

AVRUPA TOPLULUKLARINDA AKİTTEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUK HAKKINDA ROMA SÖZLEŞMESİ*

Arş. Gör. Musa AYGÜL*

GİRİŞ

Avrupa Toplulukları Hukukunda, Topluluk Hukukunun kaynakları arasında AT sözleşmeleri olarak adlandırılan Sözleşmeler de yer almaktadır. İşte bu sözleşmelerden biri de, Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesidir¹.

AT Antlaşmasınının 220. maddesi; üye devletler arasında çifte vergilendirmenin önlenmesi, şirketlerin karşılıklı olarak tanınması, ticaret ve özel hukuk alanındaki mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için, üye devletlere anlaşmalar yapma hususunda ödevler yüklemiştir².

Sadece üye devletler arasında yapılan bu anlaşmalar ortak pazarın güçlenmesine hizmet etmektedir. Dolayısıyla, Topluluk hukukunun amaçlarına hizmet edecek nitelikte anlaşmalardır. Bu nedenle, bu anlaşmalar, Topluluğun hukuk sisteminde, Topluluk hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmektedir.

* Bu çalışma, Ankara üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde yüksek lisans tezi olarak hazırlanan ve Prof. Dr. Tuğrul Arat, Yrd. Doç.Dr. Gülin Güngör ve Yrd. Doç.Dr. Bige Tanrıbilir'den oluşan jüri tarafından oybirliği ile başarılı bulunan tezin özetidir.

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Bilim Dalı

1 "Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations Opened for Signature in Rome on 19 June 1980": O.J., 9.10.1980, L. 266, s.1-18.

2 LASOK, D. - BRIDGE, S.W.:Law & Institutions of The EEC, London 1991, s. 120.

Madde her ne kadar üye devletlere bir ödev yüklemişse de, bu anlaşmaların hazırlanmasında Topluluk Komisyonu aktif bir rol oynamıştır³.

Bu anlaşmalar ile üye ülkeler, Topluluk hukukunun yanında, Topluluk hukukunun bir parçası olarak yeni bir hukuk kaynağı yaratabilirler. Bu sözleşmeler, üye ülkelerde de yürürlüğe gireceği için, hem millî mahkemeler, hem de ATAD, sözleşmeyi uygulamak durumundadır.

AT Antlaşmasının 220. maddesi hükmü altında, bugüne kadar dört tane sözleşme imzalanmıştır. Bunlardan birincisi, 1968 tarihli Hukuk ve Ticaret Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tenfizi Hakkındaki Sözleşmedir. Bu Sözleşme üye devletler arasında 1969 tarihinde imzalanmış ve kurucu üye devletler arasında 1 Şubat 1973’de yürürlüğe girmiştir⁴.

İkincisi 1968 tarihli Tüzel Kişiliklerin ve Ortaklıkların Tanınması Hakkındaki Sözleşmedir. Bu Sözleşme 1968’de kurucu ülkeler arasında imzalanmış, ancak henüz yürürlüğe girmemiştir⁵. Üçüncüsü Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşmedir. 1 Nisan 1991 tarihinden itibaren, İngiltere’nin yedinci onay belgesini vermesi ile yürürlüğe girmiş bulunmaktadır⁶. Sonuncusu ise, 1975 tarihinde imzalanıp, ancak henüz yürürlüğe girmeyen Ortak Pazar için Avrupa Patenti Sözleşmesidir⁷.

Bazı yazarlar⁸ Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi ile Ortak Pazar için Avrupa Patenti Sözleşmesinin, doğrudan AT Antlaşmasının 220. maddesine dayanmadığını savunmaktadırlar. AT Antlaşmasının 220. maddesinde, yalnızca şirketlerin karşılıklı tanınması ve hakem ve mahkeme kararlarının karşılıklı tanınması ve tenfizi ile ilgili konularda

3 HARTLEY, T.C.: The Foundations of The European Community Law, Clarendon Press, Oxford 1994, s. 103.

4 “Convention on Jurisdiction and The Enforcement of Judgements In Civil and Commercial Matters”: O.J., 30. 10. 1978, L.304, s. 36-54.

5 “Convention on The Mutual Recognition of Companies and Bodies Corporate”: EC, Bull. Supp., 2/1969, s. 6-16; LASOK-BRIDGE, s. 123.

6 NORTH, P.: Varying the Proper Law, Essays in Private International Law, Clarendon Press, Oxford 1993, s. 51, (Proper Law); LEWIS, A: Principles of Contract & European Commercial Law, Tudor 1992, s. 363.

7 “The European Patent for Common Market Convention”: O.J., 1976, L. 17; LASOK-BRIDGE, s. 123.

8 DICEY-MORRIS: The Conflict of Laws, London 1993, s.1193-1194; NORTH, P.: The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligation(1980): Its History and Main Features, Essays in Private International Law, Clarendon Press, Oxford 1993, s.30-31, (Contractual Obligations); STONE, P.:The Conflict of Laws, London and Newyork 1995, s.224, dpn. 1; COLLIER, J. G.: Conflict of Laws, 2nd Edition, Cambridge 1996, s.182, dpn.2.

üye devletlere bir yükümlülük getirdiği, akitlerle ile bir düzenleme yapılması hususunda devletlere bir yükümlülük yüklenmediği belirtilmektedir. Yine bu yazarlar, Roma Sözleşmesinin yasal dayanağının, doğrudan 220.maddesi olmasa da, 220.maddeye dayanılarak yapılan Brüksel Sözleşmesinin doğal bir uzantısı olduğunu kabul etmektedirler⁹. Akitlerin Topluluğun yetki alanı içinde kaldığında şüphe yoktur¹⁰. Akitlerle ilgili kanunlar ihtilâfi kurallarının birleştirilmesiyle akde uygulanacak hukukun saptanması kolaylaşmış olacaktır. Topluluk alanında, aynı konuda, aynı kişiler arasında daima aynı maddî hukukun uygulanması temin edilecektir¹¹. Bunun ise Ortak Pazarın gerçekleştirme amacına yönelik olduğu açıktır. Bu nedenle Roma Sözleşmesinin de yasal dayanağının AT Antlaşmasının 220. maddesi olduğunda kuşku yoktur¹². Bu sözleşmelerin amacı da (üye ülkeler arasında) Ortak Pazar hedefinin gerçekleşmesi için üye ülkelerde yeknesak hukuk kurallarının oluşturulmasıdır. Yine bu sözleşmelerde, örneğin Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşmede, ATAD'a yorum yetkisi verilmiştir. Üstelik Topluluklara katılan her yeni üyenin bu sözleşmelerin tarafı olması beklenir¹³.

I. ROMA SÖZLEŞMESİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Hollanda, Belçika ve Benelux ülkeleri tarafından Avrupa Topluluklarında milletlerarası özel hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla 8 Eylül

⁹ LASOK, D. – STONE P.A.: Conflict of Laws in the European Community, Oxon 1987, s.341; LANDO, O.: The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, CMLR, 1987,V.24, s.160, (EEC Convention).

¹⁰ Commission Opinion of 17 March 1980 Concerning the Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, O.J., 11.04.1980, L.44, s.39; ancak akdi borç ilişkileri Topluluğun amaçlarını gerçekleştirmede bir araç olsa bile, tam olarak Topluluk organlarının yetki alanına girmemektedir. Eğer akdi borç ilişkileri, Topluluğun yetki alanına girmiş olsa idi, üye ülkeler arasında bir sözleşme ile değil, Topluluk organları tarafından yapılacak bir düzenleyici tasarrufla düzenlenirdi. Bu şekilde hem daha kolay hem de süratle hedeflenen amaca ulaşılabilirdi. Konunun, AT ülkeleri arasında bir konvansiyonla düzenlenmiş olması, Topluluğun yetki alanı dışında kaldığını göstermektedir.

¹¹ Commission Recommendation of 15 January 1985 Concerning the Convention of 19 June 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations, O.J., 14.02.1985, L.44, s.42.

¹² BENNETT, T. J.: The Draft Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, CMLR, 1980, s.269; KİRAZ, B.: AET Çerçevesinde Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Sorunu, G.Ü.İd. Bil. Fak. Der. 1992, C. 8, S. 1, s.262, (Uygulanacak Hukuk).

¹³ LASOK - BRIDGE, s. 123; HARTLEY, s. 103.

1967 tarihinde Komisyon'a bir öneri verildi. Bu öneri ile birlikte Roma Sözleşmesinin hazırlıkları başlamış oldu¹⁴.

Komisyon teklifi olumlu karşıladı ve bir çalışma grubu oluşturarak teklif hakkında bir rapor hazırladı. Komisyon, hazırlanmış olan raporu, daha sonra üye ülkelere, bu raporla birlikte sundu.

Üye devletler teklifi olumlu karşıladılar ve Sözleşmenin hazırlanması için bir çalışma grubu oluşturulmasına karar verdiler. Bu çalışma grubunda hem üye devletlerden gelen uzmanlar, hem de Komisyonun temsilcileri bulunmaktaydı. Çalışma grubu, 1972 yılında, çalışmalarını tamamladı ve akdî borçlara ve akit dışı borçlara uygulanacak hukuk hakkındaki çalışmasını bir raporla birlikte daimî temsilciler komitesine sundu¹⁵.

1973 yılında Avrupa Topluluklarına üç yeni üyenin (İngiltere, Danimarka ve İrlanda) katılımı nedeniyle, bu çalışmalar hemen incelenemedi. Topluluğa yeni katılan ülkelerin hukuk sistemleri ilk altıların hukuk sistemlerinden oldukça farklı bir yapıya sahipti. Üstelik, İngiltere'nin üyeliğinin devamı 1975 tarihindeki referanduma kadar belirli değildi. 1975 yılından sonra çalışma grubu görevine tekrar başladı ve yeni üç üyenin temsilcileri de çalışma grubuna dahil oldular. Yeni giren üye devletlerin hukuk sistemlerinin farklılığı nedeniyle 1978'de Sözleşmenin yalnızca akdî borçlara uygulanacak hukuk ile sınırlı kılınması hususunda anlaşmaya varıldı. Akit dışı borçlara uygulanacak hukukla ilgili bölümün ise başka bir Sözleşmeyle düzenlenmesi kararlaştırıldı.

Sözleşme, 19 Haziran 1980 tarihinde Roma'da imzaya açıldı. Aynı tarihte, Belçika, Hollanda, İrlanda, Lüksemburg, Fransa, İtalya ve Almanya tarafından imzalandı. Daha sonra Danimarka 10.03.1981 tarihinde, İngiltere 7.12.1991 tarihinde, Yunanistan 10.04.1984 tarihinde, İspanya ve Portekiz 18.05.1992 tarihinde Sözleşmeyi imzaladılar¹⁶. Sözleşme, daha sonra üyeliğe kabul edilen Avusturya, Finlandiya ve İsveç tarafından da imzalanmıştır¹⁷.

¹⁴ GIULIANO – LAGARDE, Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, O.J., C.282, s. 4.

¹⁵ GIULIANO-LAGARDE, s. 7-8; DICEY- MORRIS, s. 1191; NORTH, Contractual Obligations, s. 32.

¹⁶ Bu devletlerin Sözleşmeyi imzalamaları ile ilgili olarak bkz. O.J., 14.2.1985, L 42, s.44; Yunanistan'ın imzalamasıyla ilgili olarak bkz. "Convention on The Accession of the Hellenic Republic to the Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations, Opened for Signature in Rome on 19 June 1980", O.J., 1.5.1984, L. 146, s. 2-3; NORTH, Contractual Obligation, s. 34.

¹⁷ Convention on the accession of the Republic of Austria, the Republic of Finland and the Kingdom of Sweden to the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980, and to the First and Second Protocol on its interpretation by the Court of Justice, O.J., C.015, 15.01.1997, s.10-15.

19 Haziran 1980 tarihli Sözleşmeye ekli protokolde, ATAD'a, Sözleşmeyi yorumlama yetkisi verilmemiş, sadece Divan'a yetki verilmesi için ek bir protokolün yapılması temenni edilmiştir.

ATAD'ın yetkisi sınırlıdır. Yani ATAD'a açıkça yetki verilmeyen durumlarda, ATAD yetkili değildir¹⁸. Kurucu Antlaşmalarda, ATAD'ın yetkisi ve görevi belirtilmiştir. Sözleşmeden doğacak ihtilafları çözme yetkisi, ATAD'a Aralık 1988 yılında imzalanan iki protokol ile verildi. Bu protokoller ile Roma Sözleşmesinden doğan ihtilâflar üye devletlerle ilgili olsun ya da olmasın ATAD tarafından yorumlanıp hükme bağlanacaktır¹⁹.

II. SÖZLEŞMENİN UYGULAMA ALANI

Roma Sözleşmesinin 1. maddesinde, Sözleşmenin, farklı devletlerin hukuk sistemleriyle bağlantılı akitlerden doğan borç ilişkilerine uygulanacağı hükme bağlanmıştır (md. 1/1). Buna göre, Sözleşmenin kuralları her şeyden önce akdî borç ilişkilerine uygulanacaktır. Akdî borç ilişkisi kavramı üzerinde Sözleşmede durulmamıştır. Akdî borç kavramı nasıl anlaşılmalıdır? Akdî borç kavramının sınırının tespit edilmesi her zaman kolay olmayabilir. Bazı durumlarda bir borcun kaynağının akit mi, yoksa başka bir hukukî sebep mi olduğu ilk bakışta anlaşılabilir. Özellikle, bazen bir borcun haksız fiilden mi, yoksa akitten mi kaynaklandığı konusunda farklı yorumlar olabilir. Bu yüzden Sözleşmenin ilk tasarısında Sözleşmenin kapsamına haksız fiilden doğan borçlar da dahil edilmişti²⁰. Sözleşmenin bütün üye ülkelerde aynı şekilde uygulanabilmesi için her şeyden önce akdî borç kavramının ortak bir şekilde tanımlanıp anlaşılması gerekir.

Bir borç ilişkisinin akdî nitelikte sayılıp sayılmayacağı sorunu, eğer o borç ilişkisi akdî nitelikte kabul edilseydi hangi hukuk uygulanacak ise, o hukuk tarafından çözüme bağlanacaktır. Eğer uygulanacak hukuk bu borç ilişkisini akdî bir borç olarak nitelerse, ilişki, Sözleşmenin kapsamına dahil olacak, aksi takdirde Sözleşmenin kapsamı dışında kalacaktır²¹.

¹⁸ ARAT, T.: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, Ankara 1989, s.33-34, (ATAD).

¹⁹ First Protocol on the Interpretation by the Court of Justice of the European Communities of the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Opened for Signature in Rome on 19 June 1980 , O.J., 20.2.1989, L. 048; Second Protocol Conferring on the Court of Justice of European Communities Certain Powers to Interpret The Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations, Opened for Signature in Rome on 19 June 1980, O.J., 20.2.1989, L. 048; DICEY-MORRIS, s. 1194; COLLIER, s. 183.

²⁰ LASOK – STONE, s. 340; DICEY - MORRIS, s. 1198.

²¹ KİRAZ, Uygulanacak Hukuk, s. 265; WILLIAMS, P. R.:The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, ICLQ, 1986, V. 35, s. 6.

Yine Sözleşmenin birinci maddesinde, onun, farklı devletlerin hukuk sistemleri ile bağlantılı akitlerden doğan borç ilişkilerine uygulanacağı belirtilmiştir²². Ancak Sözleşmede, farklı devletlerin hukukları ile bağlantının ne zaman ve nasıl gerçekleşeceği açıklanmamıştır.

Akit yabancı unsuru havi bir akitse, hâkim kendi maddî hukuk kurallarını uygulayamaz. Bu halde hâkim, kendi kanunlar ihtilâfı kurallarına müracaatla yetkili hukuku tespit etmek durumundadır. Bir akdin yabancılık unsuru taşıması için tarafların farklı vatandaşlıkta olmaları, taraflardan birinin ikametgâhının veya mutad meskeninin yabancı ülkede bulunması, akdin konusunun, yapıldığı yerin veya ifa yerinin başka bir ülkede olması durumlarından birinin gerçekleşmesi gerekir²³.

Milletlerarası akit kavramı ile yabancılık unsurunu havi akit kavramı aynı hususu ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak, bu iki kavram açısından fark olduğu ve milletlerarası akit kavramının diğerinden daha dar bir kapsamı olduğu vurgulanmaktadır²⁴.

