

İSVİÇRE DEVLETLER ÖZEL HUKUKU FEDERAL KANUNUNDA SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLARA UYGULANACAK HUKUK VE TÜRK HUKUKU

Yrd. Doç. Dr. Turgut TURHAN*

ANLATIM DÜZENİ : GİRİŞ I. UYGULANACAK HUKUKUN SAP-
TANMASI 1. Hukuk seçimi (sübjektif bağlama) A- Genel olarak
B- Hukuk seçiminin gerçekleştirilmesi a. Hukuk seçimine yönelik
irade beyanlarının geçerliliği b. Hukuk seçiminin şekli ve bağımsızlığı
c. Hukuk seçiminin yapılışı aa. Açık irade beyanlarından hareketle
bb. Zımnî irade beyanlarından hareketle cc. Varsayılan (mefruz) irade-
nin reddi d. Hukuk seçiminin zamani ve üçüncü kişilerin hakları e. Kısı-
mî seçim C- Hukuk seçiminin sınırlandırılması veya yasaklanması a.
Genel olarak b. Hukuk seçiminin sınırlandırılması c. Hukuk seçiminin
yasaklanması D- Genel istisna kuralı ve hukuk seçimi E- Atf ve hukuk
seçimi 2. Objektif bağlama A- Genel olarak B- Objektif bağlamada
ilke C- İlkenin Fedaral Mahkeme Kararları karşısındaki durumu D-
Objektif bağlamada karşılaşılabilecek bazı sorunlar 3. Bazı sözleşme
tipleri hakkında getirilen özel bağlama kuralları A- Menkul satımına
ilişkin sözleşmeler B- Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler C- Tüketici
sözleşmeleri D- Hizmet sözleşmeleri E- Maddi olmayan mallara ilişkin
sözleşmeler II. UYGULANACAK HUKUKUN SAPTANMASINA
YÖNELİK ORTAK HÜKÜMLER 1. İcap karşısında suskunluk 2.
Sözleşmelerin şekli 3. İfanın tarzı 4. Temsil III. UYGULANACAK
HUKUKUN SAPTANMASI KONUSUNDA DOĞRUDAN UY-
GULANAN KANUNLARIN MÜDAHALESİ IV. GENEL DEĞER-
LENDİRME ve TÜRK HUKUKU.

GİRİŞ

1891 yılından günümüze değin İsviçre kanunlar ihtilâfi hukukunun
temel kaynağını meydana getirmiş bulunan "LRDC. (1)", 1 Ocak 1989
tarihinden itibaren yerini "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu"

(*) A.Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) "Loi Fédérale sur les Rapports de Droit Civil des Citoyens Etablis ou en Séjour", Kanunun
metni için bkz. RS 2, sh. 727 vd.

na (2) bırakmış bulunmaktadır. Böylelikle, İsviçre kanunlar ihtilâfi hukukunun on beş yılı aşkın bir süredir içinde bulunduğu kanunlaştırma çalışmaları sona ermiş (3) ve bu ülke, son yıllarda üzerinde en çok durulan ve en fazla tartışılan Devletler Özel Hukuku kanunlarından birine sahip hale gelmiştir (4).

Belirtmek gerekir ki, İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu, getirmiş olduğu iki yüz maddelik düzenleme ile, şimdiye kadar yürürlüğe girmiş bulunan Devletler Özel Hukuku kanunlarının en geniş kapsamlısı olmuştur (5). Kanunun bu geniş kapsamı içinde, "sözleşmeler" konusu ise,

- (2) "Loi Fédérale sur le Droit International Privé (LDIP)", Kanunun Fransızca metni için bkz. FF. 1988 I, sh. 5-56." Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)", kanunun Almanca metni için bkz. B. Bl. 1988 I, sh. 5-60. Ayrıca, Kanunun İngilizce çevirisi için bkz. **Cornu, J.C. / Hankins, S. / Symeonides, S.**: Swiss Federale Statute on Private Internationale Law of December 18, 37 AJCL. (1989), sh. 193 vd. Bunların yanında, kanunun ve kanunla doğrudan ilgili İsviçre Devletler Özel Hukuku mevzuatının net ve açıklanabilir bir çevirisini **Karrer, P.A./Karl, W.A.**: Switzerland's Private International Law Statute 1987, The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation. Deventer 1989 adlı eserde bulmak mümkündür.
- (3) Kanunun hazırlık çalışmaları için bkz. **Karrer/Karl**, sh. 8 vd.
- (4) İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu, tasarı halinde kamuoyuna sunulduğu 1978 yılından, kanunlaştığı 1988 yılına kadar geçen süre içinde, çok sayıda inceleme ve sempozyuma konu olmuştur. Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında yayınlanan ve sayıları yüzü geçen bu incelemelerin tam bir listesi için bkz. Bibliographie zum schweizerischen Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987, 8 IPRax (1988), sh. 389 vd. **Knoepfler, F./ Schweizer, P.** La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit internationale privé, 77 RCDIP (1988), sh. 208 dn. (2); **Symeonides, S.**: The new swiss conflicts codification: An introduction, 37 AJCL. (1989), sh. 190, dn. (19)-(21). Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında yapılan sempozyumlar için bkz. **Symeonides**, sh. 189, dn. (13) ve sh. 190, dn. (18).
- Kanun uyardığı yankılar, kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra da devam etmiştir. Nitekim, bu yankıların bir sonucu olarak, Devletler Özel Hukuku alanında önemli bir yere sahip olan "Revue Critique de Droit International Privé" isimli periyodik, 1988 yılında yayınlanan 77. cildinin 2. sayısını Federal Kanuna ayırmıştır. Söz konusu periyodikte, **Von Overback, Knoepfler ve Stojanovic** gibi hukukçuların, kanunun çeşitli başlıklarını ele alarak inceledikleri çalışmaları bulmak mümkündür. Ayrıca **Broggini, G.**: La nouvelle loi fédérale sur le droit internationale privé 64 ASDI. (1988), sh. 132-163; **Schnyder, A.K.**: Das neue IPR.-Gesetz, St. Gallen 1988; **Samuel, A.**: The new Swiss Private International Law Act, 37 ICLQ (1988), sh. 681 vd.; **Von Overback, A.**: Das neue schweizerische Bundesgesetz über das internationale privatrecht, 8 IPRax., (1988), sh. 329 vd.
- (5) Bilindiği gibi, son yıllarda Avusturya (1979), Eski Demokratik Almanya (1975), Federal Almanya (1986), Macaristan (1979), Türkiye (1982) ve Yugoslavya (1978), Devletler Özel Hukuku kanunlarını yürürlüğe koyan ülkeler arasına katılmışlardır. Bu ülkelerin kanunları arasında, yüz dokuz maddelik düzenlemesiyle Yugoslav Devletler Özel Hukuku Kanunu en geniş kapsamlısı olmuştur. Ancak İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu, kapsamı itibarıyla Yugoslav Devletler Özel Hukuku Kanununu aşmış ve "Bustamante Kodu"ndan sonra, tasarılar da dahil olmak üzere, en geniş kapsamlı Devletler Özel Hukuku kanunu sıfatını kazanmıştır.

getirilen yirmi maddelik (md. 112-126, md. 143-148 ve md. 149) bir düzenleme ile, kanunun en ayrıntılı "başlığı" nı oluşturmuştur.

Kuşkusuz ki, kanunun "sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfı" alanını bu derece ayrıntılı bir biçimde düzenlemesinin temel nedeni, sözleşmelerin, günümüz milletlerarası ticaret hayatında kazandığı önemdir. Ancak bunun yanında, İsviçre doktrin ve mahkemelerinin, sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfı alanında sahip olduğu teorik ve yargısal birikimin de önemli bir neden olduğu unutulmamalıdır. Gerçekten, bir yandan İsviçre Devletler Özel Hukuku doktrininin dağınık halde bulunan "karakteristik edim bağı" kavramını toplayarak sistemleştirmesi (6); diğer yandan da Federal Mahkemenin bu kavramı benimseyerek çok sayıda karara konu etmesi (7) kanunu hazırlayanlara önemli bir malzeme bırakmıştır (8). Nitekim, kullanılan bu malzemenin önemi nedeniyle, kanunun, "sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfı" alanına getirdiği düzenlemeler neredeyse kanunun kendisi kadar önem kazanmış ve üzerinde oldukça fazla durulan bir konu haline gelmiştir (9).

İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu, sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfı alanını "Borçlar Hukuku" adını taşıyan 9. Başlığında (md. 112-149) düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanun bu başlığı beş "Bölüm"e ayırmış ve I. Bölüm'de "sözleşme"leri (md. 112-126), II. Bölüm'de "haksız zenginleşme"yi (md. 127-128), III. Bölüm'de "haksız fiiller"i (md. 129-142), IV. Bölüm'de tüm borç ilişkileri için geçerli olacak "ortak hükümler"i (md. 143-148) ve nihayet tek maddeden meydana gelen V. Bölüm'de de "yabancı mahkeme kararları" nı (md. 149) düzenlemiştir.

(6) **Kaufmann-Kohler, G.:** La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la suisse, 65 ASDI. (1989), sh. 197-198.

(7) **Kaufmann-Kohler,** sh. 199-200.

(8) **Stojanovic, S.:** Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé, 77 RCDIP. (1988), sh. 262; **Kaufmann-Kohler,** sh. 201.

(9) Bu nedendir ki, kanunun sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfı alanına getirdiği düzenlemeleri konu edinen çalışmaların sayısı bir hayli fazladır; **Heini, V.A.:** Die rechtswahl im vertragsrecht und das neue IPR.-Gesetz, Festschrift für Rudolf Moser, Zürich 1987, sh. 67 vd.; **Schawender, I.:** Internationales vertragsschuldrecht-direkte zuständigkeit und objektive anknüpfung, Festschrift für Rudolf Moser, Zürich 1987, Sh. 98 vd.; **Dutoit, B.:** Le droit international privé moderne des contrats - comparaison du projet suisse de droit international privé avec la loi yougoslave du 15 Juillet 1982, La Responsabilité pré-et post contractuelle, Zürich 1986; **Dutoit, B./Knoepfler, F./Lalive, P./Mercier, P.:** Répertoire de Droit Internationale Privé Suisse, T.I, Le Contrat Internationale, L'arbitrage Internationale, Berne 1982, sh. 30 vd.; **Lagarde, P.:** Les contrats dans le projet suisse de codification du droit internationale privé, 55 ASDI. (1979), sh. 74 vd.; **Knoepfler, F.:** Le contrat dans le nouveau droit international privé suisse, Le Nouveau Droit Internationale Privé Suisse, Lausanne 1988, sh. 79 vd.

