre bu yer çoğunlukla sözleşmenin ifa yeridir⁶¹⁷; sinallagmatik sözleşmelerde de karakteristik edimin ifa

⁶¹¹ AUDIT, s. 654. Ayrıca, bkz. TÜZÜNER, s. 105.

⁶¹² AUDIT, s. 654.

⁶¹³ Ancak Fransa, Roma Konvansiyonu'ndan önce de kanunlar ihtilafı kuralları öngören kimi uluslararası konvansiyonlara taraf olmuştur. Bunlar arasında 1955 tarihli Maddî Menkul Eşyaların Milletlerarası Nitelikte Satımı Hakkında Konvansiyon ve 1978 tarihli Aracılık Sözleşmelerine ve Temsile Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon bulunmaktadır (AUDIT, s. 654).

⁶¹⁴ NIBOYET, s. 37.

⁶¹⁵ Roma Konvansiyonu'nun uygulama alanı bulmasından önce, Fransa'da sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde bu teörinin uygulama alanı bulduğu yönünde, bkz. MAYER / HEUZE, s. 523; TÜZÜNER, s. 117.

⁶¹⁶ MAYER / HEUZE, s. 523; KASSIS, s. 171.

⁶¹⁷ BATIFFOL, s. 637, vd.; BALKAR, s. 24.

yeri dikkate alınır⁶¹⁸. Ancak yazar, sözleşmenin ifa yerinin sözleşmeye uygulanacak olan hukukun tespitinde genel kural olmadığını da belirtmektedir; çünkü bu kuralın da kimi eksikleri vardır⁶¹⁹. Bu sebeple, sözleşmenin yerleştiği yerin tespitinde başka işaretler de dikkate alınabilir⁶²⁰.

Fransız Yargıtayı ise 1959 tarihli bir kararında⁶²¹, taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa, sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşmenin ekonomisi ve hâlin şartlarını göz önünde bulundurarak hakim tarafından tespit edileceğini belirtmektedir. Bu karardan da anlaşılabilir üzere, Fransa'da sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili belli bir metod benimsenmemiştir.

Gerçekten de Fransa'da⁶²², mahkeme sözleşmenin belli bir ülkeye yerleştiğini gösterecek çeşitli işaretleri araştırırdı. Sözleşmenin bir ülkeye yerleştirilmesinde kimi zaman subjektif bir metod olan tarafların farazî iradesinden, kimi zaman ise objektif bir metod⁶²³ olan en sıkı ilişkili ülke teorisinden yararlanılırdı⁶²⁴. Yine de Roma Konvansiyonu öncesinde genel olarak subjektif ve esasa ilişkin birçok göstergeden yararlanılarak sözleşmenin objektif olarak yerleştiği hukukun uygulandığı kabul edilebilir⁶²⁵.

b) Eski Alman sistemi

Roma Konvansiyonu'ndan önce Almanya'da sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda farazî irade yaklaşımı uygulanmaktaydı⁶²⁶. Daha önce de belirttiğimiz üzere, farazî irade yaklaşımında, hakim, "taraflar hukuk seçiminde bulunsaydı, sözleşmeyi hangi hukuka tâbi kılarlardı" sorusuna yanıt bulmaya çalışır. Özellikle tarafların ortak menfaatinin, sözleşmeye belli bir hukukun uygulanmasını

⁶¹⁸ BALKAR, s. 25.

⁶¹⁹ BATIFFOL, s. 638.

⁶²⁰ Bu işaretler için, bkz. BATIFFOL, s. 640, vd. Yazar farklı sözleşmelerde farklı işaretlerin dikkate alınması gerektiğini de belirtmektedir.

⁶²¹ Fransız Yargıtayı 6 Temmuz 1959 tarihli *Société des Fourrures Renel v. Allouche* kararı (kararın metni için, bkz. ANCEL / LEQUETTE, s. 307).

⁶²² Belçika'nın da Roma Konvansiyonu öncesi dönemde benzer bir sistem kullandığı yönünde, GIULIANO / LAGARDE, s. 18.

⁶²³ Objektif metodun doktrinde ve içtihatla gittikçe daha fazla benimsendiği yönünde, GIULIANO / LAGARDE, s. 18, vd.

⁶²⁴ GIULIANO / LAGARDE, s. 18.

⁶²⁵ KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 207.

⁶²⁶ KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 207; RIGAUX / FALLON, s. 807; TEKİNALP, *Bağlama*, s. 344; GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 97; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 24; KASSIS, s. 171; GIULIANO / LAGARDE, s. 19.

gerektirdiği hâllerde (örneğin sözleşmenin geçerliliği bu hukuka bağlı ise), bu yaklaşım, farklı bir çözümün benimsenmesi yönünde yeterli esnekliği sunmaktadır⁶²⁷. Bunun dışında, farazî irade yaklaşımı sözleşmeye, sözleşmenin en sıkı ilişkide olduğu hukukun uygulanmasını sağlayacaktır⁶²⁸.

Roma Konvansiyonu öncesi Alman pratiğinde, tarafların farazî iradesinin saptanması mümkün ise, buna göre saptanacak hukukun sözleşmeye uygulanması; bunun saptanamaması durumunda ise, her borcun ifa yerinin söz konusu borca uygulanması (her borca farklı bir hukukun uygulanması) kabul edilmekteydi⁶²⁹. Ancak uygulanacak hukukun farazî irade üzerinden belirlenmesinin kimi hâllerde en sıkı ilişkili hukuk doktrininden farklı sonuçlar vermesi de mümkündür. Bu durum özellikle, sözleşmenin yalnızca bir tek hukuk düzeninde geçerli olması hâlinde karşımıza çıkar. Böyle bir durumda, hakim, sözleşmeyi geçerli sayan bu tek hukuku dikkate alacak ve taraf menfaatinin zarar görmesine neden olacak bir husus bulunmaması durumunda bu hukuku uygulayacaktır⁶³⁰.

Nitekim Almanya'da farazî irade belirlenirken, söz konusu olayda tarafların genel menfaati dikkate alınırdı. Ancak bunun bir sonuç vermemesi durumunda, ifa yeri hukuku sözleşmeye uygulanırdı. Bu kapsamda Alman mahkemeleri parçalanmayı destekleyecek bir yorum yapmakta ve her borcu ifa edildiği ülkenin hukukuna tâbi tutmaktaydı⁶³¹.

c) Eski İngiliz sistemi

Sözleşmelerle ilgili eski İngiliz kanunlar ihtilafı kurallarını incelemeden önce, İngiliz milletlerarası özel hukukunun özelliklerini çok yerinde bir şekilde özetleyen Geoffrey CHESHIRE'in 1935 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk kitabının ilk basısının önsözündeki ifadelerine yer vermek gerektiğini düşünüyoruz⁶³²: "*İngiliz hukukunun tüm bölümleri arasında, milletlerarası özel hukuk, hukukçulara en*

⁶²⁷ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 136.

⁶²⁸ KASSIS, s. 171.

⁶²⁹ KEGEL / SCHURIG, s. 666; KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 207; KASSIS, s. 172; BERKİ, s. 375. Bu yöndeki içtihadın doktrinde ağırlıklı olarak eleştirildiği yönünde, bkz. KEGEL / SCHURIG, s. 666 ve s. 666, dn. 71.

⁶³⁰ AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 20.

⁶³¹ GIULIANO / LAGARDE, s. 19.

⁶³² CHESHIRE, **Private International Law**, 1935, s. vii (Peter NORTH, "*Private International Law: Change or Decay?*", **ICLQ**, C. 50, S. 3, Temmuz 2001, s. 477-508, s. 477'den naklen).

serbest alanı tanımaktadır. Bu açıdan, milletlerarası özel hukuk eşya hukuku gibi alanların tam bir antitezi durumundadır. Bu alan detaylı kurallarla aşırı yüklenmiş değildir, sadece kanunkoyucunun "felç eden" eli hafifçe dokunmuştur". CHESHIRE, milletlerarası özel hukukun statik değil, akışkan yapısı ve apaçık değil, "kaçamak" (tanımlanamaz, kavranılamaz (yazar "*elusive*" kelimesini kullanmıştır)) özelliği ile tüm dogmatik eğilimleri püskürttüğünü dile getirmekte; sunulan tutarlı yapı ile ortaya çıkan çok sayıda soruya tatmin edici bir cevap bulunabileceğini vurgulamaktadır. Elbette İngiliz milletlerarası özel hukukuna kanunkoyucunun "*felç eden eli*"nin hafifçe dokunduğu artık söylenemeyecektir; tarihsel süreç içinde bu alanda birçok düzenleme yapılmıştır⁶³³.

İşte bu düzenlemelerden biri de Roma Konvansiyonu'dur. İngiltere, Roma Konvansiyonu'na taraf olmadan önce⁶³⁴, az önce dile getirdiğimiz tutarlı, esnek, akışkan kanunlar ihtilafı kurallarını sözleşmeden doğan borç ilişkilerine de uygulamaktaydı; bu kapsamda sözleşmelere uygulanacak hukuk *proper law* yaklaşımı ile tespit edilmekteydi⁶³⁵.

Proper law yaklaşımında, taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa, uygulanacak hukukun nasıl saptanacağı tartışma yaratmıştır⁶³⁶. Bunun nedeni, bu yaklaşımda sözleşmeye en sıkı ilişkili olduğu hukukun uygulanacağı kabul edilmesine rağmen, en sıkı ilişkili hukukun hangi hukuk olacağı yönünde bir belirleme veya sıralama yapılmamıştır⁶³⁷. Nitekim bazı kararlarda, tarafların sözleşme anındaki ortak niyetleri belirlenmeye çalışılmış; başka kararlarda ise, hukuk seçimi yapsalardı, tarafların hangi hukuku seçecekleri araştırılmıştır⁶³⁸. Farazî irade araştırması ise, Fransa'daki *localisation* teorisine paralel bir biçimde yapılmış ve sözleşmenin ağırlık merkezi ya da sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk tespit edilmeye çalışılmıştır⁶³⁹.

⁶³³ NORTH, s. 478, vd.; Yine de ülkenin AB'ye girmesinden önce yasamanın milletlerarası özel hukukla ilgili konularda (kanunlar ihtilafı kuralları, milletlerarası yetki kuralları, yabancı kararların tanınması) sınırlı bir rol oynadığı yönünde, bkz. HARTLEY, s. 813.

⁶³⁴ Roma Konvansiyonu, Birleşik Krallık'ta 1990'da yürürlüğe girdi ve 1 Nisan 1991'den sonra kurulan sözleşmelere uygulandı (HILL, s. 325 ve s. 325, dn. 2).

⁶³⁵ DICEY / MORRIS, s. 1196; MORRIS, s. 97.

⁶³⁶ *Proper law* doktrininde hukuk seçimi olmaması durumunda uygulanacak hukukun tespit edilmesinde yaşanan tarihsel süreç için, bkz. DICEY / MORRIS, s. 1195, vd.

⁶³⁷ ÇELİKEL / ERDEM, s. 325.

⁶³⁸ DICEY / MORRIS, s. 1196; KASSIS, s. 191.

⁶³⁹ KASSIS, s. 191.

İngiliz doktrin ve içtihadında genel kabul edilen görüşe göre, hukuk seçimi olmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuk, hukukî işlemle en yakın ve en gerçek bağlantıdaki (*the closest and most real connection*) hukuka⁶⁴⁰ göre belirlenecektir⁶⁴¹. Bu hukukun tespitinde bir yandan tarafların farazî iradesi⁶⁴², öbür yandan hem somut olayın irtibatları, hem de sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan şartlar dikkate alınacaktır⁶⁴³. DICEY / MORRIS'e göre, eski İngiliz sisteminde, sözleşmeye en yakın ve gerçek bağlantıdaki hukukun uygulanması, tarafların iradesine ve niyetine verilen önemden dolayı üçüncü sırada gelmektedir; hakim önce tarafların açıkça belirlediği hukuku, böyle bir belirleme yoksa, ikinci sırada tarafların uygulanmasında niyeti oldukları hukuku sözleşmeye uygulayacaktır⁶⁴⁴. Ancak hakimin en yakın ve gerçek bağlantıdaki hukuku belirlerken tarafların farazî iradesine önem vermesinden dolayı, pratikte hakim, açık hukuk seçimi yoksa, en yakın ve gerçek bağlantıdaki hukuku uygulayacaktır⁶⁴⁵.

Amerikan hukukunda kabul edilen bir grup gösterge unsurdan farklı olarak, eski İngiliz sisteminde, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde hiçbir unsura baştan özel bir ağırlık tanınmamıştır⁶⁴⁶.

Proper law ile, hakim somut olayın şartlarını dikkate alarak en yakın irtibatlı ve uygulanması en adil olacak hukuku tespit eder⁶⁴⁷. Ancak uygulanacak hukuk sözleşmenin niteliğine göre değil, her somut olayın özelliğine göre belirleneceği için, çoğu zaman bir öngörülebilirlik sorunu doğacaktır⁶⁴⁸. En adil hukukun uygulanması ise, hukuk düzenlerinin maddî hükümlerinin araştırılmasını gerektirmektedir⁶⁴⁹.

⁶⁴⁰ Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü ve MÖHUK sisteminden farklı olarak, *proper law* doktrininde işlemin en sıkı ilişkide olduğu ülke değil, işlemin en sıkı ilişkide olduğu hukuk sistemi ile bağlantı kurulmuştur. Ancak DICEY / MORRIS'e göre bu fark önem arz etmemektedir (DICEY / MORRIS, s. 1236).

⁶⁴¹ DICEY / MORRIS, s. 1197; MORRIS, s. 336; GIULIANO / LAGARDE, s. 19; KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 207; ŞANLI, *Havacılık*, s. 63; GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 129; EKŞİ, *Roma*, s. 106, dn. 232; KASSIS, s. 171. Öte yandan NORTH / FAWCETT ise gerçek bağlantıdan bahsetmemekte ve işlemin en sıkı şekilde bağlı olduğu hukukun sözleşmenin *proper law*'u olduğunu belirtmektedir (NORTH / FAWCETT, s. 534).

⁶⁴² En yakın ve gerçek bağlantıdaki hukukun araştırılmasıyla, tarafların farazî iradesinin araştırılması arasında kimi zaman bulanıklaşan ince bir çizgi olduğu yönünde, bkz. DICEY / MORRIS, s. 1197.

⁶⁴³ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 129.

⁶⁴⁴ DICEY / MORRIS, s. 1197.

⁶⁴⁵ DICEY / MORRIS, s. 1197, vd.

⁶⁴⁶ KASSIS, s. 171; KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 207.

⁶⁴⁷ EKŞİ, *Roma*, s. 117.

⁶⁴⁸ ŞANLI, *Havacılık*, s. 63; EKŞİ, *Roma*, s. 117.

⁶⁴⁹ ATRILL, s. 567.

d) Eski İtalyan sistemi

Roma Konvansiyonu'ndan önce İtalya'da hukuk seçimi yapılmamışsa sözleşmeye tarafların ortak millî hukuku, böyle bir ortak hukuk yoksa sözleşmenin kurulduğu yer hukuku uygulanmaktaydı⁶⁵⁰. Bu açıdan Konvansiyon öncesi İtalyan sistemi, diğer Üye Devletler'deki sistemlerden derin bir çizgiyle ayrışır. Diğer Üye Devletler'de uygulanacak hukuk, genelde katı olmayan, yakınlık ilkesine (*principe de proximité*) dayanan ve içtihatla geliştirilmiş bir sisteme göre belirlenmekteydi⁶⁵¹.

Sözleşmenin kurulduğu yer hukukun sözleşmeye uygulanması özellikle XII-XV. yüzyılda kullanılmış kanunlar ihtilafı kuralıdır⁶⁵². Bu bağlanma noktası kanonistlere göre sözleşmeye uygulanacak hukukun doğal bağlanma noktası olarak görülmekteydi⁶⁵³. Karşılaştırmalı hukuk doktrininde bu çözüm eleştirilmiştir; çünkü sözleşmenin kurulduğu yer kimi zaman tesadüflere kalmıştır⁶⁵⁴, kimi zaman da sözleşmenin kurulduğu yerin tayini mümkün değildir⁶⁵⁵.

e) Amerikan sistemi

Amerikan hukukunda, bir mahkeme kanunlar ihtilafı kurallarını ilgilendiren bir olayla karşılaştığında, anayasal sınırlamalar dahilinde, kendi (federe veya federal) hukuk düzeninde yer alan ihtilaf kurallarına göre uygulanacak hukuku bulacaktır (Restatement II m. 6 / f. 1)⁶⁵⁶. Ancak böyle bir kurala ender olarak rastlanır⁶⁵⁷. Böyle bir kuralın yokluğunda, bir Amerikan mahkemesi, bir hukukî ilişkiye hangi hukukun uygulanacağını saptamaya çalışırken, bazı ilkeleri dikkate alacaktır (Restatement II

⁶⁵⁰ GIULIANO / LAGARDE, s. 19; KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 207; BERKİ, s. 375; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Sükût*, s. 372; GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 97; EKŞİ, *Roma*, s. 106, dn. 232; KASSIS, s. 169.

⁶⁵¹ KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 207.

⁶⁵² ANCEL, *Prestation*, s. 147; BATIFFOL, s. 615.

⁶⁵³ BATIFFOL, s. 616.

⁶⁵⁴ BATIFFOL, s. 622; SCHNITZER, *C. 2*, s. 622.

⁶⁵⁵ AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s. 26; BALKAR, s. 24.

⁶⁵⁶ Restatement II m. 6 / f. 1 şerhinde, buna Yeknesak Ticaret Kanunu'nda (*Uniform Commercial Code*) tarafların seçtikleri hukukun uygulaması ile ilgili bir hüküm (m. 1105 / f. 1) örnek olarak verilmiştir. Şerh için bkz. "<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest6.html>".

Hemen belirtelim ki, *Uniform Commercial Code*, bir federal kanun değildir; federe devlet temsilcilerinin bir araya gelip hazırladıkları bir model kanundur. Bu kanun federe devletlerce yürürlüğe konularak uygulanmaktadır (OĞUZ, *Birleştirme*, s. 46, vd.).

⁶⁵⁷ Restatement II m. 6 / f. 1 şerhi, "<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest6.html>"; GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 46.

m. 6 / f. 2)⁶⁵⁸. Amerikan Hukuk Enstitüsü'nün kanunlar ihtilafı kuralları ile ilgili hazırladığı Restatement II⁶⁵⁹ m. 6 / f. 2'de bu ilkeler sınırlı sayıda olmadan⁶⁶⁰ yedi bent hâlinde sayılmıştır⁶⁶¹: federe devletler arası ve uluslararası sistemlerin ihtiyaçları, *for* ülkesinin düzeni, ilgili diğer devletlerin düzenleri ve menfaatleri, haklı menfaatlerin korunması, belli bir hukuk alanının altında yatan temel hukuk politikası, sonucun kesinliği, öngörülebilirliği ve yeknesaklığı, uygulanacak hukukun belirlenmesi ve uygulamasındaki kolaylık⁶⁶².

Restatement II m. 188 / f. 1'de, m. 6'da belirlenen ilkelere göre hukukî işlem ve taraflarla en önemli ilişkide olan (*most significant relationship*) devletin yerel hukukunun tarafların sözleşmedeki bir konudan doğan hak ve borçlarını belirleyeceği dile getirilmiştir. Hakim en önemli ilişkideki hukuku, m. 6'daki ilkelere göre bulacaktır. Ancak Restatement II m. 188 / f. 2'de, tarafların hukuk seçimi yapmamaları durumunda, m. 6'daki ilkelerin uygulanmasında dikkate alınacak irtibatlar sınırlı sayıda olmadan sayılmıştır: sözleşmenin yapıldığı yer, sözleşmenin müzakere edildiği yer, ifa yeri, sözleşmenin konusunun bulunduğu yer, tarafların yerleşim yeri, oturma yeri, vatandaşlığı, kuruluş yeri ve işyeri. Restatement II m. 188 / f. 3'te, bu irtibatlardan sözleşmenin müzakere edildiği yer ve ifa yerinin aynı ülkede olması durumunda, kural olarak bu ülkenin hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir⁶⁶³.

Bu hükmün ardından, Restatement II m. 189, vd.'nda çeşitli sözleşmeler ve çeşitli hukukî kurumlar için özel ihtilaf kuralları benimsenmiştir⁶⁶⁴.

⁶⁵⁸ Bu ilkelerin Amerikan kanunlar ihtilafı kurallarının amacını gösteren rehber ilkeler olduğu yönünde, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 46. Restatement II'nin sözleşmelere uygulanacak hukukla ilgili kısmının 24 federe devlet tarafından benimsendiği yönünde, Symeon C. SYMEONIDES, "The American Choice-Of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow", **RCADI**, C. 298 (2002), La Haye 2003, s. 9-448, s. 116.

⁶⁵⁹ Amerika Birleşik Devletleri'ndeki anayasal yapı nedeniyle federal devletin özel hukuk alanında hukukî düzenleme yapamadığını yukarıda belirtmiştik. Ancak tüm federe devletlerde ortak bir hukukî gelenek vardır (*Common law*). İşte 1923 yılında kurulan Amerikan Hukuk Enstitüsü, yayınladığı "Restatement"larla önemli konularda yürürlükteki hukuku saptamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz. OĞUZ, **Birleştirme**, s. 46.

Çalışmamızda andığımız Restatement II de, kanunlar ihtilafı kuralları konusunda *Common law*'un güncel hâlini gösteren bir metindir.

⁶⁶⁰ Bu ilkelerin sınırlı sayıda olmadığı yönünde, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 47.

⁶⁶¹ Bu ilkeler arasında, daha iyi hukuk kuralının (*better rule of law*) uygulanması ilkesinin bulunmayışından kaynaklanan bir eleştiri için bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 48 ve özellikle dn. 149.

⁶⁶² Bu ilkelerle ilgili ayrıntılı bir inceleme için bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 48, vd.

⁶⁶³ Bu hükmün genel karine olduğu yönünde, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 62.

⁶⁶⁴ Bu hükümlerin özel karine olduğu yönünde, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 60, vd.

Restatement II'deki bu yapı aslında geçici olarak öngörölmüş ve "ara aşama" olarak adlandırılmıştır⁶⁶⁵. Restatement II sistemi, aslında hakimi doğrudan sonuca götüren değil, hakimin sonuca ulaşması için dikkate alması gereken noktaları gösteren bir sistemdir⁶⁶⁶. Kanunlar ihtilafı kurallarında hedeflenen noktaya geldiğinde (son aşamada) ise, artık dar kapsamlı (her sözleşmeye özgü) ve hakimi sonuca götürecektir kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır⁶⁶⁷.

Ancak bugünkü Amerikan kanunlar ihtilafı sisteminde, mahkemeler, milletlerarası her uyuşmazlıkta, somut olayın özelliklerinin ön plana çıktığı münferit kararlar vereceklerdir⁶⁶⁸. Bu sistemin bir diğer özelliği ise, uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının sözleşmenin geneli için değil, her bir hukukî sorun için belirlenmiş olmasıdır⁶⁶⁹. Gerçekten de, Restatement II m. 188 metni incelendiğinde, en önemli ilişkide olan hukukun tarafların sözleşmedeki bir konudan doğan hak ve borçlarını belirleyeceğinin dile getirildiği, ama sözleşmeye genel olarak uygulanacak hukukla ilgili bir ifade taşımadığı fark edilecektir. Benzer yaklaşımın Restatement II m. 189, vd.'nda yer alan özel kanunlar ihtilafı kurallarında da devam ettirildiği görülecektir⁶⁷⁰. Bu teknik hukukî ilişkinin genel olarak bir hukuka tâbi olmasını engelleyecek ve bu ilişki içindeki her kuruma, hakka ve borca farklı hukukların uygulanması nedeniyle söz konusu hukukî ilişki içindeki menfaat dengesi bozulabilecektir⁶⁷¹.

Amerikan kanunlar ihtilafı metodolojisinin bir diğer özelliği, aslında bu sistemin bir hukukî ilişkiye (veya konuya) uygulanacak en iyi ihtilaf kuralını bulmaya değil, bu hukukî ilişkiye uygulanacak en iyi (maddî) hukuku bulmaya çalışmasıdır⁶⁷². Nitekim en önemli ilişkiyi haiz hukuk yaklaşımı, maddî hukuk kuralları altında yatan politikaların incelenmesini ve somut olayda hangi hukuk sisteminin hukuk politikasının daha çok korunmaya değer olduğunun tespitini gerektirecektir⁶⁷³. İşte bu durum, Amerikan hakimlerinin kendi hukukunu uygulaması

⁶⁶⁵ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 29.

⁶⁶⁶ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 29.

⁶⁶⁷ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 29, 69, vd. Bundan sonra kabul edilecek kanunlar ihtilafı kuralları ile ilgili üç yoldan birinin seçilebileceği yönünde ve bu yollarla ilgili olarak, bkz. SYMEONIDES, s. 428, vd.

⁶⁶⁸ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 29 ve s. 63.

⁶⁶⁹ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 63.

⁶⁷⁰ Bu yönde, bkz. GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 63.

⁶⁷¹ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 63 ve özellikle dn. 235.

⁶⁷² GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 64, 68.

⁶⁷³ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 66, 67, 68.

yönünde aşırı bir eğilime sebep olmuştur⁶⁷⁴. Bu eğilimin öngörülebilirlik ile ne derece bağdaştığı sorgulanabilir.

Amerikan sisteminin metodolojisindeki başka bir özellik, Restatement II m. 188 / f. 2'de sayılan irtibatların bu sistemde soyut olarak önem taşınamaması; somut olaya uygunluğuna göre değerlendirilmesidir⁶⁷⁵. İrtibatların nasıl kullanılacağı, hangi tür olaylarda hangi irtibatın öne çıkacağına ise, her federe devlet, kendi başına karar verecektir; çünkü her federe devletin hukuk politikası farklı olduğu için, kendi hukuk politikasına uygun olacak irtibatlar diğer federe devletlerden farklı olabilir⁶⁷⁶.

Bu oldukça esnek ve maddî hukuk politikalarını gözetten sistemin, özellikle bir tarafın pazarlık gücünün (*bargaining power*) düşük olduğu sözleşmelerde somut olay adaletini sağlayacağını düşünüyoruz. Ancak hangi hukukun daha "iyi" olduğuna, hangi tarafın hangi menfaatinin daha çok korunmaya değer olduğuna karar verecek sistemin tarafsız ve nötr bir hukuk politikası olmadığı ve ancak *lex fori*'nin hukuk politikası gözlüğü ile somut olay adaletini yansıtabileceğini de unutmamak gerekir⁶⁷⁷. Kaldı ki, özellikle çalışmamızın kapsamına giren hukukî ilişkilerde tarafların uygulanacak hukuku öngörmemeleri, daha baştan onları bir bilinmezliğe sürüklemektedir. Bu bilinmezlik içinde somut olay adaletinin ne ölçüde sağlanacağı ise şüphelidir.

f) Eski Türk sistemi

Eski MÖHUK'ta, sözleşmelere uygulanacak hukuk tek bir madde ile düzenlenmekteydi⁶⁷⁸. Dolayısıyla tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri gibi özellik arz eden ve bir tarafın korunmasını gerektiren sözleşmelere uygulanacak hukuk, kural olarak milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren sözleşmelerle aynı şekilde

⁶⁷⁴ ÇELİKEL / ERDEM, s. 60.

⁶⁷⁵ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 65.

⁶⁷⁶ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 66.

⁶⁷⁷ Amerikan doktrininde de, hakim *lex fori*'nin uygulanmasına yönelik (*pro-forum*) bir eğilimi olabileceği olağan karşılanmakta; bu davranışın sebebi olarak da insan doğası gereği, alışık olunan hukukun uygulanmasına yönelik bir eğilim mevcut olduğu gösterilmektedir (SYMEONIDES, s. 110, vd.). Yazar hakimlerin kendi hukukunu daha iyi hukuk olarak göreceğini de dile getirmektedir. Öte yandan yazar, Restatement II'nin daha iyi hukukun uygulanmasını teşvik etmediğini belirtmektedir (SYMEONIDES, s. 123).

⁶⁷⁸ EKŞİ, *İş*, s. 121; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 49.

tespit edilmekteydi⁶⁷⁹. Ancak bu "özel" sözleşmeler çalışmamızın kapsamına girmediği için, ne eski Türk düzenlemesinde bu sözleşmelere uygulanacak hukukun nasıl tayin edildiğini araştıracağız, ne de bu düzenlemede bu tip sözleşmelerin ayrıca öngörülmemesini eleştireceğiz. Biz sadece eski Türk düzenlemesini milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren sözleşmeler açısından değerlendireceğiz.

Tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda, sözleşmeye uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği eski MÖHUK m. 24 / f. 2'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, sözleşmeye borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması durumunda ise, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku uygulanacaktır⁶⁸⁰. Bu durumda, taraflar borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yerinin neresi olacağını kararlaştırırlarsa, tarafların ifa yeri olarak kararlaştırdıkları yerin hukuku sözleşmeye uygulanacaktır⁶⁸¹.

Doktrinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin, karakteristik edim olduğu dile getirilmiştir⁶⁸². Dolayısıyla, eski MÖHUK m. 24 sisteminin de uygulanacak hukuku karakteristik edim üzerinden bulmaya çalıştığını söyleyebiliriz. Ancak eski MÖHUK m. 24 / f. 2 karakteristik edimin ifa yeri hukukuna referans yaparak, yeni MÖHUK m. 24 / f. 4'ten farklılık arz eder⁶⁸³.

Eski MÖHUK m. 24 / f. 2'de son olarak, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yerinin belirlenmemesi durumunda, sözleşmeye, en yakın ilişkide olduğu yerin hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Her ne kadar hükmün lafzı sadece ifa

⁶⁷⁹ ÇELİKEL / ERDEM, s. 326. İş sözleşmeleri açısından, bkz. EKŞİ, *İş*, s. 120; DOĞAN, *İş Akdi*, s. 49. Taşıma sözleşmeleri de aynı hükme tâbi idi (TEKİNALP, *Taşıma*, s. 39).

⁶⁸⁰ Bu sistemin eski MÖHUK'un yürürlüğünden önce de uygulanması ile ilgili, bkz. Yarg. HGK E. 1979/1775, K. 1981/563, T. 3.7.1981 (karar için bkz. TEKİNALP, *Taşıma*, s. 36). Bu yönde, bkz. SEVİĞ, s. 109.

Bu yaklaşımın karşılaştırmalı hukukta terk edildiği yönünde, bkz. TEKİNALP, *Zımnî Hukuk*, s. 29; TEKİNALP, *AT*, s. 1108.

⁶⁸¹ Yarg. 19. HD. E. 1996/5532, K. 1997/604, T. 30.1.1997 (karar için bkz. EKŞİ, *Kararlar*, s. 100).

⁶⁸² TEKİNALP, *AT*, s. 1108; TEKİNALP, *Objektif Kural*, s. 449; GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 194; EKŞİ, *İş*, s. 126; ÖZEL, *Objektif*, s. 597; ERDEM, *Patent Hakkı*, s. 167.

Ancak ÖZEL, "ağırlıklı edim" kavramının "karakteristik edim"den farklı özellikler taşıdığını belirtmektedir: bir sözleşmede karakteristik edimin hangi edim olduğuna karar verilmesi güç olsa bile, o sözleşmede tarafların edimlerinden daha ağır nitelikte olanının tespit edilmesi mümkün olabilir. Özellikle atipik ve karma sözleşmelerde karakteristik edimin hangisi olduğu tartışılabilir, taraflardan hangisinin edimin daha ağırlıkta olduğu yazara göre bellidir (ÖZEL, *Objektif*, s. 598).

⁶⁸³ Dolayısıyla bu hükmün uygulanması için hem karakteristik edimin, hem de bu edimin ifa edileceği yerin tespit edilmesi gerekir (GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 194). Elbette bazı durumlarda ifa yerinin tespiti çok kolay olmayacaktır; bu da sözleşmeye uygulanacak hukukun saptanmasını güçleştirecektir.

yerinin tespit edilemediği durumları öngörse de, doktrinde bu son bölümün, sanki genel bir istisna kuralıymış gibi, MÖHUK m. 24 / f. 2 hükmünün yapısına uymayan sözleşmelere de uygulanması bazı yazarlar tarafından önerilmiştir⁶⁸⁴.

ERDEM, özellikle de patent hakkına ilişkin sözleşmelerde bu yönde bir yorumun kaçınılmaz olduğunu savunmaktadır⁶⁸⁵. DOĞAN da, "en sıkı ilişkili hukuk"un uygulanmasını zayıf âkitle yapılacak sözleşmeler açısından değerlendirmiş ve bu yöntemle daha uygun sonuçlara varılabileceğini kabul etmişse de, kanunun yapısı karşısında bu fikrin ileri sürülemeyeceği sonucuna ulaşmıştır⁶⁸⁶. Nitekim TEKİNALP de karakteristik edim saptandığı sürece, karakteristik edimin ifa yeri hukukunun uygulanacağını belirtmektedir⁶⁸⁷. Yazar bir başka çalışmasında, bu kuralın bir istisna kuralı olmadığını belirtmiştir. Gerçekten de bu hükmün uygulanması objektif kuralın adil çözüm verip vermemesine bağlanmamıştır. Eski MÖHUK m. 24 / f. 2'ye göre, ancak sözleşmedeki karakteristik edim tespit edilemezse, bu hüküm uygulanabilir⁶⁸⁸. Fakat TEKİNALP, bir diğer çalışmasında, ifa yerinin anlamsız kaldığı durumlarda en sıkı ilişkili hukukun araştırılmasının hukuk mantığı gereği olduğunu ileri sürmüştür⁶⁸⁹. Yazar, bu hükmün sadece ifa yerinin bulunamaması hâline münhasır tutulmaması gerektiğini belirtmiştir⁶⁹⁰.

Eski MÖHUK'taki düzenleme, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanması açısından, yeni MÖHUK m. 24 / f. 4'ten farklılık arz eder. Yeni hükümde, tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuk sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuktur. Ancak sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun tespiti açısından yeni MÖHUK'ta karakteristik edime bir gönderme yapılmıştır. Oysa eski MÖHUK'ta, sözleşmeye uygulanacak hukuk karakteristik edimin ifa yeri hukukudur. Sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, ancak karakteristik

⁶⁸⁴ Bu görüş için, bkz. TEKİNALP, *AT*, s. 1108, vd.; ERDEM, *Patent Hakkı*, s. 198. MÖHUK m. 24 / f. 2'deki "istisna"nın farklı yorumlanması ile ilgili, bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s. 332, vd.

⁶⁸⁵ ERDEM, *Patent Hakkı*, s. 198. Biz de ERDEM'in ideal hukuk arayışı içinde uğraşısını desteklese de, patent lisansı sözleşmelerinde bazı durumlarda bile olsa, karakteristik edim borçlusunun hangi taraf olduğunun belirlenemeyebileceği düşüncesine katılmıyoruz (patent lisansı sözleşmesinde karakteristik edim lisansın verilmesidir; ancak lisans, franchise sözleşmesi gibi bazı sözleşmelerin bir unsuru olabilir, bu durumda artık saptanması gereken husus patent lisansı sözleşmesine uygulanacak hukuk değil, franchise sözleşmesine uygulanacak hukuktur).

⁶⁸⁶ DOĞAN, *MHB*, s. 36.

⁶⁸⁷ TEKİNALP, *AT*, s. 1108, vd. Aynı görüşte, SAKMAR, s. 365.

⁶⁸⁸ TEKİNALP, *Objektif Kural*, s. 450; ayrıca bu görüşte TURHAN, s. 146.

⁶⁸⁹ TEKİNALP, *Akdi Borç Statüsü*, s. 69.

⁶⁹⁰ TEKİNALP, *Akdi Borç Statüsü*, s. 70. Doktrinde bir grup yazar bu görüşe katılmaktadır (SARGIN, *Karakteristik*, s. 78, vd., 89; ÖZEL, *Objektif*, s. 599 ve s. 599, dn. 103).

edimin ifa yeri belirlenemezse⁶⁹¹ uygulanır. Bu nedenle, eski düzenlemede en sıkı ilişkili hukukun yardımcı objektif bağlanma kuralı olduğu ileri sürülmüştür⁶⁹².

Eski düzenlemenin ifa yerine gönderme yapması, doktrinde eleştirilmiştir⁶⁹³. Uygulanacak hukukun ifa yerine göre belirlenmesinin başlıca dört sakıncası vardır.

Birinci sakınca, tarafların ifa yerini belirlememiş olması durumunda, ifa yeri ancak sözleşmeye uygulanan hukuka göre tespit edilebilir. Oysa, bu hukukun tespiti de ifa yerine bağlıdır. Böylece bir kısır döngü oluşacaktır⁶⁹⁴.

Bu kuralın ikinci sakıncası, BK m. 73'ün (ifa yerini düzenleyen hüküm) her zaman milletlerarası ticarete uygun bir çözüm getirmemesidir. Tarafların ifa yerini tespit etmemesi ve BK m. 73 uyarınca belirlenecek ifa yerinin tarafların menfaatini karşılamaktan uzak kaldığı bir durumda sözleşmeye en yakın ilişkideki hukuk uygulanmalıdır. Somut olayda, karakteristik edimin birden fazla yerde ifa edilmesi durumunda da bu hüküm uygulama alanı bulacaktır. Bu ise, ifa yerinin tespit edilemediği durumlarda, sözleşmeye uygulanacak hukukun gerçek anlamda objektif bir kuralla tespit edilememesi demektir⁶⁹⁵. Böylece, uygulanacak hukukun tespitinde uygulamanın rolü artacaktır⁶⁹⁶. Bu durumun öngörülebilirlik ve hukukî kesinlik ile ne derece bağdaştığı sorgulanmalıdır.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun ifa yeri üzerinden tespit edilmesi ile ilgili bir diğer eleştiri konusu ise, ifa yerinin bir hukukî ilişkide değiştirilmesinin mümkün olması ve uygulanacak hukukun bu değişiklikten etkilenecek olmasıdır⁶⁹⁷. Üstelik, bir

⁶⁹¹ İfa yerinin tespit edilmesini imkansızlaştıran veya ifa yerinin tespitinde özellik arz eden kimi durumlar için, bkz. AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 41, vd.

⁶⁹² ÖZEL, **Objektif**, s. 599; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 48; ÇELİKEL / ERDEM, s. 330; ERDEM, **Patent Hakkı**, s. 168; TARMAN, **Roma I**, s. 316. TURHAN da eski MÖHUK ile İMÖHK'ü karşılararak bu farkı vurgulamıştır (TURHAN, s. 145).

AKINCI da, eski MÖHUK sisteminde daha sıkı ilişkili hukukun uygulama alanı bulmasının düzenlenmediğini, dolayısıyla, hakim daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit etse bile bu hukuku uygulama imkanı olmadığını belirtmektedir (AKINCI, **İnşaat**, s. 92, vd.).

Roma Konvansiyonu m. 4 ile eski MÖHUK m. 24 / f. 2'nin karşılaştırılmasıyla yapılan benzer bir değerlendirme için, bkz. SARGIN, **Karakteristik**, s. 43.

⁶⁹³ ÇELİKEL / ERDEM, s. 593, vd.; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 46; TURHAN, s. 145; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 196; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 238; SARGIN, **Karakteristik**, s. 77, vd. Aksi görüşte, ÖZEL, **Objektif**, s. 601, vd., 616.

⁶⁹⁴ Bu kısır döngünün *lex fori*'ye göre ifa yerinin tespit edilerek çözüleceği yönünde bir görüş için, bkz. AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 38.

⁶⁹⁵ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 196.

⁶⁹⁶ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 196.

⁶⁹⁷ TURHAN, s. 145; TEKİNALP, **Zımnî Hukuk**, s. 29; TEKİNALP, **Objektif Kural**, s. 444.

sözleşmede ifa yerinin farklı tespit edilmesinden dolayı, benzer hukukî ilişkilere, aynı objektif kural nedeniyle farklı hukuk uygulanacaktır⁶⁹⁸.

Sözleşmenin tâbi olduğu hukukun ifa yeri hukuku üzerinden belirlenmesinin bir diğer sakıncası da, bu yöntemle her ne kadar işlem menfaati gerçekleşse de, taraf menfaatinin çoğu zaman gerçekleşmeyecek olmasıdır⁶⁹⁹. Bu objektif kural nedeniyle birçok durumda sözleşmeye uygulanacak en uygun hukuk saptanamayacaktır. Gerçekten de bazı durumlarda sözleşmenin ifa yeri, sözleşmedeki diğer unsurlarla pek de ilgisi olmayan bir yer olabilmektedir.

2. Karakteristik edim teorisinin ortaya çıkışı ve tarihsel süreç içinde İsviçre sistemi

a) Uygulanacak hukukun karakteristik edim üzerinden tespit edilmesi fikrinin ortaya çıkışı ve karakteristik edim teorisinin gelişimi

Karakteristik edimin sözleşmelere uygulanacak hukukun tayininde kullanılması fikrinin nüvesi 1908 yılında Milletlerarası Hukuk Enstitüsü'nün Floransa'daki toplantısı sonucu çıkartılan teklife dayanmaktadır⁷⁰⁰. "Sözleşmesel borçlara uygulanacak hukukun belirlenme kuralları" başlığı taşıyan teklifin (Floransa teklifi) ilk maddesi uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesini düzenlemektedir. Teklifin ikinci maddesinde ise, sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşmenin niteliği, tarafların göreceli durumu ve sözleşme konusu şeyin yerine göre tespit edileceği belirtilmiş, ardından da on bent hâlinde çeşitli sözleşme tipleri incelenmiştir⁷⁰¹. Teklifin üçüncü maddesi, sözleşmeye uygulanacak hukukun ikinci maddede belirtilen kriterlere göre belirlenememesi hâlinde hangi hukukun uygulanacağı ile ilgili bir kural öngörmektedir.

⁶⁹⁸ TEKİNALP, **Objektif Kural**, s. 444.

⁶⁹⁹ AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 46. Benzer yönde, TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 238.

⁷⁰⁰ KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 196; ANCEL, **Prestation**, s. 154; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 171. Teklifin Fransızca metni için "http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1908_flo_02_fr.pdf".

⁷⁰¹ KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 196.

Floransa teklifinde "karakteristik edim" terimi kullanılmamıştır⁷⁰². Ancak ikinci maddedeki on bentten bazılarında karakteristik edim borçlusunun hukukuna göndermeler yapılmıştır. Örneğin dördüncü bentte ticarî satıma satıcının ticarî işletmesinin bulunduğu yer hukuku, altıncı bentte sigorta sözleşmelerine sigorta şirketinin merkezinin bulunduğu yer hukuku, yedinci bentte kanunun düzenlediği tıp, avukatlık gibi mesleklerden biri çerçevesinde yapılan sözleşmelere bu kişinin mesleğini yaptığı yer hukuku ve onuncu bentte taşıma sözleşmelerine taşıyanın işyerinin bulunduğu yer hukukunun sözleşmeye uygulanacağı belirtilmiştir⁷⁰³.

Floransa teklifindeki sistem, sözleşmeyle en yakın ilişkili hukukun uygulanması gibi belirsiz bir bağlanma yerine, en azından somut bir kuralın uygulanacak hukuku belirlemesini önermektedir⁷⁰⁴.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşmeyle yakın irtibata, yakın irtibatın da karakteristik edime göre belirlenmesi önce İsviçre doktrininde, daha sonra da İsviçre Federal Mahkeme içtihadında kabul görmüştür⁷⁰⁵. Bir başka deyişle, karakteristik edim teorisi İsviçre'deki uygulamayla geliştirilmiştir⁷⁰⁶.

İsviçre hukukunda kanunlar ihtilafı kurallarının kanunlaştırılması ilginç bir süreç izlemiştir⁷⁰⁷. 1891 tarihli bu konudaki ilk kanun "yerleşik veya geçici bulunan tebaanın medenî hukuk ilişkileri"ni konu alıp aslen kantonlar arası kanunlar ihtilaflarını düzenlemekteydi⁷⁰⁸. Fakat o dönemde, İsviçre'de sadece aile ve miras hukukuyla ilgili konular kantonların düzenlemesine tâbi idi; sözleşmeye ilişkin düzenlemeler federal ölçekte yapılıyordu⁷⁰⁹. Dolayısıyla bu düzenlemede sözleşmelere ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı yoktu⁷¹⁰; İMÖHK'ün 1989 yılında yürürlüğe girmesine kadar da, bu yönde bir düzenleme mevzuatta öngörülmemiştir⁷¹¹.

⁷⁰² KAUFMANN-KOHLER'in de belirttiği üzere, Floransa teklifinde "karakteristik edim" formülü değil, fikri doğmuştur (KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 196).

⁷⁰³ KAUFMANN-KOHLER de bu bentlere dikkat çekmiş ve Floransa teklifinin bu bentler dahilinde öngördüğü çözümlerin daha sonra Federal Mahkeme içtihadında ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda tekrar ortaya çıktığını belirtmiştir (KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 196).

⁷⁰⁴ ANCEL, **Prestation**, s. 154.

⁷⁰⁵ TEKİNALP, **Objektif Kural**, s. 443; ÖZEL, **Objektif**, s. 582; SARGIN, **Karakteristik**, s. 37.

⁷⁰⁶ D'OLIVEIRA, s. 304.

⁷⁰⁷ Süreç için, bkz. Pierre A. KARRER / Karl W. ARNOLD / Paolo Michele PATOCCHI, **Switzerland's Private International Law**, 2. Bası, Zürih 1994, s. 3, vd.

⁷⁰⁸ KARRER / ARNOLD / PATOCCHI, s. 6; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 143.

⁷⁰⁹ KARRER / ARNOLD / PATOCCHI, s. 6.

⁷¹⁰ KARRER / ARNOLD / PATOCCHI, s. 6; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 144.

⁷¹¹ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 144, 147.

İşte bu sebeple, sözleşmeye uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları İsviçre'de içtihat yoluyla gelişmiş⁷¹² ve bu içtihat İMÖHK ile kodifiye edilmiştir⁷¹³.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun - taraflar hukuk seçiminde bulunmamışlarsa- karakteristik edim yoluyla bulunması fikrini 1930'larda SCHNITZER ortaya atmıştır⁷¹⁴. SCHNITZER yersel olarak sözleşmeyle en sıkı irtibatı olan hukukun sözleşmeye uygulanması hususunda SAVIGNY'nin görüşünü devam ettirmektedir⁷¹⁵. SCHNITZER'in, uygulanacak hukuku sözleşmenin sosyo-ekonomik fonksiyonunu ön plana çıkartarak sözleşmeyi tarafların ekonomik ve sosyal yaşamında faaliyet gösterdiği alana bağlamayı amaçladığı dile getirilmiştir⁷¹⁶. Bunun için sözleşmenin hakikî esaslı unsurları belirlenmelidir⁷¹⁷. İşte karakteristik edim, sözleşmenin ekonomik ve sosyal fonksiyonuna göre uygulanacak hukukun belirlenmesini sağlamaktadır⁷¹⁸. Zaten bir sözleşmesel ilişkideki karakteristik edim de, sözleşmenin sosyolojik ve ekonomik niteliği ve fonksiyonuna göre saptanacaktır⁷¹⁹.

Karakteristik edim tespit edildikten sonra, ikinci aşamada karakteristik edime dayanan bir bağlanma noktası belirlenmelidir⁷²⁰. SCHNITZER, kimi ticarî ilişkilerde ve meslekî faaliyetlerde hukukî ilişkinin somutlaştığı yerin ticarî işyeri ve mesleğin icra edildiği yer olduğunu ileri sürmüştür. Mesela, tek başına çalışan el işçisinin işyeri tipik edimin üstlenildiği yerdir⁷²¹. Yazara göre, durumun şartlarından aksi anlaşılmadığı sürece, sözleşme, hukukî ilişkinin somutlaştığı yer olan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukuna tâbi olmalıdır⁷²². Böylece karakteristik edim borçlusunun müşteri veya karşı âkitlerle ("*co-contractant*", "*Gegenkontrahent*") kuracağı tüm benzer sözleşmelere aynı hukuk uygulanacaktır⁷²³.

⁷¹² GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 144.

⁷¹³ KARRER / ARNOLD / PATOCCHI, s. 6; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 148.

⁷¹⁴ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 172; SARGIN, **Karakteristik**, s. 44.

SCHNITZER'in en önemli katkısı, özellikle XX. yüzyılın başından beri bu konuda ileri sürülen fikirleri sistematize etmek ve uygulanacak kriteri ortaya çıkarmaktır (KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 198).

⁷¹⁵ KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 198; PATOCCHI, s. 121.

⁷¹⁶ ANCEL, **Prestation**, s. 155, vd.; D'OLIVEIRA, s. 307.

⁷¹⁷ PATOCCHI, s. 121.

⁷¹⁸ ANCEL, **Prestation**, s. 156.

⁷¹⁹ KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 198; PATOCCHI, s. 121.

⁷²⁰ KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 198; D'OLIVEIRA, s. 307.

⁷²¹ SCHNITZER, **C. 2**, s. 645.

⁷²² SCHNITZER, **C. 2**, s. 645.

⁷²³ SCHNITZER, **C. 2**, s. 645.

SCHNITZER, sözleşmenin bağlanması gereken hukuk ile ilgili yaptığı saptamayı genel bir kritere dayandırmayı tercih etmiştir. Yazara göre sözleşmeye uygulanacak hukuk "borcun yeri" ("*Schuldort*") hukukudur⁷²⁴. Borcun yeri, yani karakteristik edimin yerine getirilmesi gereken yer, borcun ifa edilmesi gereken yer ile karıştırılmamalıdır⁷²⁵; borcun yeri, borcun tamamlandığı yerdir⁷²⁶. Yazar, kimi sözleşmeleri inceleyerek bu sözleşmelerde borcun oturduğu yeri tespit etmiştir⁷²⁷. Yazar, karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanması gerektiğini ön plana çıkarsa da, sonuçta, bağlanma noktası olarak "*Schuldort*"u tercih etmiştir⁷²⁸.

Az önce de dile getirdiğimiz üzere, SCHNITZER'e göre "*Schuldort*" karakteristik edimi ifa etmesi gereken tarafın ticaret ve iş hayatını yürüttüğü yerdir⁷²⁹. VISCHER ise, "*Schuldort*" yerine daha az karışıklığa mahal verecek bir bağlanma noktasını tercih etmiş ve borcu doğrudan karakteristik edimi ifa etmesi gereken tarafın ticaret ve iş hayatını yürüttüğü yere, bu kişi borcunu ticaret veya iş hayatı çerçevesinde yapmıyorsa, bu tarafın mutad meskenine bağlamıştır⁷³⁰.

Tarihsel süreç içinde İsviçre içtihadında sözleşmeye uygunlanmak üzere çeşitli bağlanma kuralları tercih edilmiştir⁷³¹. İsviçre'de ilk aşamada büyük ve küçük parçalanma metodu uygulanmaktaydı⁷³². Bu kapsamda 1933 yılına kadar daha çok ifa

⁷²⁴ SCHNITZER, C. 2, s. 647; KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 198; ANCEL, *Prestation*, s. 157; D'OLIVEIRA, s. 307; GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 173.

Schuldort ile SAVIGNY'nin her borca borcun oturduğu yerin uygulanması görüşü arasında bir paralellik kurulması mümkündür. Ancak SAVIGNY, SCHNITZER'den farklı olarak, borcun *seat*'inin borcun ifa edildiği yer olduğunu belirtmiştir (MCCLEAN, s. 129).

SCHNITZER, ifa yerinin her zaman en önemli sözleşme unsuru olmadığı belirtmiş ve özellikle borcun ifa edilmediği hâllerde ifa yerinin hiçbir önem taşımayacağını vurgulamıştır (SCHNITZER, Adolf F. C. 2, s. 626).

⁷²⁵ SCHNITZER, C. 2, s. 647; KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 198; ANCEL, *Prestation*, s. 157; D'OLIVEIRA, s. 307.

⁷²⁶ SCHNITZER, C. 2, s. 647.

⁷²⁷ ANCEL, *Prestation*, s. 157, vd.

⁷²⁸ SCHNITZER, biri daha kısa form olmak üzere iki farklı şekilde sözleşmeye uygulanması gereken objektif kanunlar ihtilafı formüle etmiştir (SCHNITZER, C. 2, s. 648): "*Obligationenrechtliche Verträge sind nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, an dem derjenige, der die charakteristische Leistung übernommen hat, sie schuldet*" (Borçlar hukuk sözleşmeleri, karakteristik edimi üstlenen tarafın üstlendiği borcun yeri hukukuna tâbidir) veya kısaca, "*Auf obligationenrechtliche Verträge ist das Recht des Schuldorts der charakteristischen Leistung anzuwenden*" (Borçlar hukuk sözleşmelerine karakteristik edimin "*Schuldort*" (borç yeri) hukuku uygulanır).

⁷²⁹ Aynı yönde, D'OLIVEIRA, s. 307.

⁷³⁰ D'OLIVEIRA, s. 307.

⁷³¹ İsviçre içtihadındaki bu gelişim için bkz. KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 199, vd.; PATOCCHI, s. 116, vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Sükût*, s. 383, vd.

⁷³² KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 199.

yeri hukuku uygulama alanı bulmuştur⁷³³. 1934'ten itibaren Federal Mahkeme, farazî iradenin sözleşmeyle en sıkı ilişkideki hukuka gönderme yaptığını belirtmiştir⁷³⁴. Bu metodda, hâlâ her edime uygulanacak hukuk, edimin ifa yeri hukuku idi⁷³⁵. Ancak daha sonraları, Federal Mahkeme, uygulanacak hukuku farazî iradenin üzerinden değil, objektif ölçütlerle belirlemenin daha doğru olacağı görüşünü benimsemiştir⁷³⁶.

1952 tarihli *Chevalley v. Genimportex* kararı⁷³⁷ dönüm noktası oluşturmaktadır. Farazî irade üzerinden uygulanacak hukukun tespit edilmesi yaklaşımı bu kararla terk edilmiştir⁷³⁸. Karara göre, uygulanacak hukuk en sıkı ve en gerçek bağlantıdaki hukuka göre tespit edilecektir⁷³⁹. Karara göre, sözleşme başka bir hukukla daha sıkı ilişkide değilse, ifa yeri yersel bağlantı açısından baskın bir öneme sahiptir. Sözleşmede birden çok edim bulunuyorsa, karakteristik edim dikkate alınacaktır⁷⁴⁰. Böylece her edime farklı bir hukukun uygulandığı sistem de terk edilmiştir⁷⁴¹.

Böylece, farazî irade gibi yarı sübjektif sayılabilecek bir bağlanma noktası yerine, tespit edilmesi daha kolay objektif bir bağlanma noktası kullanılmıştır⁷⁴². Ancak Federal Mahkeme, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun karakteristik edimin ifa yeri olduğu görüşünden kısa bir sürede vazgeçmiş; bunun yerine önce karakteristik edim borçlusunun ikametgâhı⁷⁴³, son olarak da karakteristik edim

⁷³³ TEKİNALP, **Bağlama**, s. 342; TURHAN, s. 133; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 144. Ayrıca, bkz. SARGIN, **Karakteristik**, s. 39; PATOCCHI, s. 116.

⁷³⁴ *Nathan Institut AG* kararı, 18 Eylül 1934, ATF 60 II 294 (kararla ilgili değerlendirme için, bkz. ANCEL, **Prestation**, s. 21; PATOCCHI, s. 116, vd.; SCHNITZER, **C. 2**, s. 635). Ayrıca, bkz. SCHNITZER, **C. 2**, s. 635, vd.; KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 199; SARGIN, **Karakteristik**, s. 39.

⁷³⁵ KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 199; PATOCCHI, s. 116, 120.

⁷³⁶ SCHNITZER, **C. 2**, s. 636; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 342, vd.; TURHAN, s. 134; SARGIN, **Karakteristik**, s. 39.

⁷³⁷ *Chevalley v. Genimportex* kararı, 12 Şubat 1952, ATF 78 II 74 (kararla ilgili değerlendirme için, bkz. PATOCCHI, s. 117). Ayrıca, bkz. SCHNITZER, **C. 2**, s. 636.

⁷³⁸ SCHNITZER, **C. 2**, s. 636.

⁷³⁹ PATOCCHI, s. 117. Benzer yönde ayrıca bkz. *Schwenger* kararı, 14 Temmuz 1951, ATF 77 II 272 (ANCEL, **Prestation**, s. 22). Taraflar hukuk seçiminde bulunmamışlarsa, sözleşmeye en sıkı ilişkili olduğu yerin hukukunun uygulanacağı yönünde, VISCHER, s. 169; DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 34.

⁷⁴⁰ PATOCCHI, s. 117. İsviçre'de bu dönemde karakteristik edimin ifa yerinin sözleşme ile en sıkı ilişkideki hukuku belirlediği görüşünün hakim olduğu yönünde, bkz. DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 34; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 343; TURHAN, s. 134; TEKİNALP, **Objektif Kural**, s. 443. Karş. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 145, 173.

⁷⁴¹ Bu yönde, PATOCCHI, s. 120.

⁷⁴² GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 145; SARGIN, **Karakteristik**, s. 39; PATOCCHI, s. 117.

⁷⁴³ KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 200; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 343; ÇELİKEL / ERDEM, s. 321, vd.; TEKİNALP, **Objektif Kural**, s. 443; TURHAN, s. 134; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 145, 173.

borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yerin sözleşme ile en sıkı ilişkide olduğunu kabul etmiştir⁷⁴⁴.

b) İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda öngörülen sistem

İMÖHK, 1973 tarihinde başlayan bir hazırlık sürecine dayanır⁷⁴⁵. Tasarı 18.12.1987'de Parlamento'da kabul edilmiş; kanun 1.1.1989'da yürürlüğe girmiştir⁷⁴⁶.

Fransızca, Almanca ve İtalyanca hazırlanan kanunun kimi hükümleri, farklı dillerdeki versiyonlarda farklı şekillerde yorumlanabilir. İşte böyle bir durumda her üç metnin göz önünde bulundurulması ve bu metinlerden hukuku en iyi yansıtanın dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir⁷⁴⁷.

İsviçre hukukunda getirilen bu düzenleme, birçok başka ülke tarafından örnek alınmıştır⁷⁴⁸. Kanun'un özellikle sözleşmeleri düzenleyen bölümü, doktrin ve içtihadındaki birikime dayanmakta ve adeta bu birikimi sistematize etmekte⁷⁴⁹ ya da bir başka ifade ile içtihadı kodifiye etmektedir⁷⁵⁰.

İsviçre hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafi kuralları, İMÖHK m. 116, vd.'nda öngörülmüştür. İMÖHK m. 116, tarafların hukuk seçimi yapmasını, İMÖHK m. 117 ise, hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak

ANCEL, *Hollas* kararı, ATF 67 II 179; *Ruetz* kararı, ATF 61 II 182, *Société pour l'exportation des sucres SA* kararı, ATF 63 II 303; *Banque Nationale Belge* kararı, ATF 65 II 66; *Hungarian Discount and Exchange Bank Ltd* kararı, ATF 67 II 215; *Burger & Widmer* kararı, ATF 77 II 83; *Schwenger* kararı, 14 Temmuz 1951, ATF 77 II 272; *SEBA* kararı, ATF 77 II 191 gibi kararları bu görüşe örnek olarak göstermektedir (ANCEL, **Prestation**, s. 23, vd.).

⁷⁴⁴ KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 200; DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 34; TURHAN, s. 134; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 173.

Örneğin, *Sznajer* kararı, ATF 92 II 111; *Asbrink Eiker AB*, ATF 100 II 450 (ANCEL, **Prestation**, s. 25).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ise İsviçre hukukunda benimsenen en son sistemi eleştirmekte ve sözleşmeye ilk aşamada karakteristik edim borçlusunun ifa yeri, ancak bu metodla bir çözüme varılmaması hâlinde borçlunun ikametgâhı hukukunun uygulanması gerektiği kanaatinde olduğunu belirtmektedir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Sükût**, s. 389). Biz ise, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'na katılmıyor, İsviçre hukukunda yerleşen karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun uygulanması gerektiği yönündeki içtihadın daha isabetli olduğunu düşünüyoruz. Uygulanacak hukuku Türk hukuku açısından ele aldığımız bölümde, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin, edimin ifa yerine göre neden tercih edilmesi gerekeceğine değineceğiz.

⁷⁴⁵ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 146.

⁷⁴⁶ "<http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/index.html>".

⁷⁴⁷ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 147.

⁷⁴⁸ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 148.

⁷⁴⁹ TURHAN, s. 121.

⁷⁵⁰ KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 201.

hukuku düzenlemektedir. İMÖHK m. 118, vd.'nda da, menkul satımı sözleşmesi, gayrimenkullerle ilgili sözleşmeler, tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, konusu fikrî mülkiyet olan sözleşmelere uygulanacak hukuk belirlenmiştir.

İMÖHK m. 117, tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda, sözleşmeye, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağını; (f. 1) ardından da, karakteristik edim borçlusunun yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukukunun sözleşme ile en sıkı ilişkiyi taşıdığı kabul edileceğini belirtmektedir (f. 2). Bu ilk iki fıkra, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1 ve 2 ile paraleldir. Ancak MÖHUK m. 24 / f. 4 düzenlenmesinden farklı olarak, İMÖHK m. 117 / f. 3'te, çeşitli hukukî ilişkilerde "karakteristik edim"den hangi edimin anlaşılması gerektiği bir katalog hâlinde⁷⁵¹ sayılmıştır⁷⁵².

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'e denk gelen bir hüküm, ne İMÖHK m. 117'de, ne de sözleşmelere uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının bulunduğu İMÖHK m. 116, vd.'ndaki diğer maddelerde bulunmaktadır. İsviçre kanunkoyucusu, sadece sözleşmelere ilişkin değil, milletlerarası özel hukukta öngördüğü tüm kanunlar ihtilafı kurallarının bazı somut olaylarda yaratabileceği haksız sonuçları engelleyebilmek için, "daha sıkı ilişkili hukuk"un uygulanmasını kanunun genel kısmında ve tüm hukukî ilişkilere uygulanacak bir istisna olarak öngörmüştür. Sonuçta, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'e denk gelen hüküm, İMÖHK m. 15'te bulunur⁷⁵³.

⁷⁵¹ Bir hakkın temlikini öngören sözleşmelerde temlik edenin edimi (İMÖHK m. 117 / f. 3 / b. a), konusu bir şeyin veya bir hakkın kullanımı olan sözleşmelerde kullandırmanın edimi (İMÖHK m. 117 / f. 3 / b. b), vekâlet sözleşmesi, istisna sözleşmesi ve konusu hizmet edimi olan diğer sözleşmelerde, hizmet edimi (İMÖHK m. 117 / f. 3 / b. c), vedia sözleşmesinde vedia alanının (saklayanın) edimi (İMÖHK m. 117 / f. 3 / b. d), garanti ve kefalet sözleşmelerinde garantör ve kefilin edimi (İMÖHK m. 117 / f. 3 / b. e) karakteristik edim olarak sayılmıştır.

⁷⁵² KAUFMANN-KOHLER, *Prestation*, s. 202.

Ancak bu kategorizasyon doktrinde eleştirilmiştir; çünkü bu kategoriye giren sözleşmelerin tümünde karakteristik edimin aynı edim olduğu kabul edilmektedir. Bu eleştiri için, bkz. ÖZEL, *Objektif*, s. 583.

⁷⁵³ Benzer kanaatte, DUTOIT, s. 39; TEKİNALP, *Akdi Borç Statüsü*, s. 64.

Yine de İsviçre doktrininde birçok yazar, sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması durumunda, İMÖHK m. 15 yerine, İMÖHK m. 117 / f. 1'e dönülmesi gerektiğini belirtmektedir (bu görüşte, ÖZEL, *Objektif*, s. 595). İsviçre doktrininde bu iki hüküm arasındaki ilişki ile ilgili ileri sürülen görüşlere genel bir bakış için, bkz. GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 180, vd. Bu görüşlere dayanarak, İsviçre'de ağırlıklı olarak İMÖHK m. 117 / f. 2'nin istisnasının m. 117 / f. 1 olduğunun kabul edildiğini söyleyebiliriz. Nitekim GÜNGÖR de, m. 117 / f. 2'ye göre tespit edilen hukukun en yakın ilişkili hukuku yansıtmadığı hâllerde, m. 117 / f. 1'e dayanılarak uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir (GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 186). Benzer bir şekilde, TURHAN da, İMÖHK m. 117 sisteminin bir bütün olduğunu, f. 2'de bir karine öngörüldüğünü, bu

Hükümün lafzına göre, gerek Roma Konvansiyonu'ndan, gerekse de Türk hukukundan farklı, ancak Roma I Tüzüğü'ne paralel olarak (hatta bu metinden bile daha ağır şartlarda), "daha sıkı ilişkili hukuk" ancak çok istisnâî şartlarda uygulanabilir. Hüküm, "*bu kanunun öngördüğü hukuk[un], hukukî ilişkinin*"⁷⁵⁴ bu hukukla ancak çok gevşek bir bağının olduğu ve bu hukukî ilişkinin bir başka hukukla çok daha sıkı ilişkide bulunduğu hâlin tüm şartlarından açıkça anlaşılıyorsa"⁷⁵⁵, istisnâî olarak" uygulanmayacağını düzenlemektedir.

Dikkat edilecek olursa, bu hüküm "(çok) daha sıkı ilişkili hukuk"un uygulamasını oldukça sıkı şartlara bağlamaktadır. Hakimin bu hükmü gerçek bir

karinenin aksinin ispat edilmesi durumunda, sistemin içinde kalıp genel kurala dönülmesi gerekeceğini açıklamıştır (TURHAN, s. 137).

Öte yandan AKINCI ise, hangi hükmün uygulama bulacağı yönünde teknik bir tartışmaya girmeden, "[y]etkili hukukun belirlenmesinde hukukî güvenliğin sarsılmaması için, genel kuralın esas, istisnânın özel durumlarda uygulama alanı bulması" gerektiğini belirtmiştir (AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 32).

KAUFMANN-KOHLER ise, İMÖHK m. 15'i sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları arasında istisna klozu olarak değerlendirmiştir (KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 202). Aynı yönde, DUTOIT, s. 39.

Kanaatimizce bu tartışmanın en önemli noktası, f. 2'deki kuralın hangi şartlarda bertaraf edileceğidir (tartıştığımız olasılık sözleşmeden karakteristik edimin belirlenebildiği, ancak karakteristik edim borçlusunun hukukunun sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olmadığı olasılıktır; İMÖHK m. 117 / f. 1'in karakteristik edim borçlusunun hukukunun tespit edilemediği durumda kullanılıp kullanılmayacağını aşağıda tartışacağız). İMÖHK m. 15, objektif kuralın hangi şartlarda bertaraf edileceği ve hukukî ilişkiyle çok daha sıkı ilişkili hukukun nasıl uygulanacağını şartlarını ortaya koymuştur. Oysa İMÖHK m. 117 / f. 1'de böyle bir düzenleme mevcut değildir. İMÖHK m. 117 / f. 1'in bu noktada nasıl yorumlanacağı önem arz eder. Bu hüküm, İMÖHK m. 15'e paralel yorumlanacaksa, İMÖHK m. 117 / f. 2'nin uygulanmadığı durumlarda, f. 1'e dönmenin bir anlamı kalmaz; nitekim İMÖHK m. 15 bu görevi yerine getirmektedir. İMÖHK m. 117 / f. 1, İMÖHK m. 15'e uygun yorumlanmayacaksa (örneğin İMÖHK m. 15'in aradığı sıkı şartlar yerine gelmeden sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanabileceği kabul ediliyorsa), bu durumda da hukukî kesinlik ve öngörülebilirlik açısından bir sorun doğmaktadır. Hakim her durumda, sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukuku araştırırsa, m. 117 / f. 2 düzenlemesindeki kuralın anlamı kalmaz; aksine bu hüküm hakimin işini zorlaştırır: hakim zaten her durumda sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuku araştırırsa, karakteristik edim borçlusunu belirlemek, sadece yargılama sürecinin uzaması anlamına gelecektir. Oysa en sıkı ilişkili hukuk, f. 2 düzenlemesine göre uygulanacak hukukun tatmin edilen bir sonuç vermemesi hâlinde devreye girmelidir. Bu ise zaten İMÖHK m. 15 hükmüdür. Dolayısıyla, İMÖHK m. 117 / f. 1'i, f. 2'nin istisnası olarak görmek (örneğin GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 187), f. 1'in hangi şartlarda uygulanacağını belirlenmesini gerektirir. Bu belirleme kanunda yapılmadığına göre bir belirsizlik doğacaktır. Bu nedenle İMÖHK m. 15'in doğrudan uygulanması bizce daha doğru bir yaklaşım olur.

⁷⁵⁴ Kanunun orijinal metinlerinde "*cause*", "*Sachverhalt*" terimleri kullanılmıştır. Bu terimleri "konu" kelimesi ile tercüme edebiliriz. Burada kullanılan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulandığı somut olaydaki konu ifade edilmektedir. Kanaatimizce, bu ifadeyi Türkçe'ye doğru ve öz bir şekilde tercüme etmek için "hukukî ilişki" ifadesinin kullanılması yerinde olacaktır.

⁷⁵⁵ Kanunun Fransızca versiyonunda "*il est manifeste que*", Almanca versiyonunda "*offensichtlich ist*" ifadeleri kullanılmıştır. Bu her iki ifadenin de Türkçe'de doğru karşılığı "aşikâr" kelimesi ile elde edilebilir. Ancak hükmü tercüme ederken bu ifadeyi cümlenin akışını bozacağı için kullanmıyoruz.

istisna olarak uygulaması için, hükmün lafzında bir çok unsur bulunmaktadır⁷⁵⁶. Hazırlık çalışmalarında maddenin ilk hâlinin göreceli olarak daha yumuşak olduğunu belirtelim⁷⁵⁷. İstisna hükmünün uygulamasının bu kadar ağır koşullara bağlanması, hukukî güveni sağlamaya yöneliktir⁷⁵⁸.

Öte yandan, GÜNGÖR⁷⁵⁹, İsviçre doktrinindeki İMÖHK m. 15'in fonksiyonel yorumu ile ilgili kimi görüşleri, bu hükmün adeta somut olay adaletine de hizmet edeceği şeklinde yorumlamış⁷⁶⁰ ve "*dava ile irtibat düzeyinde yakın ilgi içinde olan bir yetkili hukukun çağdaş milletlerarası özel hukukun değer atfettiği bazı temel maddî hukuk politikalarını gözetmemesi sebebiyle kolayca bertaraf edilebilmesi mümkün olabileceği gibi, dava ile irtibat düzeyinde yakın ilgi içinde bulunmayan başka bir hukukun temel maddî hukuk mülâhazalarını gözetmesi sebebiyle tatbiki[nin] de söz konusu*" edilebileceğini belirtmiştir. Biz İMÖHK m. 15'in kimi hâllerde (özellikle uygulanacak hukukun modern eğilimleri yansıtmaması durumunda) sözleşme ile çok daha sıkı ilişkide olan hukukun uygulanmasını bertaraf edecek biçimde yorumlanabileceğini; fakat, sözleşme ile yeterli irtibatı olmayan bir hukukun, sırf bu hukuk modern eğilimleri yansıtıyor diye, uygulanmasına kesin surette imkan vermeyeceğini düşünüyoruz. Kanaatimizce, İMÖHK m. 15'in lafzı zaten böyle bir yoruma engel olmaktadır; çünkü bu hükümde ancak sözleşme ile çok daha sıkı ilişkili hukukun varlığı hâlinde, sözleşme ile gevşek ilişkideki hukukun uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Sözleşmede karakteristik edimin tayin edilemediği durumlarda da, İMÖHK m. 117 / f. 2 uygulanmayacaktır. Bu durumda, İsviçre doktrininde m. 117 / f. 1'in mi, yoksa m. 15'in mi uygulanması gerektiği tartışılmıştır⁷⁶¹. Kanaatimizce, bu durumda m. 117 / f. 1'i doğrudan uygulamak gerekecektir. Zaten İMÖHK m. 15'in uygulama alanı bulabilmesi için bir hukukî ilişkiye uygulanacak bir objektif kuralın varlığı ve uygulanacak hukukun saptanması gerekir⁷⁶². Karakteristik edimin bulunmadığı

⁷⁵⁶ MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'ü incelerken bu hükmün uygulanmasını zorlaştıran unsurlara daha ayrıntılı bir biçimde değineceğiz. Aynı yönde, bkz. GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 155.