Farklı devletlerin hukukları ile bağlantı kavramı, akdin iki ya da daha fazla hukuk sistemi ile bağlantısını ifade eder. Buna göre yabancı unsur içermeyen akitler Sözleşmenin kapsamı dışında kalacaktır.

Burada üzerinde durulması gereken bir soru da, “tamamen iç hukuka ait, yabancılık unsuru içermeyen bir akde taraflar anlaşarak yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilirler mi”, sorusudur. Bu soruya bazı yazarlarca olumlu cevap verilmektedir²⁵. Bu yazarlara göre, böyle bir hukuk seçimi yoluy-

22 Sözleşmenin İngilizce, Almanca ve Fransızca metinlerinde farklı ifadeler kullanılmıştır. İngilizce metinde “farklı devletlerin hukuk sistemleri arasında bir seçimin olduğu durum”, Almanca metinde, “farklı ülkelerin hukuklarıyla bağlantı gösteren maddi vakıalar”, Fransızca metinde ise, “kanunlar ihtilâfını kapsayan durumlar” ifadeleri kullanılmıştır: EKŞİ, N.: Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı, MHB, 1992, Y. 12, S. 1-2, s.6.(Yabancılık Unsuru); DOĞAN, V.: Avrupa Birliği Bünyesinde Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, 1995 Konya, s. 464.(Avrupa).

23 GIULIANO - LAGARDE, s. 10; TEKİNALP, G.:Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama Kuralları), 5. Bası, İstanbul 1995, s. 13,(MÖH); NOMER, E.:Devletler Hususî Hukuku, 8. Bası, İstanbul 1996, s. 5; GÖGER, E.: Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar ihtilâfı), Dördüncü Baskı, Ankara 1977, s. 5, (DHH); ÇELİKEL, A.: Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul 1995, s. 5, (MÖH). ÇELİKEL,MÖH, s. 7.

24 Daha fazla bilgi için bkz. EKŞİ, Yabancılık Unsuru, s. 4; ŞANLI, C.: Milletlerarası Ticarî Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 29-30,(Ticarî Tahkim); TİRYAKIOĞLU, B.:Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 5-7,(Taşınır Mallara).

25 Türk doktrinindeki bazı yazarlara göre, taraflarca yabancı bir hukukun seçilmiş olması da iç hukuka ait bir akde yabancılık unsuru verir: NOMER, DHH, s. 264; EKŞİ,

la, akde *lex fori* veya seçilen hukukun uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkar ve bu da akde yabancılik unsuru kazandırır²⁶.

Sözleşme çerçevesinde de, bu soruya, 3. maddenin 3. paragrafı göz önünde bulundurularak olumlu cevap vermek gerektiği öne sürülmektedir. Bu maddeye göre, ister yabancı bir mahkeme seçimi ile olsun, ister olmasın, tarafların yabancı hukuku seçmiş olmaları halinde, seçim anında akitle ilgili tüm unsurların yalnızca bir ülke ile irtibatlı bulunması, o ülkenin emredici kurallarının uygulanmasına engel olmayacaktır. Buna göre, akdin, bütün unsurlarıyla, bir ülke ile bağlantılı olması halinde bile, bu ülkenin emredici hukuk kuralları saklı kalmak üzere, taraflar hukuk seçimi yoluyla akde yabancılik unsuru verebilirler²⁷ ve bu akit Roma Sözleşmesinin kapsamına dahil olur²⁸.

Birinci maddedeki temel kural, bir borcun yabancılik unsuru taşıması ve akdî borç olması halinde Sözleşmenin kapsamına dahil olmasıdır. Yani Sözleşme genel olarak tüm akit türlerini kapsamaktadır. Ancak bazı akit türleri ve akitlerle ilgili bazı konular, yukarıdaki özellikleri taşısa bile çeşitli gerekçelerle Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Şimdi bunlar, Sözleşmedeki sırasıyla incelenecektir.

-Ehliyet: Gerçek kişilerin hukukî ehliyetleri Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır (md. 1/2 -a). Bu konuda her devletin kendi kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukuk uygulanacaktır. Ancak bazı durumlara işlem güvenliği için istisna getirilmiştir (md. 11)²⁹.

-Miras Hukuku ve Aile Hukuku: Vasiyetnamelerden ve mirasdan doğan akdî borçlar, evlilik hukuku ilişkilerinden doğa

n haklar ile ilgili akdî borçlar, gayrisahih nesepli çocuğun nafaka alacağı da dahil olmak üzere evlilik, velayet ve sıhrî hısımlık gibi aile hukuku ilişkile-

Yabancılik Unsuru, s. 7; aksi görüş için bkz. ÇELİKEL, MÖH, s. 235-236; TEKİNALP, MÖH, s.245; ULUOCAK, N.: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, s. 185, (MÖH).

²⁶ Ayrıca bkz. NORTH, Contractual Obligation, s. 35; LANDO, EEC Convention, s. 163; NORTH, P.:General Course on Private International law, Rec des Cours, 1990, s. 180, (General Course).

²⁷ DICEY - MORRIS, s. 1215; LANDO, EEC Convention, s. 164.

²⁸ Ancak buradaki irade muhtariyeti, devletler özel hukuku anlamındaki irade muhtariyeti değil, dahilî hukuk alanındaki irade muhtariyeti çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, yani akdin tamamen irtibatlı olduğu ülkenin hukukunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, seçilen hukukun diğer hükümlerinin irade muhtariyeti esaslı çerçevesinde akde uygulanabileceği kabul edilmektedir: Karş. DOĞAN, V.: İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996, s. 28-30, (İş Akdinden).

²⁹ NORTH, Contractual Obligation, s. 36; GIULIANO-LAGARDE, s. 14.

rinden doğan hak ve borçlar Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır (md. 1/2-b).

-Kambiyo Senetleri: Poliçe, çek ve bonoya dayalı borçlar, Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

-Yetki ve Tahkim Anlaşmaları: Yetki ve tahkim anlaşmalarının geçerliği Sözleşmenin uygulama alanı dışına çıkarılmıştır (md. 1/2 - d)³⁰. Yetki konusunda 1968 tarihli Brüksel Sözleşmesi bulunmaktadır. Bu sözleşmenin özellikle 17. maddesi, yetki anlaşmalarının geçerliği konusunda gerekli hükümleri ihtiva etmektedir³¹.

Ancak, bir akitte tahkim veya yetki şartı olması, akdin tamamının Sözleşme dışında kalmasına yol açmaz. Sadece, yetki ve tahkim şartı Sözleşmenin kapsamı dışındadır. Yetki ve tahkim³² sözleşmesinin (şartının) geçerli olup olmadığı, mahkeme hukukuna göre belirlenir³³.

-Şirketler Hukukuna İlişkin Konular: Tüzel kişiliği olan veya olmayan kurumlara ilişkin sorunlar, bunların tescillerine, ehliyetlerine, iç organizasyonlarına, şirketlerin veya tüzel kişiliği olan veya olmayan kurumların tasfiyesine, organlarının ve üyelerinin şirket veya kurumun borçlarından dolayı sorumluluklarına, Sözleşmenin hükümleri uygulanmayacaktır (md. 1/2-e).

-Temsile ilişkin Konular: Mümessilin temsil edileni veya organın tüzel kişiliği olan veya olmayan şirketleri ya da diğer toplulukları üçüncü kişilere karşı bağlayıcı işlem yapıp yapamayacağı, keza Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır (md. 1/2-f).

-Trust: Trust'ın kuruluşu, kurucularla yararlananlar ve trust verilenler arasındaki ilişkiler Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır (md. 1/2-g). Trust'ın borçlar hukuku alanına değil, eşya hukukuna ait bir konu olduğu kabul edilmektedir³⁴. Trust kavramı, *Common Law* ülkelerindeki anlamı ile yorumlanmalıdır. Aynı karakteri taşıdıkları ölçüde, Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde farklı ad ve

³⁰ GIULIANO - LAGARDE, s. 16; NORTH, Contractual Obligation, s. 36; LANDO, EEC Convention, s. 165.

³¹ Bu konuda fazla bilgi için bkz. SARGIN, F.: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s. 122-142.

³² Tahkime ilişkin bazı Konvansiyonlar, tahkim sözleşmesinin veya şartının hangi kanuna tâbi olacağını düzenlememiş veya yetersiz düzenlemiştir. Üstelik bu Konvansiyonların tüm üye devletler tarafından da imzalanmadığı ileri sürülmüştür (DICEY - MORRIS, s. 1202); 1958 tarihli New York Sözleşmesinin 5/I-a maddesinde tahkim sözleşmesinin taraflarının tâbi kıldıkları hukuka veya hakem kararının verildiği yer hukukuna göre geçersiz olması halinde tanıma ve tenfizinin engellenebileceği hükme bağlanmıştır.

³³ DICEY - MORRIS, s. 1202; LASOK - STONE, s. 353.

³⁴ LASOK-STONE, s. 354.

kavram altında olsalar dahi, hâkim, benzer ilişkileri Sözleşmenin kapsamı dışında tutabilir³⁵. Ayrıca yine bu konuda milletlerarası anlaşmalar bulunmaktadır³⁶.

-Deliller ve Yargılama Usulü: Sözleşmenin on dördüncü maddesi hükmü saklı kalmak üzere, deliller ve yargılama usulü, Sözleşmenin kapsamı dışında tutulmuştur (md. 1/2-h). Çünkü deliller ve yargılama usulü, mahkemenin hukukuna tâbidir.

-Sigorta Akitleri: Avrupa Topluluklarının egemenliği alanında gerçekleşen riskleri karşılayan sigorta akitleri Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu bölgelerde bir riskin gerçekleşip gerçekleşmediğine mahkeme kendi hukukunu uygulayarak karar verecektir. Reasürans akitleri ise bu istisnanın dışında bırakılmıştır (md. 1/3-4).

Sözleşmenin ikinci maddesi ise, Sözleşmede yer alan yeknesak kuralların Sözleşmeye taraf olmayan bir ülke hukukunu yetkili kılması halinde, bu ülke hukukunun uygulanacağını hükme bağlamaktadır. Bu madde ile Sözleşmenin evrensel bir uygulamaya sahip olduğu açıkça ortaya konmuş olmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM: AKİT STATÜSÜNÜN TESPİTİ

I. GENEL OLARAK

Akitten doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde, eskiden beri gerek uygulamada, gerekse doktrinde çok farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Akde uygulanacak hukuk tespit edilirken tarafların iradesine yetki tanınip tanınmayacağı konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bazı müellifler, taraflara bu yetkinin verilmesinin kanuna karşı hileyi teşvik edeceğini ileri sürerek karşı çıkmışlardır. Ancak ekseriyet, akitler alanında taraflara bu yetkinin tanınabileceğini belirtmişlerdir³⁷.

Devletler Özel Hukuku alanında irade muhtariyeti, ilk olarak, XVI. yüzyılda *Dumoulin* tarafından ifade edilmeye başlanmıştır. XIX. yüzyılda ise, irade muhtariyeti birçok Avrupa ülkesinde akde uygulanacak hukukun tespitinde kullanılmaya başlanmıştır³⁸.

³⁵ GIULIANO-LAGARDE, s. 18; DICEY - MORRIS, s. 1203.

³⁶ ŞANLI, C.: Trust'a ve Trust'ın Tanınmasına Uygulanacak Hukuka Dair Konvansiyon, MHB, 1986, S. 1, s. 24-29.

³⁷ ESENER, T.: Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi, AHFD, 1954, C. XI, s. 486.

³⁸ SEVİĞ, V. R.: İrade İstiklâli Esası Hakkında Muhtelif Temayüller, A.S. Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s. 358; TİRYAKIOĞLU, Taşınır Mallara, s. 19.

Günümüzde yabancı unsur ihtiva eden borç ilişkileri öncelikle taraflarca seçilen hukuka tâbi olacaktır. Bu ilke hemen hemen bütün ülkelerde ve milletlerarası sözleşmelerde kabul edilmiştir. Tarafların akdî ilişkiye uygulanmasını istedikleri hukuk, prensip olarak hiçbir şarta bağlı olmaksızın uygulanacaktır (Türk MÖHUK, m. 24 I; Alman MÖHK, m. 27; İsviçre MÖHK m. 116)³⁹.

Taraflarca yetkili hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda akit statüsü olarak en son gelişmeler akit ile sıkı irtibatlı hukukun uygulanması yönündedir. Sıkı irtibatın belirlenmesinde de karakteristik edimden hareket edilmektedir. Akdin inikat yeri tesadüfi olduğu ve gaipler arasındaki akitlerde problem olacağı için reddedilmektedir. Akdin ifa yerinin ise, birden fazla ifa yeri olan akitlerde veya ifa yeri belirlenemeyen hallerde çözüm getirmediği savunulmaktadır⁴⁰.

A) SÜBJEKTİF BAĞLAMA ESASINA GÖRE AKİT STATÜSÜNÜN TESPİTİ

1. GENEL OLARAK İRADE MUHTARİYETİ

Borçlar Hukuku alanında kabul edilen irade muhtariyeti ilkesi fertlerin diledikleri sözleşmeyi hukuk düzeninin sınırları için kalmak kaydıyla yapabilme yetkilerini ifade eder⁴¹. Fertler ancak emredici kuralların dışında kalan alanlarda istedikleri gibi düzenleme yapabilirler. Devletler Özel Hukuku sahasında kabul edilen irade muhtariyeti ilkesi ise, âkit taraflara ilişkiye uygulanacak hukuku seçme yetkisi verir. Seçilen hukuk artık emredici ve tamamlayıcı kurallarıyla birlikte akde uygulanacaktır⁴². İrade muhtariyeti ilkesi, sadece millî kanunlarda değil, milletlerarası düzenlemelerde de yaygın biçimde kabul görmüştür. Bunun nedeni, irade muhtariyeti esasının, milletlerarası akitlerin mahiyetine ve milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun düşmesidir. Bu prensip; basitlik, kolaylık sağlamak ve aklı selime dayanmaktadır⁴³.

³⁹ TEKİNALP, G: Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu, MHB, 1988, S. 1, s. 60, (Alman ve İsviçre); TURHAN, T.:İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, AHFD, 1989-1990, S. 41, s. 122, (İsviçre).

⁴⁰ TEKİNALP, Alman ve İsviçre s. 61; NOMER, DHH, s. 238.

⁴¹ EREN, F.:Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 4.Bası, Ankara 1991, C. I, s. 368; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler,7.Bası, İstanbul 1993, s. 362.

⁴² NOMER, DHH, s. 262; TEKİNALP, MÖH, s. 244; ÇELİKEL, MÖH, s. 234; ULUOCAK, N.:Kanunlar ihtilâfi (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971, s. 140, (Kanunlar İhtilâfi); GÖĞER, E.: Devletler Hususî Hukukunda Taraflarca Yetkili Kanunun Seçilmesi, AHFD, 40.Yıl Armağanı, Ankara 1966, s. 304,(Yetkili Kanun).

⁴³ ŞANLI, Tahkim, s. 108; LANDO, EEC Convention, s. 171.

2. HUKUK SEÇİMİ

Roma Sözleşmesinin 3. maddesi akdin taraflarca seçilmiş hukuk tarafından idare edileceğini hükme bağlamıştır. Roma Sözleşmesi akitlerle ilgili diğer milletlerarası sözleşmelerde⁴⁴ ve üye ülkelerde kabul edilen irade muhtariyeti ilkesine öncelik tanımış olmaktadır.

