

TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKU VE ROMA II TÜZÜĞÜ KAPSAMINDA HAKSIZ FİLDEN DOĞAN AKİT DIŞI BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN MUKAYESELİ OLARAK İNCELENMESİ

(Comparative Analysis of the Applicable Law to tort Liabilities within the Scope of International Private Law and Rome II Regulation)

*Sayın Hocam Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a,
En Derin Saygılarımla...*

Gizem YILMAZ*

ÖZET

Toplum kurallarını düzenleyen ve çağın ihtiyaçlarına göre şekillenen hukuk disiplini, varoluő amacı itibariyle her geöen gün revizyona daha da gereksinim duymaktadır. Gelişen ve hız kazanan insan ilişkilerine tatbik edilecek hukukun tayini noktasında yeni baēlama kurallarına duyulan ihtiyaç, kanunlar ihtilafının konusu olan akit dışı haksız fiil sorumluluēuna uygulanacak hukuk alanında da kendini göstermiő, hâkimin hukuku olan lexfori ile baēlayan serüvende pek öok teori ortaya atılmıştır. Bu teorilerden ika yeri hukuku, en öok istikrar kazanan teori olarak uzun süre tahtta kalmış, ancak tek başına uygulaması tatmin etmeyince alternatif arayışlara girilmiő ve dünüyadaki geliőmelerin de etkisiyle yardımcı ve istisnai mahiyette kurallar kabul edilmiştir. Bu geliőmelerin sonucu olarak, Avrupa ölkelerinin hukuklarının üstünde tek çatı vazifesi gören Avrupa Birliēi Hukuk sistemi, akit dışı borç ilişkilerinden doēan haksız fiil sorumluluēuna uygulanacak hukukun tayini noktasında zarar yeri hukukunu benimsemiş, Türk Hukuku ise 2007 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile baēlama noktası olarak ika yeri prensibindeki istikrarını korumuő; ancak ika yerinden farklı bir zarar yerinin bulunması durumunda zarar yeri hukukunun uygulanacaēını düzenleyerek Avrupa Birliēi Hukuku uygulamasına yaklaşmıştır. Bize göre ise, uygun baēlama noktasının tespitinde asıl sorgulanması gereken, haksız fiil sorumluluēunun tazmini ile neyin amaölandıēıdır. Ancak bu şekilde amaca götüren aracın saēlıklı şekilde tespiti saēlanabilecektir.

* İstanbul Barosu Avukatı ve Marmara Üniversitesi Avrupa Birliēi Enstitüsü AB Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öērencisi.

Anahtar kelimeler: Haksız fiil, Roma II Tüzüğü, lexfori, akit dışı borç ilişkisi, devletler özel hukuku, kanunlar ihtilafı kuralları, sorumluluk.

Abstract

Law that regulates social rules and formed by the era's exigence needs a continuous revision. Beginning with the lex fori rule, many theories are developed on the choice of law on the conflict of tort laws. Among these theories the law of the place where the tort was committed was favoured the most for a long time but was not enough alone. Therefore a search for alternatives began and auxiliary and derogational rules have been accepted. The European Union Law System has accepted the law of the place where the damage occurred, however the Turkish Law continued with the law of the place where the tort was committed as the choice of law rule with the Code of International Private and Procedure Law in 2007 but accepted that if the damage occurs somewhere else but the place where the tort was committed, the law of the place where the damage occurred would apply to the situation, thus the Turkish law approached the European Union Law. According to us, the main question while determining the choice of law is the main purpose of the compensation for damage. This way only we can determine the means that lead us to the purpose.

Keywords: Torts, Rome Regulation II, lexfori, non-contractual obligations, private international law, conflict of laws, liability.

GİRİŞ

Her toplumda bir arada yaşamayı kolaylaştıran hukuk kuralları ve mevcut düzeni korumayı amaçlayan kamu düzeni (amme intizamı) kaideleri vardır. Kurallar ve kaideler bütünüyle korunan düzeni bozan eylemlerin hukuk sistemlerinde karşılıksız bırakılması elbette düşünülemez. Bu sebeple söz konusu zarar tazmin noktasında hukuka aykırı eylemde bulunan kişilerin tazminat sorumluluğu doğmaktadır. Bu kimselerin sorumluluğu, akdi borç ilişkisinden kaynaklanabildiği gibi haksız fiillerden de kaynaklanabilmektedir¹. Ancak çalışmanın amacını aşacağından akdi sorumluluk bahsine değinilmeyecek ve akit dışı sorumluluk hali olan haksız fiil sorumluluğu incelenecektir.

Haksız fiil sorumluluğu, bir hakkın tecavüze uğraması yahut hukuka aykırı bir eylemin ika edilmesi neticesinde zararın oluşmasıyla gündeme gelmektedir. Türk hukuk sisteminde, Borçlar Kanunu'nun² 49. maddesinde, "*Hukuka aykırı bir fiille ve kusuruyla başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*" denilerek haksız fiil sorumluluğunun unsurları belirtilmiştir. Buna göre evvela hukuka aykırı bir fiil olması, bir zarar oluşması, zararın meydana gelmesinde kusur bulunması ve kusurlu

¹ GÖĞER, Erdoğan. "Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabi Olduğu Kanun", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1965 - 1966, Cilt 22-23, Sayı 1-4, s.451.

² 01.07.2012 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu için bkz. 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

davranış ile gerçekleştirilen haksız fiil sonucu meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Sayılan şartlar gerçekleştiği takdirde zarar gören kişinin (mutazarrır) haksız fiile dayanarak tazminat talep etme hakkı söz konusu olmaktadır. Görüldüğü üzere aktif (yapma) ya da pasif (yapmama) davranışıyla³ bir kişiye zarar veren kimse, kişinin devletçe korunması gereken mutlak hakkına zarar verecek⁴ aynı zamanda haksız fiilin gerçekleştiği yerdeki toplumsal düzeni de olumsuz etkilemiş olacaktır. O halde; genel davranış kurallarına aykırılık⁵ ve kamu düzenini zedeleyici hareketlerin, haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan tazminat borcunun kaynağını oluşturduğu söylenebilmektedir.

Hukuka aykırı fiillerden doğan sorumluluğun tabii olduğu karşılık, iç hukuk sistemlerinde yasal düzenlemelerle kolayca belirlenebilirken, unsurları birden fazla ülkede gerçekleşen haksız fiillere hangi hukukun tatbik edileceği hususunun tespiti kolay olmamaktadır. II. Dünya Savaşı'ndan önce gündemde olmayan konu, zamanla yabancılaşma unsuru taşıyan haksız fiil meselelerinin artmasıyla dikkatleri çekmiş ve 1960'lı yıllardan sonra kanunlar ihtilafı çerçevesinde hukukçular tarafından hak ettiği ilgiyi bulabilmiştir⁶. Ancak günümüze değin uzanan tartışmalardan sonra halen haksız fiile uygulanacak hukuk noktasında tereddütler yaşanmaktadır ve hukukçuları tatmin edecek ideal bir metot belirlenebilmiş değildir⁷. Netice itibarıyla epey yol kat edilmiş ancak fikir birliğine varılamamıştır ve bunun en yakın örneği, her ikisi de Kıta Avrupa'sı Hukuk Sistemi içinde yer alan Türk Milletlerarası Özel Hukuku ile Batı'da supranasyonal⁸ nitelik taşıyan Roma II Tüzüğü⁹ arasındaki farkta kendini göstermektedir. Genel bağlama kuralı olarak ika yeri kriterini kabul eden Türk Hukukuna karşılık, AB Hukuku zarar yeri (sonuç yeri) kriterini benimsemiş ve kendi içinde yeknesak bir düzenleme oluşturmuştur. Bu çalışmada, Türk Milletlerarası Özel Hukukundaki akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tayin eden bağlama kuralları ile Avrupa Birliği (Topluluğu) düzenlemesindeki ilgili mevcut hükümler karşılaştırılmalı incelenecek ve kanunlar ihtilafı sahasında haksız fiile uygulanacak hukuka

³ REİSOĞLU, Safa. "Türk Borçlar Hukuku- Genel Hükümler" Beta 23. Bası, İstanbul 2012, s.165.

⁴ GÖĞER, s.482.

⁵ OĞUZMAN/BARLAS. "Borçlar Hukuku- Genel Hükümler", Vedat 8. Bası, İstanbul 2010, s.483.

⁶ TURHAN, Turgut. "Literatürden Hareketle Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanına İlişkin Bazı Genel Gözlemler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1989-90 Cilt 41, Sayı 1-4, s.97.

⁷ SMITH, J.A. Clarence. "Conflict of Laws-Torts", OttawaLawReview, C. 4:176, 1970, ss.176-183, s.183; https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-law-review/sites/commonlaw.uottawa.ca-ottawa-law-review/files/10_4ottawalrev1761970-1971.pdf.

⁸ Uluslarüstü.

⁹ Sözleşme Dışı Yükümlülükler Uygulanacak Hukuk Hakkında (EC) 864/2007 Sayılı Avrupa Parlamentosu Ve Konsey Tüzüğü, 11 Temmuz 2007 (Roma II).

ilişkin bağlama kurallarının belirlenmesinde esas alınan prensipler açıklanarak Türk Hukuku ile AB Hukuku arasındaki fark değerlendirilmeye çalışılacaktır. Akdi borç ilişkilerini düzenleyen Roma I Tüzüğü ile MÖHUK ilgili maddeleri ise çalışmanın konusu dışında kaldığından değinilmeyecektir.

I. Haksız Fiilin Metodolojik Serüveni

Her gün değişim ve gelişim içinde olan dünya düzeni, beraberinde yeni sorunlar, uyumsuzluklar ve çözüm arayışları da getirmektedir. Hukuki anlamda ve teknik alanda ilerlemeler kaydedilmesi sonucunda devlet ve kişiler arası etkileşim ile iletişim artmış ve söz konusu ilişkileri düzenleyen disiplinler bu hareketliliğe uyum sağlayarak gelişim göstermişlerdir. Son yüzyıllık süreçte ise teknolojik gelişmeler ve ticaretin sınır tanımaz etkisiyle yabancılık unsuru içeren hukuka aykırı fiillerin artması, kanunlar ihtilafında haksız fiil sorumluluğu sahasının araştırılmasına neden olmuş¹⁰ ve bu kapsamda sorumluluğa uygulanacak hukuk hakkında pek çok teori ortaya atılmıştır. Bu teorilerin başında, hâkimin hukuku olan 'lexfori' ve haksız fiilin ika yeri hukuku olan 'lexlocidelicticommissi' gelmektedir. Ancak zamanla, söz konusu kaidelerin tek başına uygulanmasıyla ortaya çıkan olumsuz sonuçlar, yeni arayışlara girilmesine neden olmuş ve bu doğrultuda en fazla çabayı Alman ve Amerikan hukukçuları göstermiştir. Öyle ki; Kıta Avrupa'sında ika yeri kriterine saplanıp kalan klasik ihtilafçı metodun sert ve mekanik uygulamasına karşılık daha pragmatik ve adil olan güncel Amerikan yöntemleri geliştirilmiştir¹¹. Hukuki güvenilirlik açısından tam bir tatmin sağlayamayan söz konusu bağlama kurallarının ise istisnalara ihtiyacı olduğu çok geçmeden anlaşılmış ve 1960'lı yıllarda "daha sıkı bağlantılı hukuk" ile "en sıkı ilişkili hukuk" kavramları ortaya atılarak¹² Avrupa'da haksız fiil statüsünün yumuşatılarak uygulanmaya başladığı¹³ görülmüştür¹⁴. Yine bu dönemde başlayan ve 1980'lere değin devam eden bir diğer görüş, bugünkü hukuk sistemlerinde özel haksız fiil türleri olarak geçen durumların, genel bağlama prensibine dâhil olamayacağı ve ayrı düzenlemelere ihtiyacı olduğuna ilişkindir¹⁵. Günümüze kadar uzanan bu metodoloji tartışmaları çerçevesinde ika yeri, lexfori ve daha sıkı ilişkili hukuk prensiplerinin yanı

¹⁰ TURHAN, s.96.

¹¹ **TURHAN, Turgut.** Kitap İncelemesi: "De BOER, Th. M. 'Beyond LexLociDelicti: Conflicts-MethodologyandMultistateTorts in American Case Law', Kluwer, Deventer 1987, s. XV+578"; Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 1990, Cilt 41, Sayı 1-4, s. 289; TURHAN a.g.e. s.98.

¹² TURHAN, s.100.

¹³ **NOMER, Ergin.** "Devletler Hususi Hukuku", Beta 19. Bası, İstanbul, 2011, s.344.

¹⁴ TURHAN (DE BOER), s.290; "Kıta Avrupası artık klasik bağlama kurallarını sert ve mekanik biçimde uygulamak istememektedir. Kuralın yumuşatılmasına ilişkin olarak daha yakın irtibatlı hukuk uygulaması ile ancak ika yeri kuralı olumsuzluklarından arındırılarak muhafaza edilebilir".

