

AFRİKA ÜLKELERİ HUKUKU DÜZENLEMELERİNDE İRADE MUHTARİYETİ

PARTY AUTONOMY IN REGULATION OF THE LAW OF AFRICAN COUNTRIES

Yıl 1, Sayı 1, ss.162-172.

Makale Türü: Araştırma Makalesi

Geliş Tarihi: 23.12.2020

Kabul Tarihi: 18.02.2021

Year 1, Issue 1, pp.162-172.

Article Type: Research Article

Submitted: 23.12.2020

Accepted: 18.02.2021

Atıf Bilgisi / Reference Information

Dürgen, B. (2021). Afrika Ülkeleri Hukuku Düzenlemelerinde İrade Muhtariyeti, *Africana-Inönü Üniversitesi Uluslararası Afrika Araştırmaları Dergisi*, 1 (1), 162-172.

Betül DÜRGEN

Arş. Gör. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

betul.durgen@inonu.edu.tr

ORCID ID: 0000-0001-8703-1341

Öz

Çağdaş hukuk düzenlerinde geniş yankı uyandıran irade muhtariyeti ilkesi, kimi zaman maddi hukuk hükümlerinde sözleşme özgürlüğü olarak kendini belli ederken kimi zaman da milletlerarası özel hukuk alanında taraflara hukuk seçimi imkânı ile gündeme gelmektedir. Bazı ülkelerin sınırlandığı ölçüde serbest ekonomik düzenlerine dahi etki eden irade muhtariyeti ilkesi, hukukların yeknesaklaştırıldığı kadarıyla uygulanabilir hale gelmektedir. Çalışmamıza konu olan Afrika kıtası ülkelerinde, hukukun yeknesaklaştırılması gereği bölgede anlaşılmış olup gerekli adımların atıldığı OHADA kanunları ile açığa çıkarılmıştır. Bunun dışında yer yer milletlerarası özel hukukta genel olarak kabul görmüş bağlama noktaları dışına çıkan ülke bazında uygulamaların söz konusu olduğu da görülmektedir. Çalışmamızın amacı irade muhtariyeti prensibinin milletlerarası özel hukuka yansması olan hukuk seçiminin Afrika'da uygulanabilir olup olmadığını tespit etmektir. Bu tespiti yapmak Afrika ülkelerindeki çeşitli uygulamaların çağdaş düzenlemeler ile karşılaştırılmasını gerektirmiştir.

Anahtar Kelimeler: milletlerarası özel hukuk, OHADA, irade muhtariyeti, hukuk seçimi, uygulanacak hukuk.

Abstract

The principle of party autonomy, which has a wide repercussions in contemporary legal systems, sometimes manifests itself as the freedom of contract in substantive law provisions, and sometimes comes to order with the opportunity of choice of law in the field of international private law. The principle of party autonomy, which affects even the free economic order to the extent limited by some countries, becomes applicable to the extent that the laws are uniform. In the African countries, which are the subjects of our study, the need to uniformize the law has been understood in the region and the OHADA laws revealed that the necessary steps were taken. Apart from this, it is also seen that there are country-based practices that sometimes go beyond the generally accepted binding points in private international law. The aim of our study is to determine whether the choice of law, which is a reflection of the principle of will autonomy to private international law, is applicable in Africa. Making this determination required comparing various practices in African countries with contemporary regulations.

Key words: private international law, OHADA, party autonomy, choosing law, applicable law.

Structured Abstract

Nowadays, the freedom of choice of law is a generally accepted principle in private international law. Almost all legal orders allow the parties to choose the law to be applied to legal relations with foreign elements. In some legal relations, refusing to accept the choice of law or restricting the choice of law in various ways does not prevent party autonomy from being a general principle. We cannot say that the party autonomy is unlimited. Even in modern legal systems, the principle of party autonomy has not been accepted without limits. In legal orders where the party autonomy is restricted and accepted, individuals are given an authority that is delegated by legal orders, its existence is the main, and its limitation is an exceptional power.

The principles determined by the parties themselves are applied first, unless they are contrary to the mandatory rules of law. According to one definition, will-power refers to the individual finding the limits of his own behavior on his own. Party autonomy expresses that the human will is not determined (conditioned), that it is not necessarily formed within the relation of causality, but rather determines itself. In short, the principle of autonomy refers to the ability of individuals to prepare the legal relationship between them based on their own will.

The principle of party autonomy is the authority to regulate the relations that the legal order gives to individuals in accordance with their own free will. In this respect, it can be said that the principle of will autonomy gives individuals the authority to determine the relationships among themselves and their legal status in these relations, and the legal order recognizes the loyalty and consequences in this relationship and applies the results of the will to this commitment. Party autonomy strengthens the predictability of legal conditions and guarantees as they know their interests best for the expectations and will of the parties.

Party autonomy is based on the understanding that the parties are in a position to know their interests best as rational persons. The parties increase the predictability and certainty by subjecting the agreement between them to the law they choose. Regulations that allow the parties to determine the law to be applied in private international law serve the interests of the parties. Thus, by choosing which law will be applied to the legal relationship between them, they feel themselves in legal security, and thanks to this law they can foresee, they get information about the possible consequences of the legal relationship. In cases where the parties do not make a choice of law, they have to be subject to the objective law determined by the law. This country may be a country whose law the parties do not know, or it may be a completely coincidental place. In view of this importance of party autonomy, the absence of the same regulations in every country may be particularly important in commercial relations. An investor or trader who does not know what law will apply to him in the future may not want to invest or trade in that country. Aware of such a need, African countries have succeeded in attracting investors by adopting OHADA laws to harmonize their labor laws.

