

5718 SAYILI MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK VE
USUL HUKUKU HAKKINDA KANUN MADDE 32 KAPSAMINDA
“SÖZLEŞMELERİN KURULUŞU VE MADDÎ GEÇERLİLİĞİ”

Gizem ERSEN PERÇİN*

I. Giriş

Sözleşmelerin kuruluş ve geçerlilik şartları konusunda devletlerin ulusal mevzuatları bazı noktalarda benzerlik gösterse de, kural olarak hiçbir ulusal mevzuat bir diğeri ile tam olarak örtüşmez.¹ Bu durum da, “yabancılık unsuru” içeren sözleşmelerin, geçerli olarak kurulup kurulmadığının hangi devletin ulusal mevzuatına göre tespit edileceği sorusunu gündeme getirmektedir.

Türk Devletler Özel Hukuku’nda bu konuda bağımsız bir düzenleme ilk defa 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) m.32’de yer almıştır. Bu çalışmada söz konu-

* Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Araştırma Görevlisi.

¹ Türk Hukuku bakımından, sözleşmelerin kuruluşu ve geçerliliği 818 sayılı ve 04.10.1926 yürürlük tarihli Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Bir sözleşmenin kurucu unsurunun ne olması gerektiği, Borçlar Kanunu’nun 1. maddesinde belirtilmiştir. Bu hükme göre, bir sözleşmenin ilke olarak tek bir kurucu unsuru vardır, o da tarafların belirli bir hukukî sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığıdır. Bu irade beyanlarından, sözleşmenin yapılması teklifini kapsayan ve zaman itibariyle daha önce yapılan beyana “icap”, icaba uygun olarak sözleşmenin meydana gelmesini sağlayan karşı beyana ise “kabul” denilmektedir. İcap ve kabul, belirli bir hukukî sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun değil ise, sözleşmenin kurucu unsuru gerçekleşmemiş olduğundan, hukuk düzeni bakımından böyle bir sözleşme “yok” hükmündedir. Sözleşme içeriğinin imkânsız, hukuka va ahlaka aykırı olması, taraflarının her ikisinin veya sadece birinin ayırt etme gücüne ve dolayısıyla sözleşme ehliyetine sahip olmaması, şekil şartına uyulmaması, gerekli icazetin verilmemesi, muvazaa ve hata, hile, tehdit gibi sebeplerle iradenin sakatlanması yapılan sözleşmenin geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır. FİKRET EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. bs., İstanbul, Beta, 2008, s. 298- 311.

su düzenleme, 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon (Roma Konvansiyonu) ve Roma I Tüzüğü'ndeki düzenlemelerle karşılaştırma yapılarak incelenmeye çalışılacaktır.

5718 sayılı MÖHUK m.32'nin incelenmesine geçilmeden önce, Muvakkat Kanun m.4 ve 2675 sayılı MÖHUK dönemindeki durumlara kısaca değinilecektir.

A. 5718 sayılı MÖHUK Öncesi Dönem

Muvakkat Kanun m.4² ve eski MÖHUK dönemlerinde sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğine uygulanacak hukuk konusunda bağımsız bir düzenleme mevcut değildi. Ancak doktrinde genel kabul gören görüş, sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğine de sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun (akit statüsü) uygulanması yönündeydi.³

Hemen belirtmek gerekir ki, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ni benimseyen Türk Devletler Özel Hukuku Mevzuatı'nda da sözleşme ehliyeti ve sözleşmenin şekline ilişkin konular bu kapsamın dışında yer almaktaydı.⁴

² 23.03.1330 tarihli "Ecnebilerin Hak ve Vazifeleri Hakkında Muvakkat Kanun" m.4 c.1 uyarınca "Ecnebi tebaya müteallik ve gayrimenkul mallara ait bilcümle davalar ile sair hukuk ve ticaret ve ceza işlerine ait davalar, Türk tebası alakadar olmasa dahi Türk Devleti'nin mahkemelerinde Türk kanun, nizam ve usulüne tevfikan ruyet olunur." Bu ifadeden de anlaşılacağı gibi Muvakkat kanunun yürürlükte olduğu dönemde, sözleşmelerin kurulması ve geçerliliği de dahil olmak üzere, yabancılık unsuru içeren sözleşmelere Türk Hukuk mevzuatının uygulanması gerekiyordu. Muvakkat Kanun m.4'üm tam metni için bakınız: ERGİN NOMER/ CEMAL ŞANLI, *Devletler Hususi Hukuku*, 16. bs., İstanbul, Beta, 2008, s.529

³ AYSEL ÇELİKEL/ BAHADIR ERDEM, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. bs., İstanbul, Beta, 2007, s.327. GÜLÖREN TEKİNALP, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 9. bs., İstanbul, Arıkan, 2006, s. 301.

