

**DEVLETLER ÖZEL HUKUKU ALANINDA
BORÇ SÖZLEŞMELERİNDE HUKUK SEÇİMİ:
SÜBJEKTİF BİR BAĞLANMA
NOKTASI OLARAK TARAF İRADELERİ**

Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU*

**1.DEVLETLER ÖZEL HUKUKU ALANINDA TARAF İRADELERİ
İLE SEÇİLEN BİR HUKUKA BAĞLANMA**

I. GENEL OLARAK

Borç sözleşmelerinde hangi hukukun uygulanacağı meselesi kanunlar ihtilafı meseleleri arasında en önemlilerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çözümü hayli zor bu mesele karşısında öncelikle cevaplandırılması gereken soru şu olmaktadır: *Acaba*, çeşitli hukuk düzenleri ile ilgili borç sözleşmelerinde sözleşmenin tâbi olacağı hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralını taraflar bizatihi kendi iradeleri ile ihdas edebilecek midir?

Gerek devletler özel hukuku doktrinde ve gerekse de mahkeme içtihatlarında oldukça tartışılmış ve birbirinden çok farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuş bu soru, bugün için haiz olduğu önemi büyük ölçüde yitirmiştir. Çünkü, günümüzde, devletler özel hukuku alanında borç sözleşmeleri açısından bağlanma kuralı "*taraf iradeleri ile seçilen hukuk*" olarak belirlenmekte; böylece "*yabancılık unsuru taşıyan*" borç sözleşmelerinde adeta bir kanun koyucu kimliğine (=modo legislatoris) bürünen taraflara

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

borç sözleşmelerine uygulanacak hukuku (=kanunu) bizzat kendi iradeleri ile serbestçe tayin edebilme olanağı tanınmaktadır.

Tam bu bağlamda, karşımıza "*irade serbestisi*" (=Privatautonomie) veya devletler özel hukuku alanındaki görünümü ile "*hukuk seçimi*" (= Rechtswahl) adı verilen temel bir esas çıkmaktadır.

Devletler özel hukuku alanındaki görünümü itibarile irade serbestisi esası (=hukuk seçimi), iç hukuklarda yer alan ve taraflara sadece kanunun çizdiği sınırlar dahilinde yapacakları sözleşmeleri düzenleyebilme yetkisi tanıyan "*sözleşme serbestisi*" (=Vertragsfreiheit) esastan ayrılmakta olup; gerek emredici ve gerekse de yedek hukuk kuralları açısından taraflara sözleşmelerini seçtikleri hukuka tabi tutabilme olanağı tanımaktadır (1, 2).

II. HUKUK SEÇİMİNDE BİR ÖN ŞART: YABANCILIK UNSURU

Devletler özel hukuku doktrinde, taraf iradeleri ile belirli bir hukukun seçilebilmesi için söz konusu borç ilişkisinin "*tarafların vatandaşlığı, ikametgahı, sözleşmenin yapıldığı, ifa edildiği, malın bulunduğu ya da hizmetin görüldüğü yer itibarile*" (3) yabancılik unsuruna sahip olması bir ön şart olarak aranmaktadır.

İç hukuklarda sözkonusu olan "sözleşme serbestisi" esasının carî olduğu borç sözleşmeleri ile devletler özel hukuku alanında "hukuk seçimi" esasının carî olduğu borç sözleşmelerini birbirlerinden ayırt edebilmek amacı ile bu sonunculara "yabancı akit" (4) ya da "milletlerarası karakterli akit" (5) adları verilmektedir. Fikrimce, hangi ad verilirse verilsin milletlerarası alanda hukuk seçiminde carî olan borç sözleşmeleri ile iç hukuk alanlarındaki sözleşme serbestisinin konusunu teşkil eden borç sözleşmelerini birbirinden ayırt eden çarpıcı kriter "yabancılik unsuru"dur.

Türk devletler özel hukuku doktrinde de borç sözleşmeleri bakımından taraf iradeleri ile belirli bir hukuka bağlanılabileceği için -devletler özel hukukundaki hakim tutuma uygun yolda- yabancılik unsuru bir ön şart olarak aranmakta (MÖHUK m.1); ancak söz konusu yabancılik unsurunun "*gerçekleşme biçimi*" hakkında görüş ayrılığı mevcut bulunmaktadır (6).

(1) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, *Devletler Hususî Hukukunda, Tarafların Sükûtu Halinde Tatbikat Edilecek Kanun, İÜHF, C. XXI, S. 1-4, Yıl. 1955, 359 vd.*

(2) *Devletler Özel Hukuku alanındaki görünümü itibarile irade serbestisi esasının ortaya çıkışı hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için özellikle bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 356 v.d.; ULUOCAK, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri (Uygulama Kuralları-Sözleşmeler), 2. Bası, İst. 1989, 183-184; NOMER, Devletler Hususi Hukuku, (Genel Prensipler-Uygulama-Milletlerarası Usul Hukuku-Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi), 6. Bası, İst. 1990, 316 vd. 313 vd.*

(3) TEKİNALP, *Milletlerarası Özel Hukuk (Bağlama Kuralları), 3. Bası, İst. 1986, 265, ULUOCAK, 184.*

(4) ULUOCAK, 184-185.

(5) TEKİNALP, *Bağlama Kuralları, 265.*

(6) *Bkz. ileride sh.*

III. SEÇİLEN HUKUKUN ETKİ ALANI

A. Hukuk Seçimine İlişkin İrade Beyanları Bakımından

Devletler özel hukuku doktrinde tarafların hukuk seçimine ilişkin karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının mevcudiyet ve geçerliliğinin hangi hukuk tarafından saptanacağı; bu irade beyanları üzerinde hangi hukukun etkin olacağı oldukça tartışılmış bir mesele idi.

Bu konu üzerine yapılan hararetli tartışmalarda iradenin tıpkı iç hukuk düzenlerinde olduğu gibi, devletler özel hukuku alanında da bir başına ve aslî bir hukuk kaynağı olmadığı ileri sürülmüştür. Gerçekten de, mücerret irade, bizatihi tek başına bir borç doğurmaya yetmemekte, ancak belirli bir hukuk düzenini içerisinde izhar edilmekle o hukuk düzeninin kendisine bağladığı hukukî sonuçları meydana getirebilmektedir (7).

Bu durum karşısında ileri bir tahlille (8), borç ilişkisinin taraflarının borç sözleşmesinin belirli bir hukuka (=kanuna) tabi olacağı hakkında anlaşması -henüz belirli bir hukuk düzeni dahilinde mütalaa edilemeyeceğinden- sözleşme mertebesine ulaşmamış *alelade bir uyuşma* olarak kalmaktadır. Hal böyle olmasına rağmen, sözü edilen anlaşmanın, varlık kazanması ile borç sözleşmesi taraf iradeleri ile seçilen hukuk düzenine dahil olmakta ve bu hukuk düzeni de borç sözleşmesinin muteber olup olmadığı, irade beyanlarının geçerliliğini tespit etmekte; hüküm altına almaktadır. Bu bağlamda "*fasit bir daire*"nin mevcudiyeti ifade edilmiştir. Zira, tarafların hukuk seçiminin geçerli olması borç sözleşmesinin geçerli olmasına; borç sözleşmesindeki irade beyanlarının geçerliliği de seçilen hukuka uygun surette teşekkül etmiş olmalarına bağlı bulunmaktadır. Borç sözleşmesi geçerli değilse hukuk seçimi de geçerli olamayacağına göre, geçerli bir borç sözleşmesinin mevcudiyetini farzederek seçilen hukuku yetkili kılmak ve sonra da borç sözleşmesinin geçerli olup olmadığını seçilen hukuka göre belirlemek pratik yarardan yoksun bir muhakeme tarzı olmaktadır. Bu sonucun bilincine varmış olan İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında (9) hukuk seçimi yetkisini borç sözleşmesinden ayrı mütalaa ederek bir "*ön sözleşme*" kavramına yer vermiş bulunmakta idi.