⁷⁵⁷ Maddenin ilk hâli için bkz. GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 150.

⁷⁵⁸ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 152.

⁷⁵⁹ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 155.

⁷⁶⁰ Yazar birçok defa İMÖHK m. 15'in somut olay adaletini sağlamaya imkan tanımadığını belirtmesine rağmen (örneğin GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 155, 159), yazarın bu noktada yaptığı yorum kanaatimizce bu genel saptama ile çelişmektedir.

⁷⁶¹ Tartışma için, bkz. TURHAN, s. 136; GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 181.

⁷⁶² GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 181.

sözleşmelerde, İMÖHK m. 117 / f. 2 yoluyla zaten bir hukuk belirlenemeyecek ve İMÖHK m. 117 / f. 1'in uygulanabilirliği devam edecektir⁷⁶³.

3. Avrupa Birliği hukuku sistemi

AB hukukunda genel olarak kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü, spesifik olarak AB hukukunda sözleşmelere uygulanacak borç ilişkileri alanında, kanunlar ihtilafı kurallarını düzenleyen metinlerdir. Bu iki hukukî metnin de hazırlanmasında İsviçre hukukundan büyük oranda esinlenilmiştir⁷⁶⁴. AB hukuku sistemi, Türkiye'nin AB'ye uyum sürecinde olmasından ve MÖHUK'un AB hukuku göz önüne alınarak hazırlanmasından dolayı ayrı bir öneme sahiptir⁷⁶⁵. Biz de bu bölümde, Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nde hukuk seçimi yokluğunda uygulanacak hukukun nasıl belirlendiğini ayrı ayrı inceleyeceğiz.

a) Roma Konvansiyonu

Hukuk seçimi yapılmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili olarak Roma Konvansiyonu'nu incelemeden önce, Konvansiyon'daki düzenleme ile ilgili birkaç konuda açıklama yapmanın yerinde olacağını düşünüyoruz.

Roma Konvansiyonu m. 1 / f. 2'de, Konvansiyon'un kapsamına girmeyen hukukî ilişkiler sayılmıştır. Ayrıca, Roma Konvansiyonu m. 1 / f. 3'te Avrupa Birliği sınırları içindeki bir riski koruyan sigorta sözleşmelerinin de Konvansiyon dahilinde olmadığı ifade edilmiştir⁷⁶⁶. Ancak reasürans sözleşmeleri Konvansiyon'un kapsamı

⁷⁶³ İMÖHK m. 15'in uygulama alanının böyle bir durumda doğmadığı yönünde, bkz. TURHAN, s. 136.

⁷⁶⁴ DICEY / MORRIS, s. 1237; KAUFMANN-KOHLER, *Contrats*, s. 266.

Üye Devletler'de bulunmayan bir sistemin AB dışındaki bir ülkeden alınarak AB içindeki kanunlar ihtilafı sorunlarının çözülmesi için kullanılması D'OLIVEIRA tarafından "ilginç" bulunmuştur (D'OLIVEIRA, s. 305).

⁷⁶⁵ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, s. 2.

⁷⁶⁶ Sigorta sözleşmelerinin Konvansiyon kapsamı dışında bırakılmasının sebebi ise, AB nezdinde bir başka uzman grubun sigorta sözleşmeleri ile ilgili çalışması ve sigorta sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı sorunlarının kimi yönergelerde düzenlenmesidir (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Green Paper*, s. 21).

dahilindedir (m. 1 / f. 4)⁷⁶⁷. Böylece Konvansiyon'da öngörülen bağlanma kurallarının hangi hukukî ilişkilere uygulanacağı belirlenmiştir.

Roma Konvansiyonu'nun uygulama alanı, kapsam maddesi ile daraltılmış olmakla birlikte, bu Konvansiyon'dan etkilenecek hazırlanan MÖHUK, Türk hukukundaki tüm sözleşmelerle ilgili kanunlar ihtilafı kurallarını öngörmektedir. Yine de, örneğin tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk MTK m. 4'te belirlenmekte, kıymetli evrak ile de ilgili olarak TTK m. 678, vd.'nda kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmiştir⁷⁶⁸. Roma Konvansiyonu'nun kapsamı dışında bırakılan kimi hukukî ilişkiler (örneğin mal rejimi, ehliyet, ispat kurallarına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları) ise, MÖHUK'un farklı bölümlerinde düzenlenmiştir. Bu durum, Konvansiyon'un spesifik olarak sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenlemesinden kaynaklanmaktadır.

Roma Konvansiyonu'nun bir başka önemli özelliği, Konvansiyon'un evrensel nitelikte olmasıdır⁷⁶⁹. Buna göre uyuşmazlık herhangi bir Üye Devlet mahkemesinde görüldüğü sürece, sözleşmenin tarafları üçüncü bir ülkenin vatandaşlığına sahip olsalar⁷⁷⁰ veya uygulanacak hukuk Üye Devletler'den birinin hukuku olmasa bile⁷⁷¹ Konvansiyon uygulama alanı bulur. Bu açıdan Konvansiyon'da öngörülen kanunlar ihtilafı kuralları, aynen bir millî hukukun öngördüğü kanunlar ihtilafı kuralları gibi uygulanmaktadır⁷⁷². Aynı hüküm Roma I Tüzüğü'nde de bulunmaktadır.

Roma Konvansiyonu'nun 3. maddesinde tarafların hukuk seçimi yapması hâlinde, 4. maddesinde de böyle bir seçimin yokluğunda sözleşmeye uygulanacak

⁷⁶⁷ Reasürans sözleşmeleriyle ilgili bu düzenlemenin nedeni, bu sözleşmenin ekonomik olarak güçlü taraflar arasında yapılması ile açıklanmaktadır (GIULIANO / LAGARDE, s. 12; EKŞİ, **Roma**, s. 79). Bir başka deyişle, reasürans sözleşmesinde, sigorta sözleşmesinde olduğu gibi zayıf bir tarafla güçlü bir taraf arasında bir hukukî ilişki değil, iki güçlü taraf arasında bir sözleşme söz konusudur.

Roma I Tüzüğü'nde ise reasürans sözleşmeleri, özel olarak düzenlenen sigorta sözleşmelerinin kapsamına dahil edilmemiştir; dolayısıyla bu sözleşmeye genel sübjektif ve objektif kural uygulanmaya devam edecektir (LAGARDE / TENENBAUM, s. 767; TARMAN, **Roma I**, s. 322).

⁷⁶⁸ Örneğin, Yarg. 12. HD. E. 1984/3475, K. 1984/5759, T. 8.5.1984 (SAKMAR / EKŞİ / YILMAZ, s. 139, vd.); Yarg. 12. HD. E. 4452/1984, K. 7715/1984, T. 18.6.1984 (SAKMAR / EKŞİ / YILMAZ, s. 141); Yarg. 11. HD. E. 1990/3552, K. 1990/4774, T. 15.6.1990 (Kazancı İçtihat Bankası); Yarg. 12. HD. E. 2003/15420, K. 2003/19351, T. 7.10.2003 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁶⁹ GIULIANO / LAGARDE, s. 13; NORTH / FAWCETT, s. 551; KAUFMANN-KOHLER, **Contrats**, s. 260; RIGAUX / FALLON, s. 795. Konvansiyon'un hazırlık aşamasından beri, Konvansiyon'u hazırlayan akademisyenlerin bu yönde bir eğilim taşıdığı yönünde, bkz. GIULIANO / LAGARDE, s. 7.

⁷⁷⁰ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 89.

⁷⁷¹ GIULIANO / LAGARDE, s. 13.

⁷⁷² GIULIANO / LAGARDE, s. 7, 13.

hukukun nasıl saptanacağı belirlenmiş; ardından da, tüketici ve bireysel iş sözleşmeleri özel olarak düzenlenmiştir. Daha sonra, doğrudan uygulanan kurallar, geçerlilik, şekil gibi genel kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin hükümler yer alır⁷⁷³.

Roma Konvansiyonu m. 4, tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemektedir. Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 1'in, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1'e, m. 4 / f. 2'nin, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'ye, m. 4 / f. 5'in ise, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'e paralel olduğunu kabaca söyleyebiliriz⁷⁷⁴.

Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 1'de, tarafların hukuk seçiminde bulunmaması durumunda, sözleşmeye en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak MÖHUK m. 24 / f. 4'ten farklı olarak, eğer sözleşmenin bir bölümü diğer kısımdan ayrılabilir nitelikte ise, istisnaen bu bölüme, bu bölümün daha sıkı ilişkide olduğu hukukun uygulanabileceği düzenlenmiştir⁷⁷⁵. Ancak bu *dépeçage* özelliği, sözleşmeyi bir bütün olarak değil, parça parça ele alma ihtimalini arttırmakta; bu ise tek bir hukukî ilişkinin birçok hukuka tâbi olmasına neden olmaktadır. Bu durum, taraflar arasındaki ilişki içinde kimi hukukî dengesizliklerin ortaya çıkmasına neden olabilir. Nitekim, böyle bir *dépeçage* hükmü, Roma I Tüzüğü'nde bulunmamaktadır⁷⁷⁶.

Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 2 hükmü, neredeyse tamamen MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'nin karşılığıdır⁷⁷⁷. Roma Konvansiyonu'nda karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukuna yapılan atıfla, hem "en sıkı ilişki" kavramının yaratacağı belirsizliğin önleneyeceği, hem de sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin ifa yeri gibi bazı somut olaylarda belirlenmesi zor olan bağlanma noktalarının etkisini

⁷⁷³ Çalışmamızın kimi bölümlerinde Roma Konvansiyonu'nun ilgili hükümlerine yer verdiğimiz için, burada Konvansiyon'un geneli ile ilgili daha detaylı bir inceleme yapmayacağız.

⁷⁷⁴ MÖHUK m. 24 / f. 4'ün bu düzenleme esas alınarak düzenlendiğini, ancak Roma Konvansiyonu m. 4'teki tüm ayrıntılara yer verilmediğini söyleyebiliriz. Hukuk seçimi yokluğunda Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuku inceleyeceğimiz bölümde MÖHUK m. 24 / f. 4 düzenlemesini ayrıntılı bir şekilde irdedeceğimiz için, bu bölümde Roma Konvansiyonu m. 4'ün düzenlemesini genel olarak ve MÖHUK m. 24 / f. 4'ten farkları ile ele alacağız.

⁷⁷⁵ Dolayısıyla sözleşmenin içindeki farklı edimlere farklı hukukların uygulanması söz konusu olmayacak; sözleşme karmaşık nitelikte bir bütün ise, bu bütünden ayrılabilir çeşitli hususlara ayrı hukuklar uygulanabilecektir. *Dépeçage*'in hangi şartlarda yapılabileceği yönünde bir tartışma için, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 138, vd.

⁷⁷⁶ FERRARI, **Rome I**, s. 482.

Tarafların seçimi ile sözleşmenin bir bölümüne farklı hukukun uygulanması olanağı ise korunmuştur (Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 1).

⁷⁷⁷ Aşağıda MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'yi incelerken, bu hükmü Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'ndeki düzenlemelerle daha ayrıntılı olarak karşılaştıracamız.

kaybedeceği belirtilmiştir⁷⁷⁸. Ayrıca, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, sözleşmenin sosyal ve ekonomik etkileri ile en sıkı ilişkideki yerdir⁷⁷⁹.

Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 3'te, MÖHUK m. 25'te öngörülen bağlanma konusu düzenlenmiştir (bu hüküm çalışmamızın kapsamında yer almamaktadır)⁷⁸⁰. Aynı şekilde Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 4'te düzenlenen eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler, Türk hukukunda yine bir başka kanunlar ihtilafı kuralının (MÖHUK m. 29) kapsamına girer (bu hüküm de çalışmamızın kapsamı dışındadır).

Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 5 bir istisna hükmüdür. Bu hükme göre, karakteristik edimi esas alan m. 4 / f. 2 hükmü, karakteristik edimin belirlenemediği durumlarda uygulanmayacaktır. Kanaatimizce böyle bir düzenlemeye gerek yoktur; zira karakteristik edimin bulunmadığı veya belirlenemediği bir sözleşmede zaten m. 4 / f. 2'nin uygulanmayacağı açıktır. İstisna hükmü, ayrıca, sözleşmenin bir başka hukukla daha sıkı ilişkide olması durumunda, m. 4 / f. 2, 3, 4'teki düzenlemeye göre belirlenecek hukukun uygulanmayacağını düzenlemektedir⁷⁸¹. Ancak doktrinde bu istisna, hukukî güveni tam olarak sağlayamamakla eleştirilmiştir⁷⁸². Bunun nedeni, Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 5'in uygulanmasını tetikleyerek bir hukuk düzeninin sözleşme ile daha sıkı ilişkide olmasını sağlayacak şartların hangi durumda meydana geleceği konusundaki belirsizliktir⁷⁸³. Bu belirsizlik, ancak istisna hükmünün tamamen kaldırılması ile aşılabilir⁷⁸⁴. Bu durumda ise, Konvansiyon'un sağladığı esnek yapı tehlikeye girecek ve kimi hâllerde sözleşme ile çok ilgisiz bir hukukun uygulanması söz konusu olabilecektir.

⁷⁷⁸ TEKİNALP, **Objektif Kural**, s. 446; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 102. Karakteristik edimin ifa yeri yerine karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin dikkate alınması yönündeki tercihin yerindeligi ile ilgili tartışma için bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 104, vd.

⁷⁷⁹ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 103, vd.

⁷⁸⁰ Yine de belirtelim ki, MÖHUK m. 25 kesin bir bağlanma noktası öngörürken, Konvansiyon sisteminde taşınmazın bulunduğu yer hukukunun -hukuk seçimi ya da daha sıkı ilişkili hukuku yoluyla- uygulanmaması mümkündür. MÖHUK m. 25 ise, taşınmazlarla ilgili sözleşmelerde hukuk seçimine izin vermemektedir. Bu açıdan, MÖHUK m. 25'e getirilen haklı bir eleştiri için, bkz. TARMAN, **Seçim**, s. 155.

⁷⁸¹ Bu hüküm MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'e paraleldir. Aşağıda bu hükmü inceleyeceğimiz için, Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 5 / c. 2'yi daha ayrıntılı bir şekilde incelemeye gerek görmüyoruz.

⁷⁸² KENFACK, s. 19.

⁷⁸³ FERRARI ise, Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 5 kapsamında hakime tanınan takdir hakkının hükmün amacına uygun olduğunu ve bu hükümden kaynaklanan belirsizliğin, söz konusu istisna ender olarak uygulandığı sürece, tolere edilebilir seviyede olduğunu belirtmektedir (FERRARI, **Rome I**, s. 465).

⁷⁸⁴ KENFACK, s. 19.

b) Roma I Tüzüğü

Uzun bir çalışma sürecinden, Üye Devletler'in ve toplumun çeşitli katmanlarının görüşü alındıktan sonra⁷⁸⁵, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 593/2008 Numaralı Tüzük -MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra- 17 Haziran 2008'de kabul edilmiş, 4 Temmuz 2008'de AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanmış ve -Roma I Tüzüğü m. 29 / f. 1 uyarınca- 24 Temmuz 2008'de yürürlüğe girmiştir. Roma I Tüzüğü m. 28 uyarınca, Tüzük ancak 17 Aralık 2009'dan sonra kurulan sözleşmelere tatbik edilebilir⁷⁸⁶. Bu tüzük, Roma Konvansiyonu'nun yerine geçen bir AB tüzüğüdür⁷⁸⁷.

Roma I Tüzüğü kimi istisnalar dışında daha önceden Roma Konvansiyonu'nun uygulandığı hukukî ilişkilere uygulanacaktır. İşte bu nedenle Tüzük m. 1'deki kapsam hükmü, Konvansiyon m. 1'e paraleldir. Yine de Tüzük'ün vergi, gümrük ve idarî konulara uygulanmadığı belirtilmiştir (Tüzük m. 1 / f. 1 / c. 2). Aynı şekilde Tüzük m. 1 / f. 2 / b. i'de, Tüzük'ün sözleşmenin kurulmasından önceki işlemlerden doğan borçları kapsamadığı açıklanmıştır⁷⁸⁸. Öte yandan Roma I Tüzüğü'nde, sigorta sözleşmeleri ile ilgili olarak farklı bir kapsam maddesi benimsenmiştir; bu hükmeye göre sadece Tüzük m. 1 / f. 2 / b. j'deki tanıma uyan sigorta sözleşmeleri, Tüzük'ün kapsamına girmeyecektir.

⁷⁸⁵ FERRARI, **Roma I**, s. 460, vd.

⁷⁸⁶ Roma I Tüzüğü kural olarak tüm üye ülkelerde uygulanacaktır. Ancak bu Tüzük'ün uygulanması ile ilgili 3 devletin özel bir durumu vardır. Bunlardan İrlanda, Tüzük'ün kabul edilmesinden önce Tüzük'ün kabul edilmesine ve uygulamasına katılacağını belirtmiştir (Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 44). Danimarka, Tüzük'e katılmamıştır (Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 46). Birleşik Krallık ise, Tüzük'ün kabul edildiği dönemde Tüzük'e katılmamış (Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 45); ancak daha sonra 24 Temmuz 2008 tarihinde Avrupa Birliği Komisyonu'na yapılan bildirim üzerine, Komisyon'un 22 Aralık 2008 tarihli kararı ile Roma I Tüzüğü Birleşik Krallık'ta yürürlüğe girmiştir (<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32009D0026:EN:HTML>).

Danimarka'nın Roma I Tüzüğü'ne katılmaması sebebiyle, bu ülkede Roma Konvansiyonu uygulanmaya devam edecektir (TARMAN, **Roma I**, s. 306).

Bu üç devletin özel durumları 1997 tarihli Amsterdam Antlaşması m. 69'dan kaynaklanan bir istisnaya dayanır. Bu hükme dayanan protole göre Birleşik Krallık ve İrlanda'nın bu istisna kapsamında hazırlanan AB tüzüklerine katılması *opt-in* haklarını kullanmalarına bağlıdır. Danimarka ise bu tür AB işlemlerine katılmamaktadır (BORRAS, s. 446, vd.).

⁷⁸⁷ Roma I Tüzüğü'nün geniş ölçüde Roma Konvansiyonu'na benzemesi ve çalışmamızın önceki ve sonraki bölümlerinde gerek Konvansiyon hükümleriyle, gerekse bu hükümlerden ayrı olarak Roma I Tüzüğü'nün düzenlemesini incelediğimiz için, burada Roma I Tüzüğü'nün, Roma Konvansiyonu'ndan ayrıldığı önemli noktalara ve hukuk seçiminin yapılmaması durumunda uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili olarak getirdiği yeni düzenlemeye değineceğiz.

⁷⁸⁸ Roma II Tüzüğü *culpa in contrahendo*'yu düzenlemektedir.

Roma I Tüzüğü'nün, bir AB işlemi olarak⁷⁸⁹, bütün Üye Devletler'de aynı şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekeceği için, Tüzük, Avrupa Birliği Adalet Divanı ("*ABAD*") tarafından yorumlanacaktır⁷⁹⁰. Bu yönde, her derece Üye Devlet mahkemesi, Avrupa Birliği Antlaşması m. 68 ve m. 234 / f. 1 / b. b uyarınca önsorun yoluyla *ABAD*'dan görüş isteyebilecektir⁷⁹¹. İşte Roma I Tüzüğü'nün, bir AB hukuku işlemi olmayan, AB kurumlarınca değil, Üye Devletler'in bir araya gelmesi sonucu yapılan Roma Konvansiyonu'ndan en önemli yapısal farklarından biri de budur. Roma I Tüzüğü bir AB hukuku işlemi olarak Avrupa Birliği Antlaşması'na tâbidir; bu kapsamda Avrupa Birliği Antlaşması'nın *ABAD*'a yetki verdiği ölçüde, Roma I Tüzüğü *ABAD* tarafından yorumlanacaktır. Böylece hem *ABAD* ile yerel mahkemeler arasında bir işbirliği oluşacak, hem de yapılan yeknesak yorumla⁷⁹² *AB* içinde bir içtihat birliği sağlanacaktır⁷⁹³. Roma Konvansiyonu ise, bir AB tasarrufu olmadığı için, *ABAD*'ın Konvansiyon üzerinde herhangi bir yorum yapma yetkisi doğrudan bulunmamaktaydı. Ancak Üye Devletler, Konvansiyon'un farklı yorumlanmasının önüne geçmek için, *ABAD*'a yorum yapma yetkisi vermek istemiştir⁷⁹⁴. Gerçekten de, yerel mahkemeler Konvansiyon'u kimi zaman farklı yorumlamıştır⁷⁹⁵. Yapılan protokoller sonucu, Üye Devletler'in en üst yargı mercilerinin *ABAD*'dan görüş isteyebileceği kararlaştırılmıştır⁷⁹⁶. Aynı şekilde bir Üye Devlet'in yetkili mercii, yapılan bu protokoller sonucu bir kesin hükmün, gerek *ABAD*'ın verdiği görüşle, gerekse de bir başka Üye Devlet'in verdiği kararla çelişip çelişmediği konusunda görüş isteyebilir⁷⁹⁷. Yapılan bu protokollere rağmen,

⁷⁸⁹ AB'de kanun yapma biçiminin konvansiyondan tüzüğe geçmesiyle beraber, bu işlemin yapılmasında AB Komisyonu yetkililerinin rolü Üye Devlet temsilcilerine göre ağırlık kazanmıştır (NORTH, s. 504).

Yerel hukukun uygulanmasından farklı olarak, AB işlemlerinin, örneğin bir AB hukuku yönergelerinin yorumlanmasında, Üye Devlet mahkemeleri "yarı-karşılaştırmalı" bir yaklaşım benimsemeleri gerekir (BERGER, s. 878, vd.). Benzer bir durum, Roma I Tüzüğü, hatta Roma Konvansiyonu için de geçerlidir. Bir Üye Devlet mahkemesi bu tüzük veya konvansiyondaki bir hükmü uygulayacağı zaman, ilk aşamada bu hükmün diğer devlet mahkemelerinde nasıl uygulandığını incelemelidir. Benzer bir değerlendirme için, bkz. BERGER, s. 889.

⁷⁹⁰ LAGARDE / TENENBAUM, s. 730; BONOMI, s. 167; TARMAN, **Roma I**, s. 304.

⁷⁹¹ EKŞİ, **Roma**, s. 81, vd.; FRANCO, s. 42; MAX PLANCK INSTITUTE, s. 9.

⁷⁹² MAX PLANCK INSTITUTE, s. 9.

⁷⁹³ HILL, s. 347, dn. 112; EKŞİ, **Roma**, s. 82; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 15.

⁷⁹⁴ EKŞİ, **Roma**, s. 82; COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 15.

⁷⁹⁵ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 14; TARMAN, **Roma I**, s. 304.

⁷⁹⁶ EKŞİ, **Roma**, s. 84. Söz konusu protokol 1 Ağustos 2004'te yürürlüğe girmiştir (MAYER / HEUZE, s. 524).

⁷⁹⁷ EKŞİ, **Roma**, s. 84.

ABAD'ın yorum yetkisinin Roma I Tüzüğü için daha geniş olduğu kolayca anlaşılabilir. Böylece sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin metin hem AB içinde yeknesak olarak, hem de AB içindeki diğer milletlerarası özel hukuk metinleri ile tutarlı yorumlanabilecektir⁷⁹⁸. Tüzük'ün her ülkede aynı şekilde yorumlanması, hukukî güveni arttıracak⁷⁹⁹ ve Üye Devletler arasında *forum shopping*'i azaltacaktır⁸⁰⁰.

Üye Devletler arasında birliğin sağlanması ve söz konusu metnin Üye Devlet kanunkoyucularının bir işlemine gerek kalmadan yürürlüğe girebilmesi adına, yeni metnin AB yönergesi yerine, AB tüzüğü şeklinde düzenlenmesi yerinde olmuştur⁸⁰¹. Yönergeler Üye Devletler'deki mevzuatın uyumlaştırılmasına, Üye Devletler'e belli bir takdir hakkı tanıyarak hizmet eder⁸⁰². Sonuçta belli bir çerçevede uyum sağlanabilir; ancak konunun detayları ile ilgili bir birlik elde edilemez⁸⁰³.

Roma I Tüzüğü ile Roma Konvansiyonu arasındaki bir diğer yapısal farklılık, Roma I Tüzüğü'nde 46 paragraftan oluşan bir dibacenin bulunmasıdır⁸⁰⁴. Dibace, kimi zaman Tüzük'ün metnini açıklamakta, kimi zaman metinde yer alması uygun düşmemiş hususları belirtmektedir. Böylece dibace Tüzük'ün yorumlanmasına yardımcı olacaktır⁸⁰⁵. Ancak dibacede bulunan kimi ifadeler Tüzük metninin sınırını aşmakta ve getirilen düzenlemenin ötesine geçmektedir. Dibacenin bu amaçla kullanılması eleştirilmiştir⁸⁰⁶; dibacede kural öngören düzenleme bulunmamalıdır⁸⁰⁷.

⁷⁹⁸ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 15; TARMAN, **Roma I**, s. 304.

⁷⁹⁹ TARMAN, **Roma I**, s. 304.

⁸⁰⁰ Roma Konvansiyonu uygulamasında, Üye Devlet mahkemelerinin hangi şartlardan daha sıkı ilişkili hukuku uygulayacakları ve bazı sözleşmelerdeki (örneğin distribütörlük sözleşmesi) karakteristik edimin tespiti ile ilgili farklı içtihatları vardır (yeri geldikçe çalışmamızda bu farklı içtihatları değiniyoruz). Roma I Tüzüğü uygulamasında ise, bu farklı yorumlar giderileceği için, davayı açan tarafın farklı Üye Devletler'deki farklı uygulamalardan kendi lehine olanı seçmek gibi bir eğilimi olamayacaktır.

⁸⁰¹ TARMAN, **Roma I**, s. 304.

⁸⁰² TARMAN, **Roma I**, s. 304.

⁸⁰³ Bu yönde, bkz. TARMAN, **Roma I**, s. 304.

⁸⁰⁴ LAGARDE / TENENBAUM, s. 729

⁸⁰⁵ LAGARDE / TENENBAUM, s. 729.

⁸⁰⁶ KENFACK, s. 15, vd. Yazar dibacedeki bazı ifadelerin Tüzük'ün sınırlarını aşan nitelik taşımasının nedenini Tüzük'ün hazırlık aşamasında sunulan tasarımın üzerinde konsensüs sağlanamaması sebebiyle reddedilmesine, ancak bu hükümlerin yine de bir şekilde -metin içinde olmasa bile- Tüzük'te düzenlenmesinin istenmesine bağlamaktadır (KENFACK, s. 15).

⁸⁰⁷ KENFACK, s. 15. Nitekim dibacelerin nasıl hazırlanması gerektiği konusunda kurumlar arası bir anlaşma ve bir rehber bulunmaktadır ve bu kurallara göre dibaceler düzenleyici hüküm getirmemelidir (KENFACK, s. 15).

Ancak yazar, durumu Fransız Anayasası'nın dibacesi ile karşılaştırmaktadır. Gerçekten de, söz konusu dibacenin, Anayasa'nın diğer hükümleri gibi bağlayıcı olmadığı kabul edilmiştir; ancak zaman içinde

Yine de Roma I Tüzüğü hazırlanırken yepyeni bir kurallar bütününün öngörülmesi değil, var olan konvansiyonun bir AB enstrümanı hâline getirilmesi hedeflenmiştir⁸⁰⁸. Bu aşamada yapılan kimi değişikliklerin amacı, örneğin 4. maddedeki değişiklik⁸⁰⁹, Roma Konvansiyonu'nu, özellikle metne açıklık katarak ve hukukî güveni güçlendirerek modernleştirmektir⁸¹⁰.

Roma I Tüzüğü'nde, Roma Konvansiyonu'nda olduğu gibi, m. 3'te hukuk seçiminin yapılması durumunda, m. 4'te de hukuk seçimi yokluğunda sözleşmenin tâbi olacağı hukuk belirlenmiştir. Ancak Roma I Tüzüğü'nde, Konvansiyon'dan farklı olarak m. 5'te taşıma sözleşmeleri⁸¹¹, m. 7'de ise sigorta sözleşmeleri düzenlenmiştir. Ayrıca Konvansiyon'da olduğu gibi, Tüzük'te de tüketici ve bireysel iş sözleşmelerine uygulanacak hukukla ilgili özel bir düzenleme bulunur. Ancak Tüzük'te fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukla ilgili bir düzenleme yoktur⁸¹². Türk hukuku, bu son noktada, Tüzük'ten ayrılmıştır⁸¹³; MÖHUK m. 28'de bu sözleşmelere uygulanacak hukuk düzenlenmiştir.

Roma I Tüzüğü m. 3 hükmünü, yeri geldiği ölçüde çalışmamızın birinci bölümünde incelemiştik; bu bölümde, Tüzük'teki genel objektif bağlanma kuralını öngören Tüzük m. 4 sistemini irdeleyeceğiz. Roma I Tüzüğü, tarafların hukuk

gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse de Danıştay dibaceye en az diğer hükümler kadar önemli rol vermiştir. KENFACK, Roma I Tüzüğü'nün dibacesinin de benzer bir yoldan geçebileceğini belirtmektedir (KENFACK, s. 15).

⁸⁰⁸ FERRARI, **Rome I**, s. 461.

⁸⁰⁹ KENFACK, s. 14. Bu noktada, bkz. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Proposal**, s. 5. FERRARI ise, Roma I Tüzüğü m. 4'ün, modernleşme yaklaşımından daha fazlasını barındırdığını ve "beklenmeyen bir radikallikte" bir çözüm önerdiğini belirtmektedir (FERRARI, **Rome I**, s. 461, vd.).

⁸¹⁰ KENFACK, s. 14; FERRARI, **Rome I**, s. 461; Yasmine LAHLOU / Marina MATOUSEKOVA, "*Chronique de droit international privé appliqué aux affaires*", **RDAI**, 2009, S. 2, s. 215-238 (2009/2), s. 224.

Roma I Tüzüğü'nün hazırlanması aşamasında da, Tüzük ile, Konvansiyon'un düzenlemesinden çok fazla ayrılmadan daha açık ve sahih bir metnin yaratılıp hukukî güvene destek olunmak istendiği belirtilmiştir (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Proposal**, s. 3).

⁸¹¹ Taşıma sözleşmelerine uygulanacak objektif kriter Roma Konvansiyonu'nda da düzenlenmekteydi; ancak Roma I Tüzüğü'nde hem mal, hem yolcu taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukuk daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Roma Konvansiyonu'nda yolcu taşıma sözleşmeleri ayrı olarak düzenlenmemiştir (GIULIANO / LAGARDE, s. 23). MÖHUK'ta da yolcu taşıma sözleşmeleri ile ilgili özel bir düzenleme yoktur. Bu sözleşmeler tüketici sözleşmesi niteliği taşıdığı sürece bu kapsamda, tüketici sözleşmesi niteliği taşımadığı durumda ise MÖHUK m. 24 kapsamında yer alırlar.

⁸¹² LAGARDE / TENENBAUM, s. 739; TARMAN, **Roma I**, s. 301. TARMAN, bizce de çok yerinde bir şekilde, fikrî haklara ilişkin sözleşmelerin Roma I Tüzüğü'nün kapsamı dışında da bırakılmadığını, dolayısıyla bu sözleşmeye uygulanacak hukukun -tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda- Roma I Tüzüğü m. 4'e göre tespit edileceğini dile getirmiştir (TARMAN, **Roma I**, s. 301, dn. 6).

⁸¹³ TARMAN, **Roma I**, s. 301.

seçiminde bulunmaması durumunda uygulanacak hukukun saptanması (m. 4) ile ilgili Roma Konvansiyonu'ndan çok farklı bir düzen öngörmektedir⁸¹⁴. Bu yeniliğin arkasında Konvansiyon sisteminin yeterince öngörülebilir olmaması ve AB içinde yeknesak bir sonuca ulaşılmasına imkan vermemesi yatmaktadır⁸¹⁵.

Roma I Tüzüğü'nün getirdiği en önemli yenilik, Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 1'de düzenlenen, uygulanacak hukukun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olduğu kuralının kaldırılmasıdır⁸¹⁶. Bunun yerine Tüzük ilginç bir sistem getirmiştir. Roma I Tüzüğü m. 4'te ilk aşamada günlük hayatta ve ticaret hayatında sık kullanılan sözleşmeler 8 bent hâlinde sayılmış ve bu sözleşmelere uygulanacak hukuk belirlenmiştir⁸¹⁷. Dikkat edilecek olursa, buradaki belirleme sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun belirlenmesi değil, uygulanacak hukukun doğrudan belirlenmesidir⁸¹⁸. Ancak, bu hükmün tüm sözleşmeleri barındırması mümkün olmadığı için, f. 2'de sözleşmeye kural olarak karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Son aşamada ise, sözleşmenin bir başka hukukla daha sıkı ilişkide olması hâlinde uygulanacak istisna kuralı öngörülmüştür. Hemen belirtelim ki, taşıma, tüketici, sigorta ve iş sözleşmeleri bu sistemin içinde yer almamaktadır; bu sözleşmeler özel olarak düzenlenmiştir.

Tüzük'te özel olarak düzenlenen 4 sözleşme haricinde, m. 4'te 8 çeşit sözleşmenin düzenlendiğini yukarıda belirtmiştik⁸¹⁹. Bu sözleşmeler arasında satım sözleşmesi, hizmet edimi sağlayan sözleşmeler⁸²⁰, taşınmaz üzerindeki hak ve taşınmaz kirası ile ilgili sözleşmeler bulunmaktadır. Ancak Roma I Tüzüğü m. 4 / f.

⁸¹⁴ BONOMI, bu hükümdeki değişikliği Tüzük'teki en önemli değişiklik olarak nitelmiştir (BONOMI, s. 167).

⁸¹⁵ BONOMI, s. 174.

⁸¹⁶ LAGARDE / TENENBAUM, s. 738; LAHLOU / MATOUSEKOVA, 2009/2, s. 224; FERRARI, **Rome I**, s. 462.

⁸¹⁷ Bu yöntemin hukukî güveni arttıracığı yönünde, FRANCO, s. 57.

⁸¹⁸ KENFACK, s. 20. BONOMI ise, sayılan sözleşmelerden bir kısmında karakteristik edim, bir kısmında ise sıkı ilişki fikrinden hareket edilerek kuralın oluşturulduğunu belirtmiştir (BONOMI, s. 174). Ancak yazar, bu fıkra basit bir karinenin değil, gerçek bir kanunlar ihtilafı kuralının öngörüldüğünü belirtmiştir (BONOMI, s. 175).

⁸¹⁹ Bu düzenlemede her bent klasik anlamda farklı bir tipik sözleşmeye denk gelmemektedir. Örneğin Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 1 / b. a, c, g ve h'deki sözleşmeler borçlar hukuku özel hükümler anlamında satım sözleşmesi niteliği taşıyabilmektedirler. Öte yandan hükmün b bendi çok farklı tipteki sözleşmeye uygulanabilecek bir hükümdür. Bu nedenle, sıralamanın sözleşme tiplerine göre değil, sözleşmelerin sosyo-ekonomik fonksiyonuna göre yapıldığı söylenmelidir. Biz de bu nedenle, "8 tip sözleşme" yerine, "8 çeşit sözleşme" ifadesini kullanmayı daha doğru bulduk.

⁸²⁰ "Hizmet edimi" Borçlar Kanunu'ndaki anlamıyla kullanılmamaktadır. Bu konuda bkz. Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 17.

1 düzenlemesinin kanımızca en ilgi çekici kısmı, franchise ve distribütörlük sözleşmelerine uygulanacak hukukun öngörülmüş olmasıdır⁸²¹. Buna göre distribütörlük sözleşmesine distribütörün (f bendi), franchise sözleşmesine ise franchise alanın (e bendi) mutad meskeni hukuku uygulanır. Bir başka ilginç hüküm ise, finansal enstrümanlarla ilgili borsalarda yapılan işlemlere, bu borsayı düzenleyen hukukun uygulanacak olmasıdır (h bendi). Ayrıca, açık arttırma yolu ile yapılacak satımlara, arttırmanın yapıldığı yer belli ise, bu yer hukukunun uygulanması öngörülmüştür (g bendi). Kimi yazarlar bu hükümde elektronik sözleşmelerin öngörülmediğini belirtmektedir⁸²². Ancak dikkat edilecek olursa, Tüzük, arttırmanın yapıldığı yerin belli olmaması hâlinde bu hükmün uygulanmayacağını belirtmiştir; internet üzerinden yapılan açık arttırmalarda, açık arttırmanın yapıldığı yer belirlenebiliyorsa, sözleşme söz konusu bendin kapsamına girecektir. Tekrarlamak gerekirse, bu düzenleme sözleşmelerdeki karakteristik edim borçlusunun kim olduğunu değil, sözleşmeye doğrudan hangi hukukun uygulanacağını gösterir.

Her ne kadar Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 1 düzenlemesinin genel olarak olumlu olduğu ve hukukî güveni sağlayacağı dile getirilse de, doktrin, bu düzenlemenin vasıflandırma sorununa yol açacağına parmak basmaktadır⁸²³. Bentler arasındaki sınıflandırma hukukî değil, daha çok sözleşmelerin sosyo-ekonomik fonksiyonlarına göre yapıldığı için, sözleşmelerin hangi bendin kapsamına gireceği önemli bir sorun oluşturacaktır. ANCEL, distribütörlük sözleşmesi ile ilgili olarak bu sorgulamayı yapmaktadır⁸²⁴. Örneğin sürekli olarak bir malı satmak üzere bir başkasından mal tedarik etmek satım sözleşmesi olarak mı, distribütörlük sözleşmesi olarak mı nitelendirilecektir? Benzer bir sorgulamayı KENFACK, franchise sözleşmesi için yapmaktadır. Yazar, 3 tip franchise sözleşmesi olduğunu, ancak Tüzük'teki düzenlemenin sadece hizmet franchise'larına uygun olduğunu belirtmektedir⁸²⁵. Bir diğer önemli sorun, karmaşık sözleşmeleri (franchise ve distribütörlük sözleşmesi) öngören e ve f bentlerinin kapsamının nasıl yorumlanacağıdır. Bu karmaşık sözleşmeler, diğer bentlerin kapsamına giren edimleri de öngörmektedir. Buradaki sorun, e ve f bentlerinin sadece taraflar arasındaki franchise veya distribütörlük

⁸²¹ Bu hüküm sayesinde Roma Konvansiyonu döneminde bu iki sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili tartışma sona ermiş olmaktadır (FRANCQ, s. 58).

⁸²² KENFACK, s. 21.

⁸²³ LAGARDE / TENENBAUM, s. 740; TARMAN, **Roma I**, s. 312.

⁸²⁴ ANCEL, **Distribution**, s. 570, vd.

⁸²⁵ KENFACK, s. 23.

ilişkisi ile ilgili sorunlara (örneğin ilişkinin süresi, sözleşmede öngörülen belli bir coğrafi bölgede münhasırlık hakkı) mı, yoksa bu hukukî ilişki çerçevesinde kurulan tüm sözleşmelere (örneğin distribütörlük ilişkisi kapsamında yapılan tüm mal tedariki sözleşmeleri) mi uygulanacağıdır⁸²⁶. Tüzük, bu iki soruna da cevap getirmemektedir; olası bir cevap ABAD tarafından verilecektir⁸²⁷. KENFACK bu bentlerle ilgili vasıflandırma probleminin bir başka yönüne daha parmak basmaktadır. Yazar, ilk bentte belirtilen satım sözleşmesinin VSA, 1955 tarihli Maddî Menkul Eşyaların Milletlerarası Nitelikte Satımı Hakkında Konvansiyon ve Brüksel I Tüzüğü anlamındaki satım sözleşmelerini (menkul malların satımı) mi ifade ettiğini, yoksa gayrimaddî hakların satımını da mı içerdiğini tartışmaktadır⁸²⁸. Yazar, hem Tüzük'ün İngilizce versiyonundaki "*sales of goods*" ifadesinden, hem de Tüzük Dibacesi para. 17'nin Brüksel I Tüzüğü m. 5 ile bağlantı kurmasından yararlanarak Tüzük'teki satım sözleşmesi ifadesinin gayrimaddî malların satımını içermediği sonucuna ulaşmıştır⁸²⁹.

Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 2'de, uygulanacak hukukun tespit edileceği hukukî ilişki f. 1'deki bentlerden birine girmiyorsa ya da f. 1'de sayılan 8 bentten birden fazlasının kapsamına giriyorsa, sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukuna tâbi olacağı belirtilmiştir. KENFACK'ın da vurguladığı üzere, bu fikranın uygulama alanı oldukça dardır; çünkü günlük hayat ve ticarete en çok kullanılan sözleşmeler ya f. 1'de ya da ilerleyen hükümlerde düzenlenmiştir⁸³⁰.

Bu düzenlemenin Roma Konvansiyonu'ndan önemli bir farkı bulunmaktadır. Konvansiyon sisteminde, karakteristik edim borçlusunun hukuku, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk sıfatıyla uygulama alanı bulmaktadır. Oysa, Roma I Tüzüğü'nde, karakteristik edim borçlusunun hukuku, doğrudan bağlanma noktası olarak öngörülmüş; karakteristik edim borçlusunun hukuku ile en sıkı ilişkili hukuk arasında bir bağ kurulmamıştır⁸³¹.

Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 3 ve 4, aslında Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 5'e karşılık gelmektedir ve bizce yerinde bir şekilde iki ayrı fıkrada öngörülmüştür.

⁸²⁶ ANCEL, **Distribution**, s. 572, vd.

⁸²⁷ ANCEL, **Distribution**, s. 572; KENFACK, s. 23.

⁸²⁸ KENFACK, s. 20, vd.

⁸²⁹ KENFACK, s. 21.

⁸³⁰ KENFACK, s. 26.

⁸³¹ Karş. TARMAN, **Roma I**, s. 313.

Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 4'te, sözleşmeye uygulanacak hukukun f. 1 ve 2'ye göre saptanamaması hâlinde, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Roma Konvansiyonu'nda böyle bir hükme ihtiyaç olmadığını daha önce belirtmiştik. Ancak Roma I Tüzüğü sisteminde, Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 1'de olduğu gibi genel olarak sözleşmeyi en sıkı ilişkili hukuka tâbi kılan bir hükmün bulunmaması sebebiyle, sözleşmenin f. 1'de sayılan 8 bende girmemesi ve sözleşmede karakteristik edimin bulunmaması durumunda hangi hukukunun uygulanacağını belirlemektedir. İşte f. 4 bu görevi üstlenmiştir.

Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 3, bir istisna hükmüdür ("*clause d'exception*")⁸³²: somut olayın tüm şartlarından, sözleşmenin, f. 1 ve 2'de belirlenen hukuktan başka bir hukukla açık bir şekilde daha sıkı ilişkide olduğu anlaşılıyorsa, sözleşmeye bu diğer hukuk uygulanacaktır. Bu hükümde dikkat edilmesi gereken iki husus bulunmaktadır. Bunlardan ilki Tüzük'teki "somut olayın tüm şartları" ifadesi, Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 5'teki "tüm şartlar" ifadesinin yerini almıştır. *Argumentum a contrario*, sözleşmenin hukukî niteliğinden kaynaklanan unsurların kaçış hükmünde dikkate alınmayacağı belirlenmektedir. Bir diğer önemli husus ise, Tüzük'te sözleşmenin başka bir hukukla açık (belirgin) bir şekilde ("*manifestement*"; "*manifestly*") daha sıkı ilişkide bulunmasının aranmasıdır⁸³³. Konvansiyon'da bulunmayan bu vurgunun Tüzük'e taşınması, olsa olsa istisnanın var olan pratikten daha dar yorumlanması gerektiğini gösterir⁸³⁴ ve hükmün istisnaî özelliğini vurgular⁸³⁵. Sonuçta, Tüzük'te bu istisnanın uygulanma şartları ağırlaştırılmıştır.

Bu düzenlemenin arka planında Roma I Tüzüğü Tasarısı bulunur. Tasarı m. 4'te söz konusu kaçış hükmü düzenlenmemiştir; yani uygulanacak hukukla ilgili bir istisna bulunmamaktaydı⁸³⁶. Böylece uygulanacak hukuk tamamen objektif bir kurala göre belirlenecek ve düzenlemenin uygulanmasında öngörülebilirlik sorunu yaşanmayacaktır⁸³⁷. Ancak nihaî metinde bu yaklaşım benimsenmemiştir⁸³⁸. Yine de

⁸³² LAGARDE / TENENBAUM, s. 738.

⁸³³ Bu terimin istisna hükmünün istisnaî niteliğini güçlendirdiği yönünde, bkz. LAGARDE / TENENBAUM, s. 738.

⁸³⁴ FRANCO, s. 59; FERRARI, **Rome I**, s. 475.

⁸³⁵ BONOMI, s. 176.

⁸³⁶ FERRARI, tasarıdaki sistemi eleştirmiştir (FERRARI, **Rome I**, s. 470).

⁸³⁷ KENFACK, s. 27. Yazar öngörülebilirliğin tam olarak sağlanmasının önemini vurgulamakta ve Tasarı'nın getirdiği avantajların, dezavantajlarından daha fazla olduğunu belirtmektedir. Yazar Tasarı'daki hükmün benimsenmiş olması durumunda uygulamadaki tüm farklılıkların son bulacağını belirtmektedir (KENFACK, s. 28).

Tüzük'ün getirdiği düzenleme, kaçış hükmüne çok istisnaî şartlarda başvurulma imkanı vermektedir⁸³⁹. LAGARDE / TENENBAUM'un belirttiği üzere, Konvansiyon sisteminde m. 4 / f. 2 ile 5'in ilişkisi yorum zorluklarına neden olmaktadır; Roma I Tüzüğü m. 4'ün yapısı ise, bu zorluğun aşılmasını sağlayacaktır⁸⁴⁰.

Roma I Tüzüğü m. 4'teki yeni düzenle, en sıkı ilişkili hukuk istisnasının kullanılma şartları ağırlaştırılmıştır. Böylece hukukî güvenin sağlanması adına, kanaatimizce, Roma Konvansiyonu'ndan daha yerinde bir sistem benimsenmiştir. Tasarı'nın aksine Tüzük metninde kaçış (istisna) hükmünün düzenlenmesi de, somut olay adaletinin sağlanması adına yerinde bir tercihtir⁸⁴¹. Sonuç olarak, Roma I Tüzüğü m. 4, Konvansiyon'dan farklı bir şekilde kaleme alınmıştır: maddede kaçış hükmü düzenlenmiş, ama uygulanması için aranan şartların çitası yükseltilmiştir⁸⁴².

II. TÜRK HUKUKUNDA HUKUK SEÇİMİ YOKLUĞUNDA SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİSİNE UYGULANACAK HUKUK

Karşılaştırmalı hukukta sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanan bağlanma noktalarını, bu sistemler arasında karakteristik edimin ve en yakın ilişkili hukukun önemini ve kanunlar ihtilafı kuralı olarak Türk hukukunun esinlendiği hukuk sistemlerinde gelişimini inceledikten sonra, bu bölümde hukukumuza göre hukuk seçimi yokluğunda sözleşmeye uygulanacak hukuku irdelleyeceğiz.

MÖHUK m. 24 / f. 4'e göre, "[t]arafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan

Esnek olmayan objektif kuralların öngörülebilirlik ve hukukî güven yönünde kimi avantajlar sunduğu yönünde, bkz. TIRYAKIOĞLU, *Satım*, s. 38. Ancak yazar, esnek yöntemlerin katı yöntemlerin yarattığı adaletsiz sonuçlardan kaçınılması için gerekli olduğunu da belirtmiştir.

⁸³⁸ TARMAN, *Roma I*, s. 314.

⁸³⁹ KENFACK, s. 28.

⁸⁴⁰ LAGARDE / TENENBAUM, s. 740.

⁸⁴¹ Aynı yönde, TARMAN, *Roma I*, s. 314.

⁸⁴² FERRARI, *Rome I*, s. 475.

sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur".

Üç cümleden oluşan bu düzenlemenin ilk cümlesi bir ilke koymuş, ikinci cümlesi bu ilkenin uygulanabilmesi ile ilgili bir düzenleme öngörmüş, son cümle ise bu düzenlemeye bir istisna getirmiştir⁸⁴³. Biz de bu ilke (A), düzenleme (B) ve istisnayı (C) tek tek inceleyeceğiz.

A. İlke: Sözleşmeyle En Sıkı İlişkili Hukuk

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1, hukuk seçimi yokluğunda sözleşmeye, en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağını belirtir. İşte bu ilke, MÖHUK m. 24 / f. 4'te düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralı için öngörülen bağlanma noktasıdır⁸⁴⁴.

MÖHUK m. 24 / f. 4'te, bizim fikrimize göre, tek bir bağlanma noktası öngörülmüştür ve bu da, sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukuktur⁸⁴⁵. Bunun dışında bir bağlanma noktası olmadığı gibi, "sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk" MÖHUK m. 24 / f. 4'te düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralının öngördüğü "kural"dır⁸⁴⁶; istisna veya alternatif bir bağlanma noktası bulunmamaktadır⁸⁴⁷.

⁸⁴³ Hemen belirtelim ki, bu üçlü sistem Roma Konvansiyonu düzenlemesine paraleldir. Bu üç cümlelerin birbiri ile ilişkisi, genel kuralın ne olduğu gibi bu düzenlemenin sistematığı ile ilgili olarak, başta Roma Konvansiyonu doktrininde bir tartışma bulunmaktadır. Bu tartışma için, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 106, vd. Verilen kararlara rağmen, bu hükmün yapısının belirsiz kaldığı yönünde, bkz. ATRILL, s. 549. Yazar Roma Konvansiyonu m. 4'teki fıkralar arasındaki ilişkiyi, doktrinde ve içtihatları çeşitli görüşlere yer vererek değerlendirmektedir (ATRILL, s. 550, vd.).

⁸⁴⁴ Aksi görüşte, NOMER, s. 319. Yazar bu hükmün sadece bir yol haritası olduğunu dile getirmektedir.

⁸⁴⁵ TURHAN, İsviçre'deki sistemi de benzer bir biçimde (objektif bağlanma kuralının sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olduğu yönünde) yorumlamaktadır (TURHAN, s. 134).

⁸⁴⁶ PATOCCHI de, gerek Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 1'i, gerekse de İMÖHK m. 117 / f. 1'i hükümdeki genel ilke olarak nitelendirmiştir (PATOCCHI, s. 115).

⁸⁴⁷ GÜNGÖR de, Roma Konvansiyonu m. 4'te kuralın f. 1'deki hüküm olduğunu, diğer fıkralarda öngörülen hâllerin f. 1'den bağımsız varlıkları olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, bu diğer fıkralardaki düzenlemeler "bağlama kuralı niteliğini haiz formülasyonlar değildir" (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 107). Dolayısıyla, yazarın, Roma Konvansiyonu m. 4 ve MÖHUK m. 24 / f. 4 sistemindeki tek bağlanma kuralının, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olduğu görüşünü ileri sürdüğünü varsayabiliriz.

Her ne kadar, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun MÖHUK m. 24 / f. 4'te düzenlenen bağlanma kuralı olduğunu ileri sürsek de, bu kural tek başına oldukça belirsiz bir içerik taşır. Bu nedenle, doktrinde bu cümlenin bir program cümlesi ya da hareket noktası olduğu ileri sürülmüştür⁸⁴⁸.

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1, bağlanma noktasının sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak belirlenmesi ile aslında eski MÖHUK m. 24'ün en azından lafzından ayrılmaktadır. Çünkü eski MÖHUK m. 24'te tarafların hukuk seçiminde bulunmamaları hâlinde kural "borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin" ifa yeri hukuku iken, böyle bir tespitin yapılamaması durumunda, ancak, en sıkı ilişkili hukuk sözleşmeye uygulanabilmekteydi. Oysa, yeni düzenlemede sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanması kural hâline getirilmiştir.

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1 düzenlemesinde dikkat çeken bir diğer unsur ise, bu hükümde Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 1 / c. 2'de öngörülen parçalanmaya yer verilmemesidir. Konvansiyon'a göre, sözleşmenin bir parçası, kalanından ayrılabilir nitelikte ve başka bir ülke ile daha yakın bağlantıda ise, istisnaî olarak bu bölüme daha sıkı ilişkili hukuk uygulanabilir. Ancak bu düzenleme Tüzük'e geçmemiş; MÖHUK'a da alınmamıştır. Bu durumda, her iki düzenlemenin, objektif kritere göre belirlenecek hukukun parçalanarak uygulanmasına izin vermediği kabul edilmelidir.

B. "Kuralın Kuralı": Karakteristik Edim Borçlusunun Mutad Meskeni / İşyeri / Yerleşim Yeri Hukuku

Her zaman sözleşmenin en sıkı ilişkide olduğu hukuku tespit etmek kolay değildir. Örneğin bir Türk'ün, bir Alman'dan mal alması ve malın İtalya'da teslim edilmesi hâlinde sözleşmenin diğer hukuk sistemlerine nazaran hangi hukukla daha sıkı ilişkide olduğunun tespiti güçtür⁸⁴⁹. En sıkı ilişkili hukukun tespitinde sadece dikkate alınacak maddî unsurlar önem taşımaz; bu unsurların nasıl değerlendirileceği de belirleyicidir⁸⁵⁰. Üstelik, bir hukukî ilişki ile ilgili, sonradan ortaya çıkan somut

⁸⁴⁸ D'OLIVEIRA, s. 303.

⁸⁴⁹ En sıkı ilişkili hukuk formülünün muğlak olduğu yönünde, bkz. COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Green Paper*, s. 25.

⁸⁵⁰ Sözleşmenin ağırlık merkezini tespit ederken, mahkemenin sözleşmenin unsurlarını ağırlıklarına göre değerlendirmesi gerektiği yönünde, bkz. COMMISSION OF THE EUROPEAN

olaya ilişkin şartlar, sözleşmenin -sonradan- başka bir hukuk sistemi ile daha yakın ilişkili hâle gelmesine yol açabilir. İşbu sebeplerle, en sıkı ilişkili hukukun saptanmasında öngörülebilirlik ve hukukî güvenle ilgili kimi sıkıntılar olacaktır.

İşte kanunkoyucu bu sıkıntıyı göz önüne alarak sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili bağlanma kuralını ortaya koyduktan sonra, en sıkı ilişkili hukukun tespiti ile ilgili bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de öngörülmüştür. Biz de önce getirilen bu düzenlemenin hukukî niteliğini araştıracağız (1), ardından da bu düzenlemenin unsurlarını saptayacağız (2).

Ancak bu iki hususu incelemeden önce belirtelim ki, doktrinde bir görüş, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun tespitinde, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri haricinde, sözleşmenin kurulduğu yer ve ifa yerine de yer verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁵¹. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukukunun sözleşmeye uygulanması; c. 3'teki istisnanın koşullarının gerçekleştiği hâllerde ise, sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun uygulama alanı bulması çok daha yerinde bir düzenlemedir. Bu düzenlemeyi, çeşitli bağlanma noktalarına fazladan atıf yaparak karmaşılaştırmanın bir anlamı olmayacağını düşünüyoruz. Hukukumuzda öngörülen bu iki kademeli sistemin (MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 ve c. 3), kademe sayısının arttırılması⁸⁵² veya ilk kademedeki uygulanacak hukukun (c. 2'deki düzenleme) başka unsurlarla beraber dikkate alınmasının kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasında sadece zorluk yaratacağını düşünüyoruz. Bu durum hem düzenlemeyi gereksiz şekilde karmaşıktırarak, hem de aynı hüküm içinde birbiri ile çelişen sistemlerin benimsenmesine neden olacaktır. Gerçekten de, MÖHUK m. 24 / f. 4 düzenlemesinde karakteristik edim borçlusu üzerinden hareket edilmesinin nedenlerinden biri, hukukî ilişkilerde bu bağlanma noktasının tesadüfen belirlenmemesidir. Objektif kriterde sözleşmenin kurulduğu yer gibi, tesadüfi bir unsura da atıf yapılması, mevcut düzenlemenin arkasında yatan mantıkla çelişecektir. Kaldı ki, bu kadar çok bağlanma noktasına atıf yapan bir düzenleme, en sıkı ilişkili

COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 25. Green Paper'da bu durumun belirsizlik yaratabileceği de belirtilmiştir.

⁸⁵¹ EKŞİ, **Roma**, s. 118, vd.

⁸⁵² Kademe sayısının arttırılması, örneğin, c. 2 ve 3 arasında, c. 2'nin uygulanmadığı durumda, ifa yeri hukukunun uygulanacağını öngören bir hükmün yerleştirilmesi ile mümkün olabilir.

hukukun uygulanmasını sonraki kademelere itecek; bu da istisnanın öneminin kaybolmasına neden olacaktır. Bu sebeplerle, biz EKŞİ'nin görüşüne katılmıyoruz.

1. Hükümün hukukî niteliği

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2, "[sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun] karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku [...] olarak kabul [edileceğini]" belirtmiştir.

Bu hükümün hukukî niteliği konusunda akla kimi olasılıklar gelebilir⁸⁵³. Bunlardan ilki, kanunkoyucunun bu cümle ile "en sıkı ilişkili hukuk"un saptanması amacıyla objektif bir faktöre basit bir atıf yapmasıdır⁸⁵⁴. Bu objektif faktör özellikle sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinin zor olduğu durumlarda yol gösterecektir⁸⁵⁵. Ancak bu objektif faktörün çok fazla da bir bağlayıcılığı olmayacak; hakimin sözleşmenin bir başka hukukla daha sıkı ilişkide olduğunu fark etmesi hâlinde, bu hüküm uygulama alanını kaybedecektir. Kimi yazarlar, karakteristik edim teorisinin, sözleşmeye uygulanacak hukukun sıkı ilişki yaklaşımı ile tespit edilememesi durumunda uygulanacağını savunmuştur⁸⁵⁶. Böyle bir yorum, hükümün lafzını karşısına alacaktır. MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukukunun, en sıkı ilişkili hukuk olarak "kabul edildiğini" belirtmiştir. Bu "kabul", basit bir rehber ilkededen daha bağlayıcıdır.

Akla gelebilecek ikinci olasılık, kanunkoyucunun, aynen MK m. 3'teki iyiniyet "karinesi" veya BK m. 96'daki kusur "karinesi"nde olduğu gibi kimin neyi ispat edeceğini özel olarak düzenlemiş olmasıdır⁸⁵⁷. Gerek MK m. 3, gerekse de BK m. 96'nın, ispat yükünün yer değiştirmesi fonksiyonunu öngördükleri lafızlarından

⁸⁵³ Rehberlik, yorum kuralı, karine, kural gibi çeşitli olasılıklara ait kavramların birlikte kullanıldığı bir bakış açısı için, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 102, vd. Yazar, İsviçre'deki düzenlemeyi incelerken, karakteristik edim borçlusunun hukukunun sözleşmelere faraziye olarak uygulanacağını da belirtmektedir (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 169). Kanaatimizce, tüm bu kavramların bir arada kullanılması mümkün değildir; çünkü bu kavramlar birbiri ile uyumsuzdur.

Bu hükümün bir başka değerlendirilmesi için, bkz. ANCEL, **Prestation**, s. 331, vd.

⁸⁵⁴ SARGIN, **Karakteristik**, s. 42.

⁸⁵⁵ Karakteristik edim belirlenmesinin sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku belirlemede hakimlere yardımcı olunması amacı taşıdığı yönünde, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 110.

GIULIANO / LAGARDE Raporu'nda da "en yakın ilişkili hukuk"un muğlak bir kavram olduğu; m. 4 / f. 2'deki kurumun bu muğlak ifadeyi objektifleştirdiği ve böylece uygulanacak hukukun bulunmasını kolaylaştırdığı ifade edilmiştir (GIULIANO / LAGARDE, s. 21).

⁸⁵⁶ Bu yönde bir görüş için, bkz. D'OLIVEIRA, s. 330 ve s. 330, dn. 68.

⁸⁵⁷ İspat yükü ile ilgili bilgi için, bkz. OĞUZMAN / BARLAS, s. 282.

anlaşılmaktadır. MK m. 3'te "*asıl olan iyiniyetin varlığıdır*", BK m. 96'da ise "*hiçbir kusurun isnat edilmeyeceğini ispat etmedikçe*" ifadesi, ispat yükünün kimin üzerinde olduğunu gösterir. Oysa MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de bu yönde bir ifade yoktur.

Üçüncü olasılık, kanunkoyucunun MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de bir karine düzenlemiş olmasıdır⁸⁵⁸. Karine, kanunun ispat edilen bir olguyu, -aksi sabit oluncaya kadar- ispatı gerekli bir hususun delili saymaktır⁸⁵⁹. MÖHUK m. 24 / f. 4'ün de bu tanım çerçevesinde bir karine ortaya koyduğu ileri sürülebilir. Buna göre, ispat edilmesi gerekli husus olarak kabul edilebilecek olan sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edim borçlusunun hukuku ispat edilerek ortaya konulabilir⁸⁶⁰.

Ancak bu düzenlemede teknik anlamda tipik bir karine olduğu söylenemez; bu hükümdeki ispatlanması gereken husus ile kanıtlanan olgu arasındaki ilişkinin bir karine ilişkisinden farklı olduğu açıktır. Bu hükümde, tarafların "ispatlayabileceği" bir husus ya da ispat etmesi gereken bir vakıya ya da olgu bulunmamaktadır. Örneğin MK m. 31'de düzenlenen ölüm karinesinde, bir kimsenin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolması vakiasının ispatlanması gerekmektedir. Bir tarafın bu iddiayı ispatlaması hâlinde, söz konusu kişinin öldüğü -aksi kanıtlanmadığı sürece- ispatlanmış sayılacaktır. Ancak, MÖHUK m. 24 / f. 4 kapsamında tarafların ispatlaması gereken bir olgu bulunmamaktadır. MAYER / HEUZE'nin de çok isabetli bir biçimde dile getirdiği üzere, karine, bir olgunun ispatlanmasına ilişkin delilin zor bulunduğu hâllerde düzenlenir⁸⁶¹. Oysa MÖHUK m. 24 / f. 4'ün uygulamasında hakimin delile değil, sadece bir analiz yapmaya ihtiyacı

⁸⁵⁸ GIULIANO / LAGARDE, s. 20; KAUFMANN-KOHLER, *Contrats*, s. 267; PATOCCHI, s. 115; EKŞİ, *Roma*, s. 109; ÇELİKEL / ERDEM, s. 322, vd.; NOMER, s. 320; TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 141; TARMAN, *Roma I*, s. 315.

SARGIN, burada bir basit karine olduğunu dile getirmektedir; ancak yazarın bu hükme verdiği fonksiyon "en yakın ilişki" kavramının somutlaştırılmasından ibaret olduğu için, yazarın görüşünün ilk olasılığa daha yakın olduğu söylenebilir (SARGIN, *Karakteristik*, s. 42). TARMAN da her somut olayda en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesi için olayın özelliklerine bakılması gerektiğini belirtmekte; dolayısıyla olabildiğince esnek bir yapıyı savunmaktadır (TARMAN, *Roma I*, s. 315). PATOCCHI, karinenin sadece bir başlangıç noktası olduğunu belirtmekte ve karinenin lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmasının formalistik bir davranış olacağını ileri sürmektedir (PATOCCHI, s. 139). GÜNGÖR ise, hükümdeki "kabul edilir" ifadesinin güçlü bir karine olduğunu belirterek, bu hükümde bir karinenin düzenlendiğini kabul etmektedir (GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 231).

Bu yönde, *Definitely Maybe (Touring) Ltd v. Marek Lieberberg Konzertagentur GmbH* kararı (MAX PLANCK INSTITUTE, s. 41, vd.).

⁸⁵⁹ OĞUZMAN / BARLAS, s. 280.

⁸⁶⁰ EKŞİ, *Roma*, s. 110.

⁸⁶¹ MAYER / HEUZE, s. 545.

vardır⁸⁶². "Sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk" ispatlanabilecek bir olgu değildir. Olgu somut değeri olan bir husustur (örneğin kişinin ölmesi ya da baba olması). Halbuki en sıkı ilişkili hukuk somut bir olgu değil, hukukun yarattığı bir varsayımdır. Bir vakıa olmadığı için, tarafların en sıkı ilişkili hukuku kanıtlamasına gerek yoktur; bu durumda hakim sözleşmeye uygulanacak hukuku re'sen tespit etmelidir.

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 düzenlemesinin normal bir kanunî karineden bir başka farkı daha vardır. Bir karinede taraflar, ister karine teşkil eden olguyu, isterlerse bu olgunun delil teşkil ettiği hususu ispatlayabilir. Örneğin bir kişinin baba olduğu, ister MK m. 285 / f. 1'de düzenlenen babalık karinesine dayanılıp evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde çocuğun doğduğu ispatlanarak, isterse de başka delillere dayanılarak kanıtlanabilir. Oysa MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 sadece sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesini kolaylaştırmamış, aynı zamanda "en sıkı ilişkili hukuk" gibi muğlak bir kavramın içeriğini doldürmüştür. Ancak bir karine düzenlemesinden farklı olarak öngörülen bu mekanizma bağlayıcıdır ve hakim doğrudan en sıkı ilişkili hukuku saptamasına izin vermemektedir⁸⁶³. Bu hükme göre, hakim karakteristik edim borçlusunun hukukunu tespit etmelidir; c. 3'te öngörülen istisna uygulama alanı bulmadığı sürece, uygulanacak hukuk doğrudan "en sıkı ilişkili hukuk" üzerinden belirlenemeyecektir.

Kanunkoyucu MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'te bir istisna hükmü öngörmüştür. MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 düzenlemesi bir karine olsa idi, c. 3'teki istisna hükmüne ihtiyaç olmayacak, karinenin aksi ispatlanarak bu karinenin uygulanmaması sağlanacaktı. Oysa öngörülen istisna c. 2'de öngörülen hususun çürütülmesi veya aksinin ispatlanmasını aşmaktadır. Bu istisnanın uygulanabilmesi için, istisna hükmünde öngörülen şartların bir araya gelmesi gerekir.

⁸⁶² MAYER / HEUZE de burada "karine" teriminin hatalı olarak kullanıldığını dile getirmektedir (MAYER / HEUZE, s. 545).

⁸⁶³ Bu yönde, Fransız Yargıtayı Ticaret Dairesi'nin 19 Aralık 2006 tarihli *Soc. Danzas GmbH et Soc. Westra v. Soc. Tapiola et autre* kararı (kararın metni için, bkz. Paul LAGARDE, "Karar tahlili: Soc. Danzas GmbH et Soc. Westra c. Soc. Tapiola et autre (Cour de cassation (Ch. com.) - 19 décembre 2006), *Epoux Chopinet c. Soc. Crystal finance et soc. Royal Skandia Life assurance (Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.) - 22 mai 2007)*", **RCDIP**, C. 96, S. 3, Temmuz-Eylül 2007, s. 592-602, s. 593, vd.).

Bütün bu özellikler, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 düzenlemesinin bir karine öngörmediğini kanıtlamaktadır⁸⁶⁴. Bu düzenlemenin bir karine olduğunu savunmak, babalık karinesine dayanmadan, doğrudan baba olduğunu -örneğin DNA analizi ile- kanıtlamaya çalışan birinin, önce babalık karinesini -evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde çocuğun doğmadığını ispatlayarak- çürütmek zorunda olduğunu savunmakla özdeştir.

Maddenin çeşitli fıkraları arasındaki ilişkinin yorumlanmasına, İsviçre'deki düzenlemenin hazırlık çalışmalarının yardımcı olacağını düşünüyoruz. İMÖHK'ün hazırlık aşamasında, 1978 Tasarısı m. 120, sözleşmelere uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı konusunda farklı bir düzenleme öngörmekteydi⁸⁶⁵. Bu hükmün ilk fıkrası yine en sıkı ilişkili hukuka gönderme yapmaktadır. Ancak ikinci fıkra, güncel metinden çok farklı bir düzenleme getirmekteydi. Bu hükme göre, "*sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk bilhassa karakteristik edim, bir tarafın korunmasına yönelik özel bir ihtiyaç veya sözleşmenin belli bir yerle açık bağına göre belirlenir*". Bu hüküm en sıkı ilişkili hukukun tespiti ile ilgili üçlü bir sistem öngörür⁸⁶⁶. İMÖHK'te bu üçlü sistemden vazgeçilmiştir. Ancak bu üçlü sistemden daha önemlisi, bu sistemin kanunlar ihtilafı kuralı ile ilişkisidir. Üçlü sistemin diğer iki ayağını bir kenara bırakırsak, hüküm "*sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk[un] bilhassa karakteristik edime göre*" belirleneceğini düzenler. Bu kuralın İMÖHK m. 117 / f. 2 ve MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'den oldukça farklı bir düzenleme öngördüğü açıktır. Farklılık iki noktada toplanır. Birincisi, hüküm sadece karakteristik edimden bahsetmekte, karakteristik edimin ifa yeri veya borçlusunun yerleşim yeri gibi bir noktaya işaret etmemektedir. İkinci önemli farklılık ise, hükmün karakteristik edimi, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespitinde bir araç olarak kullanmasıdır. Oysa gerek İMÖHK m. 117 / f. 2, gerek Roma Konvansiyonu m. 4, gerekse de MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de karakteristik edim borçlusunun hukuku bir araç olarak değil, kuralın kendisi olarak düzenlenmiştir⁸⁶⁷. Örneğin bu hükümlerde "bilhassa" gibi örnekleyici bir kelime

⁸⁶⁴ LAGARDE da Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 2'deki hükmün gerçek anlamda bir karine olmadığını belirtmiştir (LAGARDE, s. 598).

⁸⁶⁵ TURHAN, s. 134. Tasarının metni için, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 167, dn. 160.

⁸⁶⁶ Bu üçlü sistem, belli bir yerle açık bir biçimde daha sıkı ilişki içindeki sözleşmelerle (örneğin taşınmazlarla ilgili sözleşmeler), bir tarafın korunmasına özel bir biçimde ihtiyaç duyulan sözleşmelerin (örneğin tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri) ayrı olarak düzenlenmesi ile adeta İMÖHK içinde dağıtılmıştır.