Hukuk seçimi, akdin içinde yer alan bir hükümlerle olabileceği gibi, ayrı bir sözleşme ile de yapılabilir. Eğer hukuk seçimi akdin içinde yer alan bir hükümlerle yapılmışsa bu hüküm ayrı bir sözleşme olarak kabul edilmelidir⁴⁵.

a) Açık İrade Beyanı İle Hukuk Seçimi

Taraflar hukuk seçimine ilişkin iradelerini açık olarak belirtebilirler. Taraflar akde ekleyecekleri bir hükümlerle veya ayrı bir akitle, “bu akitten doğan borçlara İngiliz hukuku uygulanacaktır” gibi basit ve anlaşılabilir ifadelerle açık olarak hukuk seçimini yapabilirler. Sözleşmenin 3. maddesinin 1. paragrafı “...Seçim ya açık olmalı...” diyerek tereddüde yer vermeyecek şekilde bunu ifade etmiştir⁴⁶.

b) Zımnî İrade Beyanı İle Hukuk Seçimi

Sözleşmenin 3/1. maddesi, taraflarca yapılan hukuk seçiminin, ya açık olarak ya da akdin hükümlerinden veya olayın genel durumundan makul bir kesinlikle anlaşılır olması gerektiğini belirtmiştir. Sözleşme, zımnî irade beyanı ile hukuk seçimini kabul etmiştir. Akdin hükümlerinden veya olayın genel durumundan bir hukuk seçiminin varlığı makul bir kesinlikle anlaşılabiliriyorsa hukuk seçimi kabul edilmektedir⁴⁷. Zımnî hukuk seçiminde de, açık irade beyanı ile hukuk seçiminde olduğu gibi, bir “seçim iradesi” vardır; ama örtülüdür⁴⁸.

44 Bkz. 15 Haziran 1955 tarihli Uluslararası Satımlara Uygulanacak Hukuka Dair Anlaşma, md. 2; 22 Aralık 1986 Tarihli Uluslararası Mal Satımlarına Uygulanacak Hukuka Dair Anlaşma, md. 7: ŞANLI, C.:La Haye Devletler Özel Hukuku Anlaşmaları, İBD, 1989, C. 63, S. 7-9, s. 374-386, (La Haye); Anlaşmaların İngilizce Metinleri için bkz. CARR - KIDNER, Convention on The Law Applicable to International Sales of Goods, The Hague, 1955, s. 335-336; Convention on the Law Applicable to Contracts For the International Sale of Goods, The Hague, 1985, s. 495-500.

45 ŞANLI, Tahkim, s. 107; DIAMOND, A.L.:Harmonization of Private International Law, Rec. des Cours, 1986, V. 19, s. 251, (Harmonization).

46 COLLIER, s. 186; DICEY - MORRIS, s. 1219; DIAMOND, Harmonization, s. 255.

47 DOĞAN, İş Akdinden, s. 19; TIRYAKIOĞLU, Taşınır Mallara, s. 29.

48 ÇİLİNGİROĞLU, C.: Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri, MHB, 1989, S. 2, s. 109.

Zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminin varlığını gösteren bazı emareler hem doktrin, hem de uygulama tarafından belirtilmiştir. Özellikle, belli bir ülkenin hukukuna göre düzenlenen tip akitler bakımından bu ülke hukukunun seçildiği kabul edilmektedir. Yine, taraflar arasında daha önceden kurulmuş bir akit varsa ve bu akit açık olarak bir hukuk seçimi içeriyorsa, daha sonraki akdin de önceki akitte seçilen hukuka tâbi olacağı söylenebilir. Yetkili mahkemenin seçilmiş olması da, akdin diğer hükümleri ve olayın genel durumu ile bağdaşıyorsa, bu mahkemenin mensup olduğu devletin hukukunun zımnî seçildiği anlamına gelebilir⁴⁹.

c) Farazî İradeye Dayanılarak Hukuk Seçimi

Farazî irade beyanı ile hukuk seçiminde taraflar akde uygulanacak hukuku ne açık olarak, ne de zımnî olarak seçmişlerdir. Taraflarca açık ve zımnî irade beyanıyla hukuk seçimi yapılmamış olmasına rağmen, söz konusu akdi yaparlarken akıllı, dürüst ve titiz âkit taraflar olarak hukuk seçimi yapmış olsalardı, hangi hukuku seçeceklerdi sorusunun cevabının araştırılması sonucu bulunan hukuk kabili tatbik hukuk olarak kabul ediliyorsa, burada farazî iradeye dayanıldığı kabul edilir⁵⁰.

Sözleşmede, taraflar açık veya zımnî irade beyanı ile hukuk seçimi yapmadıkları zaman, objektif akit statüsüne göre tespit edilecek hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Yani sözleşme farazî irade beyanı ile hukuk seçimine izin vermemiştir⁵¹.

3. KISMÎ HUKUK SEÇİMİ

Akdin bölünebilen kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını taraflar kararlaştırabilirler mi? Bu soruya genellikle olumlu cevap verilmektedir. Zaten akdin ehliyet ve şekle ait şartları farklı hukuklara tâbi tutulmaktadır. Bu nedenle akdin parçalanabilen bölümlerine farklı hukukların uygulanabileceği genellikle kabul görmektedir.

Taraflara irade muhtariyeti tanındığı vakit bunun sınırlanmaması gerektiği belirtilmiştir; madde 3/1'in son cümlesi ise, tarafların seçecekleri hukukla akdin tamamına veya bir bölümüne bunun uygulanmasını kararlaştırabileceklerini be-

⁴⁹ GIULIANO - LAGARDE, s. 25; DICEY - MORRIS, s. 1224 - 1225; LANDO, EEC Convention, s. 185; DIAMOND, s. 256 - 257; CLARKSON, C.M.V.- HILL, J.: Jaffey on the Conflict of Laws, London 1997, s. 200-201.

⁵⁰ GÖĞER, DHH, s. 313; DOĞAN, İş Akdinden, s. 24; ÇİLİNGİROĞLU, s. 110; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 32; DIAMOND, s. 258-259; TEKİNALP, Gülören, Akdî ilişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk seçimi, MHB, 1985, S. 1., s. 29, (Zımnî Hukuk Seçimi).

⁵¹ CLARKSON - HILL, s. 205; NORTH, General Course, s. 156.

lirtmiştir. Taraflar, yalnızca akdin bir kısmı için hukuk seçimi yapmışlarsa, hâkim, bunu akdin tamamına uygulamak üzere bir karine kabul edemez. Akdin kalan kısmı için objektif bağlama kuralına göre bulunan hukuk uygulanacaktır. Yine taraflar akdin bölünebilen kısımları için farklı hukuk seçmişler ve seçilen hukukların mantıklı bir biçimde bağdaştırılması mümkün olmamışsa, hâkim uygulanacak hukuku yine objektif bağlama statüsüne göre tespit edecektir⁵².

4. HUKUK SEÇİMİNİN ZAMANI

Taraflar hukuk seçimini akdin yapılması anında veya akdin yapılmasından sonra, hatta mahkeme safhasında yapabilirler⁵³. Yine taraflara önceden yapmış oldukları hukuk seçimini değiştirme imkânı da tanınmaktadır⁵⁴.

Sözleşmenin 3. maddesinin 2. paragrafı da taraflara hem akdin kuruluşu anında, hem de akit kurulduktan sonra hukuk seçimi yapma imkânı vermiştir. Sözleşme taraflara yapmış oldukları hukuk seçimi sözleşmesini değiştirme imkânını da vermiştir. Ancak taraflarca sonradan yapılan değişiklik 3. kişilerin haklarını etkilemeyecektir. Önceki hukuka göre, 3. kişiler tarafından kazanılmış hakların yeni hukuk tarafından etkilenmemesini sağlamak amacıyla böyle bir düzenleme getirilmiştir. Yine sonradan yapılan değişiklik akdin şekli geçerliliğini de etkilememelidir. Bunun nedeni de, önceki seçilmiş hukuka göre, şekli açıdan geçerli bir akdin, sonra seçilen hukuka göre geçersiz kabul edilme tehlikesini bertaraf etmek düşüncesidir. Üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla getirilen sınırlama hakkaniyet ve kazanılmış haklara saygı ilkesinden kaynaklanmaktadır⁵⁵.

5. HUKUK SEÇİMİNİN SINIRLARI

Hukuk seçimi ilkesi, akitlere uygulanacak hukukun tespitinde, üye ülkelerin hukukları tarafından az ya da çok kabul edilmiştir. Ancak, ülkeden ülkeye farklı olmakla beraber, taraflara tanınan hukuk seçimi yapma imkânı sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmaların değişik nedenleri bulunmaktadır. Bazı akit tiplerinin özel formalitelere ihtiyacı olabilir; bazı akit tiplerinde bir taraf zayıf durumda olduğu için korunması gerekebilir; bazı durumlarda da bir ülkenin emre-

⁵² GIULIANO - LAGARDE, s. 25.

⁵³ TEKİNALP, MÖH, s. 247; DIAMOND, s. 261.

⁵⁴ NORTH, P.M.: Is European Harmonization of PIL a Myth or a Reality? A British Perspective, Essays in PIL, Clarendon Press, Oxford 1993, s. 14, (Harmonization).

⁵⁵ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 139; DOĞAN, Avrupa, s. 469; KİRAZ, Uygulanacak Hukuk, s. 280.

dici kurallarından kaçmak isteyen kötü niyetli taraflara bu imkânı vermemek için hukuk seçimi sınırlandırılmaktadır⁵⁶.

Sözleşmenin 3. maddesinin 3. paragrafı, hukuk seçimi sözleşmesi, yabancı bir mahkeme seçimi ile birlikte olsun, ya da olmasın, akdin tüm unsurları tek bir ülke ile bağlantılı ise, diğer bir ifade ile, akit yabancı unsur ihtiva etmiyorsa, seçilen hukukun o ülkenin emredici kurallarının uygulanmasına engel olmayacağı hükmünü getirmiştir. Daha önce ifade edildiği gibi, akit hiçbir yabancı unsur ihtiva etmese de taraflar bu akde uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçebilirler. Taraflar akitle bağlantısı olmayan bir ülkenin hukukunu akitle bağlantılı ülkenin hukukunun emredici kurallarından kaçmak için seçebilirler. İşte madde 3/3 bunun önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Madde 3/3, hiçbir yabancı unsur içermeyen bir akdin, hukuk seçimi olmasa idi uygulanacak hukukun emredici hükümlerinden kaçmak için yapılması halinde, geçersizliğini sağlamak amacıyla getirilmiştir⁵⁷.

Sözleşmede, hukuk seçimiyle ilgili olarak yapılan diğer bir sınırlama, *lex fori*'nin veya hukukî ilişkinin sıkı irtibatlı olduğu hukukun doğrudan uygulanan kuralları ile ilgilidir. Seçilen hukuk, *lex fori*'nin veya sıkı irtibatlı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına engel olmayacaktır⁵⁸.

B) OBJEKTİF BAĞLAMA ESASINA GÖRE AKİT STATÜSÜNÜN TESPİTİ

1. GENEL OLARAK

Tarafların akde uygulanmak üzere açık veya zımnî olarak hukuk seçimi yapmadıkları zaman akde uygulanacak hukukun tespiti problemi ortaya çıkar. Taraflar açık veya zımnî bir hukuk seçimi yapmadıkları için bu tespit objektif kriterlere göre yapılacaktır.

2. BAĞLAMA KURALININ TESPİTİ

Sözleşmenin 4. maddesi, tarafların 3. maddeye göre akde uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmadıkları zaman akdin en sıkı irtibatlı ülke hukukunca idare edileceğini hükme bağlamıştır. Yine, dördüncü maddenin birinci paragrafında, akdin bölünebilen bir parçası başka bir ülke hukuku ile daha sıkı irtibatlı ise, bu bölümün sıkı irtibatlı ülke hukukunca idare edileceği belirtilmiştir.

⁵⁶ DIAMOND, Harmonization, s. 265.

⁵⁷ LANDO, EEC Convention, s. 182.

⁵⁸ Bkz., s. 101 vd.

a) Sıkı İrtibatlı Hukukun Tespiti

Milletlerarası ticarî ilişkiler çok çeşitli ve karmaşık olduğu halde objektif olarak akit statüsünün tespiti önemli bir ihtiyaca cevap verir. Çünkü milletlerarası ticarete hukuk güvenliğine ve önceden bilinen kurallara duyulan ihtiyaç ancak objektif bir kuralın varlığı ile karşılanabilir. Ancak katı objektif kuralların somut olayda uygulanmasının neden olacağı haksızlıklar, daha esnek bir yöntem olan sıkı irtibatlı hukukun uygulanması suretiyle giderilmeye çalışılmıştır⁵⁹.

Sözleşmeye göre, dördüncü maddedeki ifadeden de açıkça anlaşılacağı üzere, akitle sıkı irtibatlı ülke hukukunun uygulanabilmesi için, üçüncü maddeye göre, açık veya zımnî olarak tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları gerekir. Eğer taraflar üçüncü maddeye göre akde uygulanacak hukuku seçmişlerse, artık sıkı irtibatlı hukukun araştırılmasına gerek yoktur. Akde taraflarının seçmiş oldukları hukuk uygulanacaktır.

Hâkim, sıkı irtibatlı hukuku tespit ederken, akdî ilişkinin en yakın irtibatlı ve gerçek bağlantılı olduğu ülkeyi tespit edecek ve akde bu ülkenin hukukunu uygulayacaktır. Hâkim bunu yaparken her somut olayın özelliklerine dikkat edecektir. Daha önceden belirtildiği gibi, akdin yapıldığı yer, akdin ifa yeri, tarafların ikametgâhları, mutad meskenleri ve akdin yapısı ve konusu gibi unsurlar sıkı irtibatın tespitinde rol oynayacaktır⁶⁰.

Sözleşmede sıkı irtibatın tespit edilmesine yönelik olarak bazı karinelere yer verilmiştir. Ancak hâkim, önüne gelen somut akdî ilişkide, Sözleşmede karine olan ülke hukuklarından başka bir ülke hukuku ile, akdî ilişkinin daha sıkı irtibatlı olduğunu tespit ederse, bu sonuncu ülke hukukunu uygulayacaktır⁶¹.

b) Sıkı İrtibatın Tespitine Yönelik Karineler

aa. Karakteristik Edim Borçlusunun Mutad Mesken Hukuku

Sözleşmenin 4. maddesinin 2. paragrafı genel bir karine getirmektedir. Buna göre akdin yapıldığı anda karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku; karakteristik edim borçlusu tüzel kişiliği olan veya olmayan bir topluluk ise, merkezî yönetimin bulunduğu yer, akit ile sıkı irtibatlı ülke olarak kabul edilecektir. Eğer akit, taraflardan birinin ticareti veya mesleği gereği yapılmışsa asıl işyerinin bulunduğu yer; akitteki ifadelerden ifanın asıl işyerinden başka bir

⁵⁹ TEKİNALP, Objektif Genel Kural, s. 445; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 39.

⁶⁰ DICEY - MORRIS, s. 1232.

⁶¹ GIULIANO - LAGARDE, s. 29.

işyerinde yapılacağı anlaşılıyorsa, bu işyerinin bulunduğu yer akitle yakın irtibatlı sayılır.

Dördüncü maddenin ikinci paragrafı, aynı maddenin beşinci paragrafını saklı tutmuştur. Beşinci paragraf, karakteristik edimin tespit edilemediği veya akdin tamamının genel durumundan, başka bir ülke ile daha sıkı ilişki içinde olduğu anlaşıldığı takdirde, 2, 3 ve 4. paragraftaki karinelerin uygulanmayacağı hükmünü getirmiştir. Yani ikinci paragraf sadece bir karine getirmektedir. Akit, karinenin aksine, farklı bir ülke ile daha sıkı irtibatlı ise, bu ülke hukuku uygulanacaktır. Bu durumda karinenin gösterdiği hukuk uygulanmayacaktır.

Sözleşme, sıkı irtibatı tespit eden karinelere, karakteristik edime önem vermiştir. Karakteristik edimin diğerine göre daha detaylı olması, hukuk düzenleri tarafından daha ayrıntılı düzenlemeye tâbi tutulmasına neden olmuştur. Bir akit iki ülke hukukunca aynı anda idare edilemeyeceği için, iki taraftan birinin - karakteristik edim borçlusunun veya diğer tarafın - ediminin tercih edilmesi gerekir. Bu nedenle, edimi daha ayrıntılı düzenlemeye tâbi tutulmuş olan tarafın ediminin hukuku tarafından akdin idare edilmesi olağandır⁶².

Karakteristik edim kıstası, uygulanacak hukukunun tespitinde, İsviçre'de, doktrin ve mahkeme kararlarında, uzun zamandan beri kullanılmaktaydı. Almanya'da da uygulanacak hukukun tespitinde karakteristik edim kullanılmaktadır (İsviçre MÖHK m. 117, Alman MÖHK m. 28/11)⁶³.

