

SÖZLEŞMESEL İLİŞKİDE MÖHUK m. 24/II'DE ÖNGÖRÜLEN OBJEKTİF BAĞLAMA KURALININ MUKAYESELİ HUKUK AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yard. Doç. Dr. Sibel ÖZEL**

I. Giriş

Uluslararası alanda ticari ilişkilerin gelişmesi, birden fazla hukuk düzeniyle bağlantı halinde bulunan sözleşmelere uygulanacak hukukun saptanmasında geniş kapsamlı çalışmaların yapılmasına sebep olmuştur. İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme ilişkisinde tarafların farklı ülkelerde ikamet etmesi, her bir edim için ifa yerinin farklı olması, sözleşmenin, tarafların ikametgâhı dışında bir üçüncü ülkede yapılabilmesi, uygulanacak hukuku belirlemek için esas alınacak bağlama noktalarının sayısını artırırken, sözleşmeyi yakın bağlantıda olduğu bir ülke hukukuna bağlamak için esas alınacak prensipler de bu konuda izlenecek siyasa göre değişmektedir. Uluslararası nitelikli bir sözleşmenin, ilgili olduğu her devletin sosyo-ekonomik yapısıyla olan bağlantısı, bu alanda kabul edilecek bağlama noktalarını da etkilemektedir.

Uluslararası nitelikli bir sözleşmede taraf menfaatini gerçekleştirmek için ilk aşamada irade muhtariyeti ilkesi kabul edilerek, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanı tanınmıştır¹. Bununla birlikte

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

* Almanca kaynakların temini için Sayın Hocam Prof. Dr. Gülören TEKİNALP'e, çeviriler için Sevgili Arkadaşım Dr. Burak ÖZEN'e teşekkür ederim.

¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. NOMER, Ergin: *Devletler Hususi Huku-*

seçimin açık² veya zımni³ yapılabilmesi yanında, seçilen hukukun sözleşmeyle bağlantısının aranması⁴ veya böyle bir bağlantı kıstasının öngörülmemesi⁵ irade muhtariyeti kuralının içeriğinde de hukuk sistemleri arasında farklılıklar olduğunu göstermektedir.

ku, İstanbul 2002, s. 263 vd; TEKİNALP, Gülören: *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2002, s. 280 vd; ÇELİKEL, Aysel: *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2000. s. 255 vd; ULUOCAK, Nihal: *Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri*, İstanbul 1989, s. 186 vd; AYBAY, Rona/DARDAĞAN, Esra: *Yasalar Çatışması*, İstanbul 2002, s. 214 vd; TIRYAKIOĞLU, Bilgin: *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996, s. 19 vd; SARGIN, Fügen: *Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 2002, s. 187 vd; DOĞAN, Vahit: *Banka Teminat Mektupları*, Ankara 2002, s. 264 vd.

- 2 Türk hukuku MÖHUK m. 24/I ile açık hukuk seçimini şart koşturmuştur. MÖHUK m. 24/II'de belirtilen objektif bağlama kuralının gösterdiği hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının zımni seçimi öngörmesi halinde, zımni seçimin Türk hukukunda da uygulanacağı yolunda bkz. TEKİNALP, Gülören: "Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk MÖHUK m. 24 ve Zımni Hukuk Seçimi" MHB, S.1, Yıl 5, 1985, s. 31. Amerikan hukukunda da açık hukuk seçimi kabul edilmektedir. Bkz. BAUERFELD, Richard: "Effectiveness of Choice of Law Clauses in Contract Conflicts of Law: Party Autonomy or Objective Determination" 82 Columbia Law Review, 1659 (1982) s. 1661-1662.
- 3 Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 1980 Roma (AET) Konvansiyonu (bkz. dn. 68) açık hukuk seçimi yanında zımni hukuk seçimini de kabul etmiştir (m.3).
- 4 Amerikan hukuku, seçilen hukukun ilişkiyle bağlantılı olmasını zorunlu kılmıştır. Restatement (Second) of Conflict of Laws §.187(2) taraflarca seçilen ülke hukukunun, taraflarla veya muameleyle esaslı bağlantısının olması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bkz. Mc GUINNESS, Gina: "The Rome Convention: The Contracting Parties' Choice" 1 San Diego International Law Journal, 127 (2000), s. 163-164; REIMANN, Mathias: "Savigny's Triumph? Choice of Law in Contracts Cases at the Close of the Twentieth Century" 39 Virginia Journal of International Law, 571 (1999) s. 576. Aynı şekilde Yeknesak Ticaret Kanunu- Uniform Commercial Code m. 1-105 de seçilen hukuk ile ilişki arasında makul bir bağlantının bulunmasını aramıştır. Bkz. Mc GUINNESS, (dn.4) s. 170; REIMANN, (dn.4) s. 577-578; GABOR, Francis: "Emerging Unification of Conflict of Laws Rules Applicable to the International Sale of Goods: UNCITRAL and the New Hague Conference on Private International Law" 7 Journal of International Law & Business, 696 (1986) s. 707.
- 5 1980 Roma Konvansiyonu, İsviçre düzenlemesi ve Türk hukuku böyle bir bağlantı zorunluluğu getirmemiştir.

İrade muhtariyeti ilkesi ile taraf beklentilerine hizmet edilmekte ve uyuşmazlık nerede çözümlenirse çözümlensin aynı hukukun uygulanmasıyla, sonucun öngörülebilmesi mümkün olmaktadır⁶. Dolayısıyla uluslararası alanda işlem yapan tarafların ilişkiye uygulanacak hukuku belirlemeleri, kendileri için öncelikli bir meseledir. Ancak şaşırıcı sayıdaki sözleşmede hukuk seçiminin yapılmadığı görülmektedir. Bunun nedeni tarafların bir hukukçuya danışmadan sözleşme yapmaları veya uygulanacak hukukun seçimi konusunda anlaşamamalarıdır⁷. Bunun yanında oyun teorisi kuramına göre sözleşme yapılırken taraflardan biri, objektif kıstasa göre belirlenecek hukukun kendi menfaatlerine daha uygun olacağı hallerde, baskın bir strateji olarak sessiz kalmayı tercih etmektedir⁸.

Hukuk seçiminin yapılmaması halinde, uygulanacak hukukun objektif esaslara göre⁹ tespiti başlıca üç yöntemle gerçekleşmektedir¹⁰. (a) sentetik yöntem, tespit edilen tek bir bağlama noktasının tüm sözleşmeler için esas alınmasını amaçlamaktadır. (b) analitik yöntem ile her sözleşme tipi için ayrı bir bağlama noktası kabul edilmektedir. (c) ferdiyetçi yöntemde ise uygulanacak hukuk her somut olayın özellikleri araştırılarak belirlenmektedir.

⁶ Mc GUINNESS, (dn.4) s. 142. Bununla birlikte irade muhtariyetinin ilgili devletlerin menfaatini dikkate almaması ve klasik kanunlar ihtilafı değerlerine uymaması nedeniyle kabul edilmemesi yönündeki görüş için bkz. BAUERFELD, (dn. 2) s. 1667 vd.

⁷ NORTH, PM/FAWCETT, JJ: *Cheshire and North's Private International Law*, thirteenth edition, Butterworths 1999, s. 564.

⁸ WHINCOP, Michael/KEYES, Mary: "Putting the 'Private' Back into Private International Law: Default Rules and the Proper Law of the Contract" 21 Melbourne University Law Review, 515 (1997), s. 524; Mc GUINNESS, (dn. 4) s. 143.

⁹ Hukuk seçiminin yapılmaması halinde subjektif kriter olarak uygulanan mefruz iradenin tespiti hakkında bkz. TEKİNALP, (dn.1) s. 285 vd; AKINCI, Ziya: *Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1992, s. 17 vd; TİRYAKİOĞLU, (dn.1) s. 31 vd; ÇAKALIR, Yalçın: "Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü" Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 482 vd.

¹⁰ Bkz. AKINCI, (dn.9) s. 28 vd; TEKİNALP, (dn.1) s. 288 vd; TİRYAKİOĞLU, (dn.1) s. 33.

Hangi yöntem esas alınırsa alınsın amaç, sözleşmeyi en sıkı bağlantıda bulunduğu hukuka tâbi kılmaktadır. Dolayısıyla objektif kural en sıkı bağlantılı hukukun tespitinde esas alınan bağlama noktaları veya karinelere göre değişmektedir. Bu itibarla en sıkı bağlantılı hukuk kıstası bir prensip kural olarak bazı hukuk düzenlemelerinde açıkça hükme bağlanmış, bazılarında ise bu bağlantıyı tesis edecek karineler veya bağlama noktaları yardımıyla en sıkı bağlantılı hukuk objektif açıdan tespit edilmiştir.

II. Objektif Bağlama Kuralı

A- En Sıkı Bağlantılı Hukuk

1. Genel Olarak

İlişkiyi en yakın bağlantıda olduğu ülke hukukuna tâbi tutmayı esas alan en sıkı bağlantılı hukuk prensibi modern devletler özel hukukunun en önemli prensibidir¹¹. Bu prensibin kökeni Friedrich Carl von Savigny'in fikirlerine dayandırılmaktadır¹². Savigny'e göre her hukuki ilişki ait olduğu ülke hukukuna tâbi olmalıdır. Bu amaçla kullandığı ilişkinin özü (seat) kavramı, en iyi bağlantı için sadece bir metafor görevi görmektedir¹³. Sözleşmeler alanında açık veya zımni bir hukuk seçimi olmadığında, ilişki tüm ilgili vakıaların değerlendirilmesi ile en fazla ait olduğu ülke hukukuna yerleştirilmelidir ve Savigny'e göre ifa yeri hukuku uygulanmalıdır¹⁴. Bununla birlikte modern zamanlarda artık en sıkı bağlantılı hukuk prensibi Savigny'nin teorisinden farklı olarak tüm sözleşmeler için tek bir formülü kabul etmemekte;

11 DOLINGER, Jacob: "Evolution of Principles For Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts" 283 Recueil Des Cours, 2000, s. 371. Prensiple ilgili ayrıntılı değerlendirme için bkz. Id. s. 374 vd.

12 DOLINGER, (dn.11) s. 388; REIMANN, (dn.4) s. 594; KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, *IPRG Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1 January 1989*, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1993, Nr.13.

13 REIMANN, (dn.4) s. 594-595; De BOER, Th M: "The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts" 54 *RabelsZ*, 24 (1990) s. 27.

14 REIMANN, (dn.4) s. 595-596.

farklı nitelikteki sözleşmeler için, her sözleşmenin karakteristik özelliğine en yakın hukukun uygulanması amaçlanmaktadır¹⁵.

En sıkı bağlantılı hukuk prensibi, artık bir prensip kural niteliğine bürünerek¹⁶ yirminci yüzyılın son yirmi yılında dünyanın en büyük iki ekonomik gücü olan ABD ile Batı Avrupa arasında kanunlar ihtilafı metodolojisinde yakınlaşmayı sağlamıştır. ABD'de Restatement (Second) of the Conflict of Laws ve Avrupa'da 1980 Roma Konvansiyonu tarafların hukuk seçmemeleri halinde, sözleşmenin en sıkı bağlantılı ülke hukukuna tâbi olacağını kural olarak belirlemiştir. Ayrıntılarda farklılık olsa da temel yaklaşım tümüyle aynıdır¹⁷.

Kanunlar ihtilafı metodolojisinde kıta Avrupası ve Amerikan yaklaşımı benzerlikten farklılığa ve ardından yeniden benzerliğe dönüşen bir gelişme kaydetmiştir. Yirminci yüzyılın ilk yarısındaki benzer yaklaşımlar, yerini ABD'de 1950lerde başlayıp, 1960larda ve 70lerde zirveye ulaşan ve kanunlar ihtilafı metodolojisinde devrim olarak adlandırılan doktrinlere bırakmıştır. Amerikan mahkemeleri katı kurallar yerine sonucu açık yaklaşımları ve devlet menfaatleri ile siyasalarını önplana çıkarmışlardır¹⁸. Kanunlar ihtilafı metodolojisindeki Amerikan yaklaşımı Avrupa'da da etkisini göstermiş ve katı kurallar yerine daha esnek bir yaklaşımın tercih edilmesi düşüncesi gelişmiştir¹⁹.

Bugün itibariyle Amerikan ve Avrupa kanunlar ihtilafı kuralları sözleşmeler alanında aynı yaklaşımı kabul etmiştir. En sıkı bağlantılı

15 DOLINGER, (dn.11) s. 389.

16 Id., s. 377.

17 REIMANN, (dn.4) s. 572-573.

18 Id. s. 584.

19 DOLINGER, (dn.11) s. 381; REIMANN, (dn.4) s. 584. Modern Amerikan yaklaşımının Avrupa hukuku üzerindeki etkilerini tartışmak üzere 1981'de Bologna Üniversitesinde yapılan tartışmanın ayrıntıları için bkz. DOLINGER, s. 381 vd. 1960lı yılların sonundan 1980li yılların başına kadar Amerikan ve Avrupa kanunlar ihtilafı metodolojisi çok derin farklılıklar taşımaktaydı. Amerikan bakış açısıyla Avrupalılar sıkı ve katı kurallara bağlanıp kalmışlar ve gemiyi kaybetmişlerdi. Avrupa bakış açısıyla ise, Amerikalılar bebeği havuza atmışlar ve sonra yanlış ve tehlikeli bir istikametten çıkarmışlardı. 1980li yılların başında ise Amerika ve Avrupa kanunlar ihtilafı hukuku tekrar birbirine yaklaşmıştır. REIMANN, s. 585.

hukuk prensibi karineler ve karinelere kaçış klozlarıyla belirgin hale gelmektedir²⁰.

İki farklı hukuk sistemini birbirine yaklaştıran en sıkı bağlantılı hukuk prensibi, Amerikan hukukunda mahkemelerin ele alacağı çeşitli bağlama noktalarının değerlendirilmesiyle²¹ uygulama imkanı bulurken, Avrupa hukukunda en sıkı bağlantılı hukuk, karakteristik edim karinesiyle belirginleşmektedir²².

2. Karakteristik edim karinesi

a) Kavram

En sıkı bağlantılı hukuku belirlemek için karine olarak kullanılan karakteristik edim kavramı İsviçre doktrini tarafından ortaya atılmış ve 1949'dan itibaren Kantonal mahkemelerde, 1952'den itibaren de İsviçre Federal Mahkemesinde kabul görmüştür. Ardından Hollanda'da doktrin ve mahkeme içtihatlarında esas alınan karakteristik edim kavramı 1972'de oluşturulan AET Roma Konvansiyonu Çalışma Grubunda da kabul edilmiştir²³.