⁸⁶⁷ ANCEL, **Prestation**, s. 333.

kullanılmamakta; aksine, sözleşmeye uygulanacak hukuk, dolaylı bir biçimde de olsa, kural olarak karakteristik edim borçlusunun hukuku olarak belirlenmektedir. Sonuç olarak, eğer karakteristik edim bir araç veya karine olarak kullanılmak istenseydi, kanunkoyucu tarafından aynen İsviçre'deki 1978 Tasarısı gibi bir hükmün öngörülmesi gerekirdi. Oysa var olan düzenleme bu şekilde değildir.

MÖHUK m. 24 / f. 4'ün bu yapısıyla, c. 2 düzenlemesinin hukukî niteliğinin rehber hüküm, ispat yerinin yer değiştirmesi veya karine olarak yorumlanması mümkün olmayacaktır. En sıkı ilişkili hukukun, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukuku olduğunun kabul edilmesi, bu bağlanma noktasının içinin doldurulması, daha doğrusu somutlaştırılmasıdır⁸⁶⁸. Zira en sıkı ilişkili hukuk kavramı oldukça esnek ve nispeten müphem bir nitelik taşır. Amerikan hukukunda bu sorun yol gösterici ilkelerle aşılmıştır. Türk hukukunda ise, en sıkı ilişkili hukuk kavramı, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukuku olarak somutlaştırılmıştır.

MÖHUK'ta, hukuk seçimi yapılmaması durumunda tek bir bağlanma noktası bulunduğunu; bunun da en sıkı ilişkili hukuk olduğunu belirtmiştik. MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 ise, en sıkı ilişkili hukukun, kural olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukuku olduğunu belirtir. Bir başka deyişle, bu düzenleme, MÖHUK m. 24 / f. 4'teki bağlanma noktası ile ilgili bir kural⁸⁶⁹ koymaktadır⁸⁷⁰. Bu kuralın istisnası ise, c. 3'te düzenlenmiştir.

2. Hükmün unsurları

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukuku olduğu genel olarak belirtilmiştir. Ancak, hüküm biraz daha ayrıntılıdır. Biz de bu bölümde, bu cümlenin unsurlarını inceleyip uygulanacak hukuku daha detaylı olarak araştıracağız.

⁸⁶⁸ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 103, 230; GIULIANO / LAGARDE, s. 21.

⁸⁶⁹ Bu düzenlemeyi belirtmek için, kanunlar ihtilafı kuralı ile ilgili bir kural anlamında "kuralın kuralı" tabirini kullanmayı uygun gördük.

⁸⁷⁰ Bu yönde, LAGARDE, s. 597; ANCEL, *Prestation*, s. 333; MAX PLANCK INSTITUTE, s. 42.

a) Karakteristik edim

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'deki ilk unsur sözleşmesel ilişkideki karakteristik edimdir. Karakteristik edim kavramını yukarıda incelemiştik. Uygulanacak hukuk, sözleşmeye rengini veren edim diye kısaca tarif edilebilecek edime göre saptanacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, örneğin tarafların karşılıklı edimlerinin benzer edimler olması nedeniyle, sözleşmede karakteristik edimin bulunmadığı durumlarda, c. 2'nin uygulanmamasıdır.

b) Edimin borçlusu

Bu cümledeki diğer unsur, söz konusu edimin borçlusunun dikkate alınmasıdır. Edimi ifa eden kişi olarak borçlunun dikkate alınması oldukça yerinde bir seçimdir. Özellikle bu tercihle, yeni MÖHUK eski düzenlemeden ayrılmaktadır. Çünkü eski MÖHUK m. 24'te edimin borçlusu değil, edimin ifa yeri dikkate alınmaktaydı.

c) Mutad mesken / işyeri / yerleşim yeri

(1) Düzenlemenin yerindeliği

Hükümdeki diğer unsur, borçlunun hangi özelliğinin dikkate alındığını gösterir. Düzenlemeye göre, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, işyerinin bulunmaması durumunda bu kişinin yerleşim yeri, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa, sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri dikkate alınacaktır. Kanunkoyucu, gerek sözleşmenin ticarî veya meslekî niteliğine, gerekse de borçlunun işyeri organizasyonuna göre, dikkate alınacak yer unsurunu detaylı bir şekilde düzenlemiştir.

MÖHUK m. 24'te mutad meskene atıf yapılarak karakteristik edimi ifa edecek borçlu ile uygulanacak hukuk arasında bir bağ kurulmuştur⁸⁷¹. Bu düzenlemenin arkasındaki mantık, sözleşmenin sosyo-ekonomik sonucunun bu ülkede doğduğunun

⁸⁷¹ EKŞİ, **Roma**, s. 112.

düşünülmesidir⁸⁷². Gerçekten de söz konusu karakteristik edimi ifa edecek borçlu, ifa edeceği borcun hazırlıklarını bu yerde gerçekleştirecek⁸⁷³; ifa ettiği borcun karşılığında aldığı hakkı da, normal şartlar altında bu yerde değerlendirecektir. Bu kişi, sözleşmeye konu faaliyetini bir ticarî işletme kapsamında yapıyorsa, kazandığı parayla işletmesinin devamını sağlayacak, işyerini büyütecek ve yatırımlarını genişletme fırsatı bulacaktır. Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri, bu kişinin hayat ilişkilerinin de merkezidir⁸⁷⁴. İşte bu nedenle karakteristik edim borçlusunun mutad meskenine yapılan atıf oldukça yerindedir⁸⁷⁵.

Ayrıca sözleşmedeki karakteristik edim borçlusu genellikle bir profesyoneldir; bu kişi benzer nitelikte birçok sözleşme akdetmektedir. Bu sözleşmelerdeki ortak nokta, karakteristik edim borçlusunun işyeridir; oysa karakteristik edimin ifa edildiği yer her sözleşmede değişebilir. Bu profesyonelin genellikle akdettiği tip sözleşmelere hep aynı hukukun (üstelik bildiği hukukun) uygulanmasına neden olduğu için de karakteristik edim borçlusunun hukukunun dikkate alınması yerinde bir tercihtir⁸⁷⁶.

⁸⁷² MAYER / HEUZE ise, bu savın ikna edici olmadığını belirtmiştir; yazarlara göre sözleşmenin sosyo-ekonomik fonksiyonu daha çok karakteristik edimin ifa edildiği yerde ortaya çıkmaktadır (MAYER / HEUZE, s. 546).

⁸⁷³ TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 38.

⁸⁷⁴ TEKİNALP, *Objektif Kural*, s. 444.

⁸⁷⁵ Ancak, sözleşmenin ekonomik ve sosyal fonksiyonu her zaman karakteristik edim borçlusunun ülkesinde gerçekleşmediği için, bu yöntem doktrinde eleştirilmiştir. Eleştiriler için bkz. ÖZEL, *Objektif*, s. 584. Bir başka eleştiri nedeni ise, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerinin sözleşme dışı bir unsur olmasıdır, oysa örneğin karakteristik edimin ifa yeri sözleşmeyle ilgili (sözleşme içi) bir unsurdur. Bu eleştiri için de, bkz. ÖZEL, *Objektif*, s. 585.

Biz bu eleştirilere katılmıyoruz. Gerçekten de somut olayda, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuka işaret etmeyebilir. Bu nedenle bir kaçış hükmü öngörülmüştür. Bu kaçış hükmünden bağımsız olarak değerlendirdiğimizde de, objektif kriterin bu şekilde belirlenmesi kanaatimizce oldukça yerindedir. Uygulanacak hukukun karakteristik edim üzerinden değil, doğrudan en sıkı ilişkili hukuk üzerinden tespit edilmesinin hukukî güvene ve öngörülebilirliğe aykırı olacağını daha önce belirtmiştik. Öte yandan, objektif kriterin karakteristik edimin ifa yeri olarak tespit edilmesi ise, belki sözleşme içi bir unsura atıf yapıldığı için taraftar toplayabilir; yine de sırf bu özelliğinden dolayı, karakteristik edimin ifa yerinin karakteristik edim borçlusunun mutad mesken / işyeri / yerleşim yerine göre sözleşmeyle daha yakın ilişkide olduğunu düşünmek bizce doğru olmayacaktır. Örneğin bir başka iç unsur olan sözleşmenin kurulduğu yer de, çoğu zaman tarafların ilişkisinde önem arz eden bir husus değildir. Bazı sözleşmelerde (örneğin büyük inşaat projelerinde) karakteristik edimin ifa yeri her ne kadar ön plana çıksa da, genel olarak sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri ile daha sıkı ilişkide olduğu kabul edilmelidir, çünkü çoğu zaman bu yer, ifanın hazırlık aşamalarının yapıldığı, riskin üstlenildiği yerdir. Üstelik söz konusu sözleşme (örneğin bankacılık sözleşmesi), bu yerdeki (bankanın bulunduğu ülkedeki) ticaret hayatının bir parçası hâline gelmektedir. Dolayısıyla bu sözleşme ile ilgili katma değer, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerinde oluşmaktadır. Bu sebeple de, sözleşmeyi bu yerin hukukunun yönetmesi bizce daha yerinde bir seçim olacaktır.

⁸⁷⁶ MAYER / HEUZE, s. 546.

Buna karşılık özellikle *turn-key* sözleşmelerde, genellikle hukukî ilişkinin ekonomik fonksiyonu karakteristik edimin ifa edildiği yerde gerçekleşmektedir. Bu sözleşmeler açısından uygulanacak hukukun karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri yoluyla bulunması eleştirilebilir⁸⁷⁷. İşte bu nedenle, objektif kural olarak kanunkoyucunun yerinde bir tercihi olduğunu düşündüğümüz karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanmasına, bazı sözleşmeler açısından istisna getirilmesinin daha uygun olacağını düşünüyoruz.

Kanunkoyucunun objektif kriterde karakteristik edim borçlusunun hukukunu tercih etmesi, uygulanacak hukukun saptanmasında belirlilik de sağlayacaktır⁸⁷⁸. Bu tercih sayesinde, örneğin sözleşmenin ifa yerinin zaman içinde değişmesi nedeniyle sözleşmenin başka bir hukuka tâbi olması⁸⁷⁹ veya uzaktan kurulan sözleşmelerde sözleşmenin kurulduğu yerin saptanamaması nedeniyle uygulanacak hukukun belirlenememesi gibi sorunlarla çok daha ender karşılaşılacaktır⁸⁸⁰.

(2) Kullanılan kavramların anlamı

MÖHUK m. 24 / f. 4'e göre uygulanacak hukuk karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerine göre belirlenecektir. Bu kavramlardan mutad mesken ve yerleşim yeri medenî hukuk kavramları olduğu için, bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiğini ayrıca incelemeyeceğiz.

Roma Konvansiyonu'ndan farklı olarak, Roma I Tüzüğü'nde, uygulanacak hukukla ilgili olarak sadece mutad meskene atıf yapılmış, ancak bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği m. 19'da belirtmiştir. Bu hükme göre, bir tüzel kişinin mutad meskeni, şirket veya derneğin idare merkezinin bulunduğu yerdir⁸⁸¹. Tacir gerçek kişi

⁸⁷⁷ Bu eleştiri ile ilgili olarak, bkz. SARGIN, **Karakteristik**, s. 62.

⁸⁷⁸ EKŞİ, **Roma**, s. 112.

⁸⁷⁹ Aynı eleştiri için, bkz. TEKİNALP, **Zımnî Hukuk**, s. 29; TEKİNALP, **Objektif Kural**, s. 444.

⁸⁸⁰ Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerinin değişmesi (ki MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de bu sorunun da önlemi alınmıştır), belli bir edimin ifa yerinin değişmesine göre daha ender karşılaşılabilecek bir durumdur. Yine aynı şekilde, belli bir sözleşmede karakteristik edimin tespit edilmesinde yaşanabilecek güçlükler, sözleşmenin kurulduğu yer gibi tesadüflere kalmış ve uzaktan kurulan sözleşmelerde belirlemenin çok zor olduğu sözleşmelere göre ihmal edilebilecek derecede enderdir.

⁸⁸¹ Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 2'de karakteristik edim borçlusunun bir dernek veya başka bir tüzel kişi olması durumunda, borçlunun idare merkezinin dikkate alınacağı belirtilmiştir. Türk hukukunda ise MÖHUK m. 9 karşısında bu hükme gerek olmadığı belirtilmiştir (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 350).

için ise mutad mesken, esas işletmenin olduğu yerdir. Roma I Tüzüğü m. 19 / f. 2'de de hangi işyerlerinin mutad mesken olarak kabul edileceği belirlenmiştir⁸⁸².

Kullanılan üç irtibattan (mutad mesken, işyeri, yerleşim yeri), biz özellikle işyeri kavramını tartışacağız⁸⁸³; çünkü borçlunun mutad meskeni ve yerleşim yeri çok da önemli hukukî sorunlar yaratmayan kavramlardır. "İşyeri" kavramı ise çeşitli hukuk dallarında farklı anlamlara gelebilecek şekilde kullanılmaktadır.

Bu hukuk dallarından biri iş hukukudur⁸⁸⁴. Bu kavram iş hukukunda, özellikle işverenin işçisine karşı koruma yükümlülüğünün uygulama alanını belirlemek amacıyla kullanılmakta ve oldukça geniş anlaşılmaktadır⁸⁸⁵. MÖHUK m. 24 / f. 4 anlamında ise "işyeri" kavramı kanımızca bu kadar geniş algılanamaz. Çünkü bu hüküm iş hukukundaki sosyal kaygıyı barındırmamaktadır. Aksine buradaki işyeri kavramı, daha çok ticaret hukukunda olduğu gibi sözleşmeye taraf işletme açısından esaslı bir aktivitenin yapıldığı yer anlamında anlaşılmalıdır. MÖHUK anlamında "işyeri" kavramının içeriğinin belirlenmesinde, daha çok sözleşmesel ilişkinin ekonomik özellikleri belirleyici olacaktır.

İşyeri kavramına kimi uluslararası konvansiyonlarda da referans yapılmıştır. Bu metinlerden biri, Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'dur. "Tanımlar" başlığı altında, Konvansiyon m. 4 / b. h'de "işyeri" kavramı düzenlenmiştir. Bu hükme göre⁸⁸⁶, *"işyeri, taraflardan birinin, mal veya hizmetlerin geçici olarak sağlanması dışında kalan bir ekonomik faaliyetin sürdürülmesi için sahip olduğu, geçici olmayan bir*

⁸⁸² Söz konusu unsurların tanımını içeren hüküm, hukukî öngörülebilirliğin sağlanmasına katkıda bulunacaktır. Böyle bir tanım maddesinin düzenlenmesindeki yerindelik açısından, bkz. TARMAN, **Roma I**, s. 311.

⁸⁸³ Madde gerekçelerinde, bu hususa parmak basılmış; ancak "*doktrin ve tatbikatın önünün* açık bırakılması" için bir tanım verilmesinden kaçınıldığı belirtilmiştir. Bu konuda, bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Madde Gerekçeleri, s. 8.

⁸⁸⁴ İş hukukundaki işyeri kavramı için, bkz. Sarper SÜZEK, **İş Hukuku**, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 173, vd.

⁸⁸⁵ SÜZEK, işyerinin, "*bir işveren tarafından mal veya hizmet üretimine yönelik teknik bir amacın gerçekleştirilmesi için maddi olan ve olmayan unsurlarla işgücünün bir araya getirildiği, işyerine bağlı yerler, eklentiler ve araçlardan da oluşan iş organizasyonu kapsamında bir bütün*" olduğunu ifade etmektedir (SÜZEK, s. 174). Bu tanıma göre, işyeri, sadece işin yapıldığı yeri değil, işyerine bağlı yerleri, eklentileri ve araçları da içermektedir. Tanımdaki araçlardan, işyerinde kullanılan nakliye araçları, otobüs, kamyon, otomobilin de anlaşılması gerektiği dönünde, SÜZEK, s. 178.

⁸⁸⁶ Hükümün orijinali şu şekildedir: "*Place of business*" means any place where a party maintains a non-transitory establishment to pursue an economic activity other than the temporary provision of goods or services out of a specific location.

yerleşim birimi"dir⁸⁸⁷. Bu konvansiyon kapsamında bir yerin işyeri olarak kabul edilebilmesi için, hem faaliyetin yapıldığı yer, hem de bu yerde yapılan faaliyetin bir süreklilik taşıması gerekmektedir⁸⁸⁸. Bu tanımda, kişinin geçici olarak kullandığı bir yerin işyeri olarak kabul edilemeyeceği vurgulanmaktadır.

İşyeri kavramının yer aldığı bir diğer uluslararası konvansiyon, Viyana Satım Antlaşması'dır. Ancak VSA metninde işyeri kavramı tanımlanmamıştır⁸⁸⁹. VSA ile ilgili doktrinde, bir yerin işyeri olarak kabul edilebilmesi için iki unsur aranmaktadır: asgari bağımsızlık ve süreklilik⁸⁹⁰. Bu sebeple, şirketin reklamını yapan irtibat bürolarının işyeri olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir⁸⁹¹.

Türk hukukunda işyeri kavramı, iş hukuku haricinde, vergi hukukunda da kullanılmaktadır⁸⁹². Ayrıca benzer bir kavram olan ticarî işletme kavramı Ticaret Kanunu'nda tanımlanmıştır (TTK m. 11). Bu hukuk alanlarındaki tanımlarda, süreklilik unsuru ön plana çıkmaktadır⁸⁹³.

Amaçsal açıdan bakıldığında, MÖHUK m. 24 / f. 4'teki işyeri kavramı, iş hukukundan ziyade, ticaret hukuku, vergi hukuku, hatta benzer konuları ele alan uluslararası konvansiyonlarda referans yapılan işyeri kavramına yakındır. Bu hukuk dallarında işyerine verilen anlam, MÖHUK'ta kullanılan kavramı aydınlatmaya yardımcı olabilecektir⁸⁹⁴. Fakat, bizim görüşümüze göre, en çok dikkate alınması gereken "işyeri" kavramı, Roma I Tüzüğü'ndeki tariftir; çünkü bu metin bir kanunlar ihtilafı metnidir. Bu açıdan Tüzük'ün düzenlenme amacı MÖHUK'unki ile aynıdır.

Roma I Tüzüğü m. 19 / f. 2'deki düzenlemeye göre bir sözleşme bir bayi, acenta veya başka bir işyerinin işletilmesi çerçevesinde kuruluyorsa veya sözleşmeye göre edim bir bayi, acenta veya başka bir işyeri tarafından ifa edilecekse, uygulanacak hukukun belirlenmesinde bu yer dikkate alınır.

⁸⁸⁷ Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, "*Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında BM Konvansiyonu*", **GSÜHFD**, 2007/2, s. 261-325 (**İleti**), s. 269.

⁸⁸⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, **İleti**, s. 269.

⁸⁸⁹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, **İleti**, s. 269; ZEYTİN, s. 236.

⁸⁹⁰ ZEYTİN, s. 236. Kanaatimizce, asgari bağımsızlığı, azamî bağımlılık olarak anlamak gerekir.

⁸⁹¹ ZEYTİN, s. 237.

⁸⁹² ÖZDEMİR KOCASAKAL, **İleti**, s. 269.

⁸⁹³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, **İleti**, s. 270.

⁸⁹⁴ Nitekim ÖZDEMİR KOCASAKAL da, MTK m. 2 / f. 1 / b. 1'deki işyeri kavramının VSA doktrinindeki işyeri kavramı çerçevesinde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır (ÖZDEMİR KOCASAKAL, **MTK**, s. 353).

Örneğin A ülkesindeki alıcı, B ülkesinde merkezi bulunan satıcıya, satıcının A ülkesinde bulunan deposundaki mallarla ilgili bir sipariş verirse ve bu mallar satıcının A ülkesindeki teşkilatı tarafından doğrudan alıcıya gönderilirse, karakteristik edim borçlusunun sözleşmeyle en sıkı ilişkideki işyeri, A ülkesindeki organizasyonu olacak ve sözleşmeye A ülkesinin hukuku uygulanacaktır. Aynı örnekte, depo ve işyeri organizasyonunun bir bölümü üçüncü bir ülkede bulunursa, bu işyerine bağladığımız önem değişmeyecektir: bu durumda da en yakın ilişkili işyeri üçüncü ülkedeki işyeridir; sözleşmeye üçüncü ülkenin hukuku uygulanacaktır.

En sıkı ilişkideki işyeri hukukunun, bizce uygulamada en sık görülebilecek örneklerinden biri akreditif ilişkisidir. Bu ilişkide⁸⁹⁵, muhabir bankanın ayrıca sorumluluk üstlenmemesi ve sadece akreditif bankasının bir temsilcisi gibi hareket etmesi durumunda, akreditif lehdarı ile akreditif bankası arasında doğrudan bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişkiye uygulanacak hukuk karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukudur. Böyle bir sözleşme ilişkisinde, muhabir banka, akreditif bankasının bir acentesi olarak kullanıldığı için, muhabir bankanın, akreditif bankasının bir işyeri olduğu kabul edilmelidir. Akreditif lehdarı ile akreditif bankası arasındaki ilişkide, sözleşmeyle en sıkı ilişki içindeki işyeri muhabir bankadır. Bu nedenle, sözleşmeye uygulanacak hukuk, bu yakın ilişkideki işyerine göre tespit edilmelidir. Gerçekten de lehdar ile akreditif ilişkisi muhabir banka üzerinden kurulmakta; karakteristik edim de yine bu "işyeri" tarafından ifa edilmektedir. Bu nedenle de, uygulanması gereken hukuk -akreditif bankasının acentesi sıfatıyla- muhabir bankanın işyeri hukukudur⁸⁹⁶.

Hemen belirtelim ki, MÖHUK, Konvansiyon ve Tüzük'ten biraz farklı bir düzenleme getirmiştir. MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de sadece "*söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri*" ifadesi kullanılırken, Roma Konvansiyonu'nda bu işyerinin ifayı gerçekleştirilmesi, Roma I Tüzüğü'nde ise, sözleşmenin ya bu daha yakın işyerinin aktivitesi kapsamında kurulması ya da bu işyerinin ifayı gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Konvansiyon ve Tüzük'ün ifadesi daha sınırlayıcı gözükürken, Türk hukukundaki düzenlemenin hakime çok büyük bir

⁸⁹⁵ Akreditifte ilgili taraflarla ve taraflar arasındaki ilişki ile ilgili bilgi için, bkz. ÖZEL, **Akreditif**, s. 22, vd., 29, vd.; DOĞAN, **Akreditif**, s. 43, vd., 81, vd.

⁸⁹⁶ Bankanın şubesinin bulunduğu yerin müşteri ile banka arasındaki sözleşmelere uygulanacağı yönünde, GIULIANO / LAGARDE, s. 21; DICEY / MORRIS, s. 1422; AUDIT, s. 665.

takdir yetkisi verdiği⁸⁹⁷ ve bunun da ötesinde bir belirsizlik yarattığını düşünüyoruz. Sözleşmenin kuruluşundan ifasına kadar, birçok işlemin hep aynı işyeri tarafından yapılması durumunda, Türk hukuku açısından da, en sıkı ilişkideki işyerini belirlemek güç olmayacaktır. Öte yandan, aynı işletmenin merkezi ile bu merkeze bağlı işyerleri oldukça koordineli bir biçimde çalışıyorlarsa, sözleşmenin diğer tarafı da her iki işyerini muhatap olarak alıyorsa, bu durumda hangi hukukun uygulanacağı Türk hukuku açısından belirsizliğini koruyacaktır. Oysa Konvansiyon ve Tüzük sisteminde, edimi ifa eden işyerinin hukukunun uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 ile Konvansiyon ve Tüzük arasındaki bir diğer fark, bu son iki metne göre bir işyerinin daha sıkı ilişkide olduğunun sözleşmeden anlaşılmasının gerekmesidir. Örneğin bir sözleşme hazırlanırken edimin hangi işyeri tarafından ifa edileceği belirtilmediyse, bu mekanizmanın kullanılması söz konusu olamaz. Oysa MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de böyle bir ifade yoktur. Dolayısıyla, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen olaylar da, hangi işyerinin sözleşmeyle daha sıkı ilişkide olduğunun belirlenmesinde rol oynayabilecektir. Bu durumun öngörülebilirliği engelleyeceği aşikârdır⁸⁹⁸. Üstelik bu durumun farkında olan bir taraf, sırf sözleşmeye kendisine daha uygun bir hukukun uygulanması için, edimin farklı bir işyeri tarafından ifa edilmesini sağlamaya çalışabilir. Böyle bir sorunun oluşmasına fırsat vermediği için, Konvansiyon ve Tüzük'ün, MÖHUK'tan daha yerinde bir düzenleme getirdiğini düşünüyoruz.

d) Sözleşmenin kurulma anı

Düzenlemenin bir diğer unsuru, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerinin hangi ana göre dikkate alınacağı ile ilgilidir.

Roma I Tüzüğü m. 19 / f. 3'te, sözleşmenin kuruluşu anındaki mutad meskenin dikkate alınacağı belirtilmiştir. Benzer bir hüküm Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 2 ve MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de de bulunmaktadır. Ancak MÖHUK'taki hüküm, kanımızca, bir tercüme hatası nedeniyle, farklı sonuçlar doğurmaya muktedirdir.

⁸⁹⁷ Daha önce de belirttiğimiz üzere, takdir yetkisi verilen hâllerde hakimler genellikle *lex fori*'nin uygulanması yönünde kanaat kullanmaktadırlar. Bu da kanunlar ihtilafı kuralları ile istenen sonuca ulaşamaması sonucunu doğurmaktadır.

⁸⁹⁸ HILL, s. 339.

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2, "*karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku [...]*" ifadesine yer vermektedir. Bu hükümden "sözleşmenin kuruluşu sırasındaki" vurgusunun sadece mutad meskenin belirlenmesinde rol oynayacağı; işyeri ve yerleşim yeri için ise bir etkisinin olmayacağı anlaşılabilir. Gerçekten de, "*mutad meskeni hukuku*"nu tamlayan iki unsurdan "*karakteristik edim borçlusunun*" unsurunun "işyeri"nden önce de tekrarlanmasına rağmen, bu unsurdan sonra gelen "*sözleşmenin kuruluşu sırasındaki*" unsuru tekrarlanmamaktadır. Hükümün olası bir yanlış anlaşılmaya mahal vermemesi adına, ya her iki unsur birlikte tekrarlanmalı ya da her ikisinin de tekrarından kaçınılmalıdır. Bir diğer çözüm ise, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad mesken / işyeri / yerleşim yerinin dikkate alınacağına bağımsız bir cümleyle belirtilmesidir.

Hükümün kaleme alınışı ile ilgili eleştirimiz bir yana, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerinde sonradan meydana gelecek olası bir değişikliğin uygulanacak hukuka etki etmemesi, bizce, öngörülebilirliğin sağlanması adına yerinde bir çözümdür⁸⁹⁹. Öte yandan, özellikle ifası zamana yayılan veya ifanın uzun bir zaman sonra yerine getirileceği sözleşmelerde, sözleşmeye uygulanacak hukukun, karakteristik edim borçlusunun eski mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerine göre belirlenmesi bir eleştiri konusu yapılabilir⁹⁰⁰. Gerçekten de, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'deki kuralın kuralı, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olma sıfatıyla uygulanmaktadır. Borçlunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerinin zaman içinde değişmesi durumunda, eski mutad mesken / işyeri / yerleşim yeri hukuku ile sözleşmedeki sosyo-ekonomik unsurlar arasında nasıl bir bağın olduğu; bu hukukun nasıl en sıkı ilişkili hukuk olacağı sorgulanabilir⁹⁰¹. Hatta sözleşme ile somut bir bağı olmayan bir hukukun uygulanmasına neden olabilecekse, c. 2'deki düzenlemenin işlevi ve yerindeliği bile tartışmaya açılabilir. Yine de bu eleştiriler çok yerinde olmayacaktır. Çünkü karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerinin sözleşmenin ifası aşamasına gelene kadar sözleşme ile hiçbir bağının kalmaması, ancak kuruluşu ile ifa

⁸⁹⁹ Aynı yönde, TEKİNALP, **Objektif Kural**, s. 445.

⁹⁰⁰ Nitekim, ÖZEL, bu şekilde belirlenecek hukukun, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku belirlemekten uzak olacağını belirtmiştir (ÖZEL, **Objektif**, s. 592).

⁹⁰¹ TEKİNALP, **Objektif Kural**, s. 448.

anı arasına uzun zaman giren sözleşmelerde mümkün olabilir. Bu durumda da, zaten MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'teki istisnadan yararlanılıp somut olayın şartlarından dolayı, sözleşmenin bir başka hukukla daha sıkı ilişkide olduğu kabul edilebilir⁹⁰².

C. Karakteristik Edim "Kuralı"nın İstisnası

Sözleşme ile en yakın ilişkili hukukun karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukuku olmasının iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'te düzenlenen, hâlin tüm şartları göz önüne alındığında, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunmasıdır (1). İkincisi ise, karakteristik edimin yahut karakteristik edim borçlusunun bulunmamasıdır (2). Bu bölümde son olarak, bir özel durum olan, karakteristik edim borçlusunun birden fazla kişi olması ve bunların birden fazla ülkede bulunması ihtimalini inceleyeceğiz (3).

1. Sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması

Yukarıda hukuk seçimi yokluğunda, sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili tek bağlanma noktasının en sıkı ilişkili hukuk olduğunu ve bu kuralın hiçbir istisnasının bulunmadığını vurgulamıştık. Öte yandan, kanunkoyucunun en sıkı ilişkili hukukun saptanmasına ilişkin bir "kural" öngördüğünü de belirtmiş ve düzenlemeyi "kuralın kuralı" olarak değerlendirmiştik. Ancak kanunkoyucu bu kurala bir istisna getirmiştir (MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3)⁹⁰³. Bu hükme göre, somut olayın şartlarından, karakteristik edim borçlusunun hukukundan başka bir hukukla sözleşmenin daha sıkı

⁹⁰² TEKİNALP, **Objektif Kural**, s. 448.

⁹⁰³ Nitekim Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nde bu hükmün karşılığı "*clause d'exception*" (istisna klotu) olarak anılmaktadır (örneğin bkz. Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 20).

Ayrıca, karşı. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 114, vd.

EKŞİ ise bu hükmün bir kısır döngüye sebep vereceğini belirtmektedir (EKŞİ, **Roma**, s. 119, vd.). Bunun gerekçesi olarak da, istisnanın düzenlendiği Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 5 ile Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 1'in benzer nitelikte olmasıdır. Biz yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Gerçekten de, Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 1 ile MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1'in, kimi istisnaî durumlar haricinde işlevsel bir özelliği yoktur. Bu hükümler arasında işlevsel gücü olanlar karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukukunun uygulanacağını belirten kural ile bu kuralın istisnasını öngören hükümdür. Bu sebeple bir kısır döngü söz konusu olmayacaktır.

bir ilişkide olduğu anlaşılıyorsa⁹⁰⁴, sözleşmeden doğan borç ilişkisi karakteristik edim borçlusunun hukukuna değil, bu daha sıkı ilişkili hukuka tâbi olacaktır. Buradaki istisna, en sıkı ilişkili hukuka değil, "kuralın kuralı"na getirilmiştir.

İşte bu istisna devreye girdiğinde, artık karakteristik edim borçlusunun hukuku sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul edilmeyecek; sözleşme ile daha sıkı ilişkide olduğu saptanan hukuk uygulama alanı bulacaktır. Bir başka deyişle, bu istisna sayesinde, "karakteristik edim borçlusunun hukuku" değil, "sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukuk", "sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk" sıfatıyla uygulanacaktır.

Bir sözleşmenin birçok unsurunun belli bir millî hukuk çerçevesinde oluşmasına rağmen, borçlunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukuku taraflar arasındaki hukukî ilişkinin taşıdığı tüm özelliklerden kopuk olarak başka bir hukuk sistemini işaret ediyorsa, bu istisna hükmü uygulanacak ve en sıkı ilişkili hukuk MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'nin gösterdiği şekilde değil, somut olayın şartlarına göre belirlenecektir⁹⁰⁵. Yalnız unutulmamalıdır ki, yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmede, sözleşme ile ilgili unsurların farklı hukuk sistemlerini işaret etmesi olağandır. Hatta bu unsurlardan bazıları, aynı ülkede toplanmış bile olabilir. Bu durum, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'teki istisnanın uygulanması için yeterli olmayacaktır. Örneğin bir satım sözleşmesinde satıcının işyeri X ülkesinde iken, alıcının işyeri ile ifanın yapılacağı yer Y ülkesinde olabilir. Ancak böyle bir örnekteki salt bu özellikler sözleşmenin Y ülkesi ile daha sıkı ilişkili olduğunu göstermeyecektir⁹⁰⁶. İfanın bir başka unsur olan alıcının mutad meskeninde yapılması hâlinde, kural olarak bu ülke hukukun uygulanacağı kabul edilseydi, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 gibi bir düzenlemeye ihtiyaç olmazdı veya bu düzenleme uygulanacak hukukun doğrudan karakteristik edimin ifa yeri hukuku olduğunu belirtirdi⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ Daha sıkı ilişkili hukukun istisnaî düzenleme olduğu güçlü model ("*strong model*") ile karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanmasının sadece bir saptama olduğu zayıf model ("*weak model*") arasında bir ayırım için, bkz. ATRILL, s. 550, vd.

⁹⁰⁵ LAGARDE, s. 597.

⁹⁰⁶ Karş. NOMER, s. 323.

⁹⁰⁷ Aynı yönde, HILL, s. 341, vd. Yazar bu görüşünü, İngiliz mahkemelerinin *Samcrete Egypt Engineers and Contractors SAE v. Land Rover Exports Ltd* kararını değerlendirirken belirtmektedir. Yazar aynı sonuca ulaşan başka kararları (*Kenburn Waste Management Ltd v. Bergmann; Definitely Maybe (Touring) Ltd v. Marek Lieberberg Konzertagentur GmbH*) da incelemiştir. Yazar bu kararları eleştirmekte ve bu kararlardaki eğilimin doktrinin, özellikle de DICEY & MORRIS'in yanlış yorumlanmasından kaynaklandığını belirtmektedir (HILL, s. 346).

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3, bir somut olay analizi gerektirir (bu analizin nasıl yapıldığını aşağıda inceleyeceğiz). Bu analiz sonucunda sözleşmeden doğan borç ilişkisinin karakteristik edim borçlusunun hukuku ile değil, başka bir hukukla daha sıkı ilişkide bulunduğu sonucuna varılırsa, istisna hükmü uygulama alanı bulur⁹⁰⁸.

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de, kural olarak karakteristik edim borçlusunun hukukunun sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olduğunun kabul edilmesinin nedeni, gerçekten de, genel olarak sözleşmelerin ekonomik ağırlığının karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerinde bulunmasıdır. Bunun da nedeni, sözleşmeye rengini veren, bir başka deyişle, sözleşmenin adını koyan edimin ekonomik olarak en çok bu yerle bağlantılı olmasıdır. Gerçekten de, bu edimin borçlusu, borcunu ifa etmek için gerekli hazırlıkları, varsa üretimi, yoksa yapacağı ticaretin koordinasyonunu çoğunlukla bu ülkede yapmaktadır. İşte bu nedenle de, normal şartlarda sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk, bu ülkenin hukukudur.

Her somut olayın, kendine has şartlarından dolayı, bu mantığa uyması beklenemez. İşte MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 de, bu durumlarda, genel kural çerçevesinde, sözleşmenin, en sıkı ilişkili hukuka tâbi kılınması amacıyla öngörülmüştür. Sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk somut olayın şartlarından dolayı karakteristik edim borçlusunun hukuku değilse, -"kuralın kuralı"na "genel kural"a uygun olarak getirilen- istisna uygulama alanı bulur.

Somut olayda, bu istisna, özellikle iki unsurun çerçevesinde kabul edilebilir. Şimdi bu iki unsuru inceleyeceğiz.

Hemen belirtelim ki, İngiliz mahkemelerinin aksi yönde (Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 2'deki kurala, f. 5'teki istisna karşısında daha fazla ağırlık veren) kararları da bulunmaktadır. Bu yöndeki başlıca karar, *Ennstone Building Products Ltd v. Stranger Ltd*'dir.

⁹⁰⁸ Yine de, gerek Roma Konvansiyonu'nun, gerekse de MÖHUK m. 24'ün, neyin bir sözleşmeyi bir başka ülkeyle daha sıkı ilişkiye soktuğunu açıklamadığı doktrinde belirtilmektedir (örneğin, bkz. ATRILL, s. 556).

a) İstisnanın uygulanma koşulunun katılığı: *daha sıkı ilişkili hukuk*

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 düzenlemesinde dikkat edilmesi gereken ilk nokta "*daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması*" ifadesinin ne anlama geldiğidir⁹⁰⁹. Daha önce MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 düzenlemesinin bir karine olmadığını belirtmiştik. Dolayısıyla, c. 3'te karinenin aksinin ispatlanması öngörülmemektedir⁹¹⁰. Bu düzenlemenin amacı, en sıkı ilişkili hukukun karakteristik edim borçlusunun hukuku olmadığı durumda, c. 2'nin uygulanmayacağını belirtmek değildir⁹¹¹. Tarafların ya da hakimin c. 3'e başvurabilmesi için, karakteristik edim borçlusunun hukukunun sözleşmeyle çok da yakın bir ilişkide olmadığını tespit etmeleri yeterli olmayacaktır; bunun da ötesinde, sözleşmeyle, karakteristik edim borçlusunun hukukundan *daha sıkı ilişkili bir hukukun* ayrıca saptanması gerekir⁹¹². İşte bu nedenle de, c. 3 düzenlemesi bir karinenin aksinin ispatı değil, bir kuralın istisnası niteliğindedir.

Doktrinde ve farklı ülke içtihatlarında bu istisnanın derecesi (istisnanın katılığı) ile ilgili olarak çeşitli tartışmalar yapılmıştır. Örneğin Hollanda Yargıtayı, bir kararında, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bağlayıcı bir unsur olarak hiçbir gerçek anlam teşkil etmediği durumlarda istisnanın uygulanmasını önermiştir⁹¹³. İşte bu nedenle istisnanın katılığının derecelendirilmesi gerekir⁹¹⁴.

⁹⁰⁹ Roma Konvansiyonu'nun henüz 1992'ye kadar olan pratiğinde, mahkemelerin istisna klotunu ne ölçüde sıkı şartlar altında uyguladığı ile ilgili bir tespit için, bkz. KAUFMANN-KOHLER, *Contrats*, s. 267, vd.

⁹¹⁰ Yine de kabul etmek gerekir ki, gerek karşılaştırmalı hukukta, gerekse de Türk hukukunda bu iki fıkra arasındaki ilişki ile ilgili doktrinde ve yargı kararlarında büyük görüş farklılıkları vardır. Yargı organlarının taraflar arasındaki hukukî ilişkiye *lex fori*'yi uygulama eğilimi, az önce değindiğimiz görüş farklılıkları arasındaki çatışmanın kuvvetlenmesine sebep olmaktadır.

⁹¹¹ Aksi yönde EKŞİ, *Roma*, s. 113.

⁹¹² Bir hukukî ilişkideki tüm unsurların farklı ülkelere yayıldığını düşünelim. Bu hukukî ilişkide, karakteristik edim borçlusunun hukuku, belki de, sözleşme ile çok da sıkı ilişkide olmayacaktır. Ancak bu durum, istisnanın uygulanması için yeterli değildir; çünkü sözleşme ile daha sıkı ilişkili başka bir hukuk da tespit edilemeyecektir.

⁹¹³ Hoge Raad, 25.9.1992 (MAX PLANCK INSTITUTE, s. 41 ve s. 41, dn. 97). Hollanda ve Almanya'da içtihadın istisnayı çok dar yorumlamak yönünde geliştiği hususunda, bkz. LAGARDE, s. 599.

LAGARDE da benzer bir biçimde, istisnanın kanunlar ihtilafı kuralı vasıtasıyla sözleşmenin somut olayla hiçbir gerçek ilgisinin olmadığı bir hukuka bağlanması durumunda, hakimin bu çözümü ekarte edebilmesini sağlamak için öngörüldüğünü belirtmiştir (LAGARDE, s. 597). Yazar istisnanın "sadece gerçekten istisnaî durumlarda" uygulanması gerektiğini ("*[i]l ne doit s'appliquer que dans des situations réellement exceptionnelles*") belirtmiş ve öngörülebilirliğin ancak bu yolla sağlanabileceğini ifade etmiştir (LAGARDE, s. 597).

⁹¹⁴ Aynı yönde, MAX PLANCK INSTITUTE, s. 42.

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'teki "*daha sıkı ilişkili hukuk*"u tespit ederken Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 3'ün öngördüğü aşıkârlık şartının ("*manifestement*" kelimesi ile ifade edilmiştir) dikkate alınması gerektiğini düşünüyoruz⁹¹⁵. Türk hukukunun esinlendiği Roma Konvansiyonu sisteminin temelini oluşturan İsviçre hukukundaki sisteme baktığımızda ise, İMÖHK m. 15'in "*daha sıkı ilişkili hukuk*"un uygulanması için daha ağır şartlar öngördüğü görülebilecektir. Hükümde, Türk hukukundaki "*daha sıkı ilişkili hukuk*" ifadesi yerine, "*çok daha sıkı ilişkili hukuk*" ifadesi kullanılmaktadır. Ayrıca bu hüküm, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması için, normal şartlar altında uygulanacak hukukun hukukî ilişkiyle çok gevşek bağının olmasını da aramaktadır. Üstelik İMÖHK m. 15, bu iki unsurun aşıkâr bir biçimde ortaya çıkmasını şart koşar. Son olarak, İMÖHK m. 15'te, ancak istisnâ olarak objektif bağlanma noktasının uygulanmayacağı vurgulanmaktadır. Kanaatimizce, hukukî ilişkiye karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanması fikrinin kaynağını oluşturan İsviçre sisteminde, bu hukukun hangi şartlarda uygulanmayacağını öngören İMÖHK m. 15'teki ağır şartların MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 kapsamında da dikkate alınması gerekir.

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'te Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 3 ve İMÖHK m. 15'te öngörülen şartlara yer verilmemiştir⁹¹⁶. Roma Konvansiyonu'nda da ilk aşamada

⁹¹⁵ Nitekim bu görüşün Roma Konvansiyonu m. 4'ün temeline ya da arka planına daha uygun olduğu, İsviçre Federal Mahkemesi içtihadının kaçış klozuna (veya istisna klozuna) ender başvurulmasına imkan tanıdığı, AB Komisyonu'nun da tercihini bu yönde kullandığı ile ilgili olarak, bkz. ATRILL, s. 551, vd. Gerçekten de, Roma Konvansiyonu yerine yürürlüğe giren Roma I Tüzüğü'nde de bu görüş tercih edilmiştir.

Öte yandan Roma Konvansiyonu m. 4'ün lafzının aksi yorumu, yani "*zayıf model*"i desteklediği yönünde, bkz. ATRILL, s. 553. Buna karşılık farklı dillerdeki Konvansiyon metinlerindeki lafza ilişkin ufak farklılıkların, bu derece pratik bir sonucu bulunmadığı ve lafzi yorumun tartışma açısından yardımcı olamayacağı yönünde, ATRILL, s. 554.

Ayrıca Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 5 hükmünün ilgili pazarın oyuncularının ticarî beklentilerine göre sert veya yumuşak uygulanacağı ile ilgili üçüncü bir metod için, bkz. ATRILL, s. 555, vd., özellikle s. 555, dn. 37'deki yazar. Bu görüşe göre, Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 2'nin mi, f. 5'in mi (ya da MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'nin mi, c. 3'ün mü) uygulanacağına pazar beklentisi cevap verecektir (ATRILL, s. 555). Oysa, Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 2'deki kuralın gücü, bu kuralın normatif amacının belirlenmesine bağlıdır (ATRILL, s. 556); bu ise, m. 4'teki kuralın hangi değeri koruduğu bilinmeden cevaplandırılmaz (ATRILL, s. 556). Yazar, Roma Konvansiyonu'nda açıklık bulunmaması sebebiyle, bu üç metoddan herhangi birinin benimsenmesinin amaçsal yorum gerektirdiğini; buna göre de ticarî uygunluğun ("*commercial convenience*") pazar beklentisini doğrulayacağını belirtmektedir (ATRILL, s. 561). Bu noktadan hareket eden yazar, pazar beklentisinin Konvansiyon'un korumak istediği tek normatif hedefi olmayabileceğini belirterek, bu modelin de eleştirilebileceğini dile getirmektedir (ATRILL, s. 556). Yine de yazar, tüketici ve iş sözleşmeleri gibi sosyal içerikli sözleşmelerin m. 4'ün kapsamına girmemesi ve doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeninin başka hükümlerde öngörülmesi sonucu, m. 4'ün amacının pazar beklentisine indirgenebileceğini belirtmektedir (ATRILL, s. 557).

⁹¹⁶ Aynı yönde, GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 236.

kontrollü bir esneklik⁹¹⁷ yaratılmak istenmiş; bu nedenle f. 2 düzenlenmiş ve f. 5 bir istisna olarak öngörülmüştür⁹¹⁸. Fakat f. 5'teki istisnanın verdiği yetki, hakimler tarafından bu amacı aşacak şekilde yorumlanmaya müsaittir⁹¹⁹. Hakimlerin, geniş bir takdir yetkisiyle, sözleşmeye her somut olayda en uygun hukuku uygulaması ise, bizce Konvansiyon sistemine ve objektif bağlanma noktası olarak karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanmasındaki mantığa aykırıdır⁹²⁰. Bu durum olsa olsa Amerikan ve eski İngiliz sistemini yansıtmaktadır⁹²¹. Yakınlık yaklaşımı üzerine kurulu bağlanma kuralları esneklik gibi büyük bir avantaj sağlarken, öngörülebilirlik ve belirlilik açısından yaratacakları sorunlar nedeniyle, Konvansiyon sistemi gibi bazı hukuk sistemlerinde, sınırlı bir şekilde kullanılır. Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 3'e ise, bu durumu daha da sınırlayan bir ifade eklenmiştir. Bunun nedeni, Konvansiyon sisteminin yarattığı belirsizliğin⁹²² giderilmek istenmesidir⁹²³. Tüzük'te daha sıkı

⁹¹⁷ Kontrollü esneklik gibi, özellikle İsviçre sistemi açısından "ilkeli esneklik" kavramından da bahsedilmektedir (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 163).

⁹¹⁸ Yukarıda da belirtildiği üzere, LAGARDE, Konvansiyon'daki istisna klozunun çok istisnai hâllerde uygulanması gerektiğini dile getirmektedir (LAGARDE, s. 597).

⁹¹⁹ Green Paper'da, kimi mahkemelerin Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 5'teki istisnayı baştan uyguladıkları belirtilmiştir (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 25).

GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 111. Ayrıca, yazar, Üye Devlet uygulaması ile ilgili yaptığı analiz sonucu, daha sıkı ilişkili hukukun varlığına, bu hukuk *lex fori* olduğu zaman karar verildiği; böyle bir sonuca ulaşılmadığı zaman ise, mahkemelerin bu istisnayı çok nadir bir şekilde uyguladığını belirtmiştir (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 114). Hakimlerin istisna düzenlemesini *lex fori*'yi uygulamak için bir dayanak noktası hâline getirmeleri, eleştiriye son derece müsaittir. Haklı olarak eleştirilmeye müsait, oldukça uç örnekler için özellikle bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 121-123.

Hakimlerin kanunlar ihtilafı kurallarını uygularken *favor legis fori* yaklaşımı genel bir sorun yaratmaktadır. *Favor legis fori* yorumlara sadece daha sıkı ilişkili hukuku belirlerken değil, kamu düzeni ile ilgili tartışmalarda da rastlamak mümkündür. Gerçekten de bazı yargı çevrelerinin kamu düzenine diğerlerinden daha sık başvurduğu tespit edilebilir (ENONCHONG, s. 636, vd., özellikle s. 653, 654 ve 659).

Favor legis fori yaklaşıma atf, devam eden ve geri dönen atfıta da rastlamak mümkündür. Fransa'da açılan bir davada (Soulié davası) Fransız hukukunun uygulanabilmesi için geri dönen atfın kabul edilmesi sırasında M. Denis "*J'aime mieux la loi française que la loi étrangère*" ("Fransız hukukunu yabancı hukuktan daha fazla seviyorum") itirafında bulunmuştur (ENONCHONG, s. 638 ve s. 638, dn. 49).

⁹²⁰ Nitekim İMÖHK m. 15'in ağır şartlar ileri sürmesinin arkasında yatan fikir de budur (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 152).

⁹²¹ Restatement II ve Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Inter-Amerikan Konvansiyonu'nda sistemin bu yönde olduğu ile ilgili, bkz. ATRILL, s. 555, dn. 35.

⁹²² Roma Konvansiyonu'nun bir belirsizlik yarattığı yönünde, bkz. ATRILL, s. 549, 565; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 111, 129.

⁹²³ Roma Konvansiyonu'nun bir tüzük hâline getirilmesi için çalışmalar başladığında, Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 5'in dikkatli ve ender olarak uygulanması gerektiği, aksi hâlde uygulanacak hukukla ilgili bir öngörülemezliğe sebep olacağı belirtilmiştir. Fakat uygulamada aksi yönde örneklere dikkat çekilerek, bu durumun nasıl çözülebileceğine ilişkin kimi yollar tartışmaya açılmıştır (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 25, vd.).

ilişkili hukukun besbelli ("*manifestement*") bir şekilde anlaşılmasının aranmasıyla, takdir hakkının daraldığı vurgulanmaktadır.

Kanaatimizce, bu sistem Konvansiyon sisteminde de öngörülmüş⁹²⁴, fakat uygulamanın bu yorumdan sapması nedeniyle, Tüzük'te açıkça vurgulanma ihtiyacı hissedilmiştir. Türk hukukunda bu ifade yer almasa bile, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'teki istisna, zaten AB hukukundaki ve İMÖHK'teki düzeni yansıtmaktadır; bu nedenle de, söz konusu istisna hakimlere geniş bir takdir yetkisi tanıyacak şekilde değil, Roma I Tüzüğü ve hatta İMÖHK'te olduğu gibi ağır şartlarda yorumlanmalıdır. Bir başka deyişle, hakim, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'teki istisnadan yararlanarak, her somut olayda kendince en uygun hukuku bulmaya çalışmamalı; aksine bu istisnaya nispeten katı şartların oluşması durumunda başvurabilmelidir⁹²⁵. Örneğin MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 yoluyla belirlenen hukuk, somut olayla gevşek bir bağ taşıyor değilse (nispeten sıkı bir bağ taşıyorsa), hakim artık c. 3'teki istisnayı kullanarak sözleşmenin daha sıkı ilişkide olduğu bir hukuku aramamalıdır. Gerçekten de, sırf bir-iki unsur tek bir ülkede toplanıyor diye, sözleşme o hukukla daha sıkı ilişkili hâle gelmez. Ayrıca, her durumda en sıkı ilişkili hukuku aramak, ne MÖHUK m. 24 / f. 4 sistemine uyar, ne de karakteristik edim borçlusunun hukukunun objektif kural olarak benimsenmesinin arkasında yatan hukukî güven, öngörülebilirlik, hukukî kesinlik hedeflerine ulaşılmasına izin verir⁹²⁶. Her somut olayda, hakim en sıkı ilişkili hukuku ararsa, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'nin bir anlamı kalmayacaktır⁹²⁷.

Buradaki temel sorun, hakimlerin her hukukî ilişkide *lex fori*'nin sözleşmeyle daha sıkı bir bağ taşıdığını tespit etme eğilimleridir⁹²⁸. Oysa, her hukukî ilişkide hakimlerin *lex fori*'nin sözleşmeyle daha sıkı ilişkide olduğunu tespit etmesi, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de öngörülen objektif kuralın pratikte uygulanmaması

⁹²⁴ Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 5 hükmünün amacına uygun uygulanmasının şartını, istisnanın ender olarak uygulanması olduğu yönünde, bkz. FERRARI, **Rome I**, s. 465. Bununla birlikte, yazar, f. 5'in Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 2, f. 3, f. 4'teki "karine"lerle aynı sırada olduğunu belirtmiş; bu fıkralara göre belirlenen hukuktan daha sıkı ilişkide bir hukukun bulunmamasının bu fıkraların uygulanmasının şartı olduğunu dile getirmiştir (FERRARI, **Rome I**, s. 466).

⁹²⁵ GÜNGÖR de, c. 2'deki karinenin güçlü bir karine olmasından dolayı, sözleşmenin karakteristik edim borçlusunun hukuku ile bağının zayıf olması ve bir başka hukukla güçlü bir bağının olması hâlinde c. 3'teki istisna hükmünün uygulanabileceğini belirtmektedir (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 236).

⁹²⁶ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 153.

⁹²⁷ HILL, s. 348.

⁹²⁸ Bu eğilimin varlığı ile ilgili, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 256; PATOCCHI, s. 128.

anlamına gelir. Bu durum ise, hem bir yandan hukukî kesinlik ve öngörülebilirliği ortadan kaldırır, hem de adeta kural olarak sözleşmelere *lex fori*'nin uygulanması gibi modern hukuka aykırı bir sistemin pratikte benimsenmesine yol açar. İşte bu nedenle hakim MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'ü uygularken, hele hele bu hükümden yararlanarak sözleşmeyi *lex fori*'ye tâbi tutacağı zaman, c. 2 uyarınca uygulanacak hukukun sözleşmeyle gevşek bir ilişkisi bulunduğunu, oysa sözleşmenin bir başka hukukla çok daha sıkı ilişki taşıdığı aşikar olduğunu ortaya koymalıdır.

Sonuç olarak, bizim fikrimize göre, MÖHUK m. 24 / f. 4 sistemi içinde c. 3'ün uygulanma standardı göreceli olarak yüksektir. Aksi hâlde bu hüküm bir istisna, c. 2 ise kural olarak düzenlenmez; sadece c. 1 düzenlemesi ile yetinilirdi. Kanaatimizce, hakim, Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 3'teki (yeni) vurguda ve İMÖHK m. 15'te olduğu gibi, ancak sözleşmeyle "besbelli bir şekilde" daha sıkı ilişkide bir hukukun bulunması hâlinde, böyle bir hukuku sözleşmeye uygulayabilir. Unutulmamalıdır ki, istisnanın düzenleniş amacı, c. 2'yi anlamsızlaştırmak değil; uç olaylarda c. 2'de öngörülen kuralın uygulanmasından kaçıp bu kuralı katı bir kural olmaktan çıkarmaktır⁹²⁹.

b) Değerlendirilecek nokta: somut olay analizi

(1) Genel açıklama

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 düzenlemesi ile ilgili dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta ise, daha sıkı ilişkili bir hukukun saptanmasına neden olacak unsurlarla ilgilidir. Bu düzenlemeye göre, tespit "*hâlin bütün şartlarına göre*" yapılacaktır. Bu ifade somut olayın şartlarına atıf yapmaktadır. Bu lafza göre, daha sıkı ilişkili hukuk, ancak somut olayın şartlarından anlaşılıyorsa, sözleşme bu hukuka tâbi olur.

Lafızdaki bu tercih, MÖHUK m. 24 / f. 4 sistemine uygundur. Ancak bu tercihin getirdiği bir sorun bulunmaktadır: bazı sözleşmeler, somut olayın şartlarından dolayı değil, doğrudan sözleşmenin niteliğinden dolayı karakteristik edim borçlusunun hukukundan başka bir hukukla daha sıkı ilişki içindedir. İşte MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'ün lafzı, sözleşmenin niteliğinden dolayı başka bir

⁹²⁹ Hangi hukukun sözleşme ile "*daha sıkı ilişkili*" olduğunun saptanması ile ilgili tartışmalar için, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 112, vd.

hukukla daha sıkı ilişkide olan hukukî ilişkilerin, bu hükümde düzenlenen istisnanın kapsamına girmesine izin vermemektedir⁹³⁰.

MÖHUK m. 24 / f. 4 sisteminin mantığı da, bu sonucu desteklemektedir. Çünkü sözleşmenin niteliğinden dolayı bir sözleşmenin başka bir hukukla daha sıkı ilişkide olduğu kabul edilseydi, c. 2'deki kural ("kuralın kuralı"), karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerine değil, bu diğer özelliğe atıf yapardı. Örneğin, kanunkoyucu sigorta sözleşmesinin sigortacının işyerinden başka bir yerle (riskin bulunduğu yerle) daha sıkı ilişkide olduğu kanaatinde olsaydı, bu sözleşmenin kural olarak bu yerle en sıkı ilişkide olduğunu -aynen taşıma sözleşmelerinde olduğu gibi- özel olarak düzenlerdi. İstisnanın tetiklenmesinde, somut olayın şartları değil, sözleşmenin niteliğinin göz önüne alınması, kanunkoyucunun uygulanacak hukuk ile ilgili tercihinin aykırı olacaktır.

Kanaatimizce, c. 2'de öngörülen hususun bir karine değil, bir kural olmasının sebebi de budur. En sıkı ilişkili hukuk çoğu hâlde karakteristik edim borçlusunun hukuku olabilir; ancak c. 2 düzenlemesi bu istatistiği bir karine hâline getirmeyi amaçlamamaktadır. Aksine, kuralın kuralı olarak nitelendirdiğimiz bu hüküm, karakteristik edimin bulunduğu her sözleşmenin, karakteristik edim borçlusunun hukukuna tâbi olmasını düzenlemektedir. Her ne kadar, MÖHUK m. 24 kapsamına giren tüm sözleşmeler, bu hukuka, bu hukukun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olduğunun kabul edilmesinden dolayı tâbi olsa da, MÖHUK m. 24 / f. 4 sistemi açısından, bu hukukun gerçekten de sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olup olmamasının önemi yoktur; çünkü c. 2 aksi ispatlanabilecek bir karine değil, bir kural koymuştur. MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 istisnası, "kuralın kuralı"nda düzenlenen, bu hükmün kapsamındaki sözleşmelerin en sıkı ilişkili olduğu hukukun karakteristik edim borçlusunun hukuku olduğu "kabul"ünün üstüne getirilmiştir. Sözleşmenin hukukî niteliğinden dolayı, bir hukukî ilişkinin en sıkı ilişkili olduğu hukukun, karakteristik edim borçlusunun hukuku olmadığı artık savunulamaz; çünkü bunun aksini kanun söylemektedir⁹³¹.

⁹³⁰ Aksi görüşte, GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 238. Yazar, belli bir sözleşme tipi ile objektif olarak daha uygun bir hukukun varlığı hâlinde, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'ün bu hukukun uygulanmasına izin vereceğini belirtmektedir.

⁹³¹ İMÖHK m. 15 ile ilgili de benzer bir tartışma bulunmaktadır. Doktrinde, bu hükmün "*muhtelif edim tipleri için bir çözüm bulmaya*" yönelik olduğu belirtilmiştir (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s.

Az önceki örneği tekrar ele alalım. Biz sigorta sözleşmesinin en sıkı ilişkili olduğu hukukun riskin bulunduğu yer hukuku olduğunu düşünüyoruz. Fakat, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de öngörülen kurala göre, sigorta sözleşmesinin en sıkı ilişkili olduğu hukuk karakteristik edim borçlusunun (sigortacının) işyeri hukukudur ve sigorta sözleşmesine bu hukuka tâbidir. Bu noktadan sonra, artık istisna hükmüne dayanılarak kural olarak sigorta sözleşmesinin sigortacının işyeri ile en sıkı ilişkide olduğunu savunmak kanundaki düzenlemeye aykırı olacaktır.

Benzer bir örneği distribütörlük ve franchise sözleşmeleri için de verebiliriz. Bu sözleşmelerde karakteristik edimin hangi tarafın edimi olduğu yönünde tartışma bulunmaktadır⁹³². Hakim böyle bir sözleşme ile karşılaştığında, doğrudan MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1 veya c. 3 uyarınca sözleşme ile en sıkı ilişkili olduğunu düşündüğü hukuku uygulayamaz. Hakim, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'yi uygulamak üzere önce sözleşmedeki karakteristik edimi bulmalıdır. Bu yolla bulunan hukuk, zaten sözleşmenin en sıkı ilişkide olduğu hukuktur. Sözleşmenin niteliğinden dolayı, bir başka hukukla daha sıkı ilişkide olduğu ileri sürülemez; çünkü sözleşmenin hangi hukukla en sıkı ilişkide olduğunu kanun söylemektedir⁹³³.

Farklı tip sözleşmeler için farklı kanunlar ihtilafı kuralları veya farklı "kuralın kuralı" uygulanması, MÖHUK m. 24 / f. 4 sistemine aykırıdır; bu sistemde tek bir kuralın kuralı öngörülmüştür. Bazı tip sözleşmelerin hukukî yapısından dolayı karakteristik edim borçlusunun hukukundan başka bir hukukla daha sıkı ilişkide olduğunun ileri sürülmesi, yeni "kuralın kuralları" yaratmak anlamına gelecektir⁹³⁴.

159 ve s. 159, dn. 103 ve 104'teki yazarlar). Oysa bu hüküm, çeşitli hukukî ilişkiler için bir torba hüküm niteliğinde olsaydı, hükmün lafzı şu ankinden farklı olmalıydı. Hüküm "*hâlin tüm şartları*" ifadesini kullanmaktadır. Hükmün az önce andığımız görüşe doğrulaması için bu ifadeyi değil, "*hukukî ilişkinin niteliği*" ifadesini kullanması gerekirdi. İşte bu nedenle, İMÖHK m. 15'in kanunda öngörülmemiş bazı hukukî ilişkiler için genel bir "kurtuluş" hükmü olduğunu ve bu tip hukukî ilişkilere uygulanacak genel bir hüküm olduğunu düşünmüyoruz. Bunun yerine, söz konusu hükmün, lafzına daha uygun yorumlanarak daha sıkı ilişkili hukukun sözleşmenin niteliğinden değil, somut olayın şartlarından kaynaklandığı durumları öngördüğü kabul edilmelidir.

⁹³² KENFACK, s. 23.

⁹³³ MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'yi uygulayarak sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuku bulduktan sonra, tekrar sözleşmeni tipinden kaynaklanan hukukî yapısına geri dönerek, aslında bu sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun, c. 2'de belirtilen hukuk olmadığını ileri sürmek, bu hüküm karşısında, bazı sözleşmeler için yeni kuralın kuralları (sözleşmenin en sıkı ilişkide olduğu hukukun karakteristik edimin borçlusunun hukuku olduğu kuralı gibi, örneğin sigorta sözleşmesinde sözleşmenin en sıkı ilişkide olduğu hukukun riskin bulunduğu yer hukuku olduğunu) öngörmek demektir. Bu ise, MÖHUK m. 24 / f. 4 sistemine aykırıdır.

⁹³⁴ Kanaatimizce, ATRILL'in savunduğu Roma Konvansiyonu m. 4'ün üçüncü modele, yani pazar beklentisine göre yorumlanması, bu hükümdeki istisna hükmünün buna göre değerlendirilmesi de yeni bir kanunlar ihtilafı kuralı yaratmak anlamına gelmektedir. Yazara göre daha sıkı ilişkili hukukun

Oysa "kuralın kuralı"nı düzenlemesi gereken kanunkoyucudur; o da, tek bir kuralın kuralı öngörmüştür: karakteristik edim borçlusunun hukuku.

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'te düzenlenen istisna, sadece somut olayın özellikleri ile ilgilidir. Sözleşmenin hukukî niteliğinden değil, somut olayın şartlarından dolayı, bir hukukî ilişki karakteristik edim borçlusunun hukukundan başka bir hukukla daha sıkı ilişki içindeyse, sözleşmeye bu hukuk uygulanacaktır.

Örneğin, bir şirket temsilcisi, şirketi adına yurtdışında (X ülkesinde) bir fuarda bir makine satın aldıktan kısa bir süre sonra bu makinenin kullanılmayacağını düşünerek makineyi o ülkedeki başka bir şirkete satarsa, bu satım sözleşmesinde, X hukukunun sözleşmeyle karakteristik edim borçlusunun işyeri hukukundan daha sıkı ilişkide olduğu kabul edilecektir. Satıma konu malın bulunduğu yer, sözleşmenin yapıldığı yer, alıcının bulunduğu yer gibi unsurlar X ülkesinde toplanmıştır. Gerçekten de anî sözleşmelerde istisnanın uygulanmasını sağlayacak somut şartlar sıkça ortaya çıkabilir⁹³⁵.

Anî sözleşmeler haricinde de, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerinin genel olarak sözleşme ile yeterli bir bağa sahip olmadığı durumlarla karşılaşılabılır. Bu durumlardan biri, özellikle ticarî sözleşmelerde tarafın işyerinin tesadüf olarak veya geçici olarak bir yerde bulunmasıdır. Bir diğer durum ise, bir sözleşmenin başka bir sözleşmeye bağlı olması durumudur⁹³⁶. Elbette bu tip durumlar için genel bir değerlendirme yapmak doğru olmayacak; somut olayın

pazar beklentisine uygun düştüğü sürece uygulanması, aksi hâlde karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanması aslında pazar beklentisini objektif kural olarak yerleştirmek demek olur. Bir başka deyişle, ATRILL'in, tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda sözleşmeye pazar beklentisine uygun hukukun uygulanması gerektiğini savunduğunu ileri sürebiliriz. İşte bu özelliği ile, pazar beklentisi objektif kuralın yorumlanması için bir model ileri sürmekten öteye geçerek, yeni bir kanunlar ihtilafı kuralı yaratmaktadır.

Gerçekten de yazara göre, sigorta, satım, karz gibi sözleşmelerde riski üstlenen tarafın hukuku, akreditif sözleşmesinde, bu işlemle ilişkili sözleşmelere uygulanan hukuk, inşaat sözleşmelerinde ise zenginliğin büyüdüğü yer hukuku pazar beklentisine göre sözleşmeye uygulanması gereken hukuktur (ATRILL, s. 570). Bu saptamadan da, yazarın Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 5 veya MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'teki istisna hükmünü somut olay analizine bırakmadan uyguladığı; dolayısıyla buna dayanarak yeni soyut kuralları ortaya koyduğu anlaşılabilir. Kanaatimizce bu yorum kanunun açık hükmüne (istisnanın somut verilere dayanması gerektiğine) aykırıdır ve kanun ile konvansiyonda öngörülen objektif kuralın anlamını aşan farklı bir objektif kural öngörmektedir.

⁹³⁵ VISCHER, s. 190; KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 201.

⁹³⁶ VISCHER, s. 190, vd.; KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 201. Bu durum, Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 20'de düzenlenmiştir.

Bu tip bir ilişkiye distribütörlük sözleşmeleri, kefalet sözleşmeleri örnek olarak verilebilir.

incelenmesi gerekecektir. Ancak bu üç hâl, somut bir inceleme sonucu, "daha sıkı ilişkili hukuk"un en yaygın olarak bulunabileceği hâllerdir.

Zımnî hukuk seçimi olarak değerlendirilmeyecek unsurların sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde dikkate alınabileceği doktrinde savunulmuştur⁹³⁷. Aynı şekilde, sözleşmenin kurulmasının ardından ortaya çıkan vakıaların da, en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür⁹³⁸. Bir tarafın devlet olduğu sözleşmelerde, devletin borcu sadece para borcu olsa bile (örneğin bir yol inşaatı sözleşmesinde), somut olay analizi sonucu, sözleşmenin özellikle devletin sosyal çevresi içinde sonuçlarını doğurması sebebiyle, âkit devletin hukukunun, karakteristik edim borçlusunun hukukuna göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkide olduğunun saptanması mümkün olabilecektir⁹³⁹.

Bu değerlendirmelerin ardından, "daha sıkı ilişkili hukuk"un saptanmasını sağlayan somut olayın şartlarının nasıl değerlendirileceğini araştıralım. Hemen belirtelim ki, somut olay analizinin hangi yöntemle yapılacağı konusunda bir tartışma vardır. Bununla ilgili olarak doktrinde en sıkı ilişkili hukukun saptanması gereken yerlerde *proper law* doktrini, ağırlık merkezi doktrini⁹⁴⁰, farazî irade doktrini⁹⁴¹ gibi farklı yöntemlerin kullanılması önerilmektedir⁹⁴².

Somut olayın şartlarına göre sözleşmenin daha sıkı ilişkide kabul edileceği hukukun da nasıl belirleneceğine dair bir belirleme yoktur. Bu hususla ilgili olarak akla iki yöntem gelmektedir: sayısal olarak irtibat noktalarının toplandığı yer ile

⁹³⁷ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 100.

⁹³⁸ Benzer yönde, KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 201. Tartışma için bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 128.

GÜNGÖR, "somut olayın şartları"na, ifası zamana yayılan sözleşmelerde tarafların mutad meskeni / işyeri / yerleşim yerinde meydana gelebilecek değişiklikler yoluyla sözleşmenin kuruluşu anında saptanan hukukun zaman içinde sözleşmesel ilişkiden izole kalması hâlinin de gireceğini belirtmektedir (GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 239).

⁹³⁹ Benzer yönde, KAUFMANN-KOHLER, **Prestation**, s. 201.

⁹⁴⁰ Bu doktrinde, yersel aidiyet ön plana çıkmaktadır; dolayısıyla uygulanacak hukukî ilişkinin yersel ilişkisine göre saptanacaktır. Bu doktrin hukukî ilişkinin ağırlık merkezine dayandığı için, bu ilişkide irtibatların yoğun olarak toplandığı yere özellikle dikkat edilecektir. Bu doktrinle ilgili olarak, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 131, vd.

⁹⁴¹ Bu doktrin, "taraflar hukuk seçimi yapsalardı, hangi hukuku seçerlerdi" sorusuna yanıt bulmaya çalışmaktadır. Bu doktrin tarafların ortak menfaati belli bir hukukun uygulanmasını gerektirdiği durumlarda, bu hukukun uygulanmasına olanak tanımaktadır. Özellikle tarafların akdettikleri sözleşmenin geçerliliği belli bir hukukun uygulanmasını gerektirmekteyse, farazî irade doktrini, bu hukukun uygulanmasına olanak tanıyacaktır. Bu doktrinle ilgili olarak, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 135, vd.

⁹⁴² Bu konudaki tartışmalar için bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 129, vd.

nitelik olarak daha önemli menfaatleri temsil eden irtibatların toplandığı yer⁹⁴³. AKINCI, daha sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesinde hangi esasların dikkate alınacağını içtihat yoluyla belirlenebileceğini dile getirmektedir⁹⁴⁴. Bize göre, sözleşmenin hangi hukukla daha sıkı ilişkide olduğu bir somut olay testidir ve önceden belirlenen ilkelere göre yürütülmesi çok da doğru bir sonuç vermez. Nitekim bu kurum somut olayın verilerine dayanan ve istisnaî bir yol öngörmektedir. Bu özelliği ile en sıkı ilişkili hukuk, irtibatların sayısal olarak analiz edilmesine de kapalıdır⁹⁴⁵; kanaatimizce en sıkı ilişkili hukuk somut olayın özü ile ilgilidir.