⁴ Oysa özellikle Anglo Sakson Hukuk Sistemi'nin benimsendiği ülkelerin Kanunlar İhtilafı kurallarına göre, sözleşmelerin, sözleşme ehliyeti, şekil ve hükümler olarak tek bir hukuk sistemine tâbi olması gibi bir uygulama mevcuttur. Tek bir hukukun hakimiyetinin uyuşmazlıkların çözümünde kolaylık yaratacağı kabul edilmiştir. ÇELİKEL/ ERDEM, s. 342. Bu nedenle de yabancılık unsuru içeren bir sözleşme hazırlanırken taraflar çoğunlukla, sözleşme ehliyeti, şekli ve hükümleri konusunda bir ayırım gözetmeden tek bir hukuk seçimi yapmakta ve seçtikleri hukuku sözleşmenin bütününe uygulamaktadırlar. WILLIAM TETLEY, *International Conflict of Laws (Common, Civil and Maritime)*, Blais- Canada, 1994, s. 233.

Dolayısıyla yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmede, taraflarının her ikisinin veya sadece birinin sözleşme ehliyetine sahip olup olmaması, şekil şartına uyulup uyulmaması 2675 sayılı MÖHUK'taki ehliyete ve şekle ilişkin genel hükümler uyarınca tespit edilen hukuka göre belirleniyordu. Ancak bunların dışındaki kuruluş ve geçerlilik unsurları sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktaki düzenlemelere göre tespit ediliyordu.

Buna göre bir kişinin sözleşme yapma ehliyetine sahip olup olmadığı 2675 sayılı MÖHUK m.8'de düzenlenmekteydi. Bu düzenlemeye göre;

“Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.

Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir yabancı Türk hukukuna göre ehil ise, Türkiye’de yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile yabancı ülkedeki taşınmaz mallar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.

Kişinin millî kanunu ile kazandığı rüşt hali vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez.

Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir.”

Bir sözleşmenin şekil şartına bağlı olup olmaması, bağlı ise bu şarta uygun bir sözleşme yapıp yapılmadığı 2675 sayılı MÖHUK m.6 uyarınca, o sözleşmenin “yapıldığı yer hukukuna veya o sözleşmenin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle” bağlı idi.⁵

Yukarıda belirtildiği gibi her ne kadar doktrinde genel kabul gören görüş, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelere sözleşmelerin esasına uygulanacak ülke hukukunun uygulanması yönünde olsa da bu düşünceyi eleştiren yazarlar da olmuştur. Özellikle hazır bulunmayanlar arasındaki sözleşmelerde, icap ve kabulün tabi olacağı hukukun sözleşmenin esasına uygulanacak ülke hukuku olarak kabul edilmesi bazı duraksamalara neden olmuştur.

⁵ 2675 sayılı MÖHUK m. 8 f.2 c.1'deki düzenlemenin amacı Türkiye’de işlem güvenliğini sağlamaktır. Aynı kanununun 6. maddesinde sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk bakımından sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun da sayılmasının nedeni, sözleşmelerin yapıldığı yerde kamu düzeninin korunmasına hizmet etmektir. CEMAL ŞANLI/NURAY EKŞİ, *Uluslararası Ticaret Hukuku*, 4.bs, İstanbul, Arıkan, 2005, s.18 ve 25.

Hazır bulunmayanlar arasında yapılan bir sözleşmede, icap ile kabul arasında belirli bir süre geçeceği için, icap edenin, icabı ile ne kadar süre ile bağlı kalacağıнын, gecikmiş kabul, kısmen kabul gibi durumlarda icabıyla bağlı olup olmayacağıнын, henüz ortada kurulmuş bir sözleşme olmadığından sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre tayin edilmesi eleştirilmiştir. Bu sürenin icap edenin yerleşim yeri hukukuna göre tayin edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁶

Aynı şekilde kabul beyanları açısından da, susmanın kabul anlamına gelip gelmediğinin, henüz kurulmamış bir sözleşmenin esasına uygulanacak ülke hukukuna tâbi olması eleştirilmiştir. Burada da çözüm olarak kabul beyanında bulunanın yerleşim yeri hukukunun uygulanması gerektiği belirtilmiştir.⁷