Karakteristik edim bir sözleşmeye damgasını vuran, onu belirleyen edimdir²⁴. Schnitzer, karakteristik edimi belirlerken sözleşmenin sosyal ve ekonomik yapısının da araştırılması gerektiğini savunmuştur²⁵. Böylelikle karakteristik edim sosyolojik ve ekonomik olarak bir sözleşmenin temelinde yatan ve o sözleşmenin fonksiyonlarını gerçekleştiren edim olarak tanımlanmıştır²⁶. Bir başka ifadeyle karakteristik edim sözleşmeyi bir parçasını oluşturduğu sosyal ve ekonomik çevreye bağlayan bir yaklaşım olarak ortaya çıkmaktadır²⁷.

²⁰ REIMANN, (dn.4) s. 587.

²¹ Bkz. REIMANN, (dn.4) s. 582.

²² Bkz. 1980 Roma sözleşmesi m. 4; İsviçre DÖHK m. 117.

²³ DICEY, A.V/MORRIS, J.H.C: *The Conflict of Laws*, 12th edition, v. 2, edited by Collins, London 1993, s. 1233.

²⁴ KROPHOLLER, Jan: *Internationales Privatrecht* 4. Auflage, Mohr Siebeck 2001, s. 447; DICEY/MORRIS, s. 1234.

²⁵ KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, (dn.12) Nr. 21; De BOER, (dn.13) s. 47.

²⁶ KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, (dn.12) Nr. 23.

²⁷ DICEY/MORRIS, (dn.23) s. 1234; NORTH/FAWCETT, (dn.7) s. 569.

Karakteristik edimin tespiti tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bir sorun doğurmazken²⁸ iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde güçlükler ortaya çıkmaktadır. Zira her iki edim de aynı değerde bir değiş tokuş ilişkisine dayanmaktadır. Bu durumda belirleyici ölçüt paranın karşısındaki edim olmaktadır. Zira para edimi özel bir yeterliliği gerektirmemektedir²⁹.

Karakteristik edim para ediminin karşılığını teşkil eden edim olduğu için, mülkiyeti intikal ettirmek; malın kullanım hakkını vermek; hizmeti, nakliyatı, sigortayı, bankacılık işlemlerini, muhafazayı gerçekleştirmek karakteristik edim örneği olmaktadır³⁰. Dolayısıyla karakteristik edim teorisinde her somut sözleşme için karakteristik edimin tespitinden ziyade, önceden belirlenmiş çeşitli kategori sözleşmeler için o kategoriye özgü karakteristik edimlerin tespiti yoluna gidilmektedir³¹.

b) Eleştirisi

En sıkı bağlantılı hukukun tespitinde bir karine olarak ortaya konan karakteristik edim teorisi çeşitli eleştirileri de beraberinde getirmiştir. İlk olarak teorinin objektif açıdan sözleşmeyi özü itibariyle en yakın hukuka bağlamadığı, bir değerler isnadı yükleyerek gelişigüzel faktörleri esas aldığı iddia edilmiştir³². Yapılan kategorilere göre karakteristik edimin saptanmasının da burada rolü bulunmaktadır. Zira farklı sözleşme tipleri aynı grup içinde değerlendirildiği sürece, karakteristik edim her biri için aynı kabul edilmektedir³³.

²⁸ KELLER/KREN KOSTKIEWICZ , (dn.12) Nr. 24; NORTH/FAWCETT, (dn.7) s. 569.

²⁹ KELLER/KREN KOSTKIEWICZ , (dn.12) Nr.25. Para edimi pek çok sözleşmede yer aldığı için onu karakterize eden bir edim değildir. DOLINGER, (dn.11) s. 416.

³⁰ DICEY/MORRIS, (dn.23) s. 1234.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. SARGIN, Fügen: "Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım" 50 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 37 (2001), s. 50vd; De BOER, (dn.13) s. 48 vd.

³² Karakteristik edim teorisine en kapsamlı eleştiriler D'oliveria tarafından getirilmiştir (D'oliveria, H.U.J: "Characteristic Obligation in the Draft EEC Obligation Convention" 25 American Journal of Comparative Law, 303 (1977)) Bkz. SARGIN (dn.31) s. 53 vd. Ayrıca bkz. SARGIN, (dn.1) s. 225 vd.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. SARGIN (dn.31) s. 5 vd; SARGIN, (dn.1) s. 226.

Karakteristik edim teorisi, sözleşmeyi sosyo-ekonomik bir çevreye bağlayan bir yaklaşım olarak ortaya çıktığı için, bu yönde de eleştirileri berberinde getirmiştir. Sözleşmenin ekonomik fonksiyonu sosyal fonksiyonu ile aynı değildir. Örneğin bir sanayi ünitesinin anahtar teslimi suretiyle gerçekleşen satımında, sözleşmenin sosyo-ekonomik çevresi açısından satıcının ülkesinin, alıcının ülkesine nazaran önem arz etmesi mantıklı bulunmamaktadır³⁴. Aynı şekilde alıcının ülkesinin ekonomisi ve sanayisi açısından önemli olan makinelerin, araç gereçlerin ithali halinde de alıcının ülkesinin ekonomisi bundan fazlasıyla etkilendiği halde, satıcının ediminin karakteristik edim niteliğinin devamı anlaşılabilir kabul edilmektedir³⁵.

Karakteristik edim teorisine yönetilen en önemli eleştirilerden biri de teorinin para edimini pek çok sözleşmede yer alan ortak edim olması nedeniyle dikkate almamasıdır. Oysa menkul rehni, taksitle satım veya ödünç sözleşmelerinde para edimi borcun esasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu tip sözleşmelerde para ediminin karakteristik edim olarak kabulü gerekmektedir³⁶. Diğer yandan piyasa koşulları ve ekonomik ihtiyaçların para edimini önemli hale getirdiği hallerde, sözleşmenin gerçek ekonomik gayesi ve karakteristik edimi para olmaktadır³⁷.

Karakteristik edim teorisine karşı ileri sürülen eleştirilerden biri de, uygulanacak hukuku belirleyecek bağlantı noktası için karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş merkezinin esas alınmasıdır³⁸. Aslında bu eleştiri karakteristik edim teorisinden ziyade onun yerleştirildiği bağlama noktasına yöneltilen eleştiridir. Ama karakteristik edim karinesini kabul eden uluslararası sözleşme ve ulusal düzenlemeler, Türk hukuku hariç, bu alanda objektif karine yani karakteristik edimin ifa yerini değil, subjektif karine olan karakteristik edim borçlusunun mutad meskenini esas almıştır³⁹.

³⁴ Bkz. SARGIN (dn.31) s. 62. Ayrıca sözleşmenin ekonomik ve sosyal fonksiyonunda meydana gelen bir değişimin borcun ağırlık merkezini değiştireceği yönünde bkz. SARGIN, (dn.1) s. 228.

³⁵ Bkz. DOLINGER, (dn.11) s. 417.

³⁶ NORTH/FAWCETT, (dn.7) s. 570.

³⁷ Bkz. BOGGIANO, Antonio: "International Contracts in Argentina" 47 *RabelsZ*, 431 (1983) s. 442-443.

³⁸ DOLINGER, (dn.11) s. 417.

³⁹ Bkz. aşağıda, II, B, 3.

Karakteristik edim teorisi en sıkı bağlantılı hukuku tespitinde kullanılan bir karine olduğuna göre, karakteristik edimin yerleştirilmesinde esas alınacak kriterlerin de aynı sonuca hizmet etmesi gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, tıpkı vatandaşlığı gibi sözleşme ilişkisinde harici bir unsurdur. Oysa karakteristik edimin ifa yeri, sözleşmesel ilişkide dahili bir unsurdur. Çoğu kez karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş merkezi aynı zamanda borcun ifa edildiği yerdir. Ama durumun böyle olmadığı hallerde ifa yeri yeri, sözleşmeyi en sıkı bağlantılı hukuka yerleştirmede daha etkin olmalıdır⁴⁰.

Karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri hukukunu esas alan yaklaşım malları ihraç eden üretici veya tacirin ithalatçıya kıyasla daha kompleks vergilere maruz kaldığını, daha fazla risk altına girdiğini kabul etmektedir. Fakat böyle bir durumda satıcının bilfiil ifa yerindeki vergiler, idari yönergeler, ticari kısıtlamalar ve diğer kamu hukuku hükümleri ile ilgili olacağı unutulmamalıdır⁴¹.

Karakteristik edim teorisi, edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerini esas alan yorumuyla, sözleşmesel ilişkide güçlü tarafın korunmasına hizmet ettiği gerekçesiyle de eleştirilmektedir⁴². Teorinin işveren, sigorta şirketi, banka gibi sözleşmenin ekonomik açıdan güçlü olan tarafının hukukunu uygulayarak, "kapitalist bir toplumun fonksiyonel ve sadık bir hizmetkârı" rolünü üstlendiği ileri sürülmüştür⁴³.

Karakteristik edim teorisine yöneltilen bir diğer eleştiri de trampa ve atipik sözleşme türlerinde karakteristik edimin tespitinin mümkün olmamasıdır⁴⁴.

40 DOLINGER, (dn.11) s. 420.

41 Id. s. 421.

42 NORTH/FAWCETT, (dn.7) s. 570-571; De BOER, (dn.13) s. 46.

43 D'oliveira'dan nakleden SARGIN (dn.31) s. 66.

44 NORTH/FAWCETT, (dn.7) s. 570. İsviçre mahkeme içtihatları distribütörlük sözleşmelerinde karakteristik edim olarak satıcının edimini kabul etmektedir. Oysa bu sözleşme para ödemesinin dışında karşılıklı yükümlülükler içermektedir. Distribütör reklam yaparak ve malları piyasaya sürmek için elinden geleni yaparak piyasa oluşturmakla yükümlüdür. Bu durumda sadece satıcının edimini karakteristik edim olarak ele almak mümkün olmayacaktır. DICEY/MORRIS, s. 1235.

B- En Sıkı Bağlantılı Hukuk Prensibi ve Onun Göstergesi Olan Karateristik Edim Karinesinin Ele Alınış Biçimi

a) Uluslararası konvansiyonlar

1. Menkul Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 1955 tarihli Lahey Konvansiyonu

Uluslararası alanda menkullerin satımına uygulanacak hukuku belirlemek üzere hazırlanan Lahey Konvansiyonu⁴⁵ 8 Avrupa ve 1 Afrika ülkesi tarafından onaylanmıştır. Bunlar Danimarka, Belçika, Finlandiya, Fransa, İtalya, Norveç, İsveç, İsviçre⁴⁶ ve Nijerya'dır. Hollanda, Lüksemburg ve İspanya Konvansiyonu imzalamış ancak onaylamamıştır. Bununla birlikte Hollanda mahkemeleri onaylanmamış olmakla birlikte 1955 Lahey Konvansiyonunu uygulamaktadır⁴⁷. Aynı şekilde pekçok hakem kararı 1955 Konvansiyonuna binaen verilmiştir. Bu durumda konvansiyonun uygulama alanının, taraf olan 9 ülkenin dışına çıktığını söylemek mümkündür⁴⁸.

Konvansiyon m. 2'de irade muhtariyeti ilkesi uyarınca tarafların açık veya sözleşme hükümlerinden kuşkuya yer vermeyecek şekilde anlaşıldığı üzere zımni olarak hukuk seçebileceklerini kabul etmiştir⁴⁹. Tarafların hukuk seçmemesi halinde m. 3'e göre objektif bağlama kuralının uygulanması gerekmektedir. Buna göre satım sözleşmesi, satıcının satım siparişini aldığı anda mutad meskeninin bulunduğu ül-

⁴⁵ Konvansiyonun İngilizce metni için bkz. MATIC, Zeljko: "Law Applicable to International Sales Hague Conventions and Yugoslav Private International Law" Annex 5, s. 38 in Hague-Zagreb Essays 4 on the Law of International Trade edited by C.C.A Vostevil. Konvansiyon ile ilgili bkz. DOLINGER, (dn.11) s. 425 vd; TİRYAKİOĞLU, (dn.1) s. 122 vd; TEKİNALP, (dn.1) s. 335-336.

⁴⁶ İsviçre DÖHK m. 118(1) menkul maddi malların satım sözleşmesine bu konvansiyonun uygulanacağını belirtmiştir. Bu durumda kanunen yapılan atıf gereği, menkul malların satışına uygulanacak olan hukuk, konvansiyon kapsamında esas alınan bağlama noktalarına göre belirlenen hukuk olacaktır.

⁴⁷ DOLINGER, (dn.11) s. 425.

⁴⁸ Id. s. 426.

⁴⁹ TİRYAKİOĞLU, (dn.1) s. 126; TEKİNALP, (dn.1) s. 335-336.

kenin iç hukukuna tâbidir. Eğer sipariş, satıcının bir şubesi tarafından alınmışsa, o takdirde şubenin bulunduğu ülkenin iç hukuku uygulanır. Bununla birlikte satım siparişi, satıcı, temsilcisi veya acentası tarafından, alıcının mutad meskeni veya iş merkezinde alınmışsa, sözleşme alıcının ülkesinin iç hukukuna tâbi olacaktır⁵⁰.

Doktrinde bir görüş Konvansiyonda esas alınan bağlama noktasının karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni fikrinden hareket ettiğini öne sürmüştür. Bununla birlikte çoğunluk, Konvansiyonda, sözleşmenin bilfiil yapıldığı yer hukukunun esas alındığını kabul etmektedir. Zira sipariş satıcının ülkesinde alındığında satıcının hukuku, alıcının ülkesinde alındığında ise alıcının hukuku uygulanmaktadır. Dolayısıyla karakteristik edim borçlusunun hukuku değil, satım siparişinin bilfiil alındığı yer hukuku esas alınmıştır⁵¹.

Konvansiyon objektif kural olarak sözleşmenin tamamlanması için gerekli olan karakteristik fiilin yapıldığı yeri kabul etmiştir. Buna göre satıcı, alıcının ülkesine gidip siparişi alıyorsa, sözleşmeyi meydana getiren sipariş fiilinin yapıldığı yer olan alıcının ülkesi hukuku uygulanacaktır. Buna karşılık alıcı, satıcının ülkesine gidip sipariş verirse, satım sözleşmesi satıcının ülkesinde meydana gelmiştir ve dolayısıyla satıcının hukuku uygulanır. Böylelikle konvansiyon, *lex loci contractus* kuralını izlemekle birlikte, bu kuralın dezavantajlarını bertaraf edecek şekilde, muamelenin ağırlık merkezi olarak sadece iki yeri sözleşmenin yapıldığı yer olarak ele almıştır⁵².

