



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun “Daha Sıkı İlişkili Hukuk” Temelinde Belirlenmesi

The Determination of Applicable Law to Torts based on “the Law which is more closely connected”

Sibel Özel¹

Öz

Haksız fiillere uygulanacak hukuk alanında genel kabul gören kural *lex loci delicti commissi*, haksız fiilin ika yeri hukukudur. Zarara yol açan olayın meydana geldiği yer zararın meydana geldiği yerden farklı ise, *lex loci damni* yani zarar yeri hukuku tercih edilmiştir.

Zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi için zararın nasıl tanımlandığı ve zarar yerinin nasıl lokalize edildiğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu makale haksız fiilden kaynaklanan taleplere uygulanacak hukuk açısından zararın tanımı ve zarar yerinin belirlenmesi meselelerini irdelleyecektir.

Lex loci damni'nin tesadüfi veya ilişkiyle uzak olması halinde bu kural, daha sıkı bağlantılı hukuk kuralı ile bertaraf edilmektedir. İlişkinin en yakın bağlantıda olduğu hukuk, haksız fiil taleplerini oluşturan bütün unsurların değerlendirilmesi ya da taraflar arasında mevcut ve haksız fiille bağlantılı ilişkiye uygulanacak hukuk temelinde belirlenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Haksız fiil, uygulanacak hukuk, *lex loci damni*, zarar yeri, en sıkı bağlantılı hukuk

Abstract

Legislations stipulate that the law applicable to torts is *lex loci delicti commissi*, i.e., the law of the place where the tort is committed. In the case that the law of the event leading to damage differs from the law of damage, then *lex loci damni*, or, the law of the place where damage occurred, is preferable.

The application of the law of damage requires the definition and localization of damage. This article proposes a definition of damage and determines to which place damage occurs in terms of applicable laws to claims as a result of torts.

Where the *lex loci damni* is remote or fortuitous, then this rule is displaced by the law more closely connected to the issue. Determining the law most closely connected to the issue should be based on a review of all factors that constitute the tort claim or the law applicable to the underlying relationship between parties connected to the tort.

Keywords

Tort, applicable law, *lex loci damni*, place of damage, law most closely connected

* Sorumlu Yazar: Sibel Özel (Prof. Dr.), Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı İstanbul, Türkiye. E-posta: sibelozel@marmara.edu.tr ORCID: 0000-0003-4027-6258

Atrf: Özel S, “Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun “Daha Sıkı İlişkili Hukuk” Temelinde Belirlenmesi” (2021) 41(2) PPIL 483. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.939398>



Extended Summary

In general, the judicial system stipulates that the law applicable to torts is *lex loci delicti commissi*: the law of the place where the tort is committed. In the case that the elements of tort are spread out across countries, a legislator should choose between the law of the place where the event leading to damage occurred or the law of the place where damage occurred. However, the majority of national legislations, including Turkish Act on Private International Law and International Civil Procedure (MÖHUK), expressly prefer *lex loci damni*, that is, the law of the place where damage occurred.

Defining and localizing the concept of damage is crucial for determining the law of damage. Although damage is defined as a violation of rights, the place of damage should be localized to the place where the right was injured. This scenario denotes direct damage and rules out the place where the victim suffered financial damage subsequent to the initial damage that emerged and from which a person suffered in another country. Thus, the place of damage refers to initial damage instead of the consequences of the injury or indirect damage, unless the damage that eventually manifests is regarded fresh and separate. Hence, the law of damage is predictable by the parties and meets their expectations.

Accordingly, in the case of physical injuries inflicted on a person, the country where the damage occurred is also the country where injury was sustained. Moreover, in the case of damage to property, the country where damage occurred is the country where goods were damaged regardless of the country where the indirect consequences of the event occurred.

In the case of traffic accidents, the place of damage will be designated as the place where the accident occurred, and the damage sustained by the victim at his domicile or by close relatives of the deceased is regarded as indirect consequences of the accident. Therefore, the applicable law to claims of close relatives of the deceased or the victim in terms of the cost of after-care and medical attention in another country will be determined by the law of the place where damage occurred. This notion pertains to the law of the place where the accident occurred. However, the applicable law designated according to the place of damage will determine which persons are entitled to compensation for damaged sustained personally and the basis and extent of liability. Thus, indirect damages or consequences could be claimed under this law.

Although *lex loci damni* is predictable, foreseeable, and reasonable in terms of the expectations of parties, certain cases could be considered remote or fortuitous. In such situations, the applicable law should be determined based on the law more closely connected to the issue.

Article 4(3) of Rome II Regulation states that, “where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraph 1 or 2, the law of that other country shall apply.” This scenario is regulated as an escape clause and should be applied exceptionally.

Conversely, Art 34(3) of MÖHUK is worded differently, i.e., “where the obligational relationship arising out of tort is more closely connected with another country, the law of that country shall apply.” This rule is more flexible. The study infers that Art 34(3) does not operate as an escape clause to Art 34(1)(2). In fact, Art 34(3) is an automatic exception to Art 34(1)(2). Once Art 34(3) is applied, then Art 34(1)(2) is automatically displaced. In other words, where the tort claim is more closely connected to the law of a country apart from *lex loci delicti commissi* or *lex loci damni*, that law shall apply. In this regard, applying Art 34(3) does not require that all circumstances of the case should be reviewed to determine which law is more closely connected to the issue. When the court determines that the law of the place where damage occurred is not closely related to the parties and the tort claim, but the elements of tort, including the consequences of the damage, are more closely connected to another law, then the court can easily displace Art 34(1)(2) with Art 34(3).

Moreover, when a pre-existing relationship is established between parties, then a closer connection with another country will be based on this relationship. In this case, the law applicable to the pre-existing relationship will address tort issues provided that the violation of the relationship is regarded as a tort claim. In other words, the pre-existing relationship should be connected to the tort.

The law applicable to the tort will be subject to the law applicable to the contract concluded between parties, where a contract is signed between parties and where the tort claim is connected to the contract. Once again, where a family relationship is established between parties and where the claim resulting from the tort is characterized as a breach of family duty or in the context of a family relationship, then the law applicable to the tort will subject to the law applicable to family matters given that the place where damage occurred is unexpected, remote, and fortuitous. In this case, the tort claim is most closely connected to the *lex causae* of the family issue instead of *lex loci damni*.

Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun “Daha Sıkı İlişkili Hukuk” Temelinde Belirlenmesi

I. Giriş

Uzun bir süre haksız fiillere uygulanacak hukukun tespiti meselesi, sözleşmelere kıyasla daha az çalışılan bir alan olmuştur¹. Bunun en önemli nedeni haksız fiil sorumluluğunun ceza hukuku çerçevesinde ele alınması² ve yetkili mahkeme meselesinin uygulanacak hukukun önüne geçmesidir³. Ancak 20. yüzyıldaki hızlı teknolojik gelişmeler, ülkeler arası seyahat imkânlarının çoğalması, telekomünikasyon alanındaki ilerlemeler uluslararası haksız fiil meselelerinin çoğalmasına ve buna paralel olarak da kanunlar ihtilafı sorunlarına yol açmıştır⁴. Özellikle ABD’de kanunlar ihtilafı alanında devrim niteliğinde görülen metodolojik tartışmalar haksız fiil alanında gerçekleşmiştir⁵.

Haksız fiillere uygulanacak hukuk meselesinde ilk aşama *lex fori* (hâkimin hukuku) olmuştur⁶. Haksız fiilin ceza hukukuyla olan bağlantısı, *lex fori*’nin haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğa da uygulanması için yeterli sebep oluşturmuştur; zira bozulan sosyal düzene karşı cezai sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu iki farklı tepkiyi göstermektedir⁷. Haksız fiilin işlendiği yer neresi olursa olsun haksız fiil sorumluluğuna *lex fori*’nin (hâkimin hukuku) uygulanması mahkemenin keyfi olarak seçilmesi ile adil olmayan sonuçlara yol açmaktadır⁸. Zira davacı tümüyle kendi yararına bir hukuk seçerek forum shopping yapabilecek; bu durumda da aynı davanın sonucu bir ülkeden diğerine farklılık arz ederek sonuç yeknesaklığı zedelenecektir⁹.

Ancak zaman içinde ceza hukuku sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu birbirinden ayrılmış ve nihai hedef noktaları da farklılaşmıştır. Ceza hukukunda amaç

- 1 Otto Kahn-Freund, ‘Delictual Liability and the Conflict of Laws’ (1968-II) 124 *Recueil Des Cours* 1, 5; M.A Morse, *Torts in Private International Law* (North-Holland Publishing Company 1978) 1; Turgut Turhan, *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı* (Dayınlarlı 1989) 1; Michael Pryles, ‘Tort and Related Obligations in Private International Law’ (1991-II) 227 *Recueil Des Cours* 13, 22; Anne-Catherine Imhoff-Scheier/Paolo Michele Patocchi, *Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws* (Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1990) 104. Sözleşmelerle haksız fiiller arasındaki dengesizlik maddi hukuk kodifikasyonlarında da kendisini göstermektedir. İsviçre Borçlar Kanununda sözleşmelerle ilgili 520 hüküm, haksız fiillerle ilgili 20 hüküm bulunmaktadır. Imhoff-Scheier and Patocchi (n 1) 105.
- 2 Imhoff-Scheier and Patocchi (n 1) 104-105; Sibel Özel, ‘Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu’, *Nuri Çelik Armağanı*, (Beta 2001) 874, 882
- 3 Kahn-Freund (n 1) 6.
- 4 Kahn-Freund (n 1) 8-9; Morse (n 1) 1.
- 5 Özel (n 2) 882. Amerikan hukukunda 1960lı yıllarda teorik olan yapılan ve mahkeme kararlarına yansıyan gelişmeler her somut olay adaleti için esnek bir sistem getirmeyi hedeflemiştir. Cavers, Currie, Ehrenzweg, Leflar gibi yazarlarca ileri sürülen fikirler kanunlar ihtilafı metodolojisinde çığır açan görüşler olarak kabul edilmiştir. Pryles (n 1) 79. Amerikan hukukundaki bu görüşlerle ilgili bkz. Özel (n 2) 902 vd. Ayrıca bkz. Th. M de Boer, *Beyond Lex Loci Delicti*, (Kluwer Law and Taxation Publishers 1987) 227 vd; Symeon C. Symeonides, ‘Choice of Law in Cross-Border Torts: Why Plaintiff Win and Should’ (2009) 61 *Hastings Law Journal* 337, 346 vd, 392 vd.
- 6 Turhan (n 1) 5-6. Savigny haksız fiillere uygulanacak hukuk olarak *lex fori*’yi doktrinel olarak savunmuştur. Bkz. Kahn-Freund (n 1) 13. *Lex fori* uygulamayla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Morse (n 1) 7 vd.
- 7 Kahn-Freund (n 1) 20-21.
- 8 Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat 2020) 353.
- 9 Özel (n 2) 885.

faili cezalandırmak ve diğer insanlar üzerinde caydırıcı etki yapmak iken, haksız fiil sorumluluğunda amaç faili cezalandırmak değil, zararın tazminidir¹⁰.

Kanunlar ihtilafı metodolojisinde asıl hedef ilişkiyi en yakın bağlantılı hukuka bağlamak olduğu için haksız fiil alanında lex fori yerine lex loci delicti commissi (haksız fiilin ika yeri hukuku) bir bağlama noktası olarak ortaya çıkmıştır¹¹. Haksız fiilin ika yeri hukukuna bağlanma ile haksız fiilin işlendiği yerde bozulan toplumsal dengenin sağlanması ve kişilerin ika yeri hukukuna göre sorumlu olmayacakları olaylardan dolayı hâkimin hukukuna göre sorumlu tutulmaktan kurtulması mümkün olmuştur. Böylelikle kişiler davranışlarını buldukları yere göre ayarlayarak işlem güvenliği temin edilecek; her iki taraf da uygulanacak hukuku öngörebilecektir¹².

Lex loci delicti kuralı ABD’de 1934’te yayımlanan the First Restatement of Conflict of Laws’da kabul edilmiş ve kazanılmış haklar teorisiyle ilişkilendirilmiştir. Haksız fiili oluşturan unsurların meydana geldiği yer hukuku bu unsurların sonuçları için de uygulanacaktır. Bir başka ifadeyle haksız fiilin ika edildiği yer hukukuna göre tazminata hak kazanamayacak olan bir davacının başka bir hukuka göre talepte bulunması mümkün değildir¹³.

Lex loci delicti kuralının en önemli gerekçesi tarafların meşru beklentilerine verdiği cevaptır¹⁴. Zira haksız fiil ilişkisinde sorumlu taraf eylemlerinin yol açacağı riskleri bulunduğu yer hukukuna göre ayarlayabilecek ve en önemlisi bu hukuka göre sorumlu tutulabileceğini öngörebilecek; buna karşılık zarar gören taraf burada zarar gördüğü için bu hukuk ilişkisiyle yakın bağlantı tesis edecek, dolayısıyla onun da beklentileri karşılanacaktır.

Bu itibarla lex loci delicti kuralının en önemli avantajı kanunlar ihtilafı metodolojisinde önem arz eden belirlilik ve yeknesaklık temininde oynadığı roldür¹⁵. Zira dava nerede açılırsa açılınsın haksız fiilin ika yeri aynı yer olarak mahkemelere kolayca tespit edilecek ve uygulanacak hukuk mahkemeden mahkemeye değişmeyecek; böylelikle sonuç yeknesaklığı sağlanacaktır.

Haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunda lex fori’den lex loci delicti commissi’ye geçişte farklı bir uygulama common law’da kendisini göstermektedir. Bu hukuk sisteminde lex fori ve lex loci delicti birlikte uygulanmakta ve yabancı ülkede işlenen bir haksız fiil hem o ülke hukukuna göre hem de İngiliz hukukuna göre

10 Elena Rodriguez Pinean, ‘The Law Applicable to Intra-Family Torts’ (2012) 8 Journal of Private International Law 113, 126. Bu amaçla çağdaş haksız fiil hukukunda kaçınılmaz tehlikelere karşı da rizikonun uygun dağılımı hedeflenmektedir. Kahn-Freund (n 1) 24.

11 Pryles (n 1) 36, 37.

12 Tekinalp (n 8) 354.

13 Morse (n 1) 80-81. Kazanılmış haklar teorisi ile lex loci delicti arasındaki ilişki konusunda bkz. Turhan (n 1) 52 vd.

14 Özel (n 2) 886-887. Robert Pietriche, ‘The Ascendancy of the Lex Loci Delicti: The Problematic Role of the Theory in Australian Choice of Tort Law Rules’ (2015) 16 Melbourne Journal of International Law 86, 114.