Karakteristik edimden ne anlaşılması gerektiği Sözleşmede belirtilmemiştir. Karakteristik edim daha çok akdin yapısına ve içeriğine bağlı olup, tarafların vatandaşlığı, akdin yapıldığı yer gibi akdin dışında kalan kriterlerden farklıdır⁶⁴. Genel olarak para borcunun karşılığını oluşturan edim, akdi karakterize eden edim olarak kabul görmektedir⁶⁵.

Sözleşme, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukukunu benimsemiştir. Buna göre, akit, gerçek kişi söz konusu ise, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku; karakteristik edim borçlusu, tüzel kişiliği olan veya olmayan bir topluluk ise, merkezi yönetimin bulunduğu yer ile sıkı irtibatlı kabul edilecektir. Akit ticarî bir akit ise veya taraflardan birinin mesleği ile ilgili ise, asıl işyerinin bulunduğu ülke ile, eğer karakteristik edim asıl işyerinden başka bir iş yerinde yapılıyorsa, bu işyerinin bulunduğu ülke hukuku ile sıkı irtibat var kabul edilecektir.

⁶² LANDO, EEC Convention, s. 202-203.

⁶³ TEKİNALP, Alman ve İsviçre s. 60; D'OLIVEIRA, H. U. J.: "Charactereristic Obligation" in The Draft EEC Convention, AJCL, 1977, V. 25, s. 304.

⁶⁴ GIULIANO - LAGARDE, s. 30; DICEY - MORRIS, s. 1234.

⁶⁵ GIULIANO - LAGARDE, s. 30; NOMER, DHH, s. 269; D'OLIVEIRA, s. 306; DICEY - MORRIS, s. 1234.

Bazı akit tiplerinde karakteristik edimin belirlenmesi zor, hatta imkânsızdır⁶⁶. Örneğin, trampa akdinde karakteristik edimin belirlenmesi mümkün değildir. Çünkü, trampa akdinde tarafların edimleri paradan başka bir şeydir (maldır)⁶⁷. Karakteristik edimin belirlenememesi durumunda, artık 2. paragraftaki, karakteristik edim borçlusunun mutad mesken karinesi karine uygulanmayacaktır (m. 4/5). Bu durumda artık sıkı irtibatlı hukuk hâkim tarafından araştırılacak ve tespit edilmeye çalışılacaktır⁶⁸.

Sonuç olarak, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin, sıkı irtibatlı hukuku tespit, karine olarak kabul edilebilmesi için, hem akitte karakteristik edim belirlenebilir olması, hem de akit başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olmamalıdır.

bb) Gayrimenkulün Bulunduğu Yer Hukuku

Sözleşmenin dördüncü maddesinin üçüncü paragrafına göre, ikinci paragraftaki hükme rağmen akdin konusu gayrimenkulün aynına veya gayrimenkulün kullanılmasına ilişkin bir hak ise, akdin, taşınmazın bulunduğu ülke ile sıkı irtibatlı olduğu varsayılacaktır. Bu hükümlerle, gayrimenkuller ile ilgili olarak kabul edilen geleneksel *Lex Rei Sitae* ilkesi Sözleşmede benimsenmiş olmaktadır.

Buna göre, örneğin, yabancı unsur taşıyan akit, bir taşınmazın satımı veya kiralanması ile ilgili ise, taşınmazın bulunduğu ülke ile sıkı irtibatlı kabul edilecek ve taşınmazın bulunduğu ülke hukuku akde uygulanacaktır.

Ancak, bu da, ikinci paragraftaki karine gibi, aksi ispat edilebilir bir karinedir. Yani akdin genel durumundan taşınmazın bulunduğu ülke ile değil de, başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olduğu anlaşılıyorsa, bu ülkenin hukuku akdi idare edecektir⁶⁹.

cc) Nakliye Sözleşmelerinde Durum

Dördüncü maddenin dördüncü paragrafına göre, menkul malların taşınmasına ilişkin bir akit ikinci paragraftaki karineye tâbi değildir. Bu paragraf hükmüne göre, böyle bir akitte, akdin inikadı sırasında taşıyıcının asıl işyerinin aynı zamanda onun yükleme veya boşaltma yaptığı yer olması veya gönderenin

⁶⁶ GIULIANO - LAGARDE, s. 30: Raporda, bazı akit tipleri sayılmış ve karakteristik edimin tespit edilmesinin güç olduğu belirtilmiştir; karşı görüş için bkz. LANDO, EEC Convention, s. 204.

⁶⁷ YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 2. Bası, C. I, İstanbul 1989, s. 173.

⁶⁸ GIULIANO - LAGARDE, s. 30.

⁶⁹ GIULIANO - LAGARDE, s. 31.

asıl işyerinin bulunduğu yer olması hakkında, akit bu ülke ile sıkı irtibatlı kabul edilir. Bu paragraf hükmünün uygulanmasında “*charter party*” seyahatini içeren taşıma akitleri ve asıl amacı menkullerin taşınması olan akitler, taşıma akitleri olarak kabul edilecektir.

Eğer taşıyıcının ülkesi ile boşaltma veya yükleme yeri veya gönderenin asıl işyeri ile aynı değilse, söz konusu dördüncü maddenin dördüncü paragrafındaki karine uygulanmayacaktır⁷⁰.

III. ÖZEL AKİT TİPLERİ BAKIMINDAN AKİT STATÜSÜNÜN TESPİTİ

A) TÜKETİCİ AKİTLERİNE UYGULANACAK HUKUK

İrade muhtariyeti ilkesinin temeli eşit iki tarafın olmasıdır. Bazı akit türlerinde taraflar ekonomik ve sosyal yönden eşit değildir. Hukukî eşitlik ilkesi taraflar arasındaki ekonomik ve sosyal dengesizliği ortadan kaldıramamaktadır⁷¹. Sosyal devlet anlayışının gelişmesiyle birlikte, sosyal ve ekonomik yönden zayıf durumda olan tarafı koruma yönünde gelişmeler, gerek doktrinde, gerek pozitif düzenlemelerde görülmeye başlamıştır⁷².

Tüketici akitlerinde de taraflar arasında eşitsizliğin olduğu, alıcı durumundaki tüketicinin satıcıdan ekonomik ve sosyal yönden zayıf olduğu ve bu nedenle tüketiciyi koruyucu hükümlerin hukuk düzenlerinde bulunduğu görülmektedir⁷³.

Tüketicinin korunması düşüncesi ilk olarak maddî hukuklarda uygulama alanı bulmuştur⁷⁴. Maddî hukukta, tüketici, emredici kurullarla korunmaya çalışılmıştır⁷⁵.

⁷⁰ CLARKSON - HILL, s. 210.

⁷¹ EREN, C. I, s. 368.

⁷² DOĞAN, V.: Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması, MHB, 1995, Y. 15, S. 1-2, s. 22, (Zayıf Âkit Taraf).

⁷³ DOĞAN, V.: Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, SÜHFD, Konya 1996, s. 154, (Tüketici Akitleri).

⁷⁴ Türk hukukunda tüketiciyi koruma konusunda 1982 Anayasasında düzenleme bulunmaktadır. Anayasa md. 172'de, “Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirleri alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder”, hükmü yer almıştır. Ancak, Türkiye’de tüketicilerin korunması ile ilgili pozitif düzenleme, 8.3.1995 tarihli “Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun” ile yapılabilmıştır. Bkz. DOĞAN, Tüketici Akitleri, s. 154; ancak bu düzenlemenin de yetersiz olduğu ileri sürülmüştür. Bazı konularda (ayıp hükümleri, taksitle satım) mevcut düzenlemenin daha gerisine düğüldüğü, bazılarında da (kapıdan satışlar, tüketici kredisi) yetersiz bir düzenleme

Avrupa Birliğine üye devletlerde tüketicilerle ilgili düzenlemelerin yapılmasında, Avrupa Toplulukları organlarının çıkarmış olduğu yönergelerin etkisi büyüktür. Topluluk, tüketicileri koruyucu nitelikte olan ve tüm üye ülkelerde geçerli direktifler çıkarmıştır⁷⁶.

Roma Sözleşmesinin 5. maddesinde, tüketici akitleri ile ilgili özel düzenlemeler getirilmiştir. Beşinci maddenin ilk paragrafında tüketici akitleri için bir tanım getirilmiştir. Buna göre, tüketicinin meslekî ve ticarî faaliyeti dışında kalacak şekilde, bir menkul malın teslim edilmesine veya bir işin görülmesine ilişkin olan veya böyle bir muamele için kredi temin etmeyi amaçlayan sözleşmeler tüketici akdi sayılacaktır⁷⁷.

Sözleşmede tüketici akdinin tam ve kesin bir tanımının yapılmasından bilerek kaçınılmıştır. Zira, üye devletlerde tüketici akitleri ile ilgili farklı tanımlar yer almaktaydı⁷⁸. Maddede işlemin amacından yola çıkılmıştır. Eğer bir kişi, meslekî ve ticarî faaliyeti dışında bir mal ya da hizmeti temin etmek amacıyla veya bu amaç yönünde bir kredi sağlamak için yapıyorsa, bu tüketici akdi olarak kabul edilecektir⁷⁹. Yine 5. madde, kira sözleşmelerine, hakların devrine, taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanmayacaktır⁸⁰. Ancak, kapsam dahilinde yapılan bir iş görme sözleşmesine bu madde hükmü uygulanacaktır. Örneğin, otelde konaklamaya ilişkin akitler, ders alma sözleşmeleri, bankalar, sigorta ve aceneler tarafından akdedilen iş görme sözleşmeleri bu maddenin kapsamında değerlendirilir⁸¹.

getirildiği ileri sürülmüştür: ATAMER, Y.:Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması, İÜHFİM, 1995-1996, C. LV, S. 1-2, s. 424.

75 ZEVKLİLER, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996, s. 15.

76 Kurucu antlaşmalarda, tüketicilerle ilgili bir düzenleme olmamasına rağmen, Topluluk tüketicilerle ilgili çeşitli programlar yayınlamaya başlamıştır. Örneğin 1975 yılında kabul edilen Birinci ve 1981 yılında kabul edilen İkinci “Tüketici Enformasyon ve Koruma programları”, 25.9.1985 tarihinde “ Ayıplı mallardan dolayı sorumluluğa ilişkin direktif”, 24.7.1990 tarihinde “Tüketici sözleşmelerinde dürüst olmayan koşullara ilişkin direktif” çıkarılmıştır. Nihayet, 1992 yılında Maastricht Antlaşması ile tüketicinin korunması sorunu AT Antlaşmasına eklenen bir madde ile açıkça ele alınmıştır: ZEVKLİLER, s. 13-14; DOĞAN, Tüketici Akitleri, s. 154; ATAMER, s. 423.

77 Benzer bir tanım Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tenfizi Hakkındaki Konvansiyonun 13. maddesinde yer almaktadır. İsviçre DÖH Kanununun 120. maddesinde de aynı tanım yer almıştır (TURHAN, İsviçre, s. 139).

78 DICEY - MORRIS, s. 1287.

79 GIULIANO - LAGARDE, s. 34.

80 ATAMER, s. 428.

81 ATAMER, s.428.

Sözleşmenin 5. maddesinin 4. paragrafında, bu maddenin taşıma akitlerine ve tamamen tüketicinin mutad meskeninden başka bir ülkede ifa edilecek iş görme sözleşmelerine uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır. Taşıma akitleri, daha özel koruma tedbirleri içerdiği için, haklı olarak 5. maddenin kapsamı dışında tutulmuştur. Yine tüketicinin mutad meskeninin bulunmadığı bir ülkede ifa edilecek iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamı dışında tutulmuştur. Örneğin, tüketicinin mutad meskeninin bulunmadığı bir ülkede dil kursu veya konaklamaya ilişkin sözleşmelerde tüketici mutad mesken hukukundan faydalanamayacaktır. Bu sözleşmelerde akit diğer tarafın ülkesiyle daha sıkı irtibatlıdır⁸².

Aynı maddenin 5. paragrafında ise, 4. paragrafta yer alan hükme rağmen, eğer akit hem konaklama hizmetlerinin, hem de taşıma hizmetlerinin sunulduğu paket turlar için yapılmışsa, bu akdin 5. maddedeki düzenleme kapsamına dahil olacağı hükme bağlanmıştır.

Sözleşmenin 5. maddesinin 2. paragrafında ise, üçüncü maddeye göre seçilen hukuk, tüketiciyi, tüketicinin mutad mesken hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının sağlamış olduğu korumadan mahrum bırakıyorsa, seçilen hukukun bu sonuçlarının uygulanmayacağı öngörülmüştür. Yani seçilen hukuk tüketicinin mutad mesken hukukundaki tüketiciyi koruyucu hükümlerden daha iyi hükümler taşıyorsa geçerli olacaktır. Seçilen hukuk tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici kurallarını bertaraf edemeyecektir. Bu sınıflandırma yukarıda da ispat edildiği üzere, çoğu durumlarda, tüketicinin hangi hukukun seçileceği konusunda söz hakkı bulunmadığı gözlemine dayanmakta ve onu koruma amacı gütmektedir⁸³.

Objektif bağlama noktalarına göre akit statüsünün tespitinde tüketici akitleri bakımından, 4.maddedeki genel kuraldan ayrılmıştır. Madde 5/3'de, açık veya örtülü olarak bir hukuk seçiminin olmadığı durumlarda tüketicinin mutad mesken hukukunun akdi idare edeceği belirtilmiştir.

Yine 5. maddenin 2. paragrafında, bazı pazarlama faaliyetleri neticesinde yapılan tüketici akitlerinin, tüketicinin mutad meskeninde yapıldığı kabul edilmiş ve bu akitlere de tüketicinin mutad mesken hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre:

“Akit tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilan sonucunda kurulmuş ise, bu pazarlama faaliyetleri sonucunda, tüketicinin akdin inikadı için aynı ülkede gerekli adımları atması halinde akde, tüketicinin mutad mesken hukuku uygulanacaktır.”

⁸² GIULIANO - LAGARDE, s. 36.

⁸³ Bkz. DOĞAN, Tüketici Akitleri, s. 164; ATAMER, s. 435.

B) BİREYSEL İŞ AKİTLERİNE UYGULANACAK HUKUK

İş hukukunda birçok hükümler emredici niteliktedir ve bir devletin sosyal ve ekonomik politikasının gereklerine uygun biçimde düzenlenmiştir. Bu çeşit kurallar ülkede bulunan herkese uygulanır. İş hukuku alanında kamu hukuku ve özel hukuk karakterli kurallar bir ayrıma tâbi tutulmalıdır. Kamu hukukuna ait sosyal ve ekonomik politika hakkındaki hükümler hukuk seçimine imkân vermeyen ülkesel kurallardır. Bunun dışında kalan alanda hukuk seçimi yapılabilir⁸⁴.

Sözleşmenin 6. maddesinde, milletlerarası iş hukuku alanındaki gelişmelere uygun olarak, iş akitleri ayrı kanunlar ihtilâfi kuralı ile düzenlenmiştir.

Genel olarak iş akitlerinde de taraflara hukuku seçimi özgürlüğü tanınmıştır. Buna göre, taraflarca seçilen hukuk, hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda uygulanacak hukukun emredici kurallarının işçiye sağladığı korumayı azaltıyorsa veya mahrum ediyorsa, bu takdirde seçilen hukukun bu nitelikteki hükümleri uygulanmayacaktır(md. 6/1).

Sözleşmenin 6. maddesinin 1. paragrafı, irade muhtariyeti esasına bir sınıır getirmiştir. Buna göre, objektif bağlama kurallarına göre belirlenen hukukun emredici kuralları işçiye daha fazla yarar sağlıyorsa, seçilen hukuk değil, objektif akit statüsünün emredici kuralları uygulanacaktır. Burada, seçilen hukuk geçersiz kabul edilmeyecek, ancak objektif akit statüsünün işçiyi koruyucu nitelikteki hükümleri daha elverişli olduğu sürece seçilen hukukun yerine uygulanacak, diğer hususlarda ise seçilen hukuk uygulanmaya devam edecektir⁸⁵.

