

SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUKUN MÖHUK m. 24
ÇERÇEVESİNDE TESPİTİ VE ÜÇÜNCÜ DEVLETİN DOĞRUDAN
UYGULANAN KURALLARI

Doç.Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL*

Giriş

27 Kasım 2007 tarihinde kabul edilen 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)¹, içerik olarak en köklü değişikliği, yürürlükten kaldırdığı, 2675 Sayılı aynı adı taşıyan Kanun'un sözleşmesel borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerinde gerçekleştirmiştir.

Tesadüfen her iki Kanunda da madde numarası 24 olan, sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku tespit eden düzenlemede, bir yandan 2675 Sayılı Kanuna nazaran taraflara hukuk seçimi konusundaki iradelerini ifade etme konusunda daha fazla serbesti tanınmış ve hukuk seçimi konusu daha ayrıntılı düzenlenmiş; diğer yandan hukuk seçimi yapılmaması halinde sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan objektif kriterler değiştirilmiştir. Bu köklü değişiklik, 2675 Sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde doktrinde bu madde ile ilgili olarak yapılan eleştirilerin ve Avrupa Birliği (AB)'nin konuya ilişkin düzenlemelerine uyum sağlanması gereğinin bir sonucu olarak gerçekleşmiştir.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı

¹ RG 04.12.2007- 26728.

Bu ikinci gerekçeye uygun olarak, Kanun'un genelinde olduğu gibi sözleşmesel borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerinin hazırlanmasında da büyük ölçüde Avrupa Birliği mevzuatından ve komumuzla ilgili olarak Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu (Roma Konvansiyonu)² hükümlerinden esinlenilmiş, hatta bazı hükümleri aynen alınmıştır.

Ancak 5718 Sayılı Kanun'un hazırlık çalışmaları esnasında, Avrupa Birliği'nde de, Roma Konvansiyonu'nun Tüzük haline dönüştürülmesine yönelik çalışmalar yoğunlaşmış ve bu çerçevede 5718 Sayılı Kanun'un esin kaynağı olan Roma Konvansiyonu'nu içerik olarak da önemli değişikliklere uğratan Roma I Tüzüğü³, Kanun'un yürürlüğe girmesinden kısa bir süre sonra kabul edilerek AB müktesebatının bir parçası haline gelmiştir.

Bu çalışmamızda, 5718 Sayılı MÖHUK m. 24 hükmünde yer alan düzenlemeler, Roma Konvansiyonu ve bu Konvansiyon'un uygulanması sürecinde yaşanan aksaklıklar gözetilerek hazırlanan Roma I Tüzüğü hükümleri çerçevesinde incelenerek, maddenin uygulanması aşamasında yaşanabilecek bazı sorunlara ışık tutulmaya çalışılacaktır.

I. Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Taraflarca Seçilmesi

Gerek 2675 Sayılı Kanun, gerekse 5718 Sayılı Kanun, taraflara, aralarındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuku seçme konusunda serbesti tanımıştır. 2675 Sayılı Kanun, bu seçimin mutlaka "açık" irade beyanları ile yapılmasını ararken yeni MÖHUK, tarafların "üstü kapalı- zımnî" irade beyanlarına da etki tanımaktadır. Diğer yandan Yeni MÖHUK, hukuk seçimi konusunda Eski Kanuna nazaran daha ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.

Aşağıda önce açık hukuk seçimi ve 5718 Sayılı Kanun'da hukuk seçimi konusunda getirilen ayrıntılı hükümler incelenecek, daha sonra üstü

² *Convention 80/934/CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles.* Konvansiyon, 19 Haziran 1980 tarihinde Roma'da üye devletlerin imzasına açılmış ve 1 Nisan 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir (*Journal Officiel* L 266, 9.10.1980).

³ *Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)* (*Journal Officiel* L 177, 4.7.2008).

kapalı hukuk seçimi ele alınacaktır.

A. Açık Hukuk Seçimi

1-Genel Olarak

MÖHUK m.24/f.1, c.1 uyarınca, sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir.

Hukuk seçiminin açık olması, tarafların bu konuya ilişkin iradelerini, herhangi bir yoruma ihtiyaç duymayacak netlikte ve anlaşılır bir şekilde beyan etmiş olmalarını ifade eder⁴.

Açık hukuk seçimi, genellikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri arasına konulan ve o sözleşmenin tâbi olduğu hukuku belirleyen bir hüküm ile yapılır. Diğer yandan, sözleşmede kendisine referans yapılan genel şartlar arasında yer alan hukuk seçimi de açık bir hukuk seçimidir⁵.

Hukuk seçimi, çok dikkatli ve titiz bir araştırma sonucunda yapılması gereken bir işlemdir⁶. Zira gerek sözleşmenin, gerekse sözleşmede yer alan hükümlerin geçerli olup olmadığının taraflarca seçilen hukuka göre belirlenmesi gerekecektir (MÖHUK m. 32/ f.1). Bu nedenle, seçilen hukuk, sözleşmeyi geçersiz hale getirirse dahi yapılan hukuk seçimine uyulması⁷ ve geçersizliğin

⁴ NOMER ERGİN, *Devletler Hususî Hukuku*, Yenilenmiş 18.Bası: NOMER-ŞANLI, İstanbul 2010, s. 310.

⁵ KESSEDJIAN CATHERINE, *Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal*, in *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Edited by J.BASEDOW/H.BAUM/Y.NISHITANI, 2008 Tübingen (s. 105-125), s. 109; DEMİR GÖKYAYLA CEMİLE, *Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)*, Ankara, 2005, s. 341.

⁶ Uluslararası ticarete ilişkin sözleşmelerde hukuk seçiminin önemi ve hukuk seçiminde dikkat edilmesi gereken hususlar hakkında bkz. ŞANLI CEMAL, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 3.Bası, İstanbul, s. 41 vd.; BALKAR SÜHEYLÂ, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları*,Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002, s. 88- 89.

⁷ KESSEDJIAN, (dn. 5), 109, dipnot 15; NOMER-ŞANLI, (dn.4), 309; DEMİR GÖKYAYLA, (dn. 5), 290; TARMAN ZEYNEP DERYA, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi*, BATİDER,

türünün tespiti ve buna bağlı olarak tarafların birbirlerine karşı ileri sürebileceği talepler açısından bu hukukun esas alınması gerekecektir.

Taraflarca seçilen hukukun, sözleşme ile objektif bağlantılara sahip bir ülkenin hukuku olması zorunlu mudur; yoksa taraflar sözleşme ile hiçbir bağlantısı olmayan bir ülke hukukunu da seçebilirler mi? MÖHUK m. 24'de bu konuda herhangi bir sınırlama yer almamaktadır. Doktrinde de, uygulanacak hukuku seçme konusunda taraflara tam bir serbesti tanınması gerektiği, tarafların menfaatleri doğrultusunda diledikleri hukuku seçebilecekleri kabul edilmektedir⁸.

Taraflarca seçilen hukuk, aksi kararlaştırılmadıkça sadece maddi hükümleri ile uygulanır, kanunlar ihtilafı kuralları dikkate alınmaz (MÖHUK m. 2/ f.4). Gerçekten de, taraflarca seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının da uygulanacağını kabul etmek (yani atıf teorisini dikkate almak), bu kurallar, tarafların seçtikleri hukuk dışında ve belki de hiç öngörmedikleri bir hukukun uygulanmasına yol açabileceğinden⁹, taraflara hukuk seçme serbestisi verilmesinin anlamını ve amacını ortadan kaldırabilirdi.

2-Hukuk Seçiminin Sonradan Yapılması veya Seçilen Hukukun Değiştirilmesi

2010, C.XXVI, S.1, (s. 143-168), s. 153.

- ⁸ ÇELİKEL AYSEL- ERDEM B.BAHADIR, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 10.Bası, İstanbul, 2010, s. 336; SAKMAR ATÂ, *Le nouveau droit international privé turc*, Recueil des cours, tome 223, 1990-IV, s. 358- 359; TEKİNALP GÜLÖREN, *Milletlerarası Özel Hukuk- Bağlama Kuralları*, 2007 Tarihli MÖHUK Uyarınca Güncelleştirilmiş 10.Bası, İstanbul, 2009, ("Bağlama Kuralları"), s. 336- 337; NÖMER-ŞANLI, (dn. 4), 307; *Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu*, 22-24 Kasım 1976, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Enstitüsü, İstanbul 1978, ("Sempozyum") s. 167-172; DEMİR GÖKYAYLA, (dn. 5), s. 295; TARMAN, (dn. 7), 152.Roma Konvansiyonu açısından aynı yönde değerlendirme için bkz. LAGARDE PAUL, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, Rev.Cr. DIP, 1991/2, (s. 287-340), (*Convention de Rome*"), s. 301.
- ⁹ TEKİNALP, "Bağlama Kuralları", (dn. 8), 339; ŞANLI, (dn. 6), 47; TİRYAKİOĞLU BİLGİN, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996, s. 86; ÖZTÜRK PINAR, *Ortak Girişim (Joint-Venture) ve Uygulanacak Hukuk*, İstanbul 2001, s. 162. 2675 Sayılı Kanun'da her ne kadar mevcut MÖHUK m. 2/f.4 benzeri bir hüküm olmasa da, m. 24'de kullanılan "tarafların açık olarak seçtikleri kanun" ifadesinden hareketle, atıf teorisinin dikkate alınmayacağı, seçilen hukukun maddi hükümlerinin uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmişti (ÇELİKEL-ERDEM, (dn. 8), 330).

Genellikle hukuk seçimi sözleşme ile birlikte, onun bir hükmü olarak yapılırsa da, daha sonra ayrı bir sözleşme ile de hukuk seçiminin yapılması veya daha önce seçilmiş olan hukukun değiştirilmesi mümkündür (MÖHUK m. 24/ f.3).

Doktrinde, hukuk seçiminin yargılama aşamasında dahi yapılmasına imkân tanınması gerektiği¹⁰; özellikle böyle bir durumda seçimin genellikle *lex fori* lehine yapılacağı, dolayısıyla hâkimin kendi hukukunu uygulama kolaylığı sağlayacağı gerekçesiyle ileri sürülmektedir¹¹. Buna bağlı olarak, tarafların, davanın açıldığı mahkemenin kendi hukukunu uygulayacağını kararlaştırmaları, yani şartlı hukuk seçimi ("*floating choice of law*") yapabilecekleri de kabul edilmektedir¹².

Hukuk seçiminin sonradan yapılması veya daha önce seçilen hukukun sonradan değiştirilmesi halinde, sonradan değiştirilen veya seçilen hukuk sözleşmenin kuruluş anından itibaren etkili olacaktır (MÖHUK m. 24/ f.3, 2.cümle).

Ancak, sonradan yapılan hukuk seçiminin geçmişe etkili olması, sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğinin de yeni hukuka tâbi olmasına yol açmaz. Bu konularda sözleşmenin kurulduğu an itibariyle sözleşmeye uygulanması gereken hukuk esas alınır; sadece sözleşmenin hükümleri yeni seçilen hukuka tâbi olur¹³. Sözleşmenin şekil bakımından geçerliliği konusunda alternatif olarak uygulanması gereken hukuk sistemlerinden birisi sözleşmenin esasına uygulanacak hukuktur (MÖHUK m. 7). Dolayısıyla, örneğin, yapıldığı sıradaki sözleşmeye uygulanması gereken hukuka göre şekil bakımından geçerli olan bir sözleşme, sonradan yapılan hukuk seçimi ile yetkili kılınan hukukun şekil koşullarına uymasa dahi geçerli kalmaya devam eder¹⁴. Aksi durumda, yani, sözleşmenin kurulduğu tarih itibariyle esasa uygulanan hukuka göre şekil

¹⁰ ÇELİKEL-ERDEM, (dn. 8), 320; TEKİNALP, "*Bağlama Kuralları*", (dn. 8), 339, 340; NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 312; LAGARDE, "*Convention de Rome*", (dn. 8), 305.

¹¹ TEKİNALP, "*Bağlama Kuralları*", (dn. 8), 339.

¹² TEKİNALP, "*Bağlama Kuralları*", (dn. 8), 339; NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 313; ÖZTÜRK, (dn. 9), 145; TARMAN, (dn.7), 153.

¹³ TEKİNALP, "*Bağlama Kuralları*", (dn. 8), 340; NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 313; LAGARDE, "*Convention de Rome*", (dn.8), 304.

¹⁴ Roma Konvansiyonu m. 3/f.2 hakkında yapılan benzer yönde açıklamalar için bkz. LAGARDE, "*Convention de Rome*", (dn. 8), 304.

bakımından geçersiz olan bir sözleşme (örneğin bu hukuka göre mutlaka resmi şekilde yapılması gerekirken adi yazılı şekilde yapılmış ise), sonradan yapılan hukuk seçimi ile yetkili kılınan hukukun şekil koşullarını (adi yazılı şekil) taşıyor ise, sözleşmenin kurulduğu an itibariyle şekil konusunda uygulanması gereken hukukun şekil eksikliğine bağladığı sonuçların esas alınması gerekir. Bu hukuka göre, şekil eksikliğine rağmen sözleşme geçerli ise veya bu eksiklik, sonradan sözleşmenin şekil kurallarına uygun olarak yeniden yapılması ile düzeltilebiliyorsa sözleşmenin geçerli olduğu sonucuna ulaşmak gerekecektir.

Hukuk seçiminin sonradan yapılması veya başta seçilen hukukun sonradan değiştirilmesi halinde, üçüncü kişiler açısından doğmuş olan hakların korunacağı maddede açıkça belirtilmiştir (m. 24/ f.3, c.2). Buna göre, örneğin, sözleşmeye uygulanacak hukukun değişmesi ile taraflardan birinin borcu daha ağırlaşsa da, onun lehine kefil olan üçüncü kişinin yükümlülüğü bu değişiklikten etkilenmeyecektir¹⁵. Benzer şekilde, sözleşme taraflarından birinin diğerinde olan alacağına haciz koyduran üçüncü kişi (alacaklının alacaklısı), uygulanacak hukuk değişikliği ile bu alacak sona erse veya azalsa dahi söz konusu hacizden yararlanmaya devam edecektir¹⁶.

3-Sadece Yabancı Bir Hukukun Seçilmesi MÖHUK m. 24'ün Uygulanması İçin Yeterli Midir?

Sözleşmede objektif olarak hiçbir yabancılık unsuru bulunmamasına, sözleşmenin tüm unsurları Türkiye ile bağlantılı olmasına rağmen, taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı bir ülke hukukunun seçilmesine nasıl bir etki tanınması gerekecektir? Acaba tarafların bu yöndeki iradesi MÖHUK m. 24 anlamında bir hukuk seçimi midir; yoksa taraflarca kararlaştırılan hukukun ilgili hükümlerinin *sözleşme metni haline getirilmesi (incorporation)* midir?¹⁷ Bu soruyu cevaplan-

¹⁵ LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 304.

¹⁶ LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 305.

¹⁷ *Incorporation* kavramı ve *incorporation* ile hukuk seçimi arasındaki farklılıklar için bkz. EKŞİ NURAY, *Kanunlar İhtilâfi Alanında “Incorporation”*, MHB (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni), Yıl 19-20, S. 1-2, 1999-2000, Prof.Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, s. 263 vd., özellikle s. 266-268. Doktrinde GÖKYAYLA, “sözleşme metnine dahil etme” için “maddi hukuk anlamında bağlanma”, “hukuk seçimi” için de “kanunlar ihtilâfi anlamında bağlanma” kavramlarını kullanmayı tercih etmektedir. Bu kavramların anlamı ve

dırabilmek için olası bu iki cevap arasındaki farka değinmek uygun olacaktır. Şöyle ki, tarafların bu iradeleri MÖHUK m. 24 anlamında bir hukuk seçimi olarak kabul edilirse, seçilen hukuk, emredici hükümleri de dâhil olmak üzere taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak, böylece Türk Hukukunun konuya ilişkin emredici hükümleri bertaraf edilmiş olacaktır. Eğer bunun bir hukuk seçimi olmadığı, sadece taraflarca kararlaştırılan hukuk sisteminde yer alan hükümlerin sözleşme hükmü haline getirildiği (*incorpore* edildiği) kabul edilirse, sözleşme Türk Hukukuna tâbi olacak, dolayısıyla, taraflarca sözleşme metnine dâhil edilen yabancı hukuk sisteminde yer alan kurallar, Türk Hukukunun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla uygulanma imkânına kavuşacaktır.

Doktrinde, yukarıda açıkladığımız ilk görüş çerçevesinde, tarafların yabancı bir hukuku seçmelerinin tek başına sözleşmeyi yabancılik unsuru taşıyan sözleşme haline getirmek için yeterli olduğunu, dolayısıyla taraf iradesi dışında başka bir yabancılik unsuruna gerek bulunmadığını kabul eden görüşler bulunmaktadır¹⁸.

Kanaatimizce, yukarıda açıkladığımız ikinci görüş çerçevesinde bir değerlendirme yapmak daha uygun olacaktır. Buna göre, MÖHUK m. 24 anlamında hukuk seçimine imkân tanınabilmesi için, sözleşmenin, seçilen hukuk dışında, objektif olarak yabancılik unsuru taşıyan bir sözleşme olması gerekmektedir¹⁹. Zira MÖHUK m.24/f.1' de yer alan ve taraflara uygulanacak hukuku seçme serbestisi tanıyan bağlama kuralı, yabancılik unsuru taşıyan sözleşmeler açısından geçerlidir (MÖHUK m.1). Diğer bir deyişle, MÖHUK m.24'ün uygulanabilmesi için zaten sözleşmenin yabancılik unsuru taşıyan bir sözleşme olması gerekmektedir. Ancak böyle bir sözleşmede, 24. madde çerçevesinde taraflar yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilirler.

aralarındaki farklılıklar için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, (dn. 5), 277- 278.

¹⁸ NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 308.

¹⁹ Aynı yönde, bkz. TARMAN, (dn.7), s. 146. Sözleşmeler alanında yabancılik unsurunun değerlendirilmesi için bkz. ŞANLI, (dn.6), s. 5-6; BALKAR, (dn. 6), 7-12; EKŞİ NURAY, *Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı*, MHB, 1992, S.1-2, s. 3 vd; ÖZDEMİR HATİCE, *MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları*, İstanbul Barosu Dergisi, 1999, Sayı 4, s. 926-941.

Hiçbir yabancılık unsuru içermeyen, dolayısıyla tüm objektif unsurları (sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri, tarafların işyerleri veya yerleşim yerleri vs) Türkiye ile bağlantılı olan bir sözleşmede, tarafların yabancı bir hukuku seçmelerine MÖHUK m. 24/f.1 anlamında hukuk seçimi etkisi tanımak, böyle bir seçim ile tarafların Türk Hukukunun emredici hükümlerini ve bu bağlamda irade serbestisinin sınırını oluşturan Türk Borçlar Kanunu (BK) m. 19-20 hükümlerini bertaraf edebileceklerini kabul etmek anlamına gelir²⁰.

Bu nedenlerle, sözleşmenin objektif olarak hiçbir yabancı ülke ile bağlantısının bulunmadığı durumlarda, sözleşmede yer alan hukuk seçimine dair hükme, MÖHUK m. 24/f.1 anlamında bir hukuk seçimi etkisi tanınmamalı; taraflarca seçilen hukukun hükümleri, sözleşme metnine dâhil edilmiş sayılarak Türk BK m. 19-20 ile öngörülen sınırlar içinde uygulama alanı bulmalıdır.

Nitekim gerek Roma Konvansiyonu (m.3/f.3) gerekse Roma I Tüzüğü (m.3/f.3), sözleşmenin bütün unsurlarının tek bir ülke ile bağlantılı olduğu sözleşmelerde, tarafların başka bir ülke hukukunu seçmelerine, ancak sözleşmenin objektif olarak bağlantılı olduğu ülke hukukunun emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla etki tanımaktadır.

Her iki maddede de, sözleşmenin bütün unsurları ile bağlı olduğu ülke hukukunun emredici kuralları saklı tutulduğundan, taraflarca yabancı bir hukukun seçilmesine kanunlar ihtilafı anlamında hukuk seçimi etkisi tanınmamaktadır. Bu hüküm, sözleşmenin bütün unsurlarının tek bir ülke ile bağlantılı olduğu durumlarda, sözleşmeye, bu ülke hukukunun uygulanmasını; bu hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla taraflarca seçilen hukuka etki tanınmasını öngörmektedir.

Dolayısıyla bu maddeler, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerde hukuk seçimini sınırlamamakta²¹; kanunlar ihtilafı anlamında hukuk seçimi yapılabilmesi, yani sözleşmenin, emredici hükümleri de dâhil olmak üzere seçilen hukuka tâbi tutulabilmesi için, sözleşmenin, -hukuk seçimi dışında- objektif olarak yabancılık unsuru taşıması gerektiğini; aksi takdirde, taraf iradelerinin bir hukuk seçimi değil, *incorporation* olarak değerlendirileceğini ifade etmektedir²².

²⁰ Aynı yönde, bkz. SAKMAR, (dn. 8), 356- 357.

²¹ Aksi yönde TEKİNALP, “Bağlama Kuralları”, (dn. 8), 337.

²² Ancak, Roma I Tüzüğü m. 3/f.3 ve f.4’ de yer alan hükümlerin gerekçesi ola-

4-Seçilen Hukuk Sisteminde Sonradan Meydana Gelen Değişikliklerin Etkisi

Taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilen hukuk sisteminde bu seçim tarihinden sonra meydana gelen değişikliklerin sözleşmeye uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı değerlendirmelerde bulunmak mümkündür. Gerçekten de, bir yandan irade serbestisi prensibine ağırlık verilerek tarafların hukuk seçimi yaptıkları andaki içeriğini dikkate alarak söz konusu hukuku seçtikleri, dolayısıyla bu hukukta sonradan yapılan değişikliklerin dikkate alınmaması gerektiği ileri sürülebilirken; diğer yandan, tarafların bir hukuk sistemini seçmekle o hukuk sisteminde zaman içinde meydana gelecek değişiklikleri de kabul etmiş sayılacakları gerekçesiyle, seçilen hukukun, dava tarihindeki hükümleri ile uygulanması gerektiğini ileri sürmek de mümkündür. TEKİNALP, bu konuda, tarafların anlaşmasının en doğru çözüm olduğunu, böyle bir anlaşma sağlanamazsa, hukuk güvenliğini sağlamak açısından, tarafların hukuk seçimi yaptıkları andaki hükümlerin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir²³. NOMER-ŞANLI ise, seçilen hukukta meydana gelen değişikliklerin sözleşmeye etki etmesi gerektiğini ileri sürmekte, aksi halde, seçilen hukukta sonradan kabul edilen emredici hükümlerin uygulanmasının engellenmiş olacağını belirtmektedir²⁴.

