

AVRUPA BİRLİĞİ BÜNYESİNDE AKTİ BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUKA DAİR ROMA SÖZLEŞMESİ VE TÜRK HUKUKU (*)

Dr. Vahit DOĞAN (**)

Milletlerarası unsur taşıyan akdi borç ilişkilerinin milletlerarası ticaret hayatında çok büyük önem taşıması ve konu ile ilgili olarak üye devletlerin kendi iç hukuklarında yer alan pozitif düzenlemelerin ve buna bağlı olarak da mahkeme kararlarının farklı olması sebebi ile Avrupa Birliğine üye ülkeler arasında bu hususta asgari uyumlaştırmanın sağlanması düşüncesi uzun yıllardan beri seslendirilmekteydi (1). Nitekim Avrupa Birliğine üye ülkeler arasında milletlerarası akdi ilişkilere uygulanacak hukukun uyumlaştırılması ile ilgili olarak uzun yıllar devam eden bu çalışmalar 19 Haziran 1980 tarihinde imzalanan bir sözleşme ile neticelenmiştir. Ancak, sözleşmenin imzalanmasından yaklaşık 11 yıl sonra yürürlüğe girebilmesi için gerekli sayıda ülkenin (2) onaylaması ile birlikte 1 Nisan 1991 tarihinde hukuken (3) yürürlüğe girebilmiştir. Bu sözleşme 1972 tarihli akdi ve akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair Avrupa Birliği sözleşmesi ön tasarısına dayanmaktadır. 1978 tarihinde bu ön tasarı üzerinde yapılan çalışmalar neticesinde sözleşmenin yalnız akdi borç ilişkileri ile sınırlandırılması kabul edilmiş ve Şubat 1979 tarihinde komisyona havale edilerek tamamlanmıştır.

Biz bu çalışmamızda, sözleşmede akdi borç ilişkileri hususunda yer alan kuralları ana hatları ile incelemeye çalışacak ve bu hükümlerin genel bir değerlendirmesini yapmaya çalışacağız. Bu nedenle bu çalışmada sözleşmede yer alan hükümlerin üye ülkelere yansımaları konusunu incelememiz dışında tutmayı uygun bulmaktayız.

(*) Bu çalışmada sözleşmenin Almanca metni esas alınmıştır.

(**) S. Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) LORENZ, Werner; Vom alten zum neuen internationalen Schuldvertragsrecht, IPRax. 7. (1987), s. (269 - 276), 269.

(2) Almanya, Belçika, Danimarka, Fransa, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, İngiltere, İrlanda sözleşmeyi onaylayan ülkeler arasındadır.

(3) Sözleşmenin hukuken yürürlüğe girmesinden daha önce ve fakat sözleşmenin imzalanmasından sonra yapılan milli kanunlarda (örn. Alman BGBB. m. 27 vd.) bu sözleşmede yer alan hükümler nazara alınmış ve bu sebeple de fiilen yürürlük alanı bulmuştur. Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, Vahit; Bireysel İş Akdinden doğan Kanunlar ihtilafı alanında bağlama kuralının ve sınırlarının tespiti, KONYA - 1995 (Yayınlanmamış Doktora tezi), sh. 19 vd.

I. Uygulama Alanı

"Bu sözleşmenin hükümleri farklı ülkelerin hukuklarıyla bağlantıyı gösteren maddi vakıalarda uygulanır" (m. 1/1). Maddede yer alan bu hüküm çerçevesinde, sözleşmede yer alan hükümlerin akdi borç ilişkilerine uygulanabilmesi için gerekli olan ilk şart, bu akdi borç ilişkisinin yabancı unsur ihtiva etmesidir. Ancak sözleşmede yer alan bu hükümde yabancı unsur kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklama bulunmamaktadır. Sözleşmede yabancı unsur kavramı üzerinde açıklama bulunmamasının sebebi; yabancı unsurun çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceğinden, bütün durumların burada sayılmasının imkansız olacağını kabul edilmesindedir (4). Yabancı unsurun varlığı bakımından özel olarak zikredilme ihtiyacı duyulan ve karşılaştırmalı hukuk alanında tartışmaların konusunu oluşturan bir husus; âkit tarafların aralarındaki akdi ilişkiye yabancı bir hukukun uygulanması hususunda anlaşmaları yabancı unsurun varlığı bakımından yeterli kabul edilecek midir? Başka bir ifade ile, âkit taraflar aralarındaki saf dahili hukuk akitlerine yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilme yetkisine sahip midirler? Bu konu ile ilgili olarak sözleşmede yer alan hükme göre; "Hukuk seçimi zamanında maddi ilişkinin bütün kısımları tek bir devleti gösteriyorsa; taraflarca yabancı bir hukukun seçimi -taraflar seçimi yabancı bir ülkenin mahkemelerinin yetkilendirilmesi sözleşmesi ile tamamlamış veya tamamlamamış ilgili devletin hukukuna göre akitle ayrılınamayan hükümlere dokunamaz ve bunlar 'emredici hükümler' (5) olarak adlandırılırlar" (m. 3/3). Bu çözüm tarzı üye ülkeler arasında mevcut olan iki farklı görüşün bir noktada uyumlaştırılması olarak ifade edilmektedir. Bunlardan ilk görüşe göre, maddi ilişki hukuk seçimi zamanında tarafların iradelerinden başka hiç bir yabancı unsur ihtiva etmiyorsa hukuk seçimine müsaade edilmemesi yönündeydi. Diğer görüşe göre ise, -ki bu görüş ağırlıklı olarak İngilizler tarafından savunulmaktaydı, saf dahili akitler bakımından akdi ilişkiye yabancı bir hukukun uygulanması âkit taraflarca adalete uygun gözüküyorsa bu durumda taraflara yabancı

(4) Denkschrift zum Übereinkommen, D. B. - 10. Wahlperiode, Drucksache 10/503, s. 22; GIULIANO, Mario/LAGERDE, Paul; Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, D. B. - 10. Wahlperiode, Drucksache 10/503, s. 42.

(5) "Zwingende Bestimmungen" bu kavram Alman hukukunda dahili hukukta emredici hükümler olarak anlaşılmasına rağmen, milletlerarası özel hukuk alanında doğrudan uygulanan kuralları ifade etmek için kullanılmaktadır. Bkz. m. 7.

hukukun seçimi imkanının tanınmaması hukuk seçimi serbestisinin çok dar bir kalıp içerisinde sokulması demek olur. Bu nedenle, taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi serbestisine yalnız bu yönde bir istisna tanınması faydalı olacaktır (6). Ancak, sözleşmede kabul edilmiş olan bu hüküm, konu ile ilgili tartışmaların sona ermesine sebep olmadığı gibi yeni tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu hükümde yer alan 'emredici hükümler' den ne anlaşılmalıdır? Burada bahsedilen emredici hükümler ile devletler özel hukuku alanında savunulmakta olan 'doğrudan uygulanan kurallar' arasındaki bağlantı nasıl tesbit edilecektir? Konu sözleşmede yeteri derecede aydınlatılamamıştır (7). Burada sonuç olarak şunu söylemek mümkündür; âkit taraflar aralarındaki yabancı unsur ihtiva eden akdi ilişkilerine uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçebilme imkanına sahiptirler.

Sözleşmenin 1. maddesinin ikinci fıkrasında ise sözleşmenin uygulanması bakımından kapsam dışı bırakılan hususlar detaylı bir şekilde tesbit edilmiştir. Buna göre;

Bu sözleşme

a — 11. Madde saklı kalmak üzere, gerçek kişinin hak, fiil ve muamele ehliyeti gibi şahsi durumlarına;

b — Borç ilişkisi :

— Vasiyetnameleri ve miras alanını,

— evlilik mallarını,

— evlilik dışı bir çocuğa karşı mükellefiyetler dahil olmak üzere aileye, akrabalığa veya evlilik ilişkisine veya gebeliğe dayanan hak ve mükellefiyetleri,

ilgilendiriyor ise;

c — Bonolardan, çeklerden, bono ve ticari ilişkiden ortaya çıkarsa dahi diğer kıymetli evraklardan doğan mükellefiyetler;

d — Hakem ve yetkili mahkemeye dair sözleşmeler;

e — Şirketler hukukunu, dernekler hukukunu ve tüzel kişilerin hukukunu ilgilendiren örneğin, kuruluş, hak ve fiil ehliyeti, iç tüzükleri ve topluluğun sona ermesi, dernekler ve tüzel kişilerin ve şirket kurucularının ve organlarının şirketin borçları için şahsi kanuni sorumlulukları gibi, derneğin veya tüzel kişinin ilgili olduğu problemler.

(6) GIULIANO/LAGERDE, s. 50 vd.

(7) Bkz. m. 7 ile ilgili açıklamalar.

f — Temsilcinin veya tüzel kişinin organlarının üçüncü kişilere karşı sorumlulukları ile ilgili problemler;

g — Tröstün kurulması ve hem de kararlaştırılanlar yedieminler ve himaye edenler arasında kurulmuş olan hukukî ilişkiler;

h — 14. Madde saklı kalmak üzere ispat ve usul.

Bunların yanısıra Avrupa Birliğine üye ülkelerin egemenlik alanı içerisinde bulunan sigorta akitleri bakımından da bu sözleşme hükümleri uygulama alanı dışı bırakılmaktadır (Art. 1/3). Başka bir ifade ile, sigorta sözleşmesi Avrupa Birliğine üye devletlerden birisinde mevcut olan bir durumu ilgilendiriyorsa, bu sigorta sözleşmesine de bu sözleşmenin hükümleri uygulanamayacaktır.

Sözleşmenin ikinci maddesinde, sözleşmeye taraf olmayan ülkeler ile irtibat düzenlenmektedir. Buna göre, bu sözleşmeye göre tesbit edilecek hukuk sözleşmeye taraf olmayan bir devletin hukuku olsa dahi uygulama kabiliyetini haiz olacaktır.

II. Uygulanacak Hukukun Tesbiti

Bu sözleşmeye göre, yabancı unsurlu akdi ilişkilere uygulanacak hukuk sözleşmenin 3. vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye genel olarak bakıldığında; öncelikle irade muhtariyetinin (sübjektif bağlama), daha sonra genel olarak akdi ilişkilere uygulanmak üzere objektif bağlama kurallarının düzenlendiğini görmekteyiz. Ancak, sözleşmede bir kısım akdi ilişkiler bakımından ise -ki bu tür akdi ilişkiler karşılaştırmalı hukukta sosyal içerikli akdi ilişkiler olarak ifade edilmektedir (8) - bu akdi ilişkilerin özellikleri sebebi ile ayrı hükümlere yer verildiği görülmektedir. Biz sözleşmede yer alan düzenlemeye uygun olarak sırasıyla irade muhtariyeti ilkesini, objektif bağlama kurallarını ve son olarak da sosyal içerikli akdi ilişkiler bakımından getirilmiş olan özel düzenlemeleri incelemeye çalışacağız.

A) Hukuk Seçimi (Sübjektif Bağlama)

1. Genel Olarak

Sübjektif bağlama prensibi, sözleşmenin yeknesak hükümler başlığını taşıyan 2. bölümünün ilk maddesi olan 3. maddede düzenlenmiştir. Hukuk seçimi serbestisi başlığını taşıyan bu maddenin ilk fıkrasına göre, "akit, taraflarca seçilen hukuka tabidir" (m. 3/1-1). Burada da görüldüğü gibi, getirilen bu düzenleme ile genel olarak topluluk üyesi ülkelerin hukuk düzenlerinde (9) kabul edilmekte

(8) Bkz. KELLER, Max: Schutz des Schwächeren im Internationalen Vertragsrecht, Festschrift für Frank VISCHER zum 60. Geburtstag, Zürich 1933, s. (175 - 188) 177.

(9) Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. GIULIANO/LAGERDE, s. 47 vd.

olan, akdi ilişkinin taraflarca seçilecek hukuka tâbi olması prensibi sözleşmede de kabul edilmiştir.