Somut olay analizinde somut olayın tüm şartları, özellikle de sözleşmenin ekonomik ağırlığının nerede olduğu dikkate alınır⁹⁴⁶. ATRILL, sözleşmenin müzakere edildiği yer, sözleşmede kullanılan dil ve para birimi gibi unsurlara, bu unsurların niteliğinden dolayı, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun saptanmasında fazla ağırlık verilemeyeceğini belirtmiştir⁹⁴⁷. Yazar ayrıca, sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşmenin hüküm doğurmamasına neden olması durumunda, sözleşmenin, sözleşmeyi geçerli kılan bir hukukla daha sıkı ilişkide olacağı yönünde yorum yapmanın mümkün olduğunu belirtmektedir⁹⁴⁸. Doktrinde fuar, borsa ve kimi müzayedelerde yapılan satımlara, istisna klotuna dayanılarak, söz konusu fuar, borsa veya müzayedenin olduğu yer hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁹⁴⁹.

⁹⁴³ AKINCI, **İnşaat**, s. 86, vd.

⁹⁴⁴ AKINCI, **İnşaat**, s. 87.

⁹⁴⁵ Aynı yönde, PATOCCHI, s. 128.

⁹⁴⁶ Somut olayda dikkate alınabilecek bağlantılarla ilgili, sınırlı sayıda olmayan bir liste için, bkz. GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 128. Bu listeye göre sözleşmenin kurulduğu yer, müzakere edildiği yer, ifa yeri, tarafların tâbiyeti, ikametgâhı, sakin olduğu yer, işyeri, sözleşmenin dili, münferit sözleşme hükümleri, terminoloji, belgenin şekli, sözleşme belgelerinin niteliği, önceki hukukî işlemlerde kullanılmış iş ilişkisi modelleri, ödeme parası, geminin bayrağı, yetki ve tahkim şartlarının sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun saptanmasında rol oynayabileceği belirtilmiştir.

⁹⁴⁷ ATRILL, s. 557.

⁹⁴⁸ ATRILL, s. 566, vd.

Yazar bu durumu pazar beklentisi modeline dayandırmakta ve bu yorumun ticaret dünyasının ve ekonomik ilişkinin çeşitli taraflarının menfaatleri için en iyi çözüm olacağını belirtmektedir. Ancak biz yazara katılmıyoruz; çünkü sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, sözleşmenin geçerli olup olmamasına göre değil, somut olay verilerine göre değerlendirilir. Üstelik sözleşme hangi hukuka göre hüküm doğuruyorsa, o hukukun sözleşmeye uygulanacağını savunmak, kanaatimizce kanunlar ihtilafı kuralları konusunda Kıta Avrupası sisteminden uzaklaşıp Amerikan sistemine yaklaşmak sonucunu doğuracaktır; çünkü Kıta Avrupası sisteminde kanunlar ihtilafı kuralları, bu kurallar sonucu uygulanacak iç hukuk hükümlerinden bağımsız olarak sonuç doğururken, Amerikan sisteminde, sözleşmeye hangi kanunlar ihtilafı kuralının uygulanacağı, uygulanacak hukukun maddî hükümlerinin analiz edilmesinden sonra belirlenmektedir.

⁹⁴⁹ ULUOCAK, s. 208; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 370.

Bu yorumun, ancak MÖHUK m. 24'teki bağlanma noktaları tarafından doğrulandığı ölçüde yapılabileceği yönünde, TİRYAKIOĞLU, **Satım**, s. 256.

EKŞİ, bir satım sözleşmesinde alacaklının mutad meskeni, sözleşmenin kurulma yeri ve sözleşmenin ifa yerinin aynı ülkede toplanması hâlinde sözleşmenin bu ülke ile daha sıkı ilişkide olacağını ileri sürmüştür⁹⁵⁰. Biz ise, somut olaydan bağımsız yapılan veya sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan analizler ile c. 3 istisnanın şartlarının değerlendirilemeyeceğini düşünüyoruz. Kanunkoyucunun niyeti, ifa yeri veya sözleşmenin kurulduğu yer hukukunun sözleşmeye uygulanması olsaydı, zaten sözleşmeye uygulanacak hukuku bu şekilde belirlerdi. Oysa kanunkoyucu, sosyo-ekonomik olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri ile sözleşme arasında bir bağ öngörmektedir. Sırf sözleşmede belli unsurların tek bir ülkede toplanması, *a priori*, kanunkoyucunun öngördüğü bağı ortadan kaldırmaz. İstisnanın kabul edilmesi için, somut olayın şartları, c. 2'nin düzenlenme sebebi göz önünde bulundurularak ele alınmalıdır.

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 kapsamında daha sıkı ilişkili hukuk testi, sözleşmenin hukukî niteliği ve *a priori* genellemelerle değil, taraflar arasındaki somut ilişkinin özellikleri dikkate alınarak yapılmalıdır. Ancak kimi durumlarda, somut olayın şartları hiçbir özellik arz etmese bile, sözleşmenin hukukî niteliği nedeniyle karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanması milletlerarası özel hukuk adaletine oldukça aykırı düşebilecektir. İşte böyle bir durumda bile MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 uygulama alanı bulamayacaktır; çünkü hükümde düzenlenen istisnanın uygulanma şartları açıktır: istisna somut olayın şartlarına dayanmalıdır.

(2) Somut olay analizinin yetersiz olduğu durumlar

Yukarıda istisnanın kimi zaman milletlerarası özel hukuk adaletine aykırı olan durumlarda bile uygulanamayacağını dile getirdik. İşte bu durumun gerçek olmayan bir kanun boşluğu teşkil ettiği ileri sürülebilir. "Gerçek olmayan boşluk", bir kanun hükmünde öngörülen çözümün tatminkâr olmadığı durumları ifade eder⁹⁵¹. Gerçekten de, kanunkoyucunun hukuk sistemindeki neredeyse tüm sözleşmeleri ayırt etmeden aynı kanunlar ihtilafı kuralına tâbi tutmasının yetersiz kaldığı kabul edilebilir⁹⁵².

⁹⁵⁰ EKŞİ, *Roma*, s. 115.

⁹⁵¹ OĞUZMAN / BARLAS, s. 94.

⁹⁵² Bu durum, özel hükümler bölümü olmayan bir borçlar kanununa benzetilebilir.

Ancak gerçek olmayan boşluğu doldurmak hakimın değil, kanunkoyucunun görevidir⁹⁵³.

MÖHUK m. 24 / f. 4'ün hukuk düzenindeki tüm sözleşmeler için en uygun çözümü getirdiği düşünülemez. İşte sözleşmenin hukukî niteliğinden dolayı MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'deki kuralın uygulanmasının milletlerarası özel hukuk adaleti karşısında savunulamayacak derecede haksız bir sonuca neden olduğu durumlarda, bir sözleşmeye uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24 / f. 4'ün öngördüğü sisteme göre saptanmasını talep etmenin dürüstlük kuralı ile ne derece bağdaşabileceği sorgulanabilir. Uygulanacak hukukun bu kanunlar ihtilafı kuralına göre tespitinin milletlerarası özel hukuk adaleti, dolayısıyla da dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı kabul edilmesi durumunda, artık sadece "gerçek olmayan boşluk" değil, "örtülü boşluk"tan da bahsedilmesi mümkün olacaktır.

"Örtülü boşluk", uygulanması dürüstlük kuralına aykırı sonuç doğuran hâllerde ortaya çıkar⁹⁵⁴. Bu durumda, somut olaya uygulanabilecek bir hüküm bulunmadığı kabul edilir⁹⁵⁵ ve boşluk MK m. 1 / f. 2'ye uygun olarak hakim tarafından doldurulur.

Bir sözleşme tipine uygulanacak hukukla ilgili olarak kanun boşluğu bulunduğunu, bu nedenle de bu sözleşmeye uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 yoluyla değil, MK m. 1 / f. 2'ye dayanarak hakimın koyacağı bir kuralla saptanacağını ileri sürmek için bu sözleşmenin c. 2'nin gösterdiği hukuktan başka bir hukukla daha sıkı ilişkide olduğunun belirlenmesi yeterli değildir. Aksi bir yorum, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'nin ruhuna da aykırı olur; kanunkoyucu bu kanaatte olsaydı, sadece en sıkı ilişkili hukukun sözleşmeye uygulanacağını düzenlerdi. Örtülü boşluğun saptanması için, c. 2 yoluyla uygulanması gereken hukukun milletlerarası özel hukuk adaletini incitici nitelikte olması ve dürüstlük kuralına aykırı bir sonuç vermesi gerekir.

Örneğin, distribütörlük ve franchise sözleşmeleri için, örtülü bir boşluğunun bulunduğu söylenemez. Özellikle distribütörlük sözleşmesinde hangi tarafın karakteristik edim borçlusu olduğu yönünde farklı ülkelerin içtihatları farklı çözümler getirmiş ve buna göre uygulanacak hukuk farklı bir şekilde belirlenmiştir.

⁹⁵³ OĞUZMAN / BARLAS, s. 94.

⁹⁵⁴ OĞUZMAN / BARLAS, s. 93.

⁹⁵⁵ OĞUZMAN / BARLAS, s. 93.

Bu sözleşmelerle ilgili bir kanun boşluğunun olmadığı, farklı ülkelerin uygulamasındaki çeşitlikten bile anlaşılabilir. Gerçekten de, farklı ülkelerde, bu sözleşmelere farklı hukukların uygulanması milletlerarası özel hukuk adaletini incitmemekte ve bu uygulamalar süreklilik kazanabilmektedir.

Sigorta sözleşmeleri ile ilgili olarak da benzer bir değerlendirme yapılabilir. Karşılaştırmalı hukukta bu sözleşmelere uygulanmak üzere iki hukuk ön plana çıkar⁹⁵⁶. Bunlardan ilki sigortacının hukukudur⁹⁵⁷. Riskin sigortacının üstünde olması bu çözümün dayanağını oluşturur. Bir diğer çözüm ise, riskin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasıdır⁹⁵⁸. MAX PLANCK ENSTİTÜSÜ ise, hazırladığı öneride sigorta sözleşmesine sigorta ettirenin hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁹⁵⁹. Ayrıca zorunlu sigortalar için de farklı bir rejim öngörülmesi mümkündür. Sonuçta, karşılaştırmalı hukukta sigorta sözleşmelerine uygulanmak üzere, belli bir çözüm benimsenmemiştir. Bu durumda, Türk hukukunda sigorta sözleşmelerine sigortacının işyeri hukukunun uygulanacak olması, karşılaştırmalı hukukta benimsenen yöntemlerden birinin takip edilmesi demektir. Bu nedenle, bir kanun boşluğundan bahsedilemez.

Kanaatimizce, bu konuda örtülü kanun boşluğuna en çok yaklaşılan sözleşme tipi inşaat sözleşmeleridir⁹⁶⁰. Gerçekten de bu sözleşmelere, müteahhidin hukuku değil, inşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanması gerektiği kabul edilebilir⁹⁶¹.

⁹⁵⁶ Örneğin Roma I Tüzüğü m. 7'de sigorta sözleşmeleri iki ayrı gruba ayrılmış; birinci grup sözleşmeye objektif kriter olarak sigorta şirketinin bulunduğu yer hukuku, diğer grup sözleşmeye ise riskin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Ayrıca Tüzük'te bir ülkede yapılması zorunlu olan sigortalar ayrıca düzenlenmiştir (f. 4).

⁹⁵⁷ Roma I Tüzüğü m. 7 / f. 2'de büyük riskleri temin eden sigorta sözleşmelerine tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda sigortacının hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

⁹⁵⁸ Roma I Tüzüğü m. 7 / f. 3'te büyük riskler haricindeki riskleri temin eden sigorta sözleşmelerine tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda riskin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

⁹⁵⁹ MAX PLANCK INSTITUTE, s. 109.

⁹⁶⁰ Doktrinde, kimi yazarlarca milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren sözleşmeler arasında, karşılaştırmalı hukukta giderek daha yaygın olarak kabul görmeye başlayan en sıkı ilişkili hukukun karakteristik edim borçlusunun mutad meskenine göre belirlenmesine getirilmesi gereken istisnaların başında inşaat sözleşmelerinin olduğu ileri sürülmüştür (bu konuda, bkz. AKINCI, *İnşaat*, s. 77).

⁹⁶¹ SARGIN, *Karakteristik*, s. 75. MAYER ise inşaat sözleşmeleri için işsahibinin yerleşim yerinin, karakteristik edim borçlusunun yerleşim yerine göre daha doğru bir bağlanma kuralı olacağını belirtmiştir (MAYER, s. 288).

Roma Konvansiyonu öncesi Fransız içtihadında da benzer bir eğilim olduğu yönünde, bkz. Pauline REMY-CORLAY, "*Karar tahlili: M. J. Mayer c. M. et Mme Deshoulières (Tribunal de grande instance de Poitiers - 22 décembre 1999)*", *RCDIP*, C. 90, S. 4, Ekim-Aralık 2001, s. 670-681, s. 675, vd., ve özellikle s. 675, dn. 7 ve 8. Roma Konvansiyonu'nun uygulama alanı bulmasından sonra da,

Aksi bir uygulamanın çeşitli sorunlar çıkartabileceği, kimi haksızlıklara neden olabileceği ve milletlerarası özel hukuk adaletine aykırı olabileceği savunulabilir. Bir inşaat sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit edecek olan hakim, inşaatın yapıldığı yer hukukunun sözleşmenin hukukî niteliğinden dolayı sözleşme ile daha yakın ilişkide olmasından dolayı, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'teki istisnayı uygulayamaz. Oysa müteahhidin hukuku, sözleşmeyle hiç de sıkı ilişki içinde olmayabilir. Bu durum, milletlerarası özel hukuk adaletini incitecektir. Hatta, hukuk seçimi yapılmayan bir sözleşmede, hukukî ilişkiyle son derece gevşek bir bağı olan hukukun uygulanması gerektiğini ileri sürmek dürüstlük kuralı ile de bağdaşmayacaktır. Bu durumda, hakim, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'nin uygulanmasının dürüstlük kuralına aykırı olacağına karar verirse, örtülü bir kanun boşluğu saptanmış olur. Hakim, bu aşamada MK m. 1 / f. 2 uyarınca, inşaat sözleşmesine uygulanacak hukukla ilgili bir kanunlar ihtilafı kuralı koyacaktır. Bu kural da, inşaatın yapıldığı yer hukuku olmalıdır. Biz her ne kadar MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'nin kapsamına giren sözleşmeler açısından örtülü kanun boşluğu bulunduğu fikrine çok sıcak bakmasak da, inşaat sözleşmeleri açısından böyle bir boşluğun olduğu kabul edilebilir⁹⁶².

İnşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun başka yollarla da tespiti mümkün olabilir. Ancak biz bu yollara inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukuku incelerken değineceğiz. Bu bölümde sadece, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 ve 3'ün uygulama

Fransa'da inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni üzerinden tespit edilmesine bir direnç oluşmuştur (REMY-CORLAY, s. 676).

Bu yöndeki doktrindeki görüşler için, bkz. AKINCI, **İnşaat**, s. 79. Ancak AKINCI, bu belirlemenin eski MÖHUK'ta olduğu gibi (taraf menfaati yerine işlem menfaati dikkate alınarak) yapılmasına karşı çıkmaktadır; çünkü karakteristik edimin kural olarak bu edimin borçlusunun mutad meskeni ile daha yakın ilişki içinde olduğunu belirtmektedir (AKINCI, **İnşaat**, s. 90, vd.; ayrıca bu görüşte, ÇELİKEL / ERDEM, s. 329, vd., 338).

Ancak biz AKINCI'nın görüşünü paylaşmıyoruz. Örneğin bir Türk firmasının Rusya'da alışveriş merkezi yapmasını öngören bir sözleşmeye Rus hukukunun uygulanmasının, yabancıların Türkiye'de yapacağı bir baraj inşaatına da Türk hukukunun uygulanmasının milletlerarası özel hukuk adaletine daha uygun bir sonuç vereceğini düşünüyoruz. Bunun tam tersine, bir Japon mühendislik firmasının Almanya'da gökdelen yapmasını düzenleyen bir sözleşmeye -hukuk seçimi olmaması durumunda- Japon hukukunun uygulanmasının birçok zorluğa sebep vereceğini düşünüyoruz. Gerçekten de, Almanya'daki bir inşaatın gecikmesi durumunda, andığımız yazarların görüşü benimsenirse, işsahibinin ne gibi hakları olduğu, işsahibinin inşaatın tamamlanması için başka bir müteahhitle anlaşılabilir anlaşamayacağı Japon hukukuna tâbi olacaktır. Sözleşmenin ifasının olağanüstü durumlardan dolayı gecikmesi durumunda da, bu olağanüstü durumların hukukî sonuçları Japon hukukuna göre tayin edilecektir. Oysa tüm bu hâller inşaatın yapıldığı yer hukukuyla çok daha sıkı ilişki içindedir. Kaldı ki, bu sıkı ilişkinin dışında, inşaat sözleşmelerine inşaatın yapıldığı yer hukukundan farklı bir hukukun uygulanması taraflar açısından oldukça zorlayıcı sonuçlara neden olabilir.

⁹⁶² Bu boşluğun uygun bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörülerek çözülmesi gerektiği yönünde, bkz. REMY-CORLAY, s. 681.

alanına giren hâllerde bir kanun boşluğunun bulunup bulunmadığını tartışmak amacıyla inşaat sözleşmelerini örnek gösterdik.

2. Sözleşmede karakteristik edimin bulunmaması veya tespit edilememesi

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2, en sıkı ilişkili hukukun, karakteristik edim borçlusunun hukuku olduğunu düzenlerken, sözleşmelerin çoğunda karakteristik edim bulunmasından hareket etmektedir. Oysa bazı sözleşmelerde karakteristik edim yoktur⁹⁶³. İşte karakteristik edim bulunmayan sözleşmelerde, ne MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2, ne de bu kuralın istisnası niteliğindeki MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 uygulanabilir. Bu durumda, en sıkı ilişkili hukuk, doğrudan sözleşmenin niteliği ve somut olayın şartlarına göre hakim tarafından saptanacaktır. Bir başka deyişle, sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1'e göre belirlenecek; c. 2 ve 3 uygulama alanı bulamayacaktır⁹⁶⁴.

Örneğin biri Fransız, diğeri Cenevrelî iki çiftçi arasında belli bir miktar üzüm ile belli bir miktar domatesin trampa edilmesi sözleşmesinde karakteristik edim bulunmamaktadır⁹⁶⁵. Bu sözleşmede karşılıklı edimler birbiri ile eşit derecede sözleşmeye renk verir. Böyle bir hukukî ilişkide karakteristik edim olmadığı için⁹⁶⁶, hakim, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1 uyarınca en sıkı ilişkili hukuku uygulayacaktır⁹⁶⁷.

⁹⁶³ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 111, 233. Yazar "netleştirme sözleşmesi"ni örnek olarak vermiştir.

⁹⁶⁴ Aynı görüşte, GIULIANO / LAGARDE, s. 23; NORTH / FAWCETT, s. 573; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 233, vd.; FERRARI, **Rome I**, s. 462.

⁹⁶⁵ Trampa sözleşmesinde karakteristik edimin olmadığı yönünde, AUDIT, s. 666; ANCEL, **Prestation**, s. 5; AYBAY / DARDAĞAN, s. 259.

⁹⁶⁶ Trampa sözleşmesinde karşılıklı edimler birbirini dengeleyen edimler (simetrik) ise, bu edimlerden birinin karakteristik edim olarak nitelendirilmesi mümkün değildir (ANCEL, **Prestation**, s. 123).

⁹⁶⁷ Aynı yönde, bkz. Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 21. Bu paragrafta, sözleşmede karakteristik edimin bulunmaması durumunda, somut olayda sözleşmeyle yakın ilişkideki diğer sözleşmelerin, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun saptanmasında dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Aksi görüşte, NOMER, s. 325. Yazara göre bir trampa sözleşmesinde karakteristik edim belirlenmediği için, daha sıkı ilişkili hukuka bakılması gerekecektir (MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3). Ancak, trampa sözleşmesinde karakteristik edim olmadığı durumda, c. 2'ye, yani hukukî ilişkide karakteristik edim olması durumunu öngören hükme bir istisna getiren c. 3'ün bizce uygulanması mümkün olmayacaktır.

Eski MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önce, SEVİĞ, trampa sözleşmesine sözleşmenin kurulduğu yer hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmiştir (SEVİĞ, s. 110). Kanaatimizce, trampa sözleşmesinde karakteristik edim saptanamaz ve somut olayın şartlarında iki ülke sözleşme ile eşit derecede sıkı ilişki içinde olursa, bu durumda sözleşmenin hangi hukukla en sıkı ilişkide olduğunu sözleşmenin kurulduğu yer belirleyebilecektir.

Öte yandan, trampa sözleşmesinde, karşılıklı edimlerden biri, tedavül kabiliyeti para kadar yüksek olmasa da, bir ödeme aracı olarak kullanılıyorsa, bu durumda her iki edimin de eşit derecede sözleşmeye renk verdiği söylenemeyecektir⁹⁶⁸. Böyle bir durumda, sosyo-ekonomik olarak sözleşmenin yapılmasının nedeni edimlerden sadece biridir; diğer edim, bu edimin karşılığı olarak öngörülmüştür⁹⁶⁹. Örneğin şarapçılıkla uğraşan bir bağcı, bu işle ilgili bir makine alır ve karşılığını da 5 yıl üst üste her yıl 1000 şişe şarapla ödemeyi tahahhüt ederse, bu durumda, sözleşme bir trampa sözleşmesi olsa bile, bağcının edimi -şaraplar para kadar tedavül kabiliyetine sahip olmasa da- ödemeye hizmet etmektedir. Üstelik sözleşme, iş makinesinin alımı için kurulmaktadır. Sözleşme her ne kadar trampa olarak kurulsun da, sözleşmenin ağırlık noktası veya asıl yapılaş amacı bir edim üzerinde yoğunlaşmaktadır⁹⁷⁰. Bu durumda, karakteristik edim borçlusu iş makinesini ifa edecek şirket olacak ve kural olarak, sözleşmeye bu şirketin işyeri hukuku uygulanacaktır.

Âdî şirket sözleşmesinde de benzer bir durum bulunmaktadır. Bir âdî şirket sözleşmesinde, karakteristik edimin var olup olmadığı, ancak tarafların sözleşmenin konusunu nasıl paylaştıklarına, yani tarafların borcuna bağlıdır⁹⁷¹. Örneğin beraber bir taksi işletmeye karar veren üç arkadaş, her birinin günde 8'er saat çalışması ve gerekli bütçeye eşit derecede katılmasını öngörerek bir âdî şirket sözleşmesi kurabilir. Bu sözleşmede karakteristik edim olmayacaktır. Öte yandan, iki arkadaştan birinin işletmenin kurulması için ekonomik destek sağlaması, diğerinin ise bu işletmeyi yönetmesini öngören bir âdî şirket sözleşmesinde, karakteristik edim, ikinci kişinin edimidir.

Karışık muhtevalı akitler açısından da benzer bir mantık yürütülebilir. Örneğin, kapıcılık sözleşmesinde, bir kişi kapıcılık yapması karşılığında, apartmandaki

⁹⁶⁸ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 177. Yazar başka bir örnek üzerinden hareket ederek iki tarafın da borcunun para borcu olmadığı sözleşmelerde, taraflardan birinin borcunun ödeme amacına hizmet etmesi durumunda, diğer edimin karakteristik edim olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

⁹⁶⁹ Ancak, trampa sözleşmelerinde asla karakteristik edimin olmayacağı yönünde, bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Sükût**, s. 388; EKŞİ, **Roma**, s. 114.

⁹⁷⁰ Nitekim Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 19'da bir sözleşmenin taraflar arasında çok sayıda borç içermesi durumunda, karakteristik edimin sözleşmenin ağırlık merkezine göre belirleneceği belirtilmiştir. Bizce bu yöntem kullanılarak, trampa sözleşmelerine uygulanacak hukuk saptanabilir. Az önce verdiğimiz örnekte, sözleşmenin ağırlık merkezinin bağcının işyeri olduğu birkaç sebeple kabul edilebilecektir. Zira edimlerden biri bağın işletilmesi için yapılan bir yatırım iken, diğer edim, bağdan elde edilen mahsulden üretilen bir üründür.

⁹⁷¹ Böyle bir sözleşmede taraflarının eşit katkıda bulunması durumunda, karakteristik edimin tespit edilmesinin her zaman mümkün olmayacağı yönünde, bkz. TEKİNALP / TEKİNALP, s. 175.

dairelerden birinde oturur ve hatta yaptığı işten dolayı belli bir miktar para kazanır. Bu sözleşmede karakteristik edim dairenin kapıcının kullanımına verilmesi değil, kapıcının verdiği hizmettir. Gerçekten de, sosyo-ekonomik olarak, bu sözleşmenin kurulmasının nedeni, bir kişinin apartmandaki dairelerden birine yerleştirilmesi değil, apartman yaşamındaki kimi ihtiyaçların kapıcı yoluyla karşılanmasıdır. İşte böyle bir karışık muhtevalı akitte karakteristik edimin varlığından bahsedilebilir. Bu sözleşmeye uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'ye göre belirlenecektir⁹⁷².

Distribütörlük sözleşmesi gibi bazı karışık muhtevalı akitlerde, karakteristik edimin hangi tarafın edimi olduğu doktrinde ve karşılaştırmalı hukukta tartışılıyor olabilir. Ancak bu durum, bu sözleşmelerde karakteristik edim bulunmadığı ya da bu edimin belirlenemediği anlamına gelmez. Dolayısıyla, bu sözleşmelere uygulanacak hukukun doğrudan MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1'e göre saptanacağını savunmak bizce yerinde olmayacaktır.

Gerek kanunda öngörülen tipik sözleşmelerde, gerekse de karışık muhtevalı akitlerde, karakteristik edim bulunmayabilir. Ancak bu saptama, sözleşmenin adına göre değil, somut olayın şartlarına göre yapılmalıdır. Çünkü bazı sözleşmelerde karakteristik edim bulunmazken, yine aynı tip sözleşmelerde farklı şartlar altında karakteristik edim bulunabilir. Bu gibi sözleşmelerde, karakteristik edim bulunmuyorsa, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 uygulanamayacak; sözleşmeye uygulanacak hukuk doğrudan MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1 yoluyla tespit edilecektir.

⁹⁷² NOMER ise birleşik sözleşmelerde, her sözleşme için uygulanacak hukukun ayrı ayrı belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir (NOMER, s. 323). Biz NOMER'in görüşüne birkaç sebepten dolayı katılmıyoruz. Teknik olarak burada tek bir sözleşme bulunmaktadır. Dolayısıyla farklı hukuklara tâbi tutulmak istenen olsa olsa tarafların edimleri olabilir. Öte yandan akdedilen sözleşmede (örneğin kapıcılık sözleşmesinde) tarafların edimleri arasında önemli bir denge bulunmaktadır. Bu denge, sözleşmenin içindeki edimler adeta birbirine yabancılaştırılarak bozulmamalıdır. Gerçekten de her edime farklı hukukun uygulanması durumunda, kimi dengesizliklerle karşılaşılabilir. Örneğin sözleşme bir hukuka göre hüküm doğururken, öbür hukuka göre kesin hükümsüz olabilir. Bu durumda, her iki edime farklı hukukların uygulanması taraflardan birinin edimini yerine getirmesi, diğerinin ise edimini yerine getirmemesi gerektiği anlamına gelecektir. Yazarın görüşüne yorum tekniğine dayanan bir sebepten dolayı daha katılmamaktayız. Yeni MÖHUK'un mehazi niteliğindeki Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 1 / c. 2'de, sözleşmenin bir kısmı, diğer kısmından ayrılabilirse, istisnaî olarak bu bölüme, bu bölümün daha sıkı ilişkide olduğu hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Öte yandan özellikle doktrindeki eleştiriler sonucunda, objektif kuraldaki bu *dépeçage* hükmü Roma I Tüzüğü'ne alınmamıştır. Aynı şekilde, bu hüküm yeni MÖHUK'ta da bulunmamaktadır. Karşılaştırmalı hukukta objektif kuralda *dépeçage* yapılması yaklaşımı terk edilirken ve yeni MÖHUK'ta, mehazi hükmün aksine bu kural kanuna alınmamışken, bizce Türk hukuku açısından da Roma I Tüzüğü'ne benzer bir yorum yapılmalı ve objektif kural açısından *dépeçage* kabul edilmemelidir.

Doktrinde, çok ender de olsa, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri tespit edilemiyorsa, sözleşmeye MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'nin değil; doğrudan en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı kabul edilmektedir⁹⁷³.

3. Birden fazla karakteristik edim borçlusunun farklı ülkelerde bulunması

MÖHUK m. 24 / f. 4, karakteristik edim borçlusunun hukukuna atıf yapmış; ancak borçluların birden fazla kişi olması ve bu borçluların farklı ülkelerde bulunması durumunu öngörmemiştir. Böyle bir olasılıkta sözleşmeye uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği tespit edilmelidir.

Belli bir mal üzerinde birlikte mülkiyetin olduğunu düşünelim. Mâliklerden birinin Almanya'da, diğerinin Meksika'da, malı satın alan kişinin ise İsviçre'de mutad meskeninin olduğunu farz edelim. İki mâlikin satıcı olarak, söz konusu alıcı ile yaptıkları satım sözleşmesinde karakteristik edim borçlusu Almanya'da ve Meksika'da mutad meskenleri bulunan taraflardır. Ancak sözleşmeden doğan borç ilişkisine Alman ve Meksika hukuku bir arada ya da ayrı ayrı uygulanamayacağı için uygulanacak hukukun nasıl tespit edileceği belirlenmelidir.

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olacağını, dolayısıyla kural olarak bu hukukun uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Ancak olayda karakteristik edim borçlusu değil, borçluları bulunduğu göre, önerilebilecek ilk çözüm bu hukukî ilişkide karakteristik edim bulunsa bile, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin tespit edilemediği, dolayısıyla MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'nin ve bunun istisnası olan c. 3'ün uygulanamayacağı, doğrudan MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1'e göre uygulanacak hukukun saptanması gerekeceğidir. Bu durumda, somut olayın maddî şartlarına göre en sıkı ilişkili hukuk tespit edilecek ve sözleşmeye uygulanacaktır.

Öte yandan, bu çözüm önerisi, kanımızca MÖHUK m. 24 / f. 4 düzenlemesinin mantığına uymamaktadır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, karakteristik edimin bulunduğu durumlarda, sözleşmeye doğrudan en sıkı ilişkili hukuk uygulanamayacağı gibi, bu hukukun dolaylı olarak uygulanması, c. 3'teki şartların

⁹⁷³ GÜNGÖR, *Yakınlık Yaklaşımı*, s. 233.

gerçekleşmesine bağlıdır. Biz de böyle bir durumda, karakteristik edime dayanarak uygulanacak hukukun tespiti yönünde yorum yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'de karakteristik edim borçlusunun birden çok işyerinin bulunması ihtimali düzenlenmiştir. Bizim verdiğimiz örnekte de, karakteristik edim borçlularının sonuç olarak birden çok mutad meskeni veya işyeri bulunmaktadır. Hükümdeki bu düzenleme, bizim verdiğimiz örnek için öngörülmemişse de, aslında benzer bir kaygıdan yola çıkmaktadır. Bu sebeple, bu cümlecğin kıyasen birden çok karakteristik edim borçlusunun bulunduğu durumlara da uygulanabileceğini düşünüyoruz. Bu durumda, birden çok karakteristik edim borçlusundan, sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan karakteristik edim borçlusu dikkate alınmalı ve bu borçlunun hukuku sözleşmeye uygulanmalıdır.

Az önce verdiğimiz örnekte, birlikte mülkiyete konu olan malın İsviçre'de bir depoda bulunduğunu ve borcun fiilen Almanya'da bulunan borçlunun girişimleri ile ifa edileceğini düşünelim. Bu durumda, hakim, borçluların mutad meskeninin tespit edilemediğine ve doğrudan sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiğine karar verirse, büyük bir olasılıkla sözleşmeye İsviçre hukuku uygulanacaktır. Ancak, hakim birden çok borçluyu, aynen tek bir borçlunun birden çok işyeri varmış gibi değerlendirir ve bu işyerlerinden hangisinin sözleşme ile en sıkı ilişkide olduğunu tespit etmeye çalışırsa, verdiğimiz örnekte, sözleşmeyle en sıkı ilişkili karakteristik edim borçlusunun hukuku sıfatıyla, Alman hukukunu uygulamak zorunda kalacaktır. Bizce ikinci çözüm, sonucun karakteristik edim üzerinden bulunması sebebiyle, MÖHUK m. 24 / f. 4'ün ruhunu daha iyi yansıtmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: *LEX CONTRACTUS*'UN TATBİKİ

Çalışmamızın ilk iki bölümünde, sözleşmeye uygulanacak hukukun hukuk seçimi yapılması ve yapılmaması durumunda nasıl tespit edileceğini inceledik. Bu bölümde ise, *lex contractus*'un tatbiki ile ilgili özellik arz eden kimi hususlara değineceğiz.

MÖHUK m. 24'ün uygulama alanı bulabilmesi için bir hukukî ilişkinin sözleşme olarak vasıflandırılması ve uyuşmazlığın konusunun sözleşme statüsüne girmesi gerekir. İşte bu nedenle, sözleşme statüsünün tespiti MÖHUK m. 24'ün tatbikindeki birinci aşamadır (I). Sözleşme statüsünün tespitinin ardından, karşımıza birçok sözleşme tipi çıkacaktır. Farklı sözleşme tipleri, hem uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralının MÖHUK m. 24 olup olmaması açısından bir saptama gerektirir, hem de MÖHUK m. 24'ün tatbikinde kendilerine has özellikler barındırır (II). Tüm bu tespitlere rağmen, son aşamada bazen, MÖHUK m. 24'ün uygulanması, getirilen sınırlamalar nedeniyle mümkün olmamakta; MÖHUK sisteminde sözleşmeye uygulanan hukukun tatbikini engelleyen mekanizmalar bulunmaktadır (III).

I. SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN TESPİTİ

MÖHUK'ta birçok hukukî ilişkinin esasına uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı öngörülmüştür. Bunlar arasında, aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku ve borçlar hukukuna özgü olanları saymak mümkündür. Genel olarak bir hukukî ilişkiye uygulanacak hukuku düzenleyen kanunlar ihtilafı kurallarının dışında, MÖHUK'ta, bazı kurumlara uygulanacak hukuk özel olarak da düzenlenir. İşte bir sözleşmeye MÖHUK m. 24'ün tatbiki, uyuşmazlığın MÖHUK m. 24'ün bağlanma konusuna giren bir husustan doğmasına, yani sözleşme statüsüne girmesine bağlıdır.

MÖHUK'ta hangi borç ilişkisine hangi hukukun uygulanacağı borcun kaynağına göre belirlenir. Buna göre MÖHUK m. 24, vd.'nda sözleşme, MÖHUK m. 34, vd.'nda haksız fiil, MÖHUK m. 39'da da sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmiştir.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanının tespiti için, diğer iki tip borç kaynağına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı karşısında, bu kuralların ne zaman uygulanacağını belirlemek gerekir. Var olan bir borç ilişkisinin sebepsiz zenginleşmeden mi, haksız fiilden mi, yoksa bir sözleşmeden mi doğduğu sorusu⁹⁷⁴, vasıflandırma sorunudur⁹⁷⁵. Her hukuk düzeninde kavramların ifade ettiği anlamın farklı olması nedeniyle ortaya çıkan sorunun çözümü için vasıflandırma yapılmalıdır⁹⁷⁶. Vasıflandırma yapılmadan, hangi kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanı bulacağı bilinemez⁹⁷⁷. Vasıflandırma sayesinde somut olaydaki ilişkinin hangi borç kaynağı ve dolayısıyla hangi kanunlar ihtilafı kuralının bağlanma noktası ile uyuştugu saptanabilecektir.

Her ne kadar mukayeseli hukukta vasıflandırmanın nasıl yapılacağı konusunda farklı fikirler (özellikle vasıflandırmanın *lex fori*⁹⁷⁸, *lex causae*⁹⁷⁹, bağımsız ve millî hukukların üstünde bir sistem⁹⁸⁰ veya olaya göre yapılması) ileri sürülse de⁹⁸¹, Türk hukukunda ağırlıklı görüş vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılmasıdır⁹⁸². Ancak

⁹⁷⁴ Bu soru AB hukukunda daha büyük bir önem taşır; çünkü bu sorunun cevabına göre farklı bir tüzük borç ilişkisine uygulanacak hukuku belirleyecektir. Özellikle Roma II Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden önce, sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk Roma Konvansiyonu tarafından belirlenirken, sözleşme dışı bir borca uygulanacak hukuk ulusal mevzuatlardaki kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmekteydi.

⁹⁷⁵ EKŞİ, **Roma**, s. 55. Daha genel bir açıklama için, bkz. VISCHER, s. 16; ÇELİKEL / ERDEM, s. 77; NOMER, s. 102. Benzer yönde, Sibel ÖZEL, "*Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi*", **MHB: Aysel Çelikel'e Armağan**, C. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 733-768 (**Sebepsiz**), s. 745.

⁹⁷⁶ TEKİNALP, **Bağlama**, s. 38.

⁹⁷⁷ Benzer bir sonuç için, bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 350; DOĞAN, **Akreditif**, s. 173.

⁹⁷⁸ Örneğin Fransız Yargıtayı'nın 22 Haziran 1955 tarihli *Caraslanis v. dame Caraslanis* kararı (karar metni için, bkz. ANCEL / LEQUETTE, s. 252, vd.).

⁹⁷⁹ VISCHER vasıflandırmanın *lex causae*'ye göre yapılmasını reddetmektedir (VISCHER, s. 17). Öte yandan bazı yazarlar istisnaî durumlarda vasıflandırmanın *lex causae*'ye göre yapılmasını uygun görmektedir (ÇELİKEL / ERDEM, s. 91; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 98; ÖZEL, **Sebepsiz**, s. 745).

⁹⁸⁰ VISCHER, en yakın çözümün geleneksel *lex fori* çözümü olduğunu dile getirmiş; ancak bir ölçüde kanunlar ihtilafı kurallarının yorumunun iç hukuktan ayrılarak, bağımsız (*autonome*) bir şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştir (VISCHER, s. 17)

⁹⁸¹ VISCHER, s. 16, vd.; ÇELİKEL / ERDEM, s. 83, vd.; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 39, vd.; NOMER, s. 104, vd.; BRIGGS, **Choice**, s. 17; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 66, vd.; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 95, vd.; ERDEM, **Patent Hakkı**, s. 85; DEMİR GÖKYAYLA, s. 350; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 84.

⁹⁸² EKŞİ, **Roma**, s. 55; EKŞİ, **İş**, s. 117; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 98; DOĞAN, **Akreditif**, s. 173, vd. NOMER, TEKİNALP ve TİRYAKİOĞLU da bu tespiti yapmışlardır (NOMER, s. 104; TEKİNALP,

doktrinde her olayın ayrı ayrı ele alınarak vasıflandırması fikri giderek yaygınlaşmaktadır⁹⁸³. Ayrıca, ÇELİKEL / ERDEM kural olarak vasıflandırmanın *lex fori*'ye göre yapılacağı; ancak tatminkâr sonuçlara ulaşılmadığı takdirde, özellikle de hukukî ilişki *lex fori*'de tanınmıyorsa, *lex causae*'ye göre yapılacak vasıflandırmayla daha hakkaniyetli sonuçlara ulaşılabileceğini belirtmektedir⁹⁸⁴. Hakim vasıflandırma sırasında, ayrıca, tarafların menfaatini, beklentisini ve kanunlar ihtilafı kurallarının amacını dikkate almalıdır⁹⁸⁵. Sonuç olarak esnek bir değerlendirme yapılmalıdır.

DEMİR GÖKYAYLA, vasıflandırmanın çeşitli yöntemlerle yapılabileceğini kabul etmekle beraber, sözleşmelerle ilgili bağlanma konusunun daima *lex fori*'ye göre vasıflandırılması gerektiğini belirtmiştir⁹⁸⁶. Biz de hangi borçların sözleşmeden doğan borç olarak vasıflandırılması gerektiğini incelediğimiz bu bölüm kapsamında vasıflandırmanın kural olarak *lex fori*'ye göre yapılması gerektiğini düşünüyoruz⁹⁸⁷.

Hemen belirtelim ki, sözleşme statüsünün belirlenmesi ve ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının hangi konulara tatbik edileceği de bir vasıflandırma sorunudur. Bu bölümde yapılacak vasıflandırma çalışması iki aşamadan oluşmaktadır. İlk aşama çeşitli hukukî ilişkilerin borçların kaynağına göre vasıflandırılması (A); ikinci aşama ise, borcun kaynağının sözleşme olarak belirlenmesine rağmen, sözleşme statüsüne girmeyen ve kendine has bağlanma kuralları olan kurumların saptanmasıdır (B).

A. Borçların Kaynağına Göre Hukukî İlişkinin Vasıflandırılması

Bir hukukî ilişkinin haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme olarak vasıflandırılması, MÖHUK m. 24'ün uygulama alanı bulmasını engeller. Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuk başka kanunlar

Bağlama, s. 39; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 84). Karşılaştırmalı hukukta da bu tespit için, bkz. KEGEL / SCHURIG, s. 337; DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 19. İsviçre Federal Mahkemesi'nin de kural olarak vasıflandırmayı *lex fori*'ye göre yaptığı yönünde, bkz. VISCHER, s. 17.

⁹⁸³ ÇELİKEL / ERDEM, s. 88 ve 90; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 67; ERDEM, **Patent Hakkı**, s. 87; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 84.

⁹⁸⁴ ÇELİKEL / ERDEM, s. 91. Aynı görüş için, bkz. DOĞAN, **Akreditif**, s. 174.

⁹⁸⁵ KEGEL / SCHURIG, s. 355; VISCHER, s. 18.

⁹⁸⁶ DEMİR GÖKYAYLA, s. 350, vd. ve s. 351, dn. 415.

⁹⁸⁷ TÜZÜNER de marka rehni sözleşmeleri açısından benzer bir sonuca ulaşmıştır (TÜZÜNER, s. 95). Ancak yazar, bu yaklaşımın istisnaları olduğunu da vurgulamıştır (TÜZÜNER, s. 96).

ihtilafî kurallarına göre saptanır. Aynı şekilde bir hukukî ilişkinin eşya hukuku ilişkisi olması da, MÖHUK m. 24'ün tatbikini engelleyecektir.

Bununla birlikte, kimi hukukî ilişkilerin sözleşmesel mi, sözleşme dışı mı sorumluluk doğurduğu oldukça tartışmalıdır. İşte biz de, bu "tartışmalı" kurumları vasıflandırmaya çalışacağız. Bu açıdan önce karşılaştırmalı hukukta sözleşme benzeri (*quasi-contrat*) olarak kabul edilen hâlleri inceleyeceğiz (1). Daha sonra farklı hukuk sistemlerinde sözleşme ya da haksız fiil olarak ele alınan *culpa in contrahendo* kurumu ile imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna değineceğiz (2). Son olarak, sözleşme mi, eşya hukuku ilişkisi mi kurduğu tartışılan *trust* kurumunu irdeleyeceğiz (3).

1. Sözleşme benzeri

Karşılaştırmalı hukukta, çeşitli hukuk sistemlerinin "sebepsiz zenginleşme"yi farklı şekillerde düzenlediğini görebiliriz. Örneğin, Fransız hukukunda sebepsiz zenginleşme kanunda düzenlenmemiştir⁹⁸⁸. Bunun yerine Fransız hukukunda, *quasi-contrat* (sözleşme benzeri), haksız fiil ve *quasi-tort* (haksız fiil benzeri) ile birlikte "sözleşme dışı sorumluluk" başlığı altında ele alınmıştır⁹⁸⁹. Bu bölümde borç olmayan şeyin tediyesi düzenlense de, BK m. 61'e denk gelen hüküm bulunmamaktadır⁹⁹⁰. Sebepsiz zenginleşme doktrini, bir sözleşme benzeri olarak Fransız Yargıtayı kararları ile geliştirilmiştir⁹⁹¹. Buna karşılık, İsviçre-Türk hukukunda olduğu gibi, Alman, İtalyan ve Hollanda hukukları sözleşme benzeri kavramına yabancıdır⁹⁹². İngiliz hukukunda ise "sebepsiz zenginleşme" ile "sözleşme benzeri" kavramları arasındaki ilişkisi oldukça muğlaktır; yine de her iki kavram hukuk sisteminde yer almaktadır⁹⁹³.

Sözleşme benzeri ile sebepsiz zenginleşme kavramları birbirinin yerine kullanılamaz. Bu iki kurumun ortak noktası, her ikisinde de hüküm doğuran bir

⁹⁸⁸ Denis TALLON, "Introduction", *Casebooks on the Common Law of Europe: Contract Law*, Ed.: Hugh Beale / Arthur Hartkamp / Hein Kötz / Denis Tallon, Oxford 2002, s. 77.

⁹⁸⁹ TALLON, s. 77. Fransız hukukunda borç kaynaklarının tasnifi için, bkz. Haluk TANDOĞAN, *Vekaletsiz İş Görme*, İstanbul 1957, s. 26.

⁹⁹⁰ TALLON, s. 77.

⁹⁹¹ TALLON, s. 77.

⁹⁹² TALLON, s. 78; Hélène CHANTELOUP, *Les Quasi-Contracts en Droit International Privé*, Paris 1998, s. 62; TANDOĞAN, s. 38, vd.

⁹⁹³ TALLON, s. 78. İngiliz hukukunda sözleşme benzeri için bkz. CHANTELOUP, s. 49, vd.

sözleşmenin yokluğunda bir borç ilişkisinin kurulmasıdır⁹⁹⁴. İki kurum arasındaki en önemli fark ise, sözleşme benzerinin BK m. 410-415'te düzenlenen "vekâletsiz iş görme"yi de kapsamasıdır⁹⁹⁵.

Biz de bu sebeple önce vekâletsiz iş görme, ardından da Türk hukuku açısından klasik bir sebepsiz zenginleşme hâli olan, ama aynı zamanda sözleşme ile de ilgisi bulunan sözleşmenin hüküm doğurmaması sonucu borç olmaktan çıkan şeyin tediyesindeki vasıflandırma sorununu inceleyeceğiz. Diğer sebepsiz zenginleşme hâllerinde ise böyle bir sorun yoktur; MÖHUK m. 39'un uygulanacağı açıktır⁹⁹⁶.

a) Vekâletsiz iş görme

Vekâletsiz iş görme, iş gören ile işsahibi arasında kanundan doğan bir borç ilişkisi yaratır. Bu borç ilişkisi, sözleşmeden doğmadığı gibi⁹⁹⁷, kural olarak haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme de teşkil etmeyecektir. Vekâletsiz iş görmede sorumluluk bu üç sorumluluk kaynağından değil, doğrudan kanundan doğmaktadır⁹⁹⁸.

Türk milletlerarası özel hukukunda vekâletsiz iş görmeye hangi hukukun uygulanacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır⁹⁹⁹. Oysa 11 Temmuz 2007 tarihli Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 864/2007 Numaralı Avrupa Birliği Tüzüğü ("*Roma II Tüzüğü*"), vekâletsiz iş görmeye uygulanacak

⁹⁹⁴ TALLON, s. 79.

⁹⁹⁵ Kemal OĞUZMAN, "*Turkey*", **International Encyclopedia of Laws: Contracts**, Ed.: R. Blanpain / M. Colucci / J. Herbots, La Haye 1996, Vol. 8, Çev.: Toker Dereli, s. Turkey 186-188; TALLON, s. 77, 79.

Alman hukukunda, Fransız hukukundaki sözleşme benzerine denk gelen sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görmenin ayrı birer kurum olarak düzenlendiği yönünde, bkz. CHANTELOUP, s. 62.

Öte yandan Anglosakson hukukunda vekâletsiz iş görmeye dayanarak hak talep edilemeyeceği yönünde, bkz. CHANTELOUP, s. 57, vd. Ancak bu eksikliğin giderilmesi için başka kurumlar (örneğin "*agency of necessity*") yaratılmıştır.

Sözleşme benzerlerine yer veren sistemlerde, vekâletsiz iş görmenin bu gruba dahil edildiği yönünde, bkz. TANDOĞAN, s. 27.

⁹⁹⁶ Sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan iade sorununa Roma Konvansiyonu m. 3 ve 4'ün uygulanmayacağı yönünde, bkz. Elizabeth B CRAWFORD, "*The Uses of Putativity and Negativity in the Conflict of Laws*", **ICLQ**, C. 54, S. 4, Ekim 2005, s. 829-853, s. 851.

⁹⁹⁷ AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 92.

⁹⁹⁸ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar**, s. 71; ÖZEL, **Sebepsiz**, s. 749. Karş. TANDOĞAN, s. 31, vd., 54, vd., 66, vd. Vekâletsiz iş görmenin hukukî niteliği ile ilgili tartışmalar için, bkz. ÖZTEKİN GELGEL, s. 48, vd.

⁹⁹⁹ TEKİNALP, **Bağlama**, s. 376.

hukuku özel olarak düzenlemiştir¹⁰⁰⁰. AB hukukunda bu ilişki, Roma II Tüzüğü'nde düzenlendiğine göre, sözleşme dışı sorumluluk olarak kabul edilmiştir.

Türk hakiminin önüne vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan bir borç ilişkisi geldiğinde, hakim bu borç ilişkisini vasıflandıracak ve MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarından birini uygulamaya çalışacaktır¹⁰⁰¹. Hakimin vekâletsiz iş görmeyi MÖHUK'ta yer alan hukukî ilişkilerden biri olarak vasıflandıramaması durumunda, hukukumuzda bir kanun boşluğu bulunduğunu kabul etmemiz gerekecektir. Bu durumda, hakim, MK m. 1 / f. 2'ye göre kendisini kanunkoyucu yerine koyarak bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörecektir ve bu kuralı uygulayacaktır¹⁰⁰².

Borçlar Kanunu'nda iki türlü vekâletsiz iş görme hâli öngörülmüştür¹⁰⁰³. Bunlardan ilki, doktrinde "gerçek vekâletsiz iş görme" olarak da adlandırılan¹⁰⁰⁴ ve Borçlar Kanunu'nda "işin sahibinin menfaatine yapılması" olarak tanımlanan hâldir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, gerçek vekâletsiz iş görmede, "bir kimsenin başkasına ait bir işin görülmesi iradesi ile, onun hukuk alanına bir mezuniyeti bulunmaksızın (kendisine izin verilmeksizin) müdahale etmesi" durumu olduğunu belirtmektedir¹⁰⁰⁵.

YAVUZ, bu tip vekâletsiz iş görmeyi maddî fiil olarak değil, hukukî işlem benzeri fiil olarak nitelendirmektedir¹⁰⁰⁶. Gerçek vekâletsiz iş görmeye genel olarak sözleşmelere uygulanan hükümler uygulanır. Örneğin iş görenin sorumluluğuna sözleşmesel sorumluluğa ilişkin hükümler¹⁰⁰⁷; doğan alacaklarla ilgili zamanaşımı süresine de, sözleşmelere uygulanan zamanaşımı süresi¹⁰⁰⁸ uygulanır. Üstelik, gerçek vekâletsiz iş görmede, menfaat sağlayan iş sahibi olduğu için, bu hukukî ilişkinin

¹⁰⁰⁰ Düzenleme ile ilgili olarak, bkz. Zeynep Derya TARMAN, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)", *AÜHF*, C. 57, S. 2, 2008, s. 193-221 (**Roma II**), s. 213, vd.

¹⁰⁰¹ TEKİNALP, vekâletsiz iş görmeyi vasıflandırmadan, doğrudan bu ilişkiye MÖHUK m. 24'ün uygulanacağını belirtmiştir (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 376). Yazarın gerekçesi bu konuda özel bir hükmün bulunmamasıdır. Biz yazarın görüşüne katılmıyoruz; çünkü MÖHUK m. 24 borçlara uygulanan genel kanunlar ihtilafı kuralı değil, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanan hukukun saptanmasına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralıdır. Oysa vekâletsiz iş görmede sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır.

¹⁰⁰² Kanun boşluğu hâli ve bu durumda hakimin nasıl hareket edeceği ile ilgili, bkz. OĞUZMAN / BARLAS, s. 87, vd.

¹⁰⁰³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar**, s. 71.

¹⁰⁰⁴ Cevdet YAVUZ, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul 2007, s. 792.

¹⁰⁰⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar**, s. 72.

¹⁰⁰⁶ YAVUZ, s. 794. Ayrıca, bkz. TANDOĞAN, s. 56. Konunun doktrinde tartışmalı olduğu yönünde, bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar**, s. 72.

¹⁰⁰⁷ YAVUZ, s. 796.

¹⁰⁰⁸ YAVUZ, s. 799.

haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁰⁰⁹. Öte yandan her ne kadar sözleşmeden doğan borç ilişkileri ile ilgili hükümler de uygulansa, vekâletsiz iş görme sözleşmenin olmadığı bir borç ilişkisidir¹⁰¹⁰. Sonuç olarak, gerçek vekâletsiz iş görme ne sözleşme, ne haksız fiil, ne de sebepsiz zenginleşmedir.

Bu yüzden, gerçek vekâletsiz iş görme, MÖHUK'ta yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının öngördüğü bağlanma konularından hiçbirinin kapsamına girmemektedir. Dolayısıyla, gerçek vekâletsiz iş görmenin MÖHUK'taki kurallar çerçevesinde vasıflandırılması mümkün değildir. Bu kanun boşluğunun hakim tarafından yaratılacağı bir kanunlar ihtilafı kuralı ile doldurulması gerekir. Bu kuralı yaratırken, hakim, Roma II Tüzüğü m. 11'deki düzenlemeyi örnek alması, bizce doğru olacaktır. Bu hükme göre, sözleşme dışı ilişki taraflar arasında mevcut bir ilişkiyle bağlantılı ise, bu ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulama alanı bulur (f. 1). Böyle bir ilişkinin yokluğu hâlinde, tarafların ortak mutad mesken hukuku (f. 2); bu fıkra da uygulanamıyorsa, olayın gerçekleştiği yer hukuku (f. 3) uygulanır. Yalnız her hâlde, taraflar arasındaki ilişkinin daha sıkı ilişkide olduğu hukuk uygulama alanı bulur (f. 4).

Hakimin Roma II Tüzüğü'ndeki hükmü değerlendirmemesi hâlinde, borçlar hukukunda gerçek vekâletsiz iş görmeye genel olarak sözleşmeye uygulanan hükümlerin uygulanmasından dolayı, milletlerarası özel hukukta da, kıyasen MÖHUK m. 24'ün uygulanması söz konusu olabilir¹⁰¹¹. Fakat gerçek vekâletsiz iş görmede karakteristik edim borçlusu bulunmamaktadır; çünkü bu hukukî ilişkide taraflar bir borç öngörmemektedir. Dolayısıyla, hakim olsa olsa MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1 uyarınca hukukî ilişki ile en sıkı ilişkili hukuku uygulayabilir. Bu da zaten, Roma II Tüzüğü m. 11'in çözümüne yakındır. Ancak bu çözüm benimsenirse, Roma II Tüzüğü m. 11 / f. 1 - 3 düzenlemesi dışlanmış olur. Kanaatimizce, bu hâllerin de Türk hukukunda dikkate alınması yerinde olacaktır¹⁰¹².

¹⁰⁰⁹ Karş. TANDOĞAN, s. 54, vd.

¹⁰¹⁰ TALLON, s. 79.

¹⁰¹¹ ÖZEL de, gerçek vekâletsiz iş görmenin sözleşmesel ilişkiye yakın olduğunu, dolayısıyla uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24'e göre saptanması gerektiğini belirtmektedir (ÖZEL, **Sebepsiz**, s. 749).

¹⁰¹² NOMER, vekâletsiz iş görmeye hizmetin yerine getirildiği yer hukukunun uygulanması gerektiğini; ancak taraflar aynı vatandaşlıktaysalar, tarafların müşterek mutad mesken hukuku veya müşterek millî hukuklarının uygulanacağını dile getirmiştir (NOMER, s. 356). Yazarın görüşünün, Roma II Tüzüğü düzenlemesini kısmen de olsa yansıttığını söyleyebiliriz.

İkinci tür vekâletsiz iş görme, Borçlar Kanunu'nun, işin, yapan kimsenin menfaatine yapılması şeklinde tarif ettiği ve doktrinde gerçek olmayan vekâletsiz iş görme olarak adlandırılan¹⁰¹³ hâldir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede kişinin, başkasının işini "kendi işiymiş gibi ve kendisine menfaat sağlamak üzere" gördüğünü belirtmektedir¹⁰¹⁴.

Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin haksız fiil niteliğinde olduğu doktrinde ileri sürülmüştür¹⁰¹⁵. Gerçekten de gerçek olmayan vekâletsiz iş görme aynı zamanda bir haksız fiil teşkil edebilir. Ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme ile talep edilebilecek unsurlar, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme ile talep edilebilecek unsurlarla sınırlı değildir¹⁰¹⁶. Dolayısıyla gerçek olmayan vekâletsiz iş görme de, aynen gerçek vekâletsiz iş görme gibi kanundan doğan bir sorumluluk rejimi öngörmektedir. Bu özel sorumluluk rejimi, sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerindeki sorumluluk rejiminden farklıdır. Bu açıdan, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme de MÖHUK'taki bağlanma konularından herhangi birinin kapsamına girmemektedir.

Bu kanun boşluğu da, az önce incelediğimiz yöntemlerle doldurulacaktır ve bu esnada, hakimin yine Roma II Tüzüğü m. 11'den yararlanması mümkün olacaktır. Hakimin bu hükümden yararlanmayı reddetmesi hâlinde, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye, olsa olsa haksız fiil (gerçek olmayan vekâletsiz iş görme aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ettiği için) ya da sebepsiz zenginleşme (gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin yapısı sebepsiz zenginleşmeye benzediği için) ile ilgili kanunlar ihtilafı kuralları kıyasen uygulanabilir¹⁰¹⁷.

Sonuç olarak, gerek gerçek olan, gerekse de gerçek olmayan yabancılik unsuru taşıyan vekâletsiz iş görme sözleşme olarak vasıflandırılmaz; bu nedenle de

¹⁰¹³ YAVUZ, s. 799.

¹⁰¹⁴ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar**, s. 72.

¹⁰¹⁵ YAVUZ, s. 800; TANDOĞAN, s. 68.

¹⁰¹⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar**, s. 72; YAVUZ, s. 800. Ancak KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sebepsiz zenginleşmede sadece fakirleşilen miktarın değil, karşı tarafın zenginleştiği miktarın da talep edilebileceği yönündeki görüşleri gelişmesiyle, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin ortaya koyduğu sorumluluk rejiminin özelliğinin kaybolacağını belirtmektedir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar**, s. 73).

¹⁰¹⁷ TANDOĞAN da örneğin zamanaşımı hakkında haksız fiillere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasını önermektedir (TANDOĞAN, s. 73). ÖZEL ise gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin haksız fiil olarak nitelendirildiğini, dolayısıyla uygulanacak hukukun haksız fiile uygulanacak hukuka göre tespit edileceğini belirtmiştir (ÖZEL, **Sebepsiz**, s. 750).

sözleşmeye uygulanan hukuk bu hâllere doğrudan uygulanmayacaktır. Ancak özellikle gerçek vekâletsiz iş görmeye uygulanacak hukukun tespitinde, kıyasen MÖHUK m. 24'ün uygulanması söz konusu olabilecektir.

b) Sözleşmenin hüküm doğurmamasına rağmen borç olmayan şeyin tediyesi

Klasik bir sebepsiz zenginleşme hâli olan borç olmayan şeyin tediyesinden farklı olarak sözleşmenin hüküm doğurmamasına rağmen yerine getirilen edimden doğan hukukî ilişkiye uygulanacak hukukun saptanmasında, söz konusu hüküm doğurmayan sözleşmenin önemli bir etkisi olacaktır.

Bir sözleşmenin hüküm doğurmamasına rağmen yapılan ödmeden kaynaklanan borç ilişkisine uygulanacak hukuku, bu hukukî işlemi vasıflandırarak saptayacağız. Ancak bu hukukî ilişkiyi vasıflandırmadan önce, sözleşmenin hüküm doğurup doğurmadığının tespit edilmesi gerekir. Gerçekten de söz konusu hukukî ilişki için sözleşmenin hüküm doğurup doğurmadığı bir önmesedir¹⁰¹⁸. Sözleşmenin hüküm doğurup doğurmadığı sözleşmeye uygulanan hukuka göre saptanacaktır¹⁰¹⁹. Sözleşmenin *lex causae*'ye göre hüküm doğurmadığı tespit edildikten sonra, taraflardan birinin edimini yerine getirmesi Türk hukukuna göre sebepsiz zenginleşme olarak nitelendirilecektir¹⁰²⁰. Vasıflandırma *lex fori*'ye göre yapıldığı için, *for* Türkiye'de ise, bu hukukî ilişkiye uygulanacak hukuk -hukukî ilişki sebepsiz zenginleşme olarak vasıflandırılacağı için- MÖHUK m. 39'a göre saptanacaktır. Bu kurala göre, zenginleşmeye sebep olan ve geçerli olarak kurulmamış sözleşme geçerli olsa idi hangi hukuk uygulanacak idiyse, o hukuk sebepsiz zenginleşmeye uygulanır. Buna göre, bu tip bir hukukî ilişkiye uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 39 vasıtasıyla, MÖHUK m. 24, vd.'na göre belirlenecektir.

Sonuç olarak, sözleşmenin hüküm doğurmaması rağmen borç olmayan şeyin tediyesinde, sözleşmeye uygulanan hukukun iki fonksiyonu vardır. Vasıflandırmadan önce, sözleşmenin hüküm doğurmadığının tespiti doğrudan; vasıflandırmadan sonra,

¹⁰¹⁸ ÖZEL, *Sebepsiz*, s. 746.

¹⁰¹⁹ ÖZEL, *Sebepsiz*, s. 745.

¹⁰²⁰ OĞUZMAN, s. Turkey 190-191.

sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukun saptanması ise dolaylı olarak sözleşmeye uygulanacak hukuka göre yapılır¹⁰²¹.

2. *Culpa in contrahendo* ve imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu

Bir hukukî ilişkinin sözleşme olarak vasıflandırılmasındaki bir diğer sınır, sözleşme mi, haksız fiil mi sorumluluğuna neden olduğu tartışılan kurumlardır. Bu yöndeki başlıca iki sorumluluk kalemi, *culpa in contrahendo* sorumluluğu¹⁰²² ile imalatçının sözleşme dışı sorumluluğudur.

Roma I Tüzüğü m. 1 / f. 2 / b. i'de, sözleşmenin kurulmasından önceki müzakerelerden doğan sorumluluğun, Tüzük'ün kapsamı dışında bırakıldığı belirtilmiştir. Roma II Tüzüğü ise, *culpa in contrahendo*'yu sözleşme dışı sorumluluk olarak kabul etmiştir (Roma II Tüzüğü m. 2 / f. 1)¹⁰²³. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu, ayrıca, Roma II Tüzüğü m. 12'de daha detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu hüküm, sözleşmenin kurulmuş olup olmamasından bağımsız olarak, bu sözleşmenin kurulmasından önceki işlemlerden kaynaklanan sözleşme dışı borç ilişkilerini öngörmektedir. Ancak hükümde öngörülen bağlanma noktası, aynen bir sözleşmenin hüküm doğurmamasına rağmen ifa edilen bir edimin sebep olduğu sebepsiz zenginleşme hâlinde olduğu gibi, ilişkideki sözleşmeye atıf yapmaktadır. Bu yolla uygulanacak hukuk tespit edilemezse, yedek bağlanma noktaları devreye girer (Roma II Tüzüğü m. 12 / f. 2). Bu düzenlemeler sayesinde, AB hukunda *culpa in contrahendo*'nun vasıflandırılmasına ilişkin tartışmalar sona ermiştir¹⁰²⁴. Sonuç olarak, AB hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre, *culpa in contrahendo* bir sözleşme olarak vasıflandırılmasa bile, bu tip bir sorumlulukta uygulanacak hukukun tespitinde sözleşme statüsünün belirleyici bir rolü olacaktır.

¹⁰²¹ Benzer bir çözüm karşılaştırmalı hukukta da önerilmiştir (MAYER / HEUZE, s. 519). Roma II Tüzüğü de bu yönde bir çözümü benimsemiştir.

¹⁰²² EKŞİ, **Roma**, s. 55.

¹⁰²³ Her iki tüzüğün hazırlık aşamasında, *culpa in contrahendo*'dan doğan borç ilişkisinin hangi tüzük kapsamında düzenlenmesi gerektiği tartışılmıştır (TARMAN, **Roma II**, s. 214).

¹⁰²⁴ TARMAN, **Roma I**, s. 307; dn. 31.

MÖHUK'ta ise, AB hukukunun tersine, özel bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmadığı için, *culpa in contrahendo*'nun vasıflandırılması¹⁰²⁵ ve sözleşmeden mi, haksız fiilden mi doğan bir borç ilişkisi teşkil ettiğinin tespit edilmesi gerekir. Bu tespit uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralını belirleyecektir. Türk hukukunda *culpa in contrahendo*'nun Medeni Kanun ("MK") m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanılarak sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisi kurduğu, daha doğrusu sözleşmesel sorumluluğa neden olduğu genel olarak kabul edildiğinden¹⁰²⁶, kaynağı sözleşme olan bir sorumluluk olarak vasıflandırılacaktır¹⁰²⁷. Sonuç olarak, uyuşmazlığın *culpa in contrahendo* sorumluluğundan kaynaklandığı somut bir olayda, MÖHUK m. 24, vd.'ndaki kanunlar ihtilafı kuralları doğrudan uygulanacaktır¹⁰²⁸.

Sorumluluk kaynağı tartışılan bir diğer husus, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğudur ("*product liability*"). Bu sorumluluk kaleminin, örneğin İngiltere gibi ülkelerden farklı olarak, Fransa'da sözleşmeden doğan sorumluluk olduğu kabul edilmiştir¹⁰²⁹. ABAD kararlarında ise, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu olduğu tespit edilmiştir¹⁰³⁰. Akit dışı borç ilişkilerini düzenleyen Roma II Tüzüğü'nde de, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna yer verilmiştir (Roma II Tüzüğü m. 5)¹⁰³¹. Türk hukukunda, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu herhangi bir vasıflandırma sorunu yaratmayacaktır; çünkü bu konu bir kanunlar ihtilafı kuralı ile özel olarak düzenlenmiştir (MÖHUK m. 36).

¹⁰²⁵ TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 48. Roma II Tüzüğü'nden önceki dönemde, benzer bir vasıflandırma gereksiniminin Üye Devlet mahkemeleri için de geçerli olduğu yönünde, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 55.

¹⁰²⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s. 324; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 60; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 979; Rona SEROZAN, **İfa - İfa Engelleri - Haksız Zenginleşme**, 4. Bası, İstanbul 2006, s. 256; EREN, s. 1086.

Culpa in contrahendo'nun hukukî niteliği ile ilgili tartışma için, ayrıca bkz. EREN, s. 1085, vd.

¹⁰²⁷ TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 49.

¹⁰²⁸ Aynı yönde, AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 60; ÇİLİNGİROĞLU, s. 117. NOMER de, *culpa in contrahendo*'yu sözleşme statüsü kapsamında değerlendirmiştir (NOMER, s. 326). Roma II Tüzüğü'nden önceki dönemde, AB hukuku açısından da benzer bir değerlendirme için, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 55.

¹⁰²⁹ DICEY / MORRIS, s. 1205.

¹⁰³⁰ DICEY / MORRIS, s. 1205, dn. 65.

¹⁰³¹ Düzenleme ile ilgili olarak, bkz. TARMAN, **Roma II**, s. 204, vd.

3. *Trust*

Common law'dan kaynağını alan *trust* ilişkisinin eşya hukuku ilişkisi mi, sözleşme mi olarak vasıflandırılması gerektiği tartışılmıştır¹⁰³². SIEHR, İsviçre hukuku açısından *trust*'ın sözleşme olarak vasıflandırılması gerektiğini belirtir¹⁰³³. Ancak *Trust'a ve Trust'ın Tanınmasına İlişkin 1 Temmuz 1985 tarihli Lahey Konvansiyonu*'nun taraf ülkelerde yürürlüğe girmesinin ardından, Konvansiyon hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Türkiye bu konvansiyona taraf olmadığı için¹⁰³⁴, *trust* ilişkisi, SIEHR'in İsviçre hukuku açısından yaptığı analizi takip edersek, MÖHUK m. 24'ün kapsamına girecektir.

Çalışmanın kapsamını aşacak olması nedeniyle, burada incelemeyeceğimiz birbirinden çok farklı *trust* tipleri bulunur. Yine de, NOMER'e göre, *trust* ilişkisinde karakteristik edim borçlususu *trustee*'dir (itimat edilen); dolayısıyla bu hukukî ilişkiye itimat edilenin hukuku uygulanmalıdır¹⁰³⁵.

B. Kendine Has Bağlanma Kuralları Olan Kurumlar

Sözleşmeye uygulanacak hukuk, sözleşme ile ilgili tüm hukukî sorunlara uygulanmamaktadır. Bir sözleşmesel ilişki birçok farklı hukukî kurumu ilgilendirir. İşte bu kurumların bazılarında uygulanacak hukuk MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmiştir (1); bazı kurumların ise, özel bir kanunlar ihtilafı kuralı yokluğunda, sözleşme statüsüne girip girmediği tartışmalıdır (2). Ayrıca, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına uygulanacak hukukun tespiti de bu kapsamda tartışılmalıdır (3).

¹⁰³² Kurt SIEHR, "*Der Trust im IPR*", *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Cenevre 2002, s. 297-309, s. 300, vd.

Trust'ın sözleşme hukuku, eşya hukuku, şirketler hukuku, vakıf hukuku, rekabet hukuku, miras hukuku, aile hukuku ve vekâletsiz iş görme kurumunun amaçlarına hizmet eden bir hukukî ilişki olduğu yönünde, KEGEL / SCHURIG, s. 332.

¹⁰³³ SIEHR, s. 309. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de, bu yönde bir karar vermiştir (*Harrison* kararı, 29 Ocak 1970, ATF 96 II 79 (ANCEL, *Prestation*, s. 174)).

¹⁰³⁴ "http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=59" (2 Mayıs 2010 tarihinde ziyaret edilmiştir).

¹⁰³⁵ NOMER, s. 325.

1. MÖHUK'ta kendine özgü bağlanma kuralı düzenlenen kurumlar

MÖHUK'ta bazı kurumlara has bağlanma kuralları öngörülmüştür. İşte bu kurumlara uygulanacak hukuk, işbu kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir. Bu kurumlar hukukî işlemin şekli¹⁰³⁶, zamanaşımı¹⁰³⁷, tarafların ehliyeti¹⁰³⁸, somut olayda temsil söz konusu ise verilen temsil yetkisi¹⁰³⁹, irade beyanları, ifanın gerçekleştirilme biçimi ve alınan koruma tedbirleridir.

