

YENİ ALMAN VE İSVİÇRE
MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KANUNLARINDA
AKDİ BORÇ STATÜSÜ VE TÜRK KANUNU

*Prof. Dr. Gülören TEKİNALP**

I. Akdî Borç Statüsünün Belirlenmesinde Temel İlkeler: 1. Hukuk Seçimi, 2. Objektif Bağlama Kuralı, a) En Sıkı İlişkili Hukuk ve Karakteristik Edim Kavramının Rolü, b) Karakteristik Edim Karineleri, c) Karakteristik Edim Kriterinin Uygulama Şartı ve Uygulanmadığı Haller için Çözüm, 3. Bazı Akit Tipleri için Özel Kurallar, a) Tüketici Akitleri, b) İş Akitleri, c) Gayrimenkullerle ilgili Akitler, d) Eşya Taşıma Akitleri, e) Gayri Maddi Mallarla İlgili Akitler, 4. Akdî Borç Statüsü Hakkında Genel İstisna Kuralı, II. Alman ve İsviçre Düzenlemelerinin Farklı Yanları: 1. Müdahaleci Kurallar, 2. Özel Akit Tipleri. III. MÖHUK'taki Kural ve Değerlendirilmesi: 1. Hukuk Seçimi, 2. Objektif Kural, 3. Genel İstisna Kuralı Yokluğu ve Sorunun Çözümüne İlişkin Düşünceler.

I. TEMEL İLKELER

1. Hukuk Seçimi

Yabancı unsur¹ ihtiva eden akdî borç ilişkileri bugün tereddütsüz bir biçimde birinci derecede taraflarca seçilen hukuka tâbi kılınmaktadır. Denilebilir ki, taraflar hukuk seçimi yapmışlarsa, seçilen hukuk prensip olarak hiçbir şarta bağlanmaksızın akdî borç ilişkisine uygula-

(*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1) Bu konuda Yeni Alman MÖHK. 27 III'e ilişkin farklı fikirleri topluca bulmak için bkz. JUNKER Abbo, Die Zwingenden Bestimmungen im neuen internationalen Arbeitsrecht IPRax 9 (1989), 70 ve dn. 12 - 19'da anılan yazarlar. Bunlar arasında özellikle bkz. LORENZ Egon, Die Rechtswahlfreiheit im internationalen Schuldvertragsrecht, RIW 33 (1987) 5690; PALANDT/

nacaktır. (Türk MÖHUK^{1a} 24 I, Alman MÖHK² m. 27, İsviçre MÖHK³ m. 116.)

Seçilen hukukun belirlenmesi İsviçre ve Alman Kanunlarında açık ve zimni olabilirken, Türk MÖHUK m. 24'de sadece açık seçime yer verilmiştir.

2. Objektif Bağlama Kuralı

a) *En Sıkı İlişkili Hukuk ve Karakteristik Edim Kavramının Rolü*

Eğer akdî borç ilişkisinin tarafları uygulanacak hukuku kararlaştırmamışsa MÖH Kanunlarında uygulanacak hukuk mümkün olduğu kadar objektif olarak belirlenmeye çalışılmaktadır.

İsviçre doktrin ve tatbikatında uzun yıllardan beri uygulanmakta olan karakteristik edim⁴ ve uygulanacak hukukun buna göre belirlenmesi bugün gene hem yeni kanunlarda (MÖHUK m. 24 II, İsviçre MÖHK m. 117, Alman MÖHK m. 28 II) hem de milletlerarası sözleşmelerde (Akdî Borç İlişkileri Hakkında AET Sözleşmesi⁵ m. 4 II) varlığını devam ettirmektedir.

HELDRICH BGB 46. Aufl. 1988, Art. 27 Anm 3b. EGBGB.; MINCKE Wolfgang, Die Parteiautonomie: Rechtswahl oder Ortswahl, IPRax 6 (1985) 313 vd; REITMANN/MARTINY, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl. 1988, 709 - 710 Rz. 716 (Junker 70'den naklen); SANDROCK Otto, Die Bedeutung zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenspraxis, RIW, 32 (1986) 841, 846.

Türk MÖHUK için farklı fikir konusunda bkz. TEKİNALP Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, İstanbul 1986, 274 vd.; ULUOCAK Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, 193; aksi fikirde NOMER Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1988, 314.

