

İNGİLİZ HUKUKUNDA HAKSIZ FİLDEN DOĞAN KANUNLAR İHTİLÂFI

Gülin GÜNEYSU*

GİRİŞ

İngiliz hukuku (1), tarihi milâttan sonra beşinci yüzyıla uzanan en eski hukuk düzenlerinden biridir. Gelenek hukuku olarak doğmuş olan İngiliz hukuku, zaman içerisinde kodifikasyon hareketlerine konu olmuşsa da, esas itibariyle mahkeme kararlarına (**case law**) dayanan bir hukuk olma özelliğini yitirmemiştir (2). Anglo-Sakson hukuk ailesine mensup olan İngiliz hukuku üzerinde Roma hukukunun esaslı etkiye sahip olamaması (3), İngiliz Hukukunu, Kara Avrupası hukuk ailesine mensup hukuk düzenlerine nazaran daima farklı kılmıştır.

Haksız fiilden doğan borçlar İngiliz Kanunlar İhtilâfi Hukukunun sonradan ilgi çeken alanlarından biri olmuştur. İngiliz hukukunda konuya ilişkin ilk mahkeme kararlarının tarihi ondokuzuncu yüzyılın ikinci yarısına rastlamakla birlikte, tarihi milâttan sonra beşinci yüzyıla kadar uzanan bir hukuk düzeni için bu ilgi hayli geç oluşmuştur, denebilir.

İngiliz hukukunun haksız fiilden doğan kanunlar ihtilâfi alanında kabul ettiği kurallar, mahkemeler uygulamasından doğmuş ve bu hukuk düzeninin ihtiyaçlarına göre şekillenerek Kara Avrupası hukuk düzenlerinin kabul ettiği temel esaslar ile farklılaşmıştır. Mev-

- (*) **A.Ü.H.F. Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.**
- (1) İngiliz hukuku, İngiltere'nin hukukudur. İngiltere, Birleşik Krallık (İngiltere, İskoçya, Kuzey İrlanda) ve Büyük Britanya (İngiltere ve İskoçya)'dan daha küçük bir birimdir.
- (2) Bununla birlikte, yasal düzenleme istisnai değil, mahkeme kararlarında vücut bulan hukuka nazaran tâlidir. Ayrıca bkz. **Karayalçın, Y.: Affidavit ve Türk Hukuku, Prof. Dr. Hikmet Belbez'in Hatırasına Armağan'dan Ayrı Bası (Battider, C. 13, S. 3-4), sh. 49.**
- (3) **Phillips, H.: A First Book of English Law, B.2. London 1953, sh. 1.**

cut durum bu olmakla birlikte, 1990 yılında **The Law Commission** ve **The Scottish Law Commission**, İngiliz, İskoç, Galler ve Kuzey İrlanda hukukunun haksız fiilden doğan kanunlar ihtilâfına ilişkin kurallarını yeniden düzenlemek üzere, bu hukuklara göre reform olarak nitelendirilebilecek bir kanun ön tasarısı hazırlamışlardır (4). Çalışmamızda, ilk olarak İngiliz pozitif hukukuna, ikinci olarak rapor ve ön tasarıda yer alan düzenlemelere değineceğiz.

I. Pozitif Hukukda Durum

1. Kural

İngiliz hukukunda haksız fiilden doğan kanunlar ihtilâfi alanındaki genel kural, ilk defa **Phillips v. Eyre** (1869) davasında bir bütün olarak ifadesini bulmuştur (5). Kurala göre, yabancı devlet ülkesinde ika edilen bir fiil sebebiyle İngiliz mahkemelerinde açılan davanın görülebilmesi, iki şartın varlığına bağlıdır (6). Buna göre, fiil, **a**) İngiliz hukukuna göre haksız fiil olarak “dava edilebilir (**actionable**)” olmalı; **b**) ika yeri hukukuna göre ise, “haklı olmamalıdır (**not justifiable**).”

Kuralın birinci kısmı **The Halley** (1868) davasında (7) ortaya konmuştur. Bu dava, kuralın birinci kısmının tek başına uygulandığı

- (4) **Private International Law- Choice of Law in Tort and Delict, The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129)**, London 1990 (**The Law Commission (No. 193) and the Scottish Law Commission (No. 129) Report**) olarak anılacaktır.
- (5) **Morris, J.H.C.-North, P.M.: Cases and Materials on Private International Law**, London 1984, sh. 467-470 (**Cases and Materials** olarak anılacaktır); **Cretny, S.: Conflict of Laws**, Kensington Church 1963, sh. 48; **Black, R.: Delict and Conflict of Laws, The Juridical Review**, C. 13 (1968), sh. 40; **Morris, J.H.C.: The Conflict of Laws**, London 1984, sh. 308-312 (**The Conflict of Laws** olarak anılacaktır); **Cheshire-North, P.M.-Fawcett, J.J.: Private International Law**, B.11, London 1987, sh. 519; **Collier, J.G.: Conflict of Laws**, Cambridge 1987, sh. 184 vd.
- Aynı kural, İskoçya hukukunda **M'Elroy v. M'Allister** (1949) davası sonucunda yerleşmiştir. **Bkz. aşa. dn. 17.**
- (6) Öncelikle belirtilmesi gereken husus, İngiliz mahkemelerinin yabancı devlet ülkesinde ika edilmiş haksız fiiller bakımından kendilerini milletlerarası yetkiye sahip kabul ettikleridir.
- (7) **Jaffey, A.J.E.: Introduction to the Conflict of Laws**, London 1988, sh. 172 (**Introduction to the Conflict of Laws** olarak anılacaktır); **Morris, The Conflict of Laws**, sh. 306-308; **Anton, A.E.: Private International Law**, Edinburg 1967, sh. 240; **Morris-North, Cases and Materials**, sh. 468, 471, 478, 485, 486 487.

ilk ve tek davadır. **The Halley** davası, bir Norveç gemisi ile bir İngiliz gemisi arasında Belçika karasularında meydana gelen çatismaya ilişkindir. Norveç gemisinin maliklerinin, İngiliz gemi malikleri aleyhine İngiltere'de açtıkları davada, İngiliz gemi malikleri çatmanın Belçika hukukuna göre kendilerine tahsis edilen mecburi-kaptan kılavuzun pilotaj hatası sonucu meydana geldiğini ileri sürmüşlerdir. İngiliz hukukunda o tarihte benzer bir sorumluluk bulunmaması sebebiyle kabul edilen savunma (8), Belçika hukukuna göre caiz değildir. Mahkeme, savunmayı kabul ederek davayı esastan reddetmiş ve **Selwyn L.J.** gerekçesinde, İngiliz hukuk ilkelerine göre faile sorumluluk yüklemeyen bir fiile yabancı hukuku uygulayarak faili sorumlu tutmanın İngiliz otorite ve hukuk anlayışı ile telif edilemeyeceğini belirtmiştir (9).

Kuralın ikinci kısmı, **Phillips v. Eyre** (1869) (10) davası ile yerleşmiştir. Kuralın ikinci kısmında yer alan., "ika yeri hukukuna göre haklı olmama (not justifiable)" ibaresi ile ne ifade edilmek istendiği ise doktrinde tereddütle karşılanmıştır (11).