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, yukarıda belirtilen eleştiriler doğrultusunda, icap ve kabul beyanlarında bulunanlara kendi yerleşim yeri hukuklarını uygulamak, bu kişilerin yerleşim yerleri farklı ise, henüz sözleşmenin kuruluş aşamasında dahi sözleşmeye iki farklı ülke hukukunun uygulanması sonucunu doğuracaktır. Bir de tarafların sözleşmenin esasına ve ifasına farklı ülke hukuklarının uygulanmasını seçmeleri durumunda, ortaya dört farklı ülke hukukunun uygulandığı bir sözleşme çıkacaktır. Ayrıca sözleşmenin şekli ve ehliyet konusunda birçok kanunlar ihtilafı mevzuatının sözleşmenin kuruluşuna ve geçerliliğine uygulanacak hukuku tespit eden düzenlemeden farklı düzenlemelere tâbi tuttuğunu göz önüne alırsak, böyle bir sözleşmeye uygulanacak ülke hukukları konusundaki sayı daha da artabilir.

Bu şekilde parçalanmış bir sözleşme ise uygulamada da büyük sorunlar çıkmasına neden olacaktır. Böyle bir sözleşmeden çıkacak bir uyuşmazlığın hakim önüne gelmesi durumunda, hakim vasıflandırmayı yaparken sıkıntı yaşayabilecek, birden fazla ülke mevzuatı taranarak ilgili kuralların bulunması zaman ve emek kaybına neden olabilecektir. Ayrıca farklı ülke hukuklarının uygulanması durumunda söz konusu kurallar açısından bir uyumsuzluk yaşanması olasılığı da yüksek görülmektedir. Oysa bir ülkenin ulusal mevzuatında yer alan hukuk kuralları çoğu zaman birbiriyle uyum içindedir. Bu nedenlerle, Devletler

⁶ SOERGEL/KEGEL, Komm., Vorbem. 196, 197 Vor Art.7 EGBGB'den nakleden: TEKİNALP (dn.3), s. 301, dipnot 61.

⁷ REITMANN/MARTINY, 94 vd., N.95'den nakleden: TEKİNALP (dn.3), s. 301 dipnot, 63.

Özel Hukuku adaletine aykırı olmadığı sürece, sözleşmeyi parçalamak ve “sözleşmenin birliği” ilkesinden yola çıkarak sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği dahil olmak üzere tamamına tek bir ülke hukukunun uygulanmasında yarar vardır.

Nomer ve Şanlı da, sözleşmenin tamamına tek bir ülke hukukunun uygulanmasının “*maddî hukuk ahengini temin edeceğini*” belirtmektedir.⁸

Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, “sözleşmenin birliği” ilkesi her koşulda mutlak olarak uygulanması gereken bir ilke olarak düşünülmemelidir. Devletler Özel Hukuku adaletini zedeleyen sonuçlar ortaya çıkarması durumunda, bu ilkedен sapmalar yaşamak kaçınılmaz olacaktır. Hangi durumların bu ilkedен saptmaya neden olabileceği konusu ileride 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Kanunu m.32 f.2 incelenirken açıklanmaya çalışılacaktır.

B. 5718 sayılı MÖHUK Dönemi

12.12.2007 tarih ve 5718 sayılı MÖHUK’un yürürlüğe girmesi ile birlikte, Türk Devletler Özel Hukuku Mevzuatı, sözleşmelerin kuruluşu ve geçerliliğine ilişkin bağımsız bir maddeye de sahip olmuştur. Bu konu 5718 sayılı MÖHUK m.32’de “Sözleşmeden Doğan İlişkinin Varlığı ve Maddî Geçerliliği” başlığı altında şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir.

Taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı halin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.”

Çalışmanın bu bölümünde 5718 sayılı MÖHUK m.32’nin 1. ve 2. fıkraları ayrı başlıklar halinde incelenecektir.

⁸ NOMER/ ŞANLI (dn.2), s. 321. Ayrıca “sözleşmenin birliği” ilkesi Tekinalp tarafından da benimsenmiştir. Ancak Tekinalp, “...hiç olmazsa susmanın kabul anlamına gelip gelmediği konusunda susan tarafın yerleşim yeri veya mutad mesken hukukunu göz önünde bulundurmanın yanlış olmayacağını” belirtmiştir. TEKİNALP (dn.3), s. 302.