Kanaatimizce, taraflar yaptıkları hukuk seçimini sonradan değiştirme imkânına sahip olduklarından (MÖHUK m. 24/f.3), eğer seçtikleri hukuk sisteminde yapılan değişiklikler, o hukuku seçmelerine yönelik menfaatlerinin ortadan kalkmasına yol açmış ise, uzlaşarak sözleş-

rak “kanuna karşı hilenin önlenmesi” ifadelerine yer verilmesi, her şeyden önce bu kavramın neyi ifade ettiği (bu maddelerin gerçek bir hilenin varlığı halinde mi uygulanacağı, yoksa hiçbir yabancılık unsurunun bulunmadığı durumlarda yabancı bir hukuk seçiminin tek başına kanuna karşı hile mi teşkil edeceği) konusunda belirsizlik bulunduğu; diğer yandan, irade serbestisinin kabul edildiği alanlarda kanuna karşı hile teorisinin kullanılmasının yerinde olmadığı (zira taraflar kendileri açısından uygun gördükleri hukuku seçme serbestisine sahiptirler) gerekçeleriyle eleştirilmektedir (FRANCQ Stéphanie, *Le règlement “Rome I” sur la loi applicable aux obligations contractuelles- De quelques changements*”, *Journal du Droit International Privé*, 2009/ I, (s. 41-69), s. 55).

²³ TEKİNALP, “Bağlama Kuralları”, (dn. 8), 341.

²⁴ NOMER-ŞANLI, (dn.4), s. 314. Aynı yönde EKŞİ, (dn. 17), 267; DEMİRGÖK-YAYLA, (dn. 5), 278, 301.

meşe uygulanmak üzere yeni bir hukuk sistemi seçebilirler. Taraflar arasında sonradan böyle bir hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, daha önceden yapılan hukuk seçimini, seçilen hukukun bütünüyle ve ileride ortaya çıkabilecek olası değişiklikleri ile uygulanmasına yönelik bir irade olarak kabul etmek gerekir. Zira taraflar, bir “hukuk sistemini” seçmektedirler. Hukuk statik değil, zaman içinde değişikliğe uğrayabilen, yaşayan bir düzendir. Eğer taraflar, seçtikleri hukukun, o an itibarıyla içeriğinin uygulanmasını talep ediyorlarsa, ona yönelik tespitleri bir hukuk seçimi değil, ilgili hükümlerin sözleşme metnine dâhil edilmesi olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla, MÖHUK m.24/f.4 uyarınca tespit edilecek hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla ilgili hükümlere uygulanma alanı tanınabilir.

5-Hiçbir Milli Hukuk Sistemine Ait Olmayan Kural veya Prensiplerin Seçilmesi Hukuk Seçimi Olarak Kabul Edilebilir mi?

Burada üzerinde durulacak konu, MÖHUK m. 24/f.1 anlamında hukuk seçiminden bahsedebilmek için mutlaka bir devletin hukuk sisteminin mi seçilmesi gerektiği, yoksa hiçbir devletin hukuk sisteminden kaynaklanmayan bazı kural veya prensiplerin seçilmesinin de hukuk seçimi olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığıdır.

Gerçekten de, taraflar, irade serbestisi prensibi çerçevesinde, belirli bir devletin hukuk sisteminden kaynaklanmayan bazı kuralların (örneğin henüz yürürlüğe girmemiş bir uluslararası anlaşmanın) veya yine kaynağını belirli bir ulusal hukuk sisteminden almayan bazı prensiplerin (örneğin, UNIDROIT prensiplerinin²⁵, hukukun genel prensiplerinin) veya uluslararası ticari örf-adet kurallarının (örneğin, bu kuralların yazılı hale getirilmiş şekli olarak Uluslararası Ticaret Odası- *Interna-*

²⁵ Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü (*Institut International Pour l'Unification de Droit Privé- International Institut For The Unification of Private Law*). UNIDROIT hakkında bkz. <http://www.unidroit.org>. UNIDROIT tarafından ilk olarak 1994 yılında hazırlanan uluslararası ticari sözleşmelerle ilgili prensipler (*Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*), bazı konularda daha ayrıntılı hükümlere yer verilmek ve elektronik ticaretin ihtiyaçlarına uygun hale getirilmek suretiyle yeniden düzenlenmiş ve 2004 yılında prensiplerin yeni versiyonu kabul edilmiştir. Prensiplerin Fransızca metni için bkz. <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>.

tional Chamber of Commerce tarafından hazırlanan broşürlerin), *lex mercatorianın* sözleşmelerine uygulanacağını kararlaştırabilirler.

Acaba sözleşmede yer alan bu tür hükümler MÖHUK m. 24/f.1 anlamında bir hukuk seçimi olarak yorumlanabilir mi? Eğer bu soruyu olumlu cevaplandırırsak, sözleşmede hukuk seçimine dair başka hiçbir düzenlemenin bulunmaması halinde, sözleşme taraflarca seçilen bu kurallara tâbi olacak, ancak bu kurallarla düzenlenmeyen konularda MÖHUK m. 24/f.4'de belirlenen objektif kritere göre yetkili olan hukukun hükümleri esas alınacaktır. Dolayısıyla taraflarca seçilen bu kuralların uygulanabilmesi için, sözleşmeye objektif kriterlere göre uygulanması gereken hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamaları şartı aranmayacak, sadece kamu düzenine aykırılık (MÖHUK m. 5) gerekçesiyle bu hükümlerin uygulanması engellenebilecektir²⁶. Buna karşılık, sözleşmede yer alan bu tür hükümler bir hukuk seçimi olarak kabul edilmezse, sözleşme MÖHUK m. 24/f.4 uyarınca belirlenen hukuka tâbi olacak ve taraflarca kararlaştırılan kural veya prensipler, bu hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla uygulama alanı bulacaktır.

Kanaatimizce, doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe uygun olarak, MÖHUK m. 24/f.1 hükmünde yer alan "...tarafların açık olarak seçtikleri *hukuka* tâbidir", ifadeleri karşısında hukuk seçiminin ancak belirli bir devlete ait hukuk sistemi lehine yapılabileceği kabul edilmelidir²⁷. Hiçbir hukuk sistemine ait olmayan kural veya prensiplerin sözleşmeye uygulanacağını kararlaştırılması, MÖHUK m. 24/f.1 anlamında bir hukuk seçimi değildir. Tarafların sözleşmelerine koydukları bu tür hükümler, söz konusu kural veya prensiplerin sözleşme metnine dâhil edilmesi (*incorporation*) anlamına gelir. Dolayısıyla, MÖHUK m.24/f.4 uyarınca sözleşmeye uygulanması gereken hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla bu kural veya prensipler uygulama alanı bulur²⁸.

²⁶ Roma Konvansiyonu açısından aynı yönde yapılan değerlendirmeler için bkz. LAGARDE PAUL, *Remarques sur la proposition de reglement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, Rev.Cr. DIP, 2006/II, (s. 331-349), ("*Rome I*"), s. 336.

²⁷ NOMER - ŞANLI, (dn. 4), 307; TEKİNALP, "*Bağlama Kuralları*", (dn. 8), 339; SAKMAR, (dn. 8), 359- 360; TARMAN, (dn. 7), 152. Aksi yönde SARGIN FÜGEN, *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 2002, s. 194.

²⁸ TEKİNALP, "*Bağlama Kuralları*", (dn. 8), 339; ŞANLI, (dn. 6), 53- 54; EKŞİ,

Nitekim UNIDROIT prensiplerinin 1-4 maddesinde, bu prensiplerin, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukukun emredici hükümlerinin uygulanmasına engel olmayacağı açıkça ifade edilmiştir²⁹.

Roma Konvansiyonu açısından da, tarafların ulusal olmayan kuralları seçmeleri, bir hukuk seçimi olarak değil, *incorporation* olarak kabul edilmekte; dolayısıyla, sözleşmeye uygulanacak hukukun objektif kriterlere göre belirlenmesi gerekmekte ve bu hukukun emredici hükümlerinin imkân tanıdığı ölçüde taraflarca seçilen kuralların uygulanması mümkün olmaktadır³⁰. Diğer bir ifadeyle, objektif kriterlere göre tespit edilen uygulanması gereken hukukun emredici kuralları, taraflarca seçilen kurallara nazaran daha öncelikli olarak uygulanmak durumundadır³¹.

Roma I Tüzüğü'nün Tasarı metninde, *uluslararası veya topluluk düzeyinde tanınan, maddi sözleşmeler hukukunun kural ve prensiplerinin uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği* kabul edilmiş; bu kural veya prensiplerin konusuna giren ancak bunlarla açıkça düzenlenmeyen konularda, bu kural ve prensiplerin esinlendiği genel prensiplerin, bu prensiplerin bulunmadığı durumlarda ise objektif olarak uygulanması gereken hukukun uygulanacağı öngörülmüştü (m.3). Tasarının gerekçesinde, bu hükümle öngörülenin, UNIDROIT prensipleri veya Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Prensipleri veya Topluluk Hukuku bünyesinde ileride kabul edilecek düzenlemeler olduğu; içeriğinin tespiti konusunda tartışmalar bulunan *lex mercatoria*'nın veya uluslararası topluluk tarafından yeterince bilinmeyen düzenlemelerin bu anlam-

(dn. 17), 274- 277; TARMAN, (dn. 7), 147; DEMİR GÖKYAYLA, (dn. 5), 300, dipnot 146' da belirtilen yazarlar; DOĞAN VAHİT, *Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif*, Ankara 2003, s. 155- 156; BALKAR, (dn. 6), 85.

²⁹ Maddenin Fransızca orijinali şu şekildedir:

ARTICLE 1.4

(Règles impératives)

Ces Principes ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé.

³⁰ LAGARDE, "Convention de Rome", (dn. 8), 300- 301; FRANCO, (dn. 22), 51; BONOMI ANDREA, *The Rome I Regulation on The law applicable to contractual obligations, Some general remarks*, Yearbook of Private International Law, Volume 10 (2008), (s. 165- 176), ("some remarks"), s. 170.

³¹ BONOMI, "some remarks", (dn. 30), 170.

da hukuk seçimi olarak kabul edilemeyeceği belirtilmişti³². Doktrinde, *uluslararası topluluk tarafından kabul edilme* konusunda kriterin ne olacağı, buna kimin karar vereceği, tarafların bunu nasıl bilecekleri konularında belirsizlik bulunduğu³³; diğer yandan, bu prensiplerin düzenlemediği konularda boşluğu doldurmak üzere bir hukuk seçimine ihtiyaç duyulacağı, bu nedenle bu kural ve prensiplerin seçiminin *incorporation* olarak kabul edilmesinin daha uygun olacağı³⁴ ileri sürülmüştü. Diğer yandan doktrinde, Tüzük Tasarısında yer alan bu sınırlayıcı hükümler olmaksızın bütün olarak *lex mercatoria*'nın, uygulanması gereken hukuk olarak seçilmesine imkân verilmesi gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmüştü³⁵.

Tüzük Tasarısı ile taraflara ulusal olmayan hukuk sistemlerini seçme konusunda sınırlı olarak da olsa tanınmış olan bu imkâna Tüzük metninde yer verilmemiştir. Gerçekten de, Tüzük'ün, hukuk seçimine ilişkin maddesinde, sözleşmenin, taraflarca seçilen "hukuka" (*la loi choisie par les parties- law chosen by the parties*) tâbi olacağı belirtilmiştir. Bu ifadeler, taraflarca belirli bir devletin hukuk sistemine ait olmayan kuralların seçilmesinin, hukuk seçimi olarak kabul edilmesine engel olmaktadır³⁶. Dolayısıyla bu kurallar, objektif kriterler uyarınca uygulanması gereken hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla uygulanacaklar, yani sözleşme metnine dâhil edilmiş olacaktırlar. Nitekim Tüzük'ün başlangıç hükümlerinde (paragraf 13), tarafların, ulusal olmayan bir hukuku veya uluslararası bir anlaşmayı referans yoluyla sözleşmelerine dâhil etmelerine Tüzük hükümlerinin engel olmayacağı belirtilmiştir³⁷.

³² LAGARDE, "Rome I", (dn. 26), 336; KESSEDJIAN, (dn. 5), 116; LEIN EVA, *Proposal for a Regulation on the law applicable to contractual obligations (Rome I) COM (2005) 650 Final, 15.12.2005, A short commentary*, Yearbook of Private International Law, Volume 7 (2005), (s. 391- 413), ("Regulation"), s. 401- 402; LANDO OLE- NIELSEN PETER ARNT, *The Rome I Proposal*, Journal of Private International Law, April 2007, (s. 29-51), s. 31-32; LEIN Eva, *The New Rome I/ Rome II/ Brussels I Synergy*, Yearbook of Private International Law, Volume 10 (2008), s. 177- 198 ("Synergy"), s. 181, dipnot 20.

³³ LAGARDE, "Rome I", (dn. 26), 336; KESSEDJIAN, (dn.5), 116; LEIN, "Regulation", (dn.32), 401- 402.

³⁴ FRANCO, (dn. 22), 52.

³⁵ LANDO- NIELSEN, (dn. 32), 33- 34.

³⁶ BONOMI, "some remarks", (dn. 30), 170.

³⁷ Ancak, sonraki paragrafta, Avrupa Topluluğu tarafından sözleşmeler hukukuna

Bazı yazarlar, bu durumu, irade serbestîsini haksız yere sınırladığı; sözleşmenin farklı bölümlere ayrılıp her bölüme farklı hukukların uygulanması (*severability-depeçage*) imkânına aykırı olduğu ve tahkim yargılamasında hakemlerin normal olarak izledikleri yönteme aykırı olduğu, zira hakemlerin taraflarca seçilen kurallara öncelik tanıdıkları gerekçeleriyle eleştirmektedir³⁸. Bu değerlendirmeler karşısında, tarafların aralarındaki uyuşmazlığın ulusal olmayan kurallara göre çözümlenmesini istemeleri halinde yapmaları gereken şeyin, uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak devlet yargısı yerine tahkimi seçmek olduğu ileri sürülmektedirler³⁹.

6-Kısmi Hukuk Seçimi Yapılabilir mi?

Taraflar seçtikleri hukukun sözleşmenin tamamı yerine bir kısmına uygulanmasını, diğer bir ifadeyle sözleşmenin farklı bölümlerine farklı hukukların uygulanmasını kararlaştırabilirler mi?

2675 Sayılı Kanundan farklı olarak 5718 Sayılı MÖHUK, m. 24/ f.2 hükmünde bu konuyu düzenlemiştir: “*Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler*”.

Maddenin esin kaynağını oluşturan Roma Konvansiyonu (m. 3/f.1, c.2) ve sonradan kabul edilen Roma I Tüzüğü (m. 3/f.1,c.2) de tarafların sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmalarına imkân tanımaktadır.

Görüldüğü gibi, gerek MÖHUK’da, gerekse AB düzenlemelerinde kısmi hukuk seçiminin yapılabileceği açıkça kabul edilmiş ve bu konuda hiçbir sınırlamaya yer verilmemiştir. Dolayısıyla taraflar, aralarındaki

yönelik maddi kuralları içeren bir hukuki düzenleme kabul edildiği takdirde, bu kurallarda, tarafların bunların uygulanmasını kabul edebileceklerine dair hüküm bulunabileceği de belirtilmiştir (paragraf 14). Böylece, Roma I Tüzüğü, kendi yasakladığı şeyin, diğer bir Avrupa düzenlemesi ile serbest bırakılabileceğini öngörmüştür (LAGARDE PAUL- TENENBAUM ALINE, “*De la Convention de Rome au règlement Rome I*”, Rev.Cr. DIP, 2008/ IV, (s. 727-780), s. 736- 737).

³⁸ BONOMI, “*some remarks*”, (dn. 30), 170- 171. Yazar, uluslararası tahkime ilişkin düzenlemelerde, tarafların belirli bir ulusal hukuk sistemini seçmek zorunda olmadıklarını, böyle bir sisteme ait olmayan kuralların seçilmesi halinde hakemlerin bu kurallara göre karar vermelerinin mümkün olduğunu belirtmekte ve örnek olarak Uluslararası Ticari Tahkim Hakkında UNCITRAL Model Kanunu m. 28/1 ve İsviçre MÖHK m. 187/1 hükümlerini vermektedir.

³⁹ LAGARDE- TENENBAUM, (dn. 37), 736- 737.

sözleşme ilişkisini farklı kriterlere göre bölümlere ayırıp her bölüm açısından farklı hukuk düzenlerinin uygulanacağını kararlaştırabilirler. Diğer yandan taraflar, tek bir hukuk sistemini seçebilir ve seçtikleri bu hukukun sözleşmenin sadece belirli bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler⁴⁰. Bu durumda, sözleşmenin diğer kısımları açısından uygulanması gereken hukuk MÖHUK m. 24/f.4' de yer alan objektif kritere göre belirlenecektir. Böylece aynı sözleşme ilişkisi açısından birden fazla hukukun uygulanması ihtimali ortaya çıkacaktır.

Acaba, taraflara bu şekilde kısmi seçim yapma yetkisinin mutlak olarak tanınması yerinde midir? Kısmi hukuk seçimi yapma yetkisinin sınırlandırılması veya bu imkânın tanınmaması gereken durumlar olabilir mi?

Doktrinde, özellikle tarafların edimleri açısından farklı hukukların seçilmesinin, sözleşmenin bütünlüğünü bozacağı, ancak hukuk seçimi bir kere kabul edildiğinde buna sınırlama getirilmesinin irade serbestisine aykırılık teşkil edeceği, bu nedenle, tarafların seçimde serbest bırakılması gerektiği; ancak birbirinden muhteva itibariyle ayırlamayacak hususların farklı hukuklara tâbi tutulmaması gerektiği belirtilmektedir⁴¹. Karma sözleşmelerde veya hukuki veya ekonomik açıdan birbirinden ayrılabilir kısımlar bulunan sözleşmelerde kısmi hukuk seçimi yapılmasının makul karşılanabileceği, ancak satım gibi basit sözleşmelerde kısmi hukuk seçiminin sözleşmenin bütünlüğünü bozacağı, bu nedenle sınırlandırılması gerektiği⁴²; diğer yandan tarafların sözleşmeyi parçalayarak farklı hukuka tâbi tutmalarının beklenmeyeceği ifade edilmektedir⁴³.

Yukarıda belirttiğimiz AB düzenlemeleri ile ilgili olarak doktrinde yapılan yorumlarda da, irade serbestisi prensibi çerçevesinde, tarafların, sözleşmenin farklı kısımlarına uygulanmak üzere birden fazla hukuk seçimi yapabilecekleri, yani sözleşmenin bölünebileceği (*depeçage-severability*); ancak, bu bölünmenin, sözleşmenin bütünlüğüne zarar veremeyecek şekilde yapılması ve sözleşmenin birbirinden ayrılabilen, ayrı çözümlerin konusunu oluşturabilecek kısımları için farklı hukukların uy-

⁴⁰ Hukuk seçimine ilişkin sözleşmede, bu seçimin sözleşmenin bir kısmına yönelik olduğu belirtilmemişse, sözleşmenin tamamı için seçim yapıldığı kabul edilmelidir (NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 312).

⁴¹ TEKİNALP, “Bağlama Kuralları”, (dn. 8), 338, 353; TİRYAKİOĞLU, (dn. 9), 25; SARGIN, (dn. 27), 204; ÖZTÜRK, (dn. 9), 145.

⁴² TİRYAKİOĞLU, (dn. 9), 25; ŞANLI, (dn. 6), 50.

⁴³ NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 312.

gulanmasına imkân tanınması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁴. Örneğin, sözleşme taraflarının inşaat, satış, bakım, teknoloji transferi, personel eğitimi gibi çok farklı edimler üstlendiği, bir sınaî tesisin kurulmasına ilişkin karma veya bileşik sözleşmelerde bu farklı edimlere ilişkin taahhütler açısından farklı hukukların seçilmesi mümkün olabilir⁴⁵.

Doktrinde de ifade edildiği gibi, karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde tarafların her birinin edimine farklı hukukların uygulanacağını veya sözleşmenin birbirinden ayrılamayacak bölümlerine farklı hukukların uygulanacağını kararlaştırılması, edimler arası dengenin ve sözleşmenin bütünlüğünün bozulmasına yol açabilecektir. Böyle bir ihtimalde, mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde hâkimin yapabileceği tek şey, bu şekilde seçilen farklı hukuk düzenlerinin sözleşmeye uygulanması halinde ortaya çıkacak sonuçların kamu düzenine aykırı olacağı gerekçesiyle bu hukukların uygulanmasını bertaraf etmektir (MÖHUK m. 5). Bu durumda sözleşmeye, bu madde gereğince Türk Hukukunun uygulanması gerekecektir. Ancak, kanaatimizce, madde- nin, Türk Hukukunun “gerekli görülen hallerde” uygulanmasını öngören hükmünden hareketle, sadece kamu düzenine aykırılığa yol açan husus olan farklı hukuk sistemlerinin seçilmesi işlemini (yani hukuk seçimini) bertaraf etmek ve uygulanması gereken hukuku MÖHUK m. 24/f.4 hükmü çerçevesinde tespit etmek, kanunlar ihtilafı adaletini sağlamak açısından daha uygun olacaktır.

Görüldüğü üzere, kısmi hukuk seçimi, çelişkili yorumlara ve uygulamalara yol açabilecek dolayısıyla hukuki güvenliği tehdit edebilecek bir yöntemdir. Nitekim bu gerekçelerle uygulamada kısmi hukuk seçimine pek başvurulmadığı⁴⁶; bu imkânın, ancak, kendi özel ihtiyaçlarına uygun olarak hukuk seçimi şartını düzenlemek isteyen çok ayrıntılı (sofistike) düşünen taraflarca kullanılabilmesi ifade edilmektedir⁴⁷.

B-Üstü Kapalı (Zımnî) Hukuk Seçimi

1-5718 Sayılı Kanun ve AB Düzenlemeleri Çerçevesinde Üstü Kapalı Hukuk Seçimi

2675 Sayılı MÖHUK, tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin mut-

⁴⁴ LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 307.

⁴⁵ LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 307.

⁴⁶ KESSEDJIAN, (dn. 5), 109; TARMAN, (dn. 7), 151.

⁴⁷ KESSEDJIAN, (dn. 5), 109.

laka açık bir şekilde ifade edilmesini gerekli görmüş; tespiti güç olacağı gerekçesiyle üstü kapalı (zımnî) hukuk seçimine imkân vermemiştir⁴⁸.

Bu durum, doktrinde, zımnî iradenin de dikkate alınması gereken, gerçek bir irade olduğu; bu iradenin dikkate alınmamasının sözleşmelerde taraf iradesine verilen değeri azalttığı; bu yönüyle zımnî iradeyi de kabul eden uluslararası anlaşmalara ve diğer ülkelerin mevzuatlarına da aykırılık teşkil ettiği gerekçeleriyle eleştirilmekteydi⁴⁹.

Diğer yandan doktrinde, kanunun lafzına aykırı olsa da ruhuna uygun bir yorum yapılarak⁵⁰, her ne kadar sözleşmede açık bir hükümle ifade edilme de, tarafların belirli bir hukuk seçme konusunda iradelerinin bulunduğu tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenebildiği durumlarda da açık hukuk seçiminden bahsedilmesi gerektiği kabul edilmiştir⁵¹.