Diğer taraftan, karşılaştırmalı hukuk alanında hukuk seçimi prensibine tarafların seçecekleri hukuk ile akdi ilişki arasında bağlantı bulunması gerektiği yönündeki görüş ile âkit tarafların seçtikleri hukukun aralarındaki akdi ilişkiye uygulanmasında bir menfaatlerinin bulunması gerektiği yönündeki görüşlere itibar edilmemiştir (10). Başka bir ifade ile, tarafların aralarındaki yabancı unsur ihtiva eden akdi ilişkilerine uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçebilmeleri için tek bir şart -akdi ilişkinin yabancı unsur ihtiva etmesi şartı- bulunmaktadır. Sözleşmede bu sınırlamanın haricinde tarafların hukuk seçme yönündeki iradelerinin her hangi bir şekilde sınırlanması kabul edilmemiştir.

a — Hukuk Seçiminin Şekli

Tarafların aralarındaki akdi ilişkiye uygulanacak hukukun seçimine ilişkin irade beyanlarının şekli hususu sözleşmede, "hukuk seçimi açık olmalıdır veya olayın durumundan veya akdin hükümlerinden yeteri güvenlikte anlaşılmalıdır" (m. 3/1-2) şeklinde ifade edilerek açık veya zımni irade beyanları ile hukuk seçimi esas kabul edilmiş ve fakat farazi hukuk seçimi ile ilgili her hangi bir düzenlemeye yer verilmemiş, dolayısıyla reddedilmiştir. Hukuk seçimi sözleşmesinin açık olması (açık irade beyanı) hususunda her hangi bir ihtilaf bulunmamasına rağmen akdin hükümlerinden veya olayın durumundan yeteri güvenlikte anlaşılır olma durumu (zımni irade beyanı) için aynı şeyleri söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Bu husus sözleşmenin gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: Hakim, ilgili olayın durumunun genelini nazara aldığında açık bir hukuk seçimi olmamasına rağmen, tarafların hukuk seçimine yönelik gerçek bir iradelerinin varlığını tesbit edebilir. Örneğin, tarafların hukuk seçimine yönelik her hangi bir açık iradelerinin bulunmamasına rağmen belirli bir hukuk düzenine göre karara bağlanmış olan tipleştirilmiş bir âkit söz konusu olabilir. Bu durumda taraflar arasında hukuk seçimi olmamasına rağmen daha önceden bir hukuk seçimi yapılmış gibi aynı hukuka tâbi olması gerektiği hususunda bir şüphe olmayacaktır (11). Aynı şekilde, şayet taraflar akdi ilişkilerinden doğabilecek uyumsuzluklarda belirli bir ül-

(10) FIRSCHING Karl; Überienkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR - VertragsÜ) vom 11.6.1980, IPRax, 1. (1980), s. (37 - 43) 39.; KEGEL, Gerhard; Internationales Privatrecht, 6. Aufl. Münschen 1987, s. 421.

(11) GUILIANO/LAGERDE, s. 49; DOĞAN, s. 23 vd.

ke mahkemelerinin yetkili olması hususunda anlaşmışlar ve fakat yetkili hukuka ilişkin bir anlaşma yapmamışlar ise, bu durumda âkit tarafların mahkemenin bulunduğu devletin hukukunu aralarındaki akdi ilişkiye uygulanmak üzere seçtiklerinin de kabul edilmesi gerekir (12). Ancak olayın durumundan veya akdin genelinden hareket ederek tarafların zımnen belirli bir hukuku seçmiş olmaları durumları tamamen önceden tesbit edebilmenin imkan dahilinde olmadığı ve bu nedenle her müşahhas olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir (13). Bununla beraber doktrinde, taraflara tanınmakta olan zımnî irade beyanı ile hukuk seçimi veya olayın durumundan ya da akdin genelinden anlaşılır olma durumu eleştirilmekte ve denilmektedir ki, yalnızca açık irade beyanı ile hukuk seçimi esas kabul edilseydi daha iyi olurdu (14).

b — Hukuk Seçimi Sözleşmesinin Zamanı ve Üçüncü Kişilere Etkisi

Sözleşmede hukuk seçiminin zamanı ile ilgili olarak, "taraflar akdin daha önceden ya bu maddeye göre önceki bir hukuk seçimine binaen ya da bu sözleşmenin başka hükümlerine binaen âkit için yetkili olan hukuktan başka bir hukuka göre karara bağlanmasını her zaman için anlayabilirler. 9. maddenin manasında akdin şekli bakımından geçerliliği ve üçüncü kişilerin hakları tatbik edilecek hukukun hükümlerinin akdin yapılmasından sonra ortaya çıkan değişikliklerinden etkilenmez" (m. 3/2) hükmüne yer verilmiştir.

Sözleşmede kabul edilmiş olan bu prensip üye ülkelerce kabul edilmekte olan esaslara uygundur (15). Bu hükme göre âkit taraflar, akdin yapımından önce veya âkit ile birlikte yapmış oldukları hukuk seçimi sözleşmesini daha sonra kaldırabilme veya değiştirebilme imkanına sahiptirler. Taraflara tanınmakta olan bu imkan, hukuk seçimi serbestisi ile de bağdaşmaktadır. Çünkü taraflara hu-

(12) Zımnî irade ile hukuk seçimi ve daha ziyade olayın durumundan veya akdin hükümlerinden hukuk seçiminin yeteri güvencilikte anlaşılır olma durumu ile ilgili olarak bkz. KEGEL, s. 224 vd.

(13) KROPHOLLER, Jan; Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Tübingen 1934, s. 402 vd.; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, in. Schweizerisches IPR Kommentar, Zürich 1993, s. 932 vd.

(14) FÜRSTENBERG, s. 39.

(15) İtalyan mahkeme kararlarında farklı bir esas kabul edilmekteydi. Buna göre, taraflarca uygulanacak hukukun seçimi akdin yapımından sonra meydana gelmiş ise bu seçim geçerli değildir. Bu karar İtalyan doktrini tarafından da kabul edilmişti. İtalyan hukukuna göre taraflar ancak akdin yapımı anında hukuk seçimi yapabileme imkanına sahiptilerdi. Bkz. GIULIANO/LAGERDE, s. 50.

kuk seçimi imkanının tanınmasını yalnızca akdin yapımı anı ile sınırlamak doğru olmayacaktır (16). Sonradan yapılacak hukuk seçimi sözleşmesi, genellikle davanın görülmekte olduğu anda ve bu ülke hukuku lehine yapılmaktadır. Sonradan yapılacak olan bu hukuk seçimi sözleşmesi ile akdin yapımından önce veya yapımı anında akdedilmiş olan hukuk seçimi sözleşmesi arasında hukuk seçiminin hüküm ve sonuçları bakımından her hangi bir farklılık bulunmamaktadır.

Ancak, akdin kurulmasından sonra yapılacak hukuk seçimi sözleşmesi ile şayet bu süre içerisinde, sonradan yapılacak olan hukuk seçimine her hangi bir şekilde etkisi olmayan üçüncü kişiler belirli hakları kazanmışlar ise, sonradan yapılan hukuk seçimi, bu seçim ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerin haklarına dokunamaz (17). Başka bir ifade ile, bu sonradan yapılan hukuk seçimi sözleşmesi üçüncü kişilerin haklarını zedeleyemez.

c — Kısmi Hukuk Seçimi

Âkit taraflara kısmi hukuk seçimi imkanının tanınıp tanınmayacağı problemi, m. 3/1-3'de açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; "taraflar, akdin tamamı veya yalnız onun bir kısmı için hukuk seçimi yapabilirler". Kural olarak akdin tek bir hukuk düzenine tâbi tutulabilmesi, akdin parçalanması problemi ile ilgili bir çok uzman tarafından ileri sürülmektedir. Ancak, unutulmamalıdır ki, âkit gerçekte birden fazla âkitten veya hukuki ya da iktisadi bakımlardan birbirlerinden ayrılabilen birden fazla parçadan oluşmaktadır. Bu sebepten dolayı da, akdin birbirinden ayrılabilen parçaları bakımından farklı hukuk düzenlerinin seçilmesi bir problem yaratmayacaktır. Kısmi hukuk seçiminde dikkat edilmesi gereken husus, akdin parçalanması olayı adalete uygun olmalıdır. Bundan maksat ise, akdi ilişkinin farklı hukuk düzenlerine tâbi tutulan kısımları arasında birbirleriyle çelişecek bir sonucun ortaya çıkmaması gerektiğidir.

Genel olarak kısmi hukuk seçimine yapılan diğer bir itiraz da; tarafların kısmi hukuk seçimi yolu ile emredici hükümlerden kaçabilme imkanına sahip olabilecekleri yönündedir. Başka bir ifade ile, âkit taraflar akdin belirli kısımları için farklı hukuk düzenlerini seçmek yolu ile, ilgili hukuk düzenlerinde yer alan emredici hükümlerden kaçınabileceklerdir. Oysa sözleşmede taraflara hukuk seçimi

(16) GULLIANO/LAGERDE, s. 50.

(17) FIRSCHING, s. 39; GULLIANO/LAGERDE, s. 49 vd.

yolu ile emredici hükümlerden kaçabilme imkanı tanınmamıştır. Başka bir deyişle, belirli emredici hükümlerden kurtulmak amacı ile akdin parçalanması rizikosunu sözleşmenin 7. maddesinin yardımı ile ortadan kaldırmıştır.

d — Hukuk Seçiminin Meydana Gelmesi ve Geçerliliği

Tarafların yapmış oldukları hukuk seçimi sözleşmesinin geçerliliğinin hangi hukuka göre tesbit edileceği hususunda karşılaştırmalı hukuk doktrinde tartışmalar bulunmaktadır. Bir görüşe göre; hukuk seçiminin geçerliliği hususunda lex forinin karar vermesi akla ve mantık icaplarına uygundur (18). Bu görüş İsviçre'de yeni milletlerarası özel hukuk kanununun yürürlüğe girmesinden önce Federal Mahkeme tarafından da kabul edilmekteydi (19). İkinci dünya savaşından bu yana Almanya'da hakim olan diğer bir görüşe göre ise, hukuk seçiminin geçerliliğine akit statüsünün uygulanması daha uygundur (20). Çünkü tarafların akdi ilişkilerinin esasına uygulanmak üzere seçmiş oldukları hukukun, seçim akdinin geçerliliğine de uygulanması taraf iradeleri ile bağdaşmaktadır (21). Aynı şekilde hukuk seçiminin geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağı hususunda da akit tarafların bir güvencesi olacağı gibi, hukuk seçimi akdine bir hukukun, asıl akde başka bir hukukun uygulanması durumu da akdin büyük parçalanması söz konusu olmayacaktır (22).

Karşılaştırmalı hukukun bugünkü durumuna baktığımızda, konu ile ilgili olarak kanunlarda, hukuk seçiminin geçerliliği hususunda, hukuk seçimi geçerli olsaydı neresi akit statüsü olacak idi ise o hukuku yetkili gören, pozitif düzenlemelere yer verildiği

- (18) MOSER, Rudolf: Vertragsabschluss, Vertragsgültigkeit und Parteilille im internationalen Obligationsrecht, St. Gallen 1948, s. 233 vd.; FERID, Murad: Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Bielefeld 1982 s. 144 vd.
- (19) TURHAN, Turgut; İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, AÜHF. C. XLİ, s. (119 - 149) 123 vd.; MOSER, s. 233 vd.
- (20) SANDROCK, Otto: Die Bedeutung des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts für die Unternehmenpraxis, RfW. 32. (1966), s. (841 - 855) 848 vd.; VISCHER, Frank: Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, s. 67.; SCHWUNG, Siegfried: Die Grenzen der freien Rechtswahl, - unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines "Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts"- Wm. 40. (1984), s. (1301 - 1308) 1302.
- (21) SIMITIS, Spiros: Aufgaben und Grenzen der Parteilautonomie im internationalen Vertragsrecht, Jus. 6. (1966), s. (209 - 217) 216.
- (22) GAMLLSCHLEG, Franz: Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteilille im internationalen Vertragsrecht, AcP 157. (1958/59), s. (303 - 341) 307.; SANDROCK, s. 850.

için (23), konu artık tartışma konusu olmaktan çıkmıştır. Sözleşme-
de de hukuk seçiminin geçerliliği hususunda aynı esaslar kabul
edilmektedir.