15 Pryles (n 1) 5-54; Turhan (n 1) 41-43; Pietriche (n 14) 113.

dava edilebilir nitelikte olmalıdır. Bir başka ifadeyle davacı her iki hukuka göre de haklı olduğunu ispat külfeti altındadır¹⁶. İskoçya, Avustralya ve Kanada’da uygulanan kural İngiltere’de 1995 tarihli Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act (Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu)¹⁷ ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Lex loci delicti kuralı haksız fiilin tüm unsurlarıyla bir ülkede vuku bulduğu durumlarda işlevini kolayca yerine getirmektedir. Zira böyle bir durumda uygulanacak hukukun tespiti kolayca mümkün olmaktadır. Ancak haksız fiili oluşturan unsurların birden çok ülkeye dağılması halinde haksız fiilin ika yeri tanımının yeniden yapılması ve daha doğrusu haksız fiili oluşturan unsurlardan hangisinin tercih edildiğinin kanun koyucu tarafından açıkça belirlenmesi gerekmektedir.

Uygulanacak hukukun tespiti zararlı sonuca yol açan eylemin gerçekleştiği yerin mi yoksa zarar yerinin mi esas alınacağı noktasında bir seçimi zorunlu kılmaktadır. Eylem yerini esas alan görüş failin beklentilerini temel almaktadır. Buna göre fail, eylemin¹⁸ gerçekleştiği yer hukukunun kurallarını esas alarak hareket etmiştir ve onun zarar yeri hukukuna göre sorumlu tutulması hakkaniyete aykırı olacaktır¹⁹. Belçika hukukunda eylem yeri hukuku tercih edilmiştir²⁰. Alman EGBGB²¹ m. 40 ise davacıya eylem yeri ile zarar yeri arasında seçim yapma imkânı vermiştir.

Buna karşılık Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku²² (MÖHUK) dahil pek çok ulusal kanunlar ihtilafı kuralı ve Avrupa Birliği (AB) düzenlemesi zarar yeri hukukunu eylem yeri hukukuna tercih etmiştir.

Bu makalede haksız fiillere uygulanan temel bağlama noktası olan lex loci damni (zarar yeri hukuku) ele alınacak ve zarar yerinin zaman ve mekân olarak lokalizasyonu irdelenecektir. Zarar yeri hukukunun tesadüfi ve ilişkiyle uzak olması halinde ise daha sıkı bağlantılı hukuk devreye girmektedir. Böylelikle benimsenen bir kaçış klozu ile vaka hakkaniyetine hizmet eden esnek bir yaklaşım benimsenmiş olmaktadır. Makalede daha sıkı ilişkili hukukun nasıl tespit edileceği ve bu kıstasın zarar yeri hukukunu bertaraf etme işlevi AB düzenlemeleri ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

16 Ayrıntılı bilgi için bkz Özel (n 2) 892 vd; Pryles (n 1) 65 vd; Morse (n 1) 46 vd; Samuel O’Sullivan, ‘Brexit and Choice of Law in the Obligations’ (2018) 24 Australian International Law Journal 77, 81 vd. İki hukuka göre de dava edilebilirlik ilkesinin Avustralya mahkemelerindeki uygulaması için bkz. Pietriche (n 14) 91 vd.

17 <www.legislation.gov.uk> Erişim Tarihi 10 March 2021. Kanunun uygulama alanı dışındaki haksız fiillerde common law kuralı uygulamaya devam etmektedir.

18 Haksız fiildeki eylem unsuru sadece bir davranış halini değil, ihmali ve eylemsizliği de kapsamaktadır. Burada kastedilen zarara yol açan davranışın meydana geldiği yerdir.

19 Bkz. Özel (n 2) 887; Morse (n 1) 113; Turhan (n 1) 156-157. Diğer yandan eylem yeri mağdur açısından öngörülemez ve önemsiz bir yerdir; buna karşılık fail tarafından kolayca manipüle edilebilir. Bkz. O’Sullivan (n 16) 94. Oysa zarar yeri hukuku öngörülebilir bir hukuktur. Marija Kravac, ‘The Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents and Roma II Regulation’ (2018) 79 Collection of Papers, Faculty of Law 141, 154.

20 Özel (n 2) 887.

21 İngilizce metin için bkz. Introductory Act to the Civil Code <www.gesetze-im-internet.de> Erişim Tarihi 10 March 2021.

22 Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, R.G. 12.12.2007/26728.

II. Lex loci damni

A. Genel Olarak

Zarar unsurunun haksız fiil sorumluluğu için kurucu nitelik taşıması, zarar yeri hukukunun eylem yeri hukukuna karşı üstünlüğünü oluşturmaktadır²³. Davacının zarar yeri hukukunun korumasından yararlanma hakkı olduğu kabul edilmektedir. Zira haksız fiil hukukunun altında yatan temel siyasa, mağdurun kendi kusurundan kaynaklanmayan zarar için tazminat almasıdır. Beden bütünlüğü ya da malına karşı yapılan haksız müdahale sonucu uğradığı zararın telafi edilmesi gerekir ve bu telafi zarar yeri hukukunun sağlayacağı koruma ile mümkün olmaktadır²⁴.

Gerek Türk hukuku gerekse uluslararası düzenlemeler zarar yeri hukukunu haksız fiil ilişkilerinde temel bağlama noktası olarak kabul etmiştir. MÖHUK m. 34/1'e göre “haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir”. İkinci fıkrada şu düzenleme yapılmıştır: “Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır”. Birinci ve ikinci fıkrada aynı şekilde “fiil” kelimesi kullanılmış olmasına rağmen 1. Fıkrada belirlenen kural lex loci delicti yani haksız fiilin ika yeri kuralıdır. Bununla kastedilen haksız fiili oluşturan unsurların tümünün bir ülkede meydana gelmesi halidir. Haksız fiildeki iki önemli unsurun farklı ülkelerde meydana gelmesi halinde ise yani zarara yol açan eylemin meydana geldiği yer ile zararın meydana geldiği yer farklılık taşıyorsa uygulanacak hukuk zarar yeri hukuku olmaktadır.

MÖHUK gibi İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK)²⁵ m. 133 de zarar yeri bağlama noktasını tercih etmiştir. Ancak Türk hukukundan farklı olarak İsviçre düzenlemesi tarafların aynı ülkede mutlak meskene sahip olmamaları durumunda haksız fiilin ika yerini 2. basamak kural olarak belirlemiş ve zarar yerinin zarara yol açan eylem yerinden farklı bir ülke olması halinde, zarar yeri hukukunun uygulanacağını öngörmüştür. Ancak yine Türk hukukundan farklı olarak zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi için haksız fiil sorumlusunun zararın bu ülkede meydana geleceğini öngörmesi gerekmektedir (İsviçre MÖHK m. 133(2)). Dolayısıyla zarar yeri davalı tarafından öngörülmediği durumda eylem yeri hukuku uygulanacaktır. Böylelikle zarar yeri hukukunun uygulanması davalının öngörebilme koşuluna bağlanarak her iki tarafın meşru beklentilerinin karşılanması hedeflenmiştir²⁶.

1995 tarihli İngiliz MÖHK m. 11 haksız fiillere uygulanacak genel kuralı haksız fiili oluşturan olayların vuku bulunduğu ülke hukuku olarak belirlemiştir (m. 11(1)). Bu olayların unsurları farklı ülkelerde vuku bulduğunda, uygulanacak hukuku (a) bir şahsa

23 Özel (n 2) 888.

24 Morse (n 1) 118-119.

25 İngilizce metin için bkz. Swiss Private International Law <www.admin.ch/d/sr/2/291.de.pdf> Erişim Tarihi 10 March 2021.

26 Imhoff-Scheier and Patocchi (n 1) 138-139.

yapılan bedensel zarar²⁷ veya bedensel zarardan kaynaklanan ölümle ilgili dava sebebi için, şahsın zarara uğradığı anda bulunduğu ülke hukuku (b) mala verilen zararlarla ilgili dava sebebi için zarara uğradığı anda malın bulunduğu yer hukuku (c) bunun dışında bir olayda bu olayların en önemli unsur veya unsurlarının vuku bulduğu ülke hukuku olarak saptamıştır.

Dolayısıyla İngiliz Kanunu zarar yeri hukukunu bir bağlama noktası olarak belirlemek yerine, zarar yerinin tanımını çeşitli açılardan kanun hükmü haline getirmeyi tercih etmiştir. Zira aşağıda inceleyeceğimiz üzere zarar yeri kavramının zaman ve mekân açısından lokalizasyonu uygulanacak hukuku belirlemek açısından elzemdir.

Zarar yeri hukukunun açık tespiti AB düzenlemesi olan 2007 tarihli Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma II Tüzüğünde²⁸ yer almaktadır. Buna göre haksız fiillerden kaynaklanan borç ilişkilerine zararlı sonuca yol açan olayın meydana geldiği yer ya da o olayın dolaylı sonuçlarının meydana geldiği yer dikkate alınmaksızın, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır (m. 4(1)). Dolayısıyla Tüzük açıkça *lex loci damni*'yi kabul etmiş; davacıya kendisi için en elverişli olan hukuku seçme imkânı tanımamıştır. Böylesi bir seçim hakkının mağdurun meşru beklentilerinin korunmasının ötesinde bir belirsizlik yaratacağı kabul edilmiştir²⁹. Bu noktada Tüzük eylem yeri veya dolaylı zararın meydana geldiği yer hukukunu açıkça dışlayarak doğrudan zararın meydana geldiği yeri bağlama noktası olarak belirlemiştir. Zira *lex loci damni*'nin taraflar arasında denge sağladığı ve bu kuralın ayrıca kusursuz sorumluluğun gelişimi ve hukuki sorumluluğa ilişkin modern yaklaşımları da yansıttığı kabul edilmiştir³⁰.

B. Zarar kavramı

Zarar yeri hukukunun uygulanması öncelikle zarar kavramının tanımlanmasını gerekli kılmaktadır. Somut olay açısından “zarar” tanımlandıktan sonra bu zararın nerede meydana geldiği tespit edilebilecektir.

Zarar yeri bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğu için bu bağlama kuralının ne anlama geldiği dolayısıyla zarar tanımı ile zarar yerinin nasıl tespit edileceği meselesi bağlama

27 Bedensel zarar hastalıklar veya fiziksel ya da ruhsal durumu bozan her şeyi ihtiva etmektedir. İngiliz MÖHK m. 11(3).

28 Regulation (EC) No. 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligation (Rome II) Official Journal of European Union 31.07.2007-L199/40. Tüzük akit dışı borç ilişkisi olmasına rağmen kişilik hakkı ve mahremiyet ihlalinin kaynaklanan talepleri açıkça Tüzük kapsamının dışında bırakmıştır (m. 1(g)). Konuya ilişkin ayrıntı bilgi için bkz. Alex Mills, ‘The Law Applicable to Cross-border Defamation on Social Media: Whose Law Governs Free Speech in “Facebookistan”?’ (2015) 7 Journal of Media Law 1, 11 vd. 2012’de Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi Roma II Tüzüğüne kişilik hakkı ve mahremiyet ihlaline ilişkin bir kanunlar ihtilafı önerisi getirmiştir. Öneri metni için bkz. Mills (n 28) 15.

29 Explanatory Memorandum Rome II, 11-12. Brussel 22.07.2003 COM (2003) 427 Final, 2003/0168 (COD)

30 Roma II Tüzüğü Gerekeç 16.

kurallarının yorumuna girmekte ve bu yorum bağlama kuralını koyan devletin kendi hukuku (lex fori) uyarınca belirlenmektedir³¹.

Buna göre MÖHUK m. 34/II’de yer alan zararın meydana geldiği yer hukuku Türk hukukuna göre belirlenecektir. Aynı şekilde zarar kavramının neyi ifade ettiği hususu da Türk hukukuna göre tespit edilecektir. Ancak bu belirleme yapılırken uygulanacak hukuku işaret eden zararın ne olduğu ve nerede meydana geldiği hususuna odaklanmak gerekmektedir. Haksız fiillere dayanan tazminat davalarında talep edilen ve Türk Borçlar Kanunu³² m. 53 ve 54’te zarar kapsamı içinde talep edilecek hususlar, uygulanacak hukuku gösteren zarar yeri kavramı tanımında değerlendirilmeyecektir. Buna göre TBK m. 53’te ölüm halinde uğranılan zararlar arasında sayılan cenaze giderleri, ölüm öncesi tedavi masrafları, çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölüm desteğinden yoksun kalanların kayıpları, tedavi giderleri, kazanç kaybı, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar zarar yeri hukukunu belirleyecek olan “zarar”ı göstermemektedir. Sayılan kayıplar uygulanacak hukukun Türk hukuku olması halinde talep edilebilecek olan zararlardır ancak bu unsurlar uygulanacak hukuku belirleyen “zarar” kavramının tanımı değildir. Türk Yargıtay’ı da verdiği bir kararda Türkiye’de meydana gelen bir kazada vefat eden kişi için sigortacı tarafından hak sahiplerine ödemenin Avusturya’da yapılmış olmasının, zararın Avusturya’da meydana gelmesi olarak yorumlanamayacağını, uyumsuzluğa zarar yeri olan Türk hukukunun uygulanması gerektiğini açıkça belirtmiştir³³. Dolayısıyla “bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalma” olarak gösterilen zarar tanımı, uygulanacak hukuku saptayan “zarar yeri” hukukunun belirlenmesinde esas alınmayacaktır.

Zarar hukuken korunan asıl menfaatin ihlal edilmesidir ve bu bağlamda malvarlığında meydana gelen azalmayı değil, menfaat ihlalinin sonucunu ifade etmektedir³⁴. Dolayısıyla uygulanacak hukuku belirleyen “zarar” dolaylı ya da yansıma zararı değil doğrudan zarardır; müstakbel veya muhtemel zarar değil, mevcut zarardır³⁵. Bir başka ifadeyle doğrudan zarar sorumluluk doğuran olayın doğrudan sonucudur³⁶. Buna göre A ülkesinde ilaç içen ve B ülkesinde ilacın yan etkilerini göstermesi sonucu hastalanan kişi daha sonra kendi mutad meskeni olan C ülkesinde tedaviye devam etse bile zarar C ülkesindeki tedavi değil, B ülkesinde gerçekleşen hastalık halidir. Zira

31 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017) 107. Doktrinle bağlama noktasının yorumu, bağlama noktasının vasıflandırılması olarak da adlandırılmaktadır. Ancak ister yorum, ister vasıflandırma terimi kullanılsın bu noktada uygulanacak hukuk lex fori Türk hukukudur. Aysel Çelikel and Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020) 89.

32 Türk Borçlar Kanunu, Kanun Numarası: 6098, Kabul Tarihi: 11.01.2011, R.G. 4.02.2011/27836

33 Yargıtay 11. HD. 2004/5829 E, 2005/2562 K. 21.03.2005, Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020) 438 dn. 374.