¹⁵ TURHAN, s.114.

sıra; haksız fiil taraflarının ortak şahsi statü hukuku (müşterek milli kanun)¹⁶, ortak mutad mesken hukuku, mutazarrırın yerleşim yeri hukuku¹⁷, failin mutad mesken hukuku¹⁸, taraflarca seçilen hukuk, doğrudan uygulanan kurallar, kamu düzeni ve en önemlisi de zarar (sonuç) yeri hukuku kuralları, haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde ileri sürülen önemli görüşler olmuş ve bugünkü yasal düzenlemelerin temelini oluşturmuştur. Söz konusu bağlama kurallarından günümüz uygulamasında yer edinmiş olanlara temas edilerek konu açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Temel Kural LexFori ve LexLociDelictiCommissi

1. LexFori ve LexLociDelictiCommissi

Milletlerarası meselelerde haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin en eski kuralardan biri, hâkimin/mahkemenin hukuku anlamına gelen “Lexfori” kuralıdır. 1849 yılında Savigny¹⁹ tarafından ileri sürülen bu metoda göre; haksız fiil nerede meydana gelirse gelsin davanın açıldığı mahkemenin hukukunu esas ve usul yönünden uygulamak gerekmektedir. Bu görüş, mahkemenin bağlı olduğu ülkenin kamu düzenini yakından ilgilendirmesi²⁰ ve haksız fiil kurallarının emniyet ve asayişe ilişkin kurallar olmasına dayandırılmaktadır²¹. Belirtmek gerekir ki bu kural, genel bağlama kuralı olarak fazla taraftar bulamamış ve süreç içerisinde yerini ika yeri kuralına bırakmıştır.

Lexfori kuralının en genel bağlama noktası olduğunu düşünen bazı yazarlara göre²²; diğer metotlar yalnızca lexfori'nin istisnalarıdır ve onların uygulama alanı bulamadığı durumlarda yine hâkimin hukuku olan lexfori devreye girmektedir. Bu yaklaşım İngiliz Hukuk sistemini anımsatsa da lexfori'nin haksız fiiller sahasında mutlak hâkimiyetini kabul etmek kötü niyetli kullanımlara yol açabilecektir²³. Zarar gören, lehine uygulanacak kanun ülkesinde dava açmak isteyecek; hal böyle olunca haksız fiilin işlendiği yerdeki Devlet için kamu menfaatlerini gözetmek imkânsız hale gelecektir. Kaldı ki lexfori'nin uygulanabilmesi için mahkemenin kötü niyetli olarak

¹⁶ Alman hukukunda savunulan bağlama kaidesi olduğuna ilişkin bkz. NOMER, s.348; GÖĞER, s.463, 474.

¹⁷ GÖĞER, s.497.

¹⁸ GÖĞER, s.480 dip.87.

¹⁹ Lexfori görüşünün ortaya çıkışına ilişkin bkz. TEKİNALP, s. 429, dip.3; aynı yönde GÖĞER s.464.

²⁰ ÇELİKEL /ERDEM. “Milletlerarası Özel Hukuk”, Beta 11. Bası, İstanbul, 2012, s. 397-398.

²¹ TEKİNALP, Gülören. “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları”, Vedat 10.Bası, İstanbul 2009, s.429.

²² TURHAN, s.101, dip.29 (EHRENZWEIG); TURHAN (DE BOER), s.292.

²³ GÖĞER, s.465.

seçilmesi ve adil olmayan sonuçlara varılması da mümkündür²⁴. Bununla birlikte, haksız fiilin işlendiği yer hukukuna göre sorumluluğun söz konusu olmadığı bir halde, ika yerinden başka bir devlet mahkemesinde dava açılması durumunda *lexfori*'ye göre sorumluluk doğabilmektedir²⁵. Mesuliyetin öngörülemeyeceği bu hal, hakkaniyet ve hukuk mantığı ile bağdaşmamaktadır. Bu sebeple forum hukuku, günümüz milletlerarası özel hukukunda mutlak biçimde uygulama alanı bulamamıştır.

Kıta Avrupası hukuk çevrelerinde uzun yıllar uygulanmış²⁶ ve haksız fiil meselesinin teamülünde genel kabul görmüş olan bir diğer önemli kaide ise haksız fiilin işlendiği yer olan ika yeri (*lexlocidelicticommissi*) kuralıdır. Bu kural bazı ülkelerde kanunlarda yer almış,²⁷ bazı ülkelerde de doktrin ve mahkeme kararlarına²⁸ dayanılarak uygulanmıştır²⁹. *Lexlocidelicticommissi*'nin uzun yıllar boyunca uygulama alanı bulmasının temel nedeni, söz konusu kuralın hukuki kesinlik ve güvenlik sağlamanın³⁰ yanı sıra haksız fiilin işlendiği mahalde bozulan kamu düzeni neticelerinin yine ika yeri kanunlarına dayanılarak bertaraf edilebileceği³¹ düşüncesi olmuştur. Bu metotta önemli olan, hukuka aykırı fiilin yapıldığı yer ve bu yer kanunlarına göre oluşacak sorumluluk hükümleridir. İka yeri kaidesi ile mağdurun hakları da failin mesuliyeti de haksız fiilin gerçekleştiği yerdeki genel düzeni kuran kanunlara tabi olmakta ve böylece hem menfaatler arası denge sağlanmakta hem de kamu düzeni korunmaya çalışılmaktadır. Bu sebeple haksız fiil sorumluluğunda bağlama kuralı olarak ika yeri, kamu düzeni ve hukuk mantığı açısından hakkaniyet ile uyumludur.

Kanunların mülkiliği prensibi ile iç içe geçmiş olan söz konusu kural, *lexfori*'den farklı olarak hukuk camiasında çokça taraftar bulmuş ve azımsanamaz bir istikrar kazanmıştır. İka yeri kuralının gerekliliğine ilişkin; haksız fiil sonucu bozulan toplumsal dengenin sağlanması, ika yeri devletinde bozulan emniyet ve asayişin yerine getirilmesi³², işlem güvenliği ilkesi gereği tarafların uygulanacak hukuku önceden bilebilmesi gibi sebepler gerekçe olarak gösterilmektedir. Ancak her ne kadar hakkaniyetle örtüştüğü düşünülse de *lexlocidelicticommissi* esasının da tek başına mutlak şekilde uygulanması, kişilerin haklarını zedeleyici sonuçlara sebep olabilmektedir.

²⁴ TEKİNALP, s.429.

²⁵ GÖĞER, s.465.

²⁶ TURHAN (DE BOER), s.289.

²⁷ İka yeri kuralını Amerika, Fransa, İtalya, Polonya, Brezilya, Türkiye ve Yunanistan ilk aşamada mutlak olarak kabul etmişlerdir.

²⁸ İsviçre ve Avusturya içtihatları.

²⁹ DICEY/MORRIS. "The Conflict of Laws", 12th ed., I-II London, 1993, s.927.

³⁰ KÖSEYENER, Ayşe. "Akit Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma-II Tüzüğü Tasarısında "Ürünlerden Doğan Sorumluluk", Ankara Barosu Dergisi, 2004-1 s.162; TURHAN (DE BOER), s.289.

³¹ GÖĞER, s.468.

³² TEKİNALP, s. 430.

Günümüz şartlarında bir haksız fiile ika yeri hukukunun istisnasız olarak uygulanması, özellikle seyrüsefer esnasında meydana gelen haksız fiillerde hakkaniyete dayalı bir çözüm vermeyecektir. Böyle bir durumda ika yeri hukuku haksız fiil ile tesadüfi mahiyette kalacaktır³³. Öyle ki turistik gezi, iş gezisi yahut ticari seyahat gibi nedenlerle başka bir ülkede yahut aktarmalı seyahatlerdeki mola yerlerinde bulunulan geçici süre içinde meydana gelen haksız fiillere ika yeri hukukunun tatbik edilecek olması, tatmin edici bir sonuç vermeyeceği gibi pratiklikten de uzaktır. Almanya'dan İtalya'ya giden birinin alışveriş etmek için Fransa'ya uğradığı birkaç saat içinde başına gelen haksız bir fiil sebebiyle açacağı davada Alman Kanunları yerine Fransız Kanunlarının uygulanacağını düşünmek, ika yeri kuralının sağlamayı amaçladığı hukuki güvenlik prensibiyle çelişki oluşturmaktadır. Bir başka örnekte; Otomobil ile seyahat eden iki Türk'ten birinin, sürücü olan diğerinin kusuru yüzünden yabancı bir ülkede meydana gelen kazada yaralanması sonucunda açtığı davada, zararının ika yeri hukukuna göre tazmin edileceğinin izahını yapmak zordur. Böyle bir haksız fiil olayında tarafların menfaati, ika yerinin emniyet ve asayişinin korunmasından daha ağır basmaktadır³⁴. O halde, tabiiyetleri ve yerleşim yerleri aynı ülkeyi işaret eden fail ve mağdurun, geçici olarak başka bir ülkede buldukları esnada meydana gelen haksız fiile tatbik edilecek ortak kanunları varken bunun yerine ika yeri hukukunun uygulanması, bağlama kuralının istisnalara ve yardımcı kurallara muhtaç olduğunu açıkça göstermektedir.

Lexlocidelicticommissi'ye getirilen bir diğer eleştiri, lexfori'ye göre haksız fiil sayılmayan ve sorumluluk doğurmayan bir eylemin, ika yeri kuralına göre tazminat borcuna neden olabilmesidir³⁵. Bu durum, lexfori karşısında ika yeri hukukuna göre faili daha avantajlı bir duruma sokabilmekte ya da lexfori'den daha fazla tazminat ödenmesine sebep olabilmektedir. Her iki durum da işlem güvenliği ilkesini zedeleyici nitelik taşımakla birlikte, davayı gören hâkimin arzusu dışında kalır.

Görüldüğü üzere ne lexfori ne de lexlocidelicticommissi kuralı, haksız fiile uygulanacak hukuk noktasında tek başına yeterli gelmektedir. Özellikle Kıta Avrupası çevresinde adil bir uygulama için ika yeri kuralı çoğunlukla kabul görse de, her somut olayın şartlarına göre beraberinde uygulanacak normlara ihtiyacı olduğu kesin olarak anlaşılmış ve günümüz düzenlemeleri bu doğrultuda hazırlanmıştır.

2. LexFori İle LexLociDelictiCommissi'nin Birlikte Uygulanması

Tazminat davasının ika yeri mahkemesinde açılması halinde lexfori ile lexlocide-

³³ GÖĞER, s.471.

³⁴ GÖĞER, s.458.

³⁵ TEKİNALP, s.430; GÖĞER, s.471.

licticommissi birleşmektedir. Özellikle İngiliz Hukuku³⁶ tarafından benimsenen bu görüşe göre, ika yerinde elde edilen tazminat alacağı bir mütesep haktır ve İngiltere sınırları dâhilinde gerçekleşen her türlü eylemin hukuki sonucu İngiliz kanunlarına tabidir³⁷. Haksız fiil nitelendirmesi, uygulanacak hukuka göre yapılmalıdır ve İngiliz hukukunda, fiilin İngiliz hukukuna göre de haksız fiil olarak nitelendirilmesi gerekliliği aranmıştır³⁸. Ancak yine de tazminat miktarı usul hukuku meselesi kabul edildiğinden İngiliz hukukunda lexfori'ye tabi olacağı kabul edilmektedir³⁹.

19.yy'dan bu yana etkisini sürdüren yaklaşımda lexfori, ika yeri hukuku kapsamındaki kamu düzeninin genişletilmiş halidir⁴⁰. Tazminat yükümlülüğü ve haksız fiil türlerinde lexfori'ye geniş yetki verilmiştir ve aslında bu bir tür gerekliliktir. Zararın tazmini noktasında bir sınır çizilmemesi halinde, gerçek zararı aşan miktarın tazminat adı altında ödenmesine imkân veren ika yeri hukuku, lexfori açısından kamu düzeni engeline takılabilecektir. Sorumluluk koşulları gibi meseleler uygulanacak hukuka göre belirlenebilirken; zamanaşımı, ispat yükü gibi hususların lexfori kapsamında değerlendirileceği dikkate alınmalıdır⁴¹. Alman hukuku da ilk zamanlar, kısmen İngiliz yaklaşımını benimsemiştir. İlgili düzenlemede; Alman kanunlarında tanınan haklardan fazlasının bir Alman aleyhine ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir⁴².

İki bağlama kuralının arasında tercih yapmak zor olduğundan bazı yazarlarca⁴³ her ikisini de bir arada uygulama fikri ortaya atılmış ve oluşturulan bu bağlama kuralı diğer tüm kaidelerden üstün görülmüştür; ancak söz konusu görüş, sakıncaları da beraberinde getirmektedir. Öyle ki; ika yerine göre tazminata hak kazanan kişi, tazminat miktarını tayin noktasında lexfori'ye göre bu hakkından mahrum kalabilmektedir. Ayrıca lexfori'nin denetim yetkisinin, ika yerindeki düzeni koruma gayretlerini

³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜNEYSU, Gülin**. "İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı", AÜHFD, 1991-1992, Cilt 42, Sayı 1-4, s.185; Çağdaş İngiliz hukukunda sorumluluğun niteliğinin, ika yeri hukukuna göre de hukuki sorumluluk olması aranmaktadır. Bununla birlikte, sorumluluğun temelini akde, akit benzerine, haksız fiile, haksız fiil benzerine, mamelek haklarına dayanması veya suigeneris olması arasında fark bulunmamaktadır. Böylece, İngiliz hukuku (lexfori) ile ika yeri hukuku arasında sorumluluğun hukuki niteliği bakımından uygunluk bulunması aranmaktadır.

³⁷ GÖĞER, s.472.

³⁸ DICEY/MORRIS, II, s. 1491; aynı yönde GÜNEYSU, s.186.

³⁹ İngiliz Hukukunda haksız fiillere ilişkin bağlama kuralları hakkında ayrıntılı bilgi ve diğer kararlar için bkz. *Phillips v. Eyre (1870, LR 6 QB 1)*; **HANDFORD, Peter**. "Edward John EyreandtheConflict of Laws" (PDF). Melbourne UniversityLawReview, 2008, 822 – 886.*Boys v. Chaplin (1971, AC 356)*; **NORTH P. M. & WEBB P. R. H.**1970, "ForeignTortsand English Courts" International andComparativeLawQuarterly, 19, s.24-35; SMITH,s.176-183; **GRAVE-SON**, "Towards a Modern ApplicableLaw in Tort", 1969, 85, L.Q.R. 505, s.515.