- 1a) 2.5.1982 tarihli 2675 SK (RG. 22.5.1982 - 17701).
- 2) 25.7.1986 tarihli 'Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts' (BGBl. I, 1142). Metinde Alman MÖHK. diye anılacaktır.
- 3) 38.12.1987 tarihli 'Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht' Kanununun üç resmi dilde birden yayınlanması gerekirken, sadece Almanca ve Fransızcasının yayınlanması (12.1.1988, B. Bl. I 5), İtalyanca metninin ise 3.2.1988'de yayınlanması yürürlük tarihini geciktirmiştir. Kanun metinde İsviçre MÖHK. diye anılacaktır.
- 4) SCHNITZER, Handbuch des Internationalen Privatrechts Bd. II 3. Aufl. Basel 1950, 642 vd.; VISCHER, Internationales Vertragsrecht, Bern, 1962, 108 vd.; Botschaft zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, 1982, 148.

Ancak akit statüsünün karakteristik edime bağlı olarak belirlenmesinde bazı farklar göze çarpmaktadır. Zaten her iki Kanunda da karakteristik edim MÖHUK'da olduğu gibi doğrudan doğruya genel objektif bağlama kuralı olarak ifade edilmemektedir. Anılan Kanunlarda objektif bağlamanın genel temelini «en sıkı ilişkili hukuk» oluşturmaktadır. En sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde kabul edilen hukukî karine ise «karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya ikâmetgâhı devletin hukuku olarak kabul edilmektedir (Alman MÖHK m. 28 (1), (2), İsviçre MÖHK m. 117, 1, 2).

Buu durumda karakteristik edime bağlı karine ile belirlenecek hukuk, sözkonusu somut hukukî olayda en sıkı ilişkili hukuku oluşturuyorsa uygulanmayacak, o olay için sıkı ilişki noktası karakteristik edim dışında araştırılacaktır. Karakteristik edimin bu şekilde değerlendirilmesi, onu genel objektif kurala göre uygulanacak hukukun bulunmasında en önemli kriteri oluşturan bir karine teşkil etmekten ileriye götürmemektedir.

b) Karakteristik Edim Karineleri

Ayrıca karakteristik edimin ne olduğu konusunda da bazı kanunî karinelere kanunlarda yer verilmiştir.

İsviçre MÖH Kanunu'na göre: Satım akdinde satıcının, kullandırma akidlerinde kullandıranın, vekâlet, çalışma ve benzeri hizmet yapma akidlerinde hizmet verenin, vedia vedia verenin, garanti ve kefalet akidlerinde garanti verenin veya kefilin edimi karakteristik edimdir (m. 117).

Alman MÖH Kanunu'nda ise karakteristik edimin ne olduğu konusunda akit tiplerine göre bazı karineler koymak yoluna gidilmemiştir. Sadece en sıkı ilişkinin tesbitinde *karakteristik edim borçlusunun* akdin inikadı anındaki bulunma yeri daha etraflı bir şekilde belirlenmiştir. Şöyle ki, karakteristik edim borçlusu gerçek kişi ise akdin inikadı anındaki mutad meskeni, tüzel kişi ise esas idare merkezinin bulunduğu yer devletin hukuku, eğer akit meslekî veya sınaî bir faaliyet sonucu yapılıyorsa karakteristik edim borçlusunun esas iş ikametgâhının bulunduğu devlet veya akde göre edim esas iş ikâmetgâhından baş-

5) Sözleşme metni için bakınız: AT Resmi Gazetesi S. 266/1 (9.10.1980); Sözleşmenin Almanca metni için RabelsZ. 46 (1987) 196 vd.

ka bir ikametgâhta (şube gibi) ifa edilecekse, o yer hukuku sıkı ilişkili hukuktur (m. 28 (2)).

Ancak karakteristik edim belirlenemezse yukarıda hüküm uygulanmaz.

c) Karakteristik Edim Kriterinin Uygulanma Şartı ve Uygulanmadığı Haller İçin Çözüm

Karakteristik edim kriterinin somut hukukî olayda bağlama kuralını belirlemedeki etkisi 1) en sıkı ilişkili hukuku teşkil etmesine, 2) belirlenebilmesine bağlıdır. Eğer somut hukukî olayda karakteristik edime bağlı olmak belirlenen hukuk sıkı ilişkiyi temsil etmiyorsa veya bizzatihi karakteristik edim belirlenemiyorsa artık bu genel karineye tabi bağlama uygulanmaz, gerçekten o olay için sıkı ilişkili hukuk araştırılır (İsviçre MÖHK m. 15 I, Alman MÖHHK m. 28 (2) son cümle)..