34 Turhan (n 1) 170-171; Özel (n 2)

35 Nomer (n 31) 361. Ayrıca bkz. Tekinalp (n 8) 356.

36 Anabela Susan de Sousa Goncalves, ‘The Application of the General Rule of Rome II Regulation to Internet Tort’ (2014) 8 Masaryk University Journal of Law and Technology 57, 57.

ilaç alımının etkisini gösterip kişiyi hasta etmesi hali doğrudan sonuç yani zarardır; daha sonra yapılan masraflar bu zararın sonuçlarını oluşturmaktadır.

Zarar kavramı ve zarar yerinin lokalizasyonu AB düzenlemeleri olan Roma II Tüzüğü ve Brüksel I Tüzüğü çerçevesinde yeknesak tanımlara ulaşmıştır. Bir başka ifadeyle Roma II Tüzüğünde uygulanacak hukuku gösteren “zarar yeri” ile haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkemenin yetkisini belirleyen Brüksel Ia Tüzüğü³⁷ m. 7(2)’de yer alan haksız fiilin vuku bulduğu yeri işaret eden unsurlardan biri olan “zarar yeri” aynı şekilde yorumlanmaktadır³⁸.

Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) Bier v. Mines de Potasse d’Alsace³⁹ kararında mahkemenin yetkisini belirleyen haksız fiilin meydana geldiği yer terimini yorumlayarak, bu yerin hem zarara yol açan eylemin meydana geldiği yeri hem de zararın meydana geldiği yeri işaret ettiğini hükme bağlamıştır⁴⁰. Bier kararıyla mahkemenin yetkisini tespit için kullanılacak zarar yeri kavramı Domez France and Tracoba Hessische Landesbank (Helaba) and Others⁴¹ kararıyla doğrudan zarar yeri olarak netleşmiştir. Olayda Fransız şirketi Dumez, Almanya’da iflas eden yavru şirketleri sebebiyle uğradığı zarar için Fransa’da Alman bankaları aleyhine dava açmıştır. Alman bankalarının krediyi iptal etmesi sonucu Almanya’da yavru şirketler iflas etmiştir⁴². Fransız mahkemesi asıl zararın Almanya’da olduğu ve Fransız ana şirketin dolaylı olarak mali kayıpları bulunduğu dolayısıyla Fransa’nın zarar yeri olmadığı gerekçesiyle yetkisizlik kararı vermiştir⁴³. Fransız Yargıtay’ı dolaylı zararın mevcudiyeti halinde, dolaylı zararın hissedildiği yerde dava açılıp açılmayacağını ABAD’a bir ön sorun olarak sormuştur⁴⁴.

ABAD Alman bankaların işi finanse edecek krediyi iptal etmesi sonucu Dumez’in maruz kaldığı zararın dolaylı zarar olduğunu belirlemiştir. Doğrudan zarar Almanya’daki yavru şirketlerin uğradığı zarardır. Ana şirketin iddia ettiği zarar yavru

37 Regulation (EU) no 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Official Journal of European Union 20.12.2012 L 351/1.

38 İngiliz mahkemesi Stylianou v. Toyoshima davasında ((2013) EWHC 2188 (QB) Avustralya’da meydana gelen bir trafik kazasında felç olan İngiliz davacının Japon davalı ve Avustralyalı sigorta şirketine karşı açtığı tazminat davasında mahkemenin yetkisini İngiliz Usul Kanunu pr. 8’de yer alan zararın katlandığı yer kistasına göre belirlemiş ve bunu yaparken Brüksel Ia Tüzüğü kapsamında tanımlanan zarar yeri kistasından hareket etmeyerek, Brüksel Ia Tüzüğü’nün uygulanmadığı durumda kendi iç hukuk kurallarının uygulanacağını ve burada tanım ve değerlendirmelerin Brüksel Ia ve Roma II Tüzüklerinden farklı olabileceğini hüküm altına almıştır (Ibid pr. 10,11) Roma II Tüzüğü AB’ye üye olmayan ülkeler açısından İngiliz Usul Kanununa göre yapılacak bir değerlendirmeye engel olmamalıdır (Ibid pr. 47). Dolayısıyla mahkemelerin yetkisini düzenlemeyen Roma II Tüzüğü’nün, Brüksel Ia Tüzüğü’nün uygulama alanı bulmadığı bir durumda, üye ülkelerin kendi iç yetki kurallarını bertaraf etmediği açıkça vurgulanmıştır.

39 Case 21/76 (1976) ECR. 1735. Kararla ilgili bkz. Sibel Özel, ‘Haksız Fiillere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi’ (2012) 8 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi 7, 18 vd.

40 Case 21/76 pr. 19.

41 Case C-220/88 (1990) ECR I-74. Karar için bkz. Özel (n 39) 20.

42 Case C-220/88, pr. 2-3.

43 Ibid pr. 4.

44 Ibid pr. 7.

şirketlerin maruz kaldığı finansal zararın dolaylı bir sonucunu oluşturmaktadır⁴⁵. Mahkemeye göre zarar kavramı, asıl mağdur üzerinde doğrudan zararlı etkiler doğurmak olarak algılanmalıdır⁴⁶. Bu itibarla doğrudan zarar gören mağdurlar yüzünden mal varlıklarında azalma olan kişiler dolaylı zararın hissedildiği yerde dava açamayacaktır⁴⁷. Dolayısıyla zarar yeri kıtasındaki “zarar” doğrudan zarar olmalıdır; ikincil sonuçların meydana geldiği yer zarar yeri niteliğine sahip değildir.

ABAD’ın Brüksel I Tüzüğü için geliştirdiği dolaylı zarar ve sonuçların zarar yeri kavramı içinde değerlendirilemeyeceği anlayışı Roma II Tüzüğünde açıkça kanunî ifadesini bulmuştur. Haksız fiillere uygulanacak hukuku gösteren m. 4(1) dolaylı sonuçların meydana geldiği yer neresi olursa olsun zararın meydana geldiği ülke hukukunu esas almıştır. Buna göre zarar yerini bulmak için bakılacak olan zarar doğrudan zarardır; dolaylı sonuçlar değildir.

ABAD Lazar v. Allianz SPA⁴⁸ kararında bir trafik kazasında zarar yeri hukukunun nasıl belirleneceğini saptamıştır. Davada İtalya’da meydana gelen bir trafik kazasında kızını kaybeden ve mutat meskeni Romanya olan bir baba maddi ve manevi zarar nedeniyle tazminat talep etmektedir⁴⁹. ABAD’a sorulan soru zarar yeri teriminin trafik kazasında ölen birinin yakın akrabalarının uğradığı maddi ve manevi zararlar bağlamında nasıl yorumlanacağıdır. Bir başka ifadeyle zarar yeri kaza yerini mi yoksa akrabaların yaşadığı yeri mi ifade etmektedir? Akrabaların yaşadığı yerde katlanılan zarar m. 4(1) anlamında doğrudan zarar mı yoksa dolaylı sonuç mudur? ⁵⁰.

ABAD kişilere ya da mallara verilen zararlarda Gerekeçe 17’ye atıf yaparak, zararın meydana geldiği yerin kişilerin zarara uğradığı veya malın zarar gördüğü yer olduğunu belirtmiştir⁵¹. Buna göre davacının kızının ölümü İtalya’da gerçekleşmiştir. Yakın akrabaların bu ölüm nedeniyle maruz kaldıkları zarar kazanın dolaylı sonucu olarak mütalaa edilmelidir⁵². Bu yorum Roma II Tüzüğü m. 15(f) ile de teyit edilmiştir. Zira uygulanacak hukukun kapsayacağı konular arasında m. 15(f) gereği kimlerin kişisel zararları için tazminat talebinde bulunabilecekleri belirtilmiştir. Bu zarar psikolojik ya da destekten yoksun kalma zararı olabilir⁵³. Mahkeme bu hususun uygulanacak hukuk kapsamında belirleneceğini vurgulamıştır. Dolayısıyla öncelikle uygulanacak hukukun tespiti gerekir.

45 Ibid pr. 13.

46 Ibid pr. 20.

47 Ibid pr. 22.

48 Case C-350, Case C-350 14

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=172887&pageIndex=0&doclang=en&mode=Ist&dir=0cc=first&part=1&cid=4280071>> Erişim Tarihi 12 February 2021.

49 Ibid pr. 2.

50 Ibid pr. 19.

51 Ibid pr. 24.

52 Ibid pr. 25.

53 Ibid pr. 27.

Zarar yeri kazanın olduğu yerdir. Akrabaların yaşadıkları yerde maruz kaldıkları zarar kazanın dolaylı sonuçlarını oluşturmaktadır⁵⁴. Dolayısıyla lex loci damni kuralını uygularken bakılacak olan “zarar” doğrudan zarardır. Ancak vurgulanmalıdır ki uygulanacak hukuku belirlemek için dar anlamda tanımladığımız zarar, davacının talep edebileceklerinin sınırı değildir. Bu hukukun izin verdiği ölçüde dolaylı zararlar, masraflar, destekten yoksun kalma, kazanç kayıpları da talep edilebilecektir.

C. Zarar Yerinin Lokalizasyonu

Uygulanacak hukukun “zarar yeri” kıstasına göre belirleneceği durumlarda zarar yerinin neresi olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Yukarıda açıkladığımız üzere zarar kavramının tanımı ve hangi zararın uygulanacak hukukta esas alınacağı zarar yerinin lokalizasyonunu belirlemektedir.

AB Hukuku mahkemenin yetkisini gösteren Brüksel Ia Tüzüğünde haksız fiilin ika yerini belirleyen kıstaslardan biri olan zarar yeri kavramıyla uygulanacak hukuku gösteren Roma II Tüzüğünde yer alan “zarar yeri” kavramının aynı biçimde yorumlanmasına özel bir önem vermektedir⁵⁵. Dolayısıyla Brüksel I Tüzüğü ile ilgili verilen doğrudan zarar dolaylı zarar ayrımı ile ilgili kararlar uygulanacak hukuk ile ilgili olarak yapılacak yorumlarda da geçerliliğini korumaktadır. Bir başka ifadeyle mahkemenin yetkisini gösteren zarar yeri, uygulanacak hukuku gösteren zarar yeri ile aynı içeriğe sahiptir⁵⁶.

Zarar yeri belirlenirken dolaylı sonuçların gerçekleştiği yere bakılmadan doğrudan zararın meydana geldiği yer esas alınmaktadır. Kişilerin uğradığı zararlarda zarar yeri, zarara maruz kalınan ülke; mallara verilen zararda ise zarar yeri, malın zarar gördüğü ülke olarak belirlenecektir⁵⁷. Buna göre örneğin trafik kazalarında zarar yeri çarpmanın olduğu ülkedir. Mali kayıplara ya da manevi zarara başka bir ülkede katlanılması halinde de durum değişmemekte; zarar yeri kazanın olduğu yeri işaret etmektedir⁵⁸.

Yukarıda belirttiğimiz üzere İngiliz MÖHK m. 11, uygulanacak hukuku zarar yeri hukuku yerine zarar yerinin tanımı ile belirlemiştir. Buna göre bir şahsa yapılan bedensel zarar ya da bedensel zarardan kaynaklanan ölümle ilgili davalarda zarara uğradığı anda şahsın bulunduğu ülke hukuku; mala verilen zararla ilgili davalarda zarara uğradığı anda malın bulunduğu yer hukuku uygulanır.

54 Ibid pr. 30. Trafik kazalarında doğrudan zarar yeri kazanın olduğu yer olmakta; ölenin akrabalarının maruz kaldığı zarar kazanın dolaylı sonuçları içinde mütalaa edilmektedir. Marek Swierczynski and Lukasz Zarnowiec, ‘Law Applicable to Liability for Damages due to Traffic Accidents Involving Autonomous Vehicles’ (2020) 14 (2) Masryk University Journal of Law and Technology 177, 191. Gelecekte kullanımı artacak olan sürücüsüz araçların karıştığı trafik kazalarında genel haksız fiillere uygulanacak hukuk yerine imalatçının sorumluluğuna uygulanacak kuralın tatbiki konusunda bkz. Ibid 193 vd.

55 Roma II Tüzüğünde (Recital 7) bu uyum açık bir biçimde belirtilmiştir.

56 Bkz. Chukwuma Samuel Adesina Okoli and Emma Roberts, ‘The Operation of Art 4 of Rome II Regulation in English and Irish Courts’ (2019) 15 Journal of Private International Law 605, 610 vd.

57 Roma II Tüzüğü Recital 17.

58 Explanatory Memorandum (n 29) 11. Ayrıca bkz. Krvavac (n 19).

Dolayısıyla zarar yeri hukukunu belirlerken doğrudan ve ilk zararın meydana geldiği yer hukuku esas alınmaktadır. Davacının daha sonra uğradığı zararlar ya da ilk zararın sonuçlarının meydana geldiği yer zarar yeri hukukunun tespitinde dikkate alınmayacaktır⁵⁹. Zarar yeri, hakkın zarara uğradığı yani rastgele bir olayın sonuçlarının gerçekleştiği yerdir. Bir başka ifadeyle sorumluluk doğuran olayın doğrudan sonucunun ortaya çıktığı yer zarar yeridir⁶⁰. Bu itibarla bir virüs veya zararlı programla belirli bir bilgisayar veya ağa saldırı olduğunda zarar yeri virüsten veya zararlı programdan etkilenen bilgisayar veya ağın bulunduğu yer olmaktadır⁶¹.

İngiltere’de kurulmuş bir şirkete karşı ödünç ve garanti sözleşmelerinden kaynaklanan haklarına komplo kurulmasından dolayı uğranılan zarar nedeniyle açılan davada zarar yeri hukuku, şirketin hesaplarının tutulduğu ve nihai olarak zararın hissedildiği İngiliz hukuku olarak kabul edilmiştir⁶².