Tarafların aralarındaki akdi ilişkiye uygulanacak hukuka dair
yapmış oldukları sözleşmenin meydana gelmesi ve geçerliliği söz-
leşmenin 3/4. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "tatbik edile-
cek hukuk üzerine tarafların anlaşmasının meydana gelmesi ve ge-
çerliliğine 8., 9. ve 11. maddeler uygulanmalıdır". Bunlardan 8. mad-
dede, anlaşma ve maddi geçerlilik; 9. maddede, şekil ve 11. madde-
de, hak fiil ve muamele ehliyeti düzenlenmektedir. Biz akitlerin şekli
ve tarafların ehliyeti ile ilgili hususları ileride ayrıntılı olarak ince-
leyeceğimiz için burada sadece anlaşma ve maddi geçerlilik ile ilgili
hükmü incelemekle yetineceğiz.

Sözleşmenin anlaşma ve maddi geçerlilik başlığını taşıyan 8.
maddesinde yer alan hükme göre: "1. akdin meydana gelmesi ve
akdin veya onun hükümlerinden birinin geçerliliği akit veya hüküm
geçerli olmuş olsaydı bu sözleşmeye göre uygulanacak olan hukuka
göre karara bağlanır".

"2. Bununla beraber, taraflardan birisinin ilişkisinin neticesi-
nin birinci fıkrada tesbit edilmiş olan hukuka göre tesbit edilmesinin
adalete uygun olmayacağı durumun genelinden ortaya çıkıyor-
ise, akde muvafakat etmeyen tarafın iddiası için onun mutlak meske-
ninin bulunduğu devletin hukuku yetkilendirilebilir".

Görüldüğü gibi birinci fıkrada, akdin şekli bakımından geçerli-
liği haricindeki bütün hususları içine alacak şekilde geniş düzenlen-
miş olmasına rağmen ikinci fıkrada, sözleşme geçerli olsaydı akde
uygulanacak hukukun sözleşmenin veya hükümlerinin geçerliliği-
ne uygulanmasının adalete uygun sonuç vermeyeceği durumlarda,
akde muvafakat etmeyen taraf lehine istisnai bir hükme yer verilmiş-
tir. Ancak ikinci fıkrada getirilmiş olan istisnai kural sözleşmenin
meydana gelmesi problemi için kabul edilmiş olup, sözleşmenin ge-
çerliliği için kabul edilmemiştir. İkinci fıkrada yer alan bu istisnai
kuralın uygulanabilmesi için, akde uygulanması gereken hukukun
uygulanmasının adalete uygun sonuç vermeyeceği akde muvafakat
etmeyen tarafca iddia edilmiş olmalıdır (24). Başka bir deyişle, ha-
kime re'sen adalete uygunluğu denetleme imkanı tanınmamıştır.

(23) Bkz. Art. 27/4 EQBGB'nin yollamasıyla Art. 31 EQBGB.; Art. 116/2-2
IPRG. (İsv.): Bu düzenlemelerde de hukuk seçimi sözleşmesinin, taraflar-
ca asıl akdin esasına uygulanmak üzere seçilmiş olan hukuka tâbi olacağı
kabul ediliyor.

(24) Bkz. GIULIANO/LACEDE, s. 60.

2. Hukuk Seçiminin Sınırlanması

Milletlerarası unsurlu akdi ilişkinin taraflarına tanınmış olan irade muhtariyeti (hukuk seçimi) prensibine iki değişik sınırlamanın getirildiğini görmekteyiz. İlk olarak sözleşmede özel olarak yer verilmiş olan bir kısım akdi ilişkiler bakımından -ki bu tür akdi ilişkiler de âkit taraflardan birisi sosyal veya ekonomik yönden zayıftır ve bu nedenle de bunlara sosyal içerikli akdi ilişkiler denilmektedir-, âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi ilkesinin sınırlandırıldığını görmekteyiz. Bunun yanısıra genel olarak bütün akdi ilişkiler bakımından bir sınırlamanın getirildiğini görmekteyiz. Bu sınırlama "doğrudan uygulanan kurallar" kapsamında kalan hususlar için söz konusu olabilmektedir. Biz burada sözleşmede yer alan bu düzenlemeye uygun olarak hukuk seçiminin sınırlandırılmasını iki ayrı başlık altında incelemeyi uygun görmekteyiz.

a — Sosyal İçerikli Akdi İlişkiler Bakımından

Genel olarak karşılaştırmalı hukuka baktığımızda sosyal içerikli akdi ilişkiler kavramının iş âkitleri ve tüketici âkitleri bakımından kullanıldığını görmekteyiz (25). Bu tür akdi ilişkilerde âkit tarafların menfaatleri aynı yönde olmadığından dolayı, sosyal veya ekonomik bakımdan zayıf durumda olan tarafı koruyucu nitelikte özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyaç maddi hukuk alanında olduğu kadar milletlerarası özel hukuk alanında da kendini hissettirmiştir. Bu nedenle konunun uzmanlarının uzun yıllar çalışması neticesinde bu tür akdi ilişkilere dair özel düzenlemelere yer verme gereği hissedilmiştir.

aa — Tüketici Akitleri

Sözleşmede tüketici akitleri hususunda yer alan özel düzenleme, öncelikle bu özel düzenlemenin uygulama alanı tesbit edilmiştir. Buna göre, "bu madde, menkul malların taşınması üzerine veya bir kişiye hizmet ediminin ortaya çıkması üzerine akitler için, tüketiciyi, tüketicinin mesleki veya sanatsal faaliyetine dahil edilmeyen amacına ve hem de böyle bir muamelenin finansmanına dahil edilmeyen akitler için geçerlidir" (m. 5/1) (26). Bu hükümden

(25) KELLER, s. 175 vd.

(26) Sözleşmede yer alan bu hüküm 22.9.1968 tarihli "Yetkili mahkemeye ve özel ve ticari mallardaki mahkeme kararlarının icrasına dair AET bürüksel anlaşmasının 13. maddesinde yer alan tanımlamaya da uygun düşmektedir. Metin için bkz. JAYME, Erik/HAUSMANN, Rainer; Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 6. Aufl., 1992 Münschen, s. 223.

anlaşıldığına göre, bir kişinin menkul mal nakli, hizmet ediminin yapımı veya kredi garanti etmesi mesleki ya da sanatsal faaliyet alanı ile ilgili ise, sözleşmenin tüketici akitlerine ilişkin hükmünün uygulanabilmesi mümkündür. Menkul malın, hizmet ediminin veya kredinin alıcısı esas itibarıyla kendi mesleki veya sanatsal faaliyet alanı dışında muameleyi yapmış ise, fakat diğer âkit tarafın bundan hiç haberi olmamış veya önemli durumların nazarı altında bundan haberinin olması mümkün değil ise bu hadiseye tüketici akitleri ile ilgili hükümler uygulanamayacaktır (27).

Sözleşmede, genel olarak akdi ilişkiler alanında kabul edilmekte olan hukuk seçimi serbestisine tüketici akitleri bakımından bazı sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre, üçüncü maddeye rağmen (irade muhtariyeti) tarafların hukuk seçimi, tüketiciye mutata meskeninin bulunduğu devletin hukukunun emredici hükümlerince sağlanan korumayı elinden alacak şekilde yapılamaz (m. 5/2-1). Bu hükümde tüketici akitleri bakımından hukuk seçimi ilkesi yasaklanmamakta, bilakis tarafların yapmış oldukları sözleşmeye göre yetkili hukuk düzeninde yer alan hükümler tüketicinin mutata meskeni hukukuna göre, ona daha iyi koruma sağlıyorsa bu durumda yapılan hukuk seçimi sözleşmesi geçerli olmaktadır. Başka bir ifade ile, tüketici akitlerinde taraflara, seçilen hukukun tüketicinin lehine olma ön şartına bağlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmaktadır. Sözleşmede bu durum, yani hukuk seçiminin ön şarta bağlı olarak yapılabilmesi şu üç ön şartın varlığına bağlanmıştır.

— Bu devlette akdin yapımına açık bir teklif veya bir reklâm öncü olmuş ise ve tüketici akdin yapımı için gerekli hukuki muameleleri bu devlette yapmış ise, başka bir ifade ile, satıcı menkul malların veya hizmet edimini tüketicinin oturduğu ülkede ifa etmiş ise, veya;

— tüketicinin karşısındaki âkit taraf veya onun temsilcisi tüketicinin siparişini bu devlette kabul etmiş ise; bu duruma, tüketicinin ülkesindeki bir fuarda bulunan yabancı firmanın standında veya tüketicinin ülkesindeki şubede yapılan muameleler örnek kabildinden sayılmaktadır. Burada kullanılmakta olan temsilci ifadesinden bütün ticari temsilciler anlaşılmaktadır, veya;

— âkit, eşyanın (malın) satımını ilgilendiriyorsa ve tüketici bu devletten yabancı ülkeye seyahat etmiş ise ve satıcının bu seyahati tüketiciyi akdi yapmaya sevk etmek amacına sebep olsa dahi, orada siparişini vermiş ise.

(27) GIULIANO/LAGERDE, s. 55; LORENZ, W., s. 275.

Son halde sözleşmenin hazırlık, çalışmalarına katılan bütün delegelerce tüketicinin özel olarak korunma ihtiyacının varlığı kabul edilmiştir (28).

Tüketici akitlerinde, âkit taraflara, karşılaştırmalı hukuk alanında yer alan bir kısım pozitif düzenlemelerin aksine (29), sözleşmede tesbit edilmiş olan bu şartlar çerçevesinde hukuk seçimi imkanı tanınmıştır.

bb — İş Akdi ve İş İlişkisi

Sözleşmede sosyal içerikli akitler kapsamında kabul edilen özel düzenlemeye yer verilen diğer bir hususta iş akdi ve iş ilişkisidir. Buna göre, 3. maddeye rağmen (rade muhtariyeti) iş akitleri ve iş ilişkilerinde tarafların hukuk seçimi, işçiye ikinci fıkraya göre hukuk seçiminin eksikliğinde uygulanması gereken (objektif bağlama kuralları) devletin hukukunun emredici hükümlerince sağlanan korumayı elinden alacak sonuca götüremez. İş akdi ve iş ilişkilerinde taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi imkanı da tüketici akitlerinde olduğu gibi, seçilecek hukukun objektif bağlama kurallarına göre işçi lehine daha iyi hükümler içermesi ön şartına bağlanmıştır.

Her iki tür sosyal içerikli akdi ilişki bakımından da âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi serbestisi, seçilen hukukta yer alan hükümlerin korunmaya muhtaç taraf lehine daha iyi hükümler ihtiva etmesi ön şartına bağlanmış olmasına rağmen, zayıf âkit taraf için daha iyi hükümlerin nasıl tesbit edileceği hususuna ne sözleşmede ve ne de sözleşmeye ilişkin olarak hazırlanmış olan raporda bir açıklık getirilmiştir. Elverişli hukukun tesbiti hususu ile Alman doktrini çok fazla meşgul olmuş ve onlar tarafından savunulan görüşler bir çok ülke hukukunda da kabul görmüştür (30). Buna göre, âkit tarafların akitlerine uygulanmak üzere seçmiş oldukları hukuk düzeni ile, şayet taraflar hukuk seçimi yapmamış olsalardı akdi ilişkiye objektif olarak uygulanması gereken hukuk düzeninin, akdi ilişkinin zayıf tarafını koruyucu nitelikteki hükümlerinin karşılaştırılması yapılacaktır. Yapılacak bu karşılaştırma neticesinde tarafların akdi ilişkilerine uygulanması için seçmiş oldukları hukukun zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümleri, objektif âkit statüsünde yer alan aynı tür hükümlerden daha elverişli sonuçlar

(28) GTULIANO/LAGERDE, s. 56; LORENZ, W., s. 275.

(29) İsviçre hukukunda tüketici akitleri bakımından taraflara hukuk seçimi imkanı tanınmamaktadır. IPRG. m. 120/2.