In arbitration, which is another institution that makes itself felt at every stage of the party autonomy, we have included two African countries in our study. There are regulations that strengthen the autonomy of both arbitration laws, especially inspired by the UNCITRAL Model Law.

It is important to bring the legal regulations of the states closer together in order to ensure the international private law justice. However, when we examine some African countries, we should say that the binding rules they use generally do not support international private law.

Giriş

Günümüzde milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi serbestisi genel kabul görmüş bir prensiptir. Neredeyse tüm hukuk düzenleri, yabancılık unsuru içeren hukuki ilişkilere uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine izin vermektedir. Bazı hukuki ilişkilere hukuk seçiminin kabul edilmemesi veya hukuk seçiminin çeşitli şekillerde sınırlandırılması irade muhtariyetini genel bir prensip olmaktan çıkarmaz. İrade muhtariyetinin sınırsız olduğundan bahsedemeyiz (Reichle S. ve Schister R., 2018, s. 20; Hatemi, 1976, s. 3; Altaş, 2000, s. 105; Sirmen, 1972, s. 448; Başpınar, 1998, s. 18; İnceoğlu, 2000, s. 391-392; Ateş, 2007, İrade, s. 138; Ateş, 2008, s. 583; Ateş, 2007, Dürüstlük, s. 75; Kaşak, 2019, s. 74; Abegg, 2020, s. 207). Çağdaş hukuk düzenlerinde dahi irade muhtariyeti ilkesi sınırsız olarak kabul görmemiştir. İrade muhtariyetinin sınırlandırılarak kabul gördüğü hukuk düzenlerinde, kişilere hukuk düzenleri tarafından devredilen, varlığı asıl, sınırlandırılması istisnai bir yetki olarak verilmektedir (Eren, 2020, s. 367; Güngör, 2000, s. 75; Akipek ve Küçükgüngör, 2002, s. 30).

Tarafların bizzat belirledikleri esaslar, emredici hukuk kurallarına aykırı olmadıkları sürece ilk olarak uygulanırlar. Bir tanıma göre irade muhtariyeti, bireyin kendi davranışlarının sınırlarını yine kendi kendine bulmasını ifade eder (Ateş, 2007, Borçlar, s. 32, 86 nolu dipnot). İrade muhtariyeti, insan iradesinin belirlenmediğini (şartlanmadığını), nedensellik bağıntısı içerisinde zorunlu bir biçimde oluşmadığını, aksine bizzat kendi kendini belirlediğini deyimler (Aral, 1983, s. 250). Kısaca irade muhtariyeti prensibi, bireylerin aralarındaki hukukî ilişkiyi kendi iradelerini esas alarak hazırlayabilmelerini ifade etmektedir (Oğuzman ve Öz, 2020, s. 23; Eren, 2020, s. 16; Erman, 2011, s. 602; Ömeroğlu, 2017, s. 118).

İrade muhtariyeti ilkesi, hukuk düzeninin kişilere tanıdığı ilişkilerini kendi özgür iradelerine uygun olarak düzenleyebilme yetkisidir (Eren, 2020, s. 365). Bu yönüyle irade muhtariyeti ilkesinin kişilere kendi aralarındaki ilişkileri ve bu ilişkilerdeki hukuki durumlarını belirleme yetkisini verdiğini, hukuk düzeninin de bu ilişkideki bağlılığı ve sonuçları tanıyarak bu bağlılığa iradede yer alan sonuçları uyguladığı söylenebilir (Antalya, 2018, s. 53). İrade muhtariyeti tarafların beklentileri ve iradeleri için çıkarlarını en iyi şekilde bilmelerinden dolayı yasal şartların ve güvencelerin öngörülebilirliğini güçlendirir (Toker, 2005, s. 120; Gül, 2016, s. 79).

İrade muhtariyeti, tarafların rasyonel kişiler olarak kendi çıkarlarını en iyi bilecek durumda oldukları anlayışına dayanmaktadır. Taraflar aralarındaki sözleşmeyi, seçtikleri hukuka tabi tutarak öngörülebilirliği ve belirliliği artırmaktadır. Milletlerarası özel hukukta uygulanacak hukuku tarafların belirlemesine imkân tanıyan düzenlemeler taraf menfaatine hizmet eder. Böylece taraflar aralarındaki hukuki ilişkiye hangi hukukun uygulanacağını seçerek kendilerini hukuki güvenlik içinde hisseder, öngörebildikleri bu hukuk sayesinde, hukuki ilişkinin olası sonuçları hakkında bilgi sahibi olurlar. Taraflar hukuk seçiminde bulunmadıkları hallerde, kanunun belirlediği objektif hukuka tabi olmak durumunda kalır. Bu ülke tarafların hukukunu bilmedikleri bir ülke olabileceği gibi tamamen tesadüfi bir yer de olabilir. İrade muhtariyetinin bu önemi karşısında her ülkede aynı düzenlemelerin olmayışı özellikle ticari ilişkilerde önem arz edebilmektedir. İleride kendisine hangi hukukun uygulanacağını bilemeyen bir yatırımcı veya tacir o ülkede yatırım veya ticaret yapmak istemeyebilir. Afrika ülkeleri böylesi bir ihtiyacın farkında olarak iş kanunlarını uyumlaştırmak üzere OHADA kanunlarını kabul ederek yatırımcıları kendilerine çekmeyi başarmışlardır.

