

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK (MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK)  
ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERDE HUKUK SEÇİMİ  
VE SINIRLANDIRILMASI**

**Doktora Tezi**

**Arzu Alibaba**

**Ankara - 2005**

**T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK (MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK)  
ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERDE HUKUK SEÇİMİ  
VE SINIRLANDIRILMASI**

**Doktora Tezi**

**Arzu Alibaba**

**Tez Danışmanı**

**Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu**

**Ankara - 2005**

T.C.  
ANKARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK (MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK)  
ANABİLİM DALI

**MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERDE HUKUK SEÇİMİ  
VE SINIRLANDIRILMASI**

Doktora Tezi

Tez Danışmanı:

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi.....

## İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR CETVELİ.....	v
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞME KAVRAMI VE İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİNİN İNCELENMESİ

I.MİLLETLERARASI SÖZLEŞME KAVRAMI.....	5
A.TANIM.....	5
B.BİR SÖZLEŞMENİN MİLLETLERARASI SÖZLEŞME SAYILMASI İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR VE MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMENİN VARLIĞINI TESPİTTE KULLANILAN YÖNTEMLER.....	6
1.Objektif Yöntem.....	11
2.Ekonomik Yöntem.....	16
3.Sübjektif Yöntem.....	18
II.İRRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİ.....	20
A.GENEL OLARAK İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİ VE SÖZLEŞME SERBESTİSİ İLKESİ.....	21
B.MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERDE İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİNİN KAYNAĞI.....	34
C.MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHİ GELİŞİMİ.....	38
1.İrade Muhtariyeti Prensibinin Tarihi Gelişimi ve Milletlerarası Özel Hukuk Doktrini.....	38
2.İrade Muhtariyeti Prensibinin Tarihi Gelişimi ve Yasal Düzenlemeler.....	47
3.İrade Muhtariyeti Prensibinin Tarihi Gelişimi ve İçtihatlar.....	50

### İKİNCİ BÖLÜM MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERDE SÜBJEKTİF YÖNTEM VE SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN KAPSAMI

I.MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİNDE ROL OYNAYAN İLKELER.....	57
A.MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ADALETİ VE MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN MENFAATLER.....	57
1.Taraf Menfaati.....	59
2.İşlem Menfaati.....	60
3.Düzen Menfaati.....	60
a.Milletlerarası Çözüm Yeknesaklığı.....	61
b.İç Çözüm Yeknesaklığı.....	62
c.Gerçek Bir Kararın Verilmesindeki Düzen Menfaati.....	62
4.Devlet Menfaati.....	63

5.Milletlerarası Toplumun Genel Menfaati.....	64
B.MADDİ ÖZEL HUKUK ADALETİ.....	65
C.SÖZLEŞMENİN BİRLİĞİ İLKESİ.....	66
II.SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUKUN TARAFLARCA BELİRLENMESİ.....	67
A.MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERDE HUKUK SEÇİMİ.....	67
B.MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERDE HUKUK SEÇİMİNİN ŞEKLİ.....	67
C.HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMASININ VARLIĞI VE GEÇERLİLİĞİ.....	80
III.SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN KAPSAMI.....	86
A.SÖZLEŞME STATÜSÜ TARAFINDAN İDARE EDİLEN HUSUSLAR.....	86
1.Sözleşmenin Kuruluşu.....	87
2.Borçların İfası.....	90
3.Hasarın ve Yararın İntikali.....	90
4.Sözleşmenin Yorumu.....	91
5.Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Tazminat Talepleri.....	92
B.SÖZLEŞME STATÜSÜ KAPSAMI DIŞINDA KALAN HUSUSLAR.....	93
1.Ehliyet.....	93
2.Şekil.....	97
3.İfa Şekli.....	101
4.Temsil.....	103

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM SÜBJEKTİF YÖNTEMİN (HUKUK SEÇİMİNİN) SINIRLARI

I.HUKUK SEÇİMİNİN SINIRLANDIRILMASI.....	108
A.HUKUK SEÇİMİNİN SEÇİLEN HUKUK BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI.....	108
1.Seçilen Hukukun Bir Devletin Hukuku Olması.....	108
a.Tanınmamış Devletlerin Hukuku.....	112
b.Lex Mercatoria.....	113
c.Hak ve Nisfet.....	121
2.Seçilen Hukukun Yürürlükte Olan Bir Hukuk Olması.....	122
B.HUKUK SEÇİMİNİN SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI.....	123
C.HUKUK SEÇİMİNİN ZAMAN BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI.....	125
D.HUKUK SEÇİMİNİN SÖZLEŞMENİN KAPSAMI BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI.....	129
1.Sözleşmenin Parçalanması.....	129
2.Kısmî Hukuk Seçimi.....	135
E.HUKUK SEÇİMİNİN EMREDİCİ KURALLARA (DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARA) AYKIRI OLMASI.....	138
F.HUKUK SEÇİMİNDE ZAYIF TARAFIN KORUNMASI.....	146
1.Tüketici Sözleşmeleri.....	148
2.İş Sözleşmeleri.....	150
3.Sigorta Sözleşmeleri.....	151

4.Standart Sözleşmeler.....	154
5.Adı Geçen Sözleşmelerde Koruma İhtiyacı Duyulan Tarafın Nasıl Korunacağı Meselesi.....	157
a.Hukuk Seçiminin Hariç Tutulması.....	157
b.Sınırlı Hukuk Seçimi.....	158
c.Tercihli Hukuk Seçimi.....	158
d.Seçimsiz Tercihli Hukuk Seçimi.....	160
G.HUKUK SEÇİMİNİ SINIRLANDIRAN DİĞER HALLER.....	161
1.Seçilen Hukukla Sözleşme, , <i>For</i> Devleti veya Taraflar Arasında İlişkinin Varlığı.....	161
2.Kanuna Karşı Hile.....	168
3.Seçilen Hukukun Zaman İtibarıyla Sabitleştirilmesi Meselesi.....	171
II.SEÇİLEN HUKUKUN UYGULANMASINI SINIRLANDIRAN HALLER.....	173
A.HUKUK SEÇİMİNİN <i>FOR</i> DEVLETİNİN KAMU DÜZENİNE AYKIRI OLMASI.....	173
B. SEÇİLEN HUKUKUN SÖZLEŞMEYİ GEÇERSİZ HALE GETİRMESİ.....	176

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA SÜBJEKTİF YÖNTEMİN (HUKUK SEÇİMİNİN) SINIRLARI**

I.EHVK'DA MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK VE HUKUK SEÇİMİ SERBESTİSİ.....	179
II.MÖHUK'NDA SÜBJEKTİF BAĞLAMA.....	187
III.MÖHUK'DA HUKUK SEÇİMİNİN SINIRLANRI.....	189
A.HUKUK SEÇİMİNİN SEÇİLEN HUKUK BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI.....	189
1.Seçilen Hukukun Bir Devletin Hukuku Olması.....	189
a.Tanınmamış Devletlerin Hukuku.....	189
b. <i>Lex Mercatoria</i> .....	189
c.Hak ve Nisfet.....	191
2.Seçilen Hukukun Yürürlükte Olan Bir Hukuk Olması.....	192
B.HUKUK SEÇİMİNİN SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI.....	192
C.HUKUK SEÇİMİNİN ZAMAN BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI.....	196
D.HUKUK SEÇİMİNİN SÖZLEŞMENİN KAPSAMI BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI.....	197
E.HUKUK SEÇİMİNİN YAPILIŞ ŞEKLİ BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI.....	198
F.HUKUK SEÇİMİNİN EMREDİCİ KURALLARA (DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARA) AYKIRI OLMASI.....	201
G.HUKUK SEÇİMİNDE ZAYIF TARAFIN KORUNMASI.....	207
1.Tüketici Sözleşmeleri.....	207
2.İş Sözleşmeleri.....	211
3.Sigorta Sözleşmeleri.....	213

4.Standart Sözleşmeler.....	214
H.HUKUK SEÇİMİNİ SINIRLANDIRAN DİĞER HALLER.....	216
1.Seçilen Hukukla Sözleşme, , <i>For</i> Devleti veya Taraflar Arasında İlişkinin Varlığı.....	216
2.Kanuna Karşı Hile.....	217
3.Seçilen Hukukun Zaman İtibarıyla Sabitleştirilmesi Meselesi.....	219
IV.SEÇİLEN HUKUKUN UYGULANMASINI SINIRLANDIRAN HALLER...220	
A.HUKUK SEÇİMİNİN <i>FOR</i> DEVLETİNİN KAMU DÜZENİNE AYKIRI OLMASI.....	220
B. SEÇİLEN HUKUKUN SÖZLEŞMEYİ GEÇERSİZ HALE GETİRMESİ.....	225
SONUÇ.....	226
KAYNAKÇA.....	232
ÖZET.....	245
SUMMARY.....	246

## KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ATAD	: Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BYIL	: British Yearbook of International Law
C.	: Cilt
CaLR	: Caribbean Law Review
CJTL	: Columbia Journal of Transnational Law
CLR	: Columbia Law Review
CMLR	: Common Market Law Review
CYIL	: The Canadian Yearbook of International Law
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EHVK	: Memâlik-i Osmaniyyede Bulunan Tebaayı Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Muvakkat Kanun
FICLQ	: Federation of Insurance and Corporate Counsel Quarterly
GLJ	: Georgetown Law Journal
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
ICLQ	: International and Comparative Law Quarterly
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
LLR	: Louisiana Law Review
LQR	: Law Quarterly Review
LRA	: Locus Regit Actum
md.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NILR	: Netherlands International Law Review
No	: Number
Rec des Cours	: Recueil des Cours de l'Academie de Droit International de La Haye
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
S.	: Sayı
Sect.	: Section
sh.	: Sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: Institut International pour L'Unification du Droit Privé
Vol.	: Volume
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
Y.	: Yıl

## GİRİŞ

Hukuk seçimi serbestisi, milletlerarası unsurlu sözleşmeler alanında sözleşmenin taraflarına, aralarındaki sözleşmenin varlığını, geçerliliğini ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini belirleyecek hukuku seçme imkânı veren bir prensiptir. Bu prensibin hemen hemen tüm hukuk sistemleri tarafından benimsendiğini söylemek mümkündür.

Acaba bu kadar geniş kabul gören hukuk seçimi serbestisi milletlerarası unsurlu sözleşmeler alanında mutlak bir serbesti midir? Şunu belirtmek gerekir ki, bu soruya olumsuz yanıt verenlerin sayısı olumlu yanıt verenlere oranla daha fazladır. İşte bu sebeple “Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması” başlığını taşıyan bu tezde, milletlerarası unsurlu sözleşme taraflarının hukuk seçimi yaparken mutlak bir özgürlüğe sahip olmadıkları ve hukuk seçiminin birtakım sınırlandırmalara tâbi olduğu ortaya konmaya çalışılmıştır. Milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde hukuk seçimi oldukça fazla kabul gören bir yöntem olmasına karşın, hukuk seçimini sınırlandıran hallerin neler olduğu hususunda bir fikir birliği mevcut değildir. Bunun sonucu olarak, hukuk seçiminin karşı karşıya olduğu sınırlandırmalar hukuk sistemlerinde farklılıklar göstermekte ve bu sistemleri birbirinden ayırmaktadır.

Dolayısıyla bu tezde, milletlerarası unsurlu sözleşmelerde hukuk seçimi serbestisinin ne kadar önemli bir yere sahip olduğu, ne kadar çok kabul gördüğü vurgulanmaya çalışılmış ve bu kadar geniş kabul görmesine rağmen, hangi hallerde ve nasıl sınırlandırıldığına ilişkin bir fikir birliğinin olmayışı üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede, hukuk seçiminin sınırlandırılmasına ilişkin değişik görüş, yöntem ve

düzenlemeler, olumlu ve olumsuz yönleriyle bir araya getirilerek okuyucuya sunulmuştur.

Tezin Birinci Bölümünde, milletlerarası sözleşme kavramı ve hukuk seçimi serbestisinin kaynağını oluşturan irade muhtariyeti prensibi incelenmiştir. Bu çerçevede, hangi sözleşmelerin milletlerarası nitelikte sözleşmeler olduğu ve bu niteliği belirlerken kullanılan kriterler ve ileri sürülen görüşler incelenmiştir. Objektif, subjektif ve ekonomik olmak üzere, temelde üç farklı yöntemden hareket edildiği üzerinde durulmuştur. Bu bölümde, ikinci olarak irade muhtariyeti prensibi, bu prensibin milletlerarası özel hukukta ortaya çıkışı ve tarihi gelişimi, sözleşme serbestisi ilkesiyle olan ilişkisi, kaynağı ve bu çerçevede irade muhtariyetini destekleyen ve karşı çıkan görüşler üzerinde durulmuştur.

Tezin İkinci Bölümü “Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Subjektif Bağlama ve Sözleşme Statüsünün Kapsamı” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde, milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde kullanılan subjektif yöntem incelenmiştir. Bu bağlamda, hukuk seçiminin nasıl yapılacağı, açık hukuk seçimi olmayan hallerde hangi faktörlerden hareketle zımnî iradenin tespit edileceği ilgili milletlerarası sözleşmeler ve iç hukuk düzenlemelerinden hareketle incelenmiştir. Ayrıca hukuk seçimi anlaşmasının varlığı ve geçerliliğinin hangi hukuka tâbi olması gerektiği meselesi tartışılmıştır.

Bu bölümde, ikinci olarak, sözleşme statüsünün kapsamı irdelenmiştir. Bu bağlamda, hangi hususların sözleşme statüsü tarafından idare edildiği ve hangi hususların bu kapsam dışında kaldığı meseleleri üzerinde durulmuştur. Sözleşme statüsünün kapsamı dışında kalan ehliyet, şekil, ifa şekli ve temsil meseleleri, aynı zamanda hukuk seçimini sınırlandıran haller oldukları vurgulanarak incelenmişlerdir.

Bu hususlar tezimizin İkinci Bölümünde incelendiğinden, Üçüncü Bölümde tekrar edilmemişlerdir.

Hukuk seçimini sınırlandıran haller, Üçüncü Bölümün konusunu oluşturmaktadır. Bu sınırlandırmalar, hukuk seçimini sınırlandıran haller ve seçilen hukukun uygulanmasını sınırlandıran haller olarak iki ayrı başlık altında incelenmiştir. Birinci başlık altında milletlerarası sözleşme taraflarının hukuk seçimi yaparken tâbi oldukları, diğer bir ifadeyle, hukuk seçiminin ön şartlarını oluşturan sınırlandırmalar üzerinde durulmuştur. Bu sınırlandırmalar da kendi içinde yedi ayrı başlık altında incelenmişlerdir. Buna göre irade muhtariyetinden hareketle hukuk seçimi yapabilmek için, seçilen hukukun bir devletin hukuku olması ve bu hukukun yürürlükte olan bir hukuk olması gerektiği incelenmiştir. Meseleye sözleşmenin niteliği bakımından yaklaşıldığında, hukuk seçimi yapabilmek için söz konusu sözleşmenin milletlerarası nitelikte bir sözleşme olması gereği üzerinde durulmuştur. Hukuk seçiminin ne zaman yapılması gerektiği ve bir sözleşme için birden fazla hukuk seçimi yapılabilip yapılamayacağı, doğrudan uygulanan kurallar ve zayıf tarafın korunması hukuk seçiminin sınırlandırılmasına ilişkin olarak incelenen diğer meselelerdir.

Öte yandan, seçilen hukukla sözleşme arasında bir ilişkinin varlığının gerekip gerekmediği, bununla bağlantılı olarak kanuna karşı hile ve seçilen hukukun zaman itibarıyla sabitleştirilmesi hukuk seçiminin sınırları başlığı altında yer almıştır. Kamu düzeni ve seçilen hukukun sözleşmeyi geçersiz hale getirmemesi başlıkları ise seçilen hukukun uygulanmasını sınırlandıran haller olarak incelenmişlerdir. Bu hususların tezimizde incelenmesindeki esas neden, söz konusu hususların hukuk seçimi serbestisinden hareketle seçilen hukuka etki tanınmasını engelleyerek, hukuk

seçimini sınırlandırdığına olan inancımızdır. Bu çerçevede, hukuk seçimi yapılabilmeyle birlikte, seçilen hukukun uygulanmasının bu kural ve prensiplere tâbi olduğu üzerinde durulmuştur.

Dört bölümden oluşan tezin son bölümünde, ilk üç bölümde elde edilen veriler, Türk doktrin, mevzuat ve içtihatları ışığında Türk Kanunlar İhtilâfı hukukuna uygulanmıştır. Bu bağlamda, Türk milletlerarası özel hukukunda hukuk seçimi ve tâbi olduğu sınırlandırmalar üzerinde durulmuştur. Öncelikle MÖHUK'tan önceki dönem incelenmiş, daha sonra ise MÖHUK ile birlikte gelen düzenlemeler irdelenmiştir. Burada da, yine Üçüncü Bölümdeki yöntem izlenerek, öncelikle, hukuk seçimini sınırlandıran haller, daha sonra ise, seçilen hukukun uygulanmasını sınırlandıran haller ele alınmıştır. Bu bağlamda hukuk seçimini sınırlandıran haller, seçilen hukuk, sözleşmenin niteliği, hukuk seçiminin zamanı, sözleşmenin kapsamı, hukuk seçiminin yapılış şekli, doğrudan uygulanan kurallar ve zayıf tarafın korunması başlıkları altında incelenmiştir. Hukuk seçiminin zaman bakımından sabitleştirilmesi, kanuna karşı hile ve seçilen hukukla sözleşme arasında bir ilişkinin varlığı meseleleri hukuk seçimini sınırlandıran diğer haller olarak incelenmiştir. Kamu düzeni ve seçilen hukukun sözleşmeyi geçersiz hale getirmesi ise, seçilen hukukun uygulanmasını sınırlandıran haller başlığı altında yer almıştır.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞME KAVRAMI VE İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİNİN İNCELENMESİ

#### I. MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞME KAVRAMI

##### A. TANIM

Sözleşme, “ tarafların belli bir hukukî sonuç doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan bir hukuki işlemdir”<sup>1</sup>. Bir sözleşmenin kurulabilmesi ve sonuç doğurabilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) 1. maddesine göre “iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur”. Buna göre, bir sözleşmeden söz edebilmek için iki taraf bulunmalı ve bu taraflar hukukî sonuç doğurmak üzere karşılıklı ve birbirine uygun şekilde iradelerini açıklamalıdır<sup>2</sup>.

Birçok milletlerarası sözleşme<sup>3</sup> ve birçok kanun, milletlerarası özel hukuk sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimi serbestisini “milletlerarası unsurlu sözleşme”<sup>4</sup> kavramı ile sınırlandırmaktadır. Bu bağlamda, bir sözleşme milletlerarası unsur içerdiği zaman, yani iki veya daha fazla hukuk sistemini ilgilendirdiği zaman milletlerarası özel hukukun konusuna girer ve irade muhtariyeti prensibine tâbi olur<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Akipek, Ş./Küçükgüngör, E.: Sözleşmeler Rehberi, Ankara 2000, sh. 16.

<sup>2</sup> Akipek/Küçükgüngör, sh. 16; Zevkliler, A.: Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1992, sh. 114; Öztan, B.: Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 14. Baskı, Ankara 2004, sh. 85; Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 5. Baskı, İstanbul 1994, sh. 263.

<sup>3</sup> Tezimizde, milletlerarası konvansiyonlar “milletlerarası sözleşme” kavramıyla ifade edilmiştir.

<sup>4</sup> Tezimizde, milletlerarası özel hukuk akitleri “milletlerarası unsurlu sözleşme” kavramıyla ifade edilmiştir.

<sup>5</sup> Esener, T.: “İradenin Muhtariyeti Prensibi”, AÜHFD, C. 11 (1954), sh. 482.

Türk hukukunda da Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)<sup>6</sup> md. 1/1’den hareketle bu sonuca varmak mümkündür<sup>7</sup>.

Milletlerarası unsurlu sözleşme kavramından ne anlamak gerekir? Kavramın tanımına geçmeden önce, şunu belirtmek gerekir ki, bu kavramın tam anlamıyla tanımlanmasının mümkün olmadığı ve milletlerarası unsurlu sözleşme kavramını tanımlarken kullanılan ölçütlerin her hukuk sisteminde farklılık gösterdiği ileri sürülmektedir<sup>8</sup>. Bu bağlamda, milletlerarası unsurlu sözleşme kavramının birçok milletlerarası sözleşmede yer aldığı ve fakat tanımlanmadığı dikkati çekmektedir.

Tüm bu açıklamalardan hareketle milletlerarası unsurlu sözleşme kavramı, “sözleşmenin, içerdiği irtibat noktaları itibariyle yabancı unsur içermesi ve bu nedenle bir veya birden fazla hukuk düzeniyle ilişki içinde bulunması”<sup>9</sup> şeklinde tanımlanabilir. Milletlerarası unsurlu sözleşme kavramını tanımlamaya çalışan bazı görüşler sözleşmenin irtibat noktalarından hareket ederken, bir kısmı sözleşmenin ekonomik etkilerini değerlendirmekte, diğer bazıları ise, sözleşmenin başka bir milletlerarası unsurlu sözleşmeyle bağlantısı olup olmadığını araştırmaktadır.

## **B. BİR SÖZLEŞMENİN MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞME SAYILMASI İÇİN GEREKLİ OLAN ŞARTLAR VE MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMENİN VARLIĞINI TESPİTTE KULLANILAN YÖNTEMLER**

Günümüz sözleşmeler hukuku, milletlerarası unsurlu sözleşmeleri “objektif bakımdan” milletlerarası unsurlu sözleşmeler ve “sübjektif bakımdan” milletlerarası

---

<sup>6</sup> 2675 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (RG. 22.5.1982-17701).

<sup>7</sup> **Tekin al p**, G.: “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk – MÖHUK md. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi”, (Akdi İlişki) MHB, C. 5, S. 1 (1985), sh. 29; **Akıncı**, Z.: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, (İnşaat Sözleşmeleri), İzmir 1996, sh. 70.

<sup>8</sup> **Delaume**, G. R.: “What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma”, ICLQ, Vol. 28 (1979), sh. 259.

<sup>9</sup> **Turhan**, T.: Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, (Yabancı Para Kayıtları), Ankara 1997, sh. 192.

unsurlu sözleşmeler olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Sözleşmenin objektif bakımdan milletlerarası unsurlu olması “o sözleşmenin içerdiği irtibat noktaları itibariyle, daha herhangi bir devlet mahkemesine başvurulmadan bir veya birden fazla hukuk düzeniyle ilişki içinde bulunduğunun kabul edilmesidir”<sup>10</sup>. Buna göre, sözleşmenin tarafları, hangi devlet mahkemesine başvurlarsa başvursunlar ve mahkeme sözleşmedeki irtibat noktalarıyla ilgili ne değerlendirme yaparsa yapsın, o sözleşme milletlerarası unsurlu sözleşme sayılır. Bu durumda bir sözleşmeye milletlerarası unsurlu sözleşme niteliğini kazandıran husus “farklı tâbiyet”, “farklı ikametgâh” gibi irtibat noktalarıdır. Bu görüşü savunanlar, örneğin, sözleşmenin farklı inikat ve ifa yerlerine sahip olduğu bir durumda, bu sözleşmenin mahkeme tarafından değerlendirilmeden önce de milletlerarası unsurlu bir sözleşme olduğunu kabul etmektedirler<sup>11</sup>.

Bir sözleşmenin subjektif bakımdan milletlerarası unsurlu sözleşme olması ise, “sözleşmenin içerdiği irtibat noktalarının yetkili mahkeme tarafından değerlendirilmesinden sonra sözleşmenin o devlet hukuku bakımından bir veya birden fazla yabancı hukuk düzeniyle ilişkisi olduğunun ortaya çıkmasıdır”<sup>12</sup>. Objektif bakımdan irtibat noktaları *a priori* olarak sözleşmeye milletlerarası nitelik kazandırırken, subjektif bakımdan mesele incelendiğinde, sadece irtibat noktaları bakımından, adı geçen sözleşme, *a priori* olarak milletlerarası unsurlu sözleşme sayılmamaktadır. Bu görüşü savunan yazarlara göre, bir sözleşmenin milletlerarası unsurlu olup olmadığı, ancak sözleşmenin belli bir yer ve zaman açısından içerdiği irtibat noktalarının hâkim tarafından değerlendirilmesi sonucunda belli olur. *Turhan*'a göre, yabancı para kaydı içeren bir sözleşmenin subjektif bakımdan

<sup>10</sup> **Turhan**, Yabancı Para Kayıtları, sh. 6.

<sup>11</sup> **Turhan**, Yabancı Para Kayıtları, sh. 6.

<sup>12</sup> **Turhan**, Yabancı Para Kayıtları, sh. 6.

milletlerarası unsurlu olması, kanunlar ihtilâfı hukukunun müdahalesi için yeterlidir. Yabancı para kaydı içeren sözleşme hâkimin önüne gittiğinde, eğer hâkim bu sözleşmenin birden fazla hukuk düzeniyle bağlantısı olduğu sonucuna varıyor ve uygulanacak hukuku araştırma yükümü doğuyorsa, sözleşme milletlerarası unsurlu bir sözleşmedir<sup>13</sup>. *Tiryakoğlu*'na göre de, bir sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağı konusunda tereddüt olan hallerde, adı geçen sözleşme, milletlerarası unsurlu sözleşme olarak değerlendirilebilir<sup>14</sup>.

Türk hukukunda yabancı unsur taşıyan sözleşmeler, milletlerarası unsurlu sözleşme olarak kabul edilmektedir<sup>15</sup>. Bu çerçevede, milletlerarası unsurlu sözleşme kavramı ve yabancılık unsuru taşıyan sözleşme kavramı aynı anlamda kullanılmakla birlikte, milletlerarası unsurlu sözleşme kavramının yabancılık unsuru taşıyan sözleşme kavramından daha dar kapsamlı olduğu kabul edilmektedir<sup>16</sup>. Daha önce de belirtildiği üzere, bir sözleşme objektif açıdan iki veya daha çok ülke ile bağlantılı ise, milletlerarası unsurlu sözleşme olarak kabul edilmekte ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuk, kanunlar ihtilâfı kurallarıyla tespit edilmektedir. Yabancılık unsuru taşıyan sözleşme kavramı ise, daha geniş bir kavramdır çünkü yabancılık unsurunun yetkili mahkeme tarafından belirlenmesi dolayısıyla bir ülkeye göre yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmenin diğerine göre yabancılık unsuru taşımama olasılığı vardır. Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, milletlerarası unsurlu

---

<sup>13</sup> **Turhan**, Yabancı Para Kayıtları, sh. 7.

<sup>14</sup> **Tiryakioğlu**, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, (Taşınır Mallar), Ankara 1996, sh. 5.

<sup>15</sup> **Özdemir**, H.: "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları", İBD, C. 73, S. 10-11-12 (1999), sh. 927.

<sup>16</sup> **Nomer**, E./**Ekşi**, N./**Gelgel**, G.: Milletlerarası Tahkim, 1. Baskı, İstanbul 2000, sh. 5; **Aygül**, M.: "Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi", SÜHFD, C. 9, S. 3-4 (2001), sh. 234; **Ekşi**, N.: "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı", MHB, C. 1-2, (1992), sh. 4; **Şanlı**, C., / **Ekşi**, N.: Uluslararası Ticaret Hukuku, 3. Baskı, İstanbul, 2004, sh. 5.

sözleşme ve yabancı unsurlu sözleşme ayırımı yapmak oldukça güçtür<sup>17</sup>. Bu sebeple, yabancılık unsuru taşıyan sözleşme şeklindeki bir ifade yerine, daha dar kapsamlı olan ve hukukî ilişkinin gerçek milletlerarası boyutunu ön plâna çıkaran milletlerarası unsurlu sözleşme ifadesinin daha yerinde bir ifade olduğu ileri sürülmektedir<sup>18</sup>.

*Seviğ*, sözleşmeleri, yabancı, milletlerarası ve millî olarak ayırmaktadır. Bu ayırımı göre, yabancı sözleşme “yabancı belirli bir ülkenin hukukuna hükümleri bakımından tâbi olan sözleşmedir”<sup>19</sup>. Milletlerarası sözleşme ise “ifa işlemleri tek bir ülkede meydana gelmeyen sözleşmedir”<sup>20</sup>. Öte yandan, eğer sözleşmenin konusunu oluşturan edimler aynı ülkede ifa ediliyorsa, o sözleşme iç ekonomiye ilişkindir ve millîdir<sup>21</sup>.

Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin “*Scherk*”<sup>22</sup> dâvasında vermiş olduğu karar, bir sözleşmeye milletlerarası unsurlu sözleşme niteliği kazandıran şartların neler olduğu hususuna farklı bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Buna göre, milletlerarası unsurlu sözleşmeden söz edebilmek için, taraflar arasındaki görüşmelerin birden fazla ülkede yapılmış olması ve bu ülkelerin hukuk ve ticaret konularındaki uzmanlarının görüşlerinin sözleşmeye dahil edilmiş olması gerekmektedir<sup>23</sup>. Mahkeme, *Scherk* dâvasında, sözleşmenin taraflarının tecrübeli iş adamları olduklarını, hukuk ve diğer konularda uzmanlardan yardım aldıklarını vurgulamıştır. Her hususun en ince detayına kadar düzenlenmiş olmasının büyük işlerin yürütülüş

---

<sup>17</sup> **Nomer/Ekşi/Gelgel**, sh. 5; **Aygül**, sh. 234; **Ekşi**, sh. 4; **Özdemir**, sh. 930.

<sup>18</sup> **Özdemir**, sh. 930.

<sup>19</sup> **Seviğ**, V. R.: “Borçlanma Ehliyetini Yöneten Kanun (Türkiye ile Almanya, Çekoslavakya, Fransa, İngiltere ve İsviçre’de)”, (Borçlanma Ehliyeti), MHAD, C. 13 (1976), sh. 97-98 (**Nomer/Ekşi/Gelgel**, sh. 5’den naklen).

<sup>20</sup> **Seviğ**, V. R.: Borçlanma Ehliyeti, sh. 97-98 (**Nomer/Ekşi/Gelgel**, sh. 5’den naklen).

<sup>21</sup> **Seviğ**, V. R.: Borçlanma Ehliyeti, sh. 97-98 (**Nomer/Ekşi/Gelgel**, sh. 5’den naklen).

<sup>22</sup> Karar için bkz. **Delaume**, sh. 261 vd.

<sup>23</sup> **Delaume**, sh. 261.

şeklinin bir sonucu olduğu ve bunun da sözleşmenin milletlerarası unsur taşıdığını ortaya koyduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe katılmayan *Delaume*'a göre, güçlü iş adamları ve şirketler arasında olmayıp da, milletlerarası unsurlu olan ve özel inceleme gerektiren işlemler de vardır<sup>24</sup>. Bu çerçevede, Fransız mahkeme kararlarına bakıldığında istisnaen sözleşmenin görüşme prosedürü dikkate alınarak sözleşmenin niteliğini tespit yoluna gidildiği görülür<sup>25</sup>.

Bir diğer görüşe göre sözleşmenin milletlerarası unsurlu sözleşme sayılabilmesi için önemli bir milletlerarası unsur taşıması gerekir<sup>26</sup>. Sözleşmenin konusundan hareketle milletlerarası unsurlu olup olmadığı tespiti yapılırken ekonomik ve hukukî boyutun birlikte rol oynadığı görülür<sup>27</sup>. Meselenin, hukukî boyutuna bakıldığında sözleşmenin içerdiği irtibat noktaları itibarıyla birçok ülkeyle bağlantısı olması ve dolayısıyla kanunlar ihtilâfına yol açması aranır. Meselenin ekonomik boyutu ise, söz konusu işlemin ekonomik etkisini birden fazla ülke üzerinde göstermesi şeklinde ortaya çıkar. Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, farklı görüşler, farklı kriterlerden hareketle bir sözleşmenin milletlerarası unsurlu olup olmadığını tespiti çalışmaktadırlar. Bu aşamada söz konusu yöntemleri incelemek yerinde olacaktır.

---

<sup>24</sup> **Delaume**, sh. 267.

<sup>25</sup> **Delaume**, sh. 267.

<sup>26</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hartley**, T.C.: "Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach", Rec. des Cours, T. 266, (1997), sh. 345.

<sup>27</sup> Bu bağlamda kıstasların sadece hukukî değil, aynı zamanda ekonomik olmaları gerektiğini ileri süren görüşe göre, dikkate alınabilecek yabancılik unsurları: malın veya hizmetin bir devlet sınırını aşması, nakliye belgesi düzenlenmesi, tarafların iki ayrı ülkede yerleşik olması vb. olmalıdır. Bu görüş için bkz. **Şanlı**, C.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, İstanbul, 1985, sh. 31-35.

## 1. Objektif Yöntem

Bu yöntem, milletlerarası unsurlu sözleşmelerin varlığını, objektif irtibat noktalarından hareketle tespiti çalışmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak, sözleşme taraflarının farklı ülkelerde iş yerlerine sahip olmaları, sözleşmeyle birden fazla devlet arasında bir bağlantı kurduğundan, söz konusu sözleşme milletlerarası unsurlu sözleşmedir denebilir. Üçüncü bölümde de belirtileceği üzere<sup>28</sup>, bu bağlantının arandığı birtakım milletlerarası sözleşmelerin varlığından söz etmek mümkündür. Örneğin 11 Nisan 1980 tarihli Malların Milletlerarası Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Sözleşmesi)<sup>29</sup> ve 22 Aralık 1986 tarihli Taşınır Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi'nde (1986 La Haye Sözleşmesi)<sup>30</sup> bu doğrultuda düzenlemeler yer almış ve dolayısıyla iş yerleri farklı ülkelerde bulunan taraflar arasındaki satım, milletlerarası unsurlu satım olarak kabul edilmiştir. Şunu belirtmek gerekir ki, bu bağlantının kabul edildiği durumlarda tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde olması yeterlidir ve dolayısıyla sözleşmenin bir devlet sınırları içinde akdedilmiş ve ifa edilmiş olması durumu değiştirmez. Adı geçen iş yerinin, merkezi iş yeri olması gerekmemekte ve fakat sözleşmeyle ilgili olan iş yeri olması yeterli kabul edilmektedir<sup>31</sup>.

15 Haziran 1955 tarihli Maddi Taşınır Malların Milletlerarası Satımına Uygulanacak Hukuk Hakkında La Haye Sözleşmesi'nin (1955 La Haye Sözleşmesi)

---

<sup>28</sup> Bkz. aşağıda sh. 118 vd.

<sup>29</sup> İngilizce metin için bkz. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980, Online Internet, 04/05/2000; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tiryakioğlu**, B.: "11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi", (Milletlerarası Mal Satımları), AÜHFD, (1991), sh. 194.

<sup>30</sup> İngilizce metin için bkz. Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, The Hague 1986, Online Internet, 08/07/2005.

<sup>31</sup> **Nygh**, P.: *Autonomy in International Contracts*, (Autonomy), Oxford 1999, sh. 48.

1. maddesine göre<sup>32</sup>, bu sözleşme taşınır malların milletlerarası nitelikli satışına uygulanmak üzere akdedilmiştir. Maddede, maddî taşınır mal ve milletlerarası satımdan ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Ancak, maddenin 4. fıkrasına göre hukuk seçimi şartı, yetki anlaşması ya da tahkim şartı sözleşmeye milletlerarası nitelik kazandırmaz. Maddede hangi şartların varlığının gerekli olduğu belirtilmediğinden, bir sözleşmenin milletlerarası unsurlu olup olmadığına hâkimin takdirine bırakılmış olduğunu kabul etmek gerekmektedir<sup>33</sup>.

Sözleşmeye, milletlerarası unsurlu sözleşme niteliği kazandırdığına inanılan bir diğer husus ise, tarafların farklı tâbiyette olmalarıdır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, farklı tâbiyet tek başına çok büyük bir önem taşımamaktadır. Örneğin, yukarıda adı geçen milletlerarası sözleşmeler milletlerarası unsurun varlığını araştırırken, bu hususu ilgili faktör olarak kabul etmemişlerdir. Dolayısıyla, diğer tüm irtibat noktalarının tek bir hukuk düzenini göstermesi halinde, farklı tâbiyet sözleşmeyi milletlerarası unsurlu sözleşme haline getirmeyecektir<sup>34</sup>. Bu bağlamda Fransız Yargıtayının verdiği kararlara bakıldığında, bir işlemi milletlerarası olarak nitelendirirken tarafların vatandaşlığının belirleyici olarak kabul edilmediği görülür. Örneğin, Fransa’da bir Fransız vatandaşıyla bir yabancı arasındaki sözleşme, diğer faktörler Fransa ile ilgili olduğundan iç hukuk sözleşmesi olarak kabul edilmiştir<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup>İngilizce metin için bkz. Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods, The Hague 1955, Online Internet, 08/07/2005.

<sup>33</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 124; **Lando**, O.: “The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods”, (The 1955 and 1985), *RabelsZ*, Vol. 57, (1993), sh. 162; **Özdemir**, sh. 933.

<sup>34</sup> **Koppenol**, M./ **Dokter**, D./ **Meijer**, G.J./ **Smeele**, F.G.M.: *International Contracts, Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law*, First Edition, London 1996, sh. 143; **Sargın**, F.: *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, (Yetki Anlaşmaları), Ankara 1996, sh. 149; Karşıt görüş için bkz. **Hill**, J.: “Some Private International Law Aspects of the Arbitration Act 1996”, (Arbitration) *ICLQ*, Vol. 46, (1997), sh. 277; **Seviğ**, V. R.,: “Akitlere Uygulanacak Olan Kanun Sorunu”, (Akitler) Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, (1999), sh. 327.

<sup>35</sup> **Delaume**, sh. 265.

Tarafların farklı ülkelerde ikametgâh veya mutad mesken sahibi olmaları dikkate alınabilecek bir diğer kriterdir. Bu kriterin de tek başına sözleşmeye milletlerarası unsurlu sözleşme niteliği kazandırıp kazandırmadığı tartışmalıdır<sup>36</sup>. Örneğin, bir ülke içindeki taşınmaz malın millî para ödenerek satın alınmış olması halinde, alıcının yabancı olması çok büyük bir önem taşımaz. Özellikle ülkede yerleşmiş olan alıcının yabancı olduğu gerçeği satıcı tarafından bilinmiyorsa, bu durum işleme milletlerarası nitelik kazandırmaz. Böyle bir örnekte, alıcının yabancı oluşu, yabancı para birimi ile ödeme yapılacaksa veya sözleşme yurt dışında ifa edilecekse önem taşır. Tâbiyetten farklı olarak ikametgâh veya mutad mesken bir diğer ülke ile sürekli bir bağ oluşturur ve bu faktöre ne kadar önem verilmesi gerektiğine taraflar karar vermelidir<sup>37</sup>.

Sözleşmenin yurt dışında yapılmış olması ise, dikkate alınabilecek bir diğer faktördür. Eskiden çok daha büyük bir öneme sahip olan bu faktör, hukuk seçiminin kazandığı önemin uzantısı olarak önemini yitirmiş ve fakat sözleşmenin şekli konusundaki rolünü sürdürmeye devam etmiştir. İki Fransız iş adamının İtalya’da yaptığı ve Fransa’da ifa edecekleri bir sözleşmede, sözleşmenin yapıldığı yer bağlama noktası çok büyük bir önem taşımaz<sup>38</sup>.

İfanın yurt dışında gerçekleştirilecek olması, şüphe yok ki, milletlerarası bir bağlantının varlığı araştırılırken, oldukça önemli bir faktör olarak dikkati çekmektedir. Dolayısıyla, iki Avustralyalı’nın Avustralya’da imzaladıkları ve Endonezya’da ifa edecekleri sözleşme milletlerarası unsurlu sözleşmedir<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 144.

<sup>37</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 49.

<sup>38</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 50.

<sup>39</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 50.

Acaba yabancı ülkede ödeme yapılacak olması, sözleşmeye milletlerarası unsurlu sözleşme niteliği kazandırır mı? Yabancı ülkede ödeme yapılacak olması, kanunlar ihtilâfına yol açabileceğinden, tıpkı ifa yerinin yurt dışında olması gibi, kabul edilebilir bir faktördür<sup>40</sup>. Ödemenin yabancı para birimi ile yapılacak olması ise, bir sözleşmeye milletlerarası unsur kazandıracak bir faktör olarak kabul edilmemektedir; çünkü, milletlerarası ticari ilişkilerde sözleşme tarafları büyük olasılıkla farklı tâbiyette olduğundan, yabancı para birimi işin içine girecektir<sup>41</sup>.

Sözleşmenin konusu olan şeyin yurt dışında olması da bir sözleşmeye milletlerarası unsurlu sözleşme niteliği kazandıran faktörler arasında sayılabilir. Burada da kanunlar arasında ihtilâf çıkma olasılığı vardır. Özellikle, yurt dışındaki bir taşınmaz mal söz konusuysa veya yerel kurallar gereği malın tescili ya da başka şartların yerine getirilmesi gerekiyorsa, bu durum sözleşmenin milletlerarası unsurlu sayılması için yeterli kabul edilecektir<sup>42</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, bir sözleşmenin milletlerarası unsurlu olup olmadığını tespit etmekte tâbiyet, sözleşmenin konusu ve ifa yeri gibi ölçütlerden faydalanılmaktadır. Ancak, Tiryakioğlu'na göre “değişik irtibat unsurlarına ağırlık verilerek yapılan böyle bir tanım uygulamada ortaya çıkabilecek bütün halleri kavrayacak nitelik ve yeterlilikte olmayabilir”<sup>43</sup>. Sözleşmenin milletlerarası unsurlu olup olmadığını belirlemek için kişi veya yer bakımından yabancılik unsuru olup

---

<sup>40</sup> **Turhan**, Yabancı Para Kayıtları, sh. 193.

<sup>41</sup> **Lunz**, L. A.: “Conflict of Laws in International Sale: Theory and Practice of Socialist Countries”, Rec. des Cours, T. 114, (1965), sh. 7.

<sup>42</sup> **Diamond**, A. L.: “Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations”, Rec. des Cours, T. 199 (1986), sh. 250-251.

<sup>43</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 6.

olmadığına bakılsa bile, her somut olayda ağırlık verilen irtibat noktası farklı olacağından kesin bir tanım getirilemeyecektir<sup>44</sup>.

Burada akla şöyle bir soru gelmektedir: Acaba sözleşmedeki hangi irtibat noktaları ne ağırlıkta o sözleşmeye milletlerarası nitelik kazandırır? Bu soruya hâkimin hukuku cevap verecektir. Hâkim bu tespiti yaparken tek bir irtibat noktasından faydalanabileceği gibi, birden fazla irtibat noktasını da göz önünde bulundurabilir. Hâkimler, en fazla ifa yeri ve inikat yeri irtibat noktalarına önem vermektedirler<sup>45</sup>.

Yukarıda adı geçen ve sözleşmeye milletlerarası nitelik kazandıran faktörlerin sözleşme yapıldığı anda varolmaları gerekir. Acaba bir sözleşme, adı geçen faktörlerden birinin, taraflardan birinin yurt dışına yerleşmesi veya bazı yükümlülüklerin yurt dışında yerine getirilecek olmasında olduğu gibi, sonradan değişmesi halinde, milletlerarası unsurlu sözleşme haline gelir mi? Buna karşın yine bazı faktörlerin değişmesiyle acaba bir sözleşme milletlerarasılık niteliğini yitirebilir mi? Bu konuda birtakım görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, dâva tarihi esas alınmalıyken, bir diğer görüşe göre sözleşmenin yürürlüğe girdiği tarih esas alınmalıdır. Kesinlik ve öngörülebilirlik açısından ikinci görüşü kabul etmek daha doğru olacaktır<sup>46</sup>.