(30) Örn. Avusturya hukukunda, Fransız Hukukunda ve topluluk ülkesi olmasına rağmen İsviçre Hukukunda kabul görmüştür. Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, s. 78 vd.

doğuruyor ise, hukuk seçimi geçerli kabul edilecek ve fakat objektif âkit statüsünün zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümleri daha iyi koruma sağlıyor ise, bu durumda yapılan hukuk seçimi bu hükümler bakımından geçersiz kabul edilecektir. Başka bir ifade ile, elverişlilik karşılaştırması neticesinde seçilen hukukun zayıf âkit tarafı koruyucu nitelikteki hükümleri objektif âkit statüsü olması gereken hukukun aynı nitelikteki hükümlerinden daha az koruma sağlıyorsa, bu hükümler bakımından hukuk seçimi geçersiz kabul edilecek, diğer hususlar bakımından hukuk seçimi geçerliliğini muhafaza edecektir. Yani, bu gibi durumlarda hukuk seçimi tamamen geçersiz kabul edilmemektedir (31). Bunun yanısıra elverişliliğin kimin tarafından ve nasıl tesbit edileceği problemi de ortaya çıkaracaktır. Konu ile ilgili olarak değişik öneriler bulunmaktadır. Bu önerileri ana hatları ile açıklarsak; elverişlilik karşılaştırmasını kimin yapacağı hususunda objektif ve sübjektif olmak üzere iki değişik öneri bulunmaktadır.

Sübjektif değerlendirme ölçüsü taraflarına göre, zayıf âkit taraf için elverişli kuralların hangisi olduğuna kendisinin karar vermesi gerekir. Çünkü, zayıf âkit taraf kendisi için neyin daha elverişli olduğuna en iyi şekilde kendisi karar verebilir (32).

Objektif değerlendirme ölçüsüne göre tarafsız bir gözlemcinin bakış açısından hareket edilerek "akıllı ve makul bir kişinin" akdi ilişkisi nazara alınarak elverişliliğin tesbit edilmesi yoluna gidilecektir (33). Şayet objektif ölçü geçerli olmasaydı müşahhas olayda, hakimce tarafsız bir karar verilmesi de mümkün olmazdı (34). Başka bir ifade ile, bu görüş tarzına göre hakim değerlendirmeyi yapar-

(31) Bu esasın kabul edilmesi halinde milletlerarası özel hukuk alanında kabul edilmekte olan öngörülebilirlik ilkesi zedelenmiş olacaktır. Söyle ki, âkit taraflara hukuk seçimi imkanı tanınacak ve fakat taraflar akdi ilişkilerine seçmiş oldukları hukukun uygulanıp uygulanmayacağını kesin olarak bilemeyeceklerdir.

(32) Elverişlilik karşılaştırması ile ilgili görüşler esas itibariyle Alman iç hukukunda iş âkitleri ile toplu sözleşmeler arasında ihtilaflar bulunması hali için ileri sürülmüş olmasına rağmen benzer bir durum yabancı unsurlu iş akdi ve iş ilişkilerinde ortaya çıkınca bu görüşler milletlerarası özel hukuk alanı bakımından da kabul görmüştür. Bkz. BELLING, Detlev: Das Güntigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, Berlin 1984, s. 176.; HUECK, Alfred/NIPPERDEY, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl. Band II/1, Kollektives Arbeitsrecht, von NIPPERDEY, H. C., Berlin/Frankfurt a.M. 1986., s. 609 vd.; JUNKER, Abbo: Internationales Arbeitsrecht im Konzern, Tübingen 1982, s. 258 vd.; DOĞAN, s. 92.

(33) BELLING, s. 176; DOĞAN, s. 92 vd.

(34) HUECK/NIPPERDEY, Band II/I, s. 609.; BELLING, s. 176.

ken, makul bir kişi aynı şartlar altında hangi faydayı tercih ederdi ise bunu nazara alacaktır. Bu görüŖe göre açık olmayan bir problem vardır; elverişliliği, objektif bağlama kurallarına göre belirlenecek hukuk düzeninin emredici hükümleri mi yoksa tarafların iradelerine göre belirlenecek hukuk düzeninin emredici hükümleri mi tesbit edecektir (35)?

Doktrinde bir kısım yazarlar ise, hakim tarafından elverişlilik değerlendirmesi yapılırken yalnızca bir emare olarak zayıf ákit tarafın sübjektif görüŖ ve arzularının da nazara alınması gerektiğini savunuyorlar (36).

Elverişlilik tesbitinin nasıl yapılacağı hususunda da tekli karşılaştırma, toplu karşılaştırma ve grup olarak karşılaştırma olmak üzere üç değişik öneri bulunmaktadır. Tekli karşılaştırma yöntemine göre, objektif akit statüsünde ve sübjektif akit statüsünde zayıf ákit tarafı koruyucu nitelikteki hükümlerin tek tek karşılaştırılması neticesinde tesbit edilecek hükümler akdi ilişkiye tatbik edilecektir. Toplu karşılaştırma yöntemine göre ise, objektif ve sübjektif akit statüsündeki zayıf ákit tarafı koruyucu nitelikteki hükümler bir bütün olarak ele alınacak ve karşılaştırılacaktır. Yapılacak bu karşılaştırma neticesinde hangi hükümler zayıf ákit tarafa daha iyi korumaya sağlıyor ise, o hukukta yer alan hükümler olaya uygulanacaktır. Son olarak grup olarak karşılaştırma yönteminde ise, -ki bu yöntem doktrinde genel olarak kabul edilmektedir- birbirleriyle bağlantılı hükümler birlikte nazara alınarak yapılacak karşılaştırma sonunda elverişli hukuk tesbit edilecektir. Başka bir deyiŖle, bu esasa göre birbirleriyle bağlantılı olan hükümler birlikte nazara alınarak zayıf ákit taraf için elverişli hukuk tesbit edilmektedir (37).

b — Doğrudan Uygulanan Kurallar Bakımından

Doğrudan uygulanan kurallar veya müdahaleci normlar teorisinin kurucusu olarak kabul edilen Francescakis, milletlerarası mad-

(35) Bu hususta hukuk düzenlerinde farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki: kanuni düzenlemelere bakıldığı takdirde Alman Hukuku'nda ve AET alanında akitlere uygulanacak hukuka dair Roma sözleşmesinde esas kural tarafların hukuk seçimidir. Avusturya Hukuku'nda ise esas olan objektif bağlama kuralıdır. Bundan dolayı Avusturya Hukuku'nda objektif akit statüsü nazara alınacakken, Alman hukuku'nda sübjektif akit statüsü nazara alınacak ve elverişliliği tesbit edecektir. Bkz. GAMILISCHEG, Franz: Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht, ZfA. 14. (1993), s. (307-373) 335.; MARTINY, Dieter; in: Münchener Kommentar, Band. 7., EGBGB. - IPR, 2. Aufl., München, 1990, s. 1682; JUNKER, Konzern s. 276.

(36) HUECK/NIPPERDEY, Band. II/I., s. 609 (dipnot. 90); BELLING, s. 176.

(37) Geniş bilgi için bkz., JUNKER, Konzern, s. 269 vd.; DOĞAN, s. 87 vd.

di ilişkiye iç hukuk kurallarının uygulamasında dahili maddi normların iki farklı kategorisine dikkat çekmiştir. Bu hukuk normlarının ilk kategorisini doğrudan uygulanan kanunlar (lois d'application immédiate) oluşturmaktadır. Bunlar kamusal (devletsel) organizasyonun menfaatine binaen kanunlar ihtilafı kurallarının dışlanmasıyla maddi ilişkiye doğrudan doğruya uygulanırlar. Yalnızca o maddi ilişkiye uygun hiç bir doğrudan uygulanan norm bulunmuyor ise, ikinci hukuki norm kategorisi, -ki bu normlar yabancı hukuk normları ile uyum içerisindedirler-, uygulanmaya gelecektir. Bununla beraber bu ikinci tür dahili normların uygulanması, iki taraflı kanunlar ihtilafı normlarında atfa binaen dolaylı olarak sonuç doğurur (38). Burada birinci grup olarak nitelendirilen normlar, bir devletin iktisadi, politik ve sosyal organizasyonunu kapsayan normlardır. Bu normların hukuki kategorisi ile ilgili olarak yapılacak kamu hukuku - özel hukuk vasıflandırmasının hiç bir önemi yoktur (39). Francescakis tarafından kullanılan organizasyon veya kamusal menfaat (société étatique) kavramlarının yanında ve doğrudan uygulanan kurallar kavramının nitelendirilmesine yetecek başka hiç bir ip ucunun bulunmadığı kabul edilmektedir (40). Bunun yanısıra Francescakis yalnızca for devletin hukukunda yer alan müdahaleci normları nazara almaktadır. Oysa günümüz milletlerarası özel hukuk doktrininde yalnızca lex forinin değil aynı zamanda lex causaenin ve bunların yanısıra bazı özel durumlarda üçüncü devletlerin müdahaleci normlarının da nazara alındığı görülmektedir (41). Sözleşmede ise emredici hükümleri ifade etmek için iki ayrı maddede iki farklı düzenleme aynı kavramlar (zwingende Vorschriften) ile ifade edilmiştir. Bunlardan ilki, irade muhtariyeti esasının düzenlendiği 3/3. maddede yabancı bir hukukun seçiminin sınırlarının tesbitinde ikincisi ise, gerçek ve teknik manadaki doğrudan uygulanan kuralların düzenlendiği 7. maddede yer almaktadır. Gerçek ve teknik manadaki doğrudan uygulanan kuralların yer aldığı hükme göre, "bu sözleşmeye binaen belirli bir devletin hukukunun uygulanmasında maddi vakıanın sıkı bir ilişkiyi gösterdiği başka bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan normlarına, bu normlar sonuncu olarak ifade edilen devletin huku-

(38) VOSER, Nathalie: Die Theorie der lois d'application im médiate im internationalen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1993, s. 17 vd.

(39) FRANCESCAKIS, Phocion: in Dalloz, Répertoire de droit international, Tome I, Paris 1968, s. 61. (VOSER, s. 16 naklen).

(40) VOSER, s. 16; DOĞAN, s. 128 vd.

(41) SCHWANDER, Ivo: Einführung in das internationale Privatrecht - Allgemeiner Teil, 2. Aufl., St. Gallen 1990, s. 239 vd.; VOSER, s. 20.

kuna göre akdin hangi devlet hukukuna tâbi olduğuna riayet etmeksizin uygulanıyorlarsa, sonuç bahşedilecektir. Bu doğrudan uygulanan normlara sonuç tevcih edilip edilmeyeceği kararında bunların uygulanmasından veya uygulanmamasından ortaya çıkabilecek konusu ve karakteri ve neticeleri nazara alınacaktır” (m. 7/1). Cürüldüğü gibi burada yer alan düzenleme ile akdi ilişkinin sıkı irtibat gösterdiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kuralları nazara alınmaktadır. Burada üçüncü devlet ile herhangi bir bağlantı değil, bilakis gerçek bir bağlantının bulunması gereklidir. Burada ifade edilmekte olan üçüncü bir devletle “gerçek bir bağlantı” veya “sıkı ilişki” kavramlarına örnek olarak, akdin başka bir devlette ifa edilmesi zorunluluğunun olması, taraflardan birisinin mutlak meskeninin ya da iş merkezinin bu ülkede bulunması sayılmaktadır (42). Başka bir deyişle, akdin, tâbi olduğu devletten başka bir devlet ile akdin geneli arasında ilişkinin bulunmasıdır.

Sözleşmede davanın görülmekte olduğu mahkeme devletinin doğrudan uygulanan kurallarının da nazara alınması gereğinden hareket edilerek, “bu sözleşme maddi ilişkiyi akde uygulanacak hukuka riayet etmeksizin doğrudan (emredici olarak) düzenleyen yetkili mahkeme devletinin hukukuna göre geçerli olan hükümlerin uygulanmasına dokunamaz” (m. 7/2) hükmüne de yer verilmiştir. Davanın görülmekte olduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının nazara alınması gereğinin özellikle, tüketicinin korunması, kartel ve rekabet hukuku gibi alanlarda önemli olacağı kabul edilmektedir (43).