Hatalı tıbbi ameliyat ve ardından gelen ameliyat sonrası tedavi nedeniyle açılan tazminat davalarında zararın nerede meydana geldiği özel bir önem arz etmektedir. Özellikle zarar yerinin davacının yerleşim yeri iddiasının incelenmesi gerekmektedir. *Naraji v. Shelbourne*⁶³ davasında İngiltere’de ikâmet eden ve gelecek vaat eden bir futbolcu Indianapolis’te (ABD) dizinden ameliyat olmuş ve bu ameliyat ve ameliyat sonrası bakım nedeniyle futbol hayatı bitmiştir. Bu nedenle davalı doktora karşı açılan davada İngiliz mahkemesi öncelikle zarar yerinin neresi olduğunu tespit etmiştir. Ameliyat davalı doktorun kliniğinde Indianapolis’te yapılmıştır⁶⁴. Ameliyattan dolayı dizin fonksiyonlarını kaybetmesinden doğan zarar için zarara uğranılan yer Indiana’dır. Zararın kendisini açığa çıkardığı yerin İngiltere olduğu iddiası mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Zararın meydana geldiği yer ve zaman Indiana’da yapılan ameliyat olarak tespit edilmiştir. Mahkeme bu noktada ilacın etkilerini başka bir ülkede göstermesinden kaynaklanan tazminat talepleri örneğinin kıyasen somut olaya uygulanamayacağını saptamıştır. Zira ilacın alınmasından sonra başka bir ülkede zararın ortaya çıkması, zararın kendisini göstermesi değildir. Bizatihi zarar, hastalığın ya da rahatsızlığın oluşumudur. Dava konusu olayda ise İngiltere’de katlanılan acı ve tedaviler zarar değil, zararın sonuçlarıdır⁶⁵. Mahkeme ameliyat sonrası yapılan tedavileri de ayrı bir zarar olarak mütalaa etmemiştir. Zira yabancı bir ülkede kırılan bir ayağın ihmalen yanlış tedavisinin İngiltere’de olması halinde zarar yerinin İngiltere

59 Peter Stone, *EU Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2014) 381; Peter Stone, ‘Choice of Law for Tort Claims’ in Peter Stone and Youseph Farah (eds), *EU Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2015) 285, 296. Doğrudan zararın onu takip eden daha sonraki sonuçlarının meydana geldiği yer hukukunun fail için öngörülemez olduğu ve mağdur tarafından kolayca manipüle edilebileceği yönünde bkz. O’Sullivan (n 16) 94.

60 Goncalves (n 36) 60.

61 Ibid 64.

62 *FM Capital ParthnerssLtd v. Marino* (2018) EHCW 1708, pr. 508.

63 (2011) EHCW 3298.

64 Ibid pr. 5.

65 Ibid pr. 162.

olduğu söylenebilir; ancak somut olaydaki durum bundan farklıdır. Davacı İngiltere’de yeni bir zarara uğramamıştır. Ameliyat sonrası bakımla ilgili tavsiyeler de Indiana’da verilmiştir. Davacı ameliyat sonrası bakım ile ilgili olarak doktora Indiana’da danışmıştır⁶⁶. Dolayısıyla zarar yeri hem hatalı ameliyat hem de ameliyat sonrası bakım açısından İngiltere değil, Indiana’dır.

Zarar yerinin tespiti internet aracılığıyla gerçekleşen haksız fiillerde bazı zorlukları beraberinde getirmektedir⁶⁷. İnternet aracılığıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinde⁶⁸ zarar yeri kavramı mahkemenin yetkisini tesis eden Brüksel Ia Tüzüğü kapsamında ABAD tarafından ele alınmıştır. Roma II Tüzüğü kişilik hakkı ihlallerinden kaynaklanan haksız fiil ilişkilerini açıkça kapsam dışı tutması nedeniyle her AB üyesi ülke kişilik hakkı ihlallerini kendi kanunlar ihtilafı sistemine göre belirleyecektir.

Kişilik hakkını ihlal eden açıklamanın kullanıcı tarafından indirilmediği durumda zararın meydana gelmediği kabul edilmektedir. Böylelikle uygulanacak hukuk açısından yüklenme yeri değil, indirme yeri önem kazanmaktadır. Ancak internette yüklenen bir bilginin tüm dünyadan erişilebilir olduğu dikkate alındığında belirli bir ülkeyi veya pazarı hedef alan servis sağlayıcıların bu hususu açıkça belirtmeleri önem kazanmaktadır⁶⁹. Diğer yandan internet yoluyla kişilik hakkı ihlalinde zarar yerinin tespitinde sadece internete erişimin olduğu yer dikkate alınmayacak, bu yerde davacının tanınması yani sosyal bağlantılarının bulunması da gerekecektir. Ancak bu koşulda zarar yerinin lokalizasyonu yapılabilecektir. Kişinin acı ve elem duyduğu yer değil⁷⁰, açıklamaya erişimin olduğu ve kişinin tanındığı yer zarar yeri olarak vasıflandırılacaktır⁷¹.

ABAD internet yoluyla kişilik hakkı ihlalinde Brüksel I Tüzüğüne göre mahkemenin yetkisini belirlerken açıklamanın yer aldığı web sitesine erişimin olduğu her yer mahkemesinin yetkili olup olmadığı sorusuna mağdurun menfaatlerinin odağı olan yer mahkemesinin zarar yeri sıfatıyla yetkili olduğu yönünde cevap vermiştir⁷². Mahkemeye göre bir kişinin menfaatlerinin merkezi genellikle onun mutlak meskeniyle

66 Ibid pr. 164.

67 İngiliz MÖHK m. 11 (2)(a)(b)’de zarar yeri hukuku yerine bunun açıklamasını verdiği için m. 11(2)(c) diğer durumlarda haksız fiili oluşturan unsurların veya en önemli unsurun meydana geldiği yer hukukunu esas almıştır. Bu itibarla internet yoluyla gerçekleşen haksız fiillerde uygulanacak hukuk m. 11(2)(c) hükmüne göre belirlenecektir. Dikkat edilecek unsurlar yüklenme yeri, indirme yeri, servis sağlayıcının ya da alıcının bulunduğu yer ya da yerleşim yeri veya mutlak meskenleri olarak değişiklik arz etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. James Fawcett, Jonathan Harris and Michael Bridge, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (Oxford University Press 2005) 1278 vd.

68 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması* (Seçkin 2004) 158 vd.

69 Fawcett, Harris and Bridge (n 67) 1270-1271.

70 Kişilik hakkı ihlali toplum içindeki itibar ile ilişkili olduğu için üçüncü kişilerin açıklamayı öğrenmeleriyle kişisel değerlere tecavüz gerçekleşmiş olur. Davacının sosyal bağlantılarının lokalize olduğu yer, zarar yerinin tespitinde de önemli bir kıstastır. Kişinin bağlantılarının en fazla olduğu yer onun yerleşim yeri veya mutlak meskeni ya da çalıştığı yerdir. Özel (n 68) 94.

71 Özel (n 68) 175.

72 E-Date Advertising GmbH and others joined cases, Case-509-/09 and C-161/10 (2011) ECR I 10269. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Mills (n 28) 20 vd.

örtüşmektedir. Mutat meskeninin yanında meslekî faaliyette bulunduğu yer de menfaatlerinin merkezi olabilecektir⁷³. Davacının menfaatlerinin merkezi mahkemesi davalı tarafından bu yerin bilinebilir olması halinde öngörülebilirlik hedefi ile de uyumludur. Böylelikle davacı bu mahkemeyi kolaylıkla tespit edebilecek, davalı da makul olarak öngörebilecektir⁷⁴. ABAD Sevil⁷⁵ davasında öngörülen zarar yeri mahkemesinin sadece o yerde meydana gelen zarar için yetkili olacağı kuralını tekrar etmiş⁷⁶ ancak davacının menfaatlerinin merkezi mahkemesinde tıpkı davalının yerleşim yeri ya da haksız eylem yeri mahkemesinde olduğu gibi tüm zarar miktarı için dava açılabilirliğini kabul etmiştir⁷⁷. Dolayısıyla bu davada mahkeme zarar yerini, açıklamaya erişimin olduğu ve kişinin sosyal bağlantılarının en güçlü olduğu yer ile örtüştürerek, mahkemenin yetkisinde Brüksel Ia Tüzüğündeki kurala yeni bir yorum getirmiş olmaktadır. Dava mahkemenin yetkisiyle ilgili olmakla birlikte yapılan değerlendirme zarar yeri lokalizasyonunda internette kişilik hakkı ihlalinde kişinin menfaatlerinin odaklandığı yerin en fazla zarara uğradığı yer olması noktasında önem arz etmektedir.

İnternet yoluyla gerçekleşen ticari marka ihlali davasında da mahkemenin yetkisini belirlemek için zarar yerinin lokalizasyonu önemlidir. Wintersteiger v. Product 4U⁷⁸ davasında dünya çapında kayak ve snowboard üreticisi ve satıcısı Avusturya şirketi, aynı nitelikteki Alman şirketini kendi ticari markasını ihlal edecek bir reklamı internete yüklemesi nedeniyle dava etmiştir⁷⁹. Davacı “google.de” nin Avusturya’da erişilebildiği ve kaynak kullanım hizmetinin Almanca yapılandırılması nedeniyle Avusturya mahkemelerinin yetkili olduğunu ileri sürmüştü; buna karşılık davalı, Wintersteiger ticari markasının ihlalinde Avusturya mahkemelerinin yetkili olmadığını savunmuştur. Zira “google.de” münhasıran Alman kullanıcılara yönelmiştir ve reklam Alman tüketicileri hedeflemektedir⁸⁰. Mesele ABAD’a ön sorun olarak yöneltildiğinde mahkeme her zaman olduğu gibi haksız fiilin ika yeri kıstasının hem zarar yerini hem de zararlı sonuca yol açan eylem yerini işaret ettiğine vurgu yapmıştır⁸¹. Fikri mülkiyet hakkı ihlalinin kişisel hakların ihlalinden farklı olduğu; ulusal bir markanın ancak tescil edildiği ülkede korunacağı dolayısıyla hak sahibinin tescil dışı bir ülkede

73 Case-509-/09 and C-161/10 (n 72) pr. 49.

74 Ibid pr. 50.

75 Shevill v. Press Alliance Case C-68/93 (1995) ECR I-415. Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Sibel Özel ‘Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali Davalarında Yetkili Mahkemenin Tesisinde Ele Alman Haksız Fiilin İka Yeri Kuralına Avrupa Adalet Divanı Tarafından Getirilen Yorum’ *Prof. Dr. Ergün Önen’e Armağan* (Alkime 2003) 263. Ayrıca bkz. Özel (n 2) 126 vd.

76 Case-509-/09 and C-161/10 (n 72) pr. 51.

77 Ibid pr. 52.

78 Case 523/10.

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121744&pageIndex=0&doclang=en&mode=Ist&dir=0cc=first&part=1&cid=224634>> (12.02.2021)

79 Ibid pr. 13.

80 Ibid pr. 14.

81 Ibid pr. 19.

korumadan yararlanamayacağı açıklanmıştır⁸². Bu itibarla zarar yeri hakkın korunduğu ülke olmalıdır⁸³. Dolayısıyla ticari markanın internette reklam yoluyla ihlali ticari markanın tescil edildiği ülkede gerçekleşecektir⁸⁴. Mahkeme bir AB üyesi ülkede tescilli ticari marka ihlali ile ilgili olarak başka bir ülkenin ülke özel üst seviye alan adı altında faaliyet gösteren bir arama motorunda bu ticari markaya yönelik aynı anahtar sözcükle reklam verilmesi halinde, ticari markanın tescil edildiği ülke mahkemesinin zarar yeri sıfatıyla yetkili olacağına vurgu yapmıştır. Dolayısıyla Avusturya’da ticari markanın tescil edilmesi ve reklama Avusturya’dan erişim, davalının Alman kullanıcıları hedeflemiş olmasına rağmen zarar yerinin Avusturya olması için yeterlidir.

D. Zarar Yerinin Birden Fazla Ülke Olması

Zarar yeri hukukunun uygulanması doğrudan zarar yeri hukukuyla sınırlandırıldığında uygulanacak hukuk tek bir ülkenin hukuku olmalıdır. Ancak doğrudan zararın da aynı anda birden fazla ülkede meydana gelmesi imkân dahilindedir. Bu durumda bir tek hukukun mu yoksa her bir zarar yeri hukukunun ayrı ayrı uygulanmasının mı esas alınacağı sorunu oluşmaktadır. Bu bağlamda Roma II Tüzüğü ile ilgili Açıklayıcı Genelge’de zarar yeri kuralının zararın birden fazla ülkede katlanılması halinde de uygulanmasının zorunlu olduğu; bu durumda Alman hukukunda mozaik prensibi olarak bilinen kural tatbik edilerek ilgili ülke hukuklarının hepsinin bölüştürülerek uygulanacağı belirtilmiştir⁸⁵. Ancak Roma II Tüzüğü’nün girişte yapılan gerekçelerin hiçbirinde bu yönde bir açıklama bulunmamaktadır.

Zarar yerinin birden fazla olması halinde her bir zarar yeri hukukunun orada meydana gelen zarar için uygulanması yani davanın birden fazla hukuka tâbi tutulması görüşü İngiliz mahkemesi tarafından MxLimited v. Farahzad⁸⁶ davasında kabul edilmiştir. Rüşvet ve yolsuzluk iddiası taşıyan tweetler nedeniyle açılan davada uğranılan zararın tazmini talep edilmiştir. Zarar İngiltere yanında başka yerlerde de meydana gelmiştir⁸⁷. Mahkeme Roma II Tüzüğü m. 4(1)’de belirtilen zarar yeri hukuku kuralının, zararın ağırlıklı olarak meydana geldiği yer anlamını taşımadığını; bu kuralın zarar yeri hukukuna işaret ettiğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre zarar birden fazla ülkede meydana gelirse, birden fazla hukukun uygulanması gerekir⁸⁸.

Bu karar eleştirileri beraberinde getirmiştir. Zira her bir zarar yeri hukukunun aynı davada uygulanması Roma II Tüzüğü’nün 6. ve 14. gerekçelerinde vurgulandığı üzere hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik amacına aykırı bir durum yaratmaktadır.

82 Ibid pr. 25.

83 Ibid pr. 27.

84 Ibid pr. 28.

85 Explanatory Memorandum (n 29) 11.

86 (2018) EWHC 1041 (ch)

87 Ibid pr. 34.

88 Ibid pr. 44.

Birden fazla hukukun uygulanması yargılamanın gecikmesine yol açacak ve adaletin tecellisine zarar verecektir. Taraf beklentileri de davada bir hukukun uygulanması yönündedir⁸⁹. Zarar yerinin birden fazla olması halinde asıl zarar yeri hukukunun bütün zararlar için uygulanması savunulmaktadır. Asıl zarar yerinin tespit edilemediği durumlarda da haksız fiil failinin mutad meskeni hukukunun esas alınması önerilmiştir. Haksız fiil failinin mutad meskeni hukuku haksız fiilin kaynak ülkesi olması sebebiyle gerekçelendirilmiştir⁹⁰. Diğer yandan haksız fiillerde zarar yerinin birden fazla olması halinde tek bir hukuka göre karara varılması gerektiği görüşü, Roma II Tüzüğü m. 4(3) çerçevesinde de savunulmaktadır. Buna göre en sıkı bağlantılı hukuk doğrudan zararların en fazlasının katlanıldığı ülke hukuku olarak uygulama imkânı bulabilecektir⁹¹.

Bizim kanaatimize göre de haksız fiile uygulanacak hukuk tek bir hukuk olarak tespit edilmeli ve uygulanmalıdır. Zarar yerinin birden fazla olması halinde, birden fazla hukukun uygulanması yerine zarar yeri hukukundan vazgeçme koşullarının gerçekleştiği düşüncesiyle en sıkı bağlantılı hukukun araştırılması ve ilişkinin bir bütün olarak sıkı ilişkili bu hukuka bağlanması yerinde olacaktır.