Konvansiyon sözleşmede belirleyici olan daha güçlü tarafın hukukunu, sözleşmenin ağırlık merkezinin bu yer olması düşüncesiyle kabul etmiştir. Burada amaç güçlü olan taraf lehine bir düzenleme getirmek olmayıp, sözleşmenin yapılmasında son sözü söyleyen güçlü tarafın bulunduğu yerin, sözleşmenin ağırlık merkezi olarak kabulüdür⁵³.

⁵⁰ DOLINGER, (dn.11) s. 427; TEKİNALP, (dn.1) s. 336; TİRYAKİOĞLU, (dn.1) s. 127.

⁵¹ DOLINGER, (dn.11) s. 427.

⁵² Id. s. 428.

⁵³ Id. s. 428-429. Güçlü taraf ile kastedilen ekonomik açıdan güçlü olan taraf değildir. Daha güçlü ekonomik menfaatleri olan, müzakerede daha güçlü pozisyonda bulunan karşı tarafın sözleşme yapmak üzere kendisine geldiği taraf, güçlü taraf olarak yorumlanmaktadır ve sözleşmenin meydana gelmesinin odaklandığı yer, bu güçlü tarafın ülkesi olmaktadır. Id. s. 429 dn. 657.

2. Menkul Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 1986 Lahey Konvansiyonu

Henüz yürürlüğe girmemiş bulunan 1986 Lahey Konvansiyonu, 1955 tarihli Lahey Konvansiyonun yerine geçmek üzere 30 Ekim 1985 tarihinde toplanan Lahey Konferansında kabul edilmiştir⁵⁴.

Konvansiyon uygulama alanını milletlerarası satım sözleşmeleri olarak belirlediği için, milletlerarası karakter tarafların farklı devletlerde işyerine sahip olmaları olarak tanımlanmıştır (m. 1/I(a)). Bunun yanında farklı devletlerin hukukları arasında seçim yapmayı gerektiren bütün durumlarda da konvansiyon uygulama imkanına sahiptir (m. 1/I(b)). Ancak tarafların hukuk seçimi hatta mahkemenin yetkisine dair sözleşme veya tahkim şartı Konvansiyonun uygulanması için yeterli değildir⁵⁵. Bunun dışında cebri icra ile yapılan satışlar, kıymetli evrakın satışı ve tüketici sözleşmeleri konvansiyonun kapsamı dışında tutulmuştur (m. 2)⁵⁶.

Konvansiyon taraflara açık veya zımni olarak uygulanacak hukuku seçme imkanı tanımıştır (m. 7(1))⁵⁷. Hukuk seçiminin yapılmamış olması halinde Konvansiyon esas alınacak objektif bağlama noktasını m. 8'de belirtmektedir. Konvansiyonun hazırlanmasında uzlaşma sağlanmasının zor olduğu maddelerden biri hiç kuşkusuz budur. Zira farklı ülkelerin sosyo ekonomik menfaatlerinin anlaşılması ve dikkate alınması gerekmektedir. İlk olarak gelişmekte olan ülkelerin hukuklarının sistematik olarak uygulanması yönünde bir eğilim mevcut olmuştur. Buna göre daha zayıf olan alıcının ülkesinin hukuku esas alınmalıdır. Sovyetler Birliği ve Demirperde ülkeleri de bu yaklaşımı desteklemiştir⁵⁸.

Uzun tartışmalardan sonra konvansiyonun kalbi niteliğinde olan m. 8, sözleşmenin meydana geldiği anda satıcının işyerinin bulunduğu

⁵⁴ 24 International Legal Materials, 1573 (1985). Konvansiyonla ilgili bkz. DOLLINGER, (dn.11) s. 429 vd; TEKİNALP, (dn.1) s. 340-341; TİRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 162 vd; GABOR, (dn.4) s. 697 vd.

⁵⁵ GABOR, (dn.4) s. 704; TİRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 165; TEKİNALP, (dn.1) s. 340.

⁵⁶ TİRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 169-170; TEKİNALP, (dn.1) s. 340.

⁵⁷ Bkz. TİRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 171 vd; TEKİNALP, (dn.1) s. 340.

⁵⁸ GABOR, (dn.4) s. 709.

ülke hukukunu kabul etmiştir⁵⁹. Satıcının hukukunun uygulanması , satıcının borçlarının alıcıninkine kıyasla daha karmaşık olduğu ve borcun burada ifa edildiği düşüncesine dayanmaktadır⁶⁰.

Konvansiyon satıcının ülkesi hukuku kuralına, alıcı lehine bazı istisnalar getirmiştir (m. 8(2)). İstisnalar oldukça geniş tutulmuş, dolayısıyla temel prensip parçalanmıştır. Sözleşmenin kuruluş anında alıcının işyerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanabilmesi için (1) müzakerenin alıcının ülkesinde yapılması ve sözleşmenin, tarafların huzurunda orada kurulmuş olması gereklidir veya (2) sözleşme açıkca, satıcının malları alıcının ülkesinde teslim etmesini şart koşmalıdır, ya da (3) sözleşme esas itibariyle alıcı tarafından belirlenen şartlarla ve alıcının kişileri fiyat teklifinde (icaba davet) bulunmaya çağırın davetine cevap verilmek suretiyle yapılmalıdır⁶¹.

Söz konusu üç istisna uluslararası satım sözleşmelerinde alıcının hukuki ve sosyo-ekonomik menfaatlerini yansıtmaktadır. Bu nedenle gelişmekte olan ülkelerin desteğini almıştır. İlk istisna Çin delegeşi tarafından ileri sürülmüştür. Satıcının alıcının ülkesine gitmesi muamelelerin ağırlık merkezini onun ülkesine kaydırmaktadır⁶².

İkinci istisna Cezayir delegeşi tarafından ileri sürülmüştür. Orjinal teklif karakteristik edimin yüklenildiği yer olarak öne sürülmüş ama çoğunluk bunu belirsiz bulmuştur. Zira karakteristik edimin ifa yeri INCOTERMS'in kullanımı ile çeşitli yerleri işaret edebilir ve bu yerler her durumda alıcının bulunduğu yeri göstermeyebilir. Ayrıca karakteristik edimin ifa yeri for devletinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yapılacak bir analizden sonra belirgin hale geleceği için, belirsizlik yaratmaktadır. Bu nedenle öneri revize edilerek karakteristik edim kavramından vazgeçilmiştir. Cezayir önerisinin nihai hali gelişmekte olan ülkeler tarafından desteklenmiştir⁶³.

Konvansiyon istisna kurallarının ardından m. 8(3)'de genel bir kaçış kuralı getirerek, şartların tümü dikkate alındığında, sözleşme başka

⁵⁹ Id. s. 712.

⁶⁰ TIRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 175; GABOR, (dn.4) s. 713.

⁶¹ GABOR, (dn.4) s. 713; TIRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 175-176; DOLINGER, (dn.11) s. 430.

⁶² GABOR, (dn.4) s. 713-714.

⁶³ Id. s. 716.

bir hukukla daha sıkı bağlantı halinde ise, sıkı bağlantılı hukukun uygulanacağını kabul etmiştir. Söz konusu kaçış kuralı iki süper güç ABD ile Sovyetler Birliği arasındaki çekişmenin bir sonucudur ve ABD'nin Konvansiyona taraf olabilmesinin bir önkoşulu olarak ortaya konmuştur⁶⁴.

1986 Konvansiyonunun klasik metodoloji ile modern devletler özel hukuku prensiplerini harmanladığı kabul edilmektedir. Madde 8'de iki klasik bağlama noktasının ardından en sıkı bağlantılı hukuk prensibi devreye girmektedir⁶⁵. Diğer yandan alıcının ülkesi hukuku lehine getirilen ikinci istisnada görülen, satıcının ediminin ifası karakteristik edim olarak yorumlansa bile, genel olarak karakteristik edim teorisinde ele alınan edim borçlusunun mutad meskeni hukuku yerine, bizatihi edimin ifa yerini esas aldığı için, 1986 Konvansiyonu, karakteristik edim teorisini kabul eden 1980 Roma konvansiyonundan farklıdır⁶⁶.

Diğer yandan prensip kural olarak ortaya konan en sıkı bağlantılı hukuk prensibi 1986 Lahey konvansiyonunda ikinci derece bir çözüm olarak ortaya konmuş ve çekinceye tâbi tutulmuştur⁶⁷.

3. Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 1980 Roma (AET) Konvansiyonu

19 Haziran 1980 tarihinde Roma'da imzalanan AET Konvansiyonu⁶⁸ Avrupa Birliği üyeleri tarafından iç hukuklarına dahil edilerek, sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda yeknesaklık sağlanmıştır. Konvansiyonun uygulanması için bağlama noktasıyla gösterilen yerin bir âkit devlet ülkesinde olması gerekmektedir.

⁶⁴ GABOR, (dn.4) s. 717. Eleştiriler için ayrıca bkz. TİRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 176-177; GABOR, (dn.4) s. 718. Söz konusu hükme karşı âkit devletlerin çekince koyma hakkı vardır. Bkz. TİRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 177 vd; GABOR, (dn.4) s. 719 vd.

⁶⁵ DOLINGER, (dn.11) s. 433.

⁶⁶ Id. s. 434.

⁶⁷ Id. s. 436-437.

⁶⁸ Official Journal 1980, L. 266/1. Konvansiyonla ilgili bkz. TİRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 135 vd; TEKİNALP, (dn.1) s. 338 vd; Mc GUINNESS, (dn.4) s. 143 vd; NORTH/FAWCETT, (dn.7) s. 535 vd.

Konvansiyon m. 3'de taraflara açık veya zımni olarak hukuk seçimi imkanı tanımıştır⁶⁹. Hukuk seçiminin olmaması halinde m. 4'e göre sözleşmenin en yakın bağlantıda olduğu ülke hukuku esas alınır. Burada konvansiyon en sıkı bağlantılı hukuk prensibini uygularken, sözleşmenin en yakın bağlantıda olduğu hukuk sistemi yerine, en yakın bağlantıda olduğu ülke hukuku deyimini tercih etmiştir⁷⁰.

Konvansiyon temel ilke olarak en sıkı bağlantılı hukuk prensibini kabul etmekle birlikte, m. 4/f.2-4 arasında bu temel ilkeyi somutlaştıran çeşitli karinelere yer vermiştir. Aynı maddenin 5. fıkrasında ise bu karinelere yönelik önleyici bir kural getirilmiş ve sözleşmeyi çevreleyen bütün şartların değerlendirilmesinden, bir başka hukukun sözkonusu sözleşmeyle daha sıkı bağlantıda olduğunun anlaşılması halinde, bu hukukun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla konvansiyon kanunlar ihtilafı alanında egemen olan sıkı bağlantılı hukuk ilkesini çeşitli karinelerle ortaya koymuş, böylelikle hukuki güvenlik ihtiyacına cevap vermiştir⁷¹.

Konvansiyon m. 4(2)'de ilk karine olarak sözleşmenin yapıldığı anda karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu ülke hukukunu esas almıştır⁷². Burada karakteristik edim tanımı verilmemiş, bununla ilgili olarak yayınlanan Raporda, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde paranın karşısındaki edimin karakteristik edim olduğu belirtilmiştir⁷³. Dolayısıyla karakteristik edim bir mesleğin icrası kapsamında ortaya çıkmaktadır ve kanunlar ihtilafı alanında da mesleki faaliyetin esas alınması haklı görülmektedir⁷⁴.

Konvansiyon karakteristik edim teorisini, edimin ifa yeri olarak değil, edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri olarak kabul etmiştir.

⁶⁹ Hukuk seçimiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKİOĞLU, (dn.1) s. 138 vd.

⁷⁰ Taşınır Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında 1986 Lahey Konvansiyonu (bkz. dn.54) en yakın bağlantılı hukuk kıstasını aramıştır. Bir ülkeyle sıkı bağlantılılık ile bir hukuk sistemiyle sıkı bağlantılılık hakkında bkz. NORTH/FAWCETT, (dn.7) s. 567-568; REIMANN, (dn.4) s. 591.

⁷¹ KROPHOLLER, s. 446; NORTH/FAWCETT, s. 568.

⁷² Karakteristik edim teorisi konusunda bkz. yukarıda, II, A, 2.

⁷³ Giuliano-Lagarde raporu hakkında bkz. NORTH/FAWCETT, s. 569; DOLINGER, s. 420 vd; TİRYAKİOĞLU, s. 143.

⁷⁴ KROPHOLLER, s. 447.

Dolayısıyla konvansiyon kapsamında ifa yeri, sözleşmenin sıkı bağlantıda olduğu yeri tespitinde bir kıstas olarak ele alınabilirse de temel karinenin esasını oluşturmamaktadır⁷⁵. Çoğu kez karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya işyeri hukuku aynı zamanda onun edimini ifa ettiği yerdir⁷⁶. Ancak her olayda durum böyle değildir. Tarafların açıkça ifa yerini tespit ettiği veya ifanın işin niteliği gereği borçlunun mutad meskeni veya işyerinden farklı bir yerde gerçekleşmesi halinde, ifa yeri hukuku, borçlunun mutad meskeni hukukuna kıyasla, sözleşmeyle daha sıkı bağlantı tesis edecektir⁷⁷.

Konvansiyon karakteristik edim borçlusunun mutad meskenini sözleşmenin yapıldığı an olarak sabitlemiştir. Bu durumda sözleşme yapıldıktan sonra karakteristik edim borçlusu başka bir ülkeye taşınır ve karakteristik edimini orada ifa ederse, Konvansiyon kapsamında uygulanacak hukuk, karakteristik edim borçlusunun sözleşme yapıldığı andaki mutad meskeni hukuku olacaktır. Bu da en sıkı bağlantılı hukuku göstermekten uzaktır⁷⁸.

Konvansiyon m. 4(3) ve (4)'de iki özel karineye yer vermiştir. Gayrimenkul üzerindeki bir hak veya bunun kullanımıyla ilgili bir sözleşmede, en yakın bağlantılı hukuk gayrimenkulün bulunduğu yer hukukudur (m. 4(3)). Buna göre gayrimenkulün satışı veya kiralanması halinde bu karine uygulanacak, fakat inşaat sözleşmeleri söz konusu olduğunda gayrimenkulün bulunduğu yer hukuku değil, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku uygulanacaktır⁷⁹.

