

# Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi

Araştırma

## F. Aslı BAYATA CANYAŞ\*

\* Arş. Gör. (LL.M.), Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Uluslararası Özel Hukuk ABD.  
(Res. Asist. (LL.M.), Bilkent University Faculty of Law, Private International Law Department)  
(E-posta: bayata@bilkent.edu.tr)

### ÖZET

Yabancı unsurlu bir sözleşme, birden fazla hukuk ile ilişki içerisinde olacaktır. Bu durumda sözleşmeye uygulanması gereken hukukun tespiti gerekecektir. Bu tespit, taraflarca sübjektif olarak yapılabileceği gibi, taraflar böyle bir tespitte bulunmamışlarsa davanın açıldığı yer mahkemesince objektif olarak belirlenecektir. Sübjektif hukuk seçimi esas alındığında taraflar açıkça belli bir ülke hukukunu seçebileceklerdir. Ya da taraflar açıkça kararlaştırmamış da olsalar örtülü olarak belli bir hukuku seçmiş olabileceklerdir. Bu durumda örtülü iradenin açıklığa kavuşturulması gerekli olacaktır. Sözleşme taraflarının açık hukuk seçimi, örtülü hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı, mümkünse bunun koşulları, tarafların bu olanaklardan yararlanmamaları durumunda objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukukun tespiti gibi konular, Avrupa Birliği Hukukunda Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri Bakımından Uygulanacak Hukuku ele alan Roma I Tüzüğü'nde ve Türk Hukuku açısından Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda (MÖHUK) düzenleme altına alınmıştır. Roma I Tüzüğü m. 3/1'de "Hukuk seçimi, sözleşmenin hükümlerinden ya da davanın koşullarından açıkça çıkarılabilmelidir." ifadesine yer verilerek tarafların örtülü olarak hukuk seçiminde bulunma iradelerine etki tanınmıştır. MÖHUK uyarınca ise mülga MÖHUK'tan farklı olarak örtülü hukuk seçimine yönelik taraf iradesine etki tanınmış ve m. 24/1-2. cümle uyarınca örtülü hukuk seçiminin mümkün olabilmesi için "Sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen" bir hukuk seçimi olması gerektiği ifade olunmuştur.

### Anahtar Kelimeler

Sözleşme, Örtülü (Zımnî) Hukuk Seçimi, Uygulanacak Hukuk, Roma I Tüzüğü, MÖHUK (Jel Sınıflandırması: K12, K20).

### ABSTRACT

#### Implicit Choice of Law in Contractual Relations Under the Code on Turkish Private International and Procedural Law and Rome I Regulation

A contract with a foreign element is in relation with more than one country's law. In such a situation, it is required to determine which law will be applicable to that contract. This determination can be made by parties' choice in a subjective way or if parties did not make such a choice, it can objectively be determined by the forum. In accordance with subjective choice of law, parties may make an express choice of law. Or an implicit choice of law may be assumed when a genuine will of the parties can with a reasonable degree of certainty be deducted from the contract and the surrounding circumstances. Issues such as whether parties are entitled to make express choice of law or whether implied choice of law is possible and if it is possible its conditions and also objective determination of applicable law have been regulated under Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations in the European Union Law and in the Code on Private International and Procedural Law (MÖHUK) in Turkish Law. According to Article 3/1 of Rome I, implied choice of law has been

accepted by stating that "The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case." With regard to MÖHUK, as distinct from former MÖHUK, party autonomy has been emphasized and in accordance with article 24/1/2, implied choice of law has been enabled under the conditions that "it has to be deduced from the provisions of the contract and the circumstances of the case without any uncertainty."

### Keywords

Contract, Implied Choice of Law, Applicable Law, Rome I Regulation, MÖHUK (Code on Turkish Private International and Procedural Law) (Jel Classification: K12, K20).

## Giriş

Sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi, sözleşen tarafların mutad meskenleri, ikametgâhları, işyerlerinin farklı ülkelerde olması gibi şahsî ya da coğrafî, objektif nitelikli bir bağlantı üzerinden ya da sözleşmenin maddî ve ekonomik nitelikleri esas alındığında uluslararası ticaretin menfaatlerine ilişkin olması durumlarında yabancılik unsuru taşıyor olacaktır<sup>1</sup>. Bu durumda sözleşme, farklı ülke hukukları ile ilişki içerisinde olacak ve sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti gerekecektir. Bu tespit, taraflarca sübjektif şekilde yapılabi-

leceği gibi taraflar böyle bir tespitte bulunmazlarsa davanın açıldığı ülke mahkemesince objektif olarak da yapılabilecektir.

Sübjektif tayin bakımından taraflar, sözleşmelerine uygulanacak hukuku açıkça seçebilirler. Bu durumda gündeme "açık hukuk seçimi" gelir. İkinci olarak ise, örtülü (zımnî) hukuk seçimi söz konusu olabilir. Bu kapsamda tarafların belli bir hukuk seçme yönünde karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri olsa da bu hukuk açıkça belirtilmemiştir; dolayısıyla tarafların örtülü iradelerinin açığa çıkarılması gereği doğar. Çalışmamızda örtülü hukuk seçimine yönelik taraf iradesinin dikkate alınıp alınmayacağı, alınacaksa bunun koşulları ve sonuçları, Avrupa Birliği Hukukunda Roma Sözleşmesi ve Roma I Tüzüğü ile Türk Hukukunda mülga MÖHUK ve MÖHUK düzenlemeleri ekseninde irdelenecektir.

## I. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğüne Genel Bakış

Avrupa Birliği Hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin kurallar, "1980 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi"nde<sup>2</sup> yer almaktaydı. Avrupa Komisyonu, Ocak 2003'te yayımlanmış olduğu Yeşil Kitap<sup>3</sup> ile Sözleşmenin bir Topluluk düzenlemesi hâline getirilmesi ve çağdaş gelişmelere uyar-

1 Şanlı, C.: **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 2. B, İstanbul, 2002, s. 6; Tiryakioğlu, B.: **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1996, s. 7-8; Çelikel, A./ Erdem, B.: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9.B., İstanbul, 2009, s. 317. Ayrıca Türk hukukunda doktrinde, "yabancılik unsuru taşıyan sözleşme" ile "milletlerarası sözleşme" kavramları arasında farklılık bulunduğu ileri sürülerek bu farkı ortaya koymada belli birtakım ölçütler saptanmıştır: Sözleşmenin diğer bazı unsurları açısından etki doğurmadığı sürece taraflardan birinin yabancı olmasının ya da tarafların mutad meskenlerinin farklı ülkelerde bulunmasının sözleşmeyi uluslararası özel hukuk alanına taşımak için yeterli olmadığı; sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilerek hukukî ve ekonomik açılarından yapılan bir analiz sonucunda sözleşmenin birden çok ülke ile bağlantıya sahip olması durumunda milletlerarası bir sözleşme olduğu ve uluslararası özel hukuka ait bir konu olacağı belirtilmiştir: Özdemir, H.: "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılik Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 939. Ayrıca bir sözleşmenin milletlerarası sözleşme olabilmesi için bu sözleşmeye yabancılik unsuru veren kıstasın objektif olması gerektiğinden sözedilmiş, yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerin ise milletlerarası sözleşmelere göre daha geniş kapsamlı olduğu ve hem objektif hem sübjektif açıdan yabancılik unsuruna sahip olmasının yeterli olduğu belirtilmiştir. Bu görüş uyarınca uluslararası özel hukuk açısından dar anlamda yabancılik unsuru taşıyan milletlerarası sözleşmeler ile geniş anlamda yani hem objektif hem de sübjektif açıdan yabancılik unsuru taşıyan sözleşmeler kapsam dahilindedir, görüş için bkz. Ekşi, N.: "Yabancılik Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Yıl: 12, Sayı: 1-2, 1992, s. 5 ve 10.