Taraflar bir hukuk seçimi yapmamışlarsa veya yapılan hukuk seçimi geçersiz ise, iş akdine uygulanacak hukuk, objektif bağlama kurallarına göre tespit edilecektir. Sözleşmenin 6. maddesinin 2. paragrafında, objektif bağlama noktası olarak, işçi geçici bir süre başka bir ülkede istihdam edilse bile, işçinin mutad olarak işini ifa ettiği yer hukuku tespit edilmiştir (md. 6/2-a). Sözleşme, “ifa yeri” nin, iş akitleriyle bir ülke hukuku arasında, kabili tatbik hukuku tayin etmek bakımından, yeterli bir sıkı irtibat içine sokan bağlama noktası olarak kabul etmiştir. Ayrıca, Sözleşme, daha da ileri giderek “ifa yeri” nden maksadın ne olduğunu çeşitli ihtimaller göre belirlemeye yönelmiştir.

Sözleşmenin 6. maddesinin 2. paragrafında, işçinin mutad iş yerinden başka bir yere gönderilmesi hali düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, “işçi geçici olarak başka bir ülkeye gönderilse dahi, işçi, akdin ifasında mutad olarak kendi işini yaptığı devletin hukuku, iş akdinde akit statüsü olarak kalmaya de-

⁸⁴ TEKİNALP, MÖH, s. 267.

⁸⁵ GIULIANO - LAGARDE, s. 38; DICEY - MORRIS, s. 1304; DOĞAN, İş Akdinden, s. 73.

vam edecektir. Bu düzenlemede, geçici göndermelerin iş akdi statüsünde bir değişiklik yapmayacağı kabul edilmiştir⁸⁶.

Aynı maddenin 2. paragrafının b bendinde ise, işçinin edimini hiçbir ülkede mutaden yerine getirmemesi durumu düzenlenmiştir. Buna göre, işçi edimini hiçbir ülkede mutaden yerine getirmiyor ise, işçinin işe alındığı işyeri hukuku, hukuk seçimi yokluğunda akde uygulanacaktır (md. 6/2-b). Bazı hallerde işçinin edimini değişik ülkelerde ifa etmesi sebebiyle mutad olarak çalıştığı bir yer bulunmayabilecektir. İşte böyle durumlarda işçinin işe alındığı işyeri merkezinin bağlı bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır.

İlk hüküm daha çok işçinin ediminin mutaden ifa ettiği yerden başka bir ülkede ifa etmesi hali için söz konusu olduğu halde, ikinci hüküm, işçinin edimini birden fazla ülkede ifa etmesi halinde önem kazanmaktadır⁸⁷. Ancak, Sözleşmede işyeri kavramı tanımlanmamıştır. Pozitif düzenlemelerde, işyeri kavramından işletme merkezi anlaşılmaktadır⁸⁸. Nitekim maddede işçinin işe alındığı işyeri esas alınmıştır.

Sözleşmede, iş akitleri bakımından ana hatları ile tespit etmeye çalıştığımız sabit nitelikli objektif bağlama kurallarından farklı bir bağlama kuralı daha kabul edilmiştir: “Sıkı irtibatlı yer hukuku”. Buna göre, iş akdi, sözleşmede tespit edilmiş olan sabit nitelikli objektif bağlama kurallarınca yetkili görülen ülkeden başka bir ülke ile daha sıkı irtibat halinde bulunuyor ise, bu durumda sıkı irtibatlı ülke hukuku objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir⁸⁹. Sözleşmede yer alan hükme göre, “iş akdi ve iş ilişkisinin başka bir ülkeyle daha sıkı ilişkiyi gösterdiği, durumun genelinden ortaya çıkıyor ise, sıkı ilişkili devletin hukuku uygulanır” (md. 6/2).

İKİNCİ BÖLÜM: AKİT STATÜSÜNÜN UYGULAMA ALANI

I. AKİT STATÜSÜNÜN KAPSAMI

A) GENEL OLARAK

Tarafların seçtikleri hukuk veya objektif bağlama esasına göre tespit edilen hukuk genel olarak akitle ilgili tüm sorunlara uygulanacaktır. Sözleşmeye

⁸⁶ DICEY - MORRIS, s. 1310.

⁸⁷ DICEY - MORRIS, s. 1310.

⁸⁸ DICEY - MORRIS, s. 1310; DOĞAN, İş Akdinden, s. 83.

⁸⁹ DOĞAN, İş Akdinden, s. 85 vd.

göre belirlenen yetkili hukuk, akdin kuruluşu ve geçerliliğine, akdin yorumuna, ifasına, hasarın kime ait olacağına, akdin butlanının sonuçlarına uygulanacaktır.

Sözleşmenin 10. maddesinde akit statüsünün uygulama alanına giren bazı konular sayılmıştır. Buradaki sayma tahdidî değil, tadadî olarak yapılmıştır. Bunun nedeni 10. maddedeki bazı konuların, bazı üye ülkelerde akit statüsünün dışında kabul edilmesidir. Örneğin m. 10/d'deki dava açma süresi, İngiliz hukuk sisteminde (dava zamanaşımı) usule ait bir konu olarak kabul edilir ve *lex fori* uygulanır, akit statüsü değil. İşte, 10. maddedeki konular üye ülkelerde akit statüsü dışında kabul edilebilme ihtimali olan konular olduğu için, bu konuda doğabilecek ihtilâfları önlemek amacıyla 10. maddede akit statüsünün içinde olduğu belirtilmiştir⁹⁰. Anılan madde, özellikle akdin yorumu, ifası, akdin hükümsüzlüğünün sonuçları, borcun sona ermesi sebepleri, dava açma süresi, zamanaşımı, akdin butlanının sonuçları konularının akit statüsü içinde olduğunu hükme bağlamıştır (m. 10/1 a-e).

B) AKDİN KURULUŞU VE GEÇERLİĞİ

Bir akdin kurulabilmesi için tarafların, karşılıklı olarak, birbirine uygun irade beyanında bulunmaları gerekmektedir⁹¹.

İcabın zımnî olarak yapılıp yapılamayacağı, icapla bağlılık süresi, icaptan dönülüp dönülemeyeceği, icabın hüküm ve sonuçları akit statüsüne tâbidir. Yine, susmanın kabul anlamına gelip gelmeyeceği, kabulden dönülüp dönülemeyeceği, kabulün şekli, kabulün hüküm ve sonuçları da akit statüsüne tâbidir⁹².

Sözleşmenin 8. maddesinde “maddî geçerlik” başlığı altında akdin kuruluşu ve geçerliği düzenlenmiştir. Buna göre, bir akdin varlığına ve geçerliliğine veya bir hükmünün varlığına ve geçerliliğine, eğer akit geçerli olsaydı hangi hukuk uygulanacak idiyse, o hukuk uygulanacaktır (m. 8/1).

Aynı hükmün gereği, olarak akdin hile, ikrah, hata gibi irade bozukluğu nedenleriyle geçerli olup olmadığı, eğer akit geçerli olarak kurulsaydı, hangi hukuka tâbi olacak idiyse, o hukuk tarafından karara bağlanacaktır. Çünkü bu gibi irade sakatlığı halleri akdin kuruluşu ile ilgili sorunlardır ve akit statüsüne tâbi olması doğaldır⁹³.

Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan “...akdin herhangi bir hükmü” ibaresi içine, akde bir madde olarak eklenen hukuk seçimi hükümleri de girebilir. Yi-

⁹⁰ NORTH, General Course, s. 177-178.

⁹¹ EREN, C. I, s. 285.

⁹² TEKİNALP, MÖH, s. 255; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 44.

⁹³ DICEY-MORRIS, s. 1248.

ne, hukuk seçiminin geçerliği ve kuruluşu da akit statüsü içinde değerlendirilecektir. Hukuk seçimi esas akitten ayrı olarak yapılsa bile, seçime ilişkin bu akdin maddî geçerliği akit statüsüne tâbidir⁹⁴. Netice olarak, akdin asli geçerliğine ilişkin bütün sorunlar kural olarak akit statüsüne tâbi olacaktır. Akdin muhtevasının ve konusunun imkânsız olup olmadığı da akit statüsüne tâbidir⁹⁵. Akdin nerede ve ne zaman kurulduğu sorunu da akit statüsüne göre tespit edilir⁹⁶.

Sözleşmenin 8. maddesinin 2. paragrafına göre, taraflardan birinin davranışının, birinci paragrafta belirtilen hukukun hükümlerine göre belirlenmesinin adil olmadığı, hâl ve vaziyetten anlaşılması halinde, bu âkit taraf, kabul iradesinin olmadığı konusunda, kendi mutad mesken hukukunun uygulanmasını talep edebilir.

Bu paragrafta rızanın geçerliliği değil, sadece rızanın varlığına ilişkin özel bir durum düzenlenmiştir. Bir tarafın davranışlarından, akde rıza gösterdiğinin akit statüsüne göre tespit edilmesi, hâl ve vaziyete göre makul karşılanmayacaksa, âkit tarafın mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanabilir⁹⁷.

Bu paragraf, özellikle, âkit taraflardan birinin sessiz kalması sonucu akdin meydana gelip gelmeyeceği sorununa ilişkin olarak düzenlenmiştir⁹⁸. Örneğin, bir icaba muhatap olan kimse, sessiz kaldığı vakit, icabı kabul etmemiş olsa bile, kendisini birinci paragraftaki esasa uygulanacak hukuka göre akitle bağlanmış bulabilir. Bu nedenle bu paragraftaki istisna hükmü kabul edilmiştir.

Ancak, bu istisna “olumsuz (negatif) bir karakter” taşımaktadır. Yani, icap karşısında susan taraf, akit için rızasının olmadığını mutad mesken hukukuna dayanarak ileri sürebilir. Yoksa, birinci paragraf hükmü uyarınca uygulanan hukuka göre geçersiz sayılan bir akdin, geçerli olması için, âkit taraf, mutad mesken hukukuna dayanamaz, bunu ileri süremez. Rızasının varlığı genel akit statüsüne göre tespit edilir⁹⁹.

C) AKDİN İFASI

Sözleşmenin 10. maddesinde, akdin ifasının akit statüsü içinde yer aldığı açık bir biçimde belirtilmiştir (md. 10/I-b).

İfanın yeri ve zamanı, ifanın üçüncü kişi tarafından yapılıp yapılamayacağı, para borçlarının nerede ifa edileceği, ödemenin hangi para birimi üzerinden

⁹⁴ DIAMOND, s. 306.

⁹⁵ GIULIANO-LAGARDE, s.42.

⁹⁶ TEKİNALP, MÖH, s. 256; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara s. 48.

⁹⁷ DICEY - MORRIS, s. 1251; GIULIANO - LAGARDE, s. 43.

⁹⁸ CLARKSON - HILL, s. 231.

⁹⁹ CLARKSON - HILL, s. 231.

yapılacağı, seçimlik borçların ifası, bölünebilir veya bölünemez borçların ifası gibi konular esasa uygulanacak hukuka tâbidir¹⁰⁰.

Ödemezlik def'i¹⁰¹, çoğu ülkelerin hukuk sistemlerinde düzenlenmiş olmasına rağmen, şartları bakımından hukuk sistemleri arasında farklılıklar bulunabilir. Ödemezlik def'inin kullanılmasına ilişkin şartlar ve bunun sonuçları da akit statüsüne göre belirlenecektir¹⁰².

Sözleşmede, akdin ifa usulü ve eksik ifası akit statüsünün uygulama alanından hariç tutulmuştur. İfa usulü ve eksik ifa, ifa yeri hukukuna (*lex loci solutions*) tâbi tutulmuştur (m. 10/2).

D) AKDİN İHLÂLİNİN SONUÇLARI

Sözleşmenin 10. maddesi, mahkemenin usul kurallarının izin verdiği ölçüde, zararın tayini de dahil olmak üzere, akdin ihlâlinin sonuçlarının esasa uygulanacak hukuka göre tayin edileceği hükmünü getirmiştir (md. 10/1-c). Buna göre, zararın hesaplanması da, akdin esasına uygulanacak hukuka göre yapılacaktır. Ancak zararın hesaplanmasında, hâkimin hukukunda bulunan usul kuralları da dikkate alınacaktır.

Akdin ihlâlinin sonuçları, akdi ihlâl edenin sorumluluğu, akdin ihlâli durumunda karşı tarafın akdi feshetme veya ifayı reddetme yetkisinin olup olmadığı da esasa uygulanacak hukuka göre belirlenir¹⁰³.

Sözleşmeye göre, akdin hükümsüzlüğünün sonuçları da esasa uygulanacak hukuka göre tayin edilecektir (m. 10/1-e).

E) BORCUN SONA ERMESİ

Sözleşmeye göre, borcun sona erme sebepleri esasa uygulanacak hukuka tâbidir (m. 10/1-d).

Borcun sona ermesinin en doğal nedeni ifadır. Ancak borç ifa dışında başka nedenlerle de sona erebilir¹⁰⁴. İfa ile borcun sona ermesi yukarıda incelendi. Burada bunun dışındaki borcu sona erdiren nedenlere değinilecektir.

¹⁰⁰ GIULIANO-LAGARDE, s. 49; DICEY - MORRIS, s. 1262.

¹⁰¹ Bkz. EREN, C. III, s. 142 vd.

¹⁰² TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 54.

¹⁰³ GIULIANO - LAGARDE, s. 50; DICEY - MORRIS, s. 1263; COLLIER, s. 205.

¹⁰⁴ Bkz. EREN F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, C. III, s. 454.

Bozma akdi¹⁰⁵, fesih, dönme, geri alma, borcun yenilenmesi, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ibra, takas¹⁰⁶, zamanaşımı gibi sebepler de borcu sona erdiren sebepler olarak sayılabilir. İşte borcun ne sebeple hangi şartlarla sona ereceği de akit statüsüne göre belirlenecektir.

Borcun haklı sebeplerle tehir edilip edilemeyeceği, ifanın geciktirilebilme şartları veya ifanın ertelenip ertelenemeyeceği gibi hususların sebepleri ve şartları da esasa uygulanacak hukuka tâbidir¹⁰⁷.

F) ZAMANAŞIMI

Zamanaşımı alacak hakkının belli bir süre kullanılmamasıyla zayıflamasını ifade eden ve alacak hakkının dava edilebilirliğini ortadan kaldıran bir müessesedir¹⁰⁸. Bir alacak zamanaşımına uğramış ise, alacak sona ermiş olmaz; ancak, zamanaşımı def'inin ileri sürülmüş olması, alacağın tahsil edilme imkânını ortadan kaldırır.

Zamanaşımı Kıta Avrupası ve Türk hukuk sisteminde maddî hukuka ait bir müessese sayılırken; Anglo-Sakson hukukunda usul hukukuna ait bir müessese olarak kabul edilmektedir. Bu hukuk sisteminde zamanaşımı bir talebi ileri sürebilme imkânını ifade eder¹⁰⁹.

Zamanaşımı maddî hukuka ait bir müessese olarak kabul edildiğinde, onun akit statüsü içinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilir¹¹⁰. Zamanaşımı usul hukukuna ait bir müessese olarak kabul edilirse *lex fori*'ye tâbi tutulur. İngiliz hukukunda zamanaşımı usule ait bir müessese olarak kabul edilmekteydi ve

¹⁰⁵ Taraflar, irade muhtariyeti ilkesi gereğince yaptıkları akdi ortadan kaldıracakları: EREN, C. III, s. 455.

¹⁰⁶ Takas, aynı cinsten ve muaccel olmak koşulu ile karşılıklı olarak borcu sona erdiren sebeplerden birisidir (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1024). Takas için milletlerarası doktrinde iki görüş bulunmaktadır. Biri (Fransa'da hâkim fikir) alacaklardan her birinin takas yoluyla sona ermesini, o alacağa hakim olan hukuka tabi tutar ve ancak her iki hukuka göre de takasın mümkün olması halinde alacakların sona ereceği kabul edilir. Buna mukabil diğeri (Almanya'da hâkim olan fikir) esas talebin, yani kendisine karşı takas dermeyan edilen alacağın tâbi olduğu hukuku nazara alır (NOMER, DHH, s. 270); borcun sona erme sebepleri ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. TIRYAKIOĞLU, Taşınır Mallara, s. 61-66.

¹⁰⁷ COLLIER, s. 204.

¹⁰⁸ EREN, C. III, s. 483.

¹⁰⁹ ŞANLI, C.: Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı, İBD, 1989, s. 637-638, (Zamanaşımı); NOMER, DHH, s. 187; TEKİNALP, MÖH, s. 100.