5718 Sayılı MÖHUK hazırlanırken, bir yandan 2675 Sayılı Kanun döneminde doktrinde yapılan eleştirileri bertaraf etmek, diğer yandan AB müktesebatına uyum sağlamak düşünceleriyle⁵² üstü kapalı hukuk seçimine de imkân tanınmış ve açık hukuk seçimi yanında, "...sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından *tereddüde yer vermeyecek şekilde* anlaşılabilen hukuk seçimi.." de kabul edilmiştir (MÖHUK m. 24/ f.1).

Roma Konvansiyonu m. 3/f.1 ve Roma I Tüzüğü m.3/f.1 benzer ifadelerle, hukuk seçiminin açıkça (*expres*) veya sözleşmenin diğer hükümlerinden veya somut olayın koşullarından *kesin olarak (de façon certaine)* anlaşılacak şekilde yapılabileceğini belirtmektedir.

Gerek MÖHUK m. 24/f.1 hükmünde gerekse AB düzenlemelerinde kullanılan "kesin olarak" ve "tereddüde yer vermeyecek şekilde" ifadeleri, farazî (varsayımsal- *hypothetical*) iradenin değil üstü kapalı (zımnî-*tacite*) iradenin esas alındığını göstermektedir⁵³. Zira *zımnî hukuk*

⁴⁸ *Sempozyum*, (dn. 8), 167.

⁴⁹ ÇELİKEL-ERDEM, (dn. 8), 329; SAKMAR, (dn. 8), 360; ÖZTÜRK, (dn. 9), 145. 2675 Sayılı Kanun döneminde üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşler ve bunların değerlendirilmesi için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, (dn. 5), 174- 308; SARGIN, (dn. 27), 195- 198.

⁵⁰ ÇELİKEL-ERDEM, (dn. 8), 330.

⁵¹ NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 14.Bası, 297; DOĞAN, (dn. 28), 141.

⁵² TEKİNALP GÜLÖREN, *The Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure*, Yearbook of Private International Law, Volume 9 (2007), (313-341), ("The Turkish Code"), s. 329.

⁵³ BONOMI ANDREA, *Conversion of the Rome Convention on Contracts into an*

seçimi, tarafların belirli bir hukuku seçmeye yönelik **gerçek** iradelerinin bulunduğu, ancak bunu açıkça ifade etmedikleri durumlarda söz konusu iken; *farazî irade*, taraflar hukuk seçimi yapmak isteselerdi seçecekleri düşünülen veya tarafların menfaatine uygun olduğu varsayılan hukukun hâkim tarafından tespitine yönelik bir çalışmayı gerektirmektedir⁵⁴. Hukuk seçimi, tarafların bu konuda karşılıklı iradeleri ile gerçekleşen, sözleşme niteliğinde bir işlem olduğundan, mahkemelerin taraflara zımnî hukuk seçimi atfetmeleri mümkün değildir⁵⁵.

Sözleşme hükümlerinden anlaşılan hukuk seçimine örnek olarak, belirli bir hukuk sistemine özgü tip sözleşmelerin veya genel işlem şartlarının kabul edilmesi veya belirli bir kanunun maddelerine referans yapılması durumları verilmektedir⁵⁶.

Somut olayın koşullarına örnek ise, sözleşmenin, taraflar arasında daha önce yapılmış ve hukuk seçimi içeren başka bir sözleşme ile sıkı ilişki içinde bulunması⁵⁷ veya bir sınai kompleksin inşasına ilişkin temel sözleşmede hukuk seçimi yapılması halinde, ona dayanarak yapılan diğer sözleşmeler açısından da aynı hukukun üstü kapalı olarak seçilmiş sayılması verilmektedir⁵⁸.

EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission, Yearbook of Private International Law, Volume 5 (2003), (s. 53- 96), ("Conversion of the Rome Convention"), 67.

⁵⁴ TEKİNALP, "Bağlama Kuralları", (dn. 8), 342; NÖMER-ŞANLI, (dn. 4), 310; DOĞAN, (dn. 28), 141-142; TARMAN, (dn. 7), 149. Zımnî ve farazi hukuk seçimi farkı için bkz. BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 67; *Livre Vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation*, Commission des Communautés Européennes, Bruxelles, le 14.1.2003, COM (2002) 654 final, ("Yeşil Kitap"), paragraf 3.2.4.1.2675 Sayılı Kanunda da, farazi iradenin tespitinde kullanılan kriterlerin, hâkimin iradesinin, taraf iradesi imiş gibi ortaya konulmasına yol açacağı gerekçesiyle farazi hukuk seçimi bertaraf edilmişti (*Sempozyum*, (dn. 8), 165; SAKMAR, (dn. 8), 360; NÖMER-ŞANLI, (dn. 4), 14. Bası, 297). Karşılaştırmalı hukukta da farazi iradenin kabul edilmediği hakkında bkz. TEKİNALP, "Bağlama Kuralları", (dn. 8), 342- 345.

⁵⁵ LEIN, "Regulation", (dn. 32), 398.

⁵⁶ LAGARDE, "Convention de Rome", (dn. 8), 303- 304; "Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.4.1; TARMAN, (dn. 7), 149.

⁵⁷ LAGARDE, "Convention de Rome", (dn. 8), 304; "Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.4.1.

⁵⁸ "Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.4.1.

Türk Hukukunda da doktrinde, sözleşmede belirli bir ülke mahkemelerinin yetkili olacağına kararlaştırılması, belirli yerde ikamet eden hakemlerin seçilmesi, ödemenin belli bir ülkenin para birimi üzerinden yapılacağına kararlaştırılması, belirli bir hukuk sisteminde yer alan hükümlerin veya kavramların veya o hukuka özgü genel işlem şartlarının kullanılması, daha önce taraflar arasında yapılmış benzer sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin hükümlerin bulunması gibi hususların hiçbirisinin tek başına o ülke hukukunun seçildiğine yönelik zımnî iradeyi ortaya koyamayacağı, ancak bu unsurlardan birkaçının bir arada bulunması halinde böyle bir sonucun kabul edilebileceği belirtilmektedir⁵⁹.

2-Üstü Kapalı Hukuk Seçimi Konusunda AB'de Yaşanan Sorunlar

Roma Konvansiyonu'nun uygulanmasında, mahkemelerin üstü kapalı ve farazi hukuk seçimi ayırımını yapma konusunda birbirinden oldukça farklı uygulamalar geliştirdikleri tespit edilmiştir. Gerçekten de Alman ve İngiliz mahkemeleri, Konvansiyon'un bu ülke dillerindeki versiyonlarında kullanılan daha yumuşak ifadeler dolayısıyla⁶⁰ ve

⁵⁹ TEKİNALP, “Bağlama Kuralları”, (dn. 8), 341- 342; NÖMER-ŞANLI, (dn. 4), 310-311; TARMAN, (dn.7), 149- 150. Doktrinde, yetkili mahkemeyi veya tahkim yerini belirleyen hükümlerin, o ülkenin hukuk sisteminin de seçildiği konusunda üstü kapalı iradeyi yansıtaacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır (TİRYAKIOĞLU, (dn. 9), 28-29; ÖZTÜRK, (dn.9), 122- 123). Üstü kapalı hukuk seçimi yapıldığını gösteren emareler hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, (dn. 5), 310-332.

⁶⁰ Roma Konvansiyonunun Fransızca metninde yer alan “*kesin olarak*” (*de façon certaine*) ifadesi yerine İngilizce metninde “*with reasonable certainty*”, Almanca metninde ise “*mit hinreichender Sicherheit*” ifadeleri yer almaktadır (LAGARDE, “*Rome I*”, (dn. 26), 335). Bu farklılıklar, Avrupa Toplulukları Komisyonu tarafından hazırlanan Yeşil Kitapta vurgulanmış ve Konvansiyonun tüm üye ülkelerde yeknesak bir şekilde uygulanabilmesi için Konvansiyonun farklı dillerdeki versiyonları arasındaki anlam farklılıklarının giderilmesi gerektiği belirtilmiştir (“*Yeşil Kitap*”, (dn. 54), paragraf 3.2.4.1 ve paragraf 3.2.4.3). Doktrinde aynı yönde yapılan eleştiriler için bkz. LAGARDE, “*Rome I*”, (dn. 26), 335; KESSEDJIAN, (dn. 5), 110. Nitekim Roma I Tüzüğü'nün, İngilizce ve Almanca metinlerinde, yukarıda belirtilen ifadeler yerine, Fransızca metnindeki anlama paralel bir şekilde, “*clearly demonstrated*” ve “*eindeutig*” ifadelerine yer verilmiş; böylece her üç dildeki versiyonda da, üstü kapalı hukuk seçiminden bahsedilebilmesi için, bunun, sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından “kesin olarak” anlaşılması gerektiği vurgulanmıştır (LAGARDE-TENENBAUM, (dn. 37), 736; FRANCO, (dn. 22), 53; WILDERSPIN MICHAEL, *The Rome I Regulation: Communitarisation and modernisation of the Rome Convention*, ERA Forum(2008)9:259-274, DOI 10.1007/s12027-008-

Konvansiyon'dan önceki uygulamalarının da etkisinde kalarak, üstü kapalı hukuk seçiminin bulunduğu sonucuna diğer ülke mahkemelerine nazaran daha kolay ulaşımlardır⁶¹. Diğer yandan, bir ülke mahkemesinin yetkisinin kabul edilmesinin, o ülke ile başka hiçbir bağlantısı bulunmayan bir sözleşmenin esası bakımından da o ülkenin hukukunun üstü kapalı olarak seçildiği anlamına gelip gelmeyeceği konusunda üye devlet mahkemelerinin uygulamaları birbirinden farklı yönde gelişmiştir⁶². Benzer şekilde, belirli bir ülkenin hukuk sistemine ait hukuki kavramlara veya teknik kurallara referans yapılmasının nasıl yorumlanacağı konusunda da farklılıklar görülmüştür⁶³.

Bu çerçevede, doktrinde, Konvansiyon'un Tüzük haline getirilmesi esnasında üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin hükümde değişiklik yapılması önerilmiştir. Bu önerilerden en radikal olanı, üstü kapalı hukuk seçimine yönelik hükmün kaldırılmasıdır. Bu öneride bulunan yazarlara göre⁶⁴, Tüzük'ün en önemli amaçlarından birisi, Avrupa'da hukuk seçimine yönelik sorunların yeknesak ve basit bir şekilde çözümlenmesini sağlamaktır. Hukuk seçiminin açıkça yapılmasını öngörmek, bu amaçlara ulaşılmasına hizmet ederken, aynı şeyi üstü kapalı hukuk seçimi için söylemek mümkün değildir. Zira her iki tarafın da sözleşmenin belirli bir hukuk sistemine tâbi olduğunu kesin olarak kabul ettiği, fakat onu sözleşmede belirtmeyi unuttuğu durumlarda, taraflar arasında uzun ve karmaşık bir tartışma süreci yaşanacak, böylece basitlik ve öngörülebilirlik amaçlarına aykırı bir durum ortaya çıkacaktır⁶⁵.

0053-8, published online 17 may 2008, ERA 2008, (s. 259- 274), 263.

⁶¹ BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 67; "Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.4.2. Nitekim Roma Konvansiyonu hazırlandığı esnada da bu farklılıkların bulunduğu; Alman doktrinde üstü kapalı hukuk seçiminin çok daha kolay kabul edildiği; Konvansiyonun üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin m.3/f.1 hükmünün yorumlanması konusunda farklılıkların devam edebileceği belirtilmişti (LAGARDE, "Convention de Rome", (dn. 8), 304).

⁶² "Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.4.2.

⁶³ "Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.4.2. Yeşil Kitap'ta bu sakıncaları gidermek önerilen çözümler hakkında bkz. "Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.4.3.

⁶⁴ BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 67.

⁶⁵ BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 67- 68. Yazar, üstü kapalı hukuk seçiminin bertaraf edilmesinin, Brüksel I Tüzüğü ile paralellik sağlanması açısından da uygun olacağını ileri sürmektedir. Yazara göre, yetki sözleşmesi için Tüzük'ün 23. maddesinde belirli şekil koşulları aranmakta ve bu koşullar Adalet Divanı tarafından yorumlanmaktadır. Eğer Roma I Tüzüğü'nde hukuk seçimi için de benzer koşullar aranırsa, Divanın bu konuya ilişkin içtihadından yararlanmak mümkün olabilecektir (s. 68).

Ancak, üstü kapalı hukuk seçiminin bu şekilde tamamen bertaraf edilmesinin, sözleşmeler hukukuna hâkim olan irade serbestisi prensibiyle uyuşmayacağını düşünen bu yazarlar, ikinci ve daha az radikal bir öneri olarak, üstü kapalı hukuk seçiminden bahsedebilmek için gerekli olan koşulların Tüzük metninde daha açık bir şekilde ifade edilmesini önermektedirler⁶⁶. Bu da, zımnî hukuk seçiminin ancak, sözleşme hükümleri veya olayın koşullarının, tarafların hukuk seçimi sorununun farkında olduklarını açıkça gösterdiği durumlarda söz konusu olabileceğinin belirtilmesi ile sağlanabilir. Böylece, tarafların hukuk seçimini hiç düşünmedikleri durumlarda hâkimin üstü kapalı hukuk seçiminin bulunduğu sonucuna ulaşması önlenecektir⁶⁷.

Diğer bir öneri ise, Tüzük’de, başka unsurlar olmaksızın, tek başına üstü kapalı hukuk seçiminin yapıldığının kabul edilemeyeceği durumların belirlenmesi olabilir⁶⁸. Bu bağlamda Avrupa Uluslararası Özel Hukuk Grubu (GEDIP/EGLIP)⁶⁹, bir mahkemenin yetkisinin kabul edilmesinin tek başına, o mahkemenin hukukunun da seçildiği anlamına gelmeyeceği yönünde bir hüküm konulmasını önermiştir⁷⁰.

Doktrinde, Roma Konvansiyonu m. 3/f.1’de yer alan hükmün, tarafların üstü kapalı ancak “kesin (*certain*)” hukuk seçimini kabul ettiği; sadece bir ülke mahkemelerinin yetkilendirilmesinin, tarafların o ülke hukukunu da seçmek istediklerine dair iradelerini ortaya koyacak başka unsurlarla desteklenmediği sürece, kesin bir hukuk seçimi olarak kabul edilemeyeceği belirtilmekte idi⁷¹. Buna rağmen, yetki sözleşmesinin, yetkili kılınan mahkemenin hukukunun da üstü kapalı olarak seçildiğini gösterip göstermeyeceği konusunda üye devlet mahkemeleri arasında farklı uygulamalar tespit edilmiştir. Bazı ülkelerde

⁶⁶ BONOMI, “*Conversion of the Rome Convention*”, (dn. 53), 68; “*Yeşil Kitap*”, (dn. 54), paragraf 3.2.4.3.

⁶⁷ BONOMI, “*Conversion of the Rome Convention*”, (dn. 53), 68.

⁶⁸ BONOMI, “*Conversion of the Rome Convention*”, (dn. 53), 68.

⁶⁹ *Groupe européen de droit international privé; European Group for Private International Law*. Grup hakkında bkz. http://www.gedip-egpil.eu/present_eng.html.

⁷⁰ *Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation*, Treizième réunion, Vienne, 19-21 septembre 2003, <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-19rlv.html>.

⁷¹ LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 303.

yetki sözleşmeleri, üstü kapalı olarak *lex fori* nin uygulanacak hukuk olarak seçildiği yönünde yorumlanırken bazı ülke mahkemeleri yetki sözleşmelerine böyle bir etki tanımamışlardır⁷².

Roma I Tüzüğü hazırlanırken, bu konu üzerinde tartışmalar olmuş ve *Tasarı* metninde, üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin Konvansiyon' un muğlak hükmünü (m.3/f.2) daha belirgin hale getirmek amacıyla, “*Bir üye devletin bir veya birden fazla mahkemesine, sözleşmeden kaynaklanan veya kaynaklanacak uyuşmazlıkların çözümlenmesi konusunda yetki veren tarafların, o üye devletin hukukunu da seçtikleri varsayılır*” (m. 3/1, 2) şeklinde bir hüküm konulmuştu⁷³.

Tasarıda yer alan bu hükmün korunması gerektiğini savunan yazarlar görüşlerini, bir mahkemenin, yabancı hukuk yerine kendi hukukunu daha iyi uygulayabileceği, dolayısıyla böyle bir karine ile daha kaliteli kararlar verilmesinin sağlanacağı; bu durumun, uygulanacak hukuku belirlemeyi unutan veya ihmal eden tarafların beklentilerine de uygun olacağı; böyle bir karine ile yabancı hukukun tespiti ve uygulanmasının yol açacağı zaman ve para kaybının da söz konusu olmayacağı gerekçelerine dayandırmışlardır⁷⁴.

Ancak, Konsey ve Parlamentoda yapılan görüşmeler sonunda bu hüküm kaldırılmış ve Tüzük'ün başlangıç bölümüne (paragraf 12), bir üye devlet mahkemesinin yetkisinin kabul edilmesinin, o ülke hukukunun da seçildiğinin kabul edilmesi için dikkate alınacak unsurlardan biri olabileceğine dair açıklama konulmuştur. Böylece, yetki sözleşmesinin, zımnî hukuk seçimi konusunda tek başına dikkate alınamayacağı açıkça ifade edilmiştir⁷⁵.

⁷² LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 34. *Alman ve Hollanda* mahkemelerinin, yetkili mahkemenin belirlenmesini, mahkemenin hukukunun da seçildiğine dair karine olarak gören uygulamalarına karşılık İngiliz mahkemelerinin yetkili mahkeme seçimini, sadece üstü kapalı hukuk seçimi konusunda dikkate alınabilecek unsurlardan birisi olarak gördükleri belirtilmektedir (FRANCQ, (dn. 22), 52, dipnot 40, s. 53; WILDERSPIN, (dn. 60), 263- 264). Lüksemburg mahkemelerinin de, sadece yetki sözleşmesi yapılmış olmasını, tarafların üstü kapalı hukuk seçimine yönelik iradelerini ortaya koyacak bir unsur olarak dikkate aldıkları ifade edilmektedir (KESSEDJIAN, (dn. 5), 111).

⁷³ BONOMI, “*some remarks*”, (dn. 30), 171.

⁷⁴ LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 35. Aynı yönde TIRYAKIOĞLU, (dn. 9), 29; ÖZTÜRK, (dn. 9), 123.

⁷⁵ 17 Mart 1994 Tarihli, Meksika Konvansiyonu'nda (*Inter-American Convention on the Law applicable to International Contracts ,Mexico, 17 mars 1994*) yer alan, belirli bir

Tasarıda yer alan, yetkili kılınan mahkemenin hukukunun da seçildiğine dair karinenin Tüzük metninden çıkarılması doktrinde genel olarak olumlu karşılanmıştır. Bu görüşte olan yazarlara göre, böyle bir karine, yabancı hukukun araştırılması ve uygulanmasının gerektirdiği zaman ve masraftan tasarruf edilmesine olanak sağlasa da, mahkemelerin, tarafların üstü kapalı hukuk seçiminin varlığı için gereken koşulları araştırmadan, onların varsayımsal iradelerine etki tanıyarak ve belki de onlar açısından ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçlara rağmen, otomatik olarak *lex fori* yi uygulamaları sonucuna yol açacaktır⁷⁶. Diğer yandan, yetki sözleşmesi yapmayı düşünen tarafların, bununla bağlantılı olarak hukuk seçimi yapabileceklerinin de bilincinde oldukları kabul edilmeli ve bunu yapmamaları, onların mahkemenin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını istedikleri şeklinde yorumlanmalıdır⁷⁷. Bunun yanında, uygulanacak hukukun ve yetkili mahkemenin belirlenmesinin iki farklı sorun olduğu, bu nedenle ikisinin ayrı ayrı ele alınması gerektiği⁷⁸; tarafların yetkili mahkemeyi belirlerken ve uygulanacak hukuku seçerken farklı gerekçelerle hareket ettikleri ve farklı menfaatleri gözettikleri⁷⁹; tarafların bir ülke mahkemelerini yetkili kılarken, uygulanacak hukuk olarak başka bir ülke hukukunu seçebilecekleri⁸⁰ gerekçeleriyle, yetki sözleşmesinin, tek başına hukuk seçimine bir karine olarak kabul edilemeyeceği, tarafların üstü kapalı hukuk seçiminde buldukları sonucuna ulaşmada, diğer faktörler yanında dikkate alınabilecek ek bir faktör olarak kabul edilebileceği ileri sürülmektedir⁸¹.

mahkemenin yetkili kılınmasının zorunlu olarak uygulanacak hukukun da seçildiği anlamına gelmeyeceğine dair hükmün ("*selection of a certain forum by the parties does not necessarily imply selection of the applicable law*"), Roma I Tüzüğü açısından da kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. LEIN, "Regulation", (dn. 32), 400.

⁷⁶ LEIN, "Regulation", (dn. 32), 399.

⁷⁷ LAGARDE, "Rome I", (dn. 26), 335; LEIN, "Regulation", (dn. 32), 399. Bu görüşe karşılık olarak, tarafların yetkili mahkemeyi belirlemelerine rağmen uygulanacak hukuku belirlememelerinin, sadece müzakereleri uzatmaya yönelik basit bir gerekçeden kaynaklanabileceği, zira böyle bir hükmün konulmasının, taraflardan birinin sözleşmenin diğer hükümleri üzerinde fedakârlıkta bulunmasını gerektirebileceği, dolayısıyla müzakerelerin uzamasına yol açabileceği ifade edilmiştir (FRANCQ, (dn. 22), 52).

⁷⁸ LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 35.

⁷⁹ KESSEDJIAN, (dn. 5), 111- 112.

⁸⁰ LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 35.

⁸¹ KESSEDJIAN, (dn. 5), 111- 112; LEIN, "Regulation", (dn. 32), 400; LEIN, "Synergy", (dn. 32), 183.

Sonuç olarak, Avrupa Birliği'nde üstü kapalı hukuk seçimi konusunda görülen farklı uygulamalar ve doktrinde ileri sürülen farklı görüşler, 5718 Sayılı Kanun'un getirmiş olduğu üstü kapalı hukuk seçimine ilişkin düzenlemenin Türk Hukuku bakımından da ileride benzer sorunlara yol açacağını göstermektedir. Bu konuda ne zaman üstü kapalı hukuk seçimi bulunduğu konusunda kriterlerin tespiti açısından doktrinde ileri sürülen görüşler ve yapılan değerlendirmeler önem kazanacaktır.