2 19 Haziran 1980 Tarihli Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Roma Sözleşmesi. O. J. L 266/1, of 9 October, 1980 (Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, opened for signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC)). (Bundan sonra "Roma Sözleşmesi" olarak adlandırılacaktır.)

3 1980 Tarihli Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Roma Sözleşmesinin Topluluk Tüzüğü Haline Getirilmesi ve Çağdaştırılmasına İlişkin Avrupa Komisyonunca Yayımlanmış Yeşil Kitap. COM (2002) 654 final (14 Ocak 2003). (Green Book on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernization.)

lanması gereğini ortaya koymuştur. Komisyon, bu amaçla bir Tüzük Teklifi<sup>4</sup> hazırlamıştır.

Tüzük Teklifinden üç yıl sonra, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü, 6 Haziran 2008'de kabul edilmiştir<sup>5</sup>. Roma I Tüzüğü, Avrupa Birliği içinde, birden fazla ülke ile bağlantılı sözleşmeler bakımından uygulanacak hukuku tespit etme amacını taşımaktadır<sup>6</sup>. Tüzüğün 3. maddesinde taraflarca hukuk seçimi; 4. maddesinde ise taraflarca hukuk seçimi olmadığında uygulanacak hukukun tespiti ele alınmıştır.

## II. 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun Getirdiği Düzenleme

Türk milletlerarası özel hukuku açısından, yabancı unsurlu bir sözleşmeye uygulanacak hukuk, 5718 sayılı MÖHUK<sup>7</sup> uyarınca tespit edilecektir.

MÖHUK, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini, 24. madde ile başlayan ve 33. madde ile sonuçlanan 10 ayrı madde kapsamında ele almıştır. MÖHUK m. 24, genel olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerini ele almaktadır. Özelliği olan ve genel hükümden ayrı olarak özel hükümle düzenlenmesinin yerinde olacağı doktrin tarafından ifade edilen bazı milletlerarası sözleşme tiplerine uygulanacak hukuk ise ayrıca tespit edilmiştir. Bu bağlamda 25. maddede "Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelere"; 26. maddede "Tüketici Sözleşmelerine"; 27. maddede

4 Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), COM (2005) 650 final, 15 December 2005.

5 17 Haziran 2008 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü. Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), O.J. L 177/6, 4 Temmuz, 2008. (Bundan sonra "Roma I Tüzüğü" ya da "Tüzük" olarak adlandırılacaktır.) Yirmi dokuz maddeden oluşan Roma I Tüzüğü, AT Anlaşması m. 249/2 uyarınca Danimarka dışında tüm üye ülkelerde uygulanacaktır.

6 Tüzük, m. 8 uyarınca 17 Aralık 2009'dan sonra yapılan sözleşmelere uygulanacak; bu tarihten önceki sözleşmeler bakımından ise Roma Sözleşmesi uygulanacaktır.

7 27.11.2007 tarih, 5718 sayılı Yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve 5718 sayılı Kanunun 65. maddesi uyarınca yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. (Bundan sonra "MÖHUK" ya da "5718 sayılı MÖHUK" olarak adlandırılacaktır.) 5718 sayılı MÖHUK m. 64/1 uyarınca, 20/5/1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (22.0.1982 tarihli ve 17701 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.) yürürlükten kaldırılmıştır. (2675 sayılı MÖHUK, bundan sonra "mülga MÖHUK" olarak adlandırılacaktır.)

"İş Sözleşmelerine"; 28. maddede "Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmelere"; 29. maddede "Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmelere" uygulanacak hukuk düzenlenmiştir. Temsil yetkisine, müdahaleci kurallara, sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddî geçerliliği ile sözleşmenin ifasının gerçekleştirilme biçimi ile bu konuda alınacak tedbirlere uygulanacak hukuk konuları ise ayrı hükümlerde düzenlenmiştir.

Bu durumda Kanunda özel olarak düzenlenmemiş bir sözleşme söz konusu olduğunda uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24 çerçevesinde değerlendirilecektir. Madde 24/1, taraflarca hukuk seçimi (sübjektif bağlama) konusunu; madde 24/4 ise taraflarca hukuk seçimi yapılmadığında uygulanacak olan hukuku (objektif bağlama kuralını) düzenlemiştir.

## III. Örtülü Hukuk Seçimi

### 1. Genel Olarak

Örtülü hukuk seçiminde tarafların, sözleşmelerine uygulanmak üzere belli bir hukuku seçme yönünde karşılıklı ve uyumlu iradeleri bulunmaktadır. Ancak bu irade açıkça ifade edilip, net bir biçimde ortaya konmamıştır. Hâkimin, esasında var olan ancak net bir şekilde ortaya konmamış olan bu taraf iradesini, sözleşmede yer alan ve sözleşmeye bağlı ipuçlarına dayanarak tespit etmesi ve ortaya çıkarması gerekmektedir<sup>8</sup>. Hâkim, örtülü iradeyi bulma sürecinde, iş yaşamına ilişkin belli bazı kurallardan, sözleşmenin dile alınış şeklinden, sözleşmede belli bir hukuka yönelik terim ve kurumlara gönderme yapılmasından, taraflar arasındaki önceki benzer nitelikli sözleşmelerdeki hukuk seçiminden, yetki sözleşmesinden, sözleşmenin yapıldığı yer ya da ifa yerinden ve diğer bağlantılardan yararlanabilecektir<sup>9</sup>.

### 2. Örtülü Hukuk Seçimine İşaret Eden İrtibatlar

Bu bağlantılardan özellikle yetkili mahkeme tayi-

8 Bu nokta, örtülü hukuk seçimini, farazî hukuk tayininden ayırt etmektedir, çünkü farazî hukuk tayininde tarafların hukuk seçimine yönelik herhangi bir iradeleri söz konusu değildir.

9 Bazı ülke hukuklarında ise tarafların örtülü iradeleri dikkate alınmamakta ve tarafların sadece açık hukuk seçiminde bulunabilmelerine olanak tanınmaktadır. Örneğin Çin Hukuku uyarınca, tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleri ancak açıkça ortaya konmuşsa dikkate alınmaktadır: Zhang, M.: "Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law", **20 Emory International Law Rev.** 11, 2006, s. 524.

ninin uygulanacak hukuka yönelik olarak önemli bir gösterge sayılabileceği üzerinde durulmuştur<sup>10</sup>. Bu yaklaşım uyarınca taraflar, yetkili mahkeme tayininin, o mahkemenin hukukunu seçme anlamına gelmediği yönünde bir iradeye sahip iseler bunu açıkça belirtmelidirler. Çünkü *forum* hâkimi, zaman kaybı ve masrafa neden olacak yabancı bir hukukun uygulamaktan ziyade, kendi hukukunu uygulama eğiliminde olacaktır.

Bu görüşe karşı çıkanlar ise, tarafların, seçmiş oldukları mahkemenin hukukunun uygulanmasını istemeyebilecekleri durumların olabileceğini ileri sürmüşlerdir<sup>11</sup>. Örneğin, taraflar, mahkemeyi uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra seçmişlerse durum, bu şekilde yorumlanabilir. Ayrıca, sözleşme uyarınca davacıya birden fazla ülke mahkemesinden birini seçme olanağı tanınmışsa da tarafların uygulanacak hukuka yönelik herhangi bir iradelerinin olduğu söylenemez. Çünkü tüm bu durumlarda, sözleşmenin doğduğu anda, tarafların mahkeme seçimine ilişkin olarak herhangi bir iradeleri yoktur ve dolayısıyla uygulanacak hukuka yönelik olarak da herhangi bir çıkarımda bulunulamaz.

Kanımızca da yetkili mahkeme tayini, örtülü hukuk seçiminin varlığına işaret eden bağlantılardan yalnızca bir tanesi olabilir ve ancak diğer bağlantılar da yetki anlaşması ile belirlenen mahkemenin hukukunu işaret ediyorsa, bu hukukun örtülü olarak seçildiği söylenebilir. Aksi hâlde, yani tek başına yetkili mahkeme tayini yoluyla tarafların o ülke hukukunu da seçtiklerini söylemek, *lex fori* yanlısı bir eğilime girmek riski taşıyabilir.