Phillips v. Eyre davasında, davacı, Jamaika'daki iç savaş sırasında haksız olarak hapsedilmiş ve muhtelif zararlara maruz kalmış-

- (8) Savunmayı caiz sayan İngiliz Pilotaj Kanunu (**Pilotage Act 1913**) md. 13, 1983 tarihinde **Pilotage Act 1983**, md. 35 ile değiştirilmiştir.
- (9) Kuralın bu çift başlı düzenlemesi, İngiliz hukukunda dahi çok fazla eleştiri almıştır. İngiliz iç maddi hukukunda tanınmayan davalar bakımından İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisini yok ettiği gerekçesi ile doktrinde ciddi eleştirilere hedef olmuştur. **Lorenzen**, İngiliz hukukunun bu gayri liberal tutumunun Çin ve Japon hukukları dışında başka bir ülkede görülmediğini, **Hancock**, bu tutumun "mekanik hukuk" anlayışının en çarpıcı örneği ve fazlasıyla lâfza bağlı bir uygulama olması dolayısıyla meydana gelecek sonuçlara hiç önem verilmediğini, **Dacey-Morris** ise, kuralın, âdil ve uygun olmaması sebebiyle yeniden gözden geçirilerek haksız fiilden doğan kanunlar ihilâfı alanında uygulanacak bağlama kuralının bir an önce açıklığa kavuşturulması gerektiğini vurgulamışlardır. Ne yazık ki, aldığı tüm eleştirilere rağmen kural, Kanada, Avustralya ve İngiltere'de geniş kabul görmüştür. **Morris, The Conflict of Laws**, sh. 307'den naklen.
- (10) **Bkz. yuk. dn. 5.**
- (11) Failin fiilinin **lex fori**'ye göre haksız fiil olmasının neden ika yeri hukukuna göre yapılan nitelenmenin olmazsa olmaz şartı olduğu anlaşılammaktadır. Kural, bir taraftan, bu şartı arayarak davalıyı koruduğu, diğer taraftan da davacı lehine **Forum Shopping**'e yol açtığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Örneğin, davacı, davasını İskoçya'da açabilir, zira aynı kural İskoç hukukunda da mevcuttur. Kural lehinde olanlar ise, bu kural olmasaydı mahkemenin kendi hukukunda düzenlenmiş ve onunla bağdaşmayan bir hukuki çözüme varmak zorunda kalabileceğini ileri sürmektedirler. Ayrıca **bkz. Black**, sh. 41-43; **Cretny**, sh. 48.

tır. Davalı Jamaika hükümeti savunmasında, kendisine isnad edilen fiillerin iç savaş sırasında ika edilmiş olduğunu ve savaş sonrası çıkarılan bir kanun ile bu fiillerin hukuka uygun sayıldığını ileri sürmüştür. Söz konusu kanunun anayasal geçerliliğini inceleyen mahkeme, kanunun geçerli olduğunu tespit ettikten sonra, failin fiilinin sadece İngiliz hukukuna göre haksız fiil sayılmasının yeterli olmadığını, fiilin ika yeri hukukuna göre de haklı olmaması gerektiğini belirterek, Jamaika hukukuna göre hukuki sorumluluğun doğmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Böylece, fiilin ika yeri hukukuna göre haklı olmaması şartı ortaya çıkmıştır.

Sonraları, kuralın, niteliğine uymayan davalarda mekanik olarak uygulanması pek çok hukuki sorunu da beraberinde getirmiştir. **The Mary Moxham** (1876) davasında (12), İngiliz davalıya ait gemi, İspanya'da davacıya ait iskeleye, gemi adamlarının kusuru sonucu çarparak zarar vermiştir. İngiliz hukukuna göre malik, gemi adamlarının kusurlarıyla verdikleri zararlardan sorumlu olduğu halde, İspanyol hukukuna göre sorumlu değildir. Temyiz mahkemesi, ika yeri hukukuna göre fiilin hukuka aykırı (haksız) olmadığı gerekçesi ile gemi maliklerinin sorumlu olmadığına karar vererek, davayı reddetmiştir. Fakat, ika yeri hukukuna göre gemi maliki sorumlu olmamakla birlikte geminin kaptanı sorumludur. Dolayısıyla, mahkemenin fiilin haksız olmadığı sonucuna nasıl vardığı doktrinde tereddütlerle karşılanmıştır. **The Mary Moxham** davasından sonra karara bağlanan **Machado v. Fontes** (1897) (13) davasında, davacı Brezilya'da ika edilen yazılı iftira fiili nedeniyle İngiltere'de dava açar. Brezilya hukukuna göre, söz konusu fiil haksız fiil değil, suçtur. Davalı buna dayanarak davanın reddini talep ettiği halde, mahkeme, fiilin Brezilya hukukuna göre masum sayılamayacağı gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. **Walpole v. Canadian Northern Ry.** (1923) ile **McMillan v. Canadian Northern Ry.** (1923) davalarında ise, ika yeri hukukuna göre failin hukuki sorumluluğunu gerektirmese de cezaî sorumluluğuna yol açan fiillerin "haklı olmadıkları (14)" be-

(12) **Morris, The Conflict of Laws**, sh. 309.

(13) **Cretny**, sh. 48; **Black**, sh. 40-41; **Cheshire-North-Fawcett**, sh. 174; **Morris-North, Cases and Materials**, sh. 470, 472, 473, 474, 477, 479, 480, 486, 488, 490, 496; **Graveson, R.H.: Towards A Modern Applicable Law in Tort, The Law Quarterly Review**, C. 85 (1969), sh. 512-513 (**Towards A Modern Law Approach in Tort** olarak anılacaktır); **Collier**, sh. 186-187.

(14) **Cretny**, sh. 49.

lirtilmiştir (15). Bu davalarda “haklı olmama” ibaresi “hukuka uygun olmayan” şeklinde anlaşılmıştır. Günümüzde ise, failin fiilinin hukukî sorumluluğa yol açmaması da cezai sorumluluğa yol açması sebebiyle masum sayılamayacağı şeklinde bir nitelendirme, artık kabul görmemektedir (16). Çağdaş İngiliz hukukunda sorumluluğun niteliğinin, ika yeri hukukuna göre de hukukî sorumluluk olması aranmaktadır. Bununla birlikte, sorumluluğun temelinin akde, akit benzerine, haksız fiile, haksız fiil benzerine, mamelek haklarına dayanması veya sui generis olması arasında fark bulunmamaktadır. Böylece, İngiliz hukuku (**lex fori**) ile ika yeri hukuku arasında sorumluluğun hukukî niteliği bakımından uygunluk bulunması aranmaktadır. Bu uygunluk, hem fiilin her iki hukuk düzeni bakımından hukukî sorumluluk doğurmasını, hem de sorumluluğun süjesi, davanın tarafları ve talep sonucunun kabul edilebilirliği itibariyle her iki hukuk düzeni arasında ayniyet bulunmasını gerektirmektedir (17).

- (15) İskoç Hukukunda ise, bu nitelendirme taraftar bulamamış, “haklı olmama” ibaresi, “haksız fiil olarak dava edilebilme” şeklinde anlaşılıp, uygulanmıştır. Böylece, fiilin hem ika yeri hukuku hem de İskoç hukukuna (**lex fori**) göre haksız fiil olarak dava edilebilir olması (**double actionability**) aranmaktadır. **Bkz. Jaffey, Introduction to the Conflict of Laws**, sh. 174; **Black**, sh. 42.
- (16) **Morris, The Conflict of Laws**, sh. 315.
- (17) **Bkz. Morris-North, Cases and Materials**, sh. 666-667; **Morris, The Conflict of Laws**, sh. 311; **Cheshire-North-Fawcett**, sh. 529-531, 534; **Black**, sh. 41; **Collier**, sh. 186, 188.

M'Elroy v. M'Allister (1949), bir İskoç mahkeme kararıdır. Bu davada, bir kamyon ile seyahat eden **M'Elroy**, Shap'da (İngiltere) sürücü kusuru nedeniyle gerçekleşen bir trafik kazasında ölmüştür. **M'Elroy**'un dul eşi, İskoçya'da kusurlu sürücü aleyhine dava açmıştır. Taraflar İskoçya'da sakinlerdir. Mağdurun kaza geçirdiği kamyon çalıştığı şirkete ait olup, şirket bir İskoç şirkettir. Davacı eş, ilk olarak, İngiliz hukukuna göre dava hakkının kendisine geçtiğine dayanarak, tazminat talep etmiştir. Bu talep İskoç hukukuna göre caiz, İngiliz hukukuna göre ise caiz değildir. Zira, İskoç hukukuna göre, mağdurun ölümüyle sonuçlanan haksız fiillerde, dava hakkı sağ kalan eşe geçmemektedir. Mahkeme, bu gerekçe ile davacının talebini reddetmiştir. Davacı, ikinci olarak, cenaze masraflarının tazminini istemiştir. Bu noktada her iki hukuk arasında uygunluk bulunduğundan, mahkeme sadece bu talebi hüküm altına almıştır.