3. Bazı Akit Tipleri İçin Özel Kurallar

Alman ve İsviçre MÖH Kanunlarında MÖHUK'dan farklı olarak bazı akitler için özel kurallar düzenlenmiştir.

a) Tüketici Akitleri

Alman hukukunda tüketicinin meslekî veya sınaî faaliyeti sonucu olmayan menkul eşya satımları veya hizmet edimlerinde tarafların hukuk seçimi tüketiciyi, kendi mutad meskeninin bulunduğu devletin, onu koruyan emredici hükümlerinden mahrum edemez (m. 29 (1)).

Zaten hukuk seçimi yapılmamışsa akit objektif olarak tüketicinin mutad meskeni hukukuna tabi tutulur (m. 29 (2)).

Ancak yukarıda anılan Alman MÖHK. m. 29'un uygulanması için ya akdin inikadından önce tüketicinin ülkesinde açık icap veya reklam yapılmış olmalı ve alıcı da akdin inikadı için bu ülkede girişimde bulunmuş olmalıdır; ya tüketicinin talebi satıcı veya temsilcisine alıcının (kendi) mutad meskeni ülkesinde yapılmış olmalıdır, veya tüketici başka bir ülkeye giderek akdi yapmış olsa bile, bu seyahat satıcı ile akdi yapmak için gerçekleşmiş bulunmalıdır (m. 29 (1) 1, 2, 3.). Objektif bağlama kuralı için benzer hüküm İsviçre MÖHK. m. 120'de de düzenlenmiştir. Ancak orada hukuk seçimi imkânı tamamen önlenmiştir (m. 120 II 7).

b) İş Akitleri

İş Akitlerinde Alman MÖHK.'da hukuk seçimine imkân verilmek-

te⁶ fakat objektif olarak yetkili hukukun işçiyi *koruyan* emredici hükümlerinin geçerliliği bu hukuk seçiminden etkilenmemektedir (m. 30 (1)).

Objektif olarak iki bağlama kuralı ve bir istisna hükmü getirilmiştir. Birincisi işçinin *mutad işyeri* hukukudur. İşçinin iş yerinin geçici olarak başka bir yerde olması kuralı değiştirmez. İkincisi işçi işini mutaden aynı yerde yapmıyorsa *işverenin ikametgâhı* hukukudur.

Yukarıdaki iki kural da eğer iş ilişkisi daha başka bir devlet ile *daha sıkı ilişki* halinde ise uygulanmaz, daha sıkı ilişkili yer hukuku tatbik edilir.

İsviçre MÖHK'nda ise tarafların hukuk seçimi imkânı Alman hukukundan daha farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Taraflar ya işçinin mutad meskeni veya işverenin iş veya medeni ikâmetgâhı yahut da mutad meskeni hukuklarından birini seçebilirler (m. 121). Eğer böyle seçim yapılmamışsa iş akdi, *işçinin mutad işyeri hukukuna*, işçi işini mutaden birden çok yerde yapıyorsa *işverenin iş ikâmetgâhı hukukuna*, bu yok ise medeni ikâmetgâhı veya mutad meskeni hukukuna kâbidir (m. 121 II).

c) Gayrimenkullerle İlgili Akitler

Gayrimenkullere ilişkin akitler konusunda İsviçre MÖH Kanunu'nda özel bir sıkı ilişki belirlenmesi yapılmıştır. Bu sebeple düzenleniş biçimi bir farklılık gösteriyorsa da zaten bütün özel kurallar genel olarak konulmuş «sıkı ilişkili hukuk» kriterinin özel bir ifade şeklinden ibaret olduğu için temel bir farklılık teşkil etmez. Kanundaki düzenleme MÖH'ta genel kabul gören *lex rei sitae* ilkesinin bir tekrarından ibarettir. Bununla beraber İsviçre MÖH Kanununda müstakil bir özel kural biçiminde yer alan ilkeye gayrimenkullere ilişkin akitlerde hüküm statüsünü belirlemede taraflara hukuk seçimi imkânı tanınarak oldukça büyük bir değişiklik getirilmiştir (m. 119 (2)). Ancak seçilen hukuk akdin şekline uygulanmaz (m. 119 (3)).

d) Eşya Taşıma Akitleri

Eşya Taşıma Akitleri sadece Alman MÖHK'nda m. 28 (4)'de sıkı ilişkili hukuk konusundaki yasal karinenin özellikle belirlenmesi biçimi-