Günümüz açısından bu mesele bir tartışma konusu olmaktan çıkarılmış bulunmakta ve devletler özel hukuku doktrinde tarafların hukuk seçimine ilişkin irade beyanlarının geçerliliği doğrudan doğruya seçilen hukukun etki alanına tabi tutulmuş olmaktadır (10). Bu sonuca varılırken de, hukuk seçimi bizzat devletler özel hukukuna ilişkin düzenlemelerde yer alan "*bir bağlanma kuralına*" dayandırılmakta; yapılan hukuk seçiminin hukuki dayanağı böylece tespit edilerek fasit daire itirazına da mahal bırakılmamaktadır.

(7) ULUOCAK, 186; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 359-360.

(8) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 360., ULUOCAK, 186.

(9) JdT. 1954, 528.

(10) ULUOCAK, 187; TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, 264; NOMER, 315.

Bu konuda, sözünü ettiğimiz devletler özel hukukuna ilişkin düzenlemelere göz atıldığı vakit meselenin açıkça bir bağlanma kuralına raptedilmiş olduğu tespit edilebilmektedir:

Gerçekten 1978 tarihli İsviçre Öntasarısında, tarafların hukuk seçimine ilişkin anlaşmasının seçilen hukuka tabi olacağı hususunun açık bir biçimde ifade edilmesine karşılık davanın açılmasından sonra yapılacak bir hukuk seçiminin koşullarının hakimine hukuka tabi olacağı kabul edilmekteydi. Bunun gibi 1987 tarihinde yürürlüğe giren devletler özel hukukuna dair İsviçre Federal Kanununda, yine hukuk seçiminin geçerliliği hakkında taraf iradeleri ile seçilen hukuka yetki tanındığı görülmektedir.

Milletlerarası sözleşmeler alanında da, hukuk seçiminin geçerliliği meselesinde aynı doğrultuda seçilen hukuka hakimiyet tanındığı tespit edilebilmektedir (11).

B. Hukuk Seçimine İlişkin Sözleşmenin Emredici ve Tamamlayıcı Hükümleri Bakımından

İrade serbestisi esasının devletler özel hukuku alanındaki görünümü olan hukuk seçimi ile taraflar, aralarındaki borç sözleşmesinin ne gibi şartlarla kurulacağı, ne gibi hükümlere tabi olacağı ve nihayet ne gibi sonuçları doğuracağı hakkında yetkili olmasını istedikleri hukuku serbestçe belirleyebilmektedirler. Böylece, belirlenen hukuk, iç hukuklarda cari olan sözleşme serbestisi esasından farklı olarak sözleşmenin hem yedek ve hem de emredici hükümleri hakkında da etkili olacaktır (12). Bu sonuç aynı zamanda, hukuk seçimi ile emredici kurallardan kaçma tenkidini de ortadan kaldırmaktadır (13).

IV. TARAFLARIN SEÇİM YETKİSİ

A. Tarafların Seçim Yetkisinin Sınırlandırılması Problemi

Acaba, taraflar aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan sözleşmesel ilişkiye istedikleri hukuku seçmede mutlak bir serbestiye sahip midirler?

Bu problemin çözülmesi gayreti ile devletler özel hukuku alanına göz atıldığında mevcut kodifikasyonlarda farklı birtakım düzenlemelere yer verilmiş olduğu görülebilmektedir.

Bu kodifikasyonlardan bazılarında, tarafların hukuk seçimi yetkisi seçilen hukuk ile borç sözleşmesi arasında bir irtibat aranmak suretiyle sınırlandırılmakta iken (14), çoğunluğunda hukuk seçimine ilişkin yetkinin kullanımında tarafları bağlayıcı herhangi bir sınırlamaya rastlanmamaktadır (15).

Gerçekten, devletler özel hukuku alanında yapılmış kodifikasyonların "büyük

(11) Bu anlamı ile bkz. 1955 tarihli Lahey sözleşmesi m.2/III, Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET) Sözleşmesi m. 8/I.

(12) Günümüz devletler özel hukukunda hakim durumda olan bu fikir karşısında taraflara objektif *lex obligationis*'in emredici hükümleri ile sınırlı olarak bir hukuk seçimi imkanı tanıyan ve böylece bir bakıma iç hukuktaki sözleşme serbestisi esasını devletler özel hukuku alanına taşıyan eskimiş anlayış terkedilmiş olmaktadır. Bu konuya dair ilginç ve teferruatlı açıklamalar için ayrıca bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 363 vd.

(13) TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, 264.

(14) Bu doğrultuda bkz. 1965 tarihli Polonya Kanunu m. 25/I; 1966 tarihli Portekiz Kanunu m. 4/2; 1974 tarihli İspanyol Kanunu m.10/b. 5; ULUOCAK, 187-188; TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, 266.

(15) Bu doğrultuda bkz. 1987 tarihli İsviçre Federal Kanunu; 1986 tarihli Alman Kanunu, 1979 tarihli Avusturya Kanunu.

çoğunluğunda" borç sözleşmesi ile seçilen hukuk arasında herhangi bir ilişkinin bulunması yolunda bir sınırlamaya yer verilmemektedir. Ancak, prensip olarak serbest hukuk seçiminden yana olan kodifikasyonlarda da "belirli konulara münhasır olmak üzere" seçimin sınırlandırılmış yahut reddedilmiş olduğuna da işaret etmek gerekmektedir: Mesela, İsviçre Federal Kanunu "ilke olarak" serbest hukuk biçimini benimsemekle birlikte; belirli bazı sözleşme tiplerinde -mesela, sınaî mülkiyet ve iş sözleşmelerinde- seçim imkanı sınırlamakta; diğer bazı sözleşmelerde -mesela tüketici sözleşmelerinde- de hukuk seçimini reddetmektedir.

Devletler özel hukuku alanında hukuk seçiminin sınırlandırılmamasından yana olan çoğunluk kodifikasyonlarla aynı doğrultuda taraflara hukuk seçiminde *mutlak bir serbestî* tanımak fikrimce daha tutarlı olacaktır. Herşeyden önce, bir üst kavram olarak irade serbestisi temelde "tarafların kendilerine tanınan serbestiyi kendi menfaatlerine uygun kullanacağı *faraziyesinden* hareket etmektedir. Şu halde, irade serbestisinin hareket noktası olan bu faraziye onun devletler özel hukuku alanındaki görünümü olan hukuk seçimi bakımından da aynen söz konusu olacaktır. Bu durum karşısında hem hukuk seçimini kabul etmek ve hem de bunu sınırlamaya kalkışmak bir tutarsızlık olmaktadır. Böyle bir tutarsızlığa düşmemenin tek çaresi de tarafların aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan sözleşmesel ilişkiye istedikleri hukuku seçmede mutlak bir serbesti tanımak olacaktır (16).

B. Tarafların Seçim Yetkisinin Bir Kullanım Biçimi: Kısmî Hukuk Seçimi

Taraflara tanınan seçim yetkisinin kullanım biçimi devletler özel hukuku alanındaki düzenlemelerde çözümlenmiş bir meseledir. Bu alandaki düzenlemeler nazara alındığında tarafların yaptıkları borç sözleşmesinin gerek "*tamamını*" gerekse de "*bir kısmını*" seçilen hukuka tabi kılabilmeleri kabul edilmektedir. Bu konuda açık bir kural Alman Kanunu (EGBGB) m. 27/1'de yer almaktadır. Bu kurala göre, "*Taraflar hukuk seçimi ile sözleşmenin tümüne ya da sadece bir kısmına uygulanacak hukuku belirleyebilirler*" denilmektedir. Buna karşılık, böyle açık bir hükme yer vermeyen Federal Kanun, İsviçre doktrini tarafından eleştirilmekte ve kanun koyucunun bu konudaki sükûtunun kısmî seçimin engellenmesi amacını taşımadığı ifade edilmektedir.

