

## DANIŞMANLIK SÖZLEŞMESİNİN ESASINA UYGULANACAK HUKUK

Dr. Sema ÇÖRTOĞLU KOCA\*

### ÖZET

Danışmanlık sözleşmesinin amacı, bir proje veya işletmenin teknik mühendislik hizmetleri dışında kalan konulardaki hizmetlerinin yürütülmesidir. Yabancı unsur taşıyan danışmanlık sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti milletlerarası ticarî ilişkilerin artmasıyla önem kazanmıştır. 5718 sayılı MÖHUK uyarınca taraflar, yabancı unsurlu danışmanlık sözleşmeleri için hukuk seçiminde bulunabilirler. Milletlerarası unsur taşıyan danışmanlık sözleşmeleri için taraflar uygulanacak hukuku belirlemedikleri takdirde, uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24(4) uyarınca tespit edilecektir. Danışmanlık sözleşmelerinin fikrî mülkiyet sözleşmeleriyle iç içe olduğu durumlarda, bu sözleşmelerin her biri için uygulanacak hukuku ayrı ayrı tespit etmemiz gerekecektir. Böyle bir durumda danışmanlık sözleşmesi için MÖHUK m. 24'e göre, fikrî mülkiyet sözleşmesi için ise MÖHUK m. 28'e göre uygulanacak hukuk tespit edilmelidir. Bu tespit sonucunda ortaya çıkmaktadır ki, karma nitelikli sözleşmelerde birden fazla hukukun uygulanması gerekebilecek, bu da karışıklıklara sebep olacaktır. Bu sebeplerden dolayı, *kanımızca* hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda karma nitelikteki bu sözleşmelere en sıkı ilişkili ülke hukuku uygulanmalıdır.

### Anahtar kelimeler:

Danışmanlık sözleşmesi, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, kanunlar ihtilâfı, uygulanacak hukuk, hukuk seçimi.

### ABSTRACT

The aim of the consultancy agreement is to perform the services of a project or a business but not with inclusion of technical engineering services. After the development of the international commercial transactions, the determination of the applicable law to the consultancy agreements that involved a foreign element, comes into question. According to Turkish Code of International Private Law and Procedural Law, Law no: 5718 (MÖHUK), the parties shall choose the applicable law to their consultancy

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Öğretim Görevlisi

agreement. Where the parties do not choose a law, the court has to determine the applicable law according to MÖHUK article 24(4). When the consultancy agreement accompany with an intellectual and industrial property rights agreement, we must determine the applicable law to each agreement. For the consultancy agreement, we must apply article 24 of the MÖHUK, and for the contracts regarding intellectual property rights, we must apply article 28 of the MÖHUK. After the application of these articles, we consider that in complex agreements, two different laws can be applied. This situation may cause a confusion. For these reasons, if the parties do not choose a law to govern their complex contracts, the law which is presumed to have the closest connection with the contract shall be applied.

**Keywords:**

Consultancy agreement, Turkish Code of International Private Law and Procedural Law, Law no: 5718, conflict of laws, applicable law, choice of law.

## **I. GENEL OLARAK**

Danışmanlık sözleşmesinin konusunu bir proje veya işletmenin teknik mühendislik hizmetleri dışında kalan konulardaki hizmetlerin yürütülmesi oluşturmaktadır. Burada proje veya işletme sahibinin bilgi ve tecrübe eksiğini danışman mühendislik sözleşmesiyle kapatması söz konusudur. Danışmanlık ve teknik mühendislik sözleşmesini ayıran kriter esas itibarıyla konuları oluşturmaktadır. Danışmanlık sözleşmesi ile danışmanlık hizmetleri verme yükümlülüğüne giren tarafın edimleri işletmecilik hizmetleridir. Danışmanlık sözleşmesi son yıllarda önemi giderek artan bir mühendislik sözleşmesi türüdür. Önceleri her boyutu ile yani proje, uygulama ve işletme safhalarındaki teknik mühendislik sözleşmesi esas alınırken günümüzde danışmanlık sözleşmesi teknik mühendisliği geri plana itmiştir<sup>1</sup>.

Danışmanlık sözleşmesi, iş sahibi ile danışman mühendis arasında kurulan, iş sahibi tarafından ödenen belli bir ücret karşılığında danışman mühendis tarafından belli teknik hizmet edimleri ve/veya belgelerin temini taahhüdünü içeren iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır<sup>2</sup>.

Danışmanlık hizmetlerinin her biri ayrı sözleşmelerle ayrı danışmanlara yaptırılabilir gibi büyük işletmelerin esas tercihi tüm danışmanlık hizmetlerinin tek kuruluşa yaptırılması şeklindedir. Gelişen teknoloji kuşkusuz hizmet sektöründeki tekniklerin de değişimini beraberinde getirmiştir. Dolayısıyla işletmeler eskiden piyasadaki alet ve teçhizatlarıdaki gelişmeleri yeni teknolojileri, taşıma ve üretim kolaylıklarını öğrenmek isterken, günümüzde malî tahlil, işletmenin denetimi ve hizmet sektöründe yeni geliştirilen tekniklerin izlenmesi ihtiyacı içerisinde<sup>3</sup>.

Milletlerarası ticarî ilişkilerin günümüzdeki büyük gelişimi ve farklı hukuk düzenlerine tâbi kişilerin birbirleriyle daha çok ilişkide bulunmaları sonucunda, yabancı unsur taşıyan danışmanlık sözleşmelerine uygulanacak hukuk sorunu önem kazanmıştır. Örneğin, Türkiye’de bulunan makine donanımlı endüstri tesisi için yabancı bir danışman ile çalışılması durumunda yatırımcı ile danışmanın arasında yapılan danışmanlık sözleşmesi için uygulanacak hukuk sorunu ortaya çıkar. Çalışmamızda yabancı unsur taşıyan danışmanlık sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk sorununa çözüm aranmaktadır.

<sup>1</sup> EKE, R. B. : Yabancı Sermaye Yatırımları Yolu İle Teknoloji Transferinin Hukukî Yönü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1989, s. 131-132.

<sup>2</sup> DAYINLARLI, K. : İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 5.

<sup>3</sup> EKE, s. 133.

## **II. FONKSİYONLARI**

Danışmanlık sözleşmesinde esas edim danışmanın edimidir. Danışman yalnızca rapor vermekle yetinebileceği gibi işletmenin ya da projenin gelişimini izleyip yeni önerilerde bulunmak suretiyle uygulamayı takip de ederek ayrıca bir fonksiyon da izleyebilecektir. Danışman, projenin başlangıcından itibaren fizibilite ve/veya rantabilite etütlerini hazırlayacak yatırım konusunda danışmanlık alanı bilgilendirecek, yönlendirecek yatırımın gerçekleştirilmesi için gerekli ihale şartnamelerini yatırım amaçlarına uygun olarak hazırlayacak, şartnameler ile ilgili teklifleri inceleyip sonuçlandıracaktır. Ayrıca yatırımın aşamasına göre teknoloji ve ürün maliyetlerini hesaplayacak hem işletmecilik hem de teknik açıdan teknolojiyi alan yatırımcıya hizmet edecektir. Danışman ayrıca her türlü iç ve dış düzenlemeyi personel, üretim, pazarlama, dağıtım, servis ilkelerini belirleyecek ve tüm bu sahalardaki gelişmeleri takip ile işletmeyi değişen şartlara uygun yönlendirecektir. Sözleşmede hüküm mevcut ise danışman teknik mühendislik hizmetlerini bizzat yürütebileceği gibi mühendislik hizmetleri, teknoloji alımı, inşaat, makine alımı ve montajı gibi her türlü sözleşme görüşmelerine katılabilecektir. Danışman işlerin yürütülmesinde özen gösterecektir. Öte yandan sözleşmenin niteliği gereği en önemli yan yükümü gizliliğe uymaktır. Gerçekten de danışmanlık hizmetinin yürütülebilmesi için danışmanın yatırımcıyı ve işletmesini belki de kendisinden daha iyi tanması gerekecektir. Dolayısıyla bu şekilde sahip olduğu sırları muhafaza yükümü sözleşmenin en temel unsurlarından birini oluşturmaktadır<sup>4</sup>.

Yatırımcının en temel edimi kuşkusuz danışmanlık hizmetleri karşılığı tespit edilen belirli bir meblağı danışmana vermesidir. Özellikle danışmanlık hizmetinin *know-how* niteliği taşıdığı özel ihtisas gerektiren yatırım alanlarında çoğu kez teknik mühendislik sözleşmesi ile birlikte danışmanlık sözleşmesi karşılığı bir ücret ödenmemekte ancak bu hizmetler bir sermaye ya da yabancılik unsuru mevcut ise yabancı sermaye sayılmaktadır. Bu durumda yatırımcının edimi danışmana belirli bir hisse devri şeklinde ortaya çıkacaktır. Öte yandan yatırımcı danışman hizmetlerini sürdürebilmesi için gereken kendisi ile ilgili her türlü bilgi akışını sağlayacaktır. Yatırımcı, süreklilik gösteren danışmanlık sözleşmelerinde danışmanın önerilerinin uygulanmasına özen gösterecektir<sup>5</sup>.

