

ÜÇÜNCÜ DEVLETİN EMREDİCİ KURALLARININ SÖZLEŞMESEL İLİŞKİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

Şefika AKIN(*)

GİRİŞ

Akitler alanında taraf menfaatlerinin ağır basmasının bir sonucudur ki, seçilen hukuk akit statüsünü tesbit etmekte ve günümüz milletlerarası özel hukuk alanındaki yasal düzenlemelerde de "hukuk seçimi" özellikle bir bağlama kuralı olarak yer almaktadır. (Örneğin 1987 Macar Kanunu md. 24, 1983 Yugoslav Kanunu md. 19, 1986 Alman Kanunu md. 116). Menkullerin Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi (1) md. 2/III ve Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında AET Sözleşmesi (2) md. 8 de de aynı nitelikte hükümler yer almaktadır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunumuzda (3) da yerini alan "hukuk seçimi" prensibi 24. maddenin 1. fıkrasındaki ifadesiyle "sözleşmeden

(*) I.Ü. Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

(1) 15.6.1955 tarihli sözleşme metni için bkz. Rabels, Z., 24 (1959) 145 vd. Tekinalp G., Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İst. 1986, s. 307.

(2) Journal Officiel (AET Resmi Gazetesi) L.266 (9.10.1980) İngilizce metin için ayrıca bkz. Rabels Z. 46, 1982, 196 v.d.

(3) R.G. 22.5.1982-17701.

doğru borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir." şeklinde olup, taraflara bu konuda iç hukukun "sözleşme serbestisinden" farklı olarak, milletlerarası özel hukuk alanında akdin tamamlayıcı hükümleri yanısıra emredici hükümleri hakkında da uygulanmaktadır. Tarafların akitlerine uygulanmak üzere bir hukuk seçimi yapmamış olmaları durumunda ise, akde uygulanacak hukuk objektif esaslara göre tesbit edilecektir. 24. maddenin 2. fıkrası, ".....tarafların açık olarak hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, 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 olduğu yer hukuku uygulanır" şeklindedir. Akit statüsü ister seçilen hukuk isterse objektif hukuk olsun emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile birlikte uygulanacaktır.

Ancak bunun dışında bazı öyle durumlar söz konusu olmaktadır ki, mahkemenin hukukunun ve akit statüsünün dışında üçüncü bir devletin emredici kurallarının uygulanması zorunluluğu da doğabilmektedir. Hernekadar uygulamada bu alanda ortaya çıkan problemler genelde klasik "kamu düzeni" ilkesi ile halledilmeye çalışılıyorsa da bu hükümler "kamu hukukuna" ait olan ya da özel hukukta bulunup da "kamu düzenine" ve "genel ahlaka" ilişkin olan hükümlerdir (4). Ancak şu hususu hemen belirtmek gerekir ki, bu tür problemlerin her zaman için "kamu düzeni" prensibi ile halli mümkün değildir zira, mahalli normun emredici nitelikte olması onu devletler özel hukukuna ait kamu düzenini harekete geçiren bir norm haline getirmez. Mahalli maddi normların kamu düzenini devreye sokup olumlu etkisini meydana getirmesi o normların mutlaka emredici nitelikte olmasını gerektirmekte ancak her emredici niteliğe sahip norm, kamu düzeninin müdahalesini devreye sokucu özellikte olmamaktadır. Milletlerarası kamu düzeni yabancı maddi normlar karşısında da tatbiki gerekli olan emredici hukuk kaideleridir (5).

1. Akit Statüsündeki Emredici Kurallar

Hukuk seçimi ile taraflar, aralarındaki borç ilişkisinin kuruluş koşullarının, hükümlerinin ve akdin sonuçlarının seçilen hukukun emredici ve tamamlayıcı hükümlerine tabi olmasını kararlaştırırlar. Bu durum kendilerine serbesti tanınan tarafların akitlerine uygulanmasını istemedikleri bir hukukun sırf emredici hükümlerinden kaçmak için bir başka hukuku seçmeleri arzulanırları sonucu vermeyebilir zira seçilen hukuk da yine akitlerine emredici hükümleri ile birlikte bir hukuk olarak uygulanacaktır.