¹¹⁰ MÖHUK m. 7: "Zamanaşımı hukukî işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tâbidir."

lex fori'ye tâbi tutuluyordu¹¹¹. Anglo - Sakson ülkelerindeki bu anlayış, milletlerarası ticaretin gerekleri olan, akdî ilişkinin geleceği bakımından asgari hukukî güven ve istikrar ilkesini zedelediği için, İngiliz hukukunda 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren "Milletlerarası Zamanaşımı Kanunu" (*Foreing Limitation Act*. 1984) ile değiştirilmiştir. Böylece İngiliz hukukunda da zamanaşımı esasa uygulanan hukuka tâbi kılınmıştır¹¹².

III. YETKİLİ HUKUKUN KAPSAMI DIŞINDA KALAN HALLER

A) EHLİYET

Ehliyet konusunda iki temel anlayış vardır. Bunlardan birincisi, ehliyetin kişiliğin bir unsuru olması ve ehliyet konusunun düzenlenişinde taraf menfaatinin ön planda tutulması nedeniyle, ehliyet kişisel statünün hâkim olması yönündedir. Kişisel statüyü belirleyecek olan ise, genellikle kişinin millî kanunudur. Kara Avrupa hukuk sisteminde geçerli olan anlayış budur.¹¹³ İkinci anlayış ise, ehliyeti akdin yapıldığı yer hukukuna veya akit statüsüne tâbi tutan *Common Law* hukukundaki anlayıştır¹¹⁴.

Sözleşme de, ehliyet konusunu, akdin bir veçhesini ilgilendirmekten çok, kişisel statüyü ilgilendirdiği gerekçesiyle, Sözleşmenin uygulama alanı dışında bırakmıştır (md. 1/2-a)¹¹⁵. Tarafların ehliyeti konusunda, üye devletler kendi kanunlar ihtilâfi kurallarına göre karar vereceklerdir¹¹⁶. Sözleşme, ehliyet konusunu uygulama alanının dışında kabul ederken 11. maddeyi saklı tutmuştur. Sözleşmenin 11. maddesi de işlem güvenliğini sağlamak için istisnâ bir hüküm getirmiştir. Buna göre, aynı ülkede bulunan gerçek kişiler arasında yapılan bir akitte, o ülke hukukuna göre ehliyetli olan kişilerin başka bir ülke hukukuna (kendi

¹¹¹ ŞANLI, Zamanaşımı, s. 644; LASOK - STONE, s. 371.

¹¹² Taraflar arasında akdî ilişkiden doğan zamanaşımına dair bir sorun çıktığında, bunun, taraflarca seçilen ve bu sebeple taraflarca bilinen hukuka değil de, davanın şu veya bu sebeple açıldığı ülke hukukuna tâbi kılınması, akdî ilişkinin dayandığı güven prensibine ve tarafların beklentilerine aykırıdır. Mesela, Amerikan hukuk sisteminin anlayış tarzına göre, tarafların seçtikleri hukuka göre henüz zamanaşımına uğramayan bir alacak hakkına istinaden herhangi bir Amerikan mahkemesinde açılan dava, Amerikan hukukunun öngörmüş olduğu zamanaşımı süresi dolduktan sonra açılmış olduğu için reddedilecektir. Aynı şekilde, sözleşmenin tâbi olduğu hukuka göre zamanaşımına uğrayan bir dava, henüz Amerikan hukukundaki süre dolmadığından kabul edilecektir: ŞANLI, Zamanaşımı, s. 644; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 65.

¹¹³ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 66; TEKİNALP, MÖH, s. 46.

¹¹⁴ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 67; CLARKSON - HILL, s. 233-234.

¹¹⁵ CLARKSON - HILL, s. 233.

¹¹⁶ DICEY - MORRIS, s. 1272.

millî veya ikametgâh hukukuna) göre ehliyetsiz olduğunu ileri sürebilmesi; ancak akdin karşı tarafının, akdin kuruluşu anında onun ehliyetsiz olduğunu biliyor olması ya da kendi ihmali neticesinde öğrenmemiş olması halinde mümkündür¹¹⁷.

Ancak, bazı problemlerin çözümü o kadar net değildir. Örneğin, ehliyetsiz olduğunu iddia eden taraf, kendisinin ehliyetsizliğini karşı tarafın biliyor olduğunu veya ihmâli neticesinde öğrenemediğini nasıl ispat edecektir? Bu madde, karşı tarafı ehliyetli zannederek, iyi niyetli olarak akit yapan tarafları korumak için kabul edilmiştir. Bu nedenle, ehliyetsiz olduğunu iddia eden taraf, karşı tarafın kendisinin ehliyetsiz olduğunu bildiği veya ihmâli neticesinde öğrenemediğini ispat edecektir. İspat yükü ehliyetsiz olduğunu iddia eden tarafa yüklenmiştir¹¹⁸. Bu çözüm tarzı akdî ilişkilerde hukukî güveni ve istikrarı sağlar.

B) İSPATA İLİŞKİN SORUNLAR

İspatla ilgili sorunlar usul hukukuna ait olduğu için *lex fori*'ye tâbidir¹¹⁹. İspat vasıtalarının kabul edilebilirliği ile bir delilin nev'i ve ileri sürülebilme şekli hakkında *lex fori* karar verir. Belirli bir müessesenin ispat hukukuna mı, yoksa maddî hukuka mı ait olduğu meselesi de *lex fori*'ye göre cevaplanır¹²⁰.

Delillerin takdirine ilişkin kaideler de usul hukukuna aittir. Bu sebeple bunlar da *lex fori*'ye tâbidir¹²¹.

Sözleşmenin birinci maddesinde delil ve usulle ilgili problemlerin, 14. madde hükmü saklı kalmak kaydıyla, Sözleşmenin uygulama alanı dışında kaldığı açıkça belirtilmiştir (md. 1/2-h).

Üye devletlerin hukuk sistemlerinde de, genellikle, ispat yükü (beyyine külfeti) hariç, delille ilgili tüm sorunlar hâkimin hukukuna tâbi kılınmıştır¹²².

Hukuk düzenlerinde, istisnaları olmakla birlikte, ispat yükü iddia ya da savunmayı ileri süren taraflara ait olup, taraflar iddia ve savunmalarını ispat etmek zorundadırlar¹²³. Bilinen bir olgudan bilinmeyen bir olgunun çıkarılması demek olan fiilî ya da kanunî karineler de ispat yükünün belirlenmesinde önemli

¹¹⁷ TEKİNALP, MÖH s. 57-61; SEVİÇ, V.R.: Borçlanma Ehliyetini Yöneten Kanun, MHAD, s. 85-87; ULUOCAK, MÖH s. 199-201.

¹¹⁸ GIULIANO - LAGARDE, s. 52.

¹¹⁹ NOMER, DHH, s. 309; DICEY - MORRIS, s. 1257.

¹²⁰ NOMER, DHH, s. 311.

¹²¹ NOMER, DHH, s. 311.

¹²² GIULIANO - LAGARDE, s. 54-55.

¹²³ EDİS, S.: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 365.

rol oynarlar¹²⁴. Sözleşmenin 14. maddesinde, ispat yükü başlığı altında, delillerle ilgili bazı sorunlara uygulanacak hukukun hangi hukuk olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, Sözleşmedeki kanunlar ihtilâfî kurallarınca akde uygulanmak üzere tespit edilen hukuk, bu konularda kural içerdiği takdirde, ispat yüküne ve kanunî karinelere de uygulanacaktır (md. 14/1).

İspat külfeti ile ilgili kaideler, genellikle kabul edilen anlayışa göre, maddî hukuka ait kaideler arasında yer almaktadır¹²⁵. Dolayısıyla, akdin esasına uygulanacak hukuk ispat külfeti ile ilgili problemlere de uygulanacaktır.

Ancak ispat yükü ile ilgili tüm hususlar akit statüsüne tâbi değildir. Yalnızca akdin muhtevası ve akitle ilgili maddî hukuk kurallarına etki ettiği ölçüde akit statüsüne tâbi olacaktır. Maddî hukuka ait belirli bir hukukî münasebete bağlı olmaksızın, doğrudan doğruya usul hukukuna ait konuları akit statüsüne tâbi tutmak yanlış olur. Özellikle ispat külfeti, tarafların dava sırasındaki davranışlarından etkileniyor ise, tarafların bu davranışları *lex fori*'ye göre hükme bağlanır¹²⁶.

C) AKDİN ŞEKLİ

Genel olarak, uluslararası ticarî akitlerde şekille ilgili kuralların mümkün olduğunca sınırlı tutulması eğilimi vardır¹²⁷. Uluslararası ticarî ilişkilerin temeli olan akitlerde yazılı şekilde yapılma mecburiyeti yoktur. Genel olarak hukuk sistemlerinde ve uluslararası anlaşmalarda şekil bakımından “sözleşme serbestisi”¹²⁸ kabul edilmiştir¹²⁹.

Akdin şekli konusunda Devletler Özel Hukukunda eskiden beri kabul edilen, akdin yapıldığı yer hukuku (*Locus Regit Actum*) prensibi hâkimdir. Buna göre, akdin şekli geçerliği yapıldığı yer hukukuna göre belirlenecektir. Yeni bir eğilim olarak şekil, akdin bir parçası, bir özelliği olması nedeniyle şekle akit statüsünün uygulanması da kabul edilmeye başlanmıştır. Ancak akit statüsü *LRA*

¹²⁴ EDİS, s. 372.

¹²⁵ GIULIANO - LAGARDE, s. 54-55; NOMER, DHH, s. 311.

¹²⁶ NOMER, DHH, s. 311.

¹²⁷ DICEY - MORRIS, s. 1255.

¹²⁸ Şekil bakımından sözleşme serbestisi şekil serbestisi anlamına gelir. Yani bir hukukî muamelenin veya akdin geçerliğinin belirli bir şekle tâbi olmadığı, sözlü, yazılı veya resmi şekil türlerinden herhangi birisiyle yapılabileceği anlamına gelir. Bkz. EREN, C. I, s. 327; TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU/ALTOP, s. 99.

¹²⁹ ŞANLI, Ticarî Akitler, s. 36.

kuralının yanında alternatif olarak uygulanmaktadır. Bu, akdin şeklen geçerliği lehine bir ilke olarak (*favor negotii*) ortaya çıkmaktadır¹³⁰.

LRA ve *lex causae*'nin alternatif olarak birlikte uygulanması milletlerarası ticarete güvenlik sağlar. Tarafların yapmış oldukları bir akitte, şekli şartların yerine getirilip getirilmediği hususunda bir ihtilâf ortaya çıktığında, tarafların, akit statüsünün veya akdin yapıldığı yer hukukunun şartlarını yerine getirmiş olmalarının yeterli kabul edilmesi, ticarî işlemlerin gerektirdiği kolaylık, sürat ve güvenliği sağlayacaktır¹³¹.

Sözleşmenin 9. maddesinde, aynı ülkede bulunan kişiler arasında yapılan akdin şeklen geçerliliği, akdin yapıldığı yer hukukuna veya Sözleşmeye göre akdin esasına uygulanacak hukuka göre tespit edilecektir (md. 9/1).

Taraflar akdin bölünebilir kısımlarına farklı hukukların uygulanmasını kararlaştırmışlarsa (md. 3/1) veya mahkeme objektif akit statüsünü tespit ederken akdin bir bölümüne daha yakın irtibatlı bulunduğu başka bir hukuku uygularsa akdin bir bütün olarak şekli geçerliği hangi hukuka tâbi olacaktır? Bu tür durumlarda akdin şekli geçerliğine, farklı hukuk sistemlerinden akitle sıkı irtibatlı hukuka göre değerlendirme yapılması savunulmaktadır¹³². Yani, akdin bir bütün olarak şekli geçerliği, akdin sıkı irtibatlı olduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir.

Üçüncü maddenin ikinci paragrafında, tarafların, akit yapıldıktan sonra da akde uygulanacak hukuku tespit edebilecekleri, ancak bunun akdin şekli geçerliğine etki etmeyeceği belirtilmiştir. Bunun amacı da tarafların sonradan seçtikleri hukuk dolayısıyla akdin şekil bakımından geçersiz kabul edilen başka bir ülke hukukuna tâbi kılınmasını önlemek ve bu nedenle üçüncü kişilerin menfaatlerini korumaktır. Uygulanacak hukukta yapılan bir değişikliğin bu akde dayanarak bir hakkı iktisap edenlerin durumunun olumsuz olarak etkilememesi düşünülmüştür¹³³.

Dokuzuncu maddenin ikinci paragrafında ise, farklı ülkelerde bulunan kişiler tarafından yapılan akitlerde akdin şekli geçerliğinin, sözleşme uyarınca esasa uygulanacak hukukun şekil şartlarına veya tarafların bulunduğu ülkelerden birinin hukukuna göre tespit edileceği belirtilmiştir.

Dokuzuncu maddenin üçüncü paragrafında, akdin bir temsilci tarafından yapılması hali düzenlenmiştir. Buna göre akit bir temsilci tarafından yapılıyorsa

¹³⁰ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 68.

¹³¹ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 69.

¹³² GIULIANO - LAGARDE, s. 46.

¹³³ WILLIAMS, s. 21.

temsilcinin işlemi yaptığı anda bulunduğu devlet hukuku bu maddenin birinci ve ikinci paragrafındaki hükümlere göre tespit edilecektir (md. 9/3).

Eğer temsilciler aynı ülkede bulunmuyorsa akdin şekli geçerliği hem *lex causae*'ya, göre hem de akdin yapıldığı yer hukukuna göre alternatif olarak tespit edilecektir. Temsilciler farklı ülkelerde bulunuyorlarsa hem *lex causae*, hem de temsilcilerin bulunduğu ülke hukukları akdin şekli geçerliğine seçimlik olarak uygulanacaktır¹³⁴.

Bir akit, bir ya da birden çok temsilci vasıtasıyla yapılmakta ise, temsilcilerin akdi yaptıkları yerin göz önüne alınacağı bu maddenin üçüncü paragrafında belirtilmiştir. Eğer akit, tarafların temsilcileri tarafından daha önce kararlaştırılan bir ülkede yapılıyorsa taraflar farklı ülkede olsalar bile bu akit ilk paragraf anlamında aynı ülkede meydana gelmiş bir akit olarak kabul edilecektir. Yine tarafların temsilcileri akdin yapılması sırasında farklı ülkelerde bulunuyorlarsa taraflar akdin kurulması zamanında aynı ülkede bulunsalar bile akit farklı ülkelerde bulunanlar arasında meydana gelmiş sayılır¹³⁵.

Dokuzuncu madde tüketici akitleri ve gayrimenkullerle ilgili istisnaî düzenlemeler getirmiştir. Tüketici akitleri ile ilgili olarak Sözleşmenin 5. maddesinin ikinci paragraf kapsamında genel şartları tanımlanan akdin şekli geçerliği, münhasıran tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. Gayrimenkullerle ilgili ise altıncı paragrafta düzenleme getirilmiştir. Buna göre, yukarıdaki hükümlere rağmen konusu taşınmaz mal üzerindeki bir hak veya taşınmazın kullanımına ilişkin olan bir akit; taşınmazın bulunduğu ülke hukukunun şekil kuralları, akdi hangi hukuk idare ederse etsin, akit nerede kurulursa kurulsun uygulanacaktır (md. 9/5-6).

Akdin sıkı irtibatlı olduğu yer hukukunun veya *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları da göz ardı edilmemelidir. Akdin esasına uygulanan hukuka veya akdin yapıldığı yer hukukuna göre, şeklen geçerli olan bir akit *lex fori*'ye göre veya sıkı irtibatlı hukukun doğrudan uygulanan şekil kurallarına aykırılık nedeniyle geçersiz olma ihtimali ile karşılaşılabılır¹³⁶.

D) AKDİN İFASINA İLİŞKİN ÖZEL PROBLEMLER

Genel olarak akdin ifasıyla ilgili sorunlar akit statüsüne tâbi olmakla beraber pratik zaruretler nedeniyle ifa yeri hukukunun da dikkate alınması gerekmektedir. Mesela satılan malın sayılması, ölçülmesi, tartılması veya alıcı tara-

¹³⁴ DICEY - MORRIS, s. 1258.

¹³⁵ GIULIANO - LAGARDE, s. 47.