Bunun yanında milletlerarası alandaki içtihatlarda da taraflara tanınan hukuk seçimi yetkisinin kısmen kullanımına cevaz verilmektedir: Mesela, Fransız içtihatlarında, bu doğrultuda olarak sözleşmelerin "*parçalanması*" ve "*birden ziyade hukukun yetkilendirilmesinden*" bahsedilmekte; aynı yöndeki bir diğer uygulamaya da İngiliz Hukukunda yer verilmektedir (17).

Ancak, devletler özel hukuku doktrininde kısmî hukuk seçimine -borç sözleşme

(16) Bkz. aynı yönde TEKİNALP, *Akdi İlişkiye Uygulanacak Hukuk, MÖHUK m.24 ve Zımnî Hukuk Seçimi, MHB, S. 1, yıl 1985/ 5, sh. 29, Bağlama Kuralları, 266. Ayrıca bkz. ileride sh.*

(17) ULUOCAK, 189.

sini bu şekilde parçalayarak farklı hukuklara tabi tutmanın özellikle karşılıklı sözleşmeler bakımından hak ve borçların adil ve uyumlu bir şekilde tek bir hukuka tabi olmasını engellediği gerekçesi ile- karşı çıkmaktadır (18). Fakat, yukarıda da belirtildiği üzere, hukuk seçiminde bir faraziye olarak tarafların kendi menfaatlerine uygun davrandığı kabul edilince, kısmî hukuk seçimi yapılmasında menfaatleri olduğu kanısında olan tarafların elinden bu olanağın alınması *fikrimce* serbestinin amacı ile bağdaştırılmaz. Bu durum karşısında da, muhtevası itibarı ile birbirinden ayrılması mümkün olmayan unsurlara sahip borç sözleşmeleri bir yana, tarafların hukuk seçimine ilişkin yetkilerini kısmen kullanabilmelerine cevaz verilmesi seçim serbestisinin amacı gereğidir.

C. Tarafların Seçim Yetkisinin Kullanım Zamanı

Taraflara tanınan hukuk seçimi yetkisinin kullanım zamanı hakkında milletlerarası alanda çeşitli düzenlemelere rastlanabilmektedir. Mesela, Alman Hukukunda tarafların borç sözleşmelerini "*her zaman*" daha evvelki bir hukuk seçimi ya da kanunda mevcut diğer hükümlerin bir gereği olarak tabi olduğu kanundan başka bir kanua tabi tutabilmelerine olanak tanıyan bir kurala yer verilmektedir. Aynı doğrultudaki kurallara AET Sözleşmesi m.1/II de, 1987 tarihli İsviçre Federal Kanunu m. 116/III'de, diğer bazı kanunlarda ve bu arada mesela Macar Kanunu m. 24'de rastlanmaktadır (19).

Görüleceği üzere, hukuk seçiminin "*borç sözleşmesinin yapıldığı anda*", veya "*daha sonraki bir dönemde*" ve bu arada "*dava açıldıktan sonra*" dahi yapılabilmesi mümkün olabilmektedir (20). Ancak, bu noktada hemen belirtilmelidir ki, borç sözleşmesinin geçerli olup olmadığı meselesi her zaman sözleşmenin kuruluş anı itibarı ile yetkili olan hukuka göre çözümlenmekte; borç sözleşmesinin hükümleri hakkında ise yeni seçilen hukuk yetkili olmaktadır. Bunun doğal sonucu olarak, sözleşmenin kuruluş anı itibarı ile yetkili hukuka göre üçüncü kişilerin sahip olduğu haklar yeni seçim sonucunda belirlenen hukukun etki alanı haricinde kalacaktır. Çünkü, taraflarca sonradan seçilen hukuk ancak üçüncü kişilerin sözleşmenin kuruluş anı itibarı ile yetkili olan hukuka göre elde ettikleri haklar mahfuz kalmak şartı ile geçmişe etkili olabilecektir. Nitekim, doktrinde hakim durumda olan bu fikir, milletlerarası düzenlemelerin bir çoğunda da yer almaktadır (21).

Tarafların hukuk seçimine dair yetkilerin kullanım zamanı konusunda incelenebilecek ilginç bir problem de tarafların seçim zamanı yürürlükte olan bir hukuku seçme yolunda bir mecburiyetlerinin bulunup bulunmadığı meselesidir:

Öncelikle beyan edilmelidir ki, taraflar seçim zamanı itibarı ile ancak yürürlükte olan bir hukuku seçebileceklerdir. Tarafların anlaşarak yürürlükten kalkmış bir hukukun uygulanmasını istemelerine olanak yoktur (22). Çünkü, yürürlükten kalkmış bir hukuk artık "*pozitif hukuk olma*" niteliğini kaybetmiştir.

Ancak, bu noktada cevaplandırılması gereken çok önemli bir soru gündeme gel-

(18) TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, 266-267.

(19) ULUOCAK, 189-190.

(20) TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, 267; ULUOCAK, 190. Ayrıca Bkz. MARTINY, *Münchener Komm.*, Bd. 7, EGBGB. m. 27, N. 3, sh. 1517, 2. Bası, München, 1990.

(21) ULUOCAK, 190-191; TEKİNALP *Bağlama Kuralları*, 267-268.

(22) TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, 268.

mektedir: *Acaba*, tarafların seçim zamanında seçtikleri pozitif hukuk sonradan yürürlükten kalkmış ise nasıl bir tutum izlemek gerekecektir?

Fikrimce bu noktada bir ayırım yapılmalıdır:

Birinci İhtimal: Taraflar seçtikleri hukukun belirli birtakım maddelerini yaptıkları borç sözleşmesinin muhtevasına almışlarsa artık seçilen hukukun yürürlükten kalkması onlar için bir problem olmaktan çıkar. Çünkü, sözleşmenin muhtevasına nakledilen bu maddeler artık seçilen hukukun maddeleri olmaları itibarı ile değil; sözleşmenin hükümlerine dahil olmaları itibarı ile uygulanabilecektir.

İkinci İhtimal: Buna karşılık taraflar sadece seçtikleri hukuka yetki tanımışlar ve fakat sonradan bu hukuk yürürlükten kalkmış ise bu durumda yürürlükten kalkan hukuk değil; onun yerine yürürlüğe giren hukuk uygulanacaktır. Hal böyle olmakla beraber, bu noktada ilginç bir mesele ortaya çıkmaktadır: *Acaba*, seçilen hukuk yerine yürürlüğe giren hukuk eskisine oranla taban tabana zıt hükümlere sahip ise bu durumda halâ yeni yürürlüğe giren hukukun uygulanmasında ısrar edilmesi ne dereceye kadar taraf iradeleri ile bağdaşan bir çözüm olacaktır? *Fikrimce*, bu noktada hem yürürlükten kalkmış hem de onun yerine yürürlüğe girmiş hukuka üstünlük tanımadan, bunların yerine taraflara her zaman için kullanabilecekleri seçim yetkisinin varlığını hatırlatmak ve böylece onlara ikinci bir seçim yapabilmeleri için zemin hazırlamak taraf iradelerine ve hukuk seçiminin tanınma amacına en uygun çözüm tarzıdır.

Tarafların bu noktada anlaşamamaları halinde artık seçilen bir hukuktan bahsedilemeyeceğinden dolayı objektif bağlanma noktalarına müracaat edilmek gerekecektir.

V. HUKUK SEÇİMİNİN YAPILIŞ ŞEKLİ

A. Açık Seçim-Örtülü Seçim

Hukuk seçiminin yapılış şekli meselesi milletlerarası alandaki düzenlemelerde açık bazı hükümler vaz'edilmek suretiyle ele alınmakta ve genelde seçimin "açık" ya da "örtülü" olabileceği kabul edilmektedir.