## **III. MAHİYETİ**

Danışmanlık sözleşmesi, ülkemizde ve diğer birçok Avrupa ülkesinde yasal bir sözleşme olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle danışmanlık sözleşmesinin, Borçlar

---

<sup>4</sup> EKE, s. 136.

<sup>5</sup> EKE, s. 137.

## *Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk*

Kanunu'nda düzenlenmiş yasal borçlar hukuku sözleşme tiplerinden hangisine sokulacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Ancak bu sorun uygulamada çok az ortaya çıkmaktadır çünkü öncelikle taraflar danışmanlık sözleşmesinde, -Anglo-Amerikan hukuk düzeni sözleşme uygulamasına meylederek- akla gelebilecek tüm ayrıntıları, çeşitli edim ihlâli türlerine kadar ayrıntılı olarak düzenlediklerinden, yasal düzenlemelere neredeyse hiç uygulama alanı kalmamaktadır. Ayrıca uluslararası danışmanlık sözleşmeleri çoğu kez, yabancı danışmanın ağır basması sonucunda yabancı bir ülke hukukuna tâbi kılınmaktadır. Keza danışmanlık sözleşmelerinde uyuşmazlıkların giderilmesi için taraflar çok nadiren bir Türk mahkemesini yetkili kılmakta; aksine çoğu kez, bir hakem usulü öngörmekte olduklarından, Türk hukukunun emredici hükümlerinin uygulanması da çok nadiren örneğin tenfiz aşamasında ortaya çıkmaktadır. Sadece tarafların danışmanlık sözleşmesinde uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu ve/veya yetkili mahkeme olarak bir Türk mahkemesini seçtikleri istisnai durumlarda, Türk hukukunun konu ile ilgili emredici hükümlerinin uygulanması ve/veya sözleşme şartlarındaki belirsizliğin giderilmesi amacıyla tamamlayıcı veya açıklayıcı yorum yapabilmesi için danışmanlık sözleşmesinin hukukî niteliğinin saptanması gerekecektir<sup>6</sup>.

Danışmanlık sözleşmesini incelediğimizde iki taraflı isimsiz bir sözleşme olduğunu görmekteyiz. Danışmanlık sözleşmesini hizmet, vekâlet ve istisna sözleşmeleri ile karşılaştırmak mümkündür.

Danışmanlık sözleşmesinin hizmet sözleşmesi olup olmadığı konusu incelenirken iki nokta dikkati çekmektedir. Bunlardan ilki, hizmet sözleşmesi belirli bir zaman diliminde işin yürütülmesi olduğu halde danışmanlık sözleşmesi kural olarak zamana bağlı olmaksızın işin yürütülmesi hususunda bir yükümlülük yükler. Diğeri ise, hizmet sözleşmesinde işgören ile işveren arasında bir emir direktif ilişkisi vardır, oysa danışmanlık sözleşmesinde danışman, işveren karşısında serbest çalışmaktadır<sup>7</sup>.

Danışmanlık sözleşmesini bir istisna sözleşmesi kabul etme imkânı da yoktur. İstisna sözleşmesi bir işgörmeye sözleşmesi olmakla birlikte önemli olan çalışmanın kendisi değil, bu çalışmada ortaya çıkan objektif sonuçtur. Bu sonucun mutlak olarak maddi bir cisimde belirme mecburiyeti olmadığından, danışmanlık sözleşmesi ile sağlanan sonuç esas itibarıyla bir istisna akdine konu edilebilir. İstisna akdi maddi bir sonucun meydana getirilmesi amacı ile sınırlı değildir. Objektif olarak tespiti mümkün olan, belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi istisna akdinin konusunu teşkil edebilir. Örneğin, yazılı bir organizasyon plânının

<sup>6</sup> ALTOP, A. : Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi, İstanbul 2003, s. 64-65.

<sup>7</sup> ALTOP, s. 66-67; EKE, s. 134.

hazırlanmasında veya bilgisayar yazılımının imalinde söz konusu olabilir. Ancak danışmanlık sözleşmesinde çoğu kez belirli bir sonucun elde edilmesi yerine yatırımın gerçekleştirilmesi bakımından yatırımcıya sürekli bir bilgi akışı söz konusu olmaktadır. Burada yatırımın gerçekleşme ve gerçekleşmeme riski danışmanda değil yatırımcıdadır. Bununla birlikte, bazı durumlarda yatırımın riski bütün olarak yatırımcıda kalmakla beraber yalnızca sözleşme konusu sonucun riski danışmana yükleneceğinden bu tarz münferit edimlerde istisna sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olabilmektedir<sup>8</sup>.

Danışmanlık sözleşmesine bir bütün olarak baktığımızda, danışman bir sonucun mutlak olarak elde edilmesi taahhüdü olmaksızın o sonucun elde edilmesi yönünde özenle ve sadakatle çalışmayı taahhüt ettiğinden; danışmanlık sözleşmesinin esas itibarıyla vekâlet özelliği taşıdığı söylenebilecektir<sup>9</sup>. Ancak danışmanlık sözleşmesi, sonucun meydana getirilmesi yönünde özenle ve sadakatle çalışmanın yanı sıra bazı eserlerin meydana getirilmesi, işletme faaliyeti ve organizasyonu ile ilgili bazı teknik bilgilerin devri, sözleşmenin vekâlet olarak kabulü ve değerlendirilmesini engellemektedir<sup>10</sup>.

Bütün bu açıklamalar ışığında danışmanlık sözleşmesi kendine has özellikleri olan atipik bir sözleşme olduğu söylenebilir<sup>11</sup>.

#### **IV. DANIŞMANLIK SÖZLEŞMELERİNİN ESASINA UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ**

Yabancı unsur içeren sözleşmelere uygulanacak hukuk konusu, milletlerarası ticarî ilişkilerin günümüzdeki büyük gelişimi ile önem kazanmıştır. Sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda önerilen görüşleri, “sübjektif” ve “objektif” olmak üzere iki grupta toplamak mümkündür<sup>12</sup>. Sübjektif görüş taraftarlarına göre,

<sup>8</sup> ALTOP, s. 67-72; EKE, s. 134-135.

<sup>9</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, Zug Kantonu Kanton Mahkemesi ve Üst Mahkemesi'nin kararlarına katılarak tecrübesiz bir saat fabrikatörünün bir yönetim danışmanı tarafından gabine maruz bırakıldığını kabul ettiği bir kararında, taraflar arasındaki yönetim danışmanlığı sözleşmesini – bütün olarak- zimnen vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Federal Mahkeme bu nitelermeyi yaparken, davalı danışman tarafından üstlenilen yükümlülüklerin “davacıya belirli bir çalışma başarısı sağlamaya” ilişkin olmadığını ve sadece “bir sonuca ulaşılmasına yönelik gayretleri” kapsadığını saptamıştır: ALTOP, s. 81; EKE, s. 135.

<sup>10</sup> ALTOP, s. 77-80; EKE, s. 135.

<sup>11</sup> Uygulamada Yargıtay'ın ve yerel mahkemelerin danışmanlık sözleşmesinin hukukî niteliğine ilişkin herhangi bir kararına rastlanılmamıştır: ALTOP, s. 81; EKE, s. 135.

<sup>12</sup> AKINCI, Z. : Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992, s. 10; ULUOCAK, N. : Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971, s. 139-140.

## ***Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk***

sözleşmeden doğan ihtilâflara uygulanacak hukuk, tarafların iradesine tâbi olmalıdır. Objektif görüş taraftarları ise, sözleşmeye uygulanacak hukukun, objektif esaslardan hareket edilerek tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüş, sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenirken tarafların iradesi dışında objektif bağlama noktalarının göz önüne alınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüş, taraf iradesine yer vermemekte, toplum menfaatlerini göz önüne almaktadır. Objektif ve sübjektif görüş birbirinden farklı esaslardan hareket etmekte ise de, pek çok hukuk sisteminde sözleşmelerden doğan kanunlar ihtilâfı problemi düzenlenirken, her iki görüşe yer verilmekte ve özellikle hukuk seçiminin yapılmamış olduğu hallerde objektif görüş uygulama alanı bulmaktadır<sup>13</sup>.