Bu arada, bir hususu vurgulamakta yarar vardır. O da, tarafların üstü kapalı iradelerinin araştırılmasının belirsizliklere yol açacağı gerekçeyle uluslararası iş dünyasında üstü kapalı seçimin benimsenmemesidir⁸². Gerçekten de ticari bir sözleşmede tarafların hukuk seçimine dair açık bir hükme yer vermemelerinin çeşitli gerekçeleri olabilir. Öncelikle taraflar, belirli bir hukukun seçilmesi konusunda anlaşmalarına rağmen sözleşmeye bu yönde hüküm koymayı unutmuş olabilirler. Diğer bir ihtimal olarak taraflar, sözleşmenin diğer hükümlerini düzenlerken belirli bir hukuk sisteminin etkisinde kaldıklarını veya o hukukun uygulanmasını istediklerini o kadar belli etmişlerdir ki bunu ayrı bir hükümle tespit etmeye gerek görmeyebilirler. Son ihtimal olarak da, taraflar hukuk seçimi konusunda müzakerede bulunmalarına rağmen uzlaşma sağlayamadıkları için böyle bir hükme bilinçli olarak yer vermemiş olabilirler⁸³.

Mahkemelerin, sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tarafların üstü kapalı hukuk seçimi yaptıkları sonucuna ulaşmaları, ancak ilk iki ihtimalde tarafların gerçek iradelerine uygun olacaktır⁸⁴. Son ihtimalde, yani taraflar arasında uzlaşma sağlanmadığı için böyle bir hükme yer verilmemesi halinde, buna rağmen mahkemenin üstü kapalı hukuk seçimi yapıldığı sonucuna ulaşması, taraf iradesine de aykırılık teşkil edecek⁸⁵; tarafların belki de hiç istemedikleri bir hu-

⁸² KESSEDJIAN, (dn. 5), 109, dipnot 17. Yazar, Uluslararası Ticaret Odası tarafından 24.4.2007 tarihinde yapılan bir açıklamada bu hususa yer verildiğini belirtmektedir.

⁸³ Bu ihtimaller hakkında bkz. KESSEDJIAN, (dn. 5), 109.

⁸⁴ KESSEDJIAN, (dn. 5), 109.

⁸⁵ Tarafların hukuk seçimi konusunu görüşmelerine rağmen uzlaşmaya varmamış olmaları halinde üstü kapalı iradelerinin araştırılmasına gerek olmadığı; üstü kapalı hukuk seçiminden bahsedilebilmesi için, tarafların hukuk seçimi konusunu açık olarak görüşmemiş olmaları gerektiği hakkında DOĞAN, (dn. 28), 141.

kuk sisteminin, mahkemece onların iradesini yansıttığı gerekçesiyle uygulanması söz konusu olabilecektir. Böyle bir uygulama, hem hükmün konuluş amacına aykırı olacak hem de taraflar açısından belirsizliğe yol açacaktır.

II. Hukuk Seçimi Yapılmaması Halinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tespiti

A-Objektif Olarak Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kullanılan Yöntemler

Sözleşmelere uygulanacak hukukun objektif kriterlere dayanarak tespiti noktasında, iki yöntemden yararlanılması düşünülebilir. Sözleşmenin yakın bağlantılara sahip olduğu hukukun tespitine dayanan “yakın bağlantı kuralı”, hâkime geniş yetki veren “*proper law of the contract*” yöntemine çok benzemekte ve hâkimin sözleşmeye uygulanması gereken hukuku, somut olaya özgü kriterler yardımıyla tespitine yol açmaktadır. İkinci yöntemde ise, sözleşme ile en yakın bağlantılı hukuku belirlemeye yönelik önceden belirlenmiş, soyut ve katı bir şekilde uygulanan bağlama kriterleri yardımıyla sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti öngörülmektedir⁸⁶.

İlk yöntem, sözleşmenin tarafları açısından belirsizliğe yol açmakta, hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği sağlayamamaktadır⁸⁷. Zira bu yöntem çerçevesinde uygulanacak hukukun dava açılmadan tespiti mümkün olmamakta; uygulanacak hukuk hâkimin somut olaya özgü değerlendirmeleri sonucunda tespit edilebilmektedir. Öngörülebilirlik açısından daha avantajlı olan ikinci yöntemin olumsuz tarafı ise, öngörülen kuralın katı bir şekilde uygulanmasına bağlı olarak somut olay açısından adaleti sağlayamayan sonuçlara yol açmasıdır.

Dolayısıyla, sözleşmelere uygulanacak hukukun objektif olarak tespitinde, iki yöntemin de birlikte uygulanmasına imkân verecek şekilde bir yöntem geliştirilmesi ve bir yandan taraflar açısından öngörülebilirliği ve belirliliği sağlayacak kriterlere yer verilmesi; diğer yandan bu kriterlerin katı bir şekilde uygulanmasının yol açtığı olumsuzlukları

⁸⁶ Yöntemler hakkında bkz. KESSEDJIAN, (dn. 5), 118; TİRYAKİOĞLU, (dn. 9), 32 vd.; ÖZTÜRK, (dn. 9), 127 vd.; BALKAR, (dn. 6), 24- 26.

⁸⁷ TİRYAKİOĞLU, (dn. 9), 39; BALKAR, (dn. 6), 26.

bertaraf edecek ve somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasına imkân verecek esneklikte bir düzenleme yapılması gerekmektedir⁸⁸.

Aşağıda önce 2675 Sayılı Kanunda, daha sonra 5718 Sayılı Kanunda sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti konusunda kullanılan kriterlerin bu hedeflere uygunluğu açısından değerlendirme yapılacaktır.

B-2675 Sayılı Kanun Döneminde İfa Yeri ve Yakın Bağlantı Kriterlerine Yönelik Eleştiriler

2675 Sayılı Kanun, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde objektif kriter olarak “*ifa yeri*” ni; tarafların her ikisinin de karşılıklı olarak edim yükümlülüğü altına girdiği, dolayısıyla birden fazla ifa yerinin bulunduğu sözleşmelerde ise “*karakteristik edim*”⁸⁹ in ifa yerini esas almıştı⁹⁰. Karakteristik edimin belirlenemediği sözleşmeler açısından ise uygulanacak hukuk, “en sıkı bağlantı” kriterine göre belirlenmekteydi.

Doktrinde, karakteristik edimin ifa yeri gibi her sözleşme ilişkisinde değişebilen bir kriter yerine, bu edim borçlusunun mutlak meskeni, yerleşim yeri veya işyeri gibi daha süreklilik arz eden bir kriterin esas alınmasının, daha gerçekçi ve karakteristik edim borçlusunun menfaatine daha uygun olacağı; onun edimine verilen değeri daha iyi ortaya koyacağı ifade edilmişti⁹¹.

⁸⁸ KESSEDJIAN, (dn. 5), 118; TIRYAKIOĞLU, (dn. 9), 39.

⁸⁹ Karakteristik edim, karşılıklı edimler içeren sözleşmelerde, sözleşmeyi karakterize eden, sözleşmenin o isim altında isimlendirilmesine yol açan; ilişkide *rizikolu olduğu kabul edilen* edimdir. Edimlerden birinin para olduğu sözleşmelerde, karşı tarafın ediminin karakteristik olduğu genellikle kabul edilmektedir (TEKİNALP, “*Bağlama Kuralları*”, (dn. 8), 349; SAKMAR, (dn. 8), 363; LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 307; DEMİR GÖKYAYLA, (dn. 5), 366; ÖZTÜRK, (dn. 9), 131; ÖZEL SİBEL, *Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi*, MHB, Yıl 22, S. 2, 2002, Prof.Dr. Ergin Nomer’e Armağan, (s. 577-617), 582- 583).

⁹⁰ İsviçreli hukukçu *Schnitzer* tarafından geliştirilen karakteristik edim teorisine göre, taraflardan birinin ekonomik hayattaki işlevi nedeniyle üstlendiği edim olan karakteristik edim, onu üstlenmiş olan tarafın ekonomik hayatını sürdürdüğü yerde (yerleşim yeri veya mutlak meskeni) ifa edilir; bu nedenle sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde bu yerin esas alınması gerekir (ÇELİKEL-ERDEM, (dn. 8), 323’ den naklen).

⁹¹ ÇELİKEL-ERDEM, (dn. 8), 328, 331; TEKİNALP, “*Bağlama Kuralları*”, (dn. 8), 347.

Özellikle belirli sözleşme tipleri üzerinde çalışma yapan yazarlarca, karakteristik edimin ifa yeri kriteri yerine, bu edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin esas alınmasının daha uygun olacağı, inceledikleri sözleşmeler açısından da ortaya konulmuştu. Örneğin, inşaat sözleşmeleri açısından karakteristik edim müteahhidin edimi olmasına rağmen, ifa yeri kriteri esas alındığında, müteahhidin değil, inşaatın yapıldığı yer olarak sözleşmenin diğer tarafı olan iş sahibinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktaydı⁹². Benzer şekilde, fikri mülkiyet haklarının kullanımına veya devrine ilişkin sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusu, bu hakkın sahibi olan taraf olmasına rağmen, bu edim, genellikle onun mutad meskeninin bulunduğu yer dışında ve daha çok karşı tarafın mutad meskeninin bulunduğu yerde ifa edildiğinden, uygulanacak hukuk, karakteristik edim borçlusunun hukuku olmamaktaydı⁹³. Bu durumun gerekçesi olarak, ifa yeri kriterinin, taraf menfaatinden çok işlem menfaatini esas aldığı; oysa sözleşmelerde taraf menfaatinin esas alınması gerektiği, bunun da karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni kriteri ile sağlanabileceği ifade edilmişti⁹⁴.

Roma Konvansiyonu'nda, sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde objektif kriter olarak "karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni" kriteri esas alınmıştır. Bu konuda yapılan açıklamalarda da, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni kriterinin, bu edimin ifa yerine nazaran çok daha kolay tespit edilebileceği, dolayısıyla pratik açısından çok daha uygun bir kriter olduğu belirtilmektedir⁹⁵. Diğer yandan, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun uygulanmasının, tarafların meşru beklentilerine de uygun olacağı; zira genellikle profesyonel bir kişi olan karakteristik edim borçlusu açısından, taraf olduğu bütün sözleşmelerin tek bir kanuna, kendi kanununa tâbi olmasının önemli bir avantaj olduğu; sözleşmenin karşı

⁹² AKINCI ZİYA, *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir,1996, s. 90.

⁹³ ÇELİKEL-ERDEM,(dn. 8), 373; ERDEM B.BAHADIR, *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, İstanbul, 1999, s.171 vd. ve 193 vd.

⁹⁴ AKINCI, (dn. 92), 90-91; ÖZTÜRK, (dn. 9), 148. ÖZEL ise, inşaat sözleşmelerinde yakın bağlantının, müteahhidin işyeri ile değil inşaatın yapıldığı yer ile olduğunu, dolayısıyla ifa yeri kriterinin yakın bağlantıyı sağladığını ileri sürmektedir (ÖZEL, (dn. 89), 601- 602).

⁹⁵ LAGARDE, "*Convention de Rome*", (dn. 8), 308.

tarafının ise, yabancı bir ülkede bulunan profesyonel bir kişi ile işlem yapmakla zaten uluslararası ticaretin riskini üstlenmiş olacağı; onun kendi kanununa göre işlem yaptığını öngörmek durumunda olacağı ifade edilmektedir⁹⁶.

Bu şekilde bir yandan doktrinde ifa yeri kriterine yönelik eleştiriler, bir yandan da Roma Konvansiyonu'nda bu kriter yerine karakteristik edim borçlusunun mutata meskeni kriterinin esas alınması, 5718 Sayılı Kanun'un 24. maddesinin hazırlanmasında etken unsurlar olmuştur⁹⁷.

Bunun yanında, 2675 Sayılı Kanun m. 24/f.2'de "en yakın bağlantı" kriteri, sadece karakteristik edimin belirlenemediği sözleşmelerde, uygulanması gereken hukukun tespitinde esas alınacak bir kriter olarak öngörülmüştü. Dolayısıyla, karakteristik edimin tespit edildiği, ancak sözleşmenin bu kritere belirlenen hukuk yerine başka bir hukuk ile daha yakın bağlantılara sahip olduğu durumlarda bu son hukukun uygulanmasına imkân tanınmamıştı⁹⁸. Doktrinde, bu hükmün, objektif kriterin katı bir şekilde uygulanmasının yol açtığı bir sakınca olarak, somut olay adaletinin sağlanamadığı bu tür durumlarda da uygulanmasına imkân verecek şekilde "gerçek bir istisna kuralı olarak" düzenlenmesinin daha uygun olacağı ifade edilmişti⁹⁹.

C-5718 Sayılı Kanun'da Yakın Bağlantı ve Karakteristik Edim Kavramları

1-Yakın Bağlantının Tespitinde Kullanılan Kriter Olarak Karakteristik Edim Kavramı

⁹⁶ LAGARDE, "Convention de Rome", (dn. 8), 308.

⁹⁷ 5718 Sayılı MÖHUK m. 24'de, ifa yeri kriteri yerine "yakın bağlantı" kriterinin tercih edilmesinin gerekçesi, Roma I Tüzüğü'nde, yakın bağlantının, karakteristik edim borçlusunun mutata meskeninin bulunduğu ülke ile olduğunun kabul edilmesi, dolayısıyla, bu değişikliğin AB Hukuku'nun bir gereği olduğu ifade edilmiştir (TEKİNALP, "The Turkish Code", (dn. 52), 329).

⁹⁸ ÇELİKEL-ERDEM, (dn. 8), 332; TEKİNALP, "Bağlama Kuralları", (dn. 8), 351.

⁹⁹ ÇELİKEL-ERDEM, (dn. 8), 333- 335, 374; AKINCI, (dn. 92), 90; ERDEM, (dn. 93), 168- 169; ÖZTÜRK, (dn. 9), 147; DOĞAN, (dn. 28), 169- 170; ÖZTEKİN GELGEL, GÜNSELİ *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, İstanbul, 2000, 110; TURHAN TURGUT, *Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları*, Ankara, 1997, 197.

Roma Konvansiyonu m. 4 hükmünden esinlenilerek hazırlanan yeni 24. maddede (f.4), hukuk seçimi yapılmayan durumlarda, sözleşmeye “en sıkı ilişkili” olduğu hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. En sıkı ilişki kriteri, her sözleşme ilişkisinde hâkimin somut olaya özgü koşulları dikkate alarak uygulanması gereken hukuku belirlemesini gerektirmektedir. Bu yönüyle somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasına imkân veren; ancak öngörülebilirliği ortadan kaldıran, belirsizliğe yol açan bir kriterdir¹⁰⁰.

Bu kriterin yol açtığı belirsizliği gidermek, böylece hukuki güvenliği sağlamak ve hâkimin takdir yetkisini sınırlandırarak uygulanacak hukukun tespitinde ona kolaylık sağlamak üzere, ikinci cümlede bir karineye yer verilmiştir¹⁰¹. Buna göre, karakteristik edim içeren sözleşmelerde yakın bağlantılı hukuk, “bu edim borçlusunun mutad meskeni/işyeri/yerleşim yeri” nin bulunduğu ülke hukukudur¹⁰².

Bu karine çerçevesinde, satıcının, kiraya verenin, taşıyıcının (m. 29 saklı kalmak kaydıyla), sigorta şirketinin, bağışlayanın, müteahhidin, kefilin, garantörün, kredi verenin, distribütörün edimlerinin karakteristik edim olduğu ve sözleşmeye onların hukukunun uygulanacağı söylenebilir¹⁰³.

Maddede yer alan karakteristik edime dayanan kriter, ilk cümlede yer alan “*en sıkı bağlantı*” kriterini, karakteristik edim içeren sözleşmeler açısından somutlaştırmakta, bu konuda bir karine koymaktadır¹⁰⁴. Bu nedenle, söz konusu karinenin uygulanabilmesi, karakteristik edimin

¹⁰⁰ “Yeşil Kitap”, (dn. 54), paragraf 3.2.5.1.

¹⁰¹ “Yeşil Kitap”, (dn. 54), paragraf 3.2.5.1; KESSEDJIAN, (dn. 5), 120.

¹⁰² FRANCO, (dn. 22), 57; KESSEDJIAN, (dn. 5), 120.

Doktrinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun karakteristik edim borçlusuna bağlı olarak belirlenmesi, tarafsızlığı ihlal ettiği ve güçlü olan tarafın lehine olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu eleştiriye karşı, karakteristik edim borçlusunun her zaman onun lehine hükümler içermeyebileceği, diğer yandan, karşı tarafın tüketici olduğu durumlarda güçlü taraftan bahsedilebileceği, zaten bu sözleşmelerde esas alınan kriterin tam tersi olduğu belirtilmiştir (LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 308, dipnot 60).

¹⁰³ MÖHUK m. 24’ün Gerekçesi son paragraf; Roma Konvansiyonu m. 4 açısından bu yönde yapılan tespitler için bkz. LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 309.

¹⁰⁴ NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 316.

tespit edilebilmesine bağlıdır¹⁰⁵. Dolayısıyla, karakteristik edimin belirlenemediği durumlarda, örneğin her iki tarafın da ediminin para veya para dışında kalan değerler olduğu (takas gibi) sözleşmelerde, bu edime dayanan karinenin uygulanması mümkün olmadığından, uygulanacak hukukun f.4/c.1' de yer alan "yakın bağlantı" kriterine göre belirlenmesi gerekecektir¹⁰⁶.

2-Karakteristik Edim Borçlusunun Mutat Meskeni/İşyeri/Yerleşim Yeri Hukuku

MÖHUK m. 24/ f.4, 2.cümle hükmünde, öncelikle karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutat meskeni hukukunun uygulanacağı öngörülmüş; sözleşmenin, mesleki veya ticari faaliyet gereği kurulması halinde ise, yine bu edim borçlusunun işyerinin, bu yerin bulunmaması halinde yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Aşağıda önce mutat mesken kriterinin tüzel kişiler açısından yerindeliği üzerinde durulacak, daha sonra da işyeri kavramına ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunulacaktır.

a-Tüzel Kişiler Açısından Mutat Mesken Kriterinin Uygulanabilirliği

MÖHUK m. 24/f.4'de yer alan "karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutat meskeni hukuku" ifadesinin tüzel kişiler açısından nasıl uygulanacağını tespiti gerekmektedir. Bir kişinin sosyal yaşantısının merkezi, sosyal ilişkilerinin yoğunlaştığı yer olarak tanımlanan mutat mesken, gerçek kişilere özgüdür; tüzel kişilerin mutat meskeninden söz etmek mümkün değildir.

Doktrinde, bu konuda, tüzel kişiler açısından MÖHUK m. 9/f.2' de yer alan idare merkezi kriterinin esas alınması gerektiği; bu maddenin MÖHUK m. 24/f.4 hükmünde tekrarlanmasından, tereddütlere yol açabileceği gerekçesiyle kaçınıldığı; gerçek kişiler için mutat mesken neyi ifade ediyorsa, tüzel kişiler için MÖHUK m. 9/ f. 4'deki idare merkezinin aynı şeyi ifade ettiği belirtilmektedir¹⁰⁷.

¹⁰⁵ LAGARDE, "Convention de Rome", (dn. 8), 309.

¹⁰⁶ TEKİNALP, "Bağlama Kuralları", (dn. 8), 349- 350; LAGARDE, "Convention de Rome", (dn. 8), 309.

¹⁰⁷ TEKİNALP, "Bağlama Kuralları", (dn. 8), 350.

Kanunun gerekçesinde de yer alan bu ifadeler dikkate alındığında, tüzel kişiler açısından idare merkezinin esas alınması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Ancak, kanaatimizce, bu konunun açık bir şekilde Kanun metnine konulması daha yararlı olurdu. Zira MÖHUK m.9/f.4'de yer alan kural, tüzel kişilerin ehliyetine ilişkin konularda uygulanması gereken hukuku tespit etmektedir. Bu kuralın, çok özel bir durum olan, bir sözleşmenin karakteristik edim borçlusu olan tüzel kişinin, belirli bir ülke ile bağlantısını sağlayan kriterlerden hangisinin, sözleşme ile yakın bağlantıyı sağlamak açısından esas alınacağı sorusunun cevaplandırılmasında da dikkate alınması çok dolaylı bir çözüm yolu gibi görünmektedir. Diğer yandan, gerçek kişiler açısından mutad mesken kavramının ifade ettiği anlam ile tüzel kişiler açısından idare merkezi kavramının ifade ettiği anlamların aynı olduğunu söylemek, MÖHUK m. 9 çerçevesinde pek mümkün görünmemektedir. Zira tüzel kişiler açısından idare merkezinin esas alınmasını öngören bu madde, gerçek kişiler açısından vatandaşlık kriterini benimsemektedir. Dolayısıyla, bu iki kavram arasında bu anlamda bir paralellik bulunmamaktadır.

Kanaatimizce, tüzel kişiler açısından, mesleki veya ticari faaliyet gereği kurulup kurulmama ayırımına gidilmeksizin idare merkezi kriterinin esas alınması daha uygun olurdu. Nitekim maddenin esin kaynağını oluşturan Roma Konvansiyonu m. 4/f. 2 hükmünde, tüzel kişiler açısından idare merkezinin esas alınacağı açıkça ifade edilmiştir. Benzer bir hüküm Roma I Tüzüğü'nde de (m.19/f.1) yer almaktadır.

b-İşyeri Kavramının Tespiti

MÖHUK m. 24/f.4, c.2 hükmünde, karakteristik edim borçlusunun mesleki veya ticari faaliyeti kapsamında kurulan sözleşmelerde, onun mutad meskeni yerine, *işyeri* (*place of business*) kriteri esas alınmıştır. Bu kriterin seçiminde, bu tür sözleşmelerde yakın bağlantıyı daha iyi sağlayacak olması; hem gerçek, hem tüzel kişiler için uygulanabilir olması ve yeni birçok uluslararası anlaşmada yer verilen bir kriter olması hususları etkili olmuştur¹⁰⁸.

Bu hükmün gerekçesinde, İş Kanunu'nda tanımlanan, dolayısıyla Türk Hukukuna yabancı olmayan işyeri kavramının tanımına, doktrin ve uygulama tarafından geliştirileceği düşüncesiyle maddede bilinçli olarak yer verilmediği belirtilmiştir.

¹⁰⁸ TEKİNALP, "The Turkish Code", (dn. 52), 329- 330; TEKİNALP, "Bağlama Kuralları", (dn. 8), 350.

İş Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2.maddesinde, işyeri, işveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacıyla kullanılan, maddî olan ve olmayan unsurlar ile işçinin birlikte örgütlendiği birim olarak tanımlanmış, bu mal veya hizmetlerle nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen yerlerin de işyeri olarak kabul edildiği belirtilmiştir.

Diğer yandan, 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 156. maddesi hükmünde işyeri, "*ticari, sınai, zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yer*" olarak tanımlanmış ve örnek olarak, "*mağaza, yazhane, idarehane, imalathane, şube, depo,... inşaat şantiyeleri..*" gibi yerler sayılmıştır.