Konvansiyon kapsamında ele alınan ikinci özel karine eşya taşıma sözleşmeleri içindir. Buna göre sözleşmenin kuruluşu anında taşıyıcının esas işmerkezi hukuku uygulanır. Fakat bunun için yükleme veya boşaltma yerinin ya da gönderenin esas işyerinin, taşıyıcının esas iş merkezi ile aynı olması gerekmektedir (m. 4(4)). Aksi takdirde karine devreye girmeyecektir⁸⁰.

Konvansiyon m. 4(5)'de karakteristik edimin tespit edilemediği veya

⁷⁵ Id. s. 448-448. Eleştiri için bkz. NORTH/FAWCETT, s. 571.

⁷⁶ Bu konudaki örnekler için bkz. TEKİNALP, s. 305 vd.

⁷⁷ Aynı yönde bkz. DOLINGER, (dn.11) s. 421.

⁷⁸ DOLINGER, (dn.11) s. 422.

⁷⁹ NORTH/FAWCETT, (dn.7) s. 572; KROPHOLLER, (dn.12) s. 449.

⁸⁰ NORTH/FAWCETT, (dn.7) s. 572.

sözleşmenin şartlarının bütünüyle değerlendirilmesinden, başka bir hukukun sözleşmeyle daha yakın bağlantı tesis ettiğinin anlaşılması halinde, bu hukukun uygulanacağını hükme bağlamıştır⁸¹. Dolayısıyla karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, gayrimenkulun bulunduğu yer veya taşıyıcının esas iş merkezi hukukuna nazaran, ilişkinin şartlarından anlaşıldığı üzere, sözleşmeyle yakın bağlantılı başka bir hukuk varsa, karineler devre dışı bırakılır ve m. 4(1)'de belirtilen temel ilkeye geri dönülür. Söz konusu fıkra düzeltici bir fonksiyon üstlenmekte ve hakime soyut karinelerin dışına çıkararak somut olayları değerlendirme imkanı tanımaktadır.

Konvansiyon tüketici ve iş sözleşmeleri için özel hükümler getirmiştir (m. 5,6)⁸². 1980 Roma konvansiyonu devletler özel hukukundaki modern gelişmelere paralel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuku en yakın bağlantılı hukuk olarak belirlemiş, ancak hukuki güvenlik ve belirlilik adına en yakın bağlantıyı sağlayabileceği düşünülen bir genel ve iki özel karine getirmiştir. Yakın bağlantılı hukuku tespit için kullanılan karakteristik edim teorisi bu konvansiyonda, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku olarak yorumlanmıştır. Bununla birlikte konvansiyon, bu karinelerin somut olayda en yakın bağlantılı hukuku tespit etmeye yetmediği durumlarda, düzeltici bir hükümlerle daha sıkı bağlantılı hukukun uygulanmasını öngörmüştür. Bu durumda karinede esas alınmayan karakteristik edimin ifa yeri de daha sıkı bağlantılı hukukun tespitinde dikkate alınacak unsurlardan biridir.

b) Ulusal düzenlemeler

1. Avrupa Birliği Üyesi Ülkeler

AB üyesi ülkelerde sözleşmelere uygulanacak hukuk, 1980 Roma konvansiyonuna göre belirlenmektedir. Her AB üyesi, konvansiyonu kendi sistemine göre iç hukukuna dahil etmiştir.

İtalyan Devletler Özel Hukuku Düzenlemesi⁸³ m. 57 akdi borç ilişki-

⁸¹ Bkz. NORTH/FAWCETT, (dn.7) s. 573; TIRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 144 vd.

⁸² Bkz. TIRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 146 vd; NORTH/FAWCETT, (dn.7) s. 574-575.

⁸³ 35 International Legal Materials, 760 (1996).

lerine, diğer uluslararası konvansiyonların uygulanmasına hâlel gelmemek üzere, 1980 Roma Konvansiyonunun uygulanacağını belirtmiştir.

Almanya Devletler Özel Hukuku Düzenlemesi⁸⁴ Akdi Borç İlişkileri başlığı altında m. 27'den başlayarak 1980 Roma Konvansiyonu hükümlerini aynen kanunlaştırmıştır⁸⁵.

İngiltere 1980 Roma Konvansiyonu hükümlerini 1990 Akitler (Uygulanacak Hukuk) Kanunu (The Contracts (Applicable Law) Act of 1990) ile iç hukukuna dahil etmiştir⁸⁶.

2. İsviçre düzenlemesi

İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu⁸⁷ sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda m. 116'da irade muhtariyeti ilkesini, m. 117'de ise objektif bağlama noktasını düzenlemiştir.

Kanun m. 117/1'de hukuk seçimi yapılmadığı hallerde, sözleşmenin en yakın bağlantıda olduğu ülke hukukunun uygulanacağını hükme bağlamıştır. Aynı maddenin 2. fıkrası karakteristik edim borçlusunun mutad meskenini en yakın bağlantı için bir karine olarak tespit etmiştir. Karakteristik edim borçlusu bir mesleki veya ticari faaliyetin icrasıyla ilgili bir sözleşme yaptığında, onun iş merkezinin bulunduğu yer hukuku esas alınacaktır. Dolayısıyla İsviçre düzenlemesi de Roma Konvansiyonu gibi en sıkı bağlantılı hukuk prensibini kabul etmiş ancak ardından en yakın bağlantıyı tesis edecek karineyi ifade etmiştir.

İsviçre düzenlemesi Roma Konvansiyonundan farklı olarak m. 117(3)'de belirli sözleşme kategorileri için karakteristik edimin hangi tarafın edimi olacağını açıklamıştır⁸⁸. Buna göre (a) mülkiyetin devri-

84 27 International Legal Materials, 1 (1988).

85 Alman hukukunda objektif bağlama kuralı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KROPHOLLER, (dn.24) s. 445 vd.

86 Mc GUINNESS, (dn.4) s. 133; NORTH/FAWCETT, (dn.7) s. 537; COLLIER, J.G: *Conflict of Laws*, Cambridge University Press, 1994, s. 181 vd.

87 İngilizce metin için bkz. Swiss-American Chamber of Commerce, Swiss Federal Act on International Private Law, English Transnational of Official Text, Zurich/Switzerland 1989.

88 Karakteristik edim karineleri yerine, direkt bağlama noktalarının getirilme-

ni amaçlayan sözleşmelerde, devredenin edimi; (b) bir şeyin ya da hakkın kullanımını amaçlayan sözleşmelerde kullandıranın edimi; (c) vekalet, iş ve benzer hizmet sözleşmelerinde icra edilen hizmet; (d) muhafaza sözleşmelerinde muhafaza edenin edimi; (e) garanti ya da kefalet sözleşmelerinde garanti veren ya da kefilin edimi karakteristik edim olarak varsayılacaktır.

İsviçre düzenlemesi karakteristik edimin tespitinde paranın özel bir anlamı olmadığını vurgulayarak, sosyo ekonomik olarak sözleşmenin fonksiyonlarını belirleyen edimi esas almıştır⁸⁹. Karşılıklı iki edimin de para olması halinde, karakteristik edim en fazla risk üstlenen tarafın edimidir⁹⁰.

İsviçre düzenlemesi ikinci basamak olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunu esas almıştır. m. 20'de tanımlanan mutad mesken, diğer tarafın algılayabileceği ölçüde bir kişinin bir yerle bağlantısının somutlaşmış olduğu bir mahaldir⁹¹.

İki edimin de karakteristik olduğu durumlarda veya karakteristik edimin tespit edilebilmesine rağmen, başka bir hukukun daha sıkı bağlantı tesis ettiği durumlarda, çeşitli kıstaslar yardımıyla yapılan değerlendirme sonucu bulunan daha sıkı bağlantılı hukukun uygulanması kabul edilmektedir⁹². Dolayısıyla İsviçre düzenlemesinde 1980 Roma Konvansiyonunda olduğu gibi karinelerin ardından düzeltici bir norm olarak daha sıkı bağlantılı hukuk varsa bunun uygulanması açık bir hükme bağlanmamış olmasına rağmen, karinelerin en yakın bağlantıyı tesis etmediği her durumda m. 117(1)'deki prensip kural devreye girmektedir.

Menkul malların satımı sözleşmeleri İsviçre DÖHK m. 118'de özel bir

si gerektiği yönünde bkz. von OVERBECK, Alfred: "Contracts: The Swiss Draft Statute Compared with the EEC Convention" in Contract Conflicts The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations A Comparative Study edited by P.M North, 1982, s. 278.

⁸⁹ KELLER/KREN KOSTKIEWICZ , (dn.12) Nr.23, 25. Çeşitli sözleşme kategorileri açısından karakteristik edimin tespiti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Id. Nr. 46 vd.

⁹⁰ Id. Nr. 27.

⁹¹ Id. Nr. 32.

⁹² Bkz. Id Nr. 36 vd.

hükümle düzenlenerek, 1955 Lahey Konvansiyonuna⁹³ tâbi kılınmıştır. Buna göre satım sözleşmesine her durumda satıcının mutad meskeni hukuku uygulanmayacaktır. Alıcının hukukunun uygulanmasını gerektiren hallerde⁹⁴, karakteristik edim olarak kabul edilmese de alıcının hukuku devreye girecektir.

İsviçre DÖHK m. 119 gayrimenkul veya onun kullanımını ile ilgili sözleşmeler için ayrı bir düzenleme yaparak, gayrimenkulün bulunduğu yer hukukunu esas almıştır. Dolayısıyla burada da Roma Konvansiyonunda olduğu gibi konusu gayrimenkul olan bir sözleşmede karakteristik edim karinesine başvurulmamış, en sıkı bağlantılı hukukun gayrimenkulün bulunduğu yer hukuku (lex rei sitae) olduğu kabul edilmiştir. İsviçre düzenlemesi m. 119'da bağlama noktasını belirledikten sonra, daha sıkı bağlantılı hukukun uygulanmasını aramamıştır.

İsviçre DÖHK m. 122 fikri mülkiyet haklarıyla ilgili özel bir düzenleme getirerek, bu sözleşmeler için de karakteristik edim teorisinden vazgeçmiştir. Maddeye göre fikri mülkiyet hakkıyla ilgili sözleşmeler fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın mutad meskeni hukukuna tâbidir⁹⁵. Burada kanun koyucu ayrı bir hükümle konuyu düzenleyerek m.117(3)'deki karakteristik edim karinelerinin fikri haklarla ilgili sözleşmeler için sözkonusu olmadığını vurgulamış olmaktadır. Tespit edilen bağlama kuralı bu konuda getirilmiş özel bir bağlama kuralıdır ve ayrıca en sıkı bağlantılı hukukun tespiti ve uygulanması sözkonusu değildir.

İsviçre DÖHK, Roma Konvansiyonunda olduğu gibi tüketici ve iş sözleşmeleri için özel hükümler getirmiş (m. 120 ve 121), fakat taşıma sözleşmeleri için ayrı bir düzenleme yapmamıştır. Bu durumda taşıma sözleşmeleri de karakteristik edim karinesi uyarınca taşıyıcının mutad meskeni hukukuna tâbi olacaktır⁹⁶.

⁹³ Bkz. yukarıda, II, B, a, 1.

⁹⁴ bkz. yukarıda, II, B, a, 1.

⁹⁵ Sözkonusu düzenlemenin gerekçesi ve tartışmalar için bkz. ERDEM, Bahadır: *Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*, İstanbul 2002, s. 177 vd.

⁹⁶ KELLER/KREN KOSTKIEWICZ, (dn.12) Nr. 80.

III. MÖHUK m. 24/II'de Ele Alınan Objektif Bağlama Kuralı

A- Genel Olarak

MÖHUK m. 24/II " tarafların açık olarak bir kanun 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 tespit edilemediği hallerde ise, sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır" hükmünü getirerek iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yerini esas almış, bu yerin tespit edilemediği hallerde ise en yakın bağlantılı hukukun uygulanmasını öngörmüştür⁹⁷.

MÖHUK, 1980 Roma Konvansiyonu ve İsviçre DÖHK'dan farklı olarak karakteristik edim yerine borcun ağırlığını teşkil eden edim kavramını kullanmaktadır. Bununla birlikte bu kavram doktrinde oybirliği ile karakteristik edim olarak algılanmaktadır⁹⁸. Diğer yandan Türk hukuku karakteristik edim kavramıyla örtüşse bile, ağırlıklı edimin ne olduğunu kanunda tanımlamamış ve İsviçre DÖHK'da olduğu gibi çeşitli kategori sözleşmeler için hangi tarafın ediminin ağırlıklı edim olacağını saptamamıştır. Bu itibarla karakteristik edim teorisine yöneltilen eleştiriler⁹⁹ MÖHUK düzenlemesinin karşısında etkisini kaybedecektir.

Borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edim, elbette ki o sözleşmeyi tanımlayan, onu diğer sözleşmelerden ayıran, karakterize eden edimdir. Ancak ağırlıklı edimin özelliği, sadece ilgili sözleşmeyi diğerlerinden ayıran edim anlamına gelmemektedir. Ayrıca iki tarafa borç yükleyen

⁹⁷ Bkz. TEKİNALP, (dn.1) s. 290 vd; TEKİNALP, Gülören: "Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu" MHB, S.1, Yıl 8, 1988, s. 68 vd; NOMER, (dn.1) s. 268 vd; AKINCI (dn.9) s. 36 vd; AKINCI, Ziya: *Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri*, İzmir 1996, s. 82 vd; DARDAĞAN, Esra: *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı*, Ankara 2000, s. 244 vd; ERDEM, (dn. 95) s. 193 vd.

⁹⁸ TEKİNALP, Gülören: "Akdi İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması" Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 449 ve dn. 97'de zikredilen yazarlar.

⁹⁹ Bkz. yukarıda II, A, 2, b.

aynı sözleşmede, edimlerden daha ağırlıklı olanının esas alınmasını sağlamaktadır. Bu itibarla karakteristik edimin tespitinin zorlaştığı atipik veya karma sözleşmelerde, somut sözleşmenin özelliklerini bir bütün olarak değerlendirip hangi edimin borç ilişkisinin ağırlığını teşkil ettiğine karar vermek mümkün olabilecektir. En azından ilgili sözleşmede somut koşullarda ağırlıklı edimin tayinindeki güçlükler, belirlenen kategorilere uymayan sözleşmelerde karakteristik edimin varsayımsal olarak tespitine çalışmadaki güçlüklerden daha az olacaktır.