Kabul gören görüşe göre, tarafların seçme hakkını kullanabilmeleri için aralarındaki sözleşmenin birden fazla ülkeyle objektif bağlantısı olması gerekmektedir<sup>47</sup>. *Seviğ'e* göre de, irade muhtariyetinden hareketle hukuk seçimi yapılabilmesi yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler için söz konusu olmalıdır.

---

<sup>44</sup> **Delaume**, sh. 262.

<sup>45</sup> **Turhan**, Yabancı Para Kayıtları, sh. 193.

<sup>46</sup> **Nygh**, Autonomy, sh. 51.

<sup>47</sup> **Şanlı**, sh. 115.

Ancak, yazar, irade muhtariyetinin sınırlandırılması bakımından sadece bu kriterin yeterli olmadığını ileri sürmektedir<sup>48</sup>.

Sonuç itibarıyla, eğer söz konusu sözleşme içerdiği irtibat noktaları itibarıyla tek bir ülkeyle bağlantılı ise, bu sözleşme bir iç hukuk sözleşmesidir. Yok eğer söz konusu sözleşme içerdiği irtibat noktaları itibarıyla birden fazla ülkeyle bağlantılı ise, diğer bir ifadeyle yabancı unsur taşıyorsa, bu sözleşme milletlerarası unsurlu bir sözleşmedir<sup>49</sup>.

## 2. Ekonomik Yöntem

Bu yöntem uygulanırken, sözleşmenin birden fazla ülke üzerinde ekonomik etkisinin olup olmadığı araştırılır. Klâsik Fransız teorisi, bu yöntemden hareketle bir sözleşmenin milletlerarası unsurlu olup olmadığını tespiti için çalışmıştır. Dolayısıyla bu teori, sözleşmenin milletlerarası unsurlu olup olmadığını belirlerken ekonomik değerlendirmelerden hareket etmiştir. Buna göre, bir sözleşme, para veya mal gibi ekonomik değerlerin devletler arası karşılıklı transferini içeriyorsa ve bir taraf Fransızsa, o sözleşme milletlerarası unsurlu sözleşmedir. Özellikle, sözleşmelerde yer alan altın şartlarının geçerliliğine uygulanan klâsik Fransız teorisi, bu değerlerin sınırı geçişlerini, bir sözleşmeyi milletlerarası unsurlu saymak için gerekli ve yeterli saymaktadır. Bu tanım, çok dar ve katı olduğundan daha sonra terk edilmiştir<sup>50</sup>.

Fransız hukukunda, eşyanın, hizmetin veya paranın ülkeler arasında dolaşımının hukukî işlem veya ilişkiye milletlerarası nitelik kazandırdığı

---

<sup>48</sup> Seviğ, V. R.: Kanunlar İhtilâfi, Yasama ve Yargılama Çatışmaları, (Kanunlar İhtilâfi), 2. Baskı, İstanbul 1974, sh. 105.

<sup>49</sup> Hill, J., Arbitration, sh. 276; Lunz, sh. 6.

<sup>50</sup> Lando, O.: "The Conflict of Laws of Contracts, General Principles", (The Conflict), Rec. des Cours, T. 189, (1984), sh. 286.

düzenlenmiştir<sup>51</sup>. Bu bağlamda, milletlerarası unsurlu sözleşme milletlerarası ticarî menfaatlerle ilgili sözleşme olarak tanımlanmıştır. Örneğin, A devletinde bulunan ve burada yaşayan bir kimseye ait malların, B devletindeki bir şahsa satımına ilişkin sözleşme, her iki devletin ekonomisini de etkileyecektir. Hâl böyle olunca, milletlerarası işlem zincirinin bir halkası niteliğinde olan iç hukuk sözleşmeleri de bu kapsama girecektir. Bir görüşe göre, ithal edilen malların yurt içinde satımı dahi milletlerarası nitelikte hukukî işlem olarak kabul edilmelidir<sup>52</sup>. Bu çerçevede, Fransız Yargıtayı milletlerarası unsurlu sözleşme kavramını şu şekilde nitelendirmiştir: “İnikadı anından itibaren, hükümleri itibarile hudutlardan önce emtia sevkinin ve mukabilinde dışarıdan para celbini öngören mukaveledir”<sup>53</sup>. Fransız Yargıtay kararlarında, Fransız vatandaşı taraflar arasındaki birtakım işlemler milletlerarası işlem olarak kabul görmüş ve taraflar Fransız vatandaşı olmasına rağmen, işlemin Fransız ekonomisinin sınırlarını aşması halinde de işlemin milletlerarası niteliği haiz olduğu kabul edilmiştir. Fransa’da Fransız vatandaşı bir tacirle, yabancı bir şirketin Fransız yan kuruluşu arasındaki sözleşmenin niteliğine ilişkin olarak, ilgili sözleşme milletlerarası ticarî menfaati ilgilendirdiği ölçüde, milletlerarası unsurlu sözleşme olarak nitelendirilmiştir<sup>54</sup>.

Bu teoriden hareket eden görüşe göre, milletlerarası unsurlu sözleşme kavramının tespitinde yabancılık unsurunun varlığı her zaman zorunlu değildir. Bu bağlamda, sözleşmenin ekonomik karakteri ve milletlerarası ticaretin yarar alanına girme kriterleri dikkate alınmaktadır. Dolayısıyla, milletlerarası ticari menfaatleri

---

<sup>51</sup>**Turhan**, T.: “Fransız Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, (Fransız Hukuku), Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyumu (11 Nisan 1997), Banka ve Ticaret Enstitüsü, sh. 80; **Nomer/Ekşi/Gelgel**, sh. 6; **Delaume**, sh. 269.

<sup>52</sup>**Nygh**, *Autonomy*, sh. 51.

<sup>53</sup>**Uluocak**, N.: *Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları)*, İstanbul 1971, sh. 138; **Özdemir**, sh. 934.

<sup>54</sup>**Delaume**, sh. 265.

ilgilendiren sözleşme milletlerarası niteliktedir<sup>55</sup>. *Akıncı* da, bir sözleşmeyi milletlerarası unsurlu sözleşme yapan bir diğer kriter olarak doğurduğu sonuçlar itibarıyla birden çok devlet ile ilgili olması gereğini ifade etmektedir. Bu görüşe göre, milletlerarası sonuç doğuran sözleşme milletlerarası unsurlu sözleşme olarak kabul edilmelidir. Dolayısıyla sınırlar ötesi ekonomik sonuç doğuran sözleşme milletlerarası unsurlu sözleşme olarak kabul görecektir<sup>56</sup>.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, ekonomik kriter bağlamında kişisel veya coğrafi anlamda bir yabancı unsur aramak yerine, sözleşmenin ekonomik bakımdan milletlerarası nitelikte olup olmadığı araştırılmaktadır.

### 3. Sübjektif Yöntem

Bu yönetime göre, sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı bir hukukun seçilmiş olması, iç hukuk sözleşmesini milletlerarası unsurlu sözleşme haline getirir<sup>57</sup>. Bunun nedeni böyle bir seçimin *lex fori*'nin mi, yoksa seçilen hukukun mu uygulanacağı sorununa yol açmasıdır<sup>58</sup>. 1955 La Haye Sözleşmesi bu görüşü reddetmektedir. Sözleşmenin 1. maddesine göre, taraflarca hukuk seçimine veya yetki anlaşmasına veya tahkime ilişkin olarak yapmış olan irade beyanı tek başına satıma milletlerarası unsur kazandırmaz.

1986 tarihli La Haye Sözleşmesi'nde de (md. 1) benzer bir düzenleme mevcuttur. Buna göre, 1986 La Haye Sözleşmesi farklı ülkelerde iş yerine sahip taraflar arasındaki satım sözleşmelerine uygulanabilecektir. Bu Sözleşme aynı zamanda, uygulanmak üzere farklı ülke hukukları arasında bir tercih yapılması

---

<sup>55</sup> Çelikel, A.: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, İstanbul 2000, sh. 256; Nomer/Ekşi/Gelgel, sh. 5.

<sup>56</sup> Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, sh. 9.

<sup>57</sup> Hukuk seçimi ile sözleşmeye milletlerarası unsur kazandırılması bazı yazarlar tarafından yapay bir yöntem olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Hartley, sh. 366.

<sup>58</sup> Aygül, sh. 235; Özdemir, sh. 928.

gereken hallerde uygulanabilmektedir meğer ki, yetki anlaşması veya tahkim şartı ile desteklense dahi, bu tercih sözleşme taraflarının uygulanacak hukuka ilişkin yapmış oldukları seçimden kaynaklansın.

19 Haziran 1980 Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında AET Sözleşmesi'ne (Roma Sözleşmesi) bakıldığında, 1. maddeye göre, bu Sözleşme sözleşmeden doğan yükümlülöklere, farklı ölkelerin hukukları arasında bir tercih yapılmasını gerektiren her durumda uygulanacaktır<sup>59</sup>. Taraflarca hukuk seçimi yapılmış olması halinde de böyle bir tercih söz konusu olacağından, Roma Sözleşmesi bu tip sözleşmelere uygulanabilecektir. Öte yandan, Roma Sözleşmesi md. 3/3 “doğrudan uygulanan kurallardan (*mandatory rules*)” bahsetmektedir. Buna göre, tarafların yabancı bir ölkede hukukunu seçmiş oldukları durumlarda, hukuk seçimi sırasında tüm diğere faktörler tek bir ölkede bağlantılıysa, seçilen bu hukuk ilgili ölkede hukukunun bazı kuralları ile ters düşüyorsa ve adı geçen kurallar sözleşme ile bertaraf edilemiyorsa, bu kurallar doğrudan uygulanan kurallar adını alır. Sözleşme hükmünden çıkan sonuç şudur ki, tamamen iç hukuka ait bir sözleşme ile ilgili olarak taraflar hukuk seçimi yapmışlarsa, bu durum, sözleşmeye milletlerarası unsurlu sözleşme niteliği verir ve Roma Sözleşmesine tâbi olur<sup>60</sup>.

Şu da bir gerçektir ki, tamamen iç hukuka ilişkin bir meseleyi çok istisnâ olarak taraflar yabancı bir hukuka tâbi tutmaktadırlar. Örneğın, *Scotmotors (Plant Hire) Ltd. v Dundee Petrosea Ltd.* dâvasında, sözleşmenin tarafları olan iki İskoç

---

<sup>59</sup> İngilizce metin için bkz. EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Rome 1980, Online Internet, 02/04/2002.

<sup>60</sup> **Dicey**, A.V., **Morris**, J.H.C.: *The Conflict of Laws Volume II, (Volume II)*, (ed. **Collins**, L.), London 2000, sh. 1205-1206; **Aygöl**, sh. 235; **Williams**, P. R.: “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, *ICLQ*, Vol. 35 (1986), sh. 12; **Lando**, O.: “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, (The EEC Convention), *CMLR*, Vol. 24 (1987), sh. 181; **Mostermans**, E.: “Party Autonomy: Why and When?”, *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Symposium in Celebration of the 40th anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law, University of Amsterdam, on 27 October 1989, Deventer 1990, sh. 128.

firma, İskoçya’da, yine burada ifa edilmek üzere bir sözleşme imzalamışlar ve fakat sözleşmenin İngiliz hukukuna tâbi olacağını ve İngiliz mahkemelerinin yetkili olacağını düzenlemişlerdir. Dâvaya bakan İngiliz mahkemesi, adı geçen sözleşme şartlarına itiraz etmemiş, fakat bu durumun İskoçya mahkemelerinin yargı yetkisini bertaraf etmediğini belirtmiştir. Şunu belirtmek gerekir ki, ilgili karar İngiltere’de Roma Sözleşmesi uygulanmaya başlanmadan önce verilmiş bir karardır<sup>61</sup>.

Kanaatimizce, bir sözleşmenin milletlerarası unsurlu bir sözleşme olup olmadığını tespit için her üç yöntem de dikkate alınmalı ve sözleşmenin herhangi birine göre milletlerarası unsurlu sayılması yeterli kabul edilmelidir. Dolayısıyla, hangi yöntemden hareket edilirse edilsin, bir sözleşmenin hangi hukuka tâbi tutulacağı konusunda tereddüt varsa, o sözleşme milletlerarası unsurlu sözleşme olarak nitelendirilmelidir.

## II. İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİ

Sözleşmelere uygulanacak hukuku belirlemek birçok nedenden dolayı kolay değildir. Sözleşmeler için söz konusu olan irtibat noktaları arasında, tarafların iş yerleri, sözleşmenin yapıldığı yer veya ifa yeri gibi farklı irtibat noktaları yer almaktadır<sup>62</sup>. Sözleşmeler alanındaki irtibat noktalarının çokluğu dolayısıyla hangi noktanın esas alınması gerektiği her zaman net olarak tespit edilememektedir. Ayrıca, uyuşmazlığa yol açan sözleşmeyle ilgili meseleler de farklılık göstermektedir. Ortada geçerli bir sözleşme olup olmadığı, sözleşmenin kurulmuş olup olmadığı veya sözleşmenin yorumu gibi. Bu da, tüm meselelerin aralarındaki yapı ve nitelik farkı dikkate alınmaksızın sözleşmenin aynı hukuk tarafından idare

<sup>61</sup> 1980 S.C. 351 Karar için bkz. **Nygh**, *Autonomy*, sh. 53.

<sup>62</sup> **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 141; **Cheshire**, G.C./ **North**, P. M.: *Private International Law*, 12th Edition, (Ed. **North**, P.M., **Fawcett**, J.J.) London 1992, sh. 457.

edilip edilmeyeceği sorununa yol açmaktadır. Öte yandan, farklı sözleşmelerin, farklı özelliklere sahip olduğu da gözden kaçmamaktadır. Örneğin satım sözleşmesi, sigorta sözleşmesine veya deniz yoluyla taşıma sözleşmesine göre farklı niteliklere sahiptir. Dolayısıyla, her sözleşme tipi, aynı hukuk tarafından mı idare edilmeli meselesi de ortaya çıkmaktadır. Sözleşme, birçok farklı hukukî işlem için kullanılan genel bir ibare olduğundan, uygulanacak hukuku belirleyebilmek adına birçok yöntem ortaya atılmıştır<sup>63</sup>. Sözleşmeler, plânlanmış hukukî işlemler olduklarından, genel kural aşağıda da inceleneceği üzere, belli sınırlar içinde tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçebilmeleri, yani irade muhtariyeti prensibidir.

#### **A. GENEL OLARAK İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİ VE SÖZLEŞME SERBESTİSİ İLKESİ**

Hukuk düzenince bireylere tanınan istedikleri gibi hukuki ilişkiler kurma, değiştirme ve ortadan kaldırma hakkına irade muhtariyeti denmektedir. Bu prensibe göre “fert, hür (özerk, muhtar) bir varlık olup, hukukî açıdan kendi kaderini bizzat tayin etmek yetkisine sahiptir”<sup>64</sup>. Şunu belirtmek gerekir ki, Türk özel hukuk sistemi kişilerin hukukî işlemler yoluyla kural koyabilme yetkisi olarak da tanımlanabilecek bu prensibe dayanmaktadır<sup>65</sup>. Özel hukuk alanında büyük bir öneme sahip olan irade muhtariyeti, iç hukukta taraflara hukukî bir netice yaratma yetkisi verirken, milletlerarası unsurlu sözleşmeler alanında taraflara, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme imkânı verir<sup>66</sup>. Bu çerçevede irade muhtariyeti

---

<sup>63</sup> **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 141.

<sup>64</sup> **Eren**, sh. 20.

<sup>65</sup> **Kaplan**, İ.: Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, (Müdahale), Ankara 1987, sh. 1.

<sup>66</sup> **Schönenberger**, W.: “Devletler Hususi Hukukunda Âkit Taraflarca Yetkili Kanununun Seçilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı, (1966), sh. 301; **Şanlı**, sh. 105.

milletlerarası özel hukukta “kendi seçtiği kanuna göre kendi kendisini idare edebilmek kudreti”<sup>67</sup> olarak tanımlanmaktadır.

Yukarıdaki açıklamalardan hareketle denebilir ki, irade muhtariyeti iç hukukta kamu düzeni ve emredici kurallar mahfuz kalmak şartıyla tarafların sözleşmelerini istedikleri gibi düzenleyebilmeleri anlamına gelirken, milletlerarası özel hukukta sözleşmenin, tarafların doğrudan doğruya ya da dolayısıyla tayin ettikleri hukuka tâbi olması demektir<sup>68</sup>. İrade muhtariyeti prensibini, medenî milletlerce tanınmış hukukun genel prensibi olarak nitelendirenler de vardır<sup>69</sup>.

İrade muhtariyeti prensibi, insanın değişik seçenekler arasından birini tercih etme olanağının bulunduğu ve hukukî ilişkileri düzenleyen kuralların da bu özgürlüğü esas alması gerektiğini savunmaktadır. Eşitler arası ilişkileri düzenleyen özel hukuk, kişilere ancak belli sınırlar içinde iradelerine dayanarak düzenleme yapabilme gücü vermiştir<sup>70</sup>. Dolayısıyla irade muhtariyeti prensibi, farklı hukuk düzenlerinde farklı kapsamlara sahip olmakla birlikte, hemen tüm hukuk düzenlerinde yer alan bir ilkedir. Ancak, bu sınırsız serbestinin insanın toplum içinde yaşadığı ve tek başına olmadığı düşüncesinden hareketle sınırlandırılması gereği ortaya çıkmıştır. Şunu belirtmek gerekir ki, ileride de inceleneceği üzere bu sınırlamanın kapsamı dar tutulmaya çalışılmaktadır<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> **Esener**, sh. 483.

<sup>68</sup> **Berki**, O. F.: Devletler Hususi Hukuku Cilt II, Ankara 1966, sh. 298; **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar; sh. 20, **Tekinalp**, G.: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, (Bağlama Kuralları) 8. Baskı, İstanbul 2004, sh. 279; **Kocayusufpaşaoğlu**, N.: “Devletler Hususi Hukukunda, Tarafların Sükutu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Hukuk”, İÜHFİM, C. 21, (1957), sh. 359.

<sup>69</sup>Bu görüş için bkz. **Lando**, The Conflict, sh. 284; **Hill**, A.: “The Judicial Function of Choice of Law”, Col. L. Rev., Vol. 85 (1985), sh. 1626; **Verhagen**, H.L.E. : “ The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on Ingmar GB Ltd. v. Eaton Leonard Technologies Inc.”, ICLQ, Vol. 51, (2002), sh. 143.

<sup>70</sup> **Kaplan**, Müdahale, sh. 1.

<sup>71</sup> **Akipek/Küçükgüngör**, sh. 28.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, milletlerarası unsurlu sözleşmeler alanında irade muhtariyeti prensibi, sözleşmenin taraflarına, sözleşmenin varlığı, geçerliliği ve sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini belirleyecek hukuku seçme imkânı verir. İrade muhtariyetine sahip olan taraflar, aynı zamanda hukuk seçimini idare eden hukuku, hukuk seçimi ile ilgili sınırlandırmaları ve seçilen hukukun etkisini belirleyen hukuku da seçme olanağına sahip olmuş olurlar.

İrade muhtariyeti prensibi, milletlerarası özel hukukun genel kabul gören prensiplerinden biri olarak nitelendirilmektedir. Bir görüşe göre, irade muhtariyeti prensibi, kanunlar ihtilâfi meselesi kadar eski bir prensiptir<sup>72</sup>. Birçok ülke mahkemesi tarafından uygulanan ve milletlerarası özel hukukçuların çoğunluğu tarafından kabul edilen bu prensip ileriki bölümlerde görüleceği üzere, sözleşmeden doğan borç ilişkilerini konu edinen tüm milletlerarası sözleşmelerde de yer almaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD), kesinlik ve öngörülebilirliği garanti eden bir yöntem olarak kabul edilen irade muhtariyeti, İngiltere'de sözleşmenin uygun hukukunu (*proper law*) belirleme yöntemi olarak kullanılmakta, Fransa'da ise sözleşmenin bir ülkeyle olan bağlantısını tespit şekli olarak göz önünde bulundurulmaktadır. Genel kabul gören bir görüşe göre, milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti bir bağlama kuralıdır ve sözleşmeye uygulanacak hukuku belirler. Bu prensip, milletlerarası özel hukukta iç hukuka oranla taraflara daha geniş bir serbesti vermektedir. Bunun nedeni, milletlerarası özel hukukta bu serbestinin emredici kurallarla sınırlandırılmamış olması ve hukuk seçimi yapılan hallerde, kamu düzenine ve hâkimin doğrudan uygulanan kurallarına aykırılık hariç,

---

<sup>72</sup> **Dolinger**, J.: "Evolution of Principles For Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts", Rec. des Cours, T. 283 (2000), sh. 250; **Chukwumerije**, O.: "Choice of Law in International Commercial Arbitration", Wesport 1994, sh. 107; **McConnaughay**, P. J.: "The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development", Col. J. Trans. L., Vol. 39, N. 3 (2001), sh. 595; **Mostermans**, sh. 123; **Verhagen**, sh. 135.

uyuşmazlığın emredici ve tamamlayıcı kurallarıyla birlikte seçilen hukuka tâbi olmasıdır. Dolayısıyla, bu farklılığın nedeni, milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin yabancılik unsuru taşımasından kaynaklanmaktadır<sup>73</sup>.

İrade muhtariyeti, milletlerarası unsurlu sözleşmelerde sadece sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku değil, uyuşmazlık çıkması halinde bu uyuşmazlığı çözecek mahkemeyi belirleme imkânını da taraflara vermektedir. İrade muhtariyeti geniş yorumlandığında, tarafların seçimi ile mahkemeye gidilmesi veya gidilmemesinin de, yani tahkim yoluna başvurulmasının, kararlaştırılabileceği ortaya çıkar. Ancak, tezin tâbi olduğu sınırlandırmalar dolayısıyla bu konular üzerinde durma imkânımız olmadığından, sadece milletlerarası unsurlu sözleşmeler alanında irade muhtariyeti prensibi irdelenecektir.

Milletlerarası unsurlu bir sözleşme söz konusu olduğunda, birçok hukukun uygulanabilirliği gündeme geleceğinden, bunlardan birini seçmenin imkânsızlığı sonucu sözleşmenin bir bütün olarak tarafların seçtiği hukuka tâbi tutulması gerektiği savunulmaktadır. Bir bütün olarak derken, sözleşmenin kurulmasından geçerliliğine ve sonuçlarına kadar tüm hususların açık veya zımnî olarak tespit edilen hukukça idare edilmesi anlaşılmalıdır. Bu görüşü savunanlara *autonomiste* okul denmektedir. Buna göre uygulanacak kanunu belirleyen anlaşma bu kanunun üstünde yer alır. Şunu belirtmek gerekir ki, hemen hemen tüm *autonomisme* taraftarları bu görüşü paylaşmaktadır<sup>74</sup>. *Autonomiste*'ler İrade muhtariyeti prensibinin kanunî temeli olarak Fransız Medeni Kanunu md. 1134'ü göstermişlerdir. Bu madde hükmüne göre

---

<sup>73</sup> Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, sh. 70.

<sup>74</sup> Esener, sh. 485.

“kanuna uygun şekilde akdedilmiş mukaveleler âkit taraflar için kanun hükmündedir”<sup>75</sup>.

20. yüzyılda bu görüşe karşı görüş olarak *anti autonomiste* okul ortaya çıkmıştır. *Autonomiste* okul tarafından kanunî temel olarak gösterilen “kanuna uygun şekilde akdedilmiş” ibaresi *anti autonomiste*’ler tarafından eleştirilmiştir. Adı geçen madde, 6. maddeye atıf yapmakta ve bu madde ise kamu düzeni ile ahlâk ve adaba ilişkin kanunlar özel sözleşmelerle ihlâl edilemez demektir. *Anti autonomiste*’lere göre, taraflar hukuk seçimi yapmadan önce hangi kanun tarafından böyle bir hakkın kendilerine verildiği belirlenmelidir. Buna göre, *autonomisme* kısır bir döngüden ibaretir. Hukukî netice elde etmek için irade beyanında bulunulması ve bunun bir kanuna tâbi tutulması oldukça basit bir olaydır. Eğer bir hukukî işlemin geçerliliği taraf iradesine değil de kanuna tâbiyse, bir iradenin kendisine hukukî sonuç bağlayacak kanunu belirlemesi hiçbir şekilde kabul edilemez. Yani uygulanacak kanun belli olmadıkça taraflar arasında bir anlaşmanın olup olmadığı bilinemez. Dolayısıyla sözleşmenin bağlayıcılığı, belli bir hukuk sisteminin bunu emretmesinden doğduğu için, sözleşmenin bağlayıcılığını belirleyecek hukukun taraflarca saptanması, atın değil de arabanın atı çekmesi gibi bir sonuca yol açar<sup>76</sup>. Bu görüşe göre, irade muhtariyetine geniş etki tanınması halinde bu durum kanuna karşı hileyi teşvik edecektir. Hâl böyle olunca, tamamen iç hukuka ait bir sözleşmenin tarafları, emredici kanun hükümlerini bertaraf etmek için sahte bir yabancı unsur ihdas etme yoluna gidebileceklerdir<sup>77</sup>.

İrade muhtariyeti prensibine karşı çıkanlara göre taraf iradesi kendisinden üstün olan hukukun uygulanma alanını aşamaz ya da sınırlandıramaz. Öte yandan,

<sup>75</sup> Yntema, H.E.: “Autonomy in Choice of Law”, AJCL, Vol. 1, (1952), sh. 342.

<sup>76</sup> Seviğ, V. R., Kanunlar İhtilâfi, sh. 104.

<sup>77</sup> Schöenberger, sh. 303; Aygül, sh. 237.

milletlerarası hukukta da emredici kurallar vardır ve bunların bertaraf edilmesi mümkün değildir. Bu çerçevede uyuşmazlığa bakan hâkim, önce kendi emredici hukuk kurallarını uygulayacak ve uygulanacak kanunu tespit ettikten sonra irade muhtariyetinin sınırlarını buna göre belirleyecektir. Dolayısıyla, irade muhtariyeti ancak emredici olmayan kurallar için söz konusu olabilecek ve ancak hakimin hukuku tarafından çizilen sınırlar dahilinde kullanılabilir. Sözleşme ehliyeti, şekil, kamu düzeni ve emredici kurallara dahil hususlarda taraf iradesine etki tanınmayacaktır<sup>78</sup>. Bu bağlamda, hâkimin hukukunun etkisini tümünden yitirmediği, ancak rolünün azaltıldığı ve bu rolün taraflara tanınan serbesti sonucu seçilen hukuku tanımak olduğu ileri sürülmektedir<sup>79</sup>.

*Niboyet* de, irade muhtariyetine karşı çıkan yazarlardandır. Yazara göre, irade muhtariyeti diye birşey yoktur; söz konusu olan şey sözleşme serbestisidir. *Niboyet*'e göre, tarafların hukuk seçimi hakkı olması demek, onların hukukun dışında ya da üstünde olması anlamına gelir ki hukuk tekniğine aykırıdır<sup>80</sup>. *Niboyet*'in 1920'lerde ortaya attığı görüşü de emredici ve tamamlayıcı kural ayrımına dayanmaktadır. Yazara göre, emredici kuralların uygulanmasını tarafların iradesine terk etmek bu kuralların niteliği ile bağdaşmamaktadır. Milletlerarası özel hukukun görevi, kapsamına giren hukuk kurallarının temel özelliklerini korumaktır. İç hukukta emredici nitelikte olan bir kural, hiç istisnasız bu özelliğini milletlerarası hukukta da

---

<sup>78</sup> Esener, sh. 484.

<sup>79</sup> Thomson, A.: "A Different Approach to Choice of Law in Contract", Mod. L. Rev., Vol. 43, (1980), sh. 652.

<sup>80</sup> Niboyet, J. P.: Traité de Droit International Privé Français, Vol. 5, (Traité de Droit), Paris 1948, sh. 56 (Dolinger, sh. 251'den naklen).

korunmalıdır ve gereksiz yere bu özelliğini ülkesel kullanımdaki etki ve sosyal amacını kaybetmemelidir<sup>81</sup>.

*Niboyet*, irade muhtariyetinin, tarafların farklı hukuk sistemlerinden hukuk kurallarını seçmelerine imkân vererek sözleşmenin bölünmesine yol açacağını belirtmişti. Böylelikle, taraflar kendilerine göre uygun olan kuralları istedikleri kadar çok hukuk sistemi arasından seçebilecekler ve kalan hukuk sistemlerini de reddedebileceklerdir. Yazara göre, çözüm tek bir hukuk sisteminin sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak belirlenmesinden geçmektedir. Adı geçen hukuk sistemi emredici kurallarıyla birlikte sözleşmeyi idare edecek ve bu hukuk sisteminde yer alan kurallar sözleşme serbestisinin sınırlarını çizecektir. *Niboyet*, şunu da eklemekte ve demektedir ki, bu hukuk sistemi taşınmaz mal satımına *lex rei sitae*'nin uygulanmasında olduğu gibi, sözleşme tipine göre belirlenmelidir<sup>82</sup>.

Daha sonra sözü edilecek olan 1910 tarihli Fransız Yargıtay kararının ardından<sup>83</sup> yazarların irade muhtariyeti prensibine karşı ileri sürdükleri itirazlar azalmıştır. Hatta, *Niboyet*, 1948 senesinde yaptığı yayında, prensibe karşı teorik itirazlarını sürdürmekle birlikte, tarafların sözleşmeyi idare edecek hukuku seçme hakları olduğunu kabul etmiştir. Ancak bu hakkın sınırlandırılması gereğini de ileri sürmüştür. Buna göre, eğer taraflar bir hukuk sistemini sözleşmeye uygulanmak üzere seçmişlerse, sözleşmeyi idare edecek olan bu hukukla bağlı olmalıdırlar ve bu hukuku sözleşmenin içeriği olarak kabul edip istedikleri gibi değiştirememelidirler. Bunun sonucu olarak yazar, seçilen hukuk sisteminin yaşayan bir sistem olarak uygulanması gereğini ve sözleşme yapıldıktan sonra hukuk sisteminde meydana

---

<sup>81</sup> **Niboyet**, J. P.: “La Théorie de l'autonomie de La Volonté”, (La Théorie), Rec. des Cours, T. 16 (1927), sh. 251.

<sup>82</sup> **Niboyet**, La Théorie, sh. 99-106.

<sup>83</sup> Bkz. aşağıda sh. 52.

gelen değişikliklerin sözleşmeye uygulanması gerektiğini vurgulamıştır. Yine, iş ve sigorta sözleşmeleri gibi sözleşmelerin, tarafların seçtiği hukuka tâbi olmaması gerektiği de *Niboyet* tarafından ileri sürülmüştür<sup>84</sup>.

İrade muhtariyeti prensibini savunanlara göre, yabancı hukuk seçimi başlı başına bir sözleşme olduğundan ve *lex fori*'nin irade muhtariyetine ilişkin kanunlar ihtilâfi kurallarının geçerlilik şartlarına tâbi olduğundan, sözleşmenin bağlayıcılığını belirleyecek hukukun taraflarca tespit edilmesinin hukuk mantığına aykırılık teşkil ettiğine ilişkin eleştiriler yersizdir. Bu durumda asıl sözleşme, hukuk seçimi sözleşmesinin *lex fori*'ye uygunluğuna bağlanmış olmaktadır. O zaman da, sözleşmenin geçerliliği kötü niyetli tarafın kendi çıkarları açısından en elverişli gördüğü hükümlerin bulunduğu ülkede dâva açmasına bağlanmış olmaktadır<sup>85</sup>.

Mutlak serbestiyeti savunanlar da olmuştur. Buna göre, taraflara tam anlamıyla bir özgürlük tanınmazsa, hukukun kendilerini yakalayamayacağı farklı yollara başvuracaklardır ki, bu da kanuna karşı hileye yol açacak ve öngörülebilirlik ve kesinliğe dürüst bir şekilde ulaşılmamasını engelleyecektir. Dolayısıyla, taraflara tanınan özgürlük, seçilebilecek hukuk sistemleri açısından olabildiğince geniştir<sup>86</sup>.

Bu aşamada akla şöyle bir soru gelmektedir: Neden milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin tarafları, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme hakkına sahip olmalıdırlar? Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, sözleşmeler söz konusu olduğunda, taraf menfaati ağır bastığı için, irade muhtariyeti ilkesi kabul edilmiştir.

Öte yandan, bu sorunun yanıtlarından bir diğerini sözleşme serbestisinde aramak gerekmektedir. Sözleşme serbestisi serbest piyasa ekonomisinin

---

<sup>84</sup> **Niboyet**, *Traité de Droit*, sh. 56-58 (**Blom**, J.: "Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract Part I", *The Canadian Yearbook of International Law*, V. 17 (1978), sh. 235'den naklen).

<sup>85</sup> **Seviğ**, V. R., *Kanunlar İhtilâfi*, sh. 105.

<sup>86</sup> **Dolinger**, sh. 252.

gerekerindendir<sup>87</sup>. Dolayısıyla taraflar, yaptıkları sözleşmeyi istedikleri gibi düzenleyebilmelidirler. Elbette ki, bu serbesti devlet tarafından düzenlenecektir. Bunun nedeni, öncelikle tarafların hangi çerçevede bu serbestiyi kullanabileceklerinin belirlenmesi, ikincisi ise birtakım çıkarların korunmasıdır ki, bunlara devletin kendi çıkarları veya tüketiciler ve işçiler gibi ekonomik yönden zayıf sözleşme taraflarının çıkarları örnek olarak gösterilebilir. Milletlerarası unsurlu sözleşmelerde bu serbesti genişletilmiştir. Hiçbir devlet, milletlerarası unsurlu sözleşmeleri etkili bir şekilde denetleyebilmeyi beklememektedir. Millî hukuk milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak düzenlemeler içermekle birlikte, taraflar millî sınırlamalardan kaçabilmek adına birçok olanağa sahiptirler. Her ne kadar, tarafların aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku seçme serbestileri sınırlandırılrsa da, sözleşmenin yapıldığı yer, ifa edildiği yer, ödemenin yapıldığı yer veya ödemenin yapılacağı para birimi gibi uygulanacak hukukla ilişki sağlayan irtibat noktalarının taraflarca belirlenmesi engellenemez<sup>88</sup>.

Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku kendilerinin belirlemesinin bir diğer nedeni ise, kesinlik ve öngörülebilirlikle ilgilidir. İrade muhtariyeti prensibi taraflara kendi iyi bildikleri bir kanunu uygulama imkânı verdiği için, milletlerarası işlemlerin ihtiyaç duyduğu güvenceyi ve öngörülebilirliği sağlamaktadır<sup>89</sup>. Buna göre, birden fazla hukukun uygulanabilir olduğu hallerde taraflar bu belirsizliği uygulanacak hukuku seçerek giderebilmelidirler. Böyle bir seçimin yokluğu halinde, mahkeme tarafından tespit edilmeden taraflar sözleşmelerine uygulanacak hukuku bilememektedirler. Çoğunlukla milletlerarası

---

<sup>87</sup> **Thal**, S.N.: “The Inequality of Bargaining Power Doctrine: The Problem of Defining Contractual Unfairness”, Oxford J. Legal Stud., Vol. 8, No. 1 (1988), sh. 21.

<sup>88</sup> **Nygh**, Autonomy, sh. 2.

<sup>89</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 20.

unsurlu bir sözleşme ilişkisine girilirken yetkili mahkemenin hangi mahkeme olacağı da öngörülemez. Halbuki, hukuk seçimi yapılan hallerde taraflar, birbirlerinden meşru olarak neler bekleyebileceklerini önceden bilmektedirler. Serbest piyasa teorisinin hâkim olduğu bu çağda irade muhtariyeti, bu teoriye hizmet ederek devletin piyasa üzerindeki rolünü azaltmakta ve bireysel seçenek ve özgürlüğe imkân vermektedir. Bu seçimi millî mahkemelere bırakmak belirsizliği ortadan kaldırmayacaktır. Bunun nedeni, hukuk seçimi olmayan hallerde sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku belirlerken her hukuk sisteminin farklı kıstaslar uygulaması ve farklı kanunlar ihtilâfi kurallarına sahip olmasıdır<sup>90</sup>. Ancak, tüm ülke hukuklarının birleştiği bir nokta vardır ki, o da prensip olarak hukuk seçimi anlaşmasına saygı gösterileceğidir<sup>91</sup>.

Öte yandan, milletlerarası unsurlu sözleşme taraflarının serbestiye ihtiyaç duyduklarına dikkati çekmek gerekir. Unutulmamalıdır ki, milletlerarası unsurlu ticari sözleşme taraflarını hukuk seçimine yönelten birçok neden vardır. Örneğin, seçilen hukukun sözleşmeler konusunda en gelişmiş ve o sözleşme tipine en uygun hukuk sistemi olması bu nedenlerden biridir. Bu tip nedenler, tarafların hukuk seçimi konusunda niçin serbestiye ihtiyaç duyduklarını açıklamaktadır<sup>92</sup>.

Sözleşme ilişkisine giren tarafların bu ilişkiye girmedeki amaçları, kendileri için en büyük kazancı elde etmektir. Bu kazancın azami boyutta olmasını sağlama yollarından biri, elbette ki, tarafların kendi menfaatlerine en uygun olan hukuk sistemini seçmelerinden geçecektir. Kişilerin kendi menfaatleri gereği yaptıkları işlemlerin doğrudan etkileri, her ülke için olumlu olmalıdır. Öte yandan, üçüncü şahıslar etkilenmediği müddetçe, özel menfaat ve sosyal menfaatin birbirine eşit

---

<sup>90</sup> **Chukwumerije**, sh. 108.

<sup>91</sup> **Hill, A.**, sh. 1626.

<sup>92</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 286.

olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, tarafların istedikleri hukuku, hatta örf ve âdet kurallarını aralarındaki ilişkiyi idare etmek üzere sözleşmeyle belirlemelerinde hiçbir sakınca olmadığı ileri sürülmektedir<sup>93</sup>.

Türk Hukukunda, irade muhtariyeti prensibinin temelini Anayasa md. 48’de bulmak mümkündür. Buna göre, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir<sup>94</sup>. Bu noktadan hareketle irade muhtariyeti ilkesi ile yakından ilgili olan ve yukarıda da adı geçen sözleşme serbestisi ilkesini incelemek yerinde olacaktır. İrade muhtariyeti prensibi, borçlar hukuku alanında sözleşme serbestisinin temelini oluşturmaktadır. Dolayısıyla, sözleşme serbestisi ilkesi irade muhtariyeti prensibinin sözleşmeler hukuku alanındaki görünüm şeklidir denebilir. Bu ilke, sözleşmeler hukukunun en temel ilkesi olarak nitelendirilmektedir<sup>95</sup>. Bir görüşe göre, irade muhtariyeti ve sözleşme serbestisi ilkelerini birbirinden ayırma imkânı yokken<sup>96</sup>, diğer bir görüşe göre irade muhtariyeti prensibi sözleşme serbestisi kavramı ile eş anlamlı değildir<sup>97</sup>. Tarafların aralarındaki sözleşmenin konu ve kapsamını serbestçe belirleyebilmelerine sözleşme serbestisi adı verilir.<sup>98</sup> Diğer bir ifadeyle, sözleşme serbestisi “kişilerin diledikleri sözleşmeyi geçerli olarak yapabilmek hususunda sahip oldukları özgürlüktür”<sup>99</sup>.

Sözleşme serbestisinin iki boyutu vardır: Bunlardan biri kişinin herhangi bir sözleşmeyi yapıp yapmama ve dilediği kişiyle yapma özgürlüğü, diğeri ise tarafların

---

<sup>93</sup> **Guzman**, A.: “Choice of Law: New Foundations”, George Town L. J., Vol. 90, No. 4 (2002), sh. 914.

<sup>94</sup> **Başığit**, Ö.: “Sözleşme Serbestisi ve Sınırları”, Online Internet, 05.06.2002, sh. 1.

<sup>95</sup> **Akipek/Küçükgüngör**, sh. 28; **Yavuz**, C.; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 2004, sh. 3.

<sup>96</sup> **Başığit**, sh. 1.

<sup>97</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 20; **Atamer Y.M.**: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şatlarının denetlenmesi, İstanbul 2001, sh. 9.

<sup>98</sup> **Kaplan**, Müdahale, sh. 1; **Akipek/Küçükgüngör**, sh. 29.

<sup>99</sup> **Başığit**, sh. 2.

yapacakları sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleyebilme serbestisidir<sup>100</sup>. İrade muhtariyeti ve sözleşme serbestisi ilkeleri “hukuk düzeninin başta gelen amaçlarından olan taraf iradelerine üstünlük vermek ve bu iradelerin en sağlıklı biçimde sosyal yaşama yansması ilkesi açısından vazgeçilmez bir nitelik arz etmektedir”<sup>101</sup>. Günümüzde, “değer yargılarındaki değişiklikler, toplumcu görüşlerin gelişmesi ve belli bir ağırlık kazanması sözleşme serbestisini geniş ölçüde sınırlamış bulunmaktadır”<sup>102</sup>. Türk hukukunda, sözleşme serbestisinin sınırları TBK md. 19 ve 20’de belirtilmiştir.

Sözleşme serbestisi, kanun tarafından olumlu ya da olumsuz bir tavır takınılarak sınırlandırılabilir. Olumlu bir tavırla yapılan sınırlandırmalara örnek olarak bazı sözleşmelerin yapılmasının zorunlu kılınması<sup>103</sup>, ki burada ekonomik gücün kötüye kullanımını önlemek ve sosyal ve ekonomik adaleti gerçekleştirmek hedeflenmiştir, edimlerin kıymetinin bazı kayıtlara tâbi tutulması<sup>104</sup> ve bazı sözleşmelerin<sup>105</sup> kamu organlarının iznine bağlı kılınması gösterilebilir. Diğer bir ifadeyle, “yaşam için zorunlu mal ve hizmetleri satma”, “savaş ekonomisinin gereksinmesi” ve “sözleşmeyi yapmaktan kaçınmanın ahlâka aykırı düşmesi” hallerinde sözleşme yapma zorunluluğu doğmaktadır<sup>106</sup>. Öte yandan, olumsuz tavırla yapılan sınırlandırmalar ise sözleşmenin hükümsüz sayılması ve sözleşmenin yasaklanması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, taraflarca

---

<sup>100</sup> **Akipek/Küçükgüngör**, sh. 30; **Oğuzman, K./Öz, K.**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 2000, sh. 19 vd.; **Yavuz**, sh. 4-6.

<sup>101</sup> **Başığit**, sh. 1.

<sup>102</sup> **Reisoğlu, S.**: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, İstanbul 2002, sh. 104.

<sup>103</sup> Örneğin kamu hizmeti gören kamu idarelerinin, şartlara uygun şekilde müracaat eden şahıslarla sözleşme yapma zorunluluğu, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 5, satıcı malını satın almak isteyen tüketiciye satmaktan kaçınmaz.

<sup>104</sup> Örneğin mahkemelere gayrimenkul kira bedellerini tespit etme yetkisi verilmesi.

<sup>105</sup> Örneğin ithalât ve ihracattan kaynaklanan sözleşmeler.

<sup>106</sup> **Başığit**, sh. 2.

belirlenen sözleşmenin konusu emredici kurallara, kamu düzenine, şahsiyet haklarına ve ahlâka aykırı olamayacağı gibi, imkânsız da olmamalıdır<sup>107</sup>.