MÖHUK m. 24'ün gerekçesinde referans yapılan Uluslararası Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (Vienna Konvansiyonu) da uygulama alanını belirlerken işyeri kavramını kullanmış¹⁰⁹, ancak bu kavramın tanımına yer vermemiştir. Doktrinde bu konuda ileri sürülen görüşlerde, işyerinin, sabit ve sürekli olarak iş ilişkilerinin sürdürüldüğü yer olduğu, dolayısıyla geçici olarak faaliyet gösterilen yerlerin işyeri olarak kabul edilemeyeceği; ancak işyerinin varlığından bahsedebilmek için hukuki açıdan bağımsız olmanın veya idare merkezi sıfatı taşımanın zorunlu olmadığı da belirtilmektedir¹¹⁰.

MÖHUK m. 24/ f.4' de kullanılan işyeri kavramı açısından, yukarıda belirtilen üç düzenlemede olduğu gibi, geniş bir şekilde yorum yapılması ve ticari veya sınai bir faaliyetin yürütülmesinde kullanılan bütün birimlerin (fabrika, depo, satış ofisi, merkez, şube gibi) işyeri

¹⁰⁹ 2.4.2009 Tarih ve 5870 Sayılı Kanunla katılmamız uygun bulunan, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'na katılmamız* Bakanlar Kurulu'nca 11.3.2010 tarihinde kararlaştırılmıştır (RG 07.04.2010-27545). Anlaşma, uygulama alanına ilişkin birinci maddesine göre, *işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine uygulanır. Ancak bunun için, bu devletlerin âkit devletler olması veya kanunlar ihtilafı kurallarının âkit bir devletin hukukuna yetki vermesi gerekmektedir.*

¹¹⁰ ERDEM ERCÜMENT, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Vienna Satım Sözleşmesi)*, BATİDER 1992, C. 54, S. 3, 43- 44; ATAMER YEŞİM, *Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı*, İstanbul Barosu Dergisi, 1995, C. 69, S. 10-11-12, 557; TOKER ALİ GÜMRAH, *11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Vienna Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Ankara, 2005, 33- 34.

olarak kabul edilmesi uygun olacaktır.

MÖHUK m. 24/ f.4 hükmünde, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyerinin varlığı halinde *sözleşme ile* en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukukunun esas alınacağı belirtilmiştir. Buna göre, birden fazla işyerinin bulunduğu durumlarda, karakteristik edim borçlusunun mesleki veya ticari faaliyetini yerine getirmesinde diğerlerinde nazaran daha önemli olan, daha ağırlıklı olan işyeri değil; somut sözleşme ilişkisinin kurulması ve ifasında diğer işyerlerine göre daha aktif rol almış olan, dolayısıyla *sözleşme ilişkisinin* daha yakın bağlantılara sahip olduğu işyeri esas alınacaktır. Bu nedenle, söz konusu işyeri her zaman tüzel kişiler açısından idare merkezi ile örtüşmeyebilir; tüzel kişinin şubesi veya satış ofisi eğer sözleşme ilişkisinin kurulması veya ifasında idare merkezine nazaran daha aktif rol almış ise, bu işyerlerinin bulunduğu yerler de yakın bağlantılı işyeri olarak uygulanacak hukukun tespitinde esas alınabilir.

Yakın bağlantılı işyerinin tespiti konusunda Roma Konvansiyonu m. 4/f.2 hükmünde daha somut kriterlere yer verilmiş ve sözleşmeye, profesyonel tarafın *asıl işyerinin (principal etablissement)* bulunduğu ülke hukukunun, *karakteristik edimin asıl işyeri dışında bir işyeri tarafından sağlandığı durumlarda ise bu işyerinin bulunduğu* ülke hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Buna göre, örneğin satım sözleşmesi, asıl işyeri ile kurulmuş olsa dahi, mallar farklı bir ülkede bulunan işyerinden gönderilecekse, sözleşme malları teslim edecek olan işyerinin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacaktır¹¹¹. Roma I Tüzüğü'nde de (m. 19/f.2), sözleşmenin bir şubenin veya acentanın veya başka bir işyerinin işletilmesi çerçevesinde kurulduğu veya edimin bu işyerleri tarafından temin edileceğinin sözleşmede öngörüldüğü durumlarda, bu işyerlerinin bulunduğu yerin mutata mesken olarak kabul edileceği ve o yer hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi, her iki düzenlemede de, sözleşmenin kuruluşunda veya sözleşmede kararlaştırılan edimin yerine getirilmesinde ağırlıklı rol almış olan işyeri esas alınmaktadır.

Kanaatimizce, birden çok işyerinin varlığı halinde, sözleşmenin kurulmasında muhatap olarak alınan, müzakerelerin kendisi ile yürütüldüğü işyerini yakın bağlantılı işyeri olarak kabul etmek; eğer sözleşmede karakteristik edimin başka bir işyeri tarafından temin edileceği

¹¹¹ LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 309.

belirtilmiş veya alıcı böyle bir durumu öngörebilecek durumda ise bu işyerini esas almak uygun olacaktır.

3-Karakteristik Edime Dayanan Kuralın İstisnası Olarak “Daha Yakın Bağlantı” Kriteri

5718 Sayılı MÖHUK m.24/f.4 hükmünde, karakteristik edime dayanan kuralın yer aldığı ikinci cümleden sonra yer verilen son cümlede, “...Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.” hükmüne yer verilmiştir.

Bu hüküm, karakteristik edime dayanan objektif kriterin, kanunlar ihtilafı adaletini sağlayamadığı durumlarda, bu adaleti yerine getirmek amacıyla öngörülmüştür¹¹².

Doktrinde, bu cümlenin karakteristik edimin tespit edilemediği sözleşmelerde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde esas alınması gerektiği yönündeki tespitlere¹¹³ katılmak mümkün görünmemektedir. Kanaatimizce, yukarıda da belirtildiği gibi, karakteristik edimin tespit edilemediği sözleşmeler açısından dördüncü fıkranın ilk cümlesinde yer alan sıkı bağlantı kriterinin esas alınması gerekmektedir. “Daha yakın” bağlantı, üçüncü cümle uyarınca karakteristik edimin tespit edildiği, ancak bu edime dayanarak belirlenen hukukun sözleşme ile yakın bağlantılara sahip olmadığı durumlarda işlev görececek bir istisna kuralı olarak yorumlanmalıdır. Nitekim maddenin hazırlanmasında esin kaynağı olan Roma Konvansiyonu m. 4 hükmü açısından da yapılan değerlendirmeler bu yöndedir¹¹⁴.

Bu hüküm uyarınca sözleşmenin daha sıkı ilişkili olduğu hukukun tespitinde, sözleşmenin dili, ifa yeri, kuruluş yeri, tarafların ortak mutad meskenlerinin veya yerleşim yerlerinin bulunduğu yer, yetki sözleşmesinin varlığı gibi kriterler dikkate alınabilir¹¹⁵. Bu kriterlerden hiç biri tek başına daha yakın bağlantıyı tespit etmek için kullanılamaz; ancak birden fazlası aynı hukuku gösteriyorsa böyle bir sonuca ulaş-

¹¹² TEKİNALP, “The Turkish Code”, (dn. 52), 331; TEKİNALP, “Bağlama Kuralları”, (dn. 8), 351; ÇELİKEL-ERDEM, (dn. 8), 338.

¹¹³ NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 322.

¹¹⁴ LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 36.

¹¹⁵ TEKİNALP, “Bağlama Kuralları”, (dn. 8), 351; NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 316.

mak mümkün olabilir¹¹⁶.

D-Roma Konvansiyonu'nun Uygulanmasında Yakın Bağlantı ve Karakteristik Edime Dayanan Kural Arasındaki İlişkiden Kaynaklanan Sorunlar

Roma Konvansiyonu m. 4'de yer alan üç aşamalı kuralın (yakın bağlantı-karakteristik edim-daha yakın bağlantı) yorumu, özellikle karakteristik edim kriterine dayanan kuralın niteliği konusunda gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında farklı görüş ve uygulamalar gelişmiştir.

Bazı görüşlere göre, karakteristik edim kriterine dayanan kural, basit bir rehber niteliğinde olup mahkemeler açısından bağlayıcı değildir¹¹⁷. Dolayısıyla, uygulanacak hukukun tespitinde 2. fıkrada yer alan karinenin kullanılmasına gerek kalmadan doğrudan yakın bağlantı kriterine dayanan istisna hükmünün ("*escape clause*") esas alınması daha doğru olacaktır¹¹⁸.

Diğer görüşler ise, m.4/f.2' de yer alan karinenin, sözleşmenin en sıkı bağlantılı olduğu hukuku gösterdiğini; bu karinenin, sözleşmenin unsurlarının iki veya daha fazla ülke ile bağlantılı olduğu birçok durumda, uygulanacak hukukun kesin olarak tespitine imkân verdiği¹¹⁹; maddenin son fıkrasında yer alan istisna hükmünün sadece karakteristik edim borçlusunun mutat meskeninin gerçek bir bağlantıyı ortaya koyamadığı, sözleşmenin bütününden başka bir ülkenin daha yakın bağlantılara sahip olduğunun anlaşıldığı istisnai durumlarda uygulanması gereken bir kural olduğu kabul edilmektedir¹²⁰. Bu görüşte olan yazarlar, daha yakın bağlantıya dayanan istisna kuralının çok

¹¹⁶ NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 316.

¹¹⁷ BONOMI, "*Conversion of the Rome Convention*", (dn. 53), 73, dipnot 56' da referans yapılan yazarlar.

¹¹⁸ BONOMI, "*Conversion of the Rome Convention*", (dn. 53), 73; LAGARDE, "*Convention de Rome*", (dn. 8), 310, dipnot 66' dan naklen.

¹¹⁹ LAGARDE, "*Convention de Rome*", (dn. 8), 310.

¹²⁰ BONOMI, "*Conversion of the Rome Convention*", (dn. 53), 73' den naklen; KESSEDJIAN, (dn. 5), 120; LEIN, "*Regulation*", (dn. 32), 402- 403; WILDERS-PIN, (dn. 60), 265-266; LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 36. Konvansiyonun Tüzük haline getirilme çalışmaları esnasında hazırlanan Yeşil Kitap'ta Konvansiyonun lafzı ve ruhuna uygun olan yorumun bu olduğu belirtilmiştir ("*Yeşil Kitap*", (dn. 54), paragraf 3.2.5.3).

ender durumlarda ve bilinçli olarak uygulanması gerektiğini; özellikle hâkimlere *lex fori* nin uygulanması konusunda geniş takdir yetkisi veren bu kuralın sık kullanılmasının, ikinci fıkrada yer alan karine- nin engellemeye çalıştığı öngörülemezlik sonucuna¹²¹ ve uygulanacak hukuku belirleyen asıl hükmün (1. ve 2. fıkralarda yer alan) bertaraf edilmesine yol açabileceğini¹²² belirtilmişlerdir.

Doktrinde yer alan bu görüş farklılıkları mahkeme kararlarına da yansımış, özellikle İngiliz ve Kara Avrupası ülkelerinin mahkemeleri arasında yorum farklılıkları ortaya çıkmıştır. Avrupa ülkeleri, kuralı uygularken öncelikle karineyi esas almışlar ve sözleşmenin ağırlık merkezinin başka bir hukukta olduğu istisnai durumlarda sözleşmenin yakın bağlantılı olduğu hukuku araştırmışlardır¹²³. İngiliz mahke-

¹²¹ “Yeşil Kitap”, (dn. 54), paragraf 3.2.5.2; LEIN, “Synergy”, (dn. 32), 185.

¹²² LEIN, “Synergy”, (dn. 32), 185.

¹²³ KESSEDJIAN, (dn.5), 120; “Yeşil Kitap”, (dn. 54), paragraf 3.2.5.2; WILDERS- PIN, (dn. 60), 265- 266; LANDO-NIELSEN, (dn.32), s. 36; LEIN, “Regulation”, (dn. 32), 403; BONOMI, “Conversion of the Rome Convention”, (dn. 53), 71.

Yeşil Kitapta da alıntı yapılan Hollanda Yüksek Mahkemesinin bir kararında (*Nouvelles des Papeteries de l’Aa ve BV Machinenfabriek BOA*, 25 septembre 1992), karakteristik edimin tespit edildiği durumlarda 2. fıkrada yer alan kuralın uygulanması gerektiği ve 5. fıkrada yer alan kuralın çok sınırlı olarak yorumlanması gerektiği; 2.fıkrada yer alan kuralın ancak, özel veriler ışığında, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu ülkenin bağlama unsuru olarak gerçek bir değer ifade etmemesi halinde (*no real value as a connecting factor*) uygulanması gerektiği belirtilmiştir (“Yeşil Kitap”, (dn. 54), dipnot 51). Kararda, Hollandalı satıcı, Fransız alıcıya makine satmıştı. Sözleşme müzakereleri Fransa’da yapılmış, satış bedeli Fransız Frankı olarak belirlenmiş, satıcı makineleri Fransa’da teslim ve monte etmişti. Sözleşmenin Hollanda yerine Fransa ile daha yakın bağlantılara sahip olduğu, dolayısıyla, Konvansiyon m.4/f.5’deki istisna kuralı gereği Fransız Hukukunun uygulanması gerektiği halde, Mahkeme, 2.fıkradaki karineyi esas alarak Hollanda Hukukunun uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Mahkemenin, bu şekilde, öngörülebilirliği sağlamak için karineyi çok katı bir kural olarak yorumladığı belirtilmiştir (LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 36).

^{Fransız} mahkemeleri de, yakın bağlantı kriterinin uygulanmasından önce karinelere başvurulması gerektiğini kabul etmişler; ancak Yargıtay Ticaret Dairesi (*Chambre Commerciale*), 2003 yılında verdiği bir kararda, taraflar arasında hukuk seçimi yapılmayan durumlarda, uygulanacak hukukun m.4/f.5 hükmünde yer alan daha yakın bağlantı kriterine göre belirlenmesi gerektiğine karar vererek o ana kadar Fransız mahkemelerinin yapmış olduğu yorumdan farklı bir sonuca ulaşmıştır. Ancak aynı daire, 2006 yılında verdiği bir kararında, önceki uygulamalara paralel bir yorum yapmıştır (KESSEDJIAN, (dn. 5), 118, dipnot 36’dan naklen).

meleri ise *common law* geleneğinin etkisiyle, karineye hiç başvurmadan, doğrudan yakın bağlantı kriteri çerçevesinde uygulanacak hukuku tespit etmişlerdir¹²⁴.

Doktrinde, mahkeme kararları arasında görülen bu farklılıkların son yıllarda ortadan kalkmaya başladığı ve mahkemelerin, maddede öngörülen karinenin kolaylıkla bertaraf edilmemesi ve ancak, sözleşmenin bu karine uyarınca belirlenen hukuka göre başka bir hukuk ile çok daha sıkı bağlantılara sahip olduğu durumlarda bertaraf edilebilmesi gerektiği konusunda kararlar verdikleri ifade edilmiştir¹²⁵.

Roma Konvansiyonu m. 4 hükmünde karakteristik edim kavramının tanımlanmaması da, Birlik üyesi ülkelerin mahkemelerinin, karakteristik edimin tespiti konusunda, uygulanacak hukukun öngörülebilirliğine zarar verecek şekilde, geniş bir takdir yetkisinden yararlanmalarına yol açmıştır¹²⁶.

E-Roma I Tüzüğü Çerçevesinde Objektif Olarak Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk

1-Katı Kural Yöntemi

Roma I Tüzüğü'nün 4.maddesinde, objektif olarak sözleşmeye uygulanması gereken hukuk düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, Roma Konvansiyonu m. 4/f.1 ve f. 2 hükümlerinde yer alan, sözleşmeye en yakın bağlantılı olduğu hukukun uygulanmasını öngören hükme ve bu hukukun tespitine yönelik karineye yer verilmemiş¹²⁷; onun yerine,

¹²⁴ Bir İtalyan mahkeme kararında da İngiliz mahkemelerinin bu uygulamalarına paralel bir değerlendirme yapılmıştır. İtalyan *Corte di cassazione* tarafından verilen, 10.3.2000 tarihli karara konu olan uyuşmazlıkta, satım sözleşmesinde, satıcı, mal teslimi yanında onun montajını da üstlenmişti. İtalyan mahkemesi, karineyi tamamen ihmal ederek (ki uygulasa idi, Alman satıcının merkezinin bulunduğu yer olarak Alman Hukukunun uygulanması gerekecekti) en yakın bağlantı kriterine dayanarak İtalyan Hukukunu uygulamıştır (BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 71, dipnot 51' den naklen).

¹²⁵ WILDERSPIN, (dn. 60), 266. Yazar İngiliz, İskoç ve Fransız mahkemeleri tarafından verilen üç kararı bu çerçevede örnek olarak (dipnot 36'da) belirtmektedir (*Ennstone Building products v Stanger* (2002) *EWCA Civ* (İngiliz); *Caledonia Subsea v Microperi* (İskoçya); *Danzas&Westra v Tapiola* (Fransa).

¹²⁶ BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 71.

¹²⁷ İsviçre'de, birçok ABD eyaletinde ve Avusturya'da uygulanan yakın bağlantı

farklı sözleşme tipleri için uygulanması gereken hukuk objektif kriterlerle belirlenmiştir.

Buna göre, mal satımına ilişkin sözleşmelere satıcının mutata meskeni hukuku; hizmet sağlanmasına ilişkin sözleşmelere hizmet sağlayanın mutata meskeni hukuku; taşınmaz üzerinde aynı bir hakka veya taşınmaz kirasına ilişkin sözleşmelere taşınmazın bulunduğu yer hukuku (d bendinde belirtilen istisnai durum dışında); franchise sözleşmelerine franchise alanın (franchisé) mutata meskeni hukuku; distribütörlük sözleşmelerine distribütörün mutata meskeni hukuku; açık artırma ile satışlara, belirlenebildiği takdirde, artırmanın yapıldığı yer hukuku; finansal araçların satışına imkân veren çok taraflı sistemler (menkul kıymet borsaları gibi) bünyesinde kurulan alım satım sözleşmelerine ise bu sistemin bağlı olduğu hukuk uygulanır.

Görüldüğü gibi, Tüzük, bazı sözleşmeler açısından Roma Konvansiyonu tarafından kullanılan karakteristik edim kriterini muhafaza etmiştir. Gerçekten de, Tüzük'ün 4. maddesinde yer alan, satım sözleşmesine satıcının, hizmet sözleşmesine hizmet sunan tarafın mutata meskeninin uygulanacağına dair hükümler, her ne kadar maddede karakteristik edim kavramından bahsedilmese de, aslında Roma Konvansiyonu'nda yer alan ve sözleşmeyi, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kurulduğu sırada mutata meskeninin bulunduğu yer hukukuna tâbi tutan hükmün özel görünümüdür¹²⁸. Zira Roma Konvansiyonu'nun uygulanmasında, satım sözleşmesinde satıcının,

kriterinin Roma Tüzüğü'nde terk edilmesini ve köklü bir değişiklik yapılmasını gerektiren bir sebebin bulunmadığı gerekçesiyle yapılan eleştiriler hakkında bkz. LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 38. Diğer yandan, Roma Konvansiyonu'nda ve İsviçre MÖHK' da yer alan yakın bağlantı kriterinin, birçok düzenlemede (*CIDIP Convention of Mexico of 1994*; Amerikan *Second Restatement on Conflict of Laws* paragraf 188) etkili olduğu; bu kriterin, ileride sözleşmeler hukuku alanında birleştirme çalışmalarında önemli bir rol oynayacağı; oysa karakteristik edim kavramının, Avrupa ülkeleri dışında pek bilinen bir kavram olmadığı, bu kavrama dayanarak yeknesak bir sistem oluşturulmasının mümkün olmadığı da eleştiri olarak ileri sürülmüştür (BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 75).

¹²⁸ KESSEDJIAN, (dn. 5), 121; WILDERSPIN, (dn. 60), 266; LAGARDE- TENENBAUM, (dn. 37), 741; BONOMI, (dn. 30) "some remarks", 174. Tüzük'ün m.19/ f.3 hükmü, mutata meskenin sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla esas alınmasını öngördüğünden, Roma Konvansiyonundaki açıklık bu şekilde sağlanmış olmaktadır.

hizmet sözleşmesinde hizmet gören tarafın karakteristik edim borçlusu olduğu kabul edilmişti¹²⁹.

Ancak, Roma Konvansiyonu'nun Tüzük haline dönüştürülmesi aşamasında ileri sürülen, karakteristik edimin Tüzük metninde açıkça belirtilmesi, böylece bu edimin tespitine yönelik tartışmaların ve belirsizliklerin giderilmesi yönündeki görüşler çerçevesinde, hangi edimin karakteristik olduğu açıkça belirtilmiştir¹³⁰. Özellikle karakteristik edimin tespiti konusunda farklı uygulama ve yorumların bulunduğu distribütörlük ve *franchise* sözleşmeleri açısından, bu farklılıklar giderilmiş ve distribütörün ve *franchise* alanın mutata meskenlerinin bulunduğu ülke hukuklarının uygulanacağı öngörülmüştür (m. 4/ f. 1, e ve f bentleri)¹³¹.

¹²⁹ FRANCQ, (dn.22), 57; KESSEDJIAN, (dn. 5), 122, dipnot 43. Karakteristik edim borçlusunun mutata meskeni kriterinin Tüzükte muhafaza edilmesi lehine olarak, bu kriterin şimdiye kadarki uygulamasının onun uygun bir kriter olduğunu gösterdiği; bu kriterin, en azından taraflardan birisinin iyi bildiği, diğeri açısından da sürpriz olmayan bir hukukun uygulanmasına yol açacağı, diğer yandan, sözleşmede daha aktif konumda olan ve ediminin ifası daha karmaşık ve riskli olan, mal veya hizmet ihraç eden tarafın lehine bir düzenleme olduğu belirtilmiş; böyle bir kanunlar ihtilafı kuralı ile Avrupa Birliği Hukukunun amacı ve felsefesine, özellikle mal ve hizmetlerin serbest dolaşımını amacına uygun bir düzenleme yapılmış olacağı belirtilmiştir (BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 74).

¹³⁰ BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 72. Avrupa Uluslararası Özel Hukuk Grubu (GEDIP/EGPIL) da, Konvansiyonda yer alan karineye dayanan kuralı daha da güçlendirmek, böylece öngörülebilirliği artırmak üzere Tüzükte, çok sık kullanılan sözleşmeler için karakteristik edimi belirleyen katalog hükme yer verilmesini önermiştir. Grup, önerisinde kendisi bir liste oluşturmamış; ancak, özellikle, distribütörlük, *franchise*, telif haklarının devri gibi sözleşmelerde karakteristik edimin tespiti konusunda tereddütlerin yaşandığını belirterek, bu konularda düzenleme getirilmesini önermiştir (*Troisième commentaire consolidé des propositions de modification des articles 1^{er}, 3,4,5,6,7,9,10bis, 12 et 13 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et de l'article 15 du Règlement 44/2001/CE (Règlement « Bruxelles I »*), <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-21cc.html>).