6) Alman MÖHK. m. 30 I'deki hukuk seçiminin kanunlar ihtilâfında olduğundan farklı anlaşılıp anlaşılmadığı konusunda bkz. LORENZ Egon (dn. 1) 574 vd; JUNKER Abbo, (dn. 1) 69 vd; REITMANN/MARTINY (dn. 1) 709 Rz. 716 (Junker, 70'den naklen); GAMILLSCHEG Franz, Zf. A. 14 (1983) 307, 35 (Junker 71'den naklen); HOCHLOCH, Gerhard, Arbeitsverhältnisse mit Auslandsbezug und Vergütungspflicht, RiW, 1987, 353 vd.; PALANDT/HELDRIK, BGB., 47. Aufl. 1988, Art. 30, Anm. 36. EGBGB.

minde düzenlenmiştir. Buna göre sıkı ilişkili hukuk eşya taşıma akitlerinde «*taşıyanın akitin inikadı anındaki esas ikametgâhı hukuku*»dur. Ancak bu bağlama sebebi tek başına bir şek ifade etmez, bu yer aynı zamanda ya yükleme yeri veya boşaltma yeri veya gönderenin esas iş ikametgâhı olmalıdır.

Yukarıdaki hükmün uygulanmasında tek bir seyahat için yapılan charter akitleri ile eşya taşımaya hizmet eden diğer akitler, eşya taşıma akdi olarak kabul edilirler (m. 28 (4)).

e) Gayri Maddî Mallara İlişkin Akitler

Sadece İsviçre MÖHK.'nda gayrimaddî mallara ilişkin akitlere ait özel bir kural vardır. Madde 122'ye göre, hukuk seçimi mümkün olan bu akit için objektif bağlama kuralı gayrimaddî aynî hakkı devreden veya kullanılmasına imkân yaratanın *mutad meskeni* hukukudur.

İşçi ve işveren arasındaki, işçinin edimini yerine getirmesi ile meydana gelen gayri maddî haklara ilişkin, akitlere iş akdi statüsü hakimdir (m. 122 (3)).

4. Akdi Borç Statüsü Hakkında Genel İstisna Kuralı

Bugün MÖH'ta belirlenen veya teklif edilen bütün bağlama kuraları, kanun koyucunun, bu konuda tasarı hazırlayan veya teklifte bulunanların o ilişki için genel olarak «en sıkı ilişkiyi» sağladığını kabul ettikleri kurallardır. Böyle kurallar konulduktan sonra artık bir istisna kuralına gerek kalmadığını düşünmek gene de doğru değildir. Bu durum, akdî borç ilişkileri için tek bir genel kural konulması halinde zaten kolaylıkla anlaşılabilir. Çünkü tek bir kuralın tüm akdî borç çeşitleri için aynı derecede sıkı ilişkiyi temsil etmesi düşünülemez. Ancak özel akit tipleri hakkında özel bağlama kuralı konulan hallerde de *somut* olay açısından aynı sakınca bulunduğundan akdî borç statüsünü belirleyen genel kural yanında, ayrıca özel borç statülerini de kapsayan istisna kurallarına ihtiyaç vardır.

İsviçre MÖHK.'nda genel hükümler arasındaki 15. madde bu niteliktedir. Madde şöyledir: «Eğer, olayın bu Kanununun yollama yaptığı hukuk ile az ama başka bir hukuk ile çok daha sıkı bir ilişkisi olduğu genel şartlardan anlaşılırsa, istisnaen bu Kanununun yollama yaptığı hukuk uygulanmaz.» «Hukuk seçimi halinde bu hüküm (istisna) tatbik edilmez.»

Alman MÖHK.'nda ise akdî ilişkide objektif bağlama kuralını düzenleyen 28. maddenin son fıkrasında 2, 3 ve 4. fıkralardaki karinele-

rin, olayın genel şartlarından akdin başka bir devletle daha sıkı ilişkide bulunması halinde, geçerli olmayacağı, hükmü düzenlenmiştir. Ayrıca iş akdi için de m. 30'da benzer kural içeren özel bir hüküm konulmuştur.