2. Mahkemenin Hukukunun Emredici Kuralları

For'un ülkesel kuralları daima uygulanır niteliktedir. Alman Kanununda bu konuda açık hüküm vardır. Alman Kanunu Md. 34: "Alman hukukunun emredici kuralları akit kanununa rağmen uygulanır. Aynı şekilde bir hüküm AET'nin Akdi Borçlara İlişkin 1980 tarihli Sözleşmesinde Md. 7/11 de de vardır. Bu hükümler genelde ya kamu hukukuna aittir ya da özel hukuka ait olmakla birlikte kamu sağlığı, kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkindir. Söz konusu hükümler akit statüsünde mevcutsa zaten kendiliğinden uygulanacaklardır. Eğer akit statüsünde mevcut değil de, mahkemenin hukukunda "doğrudan

(4) Tekinalp G., a.g.e., s. 282

(5) Nomer E. Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1990, 6. Bastı s. 181.

doğruya uygulanan kurallar" niteliğinde ise bu kez de "kamu düzeni" prensibi çerçevesinde uygulama alanı bulacaklardır. Örneğin Türk Mahkemelerinde açılan ve de tarafların aralarındaki ilişki için önceden belirli bir hukukun uygulanması konusunda anlaşmaları durumlarda seçilen hukukun hükümlerinin yanısıra Türk Hukukunun ülkesel nitelikteki ekonomi politikasına ilişkin (örneğin döviz, ithalat ve ihracata ilişkin) hükümleri mutlak uygulama alanı bulacaktır.

Aynı nitelikli İş ve Çalışma hayatını düzenleyen kamusal nitelikli kurallar da yine bu tür bir uygulamanın içinde değerlendirileceklerdir (6).

3. Üçüncü Devletin Emredici Kuralları

Tarafların aralarındaki ilişkiye belirli bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmış olmaları durumunda for'un kamu düzeninin olumlu veya olumsuz müdahalesi dışında acaba üçüncü devletin emredici kurallarının uygulanması durumu sözkonusu olabilir mi?, 3. Devletin emredici kuralları Lex Causa'yı bertaraf ederek uygulama alanı bulabilecek midir?

Milletlerarası özel hukuk alanında devletler, özellikle bu konuda açık hükümler getirmişler ve akdi ilişkinin öncelikle sözkonusu 3. ülke ile **irtibatlı** olmasını aramışlardır. Örneğin, AET'nin akdi Borçlara İlişkin 1980 tarihli Sözleşmesinde (7), emredici kurallara ilişkin olan 7. maddenin 1. fıkrası "Bu sözleşmeye göre belirlenen hukuka rağmen, hukuki ilişkinin **yakın irtibat** içerisinde bulunduğu devlet Hukukunun emredici kuralları, ait oldukları hukukun **bunların uygulanmasını gerekli gördüğü** hallerde uygulanırlar. Bu emredici kurallara yetki tanırken, bunların **niteliği** ve **amacı** ve de **uygulanıp uygulanmamalarının doğuracağı sonuçlar** da göz önünde tutulur" şeklindedir. Aynı şekilde 1978 tarihli Temsile Uygulanan Hukuk Hakkındaki La Haye Sözleşmesinin 716. maddesi, üçüncü devletin emredici nitelikteki kurallarına **sıkı irtibat** olması durumunda uygulanabilme şansı vermektedir. 1989 tarihli İsviçre Federal Kanunu Md 19/I-II'de yukarıda zirtettiğimiz milletlerarası sözleşmelerdeki hükümler paralelinde, üçüncü devletin emredici nitelikteki kurallarının taraflar arasındaki hukuki ilişki ile irtibat halinde bulunması ve amaçlar da gözönünde tutularak, İsviçre Hukuku ile uyumlu sonucun sağlanması şartı aranarak uygulanması kabul edilmiştir.