⁴⁰ NOMER, s.345.

⁴¹ KÖSEYENER, s.166.

⁴² NOMER, s.345, GÖĞER, s.473.

⁴³ GÖĞER, s.460.

geride bırakacağı ortadadır. Bu iki kuralı birleştirerek uygulamaya çalışmak, iki kuralın da karakteristiğini ve amacını değiştireceğinden azami düzeyde fayda sağlanması kanaatimizce mümkün olmayacaktır.

B. Tabuları Yıkan Yeni Köprüler

Modern çağın şartları gereği, haksız fiil türlerinin çeşitlenmesi ve unsurlarının değişmesi yeni bağlama kurallarına duyulan ihtiyacı pekiştirmiştir. Devrin hukukçuları tarafından da benimsenen bu anlayış ile kanunlar ihtilafı alanında haksız fiillere uygulanacak hukuka ait bağlama kuralının tahsisinde temel metotların yeterli olmadığı anlaşılmış ve 1960'lı yıllarda yeni bağlama noktaları tespit edilmeye başlanmıştır. Haksız fiile maruz kalan ve fiili gerçekleştiren kişilerin ortak mutad mesken hukuku, ortak milli kanunları gibi daha yakın irtibat noktaları yanında, zararın meydana geldiği yer hukuku ile tarafların seçmiş olduğu hukuk gibi alternatif bağlama kuralları sistemde yerini almıştır. Bunlarla birlikte özel bir metot geliştirilerek, söz konusu bağlama kurallarının hâkimin hukuku olan *lexfori*'nin doğrudan uygulanan hukuk kurallarını bertaraf edici nitelik taşıyamayacağı belirtilmiş, böylece bağlama kuralının suiniyetle bir kaçış klozu olarak kullanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu sebeple kamu düzeni göz ardı edilemeyecek ve bağlama kuralı ile birlikte değerlendirilmeye alınacaktır.

1. Daha Sıkı Bağlantılı Hukuk

Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminde bağlama noktası olarak ika yeri kuralının sert ve mekanik bir biçimde uygulanması, özellikle fiil yerinin tesadüfi olduğu durumlarda ortaya çıkan hakkaniyete aykırılık sebebiyle gündeme gelen ika yeri kuralının yumuşatılma ihtiyacı⁴⁴ ile her hale uygulama imkânı olan daha geniş kapsamlı bir kural arayışına girilmesine sebep olmuştur⁴⁵. Söz konusu arayış sonucunda, haksız fiillerden doğan borçlara uygulanacak hukukun tespiti için her müstakil olaya özel çözüm aranması eğilimi oluşmuştur. Fakat böyle bir kural, ancak her olayda haksız fiile konu olayın en sıkı ilişkili olduğu devletin bulunması ve ilgili devletlerin kamu düzeninin göz önünde bulundurulması ile ortaya konulabilecektir.

İka yeri hukukuna karşı söz konusu tepkiler, 1961 yılında ABD'de *Kilberg v Northeast Airlines Inc.*' Davasında⁴⁶ görülmeye başlanmıştır. Dava konusu uyuşmazlığın; New York'ta mukim bir şahsın New York'tan satın aldığı biletle yaptığı uçak yolculuğu sırasında uçağın düşmesi üzerine ölmesi ve ölen kişinin yakınlarının açmış olduğu tazminat davasında uygulanacak hukukun tespiti noktasında çıktığı görül-

⁴⁴ NOMER, s.348.

⁴⁵ TEKİNALP, s.435.

⁴⁶ 9 NY2d 34; http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/kilberg_northeast.htm.

mektedir. Uçak, başka bir devletin sınırları (Massachusetts) içinde düşmüş olduğundan haksız fiilin meydana geldiği yani ölüm olayının gerçekleştiği yer, uçağın düştüğü Massachusetts'dir. Ölenin yakınları tarafından \$10.000 olarak talep edilen tazminatın ise Massachusetts kanunlarındaki sınırlamaya takılması üzerine, Temyiz Mahkemesi, bu sınırlamanın geçerli olmayacağına ve dava konusu uyumsuzluğa New York Hukuku'nun uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁴⁷.

Görüldüğü üzere, uçakla yapılan bir yolculukta, ika yeri tamamen tesadüfi olarak karşımıza çıkar. Bir devletin seyrüsefer halindeki vatandaşlarının yolculuk boyunca değişen yabancı kanunlara tabi tutulması, günümüz koşullarında hakkaniyete uygun düşmemektedir⁴⁸. Yukarıdaki dava örnek olarak incelendiğinde, olayla ilgili tazminat davasının görüldüğü Mahkemenin, ika yerinin ölümle sonuçlanan haksız fiillerde tazminata ilişkin hükümlerinin kendi kamu düzenine aykırı olduğu gerekçeyle ika yeri hukukunu uygulamayı reddettiği görülmektedir. Tesadüflere bağlı olarak ortaya çıkabilen ika yeri hukukunun, davanın görüldüğü mahkeme tarafından kamu düzenine aykırılığı sebebiyle uygulama alanı bulamayacağı, *Kilberg Davası* ile somut olarak ifade edilmiştir.

Esasen bu görüşte, ika yeri prensibi tamamen dışarıda bırakılmamakta ve hatta temel bağlama kuralı olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Bunun yanında daha sıkı ilişki oluşturduğu tespit edilen donelerin, bağlama noktası olarak niteliği "yardımcı öneme"⁴⁹ sahiptir. Aslında bu hukuk devletinin temel prensipleri açısından da bir gerekliliktir. Genel bir objektif bağlama kuralının önceden belirlenmesi, haksız fiilin tarafları ve kamu düzeninin öngörülebilirliği açısından hukuk güvenliğini sağlayacak ve hukuk devletini kuvvetlendirecektir⁵⁰. Böylece hukukta kesinliği garanti ederek fail ile mağdur arasında makul bir denge sağlanmaya çalışılacaktır⁵¹. Bu açıdan, daha sıkı ilişki kuralı (properlaw), bazı ülkelerde⁵² birinci derece bağlama kuralı olarak uygulanırsa da önceden belli olan genel bir objektif kuralın yanında istisnai ya da yardımcı karakterli olarak uygulanması daha doğru olacaktır⁵³. Ancak bu şekilde katı kuralların sistematik şekilde uygulanmasının önüne geçilebilmekte⁵⁴ ve hakkaniyete uygun hukukun temini söz konusu olabilmektedir.

En sıkı ilişkili hukuk metodu, Kıta Avrupası hukuk çevresini önemli derecede

⁴⁷ TERZIAN Sandra, "TheAftermath of Babcock", California LawReview, C. 54, Sayı 3 Makale 5, 1966 <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol54/iss3/5>, s.1304, dn.23.

⁴⁸ GÖĞER, s.487.

⁴⁹ NOMER, s.348.

⁵⁰ TEKİNALP, s.436.

⁵¹ KÖSEYENER, s.162.

⁵² Almanya ve İsviçre.

⁵³ TEKİNALP, s.437.

⁵⁴ TURHAN (DE BOER), s.290.

etkilemiş ve pek çok kanun ile sözleşmede⁵⁵ genel bir istisna kuralı ya da tali bir kural olarak yer almıştır⁵⁶. Doktrin ve mahkeme kararlarında oluşturulan genel kanaate göre, daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde; taraflar arasında bir nevi müşterek hukuku gösteren ortak nokta bulunmalı ve haksız fiilin işlendiği yer ile taraflar arasındaki ilişki geçici mahiyette olmalıdır⁵⁷. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği üzere müşterek hukukun belirlenmesinde göz önünde bulundurulacak ölçütler; müşterek milli hukuk, yerleşim yeri ya da mutad mesken gibi daha yakın özelliklere sahip hukuku işaret edecek şekilde sayılabilir. Bunun yanında, daha sıkı ilişkinin uygulanması hususunda bir diğer hal, haksız fiilin tarafları arasında başka bir hukuki ilişkiden (sözleşmeden, aile hukukundan vs.) kaynaklanan hukukun, irtibatlı olduğu halde haksız fiile de uygulanması durumudur⁵⁸. Burada *haksız fiilin “feri bağlanma” noktasından söz edilir*⁵⁹. Sözleşmesel ilişkinin tabi olduğu hukuk, haksız fiilin de tabi olduğu hukuk olacaktır. Aile hukuku açısından eşler arasındaki haksız fiil olayı evlenme statüsüne, ana-babaların çocuklarına karşı işledikleri haksız fiil ise nesep statüsüne bağlı olacaktır. Akit açısından ise, akdin tabi olduğu hukuk ile haksız fiilin işlendiği hukuk farklı ülkelerin hukuku olduğu takdirde, hangisi mağdurun menfaatine ise o hukukun uygulanması gerekecektir; örneğin, bir tren kazasında yaralanan yolcular hem haksız fiil nedeniyle, hem de demiryolu idaresiyle yaptıkları sözleşmeden doğan haklara sahiptirler⁶⁰. Benzer şekilde hava taşıtlarında meydana gelen haksız fiil olaylarında, nakil vasıtasının bağlı bulunduğu devletin hukuku uygulama alanı bulacaktır. Trafik kazalarında genel ve kesin bir bağlanma kuralı belirlenmemiş olsa da genel itibar, ruhsat yeri (tescil ülkesi) hukukunun uygulanmasına yöneliktir. Trafik kazalarıyla ilgili Avrupada yürürlüğe giren 1971 tarihli La Haye Sözleşmesi⁶¹ ise, kaza yeri hukukunun uygulanacağı prensibini koymakla beraber (md.3), belirlediği çeşitli olay tiplerinde bu prensipten ayrılarak ruhsat yeri hukukunun uygulanmasını tercih etmiştir (md.4)⁶².

Yukarıda değinildiği üzere, daha sıkı ilişkili hukukun tespitinde yararlanılacak bağlantı noktalarının izahına gerek duyulduğundan, müşterek milli hukuk, mutad mesken hukuku ve üstün devlet menfaati kuralları kısaca açıklanmaya çalışılacaktır.

⁵⁵ Türkiye MÖHUK, Avusturya MÖHK, Benelux Ülkeleri için tek biçim MÖHK, AB Roma II Tüzüğü gibi.

⁵⁶ TURHAN, s. 113; ayrıca İngiliz ve Amerikan Hukuku'ndaki uygulamaları bakımından bkz. SMITH, s.179-183.

⁵⁷ TEKİNALP, s. 443.

⁵⁸ TEKİNALP, s.428 ve 443.

⁵⁹ NOMER, s.349.

⁶⁰ ÇELİKEL/ERDEM, s.404.

⁶¹ 04.05.1971 Tarihli Trafik kazalarına Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme (Convention on the LawApplicabletoTrafficAccidents) için bkz.; http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/cok-taraffisoz/lahey/lah19_ing.pdf.

⁶² NOMER, s.351, dp.195.

1.1. Müşterek Milli Hukuk

Etkisini en çok Alman Hukukunda gösteren müşterek milli hukuk bağlama kuralı, tarafların vatandaşlığı ve tabiiyetinin bugünkü hukuk sistemlerinde önem taşı-maması nedeniyle tercih edilmemektedir. Müşterek milli hukuk, ika yerine nazaran devamlılık gösteren ve açıkça kendini belli eden bir bağlanma unsuru olması sebebiyle uygulama alanı bulmuştur. Bu kaideye göre; fail ile mutazarırının aynı vatandaşlığa tabi olması durumunda eğer haksız fiilin ika yeri ile kurulan ilişki zayıf olursa, haksız fiile daha sıkı ilişkiyi sağlayan müşterek milli hukuk (ortak şahsi statü hukuku ya da kişisel hukuk da denilmektedir) uygulanmaktadır.

Bu durum daha çok, tarafların yabancı ülkede geçici olarak bulunmaları esnasında kendini göstermektedir⁶³. Misal olarak, bir proje inceleme grubu içerisinde aynı devlet vatandaşları arasında meydana gelen haksız fiillere müşterek milli hukuk, farklı vatandaşlıklara bağlı kişilere ise yakın bağlantılı başka irtibat noktaları tespit edilemediği takdirde, ika yeri kuralı uygulanır. Alman Eyalet Mahkemesi'nin bir kararında⁶⁴, Almanya'da çalışan ve mukim iki Türk işçisinin, Almanya'da sicile kayıtlı araçla Yugoslavya'da kaza yapması sonucu haksız fiilden kaynaklı tazminat talebine konu davada, daha yakın bağlantının kurulabildiği tek bağlanma noktası olan müşterek milli hukukları yani Türk Hukuku uygulanmıştır⁶⁵. Ancak Alman hukukunda olduğu gibi taraflar aynı devletin vatandaşı olsa dahi, birinin mutad meskeni ika yeri ile aynı ise, daha sıkı bağlantı noktalarında ika yeri kriterinin durumu ağırlık kazanacağından ika yeri hukuku uygulanacaktır. Görüldüğü üzere tarafların ortak milli hukuka sahip olmaları, uygulanacak hukuk açısından önemli bir gerekçe olsa da temel prensip yine de ika yeri hukukudur; ancak halin şartlarına uygun tatbikatın sağlanabilmesi için hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, müşterek tabiiyete sahip kimseler arasında meydana gelen haksız fiillerin işlendikleri mahalde kökleşmiş olmaktan ziyade, ilgililerin mensup oldukları memlekette kökleşmiş olması halinde ika yeri hukukunu tatbikte ısrar etmemek gerekir⁶⁶.