¹³¹ WILDERSPIN, (dn. 60), 266. Distribütörlük sözleşmeleri açısından Fransız içtihadında, 2001 yılından beri neredeyse istikrar kazanmış olan uygulamanın bu kuralın tam tersine olduğu belirtilmektedir (KESSEDJIAN, (dn.5), 125; LAGARDE- TENENBAUM, (dn. 37), 741). Tüzük Tasarında bu hükmün gerekçesi olarak, distribütörün ve *franchise* alanın sözleşmede zayıf konumda olan taraf oldukları, bu nedenle onların mutata meskenlerinin esas alındığı

Ancak, Tüzük m.4/f.1'de yer alan kurallardan bir kısmında karakteristik edim yerine yakın bağlantı kriterinin esas alındığı görülmektedir. Örneğin, taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde, satıcı veya kiraya veren tarafın mutat meskeni yerine, taşınmazın bulunduğu; artırma ile satışlara artırmanın yapıldığı; finansal araçların satışına imkân veren çok taraflı sistemler bünyesinde kurulan alım satım sözleşmelerine (menkul kıymet borsaları gibi) ise bu sistemin tâbi olduğu hukukun uygulanmasını öngören kurallarda böyle bir özellik bulunmaktadır¹³².

Tüzük'ün m.4/f.1 hükmünde sayılmayan (fikri mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmeler¹³³ veya online açık artırma ile sözleşmeler gibi) veya bu hükümde sayılan unsurlardan birkaçını bünyesinde barındıran, dolayısıyla birden fazla karakteristik edimin bulunduğu karma sözleşmeler (satım ve hizmet edimleri gibi) açısından¹³⁴ uygulanması gereken hukuk, karakteristik edim borçlusunun mutat meskeninin bulunduğu ülke hukukudur (m. 4/f.2)¹³⁵.

ifade edilmişti (KESSEDJIAN, (dn. 5), 124; LAGARDE- TENENBAUM, (dn. 37), 741; BONOMI, "some remarks", (dn. 30), 174). Bu gerekçenin, doktrinde pek de ikna edici bulunmadığı, bu nedenle Tüzük'ün başlangıç hükümlerine alınmadığı belirtilmektedir (LAGARDE- TENENBAUM, (dn. 37), 741). Distribütörlük sözleşmelerinde karakteristik edimin tespiti hakkında ileri sürülen görüşler için bkz. DEMİR GÖKYAYLA, (dn.5), 368 vd.

¹³² BONOMI, "some remarks", (dn. 30), 174.

¹³³ Tüzük Tasarısında yer alan, fikri mülkiyete ilişkin sözleşmeleri, bu hakları devreden tarafın mutat meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tâbi tutan hüküm, *franchise* ve distribütörlük sözleşmelerine ilişkin hükümlerle çelişkiye yol açabileceği düşüncesiyle, Tüzüğe alınmamıştır. Bu durumda, bu sözleşmeler dışında kalan fikri mülkiyete ilişkin sözleşmelerde Tüzük m.4/f.2'de yer alan karakteristik edim borçlusunun mutat meskeni kriterinin esas alınması gerekecektir ki sonuç yine devredenın mutat meskeninin bulunduğu ülke hukuku olacaktır (LAGARDE- TENENBAUM, (dn. 37), 739). Diğer yandan, çok karmaşık ve çeşitli olabilen bu sözleşmelere uygulanması gereken hukukun sıkı bağlantı kriterine göre belirlenmesinin daha uygun olacağı da belirtilmektedir (FRANCQ, (dn. 22), 59).

¹³⁴ FRANCQ, (dn. 22), 58; KESSEDJIAN, (dn. 5), 122.

¹³⁵ Bu düzenleme ile ilgili olarak, ilk fıkrada yer alan basit sözleşmeler açısından uygulanması gereken hukukun Konvansiyon döneminde de çok fazla soruna yol açmadığı, asıl sorunun karma veya birbiriyle bağlantılı sözleşmeler olduğu, bu tür sözleşmeler açısından Tüzükte yer alan hükümlerin Konvansiyona nazaran daha açık veya kesin bir düzenleme getirmediği belirtilmektedir (WILDERSPIN, (dn. 60), 267). Karma sözleşmeler açısından Roma Konvansiyonu m. 4/f.1, son cümle ile hâkime tanınmış olan, sözleşmenin birbirinden ayrılabilen kısımlarına farklı hukuk sistemlerinin uygulanmasını sağlama

Bu şekilde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde herhangi bir karineye yer verilmeden, ilk fıkrada belirlenen sözleşme kategorileri açısından uygulanacak hukukun sabit bir şekilde belirlenmesi, ikinci fıkrada ise sözleşmeye uygulanacak hukukun karakteristik edim borçlusunun mutata meskeni hukuku olduğunun açıkça belirtilmesi suretiyle Roma Konvansiyonu açısından ortaya çıkan, karinenin niteliği konusundaki yorum ve görüş farklılıkları engellenmiş olmaktadır¹³⁶. Böylece, uyuşmazlıkların daha çabuk çözümlenmesi, hukuki güvenliğin ve öngörülebilirliğin daha iyi sağlanması¹³⁷ ve tüm üye devlet mahkemelerinde uygulanması gereken hukukun tespitinde yeknesaklık sağlanması¹³⁸ mümkün olabilecektir.

2-İstisna: Yakın Bağlantı Kuralı

Roma I Tüzüğü' nün ilk iki fıkrasında belirtilen objektif kriterlere göre belirlenen hukukun her halükarda uygulanmasını sağlamak ve dolayısıyla, Roma Konvansiyonu' na nazaran daha katı bir kural elde etmek için Konvansiyon'da (m.4/ f. 5) yer alan istisna hükmünün tamamen

imkânı Tüzük ile ortadan kaldırılmış, sözleşmenin tamamına tek bir hukukun uygulanması öngörülmüş bulunmaktadır (LAGARDE- TENENBAUM, (dn. 37), 742). Tüzük m.4/f.2 hükmünün, birden fazla sözleşmeden oluşan grup sözleşmelere uygulanmayacağı, bu tür sözleşmelere uygulanacak hukukun, 3.fıkrada yer alan sıkı bağlantı kriterine göre belirlenmesi gerektiği; diğer yandan niteliği gereği birden fazla karakteristik edim içeren karma sözleşmeler açısından da karakteristik edim yerine yakın bağlantı kriterinin esas alınmasının daha uygun olacağı hakkında bkz. KESSEDJIAN, (dn. 5), 122.

¹³⁶ Nitekim Konvansiyonun Tüzük haline dönüştürülmesi çalışmaları sırasında, Konvansiyonda yer alan yakın bağlantı kriteri ile karakteristik edim arasında bağlantıyı sağlayacak ifadeler de yer verilmesi ve bu bağlamda maddeye, "sözleşme, karakteristik edim borçlusunun mutata meskeni veya idare merkezi ile en yakın bağlantılara sahiptir" şeklinde bir ifade konulması gerektiği; böylece, karinenin anlamı konusundaki tartışmaların bertaraf edileceği ve burada sadece mahkemelere yol gösterici rehber niteliğinde bir kuralın değil gerçek bir kuralın bulunduğu açıkça ortaya konulmuş olacağı vurgulanmıştır (BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 76).

¹³⁷ FRANCO, (dn. 22), 57-58; LEIN, "Regulation", (dn. 32), 403; LEIN, "Synergy", (dn. 32), 184; LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 37-38; BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 73- 74. Nitekim Tüzük' ün başlangıç hükümlerinde (paragraf 6), uyuşmazlıkların çözümünde öngörülebilirliğin ve uygulanacak hukuk konusunda güvenin sağlanabilmesi için davanın açıldığı ülke hangisi olursa olsun aynı hukukun yetkili kılınması gerektiği belirtilmiştir.

¹³⁸ KESSEDJIAN, (dn. 5), 121.

kaldırılması gerekip gerekmediğine yönelik tartışmalar sonunda, bu hükmün muhafaza edilmesine karar verilmiş, böylece Tüzük m. 4/f.3'de, yakın bağlantı kriterine dayanan bir istisna kuralına yer verilmiştir¹³⁹.

Buna göre, somut olayın koşulları, sözleşmenin, ilk iki paragrafa göre belirlenen ülkeye nazaran başka bir ülke ile açıkça daha sıkı bağlantılara sahip olduğunu gösterirse, bu hukuk uygulanır (m. 4/f.3). Ancak, Konvansiyon' dan farklı olarak, doktrinde ileri sürülen görüşler çerçevesinde, bu hükmün gerçekten istisnai olduğunu ve genel kuralın bertaraf edilmesine ancak zorunlu hallerde imkân verdiğini vurgulamak üzere, objektif kritere göre belirlenen hukuka nazaran başka bir ülke ile olan bağlantıların "açıkça" (*manifestement*) daha fazla olması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁰. Böylece, her ne kadar Tüzük' de, Roma Konvansiyonu'nda yer alan yakın bağlantı kriterine yer verilmişse de, bu küçük ifade değişikliği ile istisna hükmünün kötüye kullanılmasının önlenmesi ve Birlik üyesi ülkelerde yeknesaklığın ve öngörülebilirliğin daha iyi sağlanması istenmiştir¹⁴¹.

¹³⁹ LEIN, "Synergy", (dn. 32), 185. Tüzük Tasarısında, Roma Konvansiyonu m. 4/ f.5' de yer alan ve hâkimin, objektif kritere göre belirlenen hukuka göre daha sıkı bağlantılara sahip olan hukuku uygulamasına imkân veren istisna hükmü kaldırılmıştı. Ancak, doktrinde bu istisna hükmünün tekrar kabul edilmesi yönünde ileri sürülen eleştiriler üzerine bu hüküm Tüzük metnine dâhil edilmiştir (FRANCQ, (dn. 22), 59).

¹⁴⁰ LAGARDE- TENENBAUM, (dn. 37), 738; FRANCQ, (dn. 22), 59; BONOMI, "some remarks", (dn. 30), s.175- 176; LEIN, "Synergy", (dn. 32), 185. Komisyon teklifinde bulunmayan, sonradan ilave edilen 3.fikradaki istisna hükmünün, uygulanacak hukukun tespiti konusunda esneklik sağlayacağı bu nedenle yerinde olduğu hakkında bkz. WILDERSPIN, (dn. 60), 266; BONOMI, "some remarks", (dn. 30), 175.

Tüzükte yer alan istisna kuralının, Roma Konvansiyonuna nazaran karineye dayanan kuralın bertaraf edilmesini daha güç hale getirdiği, ancak, aynı sonucun, Konvansiyon m. 4/ paragraf 5 hükmüne "açıkça" kelimesi ilave edilerek elde edilmesinin mümkün olabileceği belirtilmiştir (WILDERSPIN, (dn. 60), 267).

¹⁴¹ BONOMI, "some remarks", (dn. 30), 176. Konvansiyonun Tüzük haline getirilme çalışmaları sırasında, m.4/f.5'de yer alan istisna hükmünün *rolünü önemli ölçüde azaltacak* bir formül üzerinde durulması; bu bağlamda İsviçre MÖHK m. 15'de yer alan istisnai hükümden yararlanılması önerilmiştir. Bu hükümde, kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuk ile bağlantıların çok zayıf olması ve başka bir hukuk ile çok daha sıkı bağlantının varlığı gibi iki ayrı koşul arandığından, İsviçre mahkemeleri bu hükmü uygulama konusunda çok temkinli davranmakta ve gerçekten istisnai koşulların varlığı halinde bu hükmü başvurmaktadırlar (BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 75-76' dan naklen).

Bu fıkranın uygulanabilmesi için, sözleşmenin 1. ve 2. fıkraya göre belirlenen hukuklara göre başka bir hukuk ile daha yakın bağlantılara sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla, ilk iki fıkraya göre belirlenen hukuk ile 3. fıkraya göre belirlenen hukukun karşılaştırılması ve bu son fıkraya göre belirlenen hukuk ile bağlantıların “açıkça” daha fazla olması gerekmektedir¹⁴². Örneğin, karakteristik edim borçlusunun işyerinin *offshore* bir ülkede bulunduğu, sözleşme ile başka hiçbir bağlantısının bulunmadığı veya sözleşme yapıldığı tarihteki mutlak meskenin veya idare merkezinin karşı tarafça bilinmediği durumlarda bu istisna hükmü uygulama alanı bulacaktır¹⁴³.

Roma Konvansiyonu’na nazaran, istisna kuralının daha sınırlı hallerde uygulanmasını sağlayacak bu düzenlemelere rağmen, bu kuralın da, Konvansiyon’daki hüküm gibi hâkimin takdir yetkisine tâbi olarak uygulama alanı bulacağı, ancak hâkimin, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı’nın hangi hallerde yakın bağlantının bulunduğunu tespit eden kararlarından yararlanabileceği¹⁴⁴; Divanın yorumlama yetkisinin, Tüzük’ün yeknesak uygulanmasını sağlayacağı belirtilmektedir¹⁴⁵.

Doktrinde, Tüzük ile Roma Konvansiyonu m.5’in yapısında gerçekleştirilen bu önemli değişiklikler yerine, hükmün korunması ve sadece f.4 hükmünde yer alan istisna hükmünün yol açtığı belirsizlik sakıncasının giderilmesi için, bu hükmün uygulanacağı koşulların sıkı bir şekilde belirlenmesi ve sözleşmenin, karinenin belirlediği hukuka nazaran başka bir ülke ile önemli ölçüde yakın (*substantially closer connection*) bağlantılara sahip olduğu durumlarda uygulanacağına dair açık bir hükmün konulmasının yeterli olacağı belirtilmektedir¹⁴⁶.

¹⁴² KESSEDJIAN, (dn. 5), 123.

¹⁴³ BONOMI, “*Conversion of the Rome Convention*”, (dn. 53), 76.

¹⁴⁴ LEIN, “*Synergy*”, (dn. 32), 186 ve dipnot 40.

AT Anlaşması (EC-Treaty), üye devletlerin son yargı mercilerine, Birlik mevzuatının yorumu konusunda Adalet Divanı’na başvurma yetkisi tanımaktadır. Dolayısıyla, Adalet Divanı, Tüzük’ün yorumlanması konusunda yetkili makamdır. Roma Konvansiyonu’nun yorumlanması konusunda Divan’a aynı yetkiyi veren 1. Protokol, ancak 2007 yılında yürürlüğe girebilmiştir (LEIN, “*Synergy*”, (dn. 32), 193- 194 ve BONOMI, “*Some remarks*”, (dn. 30), dipnot 9’ dan naklen).

¹⁴⁵ BONOMI, “*some remarks*”, (dn. 30), 167.

¹⁴⁶ LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 38; WILDERSPIN, (dn. 60), 266.

3-İkinci İstisna Kuralı

Tüzük'ün 4.maddesinin son fıkrasında bir istisna kuralı daha bulunmaktadır. Buna göre, uygulanacak hukukun 1. ve 2.fıkralara göre belirlenemediği durumlarda, sözleşmeye en sıkı bağlantılara sahip olduğu ülke hukuku uygulanır.

Boşluk doldurmaya yönelik olan¹⁴⁷ bu son kuralın uygulanabilmesi için sözleşmeye uygulanacak hukukun 1. ve 2. fıkralara göre belirlenememiş olması yeterli olmaktadır¹⁴⁸. Buna göre, maddenin ilk fıkrasında sayılan sözleşmeler dışında kalan ve 2. fıkrada belirtilen karakteristik edim kriterinin de uygulanmadığı sözleşmelerde, uygulanacak hukukun bu son hükme göre belirlenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, karakteristik edimin belirlenemediği sözleşmeler (*joint-venture*, bazı lisans sözleşmeleri, takas gibi) açısından uygulama alanı bulacak olan bu kural gereğince hâkim, sözleşmesel ilişki ile bağlantılı olan ülkeler arasındaki bağlantıların ağırlığını ve sayısını hesaplayarak en yakın bağlantılara sahip olan ülkeyi tespit edecektir¹⁴⁹.

III. Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Müdahalesi

A-Uygulanması Gereken Doğrudan Uygulanan Kuralların Ait Olduğu Hukuk Sistemlerinin Belirlenmesi

Doğrudan uygulanan kurallar, devletlerin, ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları, özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm

¹⁴⁷ WILDERSPIN, (dn. 60), 267.

¹⁴⁸ KESSEDJIAN, (dn. 5), 123. Bu nedenle, uygulamada, hâkimlerin, 3. fıkradaki istisna hükmünün uygulanması için gerekli olan daha yakın bağlantının varlığını tespit etme gereğine nazaran daha çabuk uygulanma imkânı veren 4. fıkradaki karineyi uygulayacakları; her iki istisna hükmünün uygulanması halinde ulaşılan sonucun aynı olacağı; iki istisna hükmünün üye devlet mahkemelerinde farklı yorumlanacağı, dolayısıyla öngörülebilirlik amacının elde edilemeyeceği; ikinci fıkradaki istisna hükmünün tamamen (Tasarı halinde iken) kaldırılması ve sadece üçüncü fıkrada yer alan istisna kuralının muhafaza edilmesinin uygun olacağı belirtilmiştir (KESSEDJIAN, (dn. 5), 122- 123).

¹⁴⁹ BONOMI, "some remarks", (dn. 30), 175.

uyuşmazlıklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar olarak tanımlanabilir¹⁵⁰.

2675 Sayılı Kanun'da doğrudan uygulanan kurallar düzenlenmemişken, 5718 Sayılı Kanun iki farklı maddede bu kurallarla ilgili hükümlere yer vermiştir. Bunlardan ilki, Kanun'un "Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kuralları" başlıklı 6. maddesinde; ikincisi ise "Doğrudan uygulanan kurallar" başlıklı 31. maddesinde yer almaktadır.

Kanun'un genel hükümleri arasında yer alan 6. maddedeki düzenlemenin, sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından da uygulama alanı bulacağı açıktır. Dolayısıyla 24. maddeye göre belirlenen sözleşmeye uygulanacak hukuk yabancı bir hukuk olsa dahi, o sözleşme ile ilgili olarak Türk Hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kural niteliğindeki hükümlerin mahkemece dikkate alınması ve bu hükümler çerçevesinde karar verilmesi zorunludur.

Zira bu kurallar, ait oldukları devletler açısından o kadar önemlidirler ki, kendileri açısından belirli bağlantılara sahip olan uyuşmazlıklara, sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun uygulanırlar¹⁵¹. Kendi hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının bulunduğu durumlarda, hâkim, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuku araştırmadan ve bu hukukun uygulanması halinde doğacak sonuçları kendi hukukunun temel değerlerine aykırılık açısından değerlendirmeden, söz konusu kuralları doğrudan uygular¹⁵².

Diğer yandan, hâkimin, Türk Hukuku dışında kalan, yabancı hukuk sistemlerinin doğrudan uygulanan kural niteliğindeki kurallarını da

¹⁵⁰ FRANCESKAKIS Ph., *Quelques précisions sur le "lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois*, Rev.Cr.DIP, 1966/I, (s. 1-18), s. 13; FRANCESKAKIS Ph., *Conflits de lois (principes généraux)*, Encyclopedie Dalloz, Droit International, c. I, (s. 471- 497), 480. Doğrudan uygulanan kuralların tanımı konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler ve bu görüşlerin değerlendirilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL HATİCE, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 8 vd.; BALKAR, (dn. 6), 48-51.

¹⁵¹ KOCASAKAL, (dn. 150), 27- 29; "Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.8.1; BONOMI ANDREA, *Overriding mandatory provisions in the Rome I Regulation on the law applicable to contracts*, Yearbook of Private International Law, Volume 10 (2008), (s. 285- 299), ("Overriding mandatory provisions"), s. 288.

¹⁵² KOCASAKAL, (dn.150), 27- 29; "Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.8.1.

uygulaması veya bu kuralları dikkate alarak karar vermesi gerekmektedir. Yabancı hukuk sistemlerinde yer alan doğrudan uygulanan kuralların da uygulanması/dikkate alınması gerekliliği, karşılaştırmalı hukukta şu gerekçelere dayandırılmaktadır¹⁵³:

- a- Uluslararası alanda işbirliğinin sağlanması: Yabancı doğrudan uygulanan kuralların, hâkimin hukuku ile paralel menfaatleri gözetmesi halinde, bu kuralların uygulanması *lex fori* nin amaçlarına da hizmet edecektir.
- b- Devletlerin, kendileri gibi bağımsız olan yabancı bir devletin kanunlarının ihlal edilmesinde rol oynamak istememesi,
- c- Hâkimin yabancı bir kanunun yasakladığı bir şeye karar vermesi halinde doğabilecek bir olumsuzluk olarak, taraflardan birisi açısından çelişkili yükümlülükler (*conflict of duties*) doğmasının önlenmesi,
- d- Kararların uluslararası planda yeknesaklığının sağlanması: Doğrudan uygulanan kuralların, sadece bu kuralların yürürlükte olduğu devletin mahkemeleri tarafından uygulanacağı, yabancı mahkemeler tarafından uygulanmayacağı kabul edilirse, aynı uyuşmazlık hakkında davanın açıldığı ülkeye göre birbiriyle çelişkili kararların verilmesine; böylece *forum shoppinge* yol açılmış olur.
- e- Kararların tanınması ve tenfizinde kolaylık sağlanması: Yabancı bir hukuk sisteminde yer alan doğrudan uygulanan kurallar dikkate alınmaksızın verilen, bu şekilde o devletin temel değerleri ve çıkarları ile ters düşen kararların, o ülkede tanınabilmesi ve tenfiz edilebilmesi mümkün olmayacaktır.

Bu şekilde doğrudan uygulanan kurallarının Türk hâkimi tarafından uygulanması gereken yabancı hukuk, *lex contractus* (sözleşmeye uygulanması gereken hukuk) olarak karşımıza çıkabilir. Gerçekten de, hâkimin, MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilen *lex contractus*' un doğrudan uygulanan kural niteliğini taşıyan hükümlerini de uygulamasına (MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla)

¹⁵³ ÖZDEMİR KOCASAKAL, (dn. 150), 49- 52; BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 298- 299; BONOMI, "Conversion of the Rome Convention", (dn. 53), 91.

herhangi bir engel bulunmamakta; hatta hâkimin bu kuralları *lex contractus*un bir parçası olarak uygulaması gerekmektedir¹⁵⁴.