Çalışmamızın konusu doğrudan doğruya “sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfı” alanını ilgilendirdiğinden, çalışmamızda kanunun “haksız zenginleşme”, “haksız fiiller” ve “yabancı mahkeme kararları”na ilişkin olarak getirdiği düzenlemelere değinilmemiştir. Aynı şekilde, çalışmamızda, kanunun sistematüğinde yer alan “sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfı alanında milletlerarası yargı yetkisi”ne ilişkin düzenlemelerin incelenmesine yer verilmemiştir (10). Buna karşın, kanunun tüm borç ilişkileri için getirdiği “ortak hükümler”e çalışmamızda zorunlu olarak değinilmiştir. Nihayet belirtmek gerekir ki, bu çalışmanın amacı Federal Kanunun sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfı alanına getirdiği düzenlemeleri Türk hukukçularına tanıtarak irdelemek ve söz konusu düzenlemelerin genel bir değerlendirmesini yapmaktır. Bu nedenle, çalışmamızda, Federal Kanunun sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfına ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerin, diğer güncel kanunlarda yer alan aynı konuya ilişkin düzenlemelerle karşılaştırılması yoluna gidilmemiştir.

I. UYGULANACAK HUKUKUN SAPTANMASI

Uygulanacak hukukun saptanması konusu, kanunun 116 ilâ 126. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu maddeler dahilinde, kanun ilk önce “Genel Olarak” yanbaşığında “Hukuk seçimi (sübjektif bağlama, md. 116-117)”ni, sonra da, “Özel Olarak” yanbaşığında, çeşitli sözleşme tipleri için getirdiği özel bağlama kurallarını, diğer bir deyişle “objektif bağlama (md. 118-122)”yi düzenlemiş bulunmaktadır. Nihayet, kanunun 123 ilâ 126. maddeleri arasında da, uygulanacak hukukun saptanması sırasında karşımıza çıkabilecek olan sorunlara ilişkin “ortak hükümler”i düzenlemiş bulunmaktadır.

1. Hukuk Seçimi (Sübjektif Bağlama)

A. Genel Olarak

Sübjektif bağlama, diğer bir deyişle sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi konusu, kanunun 116. maddesinde düzenlenmiştir. “Genel Olarak” yanbaşığında uygulanacak hukuku belirleyen bu maddenin 1. fıkrasına göre, “sözleşme, tarafların seçtiği hukuk tarafından idare olunur”. Görüldüğü gibi, getirilen bu düzenleme ile, “sözleşme serbestisi” prensibi, sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfı alanındaki üstünlüğünü, İsviçre Kanunlar İhtilâfı Hukukunda da sürdürmüştür.

(10) Bu konuda bkz. *Stojanovic*, sh. 263 vd.

Kanunun getirdiği bu düzenleme, Federal Mahkemenin şimdiye kadar vermiş olduğu kararlarla uyum halindedir. Zira, Federal Mahkemenin sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfi alanında vermiş olduğu kararlara bakıldığında, mahkemenin, bu alanda "sözleşme serbestisi prensibi"ni uzun yıllardan bu yana benimsemiş olduğu görülmektedir (11).

Öte yandan, kanun, getirmiş olduğu bu düzenlemede herhangi bir bağlayıcı ifade kullanmayarak, tarafları hukuk seçimi sırasında mutlak olarak serbest bırakmıştır. Kanunun getirdiği bu düzenleme karşısında, Federal Mahkemenin daha önce vermiş olduğu bazı kararlarında aradığı "seçilen hukukla sözleşme arasında bir ilişkinin bulunması (12)" ve tarafların o hukuku seçmelerinde "makul bir çıkarının bulunması (13)" şartları da bundan böyle aranmayacaktır (14). Bu anlamda, tarafların, aralarındaki sözleşmenin kuruluş koşulları, hükümleri ve sonuçları hakkında uygulanacak hukuku, kanunî sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla (15) tam bir serbesti içinde seçme imkânına sahip olduklarını söylemek mümkündür.

B. Hukuk seçiminin gerçekleştirilmesi

Hukuk seçiminin ne şekilde gerçekleştirileceği, 116. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Getirilen düzenlemeye göre, "hukuk seçimi ya açık olarak, ya da sözleşmenin hükümlerinden veya şartlarından kesinlikle anlaşılabilir bir tarzda yapılmış olmalıdır. Keza, hukuk seçimi, seçilen hukuk tarafından idare edilir".

a) Hukuk seçimine yönelik irade beyanlarının geçerliliği

Hukuk seçimine yönelik irade beyanlarının geçerliliğinin hangi hukuka göre saptanacağı sorunu İsviçre Kanunlar İhtilâfi Hukukunda ilginç bir gelişim göstermiştir. Soyut olarak iradenin bir borç kaynağı olamayacağı, irade beyanının ancak bir hukuk düzeni içinde yapılması ile bu beyana o hukuk düzenince bağlanan sonuçların atfedilebileceği görüşü, 50'li yıllarda Federal Mahkemeyi etkilemiştir. Bu etkiye paralel olarak, Federal Mahkeme, hukuk seçimini esas sözleşmeden ayrı olarak düşünerek "ön akit" kavramına yer vermiş ve "ön akdin" geçerliliğini Lex Fori'ye tâbi tutmuş-

- (11) Federal Mahkemenin sözleşme serbestisi prensibinden hareket ettiği çok sayıda karar için bkz. **Vischer, F.**: Droit International Privé, Fribourg 1974, sh. 174, dn. (11) vd.
- (12) Bu konuda bkz. **Lachenal, J.A.**: Droit International Privé, Partie Speciale-Droit Civil, V. III, Genève 1978, (Polycopié), sh. X. 7; **Uluçak, N.**: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Uygulama Kuralları, Sözleşmeler, İstanbul 1989, sh. 188; **Vischer**, sh. 179-180, dn. (29).
- (13) ATF. 102 II 143, **Lachenal, III**, sh. X. 7; **Vischer**, sh. 180.
- (14) **Stojanovic**, sh. 269.
- (15) Bkz. aşağıda sh. 129.

tur (16). Ancak zaman içinde, Federal Mahkeme bu görüşünden kısmen de olsa ayrılmıştır. Nitekim, bu gelişmeye paralel olarak 78 tasarısında "ta-
rafların hukuk seçimine yönelik sözleşmelerinin geçerliliğinin seçilen hu-
kuka tâbi olacağı" hükmü açık olarak yer almış ve ancak, dâva açıldıktan
sonra yapılacak olan bir hukuk seçimi sözleşmesinin geçerlilik koşullarının
Lex Fori'ye tâbi olacağı görüşü benimsenmiştir (17). Oysa, kanunun getir-
diği yeni düzenleme karşısında, bu sorun tartışma konusu olmaktan çık-
mıştır. Zira getirilen düzenlemeye göre, hukuk seçimi ister açık, ister zımnî
irade beyanları yoluyla yapılmış olsun veya sözleşmenin hüküm ve şartların-
dan kesin bir şekilde anlaşılmış olsun, artık hukuk seçimine yönelik irade
beyanlarının geçerliliği Lex Fori'ye değil, fakat seçilen hukuka tâbi olacak-
tır (18).

b) Hukuk seçiminin şekli ve bağımsızlığı

Kanunun 116. maddesinde yer alan düzenlemeden anlaşıldığına göre,
hukuk seçimi herhangi bir şekilde tâbi değildir. Taraflar, sözleşmelerine uy-
gulanacak hukuku, yazılı veya sözlü bir anlaşma ile saptayabilirler (19).

Öte yandan, kanunun getirdiği düzenlemede, hukuk seçimine yönelik
olan anlaşmanın asıl sözleşme ile birlikte mi, yoksa asıl sözleşmeden ayrı
olarak mı yapılması gerektiği konusunda bir açıklık yoktur. Kanunun bu
suskunluğu karşısında, hukuk seçiminin Federal Mahkeme kararlarına da
uygun olarak, asıl sözleşme ile birlikte veya ondan ayrı olarak yapılabile-
ceğini kabul etmek gerekir (20).

c) Hukuk seçiminin yapılışı

Kanunun 116. maddesinin 2. fıkrasında getirilen düzenlemeye göre,
taraflar, geçerli bir hukuk seçimini ya açık iradeleri ile, ya da zımnî irade-
leri ile yapabileceklerdir.

aa) Açık irade beyanlarından hareketle

Kanunun, tarafların açık iradelerinden hareketle uygulanacak hukukun
saptanmasını düzenleyen 116. maddesinin 2. fıkrasının ilk kısmı, üzerinde
durulmaya gerek olmayacak kadar açıktır. Kanun, tarafların açık iradeleri-
yle sözleşmelerine uygulanacak hukuku saptayabileceklerini öngörmekle, ger-

(16) ATF. 102 II 145; ATF 79 II 295. Ayrıca bkz. **Vischer**, sh. 174; **Uluocak**, sh. 186.

(17) **Turhan, T.**: 10 Haziran 1978 tarihli İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanun tasa-
rısı, Prof. Dr. H. Belbez'in Hatırasına Armağan, Ankara 1987, sh. 281.

(18) **Stojanovic**, sh. 268.

(19) **Stojanovic**, sh. 267.

(20) **Stojanovic**, sh. 267.

çekte, LRDC.'den bu yana İsviçre Kanunlar İhtilâfı, Hukukunda mevcut olan bir boşluğu da (21), Federal Mahkeme kararlarına uygun olarak (22) doldurmuştur. Taraf iradelerine, yine kanunun getirdiği sınırlar çerçevesinde mutlak bir serbesti tanıyan böyle bir düzenlemenin ise, sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfı alanındaki güncel gelişmelere uygun düştüğü açıktır (23). Getirilen bu düzenleme karşısında, taraflar, aralarındaki sözleşmenin kuruluş veya hükümlerinden doğabilecek uyuşmazlıkları seçtikleri hukukun emredici ve tamamlayıcı hükümlerine tâbi kılabilirlerdir.

bb) Zımnî irade beyanlarından hareketle

Tarafların zımnî irade beyanlarından hareketle uygulanacak hukuku saptamaları sorunu, 116. maddenin 2. fıkrasının son kısmında düzenlenmiş bulunmaktadır. Getirilen düzenlemeye göre, taraflar, uygulanacak hukuku, "sözleşmenin hükümlerinden veya şartlarından kesinlikle anlaşılabilir bir tarzda" seçebilirler.

Görüldüğü gibi kanun, getirdiği bu düzenleme ile tarafların "zımnî" iradeleri yolu ile sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçebileceklerini kabul etmiştir. Getirilen bu düzenlemede iki nokta derhal dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki, zımnî seçimin, "sözleşmenin hükümlerinden veya şartlarından" anlaşılabilir olmasıdır. Acaba hangi hallerde, diğer bir ifadeyle, sözleşmede yer alan ne gibi hükümlerden veya ne gibi şartlardan tarafların zımnî bir seçime gittikleri sonucuna varılacaktır? Kanun bu konuda bir açıklama getirmemektedir. Durum böyle olduğunda, tarafların zımnî iradelerinin belirlenmesi yolunda uygulamaya rehber olabilecek tek kaynak Federal Mahkeme kararları olmaktadır (24).

Zımnî iradelerin belirlenmesine yönelik Federal Mahkeme kararlarına bakıldığında ise karşımıza şu tablo çıkmaktadır: Federal Mahkeme, özellikle 60'lı yıllar içinde vermiş olduğu kararlarında, tarafların belli bir devlet mahkemesi lehine yapmış oldukları yetki sözleşmesini, o devlet hukukunun uygulanmasına yönelik zımnî bir iradenin varlığı olarak kabul etmiştir (25). Ancak, Federal Mahkeme, son yıllarda bu görüşünden ayrılmış ve hukuk seçimine yönelik zımnî bir iradenin varlığı için, tek başına yetki sözleşmesinin varlığının yeterli olmadığı görüşüne yönelmiştir (26). Buna

(21) **Knoepfler**, 79.