Hemen belirtmelidir ki, açık hukuk seçimine nazaran örtülü hukuk seçimi garip karşılanmamalıdır. Çünkü, tıpkı açık seçimde olduğu gibi örtülü seçimde de bir "seçim iradesi" mevcuttur; ama örtülüdür. Örtülü seçiminden ne anlaşılmalı gerektiği hususunda 1979 tarihli Avusturya Kanunu m. 35/I'de şöyle bir kural vardır: "Hal ve şartlardan tarafların belirli bir hukuk sistemini uygulamak istedikleri sonucu çıkarılırsa, bu seçim örtülü seçime tekâbüle eder". Genellikle milletlerarası alanda yer alan diğer düzenlemelerde de Avusturya Kanununda verilen tanıma benzer şekilde örtülü hukuk seçimi konusunda "iradenin şüpheye mahal vermeyecek şekilde belirlenebilmesi" (Bkz. Çekoslovak Kanunu m. 9/I) ya da "hukuk seçiminin sözleşmenin hükümlerinden veya sebebine ilişkin şartlardan kesinlikle anlaşılması" (Bkz. Alman Kanunu (EGBGB) m. 27/I, İsviçre Federal Kanunu m. 116/II) gibi ibarelere yer verilmektedir. Buna karşılık, bazı hukuklarda da seçimin açık yapılması mecburiyeti getirilerek örtülü seçim yolu kapatılmaktadır: Mesela, İspanyol Kanunu m. 10/b.5; 1984 tarihli yeni Peru Medeni Kanunu m. 2095'de

bu yönde hükümlere rastlanmaktadır. Nihayet, diğer bazı hukuklarda sadece hukuk seçiminden bahsedilmekte ve fakat "örtülü seçim" hakkında bir açıklık getirilmemektedir. Polonya, Yugoslav, Macar hukuklarında hâkim düzenleme tarzı bu yöndedir (23).

Sonuç itibarı ile denilebilir ki, hukuk seçiminin açık ya da örtülü olarak yapılabilmesi mümkündür. Ancak, seçimin açık yapılmadığı hallerde bir örtülü seçimin söz konusu edilebilmesi için hal ve şartlardan tarafların belirli bir hukuku aralarındaki sözleşmesel ilişkiye uygulamak istediklerinin anlaşılabilmesi gerekecektir. Bu konuda önemli olan husus, tarafların bu sonucu gerçekleştirme konusundaki iradelerinde "*bilinçli*" olmalarına rağmen, iradelerini açıklamamış olmalarıdır: Bu anlamı ile tarafların yaptıkları borç sözleşmesinde kullandıkları terimlerin ve hukukî müesseselerin hep belirli bir hukuka ait olması ya da hep aynı hukukta yer alan örf ve adetlere yer verilmesi... gibi olgular tarafların örtülü seçim konusunda bilinçli olduklarını gösteren doneler olarak ele alınabilecektir (24).

B. Farazî Seçim

Devletler özel hukuku doktrinde tarafların aralarındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanacak hukuku açıkça ya da örtülü olarak belirlemediği ihtimallerde "*söz konusu borç sözleşmesine ilişkin irade beyanlarını izhar ettikleri anda dürüst, makul, titiz birer iş adamı olarak hukuk seçimine yönelmeyi istemiş olsalardı ne yolda hareket edecek oldukları*" göz önüne alınarak hukuk seçimine ilişkin mefruz bir iradenin varlığından söz edilmektedir.

İşte bu noktada karşımıza "*farazî*" (=hypothetical) bir hukuk seçimi çıkmaktadır. Ancak hemen belirtmelidir ki, taraflar arasında kurulan borç sözleşmesinin hangi hukuka tabi olacağı konusunda hiç bir açık ya da örtülü irade beyanı ihtiva etmemesi halinde ne yolda hareket edileceği; bu durumda farazî bir iradenin mevcudiyetini kabul etmenin mümkün olup olmadığı meselesi doktrinde hararetli tartışmalara hedef olmuş çözümü zor bir meseledir.

Bu mesele hakkında ileri sürülen fikirleri iki ana guruba ayırmak mümkündür: *Bir fikre göre*, böyle açık ya da örtülü olarak bir irade beyanının mevcut olmaması hukuk seçimine dair hiç bir irade beyanı mevcut olmadığı neticesini bir başına meydana getiremez. Böyle bir ihtimal karşısında hakimin tarafların mefruz iradelerinin ne yolda olduğunu araştırma ödevi altında olduğu kabul edilmek gerekecektir. Buna karşılık, *ikinci bir fikre göre*, bu durum karşısında borç sözleşmesi hakkında objektif bağlanma noktalarına göre tayin edilecek bir hukukun yetkisini kabul etmek gerekecektir (25).

Bu fikirlerde de belirtildiği üzere hukuk seçimine dair farazî bir iradenin tespitini-

(22) TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, 268.

(23) ULUOCAK, 190.

(24) Bkz. TEKİNALP, *Zımnî Hukuk Seçimi*, sh. 29 ve ayrıca TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, 268.

(25) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 366.

de başlıca iki yöntem belirginleşmektedir: Ya taraf iradeleri hakim tarafından "sübjektif olarak" yorumlanacak ya da "objektif olarak" bir değerlendirilmeye tabi tutulacaktır. Böyle bir değerlendirme ile de tarafların mefruz iradeleri tespit edilerek hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı sonucuna varılabilecektir.

Bu iki yöntem karşısında özellikle İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarında arzettiği tutum hayli ilginçtir: Tarafların farazî bir iradesinden bahsetmenin gerçeklere uymadığını; bunun taraf iradeleri yerine hakimin sübjektif iradesinin esas alınması anlamına geldiğini deyimleyen Federal Mahkeme, evvelki içtihatlarını bir kenara bırakarak -farazî irade yerine- objektif bir bağlanma kuralının tespiti amacı ile "en yakın yersel ilişki" adı verilebilecek bir bağlanma kuralı tesisi yoluna gitmiştir (26).

İsviçre Federal Mahkemesi evvelki kararlarında(27) açık ya da örtülü bir hukuk seçimi yapmadığı ihtimallerde tarafların varsayılan, mefruz iradesinin "ifa yeri kanunu" lehinde belirlenebileceğini kabul etmiş; ancak, iki tarafa borç yükleyen karşılıklı sözleşmelerde birden ziyade hukukun uygulanmasına engel olmak gayesi ile borç ilişkisinde "baskın niteliğe sahip edimin" ifa yeri hukukuna yetki tanımıştır. Dolayısı ile mahkeme, belirli birtakım "tip sözleşmeler" saptayarak "baskın edimi" tespit yoluna gitmiştir.

Federal Mahkeme, sonradan özellikle 1952 tarihli bir kararında "baskın edim borçlusunun ikametgahının bulunduğu yer hukukunu" ifa yeri hukukuna tercih etmiştir.

Nitekim, daha sonraları İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatları 1987 tarihli Federal Kanuna yansımış ve açık ya da örtülü bir hukuk seçiminin yapılmadığı ihtimallerde doğrudan doğruya objektif bağlanma noktalarından hareketle "sözleşmenin en yakın yersel ilişki halinde bulunduğu devlet hukuku" yetkili kılınmıştır. Buna ek olarak, söz konusu yersel ilişkinin baskın edimi ifa edecek sözleşmenin mutad meskeninin veya -sözleşmenin bir mesleğin ya da ticari faaliyetin icrasına dair olduğu ihtimallerde- iş yerinin bulunduğu devlette gerçekleşeceği de beyan edilmekte (m. 117/II) ve ayrıca baskın edimlerin tespiti amacı ile bir sözleşmeler katalogu da verilmektedir (m. 117/III).

Son tahlili ile denilebilir ki, günümüzde devletler özel hukuku alanında farazî hukuk seçimine mümkün olduğu kadar az yer vermeye dikkat edilmekte; bu tür seçime yer veren kodifikasyonlarda da mefruz iradenin tespitindeki güçlükler objektif bağlanma noktaları belirlenmek suretiyle en aza indirgenmeye çalışılmaktadır.