### **A. Danışmanlık Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi**

Milletlerarası unsurlu danışmanlık sözleşmelerinde, irade muhtariyeti esasının olması, uzun süreli olabilecek bu sözleşmeler bakımından güven ve öngörülebilirliği sağlamak açısından önemlidir. Tarafların uygulanacak hukuku önceden bilmeleri, bu hukukun özel şartlarına göre gerçekleşecek ifalarını ve fiillerini öngörebilmelerini sağlayacaktır. Ayrıca, uygulanacak hukukun taraflarca önceden bilinmesi, sözleşmenin kuruluşu ve ifası aşamasında da önemli rol oynar. Sözleşmenin ifası süresince, hangi hukukun uygulanacağı konusundaki belirlilik, tarafların haklarını, borçlarını ve sözleşmede belirtilmeyen veya belirsizliğin söz konusu olduğu bazı konularda, serbestçe hareket edebilme imkânlarını tayin edecektir<sup>14</sup>.

Milletlerarası özel hukuk manasında irade muhtariyeti ilkesi uyarınca seçilen hukukun emredici kuralları, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olsaydı uygulanacak objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukukun emredici nitelikteki kurallarının yerine uygulanacaktır. Bir başka deyişle, objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak olan hukukun emredici nitelikleri maddi hukuk normlarını da içine alacak şekilde kabul edilmekte ve bu normların yerine seçilen hukukun emredici normları geçmektedir<sup>15</sup>.

Bugün için sözleşmelere uygulanacak hukukun öncelikle taraflarca kararlaştırılması, çoğu ülkede ve pek çok milletlerarası sözleşmede kabul edilmiştir.

<sup>13</sup> AKINCI, s. 10; ÖZTÜRK, P. : Ortak Girişim (Joint venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001, s. 102-104; TEKİNALP, G. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2002, s. 280.

<sup>14</sup> LENOIR, P. / FABRE, N. M. / TAYLOR, R. A. / RUBIN, H. : “Applicable Law and Resolution of Technology Transfer Disputes”, International Technology Transfers, London 1995, s. 305; SARGIN, F. : Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002, s. 36-37.

<sup>15</sup> DOĞAN, V. : “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, MHB, 1995, Y. 15, Sa. 1-2, s. 23.

(27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK m. 24<sup>16</sup>, Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (EGBGB) m. 27<sup>17</sup>, 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun (IPRG) m. 116<sup>18</sup>, 1980 tarihli Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Sözleşmesi (Roma Sözleşmesi) m. 3<sup>19</sup>, 4.7.2008 tarihli Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü<sup>20</sup> (Roma Tüzüğü) m. 3, Amerika Birleşik Devletleri, *İkinci Restatement* paragraf 187(1)<sup>21 22</sup>.

### **1. Hukuk Seçimi Yapılırken Dayanılan Kıstaslar**

Danışmanlık sözleşmesinin tarafları, sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçerlerken çeşitli kıstaslara dayanabilirler. Taraflarca seçilen hukuk düzeninin, o alanda gelişmesini tamamlamış bir hukuk olması, tarafların aralarında geçerli olan önceki sözleşmelerine uygulanan hukuku seçme arzusunda bulunmaları veya sözleşmenin, belirli bir hukuk düzenine tâbi başka bir sözleşme ile yakın ilişki içinde olması, tarafların o ülke hukukunu ilişkilerine uygulanacak hukuk olarak kararlaştırmalarında etkili olabilir. Taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçerken akdin yapıldığı yer, ifa yeri, malların bulunduğu yer gibi “yersel” sebepler yanında, tarafların yeni veya eski milli hukuku veya önceden bildikleri ya da iyi buldukları hukuk gibi “kişisel” sebepler yahut milletlerarası ilişkilerde genellikle uygulanan, tarafların başka bir akitte uyguladıkları ve ona yakın veya ekonomik açıdan ilişkisi olan söz konusu akde de uygulamak istedikleri hukuk gibi “muhtevaya ait” özellikleri de, uygulanacak hukuku seçmede göz önünde tutabilirler. Taraflar, hukuk seçimi yaparken bunun nedenlerini açıklamak zorunda değillerdir<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> 12 Aralık 2007 Tarihli ve 26728 Sayılı Resmî Gazete.

<sup>17</sup> Metin için bkz. *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, <<http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgbeg/gesamt.pdf>>, 27.03.2009.

<sup>18</sup> Metin için bkz. *Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL)*, <<http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>>, 07.02.2006

<sup>19</sup> Sözleşmenin metni için bkz. *Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations* <<http://www.rome-convention.org/index.htm>>, 27.03.2009.

<sup>20</sup> Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü 17 Haziran 2008 tarihinde kabul edilmiştir. Tüzük 17 Aralık 2009'da yürürlüğe girecektir. Roma Tüzüğü ancak 17 Aralık 2009'dan sonra yapılmış sözleşmelere uygulanabilecektir: Regulation (EC) No 593/2008 of The European Parliament and of The Council of 17 June 2008 On The Law Applicable To Contractual Obligations (Rome I), Official Journal of The European Union 4.7.2008. Tüzüğün metni için bkz. <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:00\\_06:0016:EN:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:00_06:0016:EN:PDF)>, 27.03.2009.

<sup>21</sup> Metin için bkz. *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, <<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>>, 27.03.2009.

<sup>22</sup> DOLINGER, J. : “Evolution of Principles for Resolving Conflicts In The Field of Contracts and Torts”, *Recueil Des Cours*, 2000, volume 283, s. 410; ÖZTÜRK, s. 108.

<sup>23</sup> LENOIR / FABRE / TAYLOR / RUBIN, s. 311; ÖZTÜRK, s. 106; TEKİNALP, s. 282.

## **2. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekli**

### **a. Açık Hukuk Seçimi**

Tarafların danışmanlık sözleşmelerine uygulanacak hukuku açık olarak belirlemeleri, sözleşmenin yorumu ve yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkabilecek sonuçların önceden bilinmesi açısından yararlı olacaktır<sup>24</sup>. Açık hukuk seçimi, birçok hukuk düzeninde ve milletlerarası sözleşmede kabul edilmektedir<sup>25</sup>. Bazı hukuk sistemleri, hukuk seçiminin geçerliliği için mutlak olarak açık bir irade beyanının yapılmasını şart koşmakta, bazı hukuk sistemleri ise, herhangi bir şart aramadan hukuk seçiminin yapılabileceğini kabul etmektedir. Alman ve İsviçre hukuklarına göre, taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku açık veya zımnî irade beyanıyla belirleyebilirler. Türk hukukunda ise, yürürlükten kalkan 2675 sayılı MÖHUK m. 24 uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbiydi<sup>26</sup>. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK m. 24'e göre, sözleşmeden doğan borçlar tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir.

### **b. Zımnî Hukuk Seçimi**

Zımnî hukuk seçiminin yapılabilmesi için tarafların iradesinin akitten şüpheye yer verilmeyecek biçimde anlaşılması gerekir. Zımnî irade beyanında da gerçek bir irade vardır.

Zımnî seçim, çeşitli vakıalara dayanılarak tespit edilmektedir. Sözleşmede mahkemenin seçilmesi, *lex fori* konusunda zımnî iradeye ilişkin bir delil olarak kabul edilmektedir. Belli bir yerde ikamet eden hakemlerin seçimi, belli bir para birimi ile ödeme yapılması, belli hukuktaki usuller ile örf ve âdetin veya kavramların kararlaştırılması da zımnî seçimi belirlemekte, fakat tek başına o ülke hukukunun uygulanmasının istendiği anlamına da gelmemektedir. Bu delillerden birkaçının bir arada bulunması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>27</sup>.

Bugün, birçok devlet hukukunda, zımnî irade ile hukuk seçimi yapılabilir. Örneğin, 15 Haziran 1978 tarihli Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 35. maddesinde<sup>28</sup> ve 1963 tarihli Çek Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 9.

<sup>24</sup> LENOIR / FABRE / TAYLOR / RUBIN, s. 310.

<sup>25</sup> Örnek olarak, 1955 La Haye Satış Sözleşmesi m. 2/II; 1980 Roma Sözleşmesi m. 3/I; 1986 La Haye Satış Sözleşmesi m. 7/I verilebilir: TİRYAKİOĞLU, B. : Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 28.

<sup>26</sup> AKINCI, s. 13; ÖZTÜRK s, 121-122

<sup>27</sup> MORRIS, J. H. C. / MCCLEAN, D. : The Conflict of Laws, London 2000, s. 323; TEKİNALP, s. 285.