İlk bakışta uygulanması hukuk mantığına yatkın gibi görünen kuralın, dava sırasında taraflardan birinin tabiiyeti değiştiği takdirde dayanaksız kalacağı sorunundan hukukçularca pek söz edilmemiştir. Ayrıca haksız fiil hukuku yerine milli hukukun uygulanması, fiilin işlendiği yerde tazminata sebebiyet veren fiilin, müşterek milli kanun hükümlerine göre tazminat sorumluluğuna tabi olup olmayacağını belirlemesi anlamına gelmektedir ve bu durum, zarar görenin aleyhine sonuç doğurabileceği

⁶³ TEKİNALP, s.440.

⁶⁴ *OLG Köln, 04.02.1980, NJW 1980, 2624.*

⁶⁵ TEKİNALP, s.441.

⁶⁶ GÖĞER, s.459.

gibi ika yerinin toplum düzenini de rencide edici niteliktedir⁶⁷. Kanaatimizcebugün, belirtilen ilgili sebepler nedeniyle müşterek milli kanun kuralının uygulanmasına itibar edilmemektedir.

1.2. Müşterek Mutad Mesken Hukuku

Haksız fiil taraflarının müşterek mutad meskenleri bulunması halinde, yakın bağlantılı olarak tazminat sorumluluğuna uygulanacak hukuk, müşterek mutad mesken hukukudur. Müşterek mutad mesken, milli hukuk kuralının aksine, son yıllarda milletlerarası sözleşmelerde genel kabul gören bağlama kuralı olmuştur⁶⁸. Mutad mesken kavramından tam olarak ne anlaşılması gerektiği ve yerleşim yeri kavramıyla karıştırılıyor olması üzerine pek çok tartışma yapılmıştır. Mutad mesken doktrinde, genel olarak kişinin gerçek hayat ilişkilerini sürdürdüğü, fiilen oturduğu ve oturmak isteği ve iradesinde olduğu yer olarak tanımlanmaktadır⁶⁹. Kısacası kişinin hayat ilişkilerini odakladığı yer, onun mutad meskenidir. Bu kavram, yerleşim yeri kavramı gibi hukuki nitelikte değildir; dolayısıyla uygulamada ancak belirli maddi delillere göre tespit edilebilmektedir⁷⁰. İkametgâh kavramı ise, her devletin hukukunda ayrı tanımlandığı için yorum farklarına sebep olabilmektedir; ancak mutad mesken, il ya da eyalet gibi bir mahal belirtmeksizin tespit edildiğinden⁷¹ yorum farklılıklarından söz edilmez.

Her somut olayın hal ve şartlarına göre değerlendirilen bağlama kuralı, bazı sözleşmelerde belirtilen özel hallerde, bazen de teamül haline geldiği belirli durumlar açısından doğrudan uygulanmaktadır. İş kazalarında mutad çalışma yeri hukukunun uygulanacağı yönündeki genel kural, teamül açısından bir örnek teşkil etmektedir⁷². Misal olarak, Almanya'da yaşayan iki Türk işçi arasında Türkiye'de gerçekleşen haksız fiil halinde, Alman Mahkemeleri, Alman Kanunlar İhtilafı Kuralları'na göre Alman hukukuna göre karar verecektir⁷³.

Haksız fiil bahsinde ise, şayet tarafların mutad meskenleri aynı devleti işaret etmekteyse, ortak mutad mesken hukuku uygulama alanı bulacaktır. Yine bir örnek vermek gerekirse; İstanbul'da mukim bir Türk vatandaşının, Bulgaristan'a gittiği iş

⁶⁷ GÖĞER, s.476.

⁶⁸ Alman Hukuku ve İsviçre Hukuku öncelikli bağlama kuralı olarak müşterek mutad mesken hukukunu seçmiştir. Söz konusu kural, AB'de Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak olan Roma 2 Tüzüğü'nde de görülebilir.

⁶⁹ ÖZKAN, Işıl. "Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi", Natürel Yayınları, Eylül 2004, s. 83.

⁷⁰ NOMER, s. 117; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 188.

⁷¹ Örneğin, doktora eğitimi için gidilen ülke hukuku da mutad mesken olabilmektedir.

⁷² NOMER, s.350.

⁷³ NOMER, s.355.

seyahati esnasında, İstanbul'da yaşayan ancak ailesini ziyarete Bulgaristan'a dönmüş olan bir Bulgar vatandaşına, işlerin yolunda gitmemesinin neden olduğu kızgınlıkla hakaret ettiği faraziyesinde; Bulgaristan'da açılan tazminat davasında yakın bağlantı noktaları uyarınca tarafların ortak mutad meskenleri olan Türk hukukunun uygulanması gerekecektir. Bu kural, her iki tarafın da hukuki öngörüsünü sağlamanın yanında, diğer bağlama kurallarına nazaran oluşabilecek adaletsizliklerin de önüne geçmiş olacaktır.

1.3. Üstün Devlet Menfaati

Daha sıkı bağlantılı hukukun tespitinde yararlanılan üçüncü yaklaşım, milletlerarası özel hukuk camiasında uygulamasına pek rastlanmayan üstün devlet menfaati kuralı olarak Amerika Birleşik Devletleri'nde ortaya çıkmıştır. Her ne kadar uygulanacak hukukun seçiminde yeni bir kural benimsenmemiş olsa da⁷⁴, bu kural ile ika yeri prensibinden tamamen vazgeçilerek, yetkili mahkemenin bağlı bulunduğu "devletin menfaati" (GovernmentalInterest)⁷⁵ üzerine hüküm kurulması yönünde içtihat oluşturulmuştur⁷⁶. 09.05.1963 tarihli *Babcock v. Jackson*⁷⁷ Davasında verilen New York Temyiz Mahkemesi kararında, New York'ta mukim üç kişinin Kanada'da seyahati esnasında sürücünün hâkimiyeti kaybederek karayoluna bitişik taş duvara çarpması sonucu meydana gelen kazada zarara uğrayan tarafın tazminat hakkına New York devletinin menfaatine dayanılarak New York hukuku uygulanmıştır⁷⁸. Hadisede Kanada'nın makul görülecek bir menfaati olmadığına göre ika yeri kuralının uygulanmasının bir anlamı da yoktur. New York'lu bir ailenin New York'lu bir şirkete karşı 5 yaşındaki çocuklarının ölümüne ilişkin açmış oldukları *Fornaro v. JillBros*⁷⁹ Davasında, şirket tarafından yalnızca kişisel alışveriş için organize edilen gezide misafir olan çocuğun aldığı ölümcül yaralanmalar, yine şirkete ait otomobilde iken meydana gelmiştir. Kaza New Jersey'de olmuştur. New Jersey kanunlarına göre⁸⁰, sürücüdenden kaynaklanan kazalarda araç sahibi ve yetkiyi veren şirketin sorumluluğuna gidilmemekte, aracı kullanan sürücü kazadan ve yaralanmalardan sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle New Jersey hukuku, şirketin de yaralanmalardan sorumlu tutulabilmesi için, sürücünün kazayı yaptığı esnada şirketin vermiş olduğu işi yapıyor olması gerekliliğini aramıştır. Bayan Jill'in, kaza gerçekleştiğinde şirketin işini

⁷⁴ TERZIAN, s.1302.

⁷⁵ Governmentalinterest kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TERZIAN, s.1316-1317.

⁷⁶ TERZIAN, s.1302.

⁷⁷ 191 N.E.2d 279 (N.Y. 09.05.1963) Babcock v. Jackson davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/babcock_jackson.htm.

⁷⁸ NOMER, s.355; ÇELİKEL/ERDEM, s.402, DICEY/MORRIS, II, s. 1503.

⁷⁹ 22 App. Div. 2d 695, 253 N.Y.S.2d 771 (1964).

⁸⁰ N.Y. VEHICLE & TRAFFIC LAW.

yapmıyor olması halinde New York hukuku uygulanabilir hale gelmeyeceğinden şirketin de sorumlu tutulamayacağı açıklamasına yer verilmiştir⁸¹.

*Reich v. Purcell*⁸² Davasında da benzer şekilde hüküm kurulmuştur. İka yeri kuralının kabulü, haksız fiilin işlendiği devlet ülkesinin kendi sınırları içindeki davranışları tanzimdeki menfaatine dayanmaktadır; sırf coğrafi esaslara dayanılarak bu kuralın işletilmesi ise kuralın amacıyla uyuşmamaktadır⁸³.

Konuyla alakalı *Long v. PanAmerican World AirwaysInc.*⁸⁴ ve *Dym v. Gordon*⁸⁵ davalarında da; haksız fiil ile ilgili devletlerden hadise ile daha yakın ilişki kuran ve üstün menfaati (superiorinterest) olan devletin kanununun uygulanması gerekliliğine karar verilmiştir⁸⁶. Bu anlayışa göre, ika yeri kuralının yanında ya da halin şartlarına göre onun yerine uygulanabilecek bağlama kuralının tayininde daha yakın ilişkili kural tespit edilirken alınacak kıstas olarak üstün devlet menfaati olan hukuk göz önünde bulundurularak müşterek mutad mesken hukukunun mu yoksa lexfori'nin mi uygulanacağına karar verilecektir⁸⁷. Ancak hâkimlere üstün menfaatin tayini konusunda böylesine geniş bir takdir yetkisi vermek, hukukun nesnelliğine zarar verme tehlikesi taşıyabilir.

Çok taraflı bağlama kurallarında uygulanacak hukuk belirlenirken daha sıkı ilişkinin tespitinde genel olarak yapılan eleştiri, hâkime bırakılan takdir yetkisinin sınırsız olmasıdır. Böyle bir uygulamada belirli kıstaslar ve objektif bağlama kuralları olmadığından hukuki güvenilirlikten söz edilemeyecektir. Bu sebeple söz konusu yakın bağlantı noktalarının, sabit bir objektif bağlama kuralının yanında yardımcı mahiyette uygulanması en makul çözüm olarak görülmektedir. Günümüz hukuk sistemlerinde ise daha sıkı irtibatlı hukuk kriterleri arasında en çok uygulama alanı bulan, ortak mutad mesken hukukudur.

2. Zarar Yeri Hukuku (LexLociDamni)

Haksız fiilin meydana geldiği yer ile sonuçlarının ortaya çıktığı yerin aynı olması durumunda ika yeri prensibini uygulamakta bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Ancak

⁸¹ TERZIAN, s.1303-1304.

⁸² 67 Cal. 2d 551, 432 P.2d 727, 63 Cal. Rptr. 31 (1967)davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. California LawReview, TheSupreme Court of California 1967-1968: Choice of Laws--I, 56 Cal. L. Rev. 1635 (1968); <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss6/8>.

⁸³ GÖĞER, s.489.

⁸⁴ 16 N.Y.2d 337 (N.Y. 1965) Long v. PanAmerican World AirwaysInc davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://casetext.com/case/long-v-pan-amer-world-airways>.

⁸⁵ 16 N.Y.2d 120, 122 (N.Y. 1965) DYM v. GORDONDavası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <https://casetext.com/case/dym-v-gordon>.

⁸⁶ TERZIAN, s.1305; GÖĞER, s.489.

⁸⁷ TERZIAN, s.1305-1307.

haksız fiil hareketinin yapıldığı yerden başka bir yerde zararın meydana gelmesi yahut sonucun başka bir ülkede ortaya çıkması durumunda haksız fiil yeri hukuku olarak hangi kriterin bağlama kuralı olacağı sorunu gündeme gelecektir. NOMER'in değimiyle⁸⁸; haksız fiilin işlendiği yer, *'kurşunun namludan çıktığı veya mektubun postaya verildiği yer mi, yoksa kurşunun isabet ettiği ya da mektubun okunduğu yer midir?'* sorusu huzura gelmektedir. Misal olarak; Almanya'dan Fransa'ya gidecek bir otomobile, henüz Almanya sınırlarındayken sabotaj amaçlı patlayıcı yerleştirilir ve araç Fransa'ya geçtikten sonra patlatılırsa hareketin yapıldığı yer ile zarar yeri farklı olduğundan birinin seçimi söz konusu olacaktır. Aynı şekilde, X ülkesinde yer alan bir fabrikanın atıklarını nehre bırakması sonucu nehirden sulama yapılan Y ülkesindeki ekinlerin telef olması halinde hangi ülke hukukunun haksız fiil yeri olarak uygulanacağı sorunu oluşmaktadır. Görüldüğü üzere bu tip haksız fiillerde, fiilin unsurları bir ülkede başlamış, başka bir devlet ülkesinde bitmiştir. Burada zarar yeri, doğrudan zararın meydana geldiği anda hakkın konusunun bulunduğu yerdir⁸⁹. Sonucun meydana geldiği yer, hukuken var olan bir değer doğrudan, maddi anlamda ve fiilen zarara uğradığı yere göre tespit edilmektedir. Yani haksız fiil neticesinde dolaylı olarak ya da manevi anlamda zararın meydana geldiği yer ülkesi, haksız fiile uygulanacak hukukun tespitinde bağlama kuralı olamayacaktır.

Zarar yeri uygulamasına ilişkin doktrinde en çok bahsedilen örneklerden bazılarına değinmek gerekirse;⁹⁰

ABD'nin West Virginia eyaletindeki bir yol inşaatı sırasında meydana gelen patlamada, Ohio'da bulunan bir mağaza hasara uğramış ve hasarın tazmininde zarar yeri olan Ohio hukuku uygulanmıştır.

Bir başka örnekte; Auckland (Quebec)'den New Hampshire'a giden bir lokomotifin, tahta köprüünün yanmasına neden olması sonucu köprüünün Kanada tarafında hasara uğrayan kısmına Quebec hukuku, Amerika tarafında hasara uğrayan kısmına ise New Hampshire hukuku uygulanmıştır.