III. Daha Sıkı Bağlantılı Hukuk

A. Genel Olarak

Lex loci delicti ve onun özel bir görünümü olan lex loci damni kuralı bazı özel durumlarda haksız fiil ilişkisiyle yakın bağlantısını kaybetmektedir. Özellikle hava ve kara ulaşımındaki gelişmeler ve haberleşme alanındaki ilerlemelerle birlikte ika yeri ya da zarar yeri kuralının katı bir kural olduğu, somut olayda daha yakın bağlantılı bir hukukun uygulanması gerektiği yönünde görüşler ön plana çıkmıştır⁹². Sözleşmelerde izlenen yöntem gibi haksız fiillerde de ilişkinin en sıkı bağlantıda olduğu hukukun bulunması, ika yeri veya zarar yeri gibi tek ve sabit bağlama noktalarının yerine haksız fiil ile bağlantılı tüm sosyal faktörlerin analizinin yapılmasıyla mümkün olabilecektir⁹³.

Haksız fiilin ika yeri ya da doğrudan zarar yerinin tesadüfi, öngörülemez ve ilişkiyle uzak olduğu her durumda, haksız fiil ilişkisi daha yakın bağlantılı olan hukuka bağlanacaktır. Böylelikle milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti sağlanacak ve lex loci delicti kuralının katı uygulamasının somut olayda yaratabileceği haksızlıklar giderilebilecektir. Özellikle trafik kazaları ya da uçak düşmesinde gördüğümüz üzere lex loci delicti kuralı ilişkiyle uzak, tesadüfi ve öngörülemez bir kuraldır ve daha yakın

89 Okoli and Roberts (n 56) 616.

90 Ibid 616.

91 Stone ‘Choice of Law for Tort Claims’ (n 59) 298.

92 Kahn-Freund (n 1) 63.

93 Pryles (n 1) 80; Özel (n 2) 896; Tekinalp (n 8) 358.

bağlantıyı kuran başka kıstaslar vardır ve bu kıstaslar daha yakın bağlantılı hukuku işaret ederken adaletin tecellisine de hizmet etmektedir. Yakın bağlantı kıstası davacı için daha iyi şartlarda tazminat hakkı veren hukuk olarak değil, her iki taraf için de beklentileri karşılayabilen, öngörülebilir bir hukuk olarak kendini göstermektedir.

Haksız fiil ilişkisinin *lex loci delicti* kuralı yerine ilişkiyle daha yakın bağlantılı hukuka tâbi tutulması Amerikan mahkemelerinde *Babcock v. Jackson*⁹⁴ davasıyla hükme bağlanmış; *Second Restatement of Conflict of Laws* pr. 145'te etkisini göstermiş ve yansımalarını Kıta Avrupası hukukunda ve özellikle *Roma II Tüzüğü*nde bulmuştur. *Babcock* kararında Kanada (Ontario)'da meydana gelen bir trafik kazası için kazanın olduğu yer hukuku uygulanmamış; her iki tarafın ikamet ettiği, arabanın sigortasının yapıldığı ve davanın açıldığı New York ilişkiyle daha yakın bağlantılı kabul edilmiştir.

Amerikan *Second Restatement of Conflict of Laws* pr. 145'te⁹⁵ haksız fiillere uygulanacak hukukun belirlenmesinde zararın oluştuğu yer tek bağlama noktası olmaktan çıkmış, bunun yanında zararın oluşumuna sebebiyet veren davranış yeri, tarafların ikametgâhı, mutad meskeni, vatandaşlığı, kuruluş yeri ve iş merkezi ayrıca eğer varsa taraflar arası ilişkinin ağırlık merkezinin bulunduğu yerin önem derecelerine göre değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla *lex loci delicti*'nin iki unsuru da bir irtibat noktasıdır ancak diğer unsurları bertaraf etmemektedir. Aksine taraflar arası ilişki ve ortak noktalar *lex loci delicti* yerine üstünlük sağlayabilecektir.

Kıta Avrupası hukukunda da ika yerinden vazgeçme ve ilişkiyi daha sıkı bağlantılı hukuka bağlama imkânı farklı derecelerde kabul edilmiştir. *Roma II Tüzüğü* m. 4(2) ile Alman MÖHK m. 40(2) ve İsviçre MÖHK m. 133(a) ortak mutad meskeni zarar yeri hukukundan kaçış klozu olarak değil, haksız fiillere uygulanacak asıl kural olarak belirlemiş ve bu iki asıl kurala kıyasla daha yakın bağlantılı başka bir hukukun bulunması durumunu istisna kuralı olarak düzenlemiştir.

İngiliz MÖHK m. 12 de genel kurala istisna getirmiş ve bir başka ülke hukukunun daha uygun olduğu anlaşıldığında genel kural yerine diğer ülke hukukunun uygulanacağı belirlenmiştir. Burada dikkate alınacak unsurlar taraflarla, söz konusu haksız fiili oluşturan olaylardan biriyle veya bu olayların şartları veya sonuçlarından biriyle olan hususları kapsamaktadır.

Türk hukukunda MÖHUK m. 34/3 “haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanır” hükmünü getirmiştir. Düzenleme MÖHUK m. 24(4) son cümledeki gibi bir kaçış klozu olarak düzenlenmemiştir. Orada halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir

94 (1963) 240 NYS 2d 743; NE 2d 279.

95 Madde metni için bkz. Chilene Nwapi, “Tort Choice of Law and International Fundamental Norms: A Case Study of Canada and the United States” (2013) 1 Afe Babalola University Journal of Sustainable Development Law and Policy 54, 64. Maddenin Türkçe çevirisi için bkz. Özel (n 2) 897.

hukukun bulunması halinde karine olan karakteristik edim borçlusunun mutat meskeni veya işyeri hukukundan vazgeçilecek ve sıkı ilişkili diğer hukuk uygulanacaktır. Burada karineden kaçış klozu ile bulunan hukuk m. 24(4) ilk cümlede verilen asıl kurala dönüşü ifade etmektedir. Zira asıl kural sözleşmeyle en sıkı ilişkide olan hukukun uygulanmasıdır. Haksız fiiller alanında MÖHUK m. 34 bir karine getirmemektedir. Haksız fiilin ika yeri veya duruma göre zarar yeri hukuku asıl kuraldır. Ancak zarar yeri dışında başka bir yer hukuku haksız fiil ilişkisiyle daha sıkı ilişkide ise daha sıkı bağlantılı bu hukuk uygulanacaktır. Dolayısıyla bu hüküm de asıl kural olarak düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle MÖHUK m. 34/3, Roma II Tüzüğünden farklı kaleme alınmıştır. Tüzük m. 4(3)’e göre halin bütün şartlarından açık olarak görüldüğü üzere zarar yeri ve ortak mutat mesken hukukundan başka bir hukuk haksız fiil ilişkisiyle açıkça daha yakın bağlantı halinde ise bu hukuk ilişkiye uygulanacaktır. Bu haliyle daha yakın bağlantılı hukuk asıl kuralın istisnası olarak düzenlenmiştir. Bize göre MÖHUK m. 34/3 aynı yönde bir istisna klozu değildir; asıl kural olarak zarar yerine kıyasla daha sıkı bağlantının bulunduğu her durumda daha sıkı bağlantılı hukukun uygulanmasını mümkün kılan bir hükümdür.

Dolayısıyla ister istisna kuralı olarak düzenlensin isterse asıl kural olarak değerlendirilsin daha sıkı bağlantılı hukuk zarar yeri kuralını dışlamaktadır. Daha sıkı bağlantı taraflar arası ortak irtibat noktalarında⁹⁶ görülebileceği gibi taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkinin varlığı halinde de kendisini göstermektedir. Haksız fiille bağlantılı bu hukuki ilişkiye uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisine uygulanması sonuç yeknesaklığına da hizmet etmektedir.

B. Ortak Mutat Mesken Hukuku

Roma II Tüzüğü m. 4(2) haksız fiilden sorumlu kişi ile zarar gören kişinin zararın meydana geldiği tarihte aynı ülkede mutat meskene sahip olmaları halinde ortak mutat mesken hukukunun uygulanacağını kabul etmiştir. Gerekçe 18, Tüzük çerçevesinde haksız fiile uygulanacak genel kuralın *lex loci damni* olduğunu ancak m. 4(2) ile buna istisna getirildiğini vurgulamıştır. Zira tarafların aynı ülkede mutat meskene sahip olması özel bir bağlantı sağlamaktadır. Roma II Tüzüğü m. 4(3) de getirilen istisna klozu zarar yeri ve ortak mutat mesken hukukuna kıyasla daha yakın bağlantılı hukukun uygulanmasını esas alır. Dolayısıyla ortak mutat mesken hukuku Roma II Tüzüğü çerçevesinde kaçış klozu olarak değil, asıl kural olarak işlev görmektedir. Ortak mutat mesken varsa zarar yeri hukuku uygulanmayacaktır. Ortak mutat mesken hukuku ilişkiyle yakın bağlantı göstermiyorsa, daha yakın bağlantılı başka bir hukuk bulunuyorsa ortak mutat mesken hukukundan vazgeçilecektir.

⁹⁶ Türk doktrini ortak vatandaşlık hukukunu zarar yerinin tesadüfi olması halinde yakın bağlantılı hukuk olarak mütalaa etmektedir. Bkz. Nomer (n 31) 364; Tekinalp (n 8) 360; Çelikel and Erdem (n 31) 464. Müşterek milli hukukun haksız fiil ilişkisinde ancak irtibat noktalarıyla birleştiği takdirde daha sıkı bağlantılı hukuk olarak dikkate alınabileceğine ilişkin bkz. Turhan (n 1) 386.

Ortak mutata mesken hukuku İsviçre MÖHUK m. 133(1)'de, Alman MÖHK m. 40(2)'de ayrı bir bağlama kuralı olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla ortak mutata mesken hukuku bu açık hüküm sayesinde zarar yeri hukukunu doğrudan bertaraf eden asıl kural haline dönüşmüş olmaktadır.

Taraflar zararın meydana geldiği tarihte değil de davanın açıldığı tarihte ortak mutata meskene sahip olursa uygulanacak hukuk yine zarar yeri hukuku olmaktadır⁹⁷. Diğer yandan ortak mutata mesken kıstası haksız fiilin mağduru ile faili açısından geçerlidir; failin sigortacısı ile mağdurun ortak mutata meskeni kuralın uygulanmasında esas alınmayacaktır⁹⁸.

MÖHUK'ta ortak mutata mesken hukuku ayrı bir bağlama noktası olarak düzenlenmediği için bu durum m. 34/3 bağlamında daha sıkı bağlantılı hukukun tespitinde bir unsur olarak karşımıza çıkacaktır. Zarar yerine kıyasla ortak mutata mesken ilişkisiyle daha sıkı bağlantı kuruyorsa, zarar yeri hukuku yerine ortak mutata mesken hukuku uygulanacaktır.

C. Haksız Fiili Oluşturan Unsurların Yakın Bağlantılı Olduğu Ülke Hukuku

Zarar yeri kuralının katı uygulamasından vazgeçmeyi gerektirecek şekilde en sıkı bağlantılı hukuku bulmak için haksız fiilin tüm unsurlarının değerlendirilmesi ve zarar yerine kıyasla hangi unsurların ilişkisiyle daha yakın bağlantı tesis ettiğinin her somut olay özelinde belirlenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda dolaylı zararın ya da zararın daha sonraki sonuçlarının meydana geldiği yer, tarafların ortak vatandaşlığı ya da davanın açıldığı tarihte ortak mutata mesken, davaya müdahil olan haksız fiil failinin sigortacısının mutata meskeni, trafik kazalarında motorlu araçların sigortalandığı ve sicile kayıtlı olduğu yer dikkate alınacak faktörleri oluşturmaktadır⁹⁹. Daha sıkı bağlantılı hukuk Roma II Tüzüğü bağlamında sadece zarar yeri hukukunu değil, asıl kural olan ortak mutata mesken hukukunu da bertaraf etmektedir. Bu itibarla tarafların ortak mutata meskeni ilişkisiyle bağlantılı değilse ve tam tersi zarar yeri daha sıkı bağlantıyı gösteriyorsa uygulanacak hukuk m. 4(3) uyarınca zarar yeri hukuku olabilecektir. Örneğin Hollandalı ana şirkete bağlı, Nijerya'da kurulmuş bir yavru şirkette çalışan iki Hollandalı, Hollanda'da bir trafik kazasına karıştırsa, taraflar arası ilişkide kaza yeri olan Hollanda hukuku, tarafların ortak vatandaşlığı, arabanın Hollanda'da tescili ve sigortalanması nedeniyle ortak mutata mesken hukuku olan Nijerya hukukuna kıyasla daha sıkı bağlantılı hukuk olarak uygulama imkânı bulacaktır¹⁰⁰.

97 Okoli and Roberts (n 56) 617-618.

98 Ibid 618.

99 Ibid 623.

100 Ibid 622.

İngiliz mahkeme kararlarında *lex fori*'nin Roma II Tüzüğü m. 4(3) anlamında en sıkı bağlantılı hukuk olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu tartışmalıdır¹⁰¹. Forum devleti davacının mutat meskeni ile birleştiğinde, zarar yeri aynı zamanda davalının mutat meskeni ise zarar yeri hukukunu bertaraf edecek çapta güçlü bir bağlantının olmadığını söylemek mümkün olacaktır¹⁰². Aynı durum davalının mutat meskeninin forum devleti olduğu ancak davacının mutat meskeninin zarar yeri ile örtüştüğü halde de geçerlidir¹⁰³. Zira zarar yeri her iki durumda da ilişkiyle bağlantısız, tesadüfi bir yer değildir.

Zarar yeri hukukunun taraflarla ve haksız fiil ilişkisiyle bağlantısının davacının mutat meskeni ve forum devletine kıyasla öncelik arz ettiği husus İngiliz mahkemeleri tarafından *Harding v. Wealands*¹⁰⁴ kararlarında irdelenmiştir. Olayda Avustralya'da meydana gelen bir trafik kazası neticesi İngiliz vatandaşı davacı felç olmuştur. Davalı birlikte yaşadığı Avustralya vatandaşı nişanlısıdır¹⁰⁵. Davalı ailesini ziyaret için, davacı da tatil amacıyla Avustralya'ya gelmiştir. Davalının kullandığı otomobilde kontrolü kaybetmesi neticesi kaza meydana gelmiştir¹⁰⁶. Davaya bakan İngiliz mahkemesi kazanın olduğu Avustralya yerine taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk olan İngiliz hukukuna göre kararını vermiştir. Zira tarafların tatil için gittiği Avustralya önemli bir bağlantı noktası değildir; davalı da kaza anına kadar İngiltere'de yaşamaktadır. Kazanın sonuçları da İngiltere'de hissedilmektedir¹⁰⁷.