(22) **Sto janovic**, sh. 267.

(23) **Dutoit**, sh. 223.

(24) **Sto janovic**, sh. 268

(25) Federal Mahkemenin bu kararları için bkz. **Vischer**, sh. 176, dn. (5).

(26) ATF. III II 179. Ayrıca bkz. **Vischer**, sh. 176; **Sto janovic**, sh. 268.

karşın, Federal Mahkemeye göre, "belli bir yerde yerleşmiş bulunan hakemlerin seçilmesi", "zayıf tarafın korunmasının da dikkate alınmak şartıyla tip sözleşmelerin imzalanması" ve daha da önemli olarak, "sözleşmede kullanılan dil", "sözleşmede belli bir hukuk düzenine ait olan kavramların kullanılması", "belli bir ülke parası ile ödemenin kararlaştırılması" gibi hususlar, tarafların belli bir devlet hukukunun uygulanması yönünde zımnî iradelerini beyan ettikleri anlamına gelebilmektedir (27).

cc) Varsayılan (mefiuz) iradenin reddi

Kanununun 116. maddesinin 2. fıkrası ile getirilen düzenlemede dikkatleri çeken ikinci nokta da, tarafların zımnî iradelerinin var olduğunun "kesin bir tarzda" anlaşılmasının şart kılınmasıdır. Bu anlamda, tarafların zımnî iradeleri yolu ile uygulanacak hukuku seçtikleri "sözleşmenin hükümlerinden veya şartlarından" hiç bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde anlaşılmalıdır.

Acaba kanunun getirdiği bu "kesinlik" şartından anlaşılması gereken nedir? Kanunun yorumlayan hukukçulara göre, burada aranan "kesinlik"-den maksat, kanunkoyucunun "varsayılan (mefiuz)" iradeye yer vermek istememesidir. Diğer bir ifadeyle, kanunkoyucu, hukuk seçiminin ya açık irade, ya da zımnî irade yolu ile yapılmasını öngörmüştür. Eğer sözleşmenin hükümlerinden veya şartlarından tarafların zımnî hukuk seçimi yoluna gittikleri açık ve "kesin" bir şekilde anlaşılıyorsa, artık hâkim kendisini tarafların yerine koyarak tarafların "varsayılan iradelerini" ortaya koyamayacaktır. Tam aksine, eğer sözleşmenin hükümlerinden veya şartlarından tarafların hukuk seçimine yönelik zımnî iradelerinin varlığı sonucuna kesin bir şekilde ulaşamıyorsa, Federal Mahkemenin eski tarihli kararlarının aksine (28), artık varsayılan iradenin saptanması yerine, "objektif bağlama kurallarından" hareketle uygulanacak hukuk saptanacaktır (29). Bu anlamda, kanunkoyucu, ister açık irade yoluyla, ister zımnî irade yoluyla yapılmış olsun, seçimin "iradî ve bilinçli" olarak yapılması gerektiği ve "hipotetik (varsayılan)" iradenin, hukuk seçiminin yapılmış olduğuna delâlet etmeyeceği görüşünü benimsemiştir (30).

d) Hukuk seçiminin zamanı ve üçüncü kişilerin hakları

Hukuk seçiminin ne zaman yapılabileceği sorunu, 116. maddenin 3. fıkrasında açık bir şekilde düzenlenmiştir. Getirilen düzenlemeye göre,

(27) **Vischer**, sh. 176, dn. (9)-dn. (15)

(28) **Vischer**, sh. 172, dn. (8).

(29) **Uluocak**, sh. 191.

(30) **Stojanovic**, sh. 268; **Dutoit**, sh. 224.

“hukuk seçimi her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Eğer hukuk seçimi sözleşmenin in'ikadından sonra yapılmışsa, bu seçim sözleşmenin in'ikadından itibaren geçerlidir. Üçüncü kişilerin hakları saklıdır.”

Getirilen bu düzenlemeden anlaşıldığına göre, hukuk seçimi sözleşmenin in'ikadı sırasında veya sözleşmenin in'ikadından sonra, hatta dâva açıldıktan sonra dahi yapılabilecektir. Belirtmek gerekir ki, özellikle dâva açıldıktan sonra yapılan hukuk seçimi, çoğunlukla hâkimin hukuku lehine yapıldığından, teori ve uygulamada bazı duraksamalara yol açmıştır (31). Nitekim, bu duraksamalara paralel olarak, Federal Mahkeme de, bazı kararlarında, dâva açıldıktan sonra yapılacak olan hukuk seçiminin geçerliliğinin Lex Fori'ye tâbi olacağına karar vermiştir (32). Federal Mahkemenin bu görüşü 1982 tasarısında da yer almıştır. Ancak, kanun, sözleşmenin in'ikadından sonra yapılacak olan hukuk seçiminin, sözleşmenin in'ikadından itibaren geçerli olacağı hükmünü getirmekle, bu konudaki tartışmalara son vermiş bulunmaktadır. Bu anlamda, taraflar hukuk seçimini her zaman yapabilecekler ve yapılan ilk sözleşmenin geçerliliği eski seçilen hukuka, hükümleri ise yeni seçilen hukuka tâbi olacaktır (33).

Kanunun üzerinde durduğu ve hakkında açık bir düzenleme getirdiği diğer bir sorun da, sözleşmenin in'ikadından sonra yapılacak hukuk seçimi karşısında üçüncü kişilerin haklarının durumudur. Sözleşmenin in'ikadından sonra yapılacak olan seçimle belirlenecek hukuk düzeninin, sözleşmenin in'ikadı sırasında seçilmiş bulunan hukuk düzenine göre hak kazanmış veya kazanacak olan üçüncü kişilerin haklarını sınırlaması veya ortadan kaldırması mümkündür. İşte böyle bir olasılığı öngören kanunun 116. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi, “üçüncü kişilerin hakları saklıdır” demek suretiyle sözleşmenin in'ikadından sonra yapılacak olan bir hukuk seçiminin, üçüncü kişilerin haklarını ihlâl etmeyeceğini hükme bağlamış bulunmaktadır.

e. Kısmî Seçim

Hukuk seçimi ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer bir sorun da, tarafların kısmî hukuk seçimi yoluna gidip, gidemeyecekleridir. Kanun bu konuda suskun kalmıştır. Bu suskunluğun ne anlama geldiğini ise, kanunun hazırlık çalışmaları, Federal Mahkeme kararları ve doktrinden hareketle açıklığa kavuşturmak mümkündür.

(31) **Tekinalp, G.:** Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları 3. Bs., İstanbul 1986, sh. 267.

(32) **Tekinalp** (Bağlama Kuralları) sh. 267, dn. (20) de anılan kararlar.

(33) **Uluocak,** sh. 190.

Tarafların kısmî hukuk seçimi yoluna gidip gidemeyecekleri konusunda 78 tasarısında da açık bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak, tasarıyı hazırlayan "uzmanlar komisyonu" nun gerekçesine bakıldığında, uzmanların ilke olarak kısmî seçime karşı çıkmadıkları görülmektedir (34). Fakat belirtmek gerekir ki, uzmanların bu görüşü, kanunun hazırlık çalışmalarının ilerki evrelerinde eleştirilmiş (35) ve bu nedenle, Federal Konsey tarafından Parlâmentoya sunulan tasarıda da kısmî seçim konusu suskunlukla geçirilmiştir (36).

Federal Mahkeme ise, şimdiye kadar vermiş olduğu kararlarda, kısmî seçimin geçerli olup olmayacağı konusunda görüş bildirmemiştir. Bu nedenle, Federal Mahkeme kararlarından hareketle İsviçre Kanunlar İhtilâfi Hukukunda kısmî seçimin kabul edilip edilmediği konusunda bir sonuca varmak oldukça güçtür (37).

İsviçre Kanunlar İhtilâfi Hukuku doktrini ise, tarafların kısmî seçim yoluna gidip gidemeyecekleri konusunda olumlu düşünmekte ve tarafların, sözleşmenin çeşitli kısımlarını farklı hukuklara tâbi kılmalarının yerinde olacağı görüşünü savunmaktadır (38). Bu görüşü savunan hukukçulara göre, herşeyden önce, tarafların aralarındaki sözleşmenin bir kısmını belli bir hukuka, diğer bir kısmını ise başka bir hukuka tâbi kılmak suretiyle bir "bilmece" yaratmaları milletlerarası ticaret hayatında oldukça ender görülen bir olaydır. Bu nedenle, sözleşmeye uygulanacak hukukun bölüneceği ve ortaya içinden çıkılmaz sorunların çıkabileceği düşüncesinden hareketle kısmî seçimi engellemek doğru değildir. Öte yandan, kanun da "bir hukuk (un droit)" dan söz etmesine rağmen, kısmî hukuk seçimini yasaklayan herhangi bir hüküm içermemektedir. Aksine, kanunun milletlerarası tahkimi düzenleyen hükümleri, "taraflarca seçilen hukuk kuralları" ifadesini kullanmak suretiyle, tarafların, tahkim sözleşmesinin çeşitli veçhelerini, farklı hukuk kurallarına tâbi kılabilenlerini kabul etmiştir (38). Kaldı ki, kanun, şekil, ehliyet, temsil gibi, bir sözleşmeye bağlı olarak ortaya çıkabilecek çeşitli dâva konusu hukukî sorunların, sözleşme statüsü dışında kalan farklı hukuklara tâbi kılmak suretiyle, sözleşmeye uygulanacak hukuku kendisi

(34) **Vischer, F./Volken, P.** Loi fédérale sur le droit international privé, Projet de la loi de la Commission d'Experts et Rapport Explicatif, Zürich 1976, sb.

(35) Loi Fédérale sur le Droit Internationale Privé, Présentation des reponses à la procédure de consultation relative au projet de loi de la Commission d'Experts et Rapport Explicatif, Berne 1980, no 833 ve 840.

(36) **Stojanovic**, sh. 276.

(37) **Vischer**, sh. 179.

(38) **Stojanovic**, sh. 274.

parçalamış ve böylelikle kısmî seçimi kabul etmiştir. Durum böyle olduğunda, kanundaki bu suskunluğu kısmî seçimin reddi şeklinde yorumlamamak ve taraflara kısmî seçim imkânının tanındığını düşünmek daha yerinde olacaktır (39).

C. Hukuk seçiminin sınırlandırılması veya yasaklanması

a. Genel olarak

Kanunun taraflara tanıdığı uygulanacak hukuku seçme serbestisinin mutlak bir serbesti mi, yoksa sınırlı bir serbesti mi olduğu sorunu, kuşkusuz ki, uygulama açısından önem kazanmaktadır. Sorun, Federal Mahkeme kararlarında da uzun süre tartışılmıştır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Federal Mahkeme, vermiş olduğu çeşitli kararlarında, ilk önceleri “seçilen hukukla sözleşme arasında bir ilgi”nin varlığını aramış, ancak daha sonra bu görüşünden uzaklaşarak, tarafların belli bir hukuk düzenini seçmelerinde “makul bir çıkarlarının bulunması” görüşüne yaklaşmıştır (40). Kanunun getirdiği düzenleme karşısında ise, bu tartışmanın bir anlamının kalmadığı açıktır. Zira kanun, taraflara uygulanacak hukuku seçme yetkisi verirken hiç bir sınırlayıcı ifade kullanmamıştır. Bu nedenle, tarafların hukuk seçimi sırasında prensip olarak serbest olduklarını ve hiç bir sınırlamaya tâbi olmaksızın uygulanacak hukuku seçebileceklerini belirtmek gerekir. Zaten uygulamaya bakıldığında da, tarafların herhangi bir “makul çıkarları” olmadan belli bir hukuk düzenini uygulanmak üzere seçmedikleri, diğer bir deyişle, her seçimin “makul bir çıkar” a dayandığı görülmektedir (41).