Örneklerden de anlaşıldığı üzere, Amerikan hukukunda fiil yeri ile zarar yeri farklı devlet ülkelerinde bulunuyorsa zarar yeri hukuku uygulama alanı bulacaktır⁹¹. Anglo-Amerikan sisteminde *"lasteventrule"* olarak benimsenen bu esas, Fransız Hukukunda da kabul edilmiştir⁹².

Birazdan ayrıntılı olarak inceleneceği üzere Türk Hukuku da genel kural olarak ika yeri kuralını kabul etmesinin yanında, fiil yeri ile zarar yerinin farklı ülkelerde ol-

⁸⁸ NOMER, s.345.

⁸⁹ NOMER, s.346.

⁹⁰ GÖĞER, s.494; NOMER, s. 345-346; TEKİNALP, s. 431.

⁹¹ NOMER, s.346, TEKİNALP, s.431

⁹² GÖĞER, s.498, NOMER, s.346, TEKİNALP, s.431.

ması durumunda zarar yeri hukukunun uygulanacağını (MÖHUK, md.34/II) kabul etmiş, akit dışı borç ilişkilerine ilişkin Batı hukuklarında yer alan düzenlemeleri tek çatı altında toplayan Roma II Tüzüğü ise, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa, doğrudan zarar yeri hukukunu birincil kural olarak benimsemiştir (m. 4).

Alman Hukukunda ise, genel eğilim zarar görenin menfaatine olan hukukun uygulanması yönünde olduysa da⁹³ 1999'da yürürlüğe giren düzenleme ile fiil yeri ile zarar yeri arasındaki tercih hakkı zarar görene bırakılmıştır⁹⁴. Fransa ile Almanya arasındaki Sarre Nehri kenarında bulunan Fransız elektrik işletmesinin neden olduğu duman ve kir, nehrin diğer kıyısında bulunan açık hava Alman lokantasına zarar vermiş ve bu olayda Alman mahkemeleri, zarar gören için daha elverişli hukuk olan Fransız Hukukunu uygulamıştır⁹⁵.

Bazı durumlarda ise zararın meydana geldiği ülkede bir hukuki rejim bulunmaması nedeniyle zarar yeri hukukunun mutlak olarak tatbik edilmesi mümkün olmamaktadır. Güney veya Kuzey kutuplarından birinde meydana gelen haksız fiillerde⁹⁶ yahut sınır bölgelerinde ya da tarafsız bölgelerde zararın meydana geldiği durumlarda zarar yeri kriterini uygulamak güçleşeceğinden bu kuralı da yardımcı kurullarla birlikte uygulamak ve desteklemek en doğrusu olacaktır. Bu kapsamda geliştirilen formüllerden biri, milletlerarası sözleşme olmaması durumunda, uçakla yolculuk esnasında meydana gelen haksız fiillerde genel olarak haksız fiil yeri ülkesinin, belirlenemiyorsa sicil yeri hukukunun uygulanması; deniz üzerinde meydana gelen çatismalarda ise zarara uğrayan geminin bayrak hukukunun, her iki geminin de zarara uğraması halinde müşterek bayrak veya sicil yeri hukukunun uygulanmasıdır⁹⁷.

Zarar yeri kuralı, zamanla gerek doktrinde gerekse ulusal ve uluslararası düzenlemelerde oldukça popüler bir görüş haline gelmiştir. Söz konusu kuralın bu kadar ilgi çekmesinin sebebi, zarar unsurunun, haksız fiilin tazminat sorumluluğunda kilit unsur olarak rol almasından kaynaklanmaktadır. Bir eylemin zarar meydana getirmediği, yani teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda, ceza hukuku bakımından suça teşebbüs, failin cezalandırılması için yeterli iken, sorumluluk hukukunda zarar vermeye teşebbüs, tazminat borcunu doğurmaz. Sonuçtan yoksun soyut bir kusur, tazminat hakkı bahşetmemektedir⁹⁸. Bu nedenle, bir haksız fiil sonucunda zararın meydana geldiği durumlarda bağlama kuralı olarak zarar yeri hukukunun önemi ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda hukuken korunan menfaatin zarara uğradığı yer, kamu düzeninin yeniden sağlanabilmesi ve haksız fiilin tazmini için en geçerli sebebi

⁹³ TEKİNALP, s.432; Alman Yargıtay uygulaması için bkz. GÖĞER, s.496.

⁹⁴ EGBGB m.40 I.

⁹⁵ NOMER, s.346.

⁹⁶ GÖĞER, s.480.

⁹⁷ NOMER, s.347; TEKİNALP, s.444-445.

⁹⁸ EREN Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.Baskı, Ankara 2015, s. 520.

oluşturması nedeniyle tercih edilmektedir. Bu kural, aynı zamanda bir objektif bağlama kuralıdır ve nesnel sonuçlar sağlama imkânı sunmaktadır. Kusur ya da tehlike sorumluluğu olmasının ise herhangi bir önemi yoktur.

3. Diğer Kriterler

Haksız fiile uygulanacak hukukun belirlenmesi noktasında açıklamaya çalıştığımız bağlama kriterleri yanında, birkaç kurala daha başvurulmaktadır. Bu kurallardan failin mutad meskeni ile mağdurun (mutazarrırın) yerleşim yeri, yeterince objektif olamaması nedeniyle pek taraftar bulamamış; kamu düzeni gereklilikleri, emredici hukuk kuralları ve taraflarca seçilen hukuk ise başvuru temel yardımcı kuralları olmuştur.

3.1. Failin Mutad Meskeni ve Mağdurun Yerleşim Yeri

Failin mutad meskeni ve mağdurun yerleşim yeri kuralları, yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, taraflar arasında hak dengesini gözetemeyeceğinden pek uygulama alanı bulamamıştır. Failin mutad meskeni hukuku, zarar gören aleyhine hükümler barındırabileceği gibi, aynı durum fail açısından mağdurun yerleşim yeri hukukunun uygulanmasında da söz konusu olacaktır. Bağlama kurallarından, mağdurun yerleşim yeri hukukunun uygulanmasını mümkün gören DEBOER'e karşılık görüş bildiren TURHAN, yerleşim yeri irtibat noktasının ancak kişisel halden doğan ihtilaflarda rol oynayabileceğini ve haksız fiilde bağlama kuralı olamayacağını ileri sürmüştür⁹⁹.

3.2. Taraflarca Seçilen Hukuk

Taraflarca seçilen hukuk kriteri, bugün uygulamasına fazlaca rastlanılan kuralardan biridir. Öyle ki Roma II Tüzüğü de öncelikli olarak taraflarca usulüne uygun bir hukuk seçimi var ise bunun uygulanması gerektiğini düzenlemiştir (md.14). Bu görüşü ortaya atan Alman Hukukçu RAAPE, özel hukukun temel prensiplerinden olan irade serbestisini haksız fiil alanına da uygulayarak tarafların iradelerine yetki tanımak gerektiğini ileri sürmüştür; ancak kamu düzeni kaideleri ve tarafların haksız fiil olayından sonra anlaşabilmesinin güçlüğü sebebiyle döneminde çokça tepki almıştır¹⁰⁰. Yine de söz konusu görüş, günümüz hukuk sistemlerinde kabul görme başarısını elde etmiştir.

Milletlerarası gelişmelere uygun olarak Türk hukukunda da sınırlı bir seçim hakkı tanınmıştır; taraflar, haksız fiil meydana geldikten sonra uygulanacak hukuku

⁹⁹ TURHAN (DE BOER), s.293.

¹⁰⁰ RAAPE Leo, Internationales Privatrecht, 5. Bası, Berlin/Frankfurt a. M. 1961, s. 579-580 için bkz; GÖĞER, s.485-486.

açık olarak seçebilmektedirler(md.34/V). Bu seçim, açık şekilde olmak zorundadır, zımnî hukuk seçimi haksız fiiller açısından Türk Milletlerarası Hukukunda kabul edilmemiştir¹⁰¹. Bilindiği üzere, tarafların haksız fiil meydana gelmeden önce hukuk seçebilmesi oldukça zor ve hatta bazen imkânsızdır. Bu nedenle akdi bir ilişki dışında meydana gelen haksız fiillerde ancak zarar meydana geldikten sonra hukuk seçimine müsaade edilmiştir. Ancak hukuk seçimini şarta bağlamak, uygulanacak hukukun önceden bilinmemesi durumunu doğuracağından öğretide bazı yazarlarca eleştirilmektedir¹⁰².

Kurala göre, tarafların seçtikleri hukuk, haksız fiile birinci derecede uygulanmalıdır. Eğer ki bir seçim yapılmamışsa, sistemde mevcut olan objektif bağlama kuralının uygulanması gerekmektedir¹⁰³. Böylece hem taraf iradesine üstünlük tanınacak hem de mevcut bağlama kuralı ile hukuki güvenilirlik sağlanmış olacaktır.

3.3. Doğrudan Uygulanan Hukuk Kuralları

Genel olarak incelendiğinde bağlama kurallarının tek başına uygulaması, kamu düzeni, emniyet ve asayişin yerine getirilmesi ile taraf menfaatleri konusunda eleştirilmiş ve dengeyi kuracak en uygun bağlama kuralı oluşturulmaya çalışılmıştır. Uygulanacak hukukun tesisinde, davanın görüldüğü memleketten başka yabancı bir memleketin mevzuat hükümlerinin dava konusu uyumsuzluğa uygulanacak olması, pek tabii ki dava ülkesinin yargısını hiçe saymak anlamına gelmemektedir. Aksi halde, davanın görüldüğü mahkemenin tabi bulunduğu yargı sistemi içindeki hukukun ne saygınlığı ne de güvenilirliği kalmış olacaktır. Bu sebeple, yukarıda ayrıntılı olarak incelediğimiz bağlama noktalarının yanında, mahkemenin hukukunun olmazsa olmaz hükümlerini koruyucu bir düzene ihtiyaç duyulmuştur.

Emniyet ve asayişin sağlanması noktasında, pek çok hukuk sisteminde hukuk seçimiyle veya objektif bağlama kurallarıyla uygulanması bertaraf edilemeyecek kurallar düzenlenmiştir¹⁰⁴. Millî ekonomik sistemi korumak ve devletin sosyal ve politik hedeflerine ulaşmak için getirilmiş¹⁰⁵ olan bu kurallar, Roma Sözleşmesi ve Roma I ve II Tüzüğü'nde, "Üstünlüğü Olan Emredici Hükümler" (OverridingMandator-

¹⁰¹ ÇELİKEL/ERDEM, s.403.

¹⁰² Eleştiri için bkz. NOMER, s.351.

¹⁰³ TEKİNALP, s.435.

¹⁰⁴ **ERKAN, Mustafa.** "MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Sayı 2. 2011, s.84; **ELÇİN, Doğa.** Ata SAKMAR' a Armağan: "Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1 Beta, İstanbul, 2012 s.329.

¹⁰⁵ ELÇİN, s.331

yProvisions) olarak ifade edilmiştir¹⁰⁶. Türk Hukukunda¹⁰⁷ ise doğrudan uygulanan kurallar olarak anılan bu kavram, taraflar arasındaki bir sözleşmeyle istisna edilemeyen, sınırlanamayan ve değiştirilemeyen hukuk kuralları olmanın yanında¹⁰⁸, ekonomik, sosyal ve politik düzenin korunması için devletin ülkesinde bulunan bütün kişilere ve hukukî ilişkilere kesin olarak uygulanması gereken millî hükümler olarak düzenlenmiştir¹⁰⁹. Temel amacı kamu menfaatlerini korumak olan doğrudan uygulanan (müdahaleci) kurallar, bu amacı gerçekleştirebilmek için seçilen hukuktan veya objektif bağlama sonucu tespit edilmiş olan hukuktan bağımsız olarak kendilerine uygulama alanı bulurlar ve yabancı unsurlu olsun olmasın ülke ile irtibatlı olan her olaya uygulanırlar¹¹⁰.

Bir bağlama kriteri niteliğinde olmayan devletin doğrudan uygulanan kuralları, tüm bağlama noktalarının yanında göz önünde bulundurulmak zorunda olunan, üstün ve denetleyici bir karaktere sahiptir. Doğrudan uygulanan hukuk kuralları ile mevcut kamu düzeni ve devlet politikaları korunmak istenmiştir. Bu sebeple kamu hukuku karakterli emredici hükümler olarak da adlandırılan doğrudan uygulanan kurallar, kendilerine aykırı işlemleri hukuken geçersiz kılarak aslında devletlerin egemenlik hakkından doğan yetkilerini kullanmasını sağlamayı hedef edinmiştir¹¹¹.

Doğrudan uygulanan kuralların hukuki niteliğine ilişkin Roma I Tüzüğünde yapılan tanımlama ile *“devletin sosyal, ekonomik veya politik yapısı gibi kamu menfaatinin korunmasını gerekli kılan, o ülke tarafından bu kuralların kapsamına giren her türlü durumda, işbu Tüzük uyarınca uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın, uygulanacak derecede önemli görülen kurallar”*¹¹² şeklinde ifade edilerek uygulanma bakımından üstünlük kriteri vurgulanmıştır.

Akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tayini açısından ise Roma II Tüzüğü'nün 16.maddesinde ise; Tüzükte belirtilen hiçbir kuralın, forum ülkesinde

¹⁰⁶ ELÇİN, s.330; Roma I Tüzüğü m.9/1; Roma II Tüzüğü m.16.

¹⁰⁷ 5718 Sayılı MÖHUK m.6.

¹⁰⁸ **ERDEM, Bahadır**. “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk”, Koç Üniversitesi, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nusret -Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010, s. 102.

¹⁰⁹ ELÇİN, s.333.

¹¹⁰ ERKAN, s.84.