Örtülü hukuk seçimine işaret eden irtibatlardan bir diğeri ise, tarafların yargılama sırasında davranışları olabilir. Örneğin, taraflar arasında açık hukuk seçimi yapılmayıp, dava sırasında belli bir hukuka ait kavram ve ifadelerden yararlanılması, o hukuka ait kurallara başvurulması durumunda taraflar arasında örtülü bir hukuk seçimi olduğu sonucuna varılabilir<sup>12</sup>. Ancak bu nok-

tada örtülü hukuk seçimi ile "sözleşmeye dahil etme (enkorporasyon)<sup>13</sup>" karıştırılmamalıdır. Tarafların belli bir hukukun belli hükümlerine sözleşmenin bir hükmü olarak yer vermeleri farklıdır; tarafların belli bir ülke hukukunu seçmeleri ancak bunu açıkça ifade etmeme durumları farklıdır. Taraflar, belli bir hukuku seçmek niyetinde olmayıp, sadece o hukukun belli hükümlerine sözleşmelerinde yer vermek istemiş olabilirler. Bu durumda hâkimin, tarafların bu iradesini, örtülü bir hukuk seçimi yapmışlarcasına yorumlaması ve tüm sözleşme bakımından uygulaması yanlış olur ve taraf iradesini yansıtmaz.

Taraflar arasında önceden hukuk seçimine yer veren sözleşmelerin yapılmış olması da taraflar arasında benzer ya da aynı nitelikli yeni bir sözleşme yapıldığında, bu yeni sözleşme bakımından hukuk seçimi yapılmamış olması durumunda örtülü hukuk seçimine işaret eden bir bağlantı olarak kabul edilebilir<sup>14</sup>.

### 3. İrtibatlarla İlişkin Önemli Noktalar

Örtülü hukuk tespitinde irtibatlarla ilgili olarak sorun yaratabilecek bir nokta "bağlantı" ile ilgilidir. Bağlantı, ülkeye ilişkin irtibatlar ile tarafların bu yöndeki iradeleri arasında ya da uygulanacak hukuka ilişkin irtibatlar ile tarafların bu hukuka yönelik örtülü iradeleri arasında aranabilir. Ya da hem ülkeye, hem hukuka ilişkin olacak şekilde ortaya konabilir. Hukuk ile bağlantı aranırken, "hu-

13 Enkorporasyon, ikincil belgenin asıl belgenin bir içeriğiymişçesine değerlendirileceğine dair bir beyana asıl belgede yer verilmesi ile ikincil belgenin asıl belgenin bir parçası haline getirilmesi yöntemidir. Sözleşmede, enkorpore edilecek belge, şüpheye yer vermeyecek şekilde belirlenmeli ve açıklığa kavuşturulmalıdır: Garner, B. A.: (Editor in Chief), **Black's Law Dictionary**, 8. B., 2004, Minnesota, s. 781. Kanunlar ihtilâfi hukuku anlamında enkorporasyon, sözleşmeye dahil etme, sözleşmenin bir hükmü veya bir parçası haline getirme anlamlarında kullanılmaktadır: Ekşi, N.: "Kanunlar İhtilâfi Alanında Incorporation", **MHB**, Yıl: 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 263. Enkorporasyon iki şekilde gerçekleştirilebilir: Taraflar yabancı hukukta yer alan belirli hükümleri kelime kelime kendi sözleşmelerine yazabilirler. Örneğin, satım sözleşmesinin ifasına ilişkin yükümlülüklerle ilgili İsviçre Borçlar Kanunu'nun hükümlerini sözleşmelerinde aynen yazabilirler. Veya belirli bir konuya ilişkin hak ve yükümlülüklerde yabancı hukukun ilgili maddelerinin uygulanacağını belirtmekle yetinebilirler: Ekşi, 1999-2000, s. 268. Örneğin, taraflar, aralarındaki sözleşmeye İngiliz hukukunun uygulanmasını; ancak ifaya ilişkin yükümlülükleri bakımından Fransız Medeni Kanunu'nun belirli hükümlerinin uygulanmasını kararlaştırabilirler: Fawcett, J. J. / Carruthers, J.M. / North, S.P.: **Cheshire, North&Fawcett Private International Law**, 14. B., Oxford, 2008, s. 701.

14 Clarkson/ Hill, s. 181.

10 Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Dicey/Morris/Collins, **The Conflict of Laws**, 14. B., Londra, 2006, s. 1575-1576; Dicey/Morris, **The Conflict of Laws**, 12. B., Londra, 1993, s. 1225-1226.

11 Lando, O.: "Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations", **7 K.C.L.J.**, 1996-1997, s. 66.

12 Clarkson, C.M.V. / Hill, J.: **The Conflict of Laws**, 3. B., Oxford, 2006, s. 181; Demir Gökyayla, C., **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)**, Ankara, 2005, s. 317.

kuk terminolojisi, sözleşmenin şekli unsurları ve yetki hükümleri” gibi hukukî esaslardan hareket edilebilir. Ülke ile irtibat aranırken ise “sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin ifa edildiği yer ve ülkenin para birimi” gibi ülkeye ilişkin esaslar ön planda tutulabilir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemelerde, anmış olduğumuz bu üç bağlantı tipinden biri esas alınmış olabilecektir.

Örtülü hukuk seçimine ilişkin olarak genel anlamda değinmek istediğimiz son nokta ise, örtülü hukuk seçimini kabul eden ülke hukuklarının çoğunda, “sözleşmeyi geçerli kılacak hukuk lehine” örtülü hukuk seçiminin yorumlanması gerektiği yönünde bir adi karinenin kabul edilmiş olduğudur<sup>15</sup>. Kanımızca bu anlayış, içinde bir çelişkiyi de barındırmaktadır. Örtülü hukuk seçiminde tarafların belli bir hukuku seçme yönünde iradeleri vardır; ancak bu irade açıkça ortaya konmamıştır. Dolayısıyla tarafların tek bir hukuku seçme yönünde iradeleri vardır. Eğer olası birtakım hukuklar söz konusu ise artık burada örtülü hukuk seçimi değil; objektif bağlama yoluyla en yakın irtibatlı hukuku seçme açısından bir yaklaşım söz konusu olmalıdır. Bu noktada tarafların tek ve belli bir hukuk seçme yönünde iradeleri olmadığından, sübjektif bağlama gündeme gelmemeli ve sözleşmeye uygulanacak hukuk, objektif ölçütlerden yararlanılarak tespit edilmelidir.

#### IV. Roma Sözleşmesi Ve Roma I Tüzüğü Bakımından Örtülü Hukuk Seçimi

##### 1. Roma Sözleşmesi Bakımından

Roma Sözleşmesinin 3. maddesinin ilk fıkrası uyarınca<sup>16</sup>, örtülü hukuk seçimine ilişkin olarak “sözleşme hükümlerinden ya da dava koşullarından makul bir kesinlikle çıkarılabilen hukuk seçiminin geçerli olduğu” belirtilmiştir. Dava koşulları değerlendirilirken, tarafların ikâmetgahı ya da uyrukluğu, dava konusunun yeri ve yapısı gibi ölçütler esaslardan hareket edilebilir. Sözleşmenin hükümleri bakımından ise, yetki sözleşmesi, sözleşmede kullanılan dil, seçilen para birimi, belli bir hukuka ait terim ve kurumlardan yararlanılması gibi ölçütlere başvurulabilir<sup>17</sup>.

15 Clarkson/ Hill, s. 182.

16 Sözleşme m. 3/1: “... The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case...”

17 Kaye, P.: **The New Private International Law of Contract of**

Mahkeme, bu değerlendirmeler sonucunda tarafların örtülü hukuk seçiminde bulunmadıkları kanaatine varırsa objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukuku belirleyecektir<sup>18</sup>.