B. Objektif Bağlama Kuralları

Sözleşmede objektif bağlama kuralları ile ilgili olarak, irade muhtariyeti ilkesinde olduğu gibi, ikili bir düzenleme esası kabul edilmiştir. Şöyle ki, önce yabancı unsurlu akdi ilişkilere uygulanmak üzere genel bir objektif bağlama kuralı kabul edilmiş, daha sonra ise, sosyal içerikli akdi ilişkiler bakımından ayrı düzenlemelere yer verilmiştir.

1. Genel İlke

Sözleşmede, bu sözleşmenin kabul edilmesinden önceki dönem karşılaştırmalı hukuk alanında, hukuk seçiminin eksikliğinde akde uygulanacak hukukun tesbiti ile ilgili eğilimlerin -ki bu eğilimler ya tarafların farazi iradelerinin araştırması yolu ile ya da ifa yerinin objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmesi yolu ile yetkili

(42) GIULIANO/LAGERDE, s. 59.

(43) GIULIANO/LAGERDE, s. 60.

hukukun tesbiti şeklinde idi- aksine bir düzenleme kabul edilmiştir. Buna göre, âkit taraflar akdin yapımında açık iradeleri ile veya olayın durumundan yeteri güvencilikte anlaşılacak şekilde zimni iradeleri ile hukuk seçimi yapmamışlar ise, akdi ilişkinin en sıkı irtibat içinde bulunduğu devletin hukuku objektif bağlama kuralı olarak nazara alınacaktır (44). Bu durum sözleşmede, hukuk seçiminin eksikliğinde tatbik edilecek hukuk başlığını taşıyan 4. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, tatbik edilecek hukuk 3. maddeye göre (irade muhtariyeti ilkesi) tesbit edilmemiş ise âkit, kendisi ile en sıkı ilişkiyi gösteren devletin hukukuna tâbidir (45). Sözleşmede bu prensip, sözleşmenin hazırlık çalışmalarına katılan bütün üye-ülkelerin ortak görüşleri doğrultusunda kabul edilmiştir (46). Buna rağmen, objektif bağlama kuralı olarak akdin sıkı ilişki içinde bulunduğu ülke hukukunun nazara alınması farazi irade beyanının araştırılması yolunda, şayet âkit taraflar akdi ilişkilerine uygulanmak üzere gerekçesi ile doktrinde eleştirilmektedir. Farazi iradenin araştırılması yolunda, şayet âkit taraflar akdi ilişkilerine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmış olsalar idi hangi ülke hukukunu seçerlerdi? sorusunun cevabı araştırılmakta ve yetkili hukuk bu şekilde tesbit edilmektedir (47). Karşılaştırmalı hukukta genel olarak âkitlerden doğan kanunlar ihtilafı alanında "sıkı ilişki" ve "durumun geneli" esas alınarak pozitif düzenlemelerde objektif olarak tesbit edilmiş olan bağlama kurallarına istisnalar getirilmektedir (48). Ancak bu kavramlardan neyin anlaşılması gerektiği hususunda pozitif düzenlemelerde bir açıklamaya yer verilmemiştir. Doktrinde (49) ve mahkeme kararlarında (50) âkit tarafların vatandaşlık, işverenin ikâmetgâhı, âkit dili, akdin yapıldığı yer, tarafların ikametgâhı, sıkı ilişkinin tesbitindeki durumun geneli olarak nazara alınmaktadır.

Hakim tarafından âkit tarafların farazi iradelerinin araştırılmasında, esas itibariyle objektif olarak tarafların

(44) LORENZ, W., s. 274.

(45) Bir kısım yazarlar bu bağlama kuralını temel sapma kuralı (Hauptausweichklausel) olarak ifade etmektedirler. Bkz. KEGEL, s. 396.

(46) GIULIANO/LAGERDE, s. 52.

(47) Bkz. KEGEL, s. 425 vd.; TEKİNALP, Gülören; Milletlerarası Özel Hukuk, b. 3., İstanbul 1986, s. 268 vd.; GIULIANO/LAGERDE, s. 51.

(48) m. 20/1 EGEB.; m. 117/ IPRG (İsv.); m. 1/1 IPRG (Avus.); m. 4/1 EVÜ.

(49) LORENZE, E., Das objektive Arbeitsstatut, s. 223 vd.; GAMILLSCHEG, Ein Gesetz, s. 339 vd.; DÄUBLER, Wolfgang: Das neue internationale Arbeitsrecht RTW. 33. (1987), s. (249-256) 252 vd.; MARTINY, in. Mün. Komm., s. 1692.; KRPOHOLLER, (IPR), s. 397 vd.; KELLER/KREN KOSKIEWICZ, in. IPRG. Komm., s. 932 vd.; 1008 vd.

(50) BAG. Urt. vom 24.8.1989-2 AZR. 3/89; Ap. Nr. 28 su IPR Arbeitsrecht.

BAG Ap. Nr. 12 zu IPR Arbeitsrecht; BAG. Ap. Nr. 20 zu IPR Arbeitsrecht.

menfaatlerinin ve objektif unsurların değerlendirilmesi yapılmaktadır (51). Sıkı ilişkili yer hukukunun tesbiti ile ilgili olarak yapılacak değerlendirmelerde de aynı esaslar nazara alınmaktadır. Bu nedenle, daha önceleri doktrin ve mahkeme kararlarınca reddedilmekte olan farazi taraf iradelerinin tesbiti yolu ile yetkili hukukun belirlenmesi ilkesi, yalnızca kullanılan kelimelerin değiştirilmesi yolu ile tekrar kabul edilmiştir (52). Sıkı ilişkinin tesbitinde nazara alınan kriterler hemen hemen aynı şekilde farazi (varsayılan) iradenin tesbiti yolu ile hukuk seçiminde de nazara alınıyordu (53). Bu nedenle denilebilir ki; sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama şimdiye kadar farazi irade ile hukuk seçiminden ne anlaşılıyor idi ise ondan başka bir şey değildir. Çünkü milletlerarası özel hukuktaki her normun ödevi sıkı ilişkiyi tesbit etmektir. Eğer kanun koyucu bu sıkı ilişkinin tesbitini yapamıyorsa, susmalı ve buradan doğan boşluğun doldurulmasını doktrin ve mahkeme kararlarına bırakmalıdır (54). Sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama hususunda bu şekilde ciddi bir eleştiri olmasına rağmen, doktrinde ve mahkeme kararlarında sıkı ilişkili yer hukukunun uygulanması hususunda hemen hemen görüş birliği bulunmaktadır (55). Bunun sebebi de doktrin ve mahkemelerin ya kendi ödevlerini hatırlamak veya hukuk politikası bakımından yanlış bağlama kurallarından kurtulmak istemeleridir (56).

Sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama prensibine göre, akdi ilişkinin birbirinden ayrılabilen kısımları farklı ülke hukukları ile sıkı irtibatı gösteriyorlar ise, her kısım için bu farklı ülke hukuklarının uygulanması mümkün kılınmıştır. Başka bir ifade ile, objektif bağlama kurallarının temelini teşkil eden sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama kuralı bakımından da aktin parçalanabileceği açıkça kabul edilmiştir (57). Bu husus sözleşmede, "bununla beraber aktin bir kısmı aktin geri kalan kısmından ayrılabilir ve bu kısım başka bir devlet ile daha sıkı irtibatı gösteriyorsa, istisnai olarak bu kısma bu başka devletin hukuku uygulanabilir" (m. 4/1-2) şeklinde ifade edilmektedir.

Bu açıklamalardan da görüldüğü gibi sözleşmede objektif bağ-

(51) KEGEL, s. 425.

(52) KEGEL, s. 426.; LORENZ, W., s. 274.

(53) Bkz. TURHAN, s. 126; NOMER, s. 303 vd.

(54) KEGEL, s. 426.

(55) Karşılaştırmalı hukukta yer alan pozitif düzenlemelere örnek olarak; m. 28/1 EGBGB.; m. 117/1 IPRG (İsv.); m. 1/1 IPRG (Avus.) verebiliriz.

(56) KEGEL, (IPR), s. 192.

(57) FIRSCHING, s. 40.

lama kuralı olarak, esas itibariyle akdi ilişkinin en sıkı irtibat halinde bulunduğu devletin hukukuna bağlama esasını nazara alınmıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus, sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama esasının uygulanabilmesi için, âkit tarafların akitlerine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmamış olmaları gereklidir. Şayet âkit taraflar akdi ilişkilerine uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmışlar ise, akit başka bir ülke hukuku ile daha sıkı irtibat halinde bulunsada dahi, bu sıkı ilişkili ülke hukukunun olaya uygulanması mümkün değildir (58).

Sözleşmede sıkı ilişkinin tesbiti hususunda örnek kabilinden bazı özel düzenlemelere de yer verilmiştir. Bu özel düzenlemelerde sıkı ilişkili ülke hukuku şu şekilde tesbit edilmiştir:

1 — İfa yeri hukuku: Buna göre akdi ilişkinin karakteristik edim borçlusunun gerçek veya tüzel kişi olmasına göre farklı şekilde düzenlenmiştir. Şayet karakteristik edim borçlusu gerçek kişi ise, akdin yapımı zamanında mutad meskeninin bulunduğu devlet ile; şayet şirket, dernek veya herhangi bir tüzel kişi söz konusu ise, bu halde onun asıl idare merkezinin bulunduğu devlet ile sıkı ilişkinin bulunduğu kabul edilmektedir. Bunların yanısıra, şayet akit, mesleki veya sanatsal bir edimin ifasını konu alıyorsa bu durumda sıkı ilişki bu mesleki veya sanatsal edimi ifa edecek kişinin asıl ikâmetgahının bulunduğu devlet ile, ya da akde göre edim asıl merkezden başka bir merkezde ifa edilecek ise bu merkezin bulunduğu ülke ile sıkı irtibatının olduğu kabul edilmektedir (m. 4/2). Sözleşmede kabul edilmekte olan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukuna objektif bağlama esasını karşılaştırmalı hukuk alanında uzun yıllardan beri hem doktrinde ve hem de mahkeme kararlarında kabul edilmekte olan bir prensip idi (59). Bu sebeple karakteristik edimden neyin anlaşılması gerektiği hususunda önceki doktrin ve mahkeme kararlarından yararlanmak mümkündür.

2 — Gayrimenkule ilişkin akitler: Âkit bir gayrimenkule ilişkin aynı hakkı veya bir gayrimenkulün kullanma hakkını konu ediniyorsa, ikinci fıkrada kabul edilmiş olan ifa yeri bağlama kuralına

(58) GIULIANO/LAGERDE, s. 52.

(59) Bkz. Münchener Kommentar, III; Schweizerisches Kommentar, III; Osterreichisches Kommentar, s. I.

Önceki doktrin ve mahkeme kararlarına göre; tek tarafa borç yükleyen akdi ilişkilerde karakteristik edimin tesbiti problem yaratmamaktaydı. Bunun yanısıra iki tarafa borç yükleyen akdi ilişkilerde, taraflardan birisinin edimi para borcu ise, bu durumda karşı âkidin ediminin karakteristik edim olduğu kabul edilmektedir.

rağmen, akdin gayrimenkulün bulunduğu ülkeye sıkı ilişkiyi gösterdiği kabul edilmektedir (m. 4/3). Bu hükümde gayrimenkulün bulunduğu ülke lehine ifa yeri kuralına bir istisna kabul edilmiştir.

3 — Nakliye sözleşmeleri: Nakliye sözleşmelerinde de sıkı ilişkinin tesbitinde ifa yeri kuralından ayrılmış ve bu akitler için, yükleme veya indirme veya gönderenin asıl ikametgahı bu devlette bulursa dahi, nakledenin akdin yapımı anında asıl ikametgahının bulunduğu devlet ile sıkı ilişkiyi gösterdiği kabul edilmiştir. Menkul mal naklini konu alan akitler olarak bu fıkranın uygulaması tek bir seyahat için charter akitleri ve esas olarak menkul mal nakline hizmet eden diğer akitler için geçerlidir (m. 4/4). Yolcu taşıma akitleri hususunda bu fıkrada yer alan hüküm geçerli olmayıp, ifa yeri kuralının geçerli olması gerektiği sözleşmenin hazırlık çalışmaları sırasında genel kabul görmüştür (69).