İrade muhtariyetinin her aşamasında kendisini hissettirdiği bir başka kurum olan tahkimde, Afrika ülkelerinden Gana ve Nijerya'nın hukuklarını çalışmamıza dâhil ettik. Özellikle UNCITRAL Model Kanunu'ndan esinlenilerek hazırlanan her iki tahkim kanunun irade muhtariyetini güçlendiren düzenlemeler mevcuttur.

1. OHADA Kanunları

Afrika Ekonomi Hukuku Uyum Örgütü/*The Organization for the Harmonization of Business Law in Africa* (OHADA)¹ irade muhtariyeti kanununun uluslararası ticari sözleşmelerde hukukun seçimine ilişkin Lahey ilkelerinin katkısı ve ilişkisi hakkında tespitler yorumlar yapılmıştır. Bu kuruluş 17 Ekim 1993 tarihinde Afrika'da iş yürütmek için tek tip ve güvenli bir yasal çerçeve oluşturarak Afrika'da ekonomik kalkınmayı teşvik etmek ve yabancı yatırıma olan çekiciliklerini artırmak için on dört Orta ve Batı Afrika devleti tarafından kurulmuştur². Düzenleme uluslararası ticari sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel ilkeleri ortaya koymaktadır. Diğer yandan Lahey prensipleri uluslararası ticari sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin mevcut en iyi uygulamaların kanunu olarak kabul edilebilecek bağlayıcı olmayan bir araçtır, tarafların uygulanacak hukuku seçme ve taraflarca seçilen hukukun uygulanması konusunda uygun sınırlamalar koymalarını sağlar. Daha da önemlisi OHADA, borçlar hukuku tek tip metin ön taslağında irade muhtariyeti ile ilgili hükümleri iyileştirmek için Lahey ilkelerinin nasıl kullanılabileceğini araştırmaktadır. OHADA Afrika'da basit, modern ve uyumlu ticari düzenlemeler düzenlemeleri oluşturmayı amaçlamaktadır. Bu vesileyle 12 Aralık 2007'de OHADA sözleşme hukuku hakkında tek düzen kanun hazırlanmasını yeniden başlatmaya karar vermiştir. OHADA sözleşme hukukuna ilişkin kanun taslağının ortak amacı tüm ticari ve ticari olmayan trans-eylemler için geçerli olacak tek, sıradan bir sözleşme yasası oluşturmaktır. Buradaki amaç kanunlar ihtilafı içeren durumlar için geçerli olabileceğidir. OHADA'ya üye devletlerin hukuk seçimine ilişkin genel kuralları "hukuk kuralları" seçimine izin vermemektedir. Ön taslağı hazırlayanlar tarafından yapılan bu seçimin, anlaşmazlıkların mahkeme önüne çıkarılması durumunda sadece devlet hukukunun belirlenmesine izin veren üye devletlerin mevzuatına uygun olduğunu belirtmek önemlidir. Aksine, anlaşmazlığın tahkime getirilmesi durumunda, irade muhtariyetinin kapsamı, tarafların sözleşmelerinde yönetmek için devlet dışı düzenlemeleri belirleme yeteneğine içerir. Başka bir deyişle devlet dışı hukuk seçiminin etkileri tahkim bağlamıyla sınırlıdır. Lahey ilkelerinin önerdiği yenilik, uluslararası ticari sözleşmelere taraflarının sözleşmelerini yönetmek için devlet hukukundan başka bir şey seçmelerine izin vermemektedir. OHADA Kanunları özellikle tarafların farklı geçerli yasaları belirleyen "standart terimleri" kullandıkları durumlarda, tarafların uygulanacak hukuk üzerinde anlaşmış olup olmadığını hangi yasanın belirleyip belirlemediği konusunda ilgilenmemektedir (Monsenepwo, 2019, s. 162-185).

1.1. OHADA Yeknesak Borçlar Kanunu Ön Taslağı

2015 yılında OHADA Daimi Sekreteryası ve Kıta Avukatları Vakfı tarafından belirlenen bir çalışma grubu, OHADA Bakanlar Kuruluna Borçlar Kanunu ile ilgili yeknesak kanununun ön taslağını sunmuştur. Ön Taslak, sözleşmeden doğan (575-601. maddeler) ve diğer (587-601. maddeler) yükümlülüklerle ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını içeren 616 maddeyi kapsar. Daha özel olarak, ön taslağın 575. maddesi, irade muhtariyetini güçlendirmek ve taraflarca seçilen hukukun sözleşmeyi

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. www.ohada.org sitesine bakılmalıdır.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Namlı, 2016, s. 91-123.