Diğer taraftan, sözleşme serbestisinin varlığına rağmen, bazı hallerde sözleşme hükümlerini taraflardan birinin önceden belirlemediği ve diğer tarafa sadece bu sözleşmeyi yapıp yapmama serbestisini bıraktığı dikkati çekmektedir. Bu tip sözleşmeler “iltihaki sözleşmeler (*contrat d’adhesion*)” veya “genel işlem şartları” adını almaktadır. Bu iki kavramı birbirinden ayırmak mümkündür. Genel işlem şartları, iltihaki sözleşmeleri de kapsar; fakat, sözleşmenin tüm hükümleri önceden bir tarafça tesbit edilmişse, bunlara iltihaki sözleşme adı verilir. Yok eğer bazı hükümlerini taraflar düzenlemiş, diğer bazı hükümlerinde ise genel işlem şartlarına atıf yapılmışsa iltihaki sözleşme deyimini kullanılmamaktadır. Genel işlem şartlarına, banka kredi sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri örnek olarak verilebilirken, iltihaki sözleşmelere kara, deniz veya hava taşıma sözleşmeleri örnek olarak verilebilmektedir. Bunlar, karşı taraf kabul ederse hüküm ifade ederler. Genel işlem şartları ise sözleşmede yer alıyor ya da sözleşmede genel işlem şartlarına atıfta bulunuluyorsa bağlayıcılık kazanırlar<sup>108</sup>.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, gerek irade muhtariyeti, gerek sözleşme serbestisi genel kabul gören prensiplerdir. Ancak genel kabul görmeleri sınırsız olarak uygulanabilecekleri anlamına gelmemektedir. Yukarıda sözleşme serbestisi ile ilgili birtakım sınırlamalardan söz edilmiştir. Milletlerarası unsurlu sözleşmeler hukukunda irade muhtariyetinin sınırlandırılması Üçüncü Bölümünün konusunu oluşturmaktadır. Bu aşamada irdelenmesi gereken mesele, genel kabul gören irade muhtariyeti prensibinin milletlerarası özel hukukta kaynağının ne olduğu meselesidir.

---

<sup>107</sup> Başığit, sh. 4; Akipek/Küçükgüngör, sh. 29 vd.

<sup>108</sup> Oğuzman/Öz, sh. 21.

## B. MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERDE İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİNİN KAYNAĞI

İrade muhtariyetinin milletlerarası özel hukuktaki yansımalarından biri olan hukuk seçimi serbestisinin kaynağı konusunda iki görüş ileri sürülmektedir. Birinci görüşe göre, bu serbesti kendiliğinden vardır ve geçerliliği hiçbir iç hukuk sistemine dayanmamaktadır. İkinci görüşe göre ise, bunun tam aksine bu serbestinin gücü ve etkisi iç hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilâfi kurallarından kaynaklanmaktadır<sup>109</sup>. Bu aşamada sorulması gereken soru, taraflara aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku seçme imkânını veren ne olduğudur. Bu mesele, hukuk seçimi şartının varlığı ve geçerliliği meselelerinden ayrılmalıdır; çünkü, adı geçen meseleler ilgili seçim yapıldıktan sonra ortaya çıkmaktadır.

Birinci görüşten hareketle taraf iradesinin gerçekten bağımsız olduğu düşünülecek olursa, bu durumun dünyanın yörüngesi dışında seyahat eden uzay aracına benzetilebileceği ileri sürülmektedir. Bu alan hiçbir millî sistemin ulaşamayacağı bir alandır. Uzay aracını kullananlar istedikleri ülkeye iniş yapabilecekleri gibi, iniş yapmama ve havada kalma serbestisine de sahiptirler. Buradan hareketle, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilecekleri gibi, sözleşmenin hiçbir hukuk tarafından idare edilmeyeceğini kararlaştırmalarının mümkün olduğu da söylenebilir<sup>110</sup>. Birinci görüşten hareketle tarafların kendi hukuk seçimi kurallarını kendilerinin tespit etme imkânlarının olacağını da ileri sürmek mümkündür.

İkinci görüş kabul edilecek olursa, ilgili millî hukuk sistemi seçim hakkını sistemin empoze ettiği şartlarla sınırlandıracaktır. Şunu belirtmek gerekir ki, ilk

<sup>109</sup> Çilingiroğlu, C.: “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, MHB, C. 2, (1989), sh. 105.

<sup>110</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 31.

görüş, henüz yeteri kadar taraftar bulabilmiş değildir. İrade muhtariyeti bağımsız bir prensip değil, kanunlar ihtilâfi kuralları tarafından tanınınca etkili olan bir prensiptir. Dolayısıyla, irade muhtariyetinin kendisine etki tanıyacak hukuku belirlemesi mümkün olamaz. İrade muhtariyeti, millî hukuk sistemlerinde irtibat noktası olarak kabul edildiği ölçüde etkilidir. Bu görüşe göre, irade muhtariyeti, ancak millî hukuk kuralları elverdiği ölçüde kullanılabilirliğinden, hâkimin hukuku, irade muhtariyetinin kullanım şartlarını, sınırlarını ve kapsamını belirlemelidir<sup>111</sup>. Bu bağlamda hukuk seçimi şartıyla karşı karşıya kalan bir mahkeme, ya hukuk seçimi şartına etki tanır, ya bu şartı göz ardı eder, ya da bu şartı değerlendirir; fakat, uygulanacak hukuka ilişkin kararını şekillendirecek bir faktör olarak dikkate almaz<sup>112</sup>. Bu görüşe karşı çıkan görüş, sözleşme yapıldığı anda hâkimin hukukunun hangi hukuk olduğunun bilinmemesini ve dolayısıyla bu durumun belirsizliğe yol açacak olmasını bir itiraz olarak ileri sürmektedir<sup>113</sup>.

İsviçre mahkemelerinde geleneksel görüş, irade muhtariyetinin başlangıç noktası olarak *lex fori*'yi kabul etmektedir. Roma Sözleşmesi'nin kabulünden önce Almanya'da da benzer bir tutum gözlenmekteydi. Roma Sözleşmesi'nin 3. maddesi taraf iradesine etki tanımaktadır. Aslında birinci görüşe karşı çıkarak tarafların kendi kendilerine millî hukukların ulaşamayacağı şekilde yasama faaliyetinde

---

<sup>111</sup> **Yntema**, sh. 343; **Martinek**, M.: "The Seven Pillars of Wisdom in Private International Law-The German and the Swiss Experience with the Codification of Conflicts Law Rules", Chinese Yearbook of Private International Law and Comparative Law, (2001), sh. 18; Bir görüşe göre, tarafların hukuk seçimi serbestilerinin temelinde mutlaka bir hukuk sistemi araştırılması gerekiyorsa; bunun bir millî hukuk sistemi olması gerekmez, bu bir Milletlerarası Ticaret Hukuku normu veya Genel Hukuk Prensibi de olabilir. Ayrıca, hukuk seçimi serbestisi hukuk sistemlerinin ortak bir kuralı haline geldiğinden, bu serbestinin temelinde millî hukuk sistemi araştırmanın pratik bir değeri yoktur. Bu görüş için bkz. **Şanlı**, sh. 110 ve 112.

<sup>112</sup> **Bauerfeld**, R.J.: "Effectiveness of Choice-of-Law Clauses in Contract Conflicts of Law: Party Autonomy or Objective Determination?", Col. L. Rev., Vol. 82, (1982), sh. 1659-1660.

<sup>113</sup> **Pierce**, D.G.: "Post-Formation Choice of Law in Contract", Mod. L. Rev., Vol. 50, sh. 193. sh. 193.

bulunacakları iddiası, bu yetkinin taraflara hakim hukuk tarafından verildiği şeklinde yanıtlanabilir<sup>114</sup>.

İrade muhtariyetine imkân veren bir millî hukuk arayışı, özellikle de yetkili mahkemenin hukuku, eski bir düşünce tarzı olan devletlerin hükümler ve dolayısıyla kendi mahkemelerini idare etme arzularının bir uzantısıdır. Yani tarafların sahip olduğu özgürlük, ancak hükümler tarafından verildiği kadardır. Devletlerin yasama yetkisinin sınırlarını belirleme yetkisi taraf iradesine bırakılamaz<sup>115</sup>.

Bu görüşün karşısında irade muhtariyetinin kaynağının iç hukuk değil, *lex mercatoria*, *jus gentium*, veya üzerinde konsensus oluşturulmuş milletlerarası kurallar olduğunu ileri süren görüş yer almaktadır. Bu bağlamdaki görüşlerden biri taraflara hukuk seçimi yapma, yetkili mahkemeyi belirleme veya tahkim yolunu seçme imkânı veren irade muhtariyetinin uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin milletlerarası örf ve âdet kurallarına dayandığını ileri sürmektedir. Bu görüş, yüzyılın başlarında Fransa ve Belçika'da savunulmuştur<sup>116</sup>.

Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti Uluslararası Hukuk Enstitüsü tarafından da desteklenmiştir. Enstitü 1992 tarihli *Basel* kararında<sup>117</sup> (*Party Autonomy in International Contracts between Private Persons*) irade muhtariyetini milletlerarası özel hukukun temel prensiplerinden biri olarak kabul etmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere, irade muhtariyeti, birçok milletlerarası sözleşmede ve Birleşmiş Milletler (BM) kararında bireylerin sahip oldukları bir özgürlük olarak tanınmıştır. Bu çerçevede, bir görüş, irade muhtariyetinin insan hakları arasında yer

---

<sup>114</sup> Seviğ, V. R., Kanunlar İhtilâfi, sh. 105.

<sup>115</sup> Bauerfeld, sh. 1667.

<sup>116</sup> Cheshire/North, sh. 39.

<sup>117</sup> Annuaire de l'Institut de droit international, Session de Bâle, Vol. 64-II, 1992, sh. 208 (Nygh, Autonomy, sh. 36'dan naklen).

alan bireyin özgürlüğü prensibinden kaynaklandığını ileri sürmektedir. Bu görüşten hareketle denebilir ki, uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü sadece bir irtibat kuralı değil, tarafların kendi sözleşmelerini hukuk sistemine dahil etmeleridir. Bu görüşle ilgili olarak birtakım sorular akla gelmektedir. Acaba bu serbesti nerede başlayacaktır? İç hukuk sözleşmelerinde taraflar ilgili millî hukuk sisteminin emredici kuralları ile bağlıdırlar. Bu da demektir ki, bu serbesti, milletlerarası unsurlu sözleşmelerin başladığı yerde başlayacaktır. Millî hukukun etkisinin hangi noktada sona ereceğine kim karar verecektir? Bu soruya yanıt olarak, hâkimin hukuku denirse, serbestinin milletlerarası veya millî bir düzenden gelmiş olması hiçbir fark yaratmayacaktır. Yok eğer, cevap hakimin hukuku değilse, bu kez de milli yasa koyucuların yetkisini sınırlayacak milletlerarası bir prensibe ihtiyaç duyulacaktır ki, şu ana kadar bu tip arayışlar sonuç vermemiştir<sup>118</sup>.

İleride inceleneceği üzere, diğer bir problem, tarafların seçtikleri hukuk sisteminin emredici kurallarıyla bağlı oldukları ve seçilen hukuktaki değişikliklere de tâbi olduklarıdır. Eğer tarafların iradesi gerçek anlamda kurucu olsaydı, böyle bir bağlılık kendileri önceden kararlaştırmadıkça söz konusu olmayacaktı. Tüm açıklamalardan hareketle denebilir ki, irade muhtariyeti prensibini millî hukuk sistemlerinden bağımsız ve mutlak bir prensip olarak kabul eden ve kaynağını, prensibin kendi içinde arayan görüşler bu durumu ispatlamakta pek başarılı olamamışlardır. Kanaatimizce, irade muhtariyeti prensibi bir insan hakkı olarak kabul edilse dahi, hukuk sistemleri tarafından formüle edildiği unutulmamalıdır. Hâl böyle olunca, bu prensibi millî hukuk sistemlerinden bağımsız, tek başına bir kavram

---

<sup>118</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 36.

olarak düşünme imkânı olmadığı gibi, bu prensibin millî hukuk sistemlerinin öngördüğü sınırlandırmalara tâbi olacağı da açıktır.

## C. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA İRADE MUHTARİYETİ PRENSİBİNİN ORTAYA ÇIKIŞI VE TARİHİ GELİŞİMİ

### 1. İrade Muhtariyeti Prensibinin Tarihi Gelişimi ve Milletlerarası Özel Hukuk Doktrini

Bazı orta çağ hukukçuları tarafından temeli Roma Hukukuna dayandırılan irade muhtariyeti prensibinin, bu dönemde tam anlamıyla varolduğundan söz etme imkânı yoktur<sup>119</sup>. Buna göre, sözleşmeye uygulanacak kanun, o sözleşmenin yapıldığı yer kanunudur. *Digesta*'nın *si fundus* kanununda tam olarak telâffuz edilmemekle birlikte, “satış sözleşmesinde verilen garanti, satışın yapıldığı mahallin örf ve âdetine uygun olmalı” denmektedir. Aslında adı geçen kural bugünkü *locus regit actum*'a tekabül etmektedir<sup>120</sup>. Dolayısıyla, sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin ilk kuralın *locus regit actum* olduğunu söylemek mümkündür.

14. yüzyılda *Bartolus*, ki statüleri ilk kez aynî ve şahsi olarak ayıran kişidir, taraf ehliyetini ikametgâh kanununa, muamelenin şeklini ise yapıldığı yer kanununa tâbi tutmuştur. Ayrıca, sözleşmenin esasına ilişkin hususların sözleşmenin yapıldığı yer kanununa, zamanaşımı ve temerrüt gibi önceden öngörülemeyen meselelerin ifa yeri kanununa ve bu kanunun tespit edilememesi halinde, davaya bakan hâkimin kanununa tâbi tutulması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>121</sup>. *Bartolus*'a göre, doğrudan doğruya sözleşmeden doğan zararlara sözleşmenin yapıldığı yer hukuku uygulanmalıdır. Öte yandan, sözleşmenin kötü veya hiç ifa edilmemesinden doğan zararlara ise sözleşmenin ifa edildiği yer hukuku uygulanmalıdır. Dikkat edileceği

<sup>119</sup> Esener, sh. 478.

<sup>120</sup> Esener, sh. 478.

<sup>121</sup> Bu görüş için bkz. Esener, sh. 479.

üzere, bu aşamada, henüz taraf iradesi söz konusu değildir; aksine yerel idarecinin bu husustaki yetkisi esastır<sup>122</sup>.

15. yüzyılda, İtalyan okulunun en son temsilcilerinden biri olan *Curtius*'un, tarafların iradelerinin sözleşmeye uygulanacak kanunun tesbitinde bir neden teşkil ettiğini ilk kez gözlemleyen kişi olduğu ileri sürülmektedir. *Curtius*'a göre *lex loci actus* tarafların zımnen seçtikleri kanundur<sup>123</sup>.

16. yüzyılda karşımıza çıkan *Dumoulin*, sözleşmelerde irade muhtariyeti kavramının yaratıcısı olarak kabul edilmektedir. *Dumoulin* bunu yaparken, değişik ülkelerde malları bulunan evlilerin evlenme sözleşmesi yapmadıkları hallerde, bu malların tarafların zımnî iradeleri ile seçmiş oldukları kanuna tâbi tutulmasını sağlamayı amaçlamıştır<sup>124</sup>. *Dumoulin*, 1525 yılında karı koca arasındaki mal rejimine ilişkin bir dâvada, Paris kanunlarının başka yerdeki mallara da uygulanmasını haklı göstermek için, tarafların bu konuda zımnen anlaşmalarını iddia etmiştir. İlgili dâvada, sözleşme statüsünün, mal rejimine ilişkin sözleşme yapılmışsa, tarafların evlenme zamanındaki ikametgâhlarına, kanunî rejimin ise malın bulunduğu yer kanununa tâbi olduğu ileri sürülmüştür. *Dumoulin*, bu fikrini genişletmiş ve taraflar arasında evlenme sözleşmesi yoksa, farklı yerlerdeki malları idare için taraf iradesine göre tek bir kanuna tâbi kılmaya çalışmıştır<sup>125</sup>. *Dumoulin*'e göre, taraf iradesinin belirleyici faktör olduğu alanlarda, bu irade uygulanacak hukuku belirler<sup>126</sup>.

*Dumoulin*'in kullandığı ifadeden sözleşmeye uygulanacak hukukun belirleyicisinin sözleşmenin yapıldığı yer hukuku değil, tarafların iradesi olduğu

---

<sup>122</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 4.

<sup>123</sup> Bu görüş için bkz. Esener, sh. 480.

<sup>124</sup> Bu görüş için bkz. Seviğ, V. R., *Kanunlar İhtilâfi*, sh. 104.

<sup>125</sup> Bu görüş için bkz. Uluocak, sh. 138-139.

<sup>126</sup> Bu görüş için bkz. Yntema, sh. 342.

anlaşılmaktadır. *Dumoulin* sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun tesadüfi olduğunu vurgulamaktadır. Ancak, diğer taraftan, tarafların zımnî iradesinden hareketle, sözleşme taraflarının sözleşmenin yapıldığı yer hukuku yerine, sözleşmenin ifa edildiği yer hukukunu tercih etme eğiliminde olduklarını ima etmiştir. *Dumoulin*, tarafların zımnî iradesi teorisi ile, kocanın ikametgâhı hukukunun uygulanması gerekliliğini göstermeye çalışmıştır. Ona göre uygulanması gereken hukuk budur; yoksa sözleşmenin yapıldığı yer hukuku, ki çoğunlukla karının ikametgâhıdır, değildir. Bu görüş modern bir bakış açısıyla ele alındığında, evlenme sözleşmesine uygulanacak hukuk “kadın kocası ile yaşayacağı için kocanın ikametgâhı hukukudur” görüşünün irade muhtariyeti ile bağdaşmadığı görülür. Ancak, şunu da belirtmek gerekir ki, *Dumoulin* açıkça irade muhtariyetinden söz etmemekle birlikte, her zaman sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun uygulanmayacağını ifade etmiştir<sup>127</sup>. *Dumoulin*’den sonra dahi, sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda sözleşmenin yapıldığı yer hukuku kıstası 19. yüzyılın ilk yarısı dahil, hâkimiyetini sürdürmüştür<sup>128</sup>.

17. yüzyılda da irade muhtariyeti meselesi bir açıklığa kavuşturulamamıştır. *Huber*, ülkesellikten hareket etmiştir. Tarihi gelişimler göstermiştir ki, ülkesel egemenlik görüşünün güçlü olduğu zamanlarda irade muhtariyeti, ya reddedilmiş, ya da sınırlandırılmıştır. *Huber*, kendinden öncekiler gibi, sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde asıl kuralın sözleşmenin yapıldığı yer hukuku olduğunu kabul etmiştir. Ancak, şöyle bir istisna getirmiş ve demiştir ki, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku prensibi mutlak değildir. Eğer sözleşme yapıldığı sırada tarafların aklında

---

<sup>127</sup> Bu görüş için bkz. **Yntema**, sh. 342.

<sup>128</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 243.

başka bir yer hukuku varsa, sözleşmeyi bu hukuk idare etmelidir<sup>129</sup>. Yine bu yüzyılda, *Burgundus* demiştir ki, beyan edilmemiş irade, irade muhtariyetinden hareketle belirlenen sözleşme statüsünün dışındadır. Buna göre, taraflar iradelerini açık olarak beyan etmezlerse, sözleşmenin yapıldığı yer kanunu ve örf ve âdeti sözleşmeyi idare etmelidir. Ayrıca, sözleşmedeki boşluklar da bu kanunla doldurulmalıdır. Eğer taraflardan biri sözleşme metnindeki bir hususa dair iradesini açıklamamışsa, sözleşmenin yapılmış olduğu yer kanununa atıf yapmış kabul ediliyordu. Aynı asırda, Hollandalılar mahallî kanunun uygulanmasını desteklemekteydiler. 17. yüzyıl sonlarında ise, *Jean Voet* zımnî irade ile farazî irade arasındaki farkı ortadan kaldırmış, bunların aynı güçte olduklarını kabul etmiştir<sup>130</sup>.

18. yüzyıla gelindiğinde, *Bouhier*'in de, *Dumoulin* gibi, tarafların evlenirken mal rejimlerini istedikleri bir âdete tâbi kılıp kılamayacakları sorusuna yanıt aradığı görülür. Bu mesele, irade muhtariyeti meselesinin araştırılmasından başka bir şey değildir. *Bouhier*, irade muhtariyetinden bahsetmemekte, ancak demektedir ki, eşlerin evlenme sözleşmesini ikametgâhları dışında uygun buldukları bir başka kanuna tâbi tutma özgürlükleri vardır. Bu özgürlük genel anlamda bir özgürlüktür. Taraflar açık olarak bunu belirlememişse sözleşme şartlarına bakılmalı, burada da bir hüküm yoksa farazî iradeyi tespit yoluna gidilmelidir<sup>131</sup>.

19. yüzyılda *Savigny*, taraflara özellikle ticaret alanında hukuk seçme özgürlüğü tanınmasını savunmuştur. *Savigny*, hukukî ilişkiyi tahlil ederek ağırlık noktasını tespite ve dolayısıyla uygulanacak hukuku belirlemeye çalışmıştır. Ancak,

---

<sup>129</sup> **Huber**, U.: *Praelectiones iuris civilis*, Part. Book 1, Title III: 'De conflictu legum diversarum in diversis imperiis', Edition Leipzig, para. 5 (**McClellan**, J. D.: "Perspectives on Private International Law At the Turn of the Century, General Course on Private International Law", Rec. des Cours, T. 282, (2000), sh. 130'dan naklen).

<sup>130</sup> Bu görüş için bkz. **Esener**, sh. 481.

<sup>131</sup> Bu görüş için bkz. **Esener**, sh. 481.

birden çok kişiyi ilgilendiren bir sözleşme söz konusu olduğunda, ağırlık noktasının tespiti çok da kolay olmamaktadır. *Savigny*, sözleşmeler hukuku alanında irtibat kuralını tespit etmek için tarafların gerçek veya muhtemel iradelerini araştırmıştır. Buradaki mesele alacaklıdan mı, yoksa borçludan mı hareketle ağırlık noktasının tespit edileceği meselesidir. *Savigny*, borçluyu esas almakta ve demektedir ki, borcun esasını borçlunun yükümlülüğü teşkil eder. Yazar, yukarıda adı geçen eserinde, irade muhtariyetini kabul ederek, tarafların aralarındaki sözleşmeyi istedikleri herhangi bir kanuna tâbi tutabileceklerini ileri sürmektedir. Eğer taraflar böyle bir seçim yapmamışlarsa, hâkim ağırlık noktasını tespit edecektir ki, bu nokta ifa yeridir. Çünkü taraflar bir sözleşmeyi yaparken esas itibarıyla o sözleşmenin ifasını hedef alırlar. *Savigny*'ye göre, irade muhtariyeti prensibi, mutlak bir prensip değil ve fakat kamu düzeni ile sınırlanmış bir prensiptir<sup>132</sup>.

*Savigny*, uygulanacak olan kanuna ilgililerin istekleriyle tâbi olmaları esasını ileri sürerken, aynı yüzyılda *Mancini* ve destekçileri, irade muhtariyetini şahsî kanunun bir istisnası olarak kabul etmişlerdir<sup>133</sup>. *Mancini*, milletlerarası özel hukuku milliyet esasına dayandırmıştır. Ona göre millî hukuk, o sırada nerede oturduklarına bakılmaksızın bireylerin şahsî ilişkilerini idare eder. İtalyan Devleti, ki bu devleti meydana getiren varlık İtalyan milletidir, İtalyan millî adaletine ve yapısına uygun kanunlar çıkarır. Çıkarılan bu kanunlar, aynı zamanda İtalyan milletinin iradesinin ifadesi olduğundan, her İtalyan bulunduğu ülkede İtalyan kanunlarının kendisine uygulanmasını isteyebilir. Kanunların kişiselliği olarak nitelendirilen bu esasın birtakım istisnaları vardır ve bunlardan biri de irade muhtariyetinden hareketle

---

<sup>132</sup> *Savigny*, Das Systeme des Heutigen Römischen Rechts, c. 8, Berlin 1849, sh. 28 (*Esener*, sh. 482'den naklen).

<sup>133</sup> *Seviğ*, V. R., Kanunlar İhtilâfi, sh. 104.

tarafların yetkili kanunu önceden ve diledikleri gibi anlaşarak belirlemeleridir<sup>134</sup>. *Mancini*, hukuk seçimi serbestisinin sadece ticaret hukuku alanında uygulanmasının yerinde olacağını savunmuştur. Ancak, devletin bireyin menfaatini gözettiği durumlarda, örneğin sözleşme ehliyeti meselesinde, yine bireyin millî hukuku uygulanmalıdır. Bu tip durumlarda elbette ki, uygulanacak hukuku seçme serbestisi millî hukukun üzerinde olmayacaktır. *Mancini*, aynı zamanda, kamu düzeni fikrini de ortaya atmıştır. Buna göre her devlet, millî düzenini ve millî ahlâkını koruyan kurallara sahiptir. Bu kurallar ancak ülke sınırları içinde uygulanabilen kurallardır<sup>135</sup>. Dolayısıyla, ülkesellik kamu düzeni söz konusu olduğunda uygulanmalıdır. Buna göre milli hukukun veya seçilen hukukun uygulanması kamu düzenini veya mahkemenin yüksek menfaatlerini olumsuz bir şekilde etkilemekte ise, mahkeme ilgili hukuku uygulamayabilir<sup>136</sup>.

*Story*'e bakıldığında, başlangıçta *Huber* gibi sözleşmenin yapıldığı yer hukukundan hareket ettiği görülür. Ancak, *Story*'e göre, bu prensip sözleşmenin yapıldığı ve ifa edildiği yerlerin aynı olduğu durumlarla sınırlıdır. Sözleşmenin yapıldığı yerde değil de, başka bir yerde ifa edileceği, açıkça veya zımnen anlaşılıyorsa, prensip tarafların farazî iradelerine uygun olarak sözleşmenin geçerliliğinin, tarafların yükümlülüklerinin ve sözleşmenin yorumunun ifa yeri hukuku tarafından idare edilmesidir. *Story* de farazî iradede söz etmektedir; ancak, bu kavramla ne anlatmak istediğini tam olarak açıklamamıştır. *Story*'nin görüşünde

---

<sup>134</sup> **Seviğ**, V. R., Kanunlar İhtilâfi, sh. 12.

<sup>135</sup> Bu görüş için bkz. **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 123.

<sup>136</sup> Bu görüş için bkz. **Nygh**, *Autonomy*, sh. 8.

bir yere kadar taraf iradesine yer verildiği görülmektedir; o da taraflara ifa yerini seçme imkânı tanınmış olmasıdır<sup>137</sup>.

Milletlerarası özel hukuk doktrininde irade muhtariyeti prensibinin modern tarihine bakıldığında, yine irade muhtariyeti prensibi lehinde ve aleyhinde görüşler ileri sürüldüğü görülür. *Batiffol*, sözleşmeye uygulanacak hukuka “*law of autonomy-la loi d'autonomie*” adını vermiştir. *Batiffol*'un görüşüne göre, aslında sözleşmeye uygulanacak hukuku sözleşmenin tarafları seçemez. Sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlemek mahkemenin işidir. Bu bağlamda taraflara düşen görev, sözleşmeyi lokalize (*localization*) etmek, yani aralarındaki sözleşmeyle, ifa yeri veya sözleşmenin yapıldığı yer gibi bağlantılardan hareketle, belli bir devlet veya ülkeyle coğrafi bağlantı kurmaktır. Dolayısıyla, taraflara tanınması gereken özgürlük, sözleşmeyi lokalize etme özgürlüğüdür<sup>138</sup>. *Batiffol* sözleşme ile seçilen hukuk arasında bir bağlantının gereğini vurgulamıştır. Yazar tarafların özgürlüğünü korumanın en iyi yolunun, onlara istedikleri herhangi bir hukuku seçme imkânı vermek olduğu konusunda tereddütleri olduğunu dile getirmiştir. *Batiffol*'e göre uç noktalar, istisnaen iyi sonuç doğurur ve nedensiz, mantıksız veya gereksiz özgürlüğün taraflar için gerçek bir avantaj olup olmadığını sorgulamak gerekir<sup>139</sup>.

*Batiffol*'un amacı, hukuk seçimi problemini çözecek tek bir prensibe ulaşmaktır. *Localization* dışında iki alternatif daha vardır. Birinci alternatifte (sübjektivist görüş) göre taraflar bir hukuk seçer ve bu hukuku sözleşmeye dahil

---

<sup>137</sup> **Story**, J.: Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, 2<sup>nd</sup> Edition, Boston 1865, sh. 304 (**McClellan**, sh. 131'den naklen).

<sup>138</sup> Bu görüş için bkz. **Lando**, The Conflict, sh. 264; **Blom**, Part I, sh. 235; **Dardağan**, E.: Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilafı, 1. Baskı, Ankara 2000, sh. 231; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 362; **Nygh**, P.E.: Conflict of Laws in Australia, (Australia), 5<sup>th</sup> Edition, Sydney, 1991, sh. 272; **Yntema**, sh. 344.

<sup>139</sup> **Batiffol**, H.: “Public Policy and the Autonomy of the Parties: Interrelations between Imperative Legislation and the Doctrine of Party Autonomy”, Lectures on the Conflict of Laws and International Contracts, University of Michigan Law School, 1949, sh. 71 (**Dolinger**, sh. 253'den naklen).

ederler. Bu görüş kabul edilecek olursa *Niboyet*'in sözünü ettiği tarafların birden çok hukuku seçebilecekleri, hatta sözleşmeyi hiçbir hukuka tâbi tutmamayı kararlaştırabilecekleri görülür. İkinci alternatifte göre, taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmekte tam bir serbestiye sahiptirler. Taraflarca seçilmiş olan hukuk, sözleşmenin bir şartı ya da hükmü olarak sözleşmeye dahil edilmiş değil, sözleşmeyi idare edecek olan hukuktur. *Batiffol*'e göre, bu görüşü desteklemenin imkânı yoktur; çünkü, hukuk seçimini bir hukuk sistemine dayandırmadan hukuki etki doğurabilecek bir prensip olarak kabul etmenin imkânı yoktur. Hukukî etki muhakkak bir hukuk sistemince tanınmalıdır. Eğer bu görüş kabul edilecek olursa, taraflar, aralarındaki sözleşmeyi sözleşmeyle hiçbir ilgisi olmayan bir hukuka tâbi tutabilecekleri gibi, tamamen iç hukuka ait bir sözleşmeyi de yabancı hukuka tâbi tutabileceklerdir<sup>140</sup>.

*Batiffol*'ün *localization* teorisine karşı çıkanlar da vardır. Bu bağlamda *Lerebours-Pigeonnière* ve *Loussouarn*, bu teorinin hukuk seçimi olmayan hallerde kullanılabileceğini, fakat hukuk seçimi olan hallerde, bu seçimi sadece irtibat noktası (*localizing element*) olarak görme imkânının olmadığını savunmaktadırlar<sup>141</sup>.

1930 yılında, *Haudek*, seçilen hukuka etki tanıyanın, yetkili mahkemenin kanunlar ihtilâfı kuralları olduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre, eğer tarafların sözleşmeyle ilgisi olmayan bir hukuku seçeceklerinden korkuluyorsa, yapılması gereken seçebilecekleri hukuk sistemlerini sınırlandırmaktır<sup>142</sup>. *Wolff* ve *Raape*, 1954'ten önce tarafların hukuk seçiminin sınırlandırılması gerektiğini ve tarafların,

---

<sup>140</sup> **Blom**, Part I, sh. 236.

<sup>141</sup> **Lerebours-Pigeonnière**, P., **Loussouarn**, Y.: *Droit International Privé*, 9<sup>th</sup> Edition, 1970, sh. 443 (**Blom**, Part I, sh. 238'den naklen).

<sup>142</sup> **Haudek**, W.: *Die Bedeutung des Parteiwillens im IPR*, 1931, sh. 48-50 (**Blom**, Part I, sh. 255'den naklen).

ancak sözleşme ile yersel bağlantısı olan hukuk sistemlerini seçmelerinin yerinde olacağını ileri sürmüşlerdir. Daha sonraları bu görüşü terk ettikleri görülmektedir<sup>143</sup>.

*Neumann*, 1930 tarihli beyanında, “bir iki istisnaî durum hariç...doktrinde tarafların sözleşmeyi idare edecek hukuku ilgili hukuk sisteminin öngördüğü sınırlar çerçevesinde seçebilecekleri ve sözleşmenin geçerliliğinin ise emredici kurallara tâbi olduğu ve taraflarca kararlaştırılmayacağı ileri sürülmüştür”<sup>144</sup> ifadesine yer vermiştir.

Öte yandan, *Gamillscheg*, 1950’lerde hiç sınırlandırılmamış bir irade muhtariyeti görüşünü savunmuştur. Kendisi, aynı zamanda sözleşmede yer alan tahkim şartının ve yetki anlaşmasının zımnî hukuk seçimine delâlet ettiğini ileri sürmüştür. Yazara göre, hukuk seçimi serbestisi dünyanın her yerinde kabul görmektedir ve irade muhtariyeti prensibinin normalde uygulanacak hukuk kavramının yok olmasına yol açacağı doğru değildir. Ayrıca, tarafların seçtikleri hukuk aralarındaki sözleşmeyi geçersiz hale getiriyorsa, sözleşme geçersiz demektir; sözleşmenin tarafları yaptıkları seçimin sonuçlarına katlanmalıdırlar. *Gamillscheg*, ticarî sözleşmeleri ve emredici kuralların daha yoğun olduğu sosyal sözleşmeleri birbirinden ayırmamaktadır. Yazara göre, seçilen hukuk hem ticarî satım sözleşmesini, hem de iş sözleşmesini idare eder. Ancak, iş hukukunun birçok kuralı kamu hukuku karakterli olduğundan zaten uygulanacak hukuk meselesinin dışında kalır. Şunu belirtmek gerekir ki, Alman mahkemeleri II. Dünya Savaşı’ndan sonra tüketici sözleşmeleri gibi ekonomik yönden zayıf tarafın korunmasını gerektiren sözleşmelerde, irade muhtariyetini sınırlama yoluna gitmemişlerdir. Bu bağlamda kamu düzeni ve bazen de ülkesellik prensibinden hareketle koruma sağlanmaya

<sup>143</sup> Bu görüş için bkz. **Lando**, *The Conflict*, sh. 268; **Lando**, *The EEC Convention*, sh. 177.

<sup>144</sup> **Neumann**, K.: *Vertragsgültigkeit und Parteiwille in Lehre und Rechtsprechung des internationalen Schuldrechts*, 1930, sh. 145 (**Blom**, Part I, sh. 255’den naklen).

çalışılmıştır. Ancak, 1976 yılına gelindiğinde, Batı Almanya Standart Sözleşmeler Kanunu ile bu tutum terk edilmiş ve belli şartların varlığı halinde yabancı hukuka rağmen bu yasa uygulanır hale getirilmiştir<sup>145</sup>.

## 2. İrade Muhtariyeti Prensibinin Tarihi Gelişimi ve Yasal Düzenlemeler

Milletlerarası unsurlu sözleşmelerde hukuk seçimi anlamında taraf iradesi Kıta Avrupası'nda 19. yüzyılın sonlarında kendini göstermiştir. Bir görüşe göre, irade muhtariyeti düşüncesinin başlangıcını 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu md. 36 ve 37'ye dayandırma imkânı vardır<sup>146</sup>. Bunu 1856'da Yunanistan ve 1865'de İtalya izlemiştir<sup>147</sup>.

Fransa'ya bakıldığında, aşağıda inceleneceği üzere, 1910 tarihli Fransız Yargıtay kararı ile birlikte sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca seçilen hukuk olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca Fransa, sözleşme taraflarına hukuk seçimi serbestisi tanıyan 1955 La Haye Sözleşmesi ile Roma Sözleşmesine de taraftır. Belçika'da ise 1938 tarihli Yargıtay kararı ile kabul gören hukuk seçimi serbestisi, ülkenin 1955 La Haye Sözleşmesi ve Roma Sözleşmesine taraf olmasıyla desteklenmiştir<sup>148</sup>.

Amerika Birleşik Devletlerin bakıldığında, İrade muhtariyeti prensibinin *I. Restatement*'de<sup>149</sup> yer almadığı görülür. *I. Restatement* sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak sözleşmenin yapıldığı yer hukukunu öngörmüştür. Ancak, bu hukuk müsaade ederse, taraflar, yabancı hukukun birtakım kurallarını sözleşmeye dahil edebilmekteydiler. *I. Restatement*'in raportörü *Beale*'e göre tarafların uygulanacak

---

<sup>145</sup> Bu görüş için bkz. **Lando**, *The Conflict*, sh. 269.

<sup>146</sup> **Nygh**, P.: "The Reasonable Expectations of the Parties As a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort", (*The Reasonable Expectations*), *Rec. des Cours*, T. 251, (1995), sh. 298.

<sup>147</sup> **Yntema**, sh. 350.

<sup>148</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 265.

<sup>149</sup> İngilizce metin için bkz. *Restatement of Law, Conflict of Laws*, American Law Institute, St. Paul, Minn., 1934.

hukuku seçmesi düşünülemezdi; çünkü, bu durum taraflara yasama faaliyetinde bulunma hakkı vermek anlamına gelirdi. *Beale*'a göre, yasama gücü hukukun sükûletine değil, sadece hükümler devletlere ait bir güçtür. İşte bu sebeple, taraf iradesinin uygulanacak hukuku belirlemesi düşüncesi reddedilmiş ve meselenin sözleşmenin yapıldığı yer hukukuyla ifa yeri hukuku arasında bir seçimden ibaret olduğu ileri sürülmüştür. Kabul gören görüşe göre, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku sözleşmeyle en sıkı irtibatlı hukuk olduğundan bu hukukun uygulanması gerekmektedir<sup>150</sup>. *Reese*'e göre ise, irade muhtariyetinden hareketle hukuk seçiminin kabulü, hukuk seçimi ile ikame edilen hukuka karşı bir antitez oluşturmaktaydı<sup>151</sup>.

*I. Restatement*'e rağmen, zaman içinde sözleşmelerde hukuk seçimi kabul görmeye başlamış, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku prensibine sıkı sıkıya bağlı olan ABD eyaletleri dahi seçilen hukukla sözleşme arasında bağlantı olduğu ve bu hukukun uygulanmasının kamu düzenini ihlâl etmediği durumlarda seçilen hukukun uygulanmasını kabul etmişlerdi. Tarafların seçtiği hukuka etki tanınması meselesine, *I. Restatement*'de belirlenen yöntemle tatmin edici bir çözüme ulaşılmayacağı görüşü yol açmıştır. Bu görüşe göre, her meselede iç hukuk kurallarının uygulanma olasılığı bulunan devletin menfaati dikkate alınmalı, bunu yaparken de adı geçen kuralın hizmet ettiği sosyal politika veya politikalar tespit edilmelidir. Kuralın hizmet ettiği sosyal politika tespit edildikten sonra, kuralın ülkesel uygulanma alanı belirlenmelidir. Ayrıca, bu değerlendirme, her dâvada uygulanacak hukuk meselesine tatbik edilmelidir<sup>152</sup>. Bu yöntem bazı açılardan eleştirilmiştir. Buna göre, yabancı kanun koyucunun ilgili yasayı çıkarmaktaki amacını hakimin tespit etmesi her zaman

<sup>150</sup> **Blom**, J.: "Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract Part II", (Part II), *CYIL*, Vol. 17, (1979), sh. 209.

<sup>151</sup> **Reese**, W.: "Power of Parties to Choose Law Governing Their Contract", *Proc. Am. Soc'y Int'l L.*, Vol. 54 (1960), sh. 51 (**Hill**, A., sh. 1626'dan naklen).

<sup>152</sup> **Blom**, Part II, sh. 214.

kolay olmamaktadır. Öte yandan, sözleşmeler alanında hukuk kurallarının her zaman ya da çoğunlukla yasa koyucunun belli grup kişiler ya da belli tip işlemler için söz konusu olan politikasını yansıttığı söylenemez<sup>153</sup>.

*II. Restatement (1971)* irade muhtariyeti prensibini temel prensip olarak kabul etmiştir. Buna göre, sözleşmeyi tarafların seçmiş olduğu hukuk idare eder; meğer ki hukuku seçilen devletle taraflar ya da sözleşme arasında gerçek bir ilişki olmasın ve tarafların yapmış oldukları seçimin makul bir nedeni olmasın ya da seçilen hukukun uygulanması normalde hukuku uygulanacak devletin ve dolayısıyla meselenin halinde daha önemli menfaati olan devletin temel politikasına aykırı olsun<sup>154</sup>. Bu şartlar altında mahkeme öncelikle açık bir irade beyanının var olup olmadığını tespitite çalışacaktır. Bu mesele hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak hukuk tarafından kararlaştırılacaktır. Bu hukuk, işlem ve taraflarla en önemli bağlantıya sahip olan devlet hukukudur. Eğer bu hukuka göre taraflar meseleyle ilgili haklarını tespitite serbest iseler, seçilen hukuk uygulanacaktır. Eğer bu hukuka göre mesele tarafların anlaşmalarına tâbi değilse, yine seçilen hukuk uygulanacaktır. Öte yandan, yapılan yorumlar, bazı hallerde mahkemenin tarafların hukuk seçimine etki tanımayacağı doğrultusundadır. Bu hallere hukuk seçiminin hile ve tehdit gibi uygunsuz yollarla elde edildiği, ya da ekonomik yönden güçlü tarafın tek taraflı olarak bu şartı koyduğu ve karşı taraf için sözleşmeyi “ya al ya bırak” şekline soktuğu durumlar örnek olarak gösterilebilir<sup>155</sup>.

1978 tarihli kanunlar ihtilâfına ilişkin Avusturya federal kanunu, yabancı unsur taşıyan sözleşmelerde taraf iradesine etki tanımaktadır. Ancak, iş sözleşmeleri gibi bazı sözleşmeler söz konusu olduğunda bu serbesti sınırlandırılmıştır. 1982

---

<sup>153</sup> **Blom**, Part II, sh. 217.

<sup>154</sup> **Lando**, The Conflict, sh. 275; **Blom**, Part II, sh. 229.

<sup>155</sup> **Blom**, Part II, sh. 231.

tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İsviçre MÖHK) md. 113/1 irade muhtariyeti prensibine yer verirken, tarafların ilgili hukuku seçmekte meşru bir menfaatinin olması ya da seçilen hukuk sistemiyle bir bağlantı aramamıştır. İrade muhtariyeti prensibinin uygulanabilmesi için öngörülen tek şart milletlerarası bir sözleşmenin varlığıdır. Almanya ise, 1986 yılında çıkardığı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'yla, Roma Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerden hareketle hukuk seçimi serbestisini düzenlemiştir<sup>156</sup>.

### 3. İrade Muhtariyeti Prensibinin Tarihi Gelişimi ve İçtihatlar

İrade muhtariyeti prensibine ilişkin içtihatlar bakıldığında, temel bir prensip olarak ilk kez İngiltere'de kabul gördüğü dikkati çekmektedir. Bu bağlamda, irade muhtariyetine ilişkin verilen en eski kararın hangisi olduğu hususunda değişik görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, hukuk seçimi lehine verilen en eski karar 1796 tarihli *Gienar v. Meyer* kararıdır<sup>157</sup>. Diğer bir görüşe göre, 1865 tarihli iki dâva (*Peninsular&Oriental Steam Navigation Company v. Shand* ve *Lloyd v. Guibert*) irade muhtariyetinin kabulünün birer göstergesi olmuşlardır<sup>158</sup>. Öte yandan, Lord *Mansfield*'in *Robinson v. Bland*<sup>159</sup> dâvasındaki görüşü, İngiliz Hukukunda irade muhtariyetinin kaynağı olarak kabul edilmektedir<sup>160</sup>. Dâva konusu, bir İngiliz vatandaşının, diğer bir İngiliz vatandaşına, Paris'te, İngiltere'de ödenmek üzere İngiliz Sterlini olarak borç vermesidir. Söz konusu olayda, İngiliz ve Fransız hukukları arasında herhangi bir ihtilâf çıkmamasına rağmen, Lord *Mansfield*, böyle bir uyuşmazlık çıksaydı nasıl bir durumla karşı karşıya kalınacağını

<sup>156</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 271.