VI. SEÇİLEN HUKUK-ATIF İLİŞKİSİ

Devletler özel hukuku doktrininde ve milletlerarası düzenlemelerde taraf iradeleri ile seçilen hukukun "maddi hukuk" olduğu, dolayısı ile bu noktada atfın söz konusu edi-

(26) TEKİNALP, Bağlama Kuralları, 269.

(27) Bkz. ULUOCAK, 191; TEKİNALP, Bağlama Kuralları, 269-270.

lemeyeceği genel kabul gören bir sonuçtur (28).

Gerçekten de, tarafların aralarındaki sözleşmesel ilişkiyi belirli bir hukuka tabi tutmuş olmaları durumunda seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının yaptığı atfın nazara alınmaması tarafların yaptıkları hukuk seçimi ile nihai çözümün bu hukukun "maddi hükümleri" çerçevesinde olmasını arzu etmelerinin bir sonucudur (29). Çünkü, seçilen hukuk, kanunlar ihtilafı kurallarını da ihtiva ederse bağlanma kurallarının yaptığı atıf nedeni ile tarafların seçtikleri hukukun uygulanmaması gibi bir durum ortaya çıkacaktır (30). Bu ihtimalde de nihai çözüm taraf iradeleri ile seçilen hukuka göre değil, onun yaptığı atıf sonucu belki de ilgisiz bir hukuk çerçevesinde gerçekleşmiş olacaktır. Bu ise, hem taraf iradeleri ve hem de hukuk seçiminin tanıma amacı ile bağdaşmayan bir çözüm tarzıdır.

Buna karşılık, taraf iradeleri ile söz konusu sözleşmesel ilişkinin böyle açıkça belirli bir hukuka tabi tutulmamış olduğu ihtimallerde mesele önem arz etmektedir. Taraflar açık bir hukuk seçimi yapmamış olsalar dahi borç sözleşmelerini yaparken hangi hukuki statü içerisinde bulduklarını bilmek isterler. Bu aynı zamanda ticari ilişkilerde istikrar ve güvenin sağlanmasının da bir gereğidir (31). *Fikrimce de tarafların açık bir hukuk seçimi yapmadığı ihtimallerde de onların aralarındaki borç sözleşmelerini yaparken hiç düşünmedikleri bir hukukun devreye girmesine "atfı red ederek" izin vermemek uygun bir çözüm tarzıdır.*

2. TÜRK DEVLETLER ÖZEL HUKUKU ALANINDA TARAF İRADELERİ İLE SEÇİLEN BİR HUKUKA BAĞLANMA - MÖHUK. m. 24/I KURALI

Türk devletler özel hukuku alanında borç sözleşmeleri hakkında yetkili hukuk MÖHUK. m. 24/I kuralında taraf iradeleri ile seçilen hukuk olarak belirlenmiştir. Bu maddeye göre,

"Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabîdir"

denilmektedir (32).

Bu noktada hemen belirtilmelidir ki, Türk devletler özel hukuku alanında borç sözleşmeleri bakımından taraf iradeleri ile belirli bir hukuka bağlanabilmesi için yaban-

(28) ÇELİKEL, *Türk Milletlerarası Özel Hukukunda Atıf Prensiplerinin Uygulanması MHB*, S.2, Yıl. 1983/3, sh. 3-4; ÇELİKEL, *Milletlerarası Özel Hukuk (Genel Kurallar-Milletlerarası Usul Hukuku)*, 2. Bası, İst. 1987, sh. 123; ULUOCAK, 195 TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, 267; NOMER, 164. Ayrıca bu sonucu genel bir kural olarak vaz'eden Alman Kanunu (EGBGB) m. 4/2'ye bkz.

(29) ÇELİKEL, *Genel Kurallar*, 123.

(30) TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, 267.

(31) ÇELİKEL, *Atıf Prensiplerinin Uygulanması*, 3-4.

(32) Buna karşılık, "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" (MÖHUK. m.24/II).

cılık unsuru bir ön şart olarak yine aranacaktır. Zira, MÖHUK. m.1 kuralına "... yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukukun ... bu kanun ile düzenlendiği ..." ifade edilmektedir. Dolayısı ile, MÖHUK'un kanunlar ihtilafı kuralları ile belirlenen yetkili hukuklar -bu arada MÖHUK m. 24/I'deki taraf iradeleri ile seçilen hukuk- ancak yabancılık unsurunu taşıyan özel hukuk ilişkileri hakkında uygulanacaktır.

Bir hukukî işlem ya da ilişkinin yabancılık unsuruna sahip olup olmadığı ise, o ilişki ya da işlemde yer alan bağlanma noktalarının yabancılık unsuruna sahip olup olmamasına göre belirlenir.

İşte tam bu noktada Türk devletler özel hukuku doktrininde MÖHUK. m. 24/I kuralında bir ön şart olarak bulunması gereken yabancılık unsurunun (MÖHUK. m.1) gerçekleşme biçimi hakkında *farklı bir fikre* rastlanmaktadır: *Bu fikre göre* (33), yabancı bir hukukun seçimi için "borç sözleşmesinin" bir yabancılık unsuru taşıması şart değildir; bizatihi yabancı bir hukukun seçimi ile o hukukî ilişki yabancı unsurlu bir hukukî ilişki haline gelir. Eğer taraflar aralarındaki borç ilişkisine yabancı bir hukukun uygulanacağını kararlaştırmışlar ise artık aralarındaki borç ilişkisi yabancılık unsurunu taşıyan bir borç ilişkisidir. Yabancılık unsuru taşıyan bir borç ilişkisi MÖHUK'un uygulama alanı içerisine gireceğinden (MÖHUK. m.1) yabancı hukuk seçimi için taraf iradeleri dışında başkaca bir yabancılık unsurunun aranmasına da gerek kalmamaktadır.

Bu görüşün yabancılık unsurunun gerçekleşme biçiminde diğerinden ayrılan yanı, *bizatihi taraf iradelerini sübjektif bir bağlanma noktası olarak görmesidir. Fikrimce* da taraf iradelerini sübjektif bir bağlanma noktası olarak kabul etmek; taraf iradeleri ile belirli bir hukuka bağlanma olanağını öngören MÖHUK m. 24/I kuralının ratio legis'ine en uygun çözüm tarzıdır.

Tarafların, aralarındaki borç ilişkisine belirli bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmaları üzerine, seçilen hukukun etki alanına borç sözleşmesinin tamamlayıcı ve emre dicit hükümleri yanında seçime ilişkin irade beyanlarının geçerliliği meselesi de dahil olacaktır.

MÖHUK m. 24/I kuralında açık olmayan noktalardan biri de hukuk seçimi yetkisinin kullanım zamanıdır. Madde hükmünün bu noktadaki sükûta rağmen, hukuk seçiminin borç sözleşmesi ile birlikte (ya bağımsız bir seçim sözleşmesi ile ya da borç sözleşmesi içerisinde yer alan bir *clause* olarak) veya sonraki bir dönemde -ve bu arada dava açıldıktan sonra dahi- yapılabileceği Türk devletler özel hukuku doktrinince de kabul edilmektedir. Gerçekten, maddenin lafzı bu fikrin reddine mani olacak derecede geniştir. Bunun gibi, MÖHUK m. 24/I kuralının bu geniş lafzı karşısında tarafların hukuk seçimine ilişkin yetkilerini kısmen kullanabilmeleri de mümkün olacaktır.

Ayrıca, hukuk seçiminin açık yapılmasını şart koşan MÖHUK m. 24/I kuralı karşısında farazî ya da örtülü hukuk seçiminin savunulabilmesi Türk devletler özel hukuku

(33) Bkz. NOMER, 318.

açısından imkan haricindedir.