1. 5718 sayılı MÖHUK m.32 f.1

Yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti bakımından 5718 sayılı MÖHUK m.32 f.1 genel kuralı;

“Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması halinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir.”

şeklinde ifade etmiştir.

Görüldüğü gibi söz konusu fıkra kaleme alınırken, 2675 sayılı MÖHUK döneminde doktrinde çoğu yazar tarafından ileri sürülen “sözleşmenin birliği” ilkesi dikkate alınarak, sözleşme kuruluşu ve geçerliliği de dahil olmak üzere bir bütün olarak tek bir hukuk düzenine tâbi tutulmuştur.

Bu şekilde yapılmış olan söz konusu düzenleme, 5718 sayılı MÖHUK’un hazırlık çalışmaları sırasında dikkate alınan⁹ 1980 tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon (Roma Konvansiyonu)¹⁰ ve Roma I Tüzüğü’nün^{11/12} genel kuralı düzenleyen 1. fıkraları ile de tamamiyle örtüşmektedir.

⁹ Gelgel de “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi” isimli eserinin önsözünde 5718 sayılı MÖHUK’un hazırlık çalışmaları sırasında getirilen bir çok önerinin Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü hükümleri örnek gösterilerek yapıldığını belirtmiştir. GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, İstanbul, Beta, 2006, VI.

¹⁰ Söz konusu konvansiyon 19 Haziran 1980 tarihinde Roma’da imzalanmıştır. Avrupa Birliği’ne sonradan giren devletler “katılma konvansiyonu” ile Roma Konvansiyonu’na taraf olmuşlardır. Türkiye bu konvansiyona taraf değildir. Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde bu konvansiyon kısaca “Roma Konvansiyonu” olarak adlandırılacaktır. Roma Konvansiyonu’nun İngilizce tam metni için bakınız: http://www.rome-convention.org/instruments/i_conv_orig_en.htm. Ayrıca, “Roma Konvansiyonu’nun” Türkçe tam metni için bakınız: NURAY EKŞİ, *Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 17-18/Sayı 1-2/ 1997-1998, s.163-181.

¹¹ Roma I Tüzüğü’nün İngilizce tam metni için bakınız: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:EN:PDF>. (18 Ocak 2009)

¹² Söz konusu düzenlemeler ile Avrupa Birliği üyesi ülke hukuklarının yeknesaklaştırılması konusunda bakınız: CHRISTIAN TWIGG- FLESNER, *The Europeanisation of Contract Law (Current Controversies in Law)*, Taylor & Francis Group, 2008, s.1-11.

Roma Konvansiyonu'nun sözleşmelerin kuruluşu ve geçerliliğini düzenleyen "maddî geçerlilik" başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrası şu şekilde kaleme alınmıştır:

"Bir sözleşmenin veya sözleşmedeki herhangi bir hükmün varlığı ve geçerliliği sözleşmenin geçerli olması halinde Konvansiyona göre hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka göre belirlenir"

Roma I Tüzüğü m.10 f.1'de de Roma Konvansiyonu ile aynı ifadeler¹³ kullanılarak, sözleşmenin kuruluşunun ve geçerliliğinin, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tâbi olduğu belirtilmiştir.

5718 sayılı MÖHUK m. 32'nin madde gerekçesinde de net bir şekilde belirtildiği gibi, sözleşmenin şekli ve sözleşme ehliyeti konuları 2675 sayılı MÖHUK döneminde doktrinde benimsenen görüş doğrultusunda yine bu düzenlemenin kapsamı dışında bırakılmıştır.

Şekil konusu 5718 sayılı MÖHUK m. 7'de şu şekilde kaleme alınmıştır:

*"Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir."*¹⁴

Ehliyet konusu ise 5718 sayılı MÖHUK m.9'da düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre;

"Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir.

Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır.

Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez.

¹³ Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü'nün ilgili düzenlemelerinde ifade bakımından tek fark Roma Konvansiyonu'ndaki "Konvansiyona göre" ifadesi yerine Roma I Tüzüğü'nde "Tüzüğe göre" ifadesinin kullanılmış olmasıdır.

¹⁴ Görüldüğü gibi 5718 sayılı MÖHUK'ta 2675 sayılı MÖHUK'un ilgili düzenlemesinden farklı olarak atıf ortadan kaldırılmış ve düzenlemeye "maddî hukuk hükümlerinin" ifadesi yerleştirilmiştir.

Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanabilir.

Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir.”¹⁵

5718 sayılı MÖHUK m.32. f.1 metni incelendiğinde, genel kuralın bir “**varsayımdan**” yola çıkılarak konulduğu görünmektedir. Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku, sözleşmenin kuruluşuna ve geçerliliğine uygulayabilmek için öncelikle bu sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğu varsayımından hareket edilerek, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk tespit edilecek daha sonra bu hukuk kuralları ışığında sözleşmenin gerçekten de geçerli olarak kurulup kurulmadığı tespit edilecektir.

Bu durumda yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme hakim önüne geldiği zaman, hakim öncelikle somut olay adaletini dikkate alarak *lex fori* veya *lex causae*’ya göre vasıflandırma yaparak uyuşmazlığın hukukî niteliğini belirleyecek, daha sonra bu hukukî niteliğe göre kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uyuşmazlığa uygulanacak ülke hukukunu tespit edecektir. Ancak bu noktadan sonra, uyuşmazlık konusu sözleşmenin uygulanan ülke hukuku bakımından varolan ve geçerli olan bir sözleşme olduğunu tespit ederse, olayın esasına girerek uyuşmazlığı söz konusu ülke hukukuna göre çözüme kavuşturacaktır.

Oysa Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 1989/10-316 E, 10989/411 K sayılı 07.06.1989 tarihli kararında¹⁶ yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmenin varlığı, tarafların sözleşmeye yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmalarına rağmen, B. K. m.1 f.1 uyarınca tespit edilmeye çalışılmıştır. Söz konusu karar şu şekilde kaleme alınmıştır:

¹⁵ 5718 sayılı MÖHUK m.9 f.5 ile tüzel kişilerin ehliyetlerini statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbi kılan f.4 hükmü tamamlanmıştır.

¹⁶ Söz konusu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararının tam metni için bakınız: ATA SAKMAR/NURAY EKŞİ/İLHAN YILMAZ, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları*, 3. bs, İstanbul, Beta, 2001 s. 146-150.

“İş akdi, kişiler arasında karşılıklı ve uygun irade beyanıyla oluştuğu ve bunların menfaatlerini düzenlediğinden dolayı bir özel hukuk ilişkisi olduğu ve kişi ve toprak bakımından yabancı unsur taşıdığı takdirde, milletlerarası özel hukukun uygulama alanına gireceği[...] belirgindir[...]

Tarafların seçtikleri hukuk uygulama önceliğine sahiptir. Gerçekten sözleşmenin 18. maddesinden, gerek iş sözleşmesi gerekse sözleşmede belirtilmeyen iş ilişkilerinden doğan ihtilaflarda, işveren ile işveren vekilinin birlikte sorumlu olacakları, öncelikle Suudi makamlarının yetkili olduğu ve Suudi hukukunun uygulanacağı ve bu mümkün olmazsa ikinci planda Türk makam ve kanunlarının otoritesinin kabul edildiği anlaşılmaktadır[...]”

Söz konusu kararda da belirtildiği gibi, taraflar, aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara uygulanmak üzere Suudi Arabistan Hukuku’nu yetkili kılmışlardır. Bu durumda hakim, ortada geçerli bir sözleşmenin kurulduğunu varsayarak, tarafların hukuk seçimi konusundaki iradelerini dikkate almalı ve uyuşmazlığa Suudi Arabistan Hukuku’nun uygulanacağını tespit etmelidir. Daha sonra da, uyuşmazlığın esasına girmeden önce taraflar arasında Suudi Arabistan Hukuku’na göre geçerli bir sözleşme kurulup kurulmadığını belirlemelidir. Dolayısıyla söz konusu kararda Yargıtay her ne kadar sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak Suudi Arabistan hukukunu tespit etmiş olsa da, ortada geçerli bir sözleşme olduğunu B.K. m.1 uyarınca belirlemeye çalışması eleştirilebilir bir durumdur.

2. 5718 sayılı MÖHUK m.32 f.2

5718 sayılı MÖHUK m.32 f.2, aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenen ve sözleşmelerin kurulmasının ve geçerliliğinin, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tâbi olduğunu belirten genel kurala bir istisna hükmü getirmektedir. Söz konusu düzenleme şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı halin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.”