<sup>157</sup> Karar için bkz. **Dolinger**, sh. 251.

<sup>158</sup> Kararlar için bkz. **Pierce**, sh. 177; **McClellan**, sh. 133; **Yntema**, sh. 348.

<sup>159</sup> Karar için bkz. **Yntema**, sh. 348.

<sup>160</sup> **Pierce**, sh. 177.

değerlendirmiştir. *Huber*'in görüşünden hareketle, sözleşme yapılırken tarafların aklında İngiliz Hukuku'nun olduğunu ifade etmiştir. Meselede gerçek bir taraf iradesi yoktur, söz konusu olan farazî iradedir. Burada kullanılan yöntem, aslında sözleşmelere uygulanacak hukukun tesbitinde kullanılan objektif yöntemin bir uzantısıdır; çünkü sözleşmeyle en sıkı irtibatlı hukuka göre karar verilmiştir<sup>161</sup>. Bu da demektir ki, *Huber*'in görüşü subjektif taraf iradesini değil, objektif yöntemi göstermektedir<sup>162</sup>.

İngiliz mahkemelerini irade muhtariyeti prensibini uygulamaya yönelten birçok nedenin varlığından söz edilmektedir. Bunlardan birincisi, irade muhtariyeti prensibinin 19. yüzyıl felsefesi olan *laissez-faire* tarafından desteklenmiş olmasıdır. Bu felsefe sayesinde İngiliz sözleşmeler hukukunda, irade muhtariyeti önemli bir rol oynamıştır. Ayrıca, taraf iradesinin *lex validatis*'in uygulanmasını sağlayacak zemini hazırladığı düşünülmüştür. Şunu belirtmek gerekir ki, hukuk seçimine ilişkin irade açıklamalarının nadiren sözleşmelerde yer aldığı dönemlerde dahi, İngiliz mahkemeleri uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraf iradesini esas almışlardır<sup>163</sup>.

Daha sonraları, İngiliz hukukunda sözleşmeyle hukuku seçilen ülke arasında coğrafi bir bağlantı gerekip gerekmediği tartışmaları ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda İngiliz mahkemelerinin, taraflarca seçilmiş ve sözleşmeyle hiçbir ilgisi bulunmayan bir hukuka etki tanımayacaklarını ifade edilmiştir. Böylelikle, mahkeme, sözleşme ile en sıkı irtibatlı hukukun taraflarca bertaraf edilmesini engelleyebilecektir. Örneğin, İngiltere ile hiçbir bağlantısı olmayan milletlerarası ticari bir işlemin,

---

<sup>161</sup> Bu görüş için bkz. **McClellan**, sh. 135.

<sup>162</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 6.

<sup>163</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 259; **Lando**, *The EEC Convention*, sh. 171.

İngiliz hukukuna tâbi tutulmak istenmesi anlaşılabilir bir durumdur. Bunun nedeni, Londra'nın bir milletlerarası ticari işlem merkezi olmasıdır<sup>164</sup>.

1939 tarihli *Vita Food Products Inc. v Unus Shipping Co. Ltd.* kararında, Lord *Wright* “ tarafların iyi niyetle ve hukuka bağlı olarak sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmiş oldukları bu durumda, bu seçimi kamu düzeni gerekçesiyle engellemeyi gerektirecek bir neden yoktur”<sup>165</sup> demiştir. Bu karar, seçilen hukuk ile yapılan işlem arasında önemli bir bağ olması gerektiğini savunan görüş ile sözleşmenin yapıldığı yer hukuku, hukuk seçiminin sınırlarını belirler veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun emredici kuralları bertaraf edilemez düşüncelerini reddetmiştir. Buna göre, sadece yetkili mahkemenin bulunduğu yer devletinin kamu düzeni bir sınırlama olarak kalabilecektir<sup>166</sup>. Şunu belirtmek gerekir ki, İngiliz hukukunda irade muhtariyeti prensibi, 1973 yılına kadar sözleşmeler arasında hiçbir ayırım gözetilmeksizin aynı şekilde uygulanmıştır<sup>167</sup>.

Fransa'da irade muhtariyeti prensibine ilk kez 1910 tarihli Yargıtay kararında (*American Trading Co. v. Société de Navigation “Quebec Steamship Co.”*) yer verilmiştir<sup>168</sup>. Bu karara göre, sözleşmenin kuruluşunu, şartlarını ve etkilerini tarafların seçtiği hukuk idare eder. Fransız hukukunda, irade muhtariyet prensibine uzun müddet tereddütle yaklaşılmıştır. Bunun temelinde Fransız doktrininin irade muhtariyetine karşı yapmış olduğu eleştiriler yatmaktadır. Bu çerçevedeki görüşlere göre, irade muhtariyeti prensibiyle, özel hukuk şahıslarının iradeleri hukukun

---

<sup>164</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 261.

<sup>165</sup> Karar için bkz. **Cheatham**, E.E./ **Goodrich**, H.F./ **Griswold**, E.N./ **Reese**, W.L.M.: *Conflict of Laws, Cases and Materials*, 4<sup>th</sup> Edition, Brooklyn, 1957, sh. 500; **Yntema**, sh. 349.

<sup>166</sup> **McClellan**, sh. 138; **Pierce**, sh. 178; **Kelly**, D. ST. L.: “International Contracts and Party Autonomy”, *ICLQ*, Vol. 19, (1970), sh. 701; **Anderson**, W.: “Party Autonomy and Overriding Statutes in the Private International Law: The High Court of Australia Takes the Lead”, *Caribbean L. Rev.* Vol. 9, No. 1 (1999), sh. 16.

<sup>167</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 261.

<sup>168</sup> Karar için bkz. **Blom**, Part I, sh. 232; **Lando**, *The EEC Convention*, sh. 173.

üstünde tutulmakta ve farazî irade hukukun efendisi haline getirilmektedir. Taraf iradesi, hukuku ve otoriteyi yutarken, kamu yararı yok ve geçersiz sayılmaktadır. Halbuki, taraf iradesine etki tanıyan bir hukuk sistemi olmadan, mantıken taraf iradesinin uygulanacak hukuku belirlemesine imkân yoktur. Taraf iradesiyle maddî hukuk kurallarının kapsamını genişletme veya daraltma imkânı olamaz; çünkü, bu kapsam ancak hükümran tarafından hukukun sosyal amaçları doğrultusunda belirlenebilir<sup>169</sup>.

İrade muhtariyeti prensibinin Belçika'da ise, 24 Şubat 1938 tarihli Yargıtay kararıyla onandığı görülmektedir<sup>170</sup>. Hollanda'ya bakıldığında, II. Dünya Savaşı'na kadar irade muhtariyeti prensibinin mahkemelerce kabul edilip edilmediği meselesinin bir belirsizlik teşkil ettiği görülür. Ancak, 1947 yılına gelindiğinde, Hollanda Yüksek Mahkemesinin tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme özgürlüklerinin olduğunu tanıdığı görülmektedir<sup>171</sup>.

İrade muhtariyeti prensibi, Almanya'da 1880'lerde tartışılmaya başlanmıştır. Bu tarihten itibaren Alman mahkemeleri, tarafların açıkça seçmiş oldukları hukukun sözleşmeyi idare edeceğini kabul etmeye başlamışlardır. 1923 yılında Alman Mahkemesi, sözleşmenin yapıldığı yer kanununa göre batıl olan bir sözleşmeye, tarafların zımnî iradelerine göre belirledikleri ifa yeri hukuku olan Alman hukukunu uygulamış ve sözleşme butlandan kurtarılmıştır<sup>172</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi, 19. yüzyılın başlarında irade muhtariyeti prensibini tanımış, ancak, daha sonra bu prensibin uygulanmasından vazgeçilmiştir. Mahkeme, 1906 yılında sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliği meseleleri ile etkisi

---

<sup>169</sup> **Lando**, The 1955 and 1985, sh. 160.

<sup>170</sup> Karar için bkz. **Lando**, The Conflict, sh. 266.

<sup>171</sup> **Lando**, The Conflict, sh. 266; **Lando**, The EEC Convention, sh 175.

<sup>172</sup> **Esener**, sh. 496.

meselesini birbirinden ayırmış ve sözleşmenin etkileri ile ilgili olarak irade muhtariyeti prensibinin uygulanabileceği kararına varmıştır. Sözleşmenin kuruluşuna ve geçerliliğine ise, sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun uygulanması öngörülmüştür<sup>173</sup>. Doktrinin baskısı sonucu bu görüş 1952’de terkedilmiş ve irade muhtariyeti prensibinden hareketle tespit edilen hukukun sözleşmeyle ilgili her üç meseleyi de idare edeceği kabul edilmiştir. Federal Mahkemenin *Chevally v. Genimportex SA* dâvasında sözleşme ile seçilen hukuk arasında doğal ve bir bakıma önemli bir bağın gerekliliğini vurguladığı görülmüş, fakat sonraki dâvalarda aynı tutum sürdürülmemiştir<sup>174</sup>.

Danimarka Yüksek Mahkemesi hâkimleri, 20. yüzyılda verdikleri birçok kararda irade muhtariyeti prensibini desteklediklerini, hatta emredici kurallar dahil olduğunda dahi bu prensibi üstün tuttuklarını beyan etmişlerdir. Ancak, hâkimlerin bu görüşleri yayınlanan kararlarda yer almamıştır. Öte yandan, yayınlanan alt derece mahkeme kararları, bu mahkemelerin farazî iradeyi araştırdıklarını ortaya koymuştur<sup>175</sup>.

1882 yılında Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi’nde görülen *Pritchard v. Norton* dâvasında, aradığımız hukuk tarafların açıkça veya zımnen sözleşmelerine dahil ettikleri hukuktur denmiştir<sup>176</sup>. Amerikan Yüksek Mahkemesi 1972 tarihli *Bremen v. Zapata Offshore Co.* dâvasında irade muhtariyeti prensibini desteklercesine “kendi şartlarımızı koyarak, kendi hukukumuzu uygulayarak ve uyuşmazlıkları kendi mahkemelerimizde çözerek dünya piyasasıyla ticaret

---

<sup>173</sup> **Esener**, sh. 494.

<sup>174</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 271.

<sup>175</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 279.

<sup>176</sup> Karar için bkz. **Nygh**, *Autonomy*, sh. 6; **McCLean**, sh. 136.

yapamayız”<sup>177</sup> ifadesini kullanmıştır. Aynı kararda “özgürce belirlenmiş olan yani hile ile sakatlanmamış, etki altında olmayan ve pazarlık gücünün eşit olduğu bir milletlerarası özel hukuk sözleşmesinde” ifadesi kullanılmıştır. Bu tarihten sonra milletlerarası unsurlu sözleşmelerde tarafların hukuk seçimi konusunda irade muhtariyetine sahip oldukları Amerikan hukukunda kabul edilen bir prensip haline gelmiştir<sup>178</sup>.

Şunu belirtmek gerekir ki, irade muhtariyeti kavramı 20. yüzyıla ait bir kavramdır. Daha önce de belirtildiği üzere, serbest piyasa ekonomisinde taraflar aralarındaki sözleşmenin içeriğini kendileri belirlerler. Bu bağlamda, kanunlar ve mahkemeler temel ilkeleri ortaya koyarken, taraf iradesine geniş bir alan bırakmaktadırlar. Sözleşmenin taraflarından kendi çıkarlarını korumaları ve karşı karşıya oldukları riskleri belirlemeleri beklenir. Hukukun koruyuculuğu ise hata, hile ve tehdit gibi iradeyi sakatlayan hallerde ortaya çıkar. Tarafların hukuk seçiminde serbestiye sahip olması ve bilerek veya bilmeyerek bir hukuk sistemi yerine diğerini geçirmeleri mutlaka ve her zaman reddedilmemelidir<sup>179</sup>. Ancak, üçüncü bölümde inceleneceği üzere, taraflara irade muhtariyeti prensibinden hareketle tanınan hukuk seçimi serbestisi, mutlak bir serbesti olmayıp birtakım sınırlandırmalara tâbidir.

---

<sup>177</sup> Karar için bkz. **Hill**, sh. 1627; **McClellan**, sh. 137.

<sup>178</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh 11.

<sup>179</sup> **Atiyah, P. S.**: *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979, sh. 402-404.

## İKİNCİ BÖLÜM

### MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERDE SÜBJEKTİF YÖNTEM VE SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN KAPSAMI

Milletlerarası unsurlu sözleşmelere genel olarak uygulanabilecek kanunlar ihtilâfi kuralları formüle etmek oldukça güç bir iştir. Bu güçlüğü birçok nedeni vardır. Öncelikle, sözleşme kavramı oldukça geniş bir kavramdır ve çok farklı ve karşıt birçok işlemi bünyesinde barındırır. Öte yandan, coğrafi olarak farklı alanlara yayılma olasılığı vardır. Dolayısıyla, tek bir meselede birçok irtibat noktasından hareket edilebilmektedir. Örneğin, tarafların vatandaşlıkları, ikametgâhları, mutad meskenleri, iş yerleri, sözleşmenin yapıldığı yer, ihlâl edildiği yer, belli bir ülkenin şekil ve terminolojisinin kullanılmış olması, yetki anlaşmasının varlığı vb. Halbuki, söz konusu mesele evlenmeyle ilgili olsaydı, tarafların vatandaşlıkları, ikametgâh veya mutad meskenleri ya da evlenmenin gerçekleştiği yer gündeme gelecekti<sup>180</sup>.

Prensip olarak milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukuk objektif ve sübjektif olarak belirlenir. Uygulanacak hukukun sübjektif olarak tespiti demek, hukuk seçimi serbestisinin kabulü, yani sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme imkânını taraf iradelerine bırakmak anlamına gelir<sup>181</sup>. Dünyanın birçok ülkesinde milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin olarak bu prensip, yani hukuk seçimi serbestisi kabul görmektedir. Sözleşmede açık bir hukuk seçimi şartı olduğu durumlarda uygulanacak hukuku tespitte oldukça kolay bir yöntem olarak karşımıza çıkan hukuk seçimi serbestisi, böyle bir açıklığın söz

---

<sup>180</sup> **Carter**, P. B.: “Contracts in English Private International Law”, British Yearbook of Int. Law, Vol. 57, (1986), sh. 6; **Erdem**, B.: Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, İstanbul 2000, sh. 148; **Cheatham/Goodrich/Griswold/Reese**, sh. 533.

<sup>181</sup> **Tekinalp**, Akdî İlişki, sh. 29.

konusu olmadığı zamanlarda bazı güçlülere yol açabilmektedir<sup>182</sup>. Objektif olarak uygulanacak hukuku belirlerken de sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri veya malların bulunduğu yer gibi farklı irtibat noktalarından hareket edilmektedir. Tezimizin konusu hukuk seçimi serbestisi olduğundan, bu bölümde sadece sübjektif bağlama ele alınıp incelenecektir.

Devletleri milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde ya da milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralı saptamada zorlayan diğer bir husus, sözleşme tarafları ve devletler arasındaki menfaat çatışması olmuştur. Bir yandan, sözleşme taraflarının, sözleşmelerini idare etmek üzere istedikleri hukuku seçmeleri ve dolayısıyla kesinliğe ve milletlerarası ticaretin gereklerine hizmet etme düşüncesi, diğer tarafta ise sosyal düzeni veya devletin düzen menfaatini tehdit eden sözleşmelere devletin müdahale etmesi gereği birbiriyle çelişmektedir<sup>183</sup>. Dolayısıyla, milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde sübjektif bağlamaya geçmeden önce bu menfaatleri ve hizmet ettikleri amaçları incelemek yerinde olacaktır.

## **I. MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİNDE ROL OYNAYAN İLKELER**

### **A. MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ADALETİ VE MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN MENFAATLER**

Sözleşmeye uygulanacak hukuku belirlerken amaç, o sözleşme bakımından en uygun hukukun bulunmasıdır. Adı geçen en uygun hukuku tespitinde bir yöntem

---

<sup>182</sup> **Hill**, A., sh. 1626; **Bauerfeld**, sh. 1668 vd.; **Sargın**, F.: “Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, (Patent), Ankara, 2002, sh. 36.

<sup>183</sup> **Blom**, J.: “Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract Part III”, (Part III), Canadian Yearbook of International Law, Vol. 18, (1980) sh. 195; **McConnaughay**, sh. 599; **Mostermans**, sh. 125; **Pivavatnapanich**, P.: “Choice of Law in Contract and Thai Private International Law: A comparative Study”, Thailand Law Forum Articles, Online Internet, 08/07/2005.

olarak milletlerarası özel hukuk menfaatleri dikkate alınmaktadır. Bu yönetime göre milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin dikkate alınması halinde, milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması söz konusu olabilmektedir. Şunu ifade etmek gerekir ki, bu adalete, sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu hukukun uygulanmasıyla ulaşılmaya çalışılmaktadır<sup>184</sup>. Bu adaleti sağlamaktaki amaç, maddi özel hukuk adaletinde olduğu gibi, bireyler arasındaki ilişkiyi âdil olarak düzenlemek, yani herhangi bir hukukun âdil olan maddî hükümlerini uygulamak değil, sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk düzenini bulup uygulamaktır<sup>185</sup>. Her ilişkiye hâkimin kendi maddî özel hukuk kurallarını uygulama imkânı yoktur; çünkü, her türlü hayat ilişkisinde hâkim kendi hukukunun en haklı kurallara sahip olduğunu ileri süremez. Zaten kanunlar ihtilâfi kurallarının varlık nedeni de budur<sup>186</sup>.

Milletlerarası özel hukuk menfaatleri her konuda mutlaka birlikte ve aynı ölçüde göz önünde tutulmazlar. Bunlar, bağlama kuralı oluşturulmasında, yorumunda, kanunlar ihtilâfi kurallarının tespitinde düzenlenmesi amaçlanan konunun toplumsal işlevi, hukuki niteliği ve özelliklerine göre biri veya diğeri ya da birkaçı göz önünde bulundurulur. Ayrıca bu menfaatler sözleşmeler söz konusu olduğunda akdin birliği ve irade muhtariyeti gibi ilkelere öncelik verilmesine yol açarlar<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> **Boer**, Th. M. De: “Facultative Choice of Law, The Procedural Status of Choice-Of-Law Rules and Foreign Law”, (Facultative), Rec. Des Cours, T. 257, (1996), sh. 292. **Nomer**, E.: Devletler Hususi Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 1998, sh. 14; **Çelikel**, sh. 28; **Tekin alp**, Bağlama Kuralları, sh. 20.

<sup>185</sup> **Brilmayer**, L.: “The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules”, Rec. des Cours, T. 252, (1995), sh. 61.

<sup>186</sup> **Nomer**, sh. 14.

<sup>187</sup> **Nomer**, sh. 14; **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 15.

## 1. TARAF MENFAATI

Yabancı unsurlu ilişkilerde, taraflar, aralarındaki ilişkiye, en yakın irtibat içinde buldukları hukukun uygulanmasını isterler. Denilebilir ki, her şahsın sıkı irtibat içinde bulunduğu bir hukuka tâbi olmasında menfaati vardır. Prensip olarak tarafların en yakın irtibat içinde buldukları hukuk, ya vatandaşı oldukları devletin, ya da oturdukları, sakin buldukları devletin hukukudur<sup>188</sup>. Şunu belirtmek gerekir ki, taraflar başka bir hukukla da daha yakın irtibat içine girebilirler. Genellikle kişisel statüye ilişkin ihtilâflarda taraf menfaati dikkate alınmaktadır. Örneğin, şahsın hukuku ve aile hukuku ilişkilerinde kişinin içinde yaşadığı, bildiği ve güvendiği bir hukukun kendisine uygulanmasının yerinde olacağı düşünülmektedir. Ancak, bazı ilişkilerde kişilerden birinin menfaatini tercih etme imkânı yoktur. O zaman, birtakım müşterek esaslar aranır; evlenmenin hükümlerine müşterek millî hukukun ya da müşterek ikametgâh hukukunun veya müşterek mutad mesken hukukunun uygulanmasında olduğu gibi<sup>189</sup>. Milletlerarası özel hukuk menfaatleri sözleşmeler alanında bazı ilkelere öncelik verilmesini gerektirmektedir. İşte, tezimizin konusunu oluşturan hukuk seçimi serbestisi, taraf menfaatinin bir gereğidir. Sözleşmeler alanında taraf menfaatine hizmet eden, diğer bir ifadeyle taraflar açısından hukukî güvenlik ve hukukî açıklık sağladığından, en uygun hukuku yine tarafların belirleyeceği düşüncesinden hareketle, irade muhtariyeti prensibine yer verilmiştir<sup>190</sup>.

---

<sup>188</sup> Boer, Facultative, sh. 293; Nomer, sh. 14; Kegel, sh. 186; Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 21; Akıncı, Z.: Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk), İzmir 1992, sh. 5; Doğan, T.: Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, sh. 77.

<sup>189</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 21.

<sup>190</sup> Kegel, sh. 190; Şanlı, sh. 108; Doğan, V.: Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, (Akreditif), Ankara 2005, sh. 141; Sargın, Patent, sh. 39.

## 2. İŞLEM MENFAATI

İşlem menfaati, hukukî işlemlerin kolay, açık ve güvenli bir şekilde yapılmasını hedefler<sup>191</sup>. Bu sebeple, işlemlerin hem kolay ve süratli yapılması, hem de yapıldığı yer hukukunun aradığı şartları yerine getirdiği zaman geçerli kabul edilerek hukukî güvenliğe hizmet etmesi dolayısıyla, hukukî işlemlere yapıldıkları yer hukukunun uygulanması işlem menfaati açısından gereklidir<sup>192</sup>.

Bu bağlamda, bir kanunlar ihtilâfı kuralı şekli geçerlilikle ilgili hem işlemin yapıldığı yer hukukuna, hem de *lex causae*'ye yetki veriyorsa, hem kolaylık, hem de güvenliği sağlayarak işlem menfaatini tesis etmiş demektir. Mesela, MÖHUK md. 8/2'ye göre hukukî işlem ehliyeti millî hukuka tâbidir; ancak, mahallî hukuka göre ehil sayılan kişinin yaptığı işlem geçerlidir. Görüldüğü üzere burada işlem menfaati taraf menfaatine tercih edilmiştir. *Lex rei sitae* de işlem menfaatine hizmet eden prensiplerden biridir<sup>193</sup>.

Sözleşmenin şekline yapıldığı yer hukukunun uygulanması işlem menfaatine hizmet ederken, “sözleşmelerde şekil” meselesi sözleşme statüsünün kapsamı dışında kaldığından, her ne kadar MÖHUK md. 6 hukukî işlemleri yapıldıkları yer veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukuka tâbi tutsa da, hukuk seçimini sınırlandıran bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

## 3. DÜZEN MENFAATI

Bir hukuk düzeninin işleyebilmesi için hukuk kuralları birbirine uygun olmalıdır. Milletlerarası özel hukukta bunu sağlamak oldukça güçtür. Farklı

---

<sup>191</sup> Doğançün, sh. 79.

<sup>192</sup> Nomer, sh. 15; Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 21; Akıncı, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, sh. 6.

<sup>193</sup> Nomer, sh. 15.

devletlerin farklı milletlerarası özel hukuk kuralları yine farklı maddî hukuk kurallarının konuya hâkim olmasına yol açar. Bunun sonucunda, total hukukî işlemler doğar<sup>194</sup>.

“Bir hukuk düzeninde yer alan hukuk kurallarının işlevini yerine getirebilmesi için bütünlük ve tutarlık göstermesi; herkes tarafından anlaşılabilir sadelikte olması; kolaylıkla ve etkili surette uygulanabilir bulunması; hukuk kurallarının genellik niteliği taşıması; eşitlik, güvenlik ve istikrara yönelik bulunması, hukuki kesinliği sağlamaya yeterli olması gibi gereklilikler, hukukun düzen işlevini yerine getirmesini sağlamada rol oynarlar ve bir hukuki işlemin düzenlenmesinde göz önünde tutulması gerekli düzene ilişkin menfaatler olarak ifade edilirler”<sup>195</sup>.

Düzen menfaati gereği gözetilmesi gereken birtakım hedefler söz konusudur.

Bu hedefler şunlardır:

#### **a. Milletlerarası Çözüm Yeknesaklığı**

Her devlet kendi milletlerarası özel hukuk kurallarına sahiptir. Devletlerin bu alanda farklı düzenlemeleri olması dolayısıyla, aynı konu üzerinde hâkim olmaları sonucu total hukukî işlemler ortaya çıkabilmektedir. Bu tip işlemler milletlerarası çözüm yeknesaklığını bozar. Milletlerarası çözüm yeknesaklığının sağlanabilmesi için, ihtilâf kurallarının milletlerarası sözleşmelerle yeknesaklaştırılması veya ortak bir uygulamaya ulaşmış bağlama kurallarının kabul edilmesi gerekmektedir<sup>196</sup>. Bu bağlamda hukuk seçimi serbestisinin, genel kabul gören bir prensip olarak milletlerarası çözüm yeknesaklığını sağlamada önemli bir role sahip olduğu söylenebilir.

<sup>194</sup> Nomer, sh. 15; Akıncı, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, sh. 7.

<sup>195</sup> Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 11.

<sup>196</sup> Arat, T.: Evlât Edinmeye İlişkin Bağlama Kuralları (Doçentlik Tezi), (Çoğaltılmış metin), Ankara 1992, sh. 23; Nomer, sh. 16; Çelikel, sh. 33; Boer, Facultative, sh. 276.

*Tekinalp*'e göre, yukarıda belirtilen uyumsuzlukları gidermek için *lex rei sitae*, *locus regit actum* ve *lex loci delicti* gibi genel kuralların milletlerarası uygulanmalarının sağlanması yanında, bu kurallar uygulanırken yabancı ve vatandaş için farklı olmayan kriterler kullanılmalıdır<sup>197</sup>.

### **b. İç Çözüm Yeknesaklığı**

İç çözüm yeknesaklığından anlaşılması gereken, bir ülkede benzer olaylarda benzer kararlar verilmesidir<sup>198</sup>. Prensip olarak bir hukuk düzeninde varolan hukuk kuralları uyum içinde olduğundan bu yeknesaklık sağlanabilmektedir. Ancak, yabancı unsurlu ilişkiler, beraberinde yabancı hukukun uygulanmasını getirebildiğinden bu uyum bozulmaktadır. Zaman zaman bir hukukî olaya birden fazla hukuk düzeninin uygulanması söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda milletlerarası çözüm yeknesaklığının sağlanması mümkün değilse, iç çözüm yeknesaklığının sağlanması bakımından hâkimin hukuku uygulanabilmektedir<sup>199</sup>.

### **c. Gerçek Bir Kararın Verilmesindeki Düzen Menfaati**

Gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaati, milletlerarası çözüm yeknesaklığı sağlandığı sürece gerçekleşme imkânına sahiptir<sup>200</sup>. Bu menfaat, yetkili yabancı hukukun yürürlükte bulunduğu ülkede uygulandığı gibi, gerçek içeriği ile uygulanması ve icrası mümkün olmayan kararların verilmesinden kaçınmayı gerektirir<sup>201</sup>. Daha sonra incelenecek olan sözleşmenin birliği ilkesi sözleşmenin

---

<sup>197</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 22; **Akıncı**, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, sh. 7; **Doğangün**, sh. 83.

<sup>198</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 21.

<sup>199</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 12.

<sup>200</sup> **Doğangün**, sh. 84.

<sup>201</sup> **Arat**, sh. 25.

tamamına tek bir hukukun uygulanmasını öngörmektedir. Milletlerarası unsurlu sözleşmelerde hukuk seçimi serbestisi, sözleşmenin farklı kısımlarına uygulanmak üzere farklı hukukların seçilmesine imkân veren bir prensip olduğundan, milletlerarası unsurlu bir sözleşme zaman zaman tarafların iradeleri doğrultusunda birden çok hukuka tâbi tutulabilmektedir. Böyle bir durumda, birden çok hukukun uygulanması ile verilen mahkeme kararının ilgili hukuk düzeninde tenfizi güçlük göstereceğinden, gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaati ihlâl edilmiş olacaktır. Gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaatini gözetmek adına hukuk seçimi serbestisinin sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmektedir ki, bu da tezimizin üçüncü bölümünde incelenecektir.

#### **4. DEVLET MENFAATI**

Bu menfaat tipinin iki farklı boyutundan söz etmek mümkündür. Bunlardan ilkinde göre devlet bağlama kurallarını oluştururken bu kendi menfaatini de, gerektiğinde, dikkate alır. Örneğin, devletin kişisel statüye uygulanacak bağlama kuralını belirlerken kendi menfaatine uygun olarak millî hukuk veya ikametgâh hukuku arasında tercih yapması gibi. Bu menfaat tipinin ikinci boyutuna göre, “devlet, politik, ekonomik ve sosyal işlevlerini doğrudan ilgilendiren konulara ilişkin ihtilâfların tâbi olacağı hukukî düzenlemeyi kanunlar ihtilâfi kurallarına ihtiyaç duymaksızın belirleyebilir”<sup>202</sup>. Bu noktada karşımıza üçüncü bölümde incelenecek olan doğrudan uygulanan kural kavramı çıkmaktadır. Bu kurallar düzenledikleri alanlarda kanunlar ihtilâfi kurallarına başvurulmaksızın doğrudan doğruya uygulandıklarından, hukuku seçimi serbestisini sınırlandırmaktadırlar. Bu da demek

---

<sup>202</sup> Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 13.

oluyor ki, zaman zaman devlet menfaati yararına hukuk seçimi serbestisinin sınırlandırılması gerekmektedir. Bazı menfaatler bazı ilkelere öncelik verilmesini gerektirirken, devlet menfaatinde olduğu gibi diğer bazıları, bu ilkelerin sınırlandırılmasına yol açmaktadır.

Devlet menfaatinin öne çıktığı hallere örnek olarak sözleşme serbestisinin ithalât-ihracat yasakları veya kotaları ile sınırlandırılması gösterilebilir<sup>203</sup>. Bu durumda, bağlama kuralı aranmadan hâkimin hukukunun maddî hukuk normları doğrudan doğruya uygulanır. Şunu belirtmek gerekir ki, kanunlar ihtilâfî hukukunda devlet menfaatinin göz önünde tutulması birincil ilke değildir; çünkü, devlet menfaati özel hukuk alanında istisnâîdir<sup>204</sup>.

## 5. MİLLETLERARASI TOPLUMUN GENEL MENFAATİ

Milletlerarası toplum, nesep, evlât edinme gibi konulara farklı bir önem vermektedir. Bu durum, adı geçen hususlarda milletlerarası anlaşmaların çoğalmasında kendini göstermektedir. Örneğin, sözleşmeler alanında sözleşmenin geçerliliği lehine değerlendirme yapma hususuna milletlerarası toplum büyük bir önem vermektedir. Dolayısıyla, hukuk seçimi serbestisinden hareketle taraflarca seçilen hukuk sözleşmeyi geçersiz kılıyorsa, hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak hukuka başvurup sözleşmenin geçerli kılınmaya çalışılması milletlerarası toplum tarafından desteklenmektedir. Bu durumda da, hukuk seçimi serbestisinin sınırlandırılması, diğer bir ifadeyle, seçilen hukuka etki tanınmaması gündeme gelmektedir. Tezimizin üçüncü bölümünde daha detaylı olarak incelenecek olan bu mesele, milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin milletlerarası sözleşmeler

<sup>203</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 23; **Akıncı**, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, sh. 9.

<sup>204</sup> **iryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 14.

üzerindeki etkisine bir örnek teşkil etmektedir. Öte yandan, sözleşmenin zayıf tarafının korunması, birçok millî mahkeme tarafından milletlerarası toplumun genel menfaati olarak değerlendirilmektedir. Yine bu mesele, hukuk seçimi serbestisinin sınırları incelenirken daha detaylı olarak ele alınacaktır.

Şuna da dikkati çekmek gerekir ki, milletlerarası toplumun önem verdiği konularla, millî toplumların önem verdiği konular farklı olabilmektedir. Yine de milletlerarası toplumun değer verdiği konular millî toplumlarca da dikkate alınıp, millî mevzuat o doğrultuda değiştirilmektedir<sup>205</sup>.

## **B. MADDÎ ÖZEL HUKUK ADALETİ**

Milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde maddî özel hukuk adaleti de önemli bir role sahiptir. Maddî özel hukuk adaletinden anlaşılması gereken, hâkimin hukukundaki maddî hukuk kurallarının korunmasıdır. Zaman zaman maddî özel hukuk adaleti, milletlerarası özel hukuk adaletinin önüne geçebilmektedir. Örneğin, yabancı hukukun uygulanması kamu düzenini ihlâl ediyorsa, maddî özel hukuk adaleti göz önünde bulundurularak yabancı hukuk uygulanmayacaktır<sup>206</sup>. Bu bağlamda milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin tarafları hukuk seçimi yaptıkları zaman, her ne kadar kendilerine bu serbesti tanınmış dahi olsa, seçtikleri hukuka etki tanınacağı kesin değildir. Seçilen yabancı hukukun uygulanması, hâkimin mensubu olduğu devletin kamu düzenini bozuyorsa, bu hukuk uygulanmayacaktır. Dolayısıyla, maddî özel hukuk adaleti taraf menfaatinin öngördüğü hukuk seçimi serbestisinin önüne geçecek ve ilgili meselede bu prensipten hareketle seçilen hukukun uygulanmasına müsaade etmeyecektir.

---

<sup>205</sup> Arat, sh. 35.

<sup>206</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 22; Kegel, sh. 188-189.

### C. SÖZLEŞMENİN BİRLİĞİ İLKESİ

Sözleşmenin birliği ilkesi gereği sözleşmenin tamamına tek bir hukuk uygulanmalıdır. Ancak, bu ilkenin uygulanması her zaman mümkün olmamakta ve bazı istisnalar, örneğin emredici nitelikteki kuralların uygulanması, sözleşmenin birliğini bozmaktadır. Bu çerçevede verilebilecek bir diğer örnek, sözleşmenin şekline yapıldığı yer hukukunun uygulanacağına ilişkin kuraldır. Bu kural sözleşmenin parçalanmasına yol açmakla birlikte, işlem ve taraf menfaatlerine hizmet etmektedir. Sözleşme ile bağlantılı üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının sözleşme statüsüne rağmen uygulanması da sözleşmenin birliği ilkesine ters düşmekle beraber, söz konusu devletin menfaatlerine hizmet etmektedir<sup>207</sup>.

Sözleşmenin birliği iki şekilde bozulmaktadır. Bunlardan birincisi büyük parçalanma adını almaktadır. Sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukların uygulanması ile meydana gelen büyük parçalanma bugün terk edilmeye çalışılmaktadır; çünkü bu durum, mahkeme karara ulaşana kadar hukukî güvensizliğe yol açmaktadır. Ayrıca, sözleşme hukukî ve ekonomik açıdan bir bütün teşkil ettiğinden, sözleşmenin değişik kısımlarına değişik hukukların uygulanması, bu kısımlarla ilgili birbirine ters düşen sonuçlara varılmasına yol açacaktır. Taraflardan birine ayrıcalık tanımamak ve her iki taraf için de uygun hukuku belirleyebilmek adına sözleşmenin sonuçlarına farklı hukukların uygulanması ise küçük parçalanma adını almaktadır. Küçük parçalanma olumlu sonuç vermemektedir. Bilindiği gibi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler birbirine bağlıdır. Taraflardan birinin edimi belirlenirken, diğerininki de dikkate alınır. Dolayısıyla her iki edime farklı hukukların uygulanması çelişkili sonuçlara yol açacaktır<sup>208</sup>. Sözleşmenin birliği

<sup>207</sup> Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 16.

<sup>208</sup> Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 17.

ilkesi ve hukuk seçiminin sınırlandırılması meselesi tezimizin üçüncü bölümünde kısmî hukuk seçimi ve birden fazla hukuk seçimi konuları incelenirken daha detaylı olarak ele alınacaktır.

## **II. SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HUKUKUN TARAFLARCA BELİRLENMESİ**

### **A. Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi**

Daha önce de belirtildiği üzere, taraf iradeleri ve menfaatleri değerlendirilerek sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesine subjektif yöntem denmektedir. Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere hukuk seçimi yapmalarının çok farkı nedenleri olabilmektedir. Örneğin, taraflar aşına oldukları için kendi ülke hukuklarının uygulanmasını ya da bir ülke hukukunun ticaret alanında daha gelişmiş kurallara sahip olması dolayısıyla bu hukukun uygulanmasını isteyebilmektedirler.

### **B. Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçiminin Şekli**

Hukuk seçiminin şekline ilişkin olarak çok fazla sorun ortaya çıkmamaktadır. Bunun nedeni herhangi bir şekil şartının gerekli olmadığı hususundaki fikir birliğidir. Prensip olarak hukuk seçiminin şekli geçerliliği hâkimin hukukuna tâbi olmaz. Genellikle sözleşmenin yapıldığı yer hukuku veya esas sözleşmeye uygulanacak hukuk arasında bir tercih söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, hukukî işlemlerin şekli geçerliliği hususunda kabul edilen esaslar çerçevesinde, hukuk seçiminin şekli *locus regit actum* veya *lex causae*'ye tâbi olacaktır.

Bir görüşe göre, hukuk seçimi standart bir şekilde yapılmalıdır. Eğer her iki taraf da kendi şeklini uygulamaya kalkarsa ve bunlar farklı hukuklara tâbi olurlarsa, “şekil savaşı (*battle of forms*)” ortaya çıkar. Böyle bir durumda bu görüşe göre, hâkim her iki şekli de bir yana bırakıp, uygulanacak hukukun objektif olarak belirlenmesi yoluna gitmelidir<sup>209</sup>.

Hukuk seçiminin farklı şekillerde ortaya konabileceğini söylemek mümkündür. Bunlardan birincisi spesifik *ad hoc* anlaşmadır. Böyle bir durumda hukuk seçiminin bağımsız bir statüsünün olduğu açıktır. Hukuk seçiminin daha geniş bir sözleşme içinde bir hüküm olarak yer alması da mümkündür. Diğer bir yöntem, taraflardan birinin meseleyi belli bir mahkemeye götürmesi ve diğer tarafın buna itiraz etmemesidir. Bu durumu da bir hukuk seçimi anlaşması olarak kabul edenler vardır. Hâl böyle olunca, taraflardan biri, diğerinin yaptığı seçime katılmış olmaktadır<sup>210</sup>. Hukuk seçimi asıl sözleşmeden bağımsız olarak kabul edildiğinden, asıl sözleşmenin şekli olarak geçersizliği hukuk seçiminin şekli geçerliliğini etkilemeyeceği gibi, bunun tam tersi de söz konusu olmayacaktır<sup>211</sup>.

Eğer taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku, sözleşmede veya sözleşmeden bağımsız bir sözleşmede veya mahkeme önünde açıkça belirtmişlerse, buna açık hukuk seçimi adı verilir<sup>212</sup>.

İngiliz hukukuna göre, tarafların açık hukuk seçimi, olağandışı haller hariç, ki hemen hemen hiç böyle bir durum ortaya çıkmamıştır; “uygun hukukun (*proper law*)” tespitinde dikkate alınır. Lord *Wright*'a göre, uygun hukuk tarafların iradeleri

---

<sup>209</sup> **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 145.

<sup>210</sup> **Schönenberger**, sh. 307; **Şanlı**, sh. 107; **Doğan**, Akreditif, sh. 142.

<sup>211</sup> **Doğan**, Akreditif, sh. 145-146.

<sup>212</sup> **Diamond**, sh. 255; **Cheshire/North**, sh. 449-450; **Nygh**, Australia, sh. 272; **Şanlı**, sh. 104.

ile belirledikleri hukuktur. Bu irade açık olarak beyan edilebileceği gibi, sözleşmenin şartlarından veya ilgili şartlardan da anlaşılabilir<sup>213</sup>.

Roma Sözleşmesi md. 3/1'e göre, hukuk seçimi açık olmalı veya sözleşme şartlarından "makul kesinlikte (*reasonable certainty*)" anlaşılacak şekilde sözleşmeye dahil edilmiş olmalı ya da meselenin şartlarından böyle bir seçimin olduğu anlaşılmalıdır<sup>214</sup>. İsviçre MÖHK'na göre hukuk seçimi açık ya da zımnî irade beyanı ile yapılabilmektedir. Zımnî irade beyanının varlığından söz edebilmek için bu beyanın, sözleşmenin hükümlerinden veya şartlarından kesinlikle anlaşılacak bir tarzda yapılmış olması gerekmektedir<sup>215</sup>. Alman MÖHK da hukuk seçiminin açık veya zımnî olarak yapılabileceğini düzenlemektedir (md. 27)<sup>216</sup>.

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, açık hukuk seçimi yanında zımnî hukuk seçiminden de söz etmek mümkündür. Zımnî hukuk seçimi, açık hukuk seçiminin bir alt kategorisi olarak kabul edilebilir. Bu kategoride taraf iradesi var olmakla birlikte, açık hukuk seçimi şeklinde karşımıza çıkmamaktadır. *Tekinalp*'e göre zımnî irade beyanından " tarafların belli bir hukuku akdî ilişkiye uygulamak istedikleri, bu konuda şuurdu oldukları, sadece iradelerini açıkça beyan etmedikleri"<sup>217</sup> anlaşılmalıdır. Zımnî irade beyanının varlığından söz edebilmek için, sözleşmede kullanılan deyimlerin ve hukukî müesseselerin belli bir hukuka ait

<sup>213</sup> Bu görüş için bkz. **Blom**, Part III, sh. 164.

<sup>214</sup> Roma Sözleşmesi bağlamında açık hukuk seçiminden söz edebilmek için, sözleşme taraflarının hukuk seçimi şartı üzerinde uzlaştıklarının net bir şekilde anlaşılması gerekir. Bu görüş için bkz. **Hill**, J.: "Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts", (Rome Convention), ICLQ, Vol. 53, (2004), sh. 326. **Doğan**, V.: "Avrupa Birliği Bünyesinde Akti Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleşmesi ve Türk Hukuku", (AB Akti Borç), Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, (1995), sh. 467; **Aygül**, sh. 239; **Briggs**, A.: The Conflict of Laws, New York 2002, sh. 159; **Cheshire/North**, sh. 476; **Williams**, sh. 13; **Lando**, The EEC Convention, sh. 186.

<sup>215</sup> **Turhan**, T.: "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku", (İsviçre Devletler Özel Hukuku), AÜHFD, C. 41, S. 1-4 (1989-1990), sh. 124-125; **Schönenberger**, s. 308.

<sup>216</sup> **Tekinalp**, G.: "Yeni Alman Ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akti Borç Statüsü ve Türk Kanunu", (Alman ve İsviçre), MHB, C. 8, S. 1 (1988), sh. 60.

<sup>217</sup> **Tekinalp**, Akti İlişki, sh. 29.

olması, hep aynı hukuktaki örf ve âdetlerin esas alınmış olması ve tarafların bu konuda bilinçli olmaları gerekmektedir<sup>218</sup>.

Acaba, zımnî hukuk seçiminin varlığını gösteren faktörler nelerdir? *Giuliano* ve *Lagarde* raporu<sup>219</sup> gerçek hukuk seçimini ortaya çıkaran birtakım örnekler içermektedir. Elbette ki, bu liste tahdidî değildir; fakat birçok ortak hususu içermektedir. Buna göre aşağıdaki faktörler zımnî hukuk seçimine delâlet etmektedirler:

- Belli bir hukuk sistemi tarafından idare edildiği bilinen standart bir şeklin kullanılması<sup>220</sup>.
- Taraflar arasındaki sözleşmeden doğan ve açıkça hukuk seçimi içeren başka bir sözleşmenin varlığı veya aynı taraflar arasında yine mevcut sözleşmeden kaynaklanan ve hukuk seçimi beyanı içeren bir başka işlemin varlığı.
- Yetki anlaşmasının varlığı.
- Belli bir tahkim yerinin varlığı.
- Sözleşmede belli bir hukuk sisteminin spesifik hükümlerine atıfta bulunulmuş olması<sup>221</sup>.