Bir başka İskoç davası olan “**Mitchell v. Mc Culloch** (1976)” davasında, davacı Bahamalar'daki bir atış kazasında yaralanmıştır. Gerek İskoç gerek Bahamalar hukuku bakımından ortada bir tecavüz bulunduğu konusunda şüphe yoktur. Talep edilen zarar kalemlerinden ilki, mağdurun yöneticiliğini yaptığı şirketin onun yokluğu dolayısıyla uğradığı kâr kaybı, ikincisi ise, mağdurun ailesinin yokluk masraflarıdır. Bu talepler, İskoç hukukuna göre (**lex fori**), caiz olmamakla birlikte, Bahamalar hukukuna (**ika yeri hukuku**) göre caizdir. Mahkeme, davacının talebini her iki hukuk arasında uygunluk olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

2. Kuralın Niteliği

Phillips v. Eyre (1869) davası sonunda bir bütün olarak ifadesini bulan kuralın niteliği hakkında (milletlerarası yetki kuralı mı yoksa bağlama kuralı mı olduğu konusunda) doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır (18). İngiliz hukukçuları bu konuda üç görüşe ayrılmıştır.

Bir görüşe göre, kural çift başlı bir bağlama kuralıdır ve milletlerarası yetki konusunda açıklık getirmemektedir. Bu fikri savunan **Lord Wilberforce**'a göre, uygulanacak hukuk, hukukî sorumluluğun ika yeri hukukuna atfen tespit edilmesi suretiyle **lex fori** yani İngiliz hukukudur. **Lord Pearson** da, aynı görüşte olup, hukukî sorumluluğun doğup doğmadığının tespiti için **lex fori** ve **lex loci delicti commissi**'nin kümülâtif uygulanmasını önermektedir. **Lord Hodson**'un görüşlerini değerlendirmek ise biraz güçlük arz etmektedir. **Lord Hodson**, öncelikle, kuralın bir bağlama kuralı olduğunu belirttiikten sonra, **Willes J.**'in uygulanacak hukukun tespitiyle uğraşmayıp sadece İngiliz mahkemelerinin davaya bakıp bakamayacağına değindiğini, bu noktada kuralın yetkiye ilişkin olduğunu, sonraki ifadelerinde ise, İngiliz hukukunun (**lex fori**) kuralın esnek yorumu ile uygulanacağını belirterek, tekrar, kuralın uygulanacak hukukun tespitine ilişkin olduğunu ileri sürmektedir (19).

Diğer bir görüşe göre, kural, çift başlı bir milletlerarası yetki kuralıdır ve uygulanacak hukuk konusunda açıklık getirmemektedir. Ancak, bu görüş kabul edildiğinde hangi hukukun uygulanacağı konusu bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. İngiliz hukukunun konuya ilişkin yaklaşımı, ileride değineceğimiz **Boys v. Chaplin** (1971) (20) davası dolayısıyla tartışma konusu yapılmış olup, bu davaya ilişkin raporların yorumuna dayanmaktadır. Bununla birlikte, durumun tam olarak açıklığa kavuştuğu da söylenemez. **Lord Donovan** ve **Lord Guest**, kuralın yetkiye ilişkin olduğunu, **Lord Donovan**, mevcut kurala dayanarak İngiliz mahkemelerinin yetkili olduğunu belirtmektedir. **Lord Guest** ise, yabancı ülkede ika edilen bir fiil dolayısıyla İngiltere'de açılacak davanın mesmu olabilmesi için hem İngiliz hukukuna (**lex fori**) hem de ika yeri hukukuna (**lex loci**

(18) **Cheshire-North-Fawcett**, sh. 526 vd.

(19) **Cheshire-North-Fawcett**, sh. 528; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **All England Law Reports**, C. 2 (1969), sh. 1088 vd.

(20) **Bkz. aça.** sh. 190-193.

delicti commissi) göre dava edilebilir olması gerektiğini ileri sürmüştür (21).

Son görüşe göre ise, kuralın ilk kısmı, milletlerarası yetki kuralı, ikinci kısmı, ika yeri hukukunun uygulanmasını öngören bir bağlama kuralıdır. Bu görüşü savunan **Yntema, Willes J.**'in kuralı formüle ederken ilk kısımda yetkiyi düşünerek "dava edilebilir olma (**actionable**)" ibaresini kullandığını kelimenin ilk anlamının "yetki konusu ya da yargılanabilir olmak (**cognizable or triable**)" olduğunu ve sorumluluğa ilişkin bulunmadığını belirtmektedir. Hukukçuya göre, kuralın ikinci kısmı ise, ika yeri hukukunun uygulanmasını öngörmektedir (22).

İngiliz hukukunun, kurala ilişkin geleneksel yorumu, kuralın **çift başlı bir bağlama kuralı** olduğu yolundadır. Zira, aksinin kabulü, uygulanacak hukukun tespiti problemine bir çözüm getirmemektedir.

Bu bağlamda, cevaplanması gereken husus, hangi hukukun maddî hükümlerinin uygulanacağı, yani uygulanacak hukukun tespitidir. Yukarıda zikrettiğimiz davalarda konuya ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. İngiliz hukukunda, haksız fiilden doğan kanunlar ihtilâfî alanında uygulanacak hukuk **Boys v. Chaplin** (1971) davası nedeniyle tartışma konusu yapılmıştır. Davanın ilk derece mahkemesinde ve temyiz incelemesinde yer alan hâkimlerden **Lord Donovan** (23), **Lord Pearson** (24), **Lord Hodson** (25), **Lord Wilberforce** (26), **Lord Denning** (27) ve **Lord Upjohn** (28), kuralda **lex fori**'nin baskın olduğu, dolayısıyla uygulanacak hukukun **lex fori** olduğu görüşündedirler. **Lord Guest** (29) ile **Diplock L.J.** (30) ise, uygulanacak hukukun ika yeri hukuku olduğu görüşünde birleşmektedirler.

(21) **All England Law Reports**, C. 2 (1969), sh. 1085 vd.

(22) **Cheshire-North-Fawcett**, sh. 526'dan naklen.

(23) **All England Law Reports**, C.2 (1969), sh. 1085.

(24) **All England Law Reports**, C. 2 (1969), sh. 1085, 1116.

(25) **All England Law Reports**, C.2 (1969), sh. 1094.

(26) **All England Law Reports**, C.2 (1969), sh. 1100.

(27) **All England Law Reports**, C.2 (1969), sh. 1088.

(28) **All England Law Reports**, C.2 (1969), sh. 1097.

(29) **All England Law Reports**, C.2 (1969), sh. 1085, 1095.

(30) **All England Law Reports**, C.2 (1969), sh. 1089.

Doktrinde, **Willes J.**'ın sözlerinin yanlış yorumlandığı (31), **Willes J.**'a göre, dava edilebilirlik ile borcun doğumunun farklı hususlar olduğu belirtilmektedir. Dava hâkimine göre, asıl olan borçtur, dava edilebilirlik ise borcun varlığına bağlıdır. Dolayısıyla, bir fiilin haksız fiil niteliği ile borç doğurup doğurmadığını yani sorumluluğa yol açıp açmadığını ika yeri hukuku (**the law of the place of wrong**) belirler, denmektedir. **Willes J.**'a göre asıl olan ika yeri hukukunun uygulanması yani fiilin bu hukuka göre vasıflandırılarak bir borç doğurup doğurmadığının tespitidir. Dava hakkı ya da dava edilebilirlik de yine ika yeri hukukuna tâbi ve onu tamamlayan kavramlardır.