II. FARKLI YANLAR

Yukarıda yeni MÖH.'ndaki bazı özel akit tipleri açıklanırken iki Kanundaki farklı yanlara ister istemez değinilmiştir. Mesela sadece Alman MÖHK'nda eşya taşıma sözleşmeleri açısından en sıkı ilişkili hukuk karinesine yer verilmiş, buna karşılık gayrimaddi mallara ilişkin özel bir bağlama kuralı ise sadece İsviçre MÖHK'nda hüküm altına alınmıştır.

Burada esas itibarı ile iki Kanunda tamamen farklı olan *müdahaleci kurallar* hakkındaki düzenleme biçimi sözkonusu edilecektir.

Bilindiği gibi müdahaleci kurallar adı ile de anılan türdeki emredici kurallar devlet politikasına, devletin ekonomik veya sağlık politikasına, kamu güvenliği ile ilgili politikası uyarınca çeşitli yasalarda öngördüğü hükümlere ilişkindir⁷. Bu hükümlerin bir bölümü akdî borçları da ilgilendirir

Alman MÖHK.'nun kanunlaşma sürecinde⁸ hazırlanan Tasarıda, anılan Eingriffsnormen, loi d'application immédiate gibi isimler de verilen bu müdahaleci kurallar hakkında 1980 tarihli Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkındaki AET Sözleşmesinin 7 I. maddesinin bu

7) Bkz. genel olarak Dieter SCHULTE, Die Anknüpfung von Eingriffsnormen insbesondere wirtschaftlicher Art, im internationalen Vertragsrecht; Wilhelm WENGLER, Die Anknüpfung des Zwingenden Schludrechts ZvglRW 54 (1941), 168 vd.; Monica ERNE, Vertragsgültigkeit und Drittstaatliche Eingriffsnormen, Zürich 1985.

RabelsZ. in 1988 1 - 2 sayısında çok sayıda Literatür atfı içeren aşağıda adı geçen makaleler genel bibliyografya için dikkatle alınmalıdır: Ulrich DROBNIG, Das Profil des Wirtschaftskollisionsrechts, RabelsZ. 52 (1988), 1 vd.; Jürgen BASEDOW, Wirtschaftskollisionsrechts, Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumsstaates, RabelsZ. 52 (1988) 8 vd.; Kurt SIEHR, Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht, RabelsZ. 52 (1988) 41 vd.;

8) Alman MÖH. Kanunu üzerinde çok tartışılmış olduğu gibi, sayıca en çok tasarı da Alman MÖH. Kanunu için yapılmıştır. Bkz. bu konuda diğerleri arasında Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983, RabelsZ. 47 (1983) 595 vd.; BASEDOW, Jürgen, Die neue Regelung des internationalen Privatrechts-und Prozessrechts, NJW 1986, 2671 vd.; TEKİNALP, MÖH, Bağlama Kuralları, 8 vd.;

konudaki hükmünün adapte edilip edilmemesine ilişkin tartışma⁹ olumsuz sonuçlanmıştır. Uygulamada hemen hemen her ülkede çeşitli¹⁰ biçimde etkisi görülen ve uygulanan müdahaleci nitelikteki emredici kuralların ilk defa bir sözleşme metninde genel olarak¹¹ düzenlenişi 1980 tarihli Akdî Borçlar hakkındaki AET Sözleşmesi ile olmuştur¹². Ancak, Alman MÖHK'na Sözleşmenin 7. maddesinin I. bendi yerine sadece lex fori'nin bu nitelikteki hükümlerine ilişkin tek yanlı bir kural ihtiva eden hükmünün konulması uygun görülmüştür (m. 34).

Esas itibariyle Alman MÖHK.'da akdî borçlara ilişkin kurallar AET Sözleşmesinin Kanuna alınması biçimde oluşturulduğu halde anılan müdahaleci kurallara ilişkin 7. maddenin tümüne Kanunda yer verilip verilmemesi tartışmaları Parlamento Komisyonunun¹³ görüşlerinin Hükümet ve Parlamento'ya hakim olması sonucu metinden çıkarılmış ve yukarıda anılan tek yanlı bir kural içeren 34. madde Kanuna konulmuştur. Maddeye göre: Akdî Borçlara ilişkin bağlama kuralları ve yasal karinelere göre belirlenen yabancı hukuk, Alman hukukunun uygulanacak hukuku nazara almaksızın emredici olarak düzenleme yaptığı konulardaki kuralları etkilemez.