Bu faktörlere ek olarak aşağıdakilerin de zımnî hukuk seçiminin tespitinde etken olduğu raporda belirtilmektedir:

- Tarafların müşterek ikametgâh veya mutad meskene sahip olmaları.
- Belli bir hukuk sisteminin hükümlerine göre sonraki işlemlerini yapmaları veya yabancı hukuk sistemine karşı gelmemeleri.

---

<sup>218</sup> **Tekinalp**, Akdî İlişki, sh. 29; **Sedler**, sh. 1453.

<sup>219</sup> **Giuliano, M./Lagarde, P.:** Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, O.J., 1980, C. 282.

<sup>220</sup> **Doğan**, AB Akti Borç, sh. 467.

<sup>221</sup> **Nygh**, Autonomy, sh. 114; **Cheshire/North**, sh. 484.

- Birden fazla uygulanabilecek hukuk sisteminden sadece birinin sözleşmeyi geçerli kılması.
- Sözleşmenin ifası için belli bir yerin belirlenmiş olması<sup>222</sup>.

Şunu belirtmek gerekir ki, tarafların gerçek iradelerini araştırırken yukarıdakilerden hiçbiri tek başına söz konusu zımnî iradeyi gösteren bir faktör olarak kabul edilemez. Ancak, bu faktörlerin birkaçının bir arada bulunmasının tarafların bu konudaki iradelerini belirgin hâle getirdiği ileri sürülmektedir<sup>223</sup>. Ancak diğer bir görüşe göre, bu faktörlerin her ne kadar yardımcı olsalar da, çoğunluğunun veya birkaç tanesinin birarada varolması belli bir sonuca varmamızı şart kılar demek de mümkün değildir. Eğer, birden fazla faktörün birarada olması hususunda ısrar edilirse, uygulanacak hukuk objektif olarak saptanmış olur. Halbuki, tarafların zımnî iradesi, tıpkı açık irade beyanında olduğu gibi sözleşme ile ilgisi olmayan bir hukuk sistemini de gösterebilmelidir<sup>224</sup>.

Yukarıda belirtilen faktörler tek tek incelenecek olursa, standart bir formun kullanılmış olmasının tek başına gerçek bir iradenin tespitinde yol gösterici olmayacağı ileri sürülmüştür. Ancak, bu görüşe karşı çıkan ve bu tip bir standart şeklin kullanılmış olması sözleşmenin şartlarından çıkarılan hukuk seçimi olarak kabul edilebileceğini ileri sürenler de vardır<sup>225</sup>.

Zımnî iradenin tespitinde, açık hukuk seçimi içermeyen sözleşmeden doğan ve hukuk seçimi içeren başka sözleşmelerin varlığı, sözleşmede standart bir formun kullanılmış olmasından daha güçlü bir faktör olarak kabul edilmektedir. Bunun nedeni, tarafların bir dizi hukukî ilişkiye girmiş olmaları halinde, genellikle hepsine

---

<sup>222</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 114; *Cheshire/North*, sh. 484.

<sup>223</sup> *Tekinalp*, *Bağlama Kuralları*, sh. 262.

<sup>224</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 114.

<sup>225</sup> *Briggs*, sh. 160.

aynı şart ve terimlerin uygulanmasını kararlaştırmalarıdır. Bunun içindir ki, taraflar ilgili bir sözleşmede, özellikle hukuk seçimi şartını görüşmüşlerse, aynı hukuku diğer sözleşmede de uygulamak istedikleri sonucunu çıkarmak meşru bir davranış olacaktır<sup>226</sup>.

Roma Sözleşmesi'nden önce İngiltere ve Almanya, özellikle yetki anlaşmasının varlığı halinde, hâkimin hukukunun seçilmiş olduğunu kabul etmekteydiler. ABD'nde de, yetki anlaşmasının varlığı, tarafların sözleşmelerini hâkimin hukukuna tâbi tutmak istedikleri şekilde kabul edilmekteydi<sup>227</sup>. Bu doğrultudaki görüşe göre, tarafların yetki anlaşması yapmış olmaları, diğer tüm faktörler başka bir hukuku göstermedikçe, tarafların yetkili mahkeme hukukunun uygulanmasını istedikleri sonucuna varılmasına yol açabilir<sup>228</sup>. Elbette ki bunun aksi de savunulmuştur. Bu bağlamda, bir mahkemenin yetkili olacağına dair bir anlaşmanın varlığı, her zaman o mahkemenin hukukunun seçildiğini göstermez. Yetki anlaşması tarafsız bir mahkeme seçmek amacıyla veya seçilen mahkemenin ihtilâf kurallarına başvurmak amacıyla da yapılmış olabilir<sup>229</sup>. Bazı hallerde yetki anlaşmasının varlığının uygulanacak hukuku gösterdiğini kabul etmeye imkân yoktur. Örneğin, taraflar sözleşmeyi yaptıktan sonra bir yetki anlaşması yapmışlarsa veya sözleşmede birden fazla ülke mahkemesi arasında bir seçim yapacaklarına dair bir şart varsa, sözleşme yapıldığı anda yetkili mahkemeyi öngörme imkânı

---

<sup>226</sup> **Sargin**, Patent, sh. 43.

<sup>227</sup> **Šarčević**, P.: "Choice of Law Issue Related to International Financial Transactions with Special Emphasis on Party Autonomy and its Restrictions", (**Šarčević**, **Volken** Eds.), International Contracts and Payment, Great Britain 1991, sh. 112; **North**, P.: Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions, Dordrecht/Boston/London 1993, sh. 105; **Hill**, J., Rome Convention, sh. 347.

<sup>228</sup> **Briggs**, sh. 160; **Nygh**, Australia, sh. 273; **Morris**, J.H.C.: The Conflict of Laws, 6<sup>th</sup> Edition, (ed. McClean, D. & Beevers, K.), London, 2005, sh. 336.

<sup>229</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 29.

olmadığından, tarafların yetkili mahkeme hukukunun uygulanmasını istedikleri düşünülemez<sup>230</sup>.

Bir anlamda bu faktör açık hukuk seçimi olmayan hallerde sonucu belirleyici olarak kabul edilmekteydi. İngiltere’de daha sonra verilen mahkeme kararları incelendiğinde, bu faktörün belirleyici değil de, tarafların belli bir hukukun sözleşmelerine uygulanmasını istediklerini gösteren diğer faktörlere oranla ağırlıklı bir faktör olması gerektiği şeklinde bir görüşün benimsendiği ortaya çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak sözleşmenin terminolojisi ve diğer bazı şartlar seçilen mahkemenin hukukunun uygulanmak istenmediği sonucunu ortaya koyabilecektir<sup>231</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi de, 60’lı yıllarda vermiş olduğu kararlarda, yetki anlaşmasının varlığını, zımnî iradenin varlığını gösteren bir faktör olarak kabul etmiş, ancak daha sonra bu faktörün tek başına zımnî iradenin varlığını göstermediği görüşünü benimsemiştir<sup>232</sup>.

Bu görüşe karşı çıkanlara göre, diğer ilgili faktörler zımnî bir iradenin varlığını işaret ediyorsa, yetki şartı diğerleri ile birlikte dikkate alınması gereken bir faktör olacaktır, yoksa ağırlıklı bir faktör değildir<sup>233</sup>. Tüm bu karşıt görüşlere rağmen, yetki anlaşmasının varlığı, tarafların seçtikleri mahkemenin hukukunun sözleşmelerine uygulanmasını istediklerini gösteren güçlü bir faktördür. Eğer başka faktörler yoksa, zımnî hukuk seçiminin varlığına ilişkin makul bir kesinlik sağladığı kabul edilebilir<sup>234</sup>. Şunu da eklemek gerekir ki, yetki anlaşmasından hareketle zımnî

---

<sup>230</sup> **Lando**, The Conflict, sh. 312.

<sup>231</sup> **Sargın**, Patent, sh. 44.

<sup>232</sup> **Turhan**, İsviçre Devletler Özel Hukuku, sh. 125.

<sup>233</sup> **Cheshire/North**, sh. 486.

<sup>234</sup> **Şanlı**, sh. 184.

iradeyi tespiti çalışmanın yargı yetkisi ihtilâfları ile yasama yetkisi ihtilâflarının karıştırılmasına yol açacağı ileri sürülmektedir<sup>235</sup>.

1955 La Haye Sözleşmesine göre yetki anlaşması sadece hukuk seçiminin varlığını destekleyen bir faktördür. Zımnî hukuk seçiminden söz edebilmek için, yetki anlaşmasındaki terimlerin yargı yetkisini kullanacak ülke hukukuna atıfta bulunması gerekmektedir<sup>236</sup>.

Tahkim şartı da tarafların tahkim yeri hukukunun uygulanmasını istedikleri yönünde bir belirtir olarak kabul edilmektedir<sup>237</sup>. İngiltere’de sırf hakem heyetinin Londra’da toplanacağına ilişkin tahkim şartından hareketle, birçok dâva İngiliz hukukuna göre çözülmüştür<sup>238</sup>. Ancak, bu çıkarım yetki anlaşmasından yapılan çıkarım kadar kolay değildir. Bunun nedeni, ilk etapta tarafların sırf hakem heyetinin bulunduğu yer hukukunu sözleşmeye uygulamak için tahkim şartına karar vermiş olduklarının tespitinin kolay olmamasıdır. Diğer bir engel ise, hakemlerin, sadece, buldukları yer hukukunu uygulamaya yetkili olduklarına karar vermenin mümkün olmayışıdır<sup>239</sup>. Öte yandan, tarafların ICC tahkimi gibi uluslararası bir organizasyonu sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkları çözmek üzere belirlemiş olmaları halinde, hakem heyetinin nerede toplanacağı tamamen tesadüfe bağlı bir durumdur. Dolayısıyla, tahkim şartının sadece gösterici nitelikte bir değeri vardır; o da millî bir hakem heyeti veya belli bir yerdeki *ad hoc* bir hakemin seçilmesi halinde söz konusudur. Tahkim şartı, adı geçen nitelikleri taşısa bile unutulmamalıdır ki, bu

---

<sup>235</sup> Dardağan, sh. 229.

<sup>236</sup> Lando, The Conflict, sh. 307.

<sup>237</sup> Dicey/Morris, sh. 1230; Blom, Part I, sh. 241; Sargın, Patent, sh. 45.

<sup>238</sup> Day, D. M./Griffin, B.: The Law of International Trade, London 1993, sh. 176; Şanlı, sh. 190.

<sup>239</sup> Nygh, Autonomy, sh. 118.

şartla birlikte sözleşmenin terminolojisi ve sözleşmeyi çevreleyen şartlar bir bütün olarak dikkate alınmalıdır<sup>240</sup>.

İtalyan Yüksek Mahkemesi, tarafların aralarındaki sözleşmeyi yabancı ülke tahkimine tâbi tutmak istemelerinin tek başına tarafların o ülke hukukunun uygulanmasını istediklerini göstermediğini ileri sürmektedir. İngiliz mahkemeleri ise, prensip olarak bu görüşün aksini savunmuşlardır. Ancak, şu da dikkati çekmektedir ki, İngiliz Mahkemeleri, zaman zaman tahkim şartına rağmen, sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu ülke hukukunun uygulanmasına karar vermişlerdir. Fransız mahkemeleri de yetki anlaşmasının veya tahkim şartının zımnî hukuk seçimine delâlet ettiğini kabul etmektedirler. Alman mahkemeleri ile İsviçre Federal Mahkemesinin de aynı doğrultuda kararlar verdiklerini görmek mümkündür<sup>241</sup>.

Yetki anlaşmasına karşı ileri sürülen itirazlar tahkim şartı için de ileri sürülmektedir. Tarafların uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra meseleyi hakem heyetine götürmeye karar vermeleri halinde, yine hakem heyetinin toplanacağı yer hukukunu uygulamak istedikleri sonucuna varmak mümkün olmayacaktır<sup>242</sup>.

Sözleşmede belli bir hukuk sisteminin spesifik hükümlerine yapılan atıfların zımnî iradeyi göstermek açısından sahip oldukları değer, dahil edildikleri sözleşmeye ve meselenin şartlarına bağlıdır. Örneğin, para birimi ya da kullanılan dil bu bağlamda istisnaen etkili rol oynar. Ancak, bir ülkede bilinen ve başka bir ülkede bilinmeyen hukukî bir kurumun sözleşmede kullanılmış olması, zımnî iradenin varlığına ilişkin oldukça önemli bir göstergedir. Yabancı bir kanuna yapılan atıf, sadece, sözleşmeyle ilgili kanun hükümlerinin sözleşmeye dahil edilmiş olmasından ibarettir. Bu durum sözleşmenin belli konularının bu hukukla idare edileceğini

---

<sup>240</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 118; Lando, *The Conflict*, sh. 313.

<sup>241</sup> Lando, *The Conflict*, sh. 308.

<sup>242</sup> Lando, *The Conflict*, sh. 312.

göstermektedir. Kendisine atf yapılan hukuk sisteminin hükümlerinin sözleşmenin ne kadarını, daha doğrusu hangi kısımlarını kapsadığı meselesi de belli bir hukuk sisteminin spesifik hükümlerine yapılan atfın dikkate alınması açısından önemlidir<sup>243</sup>. Ancak *Dardağan*'a göre, telif hakkı sözleşmeleri söz konusu olduğunda, sözleşmede taraflarca özel bir millî kanun hükmüne veya belirli bir ülkede geçerli olan teamüle göndermede bulunulması zımnî hukuk seçiminin varlığını gösteren en güçlü karinedir<sup>244</sup>. Öte yandan, sözleşmenin belli bir ülkeye özgü, tip sözleşme şeklinde yapılmış olması zımnî iradenin varlığına ilişkin güçlü bir gösterge olarak kabul edilebilir<sup>245</sup>. Bir diğer faktör olan müşterek tâbiyet, en sıkı irtibatın aksine, taraf iradesine çok fazla yansıyan bir faktör değildir. Sadece, tarafların ortak yabancı meskenlerine veya tâbiyetlerine dayanarak sözleşmeye kendi hukuklarını uygulamak istedikleri ve orada ifa etmek istedikleri sonucu çıkarılamaz<sup>246</sup>.

Sözleşme sonrası süreçte belli bir hukuk sistemine dayanmış olma, zımnî iradeyi tespit için delil olarak kullanılmaktadır. Bu faktör, ortak hukuk (*common law*) ülkelerinde zımnî iradenin varlığını göstermesi açısından çok fazla kabul görmemektedir. Bunun nedeni, yabancı hukukun, hukuk seçimi şartına göre uygulanabilir olsa bile, ileri sürülene ve ispatlanana kadar hâkimin hukuku ile aynı değerde tutulmasıdır. Yabancı hukuku *ex officio* uygulayan ülkelerde, yabancı hukukun uygulanacağını ileri sürülmemesi, mahkemede, gerçekte tarafların bu hukuku uygulamak istemedikleri kanaatini uyandırır veya hâkimin hukukunun

---

<sup>243</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 313.

<sup>244</sup> **Dardağan**, sh. 229.

<sup>245</sup> **Dardağan**, sh. 229.

<sup>246</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 118.

uygulanmasını istediklerini ortaya koyar. Elbette ki, tarafların davranışı, uygulanacak hukukla ilgili yeni bir anlaşmanın varlığı anlamına da gelebilir<sup>247</sup>.

Geleneksel İngiliz görüşüne göre zımnî hukuk seçimi aranırken tarafların sözleşme sonrası davranışlarından hareket edilemez. Lord *Wilberforce*, *Whitworth Street Estates Ltd. v. James Miller and Partners* dâvasında şöyle demiştir: Tarafların hukuk seçimi ile ilgili irade beyanları tespit edilemediği zaman yapılması gereken tüm mevcut ilgili şartları dikkate almaktır. Bunun için tarafların söylediklerinin ve yaptıklarının dikkate alınması ve sözleşmenin kuruluşuna dayanarak ne tip bir niyetlerinin var olduğunun tespit edilmesi gerekir<sup>248</sup>. Bu tutum, yazılı sözleşmenin varlığına karşı, sözleşme öncesi veya sonrası davranış ve görüşmelerden hareketle bir sonuç çıkarma konusundaki isteksizliğinin bir göstergesidir.

Roma Sözleşmesi, zımnî iradenin varlığını gösteren faktörlerin dikkate alınmasıyla ilgili olarak bir zaman belirtmemekte, şartları sözleşme sırası ve sonrası olarak ayırmamaktadır. Ancak Sözleşme'nin 4/1 maddesi hakkında, yani en sıkı irtibatın belirlenmesiyle ilgili olarak, *Giuliano ve Lagarde* raporunda, sözleşme tamamlandıktan sonra ortaya çıkan şartlar dikkate alınabilecektir şeklinde bir düzenleme vardır. *Lagarde*'in daha sonra, sözleşme sonrası davranışların, ancak sözleşmenin ifa ve ödeme yerinin değişmesi halinde ilgili olabileceğini, sözleşme sonrası davranışların seçilen hukukta varsayımsal bir değişikliğe yol açması durumunda bu davranışların dikkate alınabileceğini ileri sürdüğünü görüyoruz<sup>249</sup>.

Tarafların zımnî iradelerini ortaya çıkarmaya çalışırken göz önünde bulundurulmuş bir diğer prensip geçerliliğe üstünlük tanıma prensibidir. Buna göre,

---

<sup>247</sup> **Sargın**, Patent, sh. 44.

<sup>248</sup> Karar için bkz. **Dicey/Morris**, sh. 1215.

<sup>249</sup> **Giuliano, M./Lagarde, P.**: Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, O.J., 1980, C. 282, sh. 20.

uygulanma ihtimali olan birden çok hukuktan sadece biri, sözleşmeyi geçerli kılıyorsa uygulanacak hukuk o olmalıdır<sup>250</sup>. Bazılarına göre bu prensip temel bir prensiptir ve tarafların açıkça beyan etmiş olmalarına rağmen sözleşmeyi geçersiz hale getiren hukuk değil, bu prensipten hareketle sözleşmeyi geçerli kılan hukuk uygulanmalıdır. Ticarî satım sözleşmelerinde bazı unsurların varlığından hareketle zımnî hukuk seçimi yapıldığı varsayılırken, eğer bu durum sözleşmenin tamamı veya bir kısmını geçersiz hale getiriyorsa ve diğer bazı unsurlardan hareket edilince sözleşme geçerli ise, sözleşmeyi geçerli kılan hukukun seçildiği şekilde bir karine söz konusudur<sup>251</sup>. Şu da bir gerçektir ki, tarafların yaptığı seçim her zaman zekice olmasa bile, bu prensibin kabulü hukuk seçimi serbestisinin reddine yol açar. Ancak, yine de bu prensibin uygulanabilmesi için açık bir kapı bırakılmalıdır. Özellikle, zımnî hukuk seçiminin tespiti sırasında bu prensibin uygulanması, olumsuz yönde de olsa birtakım çıkarımların yapılmasına engel olabilecektir. Öte yandan, iradeyi gösteren faktörlerin farklı doğrultuda olduğu durumlarda da, bu prensip meselenin haline yardımcı olabilmektedir. Ancak, şunu belirtmek gerekir ki, bu prensip gerçek iradeyi ortaya koymakla pek fazla ilgili olmayıp, daha çok mahkemelerin izlediği politikaların bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>252</sup>.

*Savigny*'nin öğretisine dayanan Alman hukuku, uzunca bir müddet belli bir yerin ifa yeri olarak belirtilmiş olmasını, o yer mahkemesinin yetkili ve o yer hukukunun uygulanabilir hukuk olacağı şeklinde yorumlamıştır. Dolayısıyla, ifa yerinin belirtilmiş olması, Alman hukukunda taraflarca yapılan zımnî hukuk seçimi olarak kabul edilmiştir. Bu faktörü göz önünde bulundururken birtakım olasılıkları da düşünmek gerekmektedir. Örneğin, belki de uygulamada sözleşmede belirtilmiş olan

---

<sup>250</sup> North, sh. 105.

<sup>251</sup> Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 30.

<sup>252</sup> Nygh, Autonomy, sh. 119.

yerin ifayla bir ilgisi yoktur ve sadece belli bir mahkemeye yargı yetkisi vermek amacıyla kurgulanmıştır. Dolayısıyla, ifa yerinin sözleşmede yer almış olması zımnî iradenin tespiti anlamında çok fazla yol gösterici nitelikte değildir. Çünkü, taraflardan birinin ifa yerini dahil etmenin ne anlama geldiğini ve sonuçlarını bilmeme ihtimalinin her zaman varolduğu gözden kaçmamalıdır. Öte yandan, bunun tam tersi düşünülecek olursa, yani tarafların bu durumun ve sonuçlarının farkında oldukları düşünülecek olursa, adı geçen yer hukukunun tarafların gerçek iradelerinin ve kararlaştırdıkları şeyin güçlü bir belirtisi olduğu söylenebilir<sup>253</sup>.

Acaba tarafların hukuk seçimi yapabilip yapamayacaklarına hangi hukuk karar verecektir? Katıldığımız, görüşe göre, hâkimin hukukunun hukuk seçimine ilişkin kuralları bu hakkın kullanılabilip kullanılamayacağına karar verir. Bir kez hâkimin hukuku buna müsaade ettikten sonra, hukuk seçimine izin verilip verilmediği meselesi seçilen hukuka tâbi tutulmaz. Şunu da ifade etmek gerekir ki, karşıt görüşe göre, hukuk seçimi yapılabilip yapılamayacağına, hâkimin kanunlar ihtilâfi kurallarından hareketle tespit edilen sözleşme statüsü karar verir. Eğer sözleşme statüsü böyle bir izin vermiyorsa, taraflar, ancak bu kanunun tamamlayıcı kurallarla düzenlediği hususlarda yabancı kanundan sözleşme hükmü olarak yararlanabilirler<sup>254</sup>. *Lex fori* veya objektif bir *lex obligationis*'in karışıklıklara yol açacağı düşüncesinden hareketle, hukuk seçimi yapılabilip yapılmayacağına seçilen hukukun uygulanması gerektiğini ileri sürenler de vardır<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 120.

<sup>254</sup> Šarčević, sh. 111; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 365; Uluocak, sh. 150.

<sup>255</sup> Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, sh. 281.

### C. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMASININ VARLIĞI VE GEÇERLİLİĞİ

Yukarıda belirtildiği üzere, eğer milletlerarası unsurlu sözleşmeyle ilgili hâkimin hukuku, hukuk seçimine izin vermişse, yanıtlanması gereken diğer soru böyle bir hukuk seçiminin yapılıp yapılmadığıdır. Çoğu zaman yanıt açık olmakla birlikte, zaman zaman kullanılan lisanın belirsizliği ya da hukuk seçiminin mahkemeye bırakılmış olması sonucu bazı problemler ortaya çıkabilmektedir. “Tanımlama (*identification*)” aşaması adı verilebilecek bu aşamanın amacı, hukuk seçimine ilişkin sözleşme şartının gerçekten hukuk seçimi olarak kabul edilip edilemeyeceğini saptamaktır<sup>256</sup>.

Bir hukuk seçiminin varlığından söz edebilmek için taraflar arasında hukuk seçimi konusunda bir anlaşma olup olmadığını tespit etmek gerekir. Burada, öncelikle, hukuk seçimi anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız bir sözleşme olup olmadığı meselesi karşımıza çıkar. Eğer bu soruya olumlu yanıt verilirse, bu kez bağımsız olan hukuk seçimi anlaşmasının var olup olmadığına hangi hukukun karar vereceği problemi incelenmelidir. Bu durumda üç seçenek söz konusudur. Bunlar, hâkimin hukuku, esas sözleşmeyi idare eden hukuk ve meselenin bağımsız bir olgu olarak ele alınıp uygulanacak hukukun belirlenmesidir<sup>257</sup>.

Adı geçen seçeneklerden hareketle, bir görüş, meselenin hâkimin hukukunun hukuk seçimine ilişkin kurallarının uygulanmasıyla çözülebileceğini ileri sürmektedir. Buna göre, taraflar anlaşana kadar herhangi bir seçim söz konusu değildir. Hukuk seçimine ilişkin bir anlaşmanın olup olmadığını araştırmak, seçilen hukukun uygulanmasından önce çözülmesi gereken bir meseledir. Hâl böyle olunca,

---

<sup>256</sup>Sedler, R. A.: “Continuity, Precedent and Choice of Law: A Reflective Response to Prof. Hill”, Wayne Law Review, Vol. 38, (1992), sh. 1452-1453.

<sup>257</sup>Libling, D. F.: “Formation of International Contracts”, Mod. L. Rev., Vol. 42, (1979), sh. 170; Šarčević, sh. 111.

hâkimin hukukunun uygulanması daha uygun görünmektedir. Bu görüşün avantajı, uygulananın oldukça basit olmasıdır; çünkü, yargıçlara kendi hukuklarını uygulamak kolay gelmektedir<sup>258</sup>.

Meselenin, bağımsız bir olgu olarak ele alınıp incelenmesi gerektiğini savunan üçüncü görüşe göre, tüm hukuk seçimi meseleleri bir yana bırakılıp, tarafların hukuk seçimi yapma konusunda bir anlaşmaya varıp varmadıklarını bir olgu olarak incelemek gerekir. Ancak şuna da dikkati çekmek gerekir ki, bazı hukuk kuralları devreye girmeden, tarafların hukuk seçimi konusunda anlaşma yapıp yapmadıklarını saptamak pek gerçekçi olmaz; çünkü, böyle bir anlaşmanın var olup olmadığına hukuk karar verecektir<sup>259</sup>.

Bazı yazarlar görünüşte hukuk seçimine ilişkin bir muvafakat bulunmasını yeterli kabul etmektedirler. Peki görünüşte bir muvafakatin varlığı nasıl belirlenecektir? Bu yazarlara göre tarafların tecrübelerine, daha önce yapmış oldukları işlere ve bu meselenin diğer tarafın dikkatine sunulup sunulmadığına bakılır. Bu değerlendirmeler bağımsız olarak ve hakkaniyete dayanılarak yapılmalıdır<sup>260</sup>. İkinci görüşün yansımalarını birtakım milletlerarası sözleşmelerde görmek mümkündür. Roma Sözleşmesi md. 8/1'e göre, milletlerarası unsurlu sözleşmenin meydana gelmesi ve bu sözleşmenin veya sözleşme hükümlerinden birinin geçerliliği; sözleşme veya hüküm geçerli olmuş olsaydı, Roma Sözleşmesi'ne göre ona uygulanacak olan hukuka göre karara bağlanır. Meksika Sözleşmesi'ne<sup>261</sup> göre de, tarafların hukuk seçimine ilişkin bir muvafakatlarının olup olmadığı hukukî

---

<sup>258</sup> Thomson, A.: "A Different Approach to Choice of Law in Contract", Mod. L. Rev., Vol. 43, (1980), sh. 651.

<sup>259</sup> Nygh, Autonomy, sh. 93.

<sup>260</sup> Nygh, Autonomy, sh. 94.

<sup>261</sup> İngilizce metin için bkz. Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, Online Internet, 8.7.2005.

bir meseledir ve bu mesele, tarafların seçtiği hukuka atıf yapılarak çözümlenmelidir. Bunun amacı, hukuk seçimi yapılmış olan hallerde, sözleşme geçerli kabul edilene kadar hiçbir hukukun uygulanamayacağı kısır döngüsüne bir son vermektir.

1955 La Haye Sözleşmesi'nden beri seçilen hukukun, tarafların muvafakatinin geçerliliğine uygulanacağı prensibi kabul edilmektedir. Muvafakatin varlığına hakimin hukuku karar versin diyenler dahi, bu muvafakatin geçerliliğine varsayılan uygun hukukun uygulanmasını desteklemektedirler<sup>262</sup>. 1986 La Haye Sözleşmesine göre tarafların iradelerinin varlığı ve geçerliği seçilen hukuka tâbidir. Adı geçen maddeye göre, hukuk seçimi açık bir şekilde yapılmalı veya sözleşme şartlarından açıkça anlaşılabilir olmalıdır.

Kanaatimizce, hukuk seçiminin varlığına karar verebilmek için tek taraflı olarak belirlenmiş bir hukukun uygulanması, hem keyfi, hem de haksız sonuçlara yol açacaktır. Ancak, ilk belirleme aşaması, hiç olmazsa, tarafların görünürde bir muvafakatlarının olduğunu ortaya koyabilir. Ayrıca, ikinci olarak öngörülen bu sistemin hâkimin hukukuna göre daha az keyfi ve daha az belirsiz olduğu söylenebilir.

Burada akla gelen bir diğer soru, sessiz kalmış olmanın, muvafakatin varlığını gösterip göstermeyeceğidir. Her ne kadar “susmak kabullenmektir” deyişi bu husustaki hukuk prensibinin tam tersini ifade etse de, bazı hallerde hukuk sistemleri icaba cevap verilmemesini kabul olarak nitelendirmektedirler. Bu bağlamda Fransız hukuku, susmayı muvafakatin varlığı olarak nitelendirebilmek adına daha geniş bir istisnalar dizini oluştururken, İngiliz hukukunda daha isteksiz davranıldığı dikkati çekmektedir. Ancak son zamanlarda, İngiliz hukukunda susmanın sadece kabul

---

<sup>262</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 98.

değil, aynı zamanda icap anlamına geldiği bazı istisnai haller tartışılmaktadır ki, bu durum Fransız hukukuna yabancıdır<sup>263</sup>.

Sessiz veya hareketsiz kalmış olmanın birden fazla nedeni olabileceği düşüncesinden hareketle, Amerika'da da sessiz kalmış olma kabul olarak nitelendirilmemektedir. Benzer şekilde Danimarka hukuku susmayı kabul olarak nitelendirmektedir<sup>264</sup>. Diğer bazı hukuk sistemlerinde ise, sessiz kalmış olan tüketiciyi korumak amacıyla bazı yasal düzenlemeler yapıldığını görmek mümkündür<sup>265</sup>.

Yukarıda sözü edilen Fransız hukukunda sessiz kalmış olmanın geçerliliği ilgili olarak tanınan istisnalar birer vakıa olarak ele alınıp değerlendirilmektedirler. Bu istisnalardan birincisi, taraflar arasında önceden kurulmuş bir ilişkinin varlığıdır. Örneğin, önceden yapılan sözlü sözleşmenin yazıya dökülmesi halinde karşı tarafın itiraz etmemesi sözleşmenin kurulduğunu gösterir. Bu istisnalardan ikincisi, ticarî örf ve âdetin susmaya etki tanımış olmasıdır. Üçüncü istisna ise, icabın icapta bulunulmanın lehine olması ve dolayısıyla reddetmesi için bir sebebin olmamasıdır<sup>266</sup>.

İngiliz hukukunda da sessiz kalmış olmanın kabul olarak nitelendirilebileceği haller mevcuttur. İngiliz doktrinine göre, eğer kabul şekli kendisine icapta bulunulan kişi tarafından belirlenmiş ve kendisi susmayı kabul olarak nitelendirmişse, eğer açıkça veya zımnî olarak konuşma zorunluluğu varsa veya sessiz kalmış olması bir davranışı dolayısıyla kabul olarak nitelendirilebiliyorsa, susmaya etki tanınmalıdır<sup>267</sup>.

---

<sup>263</sup> **Owsia, P.**, "Silence: Efficacy in Contract Formation, A Comparative Review of French and English Law", ICLQ, Vol. 40, (1991), sh. 784.

<sup>264</sup> **Pierce**, sh. 181.

<sup>265</sup> **Owsia**, sh. 785.

<sup>266</sup> **Owsia**, sh. 787-790.

<sup>267</sup> **Owsia**, sh. 791-792.

Roma Sözleşmesi, taraflardan birinin muvafakati eksikse ve seçilen hukukun uygulanması makul değilse, muvafakati eksik olan tarafa kendi mutad meskeni hukukuna dayanma imkânı vermektedir (md. 8/2). Buna göre, “taraflardan birinin ilişkisinin neticesinin birinci fıkrada tespit edilmiş olan hukuka göre tespit edilmesinin adalete uygun olmayacağı durumun genelinden ortaya çıkıyor ise, akde muvafakat etmeyen tarafın iddiası için onun mutad meskeninin bulunduğu devletin hukuku yetkilendirilebilir”<sup>268</sup>. Ancak, bu çözüm, oldukça geniş bir çerçevede yer almakta ve icaba yanıt verilmeyen halleri aşmaktadır.

Bu noktada incelenmesi gereken konu, hukuk seçiminin geçerliliği ile ilgilidir. Hukuk seçimini sınırlandıran veya seçilen hukukun uygulanmasını engelleyen herhangi bir durum söz konusu olmasa bile hukuk seçimi başarısız olabilmektedir. Örneğin, yapılan işlem hukuk seçimi olarak yorumlanmayabilir ya da taraflar şekle ilişkin birtakım şartları yerine getirmediğinden bu seçim başarısız olabilir. Öte yandan, tarafların yapmış oldukları hukuk seçimi, iradeleri birleşmediği için de başarısız olabilir. Şunu da belirtmek gerekir ki, tehdit, hile veya hukuka aykırılık hukuk seçimini geçersiz kılan ya da geçerliliği askıda hale getiren diğer nedenlerdir.

Bir görüş, hukuk seçiminin geçerliliğini sözleşme statüsüne tâbi tutmaktadır. Buna göre, etkisiz hukuk seçiminin doğuracağı sonuçlara ise objektif olarak belirlenmiş olan hukuk karar vermelidir. Bu hukuk, hukuk seçimini tümünden gözardı edip etmemek gerektiğine karar vereceği gibi, sözleşmenin geçerliliği, yorumu ve kuruluşunu da idare etmelidir<sup>269</sup>.

---

<sup>268</sup> **Doğan**, AB Akti Borç, sh. 471; **Morris**, sh. 355.

<sup>269</sup> **Lando**, The Conflict, sh. 306.

Aynı doğrultudaki diğeri bir görüŖe göre, hukuk seçimi ister esas sözleşmenin bir şartı olsun, isterse ayrı bir sözleşme olarak meydana gelsin, geçerliliğı seçilen hukuka tâbidir. Bu uygulamanın hem teorik, hem de pratik açıdan doğru olduğı ileri sürülmektedir. Buna göre, taraflar hukuk seçimi yaptıkları zaman o hukuku sözleşmeye uygulanmak üzere uygun görmüşler ve uygulanacak hukuku önceden bildikleri için güven içindedirler. Dolayısıyla, hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı konusunda, *lex fori* veya objektif bir *lex obligationis*'in karar vermesi karışıklıklara sebep olacağından reddedilmelidir<sup>270</sup>. İsviçre MÖHK'na göre tarafların hukuk seçimine yönelik irade beyanlarının geçerliliğı seçilen hukuka tâbidir<sup>271</sup>.

Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine hâkimin hukukunun uygulanmasına örnek olarak *Oceanic Sun Line Special Shipping Co. Inc. v. Faydav Gaudron J.* dâvasını göstermek mümkündür. Bu karara göre, hâkimin hukuku, tarafların yaptığı anlaşmanın varlığına, kuruluşuna ve geçerliliğine karar verir. Öncelikle, geçerli bir sözleşmenin varlığına karar verilmiştir. Buna göre hâkimin hukuku, hukuk seçimi yapılabiliyor yapılamayacağını belirlemelidir. Bu hukuk, aynı zamanda hukuk seçimi şartının sözleşmenin bir parçası olup olmadığına karar verecektir<sup>272</sup>.

Daha önce de belirtildiğı üzere, hâkimin hukuku, tarafların genel olarak veya belli şartlarda hukuk seçimi yapabiliyor yapamayacaklarına karar verir. Bu bağlamda hukuk seçiminin yasaklandığı örneklerden biri, Malların Taşınmasına İlişkin Avustralya Kanunu'dur. Bu yasaklamanın amacı, malların deniz yoluyla taşınmasına ilişkin uluslararası anlaşmaların, Avustralya'dan yüklenen mallar için hazırlanan tüm konişmentolara uygulanmasını sağlamaktır. Dolayısıyla hâkimin hukuku, Avustralya hukuku olduğu müddetçe, sözleşmenin tarafları hukuk seçimi yapamamaktadırlar.

<sup>270</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 281; **Çilingiroğlu**, sh. 105.

<sup>271</sup> **Turhan**, İsviçre Devletler Özel Hukuku, sh. 124.

<sup>272</sup> Karar için bkz. **Libling**, sh. 170.

Diğer bazı hukuk sistemleri ise, seçilen hukukla taraflar veya hukukî işlem arasında maddi bir bağın varlığının aranmasında olduğu gibi, şarta bağlı olarak hukuk seçimine imkân vermektedirler. Böyle bir durumda da yine, şartın gerçekleşip gerçekleşmediğine hâkimin hukuku karar verecektir. Şunu unutmamak gerekir ki, hukuk seçimine müsaade edilmesi meselesi, hukuk seçiminin geçerliliği meselesinden farklıdır<sup>273</sup>. Hâl böyle olunca, taraflar hukuk seçimine müsaade etmeyen bir hukuku seçebileceklerdir. Bu durum hukuk seçiminin geçerliliğine etki etmeyecektir<sup>274</sup>.

### **III. SÖZLEŞME STATÜSÜNÜN KAPSAMI**

#### **A. SÖZLEŞME STATÜSÜ TARAFINDAN İDARE EDİLEN HUSUSLAR**

Hukukî işlemin tâbi olduğu esas statü, hukukî işlemin oluşumunu, içeriğini ve sona ermesini idare eder. Esas statü aynı zamanda hukukî işlemin şartlarına, muhtevasına ve bu hukukî işlemin yerine getirilme şartlarına da hâkimdir<sup>275</sup>. Buradan hareketle sözleşmenin birliği ilkesi gereği, sözleşme statüsü, ister seçilen hukuk, isterse objektif olarak belirlenmiş hukuk olsun, sözleşmenin kuruluşuna, geçerliliğine, yorumuna, ifasına ve hüküm ve sonuçlarına uygulanır. Bu bağlamda, sözleşmenin meydana gelmesi için gerekli olan şartlar, müzakereye girişmeden doğan borçlar, yabancı para kayıtları, sözleşmenin geçerli olup olmadığı, irade sakatlıkları, sözleşmenin içeriği ve yorumlanması, konusunun mümkün olup olmadığı, sorumluluk, cezai şart, hasar, ifa, ifanın mümkün olup olmadığı, ulusal paranın veya sözleşmede kararlaştırılan paranın değerindeki farklılıkların etkisi, temerrüt ve alacağın temliki, borçluların birden fazla olması halinde bunlar

<sup>273</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 86.

<sup>274</sup> Dicey/Morris, sh. 1251; karşıt görüş için bkz. Yntema, sh. 356.

<sup>275</sup> Nomer, sh. 263; Pierce, sh. 195; Dicey/Morris, sh. 1196

arasındaki teselsül, halefiyet, sözleşmeden doğan taleplerle, haksız fiil taleplerinin yarışması, zamanaşımı, sözleşmenin sona erme sebepleri ve hükümleri sözleşme statüsü kapsamında değerlendirilir<sup>276</sup>.

## 1. Sözleşmenin Kuruluşu

İlk olarak, sözleşmenin kuruluşu incelenecek olursa, icap ve kabul, bunlar arasındaki uygunluk, bunlardan dönülüp dönülemeyeceği, susmanın kabul olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği sözleşme statüsüne tâbi olur. Eğer sözleşme statüsü seçilen hukuksa, bu anlaşmanın kuruluşu da sözleşme statüsüne tâbi tutulmalıdır<sup>277</sup>.

Hazırlar arası sözleşmelerde icap ve kabulün sözleşme statüsüne tâbi tutulmasında herhangi bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Ancak, hazır bulunmayanlar arasındaki sözleşmelerde icap ve kabulün sözleşme statüsüne tâbi tutulmasına tereddütle yaklaşılmaktadır. İcap sırasında henüz sözleşme meydana gelmediğinden, icaba icapta bulunanın ikametgâhı hukukunun uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Öte yandan, eğer icapta bulunan uygulanacak hukuk hakkında bir teklifte bulunuyorsa, uygulanmasını teklif ettiği hukukun icabın bağlayıcı olup olmadığını belirleyeceği ileri sürülmektedir. Buna karşın, objektif sözleşme statüsünün uygulanarak sözleşmenin parçalanmasının engellenmesi gerektiğini ileri sürenler de vardır. Eğer icap ve kabul, icapta ve kabulde bulunanın ikametgâhı hukukuna tâbi tutulacak olursa, sözleşmenin meydana gelişi iki farklı hukuka tâbi tutulmuş olur. Bu bağlamda, ortaya çıkacak parçalanmanın tarafları zor durumda

---

<sup>276</sup> **Cheatham / Goodrich / Griswold / Reese**, sh. 494; **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 293; Cheshire North, sh.245; Berki, sh. 306; Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, sh. 71, Seviğ, V.R., Kanunlar İhtilâfi, sh. 112.

<sup>277</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 294; **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 44. Şunu belirtmek gerekir ki, I. *Restatement*'de sözleşmenin kuruluşu yapıldığı yer hukukuna tâbi tutulmuştu.

bırakacağı düşüncesinden hareketle, sözleşme statüsünün uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>278</sup>.

Bu bağlamda bazı yazarlar sözleşmenin kurulup kurulmadığı belli olmadan bir sözleşme statüsünden söz edilemeyeceğini dile getirmektedirler. Bu görüşe karşı “varsayılan uygun hukuk (*putative proper law*)” fikri ileri sürülmüştür. Buna göre, sözleşme geçerli olarak kurulmuş olsaydı, sözleşme statüsü hangi hukuk olacak idi ise, sözleşmenin kuruluşu da bu hukuka tâbi olacaktır<sup>279</sup>. Susmanın kabul anlamına gelip gelmediğinin, susan tarafın ikametgâhı veya mutad meskeni hukukuna tâbi tutulması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>280</sup>.

Bilindiği üzere, bir sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının birleşmesi ile kurulur. Ancak, sözleşmenin kurulmuş olması, adı geçen sözleşmenin geçerli olduğu anlamına gelmemektedir. Geçerli bir sözleşmeden söz edebilmek için irade beyanlarının sağlıklı olması gerekmektedir. Dolayısıyla, hata, hile ve tehdit gibi iradeyi sakatlayan hallerden birinin varlığı, sözleşmeyi geçersiz veya iptal edilebilir hale getirebilir. Birçok hukuk sistemi irade sakatlığı hallerini sözleşmenin geçerliliğine ilişkin bir mesele olarak kabul etmektedir. Hâl böyle olunca, bunların sözleşmenin geçerliliğini idare eden hukuka tâbi olmaları gerekmektedir. Ancak, bilindiği üzere, irade sakatlıkları sözleşmenin kuruluş aşamasında, yani icap ve kabulle bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu açıklamadan hareketle denebilir ki, sözleşmenin kuruluşunu idare eden hukuk irade sakatlıklarını da idare etmelidir. Bu durumda, kuruluş ve geçerliliğin birbiriyle

---

<sup>278</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 294.

<sup>279</sup> **Lewis**, P. S. C.: “The Formation of Contract (Based on *Albeko Schuhmachinen A. G. v. The Kamborion Shoe Machine Co. Ltd.*)”, ICLQ, Vol. 10, sh. 908-910; **Thomson**, sh. 653; **Pierce**, sh. 179; **Libling**, sh. 170; **Boggiano**, A.: “International Standard Contracts, A Comparative Study”, (Standard Contracts), Rec. des Cours, T. 170, (1981), sh. 33.