Karakteristik edim nazara alınarak tesbit edilmiş olan bu objektif bağlama kuralları, şayet karakteristik edim tesbit edilemiyor ise uygulama alanı bulamayacaktır. Bu durumda akdi ilişkinin sıkı irtibatının tesbiti hususunda ilk fıkrada yer alan genel kuraldan hareket edilecektir. Başka bir ifade ile, akdin genelinden ve tarafların durumundan hareket edilerek sıkı ilişkinin tesbiti yoluna gidilecektir (m. 4/5-1). Bunun yanı sıra, şayet, durumun genelinden akdi ilişkinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkisinin bulunduğu tesbit edilir ise, bu durumda yukarıda tesbit edilmiş olan objektif bağlama kuralları uygulama alanı bulamayacak, onun yerine daha sıkı ilişkiyi gösteren bu başka ülkenin hukuku olaya uygulanacaktır (m. 4/52). Bu istisna hükmünün kabul edilmesinin sebebi sözleşmeye ilişkin hazırlanmış olan raporda, özel olayda akdi ilişkinin yukarıda tesbit edilmiş olan objektif bağlama kurallarına göre başka bir ülke hukuku ile daha sıkı ilişkisinin olduğunun tesbiti hususunda mahkemelere takdir yetkisi tanımak olduğu benimsenmiştir. Başka bir ifade ile, bu hükümde kabul edilmiş olan objektif bağlama kuralları akdi ilişkinin burada tesbit edilmiş olan ülkeler ile sıkı ilişkisinin olduğu yönünde sadece birer karineden ibaret olup akdin genelinden başka bir ülke ile daha sıkı ilişkinin bulunduğu anlaşılır ise, bu başka ülke hukukunun olaya uygulanması hususunda hakime takdir yetkisi verilmiştir (61).

2. Sosyal İçerikli Akdi İlişkilerde Objektif Bağlama

Genel olarak bütün akdi ilişkiler bakımından kabul edilmiş olan

(60) GIULIANO/LAGERDE, s. 54.

(61) GIULIANO/LAGERDE, s. 55.

objektif bağlama kurallarına istisna getirilmiş olmasına rağmen, yine de bazı akdi ilişkiler hususunda bu akdi ilişkilerin kendi hususiyetlerinden dolayı sıkı ilişki bizzat sözleşmede tereddüte yer vermeyecek şekilde tesbit edilmiştir. Bu akdi ilişkiler; tüketici akitleri ve iş akitleridir. Bu akdi ilişkiler hakkında özel düzenlemelerin kabul edilmesinin sebebi, akdin tarafları arasında ekonomik ve sosyal bakımlardan eşitliğin bulunmamasıdır. Başka bir deyişle, bu akdi ilişkilerde, taraflardan birisi (tüketici-işçi) diğerine göre ekonomik ve sosyal bakımlardan daha kötü durumdadır. Bu sebeple, ilişkinin zayıf tarafının kanun koyucu tarafından özel korunmaya ihtiyacı olduğu kabul edilmektedir. Uzun yıllardan beri karşılaştırmalı hukuk alanında doktrin tarafından savunulmakta (62) olan bu düşünce tarzının etkisi ile sözleşmede de bu akdi ilişkiler bakımından özel düzenlemelere yer verilmiştir.

a — Tüketici Akitleri

Tüketici akitlerinin diğer akitlerden farklı olduğu yönündeki fikirlerden hareket eden bir kısım ülke kanun koyucuları konuyla ilgili milletlerarası özel hukuka ilişkin mevzuatlarında özel düzenlemelere yer vermişlerdir (63). Sözleşmede de aynı yol izlenerek, genel olarak kabul edilen objektif bağlama kurallarından ayrılmıştır. Başka bir deyişle sıkı ilişkinin tesbiti hususunda tahmini bağlama kuralları tesbit edilmemiş, bilakis sıkı ilişkili ülke sözleşmede bizzat tesbit edilmiştir. Tüketici akitlerinin düzenlendiği 5. maddeye göre, "4. maddeden farklı olarak (genel objektif bağlama kuralları) 3. maddeye göre hukuk seçiminin eksikliğinde ikinci fıkrada (64) nitelendirilen durumların meydana gelmiş olduğu akitler için tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukuku yetkilidir" (m. 5/). Buna göre tüketici akitleri sözleşmede tesbit edilmiş olan objektif bağlama kurallarına göre yetkili ülke hukukundan başka bir ülke ile daha sıkı ilişki içinde bulursa dahi bu ülke hukukunun olaya uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Yani, tüketici akitlerinde sayet taraflar hukuk seçimi yapmamışlar ise bu durumda tüketicinin mutad meskeni hukuku mutlak objektif bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir (65).

(62) Bkz. KELLER, s. 175 vd.; KREN, Jolanta; Schutz der schwächeren Partei im schweizerischen internationalen Vertragsrecht unter Berücksichtigung der deutschen Rechtsordnung, ZVgIRWiss. 88. (1989).

(63) Örneğin, 1989 tarihli Avusturya kanunu IPRG, m. 41.; İsviçre, IPRG, m. 120. Alman, EGBGB, m. 29.

(64) Bkz. s. 8 vd.

(65) FIRSCHING, s. 41.

b — İş Akdi ve İş İlişkisi

İş akdi ve iş ilişkilerinde tarafların akdi ilişkilerine uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmadıkları durumlarda uygulanacak hukuk, objektif bağlama kuralının tesbiti hususunda kabul edilmiş olan prensip aynen kabul edilmiştir. Başka bir deyişle, iş akdi ve iş ilişkilerini düzenleyen 6. maddede objektif bağlama kuralları tesbit edildikten sonra, iş akdi ve iş ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkisinin bulunması halinde, tesbit edilmiş olan bu objektif bağlama kuralları değil bilakis bu sıkı ilişkili ülke hukukunun olaya uygulanması esası kabul edilmiştir (66). Sözleşmede yer alan hükme göre, "İş akdi ve iş ilişkilerine 3. maddeye göre hukuk seçiminin bulunmadığından dolayı 4. maddeden farklı olarak".

"a. Hatta geçici olarak başka bir devlete gönderilmiş olsa dahi işçinin akdin ifasında mutaden kendi işini gördüğü devletin hukuku, veya";

"b. İşçi mutad olarak kendi işini bir ve aynı devlette yapmıyorsa işçiyi işe alan merkezin (67) bulunduğu devletin hukuku uygulanacaktır" (m. 6/2).

"Meğer ki iş akdi veya iş ilişkisinin başka bir devlet ile daha sıkı ilişkiyi gösterdiği durumun genelinden ortaya çıksın; bu durumda bu diğer devletin hukuku uygulanmalıdır" (m. 6/3). Milletlerarası iş akdi ve iş ilişkileri bakımından bu kuralın kabul edilmesinin sebebi, işçinin işini mutaden yaptığı işyerinin veya onu işe alan şubenin bulunduğu yerin daima yer itibariyle en iyi bağlama kuralını oluşturmayacağına kanun koyucu tarafından kabul edilmesidir (68).

III. Uygulanacak Hukuka Ait Ortak Hükümler

Yabancı unsurlu akdi ilişkilerde subjektif veya objektif ölçü nazara alınarak tesbit edilecek olan ülke hukukunun uygulama alanı sözleşmede kapsamlı olarak tesbit edilmiştir.

A — Şekil

Sözleşmede akitlerin ve hukuki muamelelerin şekline ilişkin olarak ikili bir düzenleme kabul edilmiştir. Akitlerin şekli geçerliği hususunda sözleşmede yer alan ilk düzenlemede karşılaştırmalı hukuk alanında kabul edilen, akdin yapıldığı yer (LRA) veya akdin

(66) FIRSCHING, s. 41.; LORENZ, W., s. 275; GIULIANO/ALGERDE, s. 58; DOĞAN, s. 110 vd.

(67) Niederlassung

(68) JUNKER, Internationales Arbeitsrecht, s. 214; LORENZ, Egan; Das objektive Arbeitsstatut nach dem Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, RdA. 42 (1988), s. (220-228) 221.

esasına uygulanacak yer (Lex causae) hukuku prensibi alternatifli olarak kabul edilmiştir. Sözleşmede yer alan hükümde, aynı ülkede bulunan taraflar arasında yapılan akitlerde, akdin yapıldığı veya akdin esası hakkında yetkili olacak ülke hukuku yetkili kabul edilmişken, taraflar farklı ülkelere bulunuyorlar ise, başka bir ifadeyle mesafeli akitler söz konusu ise, bu durumda akdin şekli bakımından geçerli olabilmesi için yapıldığı yer veya taraflardan birinin akdin yapımı anında bulunduğu yer hukukuna uygun olarak yapılmış olması yeterli kabul edilmiştir (69). Şayet, âkit temsilci aracılığı ile yapılmış ise, bu kurallar temsilcinin yapmış olduğu akdin şekli geçerliliği için de kabul edilmiştir (70). Bu hükümlerin akdedilmiş sözleşmeler için geçerli olduğu gibi, henüz akdedilmemiş sözleşmeler için de geçerli olduğu kabul edilmiştir (m. 9/1-4). Ancak sözleşmede henüz akdedilmemiş sözleşmelerden neyin kastedildiği belirtilmemiştir. Sözleşmeye ilişkin raporda bunlardan maksadın, icap, kabul veya âkit yapma vaadi gibi durumları kapsadığı ifade edilmiştir (71).

Bu prensipler bütün akdi ilişkiler bakımından kabul edilmiş olmasına rağmen tüketici akitleri ve gayrimenkullere ilişkin akitler bakımından kabul edilen alternatif bağlama kuralına istisnalar getirilmiştir. Buna göre, tüketici akitlerinin şekli geçerliliği hususunda da tüketicinin mutad meskeni hukuku yetkili kılınmıştır. Başka bir ifade ile, şayet âkit taraflar tüketicinin mutad meskeni hukukunun şekil kurallarına uymaksızın akit yapmışlar ise, bu akit şekli bakımından geçerli olmayacaktır (m. 9/5). Gayrimenkulün aynı veya gayrimenkulün kullanılmasını konu alan akitlerin şekli geçerliliği bakımından akdin yapıldığı yere ve akdi ilişkinin esasına uygulanacak hukuka bakılmaksızın gayrimenkulün bulunduğu ülke hukuku tek yetkili hukuk olarak kabul edilmiştir (m. 9/6).

B — Tarafların Ehliyeti

Âkit tarafların hak, fiil ve muamele ehliyetlerine ilişkin olarak yer verilen düzenlemede yalnızca gerçek kişiler nazara alınmış olup, tüzel kişilerin ehliyetleri hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sözleşmede tarafların ehliyetini düzenleyen hükme göre, aynı ülkede bulunan kişiler arasında yapılan sözleşmelerde bu ülke hukukuna göre hak, fiil ve muamele ehliyetine sahip olan bir

(69) Bu çözüm tarzı daha önceleri Alman Hukukunda hakim görüşü. Bkz. FIRSCHING, s. 41.

(70) GIULIANO/LAGERDE, s. 60 vd.

(71) GIULIANO/LAGERDE, s. 61.

gerçek kişi yalnızca, diğer âkit taraf akdin yapımında bu hak, fiil ve muamele ehliyetine sahip olmadığını biliyorsa veya kusurundan dolayı bilmiyorsa, başka bir devletin hukukuna göre idare edilen hak, fiil ve muamele ehliyetini yetkilendirebilir (m. 11). Görüldüğü gibi, bu hükümde yalnızca işlem güvenliği ve dolayısıyla iyi niyetli karşı âkidin korunması nazara alınmış olup, sözleşmede âkit tarafların ehliyetinin tesbiti hususunda yetkili hukuk açık olarak belirtilmemiş, bu husus milli kanun koyuculara bırakılmıştır (72).

C — Asıl Akde Uygulanacak Hukukun Geçerlilik Alanı

Akit statüsünün uygulama alanı ile ilgili olarak sözleşmede yer alan hükme göre, “bu sözleşmenin 3, 6, ve 12. maddelerine göre akde uygulanacak hukuk özellikle;

a. Yorumu,

b. Akitle kurulmuş olan mükellefiyetlerin ifası,

c. Zararın tayini mahkemeye kendi usul hukukunca düzenlenmiş olan yetkinin sınırlanmış olduğu hukuk normlarına göre sonuç doğurduğu için zararın tesbiti hariç olmak üzere mükellefiyetlerin kısmen veya tamamen ifa edilmemesinin sonucu,

d. Mükellefiyetlerin sona ermesinin farklı türleri ve hem de bir sürenin başlangıcından ortaya çıkan zamanaşımı ve hak düşümü,

e. Akdin butlanının sonuçları için, yetkilidir” (m. 10/1).