Bu düzenlemeler kimi zaman doğrudan sözleşmenin statüsüne atıf yapar. Örneğin zamanaşımına uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 8'e göre sözleşmesel ilişkinin esasına uygulanacak hukuktur. Kimi sözleşmesel unsurlara ise sözleşme statüsünden farklı bir hukukun uygulanması söz konusu olabilir. Örneğin ehliyet (MÖHUK m. 9) ile ifanın gerçekleştirilme biçimine (MÖHUK m. 33)¹⁰⁴⁰ uygulanacak hukuk sözleşme statüsünden tamamen bağımsız olarak belirlenir. Hukukî işlemin şekli (MÖHUK m. 7) ile tarafların irade beyanına (MÖHUK m. 32 / f. 2) uygulanacak hukukun belirlenmesinde ise, sözleşme statüsü rol oynamakla beraber, farklı hukukların uygulama alanı bulması da söz konusu olabilir.

¹⁰³⁶ ULUOCAK, s. 202, vd.; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 108, vd.; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 51, vd. Hukukî işlemin şekline uygulanacak hukukun sözleşme statüsüne mi bağlanacağı, yoksa *locus regit actum*'un mu uygulanacağı hususu, eski MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önce de Türk hukukunda tartışılmaktaydı (SEVİĞ, s. 98, vd.).

¹⁰³⁷ ULUOCAK, s. 199; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 136, vd.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, zamanaşımı ile ilgili özel hükmün sadece zamanaşımı sorununu kapsıyor olduğudur; hak düşürücü süre bu hükmün kapsamına girmez. Hak düşürücü süre, var olan bir hakkın sona ermesi ile ilgili olduğu için, buna o hakka ilişkin statü uygulanacaktır (ULUOCAK, s. 199). Dolayısıyla sözleşmeden doğan haklara ilişkin hak düşürücü süre, sözleşmeye uygulanacak hukukun kapsamındadır. Sonuçta, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda zamanaşımına uygulanacak hukuk dolaylı olarak MÖHUK m. 24 (bu yönde ayrıca bkz. ŞANLI / EKŞİ, s. 26), hak düşürücü süreye uygulanacak hukuk ise doğrudan MÖHUK m. 24 yoluyla belirlenecektir; yapılan bu ayırımın pratikte bir önemi yoktur.

¹⁰³⁸ ULUOCAK, s. 199, vd.; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 71, vd.; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 52, vd. Ehliyete uygulanacak hukukun sözleşme statüsüne bağlanmayacağı, eski MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önce de Türk hukukunda kabul edilmekteydi (SEVİĞ, s. 98 atfıyla, s. 46, vd.).

¹⁰³⁹ NOMER, s. 306, vd.; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 128, vd.

¹⁰⁴⁰ Örneğin bir ülkede belli bir meblağın üstündeki ödemelerin banka aracılığı ile yapılması gerekiyorsa, bu ülkede yapılacak elden ödeme hukuka uygun olmayacaktır. *Lex contractus*'a göre bu ödemenin elden yapılabilmesi, önem taşımamaktadır. Ancak söz konusu bu borca aykırılığa uygulanacak hukuk yine *lex contractus* olacaktır.

2. MÖHUK'ta kendine özgü bir bağlanma kuralı öngörülmesine bile sözleşme statüsüne girip girmediği tartışmalı olan kurumlar

Belli bir konunun sözleşme statüsünün dışında kalmasına neden olan özel kanunlar ihtilafı kurallarının dışında, hukuk sisteminde bazı kurumların sözleşme statüsü dışında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bir sözleşmesel ilişki içinde yer alan bu kurumlara uygulanacak hukukun sözleşme statüsüne göre mi, yoksa başka bir yöntemle mi saptanacağı tartışmalıdır. Bu tartışmanın sonucuna göre, söz konusu kurumun sözleşme statüsünde yer alıp almadığı belirlenecektir.

Bu kurumlardan biri ibra sözleşmesidir. Doktrinde ibra sözleşmenin ayrı bir sözleşme olduğu için, bu sözleşmeye uygulanacak hukukun asıl ilişkiden bağımsız olarak tespit edileceği ileri sürülmüştür¹⁰⁴¹. Biz -nasıl ki, alacaktan feragat yönündeki irade beyanına uygulanacak hukuk ayrı olarak tespit edilmeyip alacağın statüsüne tâbi olacaktır- ibra sözleşmesinin borcu sona erdiren bir hâl olarak borç statüsüne tâbi olması gerektiğini düşünüyoruz¹⁰⁴². Aynı şekilde, yenilemenin ifa üzerine etkisi de, borç statüsüne tâbidir¹⁰⁴³.

Takasa uygulanacak hukuk konusunda da yine doktrinde tartışma vardır¹⁰⁴⁴. Takasa uygulanacak hukukun tespitinde, kanaatimizce, takasın nasıl kullanıldığı önem taşır: takas taraflar arasında bir anlaşmanın konusu olabileceği gibi, kanuna dayanan tek taraflı bir irade beyanı ile de kullanılabilir¹⁰⁴⁵. Takas yoluyla, taraflar karşılıklı olarak borçlarının sükûtunu öngörürse, takasa uygulanacak hukukun saptanması için bu anlaşmaya hangi hukukun uygulandığı belirlenmelidir¹⁰⁴⁶. Kanaatimizce, bu sözleşmede karakteristik edim bulunmadığı için, takasa uygulanacak hukuk, anlaşmanın en sıkı ilişkili olduğu hukuktur. Öte yandan takas, bir tarafın kanuna dayanan tek taraflı irade beyanı ile de kullanılabilir. İngiltere

¹⁰⁴¹ AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s. 62; TIRYAKIOĞLU, *Satım*, s. 62.

¹⁰⁴² Aynı yönde, ULUOCAK, s. 197.

¹⁰⁴³ Aynı görüşte, ULUOCAK, s. 197; AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s. 63. AKINCI, yenileme ile doğan ilişkiye uygulanacak hukukun bağımsız olarak belirleneceğini belirtmektedir. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

¹⁰⁴⁴ Tartışma için bkz. NOMER, s. 324; AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s. 64, dn. 223 ve 224; MAX PLANCK INSTITUTE, s. 90, vd.

¹⁰⁴⁵ RIGAUX / FALLON, s. 815.

¹⁰⁴⁶ RIGAUX / FALLON, s. 815.

milletlerarası özel hukukunda takas kurumu usûle ilişkin görüldüğü için, takasa *lex fori* uygulanmaktadır¹⁰⁴⁷. Fransa'da da takasın bir defî olarak ileri sürülmesi hâlinde *lex fori* uygulama alanı bulur¹⁰⁴⁸. Takasa, aleyhine ileri sürüldüğü borç ilişkisi ile takas defîin kaynağını aldığı borç ilişkisine uygulanacak hukukun kümülatif olarak uygulanması da ileri sürülmüştür¹⁰⁴⁹. Ancak, kanaatimize göre takas, aleyhine ileri sürüldüğü alacağın statüsüne tâbi tutulmalıdır¹⁰⁵⁰. Almanya ve Hollanda'da da takip edilen bu görüşün arkasında aleyhine takas ileri sürülen alacağın söneceği, buna ise söz konusu alacağa uygulanması gereken kuralların karar vermesi gerektiği fikri yatmaktadır¹⁰⁵¹. Pozitif hukuk açısından değerlendirildiğinde, takas işlemine uygulanacak hukukun saptanması ile ilgili iki yol önerilebilir¹⁰⁵². Bunlardan ilki, takası ayrı bir hukukî işlem olarak görerek, bu hukukî işleme uygulanacak hukukun bağımsız olarak tespit edilmesidir. Bu görüşte olan yazarlar, takas ile ilgili ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralının öngörülmesi gerektiğini belirtmektedir¹⁰⁵³; çünkü böyle bir kuralın yokluğunda, takasa MÖHUK m. 24 sistemi uygulanacaktır ve bu sistem sonucunda uygulanacak hukuk yerinde bir çözüm sunmayabilir. Ancak, biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce, kanunda aksi bir hüküm öngörülmediği sürece, diğer defîler gibi (örneğin ödemezlik defî), takasa da uygulanacak hukuk, takasın bir defî olarak ileri sürüldüğü alacağın statüsüdür. Çünkü takas bağımsız bir hukukî işlem olarak düşünülemez; takas, borç ilişkisine bağlı unsurlardan biridir. Nitekim Roma I Tüzüğü m. 17'de aynı sonuç özel bir hükümle benimsenmiştir.

Sonuç olarak, bizim kanaatimize göre ibra sözleşmesi, yenileme ve takas sözleşmenin statüsü dahilinde değerlendirilmelidir ve sözleşmeye uygulanacak hukuk, doğrudan bu kurumlara da uygulanacaktır.

Doktrinde hasarın intikalinin ve sözleşmeye aykırılık ile haksız fiil sorumluluğunda taleplerin yarışmasının da sözleşme statüsüne tâbi olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁵⁴. Dolayısıyla somut bir olayda, sözleşmeden doğan taleplerle, başka

¹⁰⁴⁷ TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 63.

¹⁰⁴⁸ MAX PLANCK INSTITUTE, s. 90. Karş. BATIFFOL, s. 675, vd.

¹⁰⁴⁹ RIGAUX / FALLON, s. 815. Bu görüşü uygulayan iki mahkeme kararı için, bkz. MAX PLANCK INSTITUTE, s. 90, dn. 207, 208.

¹⁰⁵⁰ Aynı yönde, AKINCI, *Uygulanacak Hukuk*, s. 64; MAX PLANCK INSTITUTE, s. 92. Karş. TİRYAKİOĞLU, *Satım*, s. 64, vd.

¹⁰⁵¹ MAX PLANCK INSTITUTE, s. 90.

¹⁰⁵² COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *Green Paper*, s. 42, vd.

¹⁰⁵³ Örneğin, MAX PLANCK INSTITUTE, s. 92.

¹⁰⁵⁴ TEKİNALP, *Bağlama*, s. 356, vd.

sorumluluk kaynaklarından doğan taleplerin yarışması hâlinde, talepler arasındaki ilişkiye (hangi taleplerin ileri sürülebileceğine) sözleşme statüsü karar verecektir.

Bunların haricinde sözleşmenin yorumu, borçların ifası, borcun yerine getirilmesinin sonuçları, borcun sona erme biçimi, borcun hükümsüzlüğünün sonuçları da sözleşme statüsüne tâbidir¹⁰⁵⁵.

3. Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına uygulanan hukuk

Kural olarak sözleşmeye uygulanan hukuk sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığını da belirleyecektir¹⁰⁵⁶. Gerçekten de MÖHUK m. 32 / f. 1 bu yönde bir düzenleme getirmiştir. Bunun nedeni, sözleşmenin geçerliliğinin doğrudan sözleşmenin esasına ilişkin olmasıdır. Bu durumda taraflar hukuk seçiminde bulunmuşlarsa, sözleşmenin geçerli olarak kurulması bu hukuka tâbi olacaktır.

Hukuk seçiminin yapıldığı hâllerde, sözleşmenin, çok daha yakın ilişkideki hukuk düzenlerine, hatta *lex fori*'ye göre geçerli olarak kurulmasına rağmen, sözleşmedeki unsurlarla pek de ilgisi olmayan, ama tarafların seçtiği hukuka göre geçerli olarak kurulmaması durumunda da, bu kural geçerli olacak mıdır?

Karşılaştırmalı hukuk doktrininde bu konuda bir tartışma vardır¹⁰⁵⁷. Bir görüşe göre, sözleşme hukuk seçimine göre geçerli olarak kurulmasa bile, daha yakın bağlı olduğu hukuk düzenlerine göre geçerli olarak kurulmuşsa, bu sözleşme hüküm doğuracak ve yapılan hukuk seçimi, sözleşmenin geçerliliği haricindeki hususlara uygulanacaktır¹⁰⁵⁸. Gerçekten de hukuk seçimi yapılmıyorsa, sözleşme hüküm

¹⁰⁵⁵ Roma Konvansiyonu m. 10'da, sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi olacak kimi hususlar sayılmıştır: sözleşmenin yorumu, borçların ifası, borcun yerine getirilmemesinin sonuçları, borcun sona erme biçimi, sözleşmenin hükümsüzlüğünün sonuçları. Bu hükmün ikinci fıkrasında ifanın gerçekleştirilme biçimi ve alacaklının ifanın gerçekleştirilmemesi durumunda alabileceği tedbirler konusunda ifa yeri hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı hüküm Roma I Tüzüğü m. 12'ye de alınmıştır.

¹⁰⁵⁶ NOMER, s. 326.

¹⁰⁵⁷ Tartışma için, bkz. GAILLARD, s. 188, vd.; DEMİR GÖKYAYLA, s. 290, vd.

¹⁰⁵⁸ Hukuk seçiminin kanunlar ihtilafına ilişkin değil, maddî bir bağlanma kurduğu yönündeki bakış açısı, bu görüşü desteklemektedir (konu hakkında bkz. POMMIER, s. 56, vd). Yazar bu yönde 5.12.1910 tarihli Fransız Yargıtay'ının *American Trading Co.* kararı (karar metni için, bkz. ANCEL / LEQUETTE, s. 97, vd.), 13.6.1924 tarihli Hollanda Yargıtay'ının *Nicolaas* kararının bu yönde verildiğini dile getirmektedir. Her iki kararda da, sözleşmede hukuk seçimi yapıldığı, ancak sözleşmenin öngördüğü bir hükmün seçilen hukukun emredici hukuk kurallarına aykırılık taşıdığı belirtilmiştir. Her iki kararda da, tarafların yaptığı hukuk seçimine sonuç tanınmış; ancak sözleşmenin hüküm doğurup doğurmadığı seçilen hukuka tâbi tutulmamıştır. Tarafların sözleşmede açıkça seçilen

doğuracakken, sırf yapılan hukuk seçiminden dolayı sözleşmenin geçersiz kılınması, adeta tarafların kendi iradeleriyle buna neden olmaları anlamına gelecektir. Oysa hukuk seçiminin yapılmasındaki amaç, hüküm doğuran bir sözleşmenin hangi hukuka göre sonuç doğuracağını belirlemektir. Yani hukuk seçimi yapılırken, sözleşmenin hüküm doğurması ile ilgili olarak tarafların bir iradesi bulunmaktadır. Sözleşmenin bu şekilde hükümsüz kılınmasını, tarafların haklı beklentilerine aykırı bulan yazarlar, sözleşmenin geçerliliğinin, mutlak bir şekilde *lex contractus*'a tâbi kılınmasına karşı çıkar¹⁰⁵⁹. Nitekim Birleşik Krallık, Roma Konvansiyonu'na taraf olurken, Roma Konvansiyonu m. 10 / f. 1 / b. e'ye (sözleşmenin hükümsüzlüğüne *lex contractus*'un uygulanacağını öngören hüküm) çekince koymuştur¹⁰⁶⁰.

Ancak özellikle Kıta Avrupası doktrini, ağırlıklı olarak bu görüşe karşı çıkmakta ve seçilen hukukun sözleşmenin hükümsüzlüğüne de yol açabileceğini belirtmektedir¹⁰⁶¹. Taraflar sırf hukuk seçimi yaparken değil, herhangi bir sözleşme

hukuktaki emredici hukuk kurallarının aksini kararlaştırmış olmaları, sözleşmenin geçerliliğinin seçilen hukuka tâbi tutulmamasının nedeni olarak gösterilmiştir.

Kanaatimizce bu yaklaşım tahkim yargılaması açısından kabul edilebilir olsa da, millî yargıda görülen uyumsuzluklar açısından uygun değildir. Bunun nedeni, millî yargıda görülen uyumsuzluklarda tarafların ancak millî hukuku seçebilmesidir. Oysa tahkim yargılamasına konu bir uyumsuzlukta taraflar hukuk kuralları da seçebilirler. Bu durumda, taraflar sözleşmeye genel olarak uygulanacak bir hukuk seçebilecekleri gibi, özel olarak bir konuya uygulanacak bir kuralı sözleşmelerine taşımaları mümkündür. Tahkim yargılamasında hukuk seçimi ve söz konusu kuralın seçimi ayrı ayrı değerlendirilebilir. Fakat millî yargıda görülen davalarda tarafların sözleşmelerine taşıdıkları hükümler uygulanacak hukukun kontrolü altındadır.

Bu noktada *American Trading Co.* kararındaki uyumsuzluğu yeniden ele alır ve mahkemenin (ve de doktrinin) analizini bir yana bırakırsak, aslında tarafların hukuk seçiminden çok, yabancı bir kanuna referans yaptıkları ileri sürülebilir. Gerçekten de kararda, tarafların sözleşmeyi Amerikan hukuku veya New York hukukuna tâbi kılma iradesi yoktur; aksine taraflar sadece bir New York kanununa referans yapmışlar ve sözleşmelerine bu kanunun uygulanması iradesini göstermişlerdir. Bu açıdan bakıldığında, Fransız Yargıtay'ının -analizinin değil, ama- ulaştığı sonucun doğru olduğunu söyleyebiliriz.

Hemen belirtelim ki, Fransız içtihadının yirminci yüzyılın ilk yarısında kabul ettiği hukuk seçimi anlayışında, taraflar sözleşmelerini *anational* düzene de tâbi tutabiliyorlardı (*contrat sans loi*) ve bir millî hukukun seçilmesi durumunda, söz konusu hukuk seçim anında sabitleştirilerek uygulanıyordu (MAYER / HEUZE, s. 526, vd.). Bu durum aslında günümüzde hukuk kuralı seçimi olarak adlandırılan ve hukuk seçiminden farklılık arz eden kavrama denk gelmektedir. İşte bu nedenle *American Trading Co.* kararındaki irade muhtariyeti, hukuk seçimi olarak değil, hukuk kuralı seçimi olarak değerlendirilmelidir. Bu kapsamda 24 Nisan 1940 tarihli bir Paris Mahkemesi kararı, milletlerarası sözleşmenin tarafın tek kanunu olduğunu belirtmiştir (MAYER / HEUZE, s. 527 ve s. 527, dn. 8).

¹⁰⁵⁹ Restatement II m. 187 / f. 2 şerhinde de bu görüş savunulmuş; ancak seçilen hukukun, zaten hukuk seçimi yapılmadığı durumda uygulanacak hukukla aynı olması durumunda, sözleşmeyi hükümsüz kılsa bile, seçilen bu hukukun sözleşmeye uygulanacağı belirtilmiştir. Şerh için bkz. "<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>".

¹⁰⁶⁰ DICEY / MORRIS, s. 1201. Ayrıca bkz. DICEY / MORRIS, s. 1198.

¹⁰⁶¹ KEGEL / SCHURIG, s. 654, 657; MAYER / HEUZE, s. 536, vd.; JACQUET, 43. Bu noktada sözleşmenin hüküm doğurmasını temin etmek için ("*favor negotii*") başka kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulamayacağı yönünde, bkz. NOMER, s. 313. Aynı yönde, TARMAN, **Seçim**, s. 153.

kurarken de, bu sözleşmenin, en azından ilk aşamada, hüküm doğurmasını planlamaktadır. Oysa sözleşmenin tâbi olduğu hukuk düzeninin emredici hukuk kurallarına ve diğer başka kriterlere aykırı hükümlerin bulunması, sözleşmenin hüküm doğurmamasına yol açar¹⁰⁶². Hemen belirtelim ki, tarafların sözleşmenin hüküm doğurması yönündeki iradeleri, sözleşmenin hüküm doğurmamasını engelleyemez. Çünkü sözleşmenin geçerliliğini düzenleyen hükümler tarafların iradesine bağlı değil; emredicidir. Dolayısıyla sözleşmenin geçerliliği sözleşmenin tâbi olduğu hukuka bağlıdır¹⁰⁶³. Üstelik sözleşmenin seçilen hukuk nedeniyle hükümsüz olması genellikle taraflardan birini koruyacaktır¹⁰⁶⁴. KEGEL / SCHURIG'in de belirttiği gibi¹⁰⁶⁵, taraflar bir hukuku seçtiğinde, aynı zamanda o hukukun koruyucu hükümlerini de seçmektedir.

Bu noktada, sözleşmenin hüküm doğurmamasına sebep olan unsurun, ayrı bir sözleşme olan hukuk seçimi sözleşmesini de etkileyip etkilemediğine dikkat edilmelidir. Eğer hukuk seçimi sözleşmesinin de hüküm doğurmamasına sebep olan bir unsur varsa, bu durumda yapılan hukuk seçimi geçersiz olacak ve sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif kritere göre belirlenecektir¹⁰⁶⁶.

Türk hukukunda ise, bu yönde bir tartışmaya girmeye gerek yoktur; çünkü MÖHUK m. 32 / f. 1'de bu duruma has bir kanunlar ihtilafı kuralı benimsenmiştir¹⁰⁶⁷. MÖHUK m. 32 / f. 1'e göre "[s]özleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün

Sözleşmenin hüküm doğurmamasının sonuçlarını seçilen hukukun belirleyeceği yönünde, ŞANLI, **Akitler**, s. 47; ŞANLI / EKŞİ, s. 32.

¹⁰⁶² Fransız içtihadında da, bu yöndeki bir kararda sözleşmenin hukuk seçiminden dolayı hükümsüz kılınmasında garipsenecek hiçbir durumun olmadığı, taraflar bu durumu göz önünde bulundurmasa bile, böyle bir sonuca ulaşılması gerektiği belirtilmiştir (FERRY, s. 108, dn 78, 79).

Ayrıca, bkz. KASSIS, s. 225. Yazar *incorporation* teorisi benimsenseydi, tarafların yaptıkları hukuk seçiminin sözleşmenin geçersizliğine neden olması durumunda, böyle bir hukuk seçiminin sonuç doğurmasının önüne geçilebileceğini de belirtmiştir.

¹⁰⁶³ FERRY, s. 128.

¹⁰⁶⁴ KEGEL / SCHURIG, s. 657; TARMAN, **Seçim**, s. 153.

¹⁰⁶⁵ KEGEL / SCHURIG, s. 657; TARMAN, **Seçim**, s. 153.

¹⁰⁶⁶ Bu yönde, ŞANLI, **Akitler**, s. 47.

¹⁰⁶⁷ Eski MÖHUK'ta bu yönde bir hüküm yoktur (Gizem ERSEN PERÇİN, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında "Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddî Geçerliliği"", **MHB**, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 51-63, s. 52; DEMİR GÖKYAYLA, s. 292). Eski MÖHUK'ta bu yönde bir hüküm olmamasına rağmen, sözleşmenin hüküm doğurup doğurmadığının sözleşme statüsüne tâbi olduğunun Türk hukuku doktrini ve pratiğinde kabul edildiği yönünde, bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 292; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 355, dn. 73.

varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir"¹⁰⁶⁸.

Bu hükmün lafzı, özellikle de kullanılan "maddî geçerlilik" ifadesinin, sözleşmenin hukukî geçerliliği ile ne derece ilgisinin olduğu, şüphe yaratacak nitelikte olsa¹⁰⁶⁹ ve MÖHUK Tasarısı Madde Gereçekleri'nde ilgili hüküm ile ilgili hazırlanan bölüm¹⁰⁷⁰ "sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukuk, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktur" şeklinde açık bir ifade barındırmasa da, madde gerekçesi, yine de yaratılan bu şüpheyi ortadan kaldırmaktadır¹⁰⁷¹.

Tarafların uygulanacak hukuku seçmeleri durumunda da, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığına, MÖHUK m. 32 / f. 1 uyarınca seçilen hukuka tâbi olacaktır. Kanunkoyucusunun, karşılaştırmalı hukuk doktrininde ağırlıklı olarak benimsenen görüşü takip ettiğini söyleyebiliriz.

Tarafların sözleşmenin belli bir kısmının farklı bir hukuka tâbi olacağını kararlaştırmaları durumunda, uygulanacak her hukuk, uygulama alanı ile sınırlı olarak sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına etki edecektir.

Akla gelebilecek bir diğer tartışma konusu, tarafların, sözleşmenin geçerliliğini *lex contractus*'tan başka bir hukuka tâbi kılıp kılamayacağıdır. MÖHUK m. 24 / f. 2 uyarınca, taraflar sözleşmenin bir kısmına farklı bir hukuku uygulayabilirler. Tarafların, sözleşmenin geçerliliğine farklı bir hukuku uygulaması bu kapsamda mı; yoksa MÖHUK m. 32 / f. 1 düzenlemesinin -emredici değilse- aksinin öngörülmesi olarak mı değerlendirilecektir? MÖHUK m. 32 / f. 1 hükmü, bizce, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyebildiği oranda emredici nitelikte bir

¹⁰⁶⁸ Benzer bir hüküm Roma Konvansiyonu m. 8, Roma I Tüzüğü m. 10'da ve hatta 1986 tarihli Milletlerarası Ticarî Mal Satım Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon m. 10 / f. 2'de de bulunmaktadır.

¹⁰⁶⁹ Bu terim AB hukuku sisteminde de kullanılmaktadır; örneğin Roma I Tüzüğü m. 10'un başlığı "*consent and material validity*"dir. "Maddî geçerlilik" ifadesinin "material validity"nin karşılığı olarak kullanıldığı açıktır. Bunun yerine, MÖHUK'taki ifadenin, Tüzük'ün Fransızca metnindeki "*validité au fond*" (esasa ilişkin geçerlilik) başlığından alınması, kanaatimizce Türk hukuk terminolojisine daha uygun olurdu.

¹⁰⁷⁰ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Madde Gereçekleri, s. 12, vd.

¹⁰⁷¹ Gerekçede, "*sözleşmenin [...] esasına uygulanan hukukun [...] sözleşmenin kuruluşuna da uygulanması hakkında bir hüküm*" getirildiği ve sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukukun "*sözleşmenin kuruluş şartlarına da*" uygulanacağı ifade edilmiştir.

Nitekim EKŞİ de, Roma Konvansiyonu m. 8'i incelerken, hükmün başlığının maddî geçerlilik olduğunu, ama hükmün içeriğinin sözleşmenin geçerliliğinden bahsettiğini vurgulamış, "maddî" nitelemesinin "şekli" geçerlilikten farklılaşılması için getirildiğini belirtmiştir (EKŞİ, **Roma**, s. 122).

kanunlar ihtilafı kuralı değildir. Taraflara sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme serbestisinin tanındığı, dolayısıyla tarafların sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukuku seçtiği bir ortamda, MÖHUK m. 32 / f. 1 hükmünün, tarafların MÖHUK m. 24 / f. 2 (*dépeçage*) yoluyla sözleşmenin geçerliliğini başka bir hukuka tâbi kılmasını engelleyecek şekilde yorumlanması mümkün olmayacaktır.

Sözleşmenin maddî geçerliliği ile ilgili olarak, FERRY'nin tezini incelemenin de yararlı olacağını düşünüyoruz. FERRY, sözleşmenin geçerliliğinin yine sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi olabileceğini kabul etmektedir. Ancak yazar, özellikle de tahkim klozunun iç hukuk hükümlerince geçersiz olduğu, ancak maddî milletlerarası özel hukuk kurallarına göre geçerlilik kazandığı hâllerden hareket ederek, bir sözleşmeyi hükümsüz kılan emredici hukuk normlarının milletlerarası ticaretin menfaatine uygunluğunu sorgulamaktadır. Yazara göre milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren sözleşmelerde, sözleşmenin geçerliliğine uygulanıp hüküm doğurmasını sağlayacak maddî milletlerarası özel hukuk kuralları vardır¹⁰⁷². Kanaatimize göre, yazarın bu tezi oldukça yerindedir; yalnız fikrimizce, iç hukuktaki tüm hükümsüzlük hâllerini ortadan kaldıran genel bir maddî milletlerarası özel hukuk kuralı bulunmamaktadır. Ancak bazı emredici hukuk kuralları, milletlerarası ticaretin yapısına pek de uygun değildir. Örneğin bazı ülkelerin mevzuatında bulunan sözleşmelerin yabancı para üzerinden kurulmasını yasaklayan normların milletlerarası ticaretin menfaatini ilgilendiren sözleşmelerin yapısına uygun olmadığı söylenebilir. Bu durumda, maddî milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca, ilgili yasaklayıcı norm dikkate alınmamalı ve milletlerarası ticareti ilgilendiren sözleşmelere, bu sözleşmelerin yapısına daha uygun olan kurallar uygulanmalıdır. Elbette bu durum, tüm hükümsüzlük hâllerinin sadece iç ticareti ilgilendiren sözleşmelerle sınırlı olarak öngörüldüğü anlamına gelmez. Örneğin bir milletlerarası sözleşmenin konusu baştan beri imkansızsa, bu sözleşmenin, *lex contractus*'a göre kesin hükümsüz olduğu kabul edilecektir. Aynı şekilde, taraf iradesinin hile ile sakatlanabileceği de, bu tip sözleşmelerde kabul edilebilir.

¹⁰⁷² FERRY, s. 141.

II. SÖZLEŞME TİPLERİNE GÖRE UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ

Eski MÖHUK'tan farklı olarak, yeni MÖHUK'ta taşınmazlara, fikrî mülkiyet haklarına, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler, tüketici ve iş sözleşmeleri özel olarak düzenlenmiştir¹⁰⁷³. Bu sözleşmelerin özel olarak düzenlenmesinin nedeni kimi zaman, sözleşmenin tarafları arasındaki ekonomik dengesizlik¹⁰⁷⁴, kimi zaman ise, sözleşmenin konusunun özel bir nitelik arz etmesidir.

Özel olarak düzenlenmeyen sözleşmelere¹⁰⁷⁵, MÖHUK m. 24 uygulanacaktır. Bu hükmün uygulanması, her sözleşmede farklı bir özellik taşıyacaktır. Bu farklı özellik, kimi zaman karakteristik edimin tespitinde, kimi zaman karakteristik edimin bulunmamasında, kimi zamansa, uygulanacak hukuk karakteristik edim borçlusunun üzerinden tespit edilmesinin yerindeliğinde yatabilir.

Biz de bu bölümde, önce MÖHUK'ta özel olarak düzenlenen sözleşmeleri (A), daha sonra da, MÖHUK m. 24'ün kapsamına giren ve hükmün uygulanmasının bir özellik arz ettiği sözleşmeleri (B) inceleyeceğiz.

A. MÖHUK'ta Özel Olarak Düzenlenen Sözleşmeler

Yeni MÖHUK'ta, bazı sözleşmeler özel olarak düzenlenmiştir. Bu sözleşmelerden, tüketici (MÖHUK m. 26) ve iş sözleşmeleri (MÖHUK m. 27), sözleşmenin taraflarından birinin diğerine göre daha güçsüz durumda olması nedeniyle¹⁰⁷⁶; taşınmaza (MÖHUK m. 25), fikrî mülkiyet haklarına (MÖHUK m. 28)

¹⁰⁷³ Eski MÖHUK'ta bu hukukî ilişkilerin düzenlenmediği yönünde, ÇELİKEL / ERDEM, s. 326, vd.; ERDEM, **Patent Hakkı**, s. 132. Yazar, eski MÖHUK sisteminde bu yönde hüküm bulunmamasını eleştirmektedir (ERDEM, **Patent Hakkı**, s. 166).

¹⁰⁷⁴ DOĞAN, **İş Akdi**, s. 49; ÇALIŞKAN, s. 28, vd.

¹⁰⁷⁵ Bu noktada belirtmek gerekir ki, MÖHUK m. 26 tüm tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Bu hükümdeki düzenlemelerin kapsamı dışında da kalan tüketici sözleşmeleri bulunmaktadır. İşte MÖHUK m. 26'da öngörülen düzenlemelerin kapsamı dışındaki tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24'e göre tespit edilecektir. Bir başka deyişle, tüketici sözleşmesine, bir özel düzenleme olan MÖHUK m. 26'nın ilgili düzenlenmesinin uygulanabilmesi için, bu düzenlemedeki şartların gerçekleşmesi gerekir. Aksi hâlde sözleşmeye uygulanacak hukuk genel hükme göre tespit edilecektir. Bu saptama için, ayrıca bkz. TARMAN, **Seçim**, s. 157, vd.

¹⁰⁷⁶ Karşılaştırmalı hukukta zayıf âkit tarafın korunması için bu tip sözleşmelerde özel bağlanma kurallarının kabul edilmesi gerektiği yönünde, bkz. DOĞAN, **MHB**, s. 30. Aksi görüşte, EKŞİ,

ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 29) ise, sözleşmenin konusunun taşıdığı özellik nedeniyle özel olarak düzenlenmiştir.

Aslında bu sözleşmelerden, sadece ikisi gerçek anlamda bir sözleşme tipidir: iş sözleşmeleri ve eşya taşıma sözleşmeleri¹⁰⁷⁷. Tüketici sözleşmeleri, taraflardan birinin sözleşme konusu şeyi kullanım amacına işaret etmekte; sözleşmenin konusu hakkında bir belirleme yapmamaktadır (sözleşmenin konusu bir mal, hizmet veya kredi sağlanması olabilir)¹⁰⁷⁸. Diğer iki sözleşmede ise, sözleşmenin konusu bellidir; ancak edim (mülkiyetin devri, lisans verilmesi¹⁰⁷⁹ gibi) tam olarak belirlenmemiştir.

Somut olayda, bu kanunlar ihtilafı kurallarının bağlanma konusuna giren bir uyuşmazlıkta, bu kuralların özel hüküm niteliği taşıması nedeniyle, MÖHUK m. 24 uygulama alanı bulamayacaktır. Basit bir örnek vermek gerekirse, yurt dışından getirilen kitap satımını öngören tüketici sözleşmesine MÖHUK m. 26'nın öngördüğü hukuk uygulanacaktır. Bununla beraber, MÖHUK m. 26 / f. 1'de tüketici sözleşmelerinde tarafların kimi sınırlamalarla da olsa hukuk seçimi yapabileceği düzenlenmiş; ancak bununla ilgili MÖHUK m. 24 / f. 1-3'teki gibi bir düzenleme öngörülmemiştir. İşte bu boşlukların doldurulmasında, hukuk seçimi ile ilgili genel hüküm olması nedeniyle, MÖHUK m. 24 / f. 1-3'ün doğrudan uygulanabileceğini söyleyebiliriz¹⁰⁸⁰. Ayrıca, örneğin tüketici sözleşmesi niteliğinde olup özel hükmün uygulama alanına girmeyen sözleşmeler de MÖHUK m. 24'ün kapsamına girer¹⁰⁸¹.

Bunların dışında, borçlar hukuku sözleşmeleri olarak nitelendirilemeyecek olan şahsın hukukuna giren sözleşmeler, aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku

Roma, s. 99. Yazar zayıf tarafı korumanın kanunlar ihtilafı kurallarının değil, hukukî ilişkinin esasına uygulanacak hukukun meselesi olduğunu belirtmektedir. Biz EKŞİ'ye katılmıyoruz; çünkü bir tarafın zayıf olduğu sözleşmelerde sınırsız irade muhtariyeti tanınması sonucu taraflar istedikleri hukuku seçebilirlerse, zayıf tarafı daha az koruyacak bir hukuk düzeninin sözleşmeye uygulanması kararlaştırılabilir. Bu nedenle aynen MÖHUK m. 26 / f. 1 ve MÖHUK m. 27 / f. 1'de olduğu gibi bir tarafın zayıf olduğu sözleşmelerde hukuk seçiminin asgarî bir koruma sağlayacak şekilde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

¹⁰⁷⁷ Eşya taşıma komisyonculuğu sözleşmesinin bu hükmün kapsamına değil, genel kuralın kapsamına girdiği yönünde, bkz. LAGARDE, s. 596.

¹⁰⁷⁸ Franco FERRARI, "*La loi applicable aux contrats conclus par les consommateurs*", **RDAI**, 2008, S. 2, s. 234-262 (**Consommateurs**), s. 237.

¹⁰⁷⁹ Patent ve ticarî marka lisansı sözleşmeleri, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler oldukları için MÖHUK m. 28'in kapsamında yer alır. Bununla birlikte, lisans sözleşmesinin konusunu teşkil eden gayrimaddî mülkiyet hakkı MÖHUK m. 23'ün kapsamındadır.

¹⁰⁸⁰ Aynı yönde, FERRARI, **Consommateurs**, s. 235, vd.

¹⁰⁸¹ Bu noktada bkz. NOMER, s. 337, 339, 342.

sözleşmeleri de¹⁰⁸², MÖHUK m. 24'ün kapsamına girmez¹⁰⁸³. Örneğin, bir ismin kullanılmasına ilişkin sözleşmeler, evlilik sözleşmesi, mal rejimi sözleşmesi, miras sözleşmesi ile irtifak sözleşmeleri ve mülkiyetin devrini öngören aynî sözleşmeler borçlar hukuku sözleşmeleri değildir¹⁰⁸⁴.

MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmese de, elektronik sözleşmelere de değinmenin yararlı olacağını düşünüyoruz. Aslında elektronik sözleşme farklı bir sözleşme tipi değildir; bu kavram sadece sözleşmenin özel bir yolla kurulduğunu gösterir. Dolayısıyla, elektronik sözleşmelere uygulanacak hukuk, söz konusu sözleşmenin tipi ne ise, buna göre belirlenecektir. Elektronik sözleşme, bir ticarî satım sözleşmesi niteliğindeyse, bu sözleşmeye MÖHUK m. 24; tüketici sözleşmesi niteliğindeyse, MÖHUK m. 26 uygulanacaktır. Öte yandan bu tip sözleşmelere ilişkin özel düzenlemeler de bulunmaktadır¹⁰⁸⁵. Ancak biz bu özel düzenlemelere çalışmamızda değinmeyeceğiz.

B. MÖHUK m. 24 Kapsamındaki Sözleşmeler

Bu bölümde, milletlerarası özel hukukta özel olarak düzenlenmemiş sözleşmeleri ele alacağız. Bu sözleşmelere uygulanacak hukuk, sözleşmelere uygulanacak genel kanunlar ihtilafı kuralı olan MÖHUK m. 24'e göre saptanacaktır.

Ancak bu bölümde, MÖHUK m. 24 kapsamında yer alan tüm sözleşmeleri ayrıntılı olarak incelemek mümkün olmayacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, MÖHUK m. 24'ün tüm sözleşmelere aynı şekilde uygulanmamaktadır. İşte biz de, bu nedenle, hükmün yorumunun özellik arz ettiği sözleşmeleri ele almaya çalışacağız. Gerçekten de, MÖHUK m. 24'ün uygulanması, bazı sözleşmeler açısından kimi özellikler taşıyabilmektedir. Biz de bu bölümde daha önce teorik olarak ulaştığımız sonuçların çeşitli sözleşme tiplerine nasıl tatbik edileceğini araştıracağız.

Biz bu başlık altında uygulanacak hukuku somut olayın olası şartlarını göz önüne almadan genel olarak inceleyeceğiz. Somut olayın şartlarını ele almadığımız

¹⁰⁸² Borçlar hukuku sözleşmeleri haricindeki sözleşmelerle ilgili bilgi için, bkz. EREN, s. 190.

¹⁰⁸³ Aynı yönde, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Sükûat*, s. 357, vd.

¹⁰⁸⁴ EREN, s. 190

¹⁰⁸⁵ Bu düzenlemelerle ilgili olarak, bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, *Elektronik*, s. 167, vd.; ÖZEL, *Objektif*, s. 611.

için, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'te yer alan istisna hükmü çerçevesinde bir değerlendirme yapmamız, kural olarak mümkün olmayacaktır. Aynı şekilde, bu bölümde, hukukî ilişkilerde hukuk seçimi yapılması ihtimalini de tartışmayacağız; bu kapsamdaki sözleşmeler, genellikle, hukuk seçimiyle ilgili, çalışmamızda daha önce yaptığımız belirlemelerden farklı özellikler arz etmemektedir. Sonuç olarak bu bölümde yapılacak inceleme, daha çok MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1 ve 2 çerçevesinde olacak; sözleşmelerde karakteristik edim bulunup bulunmadığı, karakteristik edim varsa, hangi tarafın ediminin bu şekilde nitelendirileceği incelenecektir.

İncelememize başlamadan önce, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelere kısaca değinelim. Bu sözleşmelerde, sadece tek tarafın borcunun olması nedeniyle, karakteristik edim borçlusunun yine bu taraf sayılacağı aşıkardır. Dolayısıyla bu sözleşmelerin çalışmamızda daha ayrıntılı olarak incelenmesine gerek yoktur. Aynı şekilde ariyet gibi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de, karakteristik edim borçlusunun kim olduğunun tespiti oldukça kolaydır; bu sözleşmelerde oluşması çeşitli şartların gerçekleşmesine bağlı olan borç, karakteristik edim olamayacağına göre, diğer borç karakteristik edimdir. Yaptığımız bu saptamaya rağmen, kimi zaman tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olan teminat sözleşmelerini ayrıca ele alacağız; çünkü, özellikle bazı teminat sözleşmelerinde (kefalet sözleşmesi gibi), uygulanacak hukukun saptanmasına ilişkin önemli tartışmalar bulunmaktadır.

Bir hukukî ilişki kapsamında yapılan çerçeve sözleşmelerde karakteristik edimin hangi edim olduğu, hatta bu sözleşme kapsamında karakteristik edimin var olup olmadığını tartışmak ise anlamsızdır; çünkü çerçeve sözleşme, aslında taraflar arasında kurulan sözleşmesel ilişkinin bir parçasıdır, yoksa ayrı bir tip sözleşme değildir¹⁰⁸⁶. Taraflar çerçeve sözleşmeyi düzenlerken, başka borçlar da öngörebilir. Hangi edimin karakteristik edim olduğu, sözleşmesel ilişkide öngörülen tüm edimlere göre belirlenecektir. Öte yandan öngörülen çerçeve sözleşmeye uygun olarak daha sonra kurulan münferit sözleşmeler de, kuruldukları anda ayrı birer sözleşme olarak nitelendirilecek ve bu sözleşmelerdeki karakteristik edim tarafların üstlendikleri borcun niteliğine göre saptanacaktır. Taraflar arasında öngörülen diğer

¹⁰⁸⁶ BARLAS, s. 818.

borçlardan arî olarak çerçeve sözleşme hükümleri¹⁰⁸⁷, aslında ileride kurulacak, yani o anda kurulmamış sözleşmelerin çerçevesini çizmek haricinde bir fonksiyonu olmadığı için ve taraflar arasında bir borç doğurmadığı için¹⁰⁸⁸, çerçeve sözleşmede karakteristik edim aramak doğru olmayacaktır. Çerçeve sözleşme ile önceden çerçevesi çizilen sözleşmelerden ileride borç doğması, ilgili sözleşmenin kurulmasıyla mümkün olur¹⁰⁸⁹.

Yapacağımız çalışmayı kolaylaştırmak adına, bu bölümü bir tarafın aslı ediminin para borcu olduğu sözleşmeler (1), iki tarafın da para borcu haricinde aslı borçlarının bulunduğu sözleşmeler (2), teminat sözleşmeleri (3), alacağın temliki (4), borcun nakli (5), inançlı temlik (6) şeklinde altı başlık altında inceleyeceğiz.

1. Bir tarafın aslı ediminin para borcu olduğu sözleşmeler

Karakteristik edimin niteliğini incelerken, yaptığımız pratik tanımlardan biri de para borcunun karşısındaki edimin karakteristik edim olduğu idi. Gerçekten de para borcu, sözleşmelerde renksiz edim olarak anılmaktadır. İşte bu nedenle taraflardan birinin aslı borcunun para borcu olması hâlinde, karakteristik edimin genellikle diğer tarafın borcu olacağı açıktır. Bir başka deyişle karakteristik edim borçlusu, borcu para borcu olmayan taraftır. İşte bu borçlunun mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukuku kural olarak sözleşmeye uygulanacak hukuk olacaktır.

¹⁰⁸⁷ Çerçeve sözleşmede tarafların değer koruma kayıtları, sözleşmede istikrarı sağlamayı hedefleyen hükümler, vergi yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler, münferit sözleşmeden doğan borca aykılık hâlinde uygulanacak yaptırımları belirleyen hükümler, değişen koşullarda yapılacak sözleşme değişikliklerini, uyarlamayı öngörebilecekleri gibi yetki ve delil sözleşmesi düzenleyebilecekleri hakkında, bkz. BARLAS, s. 810.

¹⁰⁸⁸ Çerçeve sözleşmenin ileride çerçevesi çizilen hukukî ilişki için münferit sözleşmeler kurma borcu bile yüklediği yönünde, BARLAS, s. 814. Bu açıdan çerçeve sözleşme ön sözleşmeden ayrılır (BARLAS, s. 815, 822). Nitekim yazar, bir tarafın çerçeve sözleşme kurduktan sonra münferit sözleşme kurmaya yanaşmaması durumunda bile hiçbir sorumluluğunun doğmayacağını belirtmektedir (BARLAS, s. 816).

Bu noktada saf çerçeve sözleşme ile içinde çerçeve sözleşme de barındıran ve taraflar arasında bir hukukî ilişki kuran sözleşmeyi birbirinden ayırt etmek gerekir. Örneğin doktrinde tek satıcılık sözleşmesinin çerçeve sözleşmenin en tipik örneklerinden biri olduğu belirtilmiştir (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Borçlar**, s. 113). Ancak bu sözleşme saf bir çerçeve sözleşme değildir. Tek satıcılık sözleşmesi ileride kurulacak münferit satım sözleşmeleri için bir çerçeve de hazırlayan bir sözleşmedir; ancak bu sözleşmede söz konusu çerçeve sözleşme haricinde birçok edim düzenlenmiştir. Bu edimlerden biri (örneğin belli bir coğrafi bölgede dağıtıcıya tek satıcılık yetkisi verilmesi hakkı) ihlâl edilebilir ve bu ihlâlin çeşitli hukukî sonuçları olur. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, burada ihlâl edilen, saf çerçeve sözleşme hükümleri değildir; bu hükümlerin ihlâl edilmesi söz konusu olamaz.

¹⁰⁸⁹ BARLAS, s. 813.

a) Genel olarak

Satım, kira, vekalet, eser, taşıma sözleşmeleri, hizmet sözleşmeleri günümüzde en çok kullanılan sözleşme tipleridir. Bu sözleşmelerin bir kısmına uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24'e göre belirlenirken, diğerleri ile ilgili özel kanunlar ihtilafi kuralları öngörülmüştür. Örneğin MÖHUK m. 27 iş sözleşmelerini düzenlemiş ve bu sözleşmeleri MÖHUK m. 24'ün kapsamından çıkarmıştır. Aynı şekilde satım sözleşmesi, bazı taşıma sözleşmeleri, hatta kimi vekalet sözleşmeleri tüketici sözleşmesi niteliğinde olduğu sürece MÖHUK m. 26'nın kapsamına girecektir.

Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin de ne ölçüde ilgili özel kanunlar ihtilafi kurallarının kapsamına girdiği belirlenmelidir. Taşınmazın kullanıma ilişkin kira sözleşmesi ile taşınmazın üzerindeki aynî hakkın devrini öngören sözleşmeler MÖHUK m. 25'in kapsamına girecektir. Öte yandan bina yapımı sözleşmesi taşınmaza veya onun kullanımına ilişkin olmayıp taşınmazın üzerinde yapılacak belli bir işle ilgilidir¹⁰⁹⁰. Bu nedenle, bu sözleşme MÖHUK m. 25'in kapsamına girmez.

AB hukukunda da, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler özel olarak öngörülmüştür. Ancak Türk hukukundan farklı olarak, Roma I Tüzüğü'nde, konusu taşınmaz üzerinde bir aynî hak veya taşınmazın kiralanması olan sözleşmelerin taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacağı, m. 4'te, yani tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunu düzenleyen hükümde düzenlenmiştir. Bu da, Roma I Tüzüğü sistemine göre, taşınmaz satımında tarafların hukuk seçimine etki tanınacağı anlamına gelir. Tüzük m. 11 / f. 5, bu kurala şekil şartı açısından bir istisna getirmişse de, taşınmaz satımı veya kiralanması¹⁰⁹¹, Türk hukukundan farklı olarak, taşınmazın bulunmadığı bir ülkenin hukukuna tâbi kılınabilir¹⁰⁹².

MÖHUK m. 29 ise, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere ilişkin özel bir kanunlar ihtilafi kuralı öngörmüştür. Dolayısıyla, bu sözleşme de MÖHUK m. 24 kapsamında yer almaz. Öte yandan yolcu taşıma sözleşmeleri ile ilgili özel bir

¹⁰⁹⁰ Roma Konvansiyonu'nu değerlendirirken, aynı yönde, ÖZEL, **Objektif**, s. 592; REMY-CORLAY, s. 675.

¹⁰⁹¹ İnşaat sözleşmesinin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği yönünde, bkz. AKINCI, **İnşaat**, s. 80.

¹⁰⁹² Roma I Tüzüğü'nde taşınmaz kirası sözleşmesinin 6 aydan kısa sürmesi ve başka şartların da oluşması hâli için farklı bir düzenleme kabul edilmiştir (Tüzük m. 4 / f. 1 / b. d). Ancak konusu taşınmaz olan sözleşmenin bir tüketici sözleşmesi olması durumunda, bu sözleşmeye genel kuralın (m. 3 ve 4'ün) uygulanacağı kabul edilmiştir (Tüzük m. 6 / f. 4 / b. c).

düzenleme olmadığı için, bu sözleşmeler tüketici sözleşmesi kabul edilmediği ölçüde MÖHUK m. 24'ün kapsamına girecektir.

İşte MÖHUK m. 24'ün kapsamına giren tüm bu sözleşmelerde, bir tarafın borcu renksiz edim olan para borcu olduğu sürece, para borcunun karşısında yer alan edim, karakteristik edim olarak kabul edilecek ve sözleşmeye borcu para borcu olan kişinin karşısında yer alan tarafın (para borcu alacaklısının) hukuku uygulanacaktır.

Kira, vekalet, -inşaat haricinde- eser sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusunun ve uygulanacak hukukun tespiti çoğu durumda bir özellik arz etmeyecektir. Bu sözleşmelerde kiraya veren, vekil, eseri yapacağını taahhüt eden (müteahhit) karakteristik edim borçlularıdır ve sözleşmeye bu kişilerin mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukuku uygulanır.

Bununla birlikte, bir tarafın borcunun para borcu olduğu bazı diğer sözleşmelerde uygulanacak hukukun tespitinde bir takım başka değerlendirilmeler yapılmalıdır. Örneğin inşaat sözleşmelerinin MÖHUK m. 24 sistematğine ne kadar uygun olduğu sorgulanmaktadır. Milletlerarası satım sözleşmeleri ile ilgili ise kanunlar ihtilafı kuralları öngören veya esasa ilişkin düzenlemeler getiren birçok sayıda uluslararası konvansiyon bulunmaktadır. Bu konvansiyonlar, MÖHUK m. 24'ün uygulanmasının önüne geçebilir. Finansal kurumların kurduğu kimi sözleşmelerde de, hem karakteristik edimin hangi edim olduğu yönünde bir tartışma bulunabilir, hem de bu sözleşmelerin hukukî niteliğinin MÖHUK m. 24'ün yapısına ne kadar uygun olduğu tartışılabilir. İşte biz de bu bölümde, bu sözleşmelere uygulanacak hukukla ilgili tartışmaları ele almaya çalışacağız.

b) İnşaat sözleşmeleri

(1) Para karşılığı inşaat sözleşmesi

MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'ye göre inşaat sözleşmelerine karakteristik edim borçlusu olan müteahhidin¹⁰⁹³ hukukunun uygulanması gerekir¹⁰⁹⁴. Ancak diğer eser

¹⁰⁹³ Özellikle milletlerarası inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin borcunun salt olarak ödeme yapmak niteliğinde olmadığı, bunun dışında da sözleşmenin ifası sırasında önemli bir görev üstlendiği için, müteahhidin ediminin tek başına karakteristik edim olarak görülmesinin güç olduğu yönünde, AKINCI, **İnşaat**, s. 89. Yine de yazar, "*herşeye rağmen müteahhidin ediminin karakteristik olduğunun kabulü[nün] daha hakkaniyetli*" olacağını belirtmiştir. Bizce müteahhidin edimini

sözleşmelerinden farklı olarak, bu sözleşmenin, teknik yapısı nedeniyle, *a priori* inşaatın yapıldığı yerle daha sıkı ilişkisinin olduğu; dolayısıyla bu sözleşmeye kural olarak müteahhidin işyeri hukuku değil, inşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanması gerekeceğini söyleyebilir miyiz¹⁰⁹⁵? Yukarıda MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 istisnasının, bir hukukun sözleşmeyle daha sıkı ilişkide olduğunun, sözleşmenin hukukî niteliğinden değil, somut olayın şartlarından anlaşılması durumunda uygulanabileceğini belirtmiştik¹⁰⁹⁶. Daha önce de belirttiğimiz gibi, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 -MÖHUK m. 24 kapsamına giren- tüm sözleşmeler için en sıkı ilişkili hukukun karakteristik edim borçlusunun hukuku olduğunu düzenlemektedir. Bir başka deyişle, bu hüküm nedeniyle, milletlerarası özel hukuk sistemimizde, kural olarak inşaat sözleşmesinin en sıkı ilişkide olduğu hukuk inşaatın yapıldığı yer hukuku değil, müteahhidin (karakteristik edim borçlusunun) işyeri hukukudur¹⁰⁹⁷. Bu nedenle, sırf inşaatın müteahhidin işyeri hukukundan başka bir yerde yapılıyor olması, c. 3'teki istisnayı harekete geçirmeyecektir. İstisnanın uygulanabilmesi, inşaatın başka bir ülkede yapılması haricinde, somut olayın şartlarının sözleşmeyi bu ülkeyle daha sıkı ilişkili hâle getirmesine bağlıdır¹⁰⁹⁸. Yukarıda inşaat sözleşmelerine

karakteristik edim yapan diğer tarafların edimlerinin ağırlığı değil, sözleşmenin kurulma amacıdır. Bu çerçeveden bakıldığında, iş sahibinin kredi bulmak, danışmanlık yapmak gibi edimlerinin sözleşmenin ana amacına hizmet ettiği, ama sözleşmenin ana amacını oluşturmadığı açıktır. Bu nedenle, karakteristik edim borçlusunun müteahhidin edimi olduğu yönünde tereddüt oluşmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

¹⁰⁹⁴ EKŞİ, **Roma**, s. 111; FERRARI, **Rome I**, s. 481, vd. Gerçekten de ATRILL'e göre, Roma Konvansiyonu m. 4'ün yapısının yorumunda "güçlü" metodun benimsenmesi hâlinde inşaat sözleşmesine müteahhidin hukukunun uygulanması gerekecektir (ATRILL, s. 558). FERRARI de, Roma I Tüzüğü sistemine göre inşaatın müteahhidin işyerinden farklı bir ülkede yapılmasının, sözleşmeye inşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanması için yeterli olmayacağını belirtmiştir (FERRARI, **Rome I**, s. 482).

¹⁰⁹⁵ ATRILL'e göre, bu tip sözleşmelerde "zayıf" metoda göre Roma Konvansiyonu m. 4'ün yorumlanması durumunda, sözleşme ile en fazla sayıda bağlantıda olan ülkenin hukuku sözleşmeye uygulanacaktır. Bu durumda, örneğin sözleşme iş sahibinin ülkesinde müzakere edilip yine bu tarafın dilinde kurulmuşsa, inşaat sözleşmesi başka bir ülkede ifa edilse bile (inşaatın yapıldığı ülke başka bir ülke olsa bile), sözleşmeye iş sahibinin hukuku uygulanabilecektir (ATRILL, s. 558).

Öte yandan yazar, örneğin bir inşaat sözleşmesinde iş sahibi veya müteahhidin çok sayıda olması durumunda ne "güçlü", ne de "zayıf" metoda göre uygulanacak hukukun belirlenemeyeceği, belirlense bile uygun bir sonuca ulaşamayacağını belirtmektedir (ATRILL, s. 558). Bu nedenle, yazara göre, her ne kadar sözleşmenin ekonomik yararı müteahhidin işyerine dönecek olsa da, pazar beklentisi modeli bu sözleşmeye inşaatın yapıldığı yer hukukunun uygulanmasını gerekli kılmaktadır. Bu hukuk yazara göre, inşaat sözleşmesinin ticarî merkezidir (ATRILL, s. 558).

¹⁰⁹⁶ Bir Alman Federal Mahkemesi kararında da şantiyenin bir başka ülkede olmasının istisna hükmünün uygulanmasını sağlamayacağı belirtilmiştir (değerlendirme için bkz. LAGARDE, s. 599).

¹⁰⁹⁷ Yeni MÖHUK öncesi dönemde aynı düzenlemeyi barındıran Roma Konvansiyonu ile ilgili olarak aynı yönde, AKINCI, **İnşaat**, s. 80. Karş. SARGIN, **Karakteristik**, s. 75.

¹⁰⁹⁸ REMY-CORLAY ise ilginç bir sonuca ulaşmıştır. Yazara göre inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun saptanmasında genel olarak istisna klotuna başvurulacaktır. Bu durum aslında istisna klotunun istisnaî özelliğine ihanet edilmesi anlamına gelebilir. Ancak inşaat sözleşmelerinde artık

uygulanacak hukuk konusunda hukuk sistemimizde örtülü bir boşluğun olup olmadığını tartışmıştık. Gerçekten de, inşaat sözleşmelerine uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 yoluyla tespit edilmesi milletlerarası özel hukuk adaletine aykırı bir sonuca neden olabilecektir¹⁰⁹⁹.

Ancak, hakim böyle bir boşluğu tespit edip buna göre hukuk yaratmadan da, inşaat sözleşmesine -sözleşmenin *proper law*'u niteliğindeki- inşaat yeri hukukunu uygulaması mümkün olabilir¹¹⁰⁰. Yapılan inşaatın bulunduğu şantiye müteahhidin işyeri olarak kabul edilebilir¹¹⁰¹. Gerçekten de müteahhit, ifayı, kurduğu şantiye sayesinde yerine getirmektedir. Şantiyenin işyeri olarak kabul edilmesi durumunda, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri olacağı için, inşaat sözleşmesiyle

somut olayın genel ilkeye (karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanması) uyumsuzluğundan değil, toptan bir sözleşme tipinin genel ilkeye uygunsuzluğundan bahsedilmelidir (REMY-CORLAY, s. 680, vd.). Yazar bu tespitini, inşaat sözleşmelerine uygun bir biçimde yeni bir bağlanma kuralının ihdas edilmesi gerektiğini belirterek sonuçlandırmaktadır.

¹⁰⁹⁹ İnşaat sözleşmeleri, genellikle inşaatın yapıldığı yer ile en sıkı ilişki içindedir. Gerçekten de, inşaat, yapıldığı yerde bir katma değer yaratmakta; bu yerde olacak kullanıcılara açılmakta ve inşaat sürecinde kullanılan malzeme ve emeğin kaynağı yine bu yer olmaktadır. Bir diğer deyişle, inşaatın neredeyse tüm sosyo-ekonomik sonuçları bu ülkede oluşmaktadır. Ayrıca inşaatın yapımı için alınması gereken izinler ve inşaatla ilgili sınırlamalar da, inşaatın yapıldığı yerin hukukuna bağlıdır. Bu nedenle, inşaatın *proper law*'u, bizim görüşümüze göre, inşaatın yapıldığı yer hukukudur. Milletlerarası özel hukuk adaletine göre de bu hukukun sözleşmeye uygulanması gerekir. Ancak MÖHUK m. 24 / f. 4 tekniği açısından, tüm bu değerlendirmeler sözleşmenin tipinden kaynaklanmaktadır. Oysa, bu fıkra öngörülen istisna klozu, yine bizim fikrimize göre, sözleşmenin tipinden kaynaklanan unsurların değil, ancak somut olayın şartlarının dikkate alınmasını mümkün kılmaktadır. Bu ise, A ülkesinden bir müteahhidin B ülkesinde yaptığı bir inşaatın A ülkesinin hukukuna tâbi tutulmasını, ancak somut ilişkiden kaynaklanan başka unsurların devreye girmesi hâlinde sağlayacaktır. Bu şartların mevcut olmaması durumunda ise, sözleşmeye inşaat yeri hukuk değil, müteahhidin işyeri hukuku uygulanacaktır. Bu çözüm, yukarıda saydığımız nedenlerden dolayı, milletlerarası özel hukuk adaletine aykırıdır. Milletlerarası özel hukuk adaletine aykırı bir çözümün giderilmesi ise, milletlerarası özel hukuk politikası gereğidir. Milletlerarası özel hukuk adaletine aykırı olan, yani adil olmayan bir çözümün benimsenmesinin ise dürüstlük kuralı ile ne derece bağdaşacağı tartışılmalıdır.

¹¹⁰⁰ Gerek Roma Konvansiyonu öncesinde, gerekse Roma Konvansiyonu yürürlüğe girdikten sonra, Fransız içtihadı inşaat sözleşmelerine karakteristik edim borçlusunun asıl işyerinin uygulanmasından kaçınmaya çalışmış ve ifa yeri hukukunun sözleşmeye uygulanması için Konvansiyon'un lafzını aşabilecek yorumlar yapmıştır (REMY-CORLAY, s. 675, vd.).

Bir Alman mimarla Fransa'daki bir inşaatla ilgili yapılan mimarlık sözleşmesinde de Poitiers Asliye Mahkemesi, 22 Aralık 1999 tarihli kararında (*M. J. Mayer v. M. et Mme Deshoulières*) Fransız hukukunu uygulamıştır (kararın metni için, bkz. REMY-CORLAY, s. 670, vd.). REMY-CORLAY bir tasarım yapma borcunda ifa yerinin inşaatın olduğu yerle aynı olmayabileceğini ve inşaatın yapıldığı yer hukukundan farklı bir hukukun uygulanmasının daha doğru olabileceğini belirtmiştir (REMY-CORLAY, s. 677). Yine de yazar, mahkemenin daha sıkı ilişkili hukuk istisnasına dayanarak doğru karar verdiğini belirtmiştir (REMY-CORLAY, s. 680).

¹¹⁰¹ Fransa'daki bir davada, inşaat sözleşmeleri kapsamında bir Hollanda şirketinin Fransa'daki temsilcisi ayrı bir işyeri olarak kabul edilmiştir (REMY-CORLAY, s. 676). Yazar böyle bir yorumun aslında Konvansiyon'daki terimlerin yanlış yorumu olarak nitelendirilebileceğini, ancak böyle bir hatayı ileri sürmenin yerinde olmayacağını dile getirmiş ve Roma Konvansiyonu m. 4 / f. 2'nin ifa yeri hukukunun uygulanmasını gerektirecek bu "biçim bozucu yorumu"nun, Konvansiyon'un lafzına rağmen daha "doğal" sonucun benimsenmesi yönünde Fransız hakiminin iradesini belirttiğini ifade etmiştir (REMY-CORLAY, s. 676, vd.).

daha sıkı ilişkideki işyeri hukukunun tespit edilmesi gerekecektir. Bu işyerinin şantiye olduğu konusunda kuşku yoktur. Bu durumda inşaat sözleşmesine şantiyenin bulunduğu, yani inşaatın yapıldığı yer hukuku uygulanacaktır¹¹⁰². Böyle bir yorum için, işyeri tanımına şantiyenin girmesi gerekir. İşyeri tanımında, hem faaliyetin yapıldığı yer, hem de bu yerde yapılan faaliyetle ilgili bir süreklilik aranırsa, şantiyenin bir işyeri olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Öte yandan, Roma I Tüzüğü m. 19 / f. 2'deki gibi daha yumuşak bir işyeri tanımı benimsenirse, şantiyenin işyeri olarak kabul edilmesi mümkün olabilecektir.

(2) Alt müteahhitlik sözleşmesi

Alt müteahhitlik sözleşmesiyle ilgili farklı bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu sözleşmede de ifa yerinin taşınmazın bulunduğu yer olması durumunda sözleşmenin aslında bu yerle daha sıkı ilişkide olup olmadığı tartışılabilir. Bu sıkı ilişkinin, çoğu zaman işsahibi ile müteahhit arasındaki sözleşmedeki kadar aşikâr olmadığı ileri sürülebilir. AKINCI, bu duruma Libya'da İsviçreli bir müteahhit tarafından yapılan bir inşaatla ilgili olarak Türk müteahhitlik sözleşmesi kurulmasını örnek göstermiştir¹¹⁰³. Gerçekten de, inşaat sözleşmesi inşaat yeri ile ilgili bir menfaati olan işsahibi ile müteahhit arasındayken, alt müteahhitlik sözleşmesi inşaat yeri ile ilgili herhangi bir menfaati bulunmayan ve orada sadece geçici olarak iş yapan bir müteahhit, yine bu yerle ilgisi olmayan alt müteahhit arasındadır. Üstelik kimi durumlarda, alt müteahhit, ifasını inşaat yeri dışında bir yerde gerçekleştirebilir.

İşte bu sebeple, alt müteahhitlik sözleşmesine karakteristik edim borçlusunun (alt müteahhidin) işyeri hukukunun uygulanması kabul edilebilir bir sonuçtur ve bu sonucun dürüstlük kuralına aykırı olduğu ileri sürülemez. Ayrıca alt müteahhit inşaat yerinde bir şantiye kurmayacak; olsa olsa asıl müteahhidin kurduğu şantiyeden yararlanacaktır. Bu nedenle, şantiye, alt müteahhidin işyeri olarak nitelendirilemez. Bu durumda dikkate alınacak işyeri, alt müteahhidin asıl işyeridir. Bu nedenlerle, kural olarak uygulanacak hukuk alt müteahhidin asıl işyeri hukukudur.

¹¹⁰² Şantiye alanı (iki komşu ülke arasında köprü, tünel, yol inşaatında olduğu gibi) iki veya daha çok ülkeye yayılıyorsa, bu durumda somut olayın şartlarına göre şantiye alanının yayıldığı ülkelerden biri karakteristik edim borçlusunun sözleşmeyle en sıkı işyeri olarak kabul edilebilir. Böyle bir saptama yapılamazsa (karakteristik edim borçlusunun işyeri her iki ülkeye de eşit derecede yayılmışsa), MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'ye göre *lex contractus* saptanamadığı için, uygulanacak hukuk c. 1'e göre belirlenmelidir.

¹¹⁰³ AKINCI, **İnşaat**, s. 85.

(3) Kat karşılığı inşaat sözleşmesi

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhit inşaatı gerçekleştirme borcu altına girerken, iş sahibi de bu edimin karşılığında müteahhide kat (daire) vermeyi taahhüt eder. Bu sözleşmede aslında her iki tarafın da edimi para edimi değildir; ancak iş sahibinin edimi ödeme işlevi görür. Biz de bu sebeple, bu sözleşmeyi bu bölümde inceleyeceğiz.

Gerçekten de, iş sahibinin edimi ödemeye yöneliktir. Dolayısıyla, sözleşmenin ekonomisi incelendiğinde, karakteristik edimin müteahhidin edimi olduğu anlaşılacaktır. Fakat, bu sözleşmeye uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 yoluyla tespit edilemez; çünkü iş sahibinin edimi MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmiştir.

MÖHUK m. 25 uyarınca taşınmaza ilişkin bir hakkın devri söz konusu olduğu zaman, sözleşmeye taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanır. Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde edimlerden biri taşınmaz üzerindeki bir hakkın devri olduğuna göre, bu hüküm uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada MÖHUK m. 25'in sadece taşınmaz üzerindeki hakkın devrine mi, yoksa tüm sözleşmeye mi uygulanacağı sorgulanmalıdır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, MÖHUK m. 24 / f. 4 sistemi, -Roma Konvansiyonu'ndan farklı, Roma I Tüzüğü ile paralel olarak- objektif kural çerçevesinde bir parçalanmayı, yani sözleşmenin bir kısmına farklı bir hukukun uygulanmasını düzenlememiştir. Kaldı ki, Roma Konvansiyonu'nda kabul edilen objektif kural çerçevesindeki parçalanma da, ancak çok istisnaî durumlarda ve sözleşmeden ayrılabilen unsurlar kapsamında kabul edilmektedir. SCHNITZER de, objektif kritere göre belirlenecek hukukun sözleşmenin tamamına uygulanması ve herhangi bir parçalanmaya izin verilmemesi gerektiğini belirtmiştir¹¹⁰⁴. Üstelik kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde bina yapımı ve daire payı verilmesi birbirinin karşılığını teşkil eden edimlerdir. Bu nedenle Roma Konvansiyonu sistemi benimsenseydi bile, bu edimlere farklı hukukların uygulanması yönünde bir parçalanma kabul edilmezdi.

¹¹⁰⁴ SCHNITZER, C. 2, s. 648, vd.

Bu durumda sözleşmeye ya MÖHUK m. 24 ya da MÖHUK m. 25 uyarınca tespit edilecek tek bir hukukun uygulanması gerekecektir. Bu sözleşme, hukukî işlemin taşınmaz üzerindeki bir hakkın devrini öngörmesi sebebiyle, MÖHUK m. 25'in uygulama alanına girecek ve uygulanacak hukuk da bu hüküm üzerinden saptanacaktır. Kanaatimizce böyle bir yorum, kanunkoyucunun Türkiye'deki tüm taşınmazlar üzerindeki tasarruflara Türk hukukunun zorunlu olarak uygulanması yönündeki iradesine de uygun olacaktır.

c) Milletlerarası satım sözleşmeleri

Tüketici sözleşmesi niteliğinde olmayan ve ticarî satımı öngören satım sözleşmelerinde ise bir başka özellik bulunmaktadır. Bu konuda gerek karşılaştırmalı hukukta uygulanan bağlanma kurallarını yeknesaklaştırmaya çalışan, gerekse de satım sözleşmesinde esasa uygulanacak hükümleri düzenleyen çeşitli milletlerarası konvansiyonlar bulunmaktadır¹¹⁰⁵. Karşılaştırmalı hukukta satım sözleşmesine uygulanan bağlanma kurallarını yeknesaklaştırmayı amaçlayan milletlerarası konvansiyonlar ve milletlerarası ticarî satımda esasa ilişkin hükümler öngören konvansiyonlar, MÖHUK m. 1 / f. 2 anlamında birer "milletlerarası sözleşme" hükmünde olduğu için, bu tür konvansiyonların doğrudan uygulandığı durumlarda ve bu konvansiyonların kapsamına giren hususlarda MÖHUK m. 24 uygulanmayacaktır.

Satım sözleşmesine uygulanacak kanunlar ihtilafî kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla yapılan milletlerarası konvansiyonlardan başlıca ikisi 1955 tarihli Maddî Menkul Eşyaların Milletlerarası Nitelikte Satımı Hakkında Konvansiyon ve 1986 tarihli Milletlerarası Ticarî Mal Satım Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon'dur. Türkiye Cumhuriyeti, her iki konvansiyona da taraf değildir¹¹⁰⁶.

Maddî hukuk düzenlemesi getiren en önemli konvansiyonlardan biri de Viyana Satım Antlaşması'dır. Türkiye Cumhuriyeti, bu konvansiyona 2 Nisan 2009 tarihinde

¹¹⁰⁵ TİRYAKİOĞLU, **La Haye**, s. 121; bu konvansiyonlar için, bkz. TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 97, vd.

¹¹⁰⁶ Türkiye'nin taraf olduğu La Haye Konvansiyonları için bkz. "http://www.hcch.net/index_en.php?act=states.details&sid=74" (ziyaret tarihi 24 Temmuz 2010).

kabul edilen, 14 Nisan 2009 tarihinde yayımlanan ve aynı tarihte yürürlüğe giren 5870 sayılı kanun ile katılmayı uygun görmüştür¹¹⁰⁷.