Aynı şekilde karakteristik edim teorisinde dikkate alınmayan ve bu yüzden eleştirilere hedef olan para edimi de ağırlıklı edim kavramında otomatik olarak devre dışına çıkmamaktadır. Somut sözleşmenin özelliklerinden, sosyo-ekonomik bağlantılarından, ağırlıklı edimin para edimi olduğu anlaşılırsa, MÖHUK kapsamında para ediminin esas alınmaması için bir sebep bulunmamaktadır. Kanunun ifadesi buna imkan tanır şekildedir. Bu itibarla taksitle satım sözleşmelerinde ağırlıklı edimin alıcının edimi olduğunu; faizli ödünç sözleşmelerinde ise ödünç alanın ediminin sözleşmeye ağırlığını koyduğunu söylemek zor olmayacaktır. Dolayısıyla karakteristik edim teorisinde esas alınan satıcının edimi ya da ödünç verenin edimi karineleri özellikli sözleşmelerde ağırlık noktası olmaktan uzaklaştığı halde, ağırlıklı edim teorisi soyut olarak bir tarafın edimine baştan öncelik tanımadığı için, daha esnek bir yaklaşım sergilemektedir¹⁰⁰. Bu durum yayım sözleşmelerinde daha belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bu sözleşmede karakteristik edim yayımcının edimi olarak kabul edilmektedir¹⁰¹. Oysa İsviçre DÖHK m. 122 fikri mülkiyet haklarıyla ilgili özel bir düzenleme getirmiş ve fikri mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın mutad meskeni hukukunu esas almıştır. Dolayısıyla

¹⁰⁰ İsviçre DÖHK m. 117, karakteristik edimi çeşitli sözleşme tipleri için tanımladığı halde, bazı sözleşme tiplerinde bu belirlemesinin esas alınamayacağı da kabul edilmektedir. Örneğin tek satıcılık sözleşmesinde Federal Mahkeme tek satıcının edimini karakteristik edim olarak kabul etse de, sözleşmede ağırlık merkezinin araştırılması yönünde bkz. KELLER/KREN KOSTKIEWICZ , (dn.12) Nr. 149.

¹⁰¹ Bkz. KELLER/KREN KOSTKIEWICZ (dn.12) Nr. 89; DARDAĞAN, (dn. 97) s. 245; TEKİNALP, (dn.1) s. 313; AKINCI (dn.9) s. 89; OKUTAN, Gül: "Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Fikir ve Sanat Eserleri" Prof. Dr. Nihal ULUOCAK'a Armağan, İstanbul 1999, s. 226.

la bu sözleşmelerde karakteristik edim karine olarak değil, kanun hükmü anlamında devredenin edimi olarak kabul edilmiştir ki her fikri mülkiyet hakkının veya kullanımının devredildiği sözleşmede (yayım, temsil, marka ve patent lisansı sözleşmeleri gibi) devredenin ediminin ağırlıklı bir rol üstlendiğini söylemek mümkün değildir.

1980 Roma Konvansiyonu ve İsviçre DÖHK'da kabul edilen karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku yerine, MÖHUK m. 24/II'de sözleşmenin dahili unsuru olan ifa yeri hukuku esas alınmıştır. Böylelikle sözleşme objektif açıdan sıkı bağlantıda bulunduğu hukuka tâbi kılınmıştır. İfa yeri kavramı ve bunun sözleşmeyle yakın bağlantısını bir alt başlıkta ele alacağız.

MÖHUK m. 24/I son cümlede ifa yerinin tespit edilemediği hallerde sözleşmenin en yakın bağlantıda bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla en yakın bağlantılı hukuk tamamlayıcı ya da düzeltici bir kural olarak değil, son basamak bağlama kuralı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte doktrin, karakteristik edimin ifa yerinin hukuki ilişkide ağırlık noktasını oluşturmadığı ve edimin ifa edilmemesi gibi bir sebeple anlamını yitirmesi halinde, aslında ifa yerinin belirlenemediğini, bu durumda da sözleşmenin en yakın bağlantıda bulunduğu hukuka tâbi tutulması gerektiğini savunmaktadır¹⁰². Dolayısıyla en sıkı bağlantılı hukuk kıstası son basamak bağlama noktası olarak değil, modern devletler özel hukuku prensiplerine uygun olarak sözleşmelere uygulanacak hukuku tespitinde asli bir fonksiyon üstlenmelidir¹⁰³.

B- İfa yeri kavramı

MÖHUK m. 24/II'de yer alan ifa yeri kavramı, Türk kanununda kullanılan bir terim olması itibariyle lex fori Türk hukukuna göre yorumlanacaktır¹⁰⁴. İfa yeri, "alacak hakkının istihdaf ettiği gayenin tahassülünü temin zımında borçlu tarafından ifası zaruri bilcümle müspet

¹⁰² TEKİNALP (dn.97) s. 69-70; TEKİNALP, (dn.1) s. 291; ERDEM, (dn.95) s. 168-169, 198.

¹⁰³ AKINCI (dn.97) s. 91-92; DOĞAN, Vahit: *İş Aktinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara 1996, s. 90; TIRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 238.

¹⁰⁴ Bkz. NOMER, (dn.1) s. 98 vd;

veya menfi ifa hareketlerinin icra edilmesi lazım gelen yer”dir¹⁰⁵. Bu yerin tespiti BK. m. 73 uyarınca mümkün olacaktır. Maddenin 1. fıkrası uyarınca “borcun ifa edilmesi gereken yer, iki tarafın sarıh veya zımni arzusuna göre tayin edilir”. Dolayısıyla ifa yerinin tespitinde ilk olarak taraf iradesi esas alınır. Bu irade açık¹⁰⁶ olabileceği gibi zımni¹⁰⁷ de olabilir. Zımni irade ile tayin olunan ifa yeri tarafların fiil, hareket ve davranışlarıyla işaret ettikleri yeri ya da borcun gayesinden anlaşılan yegane veya en uygun yeri veya teamüllerle ya da ticari kayıtlarla belirlenen yeri ifade etmektedir¹⁰⁸.

Açık ve zımni seçim bulunmadığında BK. m. 73 tamamlayıcı hukuk kuralı olarak çeşitli borç türleri için ifa yerini tespit etmiştir. Buna göre “Hilafına bir şart mevcut olmadığı surette aşağıdaki hükümler tatbik olunur:

1. borç bir miktar paradan ibaret ise tediye alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yerde vuku bulur.
2. borç muayyen bir şeye taallük ediyorsa bu şey aktin inikadı zamanında bulunduğu yerde teslim olunur.
3. bunlardan başka her borç doğumu zamanında borçlunun mukim bulunduğu yerde ifa edilir”.

2 ve 3 nolu bentlerde belirtilen parça borcu ve cins borcu ile yapma ve yapmama borçlarıdır. Buna göre parça borcu için sözleşme yapılırken şeyin bulunduğu yer esas alınacaktır. Tarafların aksini kararlaştırmadıkları durumda ferden tayin edilmiş bir şeyin tesadüfen değil, taraflarca bilinen, normal olarak mutaden bulunduğu yerde ifa edilmesine¹⁰⁹ binaen bu yer hukukunun esas alınması taraf menfaatlerine de işlem menfaatine de uygundur. Zira borç ilişkisinin bu yer ile bağlantısı tesadüfi ve uzak değildir. Aynı şekilde b.3’de yer alan genel ifa

¹⁰⁵ KALPSÜZ, Turgut: *Ticari Satışta İfa Mahalli*, Ankara 1960, s. 140. Ayrıca bkz. EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, c.2, İstanbul 1999, s. 933 vd. İfa yerinin hukuki niteliği ile ilgili teoriler konusunda bkz. KALPSÜZ, s. 102 vd.

¹⁰⁶ Bkz. KALPSÜZ, (dn.105) s. 46 vd; EREN, (dn.105) s. 933.

¹⁰⁷ Bkz. KALPSÜZ, (dn.105) s. 56 vd; EREN, (dn.105) s. 934.

¹⁰⁸ Bkz. KALPSÜZ, (dn.105) s. 59 vd; EREN, (dn.105) s. 934-935.

¹⁰⁹ KALPSÜZ, (dn.105) s. 93-94; EREN, (dn.105) s. 936.

yeri de borçlunun ikametgâhını esas almakta, dolayısıyla bu yer hukukunun uygulanması, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukuyla paralellik arz etmektedir. Bu açıdan bakıldığında Türk hukukunda kabul edilen ağırlıklı edimin ifa yeri hukuku ve bu edimin ifa yeri tanımı, borçlunun hukukunun uygulanmasını gerektirmekte, dolayısıyla Roma Konvansiyonu ve İsviçre düzenlemesinden farklı bir esas getirmemektedir¹¹⁰. Bununla beraber tarafların açıkça tayin ettikleri veya borcun niteliğinden ya da teamüllerden anlaşılan ifa yerinin borçlunun mutad meskeninden (ikametgâhından) farklı olduğu hallerde, uygulanacak hukukun ifa yerine göre tespiti, bize göre pek çok sözleşme açısından, borçlunun mutad meskenine kıyasla, daha yakın bağlantı tesis etmektedir. Zira bu durumda taraflardan birinin hukuku yerine, tarafların belirlediği veya borcun niteliğinden ya da teamüllerden anlaşılan yer hukuku esas alınacaktır ve bu hukukun pek çok sözleşmede ilişkiye yabancı veya tesadüfi olmadığı açıktır.

Örneğin inşaat sözleşmelerinde karakteristik edim müteahhidin edimidir¹¹¹ ve müteahhit bu edimini gayrimenkul üzerinde yerine getireceği için sözkonusu gayrimenkulün bulunduğu yer (lex rei sitae) hukuku ilişkiye hakim olacaktır. Müteahhidin işini gördüğü bu yerin sözleşmeyle yakın bağlantılı olduğu açıktır. Buna karşılık ifa yeri yerine, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun tercihi halinde ise, müteahhidin işin görüldüğü yer dışındaki iş yeri hukukunun ilişkiyle yakın bağlantı tesis ettiğini söylemek güç olacaktır¹¹². Zira müteahhit daha rizikolu olan iş görme edimini yerine geti-

¹¹⁰ Çeşitli sözleşme tipleri açısından karakteristik edimin ifa yerinin, edim borçlusunun ikametgâhı olduğu yönünde bkz. TEKİNALP, (dn.1) s. 307 vd.

¹¹¹ Bkz. AKINCI (dn.97) s. 84,90.

¹¹² Aksi görüş için bkz. AKINCI (dn.97) s. 90-91. Müellif, İsviçreli müteahhitlik firmasının Libya'da üstlendiği bir inşaat için, Türk firması ile müteahhitlik sözleşmesi yapması halinde Libya hukukunun uygulanmasının taraf menfaatlerine uygun olmadığını ifade etmektedir (s. 85 dn. 215). Bu durumda taraf menfaati için hukuk seçimi zorunlu olmaktadır. Bu yapılmamış olduğunda iş sahibi durumunda olan İsviçreli firmanın, müteahhidin iş merkezi olan Türk hukukunu, işin bilfiil görüldüğü yer olan Libya hukukuna tercih edeceğini, tarafların beklentilerinin bu yönde olduğunu apriori söylemek mümkün değildir. Tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde olduğu ve üçüncü bir ülkede işin görüldüğü bir inşaat sözleşmesinde, işin yapıldığı yer sözleşmeyle daha yakın bağlantı içindedir.

rirken, işin görüldüğü yer hukukunu dikkate almak zorundadır ve bu hukuk kendisinin öngörmediği ve ilişkiyle tesadüfi bağlantısı olan bir hukuk değildir. Söz konusu ifa yerinin pek çok sözleşmede iş sahibinin bulunduğu yer ile örtüşmesi, iş sahibi lehine bir tercih yapıldığını göstermemektedir. Burada bağlama noktası iş sahibi odaklı olarak değil, ağırlıklı edimin ifa yeri esas alınarak tespit edilmiş olmaktadır.

Aynı durum borçlunun mutad meskeni dışında işin görüldüğü ve bunun geçici olmadığı diğer işgörme sözleşmeleri için de geçerlidir. Örneğin California'da oturan Amerikalı bir aktörün, bir İngiliz tiyatro grubu ile Londra'da sahnelenen bir oyunda oynaması için yaptığı sözleşmede, aktörün mutad meskeni hukuku, ilişkiyle yakın bağlantı içinde değildir. Amerikalı oyuncu, edimini Londra'da ifa edeceği için, hukuk seçiminin olmadığı durumda, ilişkiye İngiliz hukukunun uygulanması arızı ve tesadüfi olmayacaktır.

Elbette ağırlıklı edimin ifa yerinin ilişkiyle sıkı bağlantı tesis etmediği durumlar da vardır. Örneğin tarafların ortak vatandaşlığa sahip olduğu bir taşıma veya gezi sözleşmesi bu niteliktedir. Bu sözleşmelerde ağırlıklı edimin ifası, sözleşmenin ait olduğu sosyo-ekonomik çevrenin dışında bir yerde ve hatta birden fazla yerde gerçekleşmektedir. Bu durumda ifa yeri sıkı bağlantı kistasını gerçekleştirmediği için, sözleşmeye uygulanacak hukuk diğer bağlantı noktaları esas alınarak tespit edilmelidir.

C- Çeşitli Sözleşme Tipleri Açısından Ağırlıklı Edimin İfa Yerinin İncelenmesi

1. Satım sözleşmesi

Satım sözleşmesinde satıcının edimi karakteristik edim olarak kabul edildiği¹¹³ için uygulanacak hukuk satıcının edimini ifa ettiği yer hukuku olacaktır.

Satım sözleşmesinde satıcının borcu satılan şeyin teslimi ve mülkiyetin naklidir (BK m. 182). Teslim borcu, satıcının malı aynen ve vasıta-

¹¹³ TEKİNALP, (dn.1) s. 305; NOMER, (dn.1) s. 269; TIRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 223; AKINCI (dn.9) s. 73.

sız olarak alıcının eline geçirmesi ile ifa edilmiş olmaktadır¹¹⁴. Bunun için satıcının sözleşme, kanun ya da örf ve âdete göre üzerine düşenleri yapmış olması yeterlidir, ayrıca malın alıcı tarafından teslim edilmesi zorunlu değildir¹¹⁵. Bu itibarla satıcının teslim borcunun ifa edildiği yer tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları yerdir. Söz konusu ifa yeri açık bir kayıtla (Hamburg'da teslim) kararlaştırılabileceği gibi, sözleşmeye konan ticari kayıtların yorumu yoluyla da tespit edilebilir¹¹⁶.