Akit statüsünün uygulama alanının bu hükümde sayılan hususlarla sınırlı olmadığı bunların sadece örnek kabilinden tesbit edilmiş hususlar olduğu benimsenmiştir. Bu sonuca burada kullanılan “özellikle” ibaresinden hareket edilerek varılmaktadır (73).

“İfanın tarz ve usulü hakkında ve alacaklı tarafından eksik ifa olayında alacağı tedbirlerle ilişkide ifanın sonuç doğuracağı devletin hukuku gözönünde tutulmalıdır” (m. 10/2).

D — Alacağın Temlik

Sözleşmede alacağın temlik, iradi temlik ve kanuni temlik olmak üzere iki ayrı başlık altında düzenlenmiştir. Alacağın iradi temlikinde devreden ve devralan arasındaki hukuki ilişki bunlar arasındaki temlik sözleşmesine uygulanacak hukuka tâbi tutulmuştur. Sözleşmede devir ve temlik ile ilgili olarak yer alan hükme göre,

(72) GIULIANO/LAGERDE, s. 66; FIRSCHING, s. 41.

(73) FIRSCHING, s. 42; GIULIANO/LAGERDE, s. 64.

"bir alacağı devreden ve devralan arasındaki mükellefiyetler için bu sözleşmeye göre onlar devreden, devralan arasındaki akde uygulanacak hukuk yetkilidir" (m. 12/1).

Sözleşmenin ikinci fıkrasında "devir ve temlik edilen alacağın tâbi olduğu hukuk, alacağın devir ve temlik edilebilirliğini, borçlu ile devir ve temlik alan arasındaki ilişkiyi, borçluya devir ve temlik hangi şartlar altında ileri sürülebileceğini ve borçlu tarafından edimin serbest bırakılmasının neticesini belirler" (m. 12/2). Hakkını bırakan ile borçlu arasındaki ilişki sözkonusu ise ve bunlar arasında bir akit bulunuyor ise ikinci fıkra hükmünün zararsızlığı bu fıkra düzenlenmiş olan sorular -ki devir ve temlik edilebilirlik istisnası ile- akit bu problemleri kapsıyorsa akte uygulanacak hukuka göre belirlenir (74).

Alacağın kanunî temlikinin düzenlendiği 13. maddeye göre, bir kişi, alacaklı, başka bir kişiye, borçlu, karşı akitten doğan bir alacağına sahipse ve alacaklıyı tatmin eden üçüncü bir kişi mükellefiyetlere sahipse veya üçüncü kişi alacaklıyı bu mükellefiyete binaen tatmin edecekse, üçüncü kişi borçluya karşı alacaklının talebi onların ilişkisi için yetkili hukuka göre tamamı veya belirli bir kısmı için ileri sürmemeye hakkı olup olmadığı üçüncü kişinin mükellefiyetleri için yetkili olan hukuka göre belirlenir. İkinci fıkra ise, birden fazla kişi aynı akdi alacağı ifa edeceklerse ve alacaklı bu kişilerden birisince memnun edilmişse bunun da geçerli olacağı kabul edilmektedir. Bu düzenlemelerden de görüldüğü gibi bu hüküm yalnızca akdi borç ilişkilerini kapsamakta olup bütün kanunî temlikleri kapsamamaktadır. Başka bir deyişle, bu hüküm, akdi borç ilişkileri dışında kalan diğer kanunî temlikleri kapsam dışı bırakmıştır. (76).

E — Atıf

Kanunlar ihtilafı kurallarının yabancı bir hukuka yetki tanıdığı hallerde, bu yabancı hukukun uyuşmazlık hususunda kendi maddi normlarını değil, başka bir devletin maddi normlarını yetkili görmesi haline genel olarak atıf denilmektedir (76). Karşılaştırmalı hukukta atfa ilişkin olarak iki değişik görüş bulunmaktadır. Bir kısım hukukçular atfı kabul etmelerine rağmen, diğer bir kısım hu-

(74) GIULIANO/LAGERDE, s. 67.

(75) GIULIANO/LAGERDE, s. 67.

(76) NOMER, s. 147 vd.; KEGEL, s. 237 vd.; KELLER, Max/SIEHR, Kurt: Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts, Zürich 1986, s. 468; KARAYALÇIN, Yaşar: Devletler Hususi Hukukunda Atıf, Ankara 1945, s. 6

kukçular atfın kabulünü, ihtilafı sürüncemede bırakacağı gerekçesi ile reddetmektedirler (77).

Âkit tarafların hukuk seçimi yapmış olmaları durumunda, seçilen bu hukukun maddi normlarının olaya uygulanacağı açık olarak kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile, tarafların akdi ilişkilerine uygulanacak hukuku açık olarak seçtikleri durumlarda seçilen bu hukukun kanunlar ihtilafı normlarının değil, maddi normlarının olaya uygulanacağı karşılaştırmalı hukukta genel olarak kabul edilmektedir (78). Objektif bağlama kurallarına göre akit statüsünün tesbit edildiği durumlarda ise, tesbit edilen bu akit statüsünün yalnızca maddi normlarının mı? yoksa aynı zamanda kanunlar ihtilafı normlarının da mı? nazara alınması gerektiği hususunda karşılaştırmalı hukukta farklı düzenlemeler ve bu düzenlemelere paralel olarak da farklı görüşler bulunmaktadır. Buna rağmen akit statüsünün objektif olarak tesbit edildiği durumlarda da, akit statüsünün kanunlar ihtilafı kurallarının değil, yalnızca maddi normlarının nazara alınacağı, yani atfın borç akitleri bakımından açıkça reddedildiği kabul edilmektedir. Ancak bu görüşün, özellikle milletlerarası karar ahengine ters olduğu ve milli hukuku veya tanıdık bir hukuku uygulama arzusundan kaynaklandığı kabul edilmektedir (79).

Sözleşmede yer alan düzenlemede ise atıf, akdi borç ilişkileri bakımından tamamen dışlanmıştır. Atfa ilişkin düzenlemenin bulunduğu 15. maddeye göre, bir devletin bu sözleşmeye göre uygulayacak hukuku altında onun milletlerarası özel hukuk normlarının dışlanmasıyla bu devlette geçerli hukuk normlarının anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Sözleşmede objektif bağlama kurallarının uygulanacağı durumlarda da atfın reddedilmesinin gerekçesi, objektif bağlama kurallarının tesbitinde akdi ilişkinin en sıkı irtih-

(77) KARAYALÇIN, s. 7 vd.

(78) Art. 4/2 EGBGB. "Taraflar bir devletin hukukunu seçebildiğine göre, yalnızca maddi normlara gönderebilirler." Geniş bilgi için bkz. SCHRÖDER, Jochen: Vom Sinn der Verweisung im internationalen Schuldvertragsrecht. IPRax 7. (1987) s. (90 - 92) 91.

Art. 11/1 IPRG (Avis.). "Tarafların hukuk seçimi (§ 19, § 35/I) şüphe halinde seçilen hukukun atıf normlarını kapsamaz."

KELLER/KREN KOSKIEWICZ, in: IPRG. Komm., s. 903 vd.; STURM, Fritz: Die allgemeinen Grundsätze im schweizerischen IPR-Gesetzentwurf. Eine kritische Analyse, Beiträge zum neuen IPR des Sachen-, Schuld- und Gesellschaftsrechts, Festschrift für Rudolf MOSER, Zürich 1987, s. (3 - 23) 10 vd.

(79) SCHRÖDER, s. 91; MARTINY, in: Mün. Komm., s. 1827 vd.; HELDRICH, in: PALAND Komm., s. 2322; HENNI, Anton, in: IPRG. Komm., s. 112 vd.; STURM, s. 11.

batlı ülke hukukunun nazara alınmış olduğu ve bu sebeple de bu durumda atfın kabul edilmesinin mantıksızlık olacağıdır (80).

F — Kamu Düzeni

Milletlerarası özel hukuk alanındaki kamu düzeninden maksat, hakimın hukuk düzeninin dokunulmaz kısmıdır (81). Başka bir ifade ile kamu düzeni, yabancı hukukun uygulanmasının ihtimal dahilinde olan sakıncalarının düzeltilme uygulaması gibidir. Kamu düzeni uygulamasındaki temel menfaat, maddi hukuk adaletinin sağlanmasıdır. Bunun yanı sıra kamu düzeni uygulaması bakımından devlet menfaatleri de önemlidir (82). Şöyle ki, for hakimi somut olayda ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarına binaen yabancı bir hukuku uyguladığında, bu yabancı hukukun uygulanması ile karar verilecek olan maddi ilişkide tamamen adalete uygun olmayan bir sonuç doğuracak ise, bu norm kamu düzeni esasına binaen uygulanmayacaktır. Yani hakim, böyle bir durumda kural olarak uygulanması gereken yabancı hukuk prensibini istisnai durumlarda uygulamayacaktır. Çünkü for hakimi milletlerarası unsurlu maddi ilişkilerde de dahili hukuk düzeninin temel prensiplerine uygun, adaletli karar vermek zorundadır (83). Bu esaslardan hareket edilerek sözleşmede kabul edilen hükme göre, "bu anlaşmaya göre tesbit edilecek hukukun bir normunun uygulanması açıkça yetkili mahkemenin, kamu düzeni ile bağdaşmıyorsa yalnızca vazgeçilebilir" (m. 16). Bu hükümden anlaşıldığı gibi, yetkili yabancı hukukun uygulanmasının engellenebilmesi için, aykırılığın açık olması, başka bir deyişle somut olayda kabul edilemeyecek nitelikte bir sonuca götürüyor olması gerekmektedir.

G — İspat

İspata ilişkin belirli problemler sözleşmenin 14. maddesinde düzenlenmiş olmasına rağmen genel bir kural getirilmemiştir. Sözleşmede yer alan hükme göre, beyyine külfeti istisnası ile âkit devletlerin hukuk sistemlerinde yer alan ispat problemleri kural olarak lex foriye tâbi tutulmuştur. Akdi borç ilişkileri için kanunî karine-ler tanzim edilmişse veya beyyine külfeti tevzii edilmişse bu sözleşmeye göre âkit için yetkili olan hukuk uygulanacaktır (m. 14/1).

(80) GIULIANO/LAGERDE, s. 69 vd.

(81) KEGEL, (IPR), s. 324.

(82) KEGEL, (IPR), s. 325.

(83) SCHWANDER, Einführung, s. 220; VISCHER, in. IPRG. Komm., s. 180 vd.; KELLER/STERR, s. 536 vd.; KROPHOLLER, (IPR), s. 216 vd.; GIULIANO/LAGERDE, s. 70.

Bu maddeye göre; ispat yetkili mahkeme önünde yapılsa bile, bir hukuki muamelenin ispatına lex forinin veya hukuki muamelenin şekli geçerliliğini düzenleyen 9. maddede belirtilen hukuklardan birinin bütün ispata usulleri geçerlidir (m. 14/2).

IV. Genel Değerlendirme ve Türk Hukuku

Sözleşme, yabancı unsurlu akdi borç ilişkilerinde genel olarak karşılaştırmalı hukuk alanında kabul edilmekte olan âkit tarafların iradelerine göre yetkili hukukun belirlenmesi (sübjektif bağlama) esasını bütün akdi ilişkiler bakımından ilk derece bağlama kuralı olarak kabul etmiştir. Taraflara tanınmış olan irade muhtariyeti ilkesine, ilki bir kısım akdi ilişkiler bakımından zayıf tarafın korunması gayesi ile diğeri de doğrudan uygulanan kurallardan olmak üzere iki farklı sınırlama getirilmiş ve âkit tarafların hukuk seçimini makul çıkar veya sözleşmeyle ilgi şartına bağlama gibi başkaca bir sınırlama getirmemiştir. Sözleşmeye göre, âkit taraflar akitlerine uygulanmak üzere yabancı bir hukuku açık iradeleri ile veya zimni iradeleri ile seçebilecekleri gibi, asıl akdin yapımı anında veya daha sonradan da yetkili hukuku seçebileceklerdir.