¹¹¹ Benzer yönde bkz. ERKAN, s.86.

¹¹² **KOCASAKAL, Hatice Özdemir**. “Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri”, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul, 2001, s.12; **BOZKURT BALKAR, Süheyla**. Atasakmar' a Armağan: “Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1 Beta, İstanbul, 2012, s.165; aynı yönde bkz. ERKAN, s.83-84; ERDEM, s. 102.

doğrudan uygulanan kuralları bertaraf edemeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu üstün-
lük vurgusunun, emredici hükümlerin kamu menfaati ile olan güçlü bağından kay-
naklandığı söylenebilmektedir¹¹³. Şöyle ki, doğrudan uygulanan kurallar, kamu veya
özel hukuk karakterli, emredici veya düzenleyici olabilir; ancak önemli olan, kuralın
konulmasındaki amaçtır. Kural, ülke ile bağlantısı olan her olay ve ilişkiye uygulan-
mak üzere konulmuş ise, bu durum, kuralın doğrudan uygulanan bir kural olması
için yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, kuralın ağırlıklı olarak kamu menfaatine hizmet
eder karakterde olması gerekir¹¹⁴.

II. Güncel Mevzuat Bağlamında Haksız Fiil Sorumluluğu

Mesafe haksız fiiline uygulanacak hukukun tespitinde ika yeri kriterini menfa-
atler dengesi bakımından yetersiz bulan Avrupa Hukuk sistemi, bu kuralı dışarıda
bırakarak zarar yeri kriterini kabul etmiştir. Bununla birlikte, hakkaniyet açısından
tüm haksız fiil tipleri için genel bir kuralı benimsemek oldukça zor olduğundan, hem
Türk Hukukunda hem de Avrupa Hukuk sisteminde, zaman içinde bazı özel haksız
fiillere özgü kurallar getirilmiştir. Kişisel hakların ihlalden doğan sorumluluk, ima-
latçının sorumluluğu, haksız rekabet halinde sorumluluk, fikri mülkiyet haklarının
ihlali, basın-yayın organları yoluyla işlenen fiillerde sorumluluk gibi¹¹⁵ ika yeri hu-
kukunun istisnalarından doğduğu kabul edilen bu kurallar tahdidi olarak belirlenmiş
ve ayrı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Böylece pürüzler törpülenmiş ve yeknesak bir
sistem için genel kuralların yanında, yıllar boyu geliştirilen istisnalar kabul edilerek,
bugüne kadar ortaya atılan tüm makul kriterler tek bir çatı altında toplanmıştır. Söz
konusu çatı hüküm, Avrupa Hukuk sisteminde Roma II Tüzüğü; Türk Hukukunda
ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m.34
ve devamı hükümlerinden oluşmaktadır.

A. Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki AB Tüzüğü (Roma II)

Amsterdam Antlaşmasıyla Kanunlar ihtilafı alanında düzenleme yapma yetkisi-
ne kavuşan¹¹⁶ Avrupa Birliği (eski ismiyle Avrupa Topluluğu), akdi borç ilişkilerine

¹¹³ ELÇİN, s.338.

¹¹⁴ Bkz. ERKAN, s.91.

¹¹⁵ Tüzükte yer alan özel haksız fiil tipleri şunlardır; İmal edilen şeyden sorumluluk (m.5), haksız rekabet ve serbest rekabetin kısıtlanması (m.6), çevresel zararlar (m.7), fikri mülkiyet haklarının ihlali (m.8), endüstriyel güç kullanımı sonucu zarar sorumluluğu (m.9), sebepsiz zenginleşme (m.10), Vekâletsiz iş görme (m.11), alacağın kanuni temlik (m.19) ve Culpa in Contrahendo sorumluluğudur.

¹¹⁶ Amsterdam Antlaşması m.65; bkz. **TARMAN, Zeynep Derya**. "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (ROMA II)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008-2, Cilt 57, s.194; KÖSEYENER, S.150.

uygulanacak hukuk ile mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizine ilişkin çalışmaların hemen akabinde akit dışı borç ilişkilerine¹¹⁷ ağırlık vermiştir. Bu çalışmaların sonucu olarak, kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacını taşıyan¹¹⁸ Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Tüzüğü¹¹⁹, 2009 yılında yürürlüğe girerek haksız fiile uygulanacak hukuk konusunda; genel bir bağlama kuralı(m.4), akit dışı borç ilişkileri bakımından ise özel bağlama kuralları (m.5-9) ve bir takım istisnalar getirmiştir¹²⁰. Bununla birlikte taraf iradesi esas alınarak seçilen hukukun uygulanmasına öncelik tanınmış, hukuk seçimi olmadığı takdirde genel bağlama kuralı olarak zarar yeri hukuku; ancak müşterek mutad mesken bulunması halinde istisna olarak mutad mesken hukuku ve her halde daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunması durumunda en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı belirtilerek istisnai düzenlemelere de yer verilmiştir.

Tüzüğün, haksız fiillere uygulanacak hukuk noktasında esas aldığı bağlama kuralı, doğrudan zararın meydana geldiği yer-lexlocidamni- kuralıdır. Düzenlemenin yer aldığı 4.maddeye göre; *“haksız fiillere uygulanacak hukuk, doğrudan zararın meydana geldiği yer hukukudur”*. Devamında, zararın meydana geldiği yerin, aynı zamanda meydana geleceği yer kavramını da ifade ettiği belirtilmiştir. Tüzük tasarisında bu husus daha da ayrıntılı açıklanmıştır. Tasarıya göre; *“akit dışı sorumluluğa uygulanacak hukuk, zarara neden olan olayın meydana geldiği ülkeye ve olayın dolaylı neticelerinin doğduğu ülke/ülkelere bakılmaksızın, zararın meydana geldiği veya zararın muhtemel doğduğu ülkenin hukukudur.”*¹²¹ Burada önemli olan ifade, ‘doğrudan zarardır’. X ülkesinde yediği tavuktan zehirlenen kişi Y ülkesinde rahatsızlanır ve ölürse, ölen kişinin yakınlarının tazminat talepleri dolaylı zarar kapsamında değerlendirileceğinden zarar yani sonuç yeri dikkate alınmayacak ve X ülkesi hukuku uygulama alanı bulacaktır¹²².

Belirtmek gerekir ki Tüzükte esas alınan kural olmasına rağmen zarar yeri kuralı öncelik sahibi değildir. Yabancılık unsuru taşıyan bir mesafe haksız fiiline ilişkin uyuşmazlığa uygulanacak hukukun tespitinde mahkemenin dikkat edeceği ilk husus,

¹¹⁷ Ticari ve özel hukuka ilişkin akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak Tüzüğün önsözünün 11. maddesinde, hangi hukuk ilişkilerinin akit dışı sayılacağı belirtilmiştir.

¹¹⁸ KÖSEYENER, s.152.

¹¹⁹ 864/2007 sayılı Roma II Tüzüğü, AB’ye üye ülkelerde doğrudan uygulanan ve doğrudan etkiye sahip olan bir mevzuattır ve AB hukukunun üye devlet hukuklarına olan üstünlüğü nedeniyle öncelikli olarak uygulanmaktadır. Tüzüğün ikinci kısmı haksız fiillere ilişkin hükümler içermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜVEN, Pelin**. Ata SAKMAR’ a Armağan: “Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2011/1, Beta, İstanbul, 2012, s.430.

¹²⁰ TARMAN, s.194, TEKİNALP, s.456.

¹²¹ KÖSEYENER, s.161.

¹²² Benzer örnek için bkz. TARMAN, s.199.

tarafar arasında usulüne uygun bir hukuk seçiminin olup olmadığıdır. 14.maddede yer alan ilgili düzenlemeye göre; tarafların hukuk seçimi açıkça yahut olayın şartlarından tereddüde mahal vermeyecek şekilde anlaşıldığı takdirde geçerli olabilecektir. Madde metninden anlaşıldığı üzere, hukuk seçiminin açık şekilde yapılmasının yanında zımnî hukuk seçimine de izin verilmiştir. Maddenin devamında hukuk seçiminin ne şekilde yapılacağı da düzenlenerek taraflar arasındaki şartlar dengede tutulmaya çalışılmıştır¹²³. Buna göre zarara sebebiyet veren olaydan önce hukuk seçimi yapılabilmesi için; tarafların ticari bir faaliyet içindeyken akdettikleri bir sözleşme ile uygulanacak hukuku belirlemiş olmaları gerekmektedir. Dikkat edilmesi gereken nokta, her iki tarafında tacir olması, ticari bir faaliyet içinde bulunmaları ve sözleşmenin serbestçe müzakere edilmiş olması şartlarının birlikte bulunması gerekliliğidir. Burada, genel işlem şartlarının dışlandığı rahatlıkla görülebilir. Hukuk seçimine imkân tanınan bir diğer hal, zarara sebebiyet veren olaydan sonra tarafların bir araya gelerek özgür iradeleriyle uygulanacak hukuku seçmeleri olarak düzenlenmiştir¹²⁴.

Tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları halinde Tüzüğün tanımış olduğu bağlama kuralları bertaraf edilmiş olmaktadır¹²⁵. Ancak söz konusu Tüzüğün 16.maddesi ile davanın görüldüğü ülke mahkemesinin üstün emredici hükümlerine (doğrudan uygulanan kurallar) yer verilmiştir. Toplumun genel çıkarlarını ve kamu düzenini sağlayan doğrudan uygulanan kurallar¹²⁶, kişilerin aksine düzenleme yapamayacağı ve bertaraf edilemez hukuk kurallarıdır. Bu sebeple, doğrudan uygulanan kurallara aykırılık teşkil eden hukukî işlem ya da davranışlar, davanın görüldüğü ülke mahkemesinin hukuk düzeni tarafından kabul edilmezler. Haksız fiil alanında da daha sıkı irtibatlı olunan ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, hukuk seçimiyle bertaraf edilemeyecektir. Anılan hüküm ile taraflarca yapılan hukuk seçiminin, haksız fiilin meydana geldiği devlet mahkemesinin hukukundan (lexfori) kurtulmak için bir kaçış klozu olarak kullanılması engellenmek istenmiştir. Belirtmek gerekir ki mahkemenin emredici hukuk kuralları, ayrıca uygulanması gereken bir bağlama noktası değil; Tüzük kapsamına giren ihtilaflarda uygulanacak bağlama kurallarını denetleyen bir mekanizmadır¹²⁷. O halde madde 16'nın, hem 4. maddenin hem de 14. maddenin uygulanması esnasında dikkate alınacağı gözden kaçmamalıdır. Anlaşıldığı üzere kanunlar ihtilafının en temel prensibi olan kamu düzeni açısından nihai tatmin, ancak m. 16'nın varlığıyla sağlanabilmiştir.

Taraflarca seçilmiş bir hukuk bulunamamış ise, genel bağlama kuralı uygulan-

¹²³ Tüzüğün önsözünde yer alan 31. Maddeye göre, zayıf olanı koruma düşüncesi yer almaktadır.

¹²⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s.405; TARMAN, s.202; TEKİNALP, s.457.

¹²⁵ TARMAN, s.203.

¹²⁶ Eski düzenlemelerde Emniyet-Asayiş ve Yürütme kuralları olarak da geçmektedir; ayrıntılı bilgi için bkz. KOCASAKAL, s.1.

¹²⁷ TARMAN, s.201.

madan önce istisnai hükümlerin uygulanmasını gerektirecek bir özelliğin var olup olmadığı araştırılacaktır. Roma II. Tüzüğü'nün 4.maddenin 2. fıkrası, zararın meydana geldiği anda tarafların ortak mutad mesken hukuku bulunması halinde, esas kural yerine istisnai olarak ortak mutad mesken hukukunun uygulanacağını düzenlemektedir. Burada, haksız fiilin hareket yeri ile zarar yerinin farklı olması ve başkaca yakın ilişki kuran bir irtibat noktasına rastlanılamaması durumunda en yakın ilişkiyi oluşturan bağlama noktasına yani ortak mutad mesken hukukuna başvurulmaktadır. Tüzüğün 23.maddesinde, mutad mesken kavramından ne anlaşılması gerektiği sayılmış; tüzel kişiler için esas idare merkezi, gerçek kişiler için ise işlerin yürütüldüğü esas iş yeri mutad mesken olarak tanımlanmıştır. Ayrıca tüzel kişiliğe bağlı bir acente yahut şubenin işlemlerinden kaynaklanan haksız fiillerde mutad mesken hukuku, işlemi yapan acente ya da şubenin bulunduğu yer hukuku olarak belirtilmiştir (m.23/1-b.2).

Bir genel kural ve bir istisna kuralının yanında bir de kaçış klozu getiren 4.madde hükmü, uygulanacak hukuk anlamında farklı bir yapı oluşturmuştur. Bu kural uyarınca; halin bütün şartlarına göre daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilirse, 4.maddenin 1 ve 2. fıkra hükümleri yerine¹²⁸ haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuk olarak daha sıkı ilişkili yer esas alınacaktır (m.4/3). Daha sıkı bağlantının tespitine ilişkin önceki bölümde ilgili başlık altında yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir. Ancak belirtmek gerekir ki taraflar arasında haksız fiil ile bağlantılı olarak sözleşmeye dayanan bir ilişki var ise, sözleşmeye uygulanacak hukuk, aynı zamanda daha sıkı bağlantılı hukuk olarak tatbik edilecektir. Esasen bu genel istisna, olayın ağırlık merkezini yansıtan hukuku uygulayabilmesi için mahkemeye esneklik sağlayarak katı kuralı uyarılama hususunda yetki vermektedir.¹²⁹ Yine de bu kurala ilişkin kesin çizgilerle konuşmak bir hayli zordur, çünkü hâkimin geniş takdir yetkisi varlığını korumaya devam etmektedir.