mümkün olan en üst düzeyde yönetmesini sağlamak için hükümler içermektedir. Ön taslak hem medeni hukuk hem de ticaret hukuku sözleşmeleri için geçerli olduğundan, tüketici sözleşmelerinde (m. 578/2) hukuk seçimine, Sigorta Sözleşmelerinde (m. 579/2) ve iş sözleşmelerinde (m. 580) ilişkin hükümler içermektedir. Ancak, ön taslağın m. 580/1'in sadece ikinci cümlesi, çalışana korumak için kanun kurallarının istisnai bir seçimini kabul etmiştir. Nitekim bir iş sözleşmesinde hukuk seçimi, bir çalışanın, seçim yapılmadığında, ön taslağın 580/2, 3 ve 4 maddesi uyarınca uygulanacak olan hukuk kapsamındaki zorunlu hükümlerin sağladığı korumadan mahrum bırakılması ile sonuçlanamaz. Bir sözleşmenin Ön taslak m. 575'te yer alan hukuk kurallarının seçimi kapsamına girebilmesi için, "kanunlar ihtilafı içermesi" gerekir. Bu sınırlama Lahey İlkeleri'nin 1(2) maddesine benzerdir. Ancak ön taslak, tarafların hukuk seçiminin bir sözleşmenin uluslararasılığının belirlenmesinde ilgili bir unsur olup olmadığını belirlemez. Lahey İlkeleri'nin amacı gereği, tarafların hukuk seçiminde, bir sözleşmede yabancı unsur olup olmadığını belirlemek önemsiz bir unsurdur. Böyle bir kuralın ön taslağa eklenmesi, tarafların sözleşmenin uluslararasılığını yalnızca ilgili tüm unsurların tek bir devlette merkezlenmiş olduğu durumlarda yabancı bir hukuk seçerek yabancı unsuru oluşturmalarını önleyecektir (Monsenepwo, 2019, s. 162-185).

1.2. OHADA Kanunlarında Hukuk Seçimi

Lahey İlkelerinin 2 (1) ve 3'üncü maddeleri gibi, ön taslağın ilk cümlesi 575 (1) maddesi tarafların sözleşmelerini düzenleyen hukuku seçme özgürlüğünü belirler. Tüm OHADA üye devletlerinin mevzuatı, tarafların sözleşmelerini düzenleyen hukuku seçme özgürlüğünü de belirlemiştir. Madde 575 (1) ön taslağın ilk cümlesi, tarafların sözleşmelerini yönetmek için herhangi bir devlet hukukunu seçmelerine izin verildiğini açıkça kabul eder. Ön taslağın 571. maddesi uyarınca tarafların OHADA üyesi olmayan bir devlet hukukunu da seçmelerine izin verilir (Monsenepwo, 2019, s. 162-185).

1.2.1. Kısmi Hukuk Seçimi

Ön taslağın üçüncü cümlesi m. 575 (1) uyarınca, taraflar sözleşmelerinin tamamı veya sadece bir kısmı için geçerli olan hukuku reddedebilir. Tarafların, sözleşmenin sadece bir kısmı için hukuk seçimine gitmeleri durumunda, sözleşmenin geri kalanı, geçerli olan hukuka tabi olacaktır. Ancak, ön taslağın 575 (1) maddesinin üçüncü cümlesi, tarafların sözleşmenin farklı bölümleri için farklı hukuk seçmesine izin vermemektedir. Bu bağlamda, tarafların sözleşmenin bir kısmı için geçerli hukuku seçme olasılığının, sözleşmenin diğer bölümleri için farklı hukukun seçimi ile karıştırılmaması gerektiğinin altını çizmek önemlidir. Başka bir deyişle, bir sözleşme, ön taslağın üçüncü cümlesinin 575 (1). maddesinin mevcut hali uyarınca seçilen birden fazla hukuk ile yönetilemez. Ön taslağın 575 (1) üçüncü cümlesi, sadece sözleşmenin tamamı veya bir kısmı için uygulanacak olan hukuk için hukuk seçimine izin verir. Ancak, tarafların sözleşmelerinin ayrı bölümlerini farklı hukuklara (*dépeçage*) tabi tutma olasılığı, irade muhtariyetinin uygulama biçimlerinden biridir (Monsenepwo, 2019, s. 162-185).

1.2.2. Hukuk Seçiminin Zamanı ve Değiştirilmesi

Ön taslak, tarafların herhangi bir zamanda sözleşmeye daha önce uygulanacak hukuktan başka bir hukukun uygulanmasının kabul edilebileceğini öngörmektedir (m. 575 (2) ilk cümle). Lahey Prensiplerinin m. 2 (3) ikinci cümlesi gibi, ön taslağın m. 575 (2) ikinci cümlesi (m. 583 ile bağlantılı olarak), uygulanacak hukukta, tarafların tercihi, daha önce uygulanan hukuk uyarınca resmi olarak geçerli olan bir sözleşmeye hâlel getiremez. Ayrıca, ön taslağın 575 (2) maddesinin ikinci cümlesi, hukuk

seçiminde yapılan bir değişikliğin üçüncü tarafların haklarını olumsuz etkilememesini öngörmektedir. Ayrıca, ön taslağın 575 (2) maddesinin ikinci cümlesi şu şekildedir: “Taraflar, istedikleri zaman, sözleşmenin, bu madde uyarınca daha erken bir hukuk seçimi veya bu başlığın diğer hükümleri gereğince, daha önce yönetilenin dışındaki bir hukuk ile yönetilmesini kabul edebilirler.” Ön taslağın 575 (2) maddesinin ilk cümlesi Lahey İlkeleri'nin 2 (3) maddesi ile uyumludur.

1.2.3. Seçilen Hukuk ile Sözleşme Arasında Bağlantı

Lahey Prensiplerinin 2 (4) maddesi gibi, ön taslağın 575'inci maddesi, seçilen hukuk ile sözleşme arasında herhangi bir bağlantı gerektirmemektedir. Taraflar ilişkileri ile bağımsız bir hukuk seçmekte özgürdürler, yani kendileri veya işlemleri ile hiçbir ilişkisi olmayan bir hukuk seçebilirler (Monsenepwo, 2019, s. 162-185).