Burada söz konusu olan Alman hukukundaki herhangi bir emredici kural değil, akde uygulanan hukuku nazara almadan konuyu düzenleyen emredici kurallardır. Benzer bir hüküm AET Sözleşmesi m. 7. II'de de bulunmaktadır. Yani m. 7. I'de üçüncü devletlerdeki, maddenin ikinci fıkrasında ise hakim hukukunda bulunan müdahaleci nitelikteki emredici kurallar sözkonusudur.

9) Bkz. MARTINY, Der Deutsche Vorbehalt gegen Art. 7, Abs. 1 des EG-Schuldvertrag sübereinkommens vom 19.6.1980 - seine Folgen für die Anwendung auslaendischen zwingenden Rechts IPRax 7 (1987) 277 vd.; Ayrıca bkz. Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts, Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für auslaendisches und internationales Privatrecht zum Regierungsentwurf von 1983.

10) Bkz. dn. 7.

11) Daha önce gerek IMF Sözleşmesinde (m. 8. II. b) gerek 1978 La Haye Temsil Sözleşmesinde (m. 16) sadece özel konular için düzenleme yapılmıştır. IMF Sözleşmesi (Milletlerarası Para Fonu) için bkz. 5016 S.K. için RG. 25 2 1947-6541. 6850 S.K. için RG. 10.9.1956-9403 ve 2146 S.K. için RG. 22.4. 1978-16267; 14.3.1978 tarihli La Haye Temsil Sözleşmesi için bkz. — Recueil des Conventions Collection of Convention 1951 - 1980, N. 2d ve RabelsZ. 43 (1979) 176 vd.;

12) Bkz. TEKİNALP, (dn. 1) 309 vd. ;)

13) Alman Parlamento Komisyonu Üçüncü Devletlerin müdahaleci nitelikteki emredici kurallarını nazara almanın hakimler için hem çok ağır olduğu hem de bilinmeyen kavramlar sebebi ile hukuki güvenliğe de aykırı düşeceği gerekçesini ileri sürmüştür. (Bkz. MARTINY (dn. 9), 277).

Alman hukukunda m. 34 ile *lex fori*'deki müdahaleci kurallarda zaten öteden beri kamu düzeni uygulaması ile elde edilen çözüm, kural- ların niteliklerini göz önüne alan bir hale getirilmiştir. Böylece kural- ların doğrudan uygulanma yahut ilgili olduğu konuda hukukî ilişkiyi yabancı unsur içermiyormuş gibi etkileme özelliğine uygun bir madde öngörülmüştür.

İsviçre MÖHK'unda ise AET Sözleşmesine benzer şekilde hem İsviçre hukuku (*lex fori* olarak), hem üçüncü devletlerin hukuku için müda- haleci kural (emredici kural) istisnası hakkında hükümler getirilmiş- tir (m. 18, 19). Tatbikattaki tereddütleri önleyebilmek ve uygulama- nın kapsamını belirleyebilmek için üçüncü bir devletin anılan nitelik- teki hükümlerinin nazara alınması bazı şartlara bağlanmıştır:

- a) İsviçre hukukuna göre taraflardan birinin korunmaya değer ve açıkça ağırlıklı menfaati bulunmalı ve
- b) Olay bu hukukla *sıkı ilişkili* olmalıdır (m. 19. I).

III. MÖHUK'TAKİ KURAL VE DEĞERLENDİRİLMESİ

MÖHUK'ta yabancı unsur içeren¹⁴ akdî borç ilişkisine uygulanmak üzere düzenlenmiş bulunan 24. madde *genel kural* niteliğindedir. Ka- nunda özel borç ilişkileri için özellikli kurallar öngörülmemiştir. Ayrıca genel kuralın somut olayda adil olmaması halinde uygulanacak bir is- tisna kuralına da Kanunda yer verilmemiştir.

1. Açık Hukuk Seçimi

MÖHUK. m. 24 I tarafların akdî ilişkilerine uygulanacak hukuku açıkça belirleyebileceklerini ifade etmektedir. Zımnî ve farazi hukuk seçimi MÖHUK'ta kabul edilmemiştir^{14a}. Farazi hukuk seçimi günümüz- de Türk hukukundaki gibi bütün yeni Kanunlarda ve Sözleşmelerde red- dedilirken, akdin şartlarından veya durumdan tereddüte düşmeyecek biçimde anlaşılan zımnî hukuk seçimi MÖHUK. m. 24 I'in aksine kal- bul edilmektedir. MÖHUK.'un kanunlaşma hazırlıkları sırasında zımnî seçimin reddedilmesi tereddüt doğurabilecek ihtimallerin önüne geç- mek amacına yöneliktir. Ayrıca milletlerarası nitelikli bir akitte hukuk seçimi konusunda menfaatini takdir edecek durumda bulunan tarafla- rın seçim konusundaki isteklerini açık iradeleri ile aksettirmelerinin doğal ve yerinde olacağı düşünülmüştür. Tarafların hukuk seçimini son- radan ve hatta mahkemeye başvurduklarında bile yapabilmeleri yahut

14) TEKİNALP (dn. 1), 274 vd.; ULUOCAK (dn. 1), 184 vd. 193.