VSA'ya Türkiye'nin katılması ile birlikte, nasıl tamamen yerel nitelik taşıyan tüketici sözleşmesi niteliğinde olmayan satım sözleşmelerine Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu uygulanıyorsa, milletlerarası nitelikteki ticarî mal satımlarına ilişkin bir uyuşmazlık olduğunda -VSA'daki kapsam hükmüne göre Konvansiyon'un uygulama alanı bulması durumunda- VSA'nın esasa ilişkin hükümleri uygulanacaktır¹¹⁰⁸.

VSA m. 1 / f. 1'e göre, VSA'nın iki yolla uygulanması mümkündür. Bunlardan birincisi, satım sözleşmesinin taraflarının VSA'ya taraf olan iki ayrı devlette işyerlerinin olmasıdır¹¹⁰⁹. İkinci yol ise, kanunlar ihtilafı kuralı yoluyla VSA'ya taraf ülkelerden birinin hukukunun sözleşmeye uygulanacağına öngörülmesidir (VSA m. 1 / f. 1 / b. b). Böylece kanunlar ihtilafı kuralı (MÖHUK m. 24) yoluyla VSA'ya taraf ülkelerden birinin hukukunun uygulanacağı sonucuna varılırsa, VSA uygulama alanı bulacaktır¹¹¹⁰. Bu noktada vurgulanması gereken husus, sözleşmede VSA'ya taraf bir devletin hukukunun uygulanacağına belirtilmesi ve tarafların VSA'nın uygulanması ile ilgili herhangi bir saptamada bulunmaması durumunda, söz konusu hukuk sisteminin doğrudan iç hukuk normları uygulama alanı bulmayacak; hukuk sisteminin içindeki esasa ilişkin tüm kurallar, dolayısıyla VSA düzenlemesi de devreye girebilecektir¹¹¹¹.

¹¹⁰⁷ TEKİNALP, **Bağlama**, s. 417.

VSA m. 99 / f. 2'ye göre, Konvansiyon, katılan ülkenin katılma belgesini Birleşmiş Milletler'e vermesinden sonra 12 ayı takip eden ayın ilk gününden itibaren yürürlüğe girer. Türkiye bu koşulu 7 Temmuz 2010'da yerine getirmiştir; dolayısıyla Konvansiyon Türkiye açısından 1 Ağustos 2011'de yürürlüğe girecektir ("http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html" (ziyaret tarihi 21 Temmuz 2010). Bu adresten, hangi ülkenin VSA'yı ne zaman onayladığı ve bu ülke için VSA'nın ne zaman yürürlüğe girdiği (gireceği) bilgisine ulaşılabilir).

¹¹⁰⁸ H. Ercüment ERDEM, **Milletlerarası Mal Satımlarında Yeni Düzen**, "<http://www.erdem-erdem.com/KMDefault.aspx?tabindex=4&tabid=214&Itid=220>" (**Yeni Düzen**). VSA'nın kanunlar ihtilafı kuralları içermediği ile ilgili olarak, bkz. ZEYTİN, s. 230.

¹¹⁰⁹ Bu ihtimalde VSA, kanunlar ihtilafı sistemine, dolayısıyla MÖHUK m. 24'e başvurulmadan doğrudan uygulama alanı bulmaktadır (LOQUIN, s. 456; FERRARI, **Consummateurs**, s. 252; KASSIS, s. 186; ZEYTİN, s. 230).

¹¹¹⁰ GRUBER, s. 21, vd.; ERDEM, **Yeni Düzen**; MAYER, s. 281; ZEYTİN, s. 231; Bilgin TİRYAKİOĞLU, "*11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi*", **AÜHF**, C. 41, S. 1-4, s. 191-205 (**VAS**), s. 195, vd.; TARMAN, **Seçim**, s. 163.

¹¹¹¹ TARMAN, **Seçim**, s. 163.

d) Finansal kuruluşların kurduğu sözleşmeler

(1) Sigorta sözleşmeleri

Bir sözleşmesel ilişkide taraflardan birinin borcunun para borcu olduğu bir diğer sözleşme tipi sigorta sözleşmeleridir. Sigortacının borcu bir riski temin altına almak¹¹¹²; sigortalının borcu ise, bu risk karşılığında poliçe bedelini ödemektir. Yeni MÖHUK'ta sigorta sözleşmeleri ayrı bir sözleşme tipi olarak düzenlenmiştir. Ancak bu sigorta sözleşmelerine özel yeni hüküm sadece milletlerarası yetkiye ilişkin olup (MÖHUK m. 46), sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukla ilgili bir düzenleme getirilmemiştir¹¹¹³.

AB üyesi ülkelerde yer alan bir riski üstlenen sigorta sözleşmeleri, Roma Konvansiyonu m. 1 / f. 3 vasıtasıyla Konvansiyon'un kapsamından çıkartılmıştır¹¹¹⁴. AB dışında bir riskin üstlenildiği sigorta sözleşmelerine ise, hukuk seçimi yokluğunda, Roma Konvansiyonu m. 4 uyarınca sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, yani kural olarak sigortacının hukuku uygulanacaktır¹¹¹⁵. Öte yandan sigorta sözleşmeleri Roma I Tüzüğü'nün kapsamına alınmış, hatta uygulanacak hukuk m. 7'de özel olarak düzenlenmiştir. Yine de bazı sigorta sözleşmeleri Roma I Tüzüğü m. 1 / f. 2 / b. j yoluyla Tüzük'ün kapsamı dışında bırakılmıştır. Roma I Tüzüğü m. 23'ün mefhumu muallifinden de anlaşılacağı üzere, sigorta sözleşmeleri ile ilgili Tüzük'te öngörülen kanunlar ihtilafı kuralları AB hukukundaki bu konuyla ilgili kuralların yerini almıştır¹¹¹⁶.

¹¹¹² Aksi görüşte NOMER, s. 322; TARMAN, **Roma I**, s. 323. Yazarlar sigortacının borcunun para borcu olduğunu belirtmiştir.

¹¹¹³ Bu tespit için, ayrıca bkz. TARMAN, **Roma I**, s. 323.

¹¹¹⁴ Bu sözleşmelere uygulanacak hukukun saptanmasında ikili bir ayırım yapılmalıdır: sigortacı AB içinde kurulmuş bir şirket ise, uygulanacak hukuk sigortaya ilişkin AB Yönergeleri ile saptanacaktır (Örneğin 24 Temmuz 1973 tarihli 73/239/CEE Yönergesi); sigortacı AB dışında kurulmuş bir şirket ise, uygulanacak hukukun tespiti ulusal kanunlar ihtilafı kurallarına bırakılmıştır (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 21). Ancak son durumun pratikte karşılaşılmayacağını, çünkü AB içinde bir riskin üstlenildiği sözleşmelerde, sigortacı tarafından AB içinde bir adresin bildirilmesi gerektiği, böylece sözleşmenin ilk duruma girdiği belirtilmiştir (COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 22).

Bu konuda ayrıca, bkz. GIULIANO / LAGARDE, s. 12; LAGARDE / TENENBAUM, s. 764.

¹¹¹⁵ COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, **Green Paper**, s. 21.

¹¹¹⁶ LAGARDE / TENENBAUM, s. 766.

Böylece Konvansiyon'dan dışlanan sigorta sözleşmeleri, Tüzük'te AB hukukuna has bir şekilde düzenlenirken¹¹¹⁷; Türk kanunkoyucusu bu sözleşmelere uygulanacak hukuk ile ilgili özel bir düzenleme öngörmemiştir. Bu durumda, iki kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanı bulması söz konusu olur.

Sigorta sözleşmesinin bir tüketici ile yapılması durumunda, sözleşmenin bir tüketici sözleşmesi olmasından dolayı MÖHUK m. 26 hükümleri uygulanacaktır¹¹¹⁸.

Ancak tüketicinin söz konusu olmadığı sigorta sözleşmelerine, herhangi bir özel kanunlar ihtilafı kuralının yokluğu sebebiyle, sözleşmelere uygulanan genel hüküm olan MÖHUK m. 24 uygulanacaktır. Sigorta sözleşmelerinde karakteristik edim, riskin üstlenilmesidir; karakteristik edim borçlusudur sigortacıdır¹¹¹⁹. Dolayısıyla, sözleşmeye sigortacının işyeri hukuku uygulanacaktır¹¹²⁰. Ancak, sigorta sözleşmelerine sigortacının hukukunun uygulanmasının yerindeliği tartışılabilir.

MÖHUK sisteminde sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun yerindeliğini tartışmadan önce, kanunkoyucunun sigorta sözleşmelerine ilişkin öngördüğü milletlerarası yetki kuralı ile ilgili bir saptamada bulunmak gerekir. MÖHUK m. 46, sigorta ettirene açılacak davalarla ilgili bir istisna kuralı öngörse de (c. 2), kural olarak yetkili mahkemeyi sigorta şirketinin işyeri veya bu şirketin şubesinin ya da acentasının Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi olarak belirlemiştir (c. 1)¹¹²¹. Kanunkoyucunun sigorta sözleşmeleri ile ilgili milletlerarası yetki kuralında sigortacının işyerini (karşılana riskin bulunduğu yeri veya başka bir yeri değil) ön

¹¹¹⁷ Bu hükme göre büyük riskleri koruyan sigorta sözleşmelerine, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda sigortacının hukuku, diğer riskleri koruyan sigorta sözleşmelerine ise tarafların hukuk seçiminde bulunmaması durumunda (ki bu sözleşmeler için sınırlı bir hukuk seçimi öngörülmüştür) riskin bulunduğu yer hukuku uygulanır.

¹¹¹⁸ GIULIANO / LAGARDE, s. 12; LAGARDE / TENENBAUM, s. 776.

¹¹¹⁹ AKINCI, *İnşaat*, s. 84, dn. 210; TEKİNALP, *Bağlama*, s. 385; TARMAN, *Roma I*, s. 323.

¹¹²⁰ TARMAN, *Roma I*, s. 323.

Öte yandan Restatement II m. 192'de hayat sigortası sözleşmesine sigortalının yerleşim yerinin bulunduğu yer hukuku (bu kuralın evrensel olarak kabul edildiği yönünde, bkz. SCOLES / HAY / BORCHERS / SYMEONIDES, s. 902), m. 193'te ise yangın, teminat ve zarar sigortası sözleşmelerine ise, teminat altına alınan şeyin poliçe süresince esas olarak bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

¹¹²¹ Bu hükmün davalının sigortacı mı, sigortalanan mı olduğuna göre iki farklı yetki kuralı ihdas ettiği yönünde bir yorum kanaatimizce doğru olmayacaktır. Bu hüküm MÖHUK m. 46 / c. 1'de bir kural koymaktadır (sigortacının işyeri mahkemesi yetkilidir). MÖHUK m. 46 / c. 2 ise bir istisna niteliğindedir ve sadece sigortalananın Türkiye'de yerleşim yeri veya mutad meskeni bulunması hâlinde bir istisna yetki kuralı öngörmüştür. Örneğin sigortacı Türkiye'de, sigorta ettiren ise yabancı bir ülkede bulunuyorsa, bu durumda yine sigortacı sigorta ettirene karşı kendi işyerinin bulunduğu Türk mahkemesinde dava açabilecektir.

plana çıkardığı anlaşılabilir. Kanunkoyucu sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukla ilgili özel bir hüküm öngörmese de, bu sözleşmelere objektif kritere göre uygulanacak hukuk da sigortacının işyerine göre belirlenecektir. Dolayısıyla Türk hukukunda sigorta sözleşmeleri ile ilgili milletlerarası yetki kuralı, sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuka paralel olarak düzenlenmiştir.

Sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukla ilgili özel bir kuralın öngörülmemiş olması, her ne kadar bu sözleşmelere ilişkin milletlerarası yetki kuralı ile bir paralellik yakalanmasını sağlasa da, sigorta sözleşmelerinin kural olarak sigortacının işyeri hukukuna tâbi olmasına neden olmaktadır. Bu durum eleştiri konusu yapılabilir. Gerçekten de, sigorta sözleşmelerinde riskin bulunduğu yer hukukunun, sözleşmeyle daha sıkı ilişkide olduğu ileri sürülebilir¹¹²². Ancak bu tespit, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 istisnasını tetikleyen "hâlin bütün şartları" unsuruna değil, doğrudan sözleşmenin niteliğine dayanmaktadır. İşte bu sebeple, sırf riskin başka bir ülkede bulunması sebebiyle MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'e dayanarak sözleşmenin riskin bulunduğu ülkeyle daha yakın ilişkide olduğu, dolayısıyla riskin bulunduğu yer hukukunun sözleşmeye uygulanması gerektiği ileri sürülemez.

Oysa, sigorta sözleşmelerine riskin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanması sadece yakınlık yaklaşımı açısından yeğlenmemeli; riskin bulunduğu yer hukuku, aynı zamanda, risk gerçekleşirse, sigortacı ile sigortalanan ve sigortacı ile zarar veren üçüncü kişi arasındaki ilişki açısından daha uyumlu bir tercih olacaktır. Çünkü riskin oluşmasına neden olan hukukî olay belli bir hukuk düzeninde gerçekleşirken, bu riski öngören sigorta sözleşmesinin başka bir hukuk düzeninde kurulması, sorumluluk hukukuna dayanan talepler ve riskin değerlendirilmesi açısından da çatışmalara neden olabilecektir. Nitekim, Roma I Tüzüğü'nde de,

¹¹²² Roma I Tüzüğü'nün hazırlanma sürecinde, hazırlanan tasarı üzerine Avrupa Birliği Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi, Maria Berger'in raportörlüğünde bir rapor hazırlamıştır. Bu raporda sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukla ilgili Tüzük'ün son metninden farklı bir bağlanma kuralı benimsenmişti. Bu kural, sigorta sözleşmelerine kural olarak riskin bulunduğu ülkenin hukukunun uygulanmasını öngörüyordu (EUROPEAN PARLIAMENT, **Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)**, Rapporteur: Maria Berger, 2006, "http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/619/619636/619636en.pdf", s. 11).

Nitekim yeni MÖHUK'un hazırlanış sürecinde sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun ayrı bir hükümlerle düzenlenmesi tartışılmış, ancak farklı sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun aynı kuralla öngörülmesi uygun görülmediği için bu fikirden vazgeçilmiştir (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 385).

"büyük risk"leri temin eden sigorta sözleşmeleri¹¹²³ haricindeki sigorta sözleşmeleri, risk AB içinde bulunuyorsa, kural olarak sözleşmenin kurulması anında riskin bulunduğu ülke hukukuna tâbi tutulmuştur¹¹²⁴. Sigorta sözleşmelerinde özellikle riskin bulunduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması söz konusu olabilecektir¹¹²⁵. Bir yandan riskin bulunduğu ülkenin doğrudan uygulanan kuralları ile bu kadar sıkı ilişki içinde olan bir sözleşmeye, öbür yandan başka bir hukukun uygulanması kimi sorunlar yaratabilir.

Tüm bu nedenlerle, biz sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukla ilgili özel bir hüküm getirilmesi ve sigorta sözleşmelerinin kural olarak riskin bulunduğu ülke hukukuna tâbi kılınmasının daha yerinde olacağını düşünüyoruz. Bu yeni düzenleme ile Roma I Tüzüğü'nde olduğu gibi farklı sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun farklı yollarla saptanması da sağlanabilir. Ancak böyle bir hüküm getirilene kadar, sigorta sözleşmelerine kural olarak sigortacının hukuku uygulanacaktır.

(2) Bankacılık sözleşmeleri

Bir tarafın borcunun para borcu olduğu bir diğer grup sözleşme bankacılık işlemleri kapsamında yapılan sözleşmelerdir. Milletlerarası bankacılık sözleşmelerinde dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmenin bir tüketici ile yapıp yapılmadığıdır. Eğer bu sözleşme bir tüketici ile yapılıyorsa, söz konusu hukukî işlem MÖHUK m. 24'e değil, MÖHUK m. 26'ya tâbi olacaktır. Şimdi, çeşitli bankacılık sözleşmelerine uygulanacak hukuku inceleyeceğiz.

(a) Kredi sözleşmesi

Bir bankadan kredi alınması durumunda yapılan kredi sözleşmeleri, karz sözleşmesi niteliğindedir. BK m. 306'nın da belirttiği üzere, karz, "*bir miktar paranın [...] mülkiyetini ödünç alan kimseye nakli ve bu kimse dahi buna karşı miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri geri*" vermesini öngören bir sözleşmedir. Bu

¹¹²³ Büyük riskleri temin eden sözleşmeler 73/239/CEE sayılı Konsey Yönergesi m. 5 / b. d'de tanımlanmıştır.

¹¹²⁴ Öte yandan, riskin AB dışında bulunması hâlinde "büyük risk"leri temin eden sigorta sözleşmeleri haricindeki sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk, Roma I Tüzüğü m. 4'teki genel objektif kurala göre belirlenir.

¹¹²⁵ Örneğin 5684 sayılı ve 3.6.2007 tarihli Sigortacılık Kanunu m. 11, vd.'nda sigorta sözleşmeleri ile ilgili kimi kurallar belirlenmiştir. Bunlardan biri m. 11 / f. 1'de öngörülen sigorta sözleşmenin ana muhtevasının Hazine Müsteşarlığı'nca onaylanan genel şartlara uygun olması gerektiğidir.

sözleşmede, her iki tarafın da borcunun aynı ağırlıkta olduğu düşünülebilir¹¹²⁶. Gerçekten de, alınan para veya misli eşyanın aynı miktarda geri verilmesi söz konusudur. Ancak karz sözleşmesinde borç veren ve borç alan tarafların edimleri arasında bir fark vardır. Borç veren taraf, diğer tarafın bir ihtiyacının karşılanması amacıyla, verdiği para veya malın tüketilmesi uğruna kendi edimini gerçekleştirmektedir. Bu arada, borç veren, karşı taraftan özel bir edim beklememektedir ve tarafların anlaşığı tarihe kadar borç veren verdiği kredinin kendisine ödenmesini talep edemez¹¹²⁷. Karşı taraf ise, sadece ve sadece borç veren tarafın ediminin karşılığı olarak kendi borcunu yerine getirmektedir. Dolayısıyla borç alan tarafın edimi, aynen renksiz edimlerde olduğu gibi diğer edimin karşılığının ödenmesi işlevini görür. Bu edimdeki ödeme işlevi, satım sözleşmesindeki semene benzetilebilir. Üstelik BK m. 307 / f. 2 uyarınca ticarî karzda faiz verilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla banka yaptığı bu "iş" sonucu, ödeme niteliğinde bir ticarî kazançta hak kazanmaktadır¹¹²⁸. Bu durum, sözleşmedeki renkli edimin bankanın edimi olduğunu gösteren başka bir unsurdur. Sonuç olarak, kredi sözleşmelerinde ve diğer karz sözleşmelerinde kural olarak karakteristik edim borçlusu banka ya da başka bir borç veren taraftır¹¹²⁹.

(b) Mevduat hesabı sözleşmesi

Mevduat sözleşmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesinde doktrinde tartışma bulunmaktadır¹¹³⁰. Bu tartışmada mevduatın vadeli olup olmamasına göre bir ayırımı gidilmektedir.

Vadesiz mevduat hesabında bir müşteri bankaya para yatırır ve bu parayı dilediği zaman çekebilir. Bu sözleşmede paranın bankaya yatırılması, paranın saklanması işlevini görür. Ancak müşteri parasını çekene kadar banka bu parayı işletmektedir. Dolayısıyla paranın mülkiyeti bankaya geçmektedir. Bu sözleşmenin hukukî niteliğinin BK m. 472'de düzenlenen usûlsüz tevdi olduğu kabul edilmektedir¹¹³¹. Bu sözleşmede banka paranın saklanması ve müşterinin istediği

¹¹²⁶ AUDIT, s. 666.

¹¹²⁷ ANCEL, **Prestation**, s. 114.

¹¹²⁸ Benzer yönde, bkz. ANCEL, **Prestation**, s. 114.

¹¹²⁹ Karz sözleşmelerinde karakteristik edim olmayacağı yönünde, bkz. EKŞİ, **Roma**, s. 114.

¹¹³⁰ ANCEL, **Prestation**, s. 114.

¹¹³¹ YAVUZ, s. 815.

zaman ödemenin yapılması ile sözleşmedeki karakteristik edimi gerçekleştiren taraftır. Müşteri, sadece bankaya yatıracağı meblağı vermektedir. Bazı vadesiz mevduat hesaplarında, mevduat hesabının açılması nedeniyle banka müşterisinden belli bir ücret de talep etmektedir. Bu özellik bile, bu sözleşme tipinde hangi tarafın sözleşmeye rengini veren edimi ifa ettiğini, sözleşmenin kurulma amacına hizmet eden asıl edimin hangi taraf tarafından gerçekleştirildiğini tek başına göstermektedir. Bu sözleşmede banka kendisine yatırılan parayı korumayı borçlanmaktadır ve bu nedenle de karakteristik edim borçlusudur¹¹³².

Vadeli mevduat hesabı kurulmasına ilişkin mevduat sözleşmesinin hukukî niteliği ise tartışmaya açıktır. Bir yandan bu sözleşme, müşterinin bankaya para borcu vermesi şeklinde değerlendirilebilir ve bu sözleşmenin karz sözleşmesi olduğu savunulabilir; diğer yandan, sözleşmenin, bankanın müşterisine faiz ödediği bir tür usûlsüz tevdi sözleşmesi olduğu ileri sürülebilir. Bu sözleşmenin ne şekilde değerlendirileceği bir borçlar hukuk özel hükümler sorundur ve bizim çalışmamızın sınırlarını aşmaktadır. Kaldı ki, sözleşmenin hukukî niteliği ne şekilde saptanırsa saptansın, bu sözleşmenin özellikleri değişmeyecektir; dolayısıyla karakteristik edimin tespit edilmesi açısından bir farklılık doğmayacaktır.

Bir sözleşmedeki karakteristik edim, o sözleşmenin hukukî niteliğine göre değil, taraflar arasında o sözleşme yapılırken var olan ilişkiye göre, yani, sözleşmenin özellikleri, tarafların o sözleşmeyi neden yaptığı ve sözleşmedeki edimler arasındaki ilişkiye göre belirlenir. Bu aslında tam anlamıyla bir somut olay analizi olmasa da, tarafların bu sözleşmeyi akdetmekteki motifleri belirleyi olacaktır. İsimli sözleşmelerde, aynı ismi taşıyan sözleşmeler arasında edimler arasındaki ilişkinin arz ettiği farklılığa göre karakteristik edim borçlusu değişebilecektir. Sırf bir sözleşme isimli sözleşme diye, aynı tipteki sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun hep aynı taraf olduğunu düşünmek doğru olmayacaktır. Nasıl ki, isimsiz sözleşmelerde, hatta *sui generis* sözleşmelerde karakteristik edim sözleşmenin arz ettiği hukukî özelliklere göre belirleniyorsa, isimli sözleşmelerde de aynı tipteki sözleşmeler farklı hukukî özellikler taşıyabilir. Bunun en tipik örneği âdî ortaklık sözleşmesidir. Âdî ortaklık sözleşmelerinde, taraflar arasındaki ilişkiye göre

¹¹³² ANCEL, **Prestation**, s. 116.

karakteristik edimin olmadığı sonucuna ulaşılabileceği gibi¹¹³³, bir tarafın borcunun karakteristik edim teşkil ettiğine de karar verilebilir. Bu analiz, daha önce de belirttiğimiz üzere, sözleşmede taraflarının edimleri arasında öngörülen ilişkiye bağlıdır. Öte yandan somut olayın şartları, sözleşmenin başka bir hukukla daha sıkı ilişkide olmasına neden olabilir (istisna hükmü uyarınca).

İşte bu açıklama bize vadeli sözleşmenin karz sözleşmesi veya usûlsüz tevdi olarak nitelendirilmesinin çok da önemli olmadığını, karakteristik edimin bu sözleşmedeki edimler arasındaki ilişkiye göre belirleneceğini göstermektedir¹¹³⁴. Dolayısıyla, bu sözleşmedeki karakteristik edim borçlusunun vadesiz mevduat sözleşmesindekinden veya kredi sözleşmesinden farklı olması olağandır.

Vadeli mevduat sözleşmesinde, müşteri belli bir meblağı bankaya yatırmakta, banka ise belli bir dönem bu parayı işletip parayı müşterisine iade etmektedir. Bu kurgu, kredi sözleşmesine benzer. Aynen kredi sözleşmelerinde bankanın müşteriye borç vermesi gibi, bu sözleşmede de müşteri, bankaya bir meblağ vermekte ve karşılığında faiz beklemektedir. Öte yandan bu sözleşme tek bir farkla vadesiz mevduat sözleşmesine de benzetilebilir. Bu fark, vadeli mevduat sözleşmelerinde, müşteriye belli bir miktar faiz verilmesidir.

Bu sözleşme ekonomik olarak değerlendirildiğinde, her ne kadar bankanın parayı işletmesi söz konusu olsa da, söz konusu hukukî işlem kredi sözleşmesine benzetilemez. Çünkü kredi sözleşmesinde bankanın işlevi, gerekli şartların sağlanması şartıyla, müşterisine kredi sağlamaktır. Ancak vadeli mevduat sözleşmelerinde kurgu farklıdır. Bu sözleşmenin kurulmasında güdülen amaç, müşterinin bankaya "borç para" vermesi değildir. Aksine, müşteri biriktirdiği parayı, oldukça risksiz bir yatırım aracına yatırmayı amaçlamaktadır. İşte banka bu yatırım aracını karşılamaktadır. Banka, kendisine yatırılan parayı çeşitli yollarla işletmekte ve bu sayede belli bir dönem sonra müşterisine bir "gelir" sunabilmektedir. Fark edileceği üzere, bu özelliği ile vadeli mevduat sözleşmesinde var olan fikir, paranın bir yatırım aracı olarak kullanılmasıdır. Banka, müşterisine bu yatırım aracını sağlayan kurumdur. İşte bu finansal hizmet bankayı karakteristik edim borçlusu

¹¹³³ TEKİNALP / TEKİNALP, s. 175.

¹¹³⁴ Oysa TEKİNALP tüm karz sözleşmelerini aynı çatı altında incelemiş ve bu sözleşmelerde kullandırma ediminin karakteristik edim olduğunu belirtmiştir (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 374).

kılar¹¹³⁵. Ayrıca taraflar arasındaki ekonomik ilişki incelendiğinde, riskin de bankanın üzerinde olduğu görülebilecektir (banka parayı işletirken kayba uğrasa da, müşterisine taahhüt ettiği faizi, anaparayla beraber ödemek zorundadır).

Vadeli mevduat sözleşmesinin kurulmasının arkasında yatan mantığı incelediğimizde, sözleşmeye karakter katan edimin veya sözleşmenin kurulmasının nedeninin bankanın borcu olduğunu görürüz. Gerçekten de, yukarıda belirttiğimiz üzere, paranın bir yatırım aracına dönüştürülmesini sağlayan bankadır. Bu sebeple karakteristik edim borçlusunun banka olduğu kabul edilmelidir.

(c) Akreditif sözleşmesi

Akreditif sözleşmesi, büyük ölçüde Milletlerarası Ticaret Odası'nın bu konuyla ilgili çıkardığı yeknesak kurallarla düzenlenmiştir¹¹³⁶. Ancak bu kurallar, akreditife uygulanacak hukuku değil, hukukî ilişkiye uygulanacak kuralları öngörür¹¹³⁷.

Bir ödeme yolu olan akreditif, çok köşeli bir hukukî ilişkidir¹¹³⁸. Akreditif ilişkisinin altında, gerçek alacaklı ile borçlu arasında bir hukukî ilişki vardır. Ancak akreditif ilişkisi temeldeki bu hukukî ilişkiden bağımsızdır¹¹³⁹. Akreditif ilişkisinin ilgilileri akreditif açtıran, akreditif bankası, muhabir banka ve akreditif lehdarıdır¹¹⁴⁰.

Akreditif açtıran, akreditif bankasının müşterisidir; sadece bu ilişkiyi bireysel olarak ele alırsak karakteristik edim akreditif bankasının edimidir¹¹⁴¹. Aynı şekilde,

¹¹³⁵ ANCEL, **Prestation**, s. 116.

¹¹³⁶ YAVUZ, s. 779, vd.; ŞANLI / EKŞİ, s. 83, vd; DOĞAN, **Akreditif**, s. 28. Ayrıca, bkz. ÖZEL, **Akreditif**, s. 69, vd.

¹¹³⁷ ÖZEL, **Akreditif**, s. 72.

¹¹³⁸ YAVUZ, s. 783. Ayrıca, bkz. ÖZEL, **Akreditif**, s. 22, vd., 29, vd.; DOĞAN, **Akreditif**, s. 43, vd., s. 81, vd.

¹¹³⁹ Cengiz KOSTAKOĞLU, **Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif**, 3. Bası, İstanbul 2001, s. 805.

¹¹⁴⁰ YAVUZ, s. 783; ŞANLI / EKŞİ, s. 85.

¹¹⁴¹ DICEY / MORRIS, s. 1425; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 178; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 395; ÖZEL, **Akreditif**, s. 76; DOĞAN, **Akreditif**, s. 178, vd.

DOĞAN ise, bu noktada bir tespitte bulunmuştur. Yazara göre, akreditif açtıran ile akreditif bankası arasındaki ilişkide klasik anlamda yabancılık unsuru olmayabilir. Ancak yazar bu hukukî ilişkinin milletlerarası ticaret hayatını ilgilendirdiği için tarafların hukuk seçimi yapabileceğini belirtmiştir (DOĞAN, **Akreditif**, s. 177). Biz yazarın bu görüşüne katılmıyoruz. Gerçekten de, bu iki taraf arasındaki ilişkide, sözleşmenin kurulduğu yer, tarafların mutad meskeni gibi unsurlar açısından bir yabancılık unsuru bulunmayabilir. Fakat, bu ilişkide bankanın borcu belli bir miktarda parayı bir başka ülkeye transfer etmektir. Dolayısıyla, sözleşmenin konusu, hatta borcun ifa yeri açılarından bu sözleşme yabancılık unsuru taşımaktadır. Bu nedenle, ayrıca sözleşmenin uluslararası nitelik taşımasına dayanmaya gerek yoktur.

akreditif lehdarı da muhabir banka ile iletişime geçer; lehdara akreditifin açıldığını bildiren ve ödemeyi yapan bu bankadır. Bu banka başka yükümlülükler altına da girebilir: akreditifi teyit etmek, akreditif bankasının itibarı, ödeme kabiliyeti, güvenilirliği konusunda lehdarın aydınlatılması gibi¹¹⁴². Yine bireysel olarak düşünüldüğünde, bu iki kişi arasındaki hukukî ilişkide karakteristik edimin muhabir bankanın edimi olduğu düşünülebilir¹¹⁴³.

Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus vardır: muhabir banka kimi zaman akreditif bankasının vekili olarak, kimi zaman ise gerçek anlamda ilişkinin dördüncü ayağı olarak hareket eder¹¹⁴⁴. Bu fark, lehdarın muhabir bankayla akreditif bankasının vekili olarak mı, yoksa ayrı bir kişi olarak mı hukukî ilişkiye girdiğini gösterecektir. Muhabir banka akreditif bankasını temsil ediyorsa, lehdar aslında akreditif bankası ile iletişime geçmekte, dolayısıyla karakteristik edim borçlusu bu banka olmaktadır. Ancak muhabir banka, karakteristik edim borçlusunun sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri olarak kabul edilmez. Dolayısıyla uygulanacak hukuk yine muhabir bankanın bulunduğu yer hukukudur.

İki banka arasındaki hukukî ilişkide, temsil yetkisinin düzenlenip düzenlenmediğinden bağımsız olarak, karakteristik edimi yapan kişi muhabir bankadır¹¹⁴⁵. Akreditif bankası, bir akreditif ilişkisi kurmak amacıyla (vekalet sözleşmesi kapsamında¹¹⁴⁶) belli bir yerdeki bir bankanın hizmetinden yararlanır.

Akreditif ilişkisindeki her bir ilişkiyi tek tek incelediğimizde bu ilişkilerdeki karakteristik edimleri yukarıdaki gibi bulabiliriz¹¹⁴⁷. Bu noktada sorulması gereken soru, her ilişkiyi birbirinden, hatta alttaki temel ilişkiden kopuk olarak incelemenin mümkün olup olmadığıdır¹¹⁴⁸. Bir başka deyişle, akreditif ilişkisinin tümünün tek bir hukuka tâbi olması gerektiğini söylemek yerinde olacak mıdır? Kanaatimizce, akreditif sözleşmesi, her ne kadar sadece bir sözleşmedeki para borcunun ifası ile ilgili olsa da, örneğin temeldeki sözleşmeye uygulanacak hukukun iki banka arasındaki hukukî ilişkiye uygulanması veya akreditif açtıran ile akreditif bankası

¹¹⁴² YAVUZ, s. 783.

¹¹⁴³ DICEY / MORRIS, s. 1426; KOSTAKOĞLU, s. 806; ÖZEL, **Akreditif**, s. 77.

¹¹⁴⁴ Bu ayrımla ilgili olarak, ayrıca bkz. ÖZEL, **Akreditif**, s. 77.

¹¹⁴⁵ DICEY / MORRIS, s. 1426; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 178; ÖZEL, **Akreditif**, s. 77; DOĞAN, **Akreditif**, s. 190.

¹¹⁴⁶ DOĞAN, **Akreditif**, s. 190.

¹¹⁴⁷ Bir örnek için, bkz. ANCEL, **Prestation**, s. 340, vd.

¹¹⁴⁸ Tartışma için, bkz. DOĞAN, **Akreditif**, s.138, vd.

arasındaki hukukî ilişkiye uygulanacak hukukun lehdar ile muhabir banka arasındaki ilişkiye uygulanması, birbirinden son derece bağımsız işlemlerin menfaat dengesini bozacak şekilde ve zorla bu işlemle ilgisi olmayan bir hukuka tâbi olması anlamına gelir. İşte bu nedenle, biz, tüm akreditif ilişkisinin tek bir hukuka tâbi olması gerektiği fikrini paylaşamıyoruz¹¹⁴⁹. Örneğin, bir İngiliz mahkemesi kararında, akreditif ilişkisine genel olarak teyit bankasının hukukunun uygulanması önerilmiştir¹¹⁵⁰. Ancak ANCEL, bu kararı eleştirmektedir¹¹⁵¹. Gerçekten de müşteri ile akreditif bankası arasındaki ilişki, herhangi bir bankanın teyit etmemesi durumunda da kurulmuş olmaktadır. Bu ilişkiye uygulanacak hukukun daha sonradan bir teyit bankasıyla anlaşılması durumunda değişikliğe uğraması pek doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

Genel olarak, bankacılık sözleşmelerinde banka ile diğer taraf arasında kurum-müşteri ilişkisi bulunur. Bankanın karşısındaki tarafın müşteri olması bile, bankacılık sözleşmelerinde bankanın bir "iş" yaptığını veya bir hizmet verdiğini, karşısındaki müşterinin ise bu hizmetten yararlandığını göstermektedir. Bu durumda, kural olarak, müşterinin sözleşmelerin kurulmasının ana nedenini oluşturan karakteristik edimden yararlanan taraf olduğunu; dolayısıyla da karakteristik edim borçlusunun banka olduğunu kabul etmek taraflar arasındaki ekonomik ilişkinin yapısına daha uygun olacaktır¹¹⁵².

(3) Leasing sözleşmesi

Leasing sözleşmesi, aslında tam anlamıyla bir tarafın borcunun renksiz edim olduğu bir sözleşme değildir. Yine de bu hukukî ilişkide, leasing alan, leasing

¹¹⁴⁹ Aynı görüşte, HILL, s. 340. Yazar İngiliz mahkemelerinin *Bank of Baroda v. Vysya Bank* kararından yola çıkarak ve bu kararı eleştirerek görüşünü belirtmektedir. Hemen belirtelim ki, bu kararda, hakim, akreditif ilişkisindeki her ilişkiye aynı hukukun uygulanması gerektiği yönünde görüş belirtmiştir.

Altteki ilişki ile akreditif ilişkisinin tâbi olacakları hukukun birbirinden bağımsız olarak tespit edileceği yönünde, DOĞAN, **Akreditif**, s. 139.

¹¹⁵⁰ *Bank of Baroda v. Vysya Bank, Ltd.* kararı, Queen's Bench Division (Commercial Court), 13 Aralık 1993.

¹¹⁵¹ ANCEL, **Prestation**, s. 341.

¹¹⁵² Aynı yönde, JACQUET, s. 48.

verenden aldığı borcu zaman içinde ödeme taahhüdüne girmektedir. Bu açıdan sözleşmede ödeme niteliğinde bir para borcu bulunmaktadır.

Bu hukukî ilişkide leasing veren finansal kiralama kuruluşudur. Bu kapsamda, leasing veren, hem bu işi meslek olarak yapmaktadır, hem de belli bir risk altına girmektedir. Dolayısıyla, bu hukukî ilişkide karakteristik edim borçlusu, leasing verendir¹¹⁵³.

2. İki tarafın da para borcu haricinde aslî borçlarının bulunduğu sözleşmeler

İki tarafın da para borcu haricinde aslî borçlarının bulunduğu sözleşmelerde karakteristik edimin saptanması, bir tarafın hiçbir borcu olmadığı veya borcunun renksiz edim olduğu sözleşmelere göre nispeten daha zordur. Biz de bu bölümde bu tür sözleşmeleri inceleyeceğiz.

a) Âdî şirket sözleşmesi

Âdî şirket sözleşmesi çok taraflı (*multilateral*) bir sözleşmedir. Âdî şirket sözleşmesinde tarafların borcu karşılıklı değildir; taraflar aynı amaca yönelerek borçlarını ifa ederler¹¹⁵⁴. Tarafların edimlerinin aynı amaç uğruna olması, bu edimlerin aynı olması anlamına gelmemektedir. Yine de, âdî şirket sözleşmesinde tarafların borçlarının aynı olması da mümkündür. Daha önce de belirttiğimiz üzere, âdî şirket sözleşmesi tipik bir sözleşme olsa bile, bu sözleşmede tarafların edimleri arasındaki ilişki çok farklı şekillerde kararlaştırılabilir. Bu farklılıklar, âdî şirket sözleşmesine uygulanacak hukukun tespit edilmesinde de büyük rol oynayacaktır.

Kural olarak, âdî şirket sözleşmesinde karakteristik edim bulunmadığı, bu sebeple de, MÖHUK m. 24 / f. 4'teki genel kural olan en sıkı ilişkili hukukun doğrudan âdî şirket sözleşmesine uygulanabileceği ileri sürülebilir. Ancak, az önce dile getirdiğimiz farklılıklar, bu sözleşmede edimlerden birinin öne çıkmasına neden

¹¹⁵³ TEKİNALP, **Bağlama**, s. 374. Ancak ŞANLI / EKŞİ'ye göre leasing alanın borçlarının da ağırlığı nedeniyle, tarafların edimleri arasında bir tercih yapılması zordur; bu nedenle sözleşmeye sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk uygulanmalıdır (ŞANLI / EKŞİ, s. 138). Yazarlar, leasing sözleşmeleri ile ilgili doğrudan uygulanan kuralların varlığına da dikkat çekmektedirler (ŞANLI / EKŞİ, s. 138, vd.).

¹¹⁵⁴ TEKİNALP / TEKİNALP, s. 175.

olabilir. Böyle bir olasılıkta, bu edim karakteristik edim olarak kabul edilebilir ve uygulanacak hukuk da bu edime göre belirlenebilir¹¹⁵⁵. İşte bu sebeple, biz de çeşitli âdî şirket sözleşmesi türlerinde karşılaşılabilecek olasılıkları inceleyeceğiz.

Bir şirketin ortakları arasında yapılan paysahipleri sözleşmesi bir âdî şirket sözleşmesidir. Paysahipleri sözleşmesinde, kimi paysahipleri için farklı hükümler öngörülebilse de, genel olarak bu sözleşmede tüm paysahipleri için ortak bir düzen getirilmektedir. İşte bu özelliği ile paysahipleri sözleşmesi, taraflarına aynı borcun yüklendiği bir âdî şirket sözleşmesi olarak karşımıza çıkar. Tüm paysahiplerinin aynı borcun altına girmesi, bu sözleşmede karakteristik edim bulunmadığını gösterir. Bu durumda, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Örneğin, Türkiye'de kurulan bir şirketin Alman, İsviçreli ve Amerikalı ortakları arasında bir paysahipleri sözleşmesi yapıldığını varsayalım. Tüm paysahipleri için aynı yükümlülüklerin öngörülmesi, bu sözleşmede karakteristik edim bulunmamasına neden olacak; dolayısıyla, sözleşmeye en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Bir şirketin ortakları arasındaki böyle bir iç düzenlemenin merkezinde, şirketle ve şirkette paysahibi olmakla ilgili hükümler yer alacağı için, bizce en sıkı ilişkili hukuk, *lex societatis* (şirkete uygulanan hukuk), yani somut olayda Türk hukuku olacaktır.

Bir şirket kurulması ile de sonuçlanabilecek ortak girişimin temelinde yer alan "temel sözleşme" veya "esaslar sözleşmesi"¹¹⁵⁶ de bir âdî şirket sözleşmesidir¹¹⁵⁷. Bir ortak girişimde, taraflar benzer edimleri yüklenmiş olabilir. Böyle bir durumda uygulanacak hukuk ile ilgili şartlar, bir önceki örnekte olduğu gibi olacaktır. Öte yandan, böyle bir birliktelikte, taraflar kendi uzmanlık alanlarına ve ekonomik güçlerine uygun bir düzenin kurulmasını da öngörebilirler. Örneğin bir ilacın geliştirilmesi amacıyla kurulan bir ortak girişimde, bir tarafın laboratuvar olanağını sağladığını ve gerekli materyali tedarik ettiğini, diğer tarafın araştırma için ekonomik kaynak sağladığını, son tarafın ise birlikteliğe know-how'ı ile katıldığını ve ilacın

¹¹⁵⁵ DAYINLARLI, "bazı hallerde, joint venture'da borç ilişkisinin yerine getirilmesini icap ettiren edimler eşit ağırlıkta olabilir" diyerek bu görüşte olduğu izlenimini uyandırmaktadır (DAYINLARLI, **JV**, s. 295). Aksi görüşte, AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 98; ÖZTÜRK, s. 154. AKINCI, âdî şirket sözleşmesinde her tarafın ediminin karakteristik edim olduğunu dile getirirken, ÖZTÜRK, bir ortak girişimde karakteristik edim olarak belli bir edimin belirlenemeyeceği görüşündedir.

¹¹⁵⁶ Bu sözleşme taraflar arasındaki ilişkiyi kurar; dolayısıyla hem kurulan ortak girişimin konusu ve işleyişi ile ilgili hükümler barındırır, hem de bu sözleşmenin taraflarının birbirine karşı olan hak ve borçlarını düzenler. Bu konuda, bkz. TEKİNALP / TEKİNALP, s. 173.

¹¹⁵⁷ ÖZTÜRK, s. 150. Bunun bir sermayeye katılmalı *joint venture* olduğu yönünde, bkz. TEKİNALP / TEKİNALP, s. 156.

geliştirilmesinde gerekli formülü bulmaya çalıştığını varsayalım. Bu birliktelikte tarafların edimleri karşılıklı değil, aynı amaca yöneliktir. Buna rağmen tarafların edimleri birbirinden oldukça farklıdır. Hatta bu fark, edimlerden birinin karakteristik edim sayılmasını sağlayabilecek ölçüdedir. Bu örnekte, ilk iki tarafın edimi, daha çok ilacın geliştirilmesi için gerekli ortamı ve ekonomik desteği sağlamaya yönelik iken, üçüncü taraf sağladığı bilimsel katkı ile bizzat ilacı geliştirmektedir. Böyle bir sözleşmede karakteristik edim borçlusunu bilimsel katkıyı sağlayan taraf olacaktır.

Aynı örnekte, üç tarafın edimlerinin sadece belli bir sermayenin ortaklaşa sağlanması olması ve ilacın geliştirilmesi için gerekli fiziksel ortamın, bilimsel katkının ve işgücünün bu sermayeden karşılanması durumunda, âdî şirket sözleşmesinde karakteristik edim bulunmayacaktır. Bu durumda sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuka göre çözüm bulunması gerekir.

Bir konsorsiyumu oluşturan tarafların asıl işin esaslı kısımlarını kendi aralarında bölüşmeleri de mümkündür. Örneğin bir baraj yapmak için¹¹⁵⁸ kurulan girişim ortaklığında, bir tarafın altyapı, diğer tarafın üstyapı, üçüncü bir tarafın ise barajın elektrik donanımını üstlenmesi durumunda, tarafların edimlerinin birbirine karşı bir üstünlüğü bulunmayacaktır. Daha doğrusu, sözleşmenin bu edimlerden özellikle biri için gerçekleştirildiği, diğer edimlerin ise bu ana edimin çevresinde bulunan yardımcı edimler olduğu söylenemez. İşte bu nedenle, edimlerden herhangi birinin, kurulan sözleşme ilişkisi açısından karakteristik bir önemi bulunmaz¹¹⁵⁹. Bu durumda da, sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun uygulanması söz konusu olacaktır¹¹⁶⁰. Bu hukuk somut olayın şartlarından anlaşılacak ise de, kanımızca böyle bir sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk, genel olarak, barajın, yani ortak girişim sonucu yapılan işin bulunduğu yer hukuku olarak tespit edilecektir¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁸ Bu örneği inşaat sözleşmeleri açısından MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 sisteminde örtülü bir kanun boşluğu bulunduğu fikrinden bağımsız olarak tartışıyoruz.

¹¹⁵⁹ Benzer örnekler için, bkz. TEKİNALP / TEKİNALP, s. 175; ÖZTÜRK, s. 154; DAYINLARLI, **JV**, s. 295. Bu yazarlar da, tarafların edimlerinin eşit ağırlıkta olması sebebiyle, karakteristik edime göre uygulanacak hukukun belirlenemeyeceğini belirtmektedir.

¹¹⁶⁰ TEKİNALP / TEKİNALP, s. 175; ÖZTÜRK, s. 154; DAYINLARLI, **JV**, s. 295.

¹¹⁶¹ ÖZTÜRK, s. 154; DAYINLARLI, **JV**, s. 295. TEKİNALP / TEKİNALP ise, bu tip bir organizasyonlu *joint venture* sözleşmesinde, sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun, organizasyonun olduğu yer hukuku olduğunu belirtmektedir (TEKİNALP / TEKİNALP, s. 175). DAYINLARLI da, bu görüşü takip etmektedir (DAYINLARLI, **JV**, s. 295).

İsviçre'de âdî şirkete uygulanacak hukukun belirlenmesinde, âdî şirketin bir organizasyona¹¹⁶² sahip olup olmamasına göre bir ayırma gidilmiştir. İMÖHK m. 150 / f. 2'ye göre, bir âdî şirketin organizasyonu bulunmuyorsa, âdî şirket sözleşmesine İMÖHK m. 116, vd.'nda yer alan sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin kurallar uygulanacaktır. Öte yandan, âdî şirket sözleşmesi kişi ya da mal organizasyonu ile sonuçlanıyorsa, bu ortaklığa İMÖHK m. 150, vd. hükümleri (şirketlere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları) uygulanacaktır¹¹⁶³. Ancak Türk hukukunda, âdî şirketlerle ilgili bu yönde bir kanunlar ihtilafı kuralının bulunmaması sebebiyle, İsviçre'deki bu ayırım Türk hukuku açısından geçerli değildir¹¹⁶⁴. Türk hukukunda, olsa olsa organizasyonlu bir *joint venture*'ın en sıkı ilişkili olduğu hukukun organizasyonun olduğu yer hukuku olduğu, dolayısıyla bu hukukun sözleşmeye uygulanması gerektiği ileri sürülebilir¹¹⁶⁵.

b) Franchise sözleşmesi

Çalışmamız, bir borçlar hukuku çalışması olmadığı için, franchise sözleşmesinin hukukî niteliğini tüm ayrıntıları ile incelemeyeceğiz. Ancak bu sözleşmenin ekonomik fonksiyonu ve tarafların üstlendikleri edimler, karakteristik edimin, dolayısıyla uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından çok büyük önem arz etmektedir.

Franchise sözleşmesinde, franchise verenin üretim, işletme ve pazarlama sistemini franchise alana kullandırma, franchise alanı destekleme, know-how ve teknik yardım sağlama gibi borçları bulunurken, franchise alan ücret ödeme, franchise verenin üretim, işletme ve pazarlama sistemini kullanma, franchise verenin talimatlarına uyma, mal ve hizmet üretimini kendi nam ve hesabına yapma ile özen ve sadakat borcu altına girer¹¹⁶⁶. Sözleşmenin tarifini yapmak gerekirse, hizmet sektöründe yer alan bir firma, kendi ağını genişletmek için çeşitli girişimcilerle

¹¹⁶² TEKİNALP / TEKİNALP, iki müteahhit firmanın bir asma köprüyü inşa etmek için meydana getirdikleri şantiyeyi, organizasyonlu *joint venture*'a örnek olarak vermektedir (TEKİNALP / TEKİNALP, s. 156).

¹¹⁶³ Bu konuda, özellikle organizasyon kavramı hakkında bkz. ÖZTÜRK, s. 150, vd.

¹¹⁶⁴ ÖZTÜRK, s. 151.

¹¹⁶⁵ TEKİNALP / TEKİNALP, s. 175

¹¹⁶⁶ Tarafların çeşitli borçları ile ilgili bkz. Laura GARCIA GUTIERREZ, "*Franchise Contracts and the Rome I Regulation on the Law Applicable to International Contracts*", **Yearbook of Private International Law**, C. 10, 2008, s. 233-244, s. 234.

anlaşmaktadır. Bu girişimciler söz konusu işyerini kendi namlarına işletmekle beraber, işyerinin kuruluşu, dizaynı, işletilmesi, sunulan hizmetin özellikleri açısından firmanın (franchise verenin) talimatlarına uymak zorundadırlar. Franchise alanla veren arasında bu kadar sıkı bir bağ olmasının nedeni, franchise alanın, franchise verenin sistemini, isim hakkını, patent haklarını, marka hakkını ve diğer kimi fikrî ve sınaî haklarını kullanma hakkını talep etmesidir. Bu hak karşısında her ne kadar belli bir ücret ödese de, franchise verenin yarattığı marka değerinin zedelenmemesi için, franchise alanın bu talimatlara uyması gerekmektedir.

Bu sözleşmede bir taraftan franchise veren, geliştirdiği sistemi ve yarattığı marka hakkını karşı taraf ile paylaşma borcu altına girmekte, diğer taraftan ise franchise alan, franchise verenin talimatlarına uyarak belli bir işletme sisteminin bir başka yerde yayılmasını sağlamaktadır. Sözleşmenin bu niteliğinden dolayı, hangi tarafın borcunun karakteristik edim olduğu tartışılmaktadır. Bir yandan bir taraf ürettiği kurguyu belli bir ücret karşılığında ve belli şartlara uyulması koşulu ile bir diğer tarafa kullanırmaktadır¹¹⁶⁷; diğer yandan ise bir kişi, karşıdaki tarafın yarattığı sistemi, bu tarafa çoğunlukla yabancı bir ülkede geliştirme borcu altına girmekte ve bu sayede bu tarafın sisteminin tek düze bir şekilde bir başka yerde gelişebilmesine hizmet etmektedir.

Hemen belirtelim ki, franchise sözleşmesi MÖHUK m. 28 kapsamında değil, MÖHUK m. 24 kapsamında yer alan bir sözleşmedir. MÖHUK m. 28 kapsamında yer alan lisans sözleşmesinden farklı olarak franchise sözleşmesi salt fikrî mülkiyet haklarına ilişkin bir sözleşme değildir. Franchise sözleşmesi için fikrî mülkiyet hakları önemli bir rol oynasa bile, bu sözleşmenin kapsamı MÖHUK m. 28'de öngörülen bağlanma konusunu aşmaktadır. Hatta franchise sözleşmesini lisans sözleşmesi ile karşılaştırsak, lisans sözleşmesinin konusunun fikrî mülkiyet hakkı olduğunu, ancak franchise sözleşmesinde bu hakların sadece sözleşmenin ekonomik açıdan kurulmasında bir araç şeklinde hizmet ettiğini söyleyebiliriz. Gerçekten de, franchise sözleşmelerinin konusu fikrî mülkiyet hakkı ile sınırlandırılmayacak kadar geniştir. Bu nedenle de, franchise sözleşmeleri MÖHUK m. 28 kapsamına sokulamaz; bu sözleşme tipi ile ilgili de başka bir özel kanunlar ihtilafı kuralının

¹¹⁶⁷ Franchise sözleşmesinde, adına "franchise paketi" denilen bir pazarlama metodunun transfer edildiği yönünde, bkz. GARCIA GUTIERREZ, s. 234.

olmaması sebebiyle, franchise sözleşmesinin MÖHUK m. 24'e tâbi olduğu konusunda bir tereddüt olmamalıdır¹¹⁶⁸.

Doktrinde ağırlıklı olarak bu sözleşmede karakteristik edimin franchise alanın borcu olduğu ileri sürülmektedir¹¹⁶⁹. Gerçekten de, franchise alan, kurgulanmış bir modeli alıp bunu işletme borcu altına girmektedir. Ancak biz, bu edimin sözleşmenin karakteristik edimi olarak nitelendirilmesi için yeterli olmadığını düşünüyoruz. Nitekim bu nedenle de doktrindeki bir diğer görüş, bu hukukî ilişkide karakteristik edimin franchise verenin edimi olduğunu belirtmektedir¹¹⁷⁰.

Franchise sözleşmesi büyük bir marka değeri yaratan franchise verenin, yarattığı bu değerden optimum bir biçimde yararlanması amacıyla kurulmaktadır. Ancak bu husus, franchise verenin makropolitikasıdır. Franchise alan da bu sözleşme kapsamında, aynen distribütörlük sözleşmesindeki dağıtıcı gibi, aslında büyük resmin küçük bir ayağını oluşturmaktadır. Bu çerçevede franchise alan, franchise verene yaptığı ödeme karşılığında (*royalties*), yaratılan konsepti kendi adına işletmekte ve belli bir risk altına girmektedir.

Franchise sözleşmesi ile distribütörlük sözleşmesi arasındaki benzerlik bu noktada sona ermektedir. Gerçekten de bu açıdan bakıldığında, ağırlık kazanan

¹¹⁶⁸ Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde edimlerden birinin taşınmaz üzerindeki hakkın devri olması sebebiyle, bu sözleşmenin tamamına MÖHUK m. 25'in uygulanacağını belirtmiştik. Franchise sözleşmelerinin de fikrî mülkiyet haklarına ilişkin edimler öngörmesinden dolayı, benzer bir yoruma tâbi tutularak MÖHUK m. 28'in uygulama alanı bulması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin taşınmaz üzerindeki hakkın devri edimi ile ilişkisi ile franchise sözleşmelerinin fikrî mülkiyet hakları ile ilişkisi oldukça farklıdır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde taşınmaz üzerindeki hakkın devri taraflardan birinin ana edimidir. Oysa franchise sözleşmeleri çok karmaşık sözleşmelerdir ve bu karmaşık yapının altında birçok edim öngörülmektedir. İşte fikrî mülkiyet hakları ile ilgili edimler de bu hukukî ilişki çatısı altında düzenlenen edimlerden biridir. Franchise sözleşmesinin amacı bir konseptin işletilmesidir; bu amaç için fikrî mülkiyet haklarına ilişkin tasarruflar yapılacak olsa da, sözleşmenin kuruluş amacı söz konusu fikrî mülkiyet haklarının devredilmesi değildir. Sonuç olarak, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin edimler franchise sözleşmesinin bir unsuru olsa bile, franchise sözleşmesine uygulanacak hukuku belirleyici rol almaktan uzak edimlerdir.

Kaldı ki, MÖHUK m. 25'ten farklı olarak, MÖHUK m. 28'te hem tarafların hukuk seçimi yapabilecekleri, hem de hâlin şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Nitekim, franchise sözleşmesi içindeki fikrî mülkiyet haklarına ilişkin edimler franchise sözleşmesine genel olarak uygulanması gereken hukukla daha sıkı ilişkide içindedir. İşte bu sebeple de söz konusu edimler, franchise sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesini sağlayamaz; aksine franchise sözleşmesine uygulanan hukuk bu edimlere de uygulanacak hukukun belirlenmesini sağlayacaktır. Oysa benzer bir analiz MÖHUK m. 25 kapsamında yapılamaz; çünkü burada aksi kararlaştırılmayan bir bağlanma noktası öngörülmüştür.

¹¹⁶⁹ Örneğin, TEKİNALP, **Bağlama**, s. 384. Ancak yazar, hizmet franchise'ında hizmet verenin ediminin karakteristik edim olduğunu belirtmektedir.

¹¹⁷⁰ Bu yönde, GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 178; ANCEL, **Prestation**, s. 180. Fransa'da da bu yönde bir içtihat bulunmaktadır (AUDIT, s. 667, dn. 1'deki kararlar).

edimin franchise alanın işletme edimi olduğu düşünülebilir. Oysa franchise sözleşmesi bir modelin pazarlanmasının ötesinde bir hukukî ilişki kurar. Bu sözleşmede franchise veren pasif bir biçimde sadece işletme hakkı vermemekte, bunun daha da ötesinde, işletmenin nasıl yapılacağını belirlemektedir. Bu kapsamda, franchise veren sadece kurduğu modeli pazarlamamakta, franchise alanın bu kurguyu kullanabilmesi için eğitim vermekte ve daha da önemlisi modelle ilgili *know-how*'ını paylaşmaktadır. Franchise verenin sözleşme ile ilgisi bu noktadan sonra da devam etmekte ve yarattığı modeli koruyabilmek için franchise alanı sıkı bir denetim altına almaktadır. Üstelik bu ilişkide risk altına giren sadece franchise alan değildir. Franchise veren de markasını ve yarattığı kurguyu korumak istemektedir. Franchise verenin markasının değeri düşünüldüğünde, onun üstlendiği riskin çok daha büyük olduğu fark edilecektir.

Franchise sözleşmesindeki karakteristik edimin hangi tarafın üzerinde olduğu, söz konusu ekonomik ilişkide hangi tarafın girişimciliğinin ve yaratıcılığının ağırlık kazandığından da anlaşılabilir. Her ne kadar franchise alan bir ticarî işyeri kursa ve bu kapsamda bir organizasyon geliştirse de, söz konusu organizasyonun nasıl kurulacağı franchise veren tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla bu ilişki sonucu kurulan işyeri franchise verenin projesidir. Franchise alan, bu projeye sermaye ve emek koyarak katkıda bulunmaktadır. Ancak projenin arkasındaki tüm yaratıcılık franchise verenindir. Franchise alanın koyduğu sermaye ve emeğin nasıl işletileceğine bile franchise veren karar vermektedir. Bu aşamada franchise alanın, sadece franchise verenin projesine uyum göstermesi gerekmektedir. Hatta böyle bir ilişki sonucu açılan bir işletmede, müşteri ile temasa geçen bile aslında franchise alan değildir; franchise verenin markasıdır.

Bütün bu nedenlerden dolayı, biz franchise verenin franchise sözleşmesindeki karakteristik edim borçlusu olduğunu düşünüyoruz.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Roma I Tüzüğü'nde franchise sözleşmesi özel olarak düzenlenmiştir¹¹⁷¹. Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 1 / b. e'ye göre hukuk seçimi yapılmaması hâlinde franchise sözleşmesine uygulanacak hukuk kural olarak

¹¹⁷¹ Öte yandan Berger Raporu'nda franchise sözleşmelerinin ayrıca düzenlenmesine gerek olmadığı belirtilmiştir (EUROPEAN PARLIAMENT, s. 12).

franchise alanın "mutad meskeni" hukukudur¹¹⁷². Böylece Roma I Tüzüğü, doktrinde ağırlık kazanan görüşü bir şekilde takip etmiş olmaktadır. Bununla birlikte, GARCIA GUTIERREZ'e göre, franchise alanın ediminin karakteristik edim olarak nitelendirilmesi değil, franchise alanın sözleşmenin zayıf tarafı olması ve sözleşmenin kurulmasından daha çok etkilenecek pazarın franchise alanın pazarı olması Roma I Tüzüğü'ndeki tercihin sebebidir¹¹⁷³.

Türk hukukunda, Roma I Tüzüğü'ndeki gibi özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle franchise sözleşmesine, MÖHUK m. 24'e göre, karakteristik edim borçlusunun hukuku uygulanacaktır¹¹⁷⁴. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu ilişkinin karakteristik edim borçlusu bizce franchise verendir; dolayısıyla söz konusu ilişkiye, franchise verenin hukuku uygulanmalıdır. Bu ise, Roma I Tüzüğü'nden farklı bir çözümün benimsenmesi demektir. Hemen belirtelim ki, Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 1 / b. e, franchise ilişkisindeki karakteristik edim borçlusunun kim olduğu yönünde bir tespit getirmemekte; karakteristik edimi tartışmadan doğrudan bu ilişkiye uygulanacak hukuku belirlemektedir. Dolayısıyla, Türk hakimi, bu ilişkideki karakteristik edimi tespit etmek için Roma I Tüzüğü'nden yararlanamaz. Yine de düzenlemesini AB hukukundan alan, AB hukuku ile uyum içinde olmaya çalışan ve AB'nin bir üyesi olmak isteyen, dolayısıyla da Roma I Tüzüğü'nü ileride kendi hukuku olarak uygulaması söz konusu olabilecek bir düzende¹¹⁷⁵ AB hukukuna aykırı bir içtihat oluşması çok da uygun düşmeyecektir.

Yukarıda sayılan pratik sebeplerden dolayı, her ne kadar kanaatimize aykırı da olsa, hakimın Roma Konvansiyonu dönemindeki baskın içtihat ve doktrini takip etmesi ve karakteristik edimin franchise alanın edimi olduğunu kabul etmesi daha

¹¹⁷² Franchise sözleşmesi doğası gereği ticarî bir faaliyetle ilgili bir sözleşmedir. Dolayısıyla Roma I Tüzüğü'ndeki "mutad mesken" ifadesini, Türk hukuku açısından "işyeri" olarak anlamak daha doğru olacaktır. Daha önce de belirttiğimiz üzere, Roma I Tüzüğü'nde "mutad mesken" ifadesi genel olarak kullanılmaktadır ve Tüzük m. 19'da hangi şartlar altında bu kavramın ne ifade edeceği açıkça belirtilmiştir.

¹¹⁷³ GARCIA GUTIERREZ, s. 238.

¹¹⁷⁴ TEKİNALP, diğer karma sözleşmelerde olduğu gibi, franchise sözleşmesinde de karakteristik edimin belirlenmesinin zor olabileceğini belirtmiş; ancak sözleşmeye uygulanacak hukukun (yakınlık yaklaşımı değil) karakteristik edim üzerinden bulunması gerektiğini vurgulamıştır (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 385).

¹¹⁷⁵ Gerek AB mevzuatı ile uyum, gerekse de Türkiye'nin AB'ye girme hedefinde olduğu, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gerekçe, s. 2'de vurgulanmıştır. Kanunkoyucunun hedefi bu yönde iken, kanunun açık hükümlerine aykırı olmadığı sürece, kanunun yorumlanmasının da bu yönde yapılması, kanunkoyucunun amaçladığı hedefe ulaşılması açısından daha uygun olacaktır.

yerinde bir sonuca ulaşılmamasını sağlayabilir. Aksi hâlde, teknik açıdan bizce daha doğru da olsa, franchise sözleşmesine uygulanacak hukuk ile ilgili Türk içtihadı, Türk kanunlar ihtilafı kuralları AB hukuku ile uyumlaştırılmaya çalışılırken AB hukukunun tam tersi yönde gelişecektir. Bu ise, yeni kanunun ortaya çıkışının arkasında yatan fikre ve kanunun gerekçesine aykırıdır.

c) **Distribütörlük sözleşmesi / tek satıcılık sözleşmesi**

Roma Konvansiyonu pratiğinde tartışma yaratan bir diğer karışık muhtevalı sözleşme distribütörlük sözleşmesidir. Franchise sözleşmesine benzer bir şekilde, Roma I Tüzüğü'nde bu sözleşmeye uygulanacak hukuk özel bir hükümlerle belirlenmiştir.

Bu sözleşmede bir malı dağıtma hakkı verilmektedir. Bu hakkın münhasıran verilmesi durumunda tek satıcılık sözleşmesi söz konusu olmaktadır¹¹⁷⁶. Distribütörlük sözleşmesinde, genel olarak en az belli bir miktar malın satın alınması düzenlenmekte, yeterince reklam yapılarak söz konusu coğrafi bölgede pazar payının artırılması öngörülmektedir¹¹⁷⁷. Tek yetkili satıcı ya da distribütör (dağıtıcı), sağlayıcının acentası konumunda değildir ve risk onun üzerindedir¹¹⁷⁸.

Distribütörlük sözleşmesinde dağıtıcı, sağlayıcıdan sürekli mal alıp bunları belli bir piyasaya arz etmektedir. Bu sözleşme, barındırdığı başka esaslı unsurlar nedeniyle, bir malın mülkiyetinin geçirilmesi borcunu yükleyen satım sözleşmesinden farklıdır. Kanaatimizce, distribütörlük sözleşmelerinin bir malı

¹¹⁷⁶ Tek satıcılık sözleşmesinin bayiye münhasır dağıtım hakkının tanındığı bir bayilik sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde, bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s. 34.

¹¹⁷⁷ DEMİR GÖKYAYLA, tek satıcılık sözleşmesinin çerçeve sözleşme niteliğini taşıdığını belirtmektedir (DEMİR GÖKYAYLA, s. 44, vd.). Gerçekten de tek satıcılık sözleşmesi ileride kurulacak münferit satım sözleşmeleri ile ilgili bir çerçeve sözleşme içeriyor olabilir. Ancak tek satıcılık sözleşmesinde başka edimler de öngörülmektedir (tarafların hakları ile ilgili bkz. DEMİR GÖKYAYLA, s.76, vd.). İşte bu edimler çerçeve sözleşme kapsamında değerlendirilmemelidir.

¹¹⁷⁸ Kaldı ki, tacirin acentası ile olan ilişkisinde de acentanın edimi karakteristik edim olacağı için, acentanın hukuku uygulanmalıdır. Bu yönde, bkz. ANCEL, **Prestation**, s. 177; SARGIN, **Karakteristik**, s. 40, dn. 12. TEKİNALP de acentalık, komisyonculuk ve tellâlık sözleşmesine acenta, komisyoncu veya tellâlık işyeri hukukunun uygulanacağı belirtmiştir (TEKİNALP, **Bağlama**, s. 378).

DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER ise komisyoncunun yaptığı işe göre, söz konusu hukukî ilişkinin başka bir hukukla daha sıkı ilişki içinde olabileceğini belirtmektedir (DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 184, vd.). Özellikle komisyoncunun sözleşmeyi kendi çabasıyla mutad meskeni haricinde bir yerde kurduğu durumlarda ifanın gerçekleştiği yerin sözleşme ile daha sıkı ilişkide olacağı kabul edilebilir (DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 185).

satmak amacıyla mal tedarik edilmesinden de farkı ortaya konmalıdır. Örneğin bir kırtasiyenin, yıllar boyunca aynı kalem üreticisinden kalem alması distribütörlük sözleşmesi çerçevesinde yapılmak zorunda değildir. Yine de çeşitli hukukî ilişkiler taraflar arasında distribütörlük ilişkisinin doğmasına neden olabilir¹¹⁷⁹. Ancak bu ayırımı yapmak ve distribütörlük sözleşmesinin kapsamını belirlemek bir milletlerarası özel hukuku sorunu değil, borçlar hukuku sorunudur. Dolayısıyla, distribütörlük sözleşmesinin tanımı ve hukukî niteliği bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Ancak çalışmamızda bu tanımın önemi vurgulanmaktadır; çünkü bu tanıma göre sözleşme ya satım sözleşmesi olarak kabul edilecek ve sözleşmeye satıcının hukuku uygulanacaktır ya da distribütörlük sözleşmesi olarak kabul edilecek ve sözleşmeye -karakteristik edimin dağıtıcının edimi olarak kabul edilmesi durumunda- dağıtıcının hukuku uygulanacaktır.

Distribütörlük sözleşmesinde de karakteristik edimin hangi tarafın edimi olduğu tartışma konusudur. Tek satıcılık sözleşmesinde karakteristik edimin sağlayıcının dağıtıcıya münhasırlık hakkı tanınması olduğu veya sözleşmenin satım sözleşmesine benzetilerek karakteristik edimin mal satımı olduğu bir görüş tarafından savunulmaktadır¹¹⁸⁰. Üstelik sağlayıcı, dağıtıcıya teknik destek ve sınırlı da olsa *know-how* sağlamakta ve dağıtıcıya verdiği münhasırlık hakkına katlanmaktadır.

¹¹⁷⁹ Çeşitli örnekler açısından, bkz. JACQUET, s. 49.

¹¹⁸⁰ Fransız Yargıtayı sistematik olarak distribütörlük sözleşmesinde karakteristik edimin ürünlerin sağlanması olduğunu kabul etmiştir (ANCEL, **Distribution**, s. 564; KENFACK, s. 23). Bu yöndeki bazı kararlar şunlardır: Optelec, Fransız Yargıtayı 1. Hukuk Dairesi, 15 Mayıs 2001; Ammann-Yanmar, 25 Kasım 2003 (kararlar ile ilgili bkz. ANCEL, **Distribution**, s. 564, vd.); Thai Kitchen, Fransız Yargıtayı 1. Hukuk Dairesi, 26 Eylül 2007 (karar için bkz. **RCDIP**, C. 97, S. 3, Temmuz-Eylül 2008, s. 663-664). Yine bu yönde, Cour d'Appel de Paris, 20 Şubat 2008 tarihli Orthogese v. Stratec Medical kararı (karar ile ilgili bkz. Yasmine LAHLOU / Marina MATOUSEKOVA, "*Chronique de droit international privé appliqué aux affaires*", **RDAI**, 2008, S. 5, s. 677-697 (2008/5), s. 678).

Fransız Yargıtayı'nın distribütörlük sözleşmesi ile ilgili bir başka kararında ise, karakteristik edimin malın dağıtımı ile ilgili olarak münhasırlık hakkının tanınması olduğu belirtilmiştir (Waeco, Fransız Yargıtayı 1. Hukuk Dairesi, 23 Ocak 2007 (karar için bkz. **RCDIP**, C. 97, S. 3, Temmuz-Eylül 2008, s. 662-663)). Bu kararda, karakteristik edim farklı olarak tespit edilse de, karakteristik edim borçlusunu yine sağlayıcı olarak kalmaktadır.

ANCEL bu kararlarda, karakteristik edimin taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye göre değil, uyumsuzluğun konusuna göre tespit edildiğini belirtmiştir (ANCEL, **Distribution**, s. 567).

İtalyan içtihadı da bu yöndedir (ANCEL, **Distribution**, s. 569, dn. 25).

İsviçre'de de 1952 tarihli *Chevalley* kararında (ATF 78 II 74) benzer bir sonuca ulaşılmıştır (ANCEL, **Prestation**, s. 177, vd.; PATOCCHI, s. 117). Ancak Federal Mahkeme, 1974 yılında verdiği *Asbrink Eiker AB* kararında (ATF 100 II 450) görüşünü değiştirmiş ve karakteristik edim borçlusunun distribütör olduğunu belirlemiştir (ANCEL, **Prestation**, s. 178, vd.; PATOCCHI, s. 117).