Kısaca özetlersek, **Phillips v. Eyre** davasında, davalının talebi, fiilin ika yeri hukukuna göre sorumluluğa yol açmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Ancak, unutmamak gerekir ki, davalının fiili ika yeri hukukuna göre haksız fiil teşkil edip **lex fori**'ye göre haksız fiil teşkil etmeseydi, dava bu sefer bu noktadan reddedilecekti. Dolayısıyla, şu kadarını belirtiriz ki, dava esasan kabul edilmediği için hangi hukukun uygulandığı karardan anlaşılammaktadır. Bu nedenle de, konuya ilişkin olarak yürütülen fikirler faraziye olmaktan öteye geçmemektedir. Bununla birlikte, genel kabul görmüş tek husus, kuralın çift başlı bir bağlama kuralı olduğudur (32).

3. Güncel Amerikan Metodlarının İngiliz Hukuku Üzerindeki Etkisi ve *Boys v. Chaplin* Davası

Güncel Amerikan metodlarının ihtilâfçı metodun mekanik ve sert yapısına yönelttiği eleştiriler, bağlama kurallarının kısmen ya da tamamen terkedilmesine yöneliktir. İngiliz hukukçuları, haksız fiilden doğan borçlara uygulanacak hukuk konusunda Amerikalı meslektaşları ile aynı görüşleri paylaşmıyor olmakla birlikte, Amerikan hukukunda gelişen esneklik fikrinden etkilenmişlerdir. **Babcock v. Jackson** (1963) (33) davasına çok benzeyen bir dava olan **Boys v.**

(31) **Cheshire-North-Fawcett**, sh. 531'den naklen.

(32) **Karş. Graveson, R.H.: Choice of Law and Choice of Jurisdiction in the English Conflict of Laws, British Year Book of International Law, C.28 (1951), sh. 289.**

(33) **Babcock v. Jackson** (1963) davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Turhan, T.: Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilâfı Alanında İka Yeri Kuralı, Ankara 1989, sh. 68-72.**

Chaplin (1971) (34) davasında, geleneksel çift başlı kural tatmin edici bulunmayarak dava, **Babcock v. Jackson** davasında uygulanan esasların etkisi altında ele alınmıştır (35).

Boys v. Chaplin (1971) davası, Malta'da meydana gelen bir trafik kazasına ilişkindir. Davada, İngiliz vatandaşı olan taraflar, Malta'da İngiliz Askeri Kuvvetlerinde geçici olarak görevli olup, daimi sakin oldukları yer İngiltere'dir. Kaza, her iki taraf da mesai dışında iken meydana gelmiştir. Fiil, her iki hukuka göre de haksız fiil teşkil etmektedir. Malta hukuku, 53 £'u aşmamak üzere, sadece masrafların ve kazanç kaybının tazminini öngörmektedir. İngiliz hukukuna göre ise, 2000 £'u aşkın manevi tazminata hükmedilebilmektedir. Dolayısıyla, davacı için en önemli husus, ne kadar tazminat alacağıdır. İlk derece mahkemesi hâkimi, olayda İngiliz hukukunu uygulayarak davacı lehine 2303 £'a hükmetmiştir (36). Temyiz mahkemesi de, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Ancak, ileri sürülen gerekçelerin farklılığı (37) sebebiyle, İngiliz hukukunun ne sıfatla uygulandığı karardan anlaşılammaktadır. **Lord Pearson, Lord Guest, ve Lord Donovan**, geleneksel kuralın muhafazası için **lex fori**'yi uygulamışlardır. Fakat bu gerekçe mahkemenin diğer üyelerince paylaşılmamıştır. **Lord Denning ve Lord Wilberforce** (38) güncel Amerikan metodlarından en sıkı ilişkili

(34) **All England Law Reports**, C. 2 (1969), sh. 1085; Ayrıca bkz. **Mc Gregor, H.: The International Accident Problem, The Modern Law Review**, C.33/I (1970), sh. 2-3; **Hanotiau, B.: The American Conflicts Revolution and European Tort Choice-of-Law Thinking, American Journal of Comparative Law**, C. 30 (1982), sh. 92; **Shaphira, A.: Transatlantic Inspiration: "The Proper Law of the Tort" Doctrine, The Modern Law Review**, C. 33 (1970/I).

(35) **Lazar, L.: Phillips v. Eyre Revisited, The Modern Law Review**, C.32 (1969), sh. 638 vd.

(36) **Jaffey, A.J.E.: Choice of Law in Tort: A Justice Based Approach, Legal Studies**, C. 2/1 (1982), sh. 108 vd. (**Choice of Law in Tort** olarak anılacaktır); **Graveson, Towards A Modern Applicable Law in Tort**, sh. 506-507; **Morris, The Conflict of Laws**, sh. 312; **Cheshire-North-Fawcett**, sh. 519.

(37) **Morris, The Conflict of Laws**, sh. 312-314.

(38) **Lord Wilberforce**, geleneksel kuraldan ayrılmayı haklı kılacak gerekçeler gösterilmedikçe, kuralın uygulanmasından yana olduğunu belirttikten sonra, somut olay bakımından bu gerekçelerin varlığına işaret etmektedir. Hukukçuya göre, olayda, taraflar ne Malta vatandaşıdır ne de Malta'da devamlı olarak sakinlerdir. Bu sebeple de, geleneksel kuralı otomatik olarak uygulamak yerine daha derin araştırma yapma gereği doğmaktadır. Bu araştırma ise ika yeri hukukunun ilgili kurallarının altında yatan yasama siyasetlerinin incelenmesini gerektirmektedir. Daha sonra, hukukunun uygulanmasında Malta devletinin menfaati bulunmadığını ileri

kanunî metodu ile devlet menfaatinin tahlili metodundan, **Lord Hodson** ise, en uygun hukuk (**proper Law**) (39) doktrininden yola çıkarak olayla ve taraflarla en sıkı ilişkili olan haksız fiilin uygun hukukunun uygulanması gereği ile, **Lord Upjohn** ise, zararın ölçülmesi meselesinin usule ilişkin olduğu gerekçesiyle İngiliz hukukunu (**lex fori**) uygulamışlardır. Buna karşılık **Diplock L.J.**, ika yeri hukukunun uygulanması taraftarıdır (40). Görülmektedir ki, farklı metodlara dayanıyor olsalar da, gerek ilk derece, gerek temyiz mahkemesi hâkimleri, **Diplock L.J.** dışında, İngiliz maddî hukukunun uygulanacağı üzerinde fikir birliğine varmışlardır.