##### 2. Tüzük Bakımından

Roma I Tüzüğü'nün 3. maddesinin ilk fıkrasında ise, hukuk seçiminin, sözleşmenin hükümlerinden ya da dâvanın koşullarından açıkça çıkarılabilmesi gerektiğine yer verilmiştir<sup>19</sup>. Bu şekilde Tüzük bakımından, Roma Sözleşmesinin ilgili hükmünde (m.3/3) geçen “sözleşmenin hükümleri ve dava koşulları” ifadeleri tekrarlandıktan sonra, bu verilerden elde edilen ve hukuk seçiminin mevcut olduğuna ilişkin sonucun “makul kesinlik”ten öte “açık” olması gerektiği yönünde bir değişiklik getirilmiştir. Bu değişikliğin gerçekten öze ait mi olduğunun ve Roma Sözleşmesine göre daha üst derecede bir kesinlik standardı mı aradığının ise belirsiz olduğu ileri sürülmüştür<sup>20</sup>. Bu görüşe paralel bir diğer görüş de, burada esasa ilişkin bir değişiklik getirilmediği ve salt Roma Sözleşmesi açısından ortaya çıkmış olan İngilizce ve Fransızca metinler arasındaki “ifade farklılığını” gidermenin amaçlandığı yönündedir<sup>21</sup>. Bu görüşlerden farklı olarak Roma I Tüzüğü'nün, Roma Sözleşmesine oranla kesinliği esnekliğe daha çok tercih ettiği ve tarafların hukuk seçimine ilişkin örtülü iradelerini araştıran mahkemenin takdir hakkını daha çok sınırladığı görüşü de ortaya atılmıştır<sup>22</sup>. Bu an-

**the European Community**, Hampshire, 1993, s. 152-153; Mc Guinness, G.M.: “The Rome Convention; The Contracting Parties' Choice” **1 San Diego Int'l L.J.**, 2000, s. 154.

18 Clarkson/ Hill, s. 177.

19 Tüzük m. 3/1: “...The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case...”

20 Fawcett/ Carruthers/ North, s. 706.

21 Bu şekilde Roma Sözleşmesinin Fransızca metnindeki “kesinlik” ile İngilizce metnindeki “makul kesinlik” farkı ortadan kaldırılmış olmakta ve iki düzenleme birbiri ile uyumlu kılınmış olmaktadır: Plender, R./ Wilderspin, M.: **The European Private Law of Obligations**, 3. B., Londra, 2009, s. 145. Değişik dillerdeki farklı ifadeleri (Örneğin, Almanca'daki “mit hinreichender Sicherheit”, İngilizce'deki “with reasonable certainty”, Fransızca'daki “de façon certaine”) yeknesaklaştırmak açısından da bu tür bir değişikliğe gereksinim vardı: Wilderspin, M.: “The Rome I Regulation: Communitarisation and Modernisation of the Rome Convention”, **Academy of European Law Forum (ERA Forum)**, 2008, C. 9, No: 2, s. 263.

22 Vernooij, N. W.: “Rome I: An Update to the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe”, **15 The Columbia Journal**

layış uyarınca örtülü hukuk seçimine ilişkin olarak Roma I Tüzüğü'nün aradığı kesinlik ve belirlilik eşiği çok daha yüksek olmakta, bu netlik de uygun bulunmaktadır<sup>23</sup>. Kanımızca da Tüzükte, Roma Sözleşmesindeki "makul kesinlik" derecesi yeterli görülmemiş ve "açıkça" denilerek daha katı, belirgin ve kesin bir derece öngörülmüştür; dolayısıyla öze yönelik bir değişiklik yapılmıştır.

Örtülü hukuk seçimine ilişkin olarak Tüzüğü'nün hazırlık çalışmaları sırasında özellikle "yetki anlaşması ve örtülü hukuk seçimi ilişkisi" konusu Komisyonu uzun süre meşgul etmiştir. Bu konuda İngiliz ve Alman mahkemeleri, tarafların, sözleşmelerinde açıkça yetkili mahkeme konusunu belirlemiş olmaları durumunda, aksine de bir hüküm yoksa mahkemenin hukukunun, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmiş olduğunun farz edilebileceği görüşüne sahiptiler<sup>24</sup>. Buna karşın Komisyon, hazırlamış olduğu Yeşil Kitapta, başka iribatlarla desteklenmedikçe, tek başına yetki anlaşmasının uygulanacak hukuka yönelik etkisinin ne olması gerektiği sorununun çözümlenmesi gereği üzerinde durmuştur<sup>25</sup>. Daha sonraki süreçte ise, Komisyon, üye ülke mahkemelerini yetkili kılanın, bu mahkemenin hukukunun da uygulanmasına yönelik olarak bir karine öngörmesi şeklindeki düzenlemenin madde metnine eklenmesini teklif etmiştir<sup>26</sup>. Ancak, Komisyonun bu teklifi, Konsey ve Parlamento tarafından kabul edilmiştir. Görüşmeler sonucunda Tüzük gerekçesindeki paragraflardan birinin örtülü hukuk seçimine ayrılması üzerinde uzlaşmıştır. Bu kapsamda, Tüzüğü'nün Gerekçesinin 12. Paragrafı altında "Tarafların, aralarındaki sözleşme uyarınca, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak üye ülke mahkeme ya da mahkemelerini ya da hakem heyetlerini yetkili kılmış olmalarının, hukuk seçiminin yapılmış olduğuna kesinlik kazandırmada kullanılacak ölçütlerden biri olacağı<sup>27</sup>." düzenlemesi geti-

rilmiştir. Bu şekilde Tüzük uyarınca, yetki sözleşmesinin, örtülü hukuk tayininde kullanılacak ölçütlerden biri olması olanağı getirilerek belirlilik sağlanmaya çalışılmıştır. Bu düzenleme ile İngiliz ve Alman mahkemeleri tarafından benimsenmiş olan uygulamaya Tüzük metninde de yer verilmiş ancak farklı yorumlar ve bakış açılarına da açık kapı bırakılmıştır. Sonuç olarak Roma I Tüzüğü kapsamında "yetkili mahkeme tayinine" örtülü hukuk seçimini ortaya koymada ayrı bir önem atfedilmiştir.

Roma Sözleşmesinde yer verilmemiş olan bu "esnek düzenleme", irade özerkliğini yansıtmayabileceği gerekçesiyle olumsuz yönde eleştirilmektedir<sup>28</sup>. Ayrıca düzenleme, yetki anlaşmasının tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerini göstermede ne derece etkisinin olacağı konusunu belirsiz bıraktığı ve bu nedenle farklı uygulamalara neden olabileceği gerekçesiyle de uygun bulunmamıştır<sup>29</sup>. Kanımızca da yetkili mahkeme tayini, uygulanacak hukuku tespitinde değerlendirilebilecek bağlantılardan sadece bir tanesidir; dolayısıyla bu bağlantıya özel bir önem atfedilerek Gerekçede düzenleme konusu yapılmış olması yerinde olmamıştır.

Buna karşın, düzenlemeyi son derece yerinde bularak destekleyenler de bulunmaktadır<sup>30</sup>. Buna göre ilgili düzenleme, yetki sözleşmelerinin örtülü hukuk seçimi ile ilişkisini net olarak belirlemiştir ve hâkim, özellikle kendi ülke mahkemelerini yetkili kılan bir yetki sözleşmesini değerlendirirken düzenlemeye etki tanımak eğilimi içinde olacaktır.