Kararın temyizi üzerine mahkeme haksız fiil ile bağlantı noktalarını yeniden değerlendirmiştir. Taraflar arasında bir ilişki olmasına rağmen davalı arabasını New South Wales (Avustralya)'de bırakmıştır. Avustralya vatandaşı olan davalı Avustralya ehliyetini kullanmaktadır. Bu nedenle genel kural olan zarar yeri hukukundan vazgeçmek için yeterli bir neden yoktur¹⁰⁸.

House of Lords da aynı değerlendirmeyi yapmıştır. Taraflar arasında bir ilişki vardır ve kazanın gerçekleştiği zamana kadar İngiltere'de birlikte yaşamışlardır. Araç davalıya aittir ve Avustralyalı bir sigorta şirketi tarafından sigortalanmıştır¹⁰⁹. Dolayısıyla haksız fiile uygulanan hukuk New South Wales hukukudur ancak tazminat hesabı usulî olarak nitelendirildiği için *lex fori* İngiliz hukukuna tâbidir¹¹⁰. Tarafların İngiltere'de

101 Bkz. *Ibid* 623.

102 *Morse* (n 1) 287.

103 *Ibid* 288.

104 Bkz. (2004) EWCA 1735, (2006) UKHL 32, (2007) 2 AC 1.

105 (2004) EWCA 1735, 1541.

106 *Ibid* 1541.

107 *Ibid* 1541. Kazanın meydana geldiği tarihte Roma II Tüzüğü yürürlükte olmadığı için ortak mutat mesken hukuku kuralı uygulama imkânı bulmamıştır. Aksi halde İngiliz hukuku ortak mutat mesken hukuku olarak uygulanacak; kaza yeri hukukunun ilişkiyle yakın bağlantısı ve ortak mutat mesken hukukunu bertaraf edip etmeyeceği ayrıca tartışılacaktır.

108 *Ibid* 1550.

109 (2006) UKHL 32.

110 *Ibid* pr. 53.

yaşamısına ve hatta nişanlı olmasına rağmen kazanın gerçekleştiği yer, ilişkiyle zayıf bağlantılı ve tesadüfi bir yer olarak görülmemiştir. Tarafların tatile gittikleri yerde bir kaza olmuştur; ancak bu yer davalının vatandaşlığını taşıdığı ülkedir. Bunun yanında arabanın tescil edildiği yer, sigortalandığı yer de kaza yeriyle örtüşmektedir. Arabanın kiralık bir araba olmayıp bizzat davalıya ait olması, davalının İngiltere’de yaşamısına rağmen vatandaşlığını taşıdığı Avustralya ile de bağlarını korumak istediği yönünde yorumlanmış ve İngiltere’nin kaza yeri hukukunu bertaraf edecek nitelikte güçlü bağlantılarının olmadığı sonucuna varılmıştır.

Roma II Tüzüğü Gerekçe 33’te trafik kazalarından kaynaklanan tazminat davalarında, tazminat miktarının hesaplanmasında kaza yeri mağdurun mutlak meskeni değilse, mahkemenin gerçek kayıplar bakım masrafları ve tıbbi masraflar dahil tüm unsurları dikkate alacağı belirlenmiştir. Gerekçe 33’ün uygulanacak hukuku belirleyen m. 4(3)’ün yorumundaki etkisi bir diğer ifadeyle en sıkı ilişkili hukuku tayin ederken kaza yeri hukuku yerine tıbbi masrafların gerçekleştiği yer hukukunun esas alınmayacağı meselesi bazı tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Stylianou v. Toyoshima¹¹¹ davasında davacı İngiltere’de yaşayan İngiliz vatandaşı tatil için gittiği batı Avustralya’da kaza geçirmiştir. Davalı Japonya’da yaşayan Japon vatandaşı ve Queensland Avustralya’da tescilli bir sigorta şirkettir¹¹². Davacı felç olmuş ve uğradığı zarar için davalılara İngiltere’de dava açmıştır¹¹³.

Taraflar Roma II Tüzüğü m. 4(1) uyarınca uygulanacak hukukun Batı Avustralya hukuku olduğu konusunda anlaşmıştır. Ancak davacı m. 4(3)’e göre İngiliz hukukunun açıkça daha sıkı bağlantılı hukuk olduğunu ileri sürmüştür¹¹⁴. Zira davacı İngiltere’de yaşayan bir İngiliz vatandaşıdır; kazanın uzun süreli tedavi ve iş göremezlik raporu ile belirlenen sonuçları İngiltere’de meydana gelmiştir¹¹⁵.

Mahkemeye göre m. 4(3) hükmü bir istisna kuralı olarak kabul edilmiştir ve bu nedenle sadece istisnai durumlarda uygulanmalıdır¹¹⁶. Mahkeme m. 4(3)’de kullanılan “halin bütün şartları” ifadesini yorumlayarak olaydaki bütün unsurların değerlendirilmesinin zorunlu olduğuna kanaat getirmiştir. Somut olaydaki belirli unsurlar öylesine istisnai olmalıdır ki genel kural uygulanmasın. Bu inceleme yapılırken taraflarla ilgili unsurlar yanında haksız fiilin sonuçlarına ilişkin unsurlar da dikkate alınmalıdır. Bu sonuçlar haksız fiilden kaynaklanan zarar ve kayıpların doğrudan ve dolaylı tüm sonuçlarını kapsamaktadır¹¹⁷. “Açıkça daha sıkı bağlantılı

111 (2013) EWHC 2188 (QB)

112 Ibid pr. 1.

113 Ibid pr. 3,5.

114 Ibid pr. 3.

115 Ibid pr. 58.

116 Ibid pr. 61.

117 Ibid pr. 62.

hukuk” uyuşmazlığın “en gerçek ve esaslı bağlantısının” olduğu mahkemede görülmesini hedefleyen “doğal mahkeme” kavramıyla benzerlik arz etmektedir¹¹⁸.

Taraflar tüm şartların değerlendirilmesi bağlamında farklı faktörleri ön plana çıkarmıştır. Davacı vekili davacının İngiliz olduğunu, kazadan hemen sonra İngiltere’ye döndüğünü, tatil için gittiği Avustralya’da kazanın gerçekleştiğini, bütün kayıp ve zararlara İngiltere’de maruz kaldığını ileri sürmüştür¹¹⁹. Kazanın Avustralya’da olması dışında bu yerle bağlantılı bir faktör yoktur. Ne davacı ne davalı Avustralyalı’dır¹²⁰.

Buna karşılık davalı vekili kazanın batı Avustralya’da olduğunu, zararın da burada meydana geldiğini, diğer davalı sigorta şirketinin Queensland’de kurulduğunu ve sigorta poliçesine uygulanacak hukukun batı Avustralya hukuku olduğunu belirtmiştir¹²¹.

Davacı ayrıca Roma II Tüzüğü Gerekçelerinin m. 4 uygulamasında dikkate alınması gerektiğini savunmuştur. Buna göre tıbbi bakımın gerçekleştiği İngiltere Gerekçe 33 kapsamında ilişkinin ağırlık merkezini oluşturmaktadır ve bu nedenle İngiliz hukuku uygulanmalıdır¹²².

Mahkemeye göre Gerekçe 33 uyuşmazlığa uygulanacak hukukun kapsamını belirleyen, tazminatın varlığı, niteliği ve hesaplanmasına ilişkin meselelere de uygulanmasını öngören m. 15(2) ile bağlantılıdır. Gerekçe 33, m. 4(1) m. 4(3) ve m. 15 (c) ile çeliştiğinde yeni bir AB normu yaratmamakta ve bu maddeleri bertaraf etmemektedir. Gerekçe 33’ü lafzi olarak ele almak tazminatın hesaplanmasında mağdurun mutad meskeni hukukunun uygulanmasına işaret etmektedir ki böyle bir yorum m. 4 ve 15’in açık hükümlerine aykırılık teşkil eder¹²³. Dolayısıyla Mahkeme’ye göre Gerekçe 33, m. 4(1)’i bertaraf etmemektedir ve uygulanacak hukuk izin verdiği ölçüde mağdurun mutad meskenindeki bakım masrafları dikkate alınacaktır¹²⁴.

Sonuç itibariyle haksız fiilin İngiltere ile açıkça daha sıkı bağlantılı olduğu görüşü reddedilmiştir. Genel kural olan zarar yeri hukukundan vazgeçmek için istisnai bir durum olmadığı kabul edilmiştir¹²⁵. Tarafların her ikisinin de kaza yeriyle bağlantısı olmasa bile davalı ile davacının farklı ülkelerde yaşaması durumunda, davacının mutad meskeninde zararın sonuçlarına katlanması ve davanın burada açılması zarar yeri hukukunun bertaraf edilmesi için yeterli görülmemiştir. Bir başka ifadeyle zarar yeri

118 Ibid pr. 63.

119 Ibid pr. 65.

120 Ibid pr. 67.

121 Ibid pr. 70.

122 Ibid pr. 74.

123 Ibid pr. 75.

124 Ibid pr. 78.

125 Ibid pr. 83. Roma II Tüzüğü m. 4(3)’ün istisnai durumlarda uygulanacak bir kaçış klozu olduğu yönünde bkz. O’Sullivan (n 16) 95.

tesadüfi de olsa daha yakın bağlantının kurulmadığı durumlarda, zarar yeri asıl kural olarak işlevini sürdürmektedir. Burada davanın açıldığı yer ayrıca davacının mutat meskeni, tedavi ve bakımın sürdüğü yer olmasına rağmen *lex loci damni*'yi bertaraf edecek nitelikte görülmemiştir.

İngiliz mahkemesine konu olayları Türkiye ve MÖHUK açısından irdelersek davacının Türkiye'de mutat meskeni olması, davanın Türkiye'de açılması ve tüm tedavi ve bakımın Türkiye'de yapılması ve en önemlisi kaza yerinin tesadüfi bir yabancı ülke olması durumunda haksız fiil ilişkisinin Türkiye ile daha sıkı bağlantılı olduğunu kabul zor olmayacaktır. Zira MÖHUK m. 34/3 AB düzenlemesinden farklı kaleme alındığı için, zarar yeri kuralından ancak istisnai hallerde vazgeçilmesini şart koşmamaktadır. Zarar yeri asıl kural olmakla birlikte ilişki zarar yerine kıyasla daha sıkı bağlantılı başka bir hukuka bağlanabiliyorsa bu hukuk zarar yeri hukukunu bertaraf edecektir. Dolayısıyla daha sıkı bağlantılı hukuk zarar yerinin tesadüfi, ilişkiye uzak olması durumunda asıl kural olarak işlev görecektir. Zarar yeri kuralı açıkça istisnai durumların varlığı halinde bertaraf edilmez. Hâkime takdir hakkı veren MÖHUK m. 34/3'ün uygulanması için Roma II Tüzüğü m. 4(3)'ün yorumunda olduğu gibi açıkça istisnai şartların varlığı aranmaz.

Haksız fiili oluşturan unsurların ağırlık noktasının esas alınarak ilişkinin en yakın bağlantılı olduğu hukuka bağlanması *lex loci delicti*'nin bir ulusal hukuku işaret etmemesi halinde de uygulanacak hukuku belirleyen bir bağlama noktası olarak karşımıza çıkacaktır. Gerek AB düzenlemesinde gerekse MÖHUK'ta bu durum açıkça belirtilmese de haksız fiilin açık denizler, kutuplar ya da uzayda işlenmesi halinde uygulanacak hukuk, haksız fiilin en yakın bağlantıda olduğu hukuk olacaktır. Tarafların ortak vatandaşlığı, ortak mutat meskeni ya da önceden kurulmuş bir ilişkinin varlığı halinde bu ilişkinin tâbi olduğu hukuk, haksız fiil ilişkisine uygulanacaktır¹²⁶.

D. Temeldeki Hukuki İlişki

1. Akdi ilişki

Roma II Tüzüğü m. 4(3) olayın tüm şartlarından anlaşıldığı üzere açıkça daha yakın bağlantılı bir hukuk varsa ortak mutat mesken ya da zarar yeri hukuku yerine daha sıkı ilişkili bu hukukun uygulanacağını belirtirken, taraflar arasında daha önce kurulmuş ve haksız fiil ilişkisiyle yakın bağlantılı bir hukuki ilişkinin varlığını sözleşme örneğini vererek açıklamıştır. Bir başka ifadeyle taraflar arası her türlü hukuki ilişki yakın bağlantılı hukukun belirlenmesinde esas alınacaktır; borçlar hukuku ilişkisi olan sözleşmeler bu noktada bakılacak ilk husustur. Taraflar arasında önceden kurulmuş

¹²⁶ Araç içi haksız fiillerde geminin ya da uçağın bayrak hukuku veya sicil yeri hukuku bir çeşit ika yeri olarak hüküm ifade etmektedir. Bu bayrak hukukuna kıyasla daha sıkı ilişkili hukuk ortak vatandaşlık veya ortak mutat mesken olarak belirlenebilir. Bkz. Tekinalp (n 8) 365. Gemi ya da uçakların çatması halinde ise ortak bayrak hukuku yoksa kusurlu aracın bayrak veya sicil yeri hukuku ya da hâkimin hukuku savunulan bağlama noktalarıdır. Ibid 365.

bir sözleşme varsa bu durum m. 4(3)’ün uygulanması için önemli bir faktör olacaktır¹²⁷. Bu durumda sözleşmelere uygulanacak hukuk, en yakın bağlantılı hukuk olarak haksız fiil ilişkisine de uygulanacaktır¹²⁸.

MÖHUK m. 34/3 daha sıkı bağlantılı hukukun nasıl belirleneceğini açıklamamıştır. Doktrin bu bağlamda sözleşmesel ilişkiyi haksız fiil ile irtibatlı olması koşuluyla yakın bağlantı için yeterli görmekte ve sözleşmeye uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisine de uygulanmasını öngörmektedir¹²⁹.

İsviçre MÖHK m. 133(3) haksız fiil, taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkiyi ihlal ediyorsa, haksız fiil temelli taleplere hukuki ilişkinin tâbi olduğu hukukun uygulanacağını hüküm altına almıştır. Buradaki hukuki ilişki geniş çerçevede başta sözleşmeler olmak üzere her türlü hukuki ilişkiyi kapsamaktadır¹³⁰.

Aynı şekilde Alman MÖHK m. 41 esaslı bir şekilde daha yakın bağlantılı bir hukuk varsa, bu yakın bağlantılı hukukun uygulanacağını öngörmüş ve m. 41(2)’de taraflar arasında haksız fiille bağlantılı olmak üzere hukuki veya fiili ilişki bulunmasını yakın bağlantının tespiti için bir ölçü olarak zikretmiştir. Dolayısıyla taraflar arasında önceden kurulmuş sözleşmesel ilişki haksız fiille bağlantılı olduğunda daha yakın bağlantılı hukukun belirlenmesinde önem arz edecektir.