<sup>28</sup> Metin için bkz. *Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht*, <[http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg\\_iprg01.htm](http://www.internet4jurists.at/gesetze/bg_iprg01.htm)>, 20.11.2007.

maddesinde<sup>29</sup> zımnî hukuk seçiminin kabul edilmiş olduğunu görüyoruz<sup>30</sup>. Roma Sözleşmesi'nin 3(1) maddesinde açık veya zımnî irade beyanıyla hukuk seçiminin yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, taraflarca yapılacak hukuk seçimi, açık olabileceği gibi, sözleşmede yer alan ifadelerden ve halin özelliklerinden makul bir şekilde anlaşılacak kaydıyla zımnî de olabilir<sup>31</sup>. Benzer şekilde 4.7.2008 tarihli Roma Tüzüğü'nün 3(1) maddesine göre, taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçebilirler. Bu seçim açıkça veya sözleşmede yer alan ifadelerden ya da olayın özelliklerinden açıkça anlaşılması yoluyla olabilir. Türk hukukunda 2675 sayılı MÖHUK m. 24 sadece açık hukuk seçimine olanak tanımış, zımnî irade beyanı ile yapılan hukuk seçimini kabul etmemiş, ancak doktrinde zımnî hukuk seçimi yapılabileceği de ileri sürülmüştü<sup>32</sup>. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK'un 24(1) maddesi, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbi kılmakta ve sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimini de geçerli kabul etmektedir. Hangi şartların, tarafların zımnî bir hukuk seçimi yaptığını gösterdiğini tespit etmek oldukça güçtür. Bu konuda esas olan tarafların gerçek iradesidir. Tarafların “farazi” iradeleri dikkate alınmaz<sup>33</sup>.

### **c. Farazi Hukuk Seçimi**

Farazi iradenin tespitinde, İsviçre Federal Mahkemesi, “taraflar, sözleşmeyi yaptıkları zaman iradelerini açıklasalardı” veya “bu hususu düşünselerdi” duruma göre hangi hukuku seçerlerdi veya “taraflar, iradelerini beyan etselerdi, akla uygun olarak hangi hukuku kararlaştırırlardı” gibi formüller kullanmıştır<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Metin için bkz. *Czech Private International Law and Process Law Act*, <<http://www.eurojurislawjournal.net/RA/Hoek-Dr/Beitraege-e/Private-International-Law.htm>>, 20.11.2007.

<sup>30</sup> DIAMOND, A. L. : “Harmonization of Private International Law relating to Contractual Obligations”, *Recueil Des Cours*, 1986 IV, volume 199, s. 257.

<sup>31</sup> EUROPEAN COMMISSION: “1980 Rome Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations” <[http://europa.eu.int/servlet/portail/RenderServlet?search=RefPub&lg=en&nb\\_docs=25&domain=Legislation&in\\_force=NO&year=1998&month=1&day=&coll=JOC&nu\\_jo=27&page=34](http://europa.eu.int/servlet/portail/RenderServlet?search=RefPub&lg=en&nb_docs=25&domain=Legislation&in_force=NO&year=1998&month=1&day=&coll=JOC&nu_jo=27&page=34)>, 13.12.2004.

<sup>32</sup> ÇELİKEL, A. : *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2004, s. 252. Aksi görüşte olan *Nomer*'e göre, taraflar hukuk seçimi hakkındaki iradelerini açık olarak beyan etmemiş olsalar dahi, bir hukuk seçimi yapma iradelerinin mevcut olduğu belirlenebilmekte ise, bu hukuk nizamını seçmiş oldukları kabul edilmelidir: NOMER, E. : *Devletler Hususî Hukuku*, 16. Bası: *Nomer/Şanlı*, İstanbul 2008, s s. 309; Buna karşılık *Tiryakioğlu*, zımnî hukuk seçiminin milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına ve milletlerarası sözleşmelerde hâkim olan anlayışa uygun düşeceği, hem de Türk hukuku bakımından sistematik bütünlüğün bozulması tehlikesini ortadan kaldıracığını belirtmiştir; TİRYAKIOĞLU, s. 213.

<sup>33</sup> NOMER, s. 309.

<sup>34</sup> TEKİNALP, s. 285-286.

## ***Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk***

Danışmanlık sözleşmelerinde farazi iradeye dayanılarak uygulanacak hukukun tespit edilmesi, milletlerarası hukukun gerektirdiği hukukî güvenlik ve öngörülebilirliği zedelemektedir. Bu nedenle de farazi iradenin araştırılması sonucunda danışmanlık sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespit edilmesi mümkün değildir.

### **3. Hukuk Seçiminin Zamanı**

Taraflar, danışmanlık sözleşmelerinde hukuk seçimini akdin kuruluşu sırasında ya da daha sonra ve hatta mahkeme aşamasında bile yapabilirler. Ayrıca, daha önceden kararlaştırmış oldukları hukuku karşılıklı anlaşma ile sonradan değiştirebilirler.

Roma Sözleşmesi'nin 3. madde 2. fıkrasında da hukuk seçiminin zamanına ilişkin bir düzenleme vardır. Bu düzenlemeye göre; taraflar, her zaman sözleşmeyi, önceden yapılan seçim sonucunda veya daha sonra başka bir hukuka tâbi tutabilirler. Sözleşmenin yapılmasından sonra uygulanacak hukukla ilgili olarak taraflarca yapılacak değişiklikler, sözleşmenin şekli geçerliliğini ve üçüncü kişilerin haklarını ihlâl edemez<sup>35</sup>. Bu düzenleme Roma Tüzüğü'nün 3(2) maddesinde aynı şekilde korunmuştur.

Türk hukukunda, 2675 sayılı MÖHUK m. 24'de hukuk seçiminin ne zaman yapılacağına dair bir hükme yer verilmemiş ve bu konuda herhangi bir sınırlama da yapılmamıştı. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK m. 24(3)'de hukuk seçiminin taraflarca her zaman yapılabileceği veya değiştirilebileceği ifade edilmektedir. Yeni düzenlemeye göre, sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerli olacaktır. Bu şekilde, taraflar danışmanlık sözleşmelerine uygulanacak hukuku sözleşmenin kuruluşu anında ya da daha sonraki bir anda seçebilecekler, hatta daha önce seçilen hukuku sonradan değiştirmeleri de mümkün olacaktır. Ancak burada önemli olan nokta, danışmanlık sözleşmesinin kurulmasından sonraki hukuk seçiminin veya seçilen hukukun değiştirilmesinin üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla ancak geriye etkili olabileceğidir.

### **4. Kısmî Hukuk Seçimi**

Taraflar, danışmanlık sözleşmeleri için kısmî hukuk seçiminde bulunabilirler. Şekil ve ehliyeteye ait akit şartları farklı hukuklara tâbi olabilirken, akdin meydana gelişi ve hükümleri ve hatta çeşitli hükümleri kendi aralarında, birbirinden ayrılabilirler.

<sup>35</sup> WADLOW, C. : Enforcement of Intellectual Property in European and International Law, London 1998, s. 426.

Bu doğrultuda, Roma Sözleşmesi'nin 3 (1) maddesinin son cümlesine göre, taraflar hukuk seçimlerinde seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Aynı şekilde Roma Tüzüğü'nün 3 (1) maddesinin son cümlesine göre, tarafların kısmî hukuk seçimi yapmalarına izin verilmiştir.

Türk hukukunda 2675 sayılı MÖHUK'da kısmî hukuk seçimini mümkün kılan bir hüküm olmamakla beraber, engelleyici geçerli bir sebep de bulunmamaktaydı. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK m. 24(2)'de tarafların, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilecekleri düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, tarafların danışmanlık sözleşmeleri için kısmî hukuk seçimi yapabilmeleri bakımından herhangi bir engel kalmamıştır.

### **5. Hukuk Seçiminin Sınırı**

Tarafların hukuk seçimini kısıtlayan önemli bir sınırlama, doğrudan uygulanan kurallara ilişkindir. Taraflar, uygulanmasını istemedikleri doğrudan uygulanan kurallardan kurtulmak amacıyla bir hukuk seçimi yapamazlar<sup>36</sup>.

Bu tarzdaki doğrudan uygulanan kurallar, çoğu ülkede hukuk seçimi üzerinde temel bir sınırlama oluşturmaktadır. Doğrudan uygulanan kurallar, ülkelerin siyasi veya ekonomik politikalarına ilişkindir. Örneğin, döviz kontrol düzenlemeleri veya bazı vatandaşların diğerlerine karşı korunması, tüketicinin korunması, rekabetin korunması ya da işçinin korunması düzenlemeleri gibi<sup>37</sup>. Roma Sözleşmesi'nin 3(3) maddesinde emredici kuralların sözleşme serbestisi üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. Buna göre, taraflarca yabancı bir hukukun seçilmesi durumunda, bu seçim yabancı bir mahkemenin seçimi ile birlikte olsun ya da olmasın, seçim zamanında sözleşmeyle ilgili diğer bütün unsurlar sadece bir ülkeyle bağlantılıysa, bu ülkenin anlaşmayla kendinden kaçınılamayacak hukuk kurallarının (doğrudan uygulanan kurallarının) uygulanmasını bertaraf edemez. 17 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girecek olan 4.7.2008 tarihli Roma Tüzüğü'nün 3. maddesinin 3. ve 4. paragraflarında da doğrudan uygulanan kuralların hukuk seçimi üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. Tüzüğün 3(3) maddesine göre, olayla ilgili diğer tüm unsurlar, seçim zamanında hukuku seçilen ülkenin dışında bir ülkeyle ilgiliyse, tarafların hukuk seçimi, bu ülkenin sözleşmeyle kendisinden kaçınılamayacak hukuk kurallarının uygulanmasını engelleyemez. Tüzüğün 3(4) maddesinde ise Topluluk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının hukuk seçimi üzerindeki etkisi düzenlenmiştir. Bu paragrafa göre, olayla ilgili diğer tüm unsurlar seçim zamanında, bir veya daha fazla Üye Devletle ilgiliyse, tarafların bir Üye Devletin hukuku dışında seçtiği uygulanacak olan hukuk, sözleşmeyle

<sup>36</sup> DIAMOND, s. 267.