<sup>280</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 294.

çakıştığı gözden kaçmamaktadır. Bir görüşe göre, milli hukuk sistemlerinde, irade sakatlığı hallerinin sözleşmenin geçerliliğinden sayılması, milletlerarası özel hukuk bağlama kurallarının amacı bakımından bir farklılık yaratılmasına sebep olmamalıdır<sup>281</sup>. Sözleşmenin hangi anda kurulduğu da sözleşme statüsüne tâbidir<sup>282</sup>.

Burada akla gelen sorulardan biri, sözleşme öncesi sorumluluğun hangi hukuka tâbi olacağıdır. Sözleşme müzakereleri sırasında kusurlu davranışlardan doğan sorumluluğun hangi hukuka tâbi olacağı, bu davranışın hukukî niteliğine bağlı olarak değişmektedir. Eğer bu kusurlu fiil işlenirken sözleşmenin henüz oluşmamış olması dolayısıyla, sözleşme dışı bir sorumluluğun söz konusu olduğu kabul edilirse, haksız fiil statüsünün uygulanması gerekecektir. Yok eğer sözleşme niteliğinde olmamakla birlikte, taraflar arasında bir hukukî ilişki vardı denecek olursa, sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin hukukun yani sözleşme statüsünün uygulanması gerekecektir<sup>283</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, sözleşmenin aslî geçerliliğine sözleşme statüsü uygulanmakta<sup>284</sup> ve böylelikle sözleşmenin parçalanmasından da kaçınılmış olmaktadır. Bu bağlamda, sözleşmede yer alan yetki ve tahkim şartları, hukuk seçimi şartı, sözleşmenin amacı ve içeriği bakımından hukuka uygunluğu, sözleşmenin konusunun imkânsız olup olmadığı ve geçersizliğin hüküm ve sonuçları sözleşme statüsü tarafından idare edilmektedir<sup>285</sup>. Taraflar arasındaki hukuk seçimi sözleşmesi de, ister esas sözleşmeye bir şart olarak konsun, isterse bu sözleşmeden ayrı bir sözleşme olarak ortaya konsun, geçerliliği seçilen hukuka tâbidir. Bu uygulama hem teorik hem de pratik açıdan doğrudur; çünkü, taraflar aralarındaki hukukî ilişki

---

<sup>281</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 47.

<sup>282</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 294.

<sup>283</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 49.

<sup>284</sup> **Diamond**, sh. 305; **Nygh**, Australia, sh. 282.

<sup>285</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 50.

açısından en uygun hukuku tespit etmişler ve bu hukuku önceden bildiklerinden hukukî güven içindedirler<sup>286</sup>.

## 2. Borçların İfası

Borçları ifasından söz ederken, maddî anlamda borcun ifasıyla, ifa şeklini birbirinden ayırmak gerekir. Bu ayırım özellikle sözleşme statüsü ile ifa yeri hukukunun farklı hukuklar olduğu durumlarda önem kazanır; çünkü daha sonra inceleneceği üzere, ifa şekli ifa yeri hukukuna tâbidir. Şunu belirtmek gerekir ki, hangi hususların maddî anlamda borcun ifasıyla, hangi hususların ise ifa şekline ilişkin olduğu net bir çizgiyle ayrılamadığı ve zaman zaman bu ayırımın mantıksız birtakım sonuçlara yol açtığı dikkati çekmektedir<sup>287</sup>.

Maddî anlamda borçların ifası sözleşme statüsüne tâbidir. Bu çerçevede, tarafların borçlarının kapsamı, ifa zaman ve yerine ilişkin hususlar, ifanın sözleşmenin tarafları dışındaki biri tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği, sözleşmenin ihlâlinin, ademi ifanın ve eksik ifanın etkileri, ifa imkânsızlığı ve mücbir sebep sözleşme statüsü tarafından idare edilmektedir<sup>288</sup>. Ancak bir görüşe göre, ifa yeri hukuku tarafından ifası yasaklanan bir sözleşmeye, sözleşme statüsü başka bir hukuk olsa dahi, etki tanınmamalıdır<sup>289</sup>.

## 3. Hasarın ve Yararın İntikali

Tarafların karşılıklı hak ve borçlarını ilgilendiren hasar ve yararın intikalinin prensip itibarıyla sözleşme statüsüne tâbi olduğu ileri sürülmektedir. Ancak, hasarın

---

<sup>286</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 281.

<sup>287</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Dicey/Morris**, sh. 1263-1264; **Morris**, sh. 351.

<sup>288</sup> **Cheshire/North**, sh. 241; **Dicey/Morris**, sh. 1262.

<sup>289</sup> **Nygh**, Australia, sh. 284.

kime ait olacağı ve neleri kapsayacağını hangi hukuka tâbi tutulacağı, borçlar hukukuna ilişkin bir sorun olarak nitelendirilip nitelendirilmemesine bağlıdır. Türk hukukunda hasar sözleşmeyle birlikte alıcıya geçtiğinden, borçlar hukukuna ilişkin bir sorundur ve sözleşme statüsüne tâbidir. Bazı hukuk sistemlerinde bu mesele farklı düzenlendiğinden, birtakım tereddütlere yol açmaktadır. Bazı hukuk sistemlerinde hasar teslim ile alıcıya geçerken, diğer bazılarında mülkiyetin devri ile geçmektedir. Ancak, hasarın teslimle geçtiği Almanya gibi bazı ülkelerde de, hasar sözleşme statüsüne tâbi tutulmaktadır<sup>290</sup>.

#### 4. Sözleşmenin Yorumu

Sözleşmenin yorumu, sözleşme statüsü tarafından idare edilen bir diğer husustur. Sözleşmenin yorumundan anlaşılması gereken, sözleşmede belirtilen kelime ve deyimlere taraflarca ne anlam verildiğinin tespiti ve dolayısıyla tarafların amaçlarının anlaşılmasıdır. Sözleşmenin yorumuyla ilgili iki mesele ortaya çıkmaktadır, Birinci mesele, belli bir kelimeye veya deyime ne anlam verileceğidir ki, bu maddî bir sorundur. Yorumlanan kuralın hukukî etkisinin ne olacağı ise, ikinci meseledir ki, bu da hukukî bir sorundur. Bu sorunun prensip itibarıyla sözleşme statüsüne dahil olduğu kabul edilmektedir. Madem ki sözleşmenin yorumu yapılırken hedef, tarafların amaçlarını ortaya koymaktır; o zaman sözleşmenin yorumuna tarafların sözleşmeyi yaparken düşündükleri hukukun uygulanmasının bu amaca hizmet edeceğini ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Taraflar, yorumu belli bir hukuka tâbi tutmuşlarsa bu hukuk uygulanmalıdır. Bu konuda tarafların açık iradeleri yoksa sözleşmenin lisan ve şartlarından bu irade çıkarılmaya çalışılmalıdır<sup>291</sup>.

<sup>290</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 295.

<sup>291</sup> Dicey/Morris, sh. 1262; Gutteridge/Megrah, sh. 241.

Roma Sözleşmesi md. 10/1 (a)'ya göre, hukuk seçimi anlaşmasının yorumu prensip olarak seçilen hukuka tâbidir. İlk olarak bir tanımlama aşaması mevcuttur. Bu aşama hukuk seçimi olduğu varsayılan şartın kuruluşu ve yorumunu da içermelidir. Adı geçen aşamanın hâkimin hukuku tarafından idare edileceği ileri sürülmektedir. Karışıklığı ve atfı önlemek adına, bir kez hâkimin hukuku, hukuk seçimi şartının varlığını kabul ettikten sonra, seçilen hukukun bunu reddetmesine imkân verilmemelidir. Ancak, diğer meseleler, özellikle bu seçimin sözleşmenin tümünü mü, yoksa bir kısmını mı içerdiği meselesi seçilen hukukça belirlenmelidir<sup>292</sup>.

##### **5. Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Tazminat Talepleri**

Tek bir fiil hem sözleşme, hem de haksız fiil sorumluluğu doğuruyorsa, akla şöyle bir soru gelmektedir: Acaba böyle bir durumda ortada iki talep hakkı mı vardır yoksa, bunlar tek bir talep hakkında birleştirilebilir mi? Önceleri bu mesele iki talebin birbiriyle yarışması şeklinde ortaya çıkmakta idi. Bugün ise, tek bir talep hakkının iki doğuş nedeni olduğu kabul edilmekte ve ancak bir defa ifa edilebileceği ileri sürülmektedir. Bunun için her iki nedenin değerlendirilip, olay için âdil olana ait hükümlerin uygulanması gerekmektedir<sup>293</sup>.

Bazı yazarlar sözleşme ilişkisine ait hükümlerin uygulanmasını, o ilişkiye has olması nedeniyle tercih etmektedirler. Ancak, haksız fiile ait yardımcı elemanlar da sorumluluğun tespitinde dikkate alınmaktadır. Şunu belirtmek gerekir ki, milletlerarası unsurlu ilişkiler durumu oldukça güçleştirmektedir. Taleplerin yarıştığı bir meselede sözleşme ilişkisine başka, haksız fiile başka hukukun uygulanması

---

<sup>292</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 98.

<sup>293</sup> Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, sh. 296.

birtakım uyumsuzluklara yol açacaktır. Dolayısıyla, bir hukukî ilişkiye tek bir hukukun uygulanması önem arz etmektedir. Bu bağlamda, “özel bir akdî ilişki için, daha geniş ve teferruatlı düzenlenmiş bulunan akit statüsü tercih edilmelidir”<sup>294</sup>. Bunun için sözleşme ilişkisi ile haksız fiil arasında bir irtibat bulunmalıdır. Alman hukukunda buna “irtibat ilkesi” denmektedir ve ancak bu durumda sözleşme statüsü haksız fiile de uygulanabilmektedir. Bu ilkedен hareketle, haksız fiilin seçilen hukuka tâbi tutulabileceğini söylemek mümkündür. Bu bağlamda ortaya çıkabilecek suiistimaller kamu düzeni müdahalesiyle önlenmektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki, eğer haksız fiilde üçüncü kişiler de yer alıyorsa, bu kişiler hakkında haksız fiile ilişkin genel kurallar uygulanır<sup>295</sup>.

## **B. SÖZLEŞME STATÜSÜ KAPSAMI DIŞINDA KALAN HUSUSLAR**

Sözleşme statüsü kapsamı dışında kalan hususları incelemeye geçmeden önce şunu belirtmek gerekir ki, bu hususlar aynı zamanda hukuk seçimi serbestisini sınırlandıran hususlar olarak kabul edilebilirler. Sözleşme statüsünün seçilen hukuk olduğu hallerde, aşağıda incelenerek meseleleri idare edemeyeceği gerçeğinden hareketle, bu hususların hukuk seçimi serbestisini sınırlandıracağını söylemek mümkündür. Bu konu tezimizin ikinci bölümünde incelendiğinden, üçüncü bölümde ele alınmayacaktır.

### **1. Ehliyet**

Ehliyet kişiye en yakın hukukî durumdur ve dolayısıyla bu konuda taraf menfaati ön plandadır. Ehliyete hangi hukukun uygulanacağı konusunda iki farklı anlayıştan söz etmek mümkündür. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde geçerli olan

---

<sup>294</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 297.

<sup>295</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 298.

anlayışa göre, ehliyet kişi hallerine ilişkin bir konudur ve tarafların millî hukukuna tâbi olmalıdır<sup>296</sup>. Öte yandan ortak hukuk ülkelerinde benimsenmiş olan anlayışa göre, ehliyet *lex loci contractus*'a ya da *lex causae*'ye tâbi olmalıdır<sup>297</sup>. Dolayısıyla işlemin en sıkı irtibatlı olduğu hukuka göre kişinin ehil olmasının yeterli olacağı ileri sürülmektedir<sup>298</sup>. Ortak hukukçular tarafından ehliyete ilişkin olarak ileri sürülen bir diğer görüş, kişinin ikametgâhı hukukuna göre ehil olmasının da yeterli kabul edileceğini savunmaktadır<sup>299</sup>.

Ehliyete kişinin millî hukukun uygulanmasının çeşitli yararları söz konusudur. Bu yararlar kişisel menfaatin en iyi şekilde gerçekleştirilmesi, tespit kolaylığı ve kötüye kullanımın asgari düzeyde olması şeklinde kendini gösterir. Ancak, vatansızlık halinde millî hukukun tespit edilemediğini ve mültecilerde olduğu gibi bazen de uygulanmadığını belirtmek gerekir. Birden fazla millî hukukun bulunduğu ilişkilerde birinin diğerine tercih edilmesindeki güçlük ise, millî hukukun uygulanmasının bir diğer zayıf yönünü oluşturmaktadır. Ancak, adı geçen yararların ağır basması dolayısıyla ehliyete millî hukuku uygulayan ülke sayısı oldukça fazladır. Fransa, İtalya, Almanya, İsveç, Avusturya ve Türkiye bu ülkelere örnek olarak gösterilebilir<sup>300</sup>.

Ehliyetin ikametgâh hukukuna tâbi olması bugün daha çok Anglo-Amerikan hukuk sisteminde yer alan devletlerde görülmektedir. İkametgâh hukukunun ehliyete uygulanmasının faydaları ise, hâkimin kolay bilgi edinebilmesi, vatansızlık, çok vatandaşlık ve mültecilik hallerinde de uygulanabilmesi ve uzun yıllar kendi ülkelerinde yaşamayan kişiler açısından kişisel menfaati millî hukuktan daha çok

---

<sup>296</sup> Nomer, sh. 263.

<sup>297</sup> Nygh, Australia, sh. 279.

<sup>298</sup> Carter, sh. 23.

<sup>299</sup> Briggs, sh. 158.

<sup>300</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 46.

sağlamasıdır. Ancak, kolay değişebildiğinden kötüye kullanıma elverişli oluşu, ikametgâh kavramının ülkeden ülkeye farklılık göstermesi ve tespitinin sanıldığı kadar kolay olmaması, ikametgâh hukukunun zayıf yönlerini oluşturmaktadır<sup>301</sup>.

Ehliyet mutad mesken hukukunun uygulanması bir diğer yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Mutad mesken devamlılık arzedenden, kişinin hayat ilişkilerinin merkezi olarak tanımlanabilir. Gerçek ve fiili duruma uygunluk ve devamlılık arandığından ancak bir tane olabilir ve bu özelliği dolayısıyla farklı yorumlanma imkânı yoktur. Ancak kolayca değiştirilebileceği gözden kaçırılmamalıdır<sup>302</sup>.

1955 La Haye Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre, bu Sözleşme tarafların ehliyetine, sözleşmenin şekline, satımın taraflar dışında kalan bütün kişileri bakımından etkilerine ve mülkiyetin devrine uygulanmaz. Roma Sözleşmesi de gerçek kişilerin ehliyetlerine ve tüzel kişilerin yetkilerine uygulanmayacaktır (md. 1/II (a)). Sözleşmenin 11. maddesine göre, aynı ülkede bulunan kişiler arasında bir sözleşme yapılmışsa ve taraflar o ülke hukukuna göre ehilse, bunların başka bir ülke hukukuna göre ehliyetsizlikleri ileri sürülemez; meğer ki, sözleşmenin diğer tarafı sözleşmenin kuruluşu anında karşı tarafın ehliyetsiz olduğunu bilsin ya da kendi ihmali sonucu bilmiyor olsun.

1986 La Haye Sözleşmesi md. 5(a), ehliyet sorununun bu Sözleşme tarafından düzenlenmediğini hükme bağlamıştır. Elbette ki bu durum, sözleşme statüsünün ehliyete uygulanmasına engel teşkil etmeyecektir; çünkü, Sözleşmenin bu hususu düzenlememiş olması devletlerin bu alanda serbest bırakıldıkları anlamına gelmektedir.

---

<sup>301</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 47.

<sup>302</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 47.

Bazı ortak hukuk ülkeleri, sözleşme ehliyeti meselesinin, sözleşmenin geçerliliğinden ayrı bir sorun olarak ele alınmasını desteklememektedirler. Buna göre, ehliyete sözleşme statüsü uygulanacaksa, bu hukukun objektif olarak mı yoksa sübjektif olarak mı belirlendiği tespit edilmelidir. Birçok yazar, ehliyete objektif olarak belirlenmiş olan hukukun uygulanması konusunda hemfikirdirler. Çünkü aksi kabul edildiği takdirde, rüşt yaşına sahip olmayan bir kimse, bulunduğu yaşı rüşt yaşı olarak kabul eden bir ülke hukukunu seçmek isteyecektir. Ancak şu da bir gerçektir ki, bu tip bir riskle belirsizlik tehlikesi karşılaştırıldığı zaman, hangi hukukun uygulanacağı hususundaki belirsizliğin daha fazla önem arz ettiği görülür. Zaten taraflara sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme hakkı tanımının amacı, bu tip belirsizlikleri ortadan kaldırmaktır. O zaman tarafların seçtikleri hukuka etki tanımakla birlikte, başka mekanizmalar, örneğin korunmaya ihtiyaç duyan tarafı korumak için doğrudan uygulanan kuralların uygulanması gibi, devreye sokulmalıdır<sup>303</sup>.

Aynı sebeplerden dolayı seçilen hukukun tüzel kişilerle ilgili ehliyet konusunda da idareci olması gerekmektedir, bu mesele farklılık arz etmektedir. Son zamanlarda bazı ortak hukuk ülkeleri, tüzel kişilerin ehliyetine buldukları yer hukuku uygulanmalıdır şeklindeki görüşü kabul etmektedirler. Bu düşünce, İngiltere ve Avustralya'da kanunla desteklenmiştir<sup>304</sup>.

Tüzel kişilerin ehliyetine uygulanacak hukuku tespit ederken kullanılacak bazı kriterler ileri sürülmüştür. Bunlar, kuruluş hukuku, idare merkezi, işletme merkezi, muamele merkezi ve kontrol sistemidir. Bunlar arasında, kuruluş hukuku ve idare merkezi kriterleri tüzel kişinin ehliyetine uygulanacak hukuku tespitinde dikkate

---

<sup>303</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 126.

<sup>304</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 126.

alınan temel kriterlerdir. Kuruluş hukuku kriterine göre, tüzel kişi hangi hukuka göre kurulmuş ise, tüzel kişinin ehliyetine o hukuk uygulanır. Bu kriterin kabulü halinde, tüzel kişinin idare merkezinin kuruluş ülkesinde bulunması gerekmektedir<sup>305</sup>. İdare merkezi kriterine göre ise, tüzel kişinin ehliyeti, gerçek idare merkezinin bulunduğu yer, yani tüzel kişinin yönetim kurulunun, genel kurulunun ve denetim kurullarının toplandığı ve çalıştığı yer hukukuna tâbi olmalıdır<sup>306</sup>.

Hangi kriter uygulanırsa uygulansın ortada bir hukuk seçimi söz konusudur; çünkü, idare merkezi veya kuruluş hukuku seçilebilmektedir. Ancak, bir kez bu seçim yapıldıktan sonra, artık o hukuka uyma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır<sup>307</sup>.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, milletlerarası unsurlu sözleşme taraflarının ehliyetini sözleşme statüsüne tâbi tutma imkânı yoktur. Sözleşme statüsü hukuk seçimi ile belirlenmiş olsa dahi sonuç değişmeyecektir. Bu bağlamda taraflar, ehliyete tâbi tutmak üzere hukuk seçimi yapamayacaklarından, sözleşme statüsü kapsamı dışında kalan bu husus, hukuk seçimi serbestisini sınırlandıran bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

## 2. Şekil

Hukukî işlemlerin şekline, statücülerden beri *locus regit actum* (LRA) kuralı hâkim olmuştur. Bu kural, sözleşmenin şeklinin yapıldığı yer hukukuna tâbi olması anlamına gelmektedir. Adı geçen kuralın sözleşmelerin şekliyle ilgili kabul görmesinin temelinde, taraflardan, sözleşmenin yapıldığı yerdeki şekil kuralları yerine başka bir yer hukukunun öngördüğü şekil kurallarına uymalarını istemenin

---

<sup>305</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 67.

<sup>306</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 65.

<sup>307</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 67.

anlamsızlığı yatmaktadır<sup>308</sup>. Bazı ülkeler bu kuralı zorunlu olarak uygulamaktadırlar örneğin, Güney Amerika ülkeleri sözleşmenin şekline uygulanacak hukuk olarak sadece *locus regit actum*'u kabul etmektedirler. Diğer ülkelerin *locus regit actum*'la sözleşme statüsünü alternatif olarak uyguladıkları görülmektedir<sup>309</sup>. Bu tip bir uygulama sözleşmenin yapıldığı yeri tespitite zaman zaman ortaya çıkabilecek güçlükleri de ortadan kaldırmaktadır<sup>310</sup>.

Bugün, sözleşmeye uygulanacak hukukun şekli gerekliliklere de karar vereceği konusunda kabul gören bir görüş mevcuttur. LRA kolaylık ve pratik ihtiyaçlar gibi sebeplere dayanırken, sözleşme statüsünün uygulanması da hukukî işlemlerdeki bütünlük fikrine hizmet etmektedir. Adı geçen hukuk, objektif olarak uygulanacak hukuk olabileceği gibi, tarafların belirlediği hukuk da olabilmektedir<sup>311</sup>.

Neyin şekle ilişkin olduğuna *lex fori* karar vermektedir. *Lex causae* ve LRA ise şekil konusunu kapsamaktadırlar. Dolayısıyla, bir işlemin şekle tâbi olup olmadığı, şekle tâbi ise bunun gerçekleşme biçimi ve şekle aykırılığın doğurduğu sonuçlara şekil kuralları uygulanacaktır<sup>312</sup>.

Geleneksel ortak hukuk, sözleşmenin şeklini yapıldığı yer hukukuna tâbi tutmaktadır. Roma Sözleşmesine bakıldığında, alternatiflere yer verildiği görülür. Sözleşmenin 9. maddesinin temelinde, sözleşmeyi geçerli kılmayı amaçlayan *favor negotii* ilkesi yatmaktadır. Buna göre sözleşmenin şekline, sözleşme akdedildiği anda her iki taraf da o ülkede bulunuyor ise, sözleşmeyi idare eden hukuk ya da sözleşmenin yapıldığı yer hukuku, eğer taraflar farklı ülkelerde ise, sözleşmeyi idare

---

<sup>308</sup> Carter, sh. 23.

<sup>309</sup> Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 68; Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 83; Chesterman, M. R.: "Choice of Law Aspects of Liens and Similar Claims in International Sale of Goods", ICLQ, Vol. 22, (1973), sh. 232.

<sup>310</sup> Carter, sh. 23.

<sup>311</sup> Nygh, Autonomy, sh. 127.

<sup>312</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 85.

eden hukuk ya da her birinin bulunduğu ülke hukuklarından biri uygulanacaktır. Bunlardan birine göre şekli geçerlilik sağlanmışsa, sözleşme şeklen geçerli kabul edilecektir.

Roma Sözleşmesinde adı geçen alternatif uygulamanın birtakım sorunlara yol açtığı ileri sürülmektedir. Üçüncü bölümde inceleneceği üzere taraflar, sözleşme yapıldıktan sonra dahi seçtikleri hukuku değiştirebilmektedirler. Roma Sözleşmesinde, böyle bir değişikliğin sözleşmenin şekli geçerliliğini etkilemeyeceği düzenlenmiştir; ancak, bu değişiklikle şeklen geçersiz olan bir sözleşme geçerli hale geliyorsa, yeni hukuk uygulanacak ve sözleşme değişiklik tarihinden itibaren şekli geçerlilik kazanacaktır. Acaba sözleşmenin farklı kısımlarının farklı hukuklarca idare edildiği hallerde ne olacaktır? Bir görüşe göre, şekli geçerliliğin dayandığı problemlili hükümler en sıkı irtibatlı kısma uygulanacak hukuka tâbi olmalıdır. Ayrıca md. 9'da sözleşmeyi idare eden hukuka atıf yapılırken, sözleşme şeklen geçerli ise, sözleşmeyi idare edecek hukuk kastedilmektedir<sup>313</sup>.

Roma Sözleşmesi md. 9/5'e göre, tüketici sözleşmelerinin şekli tüketicinin mutad meskeni hukukuna tâbidir. Öte yandan md. 9/6'ya göre ise, gayrimenkulün aynına veya kullanımına ilişkin sözleşmelerin şekli ise, gayrimenkulün bulunduğu ülke hukuku tarafından idare edilir.

Roma Sözleşmesine bağlı olarak şekli geçerlilikten ne anlaşılması gerektiği hususunda birtakım örnekler verilmektedir. Buna göre, sözleşmede iki imza bulunması gereği, sözleşmenin iki kopya olarak hazırlanması gereği, iş sözleşmelerinde rekabet etmeme şartının yazılı olması örnek teşkil etmektedir<sup>314</sup>.

---

<sup>313</sup> **Cheshire/North**, sh. 508.

<sup>314</sup> **Cheshire/North**, sh. 507.

1986 La Haye Sözleşmesine göre, tarafların aynı devlet ülkesinde bulunmaları halinde sözleşmenin şekli, sözleşmenin asli şartlarının tâbi olduğu hukuka göre geçerli ise, o sözleşme şeklen geçerli olarak kabul edilecektir. Eğer sözleşme, farklı devletlerde bulunan kişiler arasında yapılmış ise, sözleşmenin şekli sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka ya da taraflardan birinin bulunduğu ülke hukukuna tâbi olacaktır. Benzer bir düzenleme İsviçre MÖHK md. 124'te yer almaktadır. Buna göre sözleşmenin şekli, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka veya sözleşmenin kurulduğu yer hukukuna tâbidir. Ancak, sözleşme farklı ülkelerde bulunan taraflar arasında yapılmışsa, sözleşmenin, sözleşme statüsünün yanı sıra, tarafların ülkesinde bulunduğu devletlerden birinin hukukuna göre şeklen geçerli olması da yeterli olacaktır<sup>315</sup>.

Tüketici sözleşmelerinde şekil, tüketiciyi koruyan maddî kurullarla birleştirilmiştir. Bu durumda sözleşme statüsü şekle de uygulanmaktadır. Dolayısıyla, tüketici sözleşmelerinde sözleşme statüsü olarak kabul edilen tüketicinin mutad meskeni ya da ikametgâhı hukuku sözleşmenin şeklini de idare etmektedir. Öte yandan şeklin usule ilişkin olduğu hallerde, hâkimin hukukunda birtakım şekli zorunluluklar getiren hükümler var ise, bunların uygulanması gündeme gelebilmektedir. Örneğin, Türk hukukunda değeri belirli bir miktarı aşan işlemler ancak senetle ispat olunabilir. Bu durumda sözleşme statüsünde böyle bir zorunluluk olmasa bile dâva Türk mahkemelerinde açılmışsa, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu md. 288 uygulanma alanı bulacaktır<sup>316</sup>.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, milletlerarası unsurlu sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuka ilişkin olarak hukuk seçimi serbestisinin tam anlamıyla

---

<sup>315</sup> **Turhan**, İsviçre Devletler Özel Hukuku, sh. 140.

<sup>316</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 69.

sınırlandırıldığını iddia imkânımız mevcut değildir. Prensip itibarıyla, milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin şekli geçerliliği hem yapıldığı yer hukukuna hem de sözleşme statüsüne tâbi tutulabildiğinden, sözleşme statüsü seçilen hukuk olduğu durumlarda, şekle ilişkin olarak hukuk seçimi yapılamayacağını ve bunun bir sınırlandırma olduğunu ileri süremeyeceğiz.

### 3. İfa Şekli

Pratik zaruretler, yani işlemlerin çabuk ve usulüne uygun olarak yapılmalarını sağlamak amacıyla ifanın nasıl yapılacağı meselesi ifa yeri hukukuna tâbi tutulmaktadır. Örneğin, resmî tatillere ilişkin meseleler, satılan malın sayılıp, ölçülüp tartılması bu işlemlerin yapıldığı yer hukukuna göre gerçekleştirilir<sup>317</sup>.

I. *Restatement*'e göre ifa şekli, ki ifa zaman ve yerini, ifanın kim veya kimlere yapılacağını, ifanın yeterliliğini ve ifanın gerçekleşmemesinin sebeplerini ifa yeri hukuku idare eder. İfa şeklinden ne anlaşılması gerektiği mahkeme kararlarında net bir şekilde ortaya konabilmiş değildir. Ödemede kullanılacak para birimi, ya da ödemenin neye endeksli olarak yapılacağı bazı kararlarda ifa şekline ilişkin sayılırken, diğer bazılarında ödemenin banknotlarla mı, yoksa metal paralarla mı yapılacağı meselesi ifa şekline ilişkin kabul edilmiştir<sup>318</sup>.

1955 La Haye Sözleşmesi md. 4'e göre, satılan şeyin muayenesinin şekil ve süresi ve diğer ilgili hususlar muayenenin yapıldığı yer hukukuna tâbidir. İsviçre MÖHK md. 125'e göre de, ifa tarzı ve ifanın bu tarza uygun olarak yapıp yapılmadığı ifa yeri hukukuna tâbidir<sup>319</sup>.

<sup>317</sup> Seviğ, V.R., Akitler, sh. 328; Dicey/Morris, sh. 1263.

<sup>318</sup> Nygh, Australia, sh. 288.

<sup>319</sup> Turhan, İsviçre Devletler Özel Hukuku, sh. 141.

Roma Sözleşmesine bakıldığında (md. 10/2), ifa şeklinin ve eksik veya kusurlu ifa halinde alınması gereken önelmelerin ifa yeri hukukuna tâbi tutulduğu görülür. Bu madde hükmü incelendiğinde, yetkili mahkemeye, ifa yeri hukukunu tamamen veya kısmen uygulamak ya da hiç uygulamamak şeklinde takdir hakkı verildiği dikkati çekmektedir. Ayrıca, ifa şeklinden (*manner of performance*) ne anlaşılması gerektiğine de hâkimin hukukunun karar vereceği düzenlenmiştir.

1955 La Haye Sözleşmesi ve Roma Sözleşmesinden farklı olarak Meksika Sözleşmesi (md. 14 (a)), sözleşmenin ifa şeklini sözleşme statüsüne tâbi tutmuştur. Öte yandan 1986 La Haye Sözleşmesi, ifa yöntemini de içeren yükümlülükten kurtulma yollarını ancak hukuk seçimine ilişkin bir irade beyanının yokluğu halinde malların kontrol edildiği yer hukukuna tâbi tutmaktadır. Bu Sözleşmeye göre, malların muayene usul ve tarzları muayenenin yapıldığı devlet hukukuna tâbidir; meğer ki, taraflar açık bir beyan ile muayene usul ve tarzını başka bir hukuka tâbi tuttuklarını gösterebilirler.

İfa şeklini normalde uygulanacak hukuk rejiminden hariç tutan formülasyonlar, ifayı etkileyecek bölgesel şartları ortaya koyabilmeli, hâl ve şartlardan çıkarabilmelidirler. Örneğin, ifa için saptanan gün ifa yerinde resmi tatilse, taşıma veya banka işlemleri gibi yerine getirilmesi gereken yükümlülükler yerine getirilemeyecektir. Eğer bu durum sözleşmeye aykırı davranış olarak kabul edilecekse, ifa yerindeki şartlar gözönünde bulundurulmalıdır<sup>320</sup>.

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, pratik zaruretler dolayısıyla ifa şeklini ifa yeri hukukuna tâbi tutma eğilimi mevcuttur. Bu durumda, hukuk seçimi

---

<sup>320</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 128.

serbestisinden hareketle seçilen hukuk ifa yeri hukuku değilse ifa şeklini idare edemeyecek ve dolayısıyla hukuk seçimi serbestisi sınırlandırılmış olacaktır.

#### 4. Temsil

Temsil yoluyla yapılan hukukî işlemlerin sözleşme statüsüne tâbi olmadıkları ileri sürülmektedir<sup>321</sup>. Temsil, birçok olayda temsil edilen, temsilci ve üçüncü şahıstan oluşan üç taraflı bir ilişkidir ve iki meseleyi beraberinde getirmektedir. Bunlardan birincisi, temsilci ile temsil olunan arasındaki hak ve sorumluluklar, ikincisi ise temsilci veya temsil olunanla üçüncü kişi arasındaki hak ve sorumluluklardır<sup>322</sup>. Bu ilişkinin özelliği, temsil edilenin, temsilcinin eylem ve işlemleriyle hukuken bağlı olmasıdır. Temsil edilen adına temsilcinin yaptığı hukukî işlemlerden doğan haklar ve borçlar temsil edilene ait olur<sup>323</sup>.

Bazı hukuk sistemlerinde örneğin, Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde, temel sözleşme olmadan temsil yetkisi verilebilmektedir. Bu hukuk sistemlerinde temsil yetkisi soyut ve bağımsız niteliktedir. Diğer bazı hukuk sistemlerinde ise, örneğin, İngiliz ve Fransız hukuk sistemleri, temsilci ile temsil olunan arasında vekâlet veya komisyon gibi temel bir sözleşmenin varlığı aranır<sup>324</sup>.

Birinci anlayışın tercih edildiği hukuk sistemlerinde işlem güvenliğinden hareketle, temsil yetkisinin etki alanı hukukunun uygulanması söz konusu olmaktadır. Temsilci, devamlı olarak belli bir ikametgâhda işlem yapıyorsa, temsil yetkisinin etki alanı temsilcinin iş ikametgâhı olmaktadır. Eğer ikametgâhının

---

<sup>321</sup> Nomer, sh. 263.

<sup>322</sup> Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 70.

<sup>323</sup> Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele, sh. 159.

<sup>324</sup> Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 71.

dışında bir yerde işlem yapıyorsa, etki alanı yetkisini fiilen kullandığı yer olarak kabul edilmektedir<sup>325</sup>.

İkinci anlayışın benimsenmiş olduğu sistemlerde ise temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişkiye temel sözleşmenin tâbi olduğu hukukun uygulanması, temsilci veya temsil olunan ile 3. kişi arasındaki ilişkiye ise, temsilcinin 3. kişi ile yapmış olduğu sözleşmenin tâbi olduğu hukukun uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>326</sup>.

Bazı ülkeler bu ilişkiye uygulanacak hukuku Acentaya Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesinden hareketle belirlemektedirler. Adı geçen Sözleşme milletlerarası temsil ilişkilerine uygulanmaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, Sözleşmede hangi temsil ilişkilerinin milletlerarası nitelikte olduğu belirtilmemiş, bunun takdiri mahkemelere bırakılmıştır. Sözleşmenin 5. maddesine göre, hem temsil edilen hem de temsilci ilişkilerini idare edecek hukuku seçme hakkına sahiptirler. Hukuk seçimi yapmamışlarsa, ilişkinin kurulma anındaki temsilcinin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Eğer temsilci, temsil edilenin işyerinin bulunduğu ülkede borcunu ifa etmişse, temsil ilişkisi bu hukuka tâbi olacaktır. Şunu da belirtmek gerekir ki, Sözleşmeye göre temsil ilişkisi ile en sıkı irtibata sahip işyeri uygulanacak hukukun belirlenmesinde önemli rol oynar<sup>327</sup>.

Temsil edilen ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiye, temsilcinin ilgili işlemi yaptığı sırada işyerinin bulunduğu yer hukuku uygulanır. Ancak, bazı şartların varlığı halinde işlemin yapıldığı devlet hukuku bu çözümü bertaraf edebilmektedir. Bunun için, temsil edilenin işyerinin burada bulunması ve temsilcinin onun adına hareket etmesi veya ifa yerinin aynı zamanda üçüncü şahsın işyerinin bulunduğu yer veya

---

<sup>325</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 72.

<sup>326</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 71.

<sup>327</sup> **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 159.

işyeri yok ise mutad meskeninin bulunduğu yer olması veya temsilcinin burada bir açık artırma düzenlemiş olması gerekmektedir<sup>328</sup>.

Sözleşmeye göre, temsil edilen veya üçüncü şahıs da hukuk seçimi yapabilmektedir. Böyle bir durumda, karşı tarafın hukuk seçimini kabul ettiğine dair açıkça yazılı bir beyanının olması gerekmektedir. Temsilci ile üçüncü şahıs arasındaki ilişkiye de, temsil edilen ile üçüncü şahıs arasındaki ilişkiyi idare eden hukuk uygulanır. Sözleşmenin 16. maddesine göre, bu konuda doğrudan uygulanan kurallar da uygulanabilecektir. Bu kurallar hâkimin hukukundan kaynaklanabileceği gibi, uygulanacak hukuktan ya da temsil ilişkisi ile bağlantılı üçüncü bir ülke hukukundan da kaynaklanabilecektir<sup>329</sup>. 1986 La Haye Sözleşmesi md. 5 (b)'ye göre ise, temsilcinin bir satım sözleşmesinde temsil olunanı bağlayıp bağlayamayacağı bu Sözleşmenin kapsamı dışındadır.

İsviçre MÖHK'na göre temsilin bir sözleşmeye dayandığı hallerde, temsilci ile temsil olunan arasındaki ilişki bu sözleşmeyi idare eden hukuka tâbi olur (md. 126/1). Öte yandan “temsilcinin fiil ve işlemlerinin temsil olunanı üçüncü kişilere karşı bağlayıp bağlamadığı temsilcinin iş merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre, eğer temsilcinin iş merkezi yoksa veya üçüncü kişiler tarafından tayin edilemiyorsa temsilcinin fiil ve işlemlerini tamamladığı yer hukukuna göre belirlenecektir”<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele, sh. 160.

<sup>329</sup> Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele, sh. 161.

<sup>330</sup> Turhan, İsviçre Devletler Özel Hukuku, sh. 141.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### SÜBJEKTİF YÖNTEMİN (HUKUK SEÇİMİNİN) SINIRLARI

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi serbestisi kabul gören bir prensip olmakla birlikte, bu serbestinin farklı dereceleri olduğundan söz edilmektedir. Bir görüşe göre hukuk seçimi serbestisi mutlaktır. Bu görüş, taraf iradesini sözleşmenin bağlayıcılığının tek kaynağı olarak görmektedir. Buna göre, tarafların hukuk seçimi yaparken bir milli hukuka dayanmaları gerekmediği gibi, milletlerarası hukukun emredici kuralları ve hukuk sisteminde ilerde meydana gelebilecek değişiklikler de taraflarca bertaraf edilebilecektir. Bu çerçevede, hukuk seçimi serbestisi tarafların kendi menfaatlerine uygun olarak kullanacakları kabul edildiğinden, bu serbestiyi hem kabul etmek, hem de sınırlamaya çalışmak tutarsızlık olacaktır<sup>331</sup>. Bu görüş, özellikle bu yüzyılın başında Fransa ve Belçika'da taraftar bulmuş olmakla birlikte bugün kabul görmemektedir<sup>332</sup>.

İkinci görüş, hukuk seçimi serbestisi tamamlayıcı nitelikte olması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşü daha çok devlet menfaati analiz yöntemini kullanan ve devlet politikalarına üstünlük tanınması gerektiğini vurgulayan yazarlar savunmaktadır. Bunlara göre, taraflar, sözleşmenin yorumuna uygulanacak hukuku seçebilirler, fakat, yaptıkları seçimle sözleşmeyi geçerli hâle getiremezler<sup>333</sup>. Bu görüşün farklı bir şekli, hukuk seçimini, uygulanacak hukukun tespitinde bir faktör

---

<sup>331</sup> Çilingiroğlu, sh. 107.

<sup>332</sup> Nygh, The Reasonable Expectations, sh. 300; Blom, Part I, sh. 256.

<sup>333</sup> Sedler, sh. 1452-1453.

olarak ele almak gerektiğini ileri sürmektedir. Bugün ABD dışında bu görüşler pek fazla taraftar bulmamaktadır<sup>334</sup>.

Günümüzde kabul gören üçüncü görüşe göre ise, hukuk seçimi serbestisi belli sınırlar içinde kullanılabilir. Dolayısıyla milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin tarafları, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme konusunda hemfikir olsalar bile, bu özgürlüğü kullanmalarını sınırlayan birtakım şartlarla karşı karşıya kalmaktadırlar. İrade muhtariyeti ile ilgili “milletlerarasıcı” görüşte dahi, en az iki sınırlamadan söz etmek mümkündür. Bunlardan birincisi, taraflar arasındaki sözleşmenin milletlerarası unsurlu bir sözleşme olması gereğidir; aksi halde iç hukukun emredici kuralları, tarafların seçimine karşı bağlayıcı olmaya devam eder. İkincisi ise, hukuk seçiminin özgür iradeye dayanması gereğidir ki, aksi halde bir sözleşmenin varlığından söz edilemez<sup>335</sup>. Bazı yazarlar, birinci görüşü mutlak subjektifçi görüş olarak nitelendirirken, bu görüşün bir başka boyutu olarak ılımlı subjektifçi görüşten söz etmektedirler. Buna göre, milletlerarası nitelikteki doğrudan uygulanan kurallar bir tarafa bırakılacak olursa, hukuk seçimi serbestisi ilişkin tek sınırlamayı kanuna karşı hile teşkil etmektedir<sup>336</sup>.

Hukuk seçimi serbestisi hukuk seçimi yapabilmek için gerekli şartların neler olduğu konusunda bir fikir birliği yoktur. Dolayısıyla, milletler üstü bir hukuk seçimi serbestisi hukukundan söz etmek mümkün değildir. Bu şartları tespit edebilmek için, millî hukuk sistemlerinden hareket etmek gerekecektir. Bu şartlar arasında, yukarıda da sözü edilen, sözleşmenin milletlerarası unsurlu olması gereği, seçilen hukukun yapılan işlemle veya taraflarla ilgisi olması veya hiç olmazsa belli bir sebebe dayanması gereği, seçilen hukukun yürürlükte olan bir millî hukuk sistemi olması ve

<sup>334</sup> Bauerfeld, sh. 1677; Nygh, The Reasonable Expectations, sh. 301.

<sup>335</sup> Nygh, Autonomy, sh. 46.

<sup>336</sup> Dardağan, sh. 232.

tarafların bu hukuk sisteminde meydana gelecek değişikliklerle bağlı olması, hukuk seçiminin kanuna karşı hile maksadıyla yapılmamış olması, seçilen hukukun sözleşmeyi geçersiz hale getirmemesi ve hukuk seçiminin hâkimin hukukuna göre yasa dışı, bu ülke kamu düzenine aykırı veya hâkimin hukukunun ya da normalde uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmaması gereği yer almaktadır.

Bilindiği gibi, Hukuk seçimi serbestisi, milletlerarası özel hukukun en önemli prensiplerinden milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun seçimi, taraflar arasındaki anlaşmadan kaynaklanır. Mutlak olmayan bu prensip, zayıf tarafın korunmasını gerektiren prensip gibi, bir başka prensiple çakıştığı zaman sınırlandırılacaktır.

## **I. HUKUK SEÇİMİNİN SINIRLANDIRILMASI**

### **A. HUKUK SEÇİMİNİN SEÇİLEN HUKUK BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI**

#### **1. Seçilen Hukukun Bir Devletin Hukuku Olması**

Geleneksel görüşe göre, hukuk seçiminden belli bir hukuk sisteminin seçilmesi anlaşılmaktadır. Dolayısıyla hukuk seçimi serbestisi sözleşmenin taraflarına hukuk düzeni dışında bir düzenleme yapma imkânı vermemektedir. Aksi halde bu durum, taraflara birtakım ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar verilmesi anlamına gelir ki, kabul edilemez<sup>337</sup>.

Taraflarca aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere belirlenmiş olan hukuk sözleşmenin yorumuna da uygulanır. Bilindiği üzere, sözleşme yapmadaki amaç karşılıklı hak ve yükümlülükler yol açmaktır. Sözleşmenin yorumu ise sözleşmede kullanılan sözcüklerden hareketle tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlemektir.