Bu düzenleme ile, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, sözleşme taraflarından birinin bir davranışı veya susması halinde bu durumlara hüküm tanıma konusunda, rızası olmadığı iddiasında bulunan tarafın mutad mesken hukuku uygulanacaktır.

Öncelikle sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği konusundaki genel kurala getirilen bu istisnanın hangi durumlarda uygulanabileceğini tespit etmek gerekmektedir. Düzenlemenin metninden de açıkça anlaşılacağı gibi bu istisna ancak, sözleşmenin kuruluşuna rızası bulunmadığını iddia eden tarafın bu iddiasının sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk bakımından kabul edilmemesi durumunda uygulanabilir.

Nomer ve Şanlı, mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için ilgili tarafın suskunluğunun “*akit statüsünden bilgisi bulunmamasından*” ileri gelmiş olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁷

Sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun içeriği konusunda bilgisi bulunmayan her sözleşme tarafının bu istisna hükmünden yararlanması gerekip gerekmediğini tespit etmek için öncelikle bu düzenlemenin amacının ne olduğunu belirlemek gerekmektedir.

Bu düzenlemenin genel amacının “*sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia eden tarafı korumak*”¹⁸ ve onu bu sözleşme hükümleriyle bağlı kılmamak olduğu açıktır.

Ancak söz konusu tarafın bu korunmadan yararlanmak için sözleşmenin diğer tarafına oranla “**zayıf**” durumda olması şartını aramak, Devletler Özel Hukuku adaleti ile daha çok bağdaşan bir sonuç çıkaracaktır. Örneğin, Aybay ve Dardağan’ın “*çağdaş ve sosyal politikalar gereği korunmasında kamusal menfaat bulunan kesimler*”¹⁹ olarak adlandırdığı işçi, tüketici, gibi sözleşmenin zayıf taraflarının bu istisnadan yararlanması yerinde bir uygulama olacaktır. Dolayısıyla mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk hakkında bilgisi bulunmayan tarafın “**sözleşmenin zayıf tarafı**” olması gerekecektir.

¹⁷ NOMER/ ŞANLI (dn.2), s. 321.

¹⁸ RONA AYBAY/ ESRA DARDAĞAN, *Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması*, 2. bs., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 270.

¹⁹ AYBAY/DARDAĞAN (dn.18), s. 254.

Tiryakioğlu da satım sözleşmeleri konusunda ticarî ve ticarî olmayan satım sözleşmesi olmak üzere ikili bir ayrıma gitmiş ve tüketici sözleşmeleri, genel işlem şartları ile yapılan sözleşmeler ve taksitli satış sözleşmeleri gibi satım sözleşmelerini bir tarafının zayıf olması sebebiyle ticarî olmayan satım sözleşmeleri olarak değerlendirmiştir. Böyle bir istisna hükmünden ise ticarî satım sözleşmesi taraflarının değil ancak ticarî olmayan satım sözleşmelerindeki zayıf tarafın yararlanabileceğini belirtmiştir.²⁰

Bu şekilde sınırları daha dar yorumlanarak çizilen bir istisna hükmü, hem “sözleşmenin birliği” ilkesinin gereğinden fazla zedelenmesine engel olacak hem de bir genel hukuk ilkesi olan “istisnaların dar yorumlanması” ilkesi ile örtüşecektir.

Roma Konvansiyonu’nda da böyle bir istisna hükmü mevcuttur.²¹ Konvansiyon’un 8. maddesinin 2. fıkrasında şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Ne var ki, rızanın varlığının bir önceki paragrafta gösterilen hukuka göre belirlenmesinin makul olmayacağı şartlardan anlaşılıyorsa taraflardan biri iradesi olmadığı hususunda mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna dayanabilir.”

Roma I Tüzüğü m.10 f.2’de de Roma Konvansiyonu ile aynı ifadeler kullanılarak istisna hükmü kaleme alınmıştır.

İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu m. 123’de de bu konuda bir düzenleme getirilmiş ve “muhatabın” susması durumunda, bu susmanın sonuçları bakımından kendisine mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını talep edebilme yetkisi verilmiştir.²²

²⁰ BİLGİN TİRYAKIOĞLU, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:503, 1996, s.41-46. (Çevirimiçi) <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/bilgin-tiryakioglu/tasinir-mallara-iliskin-milletlerarası-unsurlu-satim-akitlerine-uygulanacak-hukuk/kitabın-tamamı.pdf> (18 Ocak 2009).