¹³⁶ GIULIANO - LAGARDE, s. 47.

findan muayene edilmesi, teslim ya da ödemenin yapılacağı günlere, saatlere, sürelerle ilişkin kurallar ifa yeri hukukuna tâbi olur¹³⁷.

Sözleşmenin onuncu maddesinin ikinci paragrafında akdin ifa tarzı ve kusurlu ifası halinde yapılması gereken işlemler bakımından ifa yeri hukukunun yetkili olduğu hükme bağlanmıştır. İfa usulünün kapsamını, hâkim kendi hukukuna göre belirleyecektir. Ancak malın alıcı tarafından muayenesi, tatil günleri ve alıcının malı almaması halinde yapılacak işlemlerin ifa usulü kavramı içinde değerlendirileceği belirtilmiştir¹³⁸.

Yine ödemenin hangi para ile yapılacağı da ödemenin yapıldığı yer hukukuna göre tayin edilecektir¹³⁹.

Maddede ifa yeri hukukunun “dikkate alınmasından” bahsedilmiştir. Bu, hâkimin takdir hakkı olduğu, ifa yeri hukukunun mutlaka uygulanması gerekmediği anlamına gelmektedir. İfa yeri hukukunun tamamen mi, yoksa kısmen mi uygulanacağı konusunda yine hâkimin takdir hakkı bulunmaktadır¹⁴⁰.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: YETKİLİ HUKUKUN UYGULANMASI BAKIMINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN HALLER

I. ATIF

Yabancı unsurlu bir olay veya ilişkide, kanunlar ihtilâfi kurallarının yabancı bir hukuku yetkili kıldığı hallerde, bu hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının kendi hukukunu değil de, başka bir hukuku yetkili kılmasına atif denir¹⁴¹. Atif konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı hukukçular atfin kabul edilmesi ile birlikte uyuşmazlığın çözülmez bir hal alacağı ve atfin nerede kırılacağı sorununun ortaya çıkacağını öne sürerek atfin reddedilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁴². Bazı hukukçular ise, milletlerarası uyuşmazlıklarda çözüm yek-

¹³⁷ TEKİNALP, MÖH, s. 261; ULUOCAK, MÖH, s. 204.

¹³⁸ GIULIANO - LAGARDE, s. 51; LASOK - STONE, s. 369; COLLIER, s. 205.

¹³⁹ COLLIER, s. 205.

¹⁴⁰ GIULIANO - LAGARDE, s. 51.

¹⁴¹ ÇELİKEL, MÖH, s. 98; ÇELİKEL, A.: Türk Milletlerarası Özel Hukukunda “Atif” Prensibinin Uygulanması, MHB, 1983, Y. 3, S. 2, s. 1, (Atif Prensibi); NOMER, DHH, s. 130; DOĞAN, İş Akdinden, s. 91.

¹⁴² ÇELİKEL, MÖH, s. 106-107; atif için milletlerarası hukukta yer alan bir tenis oyunundan veya masa tenisinden bir perpetuum mobile'den de söz edilmektedir: NOMER, DHH, s. 133.

nesaklığını sağladığı,¹⁴³ iade atfin hâkime kolaylık getirdiği, atfin kabulüyle milletlerarası hukukta adaletin sağlandığı gibi gerekçelerle, atfin kabulünden yana çıkmaktadırlar¹⁴⁴.

Akdî borç ilişkilerinde, akit statüsünün taraf iradelerine göre belirlendiği hallerde atıf genellikle reddedilmektedir. Tarafların seçmiş oldukları hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları değil, maddî hukuk kuralları uyumsuzluğa doğrudan uygulanacaktır. Çünkü bu çözümün, irade muhtariyeti prensibine uygun olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁵.

Akit statüsünün objektif olarak tespit edildiği durumlarda ise, akdin kabul edilip edilmeyeceği iki ayrı ihtimale göre değerlendirilmektedir. Objektif akit statüsü esnek olmayan yöntemlere göre belirlenmişse, atıf kabul edilecektir. Objektif akit statüsü esnek olan yöntemlere göre belirlenmişse atıf reddedilecektir. Örneğin, objektif akit statüsü¹⁴⁶ “sıkı irtibatlı hukukun tespiti” yoluyla tayin ediliyorsa, artık atfa yer verilmeyecektir¹⁴⁷.

Roma Sözleşmesinin 15. maddesinde atıf açıkça reddedilmiştir. Buna göre, Sözleşme uyarınca belirlenen ülke hukukunun uygulanmasının o ülkenin yürürlükte bulunan hukukunun milletlerarası özel hukuk kuralları dışındaki kurallarının uygulanması anlamına geleceği belirtilmiştir.

II. KAMU DÜZENİ

Kamu düzeni kavramının bütün özelliklerini ifade edecek, sınırlarını çizerek şekilde somut olarak tanımlanması zordur. Bunun nedeni de, kamu düzeni kavramının içeriğinin zamana ve mekana göre değişmesidir. Yani kamu düzeni kavramının zamana ve mekana göre değişmesinden dolayı, tanımı yapılırken de, bu tanımın genel ve soyut olarak yapılması kamu düzeni müessesesinin niteliğine de uygun düşecektir. Genel olarak kamu düzeni, belirli bir ülke veya toplulukta, belirli bir dönemde, hâkim olan sosyal, siyasal ve ekonomik sistemin ve ahlâk anlayışının dayandığı temel değerler ve esaslar olarak tanımlanabilir¹⁴⁸.

¹⁴³ TİRYAKİOĞLU, s. Taşınır Mallara, 86.

¹⁴⁴ ÇELİKEL, MÖH, s. 105-106.

¹⁴⁵ DIAMOND, Harmonization, s. 253.

¹⁴⁶ DIAMOND, Harmonization, s. 253.

¹⁴⁷ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 87-88; Türk hukuku için ayrıca bkz. ULUOCAK, MÖH, s. 195; DOĞAN, İş Akdinden, s. 94.

¹⁴⁸ Tanım hakkında değişik yaklaşımlar için bkz. ŞANLI, Tahkim, 379; ÇELİKEL, MÖH, s. 125; DAYINLARLI, K.: Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 659.

Niteliği gereği, ancak soyut ve genel bir şekilde tanımlanabilen kamu düzeninin kapsamını da önceden kesin bir şekilde tespit etmek mümkün değildir. Kamu düzeni zaman içerisinde toplumdan topluma değişir. Toplumun menfaatleri ve anlayışı zaman içinde değiştikçe kamu düzeni kavramının anlam ve içeriği de değişecektir¹⁴⁹. Ancak, kamu düzenine aykırılık tespit edilirken, “Hukuk düzeninin temel değerlerine aykırı düşme” veya “ahlak kuralları ve kanunların maksadına aykırı olma” gibi kıstaslar kullanılmaktadır¹⁵⁰.

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramı iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlıdır¹⁵¹. İç hukukta kamu düzenini ilgilendiren her kuralın dayanağı olan sebep, milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeninden sayılmayabilir¹⁵². Bir akit, şartları itibarıyla, iç hukuk bakımından kamu düzenine aykırı hükümler taşıyabilir. Ancak, bu şartları düzenleyen yabancı hukuk hükümleri, milletlerarası özel hukuk bakımından, kamu düzenini ihlâl edici nitelikte olmayabilir. Aksi takdirde hâkimin iç hukukundaki kurallara aykırı olan yabancı akit statüsünün hiçbir şekilde uygulanmaması gerekirdi¹⁵³.

İç hukukta kamu düzeninin tespiti, çoğunlukla, bu amaca yönelik olmak üzere konmuş hukuk kuralları aracılığıyla yapılmaktadır. MÖH’de ise, kamu düzeni, kurallardaki hükümlerin belirlediği bir husus değildir. Hatta, kamu düzenine aykırı olan yabancı hukuk kuralının kendisi de değildir. Yabancı hukuk kuralının uygulanmasıyla, önümüzdeki olay bakımından meydana gelecek sonuç, ülkenin müesses siyasal, hukuksal, ekonomik ve sosyal sistemlerinin altında yatan temel değer veya esasları, ya da toplumsal ahlâk anlayışının belirleyicisi olan yine temel değer ve etik ilkelerini ihlâl edici bir durumun ortaya çıkmasına, boy-

149 BERKİ, DHH, s. 81; ÇELİKEL, MÖH, s. 132.

150 ÇELİKEL, MÖH, s. 136.

151 ÇELİKEL, MÖH, s. 124.

152 Bazı konular iç hukukta, kamu düzeni düşüncesi ile konulmuş emredici kurallar ile düzenlenmiştir. Fakat milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzeninden değildirler. Örneğin 1977 tarihli İngiliz Kanunu (*Unfair Contract Terms Act 1977*), sorumluluğu sınırlayan ya da bertaraf eden akit şartları hakkında düzenlemeler içermektedir. Söz konusu kanunun öngördüğü sınırlayıcı kurallara aykırı olarak akde bir kayıt konulması halinde, bu kayıtlar İngiliz kamu düzenini ihlâl etmesi sebebiyle batıl kabul edilmektedir. Ancak söz konusu kanunun 26/I. maddesi milletlerarası satım akitlerinde kanunun öngördüğü yasaklama ve sınırlamaların uygulanmayacağını, dolayısıyla, taraflara bu sınırlayıcı kuralları bertaraf etme izni verildiği belirtilmektedir. Hatta tarafların milletlerarası nitelikteki akde uygulanacak hukuk olarak İngiliz hukukunu seçmiş olmaları halinde bile 1977 tarihli Kanunun sınırlayıcı ve yasaklayıcı hükümleri, yine aynı kanunun 27/I. maddesi uyarınca uygulanmayacaktır. Bu kanunun kamu düzeni sebebiyle getirdiği sınırlama ve yasaklamalar iç hukuk akitleri içindir :TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 76, dpn. 293’den naklen.

153 ÇELİKEL, MÖH, s. 125; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara s. 76-77.

lece ulusal toplumun rahatsız olmasına neden olacaksa, işte bu durumda MÖH bakımından kamu düzenine aykırılık hali ile karşı karşıya gelmiş oluruz.

Bugün, kamu düzeni–doğrudan uygulanan kurallar ayırımı, artık MÖH’de kamu düzeninin kurallar aracılığıyla tespit edildiği iddiasını güçten düşürmüştür. Aynı nedenle, bugün artık, kamu düzeni bir ilke olarak değil, bir istisna olarak kabul edilmekte; kamu düzeninin “müspet etkisi”nden de söz edilmeyip, ya sadece menfi etki göstereceği, veya mahkemenin hukukunun uygulandığı hallerde “önce menfi, sonra müspet” etki göstereceği kabul edilmektedir. Hatta, eski anlayışla karışır diye “önce menfi, sonra müspet” etkisinden bile zorunlu olmadıkça söz edilmemektedir.

Akde uygulanacak yabancı hukukun ne zaman mahkemenin hukukunun temel değerlerini ihlâl etmiş sayılacağını tespit etmek önemli bir sorun meydana getirebilir. Sözleşmenin 16. maddesinde hâkimin hukukundaki kamu düzenine aykırılığın “açık” olması gerektiği hükme bağlanmıştır. Kamu düzenine açıkça aykırılığın aranması, herhangi bir mahkemenin, kamu düzeni gerekçesini kullanarak yabancı hukukun kendi hukukundan farklı her kuralının uygulanmasını reddetme eğilimi göstermesini önlemek amacıyla¹⁵⁴. Yabancı hukukun tatbiki hâkimin hukukunun kamu düzenini tahammül edilmez şekilde ihlâl ediyorsa, ancak bu durumda, yabancı hukukun ilgili hükümleri uygulanmayacaktır. Çünkü kamu düzeninin müdahalesi istisnaî niteliktedir. O halde hâkim, kamu düzenine başvururken, ihtiyat ve çekingenlik göstermek durumundadır. Hâkim yabancı ülkenin kendine özgü, belki de tuhaf gözüken hukuk anlayışını mümkün olduğu ölçüde müsamaha ile karşılayıp, titizlik yapmaktan kaçınmak zorundadır¹⁵⁵.

Kamu düzeninin istisnaî niteliği kabul edildiği takdirdedir ki, Devletler Özel Hukukunun temel amacı olan milletlerarası hakkaniyete ve ahenge ulaşmak mümkün olabilir. Diğer bir söyleyişle, devletler özel hukukunun önemi ve geçerliği kamu düzeninin istisnaî karakteri kabul edilmekle kendini ortaya koyabilir. Bir ülkede kamu düzeni kavramına Devletler Özel Hukuku alanında sık sık başvurulması, o ülkede kabul edilen kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmaması ya da yabancı mahkeme ve hakem kararlarının çoğunlukla tanınmaması veya tenfiz edilmemesi anlamına gelebilecektir¹⁵⁶. Kamu düzenine çok sık başvurulması halinde yine, Sözleşmeye göre yetkili kabul edilen hukukun uygulanmaması neticesini verecektir ki, bu Sözleşmenin istemediği bir neticedir.

Sözleşmede, akdin esasına ilişkin hukukun uygulanmasını engelleyen bir etkiye sahip olarak, kamu düzeni, 16. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, Söz-

¹⁵⁴ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 155; KİRAZ, Ortak Hükümler, s. 402.

¹⁵⁵ NOMER, DHH, s. 146.

¹⁵⁶ GÜRZUMAR, s. 25-26.

leşmedeki kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukuk mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırı ise uygulanmaz.

Maddedeki kamu düzeni kavramına, üye ülkelerin kamu düzeni anlayışları girdiği gibi, Avrupa Topluluğunun kendine ait kamu düzeni anlayışı da girmektedir. Dolayısıyla, Topluluk ticaretini ilgilendiren akdî ilişkilerde taraflarca anlaşmaya varılmış akit hukukunun veya objektif bağlama kurallarına göre belirlenen hukukun, Topluluk hukukuna aykırı düşen hükümleri, Topluluk kamu düzeninin müdahalesi ile karşılaşacak ve bu hukuktaki düzenlemeler yerine Topluluk hukukunun ilgili hükümleri uygulanacaktır¹⁵⁷.

III. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLAR

A) GENEL OLARAK

Doğrudan uygulanan kurallar;¹⁵⁸ kamusal organizasyonun politik, sosyal ve ekonomik amaçlarına hizmet eden ve kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurmadan yabancı unsurlu olay veya ilişkiye uygulanan kurallar olarak tanımlanabilmektedir¹⁵⁹.

İç hukukta kendisine mutlak surette uyulması gerekli kurallara emredici hukuk kuralı denir ve bu kurallar akit yapma özgürlüğünün bir sınırlamasını teşkil eder. Taraflar yaptıkları akitlerde bu kuralların aksini kararlaştıramazlar¹⁶⁰.

İç hukuktaki emredici hukuk kurallarına verilen anlam ile Devletler Özel Hukukunda emredici hukuk kurallarına (doğrudan uygulanan kurallar) verilen anlam tam olarak aynı değildir. Bunlar, kendi bağlamlarında, farklı anlam ve uygulama alanına sahiptir. Yani iç hukuktaki her emredici kural Devletler Özel Hukukunda doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmez. Ancak, iç hukukta kamu düzeninden olan ve emredici olarak yer alan bir kuralın hangi halde ya-

¹⁵⁷ GUILIANO - LAGARDE, s. 58; ŞANLI, Tahkim, s. 386-387; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 156.

¹⁵⁸ Sözleşmede “*mandatory rules*” ifadesine yer verilmiştir. Yabancı hukuk sistemlerinde de değişik ifadeler kullanılmıştır. “*Lois d’application immédiate*”, “*Prohibitivgesetze*”, “*Zwingendes Rechts saetze*”, “*Eingriffsnormen*” deyimleri kullanılmaktadır (TEKİNALP, MÖH, s. 39’dan). “*Zwingendenormen*” emredici normlar, “*raumlich bedingsten normen*” yerel emredici normlar ifadeleri de kullanılmaktadır: DOĞAN, İş Akdinden, s. 99, dpn., 35; yine bazı metinlerde *laws of immediate application*, “*directly applicable laws*”, *lois de police*” ifadeleri de kullanılmaktadır. (DIAMOND, Harmonization, s. 288); doğrudan uygulanan kurallar ifadesi yerine “müdahaleci normlar” ya da “emredici kurallar” ifadeleri de kullanılmaktadır. (NOMER, DHH, s. 56; TEKİNALP, MÖH, s. 39).