<sup>337</sup> **Mann**, F.A.: "The Proper Law in the Conflict of Laws", (Proper Law), ICQL, Vol. 36, (1987), sh. 447-448; **Carter**, sh.16.

Bu tip bir yorum, atıf bir hukuk sistemine yapılmadıkça mümkün olmaz; çünkü, ancak bir hukuk sistemi kullanılan sözcüklerin sonuçlarına kesinlik kazandırabilir. Hukuksuz bir sözleşme, hukukî değil, ancak ahlâki sorumluluklara yol açar<sup>338</sup>.

Buradaki mesele hukuksuz bir sözleşme olup olamayacağıdır. Hukuksuzluk hükümran bir güç tarafından konan ve kamu gücü ile uygulanan kurallar topluluğunun olmayışı anlamında kullanılmaktadır. Şunu belirtmek gerekir ki, sözleşmelerin uygulanması konusunda, millî mahkemeler rol almaya devam ettikçe, millî hukuk sistemlerinin tamamen dışında kalan hukukî bir ilişkiden söz etmek mümkün olmayacaktır. Ancak, millî hukuk sistemlerinin sözleşmenin tüm yönlerini idare etmesinin gerekmediği yönünde bir düşünce de vardır<sup>339</sup>.

Bu bağlamda Fransız “*incorporation*” doktrini dikkati çekmektedir. Buna göre, tarafların istekleri hükümandır ve millî yasamanın üstündedir. Tarafların aralarındaki sözleşmeyi yabancı bir ülke hukukuna tâbi tutmaları, sözleşmeyi bu hukukun yetkisine bırakmaları anlamına gelmez. Buradan çıkarılması gereken tek anlam, tarafların ilgili hukukun şartlarını seçim zamanında sözleşme hükmü olarak sözleşmelerine dahil etmiş olduklarıdır. Hâl böyle olunca, taraf iradesi hükümran kabul edildiğinden, taraflar seçtikleri hukukun beğenmedikleri hükümlerini emredici olsalar dahi hariç tutabileceklerdir. Ayrıca, taraflar, seçtikleri hukuktaki değişikliklerle de bağlı olmayacaklardır. Adı geçen Fransız doktrini, Roma Sözleşmesi’nin yürürlüğe girişiyle birlikte reddedilmiştir<sup>340</sup>.

Bugün, milletlerarası kabul gören görüşe göre, taraf iradesi hükümran değildir ve irade muhtariyeti sadece millî bir hukuk sisteminin kurallarının seçimi şeklinde

---

<sup>338</sup> Bu görüş için bkz. **Mann**, *The Proper Law*, sh. 447; **Nygh**, *Autonomy*, sh. 172; **McLachlan**, C.: “The New Hague Sales Convention and the Limits of the Choice of Law Process”, *Law Quarterly Rev.*, Vol. 102, (1986), sh. 596; **Nygh**, *Australia*, sh. 271.

<sup>339</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 172.

<sup>340</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 174.

kendini gösterebilmektedir. Bunun nedeni ise, sadece bir milli hukuk sisteminin tam anlamıyla tarafların yükümlülüklerini tanımlayabileceği ve bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için bir yöntem gösterebileceğidir<sup>341</sup>.

1955 La Haye Sözleşmesi md. 2/1'e göre, satım sözleşmesi taraflarca seçilen ülkenin millî hukuku tarafından idare edilir. Aslında atfî önlemek için düşünülmüş olan bu maddenin kaleme alınışı, tam olarak seçilen hukukun bir devletin hukuku olması gerektiği anlamını vermemektedir. 1986 tarihli La Haye Sözleşmesi md. 7 ise, Roma Sözleşmesi md. 3/1'in tekrarı niteliğindedir. Buna göre, satım sözleşmesi, taraflarca seçilen hukuk tarafından idare edilir. Aynı Sözleşmenin 15. maddesi, hukuk sözcüğünden ne anlaşılması gerektiğini şöyle açıklamaktadır: Hukuk, bir ülkenin kanunlar ihtilâfi (hukuk seçimi) kuralları dışında yürürlükte bulunan tüm hukuk kurallarıdır. Bu madde ile de yine atfî önlenmek istenmiştir. Hâl böyle olunca hukuk sözcüğünden ne anlaşılması gerektiği belirsizliğini sürdürmektedir.

Yukarıda adı geçen hükümlerin atfî önlemek amacıyla getirildikleri düşünülecek olursa, acaba milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin tarafları, devlet dışında oluşan bir hukuku, aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmak üzere seçebilirler mi? Eğer seçemezler şeklinde bir sonuca varılırsa, tarafların 11 Nisan 1980 tarihli Emtianın Milletlerarası Satışına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Sözleşmesi) ya da *lex mercatoria* gibi devlet dışında oluşmuş kuralları seçemeyecekleri sonucuna varılır. Yok eğer bu maddelerin sadece atfî önlemek amacını taşıdığı göz önünde bulundurulacak olursa, Viyana Sözleşmesi veya *lex mercatoria* gibi devletler dışında oluşmuş kuralların uygulanmasını engelleyici nitelikte kurallar olmadıkları ileri sürülebilir. Aslında, 1986 La Haye Sözleşmesi bu

---

<sup>341</sup> **Boggiano**, Standard Contracts, sh. 20.

konuda sessiz kalmıştır. *Tiryakioğlu*'na göre, Viyana Sözleşmesi'nin taraflarca seçilmiş bir hukuk olarak belirtilmesi yerinde olmayacaktır. Taraflar, Viyana Sözleşmesini ancak belli bir ülkede yürürlükte olan hukuk olarak seçebilirler; fakat, belli bir ülke ile bağlantı olmadan Viyana Sözleşmesini seçmeleri kabul edilemez. Birçok ülke mahkemesi bu tip bir seçimi tanıma yetkisine sahip değildir. Dolayısıyla, 1986 La Haye Sözleşmesinin bu konudaki suskunluğu yerindedir. Aksi halde, Sözleşmenin birçok devlet tarafından onaylanması olasılığı ortadan kalkmış olacaktı<sup>342</sup>.

Roma Sözleşmesi'nin 15. maddesi de, “bu Sözleşmeye göre belirlenmiş ülke hukukunun uygulanması” şeklinde bir düzenleme getirerek *renvoi*'yi önlemeye çalışmıştır. *Briggs*, 15. maddenin atfı önlemek amacını taşıdığını kabul etmekle birlikte, Roma Sözleşmesi md. 3'te yer alan “bir ülke hukuku seçilebilir” şeklindeki ifadenin, tarafların *lex mercatoria*'yı ya da “Mars” hukukunu aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçemeyecekleri anlamına geldiğini ileri sürmektedir<sup>343</sup>.

Bugün, tahkim alanında tarafların bir hukuk sistemini değil de, hukuk kurallarını seçebileceklerine dair genel olarak kabul gören bir görüş mevcuttur. Bu görüşe göre, adı geçen hukuk kurallarının bir devlet hukukuna dayanması gerekmemektedir. Hâl böyle olunca, bu uygulamanın hukuk seçimine nasıl bir yansıması olduğu tartışma konusu olmaktadır<sup>344</sup>.

Tanınmamış devletler açısından durumun ne olacağı ayrı bir merak konusu oluşturmaktadır. Bu aşamada tanınmamış devletler açısından durumun ne olacağı ve millî hukuk sistemlerine alternatif olarak ileri sürülen kuralları irdelemek yerinde

<sup>342</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 190.

<sup>343</sup> **Briggs**, sh. 159.

<sup>344</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 62.

olacaktır. Bu bağlamda en fazla tartışma konusu yaratan mesele, “*lex mercatoria*” diye bir sistemin var olup olmadığı ve hangi kurallardan oluştuğudur. İkinci olarak da, taraflarca “hak ve nısfete” atıf yapılabilip yapılamayacağıdır.

#### **a. Tanınmamış Devletlerin Hukuku**

Tanınmama, yabancı bir varlığın devlet olarak oluşumunu ve kökenini onaylamama anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, tanınmamış bir devlet yokmuş gibi kabul edilmekte ve böyle bir devletin hukukuna, eylem ve işlemlerine etki tanınması reddedilmektedir. Yine böyle bir devletin milletlerarası sözleşmelere taraf olması, diplomatik nota vermesi veya herhangi bir şekilde resmi iletişim kurması kabul edilmemekte, devlet tarafından hazırlanan pasaportlar tanınmamaktadır. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti örneğinde olduğu gibi, devlet olma vasfını haiz olmakla birlikte, yokmuş gibi kabul edilen devletler de vardır. Bu durum hukukçulara yabancı olmayan bir durumdur. Örneğin bir sözleşme yok, geçersiz veya zorlanamaz olabilir; fakat, bu sözleşme akdedilmiş ve ifa edilmiştir<sup>345</sup>.

Şunu belirtmek gerekir ki, birçok devlet, bu ülkeler üzerinde egemenlik iddiaları olsa dahi, tanınmamış devletlerin yürürlükte olan kurallarını uygulamaktan çekinmemektedirler. Bu konuda İngiltere örneği dikkati çekmektedir. Çünkü halâ daha İngiliz hukuk sisteminin etkisi altında olan ülkeler vardır ve bu tip ülkelerde mahkemelerin başkaldırı rejimlerinin hazırladığı kanunlara etki tanıyıp tanımayacağı meselesi tartışmaya açıktır. Ancak, İngiliz mahkemelerinin tanınmamış devletlerin kamusal veya özel hukuk işlemlerini tanımama doğrultusunda bir tutum izledikleri görülmektedir. Geleneksel ortak hukuk görüşüne göre, mahkemeler hükümet

---

<sup>345</sup> Mann, F. A: “The Judicial Recognition of an Unrecognized State”, (The Judicial Recognition), ICLQ, V. 36, (1987), sh. 348.

politikası doğrultusunda davranmalı ve hükümet tarafından tanınmayan yabancı bir oluşumun devlet olarak hukukî bir nedenle “arka kapıdan başvurmasına” izin vermemelidirler. Aksi bir tutum, yürütmenin bu husustaki politikalarını anlamsız hale getirecektir. Yine de şunu belirtmek gerekir ki, İngiliz mahkemelerinin zaman zaman İngiliz hükümeti tarafından tanınmayan bir devleti davada taraf olarak kabul ettikleri<sup>346</sup>, zaman zaman ise, tanınmış bir devlet tarafından veya o devlet adına çıkarılmış yasa olarak kabul ederek, tanınmamış bir devletin hukukuna etki tanıdıkları dikkati çekmektedir<sup>347</sup>. Bir görüşe göre, İngiliz mahkemeleri, ancak organize olmuş bir topluluk mevcut ise, tanınmamış devletin kanunlarına etki tanınmalıdır; meğer ki kamu oyununda bu tanımaya karşı güçlü bir tutum olsun<sup>348</sup>.

Kanaatimizce, millî mahkemelerin, devletletleri tarafından tanınmamış bir devlet hukukuna seçilen hukuk olsa dahi etki tanımalarına imkân olmadığından, seçilen hukukun tanınmış bir devletin hukuku olması hukuk seçimi serbestisini sınırlandırmaktadır.

#### **b. *Lex Mercatoria***

Dünyanın ticaretle uğraşan devletleri milletlerarası ticarî işlemlerle ilgili bazı ortak prensipleri genel olarak kabul etmektedirler. Bu kabul gören ortak prensiplerin *lex mercatoria*'nın, ya da diğer bir ifadeyle, milletlerarası ticaretin yeknesak ve özerk hukukunun doğuşuna yol açtığı kabul edilmektedir. Bu tip prensipler üzerinde anlaşabilmenin temelinde sözleşme serbestisinin yattığı ileri sürülmektedir<sup>349</sup>.

---

<sup>346</sup> Bkz. GUR Corporation v. The Trust Bank of Africa Ltd. (1986) 3 W.L.R. 583.

<sup>347</sup> Bkz. Carl Zeiss Stiftung v. Rayner & Keeler Ltd. (1967) A.C. 853.

<sup>348</sup> Mann, The Judicial Recognition, sh. 348.

<sup>349</sup> Grosheide, F. W.: “Legal Borrowing and Drafting International Commercial Contracts, Some Methodological Reflections”, (Eds. Woelki/Grosheide/Hondius/Steenhoff), Comparability and

Milletlerarası özel hukuk kurallarının niteliğinin değiştirilmesi ve milletlerarası ilişkilerin yeknesak kurallarla düzenlenmesi gereği ilk önce ticaret hukuku alanında kendini göstermiştir. Bu görüşe göre, ticaretle uğraşan kimseler, zaman içerisinde ticaretin dayanağının hukuk değil de teamüller olduğunu fark etmişlerdir. Bunun üzerine orta çağ'da Avrupa ve doğu ülkeleri ile ticaret yapan milletlerarası tacirler, yaptıkları işi düzenlemek adına teamüller ve gelenekler geliştirmişlerdir. Bu çağlarda adı geçen kurallar, yani *lex mercatoria*, tacirler arasında sözlü bir uygulamaya sahip olmakla birlikte, bağlayıcılığı tüm tacirler tarafından kabul edilmekteydi. Ticaretin gelişmesiyle birlikte, bu kurallar değişik bölgelere yayılmış ve milletlerarası nitelikte bağlayıcı kurallar olarak kabul edilmişlerdir. 16. yüzyılda ulus devlet kavramının gelişmesiyle birlikte, bu kurallar, kodifikasyon yoluyla kıta Avrupası ve ortak hukuk ülkelerinin millî hukuklarına dahil edilmişlerdir. Ancak, bu orta çağ kuralları niteliklerini tam anlamıyla kaybetmemişler ve hatta sözleşmeler hukuku alanında gelişmeye devam etmişlerdir<sup>350</sup>. Şunu belirtmek gerekir ki, bu kuralların milletlerarası ticaret alanının kanunlar ihtilâfi kuralları oldukları sanılmamalıdır<sup>351</sup>.

Adı geçen kuralların geliştirilmesinin temelinde, tacirin yeknesak olmayan kanunlar ihtilâfi kurallarından kendini kurtarmak istemesi yatmaktadır. Hukukî güven olmadan tacirin milletlerarası alanda korkusuzca faaliyet gösterebilmesine imkân yoktur. Bu bağlamda, millî hukuk sistemlerinin iç hukuk ilişkilerini düzenlemek amacıyla oluşturuldukları düşünülecek olursa, tacirlerin milletlerarası

---

Evaluation Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration, sh. 73.

<sup>350</sup> **Chukwumerije**, sh. 110; **Juenger**, F. K.: "The Lex Mercatoria and Private International Law", Louisiana L. Rev, Vol. 60, No. 4 (2000), sh. 1134.

<sup>351</sup> **Oğuz**, A.: "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği", AÜHFED, C. 50, S. 3 (2001), sh. 12.

ilişkileri söz konusu olduğunda yetersiz kalacakları gözden kaçmamaktadır<sup>352</sup>. Zaman içinde tacirler, yetkili mahkeme sorununu tahkim yoluyla, yetkili kanun sorununu ise hukuk seçimi serbestisi yoluyla çözmüşlerdir. Ancak, bu prensip üzerindeki görüş ayrılıkları ve ülkeden ülkeye farklı uygulanışı *lex mercatoria*'nın doğumuna yol açmıştır<sup>353</sup>.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, milletlerarası ticaret hukukunun sadece millî hukuk sistemlerinde yer alan kurallar tarafından düzenlenmediği kabul edilmektedir. Hâl böyle olunca, irdelenmesi gereken mesele, millî hukuk sistemlerinden farklı ve özerk bir hukuk sisteminin var olabilip olamayacağıdır. İşte bu teori *lex mercatoria* adını almaktadır<sup>354</sup>.

*Lex mercatoria*'nın ne anlama geldiğine ilişkin görüşleri 3 başlık altında toplamak mümkündür. Buna göre *lex mercatoria*:

- Özerk hukukî bir düzendir. Milletlerarası ekonomik ilişkiye girmiş taraflarca yaratılan ve millî hukuk sistemlerinden bağımsız olarak varlığını sürdüren bir sistemdir<sup>355</sup>.
- Normalde uygulanacak millî hukuk sistemine bir alternatif olarak karşımıza çıkan, uyuşmazlıkları çözmeye yönelik kurallar grubudur.
- Normalde uygulanacak hukuku tamamlayıcı nitelikte olan ve milletlerarası ticaretteki uygulamaları ve beklentileri içeren bir sistemdir<sup>356</sup>.

---

<sup>352</sup> **Lando**, O.: "The Lex Mercatoria in International Contracts Arbitration". (The Lex Mercatoria), CMLR, Vol, 24, (1987), sh. 754.

<sup>353</sup> **Göğür**, E.: Devletler Hususi Hukukundaki Çağdaş Akımlar, Ankara 1970, sh. 108; **Boer**, Facultative, sh. 300.

<sup>354</sup> **Akıncı**, İnşaat Sözleşmeleri, sh. 13.

<sup>355</sup> **Oğuz**, sh. 12; **Doğan**, V.: Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, (Akreditif), 2. Baskı, Ankara, 2005, sh. 33.

<sup>356</sup> **Nygh**, Autonomy, sh. 178.

*Lex mercatoria*'nın kaynaklarının neler olduğu meselesi de tartışma konusu oluşturmaktadır. Bu çerçevede *lex mercatoria*'nın devletler umumi hukuku kuralları, hukukun genel prensipleri<sup>357</sup>, yeknesak kurallar<sup>358</sup>, milletlerarası organizasyonların koyduğu kurallar, teamüller ve örf ve âdet, standart sözleşmeler ve hakem kararlarından meydana geldiği ileri sürülmektedir<sup>359</sup>.

Geleneksel görüşe göre ki hâlen büyük bir çoğunluk tarafından kabul görmektedir, kanunlar ihtilâfi kuralları, milletlerarası unsurlu sözleşmeler hukuku söz konusu olduğunda, hukuk seçimini millî hukuk sistemleriyle sınırlandırmaktadır. Bu bağlamda, İngiliz hakemlerin uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit ederken, İngiliz kanunlar ihtilâfi kurallarından hareket etmeleri gerektiği ve “sabit ve tanınabilen (*fixed and recognizable*)” bir hukuk sistemi dışında kalan maddî hukuk kurallarını uygulayamamaları gerektiği ileri sürülmektedir. Buradan hareketle, *lex mercatoria*'yı sabit ve tanınabilen bir hukuk sistemi olarak görmediklerini söylemek mümkündür<sup>360</sup>. Bu görüş, 1980 Roma Sözleşmesiyle de pekiştirilmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere, Sözleşmede kullanılan ibarelerden, ancak bir devlet hukukunun sözleşme taraflarınca seçilebileceği anlamının çıktığı ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, md. 2'de taraf devlet hukuku ibaresinin ve md. 3/3'te ise yabancı hukuk

---

<sup>357</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akıl**, A.: “Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılı Armağan, C. 7, S. 3-4 (2003), sh. 391; **Doğan**, Akreditif, sh. 152-154.

<sup>358</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Hartkamp**, A. S.: “The UNIDROIT Principles For International Commercial Contracts and the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods”, (Eds. **Woelki/Grosheide/Hondius/Steenhoff**), Comparability and Evaluation Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration, sh. 86.

<sup>359</sup> **Lando**, The Lex Mercatoria, sh. 749-751; **Chukwumerije**, sh. 111; **Lando**, O.: “Dicey & Morris The Conflict of Laws: A Review”, (Dicey & Morris), ICLQ, Vol. 47, (1998), sh. 401; **Göçer**, sh. 109.

<sup>360</sup> **Lando**, Dicey & Morris, sh. 400; **Doğan**, Akreditif, sh. 34.

kavramının yer aldığı vurgulanmaktadır. Buradan hareketle *lex mercatoria*'nın seçilmesi Roma Sözleşmesiyle uyumlu bir seçim olarak kabul edilmemektedir<sup>361</sup>.

Son zamanlarda hakem heyetlerinin, tarafların İngiliz mahkemeleri tarafından uygulanan standartların dışına çıkıp, başka kuralların uygulanmasını istemeleri halinde buna etki tanıdıkları dikkati çekmektedir. Hatta İngiliz mahkemelerinin, hakem heyetleri tarafından belli bir ülke hukukuna göre değil de, *lex mercatoria*'ya göre vermiş oldukları kararlara da etki tanıdıkları dikkati çekmektedir. 1996 İngiliz Tahkim Kanununa göre, hakem heyeti hukukî uyuşmazlığı tarafların seçtiği hukuka göre çözümler. Bu çözüm çerçevesinde atfa yer yoktur. Yine aynı kanuna göre, taraflar belli bir ülke hukukunu seçmek yerine aralarındaki uyuşmazlığın, uluslararası hukuk kurallarına veya ticaret hukukunun genel ilkelerine veya hak ve nısfete göre çözümlenmesini isteyebilirler. Ancak, taraflar uygulanacak kuralları seçmemişse, hakem heyeti hak ve nısfete göre karar veremez, böyle bir karar vermesi halinde yetkisini aşmış olur. *Lex mercatoria*'ya göre karar verip veremeyeceği konusu, daha az netleşmiş bir konudur<sup>362</sup>. Her ne kadar bazı kararlarda, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde hakem heyetinin *lex mercatoria*'ya göre karar verebileceği kabul edilse de, ki prensip itibarıyla bu kararlarda *lex mercatoria* bir hukuk sistemi olarak nitelendirilmiştir, *lex mercatoria*'nın hukuk sistemi olarak kabul edilip edilemeyeceği halâ tartışma konusudur<sup>363</sup>.

ICC tahkiminde, uyuşmazlığın tarafları açıkça *lex mercatoria*'ya atıf yapmadığı hallerde, hakem heyetinin bu doğrultuda karar vermesi tavsiye

---

<sup>361</sup> **Bonell**, M. J.: "The UNIDROIT Principles and Transnational Law", Online Internet, 01.04.2004, sh. 2; **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 144; **Cheshire/North**, sh. 475.

<sup>362</sup> **Hill**, J., sh. 299-302.

<sup>363</sup> **DST v. Rakoil** (1990) 1 A.C. 295 (**Hill**, J., Arbitration, sh. 302'den naklen).

edilmemektedir<sup>364</sup>. Ayrıca UNCITRAL Model Kanunu'na göre (md. 28) hukuk seçimi yapılmamışsa, hakem heyeti “hukuk kuralları”ndan değil, “belli bir hukuk sistemi”nden hareketle karar vermek durumundadır. Dolayısıyla, belli bir ülke hukukunun uygulanmasına imkân verecek kanunlar ihtilâfi kurallarından hareket etmeleri gerekmektedir<sup>365</sup>.

Model Kanun'da, md. 28'e uyulmamış olmasının gerçek anlamda yaptırıma tâbi tutulduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak, 1996 İngiliz Tahkim Kanununun taraflara, hakem heyetinin böyle bir uygulaması karşısında temyize gitme imkânı verdiği ve hatta tahkim kararının yetki aşımı dolayısıyla iptalinin mümkün olduğunu belirttiği dikkati çekmektedir<sup>366</sup>.

Öte yandan, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT Prensiplerinin önsözünde, bu prensiplerin, sözleşme taraflarının hukukun genel prensiplerini, *lex mercatoria*'yı ve benzerini sözleşmelerine uygulanmak üzere seçtiklerinde uygulanacağı düzenlenmiştir<sup>367</sup>.

*Lex mercatoria* teorisine karşı çıkan görüşlerin ileri sürdükleri eleştirileri üç başlık altında toplamak mümkündür. Birinci eleştiriye göre, millî hukuk sistemleri dışında *lex mercatoria*'ya bir hukuk sistemi olma niteliğini verebilecek herhangi bir milletlerarası otorite mevcut değildir<sup>368</sup>. İkinci eleştiri, *lex mercatoria*'nın hangi kurallardan meydana geldiğinin tam olarak tespit edilememesidir<sup>369</sup>. Son olarak da,

---

<sup>364</sup> Hill, J., Arbitration, sh. 303.

<sup>365</sup> Hill, J., Arbitration, sh. 303.

<sup>366</sup> Hill, J., Arbitration, sh. 303.

<sup>367</sup> İngilizce metin için bkz. Text of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, UNIDROIT, Rome, 1994.

<sup>368</sup> Lando, The Lex Mercatoria, sh. 752.

<sup>369</sup> North, sh. 110.

*lex mercatoria*'ya göre verilen kararları denetleme sorununun doğacağı ve bu kararların bağlayıcı gücünün bulunmadığı ileri sürülmektedir<sup>370</sup>.

*Lex mercatoria*'nın meşruluğu, bir hukuk sistemi olarak tanınmasına, o da devlet yetkilileri tarafından seçilen veya kullanılan bir sistem olmasına bağlıdır. Seçilen hukukun bir devletin hukuku olması varsayımının artık önemini yitirdiği kabul edilecek olursa, *lex mercatoria* tarafından idare edilen sözleşme hukuksuz bir sözleşme sayılmamalıdır. Birçok çağdaş milletlerarası özel hukuk kanununda tarafların hukuk seçimi yapabilecekleri düzenlenirken, adı geçen hukukun bir devlet hukuku olması gerektiğinden bahsedilmemektedir<sup>371</sup>. Ayrıca, *lex mercatoria*'nın bağlayıcılığını bir devlet otoritesi tarafından yapılmış ve onaylanmış olmasında değil, özel normlar sistemi olarak iş çevreleri ve devlet otoriteleri tarafından tanınmasında aramak gerekir<sup>372</sup>. *Lex mercatoria* mükemmel bir sistem olmamakla birlikte, milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanabilir niteliktedir. Unutulmamalıdır ki, bir zamanlar birçok hukuk sistemi mükemmel değildi ve bir kısmı halâ daha değil. Dolayısıyla, tacirlerin *lex mercatoria*'yı seçmelerini engellemek çok yanlış bir davranış olacaktır<sup>373</sup>.

İster millî hakem heyeti olsun, isterse millî olmayan bir hakem heyeti söz konusu olsun, millî hukuk tarafından idare ediliyorsa, bu hukukun kamu düzenini ve doğrudan uygulanan kurallarını dikkate almak durumundadır. Roma sözleşmesine göre sözleşme statüsü olmayan bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarının da uygulanması söz konusu olabilmektedir. *Lex mercatoria* tarafından idare edilen

---

<sup>370</sup> Akıncı, İnşaat Sözleşmeleri, sh. 14.

<sup>371</sup> Çağdaş milletlerarası özel hukuk kanunlarının yanı sıra, birçok milletlerarası sözleşmede özellikle tahkimle ilgili olarak *lex mercatoria*'ya atıf yapılabileceği düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Juenger, sh. 1137; Lando, *The Lex Mercatoria*, sh. 755-760.

<sup>372</sup> Lando, *The Lex Mercatoria*, sh. 752.

<sup>373</sup> Lando, *The Lex Mercatoria*, sh. 755.

sözleşmelerin sözleşme statüsü/uygun hukuku olmaz. Dolayısıyla, Roma Sözleşmesi md. 7/1 geniş yorumlanacak olursa, hakem, sözleşmeye normalde uygulanacak hukukun doğrudan uygulanan kurallarını dikkate almak durumunda kalacaktır. Dolayısıyla *lex mercatoria*'nın uygulanması halinde doğrudan uygulanan kurallardan kaçınılabileceğine ilişkin endişeler yersizdir<sup>374</sup>.

Milletlerarası unsurlu sözleşmelerde, millî olamayan hukuk sistem ve prensiplerinin millî mahkemelerce uygulanması iki şekilde mümkün olabileceği ileri sürülmektedir. Birinci halde taraflar, belli bir ülke hukukunu sözleşmelerini idare etmek üzere seçerler ve bu hukukun maddî hukuk kuralları çerçevesinde (sözleşme özgürlüğü), millî olmayan hukuk sistem veya prensiplerini yetkili kılabilirler. Bu durum genel kabul görmektedir<sup>375</sup>.

İkinci halde, sözleşme doğrudan doğruya millî olmayan hukuk kural ve prensiplerine tâbi tutulabilir, ki bu durumda bu kural ve sistemlerin ne dereceye kadar hukuk sistemi olarak kabul edildiklerinin irdelenmesi gerekir. Günümüz doktrininde çoğunluk, bu kural ve prensipleri hukuk sistemi olarak kabul etmediğinden millî mahkemelerce uygulanma imkânları yoktur. Bu bağlamda, objektif bağlama ile tespit edilen yetkili hukuktaki sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bu kuralların değerlendirilip uygulanmaları söz konusu olabilir<sup>376</sup>.

Madem ki milletlerarası ticarî tahkimde taraflara tam bir irade serbestisi tanınıyor, bu serbestiyi, seçilen hukukun millî bir hukuk sistemi olması gerektiği şeklinde sınırlandırmanın haklı sebepleri yoktur. Tarafların, milletlerarası unsurlu sözleşmelerine uygulanmak üzere millî bir hukuk sistemini seçmelerindeki pratik ve

---

<sup>374</sup> **Lando**, The Lex Mercatoria, sh. 765.

<sup>375</sup> **Doğan**, Akreditif, sh. 156.

<sup>376</sup> **Doğan**, Akreditif, sh. 157.

hukukî sebepler, millî olmayan kural ve sistemlerin<sup>377</sup> seçiminde de mevcuttur. Her iki halde de tarafların amacı, aralarındaki sözleşme ilişkisi bakımından güven ve istikrarı sağlamak ve adil bir çözüme ulaşmaktır. Tahkimde millî olmayan hukuk sistemlerinin seçimi, tahkim müessesesinin mahiyetine ve tarafların amacına daha uygun düşmektedir. Halbuki, mahkemeler önünde bu kuralların uygulanmasını talep etmek o kadar kolay olmamaktadır<sup>378</sup>. Mahkemeler devletin yargı yetkisini kullanan otoriteler olarak birtakım kuralları uygulamakla mükelleftirler. Örneğin, tarafların seçtikleri hukuk mahkemenin uygulayacağı usule ilişkin hususları idare edememektedir. Dolayısıyla, *lex mercatoria*'nın sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçilmesi halinde, adlî yargıda kabulü daha zor olacaktır; merğer ki, söz konusu kurallar sözleşmeye hüküm olarak konsun.

#### **b. Hak ve Nısfet**

Denmektedir ki, taraflar hakem heyetinin hakkaniyete göre karar vermesini kararlaştırabildiklerinden dolayı hukuksuz bir sözleşme söz konusu olabilmektedir. Bu görüşe göre, tarafların amacı, hakemleri bir hukuk sistemi dışında hakkaniyete uygun olarak karar vermeye yönelmektir. Diğer görüşe göre ise, bu yorum çok geniş olduğundan, hakemler böyle bir durumda genel olarak kabul görmüş birtakım hukuk prensiplerinden hareketle karar vermelidirler. Buna göre, adı geçen prensiplerin mutlaka bir millî hukuk sisteminden çıkmış olmaları gerekmemektedir<sup>379</sup>.

---

<sup>377</sup> Bu kural ve sistemlerle anlatılmak istenen; Genel Hukuk Prensipleri, Milletlerarası Hukukun Genel Prensipleri, yürürlükte olmayan hukuk sistemleri, dinî hukuklar, milletlerarası ticaretin genel prensip, tatbikat ve teamülleridir. Bkz. **Şanlı**, sh. 151.

<sup>378</sup> **Şanlı**, sh. 144.

<sup>379</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 173.

Kanaatimizce, *Lex mercatoria*'yla ilgili olarak ileri sürülen eleştiriler ve özellikle belirsizlik eleştirisi, hak ve nispet söz konusu olunca haydi haydi ileri sürülebilecektir.

## 2. Seçilen Hukukun Yürürlükte Olan Bir Hukuk Olması

Taraflar, hukuk seçimi zamanında yürürlükte olan bir hukuku aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçebilirler; yoksa, yürürlükten kalkmış bir hukukun, örneğin Roma Hukukunun uygulanmasını isteyemezler. Çünkü yürürlükten kalkmış olan hukuk pozitif hukuk olma niteliğini yitirir<sup>380</sup>. Kanaatimizce, seçilen hukuk çağdaş bir millî hukuk sistemi olmalı ve taraflar bu sistemdeki değişikliklerle bağlı olmalıdırlar. Bunun en önemli nedeni, gerçek bir hukukun uygulanmasındaki düzen menfaattir. Dolayısıyla, verilen karar uygulanabilir olmalıdır. Bu bağlamda, aslında sözleşmenin taraf iradesiyle değil de, bu iradeden bağımsız olarak, seçilen hukuk tarafından idare edildiği söylenebilir.

Acaba hukuk seçimi zamanında yürürlükte olan bir hukuk sonradan yürürlükten kalkarsa ne olur? *Çilingiroğlu*, bu durumda iki ihtimalden söz etmektedir. Eğer taraflar seçtikleri hukukun bazı maddelerini sözleşmeye dahil etmişler ve dolayısıyla adı geçen kurallar sözleşmenin hükmü haline gelmişse, ki bu durumda *incorporation* söz konusu olduğundan, adı geçen hukukun yürürlükten kalkması tarafların seçimini etkilemeyecektir. Yok eğer taraflar seçtikleri hukuka atıf yapmışlar, diğer bir ifadeyle yetki tanımışlarsa, yürürlükten kalkması halinde sözleşmeye uygulanmayacak ve bu kanun yerine yürürlüğe giren yeni kanun uygulanacaktır. Yazara göre, eski kanunla yeni kanun taban tabana zıt hükümler

---

<sup>380</sup> *Çilingiroğlu*, sh. 108; *Mann*, *The Proper Law*, sh. 448.

içeriyorsa, taraflara ikinci bir seçim hakkı tanınmalıdır<sup>381</sup>. Hukuk sistemindeki değişikliklerle tarafların bağlı olup olmayacakları meselesi seçilen hukukun sabitleştirilmesi başlığı altında daha detaylı olarak incelenecektir.

## **B. HUKUK SEÇİMİNİN SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI**

Bu şartın gerekliliğiyle ilgili çok az şüphe olmakla birlikte, milletlerarası karakterin kaynağının ne olduğu konusu belirsizdir. Acaba bir sözleşmeye milletlerarası unsurlu sözleşme niteliğini ne kazandırır? Şunu belirtmek gerekir ki, hukuk seçimi serbestisi karşıtları, bu serbestinin uygulanma alanını daraltmak adına, hangi sözleşmelerin iç hukuk sözleşmesi olduğu konusunda geniş yorum yapmaktadırlar. Bu bağlamda bazıları, sözleşme hukuk seçimi içerse dahi, hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak hukuk hâkimin hukuku ise, hukuk seçimine izin verilmemesi gerektiğini ileri sürmektedirler. Diğer bazıları ise, sözleşme ile ilgili olarak hâkimin mensubu olduğu devletin menfaati olduğu durumlarda hukuk seçimine izin verilmemesi gerektiğini savunmaktadırlar<sup>382</sup>.

Meseleyle ilgili birtakım milletlerarası sözleşmeler incelencek olursa, Roma Sözleşmesi madde 1'e göre, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanmak üzere, farklı ülke kanunları arasında bir seçimin yapılması gerektiği durumlarda uygulanacaktır. Bu madde hükmünden anlaşılacağı üzere Sözleşme, milletlerarası unsurlu sözleşme ilişkilerine uygulanacaktır. Böyle bir sözleşmenin varlığından söz edebilmek içinse, farklı ülke hukuklarının uygulanmak üzere karşı karşıya gelmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla, eğer bir sözleşme sadece tek bir ülke ile bağlantılıysa, Roma Sözleşmesinin uygulanma alanına girmeyecektir.

---

<sup>381</sup> Çilingiroğlu, sh. 109.

<sup>382</sup> Thomson, sh. 655.

1986 La Haye Sözleşmesi madde 1'e bakıldığında, bu Sözleşmenin satım sözleşmelerine uygulanacak hukuku, tarafların iş yerlerinin farklı ülkelerde olduğu veya farklı ülke hukukları arasında bir seçimin söz konusu olduğu durumlarda belirlediği düzenlenmiştir. 1986 La Haye Sözleşmesi hazırlanırken, hangi satımların milletlerarası unsurlu sayılacağı meselesi tartışılmış ve üç sistem öngörülmüştür. Birinci sisteme göre, eğer tarafların iş yerleri farklı ülkelerde ise, aralarındaki satım milletlerarası unsurlu satımdır. Bu sistemin, 1986 La Haye Sözleşmesi'nde olduğu gibi, Viyana Sözleşmesi'nde de (md. 1/2) benimsendiği görülmektedir. İkinci sisteme göre, bir milletlerarası sözleşmenin uygulanma alanı belirlenirken milletlerarası unsurlu sözleşme deyimi kullanılmalı ve fakat bir sözleşmeyle ilgili olarak bu niteliğin tayini hâkimin takdirine bırakılmalı, milletlerarası sözleşmede herhangi bir tanım yer almamalıdır. Bu sistem ise 1955 La Haye Sözleşmesi'nde (md. 1) benimsenmiş olan sistemdir. Üçüncü olarak, kanunlar ihtilâfına yol açan bir satım söz konusu ise, bu satım milletlerarası unsurlu satım olarak kabul edilmelidir. Bu sistemin Roma Sözleşmesi'nde (md. 1) kullanıldığını görmek mümkündür. Tatminkâr bir sonuca ulaşma imkânı sağlamadığından ikinci sistem hemen reddedilmiştir. Sonuç itibarıyla, 1986 La Haye Sözleşmesi'nde, iş yerleri farklı ülkelerde bulunan taraflar arası sözleşmelerle, kanunlar ihtilâfına yol açan sözleşmeler milletlerarası unsurlu sözleşme olarak kabul edilmiştir.

Tezimizin Birinci Bölümünde belirtildiği üzere<sup>383</sup>, bir sözleşmenin milletlerarası unsurlu bir sözleşme olup olmadığını tespit edilmesi amacıyla, üç değişik yöntemin kullanılabileceği ileri sürülmektedir. Kanaatimizce, bir sözleşmenin milletlerarası unsurlu sözleşme olup olmadığını tespitinde her üç yöntem

---

<sup>383</sup> Bkz. sh. 6 vd.

de dikkate alınmalı ve sözleşmenin herhangi birine göre milletlerarası unsurlu sayılması yeterli kabul edilmelidir. Dolayısıyla, hangi yöntemden hareket edilirse edilsin, bir sözleşmenin hangi hukuka tâbi tutulacağı hususunda tereddüt varsa, o sözleşme milletlerarası sözleşme olarak kabul edilmelidir.

### **C. HUKUK SEÇİMİNİN ZAMAN BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI**

Bir milletlerarası sözleşmenin tarafları, acaba hukuk seçimini ne zaman yapmalıdırlar? Diğer bir ifadeyle, acaba hukuk seçimi yaparken zamanına ilişkin bir sınırlama söz konusu mudur? Prensip itibarıyla, hukuk seçiminin sözleşme kurulduğu sırada veya daha sonra yapılabileceği kabul edilmektedir. Hatta bu seçimin uyuşmazlığın konu olduğu dâva esnasında bile yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>384</sup>.

Roma Sözleşmesi, madde 3/2'ye göre, taraflar hukuk seçimini sözleşmenin kuruluşu anında yapabilecekleri gibi, sonradan da yapabileceklerdir. Bu madde ile taraflara tanınan bir diğer olanak ise, her ne kadar açıkça belirtilmemiş olsa da, yapmış oldukları seçimi daha sonra değiştirebilmeleridir. Ancak tarafların sonradan hukuk seçimi yapmaları ya da yaptıkları seçimi değiştirmeleri halinde, seçilen yeni hukukun sözleşmenin şekli geçerliliğini ve üçüncü şahısların haklarını olumsuz yönde etkilememesi garanti altına alınmıştır.

1986 La Haye Sözleşmesi, md. 7/2'ye göre, taraflar herhangi bir zaman hukuk seçimi yapabileceklerdir veya sözleşmeyi idare eden hukuku değiştirebileceklerdir. Öte yandan, aynı hükme göre, taraflar, ifa sırasında bile

---

<sup>384</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 262; **Diamond**, sh. 265; **Çilingiroğlu**, sh. 108; **Schönenberger**, sh. 310.

yaptıkları seçimi değiştirebileceklerdir. Ancak, bu değişiklik üçüncü şahısların haklarını ve sözleşmenin şekli geçerliliğini olumsuz yönde etkilememelidir.

Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün *Basel* kararlarına göre (md. 6/1) taraflar sözleşmeyi akdettikten sonra da uygulanacak hukuku seçebilmektedirler. İsviçre MÖHK, md. 116/3, hukuk seçiminin her zaman yapılabileceğini öngörmektedir. Buna göre eğer hukuk seçimi sözleşmenin kuruluşundan sonra yapılmışsa, bu seçim üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, sözleşmenin kuruluşundan itibaren geçerli olur.

*Pierce*'a göre, sözleşmenin kuruluşundan sonra meydana gelecek hukuk seçimi üç şekilde ortaya çıkabilir. Bunlardan birincisine göre taraflar, sözleşmede uygulanacak hukuka ilişkin olarak herhangi bir atıfa yer vermemiş olmakla birlikte, zımnî irade ile hukuk seçimini sonradan meydana gelecek bir olaya bağlarlar. İkinci halde taraflar, birden fazla hukuk sistemini seçerler ve hangisinin uygulanacağını sonradan meydana gelecek bir olaya bağlarlar. Üçüncü durumda ise taraflar, sözleşmeye uygulanacak hukuku sonradan seçeceklerini veya sonradan değiştireceklerini kararlaştırırlar<sup>385</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, kabul gören görüşe göre, taraflar sonradan yapacakları anlaşma ile seçilmiş olan veya objektif olarak belirlenmiş olan hukuku değiştirebilmelidirler. Bu tip bir değişiklik açıkça yapılabileceği gibi, açıkça ifade edilmeden, örneğin, değişikliğe müsaade eden bir ülke hukukunun seçilmesi şeklinde de kendini gösterebilir. Zımnî değişiklik, tarafların iş düzenlemelerini değiştirmeleri şeklinde de olabilir. Seçilen hukuku değiştirme hakkı, hukuk seçimi serbestisinin bir parçasıdır. Yukarıda belirtildiği

---

<sup>385</sup> **Pierce**, sh. 190.

üzere, bugün kabul gören görüşe göre, taraflar gerekirse geriye etkili olarak ve fakat kazanılmış haklar<sup>386</sup> ve 3. kişilerin hakları saklı kalmak şartıyla ve yine sözleşmenin şekli geçerliliğini etkilememek kaydıyla değişiklik yapabilmektedirler<sup>387</sup>.

Üçüncü kişilerin haklarının korunması, sözleşme statüsünün değiştirilmesiyle ilgili en önemli meselelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sebeple İngiliz doktrinine göre, sözleşme taraflarının değişikliğin geriye yürümesini istemeleri halinde üçüncü kişilerin hakları tehlikeye girerse, bu talep iyi niyet prensibine aykırılıktan dolayı mahkeme tarafından kabul edilmemelidir. Ayrıca, söz konusu hakların kazanılmış hak olup olmadığı da değişiklikten önceki sözleşme statüsü tarafından tespit edilmelidir<sup>388</sup>.

Uygulamada hukuk değişikliğinin daha çok yargı aşamasında, tarafların hâkimin hukukunun uygulanmasını istemeleri şeklinde ortaya çıktığı görülür. Hâl böyle olunca, hâkimin hukukunun usul kurallarının bu değişikliğe ne ölçüde etki tanıdığına bakılmalıdır<sup>389</sup>. Bu bağlamda, Alman mahkemeleri, tarafların hukuk seçiminin varlığına rağmen, sonradan hâkimin hukukuna dayanmalarını, uygulanacak hukukun değiştirilmesi şeklinde yorumlamaktadırlar. Bu uygulamanın amacı, seçilen yabancı hukukun *ex officio* uygulanışını engellemek şeklinde ortaya konmaktadır. Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesi, hâkimin hukuku lehine yapılan bir değişikliğin, açıkça ve bilinçli bir şekilde yapılmış olma şartını aramaktadır<sup>390</sup>. İtalya mahkemeleri, Alman ve İsviçre mahkemelerinden tamamen farklı bir tutum izlemektedirler. Bu mahkemelere göre, tarafların seçtikleri hukuku

---

<sup>386</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Boer**, Facultative, sh. 288 vd.