Buna karşın, kanun, bir takım sözleşme tipleri açısından hukuk seçimini bazı şartlara bağlayarak taraflara tanıdığı uygulanacak hukuku seçme serbestisini sınırlarken, bazı sözleşme tipleri açısından da hukuk seçimini bütünü yasaklamış bulunmaktadır.

b. Hukuk seçiminin sınırlandırılması

Kanunun, taraflara tanıdığı uygulanacak hukuku seçme yetkisini belli bazı şartlara bağlamak suretiyle sınırlandırdığı sözleşme “hizmet sözleşmesi” olmuştur. Kanunun 121. maddesinin 1. fıkrası ile getirilen düzenlemeye göre, “hizmet sözleşmesine uygulanacak hukuk, işçinin işini mutaden yaptığı yer hukukudur”. Ancak yine aynı maddenin 3. fıkrasıyla getirilen düzenlemeye göre de, “taraflar, aralarındaki hizmet sözleşmesini, işçinin mutad

(39) Lagarde, sh. 4; Stojanovic, sh. 274.

(40) Bkz. yukarıda sh. 123.

(41) Dutoit, sh. 225; Stojanovic, sh. 269.

meskeninin veya işverenin işletmesinin, ikametgâhının veya mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbi kılabilirler.”

Getirilen bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi, kanun, hizmet sözleşmesi açısından, taraflara tanıdığı uygulanacak hukuku seçme serbestisini büsbütün yasaklamamış, fakat sınırlandırmıştır. Getirilen bu sınırlama çerçevesinde, taraflar, aralarındaki hizmet sözleşmesini işçinin mutad meskeninin bulunduğu veya işverenin işletmesinin, ikametgâhının veya mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbi kılacaklarıdır.

İsviçre kanunkoyucusunun hizmet sözleşmeleri alanında mutlak bir yasaklamaya gitmeyerek taraflara sınırlı bir hukuk seçimi yetkisi tanımış olması, yerinde bir düzenleme olarak nitelendirilmiştir. Bu nitelendirmeyi yapanlara göre, herşeyden önce, taraflara hiç bir seçim imkânı tanımayan mutlak bir yasaklama sistemi ile, günümüzde giderek önem kazanan yabancı unsurlu hizmet sözleşmeleri alanında adil ve tatmin edici sonuçlara ulaşmak mümkün değildir (42). Ancak unutmamak gerekir ki, hizmet sözleşmeleri bir yandan zayıf olan işçinin korunması bakımından, diğer yandan da “doğrudan uygulanan kanunlar” kavramı ile olan ilgisi bakımından hassas çıkar dengelerine dayanan bir sözleşme türüdür. Bu çıkar dengeleri ve özellikle zayıf taraf olan işçinin korunması dikkate alındığında, hizmet sözleşmelerinde mutlak bir seçme serbestisinin geçerli olması sakıncalı olacaktır. İşte kanunkoyucu, hizmet sözleşmeleri alanında taraflara tam bir seçme serbestisi tanımak yerine, taraflara kısmi bir seçme hakkı tanımak suretiyle bu sakıncaları yok etmeyi amaçlamıştır (43). Ancak, teorik olarak tarafların çıkarlarını dengelemeyi amaçlayan bu düzenlemenin, uygulamada özellikle aynı işverene bağlı olarak birbirinden farklı işyerlerinde çalışan ve dolayısıyla farklı mutad meskenlere sahip olan işçilerin yapacakları hukuk seçimleri açısından bazı sorunlar doğuracağı da açıktır (44).

c. Hukuk seçiminin yasaklanması

Kanunun, hukuk seçimini tamamiyle yasakladığı sözleşme tipleri ise, “tüketici sözleşmeleri” ve “işçi buluşları sözleşmeleri” olmuştur.

Kanunun 120. maddesinin 1. fıkrası, tüketici sözleşmelerinin genel bir tanımını verdikten sonra, bu tür sözleşmelere uygulanacak hukuku göstermiş ve aynı maddenin 2. fıkrası da tüketici sözleşmeleri alanında hukuk seçiminin yasak olduğunu hükme bağlamıştır.

(42) **Sto Janovic**, sh. 270-271,

(43) **Sto Janovic**, sh. 271.

(44) Bu konuda verilen örnekler için bkz. **Sto Janovic**, sh. 271.

İşçi buluşları konusu ise, kanunun “gayri maddi mallar” yanbaşlığını taşıyan 122. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Getirilen bu düzenlemede de “işçinin işini yapması sırasında gerçekleştirdiği işçi buluşları üzerindeki gayri maddi mallara ilişkin olarak işçi ile işveren arasındaki sözleşmeler, hizmet sözleşmesini idare eden hukuka tâbidir” demek suretiyle bu sözleşme tipleri açısından da hukuk seçimini yasaklamış bulunmaktadır.

Şu noktayı da belirtmek gerekir ki, kanun, tüketici sözleşmeleri ile işçi buluşlarına ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimini yasaklamak ve hizmet sözleşmelerinde de sınırlandırmak suretiyle 78 tasarısına göre oldukça farklı bir düzenleme getirmiştir. Şöyle ki, 78 tasarısı sözleşmelerin tipine göre bir ayırıma giderek hukuk seçimini sınırlandırmak yerine, taraflardan birinin özel olarak korunmasının söz konusu olduğu hallerin tümünde hukuk seçimini geçersiz kılacak bir düzenleme getirmişti (45). Oysa kanun, uzmanlar tasarısının aksine, sınırlama hallerini sadece önceden belli bazı sözleşme tipleriyle saklı kılmış ve böylelikle, taraflara tanınan uygulanacak hukuku seçme serbestisini genel bir gerekçeden hareketle sınırlandırılmasını da önlemiştir.

D. Genel istisna kuralı ve hukuk seçimi

78 uzmanlar tasarısında, hukuk seçimini de etkileyecek ve sınırlandıracak bir şekilde yer almış bulunan “genel istisna kuralı (clause d’exception)”, kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu işlevini yitirmiş bulunmaktadır. Şöyle ki, tasarının 14. maddesinde yer alan genel istisna kuralına göre, görülmekte olan dâva, bağlama kuralları vasıtasıyla uygulanması öngörülen hukuk düzeni ile zayıf bir ilişki içinde bulunmasına rağmen bir başka hukuk düzeni ile daha sıkı bir ilişki içinde ise, artık uygulanması gereken hukuk istisnaen uygulanmayacaktır. Tasarıda yer alan tüm bağlama kuralları ve bu arada hukuk seçimi için de geçerli olan bu genel istisna kuralı çerçevesinde, eğer görülmekte olan dâva tarafların seçtikleri hukuk düzeni ile zayıf bir ilişki içinde olduğu halde, bir başka hukuk düzeni ile dâva daha sıkı bir ilişki içinde olarak mütalââ edilirse, artık tarafların seçtikleri hukuk uygulanmayacaktır. Görüldüğü gibi, genel istisna kuralı hukuk seçiminin söz konusu olduğu haller için ayrı tutulmadığından, sonuçta hukuk seçimini sınırlayan bir neden olarak karşımıza çıkmaktadır (46). Oysa kanun, 15. maddesinde hemen hemen aynı şekilde yer verdiği genel istisna kuralına göre, yine aynı maddenin 2. fıkrasında getirdiği hükümlerle, bu düzenleme, hukuk seçiminin söz konusu olduğu hallerde uygulanmaz “demek suretiyle,

(45) Turhan, sh. 281.

(46) Turhan, sh. 259; Stojanovic, sh. 272.

hukuk seçiminin genel istisna kuralı vasıtasıyla sınırlandırılmasını önlemiş bulunmaktadır. O halde, kanunun 15. maddesi, bundan böyle, hukuk seçimini sınırlandıran bir neden olarak kabul edilmeyecektir (47).

E. Atıf ve hukuk seçimi

Hukuk seçiminin söz konusu olduğu hallerde, yapılan seçimin, seçilen hukukun iç maddi hukuk kurallarının lehine yapıldığı, bu anlamda hukuk seçiminde atfın yeri olmadığı, kanunlar ihtilâfı hukukunda benimsenmiş olan bir görüştür (48). Kanun da, benimsenen bu görüşten ayrılmamıştır. Şöyle ki, atıf konusu kanunun 14. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Getirilen düzenlemeye göre, “uygulanacak hukuk İsviçre hukukuna veya başka bir yabancı hukuka atıf yapıldığında, bu kanunda aksi öngörülme-yen hallerde, yapılan atıf dikkate alınmayacaktır”. Görüldüğü gibi, kanun, prensip olarak, bağlama kuralları vasıtasıyla yapılacak olan bağlamanın, uygulanacak olan hukukun iç maddi hukuk kuralları lehine oluştuğunu kabul etmektedir. Bu ilke, sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfı alanında da aynen geçerlidir. Zira, kanunun sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfına ilişkin olarak getirdiği düzenlemelerde aksine bir hüküm bulunmamaktadır.

2. Objektif bağlama

A. Genel olarak

Objektif bağlama ile kast olunan, tarafların açık veya zımni iradeleri yolu ile uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları halinde, uygulanacak hukukun kanun tarafından önceden belli bazı objektif ölçütlere göre belirlenmesidir.

Kanunda, objektif bağlama, “Hukuk seçiminin yapılmamış olması” yanbaşığını taşıyan 117. maddede düzenlenmiş bulunmaktadır. 117. maddenin 1. fıkrasına göre, “hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde, sözleşme, en sıkı ilişki içinde bulunduğu devlet hukuku tarafından idare edilir.” Aynı maddenin 2. fıkrası ise, “karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu veya eğer sözleşme bir mesleğin veya ticari bir faaliyetin icrasını konu edinmiş ise karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu devlet ile sözleşme arasında en sıkı ilişkinin varlığı addolunur” demektedir. Nihayét, yine 117, maddenin 3. fıkrası da, belli bazı sözleşme tipleri için karakteristik edimin hangi tarafın edimi olduğunu örnek olarak

(47) **Stojanovic**, sh. 272.

(48) **Uluocak**, sh. 193.

saymış bulunmaktadır. Buna göre, a) temlik borcu doğuran sözleşmelerde temlik edenin, b) kullandırma borcu doğuran sözleşmelerde kullandırmanın, c) vekâlet ve istisna gibi işgörme sözleşmelerinde işgörenin, d) birşeyin, muhafazası ve saklanması konu edinen sözleşmelerde, yani vedia sözleşmelerinde müstevdinin ve nihayet e) kefalet veya garanti gibi teminat verilmesini konu edinen sözleşmelerde teminat verenin edimi karakteristik edim olarak kabul edilmiştir.