<sup>37</sup> DIAMOND, s. 267.

## *Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk*

kendilerinden kaçınılamayacak Üye Devlet mahkemelerinde uygulanan Topluluk hukuku kurallarının uygulanmasını engelleyemez.

Türk hukukunda 2675 sayılı MÖHUK m. 24’de akitler için irade muhtariyeti istisna getirmeksizin kabul edilmişti. Ayrıca maddenin eski halinin yoruma da elvermemesi, hukuk seçme özgürlüğünün güçlü olan tarafın istediği gibi kullanabileceği bir özgürlük haline gelmesi sonucunu doğurabilirdi. Madde 24/1, zayıf tarafın korunması ihtiyacını ve sosyal düşünceleri bir kenara bırakmıştı<sup>38</sup>. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK’a Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralları düzenleyen yeni bir madde eklenmiştir. MÖHUK m. 6’ya göre, yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır. Bu hüküm Türk hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallara ilişkindir. Amacı ve uygulama alanı bakımından doğrudan uygulanma niteliğine sahip olan Türk maddî hukuk hükümleri, kanunlar ihtilâfı kurallarından bağımsız olarak uygulanırlar<sup>39</sup>.

Hukuk seçiminin sınırlanmasına ilişkin bir başka sınırlama konusu ise, kamu düzeninden kaynaklanan sınırlamadır. Seçilen hukukun uygulanması, davayı gören mahkemenin mensup olduğu devletin kamu düzenine aykırıysa, bu hükümler uygulanamaz<sup>40</sup>.

Roma Sözleşmesi’nde irade serbestisine getirilen sınırlamalardan biri *lex fori*’nin kamu düzenidir (m. 16). Taraflarca seçilen esasa ilişkin hukukun uygulanması, *lex fori*’nin kamu düzenine aykırıysa bu hukuk uygulanmaz<sup>41</sup>. Aynı şekilde Roma Tüzüğü’nün 21. maddesine göre de, Roma Tüzüğü ile belirlenen ülkenin hukukundaki kuralın uygulanması eğer böyle bir uygulamanın mahkemenin kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturması halinde reddedilir.

Türk hukukunda da taraflarca seçilen hukuk, hâkimin hukukunun kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde tarafların seçmiş olduğu hukuk uygulanmayacaktır. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK’un 5. maddesi uyarınca, kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için, seçilen hukukun uygulanması,

<sup>38</sup> TİRYAKIOĞLU, s. 216-217.

<sup>39</sup> NOMER, s. 322.

<sup>40</sup> NORTH, P. M. : “Reform, But Not Revolution- General Course on Private International Law”, Recueil Des Cours, 1990/ I, volume 220, s. 164.

<sup>41</sup> EKŞİ, N. : Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004, s. 94-95.

mahkemenin kamu düzeni ile aşikâr biçimde uyuşmazlık yaratması veya temel prensipler bakımından kabul edilemez bir sonuç doğurması gerekir<sup>42</sup>.

## **B. Tarafların Hukuk Seçimi Yapmamaları Durumunda Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk**

Danışmanlık sözleşmelerinde hizmet edimi öne çıkmaktadır. Bu sözleşmelerde önemli olan bir hizmetin yerine getirilmesidir.

### **1. Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk Konusunda Doktrinde İleri Sürülen Görüşler**

#### **a. Karakteristik Edim Olarak Danışmanın Edimini Kabul Eden Görüş**

Danışmanlık sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda *Schnitzer*, bu tür sözleşmeler için hizmet veren kişinin ya da şirketin mutad meskeninin bulunduğu yer ülke hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüş, bazı Avrupa ülkelerinin milletlerarası özel hukuk kanunlarında da yer almıştır. Örneğin, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Federal Kanunu'nun 117. maddesine göre, transfer edenin ya da hizmeti sağlayan kişinin mutad meskeninin ya da iş yerinin bulunduğu yer hukuku bu tür sözleşmelere uygulanacak olan hukuktur<sup>43</sup>.

Danışmanlık sözleşmesi, bazı durumlarda, birden fazla ülkede yerine getirilebilmektedir. Böyle durumlar için, hizmetin büyük bölümünün danışmanın ülkesinde yapıldığına ilişkin düzenlemeler de söz konusudur. Örneğin, danışmanlık hizmetini alan tarafın personeli için yapılan eğitim programları danışmanın binasında gerçekleşmiş olabilir. Ayrıca, araştırma ve geliştirme hizmetleri genellikle danışmanın ülkesinde gerçekleşir. Böyle durumlarda, son söylenen yer akdin ağırlığını teşkil eden yer ve en yakın irtibatlı yer olmaktadır<sup>44</sup>.

#### **b. Danışmanlık Hizmeti Alanın Ülkesinin Hukukunun Uygulanması Görüşü**

Teknik yardım hizmetinin sunulması ile ilgili sözleşmede en sıkı irtibatlı yer, hizmetin yerine getirildiği yerdir. Kural olarak, hizmeti alan devlet de akdin yerine getirildiği yerdir. Hizmeti alan devlet, genellikle bu tür hukukî ilişkilerde yasal,

<sup>42</sup> SARGIN, s. 150-151.

<sup>43</sup> *Switzerland's Federal Code on Private International Law (CPIL)*, <<http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>>, 07.02.2006; SOLTYSINSKI, S. : "Choice of Law and Choice of Forum in Transnational Transfer of Technology Transactions", *Recueil Des Cours*, 1986/ I, volume 196, s. 330-331.

<sup>44</sup> SOLTYSINSKI, s. 333.

## *Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk*

ekonomik ve sosyal kıstaslar bakımından akdin ağırlık merkezinin teşkil ettiği yerdir<sup>45</sup>.

Akdin yerine getirildiği yer ekonomik, sosyal ve diğer akitler bakımından en önemlisi olarak görünmektedir. Danışmanlık sözleşmeleri çoğunlukla hizmeti alan devlette yerine getirilmektedir. Örneğin, bir tesisin kurulması veya makinelerin montajı için gereken danışmanlık hizmetleri ya da tüm proje için gereken mühendis kadrosu alıcının binasının eklentilerinin içindedir. Örneğin, hizmeti alan tarafın makine veya tesisin yapılması için kiraladığı personelin seçimi ile ilgili metotlarda danışma servisleri, kalite ve performans testlerinin yapılması, eğitim programları v.b. hizmeti alanın ülkesinde gerçekleşir. Danışmanın personeli, hizmeti alan tarafın tesislerinde bulunduğu sırada çeşitli hukukî düzenlemelere tâbi olur. Son olarak, danışmanın borcunu ifa etmesi ya da etmemesi hizmeti alanın ülkesinde çeşitli sonuçlara yol açabilmektedir. Bu sonuçlar; ödemeler dengesine, eğitime, teknolojiye, toplumsal problemlere ve bazı durumlarda çevre sorunlarına ilişkin olabilmektedir<sup>46</sup>.

Bizim de katıldığımız görüş uyarınca, hizmete ilişkin sözleşmelerin hepsi için tek bir kuralın uygulanacağını söylemek imkânsızdır. Ancak şu şekilde bir sonuca ulaşabiliriz. Eğer, hizmetin büyük bir bölümü başka bir ülkede yerine getirilmiyorsa, danışmanlık sözleşmesine danışmanlık hizmeti alan ülkenin hukuku uygulanabilir. Eğer hizmetin büyük bölümü transfer edenin (hizmeti verenin) mutad meskeninin bulunduğu yerde gerçekleşiyorsa, bu ülkenin hukuku sözleşmeye uygulanır<sup>47</sup>.

Örnek olarak 1985 tarihli 4650 tarihli MTO (ICC) kararını<sup>48</sup> verebiliriz. Bu kararda, bir Amerikalı mimar ile Suudi Arabistan şirketi arasında Jeddah, Suudi Arabistan'da yapılacak olan bir bina projesinin çizimi için mimarlık hizmetlerini sağlamak üzere bir teknik yardım sözleşmesi imzalanmıştır. Taraflar sözleşmede Cenevre'deki MTO (ICC) tahkimini yetkili kılmışlardır. Ayrıca sözleşmede akde uygulanacak hukuku belirlememişlerdir. Tarafların arasında daha sonra ücret ile ilgili olarak bir anlaşmazlık çıkmıştır<sup>49</sup>.