²¹ TETLEY (dn. 4), s.234

²² Turhan, “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku” isimli makalesinde söz konusu hükmün “icaba muhattap olanın susmasının hukukî sonuçları, muhattabın, mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbidir.” şeklinde Türkçe çevirisini yapmıştır. TURGUT TURHAN, *İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku* (Çevirimiçi) <http://auhf.ankara>.

Bu noktada 5718 sayılı MÖHUK m.32 f.2'deki düzenlemenin, Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü ve İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu'ndaki düzenlemelerle tam olarak örtüşmediği söylenebilir.

Roma Konvansiyonu, Roma I Tüzüğü ve İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanun'ndaki düzenlemelerde, sözleşmenin kurulması konusunda rızası olmadığını iddia eden tarafa, kendisine mutad mesken hukukunun uygulanmasını talep etme imkânı verilmiştir. Başka bir deyişle, hakim söz konusu istisna hükmünü ancak sözleşmenin kurulması konusunda rızası olmadığını iddia eden tarafın talebi üzerine uygulayabilecektir. Oysa, 5718 sayılı MÖHUK m.32 f.2'deki düzenlemede, hakim hakkaniyetin gerektirdiği her şartta, rızası olmayan tarafın mutad mesken hukukunu uygulamak zorunda tutmuştur.

Görüldüğü gibi söz konusu istisna hükmünün uygulama alanının Türk Hukuku bakımından daha geniş tutulduğu açıktır. Ancak, uygulamada tarafların davayı takip etmeme, takip etseler bile söz konusu istisna hükmünden bilgilerinin bulunmaması ve bu nedenle talepte bulunup haklarını kullanamama olasılıkları dikkate alındığında, buradaki genişlik, Milletlerarası Özel Hukuk adaletini zedelemek bir yana, söz konusu adaletin gerçekleşmesi bakımından daha yerinde bir sonuç doğuracaktır.²³

edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-1989-1990-41-01-04/AUHF-1989-1990-41-01-04-Turhan2.pdf. (18 Ocak 2009) Oysa bu düzenlemeyi emredici nitelikte düzenleme olmaktan çok suskun kalan muhataba kendi mutad mesken hukukunun uygulanmasını talep etme imkânı veren tamamlayıcı bir düzenleme olarak kabul etmek daha doğru görünmektedir. İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanunu'nun İngilizce metni için bakınız: <http://www.umbricht.ch/pdf/SwissPIL.pdf>

²³ 5718 sayılı MÖHUK m.32 f.2'deki ifade "uygulanır" yerine "uygulanabilir" şeklinde kaleme alınmış olsaydı, mutad mesken hukukunu uygulamak bakımından hakime takdir yetkisi tanınmış olacağı için, teorik olarak bu istisna hükmünün uygulama alanının daraltılmış olacağı düşünülebilir. Ancak uygulamada hakim hakkaniyetin gerektirdiği her şartta bu istisna hükmünü uygulayacağı için, böyle bir ifade değişikliği pratikte hükmün uygulama alanını daraltmayacaktır.

IV. Sonuç

5718 sayılı MÖHUK m.32 ile Türk Devletler Özel Hukuku mevzuatı bakımından, sözleşmelerin kuruluşu ve maddî geçerliliğine uygulanacak hukukun tespiti konusunda ilk defa bağımsız bir düzenleme getirilmiştir.

Bu düzenleme kaleme alınırken, daha önce doktrinde genel kabul gören “sözleşmenin birliği” ilkesinin benimsenmesi ile, sözleşmenin parçalanarak, birden fazla ülke hukukunun birbiri ile uyuşmayan hükümlerinin olaya uygulanmasının doğurabileceği sıkıntılar büyük ölçüde engellenmiştir.

Aynı düzenlemenin 2. fıkrasında ise, genel kurala bir istisna hükmü getirilerek, sözleşmenin kurulması konusunda rızası olmayan tarafın korunması amaçlanmıştır. Ancak bu koruma sağlanırken, söz konusu hükmün bir istisna hükmü olduğu unutulmamalı ve sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk hakkında bilgisi bulunmayan tarafın aynı zamanda sözleşmenin zayıf tarafı olması gerektiği yönünde daraltıcı bir yorum yapılmalıdır. Bu şekildeki bir yorum, söz konusu hükümde yer alan “hakkaniyet” kriteri ile hedeflenen amacın gerçekleşmesine de katkıda bulunacaktır.