## V. Mülga Möhük ve 5718 Sayılı Möhük

*nals of a Member State exclusive jurisdiction to determine disputes under the contract should be one of the factors to be taken into account in determining whether a choice of law has been clearly demonstrated."*

28 Tarafların belli bir ülke mahkemesini yetkili kılan yetki sözleşmesi yapmış olmalarının, sözleşmelerine o ülkenin hukukunu da uygulanacağı anlamına gelmediği ileri sürülmektedir. Taraflar bu şekilde aralarındaki uyuşmazlığı tarafsız bir mahkemeye taşımak istemekte ve karşı tarafın ülkesinde açılacak bir davadan kaçınmış olmaktadırlar: Boele-Woelki, K./Lazi, V.: "Where Do We Stand on the Rome I Regulation?", **The Future Of European Contract Law** 19, 2007, s. 24-25.

29 Plender/ Wilderspin, 2009, s. 149-150.

30 İlgili düzenlemeyi destekleyen bu görüş uyarınca 1. Mahkemenin yabancı bir hukuk yerine kendi hukukunu uygulamasına neden olacağı, 2. Yabancı bir hukuku uygulamanın çoğunlukla zaman ve para kaybına yol açacağı, 3. Yetki sözleşmesi ve hukuk seçimi arasındaki paralelliğin çoğunlukla tarafların beklentilerini karşılayacağı ileri sürülmüştür, bkz. Lando/ Nielsen, s. 1699-1700.

of European Law Online 71, 2009, s. 72. <http://www.cjel.net/wp-content/uploads/2009/06/vernooij.pdf> (Erişim Tarihi: 21.02.2011)

23 Lando, O./ Nielsen, P. A.: "The Rome I Regulation", **Common Market Law Review** 45, 2008, s. 1698.

24 Plender, R./ Wilderspin, M.: **The European Contracts Convention -The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts**, 2. B., Londra, 2001, s. 95; M. Wilderspin, s. 263-264.

25 Yeşil Kitap, s. 24.

26 Komisyon Teklifi m. 3/1.

27 Tüzük Gerekçe 12. Paragraf altındaki açıklamalar: "An agreement between the parties to confer on one or more courts or tribu-

## Bakımından Örtülü Hukuk Seçimi

### 1. Mülga MÖHUK Bakımından

Mülga MÖHUK'un 24. maddesinin 1. fıkrası "Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbidir" şeklinde düzenlenmişti. Söz konusu hüküm doktrinde çoğunlukla tarafların örtülü irade beyanı yoluyla hukuk seçiminde bulunmalarının mümkün olmadığı şeklinde yorumlanmaktaydı<sup>31</sup>. Yargıtay'ın da konuyu doktrinle aynı doğrultuda ele alan ve tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin açık olması gerektiği ve örtülü irade beyanına dayanılamayacağını belirten kararları bulunmaktaydı<sup>32</sup>.

Gerçekten de Kanunun hazırlık çalışmaları sırasında, örtülü irade ile hukuk seçiminin mümkün olmamasına gerekçe olarak "tarafların belirli bir hukuka yönelik ifadeleri, bilinçli bir seçimin sonucu olarak mı yoksa üzerinde anlaşabildikleri ortak bir dil bulma çabası ile mi kullandıkları" noktasını tespitteki güçlük gösterilmiştir<sup>33</sup>. Ayrıca tarafların hukuk seçimini sonradan ve hattâ dava aşamasında dahi yapabilmeleri veya seçtikleri hukuku değiştirebilme olanaklarının da bulunması sonucunda örtülü hukuk seçimine gereksinim kalmayacağı da ileri sürülmüştür<sup>34</sup>.

Buna karşın, örtülü hukuk seçimine olanak tanımamanın, uluslararası sözleşmelerdeki mantığa ve milletlerarası ticarî hayatın gereklerine uygun düşmediği ve mülga MÖHUK m. 24/ 2. fıkra göz önünde bulundurulduğunda çelişkili birtakım sonuçlara neden olacağı da ileri sürülmüştür<sup>35</sup>. Yine

m. 24/2. fıkra uyarınca karakteristik edim borçlusunun tâbi olduğu hukuk uyarınca örtülü hukuk seçimi kabul edilmişse, Türk hukuku uyarınca da örtülü hukuk seçiminden kaçınmanın mümkün olmayacağı belirtilmiştir<sup>36</sup>. Örtülü hukuk seçimine ilişkin olarak bir diğer görüş uyarınca ise, burada gerçek olmayan kanun boşluğu olduğu ve bu boşluğun örtülü iradeye etki tanıma yoluyla doldurulabileceği belirtilmiştir<sup>37</sup>. Ayrıca tarafların hukuk seçimi yapma yönündeki iradelerinin varlığının belirlenmesi durumunda "açık" hukuk seçimi koşulunun gerçekleşmiş olduğu üzerinde durulmuştur<sup>38</sup>.

### 2. 5718 Sayılı MÖHUK Bakımından

#### a. MÖHUK'un Örtülü Hukuk Seçimine İlişkin Düzenlemesi

MÖHUK, tüm bu tartışmaları sonlandırarak; milletlerarası düzenlemelerle<sup>39</sup> uyum sağlamış ve irade özerkliğini ön plana çıkaracak şekilde örtülü hukuk seçimini mümkün kılmıştır. Madde gerekçesinde de bu yeni düzenleme sonucunda açık hukuk seçimi yanında, tarafların hukuk seçimine ilişkin örtülü iradelerinin de dikkate alınacağı belirtilmiştir. MÖHUK m. 24/1-2. cümle uyarınca, örtülü hukuk seçiminin mümkün olabilmesi için, "sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen" bir hukuk seçimi söz konusu olmalıdır<sup>40</sup>. "Tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılma" hukuk güvenliğini sağla-

31 Çakalır, Y.: "Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü", **Prof.Dr. E. Hirsch'in Hatırasına Armağan**, 1986, s. 497; Seviğ, V. R.: "Akitlere Uygulanacak Olan Kanun Sorunu", **Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan**, İstanbul, 1999, s. 326.

32 Örneğin Yar. 13 HD., 15.6.1993, (E. 1993/2112, K. 1993/5075), **Yargıtay Kararları Dergisi**, Cilt: 19, Sayı: 10, 1993, s.1528: "... MÖHUK'a göre taraflar aralarında yaptıkları akde uygulanacak hukuku bizzat seçebilirler (2675 Sayılı Mülga MÖHUK m. 24/1). Burada tarafların hukuk seçiminin açık olması gerekir. Diğer bir anlatımla, tarafların hukuk seçimi hakkında açık bir irade beyanları mevcut değilse, onların örtülü veya varsayılan irade beyanlarına dayanılarak bir hukuk seçimi yaptıkları sonucuna kavuşulamaz..."

33 Tekinalp, G.: "Akdî ilişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zimnî Hukuk Seçimi", **MHB**, 1985, Y. 5, S. I, s. 29-30.

34 Tekinalp, G.: "Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu", **MHB**, Yıl: 8, Sayı:1, 1988, s. 67-68.

35 BK 73 uyarınca borcun ifa yerinin tarafların açık veya örtülü iradesine göre tayin edileceği belirtilmektedir. Böylece taraflar, örtülü iradeleri ile borcun ifa yerini, dolayısıyla MÖHUK m. 24/II uyarınca akde uygulanacak hukuku tayin etmiş olabilecek-

lerdir: Tiryakioğlu, 1996, s. 213.

36 Açık hukuk seçiminin olmadığı hallerde, MÖHUK. m. 24'de öngörülen objektif bağlama kuralının gösterdiği hukukun kanunlar ihtilâfı kuralı, örtülü hukuk seçimine yer verdiği takdirde hâkimin örtülü hukuk seçimini nazara alması gerekecektir: Tekinalp, 1985, s. 30-31.

37 Sargın, F.: **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 2002, s. 197.

38 Nomer, E./ Şanlı, C.: **Devletler Hususî Hukuku**, 12. B., İstanbul, 2003, s. 293.

39 Örtülü hukuk seçimine ilişkin olarak MÖHUK'un genel gerekçesinde ise "...sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılabilen örtülü yani zimnî hukuk seçimine de milletlerarası tatbikatın ihtiyaçları doğrultusunda yer verildiği" belirtilerek milletlerarası düzenlemelerle uyumu sağlama amacı vurgulanmıştır.