- sünen **Lord Wilberforce**, **Restatement II**'nin tasarısına da atıfta bulunarak İngiliz hukukunu olay ve taraflarla en sıkı ilişkili hukuk olarak uygularken, bunun geleneksel kurala, fikrince, istisna teşkil ettiğine değinmiştir. Doktrinde, **Dr. Karsten** de, **Boys v. Chaplin** davasında tarafların aynı tâbiyette bulunmaları sebebiyle gerçek bir ihtilâf bulunmadığını (**false conflict**), Malta hukukunun yasama siyasetininin Maltalı davalıları korumak olduğunu, bu sebeple de hukukunun uygulanmasında Malta devletinin menfaati bulunmadığını belirterek **Lord Wilberforce**'u desteklemektedir. **Lord Wilberforce**'un, **Babcock v. Jackson** (1963) davasında olduğu gibi, devlet menfaatinin tahlili metodu ile en sıkı ilişkili kanun metodu'nu birlikte uygulaması, güncel Amerikan metodlarının İngiliz hukukunu ne derece etkilediğini göstermek bakımından ilgi çekicidir. **Bkz. All England Law Reports**, C. 2 (1969), sh. 1097-1105; Ayrıca **bkz. Hanotiau**, sh. 93; **Fawcett, J.J.: Is American Governmental Analysis The Solution To English Tort Choice of Law Problems?, International and Comparative Law Quartely**, C. 31 (1982),
- (39) **Boys v. Chaplin** davasında doktrinde 40 yılı aşkın bir süredir tartışılan "en uygun hukuk doktrini" de uygulama alanı bulmuştur. Davada en uygun hukukun **lex fori** olduğu ileri sürülmektedir. En uygun hukuk doktrini (**proper law doctrine**) **Morris** tarafından, klâsik Amerikan yaklaşımlarının kanunlar ihtilâfı hukuku alanını idare etmesine karşı geliştirilmiş bir tepki niteliğindedir. **Morris**, ika yeri hukukunun uygulanmasını "mekanik son olay doktrini (**mechanical last event doctrine**)" olarak adlandırmakta ve bunu yıkmayı amaçlamaktadır. **Morris**'e göre, her somut olayda, o olayın özellikleri dikkate alınmaksızın hep ika yeri hukukunu uygulamak, sosyal açıdan tatmin edici sonuçlara ulaştırmaz. Bu nedenle, ona göre, fiiller ve sonuçlar zinciriyle en sıkı irtibatlı hukuk olan "en uygun hukuk (**proper law**)" uygulanmalıdır. En uygun hukuku tespit ederken dikkate alınacak irtibatlar ise, zararın meydana geldiği yer, fiilin işlendiği yer, tarafların ikametgâhu, tâbiyeti ile taraflar arasında haksız fiil öncesi mevcut hukuki ilişkinin merkezinin bulunduğu yerdir. **Morris**, bu şekilde irtibatları tespit ederken, sorunları da küçük gruplara bölmekte ve altındaki sosyal faktörleri tahlil etmektedir. **Proper Law Doktrini** hakkında ayrıntılı bilgi için **bkz. Morris, J.H.C.: The Proper Law of A Tort, Harv. L. Rev.**, C. 64 (1950-1951), sh. 881-885.
- (40) **Diplock L.J.**, hukuki kesinlik, güvenlik ve basitliği sağlayamayacağı gerekçeleriyle en uygun hukukun uygulanmasına karşı çıkmıştır. Böylece, hukuki kesinlik, güvenlik, basitlik ile esneklik ve somut olay bakımından âdil sonuçlara ulaşmak ilkeleri karşı karşıya gelmiştir. **Bkz. All England Law Reports**, C.2 (1969), sh. 1089; Ayrıca **bkz. Mc Gregor**, sh. 14.

Böylece, uygulanacak hukuk konusunda üç ayrı yaklaşım oluşmuştur: **a)** olay ve taraflarla en sıkı ilişkili hukukun ya da en uygun hukukun uygulanması; **b)** *lex fori*'nin uygulanması; **c)** ika yeri hukukunun uygulanması.

Lordlar Kamarasının kullandığı karışık ifadeler dolayısıyla, dava sonucu verilen kararın **case law**'u değiştirdiği mi, yoksa geleneksel kurala bir istisna mı getirdiği konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar sonunda, güncel Amerikan metodlarının: **case law** üzerindeki yadsınamaz etkisine rağmen, **Phillips v. Eyre** davası ile yerleşen geleneksel kuralın, genel kural olarak teyid edildiği ve **Boys v. Chaplin** davası ile de kurala hakkaniyet fikri (41) ile sınırlı bir istisna getirildiği fikri hâkim olmuştur (42).

Boys v. Chaplin davası, geleneksel kuralı yıkamamış olsa da, İngiliz hukukuna "**esneklik (flexibility)**" anlayışını getirmiştir (43). Esnekliği savunanlar, belirsizliğin tehlikelerine de işaret etmektedirler. **Boys v. Chaplin** davasında görüşlerin farklılaşması da işte bu endişenin ürünüdür.

4. İka Yerinin Tespiti (*Locus Delicti*)

İka yerinin tespiti sorunu bağlama noktasının yorumlanması ya da anlamlandırılmasına ilişkin olup, her olayda İngiliz hukukuna göre cevaplandırılacaktır. İka yerinin tespiti, İngiliz hukukunda da, fiil ve zararın farklı yerlerde meydana gelmesi halinde güçlük arz etmektedir. Örneğin, İngiltere'de sakin araç sahibinin aracının lastiklerini yenilemeyi ihmal etmesi dolayısıyla İskoçya'da sebep olduğu bir trafik kazasında A'nın yaralanması halinde, haksız fiilin nerede ika edilmiş olduğu sorusuna kesin olarak cevap verilemeyeceği belirtilmektedir (44).

İngiliz hukukunda, ika yerinin tespiti meselesi münhasır olarak değil, İngiliz mahkemelerinin yetkisine ilişkin olarak ortaya gelmiştir. **George Monro Ltd. v. American Cyanamid and Chemical Corporation** (1944) davasında (45), davacı İngiliz şirketi, New

(41) Gerçekten de tartışmalar davacının daha uygun tazminat alması fikri üzerinde yoğunlaşmıştır.

(42) **Graveson, Towards A Modern Applicable Law in Tort**, sh. 506-507, 511; **Jaffey, Choice of Law in Tort**, sh. 108; Ayrıca bkz. dn. 38; **Lazar**, sh. 647.

(43) **Cheshire-North-Fawcett**, sb. 535-536.

(44) **Dicey-Morris, J.H.C.: Conflict of Laws**, B.9, London 1973, sh. 967-968.

(45) **Bkz. Turhan**, sh. 163; **Morris, The Conflict of Laws**, sh. 322-323.

York'daki bir Amerikan şirketinden fare zehiri satın almıştır. Taraflar arasındaki sözleşmeye göre, akit statüsü New York hukukudur. Malların mülkiyeti de davacıya New York'da intikal etmiştir. Fare zehirinin ayıbı dolayısıyla zarar gören İngiltere'de sakin bir alıcı, yine İngiltere'de ithalatçı firmayı dava eder. Tazminatı ödeyen ithalatçı firma, daha sonra, Amerikan şirketi zeyhine rücu davası açar. Haksız fiilin İngiltere'de işlendiğinden bahisle de davalı şirkete bir davet müzekkeresi çıkartılmasını talep eder. Talep, meselenin zararın nerede meydana geldiğinin tespiti değil, fiilin nerede işlenmiş olduğunun tespiti olduğu ve ika yerinin İngiltere olmadığı, gerekçeleri ile, Temyiz mahkemesince reddedilir. Görülmektedir ki, **George Monro Ltd. v. American Cyanamid and Chemical Corporation** (1944) davasında, mahkemenin yetkisizlik kararında ika yeri fiilin işlendiği yer olarak kabul edilmiştir. Diğer bir İngiliz mahkeme kararı olan **Bata v. Bata** (1948) davasında ise, davacının şeref ve haysiyetini ihlâl eden mektuplar Zürih'de yazılmış ve Londra'da muhtelif adreslere gönderilmiştir. **George Monro Ltd. v. American Cyanamid and Chemical Corporation** (1944) davası dikkate alındığında, haksız fiilin İsviçre'de ika edilmiş olarak kabulü gerekecek ve Mahkemenin davalıya davet müzekkere çıkartması mümkün olmayacaktır. Fakat, mahkeme yayma unsurunun haksız fiilin esaslı unsuru olduğu gerekçesi ile dava sebebinin İngiltere'de oluştuğuna kanaat getirmiştir (46). Mahkemenin, "yayma unsurunun haksız fiilin esaslı unsuru olduğu" gerekçesi, İngiltere'nin haksız fiilin tamamlanarak zararın meydana geldiği yer (47) olarak kabul edildiğini göstermeye müsaittir (48). Daha yeni tarihli bir İngiliz mahkeme kararı olan **Buttigeig v. Universal Terminal and Stevedoring Corpn.**

(46) **Cheshire-North-Fawcett**, sh. 542; **Zelman, G.: Tort in Private International Law, British Yearbook of International Law, C.24 (1946)**, sh. 396-398.

(47) Ayrıca **bkz. Turhan**, sh. 180.