Uluslararası Ticaret Odasının çıkardığı INCOTERMS¹¹⁷ (Ticari Terimlerin Yorumlanması Hakkındaki Uluslararası Kurallar-International Rules for the Interpretation of Trade Terms) bu alandaki ticari örf ve âdetleri yazılı hale getirmiştir. Dolayısıyla yazılı hukuk sistemlerinde bir boşluk olması veya tarafların açıkca UTO kurallarına atıf yapması ve hatta yapmaması halinde dahi bu kurallar devreye girmektedir¹¹⁸. Buna göre INCOTERMS 4 grup halinde sözleşmeleri ele almıştır. İlk grup "E" terimli Incotermsdir ve sadece ExWorks (EXW) işyerinde teslim suretiyle satıştır. Burada satıcının malları teslim yeri kendi ticari işletmesi olmaktadır. İkinci grup "F" terimli ve taşıma masraflarının satıcı tarafından ödenmediği satımlardır. Bunlar Free Carrier (FCA) taşıyıcıya teslim; Free Alongside Ship (FAS) gemi doğrultusunda teslim; Free On Board (FOB) gemi bordasında teslim olmak üzere 3 tanedir. Bu grupta satıcı, malları alıcı tarafından belirle-

¹¹⁴ KALPSÜZ, (dn.105) s. 144; TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, c. I/1, Ankara 1984, s. 115; YAVUZ, Cevdet: *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, İstanbul 2002, s. 66 vd.

¹¹⁵ KALPSÜZ, (dn.105) s. 145.

¹¹⁶ Id. s. 146.

¹¹⁷ UTO bu konuda 1936, 1953, 1967, 1976, 1980, 1990'da kurallar tesis etmiş, en son değişiklik 560 nolu broşür ile 2000 yılında yapılmıştır. Metin için bkz. ÇELİKEL/ŞANLI: *Türk Milletlerarası Özel Hukuk Mevzuatı*, İstanbul 2001, s. 489 vd.

¹¹⁸ Incoterms ile ilgili bkz. ÖZEL, Sibel: "INCOTERMS-FOB ve CIF Sözleşmeler" 3 Argumentum, 421 (1992) s. 422. Ayrıca bkz. SCHMITTHOFF, C: *The Law and Practice of International Trade*, ninth edition, London, Stevens & Sons, 1990, s. 9 vd; ŞANLI, Cemal: *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, İstanbul 2002, s. 31 vd.; ERDEM, Ercüment: "Incoterms 2000" Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaşgünü Armağanı, İstanbul, 2001, s. 181 vd.

nen bir yerde teslim etmektedir¹¹⁹. Yükleme limanı belirtilerek yapılan bu kayıtlarda satıcının teslim borcunun ifa yeri, belirtilen yükleme limanı olmaktadır¹²⁰. Üçüncü grup "C" terimli ve taşıma masraflarının satıcı tarafından ödendiği satışlardır. Bunlar Cost & Freight (CFR) mal bedeli ve navlun; Cost, Insurance & Freight (CIF) mal bedeli, sigorta ve navlun; Carriage Paid to (CPT) taşınma ücreti ödenmiş olarak teslim; Carriage & Insurance Paid to (CIP) taşıma ücreti ve sigorta ödenmiş olarak teslim olmak üzere 4 tanedir.. Burada da "F" terimli sözleşmelerde olduğu gibi satıcı teslim borcunu yükleme yerinde ifa etmektedir. Dolayısıyla her iki kategori de yükleme sözleşmeleri kategorisindedir¹²¹. Dördüncü grup "D" terimli satışlardır. Bunlar Delivered at Frontier (DAF) sınırda teslim; Delivered EX Ship (DES) gemide teslim; Delivered Ex Quay (DEQ) rıhtımda teslim; Delivered Duty Unpaid (DDU) gümrük resmi ödenmemiş olarak teslim; Delivered Duty Paid (DDP) gümrük resmi ödenmiş olarak teslim olmak üzere 5 tanedir. Bu grupta satıcı varma yerine kadar malları getirmek için gerekli bütün masraflara katlanmaktadır¹²². Dolayısıyla terim ifa yerini tayin edici nitelikte değildir¹²³.

Mesafe satışlarında yani malın ifa yerinden başka bir yere gönderildiği hallerde malın gönderildiği yer kararlaştırılan ya da kanunen tayin edilen ifa yerini değiştirmemektedir. Dolayısıyla satıcı alıcının istemi üzerine veya onun yararına malları ifa yerinden başka bir yere göndermektedir¹²⁴. Bu açıdan malların fiili teslim yerinin her durumda ifa yerini göstermediğine dikkat edilmelidir.

Satıcının aslî diğer borcu mülkiyeti karşı tarafa nakletmektir. Aslın-

¹¹⁹ ÖZEL, (dn.117) s. 421; ERDEM (dn. 118), s. 195.

¹²⁰ TİRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 230. Aynı şekilde TTK m. 1138'de düzenlenen FOB satışta da satıcının malları yükleme yerindeki teamüllere göre alıcı tarafından tayin olunan gemide teslim etmesi gerektiği belirtilmektedir.

¹²¹ Id. s. 422. Aynı şekilde TTK m. 1140 Sif sözleşmede satıcı tarafından malların yükleme yerindeki gemiye yükletilmesini öngörmüştür. Bkz. KALPSÜZ, (dn.105) s. 164.

¹²² ÖZEL, (dn.117) s. 421-422; ERDEM (dn. 118), s. 196.

¹²³ TİRYAKIOĞLU, (dn.1) s. 233; TANDOĞAN, (dn.114) s. 123 vd.

¹²⁴ TANDOĞAN, (dn.114) s. 112, 119. Satıcının malları ifa yerinden başka bir yere göndermesi borcu yan mahiyette bir borçtur ve taşıma masraflarını satıcıya yüklemeyiz (BK m. 186/1). Masrafsız (franko) teslim şart edilmişse satıcı taşıma masraflarını da üzerine almış sayılır (BK m. 186/II). Id. s. 119-120.

da teslim borcu mülkiyeti nakil borcunun bir sonucu ve tamamlayıcısı niteliğindedir. Dolayısıyla teslim borcunun ifası ile mülkiyeti nakil borcu da ifa edilmiş olur¹²⁵. Bununla birlikte bazı durumlarda satıcı teslim borcunu ifa ettiği halde mülkiyet alıcıya geçmiş olmaz. Örneğin CIF satışta, mallar yükleme limanında teslim edildiği halde, mülkiyet malı temsil eden konişmentonun ciro ve teslimi ile alıcıya intikal etmektedir (TTK m. 1140/IV). Dolayısıyla satıcının mülkiyeti nakil borcunun ifa yeri, konişmentonun alıcıya teslim edildiği yer yani kural olarak alacaklının ikametgâhı veya varma limanıdır¹²⁶.

CIF satışta satıcının teslim borcunun ifa yeri yükleme limanı, mülkiyeti nakil borcunun ifa yeri varma limanı olduğuna göre, uygulanacak hukuku tespitinde esas alınan ifa yeri hangi yer olacaktır? Satıcının aslî ediminin malların mülkiyetini nakil borcu olduğu dikkate alınır, teslim borcu ile mülkiyeti nakil borcunun farklı yerlerde ifa edildiği her durumda, mülkiyeti nakil borcunun ifa yeri esas alınmak zorundadır. Bu itibarla CIF satışta uygulanacak hukuk mülkiyeti nakil borcunun ifa edileceği yer olan varma limanı hukukudur.

İfa yerinin taraflarca tespit edilmediği ve örf ve adete göre de anlaşılmadığı durumlarda BK m. 73'deki tamamlayıcı hükümler uygulanacaktır. Satıcının ediminin ifa yeri BK m. 73/b. 2,3 uyarınca belirlenecektir¹²⁷.

Gayrimenkul satımı sözleşmelerinde ise satıcı borcunu gayrimenkulün bulunduğu yerde (lex rei sitae) ifa edeceği için sözleşme bu yer hukukuna tâbi olacaktır¹²⁸. Gayrimenkulle ilgili sözleşmelerde uygulanacak hukuk konusunda lex rei sitaenin esas alınması 1980 Roma konvansiyonu m. 4 (3) ve İsviçre DÖHK m. 119'da da kabul edilmiştir. Zira lex rei sitae gayrimenkulle ilgili sözleşmelerde en yakın bağlantılı hukuk olmaktadır.

Satım sözleşmeleri içinde özel bir yeri olan tüketici sözleşmeleri, tüketicinin korunması adına özel düzenlemelere konu olmaktadır¹²⁹.

¹²⁵ TANDOĞAN, (dn.114) s. 114; KALPSÜZ, (dn.105) s. 170; YAVUZ (dn. 114), s. 70.

¹²⁶ KALPSÜZ, (dn.105) s. 170-171. Ayrıca bkz. ÖZEL, (dn.117) s. 425.

¹²⁷ Bkz. yukarıda, III, B.

¹²⁸ TEKİNALP, (dn.1) s. 303; AKINCI (dn.9) s. 75.

¹²⁹ Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GELGEL (ÖZTEKİN) Günseli: *Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar*, İstanbul 2000, s. 52 vd; GÜNGÖR, Gülin: *Mil-*

1980 Roma konvansiyonu m. 5 ve İsviçre DÖHK m. 120'de tüketicinin mutad meskeni hukuku esas alınmıştır. MÖHUK'da bu konuda özel bir hüküm olmadığı için, m. 24/II'deki ağırlıklı edimin ifa yeri hukuku tüketici sözleşmeleri için de uygulanacaktır. Tüketicinin korunması açısından önemli olan kendi mutad meskeni hukuku satıcının ediminin ifa yeri ile örtüşmediği sürece MÖHUK m. 24 kuralının, bu özel sözleşme tipi için elverişli olduğu söylenemez. Tarafların zımni rızalarının ifa yeri konusunda tüketicinin mutad meskenine yöneldiğinin kabulü yerinde olacaktır¹³⁰. Doktrinde, ifa yerinin bu şekilde tespiti mümkün olmaması halinde, milletlerarası özel hukukun tüketiciyi koruma amacı çerçevesinde MK. 1 uyarınca koruyucu bağlama kuralının yaratılması gerektiği savunulmaktadır¹³¹.

2. Patent lisansı sözleşmesi

Patent lisansı sözleşmesi, lisan verenin patentten doğan haklarının kullanımını lisans alana verdiği bir sözleşmedir. Burada lisans veren patent üzerindeki haklarını kısmen ya da tamamen devretmeyip, sadece lisans alana karşı inhisari hakkını kullanmaktan kaçınmaktadır¹³².

Patent lisansı sözleşmeleri karmaşık yapıları nedeniyle karakteristik edimin tespitinin kolay olmadığı sözleşmelerdir. Her iki tarafın edimini de karakteristik edim olarak yorumlayan görüşler ortaya atılmıştır¹³³.

Karakteristik edim olarak lisans verenin edimini kabul eden görüş, lisans sözleşmesinde aslî rol oynayan borcun lisans verenin kaçınma yükümü olduğunu kabul etmektedir. Lisans veren ticari patentin kullanılması için gerekli teknik ve ticari bilgileri sunmak, üretilen mamüllerin kalitesini kontrol etmek borcu altındadır. Ayrıca lisans sözleşmesinin teknoloji transferini düzenlemesi halinde, lisans veren ba-

letlararası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, s. 65 vd. Ayrıca bkz. TEKİNALP, (dn.1) s. 332 vd.

¹³⁰ GÜNGÖR, (dn.129) s. 197, 201.

¹³¹ Bkz. Id. s. 214.

¹³² ORTAN, Ali Necip: *Patent Lisansı Sözleşmesi*, Ankara 1979, s. 16. Patent lisansı sözleşmelerinin kapsamı, hukuki niteliği ve çeşitleri konusunda bkz. Id. s. 16 vd.

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. SARGIN, (dn.1) s. 89 vd.

zı garantiler vermeye, teknoloji kullanımını için gereken teknik yardımı yapmaya, lisans alanın personelini eğitmeye ve sözleşme süresi boyunca yeni teknik değişimlerden lisans alanı haberdar etmeye mecburdur. Oysa lisans alanın borcu sadece bir miktar para veya royalti ödemekten ibarettir. Diğer yandan lisans alanın borçları lisans verene bağlı olarak doğmakta, dolayısıyla tâli nitelikte bulunmaktadır¹³⁴. Lisans verenin edimini karakteristik edim sayan görüş, uygulanacak hukuku saptarken, edim borçlusunun mutad meskeni kıstasını esas almakta ve dolayısıyla lisans verenin hukukunun uygulanmasını kabul etmektedir¹³⁵. Bu itibarla bu görüşe yöneltelen eleştiriler de lisans verenin ediminin karakteristik edim sayılmasından ziyade, lisans verenin ticari işletmesinin bulunduğu yerin pek çok olayda ilişkiyle yakın bağlantı tesis etmemesine yöneliktir. Zira lisans verenlerin ticari işletmelerinin pek çoğu Bahama, Lüksemburg ve Liechtenstein'da toplanmıştır ve bu ülke hukuklarının lisans sözleşmeleriyle bağlantıları uzak ve tesadüfidir¹³⁶. Dolayısıyla lisans verenin ediminin karakteristik edim niteliğine sahip olmadığı ileri sürülmemekte, sadece güçlü olan taraf hukukunun uygulanmasına karşı çıkılmaktadır.

Lisans alanın edimini karakteristik edim olarak kabul eden görüş ise, lisans alanın ediminin sadece bir miktar para ödenmesinden ibaret olmadığını, pek çok sözleşmede royalti ödendiğini, sözleşme kapsamında ürünün imal edildiği ve pazarlandığını ileri sürmektedir¹³⁷. Bu görüş de aslında karakteristik edim saptaması ile birlikte lisans alanın hukukunun uygulanmasını esas almakta, dolayısıyla görüşe yöneltelen eleştiriler de lisans alanın hukukunun uygulanmasına yönelik eleştiriler olmaktadır¹³⁸.

Lisans sözleşmesinin niteliğine göre karakteristik edimin belirlenmesini savunan görüş, basit lisansta lisans verenin edimini, münhasır lisansta ise lisans alanın edimini karakteristik saymakta ve buna göre lisans verenin veya alanın hukukunun uygulanmasını savunmaktadır¹³⁹.

¹³⁴ Bkz. SARGIN, (dn.1) s. 89 vd.

¹³⁵ Id. s. 92.

¹³⁶ Id. s. 95.

¹³⁷ Id. s. 106 vd.

¹³⁸ Id. s. 111 vd.

¹³⁹ Bkz. TEKİNALP, Gülören: "Patent Lisans Sözleşmesine Uygulanacak Bağlama Kuralı" İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, c. XXXV, 1969, s. 266; SARGIN, s. 99 vd.