Öte yandan karakteristik edimin, dağıtıcının edimi olarak görülmesi de mümkündür¹¹⁸¹. Distribütörlük sözleşmesinde, satım sözleşmesinden farklı olarak dağıtıcı (münhasırlık hakkı olmasa bile), sağlayıcıdan basit bir şekilde mal almamakta, sağlayıcının belli bir coğrafi bölgedeki mal arzı organizasyonunun bir parçası olmaktadır¹¹⁸². Yine de bu sözleşme acentalık sözleşmesi ile karıştırılmamalıdır; dağıtıcının borcu sağlayıcıyı temsil etmek veya onun mallarını satmak değildir¹¹⁸³. Yine de pratikte, dağıtıcı, sağlayıcının satış ağının bir parçasıdır. Her ne kadar, dağıtıcı kendi nam ve hesabına hareket etse ve kendi sahip olduğu malları satsa da, dağıtıcının yaptığı iş, sonuç olarak sağlayıcının markası altında, onun sağladığı malları pazarlamaktır. Daha da önemlisi, çoğu durumda dağıtıcı periyodik olarak belli miktarda mal almayı taahhüt etmektedir. İşte bütün bu özellikler, distribütörlük sözleşmesinde karakteristik edimin, satım sözleşmesindeki benzer bir şekilde belirlenmesine engel teşkil etmektedir. Gerçekten de, distribütörlük sözleşmesi basit bir mal tedariki sözleşmesi değil, sağlayıcının sağladığı malların satımı için belli bir coğrafi bölgede satım ağı kurma sözleşmesidir. Ayrıca dağıtıcının, distribütörlük sözleşmesi kapsamında kimi başka borçları da olabilir: örneğin satım sonrası müşteriye verilecek hizmetin üstlenilmesi, sağlayıcının bir ürün gamının satımı için temsil, sınaî hakkın tescil işlemlerinin yapılması gibi¹¹⁸⁴.

Distribütörlük sözleşmesinde karakteristik edimin belirlenmesinde franchise sözleşmesi ile bazı karşılaştırmalar yapmak mümkündür. Franchise sözleşmesinde, yapılan sözleşme sonucu franchise alan, belli bir modeli işletme hakkını almaktadır; oysa distribütörlük sözleşmesinde -her ne kadar teknik yardım alınsa bile- tedarik edilen malların piyasaya sürülmesi bir modelden bağımsız olarak yapılmaktadır. Franchise veren açısından değerlendirildiğinde ise, bu sözleşme yaratılan marka

¹¹⁸¹ İçtihadın bu yönde olduğu ülkeler Almanya, Avusturya, Hollanda ve İspanya'dır (ANCEL, **Distribution**, s. 569, dn. 26).

¹¹⁸² Bu yönde, GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 177, 232. İsviçre içtihadından hareket eden yazar tek satıcılık sözleşmesine "temsilci vekilin" (yani tek satıcının) hukukunun uygulanmasının kabul gördüğünü belirtmektedir.

Aynı yönde, HILL, s. 336. Yazar görüşünü aktarırken, aynı zamanda, İngiliz mahkemelerinin *Print Concept GmbH v. GEW (EC) Ltd* davasında ulaştıkları sonucu da eleştirmekte ve distribütörlük sözleşmesi ile satım sözleşmesinin farkının distribütörlük sözleşmesinde bir hizmetin söz konusu olduğu, bu hizmetin de malın söz konusu pazara girmesinde dağıtıcının üstlendiği iş olduğunu belirtmektedir.

¹¹⁸³ Acenta sözleşmesinden farklı olarak bu sözleşmede dağıtıcı ile sağlayıcının tüketicisi arasında doğrudan bir ilişki yoktur (DEMİR GÖKYAYLA, s. 49).

¹¹⁸⁴ ANCEL, **Distribution**, s. 570.

değerinin mikro ölçekte pazarlanmasını sağlarken, distribütörlük sözleşmesinde, yine bir marka çatısı altında üretilen malların bir coğrafi pazara girmesi hedeflenmektedir. Bu nedenlerle, franchise sözleşmesinde franchise verenin yarattığı kurguyu franchise alana kullandırması söz konusu iken, distribütörlük sözleşmesinde dağıtıcı belli bir miktarda malı satın alacağını taahhüt ederek sağlayıcıdan tedarik ettiği malları sözleşmede öngörülen yerde pazarlamayı üstlenmektedir. Her iki sözleşmenin yapısı incelendiğinde, dağıtıcının franchise alandan daha serbest olduğu görülmektedir. Franchise sözleşmesini incelerken, franchise alanın aslında sadece sermaye ve emek sağladığını belirtmiştik. Oysa dağıtıcı hem kurduğu işyerini daha serbest bir şekilde işletmekte (belli bir kurgu çerçevesinde hareket etmek zorunda kalmamakta), hem de örneğin satış miktarının artırılması için yaptığı ticarî işe yaratıcılık katmaktadır. Son kullanıcı açısından da bir karşılaştırma yapılabilir. Gerek franchise alan, gerekse de dağıtıcı kendi adı ve namına hareket etse de, son kullanıcı franchise alanın kimliğini çoğu durumda bilmemektedir. Bunun nedeni, franchisingde müşteriyi franchise alanın değil, markanın karşılamasıdır. Oysa, son kullanıcı ile dağıtıcının ilişkisi daha farklıdır. Bu ilişkide de bir markanın pazarlanması söz konusu olsa da, müşteriyi karşılayan dağıtıcıdır. Bu ilişkide, dağıtıcının özellikleri ve özel olarak sunduğu hizmetler ön plana çıkabilmektedir. Bu da aslında dağıtıcı ile sağlayıcı arasındaki ilişkide dağıtıcının ediminin ağırlığını ortaya koyan işaretlerden biridir.

Yaptığımız teorik inceleme ve franchise sözleşmesi ile karşılaştırma sonucunda, biz distribütörlük sözleşmesinde karakteristik edim borçlusunun dağıtıcı olduğunu düşünüyoruz¹¹⁸⁵. Doktrinde de, tek satıcılık sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusunun tek satıcı olduğu neredeyse birlik hâlinde kabul edilmiştir¹¹⁸⁶.

Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 1 / b. f'ye göre de, distribütörlük sözleşmesine uygulanacak hukuk, dağıtıcının mutad meskeninin (işyerinin) bulunduğu yer hukukudur. ANCEL, özellikle de Fransız Yargıtayı'nın Roma Konvansiyonu döneminde verdiği kararları, Konvansiyon'u tam olarak uygulamamak ve somut olayın şartlarına kayıtsız kalmakla eleştirdikten sonra¹¹⁸⁷, Roma I Tüzüğü'ndeki düzenlemeyi incelemiştir. Yazar, bu ilişkiye distribütörün hukukunun uygulanması

¹¹⁸⁵ Aynı yönde, MAYER / HEUZE, s. 546; JACQUET, s. 49. Karş. RIGAUX / FALLON, s. 911.

¹¹⁸⁶ DEMİR GÖKYAYLA, s. 368, vd. ve s. 368, dn. 480'deki yazarlar. Yazar diğer görüşleri eleştirdikten sonra, kendi görüşünün de bu yönde olduğunu belirtmektedir (DEMİR GÖKYAYLA, s. 378).

¹¹⁸⁷ ANCEL, **Distribution**, s. 568.

yönündeki yeni düzenlemenin arkasında distribütörün zayıf taraf niteliği ile korunmaya ihtiyacı olduğu görüşüne katılmadığını belirtmektedir. Yazara göre bu tercihin sebebi daha uygun ve daha yakın hukukun tespit edilmesidir¹¹⁸⁸. Gerçekten de, dağıtıcının, karakteristik edim borçlusu olmasının yanı sıra, distribütörlük sözleşmesi çoğu durumda dağıtıcının hukuku ile daha sıkı ilişkidir.

Bununla birlikte, ANCEL, Roma I Tüzüğü'ndeki bu düzenlemenin iki noktada sakıncası olduğunu belirtmiştir. Bunlardan ilki sözleşmenin vasıflandırılması (hangi sözleşmelerin distribütörlük sözleşmesi olarak nitelendirileceği) sorunudur¹¹⁸⁹. Buradaki vasıflandırma sorunu, satılmak üzere bir malın alınmasını sağlayan sözleşmelerden hangilerinin distribütörlük sözleşmesi olarak kabul edileceği ile ilgilidir. Örneğin, bakkalda satılmak üzere her gün aynı sütçüden günlük süt alınması distribütörlük sözleşmesi olarak nitelendirilebilir mi? Yoksa bir sözleşmenin distribütörlük sözleşmesi sayılması için, malın piyasaya sürümünde daha fazla mı söz sahibi olunması gerekir? Bu sorulardan ikincisine olumlu cevap verilmesi durumunda, tekrar satılmak üzere mal tedarik edilmesini öngören sözleşmelerin distribütörlük sözleşmesi olarak nitelendirilmesi için aranan kıstasın ne olacağının belirlenmesi gerekecektir. Ancak bu vasıflandırma sorunu, distribütörlük sözleşmesinin esasına ilişkin bir sorun olduğu için, bu çalışmanın kapsamını aşacaktır.

ANCEL'in dile getirdiği ikinci sorun ise, distribütörlük sözleşmesi çerçevesinde periyodik olarak yapılan mal tedariklerinin distribütörlük sözleşmesine uygulanan hukuka mı tâbi olacağı, yoksa bu sözleşmelerin ayrı bir satım sözleşmesi olarak mı nitelendirileceğidir¹¹⁹⁰. Türk hukukunda, bu sözleşmeler ayrı birer satım sözleşmesi olarak da kabul edilse, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 yoluyla, bu sözleşmelerin distribütörlük sözleşmesi ile çok yakın bağlantıda olması sebebiyle, bu sözleşmelere yine dağıtıcının hukukunun uygulanması mümkün olabilecektir. Ancak Fransız hukukunda bu mümkün değildir; çünkü Fransa 1955 tarihli Maddî Menkul Eşyaların Milletlerarası Nitelikte Satımı Hakkında Konvansiyon'a taraf olduğu

¹¹⁸⁸ ANCEL, **Distribution**, s. 568.

¹¹⁸⁹ Ne gibi sözleşmelerin, hangi şartlarda distribütörlük sözleşmesi sayılabileceği ile ilgili tartışmalar için, bkz. ANCEL, **Distribution**, s. 570, vd.

¹¹⁹⁰ ANCEL, **Distribution**, s. 572.

çin¹¹⁹¹, satım sözleşmesi olarak kabul edilen sözleşmelere Roma Konvansiyonu veya Roma I Tüzüğü değil, bu konvansiyonun öngördüğü kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmaktadır¹¹⁹². Bu kurallar arasında ise, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3 benzeri bir istisna hükmü bulunmamaktadır. Bu durumda, AB üyesi ülkeler arasında söz konusu Konvansiyon'a taraf olup olmamaya göre distribütörlük sözleşmesi kapsamında yapılan tedarik sözleşmelerine uygulanan hukuk konusunda bir uyumsuzluk doğabilecektir¹¹⁹³. Hemen belirtelim ki, söz konusu tedarik sözleşmelerinin ayrı birer sözleşme mi, yoksa aynı borç ilişkisinin bir parçası olarak mı görüleceği de bir borçlar hukuku sorunudur; dolayısıyla bu hususun ayrıntılı olarak tartışılması bizim çalışmamızın kapsamını aşmaktadır. Bizim çalışmamız bu tartışmanın daha çok sonucu ile ilgilenmektedir. Yine de belirtelim ki, biz söz konusu tedarik sözleşmelerinin distribütörlük ilişkisi içinde yapılması, hatta bu ilişkinin kurucu parçalarından biri olması sebebiyle¹¹⁹⁴, bu sözleşmelerin distribütörlük sözleşmesinden bağımsız olarak nitelendirilmemesi ve tüm distribütörlük ilişkisinin tek bir hukukî ilişki gibi görülmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla tedarik sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklara distribütörlük sözleşmesinin tâbi olduğu dağıtıcının hukukunun uygulanması gerektiğini düşünüyoruz¹¹⁹⁵. Aksi hâlde her münferit sipariş sonucu kurulan satım sözleşmesine uygulanacak hukukun, her seferinde farklı olarak tespit edilmesi gerekirdi. Üstelik bu satım sözleşmelerinde sağlayıcı karakteristik edim borçlusunu olduğu için, kural olarak bu sözleşmelere sağlayıcının hukukunun uygulanması gerekirdi. Bir başka deyişle, distribütörlük ilişkisine dağıtıcının hukuku, ancak her münferit siparişe sağlayıcının hukuku uygulanırdı. Oysa her sipariş sonrası ayrı bir satım sözleşmesi kurulsa da, bu satım sözleşmeleri bir borç ilişkisi olarak distribütörlük ilişkisi çerçevesinde kurulan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin distribütörlük ilişkisi içinde değerlendirilmesi gerekir. Münferit satım sözleşmeleri, ayrı birer sözleşme niteliğinde de olsa, distribütörlük ilişkisinden bağımsız değildir. Bu açıdan her bir münferit satım sözleşmesi geniş anlamda tek bir borç ilişkisinin çerçevesinde kurulan

¹¹⁹¹ İsviçre de aynı Konvansiyon'a taraf olduğu için, bu tartışma kanunlar ihtilafı sistemi benzer nitelikte olan İsviçre açısından da önem taşımaktadır.

¹¹⁹² KENFACK, s. 12, 22; KAUFMANN-KOHLER, *Contrats*, s. 263. Konvansiyon ve Tüzük'te bazı metinlerin Konvansiyon veya Tüzük'e göre öncelikli uygulanacağı belirtilmiştir.

¹¹⁹³ ANCEL, *Distribution*, s. 573.

¹¹⁹⁴ Tedarik sözleşmeleri yapılmadan, sadece distribütörlük ilişkisinin kurulmasının hiçbir anlamı olmayacaktır.

¹¹⁹⁵ Karş. DEMİR GÖKYAYLA, s. 355, vd.

sözleşmelerdir. Aynı birer sözleşme de olsalar, münferit satım sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukuk saptanırken distribütörlük ilişkisi dikkate alınmalıdır. Teknik açıdan bakıldığında, bir münferit sözleşme kapsamındaki para borcundan kaynaklanan uyumsuzluk saf anlamda bir satım sözleşmesinden kaynaklanmamaktadır. Dolayısıyla bu uyumsuzluğun çözümü sırasında uygulanacak hukuk, taraflar arasındaki tüm hukukî ilişki göz ardı edilerek bu satım sözleşmesine göre saptanamaz. Söz konusu para borcu, bir satım sözleşmesinden doğsa bile, bu borcun kaynağı bir distribütörlük ilişkisidir. Bir başka deyişle, bu para borcu distribütörlük ilişkisi çerçevesinde doğan bir borçtur. Bu borca ilişkin ihtilaf çözümlenirken, bu borcun saf bir satım sözleşmesinden değil, bir distribütörlük sözleşmesi çerçevesinde kurulan bir satım sözleşmesinden doğduğu tespit edilmelidir. İşte bu noktada, söz konusu münferit satım sözleşmesi, distribütörlük ilişkisinin bir parçasıdır. Distribütörlük ilişkisine uygulanacak hukuk, münferit satım sözleşmesine uygulanacak hukuku da belirleyecektir; çünkü satım sözleşmesinden doğan borçlar ve daha genel olarak satım sözleşmesi, distribütörlük ilişkisinin kapsamı altındadır¹¹⁹⁶.

3. Teminat sözleşmeleri

Bir kişi kendi borcunu veya bir başkasının edimini teminat altına almak için çeşitli sözleşmeler kurabilir. Bu sözleşmeler çeşitli hukukî niteliktedir: bazıları isimli sözleşmedir, bazıları isimsiz sözleşmelerdir; kimisinde kişi tüm malvarlığı ile sorumludur (şahsî teminat sözleşmeleri), kimisinde ise, sorumluluk belli bir eşyanın mülkiyeti ile sınırlandırılmıştır (aynî teminat sözleşmeleri). Teminat sözleşmelerini, çalışmamızın kapsamını da değerlendirerek sadece genel olarak inceleyeceğiz.

a) Aynî teminat sözleşmeleri

Hemen belirtelim ki, aynî teminat sözleşmelerinde, alacaklı lehine aynî hak hemen değil, tescil, teslim, temlik, rehin cirosu (tasarruf işlemi) sonucu

¹¹⁹⁶ Bu durumu, distribütörlük sözleşmesinde bir tahkim klozu bulunması, ancak uyumsuzluğun çıktığı münferit satım sözleşmesinde tahkim klozu bulunmaması hâline benzetebiliriz. Bu durumda uyumsuzluk her ne kadar münferit satım sözleşmesinden de doğsa, bu sözleşme taraflar arasındaki distribütörlük ilişkisi kapsamında kurulmuştur. Bu nedenle, tahkim klozu satım sözleşmesinden doğan uyumsuzluklar açısından da etki doğuracaktır ve söz konusu uyumsuzluğun tahkimde çözülmesi gerekecektir.

doğmaktadır¹¹⁹⁷. Aynî teminat sözleşmesi yapıldıktan sonra, fakat henüz hakla¹¹⁹⁸ ilgili tasarruf işlemi yapılmadan önce, teminat sözleşmesinin borçlusunun asıl borcu, rizikonun gerçekleşmesi durumunda alacaklının zararını karşılamak değil; bu rizikonun gerçekleşmesi hâlinde zararın karşılanmasını sağlayacak olan sınırlı aynî hakkın alacaklıya geçirilmesidir¹¹⁹⁹. Bu hak, mülkiyetin geçirilmesi amacıyla değil, rehin (veya ipoteğin) kurulması amacıyla tesis edilmektedir¹²⁰⁰. Aynî teminat sözleşmesi yapıldıktan sonra, teminat amacıyla sınırlı aynî hak kurulması borcuna, yani malın teslimi, alacağın temlik ve kıymetli evrakta rehin cirosu¹²⁰¹ yapılması borcuna MÖHUK m. 24 / f. 4 uyarınca, karakteristik edim borçlusu¹²⁰² olan aynî teminat verenin¹²⁰³ mutad mesken / işyeri / yerleşim yeri hukuku uygulanacaktır. Bu hak taşınmaz üzerinde inşa ediliyorsa, bu hukukî ilişkiye MÖHUK m. 25 uyarınca, taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanır. Ancak teminat ilişkisinin konusunu oluşturan bu sınırlı aynî hak (rehin veya ipotek hakkı) kurulduktan sonra, artık MÖHUK m. 21 uyarınca işlem anında malın bulunduğu yer hukuku uygulama alanı bulacaktır¹²⁰⁴.

b) Şahsî teminat sözleşmeleri

Şahsî teminat sözleşmelerinde ise, teminat veren, temin ettiği hususun yerine getirilmemesi durumunda, tüm malvarlığı ile sorumludur¹²⁰⁵. Bu sözleşmelerde, temin verenin borcu, temin ettiği hususun yerine getirilmemesi (rizikonun gerçekleşmesi) durumunda oluşan zararın giderilmesini sağlamaktır. Şahsî teminat

¹¹⁹⁷ YAVUZ, s. 823.

¹¹⁹⁸ MK m. 954'te başkasına devredilebilen alacaklar ve diğer haklar üzerinde rehin kurulabileceği belirtilmiştir. Hak ve alacaklar üzerinde rehinle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. M. Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ / Saibe OKTAY - ÖZDEMİR, **Eşya Hukuku**, 11. Bası, İstanbul 2006, s. 814, vd.

¹¹⁹⁹ Nitekim, örneğin rehin hakkı tesis edildikten sonra, rehin temin ettiği borcun ödenmemesi durumunda, alacaklı rehin konusu hakkı paraya çevirmek yoluyla zararını karşılayabilecektir (OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 796). Dolayısıyla, aynî teminat verenin -rehin hakkı tesis etmek haricinde- alacaklının zararını karşılamak üzere herhangi bir başka işlem yapmasına gerek yoktur.

¹²⁰⁰ OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY - ÖZDEMİR, s. 793.

¹²⁰¹ Rehin cirosu (tasarruf işlemi), kıymetli evrakla ilgili TTK'da düzenlenen özel kanunlar ihtilafı kurallarına tâbi olacaktır. Ancak bir sözleşmeden doğan rehin cirosu yapma borcuna, sözleşmenin tâbi olduğu hukuk uygulanacaktır.

¹²⁰² Marka rehin sözleşmesinde, karakteristik edimin marka rehni kurma borcu olduğu yönünde, bkz. TÜZÜNER, s. 120.

¹²⁰³ Bu tarafı, sözleşmenin zayıf tarafı olarak görmek doğru değildir (TÜZÜNER, s. 107).

¹²⁰⁴ Bu hüküm çalışmamızın kapsamında yer almadığı için, bu konuda daha ayrıntılı bir incelemeye girişmeyeceğiz.

¹²⁰⁵ YAVUZ, s. 823.

sözleşmelerinde, teminat veren, rizikonun gerçekleşmesi durumunda, alacaklının oluşan zararının tümünü, bir kısmını veya belli bir sınıra kadar olan bölümünü karşılamakla yükümlüdür.

İşte bu özelliği nedeniyle, teminat sözleşmelerindeki karakteristik edim borçlusu rizikonun gerçekleşme olasılığını (riski) üzerine alan ve bu ihtimalde alacaklının zararını karşılamayı taahhüt eden taraftır. Şahsî teminat sözleşmelerinde, riski üzerine alan taraf, rizikonun gerçekleşmesi durumunda belli bir miktar para ödeyecek olsa da, bu tarafın borcunun bir para borcu olduğu söylenemez. Gerçekten de, az önce belirttiğimiz üzere, bu kişinin borcu riski üstlenme ve riskin gerçekleşmesi durumunda alacaklının zararını karşılama borcudur. Bu hukukî ilişkide, karakteristik edimin, temin edenin borcu olduğu MÖHUK Tasarısı Madde Gereççeleri'nde de belirtilmiştir¹²⁰⁶.

Sonuçta, teminat sözleşmelerinde karakteristik edim teminat verenin borcu olacağı için, uygulanacak hukuk da MÖHUK m. 24 / f. 4 uyarınca, teminat verenin mutad meskeni / işyeri / yerleşim yeri hukukudur¹²⁰⁷.

Bir teminat sözleşmesi olan sigorta sözleşmesini¹²⁰⁸ incelerken, sigorta sözleşmesine karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanmasının yerindeliği üzerine tereddütlerimizi belirtmiştik. Benzer kaygılar, diğer teminat sözleşmeleri açısından da geçerlidir.

Gerçekten de teminat sözleşmelerinde, rizikonun gerçekleşmesi durumunda temin eden ile alacaklı arasındaki (örneğin kefil ile alacaklı arasındaki) hukukî ilişki ile riziko olarak kabul edilen hukukî ilişkinin (örneğin lehine kefil olunan borçlu ile alacaklı arasındaki hukukî ilişki) farklı hukuklara tâbi olması, hem ilk aşamada sorumluluk hukukuna ilişkin taleplerin doğması, defî ve itirazların ileri sürülmesi, hem de ikinci aşamada rücu ve halefiyet ilişkisi¹²⁰⁹ açısından kimi uyumsuzluk ve

¹²⁰⁶ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Madde Gereççeleri, s. 9. Gereççe'de bu sonuca genel olarak teminat sözleşmeleri üzerinden değil, kefalet ve garanti sözleşmeleri örnek gösterilerek ulaşılmıştır.

¹²⁰⁷ Banka teminat mektuplarında açısından karşı. ŞANLI / EKŞİ, s. 199.

¹²⁰⁸ YAVUZ, s. 823.

¹²⁰⁹ Halefiyet ilişkisine temeldeki sözleşmeye (halefin itfa ettiği borcun kaynaklandığı sözleşme) uygulanacak hukukun uygulanacağı yönünde, DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 47.

tutarsızlıklara sebep olabilir¹²¹⁰. Özellikle kefalet sözleşmesinde bu uyumsuzluk daha derin olarak hissedilecektir; çünkü kefalet sözleşmesindeki üçlü ilişki hukuk düzenlerinde farklı bir şekilde dengelenmiş olabilir. Örneğin, bu üçlü ilişkide kefilin, alacaklının asıl borçluya karşı olan haklarına halef olması kanunda düzenlenmiş bir borçtur (BK m. 496). Kefilin borcu ile asıl borçlunun borcunun farklı hukuklara tâbi olmasının yaratacağı bir diğer sorun ise, kefilin borcu ile asıl borçlunun borcu arasındaki ilişkidir: kefilin borcu, asıl borçlunun borcunun fer'îsidir¹²¹¹ ve asıl borçlunun borcuna göre talî niteliktedir¹²¹². Ancak farklı hukuk düzenleri, bu noktada farklı çözümler benimsemiş olabilir.

Kefalet sözleşmesinin hüküm doğurması bile asıl borç ile alacaklı arasındaki hukukî ilişkinin kaderine bağlı iken, kefalet sözleşmesine kural olarak karakteristik edim borçlusunun hukukunun uygulanması kanımızca yerinde olmayacaktır¹²¹³. Her ne kadar taraflar uygulanacak hukuku seçebilse de, kural olarak kefalet sözleşmesine lehine kefil olunan alacaklı ile asıl borçlu arasındaki hukukî ilişkinin tâbi olduğu hukukun uygulanması, bizce olması gereken hukuk açısından daha yerinde bir yaklaşım teşkil ederdi¹²¹⁴. Böylece kefalet sözleşmesinin bu kadar sıkı bir şekilde bağlı olduğu temel sözleşmeden farklı bir hukuk, kural olarak, bu hukukî ilişkiye uygulanmamış olurdu¹²¹⁵ ve temel sözleşme ile kefalet sözleşmesi arasında doğabilecek olası bir uyumsuzluğun önüne geçilebilirdi¹²¹⁶.

Yine de, kefalet sözleşmesinin karakteristik edim borçlusu olan kefilin hukukuna tâbi tutulmasının çok da yersiz bir tercih olduğu söylenemez. Kefiller genellikle zayıf taraftır; bu nedenle de birçok hukuk sisteminde özel olarak korunmaktadırlar. Kefalet sözleşmesine kefilin hukukunun uygulanması sayesinde, kefilin kendi hukukundaki koruma hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. Ancak

¹²¹⁰ Aynı yönde, SARGIN, **Karakteristik**, s. 69.

¹²¹¹ YAVUZ, s. 829, vd.; DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 208; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 96; Hüseyin Murat DEVELİOĞLU, **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul 2009, s. 112.

¹²¹² YAVUZ, s. 830; DEVELİOĞLU, s. 97, vd.

¹²¹³ Aksi görüşte, VISCHER, s. 188; NOMER, s. 322; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 96.

¹²¹⁴ Aksi görüşte, TEKİNALP, **Bağlama**, s. 382.

¹²¹⁵ MAYER / HEUZE, kefalet sözleşmesi gibi fer'î sözleşmelerde tarafların asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması yönünde bir zımnî iradelerinin olduğunu belirtmektedir (MAYER / HEUZE, s. 542). Biz bu görüşe katılmıyoruz. Kanaatimizce burada olsa olsa farazî irade tespit edilebilir, ki böyle bir irade MÖHUK m. 24 / f. 1 kapsamında etkisizdir.

¹²¹⁶ Aynı sonuca Restatement II m. 194'te de ulaşılmıştır. Bu hükme göre kefalet sözleşmesine uygulanacak hukuk, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki hukukî ilişkiye uygulanacak hukuktur.

buradaki koruma, tüketici veya iş sözleşmelerinde olduğu gibi değildir; çünkü kefalet sözleşmesine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilir. Dolayısıyla, taraflar bu sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilir ve kefilin hukukunun koruyucu hükümlerinin uygulanmamasını sağlayabilir.

Kanaatimizce, garanti sözleşmesine uygulanacak hukukun temel ilişkiye göre belirlenmesi yönünde bir görüş ise, pek de sağlam temellere oturmayacaktır¹²¹⁷. Her ne kadar bu sözleşme ile de kural olarak üçlü bir ilişki kuruluyor ise de, bu üçlü ilişki, kefalet sözleşmesinde olduğu gibi birbirine sıkı sıkıya bağlı değildir. Nitekim, garantör ile edimi garanti edilen kişi arasındaki hukukî ilişki, çoğunlukla bir kontrgaranti sözleşmesi¹²¹⁸ ile düzenlenmektedir. Üstelik garantörün borcu, tâli bir borç olsa bile¹²¹⁹, asıl borçlunun borcundan bağımsızdır¹²²⁰. Bu nedenle garanti ilişkisinde, garanti sözleşmesi ile temeldeki sözleşme arasında, birbirlerinin geçerliliğini etkileyecek bir bağ yoktur¹²²¹. Garanti sözleşmesi açısından önem teşkil eden husus, taahhüt edilen sonucun gerçekleşip gerçekleşmemesidir. Garanti sözleşmesinin bu yapısı karşısında, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2 düzenine göre belirlenecek hukukun bu sözleşmeye uygulanmasında, kanaatimizce, herhangi eleştirilebilecek bir nokta bulunamaz¹²²². Gerçekten de, ne garanti sözleşmesinin hukukî niteliği itibariyle karakteristik edim borçlusunun hukukundan farklı bir hukukla daha sıkı ilişkide olduğunu, ne de garanti sözleşmesine hukuk politikası olarak başka bir hukukun uygulanması gerektiğini düşünüyoruz¹²²³. Sonuç olarak garanti sözleşmesine garanti verenin işyeri hukuku uygulanacaktır¹²²⁴.

¹²¹⁷ Aksi yönde görüşler olduğu yönünde, bkz. ELWAN, s. 161.

¹²¹⁸ Kontrgaranti sözleşmesine kural olarak kontrgaranti verenin hukukunun uygulanacağı yönünde, ELWAN, s. 147, vd.; Vahit DOĞAN, **Banka Teminat Mektupları**, 2. Bası, Ankara 2002 (**Banka**), s. 316. Bununla beraber ELWAN doktrinde kontrgaranti sözleşmesine uygulanacak hukukla ilgili -başta garanti sözleşmesine uygulanacak hukukun uygulanması olmak üzere- çeşitli görüşler bulunduğunu belirtmiştir (bu görüşler için, bkz. ELWAN, s. 160, vd.).

¹²¹⁹ DEVELİOĞLU, s. 97, vd.

¹²²⁰ DEVELİOĞLU, s. 114, vd.

¹²²¹ DEVELİOĞLU, s. 115.

¹²²² Bu sözleşmeye garanti verenin hukukunun uygulanacağı yönünde, TEKİNALP, **Bağlama**, s. 381.

¹²²³ Aynı yönde, VISCHER, s. 188.

¹²²⁴ ELWAN, s. 143; RIGAUX / FALLON, s. 867.

DOĞAN, garanti sözleşmelerinde karakteristik edimin garantörün edimi olduğu ve garanti statüsünün de garantörün hukukunun olduğunu belirtmiştir (DOĞAN, **Banka**, s. 313, vd.).

4. Alacağın temliki ve faktoring sözleşmeleri

Alacağın temliki, Türk hukukunda BK m. 162, vd.'nda öngörülmüştür. Alacağın temliki rızaî olabileceği gibi (BK m. 162-163), kanunî veya kazaî de olabilir (BK m. 164). Rızaî temlik bir sözleşme olarak yapılmaktadır.

Alacağın temliki ile alacaklı, borçludan olan alacağını bir başka şahsa temlik eder. Bu sözleşme alacaklı ile söz konusu diğer şahıs arasında yapılmaktadır. Ancak bu sözleşme, alacaklıya, alacağını bu diğer şahsa geçirme borcu yüklememektedir; çünkü alacağın temliki zaten bir tasarruf işlemidir¹²²⁵. Dolayısıyla, alacağın temliki sözleşmesi ile alacağı geçirme borcu yüklenmeden, tasarruf gerçekleşir.

Öte yandan BK m. 163 / f. 2'de öngörülen alacağın temlikinin vadedilmesi bir borçlandırıcı işlemdir. Bu borçlandırıcı işlemin tek borçlusu alacağını temlik etmeyi vadeden kişidir; dolayısıyla karakteristik edim borçlusu da yine bu kişidir. Dolayısıyla, kural olarak, alacağın temliki vaadi sözleşmesine MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 2'ye göre alacağı temlik edecek kişinin hukuku uygulanmalıdır. Bununla beraber, temliki vadedilen alacak zaten daha önce var olan bir borç ilişkisinden doğduğu için somut olayda alacağın temlikinin vaadini öngören hukukî ilişkinin, daha önceden var olan borç ilişkisi ile daha sıkı ilişkide olması kuvvetle muhtemeldir.

Roma Konvansiyonu m. 12'de bir alacağı temlik eden ile temlik alan arasındaki borçlara uygulanacak hukukun, bu iki taraf arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi olduğu belirtilmiş (m. 12 / f. 1), ancak temlik edilen (borçlu ile alacaklı arasındaki) alacağa uygulanan hukukun alacağın temlik edilebilirliğine, temlik alan ile asıl borcun borçlusu arasındaki ilişkiye, temlik borçluya ileri sürülme şartlarına ve borçlunun yapacağı ifanın borcunu hangi koşullarda sona erdireceğine uygulanacağı düzenlenmiştir (m. 12 / f. 2)¹²²⁶. Konvansiyon'da böylece, alacağın temlikinde hem temlik eden ile alan arasındaki ilişki öngörülmüş, hem de temlik alan ile borçlu arasındaki ilişki özel olarak düzenlenmiştir.

Roma I Tüzüğü m. 14, Konvansiyon'daki hükme paralel bir düzenleme öngörmüştür.

¹²²⁵ OĞUZMAN / BARLAS, s. 160; EREN, s. 1180.

¹²²⁶ Roma Konvansiyonu'nun hazırlanmasından önce, bu görüş BATIFFOL tarafından da benimsenmişti (BATIFFOL, s. 668, vd.).

Öte yandan İsviçre hukukunda İMÖHK m. 145, alacağın temlikini önce tarafların seçtiği hukuka tâbi kılmış, böyle bir seçim olmaması durumunda ise, temlik edilen alacağa uygulanan hukuka tâbi kılınmıştır. Bu hukuk seçiminin borçluya karşı ileri sürülebilmesi, onun rızasına bağlanmıştır. Öte yandan, temlik eden ile temlik alan arasındaki ilişkiye münhasır sorunların, temlikin kaynağını oluşturan hukukî ilişkiye uygulanacak hukuka tâbi olduğu belirtilmiştir.

AB hukukunda, temlik alan ile temlik eden arasındaki ilişki, temlik alan ile borçlu arasındaki ilişkiden açık olarak ayrı bir şekilde düzenlenirken, İsviçre hukukunda biraz daha karmaşık bir sistem benimsenmiştir. Ancak bu sistemin yeterince açık olmadığını ileri sürmek, kanaatimizce, mümkün olmayacaktır.

Alacağın temlikinin sebebe bağlı mı, yoksa soyut bir işlem mi olduğu doktrinde tartışmalı da olsa¹²²⁷, OĞUZMAN / BARLAS alacağın temlikinin soyut bir işlem olduğunu kabul eder¹²²⁸. Her ne kadar, alacağın temliki soyut bir işlem olabilse de, pratikte çoğu kez temlikin, temlik alan ve temlik veren arasındaki temel bir ilişkiden kaynaklanacağı kabul edilmelidir. Bu nedenle, alacağın temliki yönünde tasarruf işlemi yapılması borcunu doğuran temeldeki ilişkiye (örneğin alacağın temliki vaadine) uygulanacak hukukun temlik alan ve temlik eden arasındaki ilişkiye uygulanması (AB hukuku sistemi) kanımızca oldukça mantıklıdır¹²²⁹.

Örneğin faktoring sözleşmesinde, faktoring şirketinin müşterinin alacaklarını tahsil edebilmesi için bu kişinin alacaklarını temlik etmesi gerekir. Faktoring sözleşmesi bir tüketici sözleşmesi niteliğinde değilse, bu hukukî ilişkiye MÖHUK m. 24 uygulanacaktır. Faktoring sözleşmesinde müşteri, faktoring şirketinin sağladığı bir hizmetten yararlanmaktadır. Bu sözleşmede karakteristik edim borçlusunun faktoring şirketi olması konusunda şüphe duyulmamalıdır¹²³⁰. İşte bu nedenle faktoring sözleşmesine, hukuk seçimi yapılmaması durumunda, faktoring şirketinin işyeri hukuku uygulanacaktır. Bu sözleşmenin bir kısmı olan alacağın temlik edilmesi yükümlülüğüne ayrı bir hukukun uygulanması taraflarca kararlaştırılabilir.

¹²²⁷ OĞUZMAN / BARLAS, s. 161, dn. 183'teki yazarlar; EREN, s. 1183, dn. 33 ve 36'daki yazarlar. AKINCI, alacağın temlikinin sebebe bağlı bir işlem mi, yoksa soyut bir işlem mi olduğuna devredilmek istenen alacağa uygulanacak hukukun uygulanacağını belirtmiştir (AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 61).

¹²²⁸ OĞUZMAN / BARLAS, s. 162. Aksi görüşte, EREN, s. 1181, vd.

¹²²⁹ Aynı görüşte, AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 61; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 58.

¹²³⁰ GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 104, 178; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 398; ŞANLI / EKŞİ, s. 144.

Bunun yapılmaması durumunda, alacağın temlik edilmesi borcu da bu sözleşmenin bir parçası olduğu için, bu borca ve temlik eden ile temlik edilen arasındaki borçlara da faktoring şirketinin işyeri hukuku uygulanacaktır. Bu sonuca gerek MÖHUK m. 24 yoluyla, gerekse de AB hukuku yoluyla (örneğin Roma Konvansiyonu m. 12 / f. 1) ulaşmak mümkündür.

AB hukukunda bundan sonraki aşama için, yani faktoring şirketinin borçlunun edimini temlik alıp tahsil etmesi ile ilgili, söz konusu alacağın temlik edilebilir nitelikte olup olmaması, bu iki taraf arasındaki ilişki, borçluya karşı temlikin ileri sürülmesinin şartları, borçlunun def'ileri ve borçlunun borcundan kurtulması Roma Konvansiyonu m. 12 / f. 2 ve Roma I Tüzüğü m. 14 / f. 2'de düzenlenmiştir. Buna göre, uygulanacak hukuk temlike konu daha önce doğmuş alacağa uygulanacak hukuktur. İsviçre hukukunda da, İMÖHK m. 145 / f. 1'e göre zaten alacağın temlikine, daha önce doğmuş ilişkide uygulanan hukuk kural olarak uygulanır; bir hukuk seçimi yapılmışsa da, bu hukuk seçimi ancak borçlunun rızasının alınması durumunda, ona karşı ileri sürülebilir.

Türk hukukunda ise, bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır¹²³¹. Ancak temlike konu alacak herhangi bir nitelik değiştirmediğine, sadece bu alacağın alacaklısı değiştiğine göre, borçlu ile alacağı temlik alan arasındaki ilişkiye, borçlu ile alacağı temlik edenin borç ilişkisine uygulanacak hukuk uygulanır¹²³². Dolayısıyla, Türk hukukuna göre de, alacağı temlik alanla (örneğin faktoring şirketi) borçlu arasındaki ilişkiye, borçluya karşı temlikin ileri sürülüp sürülemeyeceğine¹²³³, borçlunun ileri sürebileceği def'lere ve borçlunun borcunu nasıl ifa edebileceğine temlik edilen alacağa uygulanmakta olan hukuk uygulanacaktır. Dolayısıyla, Türk hukukunda herhangi bir özel kanunlar ihtilafı kuralının yokluğunda, alacağın temlikine uygulanacak hukuk ile ilgili olarak, aslında AB hukukunda belirlenen kuralla aynı sonuca ulaşılır.

Alacağın temlikine ve temlikin sonuçlarına uygulanacak hukukun bu şekilde belirlenmesine getirilebilecek tek eleştiri, bu sistemin, alacağı temlik eden ve alacağı temlik alan ile alacağı temlik alan ve borçlu arasındaki ilişkide dikotomi (ikilik)

¹²³¹ TEKİNALP, **Bağlama**, s. 467.

¹²³² ULUOCAK, s. 196, vd.

¹²³³ Bu husus için aynı görüşte, AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 61; TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 58.

yaratmasıdır. İsviçre hukukundaki düzenlemenin bu dikotomiye çözmeyi çalıştığı ileri sürülebilir. Ancak sonuçta her iki hukukî ilişki de farklı hukukî ilişkilerdir ve bu iki hukukî ilişkinin aynı hukuka tâbi kılınmaya çalışılması kimi başka sorunlar yaratacaktır. Gerçekten de, İMÖHK m. 145'te alacağın temlik edilmesine bir yandan temlik edilen alacağa uygulanacak hukukun uygulanacağı belirtilmiş, öte yandan münhasıran temlik eden ve alan arasındaki ilişkiye kendi aralarındaki temeldeki hukukî ilişkinin uygulanacağını belirtmesi ile, aynı dikotomiye düşülmüştür.

Doktrinde, alacağın temlikinin genel olarak temlik edilen alacağın statüsüne tâbi kılınması gerektiği belirtilmiştir¹²³⁴. Bununla beraber, temlik kanundan kaynaklanıyorsa, bu durumda, temlike "*temlik sebebi statüsü*"nın uygulanması gerektiği belirtilmiştir¹²³⁵. Kanaatimizce, devreden alacaklı ile devralan alacaklının ilişkisini devredilen alacağa uygulanan hukuka tâbi kılmanın bir anlamı yoktur. Üstelik bu ilişkiye MÖHUK m. 24 uygulanacağına göre, kanaatimizce, bu yönde bir önerinin teknik bir sebebe dayanması da mümkün değildir.

5. Borcun nakli

Borcun nakli taahhüdü sözleşmesine (BK m. 173'te düzenlenen sözleşme) uygulanacak hukuk da alacağın temlikine benzer bir yöntemle tespit edilecektir. Borcun nakli taahhüdü sözleşmesine uygulanacak hukuk genellikle borcu üstlenenin hukuku olacaktır¹²³⁶.

Alacaklı ile borcu üstlenen kişi arasında yapılan borcun nakli sözleşmesine de (BK m. 174, vd.'nda düzenlenen sözleşme), aynı şekilde, karakteristik edim borçlusu borcu üstlenen kişi olduğu için, borcu üstlenen kişinin hukuku uygulanır. Bu sözleşme kapsamında borcu üstlenen kişi ile eski borçlu ve alacaklı ile eski borçlu arasındaki hukukî ilişkiye (alacaklı ile eski borçlunun borcun naklinden sonra birbirine karşı olan haklarına) ise, temeldeki sözleşmeye (alacaklı ile eski borçlu arasındaki sözleşme) uygulanan hukuk uygulanır¹²³⁷.

¹²³⁴ TEKİNALP, *Bağlama*, s. 467.

¹²³⁵ TEKİNALP, *Bağlama*, s. 467.

¹²³⁶ DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 46

¹²³⁷ TIRYAKIOĞLU, *Satım*, s. 58

Her halûkârda borcun nakledilip nakledilemeyeceği borcun statüsüne, yani alacaklı ile eski borçlu arasındaki sözleşmeye tâbidir.

6. İnançlı temlik

İnançlı işlem, "*inanana adı verilen bir şahsın [...] inanılan adı verilen bir şahsa inanca olarak kazandırması*"dır¹²³⁸. İnançlı işlem iki temel konuda anlaşmadan oluşur. Bunlardan ilki, inanca konusu hakkın devri yönündeki anlaşmadır; diğeri ise, devredilen hakkın nasıl kullanılacağı, taraflar arasındaki hakların neler olduğunu belirleyen inanca anlaşmasıdır¹²³⁹. Bu iki anlaşma, tek bir sözleşmesel ilişki çerçevesinde meydana gelmektedir. Dolayısıyla, söz konusu iki anlaşmaya aynı hukukun uygulanması sadece yerindelik açısından değil, hukuk tekniği açısından da doğru olacaktır.

Kanaatimizce bu sözleşmesel ilişkideki karakteristik edim, inanılanın inanca anlaşmasında üstlendiği edimdir. Bu edim devredilen hakların nasıl yönetileceğini ve ne zaman inanana veya üçüncü bir kişiye temlik edileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla, uygulanacak hukuk, inanılanın hukukudur.

Yalnız bu noktada, devredilen hakların niteliğine dikkat edilmesi gerekir. İnançlı işlemlerde sıkça bir taşınmazın devri söz konusu olabilmektedir. MÖHUK m. 25'e göre taşınmazın devrine taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Taraflar arasındaki inanca anlaşması da, taşınmazın hem nasıl kullanılacağını, hem de ileriki bir tarihte devrini öngördüğü için, inanca anlaşmasına da, MÖHUK m. 25'te belirlenen hukuktan farklı bir hukukun uygulanması söz konusu olamayacaktır.

¹²³⁸ Ergun ÖZSUNAY, **Türk hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler**, Doktora Tezi, İstanbul 1968, s. 1.

¹²³⁹ ÖZSUNAY, s. 85. Karş. Ahu AYANOĞLU MORALI, **Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2006, s. 15.

III. SÖZLEŞMEYE UYGULANAN HUKUKUN TATBİKİNİ ENGELLEYEN MEKANİZMALAR

Milletlerarası özel hukuk düzeninde kanunlar ihtilafı kurallarına göre sözleşmeye uygulanması gereken hukukun tatbikinin engellenmesi iki şekilde karşımıza çıkabilir. Bunlardan biri, kanunlar ihtilafı kuralının uygulanmasının engellenmesi (A), diğeri de kanunlar ihtilafı kuralının yetkili kıldığı hukukun ulaştığı sonucun engellenmesidir (B).

A. Kanunlar İhtilafı Kuralının Uygulanmasının Engellenmesi

Çalışmamızın giriş bölümünde, milletlerarası özel hukuk sisteminde belli bir uyumsuzlığa uygulanacak kuralların saptanmasının üç farklı yöntemle yapıldığını belirtmiştik. Kanunlar ihtilafı kuralları haricinde, bir uyumsuzlığa maddî milletlerarası özel hukuk kuralları ve doğrudan uygulanan kuralların da uygulanması söz konusu olabilir. Bu yöntemlerin ayrı ayrı incelenmesi ve yöntemler arasındaki ilişkiler bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır.

Öte yandan gerek uluslararası antlaşmalar (MÖHUK m. 1 / f. 2), gerekse de doğrudan uygulanan kurallar (MÖHUK m. 6 ve 31), uyumsuzlığa kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını engelleyebilir. İşte, biz de MÖHUK m. 24'ün tatbiki üzerindeki etkisi nedeniyle bu iki hususa değineceğiz.

1. Uluslararası antlaşmalar

MÖHUK m. 1 / f. 2'ye göre, MÖHUK'taki düzenleme Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların hükümlerinin uygulanmasını engellemeyecektir. Bu nedenle, uyumsuzlığa konu hukukî ilişkiyle ilgili bir uluslararası antlaşma varsa, bu antlaşma uygulama alanı bulacak ve uyumsuzluk bu antlaşmanın hükümlerine göre çözülecektir.

Uluslararası antlaşmaların MÖHUK m. 24'ün uygulamasının iki yolla önüne geçmesi mümkündür. Bunlardan ilki, uluslararası antlaşmanın belli bir hukukî

ilişkiye özgü kanunlar ihtilafı kuralı öngörmesidir (örneğin 1955 tarihli Maddî Menkul Eşyaların Milletlerarası Nitelikte Satımı Hakkında Konvansiyon). Bir diğer yol ise, uluslararası antlaşmanın, bir konuya özgü maddî kurallar getirmesidir (örneğin VSA).

Hemen belirtelim ki, her ne kadar uluslararası antlaşmanın kapsamına giren konulara MÖHUK m. 24 uygulanmayacak ise de, MÖHUK m. 24'ün bu hukukî ilişkiye tamamen uygulanmayacağını söylemek güç olacaktır; çünkü taraflar arasındaki hukukî ilişkinin ilgili uluslararası antlaşmanın kapsamına girmeyen kısımlarına uygulanacak hukuk yine MÖHUK m. 24 vasıtasıyla saptanacaktır. Örneğin uyuşmazlık bir milletlerarası satım sözleşmesinden kaynaklanıyorsa ve VSA'nın uygulanma şartları gerçekleşmişse, uyuşmazlığın VSA'ya göre çözümlenmesi söz konusu olacaktır. VSA, bu uyuşmazlıkta aslında bir maddî milletlerarası özel hukuk kuralı olarak uygulanacaktır¹²⁴⁰. Hukuk sisteminde bulunan diğer maddî milletlerarası özel hukuk kuralları gibi, VSA da özel kanun niteliğindedir¹²⁴¹; dolayısıyla VSA'da öngörülen hükümlerin uyuşmazlığa uygulanması önceliklidir. Ancak satım sözleşmesinin VSA'nın kapsamına girmeyen unsurlarından doğan bir uyuşmazlık çıktığında veya çıkan uyuşmazlığın bu unsurlara da yayılması durumunda, bu unsurlara uygulanacak hukuk, kural olarak MÖHUK m. 24 uyarınca saptanacaktır.

Bu noktada, VSA açısından belirtmekte yarar görüyoruz ki, bu konvansiyon çoğu maddî milletlerarası özel hukuk kuralı gibi, tarafların uygulanmamasını kararlaştırabileceği bir konvansiyondur (VSA m. 6).

Öte yandan, hukuk sisteminde emredici nitelikte maddî milletlerarası özel hukuk kuralları ve uluslararası antlaşma hükümleri de bulunmaktadır. Bunlardan biri, Kara Yoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Hakkında Konvansiyon'dur¹²⁴². Konvansiyon'un uygulanmasını engelleyen anlaşmalar kesin hükümsüzdür (m. 41).

¹²⁴⁰ Maddî milletlerarası özel hukuk kuralları arasında Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ve sınırışan işlem ve ilişkiler için özel bir düzenleme ortaya koyan kimi uluslararası konvansiyonların da bulunduğu yönünde, bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s. 15; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 58.

İç hukuktaki kurallar genellikle yabancılık unsurunu öngörmediği için, yabancılık unsuru, daha doğrusu milletlerarası nitelik taşıyan hukukî işlemler ve ilişkiler, çoğunlukla yeknesak maddî kurallar öngören antlaşmalar tarafından düzenlenmektedir (BATIFFOL / LAGARDE, s. 421).

¹²⁴¹ DEMİR GÖKYAYLA, s. 282.

¹²⁴² Türkiye Konvansiyon'u 1995'te onaylamıştır ("http://www.unece.org/trans/conventn/legalinst_25_OLIRT_CM.html").

Dolayısıyla, tarafların bu tip hükümlerin aksini kararlaştırması yasaktır¹²⁴³. İşte bu tip emredici nitelikte maddî milletlerarası özel hukuk kuralları ve uluslararası antlaşma hükümleri -hükümün uygulandığı ölçüde- MÖHUK m. 24'ün tatbikini engelleyecektir.

2. Doğrudan uygulanan kurallar

"Doğrudan uygulanan kural" kavramı ilk kez 1958 yılında FRANCESKAKIS tarafından kullanılmış¹²⁴⁴, ilerleyen yıllarda ise geniş ölçüde kabul görmüş ve hukuk düzenlerinde yer edinmiştir¹²⁴⁵. Doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilafı mekanizmasından (dolayısıyla MÖHUK m. 24'ten) bağımsız olarak uygulanır¹²⁴⁶. Eski MÖHUK'tan farklı olarak¹²⁴⁷, MÖHUK m. 6'da Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, m. 31'de ise üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının doğuracağı etki düzenlenmiştir¹²⁴⁸.

Hemen belirtelim ki, bu iki hükümün uygulama alanı ile ilgili önemli bir fark bulunmaktadır. MÖHUK m. 6, Kanun'un genel düzenlemesinde yer alır ve her türlü hukukî ilişkide uygulama alanı bulabilir. MÖHUK m. 31 ise, hem lafzından, hem de kanun sistematigindeki yerinden de anlaşılacağı üzere, sadece sözleşmesel ilişkilerde uygulama alanı bulabilir ve örneğin haksız fiillerde uygulanması söz konusu olamaz¹²⁴⁹.

¹²⁴³ LOQUIN, s. 448.

¹²⁴⁴ Phocion FRANCESKAKIS, "*Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*", **RCDIP**, C. 55, S. 1, Ocak-Mart 1966, s. 1-18 (**RCDIP**), s. 1 ve s. 1, dn. 1.

¹²⁴⁵ Doğrudan uygulanan kural kavramının karşılaştırmalı hukukta gelişimi ilgili olarak, bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 1, vd.

¹²⁴⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 27; TURHAN, s. 142; ENONCHONG, s. 635.

Hangi hukuk uygulanırsa uygulansın, bu kuralların uygulama alanı bulacağı yönünde, bkz. AKINCI, **Public Policy**, s. 432. Bu kuralların, bağlanma kurallarını "ilga" ettiği yönünde, bkz. RIGAUX / FALLON, s. 823; SAKMAR, s. 357.

¹²⁴⁷ Eski MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kurallarla ilgili bir hüküm bulunmadığı, yine de doğrudan uygulanan kuralların dikkate alınması gerektiği yönünde, bkz. EKŞİ, **İŞ**, s. 138. Ayrıca, bkz. SAKMAR, s. 322, vd.

¹²⁴⁸ Yeni MÖHUK'un hazırlanmasından önce, ÖZDEMİR KOCASAKAL, doğrudan uygulanan kuralların yasal bir düzenlemeye kavuşturulmasının gerektiğini belirtmiştir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 213).

¹²⁴⁹ Zeynep Derya TARMAN, "*5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*", **BATİDER**, C. 26, S. 2, Haziran 2010, s. 5-32 (**Akit Dışı**), s. 16, vd.

a) Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları

Hukuk düzeninde uygulaması kanunlar ihtilafı sistemine bağlı olmayan ve uygulama alanı tek taraflı olarak belirlenen kurallar bulunmaktadır¹²⁵⁰. Bu kurallar, maddî milletlerarası özel hukuk kurallarından ayrışır. Maddî milletlerarası özel hukuk kuralları, sınıraşan ilişkiler için öngörülen kurallar iken¹²⁵¹, doğrudan uygulanan kurallar bu tip hukukî ilişkilere de sirayet eden, ancak birer iç hukuk normu olan kurallardır¹²⁵². Maddî milletlerarası özel hukuk kuralları ile doğrudan uygulanan kuralların amaçları da birbirinden farklıdır¹²⁵³.

MÖHUK m. 24'e göre etkisi kabul edilen bir hukuk seçimi yapıldığında, bu hukuk seçimi yapılmıyaydı uygulanacak hukukun ve *lex fori*'nin emredici hukuk kurallarının sözleşmeye uygulanmasının önüne geçilmektedir¹²⁵⁴. Aynı şekilde, hukuk seçimi yapılmayıp uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 / f. 4'teki objektif kurala göre tespit edildiğinde de, yine *lex fori*'nin emredici hukuk kuralları uygulanmayacaktır.

Ancak bir devletin siyasî, ekonomik ve sosyal yapılanması¹²⁵⁵ ile kamu yararını korumak amacını güden kuralların uygulanması¹²⁵⁶ hukuk seçimi yapılarak veya

¹²⁵⁰ Phocion FRANCESKAKIS, "Lois d'application immédiate et règles de conflit", **RDIPP**, C. 3, 1967, s. 691-698 (**RDIPP**), s. 695.

¹²⁵¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 25.

¹²⁵² ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 26; FERRY, s. 94.

¹²⁵³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 26.

¹²⁵⁴ VERHAGEN, s. 135, 145. Benzer yönde, SARGIN, **Lisans**, s. 124, vd.

¹²⁵⁵ Yarg. HGK. E. 1989/10-316, K. 1989/411, T. 7.6.1989 (Kazancı İçtihat Bankası) kararında sosyal güvenliğe ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanan kurallar olduğu belirtilmiştir. Oysa zaten kanunlar ihtilafı kuralları sosyal güvenlik alanına müdahale etmez; sosyal güvenliğe ilişkin kuralların kendine has bir uygulama alanı vardır. Millî hukukta öngörülen sosyal güvenliğe ilişkin kuralların kendine has uygulama alanı dışındaki hususlara bu kuralların müdahalede bulunması mümkün değildir (BATIFFOL / LAGARDE, s. 419).

¹²⁵⁶ Doğrudan uygulanan kurallar, gözetilmesi ülkenin siyasî, sosyal ve ekonomik organizasyonunun korunması için gerekli kurallardır (BATIFFOL / LAGARDE, s. 428; ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 8; FERRY, s. 243; BALKAR, s. 49; kuralların devlet organizasyonuna bağlı olduğu yönünde, bkz. FRANCESKAKIS, **RDIPP**, s. 698; doğrudan uygulanan kuralların arkasında devletin organizasyonu ile yapılandığı siyasî, kültürel, sosyal, ekonomik amaçların bulunduğu yönünde, bkz. FRANCESKAKIS, **RCDIP**, s. 13). Yalnız, bu tanım, tanımın neredeyse tüm kuralları kapsadığı belirtilerek özellikle Fransız doktrininde eleştirilmiştir (eleştiriler için, bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 8, vd.).

Doktrinde, bir kuralın sözleşme taraflarının birbirlerine karşı olan menfaatine hizmet etmesi durumunda değil, kural olarak kamu menfaatine hizmet etmesi hâlinde doğrudan uygulanan kural niteliği kazanacağını belirtilmiştir (NOMER, s. 188; DEMİR GÖKYAYLA, s. 397; TARMAN, **Seçim**, s. 165). NOMER, ayrıca döviz ve dış ticaretle ilgili yasaklayıcı hükümler ve rekabet kanunları ile sözleşme serbestisine getirilen sınırlamaların tipik doğrudan uygulanan kurallar olduğunu belirtmektedir (NOMER, s. 188).

başka bir kanunlar ihtilafı kuralı ile bertaraf edilemez¹²⁵⁷; aksine doğrudan uygulanan kurallar, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını bertaraf eder (kanunlar ihtilafı kurallarına rağmen uygulanır)¹²⁵⁸. Daha doğrusu, doğrudan uygulanan kuralların uygulanması, kanunlar ihtilafı kurallarına bağlı değildir¹²⁵⁹. Aslına bakılırsa, doğrudan uygulanan kuralların, iç hukuklarda yer alan emredici hukuk kurallarının aksine, uluslararası alanda emredici nitelik taşıdığı kabul edilebilir¹²⁶⁰. İşte bu nedenlerle, bir hukukî ilişkiye başka bir hukuk uygulansa da, kamunun yüksek menfaatinin bulunduğu kimi konularda *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları uygulama alanı bulacaktır¹²⁶¹.

Gerçekten de, MÖHUK m. 6, "[y]etkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde", söz konusu doğrudan uygulanan kuralın uygulanacağını belirtmektedir. Dolayısıyla, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, kendi kapsamına giren bir konuda, uyuşmazlık konusu olaya MÖHUK m. 24 uyarınca yabancı hukukun uygulanmasına engel olacaktır.

Ancak doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanı bulabilmesi için, somut olayla söz konusu kurallar arasında bir ilişkinin bulunması gerekir¹²⁶². Örneğin

¹²⁵⁷ MAYER / HEUZE, s. 529; SAKMAR, s. 357; VERHAGEN, s. 135, 145; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 11; DOĞAN, **MHB**, s. 33, vd; DOĞAN, **İş Akdi**, s. 100; EKŞİ, **Roma**, s. 152, vd, özellikle s. 156; EKŞİ, **İş**, s. 137.

¹²⁵⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 27, vd.; Ziya AKINCI, "The Public Policy Concept in Conflict of Laws", **Argumentum**, C. 3, S. 27, Ekim 1992, s. 429-434 (**Public Policy**), s. 432; EKŞİ, **Roma**, s. 157.

BALKAR ise, doğrudan uygulanan kuralların, kanunlar ihtilafı kurallarına göre öncelikli olarak uygulanacağını belirtmiştir (BALKAR, s. 50).

¹²⁵⁹ FRANCESCAKIS, **RCDIP**, s. 4; TURHAN, s. 142; VERHAGEN, s. 136, dn. 6. Benzer yönde, DEMİR GÖKYAYLA, s. 396.

¹²⁶⁰ MAYER / HEUZE, s. 529; AUDIT, s. 677; SAKMAR, s. 357; VERHAGEN, s. 147, dn. 58; GÜNGÖR, **Yakınlık Yaklaşımı**, s. 95; EKŞİ, **İş**, s. 137; SARGIN, **Lisans**, s. 125.

İstisnaî de olsa kimi maddî milletlerarası özel hukuk kurallarının da uluslararası alanda emredici olabileceğini hatırlatalım. GOLDMAN, *transnational* veya uluslararası nitelikteki doğrudan uygulanan kuralların *lex mercatoria*'nın kamu düzenini oluşturduğunu belirtmiştir (GOLDMAN, s. 251).

¹²⁶¹ EKŞİ, **Roma**, s. 156, 166. Doğrudan uygulanan kuralların uygulanacak yabancı hukuktan bağımsız olarak, her halükârda uygulanacağı yönünde, bkz. ENONCHONG, s. 635. Benzer yönde, bkz. MAYER / HEUZE, s. 529.

Bu açıdan doğrudan uygulanan kurallar, emredici hukuk kurallarından ayrılmaktadır: emredici hukuk kuralları ancak sözleşmeye uygulanan hukuka ait iseler uygulama alanı bulabilir; oysa doğrudan uygulanan kurallar uygulama alanlarını kendileri yaratır (MAYER / HEUZE, s. 529).

¹²⁶² ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 33; KASSIS, s. 182; DEMİR GÖKYAYLA, s. 400.

Doğrudan uygulanan kuralın amacının ve işlevinin saptanması gerektiği yönünde, bkz. Mehmet KÖSOĞLU, "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması", **MHB**, C. 28,

Bulgar bir işçi ile bu işçinin Suriye'de çalıştığı şirket arasında doğan ihtilafta, Türk hukukundaki iş ilişkileri ile ilgili doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanı bulması söz konusu olmayacaktır¹²⁶³. Sözleşme ile doğrudan uygulanan kurallar arasında böyle bir ilişki mevcutsa, tarafların hukuk seçimi veya sözleşme serbestisine dayanarak bu kuralların uygulamasından kaçması mümkün olmayacaktır¹²⁶⁴.

b) Yabancı hukukun doğrudan uygulanan kuralları

MÖHUK m. 31'de ise, "[s]özleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabil[ceği]" düzenlenmiştir. Ayrıca bu hükümde, "[s]öz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları[nın] dikkate alın[acağı]" belirtilmiştir.

Fark edileceği üzere, MÖHUK m. 31 hükmü, MÖHUK m. 6 kadar net bir ifade taşımamaktadır¹²⁶⁵. Bu hükmün uygulamasında uyuşmazlığı çözen hakimin değerlendirmesi ve takdiri önem teşkil etmektedir¹²⁶⁶.

MÖHUK m. 31'in uygulama alanı bulması için doğrudan uygulanan hukuk kurallarının uygulanması gereken ülkenin sözleşmeyle veya sözleşmenin konusuyla yakın bir ilişkisinin bulunması gerekir¹²⁶⁷. Ancak buradaki yakın ilişki, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 1 ve 3'te yer alan sıkı ilişkili hukuktan farklıdır. MÖHUK m. 31'deki sıkı

S. 1-2, 2008, s. 149-172, s. 151. ÖZDEMİR KOCASAKAL da, "[h]er doğrudan uygulanan kuralın uygulama alanı[nın] bireysel olarak ve öngördüğü amacın gerçekleşmesini sağlayacak kriterler[er]" göre belirleneceğini ifade etmiştir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 15).

Yarg. HGK. E. 1989/10-316, K. 1989/411, T. 7.6.1989 (Kazancı İçtihat Bankası) kararında da doğrudan uygulanan kuralın uygulama alanı dikkatli bir biçimde tespit edilmiştir.

¹²⁶³ Benzer örnekler için, bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 16, vd.

¹²⁶⁴ AKINCI, **Public Policy**, s. 432.

Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın C-381/98 numaralı *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc* kararında da hukuk sistemindeki bazı kuralların (doğrudan uygulanan kurallar) hukuk seçiminden bağımsız olarak uygulanacağı belirtilmiştir.

¹²⁶⁵ Bu kuralın neden net bir biçimde düzenlenmediğine ilişkin bir açıklama için bkz. LANDO, s. 408.

¹²⁶⁶ Bu kuralların uygulamasının hakimin takdirine bırakıldığı yönünde, bkz. BATIFFOL / LAGARDE, s. 429; ÇELİKEL / ERDEM, s. 379; SARGIN, **Lisans**, s. 253. Bu kuralların uygulanmasında for devletin çıkarları açısından değerlendirme yapılacağı yönünde, bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 71; vd.

¹²⁶⁷ BATIFFOL / LAGARDE, s. 430; ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 70; AUDIT, s. 678; EKŞİ, **Roma**, s. 161, vd.; özellikle de s. 163, vd.'ndeki ambargo ile ilgili Hollanda mahkemesi kararı. Ayrıca, DEMİR GÖKYAYLA, s. 397; KÖSOĞLU, s. 160; SARGIN, **Lisans**, s. 253. Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulması için aranan diğer şartlar için, bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 69, vd.; KÖSOĞLU, s. 159, vd.

ilişki şartı, bir başka ülkenin doğrudan uygulanan kuralları ile sözleşme arasında, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuku bertaraf etmeyi haklı gösterecek önemde bir bağın bulunması gerektiğini vurgulamaktadır.

Üçüncü bir devletin hukukundaki doğrudan uygulanan kurallara etki tanınması, bu devletin hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları yoluyla uygulanacak olmasına bağlı değildir¹²⁶⁸. Zaten kanunlar ihtilafı kurallarının bu devletin hukukunu gösterdiği durumlarda MÖHUK m. 31 gibi bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmazdı, çünkü bu kurallar, uygulanacak hukukun (*lex causae*) emredici nitelikteki kuralları olarak uygulama alanı bulmuş olurdu¹²⁶⁹.

Bu noktada, MÖHUK m. 31 düzenlemesinin, hukuku kanunlar ihtilafı kuralı yoluyla uygulanmayan üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulabilmesine ne derece katkı yaptığı tartışılmalıdır. Dikkat edilecek olursa, MÖHUK m. 31, "*üçüncü devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabileceğini*" değil, bu kurallara "*etki tanınabileceği*"ni düzenlemektedir. Bu ifade, Roma Konvansiyonu m. 7 / f. 1 ve Roma I Tüzüğü m. 9 / f. 3'te de bulunmaktadır. Ancak MÖHUK m. 31 / c. 2'de hem kurala "etki tanınması", hem de kuralın "uygulanması"nın hakim in takdirinde olduğu belirtilmiştir. İki cümle arasındaki bu çelişki, yanıltıcıdır¹²⁷⁰.

Bir hükme etki tanınması, o hükmün uygulanmasından farklıdır¹²⁷¹. Bir hüküm bir hukukî ilişkiye uygulandığında, söz konusu hüküm hukukî ilişki üzerinde doğrudan ve lafzına uygun bir şekilde sonuç doğurur. Bu durumda, hakim, söz konusu hükmü, "*bütün hukukî sonuçları ve müeyyideleri ile somut uyuşmazlığın*

¹²⁶⁸ EKŞİ, **Roma**, s.161; DEMİR GÖKYAYLA, s. 401. Üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının *lex contractus* ve hatta *lex fori*'nin yanında uygulanacağı konusunda, bkz. Şefika AKIN, "*Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerinde Etkisi*", **MHB**, C. 9, S. 2, 1989, s. 99-102, s. 101. *Lex fori* ve kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği *lex causae*'ye ait doğrudan uygulanan kurallar haricinde, kanunlar ihtilafı kurallarının göstermediği üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının da dikkate alınmasının yerinde olacağı üzerine, bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 55, vd.

Doğrudan uygulanacak kuralların *lex contractus* ve *lex fori* haricinde bir üçüncü ülkenin hukuku olabileceği yönünde, bkz. NORTH, s. 486.

¹²⁶⁹ Benzer bir açıklama için, bkz. ÇELİKEL / ERDEM, s. 378; KÖSOĞLU, s. 157; SARGIN, **Lisans**, s. 248, vd.; TARMAN, **Seçim**, s. 164.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının doğal sınırı, kuralların uygulanması ile elde edilen sonucun *for*'un kamu düzenine uygun olup olmamasıdır (ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 54).

¹²⁷⁰ NOMER, s. 328.

¹²⁷¹ Karş. ÇELİKEL / ERDEM, s. 379.

çözümünde" kullanılmaktadır¹²⁷². Oysa bir hükme etki tanınması, hükmün öngördüğü sonucun gerçekleştirilmesi değil, bu hükmün varlığının dikkate alınması anlamına gelecektir. Bir başka deyişle, dikkate alınan hüküm, sadece "*diğer bir hukuk kuralının uygulanması için gereken filî unsurlardan biri olarak kabul*" edilecektir¹²⁷³. Bu açıdan, aslında üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının doğrudan uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bunun yerine, bu kurallar, bir vakıa gibi dikkate alınacaktır. Bir başka deyişle, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralına bir vakıadan daha büyük bir etki tanınmamıştır.

Bir vakıanın dikkate alınacağıının vurgulanmadan da dikkate alınabilmesi zaten mümkündür. Üstelik sözleşmeye uygulanan hukukun böyle bir vakıanın dikkate alınmasına imkan tanımayan bir hukuk yapısı varsa¹²⁷⁴, *for* hakiminin bu doğrudan uygulanan kuralı ayrıca dikkate alması veya bu kurala etki tanınmasının hiçbir somut sonucu olmayacaktır¹²⁷⁵.

NOMER, özellikle *for* hakiminin vereceği kararın üçüncü bir devlette icra edilmesi gerektiği durumlarda, bu devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmamasının icrayı engellemesi tehlikesine karşın, bu tehlikenin bertaraf edilebilmesi amacıyla, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate

¹²⁷² ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 74.

¹²⁷³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 74.

¹²⁷⁴ Örneğin bir kişi bir ülkenin uyguladığı ambargo sebebiyle edimini ifa edememiştir. Bu durumda da diğer taraf zarara uğramıştır. Böyle bir ambargo uygulanması, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralı niteliğindedir. Böyle bir durumda, söz konusu ambargonun dikkate alınıp alınmayacağı, sözleşmeye uygulanacak hukukun yaklaşımına bağlıdır. Sözleşmeye uygulanan hukuk, bu tip bir nedeni borcun sona ermesi olarak da ele alabilir; böyle bir nedenin sorumluluk hukuku açısından herhangi bir etkisi olmayacağını da düzenleyebilir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken, *for* hakiminin, somut uyuşmazlığa bakarken, ambargoyu dikkate almasının doğurduğu sonucun, *lex contractus*'un hukuk sistemine tâbi olduğudur (ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 78, 82).