Diğer taraftan sözleşmede, taraflarca hukuk seçiminin yapıldığı hâllerde uygulanmak üzere, objektif bağlama kuralı olarak, akdi ilişkinin sıkı irtibat halinde bulunduğu ülke hukuku esas benimsenmiştir. Sözleşmede bütün akdi ilişkilerde geçerli olmak üzere, sıkı ilişki esasından hareket edilerek tesbit edilmiş olan objektif bağlama kuralları birer karineden başka bir niteliğe sahip değildirler. Başka bir ifade ile, müşahhas olayda sözleşmede tesbit edilmiş olan bir objektif bağlama kuralı bulunsa dahi, şayet akdi ilişkinin bu ülkeden başka bir ülke ile daha sıkı irtibatının olduğu tesbit edilir ise, bu durumda sözleşmede tesbit edilmiş olan objektif bağlama kuralı değil, bu sıkı ilişkinin bulunduğu ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır. Sözleşmede bir kısım akdi ilişkiler bakımından, bu akdi ilişkilerin kendi özelliklerinden dolayı, özel bağlama kuralları tesbit edilmiştir. Burada tesbit edilmiş olan özel sözleşmelerden tüketici akitlerinde akdin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkisi bulunsa dahi, bu başka ülke hukukunun uygulanması mümkün değildir. İş akdi ve iş ilişkilerinde ise, akdin başka bir ülke ile sıkı irtibatı tesbit edilir ise, bu hukukunun olaya uygulanması gerekmektedir. Başka bir ifade ile, sözleşmede tüketici akitleri bakımından tesbit edilmiş olan objektif bağlama kuralları mutlak olmasına rağmen, iş akitleri bakımından mutlak değildir.

Türk Hukukunda ise, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygu-

lanacak hukuka ilişkin düzenleme MÖHUK. m. 24'de yer almaktadır. Buna göre;

"Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbidir".

"Tarafların açık olarak bir kanunu seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin de tesbit edilemediği hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır".

Kanunun kabul etmiş olduğu bu hükümde, âkit taraflara tanınmakta olan hukuk seçimi serbestisine herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Başka bir ifade ile, taraflar aralarındaki yabancı unsurlu bütün akdi ilişkileri bakımından diledikleri bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilirler. Akdi ilişkinin taraflarına irade muhtariyeti tanınması bakımından sözleşme ile Türk Hukuku arasında bir farklılık bulunmamasına rağmen hukuk seçiminin yapılışı bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Şöyle ki; sözleşmede, taraflara açık iradeleri ile veya olayın durumundan veya akdin hükümlerinden yeteri güvencilikte anlaşılabilir şekilde zımni iradeleri ile hukuk seçebilme imkanı da tanınmışken, Türk Hukukunda yalnızca açık irade beyanı ile hukuk seçimi imkanı tanınmıştır. Metinde yer alan "açık" kelimesinden hareketle doktrinde bir kısım yazarlar (84), Türk Hukukunda zımni irade beyanı ile hukuk seçiminin kabul edilmediğini savunuyorlar. Bunlara göre, zımni irade beyanı ile hukuk seçiminin kabulü halinde seçilecek hukukun tesbitinde güçlüklerle karşılaşılacaktır. Bu nedenden dolayıdır ki, kanunun hazırlık çalışmaları esnasında zımni irade beyanı ile hukuk seçimi bilinçli olarak kabul edilmemiştir (85). Diğer bir görüşe göre ise, kanunda zımni irade beyanı ile hukuk seçiminin yapılamayacağı ifade edilmesine rağmen, akdi ilişkinin taraflarının hukuk seçimi yapma iradelerinin mevcut olduğu açıkça tesbit edilebiliyor ise, bu durumda kanunun aradığı manada "açık" bir hukuk seçiminin varlığının kabulü gereklidir (86). Bize göre de, kanunda her ne kadar

(84) TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk - Bağlama Kuralları, b. 4., İstanbul 1992, s. 252; ÖELİKEL, Aysel: Milletlerarası Özel Hukuk, b. 3., İstanbul 1992, TURHAN, s. 144.

(85) TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı SEMPOZYUMU 22 - 24 Kasım 1976, İstanbul 1978, s. 165 vd.; TEKİNALP, Gülören: Akti İlişkilere Uygulanacak Hukuk - MÖHUK. m. 24 ve Zımni Hukuk Seçimi, MHB. 5. (1985), s. (28 - 31) 29 vd.; TURHAN, s. 144.

(86) NOMER, (DEH), s. 302 vd.

“açık” irade beyanından bahsedilmiş ise de, tereddüte yer vermeyecek şekilde tarafların hukuk seçimi yönünde iradelerinin olduğunun tesbit edilebilmesi kastedilmiş olsa gerekir. Aksinin kabulü, kanunun aynı maddesinin aynı fıkrasında çelişkili bir durumun olduğunun da kabul edilmesi demektir. Şöyle ki, MÖHUK. m. 24/1’de “seçtikleri kanuna tâbidir” ibaresinden bahsedilmiştir. Şayet yabancı hukukta pozitif düzenlemelere yer verilmemiş olmasına rağmen konu ile ilgili uygulamalar bulunuyor ise, kanuni düzenleme olmaması sebebi ile bu uygulamaların nazara alınmaması gerekir ki, böyle bir hususun kabulü doğru olmasa gerekir. Çünkü maddede bahsedilen “kanun” ibaresinden amaç, sadece pozitif düzenlemelerin nazara alınması buna karşılık fiili uygulamaların veya mahkeme kararlarının dışlanması olmasa gerekir. Bu nedenle bize göre, kanunda kullanılan “açık” ibaresinden tereddüte yer vermeyecek şekilde hukuk seçiminin olduğunun anlaşılır olması kastedilmiştir.

Sözleşmede objektif bağlama kurallarının tesbitinde esas olarak, sıkı ilişki prensibi kabul edilmiştir. Başka bir ifade ile, objektif bağlama kurallarının tesbitinde akdi ilişkinin en fazla irtibat halinde bulunduğu ülke hukuku nazara alınmış, bu baptan olmak üzere bir kısım müşahhas bağlama kurallarına da yer verilmiştir. Ancak, sözleşmede tesbit edilmiş olan bağlama kuralları kesin bağlama kuralları olmayıp, birer karine niteliğindedirler. Türk Hukukunda ise, kanunda kesin bağlama kurallarına öncelik verilmiş, şayet bu bağlama kurallarına göre yetkili hukukun tesbit edilemediği durumlarda sıkı ilişkili yer hukuku esası benimsenmiştir. Her ne kadar sözleşmede ve Türk Hukukunda ifa yeri bağlama kuralı ilk derece bağlama kuralı olarak nazara alınmış ise de, bu iki düzenlemenin paralel olduğunun kabulü imkansızdır. Çünkü, ifa yeri kuralına bağlama esası, sözleşmede sıkı ilişkinin tesbitinde karine niteliğine sahipken, Türk Hukukunda kesin bağlama kuralıdır. Daha açık bir deyişle, akdi ilişkinin ifa yerinden başka bir ülke ile daha sıkı irtibatının bulunması durumunda iki düzenleme arasındaki farklılık açık bir şekilde ortaya çıkacaktır. Bu durumda, sözleşmeye göre akdi ilişki bu sıkı irtibatın bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacakken, Türk Hukukuna göre ifa yeri hukuku yetkili kalmaya devam edecektir.

Sözleşmede taraflardan birisinin zayıf durumda olduğu bazı akdi ilişkiler bakımından özel düzenlemelere yer verilmiştir. Oysa Türk Hukukunda akitlerin ve âkit tarafların sosyal veya ekonomik durumları nazara alınmamış ve dolayısıyla bütün akdi ilişkiler bakımından aynı esaslar kabul edilmiştir. Başka bir ifadeyle, bütün

akdi ilişkiler bakımından âkit tarafların teorik bakımdan mutlak manada hukuk seçimi imkanları bulunduğu gibi, şayet âkit taraflar yetkili hukuku kendileri belirlememişler ise, bu durumda akdin ifa yeri veya ağırlıklı edimin ifa yeri hukuku akdi ilişkiyi idare edecektir (87). Bize göre sosyal veya ekonomik bakımlardan eşit durumda bulunan kişiler arasındaki akdi ilişkiler ile, sosyal ve ekonomik yönlerden taraflar arasında dengesizliğin bulunduğu akdi ilişkilerin aynı kategoriye tâbi tutulması doğru olmasa gerekir. Taraflar arasında sosyal ve ekonomik bakımlardan dengesizliğin bulunduğu akdi ilişkilerde, ilişkinin zayıf tarafının korunması gereği dahili hukuk alanında kabul edilmesine rağmen (88) milletlerarası ilişkilerde bu düşüncenin göz ardı edilmesi doğru olmasa gerekir.

Sözleşmede doğrudan uygulanan kurallar teorisine kapsamlı bir pozitif geçerlilik tanınmıştır. Şöyle ki; bu teorinin kurucusu olarak kabul edilen Francescakis yalnızca for devletinin doğrudan uygulanan kurallarına geçerlik tanınmasını savunuyordu. Oysa, sözleşmede for devletinin doğrudan uygulanan kurallarından başka âkit ile irtibatlı olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına da bazı özel durumlarda geçerlik tanınmaktadır. Türk Hukukunda ise, doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili bir düzenleme kanunda yer almamaktadır. Bu durumda Türk Hukuku bakımından âkit statüsünün ve for devletinin doğrudan uygulanan kuralları dikkate alınabileceken, âkit ile irtibatlı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasına imkan yoktur. For devletinin doğrudan uygulanan kuralları ile ilgili bir düzenleme hukukumuzda yer almamasına rağmen kamu düzeninin müsbet etkisinden hareket ederek bu sonuca ulaşmak imkanına sahibiz. Başka bir ifade ile, Lex forinin müdahaleci normları ile ilgili olarak kanunlarda pozitif düzenlemelere yer verilmemiş olması, bu normların içeriği dolayısıyla kamu düzeninin müsbet etkisinden hareket edilerek aynı sonuca ulaşılmasına engel teşkil etmeyecektir (89).

Yapmış olduğumuz bu inceleme neticesinde gördük ki, yabancı unsurlu akdi ilişkiler ile ilgili mevcut pozitif düzenlemede eksikler bulunmaktadır. Her şeyden önce, MÖHUK, m. 24 bugünkü anlaşılış şekli ile karşılaştırmalı hukuk alanında kabul edilmekte olan temel prensipler ile bağdaşmamaktadır. Bir defa irade muhtariyetinin düzenlendiği m. 24/1'de yer alan "açık" kelimesinin yorumun-

(87) Geniş bilgi için bkz. İş akitleri için; TEKİNALP, (MÖH), s. 288 vd.; NOMER, s. 306 vd.

(88) Örn. İş Kanunu, Tüketicinin Korunması Kanunu, vb.

(89) SCHWANDER, Einführung, s. 239.

da tarihi yorum yönteminden vazgeçilmeli ve gai yorum esasından hareket edilerek, tarafların akitlerine uygulanmak üzere yetkili hukuku seçtiklerini gösteren emarelerden kesin bir sonuca varmak imkanı bulunduğu durumlarda bu seçimin nazara alınması doğru olacaktır. Bunun yanısıra ikinci fıkranın son cümlesini ve dolayısıyla kademeli bağlamanın son basamağını oluşturan sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama esası objektif bağlamada esas olarak alınmalıdır. Ayrıca, kanun koyucunun iç hukuk alanında sosyal içerikli akdi ilişkilerde, ilişkinin zayıf tarafının korunması hususunda göstermiş olduğu titizliği milletlerarası ilişkilerde de göstermeliydi. Ancak mevcut pozitif düzenlemeye göre, sosyal içerikli akdi ilişkiler bakımından ilişkinin zayıf tarafının korunması yalnızca kamu düzeni uygulaması çerçevesinde mümkün gözükmemektedir ki bu da yeterli olmasa gerekir.