(48) Bununla birlikte, aksi görüşte ileri sürülebilir. Zira, mektupla işlenen haksız fiillerde, zarar meydana gelmediği sürece haksız fiil de oluşmayacaktır. Şöyle ki, mektup postalandıktan sonra kayboldu idi ve hiç bir zaman da davacıya ulaşmasaydı, o takdirde, haksız fiilin varlığından söz edilebilir miydi? Ya da, daha doğru bir ifade ile, davacının hiç bir zaman öğrenemeyeceği bir durum, soyut yazma ve postalama fiili ile haksız fiil olarak nitelenebilir miydi? Özetle, mektupla işlenen haksız fiillerde, kanatımızca, fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer birleşmekte ve haksız fiil mektubun içeriğinin mağdur tarafından öğrenildiği ya da mektubun mağdurun öğrenebileceği şekilde hâkimiyet alanına vardığı anda oluşmaktadır. Bu bakımdan, soyut yazma ve postalama fiillerinin ika yerinin tespitinde uygun irtibat olduğu kanaatinde değiliz. Bu bağlamda, ilk olarak, mahkemenin yorumuna katılarak, haksız fiilin yayma unsuru dolayısıyla İngiltere'de tamamlandığını kabul ediy-

(1972) davasında ise Temyiz mahkemesi, telefon veya telexle işlenen haksız fiilin, gönderildiği değil, alındığı ülkede işlenmiş olduğunu kabul etmiştir (49). Görüldüğü üzere, haksız fiilin türü ika yerinin tespitinde temel unsurdur. Bu sebeple, bu hukuk düzeni bakımından ika yerinin neresi olduğu hususunda genel bir kurala varmak mümkün değildir.

II- Haksız Fiilden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin İngiliz ve İskoç Hukuk Komisyonları Ortak Raporu (50) ile Kanun Ön Tasarısı

1. Genel Olarak

İngiliz hukukunda, haksız fiilden doğan borçlara uygulanacak pozitif hukukun değiştirilmesi fikri, **Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesi 1980**'in hazırlık çalışmaları dolayısıyla gündeme gelmiştir (51). Sözleşmenin 1972 tarihli tasarısı (52), akit dışı borçlara uygulanacak hukuka ilişkin hükümler de (md. 10-12) içermekte olup, akdî ve akit dışı borçlara uygulanacak hukuku tek bir sözleşme altında düzenlenmeyi amaçlıyordu (53). Fakat, 1978 tasarısı, akit dışı borçlara uygulanacak hukuku, ayrı bir sözleşme ile düzenlenmek üzere, kapsam dışı bırakarak, sözleşmeyi akdî borçlara uygulanacak hukuka hasretmiş ve sözleşme bu haliyle 1/4/1991'de yürürlüğe girmiştir (54). Diğer taraftan, bugüne kadar akit dışı borçlara uygulanacak hukuka ilişkin ayrı bir sözleşme yapılmamıştır.

ruz. İkinci olarak, mektupla hakaret hallerinde haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin birleştiğini kabul ederek, mahkemenin İngiltere'yi fiilin işlendiği yer olarak kabul etmiş olabileceği ihtimaline, dolayısıyla, **George Monro Ltd. v. American Cyanamid and Chemical Corporation** (1944) davasında kabul edilen esastan sapma olmadığı yolunda bir yorumun da getirilebileceğine dikkat çekmek istiyoruz.

(49) **Cheshire-North-Fawcett**, sh. 542-543.

(50) Raporun İngilizce metni için bkz. yuk. dn. 4.

(51) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 1.

(52) Tasarının İngilizce metni için bkz. **A.J.C.L.**, C. 21 (1973). sh. 587 vd.

(53) 1972 Tasarısı hakkında ayrıntılı bilgi için, bkz. **Lasok, D.-Stone, P.A.: Conflict of Laws in the European Community**, Oxon 1987, sh. 387-396; **Turban**, sh. 303-311.

(54) Sözleşme 19 Haziran 1980'da akdedilmiştir.

1979 yılında İngiliz Hukuk Komisyonu ile İskoç Hukuk Komisyonu, Birleşik Krallık 1978 tarihli tasarı hakkındaki resmi görüşünü hazırlamak üzere bir karma komisyon oluşturmuşlardır. Karma Komisyon, bu vesile ile haksız fiilden doğan borçlara uygulanacak hukuka ilişkin mevcut hukuku da yeniden gözden geçirmiştir. 1980 sonrası Komisyon, çalışmalarını, milli düzeyde (55), haksız fiilden doğan borçlara uygulanacak hukuka hasretmiştir. Komisyonun çalışmaları, ilk defa 1984 yılında bir rapor halinde yayınlanmıştır (56). 1984 raporu, konuyla ilgilenen elli kişi ve kuruluşun temenni ve tavsiyelerinin ışığı altında yeniden gözden geçirilerek, 1990 yılında aşağıda inceleyeceğimiz kapsamına kavuşmuştur.

Raporun ana fikri, İngiliz hukukunun geleneksel **çifte başlı bağlama kuralının** âdil olmaması ve hukukî istikrarı zedelemesi sebebiyle, kaldırılmasıdır (57). Böylece İngiliz mahkemeleri, yabancı ülkede ika ediler bir haksız fiil sebebiyle ilk defa yabancı bir hukuku uygulamak durumunda kalacaklardır.

2. Uygulanacak Hukuk

1984 Raporu, haksız fiilden doğan borçlara uygulanacak hukuku idare etmek bakımından dört ayrı seçenek sunuyordu. **a) lex fori**'nin tek başına uygulanması; **b)** her haksız fiil türünün özelliklerine göre tespit edilecek hukukun uygulanması; **c)** ika yeri hukukunun, en uygun hukuk (**proper law**) istisnası (58) ile birlikte uygulanması; **d)** en uygun hukukun tek başına uygulanması.

1990 Raporu, bu seçeneklerden ika yeri hukukunun en uygun hukuk istisnası ile birlikte kabulünü benimsemiştir. Böylece, genel kural ika yeri kuralı olmakla birlikte, ika yeri hukukunun uygulama alanı, en uygun hukuk lehine (**proper law**) sınırlandırılarak, genel kurala esneklik kazandırılmaya çalışılmaktadır (59).

(55) Kastedilen Birleşik Krallığa mensup "İngiliz, İskoç ve Kuzey İrlanda hukukudur."

(56) 1984 Raporu hakkında kısa bilgi için bkz. **Cheshire-North-Fawcett**, sh. 550-551; **Jaffey, Introduction to the Conflict of Laws**, sh. 188-189.

(57) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission, (No. 129) Report**, sh. 7-9.

(58) 1990 Raporunda en uygun hukuk, haksız fiilin, taraflar, gerçekleştiği çevre ve diğer şartlar itibarıyla, en gerçek ve önemli ilişki içinde bulunduğu hukuk olarak ifade edilmektedir.

(59) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 3, 10.

Buna karşılık, ön tasarı, devlet menfaatinin tahlili metoduna, bilinçli olarak, yer vermemiştir. Konu hakkında bkz. **Cheshire-North-Fawcett**, sh. 550.

1990 Raporu, ika yeri hukukunu, kural olarak, uygulanacak hukuk olarak tespit ettikten sonra, unsurları itibariyle birden fazla devlet ülkesinde meydana gelen haksız fiillerde, ika yerinin tespiti bakımından, yürürlükteki hukuka göre, reform sayılabilecek, yerleşmiş anlayışların ötesinde ilkelere varmaktadır. Amaç, taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi düzenlemek bakımından en âdil hukukun uygulanmasıdır. Bu bağlamda, 1990 Raporu, ika yerinin önceden, soyut ve farazi olarak belirlenmesi suretiyle uygulanacak hukukun tespiti yerine, haksız fiilin, yol açtığı zarar itibariyle belirli bir hukuka yerleştirilmesini öngörmektedir.

Buna göre, ika yeri hukuku, **i. şahsa ve mala verilen zararlar**da, mağdurun veya malın zarara uğradığı sırada bulunduğu yer hukuku (md. 2/1-a, md. 2/2); **ii. mağdurun ölümüyle sonuçlanan haksız fiillerde**, ölüme sebep olan zararın, örneğin, ölümcül yararın, verildiği sırada kişinin bulunduğu yer hukukudur (md. 2/1-b) (60).