MÖHUK m. 31 düzenlemesi ise, hakimnin böyle bir uyuşmazlığı ele alması açısından hiçbir farklılık getirmeyecektir; çünkü söz konusu ambargo zaten bir vakıa olarak dikkate alınmaktadır. Oysa, MÖHUK m. 31 düzenlemesinde üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabileceği düzenlenseydi, bu durumda *lex contractus*'un söz konusu vakıayı nasıl değerlendirdiğinden farklı olarak, *for* hakimi, somut olayda uygulanması gereken bir doğrudan uygulanan kural olduğunu tespit edebilecek ve ambargoyu uygulayan devletin hukukunda bu ambargoyu düzenleyen kuralı uygulayarak bir sonuca ulaşacaktı. İşte *for* hakiminin üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralını uygulaması durumunda, sözleşmenin kurulmasından sonra kusursuz imkansızlık durumunun ortaya çıktığı yönünde tespit bulunabilecektir.

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına göre, sözleşme açısından bir geçersizlik sebebi sayılabilecek bir sebep de *for* hakimi tarafından dikkate alınsa da, bu sebebin bir geçersizlik sebebi olup olmadığına karar verecek olan sözleşmeye uygulanan hukuktur (ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 82, vd.). Dolayısıyla böyle bir doğrudan uygulanan kuralın dikkate alınması, ulaşılan sonucu değiştirmemektedir.

¹²⁷⁵ ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 74.

alınabileceğini dile getirmiştir¹²⁷⁶. Dikkat edilecek olursa, bu yaklaşım üçüncü devletin, doğrudan uygulanan kural öngörürken düşündüğü menfaati korumaya değil, *for* hakiminin vereceği kararın tenfiz edilebilme olasılığını arttırmaya yöneliktir. Bir başka deyişle, yazarın MÖHUK m. 31 kapsamında verdiği tek örnek, aslında üçüncü devletin değil, *for*'daki yargılamanın menfaatinden hareket etmektedir.

Gerek MÖHUK m. 31 lafzından, gerekse de NOMER'in verdiği örnekten, söz konusu hükmün somut olarak milletlerarası özel hukuk sistemine bir yenilik getirmediğini söyleyebiliriz. Sonuç olarak, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları, MÖHUK m. 24 uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukukun yerine uygulanamaz¹²⁷⁷; ancak kimi durumlarda -üçüncü devletin menfaatini gözetmek yönünde herhangi bir kaygı taşımadan- bu kuralların varlığı göz önünde bulundurulabilir.

Yine de doktrinde¹²⁷⁸, bu hükmün sözleşmelerdeki irade muhtariyetini önemli ölçüde sınırlayacağını belirten ve bu sebeple üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmaması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır¹²⁷⁹. Biz ise, bu haliyle MÖHUK m. 31 düzenlemesinin çok önemli bir somut sonucu olabileceğini düşünmüyoruz.

Kaldı ki, üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulabilmesinin hukuk sistemleri açısından oldukça önemli işlevleri olabileceğini düşünüyoruz¹²⁸⁰. Bu yöndeki bir düzenlemenin karşılıklı olarak yaygınlaşması ve her ülkede üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulabilmesi durumunda, hem karşılaştırmalı hukukta yaygın olarak kabul edilen kimi koruyucu (örneğin zayıf tarafı koruyan veya tarihî eserlerin korunması ile ilgili)

¹²⁷⁶ NOMER, s. 329.

¹²⁷⁷ NOMER, s. 328.

¹²⁷⁸ EKŞİ, **Roma**, s. 169, vd.

¹²⁷⁹ Roma I Tüzüğü'nün hazırlık aşamasında yayımlanan Berger Raporu'nda da üçüncü ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının metinden tamamen çıkartılması önerilmiştir (EUROPEAN PARLIAMENT, s. 16). Rapor'da bu kuralların takdirî niteliğine ve hukukî güvene zarar verebileceğine dikkat çekilmiş ve Roma Konvansiyonu'ndaki ilgili hükme Almanya, İrlanda, Letonya, Lüksemburg, Portekiz, Slovenya ve Birleşik Krallık'ın çekince koyduğu belirtilmiştir.

¹²⁸⁰ Aynı yönde, LANDO, s. 408; VERHAGEN, s. 148, dn. 59. VERHAGEN bunun da ötesine giderek, *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları ile üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kuralları arasında herhangi bir farklılık yaratılmadan, her ikisinin de aynı şartlar altında uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

hükümlerin uygulanmasında bir işbirliği sağlanabilecek¹²⁸¹, hem de sırf doğrudan uygulanan kuralların uygulamasından kaçmak için başka bir ülkede dava açılması ile elde edilecek faydanın (*forum shopping*) önüne geçilebilecektir¹²⁸².

Öte yandan, başka bir hukuk sisteminin doğrudan uygulanan kuralları zaten her durumda uygulanmamaktadır; bu kuralların uygulanması hakimin yapacağı bir yerindelik testine bağlıdır¹²⁸³. Üstelik, karşılaştırmalı hukukta hakimler, üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarını uygulama konusunda oldukça çekimser davranmaktadır¹²⁸⁴. Hemen belirtelim ki, Roma Konvansiyonu m. 22 / f. 1 / b. a, üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarını düzenleyen hükme (m. 7 / f. 1) çekince konulabileceğini öngörürken¹²⁸⁵, Roma I Tüzüğü'nde Üye Devletler'e böyle bir imkan tanınmamıştır¹²⁸⁶. Ancak, Roma I Tüzüğü'nde, Roma Konvansiyonu m. 7 / f. 1'e denk gelen hükmün (m. 9 / f. 3) uygulama alanı daraltılmış ve üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulabilmesi, bu kuralın sözleşmenin ifasını yasaklaması durumuna hasredilmiştir¹²⁸⁷.

¹²⁸¹ Bu konuda, ayrıntılı bir açıklama için, bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 49, vd. LANDO, bu hükmün ülkeler arasındaki siyasî tutumla ilgili dayanışmayı ifade ettiğini belirtmektedir (LANDO, s. 408).

¹²⁸² KÖSOĞLU, s. 157.

¹²⁸³ KÖSOĞLU bu unsuru, uygulanması önerilen üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralının "*emredicilik gücünün haklı olduğunun gösterilmesi*" olarak ifade etmiştir (KÖSOĞLU, s. 151).

¹²⁸⁴ VERHAGEN, s. 136 ve s. 136, dn. 9.

¹²⁸⁵ Nitekim Almanya, bu çekineden yararlanmış ve üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin hükmü iç hukukuna geçirmemiştir (TEKİNALP, **Akdi Borç Statüsü**, s. 66). Çekince koyan diğer devletler için, bkz. BATIFFOL / LAGARDE, s. 430; KÖSOĞLU, s. 166.

¹²⁸⁶ LAGARDE / TENENBAUM, s. 730.

¹²⁸⁷ Bununla ilgili örnekler için, bkz. TARMAN, **Roma I**, s. 325.

Üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanının Tüzük'te sınırlandırılması, Üye Devletler arasında bir ortak nokta bulma çabasının sonucudur (LAGARDE / TENENBAUM, s. 778). Ancak Tüzük'ün bu tutumu eleştirilmiştir (LAGARDE / TENENBAUM, s. 779). Gerçekten de, üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına böyle bir sınır getirilmesi, bu kuralların başka hâllerde uygulanamayacağı anlamına gelmektedir. Oysa üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının başka hâllerde de uygulanması hem politik açıdan (üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarına saygı göstermek açısından), hem de taraflar arasındaki ilişki açısından (örneğin edimin ifasının böyle bir kural sebebiyle zorlaşması durumunda, bu tarafın söz konusu kuralı bir savunma olarak sunabilmesi açısından) önem taşımaktadır.

B. Kanunlar İhtilafı Kurallarının Yetkili Kıldığı Hukukun Ulaştığı Sonucun Engellenmesi

MÖHUK m. 5'te, bir uyuşmazlığa yabancı hukuk uygulanması durumunda, "*uygulanmış hükmün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde*", hükmün uygulanmayacağı, gerekirse Türk hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

Doğrudan uygulanan kurallara amaçsal açıdan benzeyen kamu düzenine aykırılık¹²⁸⁸, doğrudan uygulanan kurallardan farklı olarak ancak yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığa uygulanması gereken hukuk uygulandıktan sonra, elde edilen somut sonucun ("*résultat concret*") for'un hukuk düzeni içinde kabul edilemeyecek nitelikte olması durumunda gündeme gelecektir¹²⁸⁹. Bu noktada, aslında MÖHUK m. 5'in lafzı eleştirilebilir; çünkü Türk kamu düzenine aykırı olan hükmün kendisi değil, hükmün neden olduğu sonuçtur ve bu aykırılığın yaptırımını da, hükmün uygulanmaması değil, sonucun benimsenmemesidir.

Kamu düzeni, kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına müdahale etmemekte; bu kuralların uygulanması sonucu elde edilen çözümü "kontrol" etmektedir¹²⁹⁰. Bu açıdan, kamu düzenine aykırılık MÖHUK m. 24'ün uygulama alanına müdahale etmez ve kamu düzeni bir bağlanma kuralı veya yöntemi gibi işlev

¹²⁸⁸ Yarg. 9. HD. E. 1992/1621, K. 1992/7890, T. 6.7.1992 (Kazancı İçtihat Bankası) kararında kıdem tazminatının kamu düzeninden olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle, kararın Türk hukukuna göre verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu kararda ulaştığı sonuç doğru olmakla birlikte, bu sonuca ulaşırken yaptığı analiz doğru değildir. Türk hukukunda kıdem tazminatı ile ilgili hükümler, doğrudan uygulanan kural niteliğindedir. Üstelik yabancı hukukun ulaştığı somut sonuç uyarınca, bir kişiye daha az tazminat ödenmesi kamu düzenine aykırı bir özellik taşımaz (aynı yönde ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 24). Bu karardan da anlaşılacağı üzere, doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeni çok benzer amaçlara hizmet etseler de, aslında farklı mekanizmalar öngörmektedir. Bu nedenle, bu kurumların doğru terminoloji ile uygulanması yerinde olacaktır. Hemen belirtelim ki, kamu düzeni ile doğrudan uygulanan kuralların içeriği de aynı değildir (KÖSOĞLU, s. 153). Kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralların arasındaki farklılıklara ilişkin ayrıntılı bilgi için, bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 21, vd.

¹²⁸⁹ DUTOIT / KNOEPFLER / LALIVE / MERCIER, s. 48; SAKMAR, s. 332, vd.; TEKİNALP, **Bağlama**, s. 49; AKINCI, **Public Policy**, s. 430, 432; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 55; DOĞAN, **MHB**, s. 30; EKŞİ, **Roma**, s. 146; ENONCHONG, s. 634; KASSIS, s. 181; SARGIN, **Lisans**, s. 149, vd.

¹²⁹⁰ Bu durum, kamu düzeninin düzeltici fonksiyon üstlenmesidir (ENONCHONG, s. 634, dn. 11). Bu kontrol, yabancı hukukun uygulanması üzerine elde edilen sonucun benimsenip benimsenmemesi açısından bir "pasaport kontrolü"ne benzetilmiştir (NOMER, s. 166).

görmez¹²⁹¹. Kamu düzeni, bir hukukî ilişkiye uygulanacak hukukun öngördüğü çözümün hakim tarafından benimsenmemesine neden olur¹²⁹².

Bu müdahaleden sonra oluşan boşluğa hangi hukukun uygulanacağı doktrinde tartışılmıştır¹²⁹³. NOMER, böyle bir durumda, oluşan boşluğun kural olarak uygulanan yabancı hukukla doldurulacağını; bunun mümkün olmaması hâlinde *lex fori* veya genel hukuk ilkelerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir¹²⁹⁴. MÖHUK m. 5 düzenlemesi böyle bir yoruma izin vermektedir. Gerçekten de, Kanun, Türk hukukunun gerekli görülmesi hâlinde uygulanacağını belirtmiştir. Buna göre, yabancı hukukun ulaştığı sonuç kamu düzenine aykırı olsa ve *for*'da kabul edilmese dahi, oluşan boşluk yine yabancı hukukla doldurulabilir. Ancak SAKMAR, bu yaklaşımın gerçekçi olmadığını vurgulamış; uyuşmazlığın bir sonuca ulaştırılması için *lex causae*'den başka bir hukukun uygulama alanı bulması gerektiği ve bu hukukun, olaya özgü bir çözüm öngören bir hükmün yokluğunda bile, her zaman *lex fori* olacağını belirtmiştir¹²⁹⁵.

Sonuç olarak kamu düzeni müdahalesi, ancak uygulanması gereken hukuk saptandıktan ve bu hukuk uygulandıktan sonra, elde edilen sonucun analiz edilmesi safhasında devreye giren bir kurumdur¹²⁹⁶. Bir başka deyişle, kamu düzeni

¹²⁹¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 7.

¹²⁹² ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 6, vd.; EKŞİ, **Roma**, s. 146; AKINCI, **Uygulanacak Hukuk**, s. 55. NOMER de kamu düzeni müdahalesinde önemli olanın ortaya çıkan sonuç olduğunu (NOMER, s. 164); kamu düzeni kontrolünden geçenin yabancı hukuka ait olan kural değil, bu kuralın tatbiki olduğunu (NOMER, s. 180) belirtmiştir.

Örneğin Yarg. 13. HD. E. 1993/2112, K. 1993/5075, T. 15.6.1993 (Kazancı İçtihat Bankası) kararında uygulanacak hukuk olarak Alman hukuku tespit edilmiştir. Ancak olaya Alman hukukunun uygulanması zamanaşımının da Alman hukukuna göre belirlenmesine sebep olmaktadır. Bu durumda, zamanaşımı 30 yıldır. Kararda zamanaşımının kural olarak kamu düzeninden olmadığı belirtilse de, bu kadar uzun bir zamanaşımı uygulamanın hukukî güvене aykırı olacağı ve kamu düzenini bozabileceği belirtilmiştir. Nitekim kararda "*zamanaşımının maddi hukuk hükmü olarak uygulandığı Türk Mahkemesinde uyuşmazlığa tatbiki gerekli Alman Hukuku Türk Hukukunda yer alana nisbetle 30 yıl gibi çok uzun bir zamanaşımı süresi kabul ettiği için kamu düzenine aykırılık söz konusudur*" denilmiştir. Bu aykırılığa getirilen çözüm, yabancı hukuktaki düzenlemenin uygulanmasının "*bertaraf edilmesidir*". Nitekim Yargıtay bir başka kararında (Yarg. 19. HD. E. 2001/6649, K. 2002/3760, T. 17.5.1001 (Kazancı İçtihat Bankası)), zamanaşımının kamu düzeninden olmadığını teyit etmiş ve uygulanması gereken hukuk Alman hukuku iken, Türk hukukuna göre zamanaşımının tayin edildiği ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

¹²⁹³ NOMER, s. 182, vd.

¹²⁹⁴ NOMER, s. 184. Aynı yönde, TİRYAKİOĞLU, **Satım**, s. 77.

¹²⁹⁵ SAKMAR, s. 333.

¹²⁹⁶ ÖZDEMİR KOCASAKAL, **DUK**, s. 21; ENONCHONG, s. 635.

Kamu düzeni kontrolü bu açıdan doğrudan uygulanan kurallardan ayrılır; çünkü bu kurallar, kanunlar ihtilafı kurallarına göre sözleşmeye uygulanması gereken hukukun uygulanmasından önce doğrudan uygulanır. Oysa kamu düzeni kontrolü, uygulanacak yabancı hukuk uygulandıktan sonra devreye girer.

uygulanacak yabancı kuralı değil, bu kuralın hukukî ilişkiye uygulanmasından sonra elde edilen sonucu denetler¹²⁹⁷. Dolayısıyla kamu düzeni, ne MÖHUK m. 24'ün uygulanmasını engeller, ne de bu hüküm uyarınca uygulanacak hukukun saptanmasında herhangi bir rol oynar¹²⁹⁸. Ancak kamu düzeni, MÖHUK m. 24'ün yetkili kıldığı hukukun tatbik edilmesi ile elde edilen sonucun hüküm doğurmasını engeller.

¹²⁹⁷ AYBAY / DARDAĞAN, s. 130.

¹²⁹⁸ ENONCHONG, s. 635.

SONUÇ

Çalışmamızda 5718 sayılı kanunda sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili genel düzenlemeyi inceledik. Bu incelemede yeni kanunun eski kanuna göre getirdiği yenilikleri vurgulamaya çalıştık. Karşılaştırmalı hukuktaki tartışmalar, düzenlemeler ve içtihatlar çalışmamıza ışık tuttu. Sonuç bölümünde çalışmamızda ön plana çıkardığımız hususları tekrarlama fırsatı bulacağız. Bu tekrarın ardından da, MÖHUK m. 24 düzenlemesinin yerindeliliği ile ilgili genel bir değerlendirme yapacağız.

Çalışmamızın ilk bölümünü sözleşmeye uygulanacak hukukun tarafların seçimi ile belirlenmesine ayırdık. Eski MÖHUK m. 24 / f. 1'deki tek fıkralık düzenlemenin yerini, yeni MÖHUK'ta üç fıkralık bir düzenleme almıştır. Genel olarak, yeni MÖHUK'un eski MÖHUK zamanında oluşan doktrini takip ettiğini ve zaten doktrinde kabul edilen hususları kanunlaştırdığını söyleyebiliriz. Ayrıca eski kanun döneminde, eksikliği doktrinde eleştirilmiş olan zımnî hukuk seçimi, yeni MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'de düzenlenmiştir. Kısaca, yeni MÖHUK m. 24'ün doktrinindeki eğilimi kanunlaştırdığını, ancak çok da derin bir yenilik getirmediğini söyleyebiliriz. Yeni kanunun subjektif kriterle ilgili en önemli, hatta tek yeniliği diyebileceğimiz zımnî hukuk seçimine imkan tanınması ise, nispeten içtihat ve doktrinde konuyla ilgili tartışmaların doğmasına neden olabilir. Gerçekten de, hakimin tarafların hangi hâllerde MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 2'de tanınan bir hukuk seçimi yaptığını tespit etmesi gerekecektir. Bu ise, kimi zaman önemli bir somut olay analizi gerektirebilecektir.

MÖHUK m. 24'teki üç fıkralık düzenleme ile ilgili bizim en önemli eleştirimiz, bu hükümde Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3 veya Roma I Tüzüğü m. 3 / f. 3 benzeri bir hükmün bulunmamasıdır. Çalışmamızda da vurguladığımız üzere, tüm unsurları örneğin Almanya'da gerçekleşen bir sözleşmeden doğan uyuşmazlığın Türk mahkemelerinde dava edilmesi durumunda, hakim MÖHUK'u uygulayacaktır (aksi hâlde uyuşmazlığı Türk iç hukukuna göre çözmesi gerekirdi, ki bu durum

milletlerarası özel hukuk adaletine son derece aykırı olacaktır). İşte bu durumda, olası bir hukuk seçiminin sonuç doğurmasını engelleyecek hiçbir düzenleme MÖHUK sisteminde mevcut değildir. Gerçekten de, taraflar yaptıkları sözleşmeyi İsviçre hukukuna tâbi kılmak isterlerse, Türk hakimi bu durumda MÖHUK m. 24 / f. 1 / c. 1'i uygulamak zorunda kalacak ve uyuşmazlık İsviçre hukukuna göre çözülecektir. Oysa Roma Konvansiyonu m. 3 / f. 3 benzeri bir hüküm Türk hukukuna alınmış olsaydı, Türk hakimi tarafların hukuk seçimine ancak sözleşmenin tüm unsurlarının gerçekleştiği Almanya'nın emredici hukuk kuralları izin verdiği ölçüde sonuç tanıyacaktı. Kanaatimizce böyle bir hükmün Türk sisteminde de öngörülmesi, milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması ve *forum shopping* gibi milletlerarası özel hukukta çok da istenmeyen durumların engellenmesi adına çok daha yerinde olurdu.

Sübjektif kriterle ilgili düzenlemede bizce kimi başka eksiklikler de bulunmaktadır. Örneğin kanunkoyucunun hukuk seçimine uygulanacak hukuku belirlemesi, bizce, bu konuda çıkabilecek olası tartışmaları önceden engellemek adına daha yerinde olurdu. Ayrıca MÖHUK m. 24 / f. 3'te hukuk seçiminin sonradan yapılmasının sözleşmenin şekli geçerliliğini etkilemeyeceği düzenlenmeliydi.

Sözleşmelere uygulanacak hukukla ilgili genel hükmün ikinci ayağı objektif kriteri düzenleyen MÖHUK m. 24 / f. 4'tür. Bu hükmün Roma Konvansiyonu m. 4'ten alındığını belirtmiştik. Roma Konvansiyonu m. 4 ile MÖHUK m. 24 / f. 4 karşılaştırıldığında, göze ilk çarpacak husus, sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif kritere göre belirlenmesi durumunda, MÖHUK m. 24 / f. 4'ün parçalanmaya (*dépeçage*) izin vermemesidir. Bizce bu yerinde bir tercihtir. Nitekim Roma I Tüzüğü'nde de objektif kriterde parçalanmaya izin verilmemiştir. MÖHUK m. 24 / f. 4'le ilgili ikinci önemli tespitimiz, bu hükmün ikinci cümlesinin anlam karmaşıklığına yol açabilecek bir ifadesinin bulunduğudır.

Bu iki tespit haricinde, MÖHUK m. 24 / f. 4 düzenlemesinin başarılı bir biçimde Roma Konvansiyonu'nu takip ettiğini söyleyebiliriz. MÖHUK m. 24 / f. 4'ün, yani sözleşmeye uygulanacak hukukla ilgili objektif kuralın Roma Konvansiyonu'nu takip etmesi kanunlar ihtilafı kurallarımız açısından köklü bir değişiklik getirmiştir. Bu sayede eski MÖHUK'taki, modern sistemlerin genel olarak terk ettiği ve uygulamada da önemli sorunlara yol açan kanunlar ihtilafı kuralı

değiştirilmiştir. Kanunkoyucunun sözleşmeyle ilgili kanunlar ihtilafı kurallarını belirlerken Roma Konvansiyonu'nu örnek alması, hukukumuzda eksikliği çekilen hususların da kanunlaştırılmasını sağlamıştır. Bu noktada özellikle MÖHUK öncesi dönemde doktrini oldukça meşgul eden iş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmelerini anmamız gerekir. Gerçekten de, doktrin, bu sözleşmelerin yapısına uygun bir kanunlar ihtilafı kuralının bulunmaması sebebiyle uygun çözüme ulaşmak amacıyla çok çeşitli yollar önermiştir.

İşte tüm bu sebeplerden dolayı, kanunkoyucu, yeni MÖHUK'taki sözleşmeye ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları düzenlemesi ile kanaatimizce çok önemli bir adım atmıştır. Ancak bu noktada sorulması gereken soru, kanunkoyucunun otuzuncu yaşını kutlayan ve MÖHUK'un hazırlandığı dönemde değiştirilmeye çalışılan bir düzenlemeden bu derece yararlanmasının ne kadar yerinde olduğudur. İsviçre'de XX. yüzyılın ilk yarısının sonunda doktrinde, ikinci yarısının başında ise içtihatla kabul edilen ve Roma Konvansiyonu'nu da etkilemiş olan kanunlar ihtilafı kurallarının günümüzde güncelliğini koruduğu kuşkusuzdur. Yine de daha modern yaklaşımı olan bir düzenlemenin getirilip getirilemeyeceği bizce tartışılmalıdır.

Kanunlar ihtilafı kuralları, belli bir hukukî ilişki için en uygun bağlanma kuralını bulmaya çalışır. Özellikle milletlerarası ticareti ilgilendiren sözleşmelere uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı söz konusu olduğunda ise, en uygun bağlanma kuralını bulmada iki önemli kriter rehberlik etmektedir: esneklik ve öngörülebilirlik. Her ne kadar çalışmamızda bu iki kavramın da, sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde ne kadar büyük bir önem taşıdığını belirttiysek de, burada bu iki kriter arasındaki dengeye yeniden değinmek istiyoruz.

Kuralların öngörülebilirliği genel hukuk sisteminin, ama özellikle de milletlerarası ticaretin en önemli ihtiyaçlarından biridir. Gerçekten de, milletlerarası ticarete kuralların öngörülmediği bir ortamda risk, dolayısıyla masraf büyük oranda artacaktır. Bu ise, milletlerarası ticareti olumsuz yönde etkileyecek bir husustur. Kuralların öngörülebilir olması, kanunlar ihtilafı kuralları açısından da gereklidir; taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku bilmek isterler. Sözleşmeye uygulanacak hukuk sadece bir uyuşmazlık çıktığında değil, ama sözleşme doğduktan sonra her anda önem arz etmektedir. Örneğin sözleşmenin ifasını sözleşmeye uygun yapmak isteyen taraf, sözleşmeye uygulanan hukuku bilmelidir ya da uygulanacak

hukuka göre kesin hükümsüz olan bir sözleşmede edimlerin ifa edilmesi için tarafların ifa hazırlığı yapması, onların gereksiz masraf yapması demek olacaktır.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun öngörülebilirliği çok katı bir biçimde sağlanabilir. Ancak uygulanacak hukuku bu derece katı bir biçimde saptamak, hukukî ilişkinin hiç ilgisi olmadığı bir hukuka tâbi olmasına neden olabilir. Bunun da uygun bir çözüm olmadığı açıktır. İşte esneklik bu noktada devreye girmektedir. Kanunlar ihtilafı kurallarının katı bir biçimde belirlenmesinin hukukî ilişki ile ilgisi olmayan bir hukukun uygulanmasına neden olması istenmediğine göre, hukukî ilişkiye somut olaya göre daha uygun bir hukuk uygulanmalıdır. Somut olayların tek tek kanunda belirtilmesi mümkün olmadığına göre, kanun esneklik anlayışına dayanan bir kanunlar ihtilafı kuralı içermelidir. Somut olay adaletine en uygun hukukun belirlenmesi ise, aslında tüm objektif kuralların reddedilmesi ve uygulanacak hukukun olaya göre belirlenmesi demektir.

İşte öngörülebilirlik ile esneklik arasında bir kısır döngü oluşmaması, bu iki rehber paradigmanın da ölçülü derecede uygulanmasına bağlıdır. Aksi hâlde aşırı öngörülebilir bir ihtilaf kuralı hukukî ilişkiyle ilgisi olmayan çok katı sonuçlara, aşırı esnek bir ihtilaf kuralı ise, tarafların, hatta neredeyse hakimin bile uygulanacak kuralları öngörmekte zorlandığı bir yapıya neden olur.

Bu dengenin en iyi yakalandığı kanunlar ihtilafı kuralı hukuk seçimidir. Gerçekten de, tarafların hukuk seçiminde bulunduğu hukukî ilişkilerde, hem öngörülebilir, hem de esnek bir sonuca ulaşabilmektedir. Nitekim MÖHUK m. 24 / f. 1-3'te bu imkan taraflara tanınmıştır.

Son yıllardaki gelişmeleri takip ettiğimizde, modern hukukta bu hususla ilgili en önemli tartışma tarafların sadece millî hukukları mı seçmek zorunda oldukları hususundadır. Bir başka deyişle, taraflara hukuk kuralı seçimi ya da millî olmayan hukuk seçimi imkanı tanınabilir mi? Bu soru, Roma I Tüzüğü Tasarısı'nda müspet yönde cevaplandırılrsa da, nihaî metinde bu yaklaşım terk edilmiştir. Hatta Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 13'te durum açık bir biçimde ifade edilmiştir. Yine de Roma I Tüzüğü Dibacesi para. 14 ile bu yaklaşıma sınırlı da olsa açık bir kapı bırakıldığı söylenebilir. Oldukça derinlemesine tartışılması gereken bu hususun, Türk doktrininde, refleksif bir şekilde reddedildiğini söyleyebiliriz.

Sözleşme ilişkilerinde tarafların her zaman bir hukuk seçimi yapmasını beklemek ve her zaman esneklik ile öngörülebilirliği en iyi dengeleyen çözümü uygulayabilmek bir hayalin ötesine gidemez. İşbu sebeple de, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespit edilmesine ilişkin olarak objektif bir kriter kanunkoyucular tarafından öngörülür. Çalışmamızın ikinci bölümünün başında da belirttiğimiz üzere, çeşitli ülkelerin kanunkoyucuları ve yargı organları bu iki paradigma arasındaki dengeyi farklı noktalarda kurmayı yeğlemektedirler. Sonuçta tarihsel süreç içinde, kimi hukuk sistemleri objektif kriteri oldukça objektif -ve katı- bir kuralla öngörürken, kimi hukuk sistemleri ise objektif bir kural öngörmekten kaçıp oldukça esnek bir biçimde sözleşmeyi hukukî ilişkinin en sıkı ilişkide olduğu hukuka tâbi kılmıştır. Türk kanunkoyucunun etkilendiği İsviçre - Roma Konvansiyonu sisteminde ise, bir orta noktanın bulunmaya çalışıldığı ve uygulanacak hukukun kural olarak objektif bir kurala göre belirleneceği, ancak istisnâî durumlarda bu kuraldan kaçılabilceği düzenlenmiştir.

Kanaatimize göre bu sistem makul bir çözüm getirmektedir. Gerçekten de bu sistemi uygulayan hukuk düzenleri hem taraflara olabildiğince geniş bir öngörülebilirlik sağlayacak, hem de objektif kuralın somut olay açısından çok ilgisiz bir sonuç vermesi durumunda sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Ancak bu makul sistemin uygun bir sonuç verebilmesi hem söz konusu ülkedeki yargılamanın niteliğine, hem de bu sistemin doğru bir biçimde kodifiye edilmesine bağlıdır.

"Ülke yargı faaliyetinin yapısı" ifadesi ile kastedilen farklı ülkelerde içtihadın hukuk düzeni üzerinde farklı etkisinin bulunması; dolayısıyla da içtihadın farklı bir rol oynamasıdır. Örneğin sadece *common law* sisteminde değil, Kıta Avrupası'nda da özellikle Fransız ve İsviçre yargı sisteminde, kanunlar ihtilafı kuralları içtihatla gelişebilmektedir. Ancak Türkiye'de, kimi zaman doktrinin de incelemekten haz duyduğu kararlar verilse de, içtihatla kanunlar ihtilafı kurallarının geliştiğini söylemek çok da doğru olmayacaktır. Dolayısıyla, kanunlar ihtilafı kuralları içinde yorumlanması gereken hususlara içtihadın cevap vermesi çok uzun zaman alacaktır.

İkinci önemli husus ise, bahsettiğimiz sistemin doğru bir biçimde kodifiye edilmesidir. Burada kastedilen, aslında aynı sistemin Roma Konvansiyonu'ndaki gibi mi, yoksa Roma I Tüzüğü'nde olduğu gibi mi kodifiye edileceği hususunda

kanunkoyucunun tercihidir. Kanunkoyucunun, belli bir düzenleme benimserken, söz konusu ülkede hukukun içtihatla ne derece geliştiğini hesaba katması gerekir. Bir ülkenin içtihadında sürekli birbiri ile çelişen kararlar bulunuyorsa ve yine o ülkede zaten milletlerarası özel hukukla ilgili kararlar oldukça ender bir biçimde doktrinle paylaşılıyorsa, yapılan düzenlemedeki boşlukların içtihat tarafından yorumlanmasını beklemek, bir illüzyonun ötesine geçmeyecektir. İşte böyle bir ülkenin kanunkoyucusu, sınırları ve kuralları daha belli bir kanun yapmalıdır. Esnek bir düzenleme öngörmek, dolayısıyla hakime takdir yetkisi tanımak elbette somut olayda hakkaniyete ulaşmak için önemlidir; ancak bu esnekliğin kuralsızlığa, adeta bir kaosa sebep vermesi, hakkaniyetle beklenen faydanın gerçekleşmemesine neden olur. İşte bu tür ülkelerde, kanunkoyucunun koyacağı açık, net, farklı şekillerde yorumlanmaya mahal bırakmayan düzenlemelerle, söz konusu kuralsızlığın ortaya çıkması engellenebilir.

MÖHUK m. 24 düzenlemesinin yerindeliği işte bu açıdan tartışılmalıdır. Kanaatimizce yapılan düzenleme iki önemli noktada sıkıntı yaratabilecektir.

Birinci sıkıntı, MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'te tanınan esnekliğin Türk hukukunda sözleşmeye uygulanacak hukukun öngörülebilmesini büyük ölçüde engelleme ihtimalinin bulunmasıdır. Bir sözleşme ilişkisine girecek tarafların uyuşmazlık çıkmadan da sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağını öngörebilmesinde büyük bir menfaatleri bulunmaktadır. Söz konusu hükümdeki esnekliğin, tarafların ihtiyacı olan öngörülebilirliği ortadan kaldırması kuvvetle muhtemeldir.

En klasik ve milletlerarası ticarete çok sık kullanılan sözleşmelerde bile bu sıkıntı bulunmaktadır. Gerçekten de, örneğin satım sözleşmesinde sözleşmenin ifa yeri alacaklının bulunduğu yer olduğunda, kimse hakimin hangi hukuku uygulayacağını bilemez. İşte bu örnekte, istisnayı kolay uygulayan bir hakim alıcının hukuku, istisnayı zor uygulayan bir hakim ise, satıcının hukukunu uygulayacaktır. Her iki görüşün de doktrinde ve karşılaştırmalı hukuk içtihadında oldukça ağırlıklı bir biçimde savunulduğunu çalışmamızda belirtmiştik.

İşte esneklik adına, bu kadar bariz bir duruma bile taraflarca önceden öngörülebilir bir çözüm getirmeyen bir kodifikasyonun çok da yerinde bir sistem öngörmediği kanaatindeyiz. Elbette hakimin bizim görüşümüzü takip etmesi

durumunda adil ve öngörülebilir bir çözüme kavuşulabileceğini düşünüyoruz. Ancak doktrinde, her yazarın farklı görüşü olabileceği gibi, her hakimin daha sıkı ilişkili hukuku uygulama "eşiği" de farklı olabilir. Ülkemizde özellikle kanunlar ihtilafı kuralları konusunda bir içtihadın gelişmesinin zorluğu da göz önüne alındığında, MÖHUK m. 24 / f. 4 sisteminin yıllar boyunca taraflara somut bir çözüm sunmayacağı aşikârdır; çünkü bu eşiğin içtihat tarafından belirlenmesi uzun zaman alacaktır.

MÖHUK Tasarısı'nda, her ne kadar o dönemde hazırlanmakta olan Roma I Tüzüğü'nün de dikkate alındığından bahsedilse de¹²⁹⁹, Tüzük'teki gelişmelerin hukukumuza aktarılmadığı bir gerçektir¹³⁰⁰. Roma I Tüzüğü Tasarısı'nda en sıkı ilişkili hukukun istisna kuralı olarak uygulanması bile öngörülmemektedir; Tasarı'da en sıkı ilişkili hukukun, sadece, karakteristik edime göre uygulanacak hukukun belirlenmemesi durumunda uygulanır. Bu çözüm önerisi öngörülebilirliği son derece arttırmaktadır. Yine de istisnaî durumlarda, bu düzenlemenin ilgisiz hukukların uygulanmasına yol açması kuvvetle muhtemeldir. Nitekim Roma I Tüzüğü'nde Tasarı'nın bu düzenlemesi kabul edilmemişse de, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması somut olayda sözleşmenin bu hukukla bariz derecede yakınlık göstermesine bağlanmıştır. İşte böyle bir çözüm, hakime, hangi durumlarda daha sıkı ilişkili hukuku uygulayabileceği konusunda bir rehberlik sağlamaktadır.

Bir diğer önemli sıkıntı ise, sosyo-ekonomik altyapısı klasik sözleşmelerden farklı, dolayısıyla sözleşmenin zaten genel olarak karakteristik edim borçlusunun hukuku ile en sıkı ilişkiyi teşkil etmediği sözleşmelere uygulanacak hukukun nasıl saptanacağı konusunda ortaya çıkacaktır. Hakim, bu durumlarda, çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı gerekçelerle savunduğumuz görüşümüze katılır ve sözleşmeye uygulanacak hukuku öngören kuraldaki istisnanın, sözleşmenin yapısından değil, somut olayın şartlarından kaynaklanan hâllerde uygulanabileceğini kabul ederse farklı bir çözüm benimseyecek; bizim görüşümüze katılmadığı durumda ise, bambaşka bir sonuca ulaşacaktır. Yine MÖHUK m. 24 / f. 4 mekanizmasında bazı

¹²⁹⁹ Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Tasarısı, Genel Gereke, s. 2.

¹³⁰⁰ Kanaatimizce, yeni MÖHUK'un hazırlık döneminde Roma I Tüzüğü'nün nihaî metninin beklenilmesi ve yeni MÖHUK'un Roma Konvansiyonu değil, Roma I Tüzüğü'nden esinlenerek hazırlanması daha yerinde olurdu. Böylece hem kanunda eleştirdiğimiz kimi sorunlar ortaya çıkmazdı, hem de daha modern bir düzenleme benimsenmiş olurdu.

sözleşmeler için kanun boşluğu tespit edilmesi de, tamamen hakimin yorumuna kalmıştır; bu noktada iki farklı hakim, birbiriyle çelişen sonuçlara ulaşabilecektir.

Roma Konvansiyonu'nun bu gibi sorunlara uygun bir çözüm getirmediği; her üye ülke içtihadının adeta kendi uygulamasını yarattığı çalışmamızdaki notlardan da anlaşılacaktır. Roma I Tüzüğü ise bu soruna iki aşamada çözüm getirmektedir. Birinci olarak, Tüzük'te milletlerarası ticarete sık kullanılan sözleşmelerle ilgili özel hüküm bulunmaktadır. Ayrıca sorun yaratabilecek nitelikte olan sözleşmelerden sigorta sözleşmesi, Tüzük'te özel olarak düzenlenmiştir. İkincisi ise, Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 3 hükmünde, sözleşmenin niteliğinin değil, ancak somut olayın şartlarının ("*cause*") hukukî ilişkiyle daha sıkı ilişki içindeki bir hukukun uygulanmasına sebep olacağı açıklık kazanmıştır.

Kanaatimizce MÖHUK m. 24 hükmü de bu yönde yorumlanmalıdır. Ancak yine de bu yorum bize aittir ve içtihadın bu yorumu takip edip etmeyeceği belli değildir. Bu yönde kanunda bir hükmün bulunmaması sebebiyle, birçok sözleşme tipi açısından uygulanacak hukukun nasıl belirleneceği konusunda bir belirsizlik bulunmaktadır. Üstelik Roma I Tüzüğü'nde kabul edilen sistemin bile, hâlâ bazı sözleşmeler açısından (örneğin inşaat sözleşmesi) yetersiz kaldığını düşünüyoruz.

Çalışmamızda yeri geldikçe, uygulanacak hukukun saptanmasının sorun teşkil edebileceği sözleşmeleri tespit etmiştik. Sınırlı olmamak kaydıyla bu sözleşmeleri şu şekilde sayabiliriz: inşaat sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, kefalet, garanti ve diğer teminat sözleşmeleri, franchise sözleşmesi, distribütörlük sözleşmesi, hatta âdî ortaklık sözleşmesi¹³⁰¹. Nasıl ki, kanunkoyucu bütün bu sözleşmelere uygulanacak maddî hükümleri genellikle ayrı ayrı düzenliyorsa, bu sözleşmelere uygulanacak hukuk da tek tek öngörülebilir¹³⁰². Bu hükümlerin tüketici sözleşmesi, iş sözleşmesi gibi ayrı bir hükümle düzenlenmesine de gerek yoktur; aynen Roma I Tüzüğü m. 4 /

¹³⁰¹ PATOCCHI, karakteristik edim teorisinin çözüm bulmadığı sözleşmelere hakem ve hakim kararları ile geliştirilecek içtihatla bir çözüm bulunabileceğini dile getirmektedir (PATOCCHI, s. 139).

¹³⁰² Borçlar Kanunu'nda haksız fiiller yaklaşık yirmi madde ile düzenlenirken, bu yirmi maddenin kapsamına giren hukukî ilişkilerle ilgili üç kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmiştir (MÖHUK m. 34, vd.). Oysa Borçlar Kanunu'nda 400 maddeye yaklaşan özel hükümlerle düzenlenen sözleşmelerle ilgili olarak MÖHUK'ta sadece iki kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmiştir (MÖHUK m. 24 ve taşınmaz satımı ile ilgili MÖHUK m. 25; diğer sözleşmesel ilişkilerle ilgili kanunlar ihtilafı kuralları farklı kanunlarda düzenlenmektedir). Bu oran bile, sözleşmelerle ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının ne kadar yetersiz kaldığını göstermeye yeterlidir. Bu durumu, tüm hukukun sadece MK m. 2'de öngörülen dürüstlük kuralı ile düzenlenmesine benzetebiliriz.

f. 1'de olduğu gibi hukuk seçimi olmaması durumunda bu sözleşmelere uygulanacak hukukun kural olarak hangi hukuk olduğu kanunkoyucu tarafından saptanabilir. Bize göre hukuk düzenindeki tüm sözleşmeler sanki benzer bir denge taşıyormuş gibi tüm bu sözleşmelere aynı kanunlar ihtilafı kuralının uygulanması yerinde bir çözüm değildir. Elbette bu tip sözleşmeler için kaçış hükmünün öngörüldüğü ileri sürülebilir; dolayısıyla o sözleşmelerin de yapısına daha uygun bağlanma noktasının yargı tarafından saptanacağı ileri sürülebilir. Ancak bizce bu kaçış hükmü sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan durumlar için değil, ancak somut olayın şartları bunu gerektiriyorsa uygulanabilir. Üstelik bu fikri ileri sürenlerin, hukuk düzenimizin sözleşmelerin birçoğu için sınırsız bir esneklik kabul ettiği, dolayısıyla bu tip sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda hukukî güvenin bulunmadığını kabul etmesi gerekir.

Sonuç olarak, Roma Konvansiyonu'ndan alınan MÖHUK m. 24 düzenlemesinin, özellikle Türkiye'deki yargı faaliyetini ve içtihadın gelişimini de göz önüne aldığımızda çok da yerinde bir düzenleme olmadığını düşünüyoruz. Hatta, kanaatimizce MÖHUK m. 24, sözleşmelere uygulanacak kanunlar ihtilafı konusunda içtihat oturana kadar bir kaosa bile sebep olabilecektir. Gerçekten de, uygulamada bir sözleşmenin bir başka hukuk düzeni ile ne zaman daha sıkı ilişki içinde olduğunun tespiti büyük güçlükler çıkartacaktır. Bu eşik saptanıncaya kadar tarafların, hatta ilk derece hakimlerinin sözleşmeye uygulanacak hukuku öngörebilmesi mümkün değildir. Üstelik buradaki kaos, sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşme ile yakınlığına göre tespit edildiği ülkelerden daha büyük olacaktır; çünkü söz konusu ülkelerde uygulanacak hukukun sözleşme ile en sıkı ilişkideki hukuk olduğu en azından bellidir. Oysa, az önce dile getirdiğimiz eşik saptanana kadar, Türkiye'de sözleşmeye karakteristik edim borçlusunun hukukunun mu uygulanacağı, yoksa sözleşme ile en sıkı ilişkideki hukukun mu uygulanacağı belli olmayacaktır. Türkiye'de milletlerarası özel hukukla ilgili içtihadın gelişim hızı göz önüne alındığında, yeni MÖHUK m. 24 sisteminin oturmasının onlarca yıl sürmesi muhtemel gözükmektedir. Eski MÖHUK'un yürürlükte kaldığı süre göz önüne alındığında, yeni MÖHUK m. 24 sistemi oturuncaya kadar yeni bir kanunun yürürlüğe girmesi muhtemeldir. Daha da önemlisi, Türkiye AB'ye üye olma hedefine devam eder ve bu hedefi gerçekleştirirse, Roma Konvansiyonu sistemine göre yaratılan

içtihat ve bu içtihadın öngördüğü eşik, yerini Roma I Tüzüğü ile ilgili ABAD içtihadına ve ABAD'ın öngördüğü eşige bırakmak durumunda kalacaktır.

Tüm bu hususlar göz önüne alındığında, yeni MÖHUK'la, eski MÖHUK'a göre daha modern bir kanunlar ihtilafı kuralının benimsendiğini kabul ediyoruz. Ancak kanaatimizce bu yeni düzenlemenin birçok açığı bulunmaktadır. Bu açıkların Türk mahkemelerinin iş yükünü arttıracakı kesindir. Üstelik bu açıklara Türk mahkemelerinin Fransız ya da İsviçre mahkemeleri kadar hızlı bir biçimde de cevap verebileceğini tahmin etmiyoruz. Bu düzenlemenin yarattığı sorunun aşılması amacıyla MÖHUK m. 24 / f. 4 / c. 3'e Roma I Tüzüğü m. 4 / f. 3'te kullanılan "açıkça" / "bariz bir biçimde" ("*manifestement*") ifadesi gibi bir kelimenin eklenmesini ve yukarıda saydığımız birkaç sözleşme için uygulanacak hukukun kanunkoyucu tarafından özel olarak tespit edilmesini öneriyoruz.

KAYNAKÇA

AKIN, Şefika: "*Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerinde Etkisi*", **MHB**, C. 9, S. 2, 1989, s. 99-102

AKINCI, Ziya: **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, İzmir 1996 (**İnşaat**)

AKINCI, Ziya: "*Milletlerarası Usul Hukukunda Seçilen Mahkemenin Bağlantılı Olması Koşulu*", **MHB: Ergin Nomer'e Armağan**, C. 22, S. 2, 2002, s. 1-27 (**Bağlantılı Yetki Koşulu**)

AKINCI, Ziya: **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1992 (**Uygulanacak Hukuk**)

AKINCI, Ziya: "*The Public Policy Concept in Conflict of Laws*", **Argumentum**, C. 3, S. 27, Ekim 1992, s. 429-434 (**Public Policy**)

ANCEL, Bertrand / LEQUETTE, Yves: **Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé**, 4. Bası, Paris 2001

ANCEL, Marie-Elodie: **La prestation caractéristique du contrat**, Paris 2002 (**Prestation**)

ANCEL, Marie-Elodie: "*Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I*", **RCDIP**, C. 97, S. 3, Temmuz-Eylül 2008, s. 561-579 (**Distribution**)

ATRILL, Simon: "*Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of the Article 4 Jigsaw?*", **ICLQ**, C. 53, S. 2, Temmuz 2004, s. 549-577

AUDIT, Bernard: **Droit international privé**, 4. Bası, Paris 2006

AYANOĞLU MORALI, Ahu: **Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2006

AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra: **Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)**, 2. Bası, İstanbul 2008

AYGÜL, Musa: "*Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması*", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 45-85

BALKAR, Süheyla: **Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2002

- BARLAS, Nami: "*Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri*", **Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağını**, 2. Tıpkı Bası, İstanbul 2001, s. 807-828
- BASEDOW, Jürgen: "*Avrupa Özel Hukukunun Doğuşu*", **AÜHFD**, C. 52, S. 3, 2003, s. 1-18, Çev. Arzu Oğuz
- BATIFFOL, Henri: **Droit international privé**, 4. Bası, Paris 1967
- BATIFFOL, Henri / LAGARDE, Paul: **Traité de Droit international privé**, 8. Bası, C. 1, Paris 1993
- BERGER, Klaus Peter: "*Harmonisation of European Contract Law: The Influence of Comparative Law*", **ICLQ**, C. 50, S. 4, Ekim 2001, s. 877-900
- BERKİ, Osman Fazıl: **Devletler Hususî Hukuku**, Ankara 1949
- BONOMI, Andrea: "*The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Remarks*", **Yearbook of Private International Law**, C. 10, 2008, s. 165-176
- BORRAS, Alegria: "*Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir*", **RCADI**, C. 317 (2005), La Haye 2006, s. 313-536
- BRIGGS, Adrian: "*Choice of choice of law*", **Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly**, C. 144, S. 1, Şubat 2003, s. 12-38 (**Choice**)
- BRIGGS, Adrian: "*Decisions of British Courts During 2007: Private International Law*", **BYBIL**, C. 78, 2008, s. 588-633 (**Decisions**)
- BRIGGS, Adrian: **The Conflict of Laws**, Oxford 2002 (**Conflict**)
- CHANTELOUP, Hélène: **Les Quasi-Contracts en Droit International Privé**, Paris 1998
- CRAWFORD, Elizabeth B: "*The Uses of Putativity and Negativity in the Conflict of Laws*", **ICLQ**, C. 54, S. 4, Ekim 2005, s. 829-853
- CUNIBERTI, Gilles: "*Current Developments: Forum Non Conveniens and the Brussels Convention*", **ICLQ**, C. 54, S. 4, Ekim 2005, s. 973-981
- ÇAKALIR, Yalçın: "*Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü*", **Ernst H. Hirsch'in Hâturasına Armağan**, Ankara 1986, s. 457-500
- ÇALIŞKAN, Zeynep: "*5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*", **MHB**, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 27-50
- ÇELİKEL, Aysel / ERDEM, B. Bahadır: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. Bası, İstanbul 2009
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt: "*Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri*", **MHB**, C. 9, S. 2, 1989, s. 103-120
- DAYINLARLI, Kemal: "*Avrupa Birliği Ülkelerinde Sözleşme Hukukunu Yeknesaklaştırma Çalışmaları ve Ole Lando İlkeleri*", **Fikret Eren'e Armağan**, Ankara 2006, s. 327-396 (**Lando İlkeleri**)
- DAYINLARLI, Kemal: **Joint Venture Sözleşmesi**, 2. Bası, Ankara 1999 (**JV**)

DEMİR GÖKYAYLA, Cemile: **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, Ankara 2005

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: **Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri**, İstanbul 2009

DICEY, A. V. / MORRIS, J. H. C.: **The Conflict of Laws**, Ed. Lawrence Collins, 13. Bası, Londra 2000

DIMATTEO, Larry A.: "*Contract Talk: Reviewing the Historical and Practical Significance of the Principles of European Contract Law*", **HILJ**, C. 43, S. 2, Yaz 2002, s. 569-581

DOĞAN, Vahit: **Banka Teminat Mektupları**, 2. Bası, Ankara 2002 (**Banka**)

DOĞAN, Vahit: **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kurahının ve Sınırlarının Tespiti**, Ankara 1996 (**İş Akdi**)

DOĞAN, Vahit: **Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, 2. Bası, Ankara 2005 (**Akreditif**)

DOĞAN, Vahit: "*Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması*", **MHB**, C. 15, S. 1-2, 1995, s. 21-42 (**MHB**)

DUTOIT, Bernard: "*Le nouveau droit international privé suisse des contrats à l'aune de la Convention (CEE) de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*", **Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive**, Basel 1993, s. 31-47

DUTOIT, Bernard / KNOEPFLER, François / LALIVE, Pierre / MERCIER, Pierre: **Répertoire de droit international privé suisse**, C. 1, Bern 1982

EKŞİ, Nuray: **Cases and Materials on the EU Private International Law**, İstanbul 2006 (**Cases**)

EKŞİ, Nuray: "*Kanunlar İhtilâfi Alanında "Incorporation"*", **MHB: Aysel Çelikel'e Armağan**, C. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 263-291 (**Incorporation**)

EKŞİ, Nuray: **Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında "Incorporation" Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları**, İstanbul 2004 (**Tahkim Anlaşmaları**)

EKŞİ, Nuray: **Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları**, İstanbul 2007 (**Kararlar**)

EKŞİ, Nuray: **Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu**, İstanbul 2004 (**Roma**)

EKŞİ, Nuray: "*Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı*", **MHB**, C. 12, S. 1-2, 1992, s. 1-10 (**MHB**)

EKŞİ, Nuray: "*Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*", **Kenan Tunçomağ'a Armağan**, İstanbul 1997, s. 116-148 (**İş**)

ELWAN, Omaia: "*La loi applicable à la garantie bancaire à première demande*", **RCADI**, C. 275 (1998), La Haye 2000, s. 9-218

ENONCHONG, Nelson: "*Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England*", **ICLQ**, C. 45, S. 3, Temmuz 1996, s. 633-661

ERDEM, Bahattin Bahadır: "*Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukukî Niteliği*", **MHB**, C. 10, S. 1-2, 1990, s. 65-79 (**Satım**)

ERDEM, B. Bahadır: **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, 2. Bası, İstanbul 2002 (**Patent Hakkı**)

ERDEM, H. Ercüment: **Milletlerarası Mal Satımlarında Yeni Düzen**, "<http://www.erdem-erdem.com/KMDefault.aspx?tabindex=4&tabid=214&Itid=220>" (**Yeni Düzen**)

EREN, Fikret: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, İstanbul 2009

ERSEN PERÇİN, Gizem: "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Madde 32 Kapsamında "Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddî Geçerliliği"", **MHB**, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 51-63

FERRARI, Franco: "'Forum Shopping' Despite International Uniform Contract Law", **ICLQ**, C. 51, S. 3, Temmuz 2002, s. 689-707 (**Forum Shopping**)

FERRARI, Franco: "*La loi applicable aux contrats conclus par les consommateurs*", **RDAL**, 2008, S. 2, s. 234-262 (**Consommateurs**)

FERRARI, Franco: "*Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties (art. 4 du règlement Rome I*", **RCDIP**, C. 98, S. 3, Temmuz-Eylül 2009, s. 459-482 (**Rome I**)

FERRY, Claude: **La Validité des Contrats en Droit International Privé**, Paris 1989

FOYER, Jacques: "*Le contrat d'electio juris à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980*", **L'Internationalisation du Droit: Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn**, Paris 1994, s. 169-179

FRANCESCAKIS, Phocion: "*Lois d'application immédiate et règles de conflit*", **RDIPP**, C. 3, 1967, s. 691-698 (**RDIPP**)

FRANCESCAKIS, Phocion: "*Quelques précisions sur les "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*", **RCDIP**, C. 55, S. 1, Ocak-Mart 1966, s. 1-18 (**RCDIP**)

FRANCQ, Stéphanie: "*Le règlement "Rome I" sur la loi applicable aux obligations contractuelles*", **JDI**, C. 136, S. 1, Ocak-Mart 2009, s. 41-69

GAILLARD, Emmanuel: "*The Role of the Arbitrator in Determining the Applicable Law*", **The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration**, Ed. Lawrence W. Newman, Richard D. Hill, Huntington 2004, s. 185-216

GARCIA GUTIERREZ, Laura: "*Franchise Contracts and the Rome I Regulation on the Law Applicable to International Contracts*", **Yearbook of Private International Law**, C. 10, 2008, s. 233-244

GIULIANO, Mario / LAGARDE, Paul: "*Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*", **Journal officiel**, No. C 282, 31.10.1980, s. 1-50

GOLDMAN, Berthold: "*Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*", **Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive**, Basel 1993, s. 241-255

GOODE, Roy: "*Usage and its Reception in Transnational Commercial Law*", **ICLQ**, C. 46, S. 1, Ocak 1997, s. 1-36

GRUBER, Urs Peter: "*The Convention on the International Sale of Goods (CISG) in Arbitration*", **RDAL**, 2009, S. 1, s. 15-34

GÜNGÖR, Gülin: **Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı**, Ankara 2007 (Yakınlık Yaklaşımı)

GÜNGÖR, Gülin: "Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-Wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı", **AÜHFD**, C. 51, S. 1, 2002, s. 19-42 (Click)

HARTLEY, Trevor C.: "The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws", **ICLQ**, C. 54, S. 4, Ekim 2005, s. 813-828

VAN HECKE, Georges: "Signification et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux", **RDIDC**, C. 32, 1955, s. 81-91

HILL, Jonathan: "Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts", **ICLQ**, C. 53, S. 2, Nisan 2004, s. 325-350

VON HOFFMANN, Bernd / THORN, Karsten: **Internationales Privatrecht**, 9. Bası, Münih 2007, sh. 432

JACQUET, Jean-Michel: **Le contrat international**, 2. Bası, Paris 1998

KADNER GRAZIANO, Thomas: "Le nouveau droit international privé communautaire en matière de responsabilité extracontractuelle", **RCDIP**, C. 97, S. 3, Temmuz-Eylül 2008, s. 445-511

KARRER, Pierre A. / ARNOLD, Karl W. / PATOCCHI, Paolo Michele: **Switzerland's Private International Law**, 2. Bası, Zürih 1994

KASSIS, Antoine: **Le nouveau droit européen des contrats internationaux**, Paris 1993

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle: "La prestation caractéristique en Droit international privé des contrats et l'influence de la Suisse", **Annuaire suisse de droit international**, C. 45, 1989, s. 195-220 (Prestation)

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle: "Le Droit international privé des contrats: la Suisse face à l'Europe", **Semaine judiciaire**, C. 114, S. 16, 21.4.1992, s. 257-278 (Contrats)

KEGEL, Gerhard / SCHURIG, Klaus: **Internationales Privatrecht**, 9. Bası, Münih 2004

KENFACK, Hugues: "Le Règlement (CE) no: 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ("Rome I"), navire stable aux instruments efficaces de navigation", **JDI**, C. 136, S. 1, Ocak-Mart 2009, s. 3-39

KESER BERBER, Leyla: "Uluslararası Ekonomik Tahkim Hukukunun Güncel Sorunları Hakem Yargılamasında Uygulanacak Yargılama Hukuku, Esasa Uygulanacak Hukuk ve Kamu Düzeni", **Sahir Erman'a Armağan**, İstanbul 1999, s. 465-517

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: **Borçlar Hukukuna Giriş - Hukukî İşlem - Sözleşme**, 4. Bası, İstanbul 2008 (Borçlar)

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: "Devletler Hususî Hukukunda, Tarafların Sükûtu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 21, S. 1-4, s. 356-393 (Sükût)

KOSTAKOĞLU, Cengiz: **Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif**, 3. Bası, İstanbul 2001

KÖSOĞLU, Mehmet: "*Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması*", **MHB**, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 149-172

LAGARDE, Paul: "*Karar tahlili: Soc. Danzas GmbH et Soc. Westra c. Soc. Tapiola et autre (Cour de cassation (Ch. com.) - 19 décembre 2006), Epoux Chopinet c. Soc. Crystal finance et soc. Royal Skandia Life assurance (Cour de cassation (1^{re} Ch. civ.) - 22 mai 2007)*", **RCDIP**, C. 96, S. 3, Temmuz-Eylül 2007, s. 592-602

LAGARDE, Paul / TENENBAUM, Aline: "*De la convention de Rome au règlement Rome I*", **RCDIP**, C. 97, S. 4, Kasım-Aralık 2008, s. 727-780

LAHLOU, Yasmine / MATOUSEKOVA, Marina: "*Chronique de droit international privé appliqué aux affaires*", **RDAl**, 2008, S. 5, s. 677-697 (2008/5)

LAHLOU, Yasmine / MATOUSEKOVA, Marina: "*Chronique de droit international privé appliqué aux affaires*", **RDAl**, 2009, S. 2, s. 215-238 (2009/2)

LANDO, Ole: "*Dicey&Morris, The Conflict of Laws: A Review*", **ICLQ**, C. 47, S. 2, Nisan 1998, s. 394-408

LOQUIN, Eric: "*Les règles du commerce international*", **Revue de l'Arbitrage**, Nisan-Haziran 2005, S. 2, s. 443-464

MAYER, Pierre: "*L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé*", **L'Internationalisation de Droit: Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn**, Paris 1994, s. 275-291

MAYER, Pierre / HEUZE, Vincent: **Droit international privé**, 9. Bası, Paris 2007

MCCLEAN, David: "*De Conflictu Legum: Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century*", **RCADI**, C. 282 (2000), La Haye 2000, s. 41-228

MORRIS, J. H. C.: **The Conflict of Laws**, 6. Bası, Londra 2005

NIBOYET, J.-P.: "*La théorie de l'autonomie de la volonté*", **RCADI**, C. 16 (1927-I), Paris 1928, s. 5-115

NOMER, Ergin: **Devletler Hususî Hukuku**, Ergin Nomer / Cemal Şanlı, 17. Bası, İstanbul 2009

NORTH, Peter: "*Private International Law: Change or Decay?*", **ICLQ**, C. 50, S. 3, Temmuz 2001, s. 477-508

NORTH, Peter / FAWCETT, J. J.: **Cheshire and North's Private International Law**, 13. Bası, Oxford 2004

NYGH, Peter E.: "*The Reasonable Expectations of the Parties As a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort*", **RCADI**, C. 251 (1995), La Haye 1996, s.269-400

OĞUZ, Arzu: "*Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi*", **AÜHFD**, C. 49, S. 1-4, 2000, s. 31-65 (Birleştirme)

OĞUZ, Arzu: **Lex Mercatoria**, Ankara 2004 (Lex)

OĞUZMAN, Kemal: "*Turkey*", **International Encyclopedia of Laws: Contracts**, Ed.: R. Blanpain / M. Colucci / J. Herbots, La Haye 1996, Vol. 8, Çev.: Toker Dereli

- OĞUZMAN, M. Kemal / BARLAS, Nami: **Medenî Hukuk**, 15. Bası, İstanbul 2008
- OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY - ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, 11. Bası, İstanbul 2006
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, 5. Bası, İstanbul 2006
- D'OLIVEIRA, Hans Ulrich Jessurun: "*Characteristic Obligation*" in the Draft EEC *Obligation Convention*", **AJCL**, C. 25, 1977, s. 303-331
- ÖZDEMİR, Didem: "*Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria*", **GÜHFD**, C. 7, S. 1-2, Haziran-Aralık 2003, s. 91-131 (**Tahkim**)
- ÖZDEMİR, Hatice: "*MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları*", **İBD**, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 926-941 (**Yabancılık Unsuru**)
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul 2001 (**DUK**)
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti**, İstanbul 2003 (**Elektronik**)
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: "*Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanının Belirlenmesi*", **Özer Seliçi'ye Armağan**, Ankara 2006, s. 343-368 (**MTK**)
- ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice: "*Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında BM Konvansiyonu*", **GSÜHFD**, 2007/2, s. 261-325 (**İleti**)
- ÖZDEMİR, Turkyay / DURGUT, Ramazan: "*Milletlerarası Tahkim Kanunu'na Göre Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanacak Hukuk Olması*", **Turgut Akıntürk'e Armağan**, İstanbul 2007, s. 467-488
- ÖZEL, Sibel: **Yargıtay Kararları Eşliğinde Akreditif ve Hukuki Niteliği**, İstanbul 1991 (**Akreditif**)
- ÖZEL, Sibel: "*Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi*", **MHB: Aysel Çelikel'e Armağan**, C. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 733-768 (**Sebepsiz**)
- ÖZEL, Sibel: "*Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*", **MHB: Ergin Nomer'e Armağan**, C. 22, S. 2, 2002, s. 577-617 (**Objektif**)
- ÖZSUNAY, Ergun: **Türk hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler**, Doktora Tezi, İstanbul 1968
- ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, İstanbul 2006
- ÖZTÜRK, Pınar: **Ortak Girişim (Joint Venture) ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul 2001
- PATOCCHI, Paolo Michele: "*Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept in the Swiss and European*

Private International Law of Contract", **Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive**, Basel 1993, s. 113-139

POMMIER, Jean-Christophe: **Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel**, Paris 1992

POROY, Reha / YASAMAN, Hamdi: **Ticarî İşletme Hukuku**, 10. Bası, İstanbul 2004

REGLI, Jean-Pierre: **Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées**, Cenevre 1983

REMY-CORLAY, Pauline: "*Karar tahlili: M. J. Mayer c. M. et Mme Deshoulières (Tribunal de grande instance de Poitiers - 22 décembre 1999)*", **RCDIP**, C. 90, S. 4, Ekim-Aralık 2001, s. 670-681

RIGAUX, François / FALLON, Marc: **Droit international privé**, 3. Bası, Brüksel 2005

SAKMAR, Ata: "*Le nouveau droit international privé turc*", **RCADI**, C. 223 (1990-IV), s. 303-416

SAKMAR, Atâ / EKŞİ, Nuray / YILMAZ, İlhan: **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun: Mahkeme Kararları**, 3. Bası, İstanbul 2001

SARGIN, Fügen: "*Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım*", **AÜHFD**, C. 50, S. 2, 2001, s. 37-96 (**Karakteristik**)

SARGIN, Fügen: **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2002 (**Lisans**)

SAYMAN, Yücel: **Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu**, İstanbul 1982

SCHNITZER, Adolf F.: **Handbuch des internationalen Privatrechts**, C. 1, 4. Bası, Basel 1957 (**C. 1**)

SCHNITZER, Adolf F.: **Handbuch des internationalen Privatrechts**, C. 2, 4. Bası, Basel 1958 (**C. 2**)

SCOLES, Eugene F. / HAY, Peter / BORCHERS, Patrick J. / SYMEONIDES, Symeon C.: **Conflict of Laws**, 3. Bası, St. Paul 2000

SEROZAN, Rona: **İfa - İfa Engelleri - Haksız Zenginleşme**, 4. Bası, İstanbul 2006

SEVİĞ, Vedat Raşit: **Kanunlar İhtilafı**, 2. Bası, İstanbul 1974

SIEHR, Kurt: "*Der Trust im IPR*", **Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit**, Cenevre 2002, s. 297-309

SPIERMANN, Ole: "*Twentieth Century Internationalism in Law*", **European Journal of International Law**, C. 18, S. 5, 2007, s. 785-814

SÜZEK, Sarper: **İş Hukuku**, 4. Bası, İstanbul 2008

SYMEONIDES, Symeon C.: "*The American Choice-Of-Law Revolution in the Courts: Today and Tomorrow*", **RCADI**, C. 298 (2002), La Haye 2003, s. 9-448

ŞANLI, Cemal: **Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1986 (**Tahkim**)

ŞANLI, Cemal: **Uluslararası Sivil Havacılık Davalarında Mahkemelerin Yargı Yetkisi ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul 1992 (**Havacılık**)

ŞANLI, Cemal: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 3. Bası, İstanbul 2005 (**Akitler**)

ŞANLI, Cemal / EKŞİ, Nuray: **Uluslararası Ticaret Hukuku**, 5. Bası, İstanbul 2006

TALLON, Denis: "*Introduction*", **Casebooks on the Common Law of Europe: Contract Law**, Ed.: Hugh Beale / Arthur Hartkamp / Hein Kötz / Denis Tallon, Oxford 2002

TANDOĞAN, Haluk: **Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul 1957

TARMAN, Zeynep Derya: "*5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*", **BATİDER**, C. 26, S. 1, Mart 2010, s. 143-171 (**Seçim**)

TARMAN, Zeynep Derya: "*5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*", **BATİDER**, C. 26, S. 2, Haziran 2010, s. 5-32 (**Akit Dışı**)

TARMAN, Zeynep Derya: "*Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü*", **BATİDER**, C. 25, S. 2, Haziran 2009, s. 299-332 (**Roma I**)

TARMAN, Zeynep Derya: "*Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)*", **AÜHFD**, C. 57, S. 2, 2008, s. 193-221 (**Roma II**)

TEKİNALP, Gülören: "*Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve "En Yakın İrtibatlı Hukuk" Uygulaması*", **Ernst E. Hirsch'in Hâtırasına Armağan**, Ankara 1986, s. 443-450 (**Objektif Kural**)

TEKİNALP, Gülören: "*Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk: MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi*", **MHB**, C. 5, S. 1, 1985, s. 28-31 (**Zımnî Hukuk**)

TEKİNALP, Gülören: "*AT Hukukunda Milletlerarası Özel Hukuka Ait Gelişmeler, Hukuk Seçiminin Kısıtlanması ve MÖHUK*", **Bilgi Toplumunda Hukuk: Ünal Tekinalp'e Armağan**, C. 2, İstanbul 2003, s. 1095-1111 (**AT**)

TEKİNALP, Gülören: "*Karar İncelemeleri: Taşıma Sözleşmesine Uygulanan Hukuk*", **MHB**, C. 2, S. 2, 1982, s. 35-41 (**Taşıma**)

TEKİNALP, Gülören: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 10. Bası, İstanbul 2009 (**Bağlama**)

TEKİNALP, Gülören: "*Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu*", **MHB**, C. 8, S. 1, 1988, s. 59-70 (**Akdi Borç Statüsü**)

TEKİNALP, Gülören / TEKİNALP, Ünal: "*Joint Venture*", **Yaşar Karayalçın'a 65'inci Yaş Armağanı**, Ankara 1988, s. 143-176

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Halûk / ALTOP, Atillâ: **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 362

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: "11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi", **AÜHFD**, C. 41, S. 1-4, s. 191-205 (VAS)

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: "Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli La Haye Sözleşmesi", **MHB**, C. 14, S. 1-2, 1994, s. 121-136 (La Haye)

TİRYAKİOĞLU, Bilgin: **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara 1996 (Satım)

TSOUCA, Chryssapho: "Le Droit international privé dans la jurisprudence hellénique: Années 1997-1998", **RHDI**, C. 52, S. 2, 1999, s. 535-576

TURHAN, Turgut: "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku", **AÜHFD**, C. 41, S. 1-4, Ankara 1991, s. 119-149

TÜZÜNER, Özlem: **Marka Rehni Sözleşmesi ve Uygulanacak Hukuk**, İstanbul 2007

ULUOCAK, Nihal: **Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri**, İstanbul 1989

VERHAGEN, H. L. E.: "The Tension between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.*", **ICLQ**, C. 51, S. 1, Ocak 2002, s. 135-154

VISCHER, Frank: **Droit international privé**, Fribourg 1974

WENGLER, Wilhelm: "Rechtswahl unter Zwang", **Etudes de Droit International en l'Honneur de Pierre Lalive**, Basel 1993, s. 211-218

YAVUZ, Cevdet: **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul 2007

ZEYTİN, Zafer: "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) Uygulama Alanına İlişkin Bir İnceleme", **BATİDER**, C. 24, S. 3, Haziran 2008, s. 217-264

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: **Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation**, Brüksel 2003, "<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0654:FIN:EN:PDF>" (Green Paper)

COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES: **Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)**, Brüksel 2005, "<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0650:FIN:EN:PDF>" (Proposal)

EUROPEAN PARLIAMENT: **Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)**, Rapporteur: Maria Berger, 2006, "http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pr/619/619636/619636en.pdf"

MAX PLANCK INSTITUTE: "Comments on the European Commission's Green Paper on the Convention of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernization", **Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht**, Ed. Jürgen Basedow, C. 68, 2004, s. 1-118

ÖZGEÇMİŞ

Berk Demirkol 30.01.1983 tarihinde İstanbul'da doğdu. 1994'te girdiği Galatasaray Lisesi'nden 2002 yılında mezun oldu. Liseden mezun olduktan sonra Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne girdi. Sosyal bilimlere giriş yılı ve dört yıllık fakülte eğitiminin ardından 2007 yılında Üniversite'den mezun oldu. Aynı sene Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Yüksek Lisans programına girdi. Yüksek lisansı sırasında Millî Eğitim Bakanlığı bursu kazandı ve Cenevre'de 2008-2009'da Uluslararası Uyuşmazlık Çözümleri Yüksek Lisansı programına katıldı. Berk Demirkol bu programın sonunda "Pseudonational Companies in Investment Arbitration" başlıklı bir yüksek lisans tezi yazdı.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Galatasaray Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı Soyadı : Berk DEMİRKOL
Tez Başlığı : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında
Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye
Uygulanacak Hukuk
Savunma Tarihi : 20 Eylül 2010
Danışmanı : Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

JÜRİ ÜYELERİ

Ünvanı, Adı, Soyadı

İmza

Doç. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Prof. Dr. Ziya AKINCI

Prof. Dr. Sibel ÖZEL

Enstitü Müdürü

Prof. Dr. V. Mehmet BOLAK