B. Objektif bağlamada ilke

Getirilen bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi, kanun, objektif bağlama ölçütü olarak, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer lehine oluşturulmuş bulunan karine ile desteklenmiş en sıkı ilişki hukukunu kabul etmiştir. Diğer bir deyişle, kanunun amacı, tarafların hukuk seçimi yoluna gitmemiş olmaları halinde, sözleşmeye, sözleşmenin en sıkı ilişki içinde bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını sağlamaktır. Kanun, sözleşmenin en sıkı ilişki içinde bulunduğu yeri ise, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer lehine oluşturulmuş bir karine ile belirleme yoluna gitmiştir. Buna göre karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yerle sözleşme arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu bir karinedir (49). Söz konusu karinenin yanında, kanun, Federal Mahkeme tarafından verilen kararlara dayanmak suretiyle, belli bazı sözleşme tiplerinde hangi tarafın ediminin karakteristik edim olarak kabul edileceğini de örnek olarak vermiş bulunmaktadır. Böylelikle, kanun, en sıkı ilişki bağının saptanmasındaki zorluktan kaynaklanabilecek kuşkuvarı da yok etmek istemiştir (50).

C. İkenin Federal Mahkeme kararları karşısındaki durumu

Belirtmek gerekir ki, kanunun getirmek istediği bu düzenleme, Federal Mahkemenin sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfi alanında geliştirmek istediği sisteme de uygundur. Bilindiği gibi, Federal Mahkeme, tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları halinde ilk önceleri tarafların varsayılan iradelerini arama yoluna gitmiş ve 30'lu yıllara kadar, varsayılan iradenin sözleşmenin ifa yeri olarak gerçekleştiğini savunmuştur (51). Ancak, bir yandan varsayılan irade kavramına yönelik teorik eleştiriler, diğer yandan da, özellikle her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa

(49) **Sto janovic**, sh. 276.

(50) **Sto janovic**, sh. 277.

(51) **Tekinalp** (Bağlama Kuralları), sh. 269; **Uluocak**, sh. 191; **Sto janovic**, sh. 276.

yeri kavramından hareketle sözleşmeye birden fazla hukukun uygulanması olasılığının varlığı Federal Mahkemeyi bu düşüncesinden uzaklaştırmıştır (52). “Varsayılan irade”nin “ifa yeri” olarak gerçekleşeceğini savunan Federal Mahkeme, zamanla, varsayılan irade görüşünden ayrılmış ve uygulanacak hukuku önceden belli bazı objektif ölçütler yoluyla belirleme arayışına girmiştir. İşte bu arayış içerisinde, Federal Mahkeme, ilk önce “en sıkı ilişki (lien de proximité)” ilkesini objektif bağlama ölçütü olarak ortaya koymuş ve zamanla “karakteristik edim (prestation caracteristique)”in “ifa edildiği yer”in en sıkı ilişkiyi gerçekleştireceği görüşüne ulaşmıştır (53). Nitekim bu nedenledir ki, Federal Mahkeme, “karakteristik edimin ifa yerinin en sıkı ilişkiyi gerçekleştirdiğini iddia ettiği” bu yıllar içinde çeşitli sözleşme tipleri için “karakteristik edim”lerin hangi tarafın edimi olduğunu da belirlemeye çalışmıştır (54). Nihayet Federal Mahkeme, 50’li yıllar içinde de, “karakteristik edimin ifa yeri”nin en sıkı ilişki kanununun belirlenmesinde ikinci plâna düştüğünü görmüş ve “ifa yeri” yerine, ilk önceleri “karakteristik edim borçlusunun ikametgâhını (55)”, daha sonra da “karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni”nin bulunduğu yer hukukunu karine olarak sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk olduğu sonucuna varmıştır (56). Bu gelişim dikkate alındığında, kanunun, “karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku” ile, yine “karakteristik edim borçlusunun işyerinin bulunduğu yer hukuku” lehine yaratılan karineler dahilinde en sıkı ilişki kanununa objektif bağlama kuralı olarak yer vermesinin Federal Mahkemenin getirmek istediği sisteme uygun düştüğünü söylemek mümkündür.

Şu noktayı da belirtmek gerekir ki, kanunun getirdiği bu sistem, 78 uzmanlar tasarısının önermiş olduğu sistemden önemli bir şekilde ayrılmaktadır. Şöyle ki, hatırlanacağı gibi, 78 tasarısı da hukuk seçiminin taraflarca yapılmamış olması halinde sözleşmenin en sıkı ilişki içinde bulunduğu hukuka tâbi olacağını söylemiş, ancak en sıkı ilişki bağının saptanması sırasında herhangi bir karineden hareket etmemiştir. 78 tasarısı, karakteristik edim borçlusunun ikametgâh veya işyerinin bulunduğu yer lehine yaratılan bir karineden hareket etmek yerine a) karakteristik edim, b) zayıf tarafın korunması ve c) sözleşmenin niteliği gereği kendiliğinden mahalli-leştiği yer şeklinde sıralanan ayırt edici noktaların da dikkate alınması su-

(52) Kaufmann/Kohler, sh. 199.

(53) Kaufmann/Kohler, sh. 199.

(54) Uluocak, sh. 191; Tekinalp, sh. 269.

(55) Uluocak, sh. 191.

(56) Tekinalp, (Bağlama Kuralları), sh. 270; Kaufmann/Kohler, sh. 200.

retiyile en sıkı ilişki bağının saptanmasını öngörmüştür. (57). Ancak getirilen bu öneri, söz konusu ayırt edici noktalar arasında bir hiyerarşi olmaması ve özellikle ayırt edici noktaların birbirlerini engellemesi halinde meydana gelebilecek boşluklar nedeniyle eleştirilmiştir (58). İşte bu nedendir ki, kanunkoyucu, en sıkı ilişki bağının saptanması sırasında dikkate alınması önerilen ayırt edici noktalardan ayrılmış ve bunun yerine, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer lehine yaratılan karine ile desteklenmiş en sıkı ilişki bağına yer vermiştir. Getirilen bu sistemin hem Federal Mahkeme kararlarına uygun düştüğü ve hem de, 78 tasarısında öngörülmüş olan sistemden daha basit bir sistem olduğu ortadadır (59).

D. Objektif bağlamada karşılaşılabilecek bazı sorunlar

Getirilen bu sistem her ne kadar 78 uzmanlar tasarısında önerilen sisteme göre daha basit bir sistemse de, uygulamada yine de bazı sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Şöyle ki, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, kanunun getirdiği sistemin temeli, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer hukuku lehine yaratılmış karine ile desteklenen en sıkı ilişki bağına dayanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, bu temele, biraz sonra açıklayacağımız bazı sözleşme tipleri için getirilmiş bulunan özel bağlama kuralları da eşlik etmektedir (60). O halde, getirilen sistemin işlemesi için yapılacak olan ilk işlem, hukuk seçiminin yapıp yapılmadığını belirlemek olacaktır. Eğer sözleşme, hakkında özel bir bağlama kuralı bulunduğu halde hukuk seçiminin yasaklanmadığı veya sınırlandırılmadığı bir sözleşme tipi ise (örneğin taşınmazlara ilişkin bir sözleşme ise, md. 119) ve hukuk seçimi de yapılmışsa sorun çıkmayacak ve sözleşme seçilen hukuka tâbi olacaktır. Aynı şekilde, sözleşme, hakkında özel bir bağlama kuralı bulunan ve seçme yetkisinin de sınırlandırıldığı veya yasaklandığı bir sözleşme tipi ise (örneğin hizmet sözleşmesi gibi md. 121) yine ortaya bir sorun çıkmayacaktır. Zira bu halde de, hukuk seçimi zaten söz konusu olmayacağından, sözleşme, hakkında getirilen özel bağlama kuralı ile saptanan hukuka tâbi olacaktır.

Buna karşın, sözleşme, hakkında özel bir bağlama kuralı bulunmayan bir sözleşme tipi ise ve taraflar da uygulanacak hukuku seçmemişlerse

(57) **Turhan**, sh. 282.

(58) *Colloque de Fribourg relatif au projet suisse de la loi fédérale sur le droit international privé*, Zürich 1979, sh. 46 ve sh. 50.

(59) **Stojanovic**, sh. 277.

(60) Bkz. aşağıda sh. 137.

durum ne olacaktır? Bu halde, kanunun 117. maddesinde yer alan objektif bağlama ilkesi çerçevesinde sözleşmenin en sıkı ilişki içinde bulunduğu yer hukukunun belirlenmesi zorunlu hale gelecektir. Bunun içinse, karakteristik edimin tesbiti şarttır. Eğer dâva konusu sözleşmede karakteristik edim tespit edilebiliyorsa ortaya yine bir sorun çıkmayacaktır. Zira bu halde, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer hukuku, sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukuk olarak uygulanacaktır. Ama, hakkında özel bir bağlama kuralı bulunmayan ve hukuk seçimi de yapılmamış olan bir sözleşmede karakteristik edim de tespit edilemiyorsa durum ne olacaktır? Bu halde, hâkim, 117. maddenin 1. fıkrasında yer alan ve genel olarak en sıkı ilişki kanununu düzenleyen hükümlerden hareketle mi, yoksa artık normal bağlama kuralının işlememesi ve hukuk seçiminin de yapılmamış olması nedeniyle 15. maddede yer alan genel istisna kuralından hareketle mi uygulanacak hukuku saptayacaktır?

Görüldüğü gibi, teorik açıdan ortaya konan bu sorun, sonuçta her ikisi de "en sıkı ilişki bağı"ndan hareket eden iki kanun maddesinin, daha doğru bir deyişle iki prensibin karşı karşıya gelmesine yol açmaktadır. Bunlardan birincisi 15. maddede yer alan ve "en sıkı ilişki bağı"ndan hareket eden "genel istisna kuralı", ikincisi ise, 117. maddede yer alan ve objektif bağlamayı ifade eden "en sıkı ilişki prensibi"dir.

Özel bir bağlama kuralının bulunmadığı ve hukuk seçiminin de yapılmamış olduğu bu halde, karakteristik edim tespit olunamazsa, artık 15. maddeye gitmeye gerek kalmayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, karşı karşıya gelen iki prensip de, sonuçta en sıkı ilişki kanunundan hareket etmektedir. Durum böyle olduğunda, bu halde artık 15. maddeye gitmeye gerek yoktur. Hakim, 117. maddede yer alan en sıkı ilişki kanunundan hareketle uygulanacak hukuku saptayacaktır (61).