Lisans sözleşmesinde sözleşmenin niteliği gereği esaslı edim lisans verenin olumlu yükümlülüğü olan patent hakkına ilişkin kullanım hakkını vermek ve olumsuz yükümlülüğü olan kendisine ait inhisari hakkı lisans alana karşı ileri sürmekten kaçınmaktır¹⁴⁰. Bununla birlikte taraflar yapmış oldukları lisans sözleşmesine olumlu veya olumsuz yükümlülükler ilave edip, hangilerinin daha işlevsel olduğunu kendileri belirleyebilirler¹⁴¹. Dolayısıyla lisans sözleşmeleri için karakteristik edimin apriori saptanması satım ya da kira sözleşmelerinde olduğu gibi mümkün değildir. Somut olaydaki lisans sözleşmesinin özelliklerine göre inceleme yapılmalıdır. Bu itibarla MÖHUK m. 24/II'de yer alan borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edim terimi, karakteristik edime nazaran daha işlevsel olacaktır.

Kanaatimizce pekçok lisans sözleşmesinde lisans verenin kaçınma yükümlülüğü ağırlıklı edimdir ve MÖHUK m. 24/II uyarınca bu edimin ifa yeri hukuku uygulanmalıdır. Lisans verenin kaçınma borcu, lisan alanın ülkesi sınırlarında ifa edilmektedir. Bir başka ifadeyle lisans verenin edimini ifa yeri aynı zamanda koruma ülkesi olmaktadır. Bunun dışında lisans verenin patentin kullanılması için gerekli teknik bilgileri vermek, üretilen malın kalitesini kontrol etmek gibi diğer yükümlülüklerinin ifa yeri de işin niteliği gereği lisan alanın ülkesi olmaktadır.

Inhisari lisansta veya tüketim borcunun ihtiva edildiği lisans sözleşmelerinde¹⁴² ise lisans alanın edimi daha ağırlıklı edim olarak ortaya çıkmaktadır. Zira lisans alan tarafından gerçekleştirilecek olan etkili bir tüketim karakteristik edimi ifade etmektedir. Bu edimin ifa yeri de lisans alanın ülkesi olmaktadır. Bunun dışında lisans alanın yenileme ücreti veya sınai mülkiyet hakkının bakımını sağlama borcu, hakka yönelik tecavüzleri önlemek için gerekli önlemleri alma, koruma borcu da lisans alanın ülkesinde ifa edilmektedir¹⁴³.

¹⁴⁰ ORTAN, (dn. 132) s. 173.

¹⁴¹ ORTAN, (dn.132) s. 173; ERDEM, (dn. 95) s. 150-151.

¹⁴² Bu lisans sözleşmelerinde lisans veren, aynı hak için başkasına lisans vermemeyi ve aynı zamanda kendisinin de söz konusu hakkı kullanmayacağını taahhüt etmektedir. bkz. ORTAN, (dn.132) s. 151 vd; ERDEM, (dn.95) s. 146-147.

¹⁴³ SARGIN, (dn.1) s. 101.

Görüldüğü üzere karakteristik edim borçlusunun kişisel hukuku yerine, ilişkiyle objektif bağlantılı olduğunu kabul ettiğimiz ifa yeri kıstası kabul edilince, lisans sözleşmesinde gerek lisans verenin gerekse lisans alanın esaslı edimlerinin ifa yeri, lisans alanın ülkesi olmaktadır. Ancak birden fazla ülke için lisans sözleşmesi yapıldığında, lisans verenin veya lisans sözleşmesinin özelliğine göre lisans alanın ediminin birden fazla ülkede ifa edilebileceği gözönünde bulundurulduğunda, tek bir ifa yeri saptanamıyorsa, MÖHUK m. 24/son'da yer alan en yakın bağlantılı hukukun araştırılması imkanı gündeme gelecektir.

Lisans sözleşmelerinde de ağırlıklı edimin ifa yeri hukukunun uygulanması, kanaatimizce lisans veren durumunda olan güçlü, sanayileşmiş ülke hukuklarının, lisans alan durumunda olan gelişmekte olan ülkelerde, hukuk seçiminin olmadığı her durumda uygulama imkanını bertaraf etmektedir¹⁴⁴. Lisans sözleşmesinde ağırlıklı edimin ifa yeri, ilişkiyle çok yakın bir bağlantı tesis etmekte iken¹⁴⁵, lisans verenin mutad meskeni hukukunun uygulanması aynı yakınlığı göstermemektedir¹⁴⁶.

¹⁴⁴ İsviçre DÖHK m. 122/1'de yer alan lisans verenin mutad meskeni kıstasının kabulü nedenleri için bkz. ERDEM, (dn.95) s. 177 vd

¹⁴⁵ Aksi görüş ERDEM, (dn.95) s. 197. SARGIN,(dn.1) hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde, teknolojinin kullanıldığı ülke hukuku veya asli tüketim merkezi hukukunu bağlama noktası olarak önermektedir (s. 239). Müellif bu bağlama noktasının tüm lisans sözleşmeleri için uygun olmadığını da kabul etmektedir (s. 239). En sıkı bağlantılı hukukun tespit edilemediği somut ihtilaflarla sınırlı olmak üzere "tüketim yeri" veya "asli tüketim faaliyetinin gerçekleştirildiği merkeze işaret eden asli tüketim yeri" bağlama noktası olarak önerilmektedir (s. 273). Tüketim yeri veya asli tüketim faaliyetinin gerçekleştiği yer, bir başka ifadeyle, lisans sözleşmesinde ağırlıklı edimin lisans alanın edimi olduğunun kabulü anlamına gelmekte ve lisans alanın edimini ifa ettiği yeri göstermektedir.

¹⁴⁶ ERDEM, (dn.95) lisans sözleşmelerinde lisansı veren tarafın edimini ağırlıklı edim olarak kabul etmekle birlikte, bu edimin ifa yeri hukukunu değil, edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun uygulanmasını savunmaktadır. Müellif bunu taraf menfaatine dayandırmaktadır (s. 196-197). Bununla birlikte aynı müellif patent lisansı sözleşmelerinin bazılarında karşılıklı edimlerin eşit ağırlıkta olduğunu, bu nedenle MÖHUK m. 24'de yer alan en sıkı bağlantılı hukukun bir istisna kuralı olarak devreye girmesi gerektiğini savunmaktadır (s. 168-169, 198).

3. Elektronik sözleşmeler

Bilgi çağı toplumunda, sadece bir bilgisayar ve modem yardımıyla insanlar coğrafi sınırları olmayan internet ortamında biraraya gelmekte ve elektronik ticaret günlük yaşamın bir parçasını oluşturmaktadır. Bireyler ve Ticari işletmeler interneti kullanarak ticari işletmeden-ticari işletmeye veya ticari işletmeden-tüketiciye muameleler¹⁴⁷ gerçekleştirmektedir. ABD'de yapılan bir araştırmaya göre 2003 yılına kadar ticari işletmeden-ticari işletmeye elektronik ticaretin 1.3 trilyon \$'a ulaşması beklenmektedir¹⁴⁸.

Elektronik ticaret, ticari faaliyet gerçekleştirmek için kullanılan her türlü elektronik imkanı ifade etmektedir. Elektronik ticaret deyiminde geçen elektronik terimi ise, bilgisayar, telekomünikasyon teknolojileri ve dijital veri iletimi ve prosedürünün yer aldığı ağların küresel birimini işaret etmektedir¹⁴⁹. Dolayısıyla e-ticaretin diğer iletişim araçlarıyla gerçekleşen ticari faaliyetlerden farkı, dijital teknoloji kullanılması ve dijital ortamda gerçekleşmesidir¹⁵⁰.

E-ticaret kapsamında gerçekleşen hukuki işlemler maddi mal ve hizmetlerin tedariki amacıyla veya görüntü, ses, yazılı metin ve yazılım temini amacıyla yapılabilir. Bu iki tür sözleşme arasında ifa açısından farklılık vardır. Zira maddi mal ve hizmetlerin ifası fiziksel dünyada (off-line ifa) gerçekleşmektedir. Dolayısıyla bu noktada telefonla yapılan bir işlem ile internet aracılığıyla yapılan bir işlem arasında fark yoktur. Buna karşılık dijital ürünlerin (software, video, müzik,

¹⁴⁷ Bkz. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle: "Choice of Court and Choice of Law Clauses in Electronic Contracts" in Aspects Juridiques du commerce électronique Sous la direction de Vincent Jeanneret, Schulthess, Zürich 2001, s. 20 vd.

¹⁴⁸ HOLLEYMAN, Robert: "Updating Contract Law For the Digital Age" USA Today, v. 128, no.2658.

¹⁴⁹ MAZZOTTA, Francesco: "A Guide to E-Commerce: Some Legal Issues Posed by E-Commerce For American Businesses Engaged in Domestic and International Transactions" 24 Suffolk Transnational Law Review, 249 (2001) s. 273; ÖZSUNAY, Ergun: "Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları" in Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir 2002, s. 121.

¹⁵⁰ SÖZER, Bülent: *Elektronik Sözleşmeler*, İstanbul 2002, s. 121.

görüntü vs) on-line işlemleri farklı bir ticaret yöntemi oluşturmaktadır. Muamele bir bütün olarak müzakere aşamasından, ürünün teslimine, paranın ödenmesine kadar elektronik ağ aracılığıyla, aynı zamanda tamamlanmaktadır. Bu nedenle dijital ürünlerin ticareti tümüyle yeni bir pazar yaratmıştır. Bu gelişme yeni hukuk kurallarını da gerekli kılmaktadır¹⁵¹. Bu amaçla ABD'de Uniform Computer Information Transactions Act (UCITA) ve Uniform Electronic Transactions Act (UETA)¹⁵²; Avrupa Birliğinde "İç Piyasada, özellikle elektronik ticarete, bilgi toplumu servislerinin belirli hukuki durumları hakkında 8 Haziran 2000 tarih ve 2000/31/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (elektronik ticaret hakkında yönerge)¹⁵³, UNCITRAL Model Kanun¹⁵⁴ hazırlanmıştır.

İnternette yapılan sözleşmeler başlıca dört biçimde gerçekleşmektedir: (1) E-posta, (2) postalitesi ve chat (sohbet)servisleri, (3) www siteleri, (4) elektronik veri değişimi (electronic data interchange-EDI). Ayrıca pekçok sözleşme müzakereler sırasında bu biçimlerin kombinasyonlarının kullanımı ile oluşmaktadır¹⁵⁵.

Elektronik posta (E-p), geleneksel mektupların elektronik ortamdaki yansımasıdır. Yazılan metin alıcının adresine gönderilmektedir. Bu amaçla icap veya kabul beyanı göndericinin posta kutusundan çıkıp, alıcının posta sunucusuna (server) gitmekte, bu sunucu postayı alıcı-

¹⁵¹ MAZZOTTA, (dn.149) s. 267-268. Elektronik pazarlarla ilgili olarak bkz. KILIAN, Wolfgang: "Digital Communication and Contract Law" in Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir 2002, s. 145 vd.

¹⁵² 1999 tarihli UCITA ve UETA hakkında bkz. MAZZOTTA, (dn.149) s. 251 vd. UCITA hakkında ayrıca bkz. HOLLEYMAN, (dn.148) No. 2658. UETA hakkında ayrıca bkz. ANDERSON, Tyler: "An Analysis of Personal Jurisdiction and Conflict of Laws in the Context of Electronically Formed Contracts" 37 Idaho Law Review, 477 (2001) s. 477 vd.

¹⁵³ Official Journal. 17.7.2000, L. 178. Yönerge hakkında bkz. PULLEN, Mike/LOGAN, Kelly: "The European Union Proposed Legal Framework for E-Commerce" in E-Commerce Special Issue of International Company and Commercial Law Review, 1999, s. 21 vd; KILIAN, (dn.151) s. 150 vd.

¹⁵⁴ İngilizce metin için bkz. www.uncitral.org/english/texts/electcom/ml-ec.htm. (7.11.2000)

¹⁵⁵ KIDD, Donnie/DOUGHTREY, William: "Adapting Contract Law to Accommodate Electronic Contracts: Overview and Suggestions" 26 Rutgers Computer and Technology Law Journal, 215 (2000) s. 221.

nın posta kutusuna göndermektedir. Bu prosedür çok çabuk gerçekleşse de eş zamanlı değildir¹⁵⁶.

Posta listeleri veya Bilgisayar İlan Panoları, tesis edilen bir foruma gönderilen bireysel postalardan oluşur. Dolayısıyla foruma gönderilen postalarda icap veya kabul beyanları yer alabilir veya sözleşmenin ifasını oluşturan materyal gönderilebilir. Buna karşılık chat (sohbet) odalarında gerçekleşen gerçek zamanlı diyaloglarda bir sözleşme müzakeresi yapılabilir. Mesajların saklanmadığı bu ortamda yapılan sözleşmeler, telefon görüşmesiyle yapılan sözleşmelere benzemektedir¹⁵⁷.

Diğer bir elektronik sözleşme biçimi web sitesi-www (world wide web-dünyayı saran ağ) üzerinden yapılan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler web sayfası üzerinden veri değişimi süresince sunucu (server) ile müşteri makinesi arasındaki bağlantı kullanılarak yapılmaktadır. Web sayfası üzerinde operatör bir reklam yayınlayarak bir ürün ya da hizmet sunmaktadır. Müşteri sayfada yer alan sipariş formunu doldurup, kabul düğmesini tıklayınca sözleşme meydana gelmiş olmaktadır¹⁵⁸. Pekçok ticari web sitesinde online satış formu bulunmakta ve ödemeler internet üzerinden gerçekleşmektedir. Dolayısıyla müşterinin yapması gereken tek şey formu doldurup, 'kabul' düğmesini tıklamaktır. Dijital ürünlerde, ödeme üzerine elektronik dosyalar derhal müşterinin bilgisayarına indirilmektedir (download)¹⁵⁹. Müşterinin sözleşme koşulları üzerinde müzakere hakkı olmadığı¹⁶⁰ bu sözleşmelerde iletişim eş zamanlı olarak gerçekleşmektedir¹⁶¹. Taraflardan biri herhangi bir noktada ağ dışına çıktığında (off-line) diğeri bu durumu derhal farketmektedir¹⁶².

¹⁵⁶ MURRAY, Andrew: *"Entering into Contracts Electronically: The Real W.W.W"* in Law and the Internet A Framework for Electronic Commerce second ed. By Lilian Edwards and Charlotte Waelde, Hart Publishing Oxford-Portland-Oregon 2000, s. 18.

¹⁵⁷ KIDD/DAUGHTREY, (dn.155) s. 226.