Davacı taraf olan Amerikalı mimar, sözleşmeye uygulanacak hukukun sözleşmeye göre bütün önemli işlerin yerine getirildiği yer olan Georgia Eyalet

---

<sup>45</sup> SOLTYSINSKI, s. 331.

<sup>46</sup> SOLTYSINSKI, s. 332-333.

<sup>47</sup> SOLTYSINSKI, s. 333.

<sup>48</sup> Yearbook Commercial Arbitration, volume XII- 1987, The Hague, s. 111-113.

<sup>49</sup> YB Comm. Arb'n XII (1987), s. 111.

(ABD) hukuku olduğunu iddia etmiştir. Davacı, İsviçre maddi hukukunun ya da *lex mercatoria*'nın da alternatif olarak uygulanabileceğini ileri sürmüştür. Son olarak, davacı mühendislik hizmetleri için getirilen uluslararası kurallara paralellik kurarak işverenin değil de mühendisin ikametgâhının bulunduğu yer hukukunun uygulanması gerektiğini belirtmiştir<sup>50</sup>.

Davalı taraf ise akde uygulanacak hukukun Suudi Arabistan hukuku olduğunu çünkü davacının borçlarının bir kısmını Georgia'da, bir kısmını ise Suudi Arabistan'da gerçekleştiğini, davalının bütün borçlarının ise Suudi Arabistan'da yerine getirildiğini belirtmiştir. Son olarak, davalı İsviçre maddi hukukunun ya da *lex mercatoria*'nın uygulanamayacağını ileri sürmüştür<sup>51</sup>.

Hakem heyeti olaya Georgia Eyalet (ABD) hukukunu uygulamıştır. Bunun sebepleri ise şöyle açıklanmıştır. Öncelikle taraflar, açık bir hukuk seçimi yapmamıştır. Ayrıca tarafların aralarında zımnî bir hukuk seçimi de tespit edilmediğinden İsviçre maddi hukukunun ya da *lex mercatoria*'nın uygulanması da mümkün değildir. Sunulan deliller sonucunda hizmetin büyük bölümünün Georgia Eyaletinde gerçekleştiği sonucuna varılmıştır. Tahkim heyetine göre, Suudi Arabistan'a ara sıra yapılan ziyaretler, karakteristik işin Georgia'dan Suudi Arabistan'a taşınmasını gerektirmez. İşin en önemli ve karakteristik kısmı olan ve bunun karşılığı olarak 5.135.997 Suudi Riyali ödenen iş, Georgia (ABD)'de yerine getirilmiştir. Bütün bu sonuçlara dayanarak hakem heyeti bu sözleşmeden doğan ihtilâfa Georgia Eyalet (ABD) hukukunu uygulamıştır<sup>52</sup>.

## **2. Çeşitli Düzenlemelere Göre Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk**

### **a. Avrupa Birliği hukukunda getirilen düzenlemeler**

Roma Sözleşmesi'nin 4(1) maddesi uyarınca, sözleşmeye uygulanacak hukuk taraflarca seçilmemişse, danışmanlık sözleşmelerinin en yakın irtibatlı olduğu ülkenin hukuku tarafından idare edilir. Sözleşmenin 4(2) maddesi uyarınca, en sıkı irtibatlı hukuk danışmanlık sözleşmelerinde karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya tüzel kişilik kazanmış ya da kazanamamış kuruluşlarda merkezi idarelerinin bulunduğu ülke hukuku kabul edilir. Bununla beraber, sözleşme taraflardan birinin ticareti ya da mesleği gereği yapılmışsa, esas işyerinin bulunduğu ülke, sözleşmede yer alan ifadelerden ifanın esas işyerinden

<sup>50</sup> YB Comm. Arb'n XII (1987), s. 111.

<sup>51</sup> YB Comm. Arb'n XII (1987), s. 111.

<sup>52</sup> YB Comm. Arb'n XII (1987), s. 112.

## ***Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk***

başka bir işyerinde yerine getirileceği anlaşılıyorsa bu iş yerinin bulunduğu ülkeyle sözleşme yakından irtibatlıdır. Eğer hizmetin büyük bölümü danışmanın mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yerde gerçekleşiyorsa, bu ülkenin hukuku sözleşmeye uygulanır. Buna göre, danışmanlık sözleşmelerinde hukuk seçiminin yapılmadığı durumlarda uygulanacak olan hukuk, danışmanın mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer hukukudur. Eğer danışmanlık sözleşmelerinde karakteristik edim belirlenemiyorsa Sözleşmenin 4(2) maddesi uygulanmayacaktır. Ayrıca danışmanlık sözleşmelerinin başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olduğu sözleşmenin şartlarından bir bütün olarak anlaşılıyorsa aynı maddenin 2. 3. ve 4. paragrafındaki kriterler göz ardı edilecektir. Örneğin, eğer danışmanlık hizmetinin büyük bir bölümü başka bir ülkede yerine getirilmiyorsa, danışmanlık sözleşmesine hizmeti alanın ülkesinin hukuku ile daha sıkı irtibatlı kabul edilir ve bu ülke hukuku uygulanabilir.

17 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girecek olan 4.7.2008 tarihli Roma Tüzüğü'nün 4. maddesi hukuk seçimi yapılmadığı durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Tüzüğün 4. maddesinin 1. paragrafında bazı sözleşme türleri için özel bağlama noktaları getirilmiştir. Tüzüğün 4/1(b) maddesine göre, hizmet verilmesine ilişkin sözleşmeler, hizmet verenin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. Danışmanlık sözleşmeleri, hizmet verilmesine ilişkin bir sözleşme niteliğinde olduğundan, Tüzük uyarınca, bu sözleşmeye danışmanın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Tüzüğün 4(2) maddesine göre, sözleşmenin 4. maddenin 1. paragrafındaki unsurları içermemesi veya paragraf 1'de a ile h arasında yer alan unsurlardan birden fazlasını içermesi durumunda sözleşme, karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad mesken hukukuna tâbidir. Danışmanlık sözleşmelerinin paragraf 1'de a ile h arasında yer alan unsurlardan birden fazlasını içermesi durumunda karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad mesken hukuku sözleşmeye uygulanacaktır. Örneğin, danışmanlık sözleşmesinin taşınır mal satım sözleşmesiyle ya da *franchise* sözleşmesiyle iç içe olduğu durumlarda sözleşmeye karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Tüzüğün 4(3) maddesine göre, olayın tüm unsurlarından sözleşmenin paragraf 1 veya 2'de belirtilenler dışında bir ülkeyle sıkı bir ilişkisi varsa, bu ülkenin hukuku uygulanır. Danışmanlık sözleşmesinin karakteristik edimi yerine getiren tarafın mutad mesken hukuku dışında başka bir ülke ile sıkı bir ilişkisi varsa bu ülke hukuku sözleşmeye uygulanacaktır. Örneğin, danışmanlık hizmetlerinin büyük bir bölümü üçüncü bir ülkede yerine getiriliyorsa bu durumda danışmanlık sözleşmesi, üçüncü bir ülkenin hukuku ile daha sıkı irtibatlı kabul edilir ve bu ülke hukuku uygulanır. Tüzüğün 4(4) maddesinde ise, uygulanacak

hukukun paragraf 1 veya 2'ye göre belirlenemediği durumlarda, sözleşmenin en sıkı irtibatlı ülke hukukuna tâbi olacağı belirtilmektedir. Danışmanlık sözleşmelerinin amacı danışmanlık hizmetleri vermek ve bunun karşılığında belirli bir ücret almaktır. Bu şekildeki danışmanlık sözleşmelerinde uygulanacak hukukun tespiti paragraf 1 veya 2'ye göre yapılabilir. Ancak danışmanlık sözleşmesinde, hizmet ediminin karşılığı olarak bir ücret ödenmiyorsa, örneğin sermaye devri söz konusu oluyorsa, sözleşme, en sıkı irtibatlı ülke hukukuna tâbi olacaktır. Tüzüğün 4(4) maddesinin uygulanmasını gerektirebilecek bir başka durum ise, danışmanlık sözleşmesinin fikrî ve sınaî hakların transferini ya da devrini içermesidir. Örneğin, danışmanlık hizmeti verilirken *know-how* transferi de yapılıyorsa, bu durumda uygulanacak olan hukuk, Tüzüğün 4(4) maddesi uyarınca sözleşmenin en sıkı irtibatlı ülke hukukudur.

### **b. Türk hukukunda getirilen düzenleme**

Türk hukukunda 2675 sayılı MÖHUK m. 24/2 uyarınca, sözleşmelere uygulanacak olan hukuk, borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri olarak tespit edilmiştir.