Kanımızca da bu görüş yerindedir ve hatta bu halde, 15. maddede yer alan genel istisna kuralının uygulanması için gereken şartların oluşmadığını dahi ileri sürmek mümkündür. Şöyle ki, 15. madde, normal bağlama kuralı vasıtasıyla uygulanmasına karar verilen hukuk düzeninin dâva ile sıkı bir ilişki içinde olmaması, buna karşın dâvanın bir başka hukuk düzeni ile daha sıkı bir ilişki içinde bulunması halinde bu sonuncu hukuk düzeninin uygulanacağını söylemektedir. Oysa, bu olasılıkta, henüz normal bir bağlama kuralı vasıtasıyla uygulanacağı saptanan bir hukuk düzeninden söz etmeye imkân yoktur. Zira bu olasılıkta, normal bağlama kuralının işlemesinin kendisine bağlandığı şart olan "karakteristik edim"

(61) *Stojanovic*, sh. 277.

tespit edilmemiştir. Oysa, unutmamak gerekir ki, 117. maddede yer alan kural bir bütündür ve 117. maddenin 1. fıkrası da bu kuralın bir parçasıdır. O halde, hâkimin 15. maddeye başvurmasına gerek yoktur ve 117. maddenin 1. fıkrasından hareket etmek suretiyle sözleşmenin hangi devlet ülkesiyle daha sıkı bir ilişki içinde bulunduğunun saptanması uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından yeterlidir.

Konuyla ilgili olarak akla gelebilecek diğer bir olasılık da şudur: Yukarıdan beri söylediğimiz gibi 117 maddede yer alan düzenleme bir karineye dayanmaktadır. Bu karine de, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer hukukunun, sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunduğuudur. Ancak bu karinenin aksi söz konusu olursa durum ne olacaktır? Yani karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer belli olduğu halde, bu yerin sözleşme ile sıkı bir ilişki içinde olmadığı ortaya konursa sözleşmeye hangi hukuk uygulanacaktır?

Kanunu yorumlayan hukukçulara göre, 117. maddede yer alan en sıkı ilişki prensibi, sadece karakteristik edimin bulunmadığı hallerde değil, fakat karakteristik edimin belirlendiği hallerde de dikkate alınacak bir prensiptir. Bu anlamda, 117. maddenin 1. fıkrasında yer alan genel prensip, aynı zamanda “düzeltici” bir işleve de sahiptir. O nedenle, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yerin sözleşme ile sıkı bir ilişki içinde olmadığına ortaya konması halinde, hâkimin 117. maddenin 1. fıkrasından hareketle en sıkı ilişki kanununu belirlemesi zorunlu hale gelecektir (62).

3. Bazı sözleşme tipleri hakkında getirilen özel bağlama kuralları

Kanun, “özel olarak” yanbaşı altında bazı sözleşme tipleri hakkında özel bağlama kuralları getirmiş bulunmaktadır. Açıktır ki, uygulanacak hukukun belirlenmesi sırasında getirilen bu özel bağlama kuralları önem kazanacaktır. Ancak, getirilen bu özel bağlama kuralları, hukuk seçimini yasaklamadıkça veya sınırlamadıkça hukuk seçiminin yapılmasına da engel değildir. Bu nedenle, sözleşme hakkında özel bir bağlama kuralı getirilmiş olsa bile, uygulanacak hukukun saptanması sırasında bakılacak olan ilk husus, özel bağlama kuralı getiren düzenlemenin hukuk seçimini sınırlandırma veya yasaklama yoluna gidip gitmediğidir.

(62) Lagarde, sh. 98; Stojanovic, sh. 278.

A. Menkul satımına ilişkin sözleşmeler

Hakkında özel bağlama kuralı getirilen ilk sözleşme tipi "menkul satımı"dır. 118. madde ile getirilen bu düzenlemeye göre, menkul satımına uygulanacak hukuk, 1955 yılında kabul edilen "Milletlerarası Unsurlu Menkul Eşya Satımına Uygulanacak Hukuk"a ilişkin La Haye sözleşmesine göre saptanacaktır. Bu sözleşmenin 2. maddesi ise, menkul satımının açık veya zımni olarak taraflarca seçilen hukuk tarafından idare olunacağını hükme bağlamış bulunmaktadır. 118. maddenin 2. fıkrası ise, 120. maddenin, yani tüketici sözleşmelerinin kapsamı çerçevesinde yapılan menkul satımlarını saklı tutmuştur. Aşağıda da görüleceği gibi, tüketici sözleşmeleri açısından ise hukuk seçimi yasaklanmış bulunmaktadır.

B. Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler

Kanunun, hakkında özel bağlama kuralı getirdiği diğer bir sözleşme tipi de taşınmazlara ilişkin sözleşmelerdir. 119. madde ile getirilen bu düzenlemeye göre, "taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler, taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tâbidir", Ancak kanun, aynı maddenin 2. fıkrasında "Hukuk seçimi serbesttir" demek suretiyle, taşınmazlar veya onların kullanımı ile ilgili sözleşmelerde dahi taraflara uygulanacak hukuku seçme serbestisi tanımıştır ki, getirilen bu düzenlemenin ne kadar liberal bir hukuk düşüncesinin ürünü olduğu açıktır.

Aynı maddenin 3. fıkrası ise, taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde şekil konusunu düzenlemiş bulunmaktadır. Getirilen düzenlemeye göre, taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şekli, taşınmazın bulunduğu yer hukuku başka bir ülke hukukunun uygulanmasını kabul etmediği sürece, taşınmazın bulunduğu yer hukukunun öngördüğü şekle tâbidir. Ancak, İsviçre'de bulunan taşınmazlara ilişkin sözleşmeler, İsviçre hukukunun öngördüğü şekle uygun olarak yapılacaktır. Getirilen bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi, taşınmazın bulunduğu yer hukuku şekil açısından bir başka devlet hukukunun uygulanmasını kabul ediyorsa, taraflar, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak şekli dahi serbestçe kararlaştırabileceklerdir. Belirtmek gerekir ki, getirilen bu düzenleme de, Federal Mahkemenin, taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin şeklinin, tarafların sözleşmenin esasını için seçtikleri hukukun öngördüğü şekle veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukunca öngörülen şekle veya taşınmazın bulunduğu yer hukukunca öngörülen şekle uygun olabileceği yolundaki kararlarla uyum halindedir (63).

(63) Vischer, sh. 194 vd.

C. Tüketici sözleşmeleri

Kanunun hakkında özel bağlama kuralı getirdiği diğer bir sözleşme türü de tüketici sözleşmeleri olmuştur. Öncelikle şu noktayı belirtmek gerekir ki, kanun, 120. maddenin 2. fıkrasında getirdiği düzenleme ile tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimini tamamiyle yasaklamış bulunmaktadır. Hukuk seçimini yasaklayan kanun, aynı maddenin 1. fıkrasında "tüketicinin meslekî veya ticarî faaliyetiyle ilgili olmayan ve tüketicinin günlük kişisel veya ailevi tüketim veya kullanımına konu olan eşya ve hizmet sözleşmeleri

a) eğer pazarlayan siparişi tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yerde almışsa,

b) eğer tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer aynı zamanda bir icap veya reklâmın sonucu olarak sözleşmenin in'ikat ettiği veya sözleşmenin in'ikadı için tüketici tarafından yapılması gereken işlemlerin yapıldığı yer ise, veya

c) eğer tüketici, sipariş vermek üzere pazarlayıcı tarafından yabancı bir ülkeye gitmeye sevk edilmişse

tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbi olacaktır.

D. Hizmet sözleşmesi

Kanunun hakkında özel bir bağlama kuralı getirdiği diğer bir sözleşme tipi de, hizmet sözleşmesidir. Kanunun 121. maddesinde getirilen düzenlemeye göre, "hizmet sözleşmesi, işçinin işini mutaden yaptığı yer hukukuna tâbidir. ". Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, "eğer işçi işini birden fazla devlet ülkesinde yapıyorsa, hizmet sözleşmesi, işverenin iş merkezinin, bulunmaması halinde ikametgâh veya mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbi olacaktır. Nihayet, 121. maddenin 3. fıkrası da, taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı sağlamış ve tarafların, hizmet sözleşmelerini, işçinin mutad meskeninin veya işverenin iş merkezinin, ikametgâhının veya mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbi kılabileceklarini hükme bağlamıştır.

E. Maddi olmayan mallara ilişkin sözleşmeler

Kanunun, hakkında özel bağlama kuralı getirdiği son bir sözleşme tipi de, maddi olmayan mallara ilişkin sözleşmelerdir. 122. maddenin 1. fıkrasında getirilen düzenlemeye göre, "maddi olmayan malları konu edinen sözleşmeler, bu malları devir eden veya üzerlerinde lisans kurulmasına izin

veren kişinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbidir". Ancak aynı maddenin 2. fıkrası, maddi olmayan malları konu edinen sözleşmelerde, tarafların hukuk seçimi yoluna gidebileceklerini de hükme bağlamıştır. Nihayet, işçi buluşlarını düzenleyen 122. maddenin 3. fıkrası ise, işçi buluşları alanında hukuk seçimini yasaklayarak, işçi buluşları konusunda işçi ile işveren arasında yapılacak olan sözleşmelerin, hizmet sözleşmesini idare eden hukuka tâbi olacağını hükme bağlamıştır.

II. UYGULANACAK HUKUKUN SAPTANMASINA YÖNELİK ORTAK HÜKÜMLER

Kanunun 123. maddesi ile 126. maddesi arasında getirdiği düzenlemeler ise, sözleşmeye dayanan bir borç ilişkisinde karşımıza çıkabilecek bazı sorunlar hakkındaki ortak hükümlere ilişkindir. Getirilen bu ortak hükümleri aşağıdaki başlıklar altında ele almak mümkündür.

1. İcap karşısında suskunluk

Kanunun "ortak hükümler" yanbaşığında getirdiği ilk düzenleme icapla karşılaşan muhattabın susmasının hukukî sonuçlarının hangi hukuk düzenininine göre belirleneceği sorunu olmuştur. Kanunun 123. maddesiyle getirilen düzenlemeye göre, "icaba muhattab olanın susmasının hukukî sonuçları, muhattabın, mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbidir." Belirtmek gerekir ki, getirilen bu düzenleme, hem sözleşmenin maddi içeriği, hem de hukuk seçimi hakkındaki icap için uygulanacaktır (64).

2. Sözleşmelerin şekli

Kanunun getirdiği diğer bir ortak hüküm de, sözleşmelerin şekline ilişkindir. Kanunun 124. maddesi ile getirilen bu düzenlemeye göre, "sözleşme, uygulanacak hukukun veya in'ikat yeri hukukunun öngördüğü şekilde uygun olarak yapılırsa şekil açısından geçerli olacaktır". Aynı maddenin 2. fıkrası ise "farklı devlet ülkesinde bulunanlar arasında yapılan sözleşmelerin şekli, sözleşmeye uygulanacak hukukun öngördüğü şekil yanında, tarafların ülkesinde bulunduğu devletlerden birinin hukukunun öngördüğü şekilde uygun olarak yapıldığı takdirde de geçerlidir".

Nihayet, 124. maddenin 3. fıkrası ise, sözleşmenin şekline uygulanacak hukukun atıfla birlikte uygulanıp uygulanmayacağı konusunu, taraflardan birinin korunması açısından düzenlenmiş bulunmaktadır. Getirilen düzen-

(64) Stojanović, sh. 280.

lemeye göre, “sözleşmeye uygulanacak hukukun, taraflardan birini korumak amacıyla belli bir şekle uyulmasını öngörmesi halinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun başka bir hukukun uygulanmasını kabul etmediği hallerde, sözleşmenin şekli münhasıran bu hukuka tâbidir”.