Bununla birlikte MÖHUK'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde Yargıtay, hukuk seçiminin örtülü biçimde, yapılabileceğini içtihat etmiş bulunmakta idi (34).

Buna karşılık, Türk devletler özel hukuku doktrinde beyan edilen *bir fikre göre* (35), taraflar sözleşmelerinde ismini açık olarak zikretmemekle beraber belirli bir kanunun hükümlerini uygulayacaklarını kararlaştırmışlar ise onların bu kanun hükümlerinin yer aldığı hukuk nizamını seçmiş buldukları sonucuna varılabilecektir. *Fikrimce de*, bu ihtimalde tarafların iradelerini açık olarak ortaya koyduklarından bahisle bu sonuca varmak mümkün olacaktır.

Acaba, MÖHUK m. 24/I kuralında tarafların seçim yetkisinin sınırlandırılmış olduğu sonucuna varılabilecek midir?

Öncelikle belirtilmelidir ki, MÖHUK m. 24/I kuralında taraflara tanınan *pozitif hukuk seçimi yetkisini* sınırlandırabilecek nitelikte herhangi bir ibareye rastlanılmamak tadır. Nitekim, MÖHUK m. 24/I'de mevcut bu tutum devletler özel hukuku alanında yer alan çoğunluk düzenlemelerle de aynı doğrultudadır.

Bu durum karşısında tarafların hukuk seçimine ilişkin yetkilerini kullanırken tam bir serbestiye sahip oldukları sonucuna ulaşılacaktır.

Türk devletler özel hukuku doktrinde ULUOCAK, esas itibarı ile tarafların tam bir serbesti içinde olduklarını düşünmekle birlikte; seçimin "makul bir menfaate" dayanılarak yapılmasından söz etmektedir (36). Fikrimce, hukuk seçimi -tıpkı üst kavramı olan irade serbestisi esası gibi- tarafların kendilerine tanınan serbestiyi kendi menfaatlerine uygun kullanacakları faraziye' sinden hareket etmektedir. Bu durum karşısında da bir yanda taraflara hukuk seçiminde tam bir serbesti tanımak; diğer yanda da bu serbestiyi "makul bir menfaat" ile sınırlandırmak kabul edilemeyecek bir çözüm tarzı olmaktadır.

Seçilen hukuk-atıf ilişkisi açısından incelendiğinde MÖHUK m. 24/I kuralında atfa yer olmadığı sonucuna varılabilecektir. Bu sonuç devletler özel hukuku doktrin ve düzenlemeleriyle de uyumludur.

Mesela, Alman hukukunda (EGBGB m. 4/2) ve Çekoslavak hukukunda (m. 9/2) bu konuda atfı açıkça red eden kodifikasyonlara yer verilmektedir (37).

(34) Bkz. Y.11.HDK.5.4.1980 tarihli E.1979/1512, K. 1979/1795, (YKD. C.7, Yıl. 1981, S.1, sh. 59; MHB, S.1, Yıl 1981/1, sh. 33 vd.)

(35) Bkz. NOMER, 319.

(36) ULUOCAK, 194.

(37) NOMER, 166, ULUOCAK, 195.

(38) ULUOCAK, 195; bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. ÇELİKEL, Atıf Prensiplerinin Uygulanması, 2-4.

Bunun gibi milletlerarası sözleşmelerde de (1955 ve 1980 tarihli sözleşmelere bkz.) atfın prensip olarak red edildiği kolaylıkla tespit edilebilmektedir (38). Milletlerarası bu düzenlemelere karşılık MÖHUK hakkında yapılan ilk kanun tasarıları incelendiği vakit, bu noktada atfın düzenlenmeyerek nazara alınmadığı tespit edilebilmektedir (39). Fakat, günümüz açısından problem, MÖHUK m. 24/I kuralında açıkça "... tarafların seçtikleri kanun ..."dan bahsedilerek seçilen hukukun maddî hükümlerine yetki tanınmak ve atıf kesin olarak reddedilmek suretile çözüme bağlanmıştır (40).

3- DEVLETLER ÖZEL HUKUKU ALANINDA TARAF İRADELERİ İLE SEÇİLEN HUKUKUN UYGULANMA ALANI

I. GENEL OLARAK

Taraf iradeleri ile seçilen (veya böyle bir seçimin yapılmadığı ihtimallerde objektif bağlanma kuralı ile tespit edilen) hukuk, *sözleşme statüsünü* (=lex obligationis) teşkil etmesi itibarile *borç sözleşmesinin kuruluş şartları, kuruluş anı, hükümleri ve nihayet sona erme nedenleri* hakkında uygulanma alanına sahip olacaktır.

Tarafların hukuk seçimi yaptığı ihtimallerde sözleşme statüsünü teşkil edecek olan "seçilen hukukun" uygulanma alanını tespit etmek birtakım pratik yararları da beraberinde getiren önemli bir mesele kimliğine bürünmektedir.

Bu meselenin önemini kavramış bazı ülkeler, devletler özel hukukuna dair kodifikasyonlarında (mesela bkz. Alman Kanunu (EGBGB) m. 32, Macar Kanunu m. 30) seçilen hukukun uygulanma alanının sınırlarını çizen düzenlemelere yer vermekte ve böylece ihtilafı çözmek durumundaki hakime pratik açıdan büyük kolaylıklar sağlamaktadırlar.

Günümüz devletler özel hukuku kodifikasyonlarının çoğunda yer almamış bu düzenlemelerin ortaya çıkardığı eksiklik milletlerarası uygulamalar ve mukayeseli hukuk verileri ile büyük ölçüde giderilmeye çalışılmaktadır. Bu konuda kodifikasyonunda düzenleme eksikliği bulunan ülkelerden biri olmamız nedeniyle seçilen hukukun uygulanma alanının tespiti bizim açımızdan da halli gereken önemli bir mesele teşkil etmektedir.

II. TARAF İRADELERİ İLE SEÇİLEN HUKUKUN UYGULANMA ALANINA GİREN KONULAR

A. Sözleşmenin Kuruluş Şartları

Öncelikle beyan edilmelidir ki, taraflarca bir hukuk seçiminin yapıldığı ihtimallerde hem *asıl borç sözleşmesinin* ve hem de *hukuk seçimine dair sözleşmenin* kurulmuş olup olmadığı meselesinin sözleşme statüsünü teşkil eden seçilen hukuka göre çözü-

(39) Bkz. Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Kanunu Öntasarısı Sempozyumu, 22-24 Kasım 1976 İstanbul 1978, m. 21, sh. 18, 165 vd.; TEKİNALP, Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı, İÜHFM. 1980, 101 vd.

(40) Bu konudaki öntasarı tartışmaları için bkz. Sempozyum, 173-178.

me bağlanacağı kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile, sözleşmenin kurulmasına ilişkin irade beyanlarının (=icaba davet, icap, kabul) mevcudiyet ve geçerlilik koşulları seçilen hukukun uygulanma alanına dahil sayılmaktadır.

Ancak, bu noktada bir husus önemle vurgulanmalıdır: İrade bozukluklarına yol açan sebepler hakkında, bunların kişinin korunmasına yönelik olmaları itibarile milli hukukun yetkili olması ileri sürülmüş ise de, meselenin daha ziyade irade beyanlarının geçerlilik koşulları ile irtibat arzemesinden hareketle sözleşme statüsünün yetkisine üstünlük tanınmıştır (41).

Bilindiği üzere Borçlar Hukuku alanında bir sözleşmesel ilişkinin kurulabilmesi için hukukî bir sonuç doğurmak üzere iki veya daha ziyade karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının uyuşması aranmaktadır (Bkz. BK. m. 1/I). Sözü edilen irade beyanlarından zaman itibarile önce olanı "icap", sonra geleni "kabul" adını alır. İşte tam bu noktada, devletler özel hukuku alanında hazır bulunmayan kişiler arasındaki sözleşmesel ilişkinin kuruluş şartları konusunda icap ve kabul beyanlarının hangi hukukun uygulanma alanında değerlendirileceği güçlük arzeden bir mesele olarak bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu meselede beyan edilen bir fikre göre (42), icapta bulunulması esasında henüz borç sözleşmesi meydana gelmemiş olduğundan hareket edilerek icap hakkında "icapta bulunanın ikametgahı hukukunun" uygulanması uygun görülmektedir.