40 Örtülü hukuk seçimine ilişkin olarak MÖHUK'un madde gerekçesinde yeni düzenleme ile "örtülü hukuk seçiminin de kabul edildiği" açık olarak ifade olunmuştur. Gerekçede, örtülü hukuk seçiminde belli bir hukuk seçme yönünde tarafların gerçek iradelerinin olduğu; ancak bu iradenin açıkça ortaya konmamış olduğu belirtilmiştir. Tarafların iradesinin, "olayın özelliklerinden ve hâl ve şartlardan" "tereddüde yer vermeyecek şekilde" çıkarılıp bulunması gerektiği belirtilmiştir.

mak üzere getirilmiştir<sup>41</sup>. Örtülü hukuk seçimini tespitinde kullanılacak ölçütlere ve bunların niteliğine ise *lex fori* olarak Türk hukuku karar vermelidir. Örtülü hukuk seçiminin bu koşullara bağlanmış olmasının amacının tarafların iradesinin açık bir şekilde anlaşılması gereğini ortaya koymak olduğu kadar, hâkimin farazî olarak hukuk tespitinde bulunmasının da önüne geçmek olduğu kanısındayız. Bu şekilde MÖHUK uyarınca hakime, taraflar hukuk seçiminde bulunmuş olsalardı hangi hukuku seçerlerdi şeklinde tarafların farazî iradelerinden hareket ederek uygulanacak hukuku tespit etme konusunda bir hak tanınmamış olmaktadır.

MÖHUK düzenlemesinde, Roma Sözleşmesinde düzenlenmiş olan "makul kesinlik" ile Roma I Tüzüğünde düzenlenmiş olan "açıkça" anlaşılma derecesine karşılık olarak "tereddüde yer veremeyecek şekilde" olma kriteri kabul edilmiştir. Bu şekilde, MÖHUK'un Tüzükteki yaklaşıma daha yakın bir kesinlik derecesi aradığı söylenebilir. Çünkü "açıkça" ya da "tereddüde yer vermeme" ifadeleri, "makul kesinliğe" göre daha fazla katılık ve kesinlik içermektedir.

MÖHUK açısından artık örtülü hukuk seçimi kabul edildiği için, örtülü hukuk seçimini kabul eden ülke hukukları bakımından yabancı doktrinde tartışma konusu edilmiş olan ve tarafların iradesinin aralarındaki sözleşmeyi geçerli kılacak hukuk lehine yorumlanması gerektiği yönündeki görüşün<sup>42</sup> MÖHUK açısından da irdelenmesi gerekecektir. Bu bağlamda, örtülü hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için sözleşmenin hükümlerinden ve davanın şartlarından anlaşılabilir irtibatların tek bir hukuka işaret eder nitelikte olması gerektiğinden, birden fazla hukuk arasında hangisinin seçileceği gibi bir belirsizliğin gündeme geldiği anda artık tarafların belli bir hukukun uygulanması yönünde ortak iradeleri olmayacaktır. Dolayısıyla taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olacaktır. Bu durumda, taraflar açık hukuk seçiminde de bulunmazlarsa artık objektif yöntem uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilecektir.

## b. Örtülü Hukuk Seçimine İşaret Eden İrtibatlar

Örtülü hukuk seçimine işaret eden irtibatların neler olabileceğine ilişkin olarak ise, MÖHUK'un ne ilgi-

li maddesinin metninde ne de gerekçesinde herhangi bir hükme yer verilmiştir. Bu bağlamda Roma I Tüzüğü'nün giriş bölümünde ele alınmış olduğu üzere, tarafların yetkili mahkemeyi belirlemiş olmalarının bu mahkemenin hukukunun da uygulanması yönünde bir adi karine teşkil etmesi şeklinde bir anlayış da MÖHUK metnine yansımamıştır. Dolayısıyla MÖHUK bakımından yetki anlaşmasına özel bir önem atfedilmemiş ve diğer irtibatlardan daha üst düzey bir konum sağlanmamıştır. Bu anlayış, tarafların örtülü iradesi değerlendirilirken tüm irtibatların ele alınması şeklindeki bakış açımız ile örtüşmektedir. MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden sonra örtülü hukuk seçiminin tespitine ilişkin olarak kullanılabilir irtibatların neler olabileceği konusu doktrince değerlendirilmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, Nomer/Şanlı, daha ziyade taraf iradesi ile seçilen hukuk arasında bağlantı aranması gerektiği yönündeki görüş yanlısı bir eğilim göstererek, sözleşmede belli bir hukukun hükümlerine yer verilmiş olması, belli bir hukuka ait genel işlem şartlarına gidilmiş olması, açık hukuk seçimi yapılmış olan bir başka sözleşmeye göndermede bulunulmuş olması, taraflar arasındaki tüm uyumsuzluklar için aynı devletin mahkemelerinin yetkilendirilmiş olması gibi ölçütlere başvurmuşlardır<sup>43</sup>.

Bu tür ölçütlerden sadece birinin sözleşmede yer alması ve bunun da sözleşmedeki diğer hükümler yoluyla bertaraf edilebilecek nitelikte olması durumunda ise bu ölçüt tek başına örtülü hukuk seçiminin varlığına işaret edemeyecektir. Dolayısıyla, aynı hukuka işaret eden ölçütlerin sayısı ne kadar çoksa belli bir hukuku işaret etme olasılıkları da o kadar kuvvetli olacaktır<sup>44</sup>.

Örtülü hukuk seçimi, MÖHUK'ta kabul edildiği için, sözleşmenin belli bir ülke hukuku uyarınca kurulmasını esas alan hükümlerin (*construction clauses*)<sup>45</sup>, örtülü hukuk seçimini tespitinde kul-

43 Nomer, E./ Şanlı, C.: **Devletler Hususî Hukuku**, 18. B., İstanbul, 2010, s. 310-311.

44 Nomer/ Şanlı, 2010, s. 311.

45 Örneğin, "This contract shall be constructed in accordance with Californian law" şeklindeki bir ifade ile karşılaşıldığında, bu hükmün salt sözleşmenin kurulmasını mı yoksa sözleşmenin bütünü mü kapsadığı konusu, seçilen hukuk tarafından yani Kaliforniya hukuku tarafından kararlaştırılmalıdır. Kaliforniya hukuku, bunu sözleşmenin bütünü bakımından uygulanacak hukukun seçilmiş olduğu şeklinde nitelendiriyorsa, artık bu sübjektif hukuk seçimi olarak değerlendirilmelidir. Kaliforniya hukuku, bunu sadece sözleşmenin kuruluşu bakımından geçerli olacak bir hukuk seçimi olarak nitelendiriyorsa, sözleşmede belirtilen diğer irtibatlardan da yola çıkılarak tarafların Kaliforniya hukukunu seçme yönünde

41 Tekinalp, G.: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 10. B., İstanbul, 2009, s. 348.

42 Clarkson/ Hill, s. 182.



lanılacak irtibatlardan biri olabileceği artık söylenebilir. Ancak böyle bir ifade uygulanacak hukuku tespitte tek başına yeterli olmayıp diğer irtibatlarla da desteklenmelidir<sup>46</sup>.

### c. Örtülü Hukuk Seçimi ve Objektif Hukuk Tayini İlişkisi

Örtülü hukuk tayini açısından sorun yaratabilecek bir başka konu ise, "örtülü hukuk seçimi ve bu seçimi ortaya koyan irtibatlar" ile "m. 24/4 uyarınca objektif hukuk tayini ve objektif hukuk tayinine yönelik irtibatlar" olabilecektir. Bu bağlamda, sözleşme görüşmelerinin yapıldığı yer, sözleşmenin ifa yeri, yetkili mahkeme tayini, sözleşmenin dili, sözleşmede kullanılan para birimi gibi irtibatlar söz konusu olabilecektir.