¹⁵⁸ MURRAY, (dn.156)s. 19.

¹⁵⁹ KIDD/DAUGHTREY, (dn.155) s. 227.

¹⁶⁰ SÖZER, (dn.150) s. 92-93; KIDD/DAUGHTREY, (dn.155) s. 227.

¹⁶¹ MURRAY, (dn.156) s. 19.

¹⁶² Id. s. 26-27.

EDI kullanımıyla meydana gelen işlemlerde ise insan unsuru bulunmaksızın, standart formatta bilgisayardan -bilgisayara veri iletisi yapılmaktadır¹⁶³.

Elektronik sözleşmeler oluşumu, hükümleri ve niteliği gereği maddi hukuk alanında mevcut hükümler kapsamında ele alınıp değerlendirildiği gibi¹⁶⁴, uygulanacak hukuk meselesinde de kuralların değerlendirilmesi ve gerektiğinde yeni kuralların getirilmesi gerekmektedir. Sözleşme konusu olan mal ve hizmetlerin fiziksel dünyada ifasının (off-line) sözkonusu olduğu sözleşmelerde uygulanacak hukuk meselesi, diğer sözleşmelere nazaran bir özellik arz etmemektedir. Burada elektronik ortam sadece bir aracı rolü üstlenmektedir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk, hukuk seçiminin yapılmadığı durumda, MÖ-HUK m. 24/II gereği, borcun ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri olduğu için, mal ve hizmet tedarik eden tarafın, edimini yerine getirdiği yer hukuku sözleşmeye hakim olacaktır. Bu tür sözleşmelerde ifa yerinin tespiti konusunda da diğer sözleşmelere kıyasla bir farklılık yoktur. Mesafeler arası bir sözleşme ilişkisi olduğu için, alıcının adresine yapılan teslimatın, ifa yeri anlamına gelip gelmediği her olaydaki koşullara göre belirlenecektir. Masraflara alıcının katlandığı ve satıcının alıcı yararına malı onun adresine gönderdiği sözleşmelerde, sözleşmesel ifa yeri değişmediğinden, BK m. 73b.3'de yer alan satıcının ikametgâhı kuralı geçerliliğini koruyacaktır¹⁶⁵. Bu durumda tüketici sözleşmelerinde tercih edilen alıcının mutad meskeni hukukunun uygulanmasının sözkonusu olmayacağı açıktır¹⁶⁶.

Dijital ürünlerin internet ortamında alıcının bilgisayarına indirilmesi ile gerçekleşen sözleşmelerde¹⁶⁷ uygulanacak hukukun tespiti özel

¹⁶³ KIDD/DAUGHTREY, (dn.155) s. 227-228; SÖZER, (dn.150) s. 90-91.

¹⁶⁴ Bkz. SÖZER, (dn.150) s. 93 vd.

¹⁶⁵ Bkz. yukarıda, III, B.

¹⁶⁶ Bkz. GÜNGÖR, Gülin: "İnternet Yoluyla Girişilen Elektronik Tüketici Akıtları ve Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması" 46 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 101 (1997) s. 112-113.

¹⁶⁷ SÖZER (dn.150) bu sözleşmeleri satım sözleşmesi olarak nitelendirmektedir (s. 26). Oysa dijital marketlerde software ve diğer bilgi formatları satım sözleşmelerine değil, lisans sözleşmelerine tâbi olmaktadır. Zira software ve diğer bilgi ürünlerinin mülkiyetinin intikalinden ziyade, sözkonusu bilginin kullanım hakkının lisansla verilmesi sözkonusudur. Lisans modeli, müşterinin ihtiyaçlarına daha fazla hizmet etmekte ve başka türlü elde edemeyeceği haklara sahip olmasını sağlamaktadır. HOLLEYMAN, No. 2658.

önem arz etmektedir. Özellikle Türk hukukunda uygulanacak hukuk ağırlıklı edimin ifa yerine göre tespit edildiği için¹⁶⁸ bu tür sözleşmelerde ifa yerinin tespitindeki güçlük uygulanacak hukukun tespitinde de kendisini göstermektedir.

Dijital ürünün, bilginin müşteriye sağlandığı ya da software'nin kullanım hakkının verildiği yerin tespiti, ileti bilgisayarlar arasında gerçekleştiği için kolay değildir. Bir de buna servis sağlayıcı ya da sunucuların bulunduğu yerlerin farklılığını eklersek durum daha da karışacaktır. Bu konuda, bir veri mesajının ne zaman ve nerede gönderilmiş ve alınmış sayılacağını kabul eden maddi düzenlemelerden yararlanılabilir. UNCITRAL Model Kanun¹⁶⁹ m. 15 veri mesajlarının gönderme ve alım yeri ve zamanını tanımlamıştır. Buna göre gönderici ve muhatap arasında aksine bir anlaşma yoksa, bir veri mesajı göndericinin işyerinin bulunduğu yerde gönderilmiş; muhatabın (alıcının) işyerinin bulunduğu yerde alınmış varsayılır. Bu maddenin amacı açısından, gönderici veya muhatabın birden fazla işyeri varsa, temeldeki muameleyle en yakın bağlantılı işyeri, temelde bir muamele yoksa, esas işyeri esas alınır. Eğer gönderici veya muhatabın işyeri bulunmuyorsa, mutad meskenleri dikkate alınır¹⁷⁰. Dolayısıyla Model Kanun bilgiyi depolamak, almak ve iletmek için kullanılan elektronik posta kutusu dahil teknik yöntemlerin tümünü içeren 'bilgi sistemlerinin' bulunduğu yeri dikkate almamıştır¹⁷¹. Muhatabın veri mesajını aldığı bilgi sistemi, çoğunlukla onun bulunduğu yerde yer almamaktadır. Bilgi sisteminin bulunduğu yerin ifa yerinin tespitinde önemli olmadığını vurgulamak için Model Kanun, veri mesajının nerede alınmış sayılacağını da ayrıca tanımlamıştır¹⁷². Aynı yaklaşım UETA'da¹⁷³ da izlenmiştir. Taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece, bir elektronik kayıt satıcının işyerinden gönderilmiş ve alıcının işyerinde alınmış

¹⁶⁸ 1980 Roma Konvansiyonu ve İsviçre DÖHK karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukukunu esas aldığı için internet üzerinden yapılan sözleşmelerde uygulanacak hukukun tespitinde bir farklılık olmamaktadır. Bkz. KROPHOLLER, (dn.24) s. 450.

¹⁶⁹ Bkz. dn. 154.

¹⁷⁰ m. 15(4)(a)(b).

¹⁷¹ Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) N.40 (dn.154).

¹⁷² Id. N. 105 (dn.154).

¹⁷³ Dn.152.

varsayılır. Alıcı ya da satıcının işyeri yoksa mutad meskeni esas alınır. Burada da bilgi işlem sistemlerinin bulunduğu yer dikkate alınmamıştır. Zira kullanıcıların bir ülkeden diğerine iletişimde bulunurken, iletişimin gerçekleştiği bilgi sistemlerinin yerini bilmediği kabul edilmektedir. Böylece kanunlar ihtilafı açısından, aksine bir anlaşma olmadığı sürece, bilgi sistemlerinin bulunduğu yer bir önem taşımayacaktır¹⁷⁴.

Bu veriler ışığında BK m. 73 çerçevesinde elektronik sözleşmede muhataba dijital ürün temin eden tarafın ifa yerini tespit edebiliriz. Taraflar açıkça ifa yeri tespit etmişlerse¹⁷⁵ bu yer veri mesajını gönderen tarafın edimini ifa yeri olarak kabul edilecektir. Açık bir seçim yapılmadığında zımni olarak ifa yerinin tespit edilip edilmediğine bakmak gerekir. Burada işin niteliği, örf ve âdet de önem kazanmaktadır. Model kanunlarda esas alınan gönderme yeri ve alım yeri tanımları dikkate alınır, gönderici için ifa yeri kendi işyerinin bulunduğu yer olmaktadır. Alıcı için de veri mesajı kendi işyerinde alınmış farzedilmektedir¹⁷⁶. Bu durumda tarafların zımni iradelerinin gönderici veya alıcının işyerini esas aldığı söylemek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla kanuni ifa yeri olan BK m. 73 b.3'deki borçlunun mukim bulunduğu yer, ifa yeri olacaktır. Zira göndericinin borcu b.1 ve b.2 kapsamında değildir. Elektronik sözleşmelerde ağırlıklı edimin ifa yeri, göndericinin işyeri (veya mutad meskeni) olduğu için, bu yer hukuku ilişkiye uygulanacaktır. Tüketici sözleşmeleri için, alıcının mutad meskenini dışlayan bu hukukun modern gelişmeleri yansıtmadığı açıktır¹⁷⁷.

¹⁷⁴ ANDERSON, (dn.152) s. 491.

¹⁷⁵ Web sayfasında gösterilen bir ürünün indirilmesi amacıyla yapılan sözleşmelerde, muhatap kendisine sunulan şartların tümünü kabul düğmesine tıklayarak kabul ettiği için, şartlar arasında yer alan ifa yeri klozunu da seçmiş sayılacaktır.

¹⁷⁶ UNCITRAL Model Kanun m. 15 veri mesajlarının gönderildiği ve alındığı anı da tanımlamıştır. Buna göre taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir veri mesajı göndericinin kontrolü dışındaki bir bilgi sistemine girdiğinde gönderilmiş olmaktadır. Veri mesajının alındığı an ise, mesajın belirlenen bilgi sistemine girdiği veya belirlenen bilgi sistemi yoksa, alıcının bilgi sistemine girdiği andır (Dn. 154 Nr. 102-104). Dolayısıyla gönderilme anı verinin göndericinin kontrolünden çıktığı andır. Bunun için yapılması gerekenler göndericinin işyerinde yapılmıştır.

¹⁷⁷ GÜNGÖR (dn.166) s. 118.

Bilgisayardan bilgisayara indirme yoluyla dijital ürün iletisinde (online ifa) ifa yerinin bir bağlama noktası olarak kabulü makul görünmemektedir. Bu tür sözleşmelerle ilgili bağlantı noktaları taraflardan her birinin bulunduğu yerdir¹⁷⁸. Amerikan düzenlemesi UCITA¹⁷⁹ da katılmalı sözleşmeler ile elektronik teslimatı gerektiren sözleşmelerin, sözleşme yapıldığı anda, lisans verenin bulunduğu yer hukukuna tâbi olacağını hükme bağlamıştır¹⁸⁰. Dijital ürün temini sözleşmeleri uygulamada lisans sözleşmeleri olarak yapıldığı için, burada esas alınan lisans verenin bulunduğu yer hukuku, dijital ürünü gönderen tarafın bulunduğu yer hukuku olmaktadır.

Sonuç

Milletlerarası nitelikli sözleşmelere uygulanacak hukuku belirleyen objektif bağlama kurallarını irdelediğimiz bu çalışmada, modern devletler özel hukukunun en temel prensibi olan en sıkı bağlantılı hukuk prensibinin, sözleşmeler alanında vazgeçilmez bir prensip kural olduğu ortaya konulmuştur. Bununla birlikte en sıkı bağlantıyı belirleyecek bağlantı noktalarının seçimi bir hukuk sisteminden diğerine değişebilmektedir.

En sıkı bağlantılı hukuku tespitinde kullanılan karakteristik edim karinesi, özellikle edim borçlusunun mutad meskenine bağlanmayı esas aldığı sürece, çeşitli eleştirileri de beraberinde getirmektedir. Sözleşmeye damgasını vuran, daha rizikolu edimin ifa edildiği yer, objektif olarak sözleşmeyi yakın bağlantıda olduğu hukuka bağlamaktadır. Zira ifa yeri, sözleşmenin dahili bir unsurudur ve onun ait olduğu sosyo-ekonomik çevreyle de kural olarak yakın bağlantı halindedir. Oysa edim borçlusunun mutad meskeni hukuku, her olayda değişmeyen, sabit bir yer olması itibarıyla pekçok durumda sözleşmeyle yakın bağlantı tesis etmeyebilir. Diğer yandan her durumda edim borçlusunun mutad meskeni hukukunun, sözleşmenin diğer bağlantı noktaları dikkate alınmaksızın uygulanması, sözleşme ilişkisinde ekonomik açıdan güçlü taraf hukukunun uygulanması anlamına gelmektedir.

¹⁷⁸ Bkz. Elektronik Ticaret ve Devletler Özel Hukuku Hakkında Cenevre Yuvarlak Masa Toplantısı, Basın açıklaması. KAUFMANN-KOHLER, (dn.147) Annex 2.

¹⁷⁹ Dn. 152.

¹⁸⁰ MAZZOTTA, (dn.149) s. 252-253.

Bize göre MÖHUK m. 24/II'de esas alınan borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, sözleşmeyle yakın bağlantı tesis etmektedir. Pekçok durumda edimin ifa yeri hukuku ile edim borçlusunun mutad meskeni hukuku birbiriyle örtüşmektedir. Ama tarafların açıkça ifa yerini kararlaştırmış olmaları veya işin niteliğinden ifa yerinin borçlunun mutad meskeni dışında bir yerde gerçekleştiğinin anlaşıldığı durumlarda, ifa yeri, borçlunun hukukuna nazaran, ilişkiyle daha yakın bağlantı kurmaktadır. Bununla birlikte ifa yerinin tek başına sözleşme için yakın bağlantı tesis etmediği durumlar da bulunmaktadır. Bu nedenle MÖHUK m. 24/II son cümlede yer alan en sıkı irtibatlı hukuk kuralının, prensip norm olarak esas kural haline getirilmesi gerekmektedir.

Sözleşme en yakın bağlantı halinde bulunduğu ülke hukukuna bağlanmaktadır. Fakat norm bu haliyle yeterli açıklığı göstermediği için, yakın bağlantıyı tesis edecek bağlantı noktalarının da gösterilmesi gerekmektedir. Bize göre ağırlıklı edimin ifa yeri bu bağlantı noktalarından en önemlisidir. Borçlunun mutad meskeninin bulunduğu yer, sözleşmenin yapıldığı yer de ele alınacak diğer bağlantı noktalarını göstermektedir. Kural en sıkı bağlantılı hukuk olarak ortaya konulup, hakime ele alacağı bağlantı noktaları gösterilir ve bu bağlantı noktalarının somut sözleşmedeki işlevleri tartışmaya açılırsa, uluslararası alanda en yaygın borç ilişkisi olan sözleşmelerin, daha esnek bir yaklaşımla bir hukuk düzenine yerleştirilmesi sağlanmış olur.