Bununla birlikte, icapta bulunan, icabında uygulanacak hukuk hakkında da bir teklifte bulunuyorsa, bu takdirde "uygulanması teklif edilen hukuk" söz konusu icabın bağlayıcı olup olmadığını tespit edecektir. Ancak, bu son ihtimalde sözleşmeyi gereksiz yere parçalamanın doğru olmayacağı görüşünden hareketle icabın bağlayıcılığı konusunda objektif bağlanma kuralları ile meseleyi çözmekten yana düşünceye sahip yazarlar da mevcuttur (43).

Kabul beyanı açısından meselenin çarpıcı yanı "yapılan icaba muhatabın susmasının ne anlama geldiğinin hangi hukuka göre tespit edileceği" konusunda kendisini hissettirmektedir. *Fikrimce*, bu konuda yetkiyi "öneri karşısında susan tarafın ikametgahı" (Bkz. 1978 tarihli İsviçre Federal Kanunu Öntasarısı m. 118), yahut "mutad meskeni" (Bkz. 1987 tarihli İsviçre Federal Kanunu m. 123) hukukuna tanıyan fikirlerin (44) aksine, "seçilen hukuka" tanımak daha isabetli olacaktır.

B. Sözleşmenin Kuruluş Anı

Sözleşmenin kurulmasına ilişkin icap ve kabul beyanları seçilen hukukun uygulanma alanı dahilinde mütalaa edilince; doğal olarak bu irade beyanlarının karşılıklı ve

(41) ULUOCAK, 195-196.

(42) SOERGEL/KEGEL, *Komm., Vorbem.* 196, 197 Vor Art. 7 EGBGB; REITMAN/MARTINY, 98, N. 97; RAAPE, 493 vd.; Bu fikirdeki diğer yazarlar için bkz. STAUDINGER/FIRSCHING, *Komm., Bem.* 154, 157 Vor Art. 12 EGBGB; TEKINALP, *Bağlama Kuralları*, 276, dn. 54.

(43) VISCHER, *Vertragsrecht*, 149; FERID, *Zum Abschluss von Auslandsverträgen, Eine internationale privatrechtliche Untersuchung der vorkonsensualen Vertragselemente*, 24 vd. (TEKINALP, *Bağlama Kuralları*, 276, dn. 55'ten).

(44) Bkz. TEKINALP, *Bağlama Kuralları*, 277; ULUOCAK, 187.

(45) Bkz. aynı doğrultuda ULUOCAK, 196; TEKINALP, *Bağlama Kuralları*, 277.

birbirine uygun olarak *ne zaman uyuştukları* meselesinde de aynı hukukun yetkisini kabul etmek gerekecektir. Bu düşünceden hareketle devletler özel hukuku doktrininde de sözleşmenin kuruluş anı bakımından seçilen hukukun yetkisi kabul edilmektedir (45).

C. Sözleşmenin Hükümleri

Taraflarca bir hukuk seçiminin yapıldığı ihtimallerde seçilen hukukun uygulanma alanına girecek olan konulardan birisi de *sözleşmenin hükümleridir*. Gerçekten, borç sözleşmesinin *muhtevası, ifası, ifasına ilişkin meseleler (ifada borçlunun ve alacaklının rolü, ifanın konusu, zamanı, yeri alacaklı yüzünden borcun ifa edilememesi, ifada gecikme ve borçlu temerrüdü, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı, borcun gereği gibi ifa edilmemesi, sözleşme müzakereleri sırasında kusur (=culpa in contrahendo), borcun ifa edilmemesinin sonuçları)* ve özellikle *hasarın intikali* hep seçilen hukukun uygulanma alanına dahil konulardır.

Bunların yanında, borçlunun birden ziyade olduğu ihtimallerde muhatap alacaklının bunlardan herbirine karşı haiz olduğu talep hakkı aralarındaki sözleşmesel ilişkinin tabi olduğu seçilen hukuka bağlıdır. Ayrıca, sözleşmesel ilişkiden doğan alacak hakkının temlik edildiği ihtimallerde de, böyle bir temlikin yapılabilmesinin mümkün olup olmadığı, şartları, temlik sonucu borçlu ile temlik edilen arası ilişkiler, borçlunun temlik edene karşı dermeyan edebileceği defiler ve bunların temlik edilene karşı da ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı; nihayet, borçlunun temlik edene ifada bulunması halinde borcundan kurtulabilmesinin mümkün olup olmadığı hep sözleşme (alacak) statüsüne dahil meselelerdir. Taraflarca bir hukuk seçimi yapılan ihtimallerde sözleşme statüsü seçilen hukuk olacağından bu meseleler hakkında yetki doğal olarak seçilen hukuka ait olacaktır.

D. Borcu Sona Erdiren Sebepler

Borçlar Kanunumuz borcu sona erdiren sebepleri üçüncü babında (BK. m. 113-140 nci maddeleri arasında) düzenlemiştir. Bunlar, tecdit (=yenileme), alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, ifa imkansızlığı, takas ve zamanaşımı'dır (46).

Devletler özel hukuku doktrinine göz atıldığı vakit, söz konusu borcu sona erdiren sebepler hakkında sözleşme statüsünün yetkisi kabul edilmektedir. Bu noktada bir adım daha atılarak, taraf iradeleri ile bir hukuk seçiminin yapıldığı ihtimallerde borcu sona erdiren sebepler hakkında da yetki, "*seçilen hukuka*" tanınacaktır. Zira, artık bu noktada sözleşme statüsü "*seçilen hukuktan*" ibaret olmaktadır.

Devletler özel hukuku alanında borcu sona erdiren sebepler arasında özellik arzetmeleri nedeniyle takas ve zamanaşımı üzerinde ayrıca durmak gerek-

(46) *İsviçre Borçlar Kanunu'nun ibra'yı bir borcu sona erdiren sebep olarak kabul eden 115. nci maddesinin Borçlar Kanunumuza alınmamış olması, hukukumuz açısından ibranın borcu sona erdiren sebeplerinden biri olmadığı anlamına gelemez. Bu aksaklık olsa olsa ibra muamelesinin şekle tabi olup olmadığı tartışmasına sebep olabilir. Bkz. OĞUZMAN, Borçlar, 335 ve 338 vd.*

mektedir:

a. Bilindiği üzere hukukumuzda takas (=compensation) Verrechnung, birbirine karşı aynı cins ve muaccel alacağa sahip şahıslardan birinin tek taraflı irade beyanı ile bu alacakları az olanı tutarında sukut ettirmesidir (47). Takas, prensip olarak taraflardan sadece birinin irade beyanı ile vücut bulabilirse de, istisnaen bir takas anlaşması şeklinde de yapılabilir (Bkz. BK. m. 123) (48). Takasın bir takas anlaşması ile meydana geldiği ihtimallerde takasın şartları ve hükümleri artık sözleşme statüsü tarafından tespit edilecektir. Doğal olarak seçiminin yapıldığı durumlarda da seçilen hukuk sözleşme statüsünü teşkil etmesi itibarı ile takasın şartlarını ve hükümlerini belirleyecektir.