Her iki tespit bakımından benzer irtibatlar kullanılsa dahi arada çok önemli bir fark vardır. Örtülü hukuk tayininde, tarafların belli bir hukuk seçme yönünde kesin bir iradeleri vardır, ancak bu irade açıkça ortaya konmamıştır. İrtibatlar, aslında seçilmiş ancak açıkça ifade olunmamış hukuku ortaya çıkarmak amacıyla kullanılmaktadır. Objektif hukuk tayininde ise tarafların belli bir hukuk seçme açısından herhangi bir iradeleri söz konusu değildir. Dolayısıyla irtibatlar, üstü örtülü bir iradenin ortaya çıkarılması amacıyla değil; olaya uygulanacak hukuku bulmak amacıyla kullanılacaktır.

### d. Örtülü Hukuk Seçimi ve Sözleşmeye Dahil Etme (Enkorporasyon) İlişkisi

Örtülü hukuk seçimine ve sözleşmeye dahil etme (enkorporasyon) yoluyla sözleşmenin hükmü haline getirilen düzenlemelere bir arada rastlanabilecektir. Bu durumda yine "belli irtibatlardan" hareket edilerek uygulanacak hukuka yönelik örtülü irade açığa çıkarılacak; ardından tespit edilen hukukun emredici hükümlerine aykırı olmayan nitelikteki sözleşmeye dahil edilmiş

örtülü bir iradelerinin olduğu söylenebilir. Bunun sonucunda sözleşmenin kurulması, esası, yorumu gibi konular bakımından Kaliforniya hukuku uygulanacaktır. Dolayısıyla sözleşmenin salt kurulması değil; tüm unsurları bakımından ilgili hukuk uygulanacaktır. Sözleşmenin geri kalan diğer unsurları bakımından böyle bir örtülü irade tespit edilemiyorsa, sözleşmenin kurulması dışında kalan unsurlar bakımından ya taraflarca belirlenmiş bir başka hukuk varsa o hukuk (kısmî hukuk seçimi) ya da objektif bağlama kuralı uyarınca belirlenecek olan hukuk uygulanacaktır. Bkz. Demir Gökyayla, s. 323-324.

46 Demir Gökyayla, s. 324.

hükümlerin gereği yapılacaktır. Eğer sözleşmeye dahil edilmiş olan hükümlerin yanı sıra örtülü hukuk seçimi iradesi yoksa, uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralı kapsamında göz önünde bulundurulacak irtibatlar uyarınca tespit edilecektir.

Sözleşmeye dahil etme yoluyla belli bir ülke yasasına atıfta bulunulmuş olması ise diğer irtibatlar ile desteklemedikçe tek başına örtülü hukuk seçimi yoluyla aynı devletin hukukunun da seçildiği anlamına gelmeyecektir. Bu durumda örneğin, taraflar İsviçre Borçlar Kanunu'nun belli hükümlerini sözleşmelerine dahil etmiş olabilirler, tarafların bu tercihi tek başına İsviçre Hukuku'nun da sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirlenmiş olduğunu ortaya koymaya yetmeyecektir. Bu durumda sözleşmeye uygulanacak hukukun ya örtülü iradenin açığa çıkarılması sonucu ya da objektif bağlama kuralı gereğince tespiti gerekecektir. Bu analizlerin sonucunda uygulanacak hukuk, sözleşme hükmü haline getirilen yasanın ait olduğu devlet hukuku olabileceği gibi tamamen başka bir hukuk da olabilecektir.

### e. Örtülü Hukuk Seçimine İlişkin Olarak Kanunî Düzenleme Getirilmesine Gerek Olup Olmadığı

Örtülü hukuk seçimine ilişkin olarak değineceğimiz son nokta ise, bu tür düzenlemeye Kanunda yer verilmiş olmasına gerçekten gerek olup olmadığıdır. Taraflarca hukuk seçiminin her zaman yapılabilmesi ya da değiştirilebilmesi olanağı varken, neden örtülü hukuk seçimi gibi belirsiz ve sınırları zorlukla tespit edilebilen bir iradeye etki tanındığı hususu tartışılabilir. Tarafların örtülü iradeleri yoluyla belli bir hukuk seçip seçmemiş oldukları her zaman için taraflara sorularak tespit edilebilir<sup>47</sup>. Taraflar ortak bir hukuk üzerinde anlaşamazlarsa zaten aralarında bir hukuk seçimi yoktur ve objektif bağlama kuralına gidilir.

MÖHUK uyarınca objektif bağlama kuralı açısından örtülü iradeye etki tanıma, özellikle şöyle bir olasılıkta önem taşıyabilir: Taraflardan biri iyi niyetli olarak, açıkça beyan edilmemiş ancak örtülü olarak seçildiğine tereddüt olmayan hukuk uyarınca sözleşmeye ilişkin yükümlülük ve borçlarını yerine getirmiş olabilir. Diğer taraf, örtülü

47 Bkz. Tekinalp, 1988, s. 67-68.

hukuk seçimi uyarınca tespit edilen hukukun işine gelmeyeceğini fark edip, kötü niyetli olarak mahkemeye başvurarak aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlık uyarınca bir başka hukukun yetkili olduğunu ya da objektif bağlama kuralları uyarınca bir başka hukukun uygulanması gerektiğini ileri sürebilir. İşte böyle bir durumda örtülü hukuk seçiminin, Kanunda mümkün kılınmış olması önem taşır. Bu durumda, örtülü hukuk seçimi uyarınca tespit edilebilecek hukuka dayanmak isteyen taraf, Kanunda örtülü hukuk seçiminin kabul edilmiş olduğunu ve diğer tarafın kötü niyetli olduğunu ileri sürebilir. Kanunda böyle bir hükme yer verilmiş olsaydı, iyi niyetli tarafın bu iddiası kabul görmezdi. Ayrıca ilgili taraf bunu ileri sürmese dahi hâkim, MÖHUK m. 2/1 "Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili kılınan yabancı hukuku re'sen uygulayacağı" hükmü uyarınca açık bir hukuk seçimi olmadığında, öncelikle örtülü hukuk seçiminin varlığını araştırır ve bu da yoksa objektif bağlama kuralı uyarınca uygulanacak hukuku tespit eder.

### Sonuç

Yabancı unsurlu sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi, açıkça ortaya konabileceği gibi tarafların örtülü iradelerinin açıklığa kavuşturulması yolu ile de anlaşılabilir. Örtülü iradeyi bulma sürecinde, iş yaşamına ilişkin belli bazı kurallardan, sözleşmenin dile alınış şekline, sözleşmede belli bir hukuka yönelik terim ve kurumlara gönderme yapılmasından, taraflar arasındaki önceki benzer nitelikli sözleşmelerdeki hukuk seçiminden, sözleşmenin yapıldığı yer ya da ifa yerinden, tarafların yargılama sırasındaki davranışlarından (örneğin taraflar arasında açık hukuk seçimi yapılmayıp, dava sırasında belli bir hukuka ait kavram ve ifadelerden yararlanılması, o hukuka ait kurallara başvurulması durumunda taraflar arasında örtülü bir hukuk seçimi olduğu sonucuna varılabilir) yararlanılabilir. Örtülü iradeyi açıklığa kavuşturmada yetkili mahkeme ise kanımızca, örtülü hukuk seçiminin varlığına işaret eden bağlantılardan yalnızca bir tanesi olabilir ve ancak diğer bağlantılar da yetki anlaşması ile belirlenen mahkemenin hukukunu işaret ediyorsa, bu hukukun örtülü olarak seçildiği söylenebilir. Aksi hâlde, yani tek başına yetkili mahkeme tayini yoluyla tarafların o ülke hukukunu da seçtiklerini

söylemek, *lex fori* yanlısı bir eğilime girmek riski taşıyabilir; ayrıca tarafların gerçekteki iradelerini yansıtmayabilir.