27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Danışmanlık sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde 24. maddeden yararlanarak bir çözüm bulunacaktır. Kanunun 24. maddesinin 1. 2. ve 3. fıkralarında hukuk seçimi düzenlenmiştir. Kanunun 24. maddesinin 4. fıkrasında hukuk seçimi yapılmadığı takdirde uygulanacak hukuk gösterilmektedir. Bu fıkraya göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur. Danışmanlık sözleşmelerinde *kanımızca* karakteristik edim borçlusu hizmeti yerine getiren kişi olması nedeniyle danışmanın edimi akdi karakterize etmektedir. O halde uygulanacak olan hukuk, danışmanın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, bu sözleşmeler ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulduysa, danışmanın işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, bunların birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Eğer hizmetin büyük bir bölümü hizmeti verenin ülkesinde gerçekleşiyorsa, tespit edilen bu hukukun uygulanması yerindedir. Fakat hizmetin büyük bir bölümü başka bir ülkede yerine getiriliyorsa,

## ***Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk***

örneğin danışmanlık sözleşmesinde, sözleşmenin büyük bir bölümü danışmanlık hizmeti alan ülkede yerine getiriliyorsa bu yer hukuku sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olacağından sözleşme, bu hukuka tâbi olmalıdır.

Danışmanlık sözleşmesi için 5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesinin uygulanamayacağı durumlar söz konusu olabilecektir. Örneğin danışmanlık sözleşmesinde, danışman yan edim olarak *know-how* vermeyi taahhüt edebilir ya da danışmanlık sözleşmesi, fikrî ve sınaî hakların transferi veya devri için yapılmış karma nitelikli bir sözleşme olabilir. Bir başka olasılık ise, danışmanlık sözleşmesi sonucunda fikrî ve sınaî bir hakkın ortaya çıkmasıdır. Böyle durumlarda sözleşme için MÖHUK m. 28'in uygulanması gerekecektir. O halde danışmanlık sözleşmelerinin fikrî mülkiyet sözleşmeleriyle iç içe olduğu durumlarda, bu sözleşmelerin her biri için uygulanacak hukuku ayrı ayrı tespit etmemiz gerekecektir. Asıl sözleşmenin danışmanlık sözleşmesi olduğu, yan sözleşmenin ise fikrî mülkiyet sözleşmesi olduğu bir durumda uygulanacak hukuku, danışmanlık sözleşmesi için MÖHUK m. 24'ü, fikrî mülkiyet sözleşmesi için ise MÖHUK m. 28'i uygulayarak tespit etmemiz gerekecektir.

27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak olan hukuku özel bir hüküm ile düzenlemiştir. Kanunun 28(1) maddesine göre, taraflar fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeleri için hukuk seçiminde bulunabilirler. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak hâlin bütün şartlarına göre, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde, sözleşme bu hukuka tâbi olur (m. 28(2)).

Fikrî mülkiyet sözleşmesi için Kanun'un 28(2). maddesinin birinci cümlesinin uygulanması sonucunda sözleşmeye, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri veya mutad meskeni hukuku uygulanacaktır. Danışmanlık sözleşmesi için Kanun'un 24(4). maddesinin uygulanması sonucunda da danışmanın edimi karakteristik edim olması nedeniyle, danışmanın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni veya işyeri hukuku uygulanacaktır. Danışmanlık sözleşmesinin fikrî mülkiyet sözleşmesiyle iç içe olduğu hallerde, danışmanlık hizmetini yerine getiren taraf da, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden taraf da danışman olduğu için uygulanacak olan hukuklar aynı olmaktadır. Ancak bu sonuca ulaşmamız her zaman mümkün olamayabilir. Buna örnek olarak, danışmanlık sözleşmesinde danışmanın yan edim olarak *know-how* aktarımını taahhüt etmesini verebiliriz. *Know-how* sözleşmesinde *know-*

*how*'ı devreden taraf, edimini (üretim, satım, hizmet tekniklerini *know-how* alana açıklamak, gerekli bilgileri devretmek gibi) çoğu zaman *know-how*'ı alanın ülkesinde ifa etmektedir, *know-how*'ı alan da edimini (*know-how*'ı kullanma ve üretim yapma, üçüncü kişilere öğrendiği bilgileri açıklamama, rekabet etmeme gibi) *know-how*'ın kullanıldığı ülke olan *know-how* alanın ülkesinde gerçekleştirmektedir. Bu nedenle *know-how* sözleşmesine uygulanacak olan hukuk *know-how* alanın ülkesinin hukuku olmalıdır. İşte böyle bir durumda MÖHUK'un 28 (2) maddesinin 2. cümlesinde yer alan yardımcı kuralın uygulanması gerekir. "*Hâlin bütün şartlarına göre, sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde, sözleşme bu hukuka tâbi olur*" kuralı uyarınca *know-how* sözleşmesi, *know-how* alanın ülkesinin hukuku ile daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilirse, sözleşme bu hukuka tâbi olmalıdır.

*Kanaatimizce*, danışmanlık sözleşmesinin içinde fikrî mülkiyet hakkının veya onun kullanımının devri söz konusu olursa, birden fazla hukukun uygulanması gerekecek, bu da karışıklıklara sebep olacaktır. Bu sebeplerden dolayı, hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda ekonomik olarak aynı amacı güden ancak hukukî olarak birbirinden bağımsız sözleşmeler için bu sözleşmelerin en sıkı ilişkili bulunduğu ülke hukuku uygulanmalıdır.

## **V. AKİT STATÜSÜNÜN KAPSAMI VE KAPSAMI DIŞINDA KALAN HALLER**

Sübjektif veya objektif ölçütler yoluyla belirlenen akit statüsü, danışmanlık sözleşmesinin kuruluşuna, geçerliliğine, yorumuna, ifasına ve sözleşmenin hüküm ve sonuçlarına uygulanır. Bir başka deyişle, sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli şartlar, hangi şartların danışmanlık sözleşmeleri için gerekli ve mümkün olduğu, müzakereye girişmeden doğan borçlar, yabancı para kayıtları, akdin geçerli olup olmadığı, irade sakatlıkları, sözleşmenin içeriği, yorumu, sözleşme konusunun mümkün olup olmaması, sorumluluk, cezaî şart, hasar, ifa, ifanın mümkün olup olmadığı, zamanaşımı, sona erme sebepleri ve hükümleri kuralın uygulama alanına girmektedir. Bu durum akdin birliği ilkesinin bir sonucudur<sup>53</sup>.

Bazı uyuşmazlıklar, danışmanlık sözleşmesiyle ilgili olsa da, danışmanlık sözleşmesine uygulanacak olan hukuka tâbi olmaz, başka bir deyişle sözleşme için yetkili olan hukukun yani akit statüsünün kapsamı dışında kalır. Şekle ve ehliyete ilişkin olarak ortaya çıkan ihtilâflar, akit statüsünün kapsamı dışında kalmaktadır. 5718 sayılı MÖHUK madde 7 uyarınca, hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.

<sup>53</sup> TEKİNALP (Milletlerarası), s. 293; TİRYAKİOĞLU (Taşınır Mallar), s. 44.

## *Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk*

Danışmanlık sözleşmesinin taraflarının ehliyetleri ile ilgili ortaya çıkabilecek ihtilâflarda 5718 sayılı MÖHUK'un 9. maddesinin uygulanması gerekir. Bu madde uyarınca, hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.

Sözleşmenin tâbi olduğu hukukun uygulama alanını daraltabilecek bir başka durum ise, kamu düzenine aykırılık durumudur. Türk hukukunda kamu düzeninin istisnaî nitelikte olduğu kabul edilmiştir. 5718 sayılı MÖHUK'un 5. maddesi uyarınca, yetkili olan hukukun danışmanlık sözleşmesine uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmayacak, gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanacaktır.

Akit statüsünün kapsamını sınırlayan diğer bir durum ise, doğrudan uygulanan kurallardır. Doğrudan uygulanan kurallar, sözleşme ile belirli bağlantılarının olması halinde, ait oldukları hukuk sistemi, taraflarca uygulanacak hukuk olarak seçilmemiş olsa bile uygulanırlar. Bu yöntem ile irade serbestisi, bütünüyle değil, sadece bu hükümlerle düzenlenen konular açısından sınırlamaya tâbi tutulmak suretiyle, bir yandan, tarafların iradesine olabildiğince büyük ölçüde imkân tanınmakta; diğer taraftan, doğrudan uygulanan kurallar kendi uygulama alanlarına giren uyuşmazlıklara uygulanmak suretiyle bu kurallar ile öngörülen amaçların elde edilmesi sağlanmaktadır<sup>54</sup>. 22.05.1982 tarihli 2675 sayılı MÖHUK'da doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir hüküm yer almamaktaydı. 27.11.2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK'da ise, doğrudan uygulanan kurallara ilişkin yeni düzenlemeler yer almıştır.