3. İfanın tarzı

Kanun, ifanın tarzı hakkında da ortak hüküm getirmiş bulunmaktadır. 125. maddede getirilen bu düzenlemeye göre, “ifanın tarzı ve ifanın bu tarza uygun olarak yapılıp yapılmadığı ifa yeri hukukuna tâbidir”. Bu anlamda, teslim ya da ödemenin yapılacağı günler, saatler, süreler, malın teslim olunmaması halinde yapılacak işlemlerin neler olduğu, malın muayenesi, tartılması gibi konularda ifa yeri hukuku yetkili olacaktır (65).

4. Temsil

Kanununun 126. maddesi ise, temsile ilişkin bir ortak hüküm getirmiştir. Getirilen düzenlemenin 1. fıkrasına göre, “eğer temsil bir sözleşmeye dayanıyorsa, temsilci ile temsil olunan arasındaki hukuki ilişki, bu sözleşmeyi idare eden hukuka tâbidir”. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise, temsilcinin fiil ve işlemlerinin temsil olunanı üçüncü kişilere karşı bağlayıp bağlamadığı temsilcinin iş merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre, eğer temsilcinin iş merkezi yoksa veya üçüncü kişiler tarafından tayin edilemiyorsa temsilcinin fiil ve işlemlerini tamamladığı yer hukukuna göre belirlenecektir. Nihayet, aynı maddenin 3. fıkrasına göre de, temsilci temsil olunan bir hizmet sözleşmesi ile bağlı ise ve kendisinin bir ticari işletmesi yoksa, temsil olunanın işletmesinin bulunduğu yer, temsilcinin ticari işletmesinin bulunduğu yer olarak addolunacaktır.

III. UYGULANACAK HUKUKUN SAPTANMASI KONUSUNDA DOĞRUDAN UYGULANAN KANUNLARIN MÜDAHALESİ

Kanun, “doğrudan uygulanan kanunlar”ın müdahalesi adı altında iki ayrı düzenleme getirmiştir. Bunlardan birincisi 18. maddede yer alan “For’un doğrudan uygulanan kanunlarının müdahalesi”, ikincisi ise, 19. maddede yer alan “yabancı hukukun doğrudan uygulanan kanunlarının müdahalesi”dir.

18. madde ile getirilen düzenlemeye göre, “İsviçre hukukunda yer alan ve güttükleri özel amaç gereği emredici karaktere sahip olan kurallar,

(65) **Stojanovic**, sh. 281.

bu kanuna göre uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanırlar". Görüldüğü gibi, bu düzenleme, İsviçre'de doğrudan uygulanan kanun olarak nitelendirilen kanunların, klâsik ihtilâfçı metod ve bu metodun temel taşlarını oluşturan bağlama kuralları aracılığı ile belirlenen hukuk dışında uygulanacağını hükme bağlamaktadır. İsviçre doktrini ise, ister kamu hukuku, ister özel hukuk karakterli olsun, işçileri koruyan kanunları, sosyal sigortalar ile ilgili kanunları, taşınmaz kiralari hakkındaki kanunları ve İsviçre vatandaşlarının yabancı ülkede taşınmaz edinmelerine ilişkin kanunları doğrudan uygulanan kanunlar olarak kabul etmektedir (66).

Asıl üzerinde durulması gereken nokta, kanunun 19. maddesinde getirilen ve yabancı hukukta yer alan doğrudan uygulanan kanun hükümlerinin dikkate alınmasını sağlayan hükümdür. Bu hükme göre, "yabancı hukukun emredici kuralları, hukuki ilişki ile irtibatlı olması halinde, amaçları da göz önüne alınmak suretiyle, İsviçre hukuku ile bağdaşabilir bir sonucun doğması şartıyla, hâkim tarafından dikkate alınabilecektir".

Görüldüğü gibi, getirilen bu hükmün uygulanması iki temel koşula bağlanmıştır. Buna göre, yabancı hukukta yer alan ve doğrudan uygulanan kanun niteliğinde olan hükümlerin İsviçre hâkimi tarafından dikkate alınabilmesi için gereken ilk koşul, söz konusu hükümlerin sözleşme ile ilgili olmasıdır. Bu koşulu, sözleşmenin, doğrudan uygulanan kanun hükümlerine sahip olan yabancı devlet ile ilgili olması şeklinde de ifade etmek mümkündür. Sözleşme borçlusunun bu yabancı ülkede ikamet etmesini, mutaden bulunmasını veya malvarlığının bu ülkede bulunmasını, aranan "irtibat"a örnek olarak vermek mümkündür (67). Yine, söz konusu hükmün uygulanmasının kendisine bağlandığı diğer bir koşulda, yabancı doğrudan uygulanan kanunların uygulanması sonucunda elde edilecek sonucun, İsviçre hukuku ile bağdaşabilir olmasıdır. Bu iki koşul çerçevesinde, yabancı doğrudan uygulanan kanunlar, amaçları da dikkate alınmak suretiyle, İsviçre hâkimi tarafından uygulanabilecektir. Bu anlamda, örneğin borcun ifasının üçüncü devletin döviz rejimi, ithalât - ihracat mevzuatından kaynaklanan nedenlerle sınırlandırılması halinde, bu engelleyici kuralları İsviçre hâkimi dikkate alabilecektir.

Bu hükmün uygulanması ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek sorunlar, kuşkusuz ki, ileride Federal Mahkeme kararları tarafından dile getirilecektir. Ancak şunu söylemek mümkündür ki, hükmün uygulanma şartlarının muğlak olması, hükmün şimdiden eleştirilmesine yol açmaktadır. Özellikle

(66) **Lalive, P.**: Droit Internationale Privé, Vol. II, Genève 1976 (Polycopé), sh. 207 vd.

(67) **Tekinalp** (Bağlama Kuralları), sh. 282.

hükümün uygulanmasının "hükümün uygulanması sonunda ortaya çıkacak sonucun İsviçre hukuku ile bağdaşabilir olması" ve bu şartta verilecek anlam, kanunu yorumlayan hukukçuların olumsuz olarak üzerinde durdukları en önemli noktadır (68).

IV. GENEL DEĞERLENDİRME ve TÜRK HUKUKU

Oldukça genel bir ifadeyle, kanunun sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfi alanına getirdiği sistemin, bu alanda her zaman duyulan iki temel kaygıyı yok etmeye yönelik olduğu söylenebilir. Bu kaygılardan ilki taraflara mümkün olduğunca geniş bir irade serbestisi tanıma, ikincisi ise, özellikle hukuk seçiminin taraflarca yapılmamış olduğu hallerde, hukuki kesinlik ve güvenliğin sağlanmasıdır.

Federal Kanun, herşeyden önce hukuk seçimini "makul çıkar" veya "sözleşmeyle ilgi" şartına bağlamayarak Federal Mahkeme kararlarını günün şartlarına uydurmuş ve taraflara geniş bir irade serbestisi sağlamıştır. Daha da önemlisi, kanunun, hukuk seçiminin sınırlandırıldığı veya yasaklandığı halleri, taraflardan birinin özellikle korunmasının söz konusu olduğu sözleşme tipleriyle sınırlı tutmasıdır. Gerçekten, kanun, hukuk seçimini sadece hizmet sözleşmelerinde sınırlandırmak ve tüketici sözleşmelerinde de yasaklandırmak suretiyle, "sınırlandırma ve yasaklama" yı asgari seviyede tutmuş ve böylelikle de taraflara geniş bir irade serbestisi sağlamıştır.

Öte yandan, kanun, hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde uygulanmak üzere, birden fazla karine ile desteklenmiş bulunan en sıkı ilişki kanununa dayanan ayrıntılı bir objektif bağlama sistemi getirmekle de, hukuki kesinlik ve güvenliği sağlama yoluna gitmiştir. Bunun yanında, kanunun, bazı sözleşme tipleri için özel bağlama kuralları getirme yoluna gitmesi, diğer bir ifadeyle, en sıkı ilişkili hukuku bazı sözleşme tipleri için kendisinin özel olarak tayin etmesi de, bir yandan hukuki kesinlik ve güvenliği sağlayıcı; diğer yandan da objektif bağlamanın getirebileceği sakıncaları gidermeye yöneliktir (69).

Türk kanunlar ihtilâfi hukukunda ise, sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuk konusu, MÖHUK. md. 24 de düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre:

"Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbidir.

(68) Knoepfler/Schweizer, sh. 230 vd.

(69) Tekinalp, G.: Akdi ilişkide objektif genel kural ve "en yakın irtibatlı hukuk" uygulaması, Prof. Dr. E.E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, sh. 447.

Tarafların açık olarak bir kanunu seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tespit edilemediği hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır”.

Getirilen bu düzenlemeden de anlaşılacağı gibi, MÖHUK. md. 24 f. 1. de taraflara mümkün olduğunca geniş bir irade serbestisi tanınmıştır. Madenin açık ifadesi karşısında, taraflar, aralarındaki yabancı unsur taşıyan sözleşmelerinin kuruluşunu, hükümlerini ve sonuçlarını hiç bir sınırlamaya tâbi olmaksızın yabancı bir hukuka tâbi kılabilirlerdir.

Taraflara, uygulanacak hukuku seçme yetkisini vermek bakımından bir fark olmamasına karşın, hukuk seçiminin yapılışı konusunda iki kanun arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Gerçekten, Federal Kanun, hukuk seçiminin “sözleşmenin hükümlerinden veya şartlarından” kesin bir şekilde anlaşılması koşuluyla zımnî olarak da yapılabileceğini öngörmüşken; MÖHUK., zımnî seçimi kabul etmemiştir. Tam tersine, zımnî hukuk seçimi, MÖHUK.’nun hazırlık çalışmaları sırasında bilinçli olarak düşünce dışı tutulmuştur. Tarafların “şuurlu bir seçim” yaptıklarını gösterecek belirlilerin saptanmasındaki güçlük, zımnî seçimin MÖHUK.’da yer almamasında en önemli rolü oynamıştır (70). Bu nedenle, tarafların uygulanacak hukuku açık olarak seçmeleri, MÖHUK.’un emri ifadesi karşısında kaçınılmazdır.

Belirtmek gerekir ki, zımnî hukuk seçiminin MÖHUK. tarafından yasaklanmış olması, hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde, MÖHUK. md. 2 gereğince karşımıza çıkabilecek olan atıf uygulaması sırasında bazı sorunlar doğurabileceği görüşünden hareketle eleştirilmektedir (71). Ancak bu haklı eleştiriye rağmen, MÖHUK.’un hazırlık çalışmaları göz önüne alındığında, 24. md. nin 1.f.sında yer alan “açık olarak” ibaresini başka türlü yorumlamamıza elverecek dayanakları bulabilmemizin de oldukça güç olduğunu belirtmek gerekir. Türk doktrin ve mahkemelerinin, “açık olarak” ibaresini, MÖHUK.’un “varsayılan seçim”i reddettiği ve bu ibarenin, aynen Federal Kanun’da olduğu gibi, “sözleşmenin hal ve şartlarından hiç bir duraksamaya yer vermeyecek” şekilde yapılacak olan bir zımnî seçimi kabul etmeye yönelik olduğunu gösterecek gerekçeler bulması halinde mevcut sınırların ortadan kalkabileceği açıktır.