Netice itibarıyla yabancılık unsuru içeren bir haksız fiil uyuşmazlığı hâkimin önüne geldiğinde, Tüzüğün uygulama alanı dâhilinde bir uyuşmazlık söz konusu ise ilk olarak geçerli bir hukuk seçimi (m.14) olup olmadığı tespit edilecektir. İkinci olarak, uyuşmazlık konusunun özel akit dışı borç ilişkileri (m.5-m.9) alanında olup olmadığına bakılacaktır. Eğer ki hukuk seçimi yok ise ve özel tip borç ilişkisi de bulunamamışsa, tarafların ortak mutad meskeni (m.4/2) araştırılacak ve bulunması halinde ortak mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Ortak mutad meskenin de bulunmaması halinde genel bağlama kuralı olan zarar yeri hukuku (m.4/1) tatbik edilecektir. Ancak her halde daha sıkı irtibatlı bir hukuk bulunuyor ise, uygulanacak hukuk en sıkı ilişkili hukuk (m.4/3) olacaktır. Tüm bu kurallar uygulanırken ise dikkat edilecek çerçeve kural, haksız fiilin meydana geldiği yer hukukunun müdahaleci kuralları (m.16) olacaktır.

¹²⁸ Roma II Tüzük önsözü, m.18.

¹²⁹ KÖSEYENER, s.163.

B. Türk Milletlerarası Özel Hukuku

Türk hukuku, yabancılik unsuru içeren haksız fiillerde mukayeseli hukuktaki güncel gelişmeleri takip etmiş olsa da kökleşmiş ika yeri fikrinden vazgeçebilmiş değildir. 1330 tarihli Muvakkat Kanun'da¹³⁰ yer alan ika yeri kuralı, mülga olan 2675 sayılı MÖHUK ve yürürlükteki kanun olan 5718 sayılı MÖHUK' ta yer almaya devam etmektedir. Ancak Anglo-Amerikan hukuk sistemi *Babcock Davası* ile 1960'lı yıllardan bu yana, Kara Avrupası sistemi ise en güncel mevzuatları olan Roma II Tüzüğü ile ika yeri prensibini geride bırakmıştır. Bu gelişmelere paralel olarak Türk Hukuk sistemi, ika yeri kriterinden külliyen vazgeçmemiş, ancak yumuşatıcı unsurlar ile harmanlayarak daha adil çözümler sunan bir bağlama hükmü oluşturmuştur.

1982 yılında 2675 s. Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra, Türkiye, milletlerarası alanda bazı sözleşmelere taraf olmuş ve öncelikli uygulanan sözleşme hükümleri¹³¹ nedeniyle bazı Kanun hükümleri ikincil duruma düşmüştür¹³². Türkiye ile Avrupa Birliği arasında gelişen üyelik sürecinde mevzuat uyumlaştırmasının zorunlu kılınması ise, yeni bir milletlerarası özel hukuk düzenlemesine duyulan ihtiyaç fikrini pekiştirmiştir. Bu kapsamda kabul edilen 5718 sayılı MÖHUK ile sözleşmelere getirilen bağlama kurallarının yanında, haksız fiillere de yeni bağlama kuralları getirilmiştir. 2007 tarihli yeni kanunda; genel olarak haksız fiillere ilişkin bir bağlama kuralının yanı sıra; eski kanundan farklı olarak, kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi gibi bazı özel haksız fiil türleriyle ilgili ayrı bağlama kuralları getirilmiştir.

2007 tarihli ve 5718 sayılı MÖHUK, mülga Kanun olan 1982 tarih ve 2675 sayılı MÖHUK'tan farklı olarak haksız fiil alanında iki yeni kriter getirmiştir¹³³. Genel prensip olarak, haksız fiillerden doğan borçların fiilin işlendiği ülke hukukuna tabi olacağı kabul edilmiştir (m.34/1). Bu yönüyle Türk Hukuku, AB'de hukukların uyumlaştırılması amacını taşıyan Roma II Tüzüğünden ayrılmaktadır. Zarar yeri kriterini genel olarak kabul eden Tüzük hükmüne karşılık MÖHUK, ika yeri kriterini benimsemiş ancak ika yeri ile zarar yerinin farklı olması halinde zarar yeri hukukunun birincil derecede uygulama alanı bulacağına yer vererek (m.34/2) bir anlamda Tüzük hükümlerine yaklaşmıştır.

¹³⁰ 23.02.1330 Tarihli "Memaliki Osmaniyede Bulunan Ecnebinin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun"a mehzaz teşkil eden 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'nun 3/1. maddesi; "Emniyet ve asayişe tabi kanunlar, ülkede bulunan herkes hakkında geçerlidir" şeklinde düzenlenmiştir. Kanunun 3/2.maddesi ise mülk ilik prensibi kabul açıkça kabul etmiştir. Buna paralel olarak 1330 tarihli muvakkat kanun hükümleri şöyle düzenlenmiştir; "Emniyet ve asayişe memlekete taalluk eden kaffeikavanin ve nizamatı Devleti Aliye, Memaliki Osmaniyede bulunan bilcümle ecanip hakkında dahi meridir". Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖĞER, s.454 ve 470, ELÇİN, s.335.

¹³¹ Bkz. T.C. Anayasası m.90.

¹³² GÜVEN, s.444.

¹³³ ÇELİKEL/ERDEM, s.398; TEKİNALP, s.438.

Türk hukukunda ika yeri prensibinin kabul edilmesinin en kuvvetli dayanağı, bozulan kamu düzeni ve asayişin ancak ika yeri hukukunun uygulanması ile sağlanmış olacağı ve haksız fiil ile en yakın ilişkiyi kuran hukukun yine ika yeri hukuku olacağı fikridir¹³⁴.

Kanununun 34.maddesinin 3.fıkrasında; “haksız fiilden doğan borç ilişkilerinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanır” denilmekle birlikte Amerikan hukuku menşeli ve Roma II Tüzüğünde yer alan kaçış klozu, çağın şartlarına uygun olarak kabul edilmiştir. Önceki kanunda da yer alan bu kural, ihtiyarilikten arındırılarak 5718 sayılı MÖHUK ile zorunlu hale getirilmiştir. Yani artık daha sıkı bağlantılı bir hukuk tespit edildiğinde, bağlama kuralı olarak o hukukun uygulanmasına yer verilecektir.

MÖHUK’ un uygulamasında yer verilen son iki fıkra hükmü, yukarıda da bahsettiğimiz üzere daha önce uygulaması olmayan düzenlemelerdir. Düzenlemelerden biri, eğer şartları oluştuysa mağdurun, failin sigortacısına doğrudan başvuru hakkıdır¹³⁵. Madde metnine göre; “haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir.” (m.34/4). Maddeden de anlaşıldığı gibi zarar görenin sigortacısına başvurabilmesi için söz konusu imkânın, haksız fiile uygulanacak hukuk veya sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuk tarafından tanınması gerekmektedir. Eğer ki başvuru imkânı haksız fiile uygulanan hukukça tanınmışsa haksız fiil statüsü, sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukça tanınmışsa sigorta statüsü uygulanacaktır¹³⁶.

Yeni getirilen hükümlerden bir diğeri, taraf iradesine üstünlük tanıyan hukuk seçme imkânıdır. Hüküm gereği taraflar, haksız fiil meydana geldikten sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilmektedirler (m.34/5). İlgili düzenlemeyle kanunlar ihtilafı alanında haksız fiillere ilişkin uyuşmazlıklarda zımni hukuk seçimi reddedilmiş, yalnızca açıkça yapılan hukuk seçimi kabul görmüştür. Bu hüküm ile Türk Hukuku, borçlar hukuku sözleşmelerindeki durumdan ve yine zımni hukuk seçimine imkân tanıyan Roma II Tüzüğünden ayrılmaktadır. Bununla birlikte, iki yasal düzenleme arasındaki bir diğer fark, Türk hukukunda haksız fiil meydana gelmeden önce tarafların yaptıkları hukuk seçimine hiçbir şekilde olanak sağlanmıyor olmasıdır. Hukuk seçiminin böylesine kısıtlı tutulması, uygulanabilirlikten uzak olmanın yanı sıra mukayeseli hukuktaki gelişime duyarsız kalmamak adına düzenlenmiş göstermelik bir hüküm algısı uyandırmaktadır.

34. madde ile belirtilen söz konusu kuralların dışında -Roma II Tüzüğünde de bahsettiğimize benzer şekilde-korunması gereken menfaatlerin farklılık gösterdiği özel bazı akit dışı borçlar vardır ki burada haksız fiilin en sıkı irtibatlı olduğu hukuk,

¹³⁴ ÇELİKEL/ERDEM, s.398.

¹³⁵ TEKİNALP, s.438; ÇELİKEL/ERDEM, s.402; NOMER, s.351.

¹³⁶ NOMER, s.251; ÇELİKEL/ERDEM, s.402.

ne fiilin işlendiği yer ne de zararın meydana geldiği yerdir¹³⁷. Bilindiği üzere, ika yeri hukukunun uygulanmasının hizmet ettiği temel amaç, bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanmasıdır; ancak imal edilen şeyden sorumluluk yahut basın, internet gibi vasıtalarla işlenen haksız fiillerde zararın tazmin edilebilirliği de göz önüne alınarak hüküm kurulması en doğrusu olacaktır¹³⁸. Bu nedenle hükmün tenfizinin güç olduğu eski dönemlerde, genel olarak failin malvarlığının bulunduğu ülkede dava görülmüş ve hâkimin hukukunun uygulanması söz konusu olmuştur. Ancak bu sorunlar uluslararası anlaşmalarla aşılmış ve günümüzde hükmün tenfizine ilişkin çıkabilecek problemler önemli ölçüde azaltılmıştır¹³⁹. O halde, özel haksız fiil bağlama kurallarına ne derece ihtiyaç duyulduğu sorusu akla gelecektir. Yukarıdaki açıklamalarımızdan sonra bu soruya cevap olarak, ika yeri ya da zarar yeri kuralının tüm haksız fiil türlerine doğrudan uygulanması halinde, tesadüfi mahiyette sonuçlar ortaya çıkacağı görüşünün ağırlık kazandığı söylenebilecektir. Özellikle malın hareketli olmasını göz önünde tutan görüş, imalatçının sorumluluğu bakımından aynı kuralın kabul edilmesi durumunda tesadüfi ülke hukuklarıyla karşılaşılabileceğini belirtmiştir¹⁴⁰.

Roma II Tüzüğü ile paralel bir düzenlemeye daha yer veren Türk hukukunda, doğrudan uygulanan kurallar metodu, 5718 sayılı MÖHUK'un yürürlüğe girmesiyle pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. İç maddi hukuka ilişkin düzenleme, "Genel Hükümler" başlığı altında 6.maddede yer almaktadır. Madde hükmü ile; "*Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o ku-*

¹³⁷ **GELGEL, Günseli Öztekin.** "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi", Beta, İstanbul, 2006, s.118.

¹³⁸ GÖĞER, s.484.

¹³⁹ MÖHUK kanunlar ihtilafı kuralları, milletlerarası usul hukuku ve yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını ve tenfizi düzenler. Türkiye, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde karşılıklılık hakkında, İtalya, Romanya, Türkiye Cumhuriyeti Tunus, Kuzey Kıbrıs, Polonya, Avusturya, Irak, Azerbaycan, Çin, Gürcistan, Arnavutluk, Kazakistan, Makedonya, Mısır, Moldova, Hırvatistan, Kuveyt, Tacikistan ülkeleriyle adli yardım sözleşmeleri olmak üzere iki taraflı anlaşmalar imzalamış ve onaylamıştır. Yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin ana mevzuat MÖHUK olmakla birlikte, Türkiye, 144 ülkede uygulanan 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne (New York Sözleşmesi) de taraftır. Ayrıca Türkiye, şu sözleşmelere de taraftır:

1975 tarihli Evlilik bağına İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme,

1958 tarihli Çocuklara Karşı Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme,

1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğü Konusundaki Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Sözleşme,

1980 tarihli Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velayetinin Yeniden Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi.

Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/ikili.html>

¹⁴⁰ **TARMAN, Zeynep Derya.** "Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu", TBBD S. 73, Kasım-Aralık 2007, s.36; GELGEL, s.120.

ral uygulanır” denilerek¹⁴¹ akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk bakımından Roma II Tüzüğü'nün 16. Maddesine benzer bir yaklaşım sergilenmiştir.

III. DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Kanunlar ihtilafının konusu olan haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuk tespit edilirken en azından menfaatler dengesi gözetilmek zorundadır. Haksız fiilin taraflarından birini daha ayrıcalıklı konuma getirmek yargıya ve adalet duygusuna olan güveni de zedeleyecektir. Bu nedenle, zarar görene üstünlük sağlama imkânı tanıyan *lexfori* kuralının mutlak şekilde uygulanmasının kabul edilmesi düşünülemez. Somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak istisnai durumlar tespit edilmeli ve hal ve koşullara uygun bağlama noktaları takdir edilerek hakkaniyet doğrultusunda uygulanmalıdır. Ancak her defasında makul bağlama noktasını tespit etme görevini davanın görüldüğü mahkemeye yüklemek, hâkimi büyük bir yük altında bırakabileceği gibi bu denli geniş takdir yetkisi ile uygulanacak hukukun sağlıklı ve adil olması da beklenemez. Kaldı ki yukarıda bahsetmiş olduğumuz hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik değerlerinin de karşılanamayacağı ve kişilerin yargıya olan güvenlerinin sarsılacağını söylemek de yanlış olmayacak; bu tür yargılamalar mahkemeleri zan altında bırakabilecektir. Bu nedenlerle *lexfori*'nin dışında, belirli ölçütlere göre uygulanması kesin ve genel bir bağlama kuralına ihtiyaç vardır. Ancak haksız fiilden doğan akit dışı borç ilişkisine uygulanacak olan bu kural, egemen ülke yargısının saygınlığı ve kamu düzeni açısından forum ülkesinin hukuk kurallarının emredici etkisini bertaraf edemeyecek ve *lexfori*'nin gözetiminde uygulanabilecektir.