Görüldüğü üzere üçüncü ülke emredici kurallarının uygulanımı ancak somut olarak bir ihtiyaca cevap verebilmesine bağlı olarak akit statüsü ve hatta mahkemenin hukukunun bu tür emredici kuralları yanında uygulanabileceklerdir (8).

Yakın irtibatın tesbiti, üçüncü devlette borçlunun ikamet etmesi, akde konu teşkil eden malın sözkonusu ülkede olması, borçlunun bu devlet vatandaşı olması yakın irtibat noktalarıdır (9). Ayrıca yabancı emredici kuralların amaç ve niteliği de uygulanmalarında etkin olacaktır. Örneğin iş akitlerinde ekonomik ve sosyal düşünceler, ücret, çalışma

(6) Tekinalp G., a.g.e., s. 249, Uluocak N., a.g.e. 205.

(7) Journal officiel (AET Resmi Gazetesi) L., 274.

(8) Cheshire and North's Private International Law 10th edition, 1979. s. 249.

(9) Tekinalp G., a.g.e., s. 282 ve ilgili Alman doktrinine göndermeler, Uluocak N., a.g.e., s. 205.

koşulları, sağlık, işçinin sözleşmesinin feshi vb. alanlarda birtakım hükümlerin getirilmesine neden olmuştur. Bu nedenledir ki, iş akdine uygulanacak hukukun seçilen hukuk olması durumunda iş yeri hukukunun sözügeçen nitelikteki hükümleri yine uygulama alanı bulacaktır.

4. SONUÇ:

Üçüncü devletin emredici kurallarının sözleşmesel ilişki üzerinde hangi şartların varlığı halinde sözkonusu olabileceği, milletlerarası özel hukuk alanında gerek sözleşmelerde gerekse ülkelerin mevzuatlarında yer alan açık hükümlerle düzenlenmiştir.

Hukukumuz açısından da aynı sonuca varmak mümkün olabilecek midir? Örneğin alım-satıma konu olan bir malın ifası, üçüncü devletin ithalat ve ihracat sınırlandırması nedeniyle engellenmekteyse, ilgili devletin emredici kurallarının gözönüne alınması sözkonusu olacak mıdır? Doktrinde Türk mahkemelerinin üçüncü bir devletin bu nitelikteki hükümlerinin dikkate alınmasının kabul edilebileceği ileri sürülmektedir (10).

Üçüncü bir devletin emredici kurallarının seçilen hukukun yetkisini bertaraf edebilecek nitelikte bir uygulanabilirliğe sahip olduğu sonucuna varmak hukukumuz açısından bizce mümkün görülmemektedir.

Yukarıda sözünü ettiğimiz ülke mevzuatlarında ve ilgili milletlerarası sözleşmelerde var olan konuya ilişkin açık hükümler karşısında üçüncü ülke emredici kurallarının uygulanabilirliğini kabul etmek mümkün. Yukarıda da sözünü ettiğimiz İsviçre Federal Yasasındaki açık hüküm, yabancı hukukun bu nitelikteki kurallarının hukuki ilişki ile irtibatlı olması, amaçların gözönünde tutulması, İsviçre hukuku ile uyumlu sonucun sağlanması sınırlamalarıyla ki üçüncü ülke emredici kurallarının uygulanabilirliğini kabul etmektedir.

Türk Milletlerarası Özel hukuk alanında yapılan hukuki düzenlemelerde böylesi açık bir hükme rastlamak mümkün değildir. Bu açıdan Türk mahkemelerinde görülecek olan bir davada, üçüncü ülke emredici kurallarının uygulama alanı bulması imkanı gözükmemektedir. Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, son yıllarda kabul edilen kanun ve milletlerarası sözleşmelerde üçüncü ülke emredici kurallarının müdahalesi "daha yakın irtibat"ın olması gerekçesi getirilerek yumuşatılmıştır.

(10) Tekinalp G., a.g.e., s.: 282.