5718 sayılı MÖHUK'un 6. maddesinde Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları düzenlenmiştir. Hâkimin hukukunda (*lex fori*)'de yer alan doğrudan uygulanan kuralları düzenleyen bu maddeye göre, yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır. Türk hukukunda danışmanlık sözleşmelerini ilgilendiren doğrudan uygulanır nitelikli bir kural, örneğin rekabet hukuku kuralı, danışmanlık sözleşmesi bakımından irtibatın kurulduğu her durumda uygulayabilecek veya ihtilâf kuralının uygulanma alanını daraltabilecektir.

Hüküm statüsünde (*lex causae*) yer alan, doğrudan uygulanan kural niteliğindeki hukuk kurallarını ise, hâkim, hukukî ihtilâfa esastan çözüm getirecek yetkili yabancı hukukun bir parçası olarak uygulamak zorundadır. Bunun nedeni, MÖHUK madde

<sup>54</sup> ÖZDEMİR KABASAKAL, H. : Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, s. 100.

2’de yer alan, hâkimin, Türk Kanunlar ihtilâfî kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygulayacağına dair olan kuraldır. Hâkim, uygulanacak hukukta yer alan doğrudan uygulanan kuralları, yetkili hukukta yer alan diğer kurallarla birlikte istisna etmeden uygulamakla yükümlüdür<sup>55</sup>.

5718 sayılı MÖHUK’un 31. maddesinde üçüncü bir devletin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallar düzenlenmiştir. Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır. Türk mahkemelerinde, görülecek olan bir davada, üçüncü ülke doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanı bulması mümkündür. Türk hâkimi, danışmanlık sözleşmesiyle yakın ilişki içinde olan fakat hukuk seçimi yoluyla ya da objektif bağlama kuralları aracılığıyla tespit edilen hukukun dışında kalan, üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarını dikkate alabilir. Hâkim, burada takdir yetkisini kullanırken kuralın amacını veya temelinde yatan politikaları dikkatlice araştırmalı, bu kuralın uygulanmamasının sonuçlarını göz önüne almalıdır<sup>56</sup>. MÖHUK’un 31. maddesi, üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını zorunlu kılmamakla beraber, uygulanmamaları halinde ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önlenmesi için bu kurallara etki tanımayı sağlayan, hâkime takdir hakkı veren bir düzenlemedir<sup>57</sup>.

## **VI. SONUÇ**

Danışmanlık sözleşmesi, iş sahibi ile danışman mühendis arasında kurulan, iş sahibi tarafından ödenen belli bir ücret karşılığında danışman mühendis tarafından belli teknik hizmet edimleri veya belgelerin temini taahhüdünü içeren bir sözleşmedir.

İş sahibi ile danışmanın farklı tabiiyetlerde olması, danışmanlık hizmetinin farklı bir ülkede yerine getirilmesi gibi durumlarda danışmanlık sözleşmesi yabancı (milletlerarası) unsur taşıyacaktır. 5718 sayılı MÖHUK uyarınca taraflar, yabancı unsurlu danışmanlık sözleşmeleri için hukuk seçiminde bulunabilirler. Milletlerarası unsur taşıyan danışmanlık sözleşmeleri için taraflar uygulanacak hukuku belirlemedikleri takdirde, uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24(4) uyarınca tespit edilecektir. Danışmanlık sözleşmelerinde *kanımızca* karakteristik edim borçlusu

<sup>55</sup> SARGIN, s. 248.

<sup>56</sup> AKIN, Ş.: “Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, MHB, 1989, Y. 9, Sa. 2, s. 101-102; SARGIN, s. 253; SOLTYSINSKI, s. 276.

<sup>57</sup> ÇELİKEL, A./ ERDEM, B. B. : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2007, s. 380.

## *Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk*

hizmeti yerine getiren kişi olması nedeniyle danışmanın edimi akdi karakterize etmektedir. O halde uygulanacak olan hukuk, danışmanın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukukudur. Ancak hizmetin büyük bir bölümü başka bir ülkede yerine getiriliyorsa, örneğin danışmanlık sözleşmesinde, sözleşmenin büyük bir bölümü danışmanlık hizmeti alan ülkede yerine getiriliyorsa bu yer hukuku sözleşmeyle daha sıkı ilişkili olacağından sözleşme, bu hukuka tâbi olmalıdır.

Danışmanlık sözleşmesinde, danışman yan edim olarak *know-how* vermeyi taahhüt ettiyse veya danışmanlık sözleşmesi, fikrî ve sınaî hakların transferi veya devri için yapılmış karma nitelikli bir sözleşme ise ya da danışmanlık sözleşmesi sonucunda fikrî ve sınaî bir hak ortaya çıkmış ise sözleşme fikrî mülkiyet hakkını içeren bir sözleşme olacağından, MÖHUK m. 28 uygulanacaktır. Danışmanlık sözleşmelerinin fikrî mülkiyet sözleşmeleriyle iç içe olduğu durumlarda, bu sözleşmelerin her biri için uygulanacak hukuku ayrı ayrı tespit etmemiz gerekecektir. Asıl sözleşmenin danışmanlık sözleşmesi olduğu, yan sözleşmenin ise fikrî mülkiyet sözleşmesi olduğu böyle bir durumda uygulanacak hukuk, danışmanlık sözleşmesi için MÖHUK m. 24, fikrî mülkiyet sözleşmesi için ise MÖHUK m. 28 uyarınca tespit edilmesi gerekir. *Kanaatimizce*, bu tür karma nitelikli sözleşmelerde birden fazla hukukun uygulanması gerekebilecek, bu da karışıklıklara sebep olacaktır. Bu sebeplerden dolayı, hukuk seçiminin bulunmadığı durumlarda ekonomik olarak aynı amacı güden ancak hukukî olarak birbirinden bağımsız sözleşmeler için bu sözleşmelerin en sıkı ilişkili bulunduğu ülke hukuku uygulanmalıdır.

**KAYNAKÇA**

- AKIN, Ş.** :“Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, MHB, 1989, Y. 9, Sa. 2, s. 99-102.
- AKINCI, Z.** :Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992.
- ALTOP, A.** : Yönetim Danışmanlığı Sözleşmesi, İstanbul 2003.
- ÇELİKEL, A.** : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2004.
- ÇELİKEL, A.**  
/ **ERDEM, B. B.** : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2007.
- DAYINLARLI, K.**: İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Ankara 1998.
- DIAMOND, A. L.** : “Harmonization of Private International Law relating to Contractual Obligations”, Recueil Des Cours, 1986 IV, volume 199, s. 233-312.
- DOĞAN, V.** :“Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, MHB, 1995, Y. 15, Sa. 1-2, s. 21-42.
- DOLINGER, J.** :“Evolution of Principles for Resolving Conflicts In The Field of Contracts and Torts”, Recueil Des Cours, 2000, volume 283, s. 167-193.
- EKE, R. B.** :Yabancı Sermaye Yatırımları Yolu İle Teknoloji Transferinin Hukukî Yönü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1989.
- EKŞİ, N.** :Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004.
- EUROPEAN COMMISSION:** “1980 Rome Convention on The Law Applicable to Contractual Obligations” <[http://europa.eu.int/servlet/portail/RenderServlet?search=RefPub&lg=en&nb\\_docs=25&dmain=Legislation&in\\_force=NO&year=1998&month=1&day=&coll=JOC&nu\\_jo=27&page=34](http://europa.eu.int/servlet/portail/RenderServlet?search=RefPub&lg=en&nb_docs=25&dmain=Legislation&in_force=NO&year=1998&month=1&day=&coll=JOC&nu_jo=27&page=34)>, 13.12.2004.
- LENOIR, P.**  
/ **FABRE, N. M.**  
/ **TAYLOR, R. A.**  
/ **RUBIN, H.** :“Applicable Law and Resolution of Technology Transfer Disputes”, International Technology Transfers, London 1995, 305-340.

*Danışmanlık Sözleşmesinin Esasına Uygulanacak Hukuk*

**MORRIS, J. H. C.**

/ **MCCLEAN, D.** :The Conflict of Laws, London 2000.

**NOMER, E.** :Devletler Hususî Hukuku, 16. Bası: *Nomer/Şanlı*, İstanbul 2008.

**NORTH, P. M.** :“Reform, But Not Revolution- General Course on Private International Law”, *Recueil Des Cours*, 1990/ I, volume 220, s. 9-288.

**ÖZDEMİR** Kabasakal, H. : Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001.

**ÖZTÜRK, P.** :Ortak Girişim (Joint venture) ve Uygulanacak Hukuk, İstanbul 2001.

**SARGIN, F.** :Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002.

**SOLTYSINSKI, S.**: “Choice of Law and Choice of Forum in Transnational Transfer of Technology Transactions”, *Recueil Des Cours*, 1986/ I, volume 196, s. 239-383.

**TEKİNALP, G.** : Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2002.

**TİRYAKİOĞLU, B.** : Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.

**ULUOCAK, N.** :Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul 1971.

**WADLOW, C.** :Enforcement of Intellectual Property in European and International Law, London 1998.

**BOŞ**