Haksız fiil ilişkisinin temeldeki sözleşmeye uygulanan hukuka tâbi tutulması ile aynı olaydan kaynaklanan bir zararda, sözleşmesel ya da haksız fiile ilişkin talep farklılıklarının uygulanacak hukuku farklılaştırması önlenerek sonuç yeknesaklığı sağlanacaktır. Ancak haksız fiil ile taraflar arasındaki sözleşme arasında bir ilişkinin olması zorunludur. Bir başka ifadeyle haksız fiil aynı zamanda önceden kurulmuş sözleşmesel bir ilişkinin ihlali anlamına gelmelidir. Örneğin taraflar arasında bir iş sözleşmesi varsa, bir iş kazası nedeniyle uğranılan zarar veya işverenin işçiyi dövmesi neticesi gerçekleşen bir haksız fiil sonucu talep edilen tazminat, temeldeki iş sözleşmesi ile yakından bağlantılıdır ve iş sözleşmesine uygulanacak hukuk daha yakın bağlantılı hukuk olarak haksız fiile dayanan taleplere de uygulanır. Buna karşılık taraflar arasında taşınmaz kira sözleşmesi varsa, söz konusu haksız fiil kira sözleşmesiyle bağlantılı olmadığı için kira sözleşmesine uygulanan hukuk, zarar yeri hukukunu bertaraf ederek haksız fiil ilişkisine uygulanmaz.

Naraji. v. Shelbourne¹³¹ davasında mahkeme ameliyatın yapıldığı yer hukukunu zarar yeri hukuku olarak uygularken bu hukukun aynı zamanda sıkı bağlantılı hukuk olduğunu

127 Okoli and Roberts (n 56) 622. Tüzüğün Açıklayıcı Genelgesinde gerçekte sözleşme kurulmasa bile sözleşmenin görüşmelerinin kesilmesi veya sözleşmenin hükümsüzlüğü halinde de taraflar arası ilişkinin varlığı kabul edilmiştir. Explanatory Memorandum (n 29) 12-13.

128 Stone ‘Choice of Law for Tort Claims’ (n 59) 300.

129 Tekinalp (n 8) 364; Nomer (n 31) 364.

130 Imhoff-Scheier and Patocchi (n 1) 140.

131 Bkz (n 63)

sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuk bağlamında da ele almıştır. Doktor ile ameliyat olan davacı arasında sözleşmesel ilişki bulunmaktadır ve sözleşmeye uygulanacak hukuk o tarihte yürürlükte olan Roma Konvansiyonunun uygulama kanunu olan Contracts (Applicable Law) Act 1990'dır. Buna göre uygulanacak hukuk karakteristik edim borçlusunun mutata meskeni veya işyeridir¹³². Bir tarafın hizmet tedarik ettiği ve diğer tarafın buna karşılık para ödediği sözleşmelerde karakteristik edim hizmet sağlayıcının edimidir. Karakteristik edim borçlusu olan doktorun işyeri ya da mutata meskeni olan Indiana hukuku uygulanacaktır¹³³. Bu hukuku bertaraf edecek şekilde daha yakın bağlantılı bir hukuk bulunmamaktadır¹³⁴. Dolayısıyla haksız fiil ilişkisine uygulanacak hukuk, temeldeki sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuk ile örtüşmektedir.

Aynı şekilde bir avukatın ihmali ile müvekkile zarar vermesi halinde, zayıf bağlantılı zarar yeri hukuku yerine, ilişkiyle yakın bağlantılı olan vekâlet sözleşmesinin tâbi olduğu hukuk uygulama imkânı bulacaktır¹³⁵.

2. Aile hukuku ilişkisi

Taraflar arası önceden mevcut hukuki ilişki borçlar hukuku ilişkisi olan bir sözleşme yerine, aile hukuku ilişkisi de olabilir. Bu durumda haksız fiile tesadüfi olan zarar yeri hukuku yerine ilişkiyle daha yakın bağlantılı olan mevcut aile hukuku ilişkisinin tâbi olduğu hukuk uygulanır.

Yukarıda belirtildiği üzere Roma II Tüzüğü, İsviçre ve Alman MÖH kanunları taraflar arası hukuki ilişkinin varlığını, yakın bağlantılı hukukun tespitinde önemli bir faktör olarak belirlemiştir. MÖHUK m. 34/3 özel bir saptama yapmadan daha sıkı ilişkili hukuka işaret etmiştir. Bu itibarla Türk doktrini taraflar arasında sözleşme dışında başka bir hukuki ilişki bulunması halinde bu ilişkiye uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisine de uygulanmasını kabul etmektedir¹³⁶.

Yabancılık unsuru taşıyan aile içi haksız fiil vakıalarında söz konusu aile hukuku ilişkisine uygulanacak hukukun haksız fiil ilişkisine de uygulanması görüşü gerçek aile içi haksız fiiller ve gerçek olmayan aile içi haksız fiiller ayrımı yapılarak yeni bir boyut kazanmakta ve gerçek aile içi haksız fiillerde “zarar yeri” bağlama noktasından vazgeçerek tamamen aile hukuku ilişkisine uygulanacak hukukun esas alınması savunulmaktadır. Dolayısıyla taraflar arasındaki hukukî sorumluluğun ihlalinden kaynaklanan tazminat talepleri bu sorumluluğu öngören hukuka göre çözümlenmelidir¹³⁷.

132 Ibid pr. 166.

133 Ibid pr. 167.

134 Ibid pr. 168.

135 Bkz. Pippa Rogerson, *Collier's Conflict of Laws* (Cambridge University Press 2014) 352.

136 Tekinalp (n 8) 364; Nomer (n 31) 364-365.

137 Ayrıntılı bilgi için bkz. Rodríguez-Pineau (n 10) 113 vd.

Eski eşinin kendisini aldattığını ve çocuğunun başka bir erkekten olduğunu öğrenen kişinin eski eşine karşı açacağı maddi ve manevi tazminat davası ya da boşanmış eşlerden birinin çocuğunu kaçırmaması halinde diğer ebeveynin çocuğa ulaşmasının zor olmasından kaynaklanan maddi ve manevi kayıplar için tazminat talebinde bulunması gerçek aile içi haksız fiil örnekleri olarak gösterilmektedir¹³⁸. Diğer bir ifadeyle sadece aile hukuku ilişkilerinin ihlalden kaynaklanan haksız fiiller ile zarar gören ve zarar verenin aile hukuku ilişkisi içinde olduğu haksız fiiller ayrıma tâbi tutulmakta ve ailevi yükümlülüklerin ihlalden kaynaklanan tazminat taleplerinin ayrı bir biçimde ele alınması önerilmektedir¹³⁹.

Meseleye Türk hukuku açısından baktığımızda öncelikle lex fori Türk hukukuna göre vasıflandırma yapmalıyız. Dolayısıyla Türk hukukuna göre aile hukuku bağlamında özel olarak düzenlenmiş maddi ve manevi tazminat talepleri, ilgili aile hukuku bağlamında ele alınacak ve uygulanacak hukuk da o konuya ilişkin bağlama noktasına göre belirlenecektir. Örneğin Türk hukukunda nişanın bozulmasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat talepleri¹⁴⁰ (TMK m. 120-121), boşanma sonucu maddi ve manevi tazminat (TMK m. 174), soy bağının hükümleri (TMK m. 321 vd) ile ilgili özel düzenlemeler bulunmaktadır. Buna paralel olarak MÖHUK m. 12 vd’da nişanlanma, evliliğin genel hükümleri, boşanma ve ayrılık, evlilik malları, soybağının kurulması ve hükümleri, evlat edinme ve nafaka ayrı başlıklar altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu bağlamda vasıflandırılacak uyuşmazlıklar için konuya ilişkin bağlama kuralları uygulanacaktır. Ancak aile hukuku yükümlülüklerinin ihlalden kaynaklanan ve nişanlanmanın sonucu veya boşanma vb gibi özel hükümler kapsamına girmeyen maddi ve manevi tazminat talepleri iç hukukumuzda genel hükümlere göre yani TBK m. 49 ve TBK m. 58 çerçevesinde talep edildiği üzere, yabancılık unsuru taşıyan aile hukuku ilişkilerine ilişkin haksız fiil taleplerinde de MÖHUK m. 34 uygulanacaktır. Bir başka ifadeyle Türk hukukunda aile hukukuna ilişkin özel düzenlemeye binaen yapılan talepler için o konuya ilişkin bağlama kuralı esas alınacak; buna karşılık genel hükümler bağlamında yapılan haksız fiillere ilişkin taleplerde uygulanacak hukuk MÖHUK m. 34 olacaktır.

Taraflar arasında bir aile hukuku ilişkisinin bulunması halinde haksız fiilden kaynaklanan taleplerde zarar yeri kuralı ilk basamak olarak gündeme gelmektedir. Ancak zarar yerinin tesadüfi, ilişkiyle uzak olması durumunda daha sıkı bağlantılı hukuk devreye girmektedir. Taraflar arası aile hukuku ilişkisine uygulanacak hukuk, haksız fiil ilişkisiyle yakın bağlantısı sebebiyle haksız fiil ilişkisine de uygulanacaktır.

138 Ibid 113-114.

139 Ibid 133. Müellif aile üyelerinin dahil olduğu her türlü haksız fiilin gerçek anlamda aile içi haksız fiil olarak vasıflandırılmaması gerektiğini savunmaktadır. Bu durumda diğer haksız fiillere uygulanacak hukuktan ayrılmak için bir sebep yoktur. Ancak aile hukuku yükümlülüklerinin ihlalden doğan zararlar gerçek aile içi haksız fiiller olarak tanımlanmaktadır. Ibid 117.

140 Fransız hukukunda bu mesele haksız fiiller bağlamında vasıflandırıldığı için Fransız hâkimi önüne gelen ihtilafta haksız fiillere ilişkin bağlama noktasını uygulayacaktır. Cemal Şanlı, Emre Esen and İnci Ataman-Figanmeşe *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021) 58.

Bu itibarla evlilik içinde gerçekleşen bir haksız fiilde örneğin vücut bütünlüğünün ihlali veya kişilik hakkının zedelenmesi durumunda haksız fiilin ika yeri ilişkiyle zayıf bağlantıda ise, daha sıkı bağlantılı hukuk olarak evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk (MÖHUK m. 13(3)) haksız fiile de uygulanacaktır.

Aile hukuku ilişkisine uygulanan hukukun haksız fiil ilişkisine de uygulanması zarar yeri hukukunun bertaraf edilmesi koşullarında gündeme gelmektedir. Buna göre zarar yeri hukuku ilişkiyle yakın bağlantılı hukuk ise bu kuraldan vazgeçip aile hukuku ilişkisine uygulanan hukuk devreye girmeyecektir¹⁴¹.

Harding v. Wealands¹⁴² davasında ilk derece mahkemesi taraflar İngiltere’de birlikte yaşadığı için mevcut arkadaşlık ilişkisini İngiliz hukukuna tâbi tutmuştu¹⁴³. Ancak Temyiz mahkemesi ve House of Lords kaza yerinin ilişkiyle daha yakın bağlantılı olduğunu zira taraflardan birinin vatandaşlığı, arabanın tescil ve sigortalama yerinin Avustralya olmasını vurgulayarak, zarar yeri hukukunun esas alınması yönünde karar vermiştir¹⁴⁴. Taraflar evli olsaydı acaba evlenmenin genel hükümlerine uygulanan hukuk zarar yeri hukukunu bertaraf eder miydi? Kanaatimizce taraflar evli olsaydı bile mahkeme zarar yerinin ilişkiyle yakın bağlantı sağladığı yönünde karar verirdi. Zira davalının vatandaşlığını taşıdığı ülke, davalının orada kayıtlı ve sigortalanan kendi arabası ile kaza yapması zarar yerinin ilişkiyle uzak ve tesadüfi olarak nitelendirilmesine engel olmaktadır.

Diğer yandan müşterek mutat meskenin taraflar arası aile hukuku ilişkisine kıyasla daha yakın bağlantı sağladığı durumlarda, aile hukuku ilişkisine uygulanacak hukuk yerine ortak mutat mesken hukukunun esas alınması daha doğru olacaktır. Örneğin trafik kazası gibi haksız fiillerde taraflar arası aile hukuku ilişkisi haksız fiillerle doğrudan bir bağlantı göstermemektedir. Bu durumda eşler arasında trafik kazasından kaynaklanan haksız fiile ilişkin taleplerde zarar yeri hukuku tesadüfi ise tarafların ortak mutat mesken hukuku daha sıkı bağlantılı hukuk olarak uygulama imkânı bulur. Ancak bir eşin diğerine fiziksel şiddet göstermesi veya kişilik hakkını ihlal etmesi nedeniyle tazminat taleplerinde taraflar arası ilişkiye yani evlenmenin genel hükümlerine uygulanacak hukuk haksız fiille daha sıkı bağlantılı hukuk olmaktadır.

3. Şirket ortaklığı ilişkisi

Taraflar arası hukuki ilişkinin daha yakın bağlantılı hukuk olarak zarar yeri hukukunu bertaraf etmesi sadece sözleşme veya aile hukuku ilişkisinin varlığı halinde gündeme

141 Aile içi haksız fiillerin ayrı bir bağlama noktasına tâbi tutulmasını öneren Rodriguez-Pineau da bu noktada gerçek ve gerçek olmayan aile içi haksız fiil ayrımına özel bir vurgu yapmaktadır. Aile bireylerinin karıştığı bir trafik kazasında standart genel kural uygulanmalıdır. Rodriguez-Pineau (n 10) 117.

142 Bkz. (n 104)

143 Bkz. Rogerson (n 135) 352.

144 Bkz. (n 108, 109)

gelmez. Mevcut herhangi bir hukuki ilişki haksız fiillerle bağlantılı olmak kaydıyla haksız fiillere uygulanacak hukuku belirlemede esas alınacaktır. Bu bağlamda taraflar arasında şirket ortaklığı iddiası veya şirket yönetim kurulu üyelerinin şirket adına faaliyetlerinden kaynaklanan bir haksız fiil iddiası olduğunda da zarar yeri hukuku yerine şirketin tâbi olduğu hukuk en yakın bağlantılı hukuk olarak kabul edilebilir.

Yargıtay yurt dışında yaşayan vatandaşların dini duyguları kullanılarak, onlardan her an geri ödenebileceği şartıyla para toplandığı, yabancı ülkede kurulan ancak Türkiye’deki grup şirketin bir parçası olan paravan şirketler aracılığıyla makbuz verildiği, paraların talep edildiğinde geri ödenmediği gerekçesiyle Türkiye’deki ana şirkete karşı açılan davalarda haksız fiilin işlendiği yerin yabancı ülke olduğu ve bu nedenle o yabancı hukukun (Almanya ve İsviçre) uygulanması gerektiği iddialarına MÖHUK m. 34 bağlamında cevap vermemiş; doğrudan Türk hukukunu uygulayarak¹⁴⁵ hüküm tesis etmiştir¹⁴⁶.