¹⁵⁹ TEKİNALP, MÖH, s. 39; DOĞAN, İş Akdinden, s. 99.

¹⁶⁰ TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 78.

bancı unsurlu ilişkiler için doğrudan uygulanan kural niteliği taşıdığını tespit etmek kolay değildir. Bu aslında bir yorum meselesidir. Bu yorum, iç hukuk kuralının düzenlediği konu bakımından güdülen siyaseti, korumayı amaçladığı kamu düzenini ve yararını, uygulanmaması halinde ortaya çıkacak sonuçları dikkate almak suretiyle yapılacaktır¹⁶¹.

Bu yorum sonucunda, kural, Devletler Özel Hukuku açısından da emredici nitelikte kabul edilirse, artık kanunlar ihtilâfi kuralına müracaat edilmeksizin doğrudan uygulanacaktır.

Devletler Özel Hukukunda doğrudan uygulanan kurallar için ortak bir tanım yapılamamıştır. Doğrudan uygulanan kurallara sistematik yerini kazandıran *Francescakis* bu tür kuralları devletin iktisadî, politik ve sosyal organizasyonunu ilgilendiren ve kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurmadan uygulanan kurallar olarak tanımlamıştır¹⁶².

Ancak tanımdan hareketle doğrudan uygulanan kurallarının kapsamını ve sınırlarını çizmek ve belirlemek güçtür. Bu nedenle doğrudan uygulanan kuralları tanımlamak yerine, daha çok bu kuralların özelliklerinin tespit edilmesi, amaçlarının ortaya konulması savunulmaktadır¹⁶³.

Devletin ekonomik ve sosyal menfaatlerinin bulunduğu, belli malların ithalat ve ihracatına ilişkin yasaklar, kotalar, para politikasına ilişkin hükümler, döviz kontrol düzenlemeleri, kültürel mirasın ve güçlü ekonomik menfaatlerin korunmasına yönelik hükümler doğrudan uygulanan kurallara birer örnektir. Bir akdî ilişkide, âkit taraflardan zayıf tarafı koruyucu hükümler de doğrudan uygulanan kurallara birer örnektir¹⁶⁴. Yine, birçok hukuk sisteminde cezai şartla ilgili kurallar da doğrudan uygulanan kurallar olarak kabul edilmektedir¹⁶⁵.

İsviçre hukukunda da, ister kamu hukuku karakterli olsun, ister özel hukuk karakterli olsun, işçileri koruyan kurallar, sosyal sigortalar ile ilgili kanunlar, taşınmaz kiralaları hakkındaki kurallar doğrudan uygulanan kurallar olarak kabul edilmektedir¹⁶⁶.

¹⁶¹ ÇELİKEL, MÖH, s. 130-131.

¹⁶² DOĞAN, İş Akdinden, s. 100.

¹⁶³ Karş. DOĞAN, İş Akdinden, s. 101.

¹⁶⁴ TEKİNALP, MÖH, s. 260; TİRYAKİOĞLU, Taşınır Mallara, s. 79; TURHAN, T.: Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1996, s. 202, (Yabancı Para).

¹⁶⁵ DIAMOND, Harmonization, s. 288.

¹⁶⁶ TURHAN, İsviçre, s. 142.

Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesinin yedinci maddesinde, doğrudan uygulanan kurallarla ilgili düzenleme yer almaktadır. Bu maddenin birinci paragrafında üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili düzenlemeler yer almıştır. İkinci paragrafında ise hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına yer verilmiştir. Bu paragraf hükmü Devletler Özel Hukukunda genellikle kabul gören bir kural getirmiştir. Akit statüsü, ister sübjektif olarak hukuk seçimiyle belirlensin, ister objektif bağlama kuralına göre belirlensin hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları akdi etkileyecektir¹⁶⁷.

B) HÂKİMİN HUKUKUNUN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARI

Sözleşmenin 7. maddesinin 2. paragrafında, Sözleşmedeki hiçbir kuralın, mahkemenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını engellemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükümle mahkemenin hukukunun bazı kurallarının korunması amaçlanmıştır. Doğrudan uygulanan normlar devlet düzeninin korunması, devletin faaliyetleri ile özel bir irtibatı bulunan, bu nedenle de yabancı unsurlu ilişkilere uygulanması istenen normlardır. Özellikle, kartellerle ilgili kurallar, rekabete ve kısıtlamalarına ilişkin *lex fori*'nin kuralları bu niteliktedir¹⁶⁸. Yabancılık unsuru taşıyan bir olaya kural olarak kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği hukuk uygulanır. *Lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması ise istisnadır¹⁶⁹.

Bazı yazarlar¹⁷⁰, Sözleşmenin 7. maddesinin 2. paragrafını gereksiz bir düzenleme olarak kabul ederler. Bu paragraf olmasaydı bile Sözleşmenin 16, 7/1, 5 ve 6. maddeleri karşısında aynı sonuca varılabileceğini savunmaktadırlar. Savunmanın dayanakları; ilk olarak, hiçbir mahkemenin, kendi hukukunca tüm ülkede uygulanmak üzere-yabancı unsurlu ilişkiler de dahil -konmuş bulunan hukuk kurallarından kaçınmayacağıdır; ikinci olarak, 16. maddede düzenlenmiş bulunan kamu düzeninin de aynı etkiyi sağlayabileceği ileri sürülmektedir. Nite-

¹⁶⁷ NORTH, General Course, s. 192.

¹⁶⁸ GIULIANO - LAGARDE, s. 42; TPKKK'na dayanılarak çıkartılmış bulunan 32 sayılı kararın ithalat başlığını taşıyan 9. md.sinin son fıkrasına göre: "bu karara ve ilgili mevzuata göre geçici olarak veya muafiyetle yurda girmiş bulunan vasıta, mal ve eşyalar süreleri bitiminde aynen yurt dışına çıkarılır veya gümrüğe terk edilir. Bu vasıta, mal ve eşyaların her ne surette olursa olsun ahara devri ya da satışı yahut Türkiye'de yerleşik kişilerce iktisabı kesin ithali bedelinin transferine ve Bakanlığın iznine tabidir." Türk hâkimi önüne gelen her uyuşmazlıkta akde hangi hukuk uygulanırsa uygulansın 32 sayılı kararın 9. maddesini gözetecektir: TURHAN, Yabancı Para, s. 203.

¹⁶⁹ DICEY - MORRIS, s. 1240.

¹⁷⁰ Örneğin, DIAMOND, Harmonization, s. 291.

kim Milletlerarası Özel Hukukla ilgili uluslararası sözleşmelerde kamu düzeninin bu etkisi uzun zamandan beri bilinmekteydi. Mahkemenin ülkesinde geçerli olan hukuka göre yabancı hukukun uygulanması kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, akde uygulanacak hukukun uygulanması, aykırılığın mahiyet ve derecesine göre, ya tamamen engellenir ya da kısıtlanır¹⁷¹. Kamu düzeninin olumlu etkisi de hâkimin hukukunda bulunan doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını sağlayacaktır¹⁷².

Ancak, günümüzde kamu düzeninin istisnâ mahiyeti ve buna bağlı olarak da salt olumsuz etkisi kabul edildiğinden, doğrudan uygulanan kurallar, önce yabancı hukukun uygulanmaması halinde olumsuz sonucuyla müdahale edebilecek olan kamu düzeninin aksine, yabancılık unsuru taşıyan hukukî ilişkilere tamamen iç hukuka ilişkin bir olaya uygulandıkları gibi uygulanacaktır.

C) ÜÇÜNCÜ ÜLKE HUKUKUNUN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARI

Lex fori ve *lex causae* dışında, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının akde uygulanabileceği hem doktrinde, hem de uygulamada kabul görmektedir. Üye ülkelerin mahkemelerinin verdiği kararlarda da, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanındığı görülmektedir¹⁷³.

Sözleşmenin 7. maddesinde, yetkili hukukun uygulanmasını engelleyen üçüncü bir devletin emredici hukuk kurallarının akde uygulanması konusu, çok taraflı bir sözleşmede genel bir hüküm aracılığıyla ilk defa düzenlenmiştir¹⁷⁴. Buna göre, Sözleşmenin göstermiş olduğu ülkenin hukuku uygulanırken, hukukî ilişkinin sıkı biçimde irtibatlı olduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Bu kurallara etki tanınırken onların niteliğine, amacına ve uygulanıp veya uygulanmadıklarında ortaya çıkan sonuçlara bakılır (md. 7/1).

Bu hükmün uygulanması için aşağıdaki şartlar aranmıştır:¹⁷⁵

- Hukukî ilişki *lex fori* ve *lex causae*'dan başka bir ülke ile sıkı biçimde irtibatlı olmalıdır. Bu irtibat borçlunun ikametgâhının bulunduğu ülke veya borçlunun millî hukuku, mallarının bulunduğu yer hukuku gibi noktalarda olabilir¹⁷⁶.

¹⁷¹ DIAMOND, s. Harmonization, 292.

¹⁷² NOMER, DHH, s. 152.

¹⁷³ Örneğin Hollanda Yüksek Mahkemesi 1966 tarihli "*Alnati*" davasında bu prensibe yer vermiştir (GIULIANO - LAGARDE, s. 40); yine İsviçre IPRG m. 19'da üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili özel düzenleme bulunmaktadır (DOĞAN, İş Akdinden, s. 110-111).

¹⁷⁴ TEKİNALP, MÖH, s. 290.

¹⁷⁵ COLLINS, s. 426.

- Üçüncü devletin normu doğrudan uygulanan norm olmalıdır. Üçüncü devletin kuralı mecburî olarak uygulanma iradesine sahip olmalıdır.

- Mahkeme bu kuralı uygulayıp uygulamayacağına karar verirken, onun niteliğine, amacına ve uygulanıp veya uygulanmadığında ortaya çıkacak sonuçlarına bakacaktır. Bu konuda hâkime takdir hakkı tanınmıştır¹⁷⁷.

Mahkeme hangi bağlantının yedinci maddedeki bu hükmün uygulanması için yeterli olacağına, bu hükmün uygulanma iradesinin varlığına, kuralın amacına ve önemine göre karar verecektir¹⁷⁸.

Bu maddedeki belirsizliğin, özellikle hangi doğrudan uygulanan kuralların bu madde kapsamına girdiğinin belli olmamasının, pratikte, uluslararası ticarete belirsizliğe yol açtığı ileri sürülmüştür. Bu madde ile uluslararası ticaret hukukunun amaçlarından olan kesinlik ve basitliğin göz ardı edildiği söylenmektedir ki, bunlar uluslararası ticarete çok önemlidir¹⁷⁹.

Sözleşmenin bu maddesine çekince konabileceği, 22. maddede ifade edilmiştir. Bu hüküm uyarınca İngiltere, Almanya, İrlanda ve Lüksemburg bu paragrafa çekince koymuşlardır¹⁸⁰.

D) AKİT STATÜSÜNÜN DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARI

Akit statüsü ister hukuk seçimi yoluyla, isterse objektif olarak tespit edilen bir hukuk olsun, onun hem doğrudan uygulanan kuralları, hem de tamamlayıcı olarak kabul ettiği kurallar akdî ilişkiye bir bütün olarak uygulanacaktır¹⁸¹.

Akit statüsü hukuku emredici ve düzenleyici kuralları ile akdî ilişkiye bir bütün olarak uygulanacaktır. Eğer tarafların aralarında yapmış oldukları akdî bir hükmü akit statüsüne göre belirlenen hukukun doğrudan uygulanan kurallarına aykırı ise, akdî hükmü değil, doğrudan uygulanan kural uygulanacaktır.

SONUÇ

Avrupa Toplulukları belli amaçları olan bir harekettir. Topluluk hareketi ekonomik bir entegrasyon hareketi olarak başlamıştır. Ancak, Toplulukların ni-

¹⁷⁶ TEKİNALP, MÖH, s. 261.

¹⁷⁷ GIULIANO - LAGARDE, s. 42.

¹⁷⁸ CLARKSON - HILL, s. 219.

¹⁷⁹ COLLINS, s. 426.

¹⁸⁰ DICEY - MORRIS, s. 1242; CLARKSON - HILL, s. 219.

¹⁸¹ TEKİNALP, MÖH, s. 260; DOĞAN, İş Akdinden, s. 104; AKIN, Ş.:Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi, MHB, 1989, S. 2, Y. 9, s. 100.

haî hedefi siyasal birliktir. Entegrasyonun sağlanabilmesi için, kurucu antlaşmalarda, emeğin, sermayenin ve malların serbest dolaşımının önündeki engellerin kaldırılması yönünde hükümler kabul edilmiştir. Bu sayede üye ülkeler arasındaki ilişkilerin artırılmasını hedeflenmiştir. Özellikle üye ülkeler arasındaki ticarî ilişkilerin gelişmesinin önündeki engellerden biri de, hukuk düzenleri arasındaki farklılıklardır. Üye ülkelerin hukuk düzenlerindeki farklılıklar ekonomik ilişkilerin güvenli ve istikrarlı bir ortamda gelişmesini engellemektedir.

Bu çalışmada Avrupa Topluluklarında akitlerle ilgili kanunlar ihtilâfi kullarlarını uyumlaştıran, “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında 18 Haziran 1980 Tarihli Roma Sözleşmesi”ni inceledik.

Roma Sözleşmesinin yasal dayanağı, AT Antlaşmasının 220. maddesidir. Bu nedenle Roma sözleşmesi de, Topluluk hukukunun kaynakları arasında yer alır. Nitekim Roma Sözleşmesinin yorumundan doğacak ihtilâflar için Avrupa Toplulukları Adalet Divanına yetki verilmiştir.

Sözleşme, tüm üye ülkelerde kabul gören irade muhtariyetini benimsemiştir. Taraflar akde uygulanacak hukuku serbestçe tayin edebilirler. Sözleşme, farazî irade beyanı ile hukuk seçimini kabul etmediği halde, açık ve zımnî irade beyanıyla hukuk seçimine izin vermiştir.

Sözleşmenin 4. maddesinde, tarafların akde uygulanmak üzere açık veya zımnî olarak bir hukuk seçimi yapmadıkları zaman, akde sıkı irtibatlı hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin 2. 3. ve 4. paragraflarında bu kuralı tamamlayan karinelere yer verilmiştir. Bu karineler; karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku, eğer karakteristik edim borçlusu bir tüzel kişi ise, tüzel kişinin idare merkezinin bulunduğu yer hukuku akitle sıkı irtibatlı kabul edilmektedir. Sözleşme, objektif akit statüsünün tespitinde modern gelişmelere uygun olarak “sıkı irtibat” noktasını tercih etmiştir. Ayrıca bu kuralı tamamlayıcı karinelere de yer vermiştir. Yine karinelere “karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni” tercih edilmiştir.

Bazı akit tiplerinde, âkit taraflardan biri, diğerine göre ekonomik ve sosyal yönden zayıf olduğu için koruyucu hükümlere ihtiyaç vardır. Sözleşme, bu ihtiyaçlara ve yeni eğilimlere uygun olarak tüketici ve iş akitlerini ayrı düzenlemelere tâbi tutmuş ve zayıf taraf lehine koruyucu hükümler getirmiştir.

Sözleşme, akdî borç kavramının geniş yorumlanmasını amaçlamıştır. Özellikle, üye ülkelerde akit statüsünün kapsamı içerisinde değerlendirilmeme ihtimali olan bazı konuları açık olarak belirterek, akdî borç kavramının geniş yorumlanmasını amaçlamıştır.

Sözleşme, akdin şekliyle ilgili, *favor negotii* ilkesinden hareketle ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir. Şekil eksikliği yüzünden akitlerin veya hukukî muamelelerin geçersizliğini önlemek istemiştir.

Genel olarak Roma Sözleşmesi, akitlerle ilgili çağdaş gelişmelere uygun olarak düzenlenmiştir. Bu Sözleşme ile üye devletlerde akitler alanındaki kanunlar ihtilâfî kuralları birleştirilmiştir. Ayrıca Sözleşmenin tüm üye ülkelerde aynı şekilde anlaşılıp yorumlanması için Avrupa Toplulukları Adalet Divanına 1988 yılında iki protokol ile yetki verilmiştir.