Lex contractus dışında üçüncü bir devletin hukuk sisteminde yer alan doğrudan uygulanan kurallara da hâkimin etki tanınması gereken durumlar olabilir. Yukarıda, genel olarak yabancı hukuk sistemlerinde yer alan doğrudan uygulanan kuralların uygulanma gerekçesi olarak belirtilen hususlara ilaveten, *lex contractus* dışında yabancı bir hukuk sisteminde yer alan doğrudan uygulanan kurallara etki tanınması gerektiğini şu gerekçelerle ortaya koymak mümkündür: Tanımı ve niteliği gereği birden fazla hukuk sistemi ile bağlantılara sahip olan uluslararası sözleşmelerin esasına uygulanması gereken hukuk, bağlantılı olduğu bu ülkelerden sadece birisinin hukuku olacaktır ki, o da, MÖHUK m. 24/f.4 uyarınca karakteristik edim borçlusunun mutata meskeninin/işyerinin bulunduğu ülke hukukudur. Oysa sözleşmenin kurulduğu, sözleşme konusu malların üretildiği veya bulunduğu, edimlerin ifa edileceği, diğer tarafın mutata meskeninin bulunduğu ülke gibi sözleşme ile objektif bağlantılara sahip diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde yer alan ve bu hukuk sistemleri açısından önemli bir takım menfaatlere hizmet eden kuralların da hâkim tarafından dikkate alınması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkabilir¹⁵⁵. Diğer yandan, MÖHUK m. 24/f.1 uyarınca taraflar, hukuk seçimi yaparak sözleşmeyi, hiçbir objektif bağa sahip olmadığı bir hukuk sistemine dahi tâbi tutabilmektedirler. Böyle bir durumda da, az önce belirttiğimiz, sözleşmenin objektif kriterlerle bağlantılı olduğu ülkelerin hukuk sistemlerine etki tanınması zorunluluğu ortaya çıkacaktır.

İşte, MÖHUK m. 31 hükmünde yer alan, “üçüncü devletin hukuku”ndan kastedilen, *lex fori* (Türk Hukuku) ve sözleşmeye uygulanması gereken hukuk (*lex contractus*) dışında kalan, yukarıdaki örneklerde belirtilen ülkelerin hukuk sistemleridir.

¹⁵⁴ Aynı yönde TURHAN, (dn. 99), 208; TARMAN, (dn. 7), 164; KÖSOĞLU MEHMET, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanununun 31.Maddesi: Sözleşme ile Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması*, MHB, Yıl: 28, S.1-2, 2008, (s. 147-172), s. 157.

Roma Konvansiyonu ve Roma I Tüzüğü’nde *lex contractus* un doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin bir hükmün bulunmamasının, söz konusu kuralların, uygulama alanına giren uyumsuzluklara, forun kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla, *lex contractus* un bir parçası olarak uygulanacağını teyit ettiği belirtilmektedir (BONOMI, “Overriding mandatory provisions”, (dn. 151), 295).

¹⁵⁵ LAGARDE, “Convention de Rome”, (dn. 8), 322.

Aşağıda MÖHUK m. 31' de yer alan kuralın uygulanmasına ilişkin koşulları, kaynağını teşkil eden Roma Konvansiyonu m. 7/f.1 hükmü çerçevesinde inceleyeceğiz.

B-5718 Sayılı Kanun ve Roma Konvansiyonu Çerçevesinde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

1-Genel Olarak

MÖHUK m. 31 uyarınca, sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun *doğrudan uygulanan kurallarına* etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır.

Bu maddenin esin kaynağını oluşturan Roma Konvansiyonu m. 7/f.1 hükmü ise şu şekildedir: “Bu Konvansiyon uyarınca belirli bir devletin hukuku uygulanırken, uyuşmazlık ile sıkı bağlantılara sahip olan diğer bir ülkenin, sözleşmeye uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun uygulanacak nitelikteki *emredici hükümlerine* de etki tanınabilir. Bu emredici hükümlere etki tanınıp tanınmayacağı belirlenmesinde onların niteliği, konusu ve uygulanması veya uygulanmamasının yol açacağı sonuçlar dikkate alınır.”

Görüldüğü gibi, MÖHUK m. 31'de “doğrudan uygulanan kural” kavramına yer verilmesine rağmen, Roma Konvansiyonu'nda “emredici hüküm” ibaresi kullanılmıştır. Her ne kadar maddenin başlığında doğrudan uygulanan kural (*lois de police*) kavramına yer verilse de, madde metninde emredici hüküm ifadesinin kullanılması ve Roma Konvansiyonu'nun birçok maddesinde emredici kurallardan (*mandatory rules, dispositions impératives*) bahsedilmiş olması bu kurallar arasında farklılık bulunup bulunmadığı konusunda tereddüde yol açmıştır.

Bu farklılıkları vurgulamak üzere doktrinde, Konvansiyon' un m.3/f.3, m. 5/f.2 ve m.6/f.1 hükümlerinde bahsedilenlerin, *iç hukuk anlamında emredici olan*, yani ülkenin, ekonomik ve sosyal düzenini korumaya yönelik olup, tarafların sözleşme ile aksini kararlaştırmaları mümkün olmayan, kamu düzenine ilişkin kurallar (*regles d'ordre public*) ola-

rak da adlandırılan kurallar olduğu¹⁵⁶; Konvansiyon'un 7. maddesinde bahsedilen emredici kuralların "emredici" vasfının ise *yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar* açısından da söz konusu olduğu¹⁵⁷ ve sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun bu kuralların uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir¹⁵⁸.

Gerçekten de, iç hukukun emredici kurallarından farklı olarak, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar açısından da emredici niteliği haiz olan bu kuralların¹⁵⁹, *ait oldukları* devletin mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda, kanunlar ihtilafı kurallarını bertaraf ederek uygulanmaları bu niteliklerinin bir gereğidir.

2-Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Uygulanması veya Bu Kurallara Etki Tanınması

MÖHUK m. 31 hükmünde, üçüncü devletin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallara "*etki tanınabileceği*"¹⁶⁰ belirtilmiştir.

Bir hukuk kuralını *uygulamak*, o kuralı bütün sonuçları ve öngördüğü yaptırımları ile bir uyuşmazlığın çözümünde kullanmak anlamına gelirken, bir hukuk kuralına *etki tanımak* veya *onu dikkate almak*, o kuralı, diğer bir hukuk kuralının uygulanması için gereken fiili unsurlardan birisi olarak kabul etmek anlamına gelir¹⁶¹. MÖHUK m. 31 hükmünde, hâkimin, üçüncü devlet hukukunda yer alan doğrudan uygula-

¹⁵⁶ "Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.8.1; WILDERSPIN, (dn. 60), 271. Tüketici, işçi, küçük, ticari temsilci gibi sözleşmede zayıf konumda olan tarafı korumaya yönelik kuralların bu nitelikte olduğu; bu kuralların, sadece iç hukuk ilişkilerinde emredici nitelik taşıdığı, yabancı bir hukuka tâbi olan bir sözleşmede, zayıf tarafın kendi hukuku ile öngörülen korumayı (Konvansiyonda yer alan özel hükümler saklı kalmak kaydıyla) talep edemeyeceği belirtilmiştir ("Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.8.1).

¹⁵⁷ "Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.8.1.

¹⁵⁸ BONOMI, "*Overriding mandatory provisions*", (dn. 151), 288; WILDERSPIN, (dn. 60), 271 ve dipnot 61. Tüzük Tasarısında da yer alan emredici kural ve doğrudan uygulanan kural kavramları arasındaki farklılığa ilişkin örnekler için bkz. LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 44.

¹⁵⁹ Doğrudan uygulanan kuralların emredici kurallardan farkı hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, (dn. 150), 11- 13.

¹⁶⁰ Roma Konvansiyonu'nun Fransızca versiyonunda da aynı alma gelen "*donner effet*" ifadesine yer verilmiştir.

¹⁶¹ ÖZDEMİR KOCASAKAL, (dn. 150), 74 ve dipnot 489'da belirtilen eserler.

nan kuralları uygulaması değil, onlara etki tanınması öngörüldüğünden, hâkimin, bu kuralları içerdiği yaptırımlar veya sonuçları ile uygulaması söz konusu olmayacak; sadece bu kurallara, sözleşmeye uygulanması gereken hukuk (*lex contractus*) çerçevesinde etki tanıyacaktır.

Dolayısıyla, hâkimin sonuç ve yaptırımları ile uygulayacağı hukuk MÖHUK m. 24 uyarınca belirlenen *lex contractus* dur. Hâkim, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını, örneğin, sözleşme konusu malların bulunduğu ülkenin söz konusu malların ihracatını yasaklayan veya para borcunun ifa edileceği ülkenin kambiyo mevzuatında sözleşme konusu para birimi üzerinden ödemelere sınırlama getiren hükümleri, *lex contractus* çerçevesinde mücbir sebep oluşturan veya sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir unsur veya *act of state* olarak kabul edecek¹⁶² ve bu kurumlara *lex contractus* bünyesinde tanınan sonuçlara (sözleşmenin geçersizliği, edimlerin ifasının askıya alınması, fesih, tazminat vs) karar verecektir.

Doktrinde, bu hususa ilişkin olarak yabancı bir devletin kamu hukukuna ait hükümlerinin doğrudan uygulanan kural adı altında dahi olsa *uygulanmasının* mümkün olmadığı¹⁶³ m. 31’de bahsedilen durumun, özel hukuka ilişkin taleplerin karara bağlanmasında üçüncü devlete ait doğrudan uygulanan kuralların *yansıma etkisinin* hâkim tarafından dikkate alınması olduğu belirtildikten sonra bu hükmün uygulanması olmayan bir madde olarak kalacağı, zira Türk mahkemelerinin m.31 çerçevesinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasının çok kolay olmadığı ifade edilmektedir¹⁶⁴.

Bir hükmün uygulanması ile o hükme etki tanınması farklı şeyler olduğundan, MÖHUK m. 31’in ilk cümlesinde “etki tanımak” ifadesi kullanıldıktan sonra ikinci cümlesinde “uygulamak” ifadesine yer verilmesi bir çelişki oluşturmaktadır¹⁶⁵.

¹⁶² Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının ne şekillerde dikkate alınabileceği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, (dn. 150), 78- 89. Ayrıca bkz. KÖSOĞLU, (dn. 154), 162 vd.

¹⁶³ Kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukukta yer alan kuralların kamu hukuku kuralı olmasının, onların uygulanmasını engellemeyeceği hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, (dn. 150), 36- 43.

¹⁶⁴ NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 328, 327.

¹⁶⁵ Aynı yönde bkz. NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 325.

3-Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınabilmesi İçin Gereken Koşullar

Roma Konvansiyonu m. 7/f.1 hükmünde, yabancı hukuk sisteminde yer alan doğrudan uygulanan kurallara etki tanınabilmesi için, öncelikle bu kuralın, ait olduğu ülke hukukuna göre, *sözleşmeye uygulanan hukuk ne olursa olsun uygulanabilir olması* aranmıştır. Bu koşul, MÖHUK m. 31 hükmünde “*üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları*” şeklinde ifade edilmiştir. Gerçekten de, Konvansiyon hükmünde doğrudan uygulanan kural kavramına yer verilmediğinden bu kuralların özelliği olan *kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuku bertaraf etme özelliği* madde metninde yer almıştır. MÖHUK m. 31 hükmünde ise doğrudan uygulanan kural kavramı kullanıldığı için ayrıca bu özelliği vurgulayacak bir ifadeye gerek bulunmamaktadır. Her iki düzenleme çerçevesinde de kuralların doğrudan uygulanan kural olup olmadığının ait oldukları hukuk sistemine göre belirlenmesi gerekmektedir.

İkinci koşul ise üçüncü devletin hukuku ile somut uyuşmazlık arasında sıkı bağlantıların bulunmasıdır¹⁶⁶. Bu koşul, hâkimin dikkate alacağı ülkeleri tespit ederken takdir yetkisini sınırlandıran bir unsur olacaktır; ancak hangi hallerde bu bağlantının bulunacağı belirtilmediğinden bu konuda yine hâkimin takdiri devreye girecektir¹⁶⁷. Sıkı bağlantı konusunda doktrinde şöyle bir örnek verilmektedir: Bir ülke kanunu ile bu ülkede bulunan kültürel varlıkların ihracatı yasaklanırsa, sözleşme ile malın bulunduğu ülke olarak söz konusu ülke arasında yakın bağlantı bulunduğundan 7. madde kapsamına giren bir durumdan bahsetmek mümkün olur; ancak, aynı kanun, yabancı bir ülkede bulursa dahi, kendi ülkesi menşeli kültürel varlıkların ihracatını yasaklarsa, söz konusu ülke ile sözleşme arasında yakın bağlantı bulunmadığı gerekçesiyle bu kuralın uygulanmayacağı söylenebilir¹⁶⁸.

Maddenin ikinci cümlesinde yer alan, bu kurallara etki tanınıp tanınmayacağına karar verirken dikkate alınması gereken hususlarla ilgili olarak doktrinde, bu unsurların ayrı ayrı incelenmesi yerine hâkimin, olayı bütün olarak değerlendirmesinin ve bunu yaparken de maddede belirtilen hususları göz önünde bulundurmasının yararlı olacağı; özel-

¹⁶⁶ LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 322.

¹⁶⁷ NOMER-ŞANLI, (dn. 4), 326.

¹⁶⁸ LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 322.

likle politik nitelik taşıyabilen bu tür kuralların dikkate alınıp alınmamasında hâkimin takdir yetkisinin bulunduğu belirtilmektedir¹⁶⁹.

Doktrinde, maddede bahsedilen durumun, borçlunun yerleşim yerinin veya mallarının bulunduğu üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları açısından veya genel olarak kişilerin veya toplumun menfaatinin korunmasına yönelik kurallar açısından ortaya çıkabileceği, bu tür durumlarda bu kuralların uygulanmasının zorunlu olduğu; aksi halde adil olmayan sonuçlara yol açılabileceği belirtilmektedir¹⁷⁰.

Diğer yandan, bu hükmün, uluslararası bir anlaşma olmadığı sürece, hâkimi bu kurallara etki tanımaya zorlamadığı, ancak, amacı, niteliği ve içeriği gereği doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilen bir kural varsa ve sonuçları da açık bir şekilde ortaya konulabiliyorsa hâkimin bunları uygulamayı reddedemeyeceği¹⁷¹ belirtilmektedir.

¹⁶⁹ LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 323. Karşılaştırmalı Hukuk çerçevesinde konuyu inceleyen TURHAN da aynı kanaate ulaşmıştır (TURHAN, (dn. 99), 89).

Doktrinde örnek olarak La Haye mahkemesinin, Sensor davasında (*Compagnie Europeenne des petroles S.A. c. Sensor Nederland B.V*) verdiği karar verilmektedir. Bu kararda mahkeme, ABD başkanı tarafından getirilen doğu bloku ülkelerine yönelik ihracat yasağını, bir Amerikan şirketinin Hollanda şubesi olan Sensor açısından, Sibiry gaz boru hattının inşasında kullanılacak malzemelerin teslimi yükümlülüğüne engelleyecek şekilde dikkate almamıştır. Bunun gerekçesi, ABD ile uyumsuzluk konusu sözleşme arasında yakın bağlantının bulunmaması, ambargo kararının politik niteliği ve bu hükmün uygulanması halinde Avrupa’da ortaya çıkacak işsizlik sorunları olmuştur (Kararın metni için bkz. Rev. Cr.DIP, 1983, s. 476 vd. Karar hakkında ayrıca bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, (dn. 150), 58; LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 323). Alman Federal Mahkemesi de, Nijerya’dan ithal ettiği küçük heykellerin taşınması sırasında çalındığı veya kaybolduğu gerekçesiyle ithalatçının sigorta şirketine karşı açtığı davayı, Nijerya kanunlarına göre bunların ihracatının yasaklanmış olmasını dikkate alarak reddederken, uluslararası toplum ve UNESCO Konvansiyonu ile kabul edilen kültürel varlıkların korunması kaygısıyla hareket etmiştir (BGH 22 juin 1972, BGHZ 59.82, LAGARDE, “*Convention de Rome*”, (dn. 8), 324’dan naklen. Karar hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, (dn. 150), 85).

¹⁷⁰ TEKİNALP, “*Bağlama Kuralları*”, (dn. 8), 362- 363. Ancak, yazar tarafından bu kuralın uygulanmasına örnek olarak aktarılan (TEKİNALP, “*Bağlama Kuralları*”, (dn. 8), 363), *Türk mahkemesinde açılan davalarda, taraflarca seçilen hukuk uygulansa dahi, Türk hukukunun döviz, ithalat-ihracat rejimine ilişkin kuralların eğer olayla bu şekillerde ilgili ise mutlaka uygulanacağına dair durum, kanaatimizce MÖHUK m. 31’in değil Türk Hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili düzenleme içeren MÖHUK m. 6’ nın uygulanmasına ilişkin bir örnek oluşturmaktadır.*

¹⁷¹ TEKİNALP, “*The Turkish Code*”, (dn. 52), 335.

C-Roma I Tüzüğü'nde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

1-Doğrudan Uygulanan Kural Kavramının Tanımlanması

Roma Konvansiyonu'nda doğrudan uygulanan kuralları ifade ederken emredici kural kavramına yer verilmesi, bu kuralların iç hukuk bakımından emredici kurallardan farkı konusunda bazı tereddütlere yol açmış ve doktrinin bu konuda değerlendirme yapmasına ihtiyaç duyulmuştu. Konvansiyon'un Tüzük haline getirilme aşamalarından olan Yeşil Kitapta, ileride hazırlanacak Tüzük' de, doğrudan uygulanan kuralların tanımının yapılması ve bu kuralların iç hukuk bakımından emredici olan kurallardan farklı olduğunun belirtilmesi gerektiği vurgulanmıştır¹⁷².

Bu çerçevede, Roma I Tüzüğü'nde, Roma Konvansiyonu'ndan farklı olarak doğrudan uygulanan kuralların (*loi de police*)¹⁷³ tanımına ilişkin bir hükme yer verilmiştir (m.9/f.1)¹⁷⁴. Bu tanıma göre, doğrudan uygulanan kurallar, “*bir devletin, politik, sosyal veya ekonomik organizasyonu gibi kamusal çıkarlarının korunması için uyulması hayati önem taşıyan, bu nedenle uygulama alanına giren tüm uyumsuzlukla-*

¹⁷² “Yeşil Kitap”, (dn. 54), paragraf 3.2.8.3.

¹⁷³ Bu kurallar Fransızca *loi de police* kavramıyla, İngilizcede ise *overriding mandatory rules* veya *internationally mandatory rules* kavramlarıyla ifade edilmektedir (LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 43; LEIN, “*Regulation*”, (dn. 32), 407).

¹⁷⁴ Yasal bir metinde doğrudan uygulanan kuralların tanımına yer verilmesinin, başka mevzuatlarda örneği görülmeyen, önemli bir yenilik olduğu; özellikle uluslararası özel hukuk alanında uzmanlaşmamış hukukçular açısından, kavramın tanımını ve kapsamını ortaya koymak açısından böyle bir hükmün yararlı olduğu; diğer yandan Birlik üyesi bazı devletlerin dillerinde emredici ve doğrudan uygulanan kural kavramları aynı kelimelerle ifade edildiğinden, hatta bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde böyle bir kavrama yer verilmediğinden, Tüzükte bu kavramların tanımlanmasının yararlı olduğu belirtilmektedir. Tüzükte bu kuralların tanımlanmasının diğer bir avantajının, bu kuralların tüm üye devletler açısından yeknesak bir tanıma ve uygulamaya kavuşturulmasının bu şekilde mümkün olacağı ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD)'na başvuru olanağı ile yeknesaklığının daha da iyi sağlanacağı hususları belirtilmiştir. Zira Roma Konvansiyonu döneminde, bir iç hukuk hükmünün doğrudan uygulanan kural olarak uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki kararı âkit devletler kendileri veriyorlardı (BONOMI, “*Overriding mandatory provisions*”, (dn. 151), 288- 290).

ra, bu Tüzüğe göre sözleşmeye uygulanması gereken hukuk ne olursa olsun, uygulanması zorunlu olan, emredici kurallardır¹⁷⁵.

Bu tanım çerçevesinde, doğrudan uygulanan kuralların, daha genel bir kategori olan emredici kuralların bir alt ayrımı olduğu ve bunların ayırt edici özelliğinin, ait oldukları hukuk düzeninin ihlali mümkün olmayan değerlerini koruma altına alması olduğu görülmektedir¹⁷⁶. Nitekim Tüzük'ün başlangıç hükümlerinin 37.paragrafında, üye devlet mahkemelerinin kamu yararı düşüncesiyle, istisnai durumlarda, kamu düzeni istisnası ve doğrudan uygulanan kural mekanizmalarına başvurabileceği; doğrudan uygulanan kural kavramının emredici kurallardan (sözleşme ile aksi kararlaştırılmayan kurallar) farklı olduğu ve daha sınırlı bir şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmiştir.

Diğer yandan, tanımda, “kamusal çıkarların” korunması, “politik, sosyal ve ekonomik organizasyonun sürekliliği” için “hayati (crucial)” önem taşıyan gibi ifadelere yer verilmesi, mahkemelerin bu kavrama çok sık başvurmalarına engel olacak ve böylece Tüzük ile öngörülen kanunlar ihtilafı sisteminin işleyişi sağlanmış olacaktır¹⁷⁷.

Tüzük m. 9/f.1'de “kamusal çıkarlar” ve “devletin, politik, sosyal ve ekonomik açılardan korunması” gibi kavramlara yer verilmesi, sözleşmede zayıf konumda olan tarafı (tüketici, işçi, franchise alan, ticari ajan

¹⁷⁵ Doktrinde, bu tanımın 1999 yılında Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından verilen *Arblade* kararından etkilenecek yapıldığı; bu kararda da *Francescakis*'in tanımından esinlendiği belirtilmektedir. (BONOMI, “*Overriding mandatory provisions*”, (dn. 151), 287 ve dipnot 6; WILDERSPIN, (dn. 60), 272; LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 43; LEIN, “*Regulation*”, (dn. 32), 407; FRANCQ, (dn. 22), 55; FRANCQ, (dn. 22), 55). Gerçekten de söz konusu kararın 30.paragrafında, *Francescakis*'in tanımına benzer şekilde, doğrudan uygulanan kuralların, devletlerin ekonomik, sosyal veya politik organizasyonlarının korunması için uyulması hayati önem taşıyan, bu nedenle o devletin ülkesinde bulunan herkese veya o ülkede gerçekleşen (lokalize olan) tüm hukuki ilişkilere uygulanması zorunlu olan kurallardır olduğu belirtilmiştir. Kararın 31.paragrafında, ulusal hukuk sistemlerinde yer alan doğrudan uygulanan kuralların, Birlik Hukukuna uygun olması gerektiği; Birlik Hukukunun, ulusal hukuklara nazaran sahip olduğu önceliğin, ulusal hukukta yer alan doğrudan uygulanan kurallardan da geçerli olduğu vurgulanmıştır (*ECJ 23 November 1999, C-369/96 ve C-376/96, Arblade*, Rev. Cr. DIP, 2000, 710; <http://curia.europa.eu>).

¹⁷⁶ BONOMI, “*Overriding mandatory provisions*”, (dn. 151), 289.