Buna karşılık, ika yeri hukukunun haksız fiil ile ilişkisinin, taraflar, fiilin ika edildiği çevre ve diğer şartlar itibariyle, bir başka devlet hukukuna nazaran daha az önem taşıdığı hallerde bu son devlet hukuku uygulanacaktır. Böylece, ika yeri hukukunun uygulama alanı, haksız fiilin tarafları, ika edildiği çevre ve diğer şartlar dikkate alınarak (md. 2/5), haksız fiil ile **en gerçek ve önemli ilişki** içerisinde bulunan devlet hukuku (md. 2/3-b) lehine (**en uygun hukuk**) sınırlandırılmaktadır. (61).

1990 Raporu, basın yayın yoluyla işlenen haksız fiiller (md. 3/2) ile açık deniz ve serbest hava sahasında işlenen haksız fiillere (md. 3/3-a) ilişkin iki özel düzenleme dışında, münferit haksız fiil tiplerine özgü hükümler getirmemektedir. Buna karşılık, şahsa ve mala verilen zararlar ile mağdurun ölümüyle sonuçlanan haksız fiiller dışında kalan haller hakkında, genel bir kural sevk etmekle yetinmektedir. Buna göre, ika yeri hukuku, olaylar zinciri içinde, **haksız fiilin en önemli unsurlarının meydana geldiği yer** hukukudur (md. 2/3-

(60) Bu yaklaşım, haksız fiilin tek bir ika yeri olduğu varsayımına dayanarak fiilin, zararın ya da her ikisinin birden fazla devlet ülkesinde meydana geldiği hallerde ika yerinin neresi olduğuna ilişkin muhtemel spekülasyonları önlemeyi amaçlamaktadır. *The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report*, sh. 11, 36-37.

(61) *The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report*, sh. 12-13, 36-37.

a) (62). Bununla birlikte, haksız fiilin en önemli unsurlarının tek devlet ülkesinde toplanmadığı haller ile haksız fiilin, tarafları, gerçekleştiği çevre ve diğer şartlar itibariyle (md. 2/5), en önemli unsurlarının toplandığı yer hukukuna nazaran bir başka devlet hukuku ile daha **gerçek ve önemli ilişki** içinde bulunduğu hallerde bu son devlet hukuku (md. 2/3-b) uygulanacaktır (**en uygun hukuk istisnası**) (63).

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 1990 raporu basın yayın yoluyla işlenen haksız fiiller (**defamation**) hakkında bir istisna hükmü getirmektedir (md. 3/2-a,b). Buna göre, yabancı ülkede basın yayın yoluyla ika edilen bir haksız fiil, daha önce veya aynı zamanlarda İngiltere, İskoçya ya da Kuzey İrlanda'da da ika edilmiş (yayınlanmış) ise, uygulanacak hukuk ilgili ika yeri (İngiltere, İskoçya, veya Kuzey İrlanda) hukukudur. Böylece, basın yayın yolu ile işlenen haksız fiiller bakımından İngiliz, İskoçya ve Kuzey İrlanda hukukları lehine **tek taraflı bir istisna** getirilmektedir (64). Buna karşılık, yabancı ülkede ika edilen haksız fiilin Birleşik Krallık'ta ayrıca ika edilmediği hallerde, genel kural "**olaylar zinciri içinde, haksız fiilin en önemli unsurlarının meydana geldiği yer hukuku**" ile istisnası "**haksız fiilin, tarafları, gerçekleştiği çevre ve diğer şartları itibariyle, daha gerçek ve önemli ilişki içinde bulunduğu devlet hukuku**" (md.3/2) uygulanacaktır.

Diğer taraftan, yürürlükteki hukuk bakımından, bağlama kurallarının uygulama alanına girmeyen, açık deniz ve serbest hava saha-

(62) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 14, 30, 36-37.

(63) Buna karşılık, haksız fiil, münhasıran Birleşik Krallığa mensup devlet ülkelerinden (İngiltere, İskoçya veya Kuzey İrlanda) birinde işlenmiş ise (**dahili kanunlar ihtilâfı**), yabancı irtibatlar (tarafların vatandaşlığı, ikametgâhu veya mutad meskeninin bulunduğu yer gibi) dikkate alınmaksızın, ilgili devlet (**law district**) hukuku yani uygun ika yeri hukuku (İngiliz, İskoç veya Kuzey İrlanda hukuku) (md. 3/1) uygulanacaktır. **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 14, 30, 38-39.

(64) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 19-20, 30, 38-39. Görülmektedir ki, yayının İngiltere, İskoçya ya da Kuzey İrlanda'da basıldığı ya da dağıtıldığı hallerde, haksız fiilin yabancı ülke ile irtibatı, uygun irtibat olarak kabul edilmemektedir. Bununla birlikte, yabancı ülkede basın yayın yoluyla işlenen haksız fiilin, örneğin, İngiltere ve Kuzey İrlanda' da (veya İskoçya'da) işlendiği hallerde dahili kanunlar ihtilâfının nasıl çözüleceği hususunda açıklık bulunmamaktadır. Mevcut düzenleme karşısında akla gelen ilk ihtimal, yine ilgili ika yeri hukukunun (İngiliz, İskoç veya Kuzey İrlanda hukuku) uygulanacağıdır.

sında ika edilen haksız fiiller, ön tasarının da kapsamı dışında bırakılarak, **maddi lex fori**'ye (md. 3/3, 4) tâbi tutulmuştur (65).

3. Yetkili Hukukun Uygulama Alanı

Raporda uygulanacak hukukun uygulama alanına giren hususlar, haksız fiil ehliyeti (66), zararın türü (67) ve miktarı (68), defiler (69), zamanaşımı süreleri ile hak düşürücü süreler (70) olarak tespit edilmiştir. Buna karşılık, başkasının fiilinden sorumluluk, haksız fiil öncesi taraflar arasında mevcut akde dayanan defiler, mağdurun sigortacıya karşı doğrudan dava hakkı, tazminat miktarının hesaplanması, mağdurun ölümüyle sonuçlanan haksız fiillerde kusura ilişkin sorunlar gibi konulara, **değişiklik gerektirmediği**, mağdurun ölümüyle sonuçlanan haksız fiillerde tazminat talebine hakkı olanların tespiti, eşler arasında meydana gelen haksız fiiller gibi konulara da, **farklı hukukî kategoriler altında vasıflandırılmaya elverişli oldukları** üzere, değinilmemiştir (71).

4. Yetkili Yabancı Hukukun Uygulanmasının Bertaraf Edildiği Haller

Tasarı dört halde yetkili hukukun uygulanmasını bertaraf etmektedir. Buna göre, yetkili hukukun uygulanacak kuralı **lex fori**'nin kamu düzenine veya emredici kurallarına aykırı, kamu hukuku karakterli (72) ya da **lex fori**'ye göre konu usule ilişkin ise, **lex fori** (md.4) uygulanacaktır (73).

- (65) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 18, 30, 38-39.
- (66) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 21.
- (67) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 22.
- (68) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 22.
- (69) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 21.
- (70) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 22.
- (71) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 21-27.
- (72) Böylece, Ceza hukuku, Vergi hukuku veya Mali hukuk kuralları gibi, kamu hukuku karakterli tüm yabancı kuralların uygulanması engellenmiştir.
- (73) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 27-28, 40-41.

5. *Atf*

1990 Raporu, milletlerarası özel hukukun genel kabul görmüş esaslarına da uygun olarak (74), haksız fiilden doğan kanunlar ihtilâfı hukuku alanında atfı reddetmiştir (md. 2/6). Buna göre, **lex fori**'nin kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan hukukun **maddî hükümleri** uygulanacaktır. Rapordan atfın, özellikle iade atfın, amaca uygun bulunmadığı (75), atfın reddi ile, münhasıran yabancı ülkede ika edilen haksız fiiller bakımından, ika yerinin kanunlar ihtilâfı kurallarının **lex fori**'ye yapacağı muhtemel bir yollamanın, diğer bir ifade ile, gelenekse çift başlı bağlama kuralının öngördüğü hukuka (**lex fori**) dönüşün, önlenmek istendiği anlaşılmaktadır.