1.2.4. Açık veya Zımni Hukuk Seçimi

Ön taslağın 575 (1) maddesi uyarınca, taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku açıkça veya zımni olarak seçebilirler. Açık bir hukuk seçiminin gerekleri, sözleşmenin "tabi" veya "yönetilmesi" gibi ifadelerin kullanılmasıyla karşılanabilir. Ayrıca, tarafların işyerlerinin bulunduğu yer gibi bazı dış etkenlere göre de yapılabilir. Hukuk seçimi 575 (5), 583, 584 ve 586. maddeleri uyarınca yazılı veya sözlü olarak yapılabilir. Ön taslağın 575 (1) ikinci cümlesine göre, bir hukuk seçimi zımnen de yapılabilir. Lahey Prensipleri'nin 4. maddesi açısından olduğu gibi ya sözleşmenin hükümleri ya da davanın koşulları kesin olarak örtük bir hukuk seçimine işaret edebilir. Lahey Prensipleri'nin 4. maddesinin ikinci cümlesinden farklı olarak, ön taslak, bir mahkeme seçiminin veya bir tahkim anlaşmasının kendi başına bir hukuk seçimine eşit olamayacağını belirtmez. Sonuç olarak, ön taslak uyarınca, bir ulusal mahkeme sadece yetki seçiminden bir hukuk seçimi çıkarabilir. Öte yandan, ön taslağın 575 (2) maddesi, hukuk seçiminde örtük bir değişiklik olup olmayacağını belirtmemektedir. Dolayısıyla bu soru ulusal uluslararası özel hukuk kurallarına bırakılmıştır. Ne yazık ki, OHADA üye devletlerinin ulusal hukuk seçimi hükümlerinin çoğu bu konuyu ele almamaktadır (Monsenepwo, 2019, s. 162-185).

1.2.5. Atıf

Ön taslak atıf (*renvoi*) olasılığını dışlar. Ön taslağın 570. maddesi uyarınca, bir hukuk seçimi, taraflarca seçilen uluslararası özel hukuk kurallarına atıfta bulunmaz. Bir hukuk maddesi seçimi, yalnızca seçilen hukukun uluslararası özel hukuk kurallarının hariç tutulmasıyla sınırlı olarak yorumlanmalıdır. Taraflarca yapılan hukuk seçiminde uluslararası özel hukuk kurallarına atıfta bulunulması halinde, sözleşme sonunda tarafların beklentilerinden farklı bir hukuka tabi olabilir. Bu da taraflar için belirsizliğe yol açacaktır. Bu nedenle, tarafların beklentilerinden farklı bir hukukun uygulanmasını önlemek, tarafların niyetini pekiştirir ve daha fazla hukuki öngörülebilirliğe yol açar. Ancak, Ön taslağın 570. maddesi istisna olarak tarafların seçilen hukukun uluslararası özel hukuk kurallarını açıkça belirlemelerine izin vermemektedir. Ancak, tarafların tahkimde uluslararası özel hukuk kurallarını seçmede meşru çıkarları olabilir. Örneğin, çok birimli bir devletin söz konusu olduğu durumlarda, taraflar, belirsizliği önlemek için o devletin iç hukuk kurallarını seçmekle ilgilenebilirler. Ayrıca, bu hükmün dâhil edilmesi irade muhtariyeti kavramını pekiştirecektir (Monsenepwo, 2019, s. 162-185).

1.2.6. Emredici Kurallar ve Kamu Düzeni

Ön taslak, birinci fıkraya 575 (1) maddesinde belirtilen irade muhtariyeti ilkesinin uygulanması üzerine iki tür sınırlama tanımaktadır. 568. madde uyarınca, ön taslak *forum* geçersiz kılınan emredici kurallarının uygulanmasını etkilemez. Seçilen hukuka bakılmaksızın, bir mahkeme, *forum*un emredici hükümlerini uygulayabilir veya uygulamak zorundadır. Bu hüküm Lahey İlkelerinin 11 (1) maddesi ile uyumludur. Ancak, ön taslağın 568. maddesi, bir mahkemenin başka bir hukukun emredici hükümlerini geçersiz kılabileceğini ya da dikkate alabileceğini öngörmemektedir. Buna ek olarak, ön taslağın 569. maddesi, Lahey Prensiplerinin 11 (3) maddesi gibi, bir mahkemenin seçilen hukuk hükümlerini yalnızca kamu düzeninin temel kavramlarıyla açıkça uyumsuz olması durumunda uygulamayı reddedebileceğini öngörmektedir. Ön taslağın, OHADA yeknesak kanunları ve düzenlemelerinden kaynaklanan baskın emredici kurallardan veya kamu düzeninden özellikle bahsetmediğine dikkat etmek önemlidir. OHADA'dan kaynaklanan kurallar otomatik olarak OHADA üye devletlerinin iç hukukuna dâhil edildiğinden, böyle bir ihmal herhangi bir sorun yaratmaz. Bu nedenle, OHADA üye devletlerinin öncelikli emredici kuralları OHADA emredici kurallarını içerir. Aynı şekilde kamu düzeni kavramı için de geçerlidir (Monsenepwo, 2019, s. 162-185).