Haksız fiile uygulanacak genel kuralın tespiti için ortaya atılan teorilerin her biri hukuk mantığına yatkın ve taraftar bulmuş görüşlerdir. Yine de uygulamada çıkan sorunlar nedeniyle pek çoğu tatmin edici olamamış ve istikrar kazanamamıştır. Objektif yargılamanın sağlanması, bozulan kamu düzeninin telafi edilmesi, zarar görenin zararının tazmini gibi amaçlara hizmet edecek bir genel bağlama kuralı oluşturulmaya çalışılmış ve kanunlar ihtilafı sahasında haksız fiil sorumluluğuna uygulanacak hukuk bahsinin ortaya çıkışından günümüzde kadar en uzun soluklu uygulama alanı bulan kural “ika yeri prensibi” olmuştur. Bu düşüncenin temeli, haksız fiilin meydana geldiği yer ülkesinde bozulan kamu düzeninin, bir başka devlet hukukuyla telafi edilebilmesinin pek mümkün gözükmemesine dayandırılmaktadır¹⁴². Ancak günün değişen şartlarında ika yeri kuralı da yetersiz kalmış, ika yeri ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde bulunması durumunda haksız fiilin hangi ülke hukukuna göre tazmin edileceği sorunu doğmuştur. Aslında mesele, fiilin işlendiği yerde mi yoksa fiilin sonuçlarının ortaya çıktığı yerde mi haksız fiilin tamamlanmış olacağına

¹⁴¹ GÜVEN, s.448, ELÇİN, s.335.

¹⁴² DICEY/MORRIS, II, s.1483.

ilişkindir. Bu noktada yeni bir genel bağlama noktası kabul edilmiş ve zarar yerinin, haksız fiilin unsurları açısından tamamlandığı yer olduğu ve en isabetli uygulamanın da zararın ortaya çıktığı yer hukukuna göre gerçekleştirilmesi ile mümkün olabileceği görüşü desteklenmiştir. Yaygın kanaate göre, zararın meydana geldiği ülkede bozulan düzeni yeniden sağlama amacının yanında, fiilin sonuçlarına ilişkin taraflara eşit şekilde öngörü sunulabilmektedir. Kanımızca da objektif bağlama kuralı olarak zarar yeri kriterinin uygulanması isabetli olacaktır. Zarar meydana gelmeden fiilin haksız neticelerinin ve pek tabi sorumluluğun oluşması söz konusu olmayacaktır. Sorumluluğun ortaya çıkması için ilk hareket olan fiilin yapıldığı yere (ika yeri) göre, sorumluluğun esaslı unsurunu ve varlık nedenini teşkil eden zararın meydana geldiği yer hukuku zaten daha sıkı bağlantılı hukuk olarak da uygulama alanı bulacaktır. Hal böyle iken zarar yeri hukukunun, uygulamanın pratikliği açısından ve önemine binaen genel bağlama kuralı olarak düzenlenmesi kanaatimizce daha uygun görülmektedir.

Günümüzde yaygın uygulama alanı olan zarar yeri hukuku, Batı hukuk sistemlerinin üzerinde bütünleştirici bir yapı olan Avrupa Birliği Hukuku'nda da haksız fiil bahsine ilişkin genel bağlama kuralı olarak yerini almıştır. AB Hukuku sistematiği değerlendirilecek olursa, üye ülkelerin milletlerarası özel hukuk alanında ortak kurallara tabi olması amacıyla düzenlenen regülasyonların, taraf menfaatleri dikkate alınarak oluşturulmasından bahisle en adil sonuca götüren kuralları ihtiva ettiği söylenebilecektir. Doğrudan etkili bu kurallar, uzun çalışmaların ve uygulamaların sonucu olarak ideal formda ortaya çıkmaktadır. Bu anlamda haksız fiile uygulanacak bağlama kuralının tayininde tek bir kuralın mutlak şekilde uygulanması –uygulamadaki sakıncalar da göz önünde bulundurulduğunda- hukuken doğru bulunmamış ve Roma II Tüzüğü ile çağın ruhuna uygun bir formülasyon oluşturulmuştur. Bu itibarla, zarar meydana gelmeden fiilin bir anlam ifade etmeyeceği ve sorumluluğun karakteristiğini oluşturan “haksızlığın” netice itibarıyla mevcudiyet kazanacağı anlayışının temel prensip alındığı zarar (sonuç) yeri kuralı kabul edilmiştir. Bununla birlikte adil ve hakkaniyete uygun sonuçların elde edilebilmesi için, zararın meydana geldiği anda tarafların ortak mutad meskeni varsa o yer hukuku istisnai mahiyette fakat öncelikli olarak uygulama alanı bulmaktadır. Söz konusu kural ile arzu edilen, “ortak mutad mesken” hukukuna istisnai özellik arz etmekten ziyade öncelik tanımadır. Nihai olarak, istisnanın istisnası olarak da adlandırılan fakat aslında bir kaçış klozu (escapeclause) olan “daha sıkı bağlantılı hukuk” kuralının bağlama kaideleri arasına dâhil edilmesi ise zarar yeri hukukunun hiçbir durumda yalnız olmadığını göstermektedir. Ancak eğer ki taraflar arasında Tüzükte belirtildiği şekliyle bir hukuk seçimi yapılmışsa, iradenin üstünlüğü galip gelmekte ve söz konusu kuralların önüne geçerek uygulanmaktadır. Tüm bu kuralların yanında lexfori’ye ait doğrudan uygulanan kurallar, genel kamu düzeninin bekçisi görevini üstlenerek daimi denetim yapmaktadır. Bu bağlamda görüldüğü üzere ika yeri kuralı terk edilmiş, failin veya

mağdurun yerleşim yerine itibar edilmemiş, ortak şahsi statü hukuku ve tarafların tabiiyeti meselesi ise tamamen dışarıda bırakılmıştır. Yazının başında da belirttiğimiz gibi yalnızca makul kaideler ile bir bağlama kuralı oluşturulmaya çalışılmış ve muhtemel sakıncaların önüne geçme başarısına ulaşılmıştır.

Sorumluluk bahsine Türk Hukuku açısından yaklaşıldığında, genel bağlama kuralı olarak ika yeri kuralı uygulamasının sürdürüldüğü görülecektir. Esasen en ideal kuralın oluşturulabilmesi için cevaplanması gereken soru, Türk Hukuku bağlamında haksız fiil sorumluluğunun amacının ne olduğuna ilişkin olmalıdır. İka yerinin mi yoksa zarar yerinin mi öncelikli bağlama kuralı olarak tercih edileceği noktasında haksız fiil sorumluluğunun uygulama amacına bakılmalıdır. Amaç; zarar görenin zararını tazmin etmek midir, zarar verenin cezasını önceden öngörebilmesi midir, ila-
mın sonuçlarını derhal uygulayıp tazmini sağlayabilmek midir yoksa bozulan kamu düzenini telafi etmek midir? Tüm bu sorulara tek bir bağlama kuralıyla cevap vermek elbette imkânsız olacağından birtakım istisnalara lüzum görülmüştür. Türk Hukuku perspektifinden bakıldığında söz konusu sorunun cevabı, kanaatimizce, zararın tazmini ilkesidir. Türk Borçlar Kanunu sistematüğinde haksız fiil bahsi ve unsurları irdelendiğinde, sorumluluğun zararı tazmin etme amacıyla gündeme getirildiği anlaşılmaktadır. Zararın en kısa sürede tazmin edilebilmesi için kusursuz sorumluluk halleri geliştirilmiş ve tazminat türleri kabul edilmiştir. Milletlerarası alanda da hem kamu düzeninin uğradığı zararın, hem de mağdurun zararının hukuk ve hakkaniyete uygun olarak tazmin edilmesini sağlayabilecek bir bağlama kuralına ihtiyaç duyulmaktadır. O halde genel bağlama kuralı olarak ika yeri hukukunun kabulü yerine, asıl amaca hizmet edecek zarar yeri hukuku kuralının haksız fiilden doğan borç ilişkilerine tatbik edilmesi, Avrupa Birliği hukuku ve iç hukuk sistemi ile daha tutarlı gözükmektedir. Bazı yazarlarca, her ne kadar Türk Hukukunda birincil bağlama kuralı olarak ika yeri hukuku düzenlenmiş olsa da, aslında “zarar yeri ile ika yerinin farklı olması halinde zarar yeri hukukunun uygulamasına öncelik verildiği” ifade edilmiştir. Ancak 5718 sayılı MÖHUK’ un ika yerini genel prensip olarak benimsediği ortadadır. Söz konusu kural ile Roma II Tüzüğü uygulamasına yaklaşıldığı söylenebilecektir; ancak Kanunun ruhu, zarar yeri prensibini istisnai mahiyette ilan ederken ika yerine genel kural tacını giydirmiştir. Bu nedenle zarar yeri kuralının ayrıca ve genel olarak düzenlenerek hak ettiği değeri bulması ve böylece diğer hukuk sistemleriyle de uyumlaştırmanın sağlanması gerektiği fikri tarafımızda bakidir.

BİBLİYOGRAFYA

- Aysel ÇELİKEL/Bahadır ERDEM, “Milletlerarası Özel Hukuk”, 11. Baskı, İstanbul 2012.
- Ayşe KÖSEYENER, “Akit Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma-II Tüzüğü Tasarısında “Ürünlerden Doğan Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi, 2004-1.
- B. Bahadır ERDEM, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da Düzenlenen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Olan Hukuk”, Koç Üniversitesi, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Hukuk Fakültesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, İstanbul 2010.
- DICEY/MORRIS, “The Conflict of Laws”, 12. Baskı, Sayı: I-II, Londra 1993.
- Doğa ELÇİN, Ata Sakmar’a Armağan: “Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Hukukunda Sözleşmeyle İrtibatlı Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2011/1, İstanbul 2012.
- Erdoğan GÖĞER, “Haksız Fiilden Doğan Borçların Tabii Olduğu Kanun”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1965 - 1966, Cilt 22-23, Sayı 1-4.
- Ergin NOMER, “Devletler Hususi Hukuku”, 19. Baskı, İstanbul 2011.
- Fikret EREN, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 18. Baskı, Ankara 2015
- Gülin GÜNEYSU, “İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı”, AÜ-HFD, 1991-1992, Cilt 42, Sayı 1-4, s. 181-200.
- Gülören TEKİNALP, “Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları”, 10. Baskı, İstanbul 2009.
- Günseli ÖZTEKİN GELGEL, “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi”, İstanbul 2006.
- Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL, “Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri”, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2001.
- J.A. Clarence SMITH, “Conflict of Laws-Torts”, *Ottawa Law Review*, C. 4:176, 1970, ss.176-183; https://commonlaw.uottawa.ca/ottawa-lawreview/sites/commonlaw.uottawa.ca.ottawa-law-review/files/10_4ottawalrev1761970-1971.pdf
- Kemal OĞUZMAN/ Nami BARLAS, “Borçlar Hukuku- Genel Hükümler”, 8. Baskı, İstanbul 2010.
- Leo RAAPE, “Internationales Privatrecht”, 5. Baskı, Berlin/Frankfurt a. M. 1961,
- Mustafa ERKAN, “MÖHUK MADDE 31 BAĞLAMINDA TÜRK HUKUKUNDA DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARA BAKIŞ”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Sayı: 2, 2011.
- İşıl ÖZKAN, “Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi”, Ankara 2004.
- P. M. NORTH & P. R. H WEBB, 1970, “Foreign Torts and English Courts” *International and Comparative Law Quarterly*, 19, s.24-35.

Pelin GÜVEN, Ata Sakmar'a Armağan: "Rekabetin Engellenmesi Halinde Uygulanacak Olan Hukukun Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2011/1, İstanbul 2012.

Peter HANDFORD, "Edward John EyreandtheConflict of Laws" (PDF). Melbourne UniversityLawReview, 2008, 822 – 886.

R.H. GRAVESON, "Towards a Modern ApplicableLaw in Tort", 1969, 85, L.Q.R. 505.

Safa REİSOĞLU, "Türk Borçlar Hukuku-Genel Hükümler", 23.Baskı, İstanbul 2012.

Sandra TERZIAN, "TheAftermath of Babcock", California LawReview, C. 54, Sayı:3Makale5, 1966<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol54/iss3/5>

Süheyla BALKAR BOZKURT, Ata Sakmar'a Armağan: "Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirlemede Kullanılan Yöntemlere Eleştirel Bakış", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2011/1, İstanbul 2012.

Turgut TURHAN, "Kitap İncelemesi: Th M. De BOER, 'Beyond LexLocidelicti: ConflictsMethodologyandMultistateTorts in American Case Law', Kluwer, Deventer 1987, s. XV+578", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 41 Sayı 1-4, Ankara 1990.

Turgut TURHAN, "Literatürden Hareketle Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanına İlişkin Bazı Genel Gözlemler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 41, Sayı 1-4, Ankara 1989-90.

Zeynep Derya TARMAN, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (ROMA II)", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 2, Ankara 2008.

Zeynep Derya TARMAN, "Devletler Özel Hukuku Bakımından İmalatçının Sorumluluğu", TBBD Sayı 73, Ankara 2007.

http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/kilberg_northeast.htm

<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss6/8>