Bir takas anlaşmasının mevcut olmadığı ihtimallerde devletler özel hukuku doktrininde başlıca iki fikir mevcuttur: Bunlardan Fransız doktrininde hakim durumda olan ilk fikre göre, alacaklardan herbirinin takas yolu ile sona ermesi, o alacağa hakim olan hukuka tabi tutulmaktadır. Buna karşılık Alman doktrininde hakmi olan ikinci fikir, her iki taraf hakkında da takasın borcu sona erdirdiği esasen kabul etmekle birlikte, kanunlar ihtilafı durumunda esas talebin yani kendisine karşı takas dermeyan edilen alacağın tabi olduğu hukuku yetkili kılmaktadır (49).

b. Borcu sona erdiren sebepler arasında devletler özel hukuku alanında müşkülât arzedenlerden birisi de zamanaşımı'dır (=prescription, Verjährung). Bu nokta ile ilgili olarak milletlerarası alandaki düzenlemelere göz atıldığı vakit, meselenin gerek devletler özel hukuku kodifikasyonlarında ve gerekse de mahkeme içtihatlarında sözleşme statüsünün yetki alanında mütalaa edildiği tespit edilebilmektedir. Burada sözü edilen sözleşme statüsünden maksat da, "borç ilişkisinin esası hakkında uygulanan hukuk"tur. (Bu doğrultudaki Çekoslavak, Macar, İsviçre, Alman kodifikasyonlarına ve özellikle Fransız ve Belçika mahkeme içtihatlarına bkz.).

Sözleşme statüsünün seçilen hukuk olduğu ihtimallerde de zamanaşımı hakkında karar verme yetkisi borç ilişkisinin de esasına uygulanacak hukuku teşkil eden seçilen hukuka ait olacaktır.

(47) OĞUZMAN, Borçlar, 356. (Kırs. ULUOCAK, 197; yazar, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1359'a atfen takası "alacaklıyı tatmin ederek borcu sona erdirmek" olarak tanımlamakta ise de TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 1358'de takas'ı "birbirine karşı aynı cinsten edimleri borçlanan tarafları, bu karşılıklı borçları fiilen ödemek külfetinden kurtaran bir yol" olarak tanımlamaktadır).

(48) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 6. Bası, İst. 1988, sh. 1377; OĞUZMAN, Borçlar, 364 vd.

(49) NOMER, 321.

(50) ULUOCAK, 198.

4- DEVLETLER ÖZEL HUKUKU ALANINDA TARAF İRADELERİ İLE SEÇİLEN HUKUKUN UYGULANMA ALANI DIŞINDA KALAN KONULAR

I. GENEL OLARAK

Taraf iradeleri ile seçilen hukuku n uygulanma alanı dışında kalan konular arasında karşımıza ilk planda "ehliyet" ve "şekil" meseleleri çıkmaktadır. Esasen bu sonuç normal ve tutarlıdır. Zira, devletler özel hukuku alanında ehliyet meselesinde, "milli hukuk"un ve şekil meselesinde de -"locus regit actum" kuralı uyarınca- "işlemin yapıldığı yer hukuku" nun yetkisini öngören kurallar genel kabul edilen prensiplerdir.

Devletler özel hukuku alanında taraf iradeleri seçilen hukukun uygulanma alanı dışında kalan konular sadece ehliyet ve şekilden ibaret değildir. Bunların yanına ayrıca, kamu düzeni engellemesi, genel işlem şartları ve iltihaki sözleşmeler ve ayrıca özelliği olan bazı sözleşme tipleri de eklenebilir.

II. KAMU DÜZENİ ENGELLEMESİ

Taraf iradeleri ile seçilen hukukun uygulanma alanı dışında kalan konulardan birisi de kamu düzeni engellemesidir. Gerçekten, kamu düzeni ile bağdaşmayacak sözleşme statüsünün uygulanmasının engellenmesi sonucu itibarile adı geçen borç sözleşmesinin tamamının yahut sadece bir kısmının geçersiz kalmasına sebep olabilecektir.

III. GENEL İŞLEM ŞARTLARI ve İLTİHAKÎ SÖZLEŞMELER

Genel işlem şartları ve iltihakî sözleşmeler (51) iç hukuklarda yer alan sözleşme serbestisi esasının taraflardan sadece birince önceden ve tek yanlı kullanıldığı hallerdendir.

Birtakım ülkeler (52), gerek kodifikasyonlarında ve gerekse de mahkeme uygulamalarında genel işlem şartları ve iltihakî sözleşmelere karşı ekonomik açıdan zayıf durumdaki şahısları koruma amacı ile "şartların bağlayıcılığına ve muhtevaya" ilişkin olmak üzere iki yönlü bir denetim sistemi getirmişlerdir (53).

(51) Bu terimler genel bir ifade ile esasta sözleşmenin hükümlerinin taraflardan sadece birince önceden düzenlendiği halleri belirtmekte ise de; doktrinde iltihakî sözleşmeler ile genel işlem şartları arasındaki farkın sadece bir terminoloji farklılığından ibaret olmayıp önemli bir muhteva farkının da bulunduğu bir fikir tarafından beyan edilmektedir. Bu fikir uyarınca, özetle, genel işlem şartları iltihaki sözleşmeleri kapsar biçimde ele alınmalı ve sözleşmenin bütün hükümlerinin bir tarafça önceden düzenlendiği hallerde ancak iltihakî sözleşmelerden bahsedilmelidir. Bunun dışında, sözleşmenin bazı hükümlerinin taraflarca özel olarak birlikte tespit edildiği ancak diğerlerinde genel işlem şartlarına atıf yapıldığı ihtimalinde artık iltihakî sözleşmeden bahsedilemeyeceğine de dikkat çekilmektedir. (Anılan bu fikir için bkz. OĞUZMAN, Borçlar, 16-17).

(52) Bu anlamda bkz. Almanya, Danimarka, İsveç ve Avusturya (TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, 205, dn. 6).

(53) Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP, Bağlama Kuralları, 284-285.

(54) TEKİNALP, Bağlama Kuralları, 285.

Devletler özel hukuku alanında ise genel işlem şartları ve iltihakî sözleşmeler ilgi odaklarını taraf iradeleri ile seçilen hukukun uygulanma alanı dışında kalan konular arasında yer almakla belirginleştirmektedirler. Gerçekten de, devletler özel hukukunda, bir ülkede mevcut genel işlem şartlarından ve iltihakî sözleşmelere ait sözü edilen denetimlerin o ülke ile ilgili olan ve denetim kapsamına giren sözleşmelerde sözleşme statüsünün seçilen hukuktan ibaret olduğu hallerde bile uygulanabileceği kabul edilmektedir (54).

IV. ÖZELLİĞİ OLAN BAZI SÖZLEŞMELER

A. Gayrimenkullerin Satılması-Bağışlanması

Hukukumuzda, gayrimenkullerin satımına dair sözleşmelere menkullerden farklı olarak *lex rei sitae* kuralı hakimdir. Bunun temel sebebi, hukukumuzda gayrimenkuller üzerindeki tasarruf işleminin sebebe bağlı olması (Bkz. MK. m. 932-933) ve gayrimenkullerin satımına dair borç sözleşmesinin de sadece Türk tapu memuru huzurunda yapılabilmesidir.

Aynı esaslar gayrimenkullerin bağışlanması hakkında da geçerlidir.

B. Sicile Tescilli Gemilerin Satılması

Sicile tescil edilmiş gemilerin satılmasına ilişkin borç sözleşmeleri hakkında sözleşme statüsü sicil yeri hukukudur. Aynı zamanda bu hukuk sicile tescil edilmiş gemilerin mülkiyetlerinin intikalî hakkında da yetkilidir (55).

C. Pazar ve Borsa Satışları

Pazar veya borsalarda yapılan borç sözleşmeleri hakkında pazarın veya borsanın bulunduğu yerin hukukunun uygulanması devletler özel hukuku alanında genel kabul gören bir sonuç niteliğindedir (56).

D. Resmî Müzayede Satışları

Resmî müzayede satışları da devletler özel hukuku alanında müzayedenin yapıldığı yer hukukunun yetkisi dahilinde mütalaa edilmektedir (56).

(55) TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, 285.

(56) TEKİNALP, *Bağlama Kuralları*, 286; ULUOCAK, 208.