2. Tahkim Hukukunda İrade Muhtariyeti

2.1. Nijerya Hukuku

Nijerya'da, 2004 Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu, tahkim yargılamasını ve kullanılan tahkim kurallarını düzenler. İrade muhtariyeti ilkesini güçlendiren düzenleme şu ifadelerle yer vermektedir: “*Aksine bir ifade belirtilmedikçe, tarafların anlaşması veya mahkemenin veya hâkimin izni olmadıkça bir tahkim anlaşmasından dönülemez*”. Tahkim sürecinin tarafları, işlemlerine uygulanacak hukuku seçmek için Nijerya hukuku uyarınca özgürdürler (Fagbemi, 2015, s. 222-246).

UNCITRAL Model Kanunu'nun 18. maddesinin bir kopyası olan 2004 Nijerya Tahkim ve Uzlaştırma Kanunu'nun 14. bölümü şöyledir: “*taraflara eşit muamele edilmeli ve taraflara davalarını savunmak için tüm imkânlar verilmelidir*”. Bu hükmün sonuçları aşağıdaki gibidir: Birincisi, tahkim anlaşması, tahkim taraflarının tahkimin yürütülmesi sırasında eşit muamele görme hakkına sahip oldukları bir anlaşmasıdır, aksi takdirde adaletten bahsedilemez. İkinci olarak, taraflara davalarını savunurken tüm imkânları kullanmaları için fırsat tanınacaktır. Dolayısıyla, taraflara tahkim davası hakkında uygun şekilde bildirimde bulunulmadığı veya davayı tahkim mahkemesinde savunmak için tüm imkânlar tanınmadığı takdirde, verilen karara itiraz edildiğinde iptal edilecektir. Üçüncüsü, tahkim mahkemesi yarı yargısal bir otorite olduğundan, hâkimler hakem olarak atanmamalıdır. Adil yargı ilkesini korumak için, tüm yargı ve idari makamların, önlerindeki yargılama sırasında adil yargı ilkesine uymaları gerekmektedir (Fagbemi, 2015, s. 222-246).

Nijerya Tahkim Kanunu'nun 47 (1) maddesi “*tahkim mahkemesi, uyuşmazlıkları tarafların tabii olmak için seçtikleri ülkede geçerli olan kurallara uygun çözecektir*” ifadesine yer vermektedir. Bu hüküm gereği irade muhtariyeti ilkesinin, uyuşmazlık için geçerli hukuk seçimini büyük ölçüde etkilediği belirtilmektedir. Yine, 2004 yılında yapılan düzenleme taraflar açıkça yetkilendirmedikçe mahkemenin *ex aequo et bono or amiable compositeur* (dostane aracı), olarak karar veremeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca, her durumda, hakem heyetinin sözleşme şartlarına uygun olarak karar vereceği ve işlem için geçerli olacak ticari uygulamayı dikkate alacağı açıktır. Bu hükümlerin yanı sıra, Nijerya

Tahkim Kanunu, irade muhtariyeti ilkesinin tanınmasıyla, taraflara sözleşme ile hakemlerin sayısını belirleme ve bunları atama, tahkim yerini ve tahkim işlemlerinde kullanılacak dili seçme özgürlüğü verir (Fagbemi, 2015, s. 222-246).

2.2. Gana Hukuku

2010 Gana Tahkim ve Uzlaştırma Kanununda yer alan tahkim temel ilkesi, taraflar arasında çıkacak olan, tahkim ve tahkim sürecinin nasıl yürütüleceği gibi ihtilaflarla nasıl başa çıkılacağına dair taraf tercihlerine saygı duyan ve bunu güvence altına alan, irade muhtariyeti genel ilkesidir. Gana kanunları, tahkim sürecinin başlatılması için bekletili mesele olarak, tahkim anlaşması kapsamında bulunan bir anlaşmazlığın tarafının, bu anlaşmanın koşullarına tabi olarak, anlaşmazlığı tahkime yönlendirmesini öngörmektedir. Bu bölüm tahkimin temelini oluşturur; dolayısıyla, tarafların anlaşmasında tahkim şartının bulunmaması durumunda, uyuşmazlığın tahkime götürülmesi imkânsızdır. Gana kanunları taraflara; mahkemenin nasıl oluşacağı ve kimliği konusunda tercih hakkı vererek; hakem veya hakemlerin tecrübesine, niteliklerine ve milliyetlerine ilişkin şartlar koyarak; bir tahkim belirleme yetkilisi atayarak hakem sayısını ve atama prosedürünü belirleyerek irade muhtariyeti hükmünü daha da güçlendirmektedir. Ayrıca, Gana Tahkim Kanunu uyarınca, tahkim mahkemesinin anlaşmazlığı taraflarca seçilen hukuka ve anlaşmazlığın özüne uygun olarak karar vermesi gerekmektedir (Fagbemi, 2015, s. 222-246).

3. Milletlerarası Özel Hukuk Genel Uygulamalarından Ayrılan Düzenlemeler

Common law ülkesi olan Güney Afrika'da taşınır mallar için murisin son ikametgâhı, taşınmaz mallar için *lex rei sitaen* uygulanması kabul edilmiştir. Güney Afrika için *common law* ve *civil law* karma sisteminin benimsendiği de söylenebilir (Öztürk, 2015, s. 181).