SONUÇ

İngiliz pozitif hukukunda, haksız fiilden doğan kanunlar ihtilâfı alanını idare eden genel kural, **Phillips v. Eyre** davası sonunda yerleşmiş, çifte başlı kuraldır. Kuralın kaleme alınış biçimi, kuralın yetkiye ilişkin olduğu yolunda bir izlenim vermeye elverişli ise de, genel kanaat, kuralın bağlama kuralı olduğu yönündedir. Biz de, kuralın **lex fori**'yi destekleyen bir bağlama kuralı olduğu görüşüne katılmaktayız. Zira, kuralın ilk kısmının kaynağı olan **The Halley** davasında hiç bir şekilde yetki bahis konusu edilmemiştir. Davada, ika yeri hukuku, İngiliz hukukunun (**lex fori**) uygulanmasını davalı lehine sınırlayan bir savunma vasıtası olarak ele alınmıştır. Nitekim, **Selwyn L.J.**, İngiliz mahkemelerinin İngiliz hukukuna göre faile sorumluluk yüklemeyen bir fiile yabancı hukuku uygulamak suretiyle bir karara varmalarının İngiliz otorite ve ilkelerine aykırı olduğu gerekçesiyle, davayı esastan reddetmiştir.

The Halley davasını izleyen davaların yorumundan kuralın ilk kısmının (İngiliz hukukuna göre haksız fiil olarak dava edilebilme) İngiliz hukukuna göre haksız fiil sorumluluğuna yol açan, kuralın ikinci kısmının (ika yeri hukukuna göre haklı olmama) ise, ika yeri hukukuna göre hukukî sorumluluğa yol açan herhangi bir fiil olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, **Machado v. Fontes** (1897), **Walpole v. Canadian Northern Ry.** (1923) ve

(74) **Cheshire-North-Fawcett**, sh. 71; **Jaffey, Introduction to the Conflict of Laws**, sh. 262; **Morris-North, Cases and Materials**, sh. 666.

(75) **The Law Commission (No. 193) and The Scottish Law Commission (No. 129) Report**, sh. 28, 36-37.

Mc Millan v. Canadian Northern Ry. (1923) davalarında uygulanan esaslar artık kabul görmemektedir. Bu noktada, fiilin ika yeri hukukuna göre hukukî sorumluluğa yol açan her hangi bir fiil olarak kabulü, kanaatimizce yerinde olmamıştır. Zira, kuralın ilk kısmı (İngiliz hukukuna göre haksız fiil olarak dava edilebilir olma) dolayısıyla, sorumluluğun hukukî niteliğinin tayini, tamamen İngiliz hukukunun (**lex fori**) kontrolüne geçmiştir. Böylece, fiil, ika yeri hukukuna göre hukukî sorumluluğa yol açsa dahi, İngiliz hukukuna (**lex fori**) göre haksız fiil olarak nitelendirilemediği sürece mahkeme davasının esasına girmeyecektir. Böylece, ika yeri hukukunun, **lex fori**'nin uygulanmasını fail lehine sınırlayan bir savunma vasıtası olduğu fikri daha da ağırlık kazanmaktadır (76). **Lex fori**, uygulanacak hukuk olarak, tüm esasa ve usule ilişkin hususları idare edecektir. Fiilin hem ika yeri hukuku hem de İngiliz hukukuna (**lex fori**) göre haksız fiil sorumluluğuna yol açtığı hallerde ise, **Boys v. Chaplin** davasında olduğu üzere, çağdaş yaklaşımlara başvurulacaktır. Bununla birlikte, **Boys v. Chaplin** davası, şimdilik, genel kurala hakkaniyet icabı getirilmiş bir istisna olmaktan öteye gidememiştir. Bu dava, daha ziyade, esneklik firinin İngiliz hukukuna da girdiğini göstermek bakımından önem taşımaktadır. İka yerinin tespiti meselesi ise, İngiliz mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tespiti sebebiyle tartışılmış olup, mevcut kararlardan hareketle bir genelleme yapmak pek mümkün görünmemektedir.

Yabancı ülkede ika edilmiş haksız fiilden doğan borçlara uygulanacak hukuk, İngiliz Hukuk Komisyonu ile İskoç Hukuk Komisyonunun ortaklaşa çalışmaları sonucu 1990 yılında yayımlanan son rapor ve ön tasarı ile yeniden gündeme gelmiştir. 1990 Raporu ve ön tasarının ana fikri, İngiliz hukukunun geleneksel çifte başlı bağlama kuralının kaldırılmasıdır.

1990 Raporu, ika yeri hukukunun, en uygun hukuk istisnası ile birlikte uygulanmasını kabul etmektedir. Amaç, ika yeri hukukunun uygulama alanını, en uygun hukuk lehine (**proper law**) sınırlayarak, genel kurala esneklik kazandırmaktır.

1990 Raporu, bağlama noktasının (ika yeri) yorumu (ya da vasıflandırılması) aşamasını atlayarak, haksız fiili, sebep olduğu zararlar itibariyle bir hukuka yerleştirmektedir. Böylece, fiilin veya zararın birden fazla devlet ülkesinde gerçekleştiği hallerde, ika yerinin tespiti meselesini de kendi bünyesinde çözmüş olmaktadır.

(76) İka yeri kuralının tarihi gelişimi için bkz. **Turban**, sh. 12-16.

Genel kurala göre ika yeri hukuku, şahsa ya da mala verilen zararlar da, **mağdurun veya malın zarara uğradığı sırada bulunduğu yer hukuku**, mağdurun ölümüyle sonuçlanan haksız fiillerde ise, **ölüme sebep olan zararın verildiği sırada kişinin bulunduğu yer hukukudur**. Haksız fiilin, ika yeri hukuku ile olan ilişkisinin, taraflar, fiilin ika edildiği sosyal çevre ve diğer şartlar itibariyle, bir başka devlet hukukuna nazaran daha az önem taşıdığı hallerde bu son devlet hukuku uygulanacaktır.

Muhtelif haksız fiil türleri bakımından ise, özel hüküm getirilmeyerek, **olaylar zinciri içinde, haksız fiilin en önemli unsurlarının meydana geldiği yer** hukukunun uygulanacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte, eğer haksız fiil, **tarafları, gerçekleştiği çevre ve diğer şartlar itibariyle, bir başka hukuk ile daha gerçek ve önemli ilişki** içinde ise o devlet hukuku uygulanacaktır.

1990 Raporu, basın yayın yoluyla işlenen haksız fiiller ile açık deniz ve serbest hava sahasında işlenen haksız fiillere ilişkin tek taraflı iki özel düzenleme öngörmektedir. Buna göre, yabancı ülkede basın yayın yoluyla ika edilen haksız fiil, daha önce veya aynı zamanlarda Birleşik Krallık'da da ika edilmiş ise **ilgili ika yeri hukuku** (İngiliz, İskoç veya Kuzey İrlanda hukuku) uygulanacaktır. Açık deniz veya serbest hava sahasında ika edilen haksız fiiller ise, ön tasarının kapsamı dışında bırakılarak, **maddî lex fori**'ye tâbi tutulmuştur.

Yetkili hukukun uygulanması dört halde önlenmiştir. Buna göre, yetkili hukukun uygulanacak kuralı, **lex fori**'nin kamu düzenine ya da emredici kurallarına aykırı, kamu hukuku karakterli, ya da, **lex fori**'ye göre konu usule ilişkin ise, **lex fori** uygulanacaktır.

Birleşik Krallık sınırları içerisinde meydana gelen tüm haksız fiillere, ilgili ika yeri hukuku (İngiliz, İskoç veya Kuzey İrlanda hukuku) uygulanacak, münhasıran yabancı ülkede ika edilen haksız fiiller dolayısıyla İngiltere'de açılacak davalarda ise atıf reddedilecektir.

Böylece, 1990 Raporu, Birleşik Krallığa mensup devlet hukuklarının birleştirilmesini amaçlarken, taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi düzenlemek bakımından en âdil hukukun uygulanmasını da sağlama endişesiyle, yürürlükteki hukukuna göre reform sayılabilecek, Kara Avrupası hukuklarına göre ise, kısmen farklı bir bağlama tekniği olarak ifade edilebilecek, değişiklikler önermektedir.