14a) TEKİNALP (dn. 1), 273.; ULUOCAK (dn. 1), 194.

değiştirebilmeleri imkânı zımnî hukuk seçiminin pek de gerekli olmadığı görüşünün kabulü ile maddenin anılan şekilde düzenlenmesine gerekçe olmuştur.

Ancak MÖHUK'ta zımnî hukuk seçiminin kabul edilmemekle beraber tamamen bertaraf edildiği de söylenemez. Çünkü, taraflarca hukuk seçimi yapılıncaya seçilen hukukun maddî hükümlerinin uygulanmasının, bu konuda açıklık olmasa bile hukuk mantığı gereği¹⁵ olduğu ve milletlerarası uygulamada da bunun böyle anlaşıldığı kabul edilir. Buna karşılık aynı şey objektif akit statüsü için söylenemez. Çünkü, MÖHUK m. 2'ye göre Kanundaki kuralların yabancı hukuku yetkilendirmeleri halinde bu hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları dahil tüm hükümlerinin uygulanması söz konusudur. Bu itibarla herhangi bir istisna yapılmadığı için hukuk seçimi konusunda verilen hukuk mantığı gerekçesi objektif akit statüsü için verilemez. Eğer MÖHUK m. 24 II uyarınca belirlenen objektif akit statüsünde kanunlar ihtilâfı kuralları arasında akdî borçlar hakkında zımnî hukuk seçimine yer veriliyorsa, Türk hakimi dolaylı olarak zımnî hukuk seçimini gözönünde bulundurmamak zorunda kalacaktır¹⁶.

2. Objektif Akit Statüsü

MÖHUK'ta objektif akit statüsü *ifa yeri hukuku* olarak belirlenmiştir. Karşılıklı edimlerin sözkonusu olması halinde karakteristik edim anlamında *ağırlıklı edimin ifa yeri hukuku* uygulanır. Bilindiği gibi karakteristik edim o akdî ilişki türüne sosyal içeriğini veren ve rizikolu olan edimdir¹⁷.

MÖHUK. m. 24'e göre, eğer karakteristik edimin ifa yeri akdî ilişkide veya somut olayda belirlenemiyorsa, o zaman uygulanacak hukuk sözleşmenin *en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukukuna* göre ortaya konulur.

MÖHUK'ta karakteristik edime ağırlık tanıyan düzenlemede ifa yerine bağlı kalınması yani karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş ikâmetgâhı gibi değişken olmayan bir unsur yerine ifa

-
- 15) SCHÖENENBERGER/JÄGGI, Allg. Einl. 201; STAUDINGER/FIRSCHING, Komm. Bem. 350 vor Art. 12. EGBGB; VISCHER, Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, 80; TEKİNALP, (dn. 1), 275; ÇELİKEL, Milletlerarası Özel Hukuk, Genel Kurallar, 2. Baskı, İstanbul 1987, 123; NOMER, (dn. 1) 164;
- 16) Bkz. TEKİNALP, Akdî İlişkide Uygulanacak Hukuk (MÖHUK m. 24) ve Zımnî Hukuk Seçimi, MHB 5 (1985) 28 - 31; TEKİNALP, (dn. 1) 275; ULUOCAK (dn. 1) 195.
- 17) SCHNITZER Handbuch des Internationalen Privatrechts, 3. Aufl., Bd. II, Basel 1950, 645.

yeri gibi çok değişebilen bir unsurun uygulanacak hukuka ilişkin objektif kriter olarak alınması tenkitlere sebep olmaktadır¹⁸.

3. Genel İstisna Kuralı Yokluğu ve Sorunun Çözümüne İlişkin Düşünceler

MÖHUK. m. 24'te ağırlıklı edimin *ifa yerinin* belirlenememesi haline münhasır olarak, hakime, sözleşmeyi en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukukuna tâbi tutmak imkânı verilmiştir. Ancak bu imkân, somut olayda objektif bağlamanın doğurabileceği adaletsizliklere karşı genel bir istisna kuralı oluşturma anlamını taşımamakta, sadece *yardımcı bir kural* niteliğine sahip bulunmaktadır.