¹⁷⁷ BONOMI, “*Overriding mandatory provisions*”, (dn. 151), 289.

gibi) korumaya yönelik olan ve dolaylı olarak kamusal çıkarları koruyan kuralların da bu madde kapsamında kabul edilip edilmeyeceği hususunda farklı görüş ve yorumlara yol açmıştır¹⁷⁸

Alman doktrin ve uygulamasında, kamusal çıkarları gerçekleştirmeye hizmet eden (ithalat-ihracat kuralları, rekabetin korunmasına yönelik kurallar gibi) kurallarla, sözleşme tarafları arasında dengeyi korumaya veya yeniden kurmaya yönelik kurallar (tüketici ve iş sözleşmeleri gibi) arasında bir ayırım yapılmakta ve sadece ilk grupta yer alan kurallar, Roma Konvansiyonu m. 7 anlamında doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmektedir¹⁷⁹. Diğer Avrupa ülkelerinde (İtalya, Fransa, Belçika gibi) ise bu görüş benimsenmemektedir¹⁸⁰.

Doktrinde, her ne kadar, Tüzük m. 9/f.1'de açıkça "kamusal çıkarların korunması" ndan bahsediliyorsa da, belirli bir sınıfın korunmasına yönelik kuralların da bir devletin ekonomik, sosyal ve politik organizasyonu için temel öneme sahip olabileceği, dolayısıyla bu kuralların doğrudan uygulanan kural kategorisine alınmamasının doğru olmadığı belirtilerek, Avrupa Birliği yasa koyucusunun da, AB mevzuatında yer alan bazı zayıf tarafı koruyucu kuralları (hatta üye devletlerin mevzuatında yer alanları dahi) doğrudan uygulanan kural olarak ni-

¹⁷⁸ BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 291; WILDERSPIN, (dn. 60), 272.

¹⁷⁹ BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 291; LEIN de, ekonomik, sosyal veya politik gerekçelerle de desteklenmedikçe sadece kişisel çıkarlara hizmet eden kuralların Tüzük Tasarısı m.8 anlamında doğrudan uygulanan kural sayılmayacağını belirtmekte; ancak bu iki grup kural arasında sınırın çok net olmadığını, bunun Tüzükte daha belirgin hale getirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir(LEIN, "Regulation", (dn. 32), 407).

Alman Federal İş Mahkemesi, 1992 yılında verdiği bir kararında, Roma Konvansiyonu m. 7(2) hükmünün iç hukuka alınmış şekli olan EGBGB m. 34/ f.2 hükmünün, işçiyi korumaya yönelik hükümler açısından uygulanmayacağına karar vermiştir. Diğer yandan, Alman Federal Mahkemesi de, 2005 yılında verdiği bir kararında, dolaylı olarak topluluğun çıkarlarını korumaya hizmet etseler de, sözleşmede zayıf tarafın korunmasına yönelik kuralların doğrudan uygulanan kurallar kategorisine girmediğine karar vermiştir (BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 292' den naklen).

Yeşil Kitap'ta, bu görüş taraftarlarınca, sadece taraflardan birinin çıkarlarını korumaya yönelik kuralların doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilemeyeceği, bir devletin, ekonomik, sosyal veya politik düzenini koruyan kanunların ancak bu niteliğe sahip olabileceği yönünde bir hüküm konulmasının önerildiği belirtilmektedir ("Yeşil Kitap", (dn. 54), paragraf 3.2.8.3).

¹⁸⁰ BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 292.

telendirdiği; Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) 'nın da bu yönde içtihat geliştirdiği vurgulanmaktadır¹⁸¹.

2-Kuralların Ait Olduğu Hukuk Sistemi ve İçeriği Bakımından Getirilen Sınırlamalar

Roma Konvansiyonu m. 7/f.1'de yer alan hüküm, doktrinde, belirsizliğe yol açtığı ve hâkime çok geniş bir takdir yetkisi, özellikle politik yetki verdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁸². Nitekim Roma Konvansiyonu'nu hazırlayan grupta yer alan Birleşik Krallık delegesi, bu hükmün, belirsizliğe ve karışıklığa yol açacağını, ticari güvenliğe öncelik verilerek bu hükmün kaldırılması gerektiğini ileri sürmüştü¹⁸³.

Konvansiyon'un hazırlanması sırasında yaşanan bu tartışmalar sonucu, söz konusu hükmü uygulamama konusunda âkit devletlere çekince koyma imkânı tanınmış (m. 22/f.1,a) ve yedi devlet bu çekince ile Konvansiyonu imzalamıştır¹⁸⁴.

Konvansiyon'un Tüzük haline dönüştürülmesi sırasında da, Birleşik Krallık, bu hükmün, irade serbestisini gereksiz şekilde kısıtladığı, hukuki belirsizliğe yol açtığı, sözleşme müzakerelerinin ve uyuşmazlıkların çözümünün uzamasına ve daha masraflı hale gelmesine neden olduğu gerekçesiyle kaldırılmasını önermişti¹⁸⁵. Konvansiyon'dan farklı

¹⁸¹ BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 293. Yazar, Tüzük m. 9/f.1'de yer alan tanım açısından kendisinden yararlanılan, ATAD'ın, *Arblade* davasına ilişkin kararında, işçilerin korunmasına yönelik ulusal mevzuatta yer alan kurallar açısından doğrudan uygulanan kural kavramının kullanıldığını; maddenin yorumu sırasında da bu prensibin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.

Sözleşme ilişkisinde zayıf konumda olan tarafın korunmasına yönelik kuralların da doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesi hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, (dn. 150), 101 vd.

¹⁸² BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 295. Bu görüşler hakkında bkz. LAGARDE, "Convention de Rome", (dn. 8), 309; ÖZDEMİR KOCASAKAL, (dn. 150), 75- 77.

¹⁸³ LANDO-NIELSEN, (dn.32), 46' dan naklen.

¹⁸⁴ Bu devletler, Almanya, İrlanda, Estonya, Lüksemburg, Portekiz, Birleşik Krallık ve Slovenya' dır (BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 295, dipnot 36; LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 45; FRANCO, (dn. 22), 56, dipnot 55).

¹⁸⁵ FRANCO, (dn. 22), 56. Bu itirazın gerisinde yatan asıl sebebin, İngiliz finansal pazarının ve önemli uluslararası uyuşmazlıklar açısından Londra'nın cazibesini korumak olduğu belirtilmektedir (FRANCO, (dn. 22), 56).

olarak Tüzük' de çekince koyma imkânı da bulunmadığından, hükmün aynen Tüzüğe konulması halinde tüm üye devletler açısından bağlayıcı nitelik taşıyan bir düzenleme söz konusu olacaktı¹⁸⁶.

Doktrinde, Roma Konvansiyonu'nda yer alan kuralın hiç uygulaması olmamasına¹⁸⁷ rağmen, gerek kararlar arasında yeknesaklığın, gerekse devletler arasında işbirliğinin sağlanması gerekçeleriyle böyle bir hükme yer verilmesinin yerinde olduğu¹⁸⁸; birçok ulusal kanunlaştırma çalışmalarında örnek olarak alınan ve hakem kararlarında da, *lex causae* dışındaki kurallara etki tanınmasında gerekçe olarak kullanılan¹⁸⁹ bu hükmün muhafaza edilmesi gerektiği yönünde görüşler ileri sürülmüştü.

Tüzük'ün hazırlık çalışmaları sırasında Konvansiyon'daki hükmün tamamen kaldırılmasını isteyen (İngiltere gibi) devletlerle hükmün aynen muhafaza edilmesini isteyen devletler arasında yapılan tartışmalar sonrasında, özellikle İngiltere'nin Tüzük'e katılmasını sağlamak için, muhtemelen İngiliz delegesi tarafından dikte edilen ve siyasi uzlaşma sonucu kabul edilen m.9/f.3 hükmü ortaya çıkmıştır¹⁹⁰.

Bu hükme göre, “*Sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifa edildiği veya edilmesi gereken ülkenin doğrudan uygulanan kuralları sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hale getiriyorsa bu kurallara da etki tanınabilir. Bu kurallara etki tanınıp tanınmayacağına karar verilirken konusu, niteliği, uygulanması veya uygulanmamasından kaynaklanacak sonuçlar dikkate alınır*”.

¹⁸⁶ BONOMI, “*Overriding mandatory provisions*”, (dn. 151), 295; LAGARDE-TENENBAUM, (dn. 37), 778; WILDERSPIN, (dn. 60), 273; FRANCO, (dn. 22), 56.

¹⁸⁷ BONOMI, “*Overriding mandatory provisions*”, (dn. 151), 297; LAGARDE-TENENBAUM, (dn. 37), 779; LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 46.

¹⁸⁸ BONOMI, “*Overriding mandatory provisions*”, (dn. 151), 297.

¹⁸⁹ BONOMI, “*Overriding mandatory provisions*”, (dn. 151), 297.

¹⁹⁰ BONOMI, “*Overriding mandatory provisions*”, (dn. 151), 295, 297; LAGARDE-TENENBAUM, (dn. 37), 778; WILDERSPIN, (dn. 60), 273; FRANCO, (dn. 22), 56. Tüzük Tasarısına ilişkin görüşmeler sırasında Birleşik Krallık'ın, Tüzüğe katılmama yönünde beyanda bulunmasının en önemli gerekçelerinden birisinin, Tüzük haline geldiğinde çekince koyma imkânı da ortadan kalkacak olan, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin m.8/f.3 hükmü olduğu hakkında bkz. LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 46; FRANCO, (dn. 22), 56.

Görüldüğü gibi, yeni hüküm, Konvansiyon'a nazaran, daha sınırlı ve belirli koşullarda üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınmasına imkân vermektedir. Birinci sınırlama, bu kuralların *konusuna* veya *içeriğine* yönelik olup, sadece sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hale getiren (*that would render the performance of the contract unlawful*) kuralların dikkate alınmasını mümkün kılmaktadır¹⁹¹. Diğer bir kısıtlama ise, doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınacak olan *üçüncü devletin tespiti konusunda* kullanılacak kriter ile ilgilidir¹⁹². Konvansiyon'da, bu konuda "sözleşme ile yakın bağlantı" gibi geniş bir kriter kullanılmış ve bunun tespiti konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmışken, Tüzük, "sözleşmeden kaynaklanan edimlerin ifa edildiği veya edilmesi gereken ülke" gibi daha somut ve kısıtlı bir kritere yer vermiştir.

Doktrinde, Tüzük m. 9/f.3 hükmünün, Roma Konvansiyonu'ndan da önce, İngiliz doktrininde kabul edilen ve *Ralli Brothers*¹⁹³ ve *Regazzoni*¹⁹⁴ kararları ile uygulamaya da yansımış olan, *bir İngiliz mahke-*

¹⁹¹ BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 296; FRANCQ, (dn. 22), 56.

¹⁹² BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 296; FRANCQ, (dn. 22), 56.

¹⁹³ Bu davada, İngiliz *Ralli Brothers* şirketi, İspanyol şirketi *Sota y Aznar*'a ait gemi ile Kalkuta'dan Barcelona'ya hintkeneviri taşınması için sözleşme yapmıştı. Sözleşmeye göre, taşıma ücretinin yarısı yüklemenin yapılacağı Londra limanında, kalan yarısı ise varma limanı olan Barcelona'da ödenecekti. Mallar varma limanına ulaştıktan sonra, gönderilen, kalan kısmı ödemeyi reddetmiş, gerekçe olarak da, kararlaştırılan taşıma ücretinin, İspanyol mevzuatında yer alan (sözleşme kurulduktan sonra ve mallar henüz teslim edilmeden önce kabul edilen) ve hintkeneviri taşımalarında ton başına azami navlunu tespit eden kararname ile öngörülen sınırı aştığını ileri sürmüştür. İngiliz hâkimleri, sözleşme İngiliz Hukukuna tâbi olmasına rağmen, diğer bağımsız ülkelerin koymuş oldukları kuralların ihlaline katkıda bulunamayacakları gerekçesiyle bu savunmayı kabul etmişlerdir (*Ralli Bros v. Compania Naviera Sota y Aznar*, 26 March 1920, BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 296, dipnot 38' den naklen; ayrıca LANDO-NIELSEN, (dn. 32), 46, dipnot 54; FRANCQ, (dn.22), 56, dipnot 61; ÖZDEMİR KOCASAKAL, (dn. 150), 170, dipnot 352; TURHAN, (dn. 99), 90). Bu karara konu olan olayda, sözleşmeye uygulanacak hukuk İngiliz Hukuku olmasaydı sonucun farklı olabileceği hakkında bkz. FRANCQ, (dn. 22), 56, dipnot 61.

¹⁹⁴ Quens's Bench Division tarafından 1956 yılında verilen *Regazzoni v. Sethia* kararında, Hindistan tarafından alınan Güney Afrika'ya yönelik ambargo kararının, Hindistan'dan gelen hintkenevirini Cenova üzerinden Güney Afrika'ya teslim etme taahhüdüne giren davalının bu edimini geçersiz hale

*mesinin, İngiliz Hukukuna tabi olan ve bu hukuka göre geçerli olan, fakat ifa edileceği ülke hukukuna göre edimin ifası hukuka aykırı olan bir sözleşmeye etki tanıyamayacağına dair kural ile aynı içeriğe sahip olduğu vurgulanmıştır*¹⁹⁵.

Doktrinde, Tüzük m. 9/f.1 hükmüne örnek olarak, bir sözleşmeden kaynaklanan edimin, ifa edileceği ülkenin antitröst mevzuatına aykırı olması hali verilmekte ve böyle bir durumda, uyuşmazlığa bakan yabancı mahkemenin, sözleşmeden doğan borçları hukuka aykırı hale getiren bu mevzuat hükümlerini dikkate almak zorunda olduğu belirtilmektedir¹⁹⁶.

Tüzük' de, sadece ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması keyfi bir sınırlama olarak görülmüş; Roma Konvansiyonu'ndaki hükmün aynen muhafaza edilmesinin ve bu şekilde, taraflardan birinin mutlak meskeni veya yerleşim yerinin bulunduğu veya kararın icra edileceği veya objektif olarak sözleşmeye uygulanması gereken hukuk gibi diğer hukuk sistemlerinde yer alan kuralların da dikkate alınmasının daha uygun olacağı ileri sürülmüştür¹⁹⁷. Bu bağlamda örnek olarak, borçlunun yerleşim yerinin bulunduğu devlet tarafından uygulanan bir ambargo sonucu, sözleşme konusu malların ülkeden çıkarılamaması durumu verilmekte; ifa yeri mevzuatına göre kanuna aykırı herhangi bir durum olmamasına rağmen, borçlunun yerleşim yeri kanunundan kaynaklanan böyle bir engele Tüzük çerçevesinde etki tanınmasının mümkün olmayacağı belirtilmektedir¹⁹⁸. Diğer yandan, sözleşmenin kurulmasını idari bir izne bağlayan, aksi takdirde geçersiz olacağını öngören bir hüküm de eğer *lex contractus* ta veya ifa yeri hukukunda yer almıyorsa dikkate alınamayacaktır¹⁹⁹.

Doktrinde yapılan bu eleştirilere katılmamak mümkün değildir. Gerçekten de, bir kere üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına da etki tanınması gerektiği kabul edildikten sonra, bu kuralları sadece

getirdiği, sözleşme İngiliz Hukukuna tâbi olsa bile dost bir ülke tarafından konulan bu tür yasaklamalara uyulması gerektiği belirtilmiştir (ÖZDEMİR KOCASAKAL, (dn. 150), 83).

¹⁹⁵ LAGARDE-TENENBAUM, (dn. 37), 778.

¹⁹⁶ BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 297.

¹⁹⁷ BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 299; LAGARDE-TENENBAUM, (dn. 37), 779 ve dipnot 132'de referans yapılan yazarlar.

¹⁹⁸ BONOMI, "Overriding mandatory provisions", (dn. 151), 299.

¹⁹⁹ LAGARDE-TENENBAUM, (dn. 37), 779.

sözleşmeden doğan edimlerin ifa edileceği ülkenin mevzuatındakilerle sınırlamak yerinde olmamıştır. Zira her şeyden önce, ifa engelleri sadece ifa yeri mevzuatından kaynaklanmayabilir. Tarafların yerleşim yerlerinin veya mutat meskenlerinin veya sözleşme konusu malın veya para borçlusunun banka hesabının bulunduğu ülke hukuklarında yer alan doğrudan uygulanan kural niteliğindeki kurallar da, söz konusu edimlerin yerine getirilmesine engel teşkil edecek içerikte olabilirler. Örneğin sözleşme konusu malların temin edileceği ülkede o malların üretimi veya ihracatı yasaklanmış olabilir. Para borcunun banka hesabından transfer yoluyla ödeneceği bir durumda, banka hesabının bulunduğu ülkenin kambiyo mevzuatı yurt dışına transferi yasaklamış veya kısıtlamış olabilir.

Diğer yandan, doğrudan uygulanan kurallar, sadece sözleşme konusu edimin ifası ile ilgili yasaklama veya sınırlama getiren kurallar değildir. Bunun yanında, sözleşmenin ehliyet veya şekil bakımından geçerliliğini etkileyen veya esasa ilişkin bazı hükümleri üzerinde etkili olan doğrudan uygulanan kurallar da bulunmaktadır²⁰⁰. Etki tanınacak doğrudan uygulanan kuralların, sadece sözleşme konusu edimin ifa edileceği ülkenin, sözleşmenin ifasını geçersiz hale getiren kuralları ile sınırlandırılması, bu açıdan da yerinde olmamıştır.

Sonuç

5718 Sayılı MÖHUK'un 24.maddesinde, 2675 Sayılı Kanun'un aynı maddesinde yer alan ve doktrinde eleştirilen bazı hususların giderilmiş olması olumlu karşılanması gereken durumdur.

Gerçekten de, hukuk seçiminin sadece açık bir şekilde yapılmasını zorunlu kılan ve üstü kapalı hukuk seçimine etki tanımayan düzenlemeyi Borçlar Hukukunun temelini oluşturan irade serbestisi prensibi ile bağdaştırmak pek mümkün değildi.

Diğer yandan, 2675 Sayılı Kanun'da kullanılan objektif kriterin (ifa yeri) çok katı olması ve somut olayın özelliklerini dikkate almaya imkân vermemesi kanunlar ihtilafı adaletini sağlamaktan uzak çözümlere yol açabilmekteydi.

²⁰⁰ Doğrudan uygulanan kuralların sözleşmeler üzerinde nasıl müdahale ettiği hakkında bkz. ÖZDEMİR KOCASAKAL, (dn. 150), 137 vd.

Ancak, mevcut düzenlemede üstü kapalı hukuk seçimi için aranan koşulların (sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılma) ne zaman gerçekleştiğini tespit etmek çok da kolay görünmemektedir. Roma Konvansiyonu çerçevesinde, doktrinde, sözleşme hükümlerinden anlaşılacak üstü kapalı hukuk seçimine örnek olarak gösterilen durumlar (belirli bir hukuk sistemine özgü genel işlem şartlarının kabul edilmesi veya belirli bir kanunun maddelerine referans yapılması) tarafların üstü kapalı hukuk seçimi yapmak yerine o hükümleri sözleşme metnine dâhil etmek istedikleri veya kısmi hukuk seçimi yaptıkları şeklinde de yorumlanmaya elverişlidir.

Dolayısıyla, hâkimin, üstü kapalı hukuk seçiminden bahsedebilmek için gereken koşulların mevcut olup olmadığını ortaya koymak üzere yapacağı araştırma, aslında hiç hukuk seçimi yapma iradesi olmayan ve bilinçli olarak hukuk seçimi yapmaktan kaçınan tarafların bu iradelerinin tersine, onların üstü kapalı hukuk seçimi yaptıkları yönünde bir değerlendirmede bulunulması ile sonuçlanabilir. Bu ise taraflar açısından bir belirsizlik ve öngörülemezlik unsuru oluşturacaktır.

Diğer yandan, 5718 Sayılı Kanun ile getirilen m.24/f.son, 2.cümlede yer alan karakteristik edime dayanan kuralın sadece hâkime yol gösterecek rehber niteliğinde bir kural mı olduğu, yoksa aksi ispatlanmadığı sürece dikkate alınması gereken bir karine mi olduğu konusunda uygulamada sorunlar yaşanabilir. Özellikle bu hükmün mehzazı niteliğinde olan Roma Konvansiyonu m.4 hükmünün uygulanması ile ortaya çıkan olumsuz durumun, yani, karakteristik edim kuralının hiç dikkate alınmadan doğrudan ilk cümlede (veya son cümlede) yer alan ve oldukça muğlak bir kriter olan “yakın bağlantı” kriterine göre uygulanacak hukukun tespit edilmesinin, Türk uygulaması açısından da gerçekleşmesi muhtemeldir. Böylece, sözleşmeye uygulanacak hukukun yeknesak bir şekilde belirlenmesi söz konusu olmayacak; her sözleşme ilişkisi açısından uygulanacak hukuk somut sözleşme ilişkisi çerçevesinde mahkemece belirlenecek, buna bağlı olarak da uygulanacak hukukun dava açılmadan öngörülmesi ve bilinmesi mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce, objektif kriter açısından, 2675 Sayılı Kanun’un 24. maddesinde yer alan hükmün, “ifa yeri” kriteri yerine “karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni” kriterinin konulması ve son cümledeki “daha sıkı bağlantı” kuralının, tüm sözleşmeler açısından uygulanması gereken gerçek bir istisna kuralı olarak düzenlenmesi şeklinde bir de-

ğişikliğe tâbi tutulması yeterli olurdu. Böylece, mevcut kanunda olduğu gibi, muğlak ve uygulamada belirsizliğe yol açacak “yakın bağlantı” kriterinin, uygulanması gereken hukukun tespitinde asıl kural olarak kullanılması söz konusu olmaz; onun yerine daha kesin ve belirli bir kriter olarak “karakteristik edim borçlusunun mutat meskeni kriteri” esas alınmış olurdu. Diğer yandan bu kriterin somut olayda yakın bağlantıyı sağlayamadığı durumlarda devreye girmek üzere “daha yakın bağlantı” kriterinin kullanılması ile kanunlar ihtilafı adaletine daha uygun çözümler elde edilmesi mümkün olabilirdi.

Üçüncü devletlerin hukuk sistemlerinde yer alan doğrudan uygulanan kurallara etki tanınmasını öngören MÖHUK m. 31 hükmüne ise kanatimizce gerek yoktu. Zira madde, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını değil, onlara etki tanınmasını öngörmektedir. Dolayısıyla, hâkimin uyguladığı yani, hüküm ve sonuçları itibarıyla somut uyuşmazlığın çözümünde kullandığı, üçüncü devletin hukuku değil MÖHUK m. 24 hükmüne göre belirlenen *lex contractus* dur. *Lex contractus* uyarınca mücbir sebebin bir unsuru veya sözleşmenin geçersizliğine yol açan bir sebep olarak hâkim üçüncü devletin hukukunda yer alan kurallara etki tanımaktadır. Uygulanması gereken hukukun tespiti üzerinde etkili olmadığından, ayrıca ifade ediliş tarzı itibarıyla tereddüde yol açabilecek (uygulanma/etki tanıma) nitelik taşıyan böyle bir düzenlemeye yer verilmemesi daha uygun olurdu.