1964 yılında yürürlüğe giren Vasiyet Tasarruflarının Şekline Dair Kanun Uyuşmazlıkları Hakkındaki La Haye Sözleşmesi'ne Güney Afrika ile birlikte Botswana, Lesotho, Maritus, Swaziland gibi Afrika ülkeleri de taraftır. Sözleşme yeknesak kanun (*loi uniform*) niteliğini taşıdığı için (m. 6), geniş bir uygulama alanına sahiptir. Sözleşme tarafından yetkili olarak tayin edilen hukukun, Sözleşmeye taraf olmayan bir devletin hukuku olsa dahi uygulanacağını belirtmesi, Sözleşmenin hükümlerini yeknesak milletlerarası özel hukuk kuralları haline getirmektedir. Sözleşme, ölüme bağlı tasarrufların şekli ile ilgili olarak sekiz ayrı bağlama kuralına yer vermiş (m. 1) ve bu kurallardan herhangi birinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılan tasarrufların geçerli sayılacağını hükme bağlamıştır (Baran Çelik, 2011, s. 155-156).

Güney Afrika hukukuna göre, evliliğin taşınır mallar üzerindeki etkisi konusu, eşlerin ilk ikametgâhı hukukuna tâbidir. Eşlerin yeni bir ikametgâh kazanmış olmasının hiçbir önemi ve anlamı yoktur. Buna doktrinde tam değişmezlik (*full immutability*) denmektedir (Öztürk, 1998, s. 84-85).

Sonuç

Afrika ülkelerinde irade muhtariyetinin görünümünü milletlerarası özel hukuk bağlamında ele aldığımız bu çalışma ile bazı Avrupa düzenlemelerinin kopyası mahiyetinde düzenlemelere rastladığımız gibi, yer yer çağdaş düzenlemeler ile uyumlu olmayan uygulamalara da rastladık.

1993 yılında kurulan Avrupa Ekonomi Hukuku Uyum Örgütü (OHADA), Afrika'ya yabancı yatırımcıları çekmek ve böylece ekonomik kalkınmayı teşvik etmek amacıyla gütmektedir. Örgüte üye

devletlerin basit, modern ve uyumlu ekonomi hukukuna sahip olabilmesi için bazı düzenlemeler yapılmıştır. Hukuk seçimi ile ilgili önemli düzenlemeler içeren kanunlar çalışmamızda inceleme konusu yapılmıştır.

OHADA kanunlarına göre sadece bir devlete ait kurallar hukuk seçimine konu olabilir. Genel hukuk kuralları bu kapsamda hukuk seçimine konu edilemez. Bu konuda Avrupa düzenlemelerinden ayrıldığı söylenebilir. Ancak yine de seçilecek devlet hukukunun sözleşme ile veya taraflar ile herhangi bir bağlantısı olmayan bir devlet hukukunun seçilebilmesi bakımından düzenlemenin modern olduğunu belirtmeliyiz. Bunun yanı sıra OHADA üyesi olmayan herhangi bir devlet hukukunun seçilebileceğini de belirtmeliyiz.

OHADA kanunlarında hukuk seçimi ile ilgili kısıtlama sayılabilecek ve milletlerarası özel hukukun bugün geldiği noktada çok fazla karşılaşmadığımız düzenlemelerden birisi kısmi hukuk seçimi konusundaki yasaktır. Tarafların bir sözleşmeye uygulanmak üzere birden fazla hukuk seçemeyeceği gibi, sözleşmenin çeşitli kısımlarına ayrı hukuk seçimleri yapamayacakları da düzenlenmiştir. Gerçi sözleşmenin yalnızca bir kısmı için hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilmiştir, ancak milletlerarası özel hukukun çağdaş düzenlemelerinde sözleşmenin ayrı ayrı uygulanabilir kısımlarının farklı hukuklara tabi tutmanın serbest olması karşısında bu düzenleme zayıf kalmaktadır.

Hukuk seçimi ile ilgili çağdaş düzenlemeler ile aynı şekilde kabul edilen diğer konu, seçilen hukukun taraflarca her zaman değiştirilebilir olduğudur. Türk hukukunda da bildirildiği gibi OHADA kanunlarında da hukuk seçiminin sonradan değiştirilmesi halinde üçüncü kişilerin haklarına hanel gelmeyecektir. Yine tarafların hukuk seçimi yapmaları halinde atıf müessesesi reddedilmiştir. Tarafların aksini kararlaştırmadıkları durumlarda seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları değil, maddi hukuk hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmiştir. Hukuk seçiminin açık veya zımni olabileceği de düzenlemeler arasındadır.

Çalışmamızda incelediğimiz diğer konu ise tahkimdir. Afrika ülkelerinden en modern tahkim kanunlarına sahip olanlarını ele aldık. Nijerya ve Gana tahkim kanunları UNCITRAL Model Kanunu'nu kopya eden ve bunda oldukça başarılı görülen, irade muhtariyetini tahkimin manasına uygun kullanabilen tam olarak çağdaş diyebileceğimiz kanunlar olarak değerlendirdik.