Bununla beraber, objektif bağlamada ağırlıklı edimin ifa yerinin belirlenememesi sebebiyle doğabilecek güçlükler çözüm aranırken, milletlerarası özel hukukta bağlama kuralları oluşturulurken araştırılıp üzerinde durulması gereken en temel elemanın yani *en yakın irtibatlı yer hukukunun araştırılmasının* ve ihtilâfın bu hukuka göre çözümlenmesinin hüküm altına alınması doğru ve yerinde olmuştur.

Somut olayda objektif kriterin yani ağırlıklı edimin *ifa yerinin anlamsız* kaldığı hallerde de bu tür araştırmanın yapılması hukuk mantığı gereğidir. Eğer, karakteristik edimin ifa yeri, hukukî ilişkide ağırlık noktasını oluşturmuyorsa ve bu ifa yeri, meselâ edimin ifa edilmemesi gibi bir sebeple anlamını kaybetmişse, bu durum ifa yerinin belirlenememesine eşittir. Somut akdî ilişkide, objektif olarak önceden ağırlıklı olduğu düşünülen edimin ifa yeri hukukunun anlamsız ve sonuçta adil olmayan bir bağlama kuralı haline gelmesi de o hukukî ilişki ile sıkı irtibatlı hukukun araştırılmasını kaçınılmaz hale getirir.

Şimdi mesele, objektif bağlama kurallarının temelinde yatan, en yakın irtibatlı yer hukukunun gerekli istisnai durumlarda araştırılması, önceden belirlenmiş objektif kurallardaki katılığın giderilmesinde ve somut olay adaletinin sağlanmasında oynadığı önemli rol ve bunun hukuk mantığına uygunluğu hesaba katılarak MÖHUK. m. 24 II'nin tamamlanmasıdır. MÖHUK'un yapısı böyle bir araştırılmanın yapılmasına engel değildir, tersine elverişlidir. Çünkü, bir defa MÖHUK'taki tüm objektif bağlama kuralları o hukukî ilişkiler için kanun koyucunun en sıkı ilişkili hukuku arama ve kuralı bu esasa göre oluşturma çabalarının mahsulüdür. Aynı amaca yönelik hukuk seçimine imkân

18) Bkz. TEKİNALP, (dn. 1), 274.

verilmesi¹⁹ (m. 13, 24), özellikle basamaklı kurallara²⁰, birden çok hukukun uygulanmasına imkân veren kurallara (m. 6) ve ayrıca az olsa bile istisna kuralına²¹ yer verilmesi (m. 25. III) bu fikrin kuvvet kazanmasına yardımcı nitelikteki gerekçelerdir. Buna dayanılarak MÖHUK. m. 24. II'yi *tamamlamak* amacı ile somut olaydaki maddî vakıalar karşısında *sıkı irtibatlı hukuk* araştırılması sadece ifa yerinin bulunmaması haline münhasır tutulmamalıdır. Aksi halde madde sadece lafzen yorumlanmış olur. Oysa hem maddenin hem MÖHUK'un ruhunun yorumunda hesaba katılması şarttır. Zaten çok doğal olarak bazı hukukî işlemlerde meselâ bizatihi *karakteristik edimin veya ağırlıklı edimin* belirlenemediği *trampa* gibi bir akdî ilişkide uygulanacak hukukun sıkı irtibatlı hukuka göre ortaya çıkarılması zorunludur²². Kanunda *karakteristik edimin belirlenememesi* problemi konusunda bir açıklık olmadığı halde yukarıda verilen çözüm Devletler Özel Hukuku mantığına ve adalete uygundur. İşte bu yönde gelişecek doktrin ve tatbikat faaliyeti MÖHUK. m. 24'ü eksiksiz hale getirebilir.

19) TEKİNALP, (dn. 1), 12, 29, 27 vd; NOMER (dn. 1), 275;

20) TEKİNALP, (dn. 1), 22, 148, 160, 170; ULUOCAK, (dn. 1), 66, 88 vd; ÇELİKEL, (dn. 15), 71 vd;

21) TEKİNALP, (dn. 1) 13, 22, 317 vd;

22) Bkz. aynı fikir için NOMER, (dn. 1) 317.