(70) **Tekinalp, G.:** Akdi ilişkide uygulanacak hukuk seçimi-MÖHUK. m. 24 ve zımnî hukuk seçimi, 5 MHB. (1985), sh. 29-30.

(71) **Tekinalp** (Zımnî seçim), sh. 31.

Objektif bağlamanın düzenleniş şekli açısından ise, Federal Kanun ile MÖHUK. arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki, Federal Kanun, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer hukuku lehine oluşturulmuş karineler ile desteklenen en sıkı ilişki hukukunu objektif bağlamaya esas alırken, MÖHUK. en sıkı ilişki hukukuna, bir “imkansızlığın sonunda” yararlanılmak üzere yardımcı bir kural olarak yer vermiştir. Getirilen düzenlemeye göre, Türk hâkimi, ancak ifa yerinin birden fazla olması nedeniyle, ifa yeri hukukunun uygulanmadığı ve karakteristik edimin ifa yerinin de tespit edilemediği hallerde sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan devlet hukukunu uygulayabilecektir. Diğer bir ifadeyle, “en sıkı ilişkili hukuk” prensibine verilen önem, her iki kanunda tamamiyle tersine çevrilmiştir.

Öte yandan, İsviçre Kanunu “en sıkı ilişki bağı”nı objektif bağlamaya esas alırken, MÖHUK. ifa yeri hukukunu, ifa yeri hukukunun tespit edilemediği hallerde karakteristik edimin ifa yeri hukukunu objektif bağlamaya esas almıştır. Bu tercihin ise İsviçre hukukunun gerisinde kaldığını ve özellikle güncel gelişmelere de uygun düşmediğini söylemek mümkündür. Gerçekten, Federal Mahkeme 30’lu yıllar içinde “varsayılan irade”nin gerçekleştiği yer olarak ifa yerini kabul ederken, varsayılan irade yoluyla hukuk seçimini reddeden MÖHUK.’un 80’li yıllar içinde ifa yerini objektif bağlamaya esas almasının nedenini anlamak güçtür. Aynı şekilde, Federal Mahkeme’nin 50’li yıllar içinde, karakteristik edimin ifa yeri hukukunu en sıkı ilişkili hukuk olarak kabul ederken, MÖHUK.’un, ifa yeri ile karakteristik edimin ifa yerini ayırmasını ve bunlara basamaklı kurallar olarak objektif bağlamada yer vermesinin de anlamı yoktur. Oysa, ister ifa yeri, ister karakteristik edimin ifa yeri olsun, “ifa yeri”nin değişken bir bağlama noktası olduğu ve bu nedenle bazı sakıncalara yol açabileceği ortadadır (72). Bu nedenle, ifa yerinden ziyade, Federal Kanunda olduğu gibi, karakteristik edim borçlusunun ikametgâhı, mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer bağlama noktasının objektif bağlamaya esas alınması, taraflar arasındaki menfaat dengesine ve güncel gelişmelere daha uygun düşeceği açıktır (73).

İki kanunun sözleşmeden doğan kanunlar ihtilâfi alanına getirdiği düzenlemeler arasındaki önemli bir fark da, kanunların “genel istisna kuralı”na verdiği değerden doğmaktadır. Şöyle ki, MÖHUK. yapısı içinde bir “genel istisna kuralı”na yer vermediği halde, Federal Kanun, 15. maddesinde böyle bir kurala yer vermiş bulunmaktadır. Bu nedenle, gerçekte “en sıkı

(72) **Tekinalp** (Objektif genel kural), sh. 444. Ayrıca bkz. **Tekinalp** (Bağlama Kuralları), sh. 272.

(73) **Tekinalp** (Objektif, genel kural), sh. 444.

ilişki” prensibinden hareket ettiği için gerek olmamakla birlikte (74), İsviçre hâkimi, objektif kurala göre uygulanacağı tesbit edilen hukukun sözleşmeyle ve taraflarala sıkı bir ilişki içinde olmaması halinde, en sıkı ilişkili hukuku arama yoluna gidebilecektir. Oysa MÖHUK. madde 24’ün açık ifadesi karşısında, Türk hâkiminin böyle bir imkânı yoktur. Türk hâkimi, tarafların uygulanacak hukuku seçmemiş olmaları halinde, ilk önce ifa yeri hukukunu, bu tespit edilemiyorsa karakteristik edimin ifa yeri hukukunu ve nihayet o da tespit edilemiyorsa sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan devlet hukukunu arama yoluna gidebilecektir. Bu nedenle, ifa yeri veya karakteristik edimin ifa yeri hukukunun sözleşmeyle ve taraflarla sıkı bir ilişki içinde olmasa bile, Türk hâkimi bu hukuk düzenlerini uygulamak zorundadır.

Oysa, Savigny’den bu yana, kanunlar ihtilâfi hukukunun temel amacı, yabancı unsur içeren uyuşmazlıklara, uyuşmazlığın kendisinden doğduğu hukuki ilişkinin olay ve taraflar açısından en sıkı ilişki içinde bulunduğu devletin hukukunun uygulanmasını sağlamak suretiyle, söz konusu uyuşmazlığın maddi hukuk açısından en doğru ve en adil çözüme kavuşturulmasıdır. Ancak, en sıkı ilişkili hukuk düzeninin aranmasına imkân tanımayan MÖHUK. madde 24’den hareketle bu amaca ulaşmanın oldukça güç olduğunu söylemek mümkündür. Oysa, MÖHUK. madde 24, ifa yeri ve bulunmadığı takdirde karakteristik edimin ifa yeri hukukunu objektif bağlamaya esas aldıktan sonra, haksız fiilleri düzenleyen 25. maddenin 3. fıkrası gibi, “sözleşmeden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı bulunması halinde bu ülke hukuku uygulanabilir” şeklinde bir ifade kullanmış olsaydı bu sorunlara daha kolay bir çözüm bulunabilecekti. Zira, hukukî kesinlik ve güvenliği gerçekleştirmeyeceği eleştirisiyle karşılaşacağı kesin olmasına rağmen, en sıkı ilişki bağı, hem karakteristik edim borçlusunun ikametgâhı, mutad meskeni ve işyerinin bulunduğu yer bağlama noktalarını, hem de çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilecek olan ifa yeri bağlama noktasını içeren bütüncül bir bağdır. Durum böyle olduğunda, 24. maddede bir “imkânsızlık kuralı” olarak yer verilmiş olan “en sıkı ilişkili hukuk” prensibini, 25 maddenin 3. fıkrasında olduğu gibi, hâkimin maddi hukuk açısından “hakkaniyete ve adalete” uygun sonuçlara varmak için getirilmiş bir prensip olarak yorumlamamızı sağlayacak dayanaklar bulunduğu ölçüde 24. maddenin yapısından kaynaklanan bu istenmeyen sonuçların giderilebilmesi mümkün olacaktır.

(74) Bkz. yukarıda sh. 135.

Kısaltmalar

AJCL.	: American Journal of Comparative Law
ASDI.	: Annuaire Suisse de Droit International
ATF.	: Arrêts du Tribunal Fédéral
BBl.	: Bundesblatt
Bkz.	: Bakınız
Bs.	: Bası
dn.	: dipnotu
f.	: fıkra
FF.	: Feuille Fédérale
ICLQ.	: International and Comparative Law Quarterly
IPRax.	: Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrecht
LRDC.	: Loi fédérale du 25 Juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.
md.	: madde
MHB.	: Milletlerarası Hukuk Bülteni
MÖHUK.	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
RCDIP.	: Revue Critique de Droit International Privé
RS.	: Recueil systematique des lois et ordonnances
RDS.	: Revue du Droit Suisse
sh.	: sayfa
vd.	: ve devamı
Vol.	: volume

Kaynakça

- Broggini, G.:** *La nouvelle loi fédérale sur le droit international privé*, 64 ASDI. (1988), sh. 132-163.
- Cornu, J.-C. / Hankins, S. / Symeonides, S.:** *Swiss federale statute on private international law of december 18*, 18 AJCL. (1989), sh. 193-246.
- Dutoit, B.:** *Le droit international privé moderne des contrats- comparaison du projet suisse de droit internationale privé avec la loi yougoslave du 15 juillet 1982. Pouvoir executif et pouvoir législatif. La Responsabilité pré-et post-contractuelle. Droit International Public et Privé*, Zürich 1986.

- Dutoit, B. / Knoepfler, F. / Lalive, P. / Mercier, P.:** *Répertoire de Droit Internationale Privé Suisse*, T.I., Le Contrat Internationale, L'Arbitrage Internationale, Berne 1982.
- Karrer, P.A. / Karl, W.A.:** *Switzerland's Private Internationale Law Statute* 1987, The Swiss Code on Conflict of Laws and Related Legislation, Deventer 1989.
- Kaufmann-Kohler, G.:** *La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l'influence de la suisse*, 65 ASDI. (1986), sh. 195-220.
- Knoepfler, F.:** *Le contrat dans le nouveau droit international privé suisse*, Le Nouveau Droit International Privé Suisse, Lausanne 1988.
- Knoepfler, F. / Schweizer, P.:** *La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé suisse*, 77 RCDIP. (1988), sh. 207-235.
- Lachenal, J.A.:** *Droit International Privé*, Partie Spéciale, Droit Civil, Vol. I-IV, (Polycopié), Genève 1978.
- Lagarde, P.:** *Les contrats dans le projet suisse de codification du droit international privé*, 55 ASDI. (1979), sh. 74 vd.
- Lalive, J.P.:** *Droit International Privé*, Vol. II, (Polycopié), Genève 1976. Loi fédérale sur le droit international privé, présentation des réponses à la procédure de consultation relative au projet de loi de la commission d'experts et rapport explicatif, Berne 1980.
- Samuel, A.:** *The new Swiss private international law act*, 37 ICLQ. (1988), sh. 681-696.
- Stojanovic, S.:** *Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé*, 77 RCDIP. (1988), sh. 261-289.
- Symeonides, S.:** *The new Swiss conflicts codification: an introduction*, 37 AJCL. (1989), sh. 187-192.
- Tekinalp, G.:** *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları*, 3. Bs., İstanbul 1986. (Bağlama Kuralları)
- Tekinalp, G.:** *Akdi ilişkide uygulanacak hukuk-MÖHUK md. 24 ve zımni hukuk seçimi*, 5. MHB. (1985), sh. 28-31. (Zımni seçim)
- Tekinalp, G.:** *Akdi ilişkide objektif genel kural ve "en yakın irtibatlı hukuk" uygulaması*, Prof. Dr. E.E. HIRSCH'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, sh. 439- 450, (Objektif genel kural)

Turhan, T.: 10 Haziran 1978 tarihli İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanun tasarısı, Prof. Dr. H. BELBEZ'in Hatırasına Armağan, Ankara 1987, sh. 246-298.

Uluocak, N.: *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Uygulama Kuralları Sözleşmeler*, İstanbul 1989.

Vischer, F.: *Droit International Privé*, Fribourg 1974.

Vischer, F. / Volken, P.: *Loi fédérale sur le droit international privé, Projet de la loi de la commission d'experts et rapport explicatif*, Zürich 1978.