Çoğu davada talep yurt dışında gerçekleşen haksız fiil iddiasına dayanmasına rağmen Yargıtay Türkiye’deki bir şirkete ortak olunup olunmadığı noktasından hareketle Türk hukukunu uygulamıştır. Yabancı ülkede Türkiye’de bir şirkete ortaklık olsun olmasın Türkiye’deki bir şirket kullanılarak para toplanıyor, bu paraların istenildiği an iade edileceği vaad ediliyor ancak talep halinde paranın geri ödemesi yapılmıyorsa, tarafların Türk vatandaşı olması yanında yabancı ülkede paravan şirket kullanılması ve aslında Türkiye’deki bir şirkete ortaklık kisvesi altında para toplanması hususu haksız fiilin ika yeri olan yabancı ülke yerine, Türk hukukunun ilişkiyle daha yakın bağlantılı hukuk olduğu savını güçlendirmektedir. Türkiye’deki şirkete ortak olmak adına para verilmesi şirketin tâbi olduğu hukukun haksız fiil ilişkisiyle daha yakın bağlantısını sağlayan faktör olarak dikkate alınabilir. Zira taraflar arasında kurulan ya da kurulduğu zannedilen ilişki şirket ortaklığı ilişkisidir ve bu ilişkiye uygulanacak hukuk MÖHUK m. 9(4) gereği statüdeki idare merkezi hukukudur. Fiili idare merkezinin Türkiye olması halinde Türk hukuku uygulanabilir. Dolayısıyla Türkiye’de kurulmuş bir şirket ya da fiilen Türkiye’den idare edilen bir şirket ile ilgili iddialarda en yakın bağlantılı hukuk şirketin tâbi olduğu Türk hukukudur.

Sonuç

Haksız fiillere uygulanacak hukuk haksız fiilin meydana geldiği yer hukuku lex loci delicti commissi kuralıyla genel kabul görmüştür. Ancak haksız fiilin unsurlarının birden fazla ülkeye dağıldığı durumda zarara yol açan eylem yerinin mi yoksa zarar

¹⁴⁵ Zamanaşımının geçtiği iddiası da doğrudan Türk hukuku uygulanarak çözümlenmiştir. Bkz. (n 146). Oysa MÖHUK m. 8 gereği zamanaşımı esasa uygulanacak hukuka tâbidir. Bu nedenle önce esasa uygulanacak hukukun bulunup ona göre karar verilmesi gerekmektedir.

¹⁴⁶ Bkz. Yargıtay 11. HD. 2013/193 E, 2013/6363 K, 29.03.2013; Yargıtay 11. HD. 2013/2087 E, 2013/6370 K, 29.03.2013; Yargıtay 11. HD. 2013/10351 E, 2014/48 K, 06.01.2014; Yargıtay 11. HD. 2014/7089 E, 2014/11026 K, 10.06.2014; Yargıtay 11. HD. 2015/7246 E, 2016/1658 K, 17.02.2016; Yargıtay 11. HD. 2020/252 E, 2020/1572 K, 17.02.2020.

yerinin mi esas alınacağı meselesi kanun koyucunun yapacağı bir tercihe göre belirlenmektedir. MÖHUK dahil pek çok ulusal hukuk bu noktada açıkça zarar yeri hukukunu (lex loci damni) kabul etmiştir.

Zarar yeri hukukunun belirlenmesinde kilit nokta zarar kavramının lokalizasyonunda kendisini göstermektedir. Zarar yeri hukuken korunan asıl menfaatin ihlal edildiği yer olarak belirlendiğinde örneğin bedensel bütünlüğün ihlal edildiği yer zarar yeri olacak; buna karşılık bu zararın sonuçlarının meydana geldiği yer, uygulanacak hukukta esas alınmayacaktır. Bu itibarla ölüm neticesi mağdurun yakınlarının davalıya karşı açtıkları maddi ve manevi tazminat davalarında zarar yeri, mağdur yakınlarının destekten yoksun kaldığı ve manevi zarara katlandıkları kendi mutad meskenleri değil, ölüm hadisesinin meydana geldiği yerdir.

Uygulanacak hukuku belirleyen zarar yeri kavramı doğrudan zarar yerini ifade etmektedir ve zararın dolaylı sonuçlarının meydana geldiği yer dikkate alınmamaktadır. Ancak zarar yeri hukuku elbette talep edilen dolaylı zarar ve sonuçları için de uygulanacaktır. Bu itibarla uygulanacak hukuku belirleyen zarar yeri kavramıyla bu hukuk kapsamında talep edilebilecek dolaylı zararlar, masraflar, destekten yoksun kalma veya kazanç kayıpları birbirine karıştırılmamalıdır.

Zarar yeri ilişkisiyle uzak veya tesadüfi ise ve somut olayda daha sıkı bağlantılı bir başka hukuk varsa, o zaman milletlerarası hukuk hakkaniyeti için zarar yeri hukukunun mekanik uygulamasından vazgeçmek ve daha sıkı bağlantılı hukuku uygulamak gerekmektedir. MÖHUK dahil modern milletlerarası özel hukuk düzenlemeleri lex loci damni'nin katı uygulamasından vazgeçmiş ve daha sıkı bağlantılı hukukun varlığı halinde zarar yeri hukuku kuralının bertaraf edilmesini kabul etmiştir.

Bu noktada MÖHUK m. 34(3) AB düzenlemesi olan Roma II Tüzüğünden farklı bir yaklaşım sergilemektedir. AB Tüzüğüne göre zarar veren ve zarar gören haksız fiilin meydana geldiği tarihte ortak mutad meskene sahipse, ortak mutad mesken hukuku zarar yeri hukukunu bertaraf etmektedir. Benzer bir düzenleme Alman ve İsviçre mevzuatlarında da vardır. Buna karşılık olayın tüm şartları dikkate alındığında daha sıkı bağlantılı bir hukuk varsa, bu hukuk istisna klozu olarak zarar yeri veya ortak mutad mesken hukuku yerine uygulanacaktır. Bu itibarla istisna klozunun uygulanması için haksız fiille ilgili unsurların bir başka ülke ile güçlü bağlantılarının olması aranmaktadır.

Kanaatimizce MÖHUK m. 34(3) daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağını belirtirken bunu bir istisna klozu olarak düzenlememiştir. Bu hüküm ile haksız fiil ilişkisi ile zarar yeri hukukuna kıyasla daha sıkı ilişkide bulunan hukuk, asıl kural işlevi görmektedir. Böylelikle haksız fiil en sıkı ilişkili hukuka bağlanmakta; hakkaniyet ve adalet gerçekleşmektedir. Bu noktada ortak mutad mesken hukuku ancak zarar yerine kıyasla haksız fiille daha yakın bağlantı kurduğu ölçüde uygulama imkânı bulacaktır.

Haksız fiili oluşturan unsurlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde zarar yeri ilişkisiyle uzak ve tesadüfi nitelikte görülürse ve diğer unsurlar başka bir hukukun ilişkisiyle daha yakın bağlantıda olduğunu ortaya koyuyorsa m. 34(3) gereği daha sıkı bağlantılı hukuk haksız fiilden kaynaklanan taleplere uygulanır. Tatil için gittiği yabancı ülkede trafik kazası sonucu yaralanan ve Türkiye’de tedavisi ve tıbbi bakımı yapılan, Türkiye’de mutad meskeni bulunan bir davacının Türkiye’de yabancı ülkede ikamet eden davalıya karşı açtığı tazminat davasında, zarar yeri hukuku yerine MÖHUK m. 34(3) gereği Türk hukuku, daha sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanabilecektir. Bir başka ifadeyle m. 34(3) bir kaçış klozu değil, m. 34(2)’yi bertaraf edecek asıl kural olduğu için, zarar yeri hukukundan vazgeçilmesi için istisnai koşulların varlığı aranmayacaktır.

Diğer yandan taraflar arasında önceden kurulmuş bir hukuki ilişki haksız fiille bağlantılı ise, daha sıkı bağlantılı hukukun uygulanmasında bu ilişki önem kazanmaktadır. Bu husus Roma II Tüzüğünde açıkça ifadesini bulmaktadır. Mevcut hukuki ilişki bir borçlar hukuku ilişkisi olan sözleşme olabileceği gibi bir aile hukuku ilişkisi de olabilir. Burada önemli olan mevcut hukuki ilişkinin ihlalinin aynı zamanda bir haksız fiil olmasıdır. Davacı haksız fiile dayanarak talepte bulunduğu mevcut hukuki ilişkiye uygulanan hukuk, haksız fiil ilişkisine de uygulanacak; böylelikle farklı taleplerin ya da vasıflandırma farklılıklarının farklı hukukların uygulanmasına yol açması önlenecektir. İsviçre ve Alman mevzuatlarında açıkça belirlenen bu husus, MÖHUK m. 34(3) çerçevesinde uygulama imkânı bulacaktır.

Aile hukuku ilişkilerinden kaynaklanan tazminat davalarında MÖHUK kapsamında özel olarak düzenlenmiş talepler (nişanın bozulmasında maddi ve manevi tazminat, boşanma sonucu tazminat gibi) kendi bağlama kurallarına tâbi olacaktır. Ancak aile hukuku yükümlülüklerinin ihlalden kaynaklanan ve özel hükümler kapsamına girmeyen maddi ve manevi tazminat talepleri iç hukukumuzda genel haksız fiil hükümleriyle talep edildiği için, yabancılık unsuru taşıyan aile hukuku ilişkilerine ilişkin haksız fiil taleplerine de MÖHUK m. 34 uygulanacaktır. Bu durumda da zarar yerinin tesadüfi, ilişkiyle uzak olması halinde daha sıkı bağlantılı hukuk olarak taraflar arası aile hukuku ilişkisine uygulanan hukuk, haksız fiil ilişkisine de uygulanacaktır. Örneğin Türk vatandaşı karı-kocanın tatil için gittiği A ülkesinde kocanın eşini dövmesi üzerine Türkiye’de açılan maddi ve manevi tazminat davasında zarar yeri olan A ülkesi hukuku değil, MÖHUK m. 13(3) gereği evliliğin genel hükümlerine uygulanan Türk hukuku uygulanacaktır. Ancak Türkiye’de mutad meskeni olan X ülke vatandaşı karı-kocanın benzer nitelikteki haksız fiil davasında zarar yeri ve davanın açıldığı yerin Türkiye olması ve bu hukukun tarafların ortak mutad meskeni ile örtüşmesi sonucu, zarar yerinin tesadüfi ve ilişkiye uzak olduğu söylenemez. Bu itibarla evliliğin genel hükümlerine uygulanacak olan X hukuku ilişkiyle daha sıkı bağlantılı hukuk olarak Türk hukukunu bertaraf edemez.

Sonuç olarak her somut olayda zarar yeri ile ilişkinin diğer unsurlarının ve taraflar arası mevcut hukuki ilişkinin haksız fiil ile olan ilişkisi bir bütün olarak değerlendirilmeli ve zarar yerinin tesadüfî olduğu durumlarda daha sıkı bağlantılı hukukun uygulanması kuralına geçiş yapılmalıdır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Boer Th M, *Beyond Lex Loci Delicti* (Kluwer Law and Taxation Publishers 1987).
- Çelikel A and Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (16th edn, Beta 2020).
- Doğan V, *Milletlerarası Özel Hukuk* (6th edn, Savaş 2020).
- Fawcett J, Harris J and Bridge M, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws* (Oxford University Press 2005).
- Goncalves AS, ‘The Application of the General Rule of Rome II Regulation to Internet Tort’ (2014) 8 Masaryk University Journal of Law and Technology 57-68.
- Imhoff-Scheier AC and Patocchi PM, *Torts and Unjust Enrichment in the New Swiss Conflict of Laws* (Schulthess Polygraphischer Verlag AG 1990).
- Kahn-Freund O, ‘Delictual Liability and the Conflict of Laws’ (1968-II) 124 Recueil Des Cours 1-166.
- Krvavac M, ‘The Hague Convention on the Law Applicable to Traffic Accidents and Roma II Regulation’ (2018) 79 Collection of Papers, Faculty of Law 141-156.
- Mills A, ‘The Law Applicable to Cross-border Defamation on Social Media: Whose Law Governs Free Speech in “Facebookistan”?’ (2015) 7 Journal of Media Law 1-35.
- Morse MA, *Torts in Private International Law* (North-Holland Publishing Company 1978).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (22nd edn, Beta 2017).
- Nwapi C, ‘Tort Choice of Law and International Fundamental Norms: A Case Study of Canada and the United States’ (2013) 1 AfeBabalola University Journal of Sustainable Development Law and Policy 54-72.
- Okoli CSA and Roberts E, ‘The Operation of Art 4 of Rome II Regulation in English and Irish Courts’ (2019) 15 Journal of Private International Law 605-625.
- O’Sullivan S, ‘Brexit and Choice of Law in the Obligations’ (2018) 24 Australian International Law Journal 77-96.
- Özel S, ‘Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu’, *Nuri Çelik Armağanı* (Beta 2001).
- Özel S, ‘Haksız Fiillere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi’ (2012) 8 Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7-37.

- Özel S, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması* (Seçkin 2004).
- Özel S, 'Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali Davalarında Yetkili Mahkemenin Tesisinde Ele Alınan Haksız Fiilin İka Yeri Kuralına Avrupa Adalet Divanı Tarafından Getirilen Yorum', *Prof. Dr. Ergün Önen'e Armağan* (Alkım 2003).
- Pietriche R, 'The Ascendancy of the Lex Loci Delicti: The Problematic Role of the Theory in Australian Choice of Tort Law Rules' (2015) 16 Melbourne Journal of International Law 86-123.
- Pryles M, 'Tort and Related Obligations in Private International Law' (1991-II) 227 Recueil Des Cours 13-206.
- Rodriguez Pinean, E, 'The Law Applicable to Intra-Family Torts' (2012) 8 Journal of Private International Law 113-134.
- Rogerson P, *Collier's Conflict of Laws* (Cambridge University Press 2014).
- Symeonides SC, 'Choice of Law in Cross-Border Torts: Why Plaintiff Win and Should' (2009) 61 Hastings Law Journal 337-412.
- Stone P, *EU Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2014).
- Stone P, 'Choice of Law for Tort Claims' in Peter Stone and Youseph Farah (eds) *EU Private International Law* (Edward Elgar Publishing 2015).
- Swierczynski M and Zarnowiec L, 'Law Applicable to Liability for Damages due to Traffic Accidents Involving Autonomous Vehicles' (2020) 14(2) Masryk University Journal of Law and Technology 177-200.
- Şanlı C, Esen E and Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (9th edn, Beta 2021).
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13th edn, Vedat 2020).
- Turhan T, *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı* (Dayınlarlı 1989).