Son olarak Güney Afrika'daki bir kısım uygulamaları değerlendirdik. Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyetinin çok yer bulamadığı konulardan biri olan mirasa uygulanacak hukuk konusunda Güney Afrika kanununda ikili bir ayrıma gidilerek, taşınmazlar için taşınmazın bulunduğu yer hukukunun, diğer miras için mirasın son ikametgâhı yeri hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Türk hukukunda mirasa uygulanacak hukuk olarak ölenin milli hukukuna tabi olacağını hatırladığımızda ve diğer uluslararası düzenlemeleri göz önünde bulundurulduğunda miras hukuku düzenlemelerinde irade muhtariyetinin yeni yeni geliştiğini söylemeliyiz. Güney Afrika uygulamalarının bir diğer önemli konusu olan evlilik mallarına uygulanacak hukukta, Türk hukukunun tersi bir düzenleme görmekteyiz. Evlilik mallarında tam değişmezlik statüsünün uygulandığı Güney Afrika'da eşlerin ilk ikametgâhı bu konuda uygulanacak tek hukuktur ve eşlere herhangi bir hukuk seçimi kısıtlı dahi olsa verilmemiştir. Türk hukukuna baktığımızda ise değişken statü olarak adlandırılan bir sistemden bahsetmekle beraber taraflara tamamen serbest olmasa da bir hukuk seçimi imkânı verildiğini söylemeliyiz. Sadece açık hukuk seçimi yapabilmeleri kaydıyla MÖHUK'ta belirtilen dört hukuktan birini taraflar evlilik mallarına uygulamak üzere seçebileceklerdir. Ayrıca hukukumuzda evlilik mallarında taşınır-taşınmaz olarak ayırım

yapılmamıştır. Bu gerçeklerde Güney Afrika'nın evlilik mallarına uygulanacak hukuk bakımından çağdaş düzenlemelere ters bir tutum içinde olduğunu söyleyebiliriz.

Milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması adına devletlerin hukuki düzenlemelerini birbirine yakınlaştırılması önem arz etmektedir. Ancak bazı Afrika ülkelerini incelediğimizde kullandıkları bağlama kurallarının genel olarak milletlerarası özel hukukta destekçisinin olmadığını ifade edebiliriz.

Kaynakça

- Abegg A. (2020). *Die Ausdifferenzierung der Vertragsfreiheit im Wirtschaftsrecht* Erişim tarihi: 03.07.2020, http://doc.rero.ch/record/4793/files/1_Abegg_-_Vertragsfreiheit_KritV.pdf.
- Akipek, Ş., ve Küçükgüngör, E. (2002). *Sözleşmeler Rehberi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Altaş, H. (2000). Kira Parası Artışlarının Sınırlandırılması. *AÜHFD*, C. 49, S. 1-4, 97-116.
- Antalya, G. (2018). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (cilt 1)*. 2. baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Aral, V. (1983). Hukukta İrade Özgürlüğü. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 48, Sayı 1-4, 249 – 282.
- Ateş, D. (2007). *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*. Ankara: Turhan Kitabevi, (Borçlar)
- Ateş, D. (2007). İrade Özerkliği Kapsamında MK. m. 23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü. *Ankara Barosu Dergisi*, 66, S. 2, 135-148. (İrade)
- Ateş, D. (2007). Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları. *TBB Dergisi*, Sayı 72, 75-93. (Dürüstlük)
- Ateş, D. (2008). BK. m. 65 Kuralı: Özel Olarak Genel Ahlaka Aykırı Amaçlarla Verilenlerin İfade Edilememesi. *Prof. Dr. Turgut Akantürk'e Armağan*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 583-605.
- Baran Çelik, N. (2011). *Milletlerarası Unsurlu Ölüme Bağlı Tasarruflara Uygulanacak Hukukun Tayini*. Doktora Tezi.
- Başpınar, V. (1998). *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Eren, F. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 25. bs., Yetkin Yayınları.
- Erman, H. (2011). Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 38 S. 1-4, 601-620.
- Fagbemi, S. A. (2015). The Doctrine Of Party Autonomy In International Commercial Arbitration: Myth Or Reality?. *Afe Babalola University: J. Of Sust. Dev. Law ve Policy* Vol. 6: 1: 222-246.
- Gül, İ. (2016). Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit Under CISG. *Hacettepe HFD*, 6 (1), 77–102.
- Güngör, G. (2000). *Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*. Yetkin Yayıncılık.
- Hatemi, H. (1976). *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları: Özellikle BK. 65 Kuralı*. İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- İnceoğlu, M. M. (2000). Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi. *Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, 391-429.

- Kaşak, F. E. (2019). *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*. Oniki Levha Yayıncılık.
- Monsenepwo, J. (2019). Contribution of The Hague Principles On Choice Of Law İn International Commercial Contracts To The Codification Of Party Autonomy Under Ohada Law. *Journal Of Private International Law*, 15:1, 2019, 162-185, Doi: 10.1080/17441048.2019.1593092 (Erişim Tarihi: 27.10.2019).
- Namlı, M. (2016). Afrika'da Ekonomi Hukuku'nun Uyumlaştırılmasına İlişkin Sözleşme'ye (Ohada Sözleşmesi) Genel Bakış. *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 33 / 1, 91-123.
- Oğuzman, M. K., ve Öz, M. T. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 18. bs., Vedat Kitapçılık.
- Ömeroğlu, E. (2017). *Aynı Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Mercii'nin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi*. Adalet Yayınevi.
- Öztürk, N. (1998). *Evlilik Mallarına Uygulanacak Hukuk*. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi.
- Öztürk, N. (2015). Miras Statüsünün Belirlenmesinde İrade Muhtariyetinin Rolü. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt.5, 177-208.
- Reichle, S., ve Schister, R. (2018). Sitten widrigkeit des Sex dienstleistungsvertrags?. *ExAnte*, , 2(2), 19-29, (çevrimiçi) <https://ex-ante.ch/index.php/exante/article/view/57> (1 Mart 2020).
- Sirmen, L. (1972). Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku. *Prof. Dr. Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan*, 441-472.
- Toker A. G. (2005). *Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*. Seçkin Yayınevi.

Uniform Acts, 15 Kasım 2020 tarihinde, www.ohada.org.