Avrupa Birliği Hukuku açısından konuya ilişkin düzenleme getiren Roma I Tüzüğünde m. 3/1'de "Hukuk seçimi, sözleşmenin hükümlerinden ya da dâvanın koşullarından açıkça çıkarılabilmelidir." ifadesine yer verilmiştir. Bu şekilde Tüzük bakımından Roma Sözleşmesinde yer verilmiş olan "sözleşmenin hükümleri ve dava koşulları" ifadeleri tekrarlandıktan sonra, bu verilerden elde edilen ve hukuk seçiminin mevcut olduğuna ilişkin sonucun "makul kesinlik"ten öte "açık" olması gerektiği yönünde bir değişiklik getirilmiştir. Ayrıca Tüzüğün Gereğesinin 12. Paragrafı altında "Tarafların, aralarındaki sözleşme uyarınca, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara ilişkin olarak üye ülke mahkeme ya da mahkemelerini ya da hakem heyetlerini yetkili kılmış olmalarının, hukuk seçiminin yapılmış olduğuna kesinlik kazandırmada kullanılacak ölçütlerden biri olacağı" düzenlemesi getirilmiştir. Bu şekilde Tüzük uyarınca, yetki sözleşmesinin, örtülü hukuk tayininde kullanılacak ölçütlerden biri olması olanağı getirilerek belirlilik sağlanmaya çalışılmıştır. Bu düzenleme ile İngiliz ve Alman mahkemeleri tarafından benimsenmiş olan uygulamaya Tüzük metninde de yer verilmiş ancak farklı yorumlar ve bakış açılarına da açık kapı bırakılmıştır. Sonuç olarak Roma I Tüzüğü kapsamında "yetkili mahkeme tayinine" örtülü hukuk seçimini ortaya koymada ayrı bir önem atfedilmiştir.

Türk hukukunda ise konuya ilişkin olarak düzenleme getiren MÖHUK m. 24/1-2. cümle uyarınca örtülü hukuk seçiminin mümkün olabilmesi için "sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen" bir hukuk seçimi söz konusu olmalıdır. Örtülü hukuk seçimini tespitinde kullanılacak irtibatlar ve bunların niteliğine ise *lex fori* olarak Türk hukuku karar vermelidir. MÖHUK düzenlemesinde, Roma Sözleşmesinde düzenlenmiş olan "makul kesinlik" ile Roma I Tüzüğünde düzenlenmiş olan "açıkça" anlaşılma derecesine karşılık olarak "tereddüde yer vermeyecek şekilde" olma derecesi kabul edilmiştir. Bu şekilde, MÖHUK, Tüzükteki yaklaşıma daha yakın bir kesinlik derecesi ve belirlilik aramakta ve bununla da hukukî güvenli-

ği sağlamayı amaçlamaktadır. Çünkü "açıkça" ya da "tereddüde yer vermeme" ifadeleri, "makul kesinliğe" göre daha katı ve kesin bir emin oluşu ifade etmektedirler. Bu şartlara bağlanılmakla, örtülü hukuka yönelik iradenin yersiz ve keyfî olarak tespitinin önüne geçilmiştir. MÖHUK, mülga MÖHUK'tan farklı olarak irade özerkliğini ön pla-

na çıkararak böyle bir kurala yer vererek milletlerarası düzenlemelerle uyum sağlamıştır. Amaç, tarafların belli bir hukuk seçme yönündeki mevcut ancak açık olmayan, karşılıklı ve uyumlu iradelerini ortaya çıkarmak ve bu şekilde sözleşmeler alanında irade özerkliğini en üst düzeyde egemen kılmaktır.

#### YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Boele-Woelki, K./ Lazić, V., "Where Do We Stand on the Rome I Regulation?", **The Future Of European Contract Law** 19, 2007.
- Clarkson, C.M.V./ Hill, J., **The Conflict of Laws**, 3. B., Oxford, 2006.
- Çakalır, Y., "Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü", **Prof. Dr. E. Hirsch'in Hatırasına Armağan**, 1986, s. 457- 497.
- Çelikel, A./ Erdem, B., **Milletlerarası Özel Hukuk**, 9. B., İstanbul, 2009.
- Demir Gökyayla, C., **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)**, Ankara, 2005.
- Dicey/Morris/Collins, **The Conflict of Laws**, 14. B., Londra, 2006. (Dicey/Morris/Collins, 2006)
- Dicey/Morris, **The Conflict of Laws**, 12. B., Londra, 1993. (Dicey/Morris/Collins, 1993)
- Ekşi, N., "Kanunlar İhtilâfı Alanında Incorporation", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Yıl: 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 263- 291. (Ekşi, 1999-2000)
- Ekşi, N., "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", **MHB**, Yıl: 12, Sayı: 1-2, 1992, s. 1- 10. (Ekşi, 1992)
- Fawcett, J.J./ Carruthers, J.M./ North, P., **Cheshire, North & Fawcett Private International Law**, 14. B., Oxford, 2008.
- Garner, B.A. (Editor in Chief), **Black's Law Dictionary**, 8. B., 2004, Minnesota.
- Kaye, P., **The New Private International Law of Contract of the European Community**, Hampshire, 1993.
- Lando, O./ Nielsen, P.A., "The Rome I Regulation", **Common Market Law Review** 45, 2008, s. 1687- 1725.
- Lando, O., "Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations", **7 Kansas City Law Journal-K.C.L.J.**, 1996-1997, s. 55-74.
- Mc Guinness, G.M., "The Rome Convention; The Contracting Parties' Choice" **1 San Diego Int'l L.J.**, 2000, s. 127- 174.
- Nomer, E./ Şanlı, C., **Devletler Hususî Hukuku**, 18. B., İstanbul, 2010. (Nomer/Şanlı, 2010)
- Nomer, E./ Şanlı, C., **Devletler Hususî Hukuku**, 12. B., İstanbul, 2003. (Nomer/Şanlı, 2003)
- Özdemir, H., "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 73, S. 10-11-12, 1999, s. 926- 941.
- Plender, R. / Wilderspin, M., **The European Private Law of Obligations**, 3. B., Londra, 2009. (Plender/ Wilderspin, 2009)
- Plender, R. / Wilderspin, M., **The European Contracts Convention -The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts**, 2. B., Londra, 2001. (Plender/ Wilderspin, 2001)
- Sargın, F., **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 2002.
- Seviş, V.R., "Akitlere Uygulanacak Olan Kanun Sorunu", **Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan**, İstanbul, 1999, s. 319-331.
- Şanlı, C., **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 2. B., İstanbul, 2002.
- Tekinalp, G., **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 10. B., İstanbul, 2009. (Tekinalp, 2009)
- Tekinalp, G., "Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdî Borç Statüsü ve Türk Kanunu", **MHB**, Yıl: 8, Sayı:1, 1988, s. 59-70. (Tekinalp, 1988)
- Tekinalp, G., "Akdî ilişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi", **MHB**, 1985, Y. 5, S. I, s. 439- 450. (Tekinalp, 1985)
- Tiryakioğlu, B., **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1996.
- Vernooij, N.W., "Rome I: An Update to the Law Applicable to Contractual Obligations in Europe", **15 The Columbia Journal of European Law Online** 71, 2009. s. 71-76. <http://www.cjel.net/wp-content/uploads/2009/06/vernooij.pdf> (Erişim Tarihi: 21.02.2011)

Wilderspin, M., "The Rome I Regulation: Communitarisation and Modernisation of the Rome Convention", **Academy of European Law Forum (ERA Forum)**, 2008, C. 9, No: 2, s. 259-274.

**Yargıtay Kararları Dergisi**

Zhang, M., "Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law", **20 Emory International Law Rev. 11**, 2006, s. 511- 561.