<sup>387</sup> **Cheshire/North**, sh. 479; **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 262; **Nygh**, The Expectations, sh. 321; **Çilingiroğlu**, sh. 108; **Sargın**, Patent, sh. 42.

<sup>388</sup> **Pierce**, sh. 199.

<sup>389</sup> **Cheshire/North**, sh. 478.

<sup>390</sup> **Lando**, The Conflict, sh. 316.

sonradan değiştirmelerine imkân yoktur. Halbuki, *Lando*'ya göre seçilen hukukun sonradan değiştirilmesine karşı ileri sürülebilecek geçerli bir itiraz söz konusu olamaz<sup>391</sup>.

Tarafların uygulanacak hukuku değiştirme haklarının olup olmadığına hangi hukuk karar verecektir? Bir görüşe göre, hâkimin hukuku değişikliğin mümkün olup olmadığına karar vermelidir. Bilindiği üzere, hâkimin hukukunun, hukuk seçimini reddettiği hallerde, hukuk seçimi değişikliği meselesinden söz etmeye gerek kalmayacaktır. Ancak, bu hukuk sistemi hukuk seçimine izin veriyor ve fakat değiştirilmesine müsaade etmiyorsa durum değişecektir. Bu çerçevede bir diğer görüş, seçilen hukukun değiştirilip değiştirilemeyeceği meselesini yeni seçilen hukuka tâbi tutmak gerektiğini savunmaktadır<sup>392</sup>. Kanaatimizce, nasıl ki hukuk seçimi yapılıp yapılamayacağına hâkimin hukuku karar vermektedir, yapılan seçimin değiştirilip değiştirilemeyeceğine de yine hâkimin hukuku karar vermelidir. Böyle bir değişiklik imkânı olup olmadığını tespit etmeden, yeni seçilen hukuktan söz etmek mümkün olmayacaktır.

İrdelenmesi gereken bir diğer mesele, yeni seçimin, sözleşme üzerindeki etkisidir. Eğer sözleşme, ister seçilmiş, ister objektif olarak belirlenmiş olsun değiştirilen hukuka göre geçersiz iseydi, hukuk seçiminin ana sözleşmeden bağımsız olduğu düşüncesinden hareketle, sözleşme yeni seçilen hukuka tâbi tutularak geçerli hâle getirilebilmelidir. Bu geçerliliğin hangi andan itibaren başlatılması gerektiği tarafların hukuk seçiminin geriye etkili olup olmamasına göre değişecektir. Aynı prensip, yeni seçilen hukukun sözleşmeyi geçersiz hâle getirmesi meselesinde de uygulanır. Mevcut sözleşme, ya seçim anından itibaren ya da geriye etkili olarak

---

<sup>391</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 316.

<sup>392</sup> **North**, sh. 57.

geçersiz hale gelecektir. Herhalükârda bu durum yeni hukuk seçimi şartının geçerliliğine bağlıdır. Eğer bu hukuk seçimi geçersiz ise, hem değiştirilen hukuka, hem de sözleşmenin geçerliliğine veya geçersizliğine etki etmeyecektir<sup>393</sup>.

Uygulanacak hukuk değiştirildiğinde, taraflarca böyle bir istem belirtilmediği zaman, bu değişikliğin otomatik olarak geriye yürüyüp yürümeyeceği açık değildir. Prensip olarak, buna, yeni seçilen hukuk karar vermelidir. Bazı hukuk sistemleri, bu konuda sessiz kalırken, bazıları bu değişikliğin ileriye yönelik etki edeceğine dair kurallar ihtiva etmektedir. Şunu belirtmek gerekir ki, ileriye veya geriye yönelik etki meselesi ile ilgili genel bir kuralın mevcudiyeti, pek fazla istenen bir durum değildir. Çünkü, zaman zaman taraflar geriye veya ileriye etki konusunda âni kararlar verebilmektedirler. Örneğin, dâva esnasında tarafların hâkimin hukukunun uygulanacağına karar vermeleri, açıkça geriye etki istediklerini göstermektedir. Diğer hallerde, örneğin taraflar iş düzenlemelerini değiştirmişlerse, ileriye yönelik bir etki öngörmüş oldukları söylenebilir. Öte yandan, hukuk seçiminin sözleşmenin geçerliliğine etkisi de, bu istemi etkileyen faktörlerden biri olabilmektedir. Sonuç olarak, tarafların açık veya zımnî iradelerine bağlı olarak bu etkinin değişebileceği söylenebilir<sup>394</sup>.

## **D. HUKUK SEÇİMİNİN SÖZLEŞMENİN KAPSAMI BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI**

### **1. Sözleşmenin Parçalanması**

Sözleşmenin tamamına tek bir hukukun uygulanması, yani sözleşmenin birliği ilkesi, milletlerarası unsurlu sözleşmeler alanında yaygın olarak kabul gören bir ilkedir. Ancak, bu ilkenin birtakım istisnaları da vardır. Sözleşmenin şekline

---

<sup>393</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 102.

<sup>394</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 102.

sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun uygulanması örneğinde olduğu gibi, milletlerarası özel hukuka ilişkin bazı menfaatlerin bu durumu gerekli kılması sözleşmenin parçalanmasına yol açar<sup>395</sup>. Tercih edilen bir durum olmamakla birlikte, hukuk seçimi serbestisinin sınırlandırılmaması gereği bu tip neticelere yol açmaktadır.

Burada yanıtlanması gereken soru, bir sözleşmenin taraflarının aralarındaki sözleşmenin farklı kısımlarını farklı hukuklara tâbi tutup tutamayacaklarıdır. Roma Sözleşmesi'nin 3. maddesi, “taraflar sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacak olan hukuku seçebilirler” demektedir. İlk bakışta, bu hükmün birden fazla hukukun sözleşmeye uygulanmak üzere seçimini reddeder nitelikte olduğu görülmektedir. Benzer bir hüküm, Meksika Sözleşmesi md. 7/1’de de yer almaktadır. 1955 La Haye Sözleşmesi, md. 2, diğer milletlerarası sözleşmelerden farklı olarak, kısmî veya birden çok hukuk seçimine ilişkin herhangi bir ibare içermediğinden, satımın bir bütün olarak tek bir hukuka tâbi olacağı şeklinde anlaşılmış ve sözleşmenin parçalanmasına yol açacak şekilde farklı kısımlara farklı hukukların uygulanmak üzere seçilmesi imkânını ortadan kaldırdığı kabul edilmiştir. Öte yandan, 1986 tarihli La Haye Sözleşmesi md. 7/1’e göre, hukuk seçimi, sözleşmenin bir kısmı ile sınırlandırılabilir. Sözleşmenin farklı kısımlarına uygulanmak üzere değişik hukukların seçilebileceğinin açık bir ifadesini, Uluslararası Hukuk Enstitüsünün 1992 tarihli *Basel* kararında görmek mümkündür. Burada, “sözleşmenin bir kısmına” ibaresi yerine, “sözleşmenin bir veya daha fazla parçası” ibaresi kullanılmıştır<sup>396</sup>.

---

<sup>395</sup> Sözleşmenin Parçalanması ile ilgili olarak bkz. II. Bölüm sh. vd.

<sup>396</sup> Basel kararları, sh. 208 (Nygh, *Autonomy*, sh. 130’ dan naklen).

Roma Sözleşmesi'ndeki belirsiz ibareye karşın, *Giuliano ve Lagarde* raporu doğrudan bir tespit içermemekle birlikte, üstü kapalı olarak birden fazla hukukun seçilebileceğini ortaya koymaktadır. Bunun nedeni, böyle bir imkân tanınmış olmasının sözleşme özgürlüğüne hizmet edeceği düşüncesidir. *Lagarde*'a göre, Sözleşme bunu açıkça belirtmemiş olsa bile, md. 3/1'in yorumu bizi bu sonuca ulaştırmaktadır<sup>397</sup>.

Roma Sözleşmesi'nde yer alan bu hüküm hususunda, *Dicey ve Morris*, tarafların birden fazla hukuku seçebileceklerinin sade bir şekilde ifade edildiğinin ve mahkemeye bu hakkın tanınmış olup da, taraflara tanınmamış olmasının düşünülemeyeceğinin altını çizmektedirler<sup>398</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, adı geçen milletlerarası sözleşmeler “bir kısım” ibaresini kullanmaktadırlar. Şunun altını çizmek gerekir ki, bu kısım bölünebilir bir kısım olmalıdır; yani hak ve yükümlülüklerin bir alt grubu olarak ana sözleşmeden ayrı bir varlık gösterebilmelidir. Buna örnek olarak malların ithalâtı ve ihracatı için gerekli olan ön şartlar gösterilebilir. Fransız yargıçlara göre, birbirinden ayrılabilir kısımları saptamak için, sözleşmeye uygulanacak her iki hukukun, yani sözleşmenin bir kısmına uygulanmak üzere seçilen hukukla, sözleşmenin kalanına uygulanacak olan hukukun, ortak etkisinin sözleşmeye uygunluğu veya bu hukukların hükümleri açısından uygunluğun bozulup bozulmadığına, diğer bir ifadeyle, her iki hukukun birden uygulanmasının herhangi bir uygunsuz sonuca yol açıp açmadığına bakılır. Burada akla şöyle bir soru gelmektedir: Acaba sözleşmeye uygulanacak hukuk nasıl bir uygunsuzluk yaratabilir? Buna örnek olarak tarafların, ekonomik yönden güçlü olan tarafın baskısı sonucu, uygulanacak hukukun emredici

---

<sup>397</sup> *Giuliano/Lagarde*, Report, JOCE No. C282, 31.10.80, sh. 17.

<sup>398</sup> *Dicey/Morris*, sh. 1207.

kurallarını bertaraf edip, tamamlayıcı kurallarını öngörmeleri ve sözleşmenin zayıf tarafını adı geçen hukukun koruyucu hükümlerinden mahrum etmeleri gösterilmiştir<sup>399</sup>. Karma sözleşmelerde ve hukukî veya ekonomik bakımdan birbirinden bağımsız bölümleri olan sözleşmelerde birden çok hukuk seçimi veya kısmî hukuk seçimi kabul edilebilir birşeydir. Fakat satım sözleşmesi gibi basit nitelikteki bir sözleşmede parçalanmaya yol açan seçimler sözleşmenin ekonomik ve hukukî açıdan bütünlüğünü bozacağından, kabul edilmemeli ve sınırlandırılmalıdır<sup>400</sup>. *Cheshire* ve *North*, hukuk seçiminin prensip olarak, sözleşmenin bağımsız hükümleri için yapılabileceğini ileri sürmekte ve sözleşmenin tümünü etkileyecek belli bir meselenin, örneğin, sözleşmenin kurulmasının, yükümlülüklerin içerik ve geçerliliğini idare eden hukuktan farklı bir hukuka tâbi tutulabileceğini kabul etmektedir<sup>401</sup>.

Sözleşmenin bölünmesi ile ilgili olarak şöyle bir sorun ortaya çıkmaktadır: Acaba sözleşmenin kurulması ve maddî içeriği birbirinden nasıl ayrılır? *Giuliano* ve *Lagarde* raporuna göre, hukuk seçimi, sözleşmenin farklı meselelerini idare edecek farklı hukuk sistemlerinin karışıklığa yol açmasına imkân vermeyecek şekilde yapılmalıdır<sup>402</sup>.

Yükümlülüklerin bölünemediği durumlarda mantıklı bir uyumsuzluk çıkması ihtimali oldukça yüksektir. Bu da demektir ki, sözleşmenin farklı kısımları arasındaki çizgi belirsizleştiği zaman, yükümlülüklerin birbirlerinden ayrılabilirlikleri ortadan kalkar. Sonuç olarak, bölünme, sözleşmenin ayrılabilir kısımlarına ilişkin olarak mümkündür. Eğer taraflar sözleşmenin farklı kısımlarına uygulanmak üzere farklı

---

<sup>399</sup> **Blom**, Part I, sh. 239.

<sup>400</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 25; **Schönenberger**, sh. 306.

<sup>401</sup> **Cheshire/North**, sh. 477.

<sup>402</sup> **Giuliano/Lagarde**, Report, sh. 17.

hukuklar seçmişler ve fakat bu kısımlardan biri dahi ayrılabilir nitelikte değilse, bütün seçimler başarısızlıkla sonuçlanmış olacağından, uygulanacak hukuk objektif olarak belirlenir ve sözleşmenin tamamına uygulanır<sup>403</sup>. Şunu belirtmek gerekir ki, ayrıca tarafların sözleşmenin farklı kısımlarına uygulanmak üzere yaptıkları birden fazla hukuk seçiminin geçerliliği, sözleşmenin türüne ve böyle bir düzenlemenin temelindeki menfaatlere dayanır<sup>404</sup>.

Ayrıca, farklı bayrak taşıyan birden fazla gemiyle mal taşınması meselesinde, bayrak ülkesi hukukunun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesinde olduğu gibi, sözleşmenin bölünmesi taraflar arasında sorumluluk çakışmasına yol açacaksa, beyan edilen hukuk seçimine etki tanınmayacaktır<sup>405</sup>.

İngiliz hukukçuları, sözleşme bölündüğü hallerde dahi, her zaman için sözleşmeyi idare eden bir “idareci” hukukun varlığından ve bunun bölünemeyeceğinden söz etmektedirler. Bu hukukun sözleşmenin genel yükümlülüğünü düzenleyen hukuk olduğu ileri sürülmektedir. Bu aşamada, akla bir çekirdek/merkez idareci (*core governing*) uygulanacak hukukun gerçekten olup olmadığı ve dolayısıyla bölünmeye bu çekirdek hukukun karar vermesi gerekip gerekmediği gelmektedir. Prensip olarak böyle bir hukukun varlığı kabul edilmemektedir. Eğer taraflar sözleşmenin sadece küçük bir kısmına uygulanmak üzere bir hukuk belirlemişlerse, kalan kısmına uygulanacak hukuk çekirdek-idareci hukuk değil, ancak genel olarak uygulanacak hukuk olabilir. Böyle bir durumda, bu hukuk bölünen kısım veya kısımlara tesir etmez<sup>406</sup>. Bazı başka yazarlar ise, “artık

---

<sup>403</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 305; **Nygh**, *Autonomy*, sh. 133; **Cheshire/North**, sh. 476; **Çilingiroğlu**, sh. 108.

<sup>404</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 304.

<sup>405</sup> **Morris**, sh. 343.

<sup>406</sup> **Boggiano**, A.: “International Contracts in Argentina”, (*Argentina*), *RabelsZ*, V. 47, (1983), sh. 437.

hukukdan (*residual law*)” söz etmekte ve bu hukuku sözleşmenin bölünmemiş kısımlarına uygulanacak hukuk olarak tanımlamaktadırlar<sup>407</sup>.

Tarafların sözleşmenin oluşumunu geçerli hale getirmek için, bu meseleyi bir hukuk sistemine ve ifayı da başka bir hukuk sistemine tâbi tutabilecekleri ileri sürülmektedir. Hatta, ifanın her aşamasını başka bir hukuka tâbi tutarak, daha fazla bölünmeye yol açabilecekleri belirtilmektedir. Şu da bir gerçektir ki, tarafların bu doğrultuda bir irade beyanı olmasa dahi, mahkeme geçerliliğe üstünlük tanıma ilkesine dayanarak, onlar için bu bölünmeyi gerçekleştirebilmektedir. Tarafların yaptıkları sözleşmenin şartlarının geçerli ve etkili olmasını istemeleri, tarafsız bir hukuk sisteminin varlığını korumayı istemelerinde olduğu gibi, oldukça doğal bir taleptir<sup>408</sup>.

Tarafların sözleşmenin farklı kısımlarına uygulanmak üzere değişik hukukları seçme imkânlarının olup olmadığına acaba hangi hukuk karar verecektir? Birçok hukuk sistemi, taraflara sözleşmede adı geçen yükümlülükleri bölme fırsatını vermektedir. Hâl böyle olunca, sözleşmenin bölünmesine izin verilip verilmediği meselesiyle ilgili çok fazla tartışma çıkmamaktadır. Prensip olarak, hâkimin hukuku karar vermelidir, denebilir. Bu hukuk, daha önce de belirtildiği üzere, hukuk seçiminin mümkün olup olmadığını da kendi kanunlar ihtilâfi kurallarına dayanarak belirlemektedir. Tarafların seçim hakkını tamamen veya kısmen uygulayabilip uygulayamayacakları da hukuk seçiminin bir parçasıdır<sup>409</sup>.

Sözleşmenin farklı kısımlarına farklı hukukun uygulanması, karşılıklı edimlerin söz konusu olduğu sözleşmelerde, hak ve borçların adil ve uyumlu bir

---

<sup>407</sup> **Boggiano**, Argentina, sh. 437.

<sup>408</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 137.

<sup>409</sup> **Vischer**, F.: “General Course on Private International Law”, *Rec. des Cours*, T. 232, (1992), sh. 141; **Nygh**, *The Reasonable Expectations*, sh. 323.

biçimde aynı hukuka tâbi olmasını önlemektedir. Ancak, bir kez tarafların hukuk seçimi yapabilecekleri kabul edildikten sonra, getirilecek sınırlamalar, taraf iradesine tanınan bu serbestinin anlamını değiştireceğinden bu tip sınırlamalara imkân verilmemelidir<sup>410</sup>.

Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin bölünmesi, taraflara tanınmış ve hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiş bir araçtır ve fakat çok fazla uygulanmamaktadır. Bu durum, kısmî hukuk seçimi olarak karşımıza çıkabileceği gibi, yani, seçilen kısım dışında kalan sözleşme hükümlerine objektif uygun hukukun uygulanması şeklinde kendini gösterebileceği gibi, yukarıda belirtildiği üzere tarafların başka türlü tek olan uygulanacak hukuku, kendilerinin bölüp sözleşmenin farklı kısımlarını farklı hukuklara tâbi tutmaları şeklinde de olabilmektedir.

## **2. Kısmî Hukuk Seçimi**

Kısmî hukuk seçimi durumunda taraflar sözleşmenin belli bir kısmına uygulanacak olan hukuku seçmekte ve mahkeme ise sözleşmenin kalan kısmına uygulanacak olan hukuku objektif olarak belirlemektedir. Şunu ifade etmek gerekir ki, kısmî hukuk seçimine imkân tanınması gerektiği genel olarak kabul gören bir görüştür.

Daha önce de belirtilmiş olduğu üzere, Roma Sözleşmesi, md. 3/1'e göre, taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere hukuk seçimi yapabilmektedirler. Maddeye göre, sözleşme öncelikle seçilmiş olan hukuka tâbi olacaktır. Maddenin son cümlesine göre, taraflar sözleşmenin tümünü ya da bir kısmını idare etmek üzere hukuk seçimi yapabilmektedir. Milletlerarası sözleşmelerin, genellikle kısmî hukuk

---

<sup>410</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 261.

seçimine imkân tanımadıkları dikkati çekmektedir. Roma Sözleşmesi'nin raporunda ise, birçok devletin prensip olarak sözleşmenin tek bir hukuk tarafından idare edilmesini istediği ve bir sözleşmenin birden çok sözleşmenin biraraya getirilmesinden kurulmuş olduğu ya da hukukî veya ekonomik açıdan bağımsız kısımlara sahip olduğu hallerde, kısmî hukuk seçimine imkân verilmesini düşündükleri görülmektedir<sup>411</sup>. Sözleşmede kısmî hukuk seçimine karşı çıkışın bir diğer nedeni ise, farklı kısımlar için farklı hukuk düzenleri seçilerek ilgili hukuk düzeninde yer alan emredici hükümlerden kaçınılabileceği düşüncesi idi. Ancak, md. 7'deki doğrudan uygulanan kurallara ilişkin hüküm bu endişeyi ortadan kaldırmıştır<sup>412</sup>.

1986 La Haye Sözleşmesi'nin, kısmî hukuk seçimi konusunda, Roma Sözleşmesi'ni izlediğini söylemek mümkündür. Ancak, kısmî hukuk seçiminin her iki Sözleşme bağlamında yol açtığı parçalanma sorunu aynı değildir. Roma Sözleşmesi, sözleşmeden doğan her türlü borcu kapsamına aldığı için bu Sözleşme bakımından parçalanmanın normal olarak karşılanabileceği ileri sürülmektedir. Ancak, La Haye Sözleşmesi tek bir sözleşme tipini düzenlediğinden, kısmî hukuk seçimine imkân tanınmasının yerinde olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, taraflara böyle bir olanak tanınmamalıdır; çünkü, satım sözleşmesinin kuruluşuna başka, sonuçlarına başka bir hukukun uygulanması bazı zorluklara yol açacaktır. Sözleşmenin kuruluşu ve tarafların borçları, sözleşme ilişkisinin sonucunu etkilediğinden tek bir hukuka tâbi olmalıdır. 1986 La Haye Sözleşmesinin 7. maddesine göre, hukuk seçimi sözleşmenin bir kısmı ile sınırlı olabilmektedir. Dolayısıyla, kısmî hukuk seçimine imkân verilmiş, fakat parçalanma açıkça kabul

---

<sup>411</sup> **Aygül**, sh. 240.

<sup>412</sup> **Doğan**, AB Akti Borç, sh. 467.

edilmemiştir. Ancak bu hükmün taraflara, sözleşmenin farklı kısımlarına uygulanmak üzere farklı hukukları seçme imkânı vermediği ileri sürülmektedir<sup>413</sup>.

Yeni birtakım kanunlarda da bu imkânın tanındığı görülmekle birlikte, İsviçre MÖHK'nun bu konuda sessiz kaldığı dikkati çekmektedir. İsviçre Kanunlar İhtilâfi Hukuku doktrinine göre bu durumu, kısmî hukuk seçimi yapılamayacağı şeklinde yorumlamak doğru olmayacaktır<sup>414</sup>.

*II. Restatement*'de hukuk seçiminin tüm sözleşmeye değil de, sadece belli bir meseleye yönlendirilebileceği belirtilmiştir. Ancak, şunu da eklemek gerekir ki, bu bölümle ilgili yorum kısmında, tarafların sözleşmelerini birden fazla bölgesel hukuka tâbi tutup tutamayacakları meselesinin belirsizliği vurgulanmıştır. Bu belirsizliğin 1988'de yapılan revizyonla birlikte ortadan kalktığını görmek mümkündür. Buna göre, taraflar sözleşmenin değişik meselelerini farklı hukuklara tâbi tutabileceklerdir<sup>415</sup>.

Roma Sözleşmesi, yetkili mahkemeye, objektif olarak belirlenmiş olan sözleşmeye uygulanacak hukuku bölme imkânı vermektedir. İlgili düzenleme, Sözleşmenin 4/1. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, sözleşmenin bölünebilen bir kısmı, başka bir ülkeyle daha sıkı irtibat içerisinde ise, bir istisna tanınarak o kısım ilgili ülke hukukunca idare edilmelidir. *Giuliano ve Lagarde* raporuna göre, mahkeme, bu yönüme sıklıkla başvurmamalı ve bunu yaparken de sadece sözleşmenin bağımsız bir parçasını oluşturan, sözleşmeden ayrılacak bir kısma uygulamalıdır<sup>416</sup>.

---

<sup>413</sup> **Diamond**, sh. 259.

<sup>414</sup> **Turhan**, İsviçre Devletler Özel Hukuku, sh. 128.

<sup>415</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 129.

<sup>416</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 120.

Kanaatimizce, şekil ve ehliyet farklı hukuklara tâbi olduğu gibi, sözleşmenin meydana gelişi ve hükümleri de birbirinden ayrılıp, taraflarca farklı hukuklara tâbi tutulabilmelidir<sup>417</sup>. Eğer farklı bir hukuka tâbi tutulmak istenen kısmı sözleşmeden ayırmak mümkün değilse, ya da seçilen bu hukuk sözleşmenin kalanına uygulanacak olan hukukla mantıken uyuşmuyorsa, kısmî hukuk seçimi başarısız olmuş demektir.

#### **E. HUKUK SEÇİMİNİN EMREDİCİ KURALLARA (DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARA) AYKIRI OLMASI**

Her devletin sosyal, ekonomik ve siyâsî politikaları doğrultusunda korumaya çalıştığı birtakım menfaatler vardır. Yasama faaliyetleri sırasında, korunması gereken bu menfaatler hep göz önünde tutulur. Daha önce de belirtildiği üzere, sözleşmeler hukuku alanında korunmak istenen en önemli menfaat taraf menfaatidir. İşte tarafların kendi çıkarlarını en iyi kendilerinin koruyacağı düşüncesinden hareketle bu alana hukuk seçimi serbestisi prensibi hâkim olmuş ve düzenlemeler tarafların aksini kararlaştırabilecekleri ihtiyarî kurallarla yapılmıştır<sup>418</sup>.

Devletin koruması gereken başka bazı menfaatler gündeme gelmeye başlayınca, bu menfaatleri ilgilendirdiği ölçüde, devlet özel hukuk ilişkilerine müdahale etmeye başlamış ve irade muhtariyetini kısıtlamaya yönelik bir tutum içine girmiştir. Buna göre, 20. yüzyılda bu tutumun bir yansıması olarak, bazı şahıs gruplarını veya millî ekonomik sistemleri korumak üzere emredici kurallar çıkarılmıştır. Bugün için, tüketiciyi, işçiyi koruyan kanunlar ve tekel, fiyat kontrolü, ithalât-ihracat yasakları ve döviz kontrolünü idare eden kurallar söz konusudur<sup>419</sup>.

<sup>417</sup> Karşıt görüş için bkz. **Schönenberger**, sh. 306.

<sup>418</sup> **Kocasakal**, H. Ö.: Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, sh. 11.

<sup>419</sup> **Anderson**, sh. 16; **Cheshire/North**, sh. 496; **Verhagen**, sh. 144; **Martinek**, sh. 26.

Kanun koyucu, yukarıda belirtilen menfaatleri korumak amacıyla, bu kurallara doğrudan uygulanan kural niteliğini vererek arzu ettiği neticeyi elde edebilmektedir<sup>420</sup>. Buradan hareketle doğrudan uygulanan kuralların temelinde devletin özel hukuk ilişkilerine giderek artan müdahalesinin yattığı ileri sürülmektedir<sup>421</sup>.

Doğrudan uygulanan kuralları<sup>422</sup> “devletin, ekonomik, sosyal veya siyasal alanda izlediği belirli politikaları özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili olacak şekilde yansıtan ve uygulama alanlarına giren tüm uyuşmazlıklara uygulanmaları, bu politikaların yerine getirilmesi için zorunlu olan kurallar”<sup>423</sup> olarak tanımlamak mümkündür.

Hukuk seçimi serbestisiyle ilgili önemli sınırlamalardan birisi, emredici kuralların hukuk seçimine göre önceliğe sahip olmasıdır. Bir görüşe göre irade muhtariyeti ve emredici kurallar bir madalyonun iki yüzü gibidirler, birinin başladığı yerde diğeri sona erer<sup>424</sup>.

Doğrudan uygulanan kurallar kamu hukuku ile özel hukukun kesiştiği alanda yer alır. Bazı maddî hukuk kurallarının uygulama alanları, iki yanlı bağlama kurallarına başvurulmaksızın belirlenmektedir. Doğrudan uygulanan kurallar söz konusu olduğunda, hâkim iki yanlı yöntemden ayrılıp, tek yanlı yöntemin etkisiyle özel bir yöntem izlemektedir. Bu yöntemi adlandırmak üzere değişik isimler

---

<sup>420</sup> **Kocasakal**, sh. 11; **McLachlan**, sh. 598.

<sup>421</sup> **Tiryakioğlu**, B.: Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı, (Rekabet Hukuku) Ankara 1997, sh. 30.

<sup>422</sup> Doktrinde bu kurallar, emredici kural, emniyet ve asayiş kuralı, milletlerarası emredici kural vb. terimlerle ifade edilmeye çalışılmaktadır. Her ne kadar bu terimler birbirleriyle tam olarak eş anlamlı olmasa da, bu konuda bir terim birliği olmadığından, emredici kural söz konusu kuralların niteliğini ve doğrudan uygulanan kural ise uygulanma şekillerini ifade ettiğinden, bu iki kavram tezimizde eş anlamlı kullanılmışlardır. Bu terimlerin daha detaylı tanımları için bkz. **Guedj**, T.G.: “The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private International Law – A Comparative Analysis with Modern American Theories”, AJCL, Vol. 39, (1991), sh. 665 vd.; **Hartley**, sh. 345-349.

<sup>423</sup> **Kocasakal**, sh. 13.

<sup>424</sup> **McConnaughay**, sh. 607.

önerilmiştir, örneğin, emniyet ve asayiş kanunları, kamu düzeni kanunları, doğrudan uygulanan kurallar, müdahaleci kurallar, zorunlu uygulanan kurallar vb.<sup>425</sup> Sonuç itibarıyla, özel bir amaç taşıyan bu kurallar, tek yanlı yöntemin uygulanmasını gerektirirler<sup>426</sup>.

Bu tek yanlı yöntemin temelini *for* devletinin kamusal menfaatlerinin korunması oluşturmaktadır. Kamu hukukundan doğan kanunlar ihtilâfında tek yanlı yöntem uygulandığı ve bu yöntem anlayışı herkes tarafından kabul edildiğine göre, doğrudan uygulanan kural anlayışına gerek olmadığı ileri sürülmektedir. Ancak, kamu hukukundan doğan kanunlar ihtilâfi alanında uygulanan tek yanlı yöntem mutlak bir yöntem iken, doğrudan uygulanan kurallar alanında nisbî bir tek yanlılık vardır. Kamu hukuku alanında olduğu gibi, hem yargı hem yasama yetkisinin bir arada bulunmasını gerektirmez. Dolayısıyla, daha sonra da inceleneceği üzere, yetkili makamın yabancı bir kanunu uygulamasını tamamen bertaraf etmez<sup>427</sup>.

Sözleşmeler hukukuna müdahale eden doğrudan uygulanan kurallar iki türdür. Bunlardan birincisi, sözleşme ilişkisinde ekonomik veya sosyal yönden daha zayıf olan tarafı korumayı amaçlayan kurallardır. İkincisine bakıldığında, bunların, devletin ekonomik ve sosyal politikalarını gerçekleştirmesini sağlamayı amaçlayan kurallar oldukları görülür. Ancak, bunlar arasında var olan kesin bir ayırımdan söz etmek her zaman için mümkün olmamaktadır; çünkü, zayıf olan tarafın korunması zaten devletin sosyal veya ekonomik politikasının bir parçasıdır<sup>428</sup>. Devletin ekonomik ve sosyal politikalarının etkinliğini sağlamaya yönelik doğrudan uygulanan kuralların müdahalesinin görüldüğü alanlar arasında, dış ticarete ve

---

<sup>425</sup> **Tiryakioğlu**, Rekabet Hukuku, sh. 30.

<sup>426</sup> **Ökçün**, sh. 53.

<sup>427</sup> **Tiryakioğlu**, Rekabet Hukuku, sh. 33.

<sup>428</sup> **Kocasakal**, sh. 100.

rekabete ilişkin düzenlemeler vardır. Bu müdahaleler gümrük kanunları, ithalât ve ihracat yönetmelikleri, kambiyo mevzuatı, ambargo kararları gibi yasama ve yürütmenin düzenleyici işlemleriyle gerçekleştirilmektedir. Adı geçen hususlarda, taraflarca hukuk seçimi yapılmış olsa, hatta objektif olarak uygulanması gereken hukuk yabancı bir hukuk bile olsa, bu kurallar uygulama alanlarını tek taraflı ve ülkesel olarak belirlediklerinden uygulanmaları engellenemez. Bu bağlamda, “rekabet hukuku kuralları kişilerin sözleşme özgürlüğüne olumsuz bir müdahalede bulunarak, kişilerin irade serbestisini sınırlandırmaktadır”<sup>429</sup>. Devletin sosyal politikasını uygulamaya yönelik kurallara örnek olarak da işçi sağlığı ve iş güvenliğini koruyucu düzenlemeler, sosyal güvenlik mevzuatı ve sendikal özgürlüklere ilişkin düzenlemeler gösterilebilir<sup>430</sup>.

Birçok ülke mevzuatında doğrudan uygulanan kurallara ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür. Örneğin, Alman Medeni Kanununa Giriş Kanunu (EGBGB)<sup>431</sup> md. 34’e göre, sözleşmenin Alman hukuku ile bağlantılı olduğu hallerde, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk kuralları, Alman hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını bertaraf edemez<sup>432</sup>.

İtalyan hukukunun bazı kuralları, konuları ve amaçları dolayısıyla yabancı hukuk karşısında bir üstünlüğe sahiptirler ve yabancı hukukun tayin edilip edilmediği dikkate alınmaksızın uygulanırlar<sup>433</sup>.

---

<sup>429</sup> **Sanlı**, K. C.: Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, 1. Baskı, Ankara 2000, sh. 15.

<sup>430</sup> **Kocasakal**, sh. 118; **Jaffey**, sh. 538; **Vischer**, sh. 157; **Šarčević**, sh., 121.

<sup>431</sup> Alman Kanununun İngilizce metni için bkz. ILM, V. 27, Y. 1988, sh. 1-36.

<sup>432</sup> **Atamer**, Y. M.: “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, İÜHFİM, C. 55, S. 1-2 (1995-1996), sh. 441; **Kaplan**, Y.: “1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi”, MHB Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Y. 22, S. 2 (2002), sh. 333.

II. *Restatement*'e göre (sec. 187) sözleşme ilişkisine, hukuk seçimi serbestisinden hareketle seçilen hukuk uygulanır; meğer ki, uygulanmasında daha çok menfaati olan devlet hukukunun temel politikalarına aykırı olsun ve bu devlet hukuku, hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak hukuk olsun. 1948 Çekoslavakya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na göre, seçilen hukuk normalde uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olamaz<sup>434</sup>.

Roma Sözleşmesi, md. 3/3'te bu kurallar sözleşme ile bertaraf edilemeyecek kurallar olarak tanımlanmışlardır. Bu maddeye göre, hukuk seçimi sırasında sözleşmenin tüm irtibat noktaları tek bir devleti gösteriyorsa, hukuk seçimi yetki anlaşması ile tamamlanmış olsun ya da olmasın, ilgili devletin hukukuna göre sözleşmeyle bertaraf edilemeyecek hükümlerin uygulanmasına engel olamaz. Bertaraf edilemeyecek bu kurallar emredici kural adını alır. Bu durumda hukuk seçimi bir kenara atılmamakta, sadece işleyişi belli yönlerden başka bir hukuk sisteminin kuralları üstün geldiği hallerde sınırlandırılmakta ve ikincil hale gelmektedir<sup>435</sup>. *Hartley*'e göre bu madde, her ne kadar Sözleşmede açıkça belirtilmiş olmasa da, tamamen iç hukuka ait sözleşmelerle ilgili bir hüküm getirmektedir. Buna göre eğer taraflar, içerdiği tüm irtibat noktaları itibarıyla tek bir ülkeyle bağlantılı olan bir sözleşmeyi hukuk seçimi yaparak milletlerarası unsurlu sözleşme haline getirmişlerse, hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak hukukun emredici kurallarından kaçamazlar<sup>436</sup>.

---

<sup>433</sup> **Turhan**, T.: "İtalyan Hukukunda Kanunlar İhtilafı Hukukunun Genel Problemleri", (İtalyan Hukuku), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, (1998), sh. 764.

<sup>434</sup> **Lunz**, sh. 27.

<sup>435</sup> **Doğan**, AB Akdi Borç, sh. 464; **Aygül**, sh. 242; **Briggs**, sh. 166; **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 145; **Cheshire/North**, sh. 480.

<sup>436</sup> **Hartley**, sh. 366.

Milletlerarası Ticari Sözleşmelere ilişkin UNIDROIT Prensipleri md. 1.4'e göre, bu prensipler hiçbir şekilde milletlerarası özel hukuk kurallarına göre uygulanması gereken millî, milletlerarası ve milletler üstü emredici kuralların uygulanmasını sınırlandırmayacaktır.

Hangi kuralların doğrudan uygulanan kurallar oldukları da üzerinde durulması gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun tespiti için söz konusu kuralın amaç ve içeriğine bakmak gerekir. Yapılan inceleme sonucunda eğer kuralın altında yatan politika onun uygulanmasını emrediyorsa, söz konusu kural doğrudan uygulanan kural adını alır<sup>437</sup>. Bazı doğrudan uygulanan kurallar, kendi içlerinde emredici nitelikte olduklarını belirttiklerinden bunların tespiti kolaydır. Ancak bazı doğrudan uygulanan kurallarda bu nitelik açıkça belirtilmemiştir. Dolayısıyla, doğrudan uygulanma nitelikleri örtülü olan bu kuralların tespitinde amaçlarından hareket etmek gerekecektir<sup>438</sup>.

Sonuç itibarıyla, seçilen hukukun uygulanmasının engellenmesiyle ilgili olarak üç ayrı ülkenin doğrudan uygulanan kuralları gündeme gelmektedir. Bunlar hâkimin hukukunun, sözleşme statüsünün ve üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarıdır.

Hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının, hukuk seçimini sınırlandırılacağı genel kabul görmektedir; çünkü, bu kurallar hâkimin millî hukukunun birer parçasıdır ve ülkesinin siyasi, ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumayı amaçlar. Aynı şekilde, sözleşme statüsündeki emredici kuralların uygulanacağı da kabul edilmektedir; çünkü, mahkemenin kanunlar ihtilâfi kuralları

---

<sup>437</sup> Guedj, sh. 662.

<sup>438</sup> Thomson, sh. 663; Martinek, sh. 26.

bu sonucu öngörmüştür<sup>439</sup>. Günümüzde, sözleşme statüsünün ve hâkimin hukukunun emredici kurallarının yanı sıra, üçüncü bir devletin emredici kurallarının uygulanmasının da söz konusu olabileceği ileri sürülmektedir. Ancak, böyle bir uygulama için, borçlunun üçüncü ülkede ikamet etmesi veya mallarının burada bulunması gibi birtakım bağlantıların varlığının gerekliliği savunulmakta veya uyuşturucu madde kaçakçılığında olduğu gibi, toplumun menfaatinin korunmasına ilişkin ve dolayısıyla üçüncü ülke hukukunun sözleşme üzerinde etkili olması şartı aranmaktadır<sup>440</sup>.

Roma Sözleşmesi, md. 7/1'de sözleşmeye, sözleşme statüsü yerine, sözleşme ile daha yakın bir bağlantıya sahip diğer bir ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabileceği öngörülmüştür. Anılan maddeye göre, hâkimin, üçüncü bir ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarını uygulayabilmesi için, bu kuralların niteliğini, amaçlarını, bu kurallarla sözleşme arasında yakın bir bağlantının mevcut olup olmadığının ve uygulanıp uygulanmamalarının doğuracağı sonuçları dikkate alması gerekmektedir<sup>441</sup>. Şunu belirtmek gerekir ki, Sözleşme'nin 22/1 maddesi, taraf devletlere md. 7/1 de sözü edilen üçüncü ülke doğrudan uygulanan kurallarını uygulamama konusunda çekince koyma imkânı vermektedir. İngiltere, İrlanda, Lüksemburg ve Almanya bu maddeden faydalanarak md. 7/1'i uygulamama kararı almışlardır<sup>442</sup>.

---

<sup>439</sup> Guedj, sh. 671.

<sup>440</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 276; Martinek, sh. 26.

<sup>441</sup> Bu bağlamda, hukuk seçimi serbestisinden hareketle hukuk seçiminin kolay olduğu; ancak, başka birtakım prensip veya menfaatlerle karşı karşıya kalındığında hukuk seçimi şartının varlığının mahkeme açısından birtakım güçlülere yol açtığı ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. Bauerfeld, sh. 1675.

<sup>442</sup> Briggs, sh. 167; Cheshire/North, sh. 461; Tekinalp, G.: "Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Aktine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK", (Ferdi İş Akdî) MHB, Y. 22, S. 2 (2002), sh. 847; Martinek, sh. 28; Naon, H.A.G.: "Choice of Law Problems", Rec. des Cours, T. 289, (2001), sh. 208.

1978 tarihli Temsile Uygulanan Hukuk Hakkındaki La Haye Sözleşmesine göre (md. 716), söz konusu hukukî ilişkiyle üçüncü devletin emredici kuralları arasında sıkı bir bağlantı varsa<sup>443</sup>, bu kurallar uygulanabilmektedir. Ayrıca, 1989 tarihli İsviçre Federal Kanunu'na göre, yine söz konusu hukukî ilişkiyle üçüncü devletin emredici kuralları arasında bağlantı bulunması ve bu kuralların uygulanması sonucunun İsviçre Hukuku ile uyumlu sonuçlar doğurması şartları sağlanırsa, üçüncü ülke emredici kurallarına etki tanınacaktır<sup>444</sup>. Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, üçüncü devletin emredici kurallarının uygulanabilmesi prensip itibarıyla, hukukî ilişki ile bu kurallar arasında yakın bir bağlantının olması gerekmektedir. Yakın bağlantıdan anlaşılması gereken, borçlunun üçüncü devlette ikamet etmesi, sözleşmeye konu teşkil eden malın üçüncü ülkede olması vb. hususların varlığıdır. Bu kuralların uygulanabilmeleri ayrıca amaç ve niteliklerine de bağlıdır<sup>445</sup>.

Yabancı doğrudan uygulanan kuralların ne şekilde uygulanacağına ilişkin üç yolun izlenebileceği ileri sürülmektedir. Bunlardan birincisine göre yabancı doğrudan uygulanan kuralın uygulanması, iki yanlı bir bağlama kuralının gösterdiği hukuk düzenindeki doğrudan uygulanan kuralların uygulanması şeklinde karşımıza çıkabilir. İkincisine göre, hâkimin önündeki olayın üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanma alanına girdiği ölçüde bu kurallar uygulanabilir. Bu ikinci duruma, yabancı emredici kuralların özel bağlanması adı verilmektedir. Bunun için yabancı doğrudan uygulanan kuralın uygulanmasını zorunlu kılması ve hâkimin önündeki meselenin yabancı ülke ile yakın irtibat içinde bulunması gerekmektedir. Bu durumda, kanunlar ihtilâfi kuralının gösterdiği hukuktan sapma

---

<sup>443</sup> Örneğin borçlunun yerleşik olduğu veya malların bulunduğu ülkenin emredici kuralları gibi. Bkz. **Seviğ**, V. R., Akitler, sh. 328.

<sup>444</sup> **Akm**, Ş.: "Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 9, S. 2 (1989), sh. 101.

<sup>445</sup> **Akm**, sh. 101; **Guedj**, sh. 672.

söz konusu olacaktır. İzlenebilecek üçüncü yol ise, doğrudan uygulanan kuralların tek yanlı olarak tespit edilen uygulama alanları göz önünde tutularak, özel bir iki yanlı kural oluşturulması ve yabancı kuralların uygulanmasının bu kural çerçevesinde sağlanmasıdır<sup>446</sup>.

Üçüncü ülke emredici kurallarının uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre hâkim, o kuralı koyan ülkenin önemli bir menfaatini yansıtan ve bu menfaatin çoğunlukla tüm devletlerin ortak menfaati olduğunu göz ardı edip, kolaylıkla emredici kuralı uygulamaktan kaçınmaz<sup>447</sup>.

Sonuç olarak, emredici kuralların kabulü hukuk seçimi serbestisinin uygulama alanını daraltmaktadır. Genel prensip olan hukuk seçimi serbestisini korumak gerektiğinden, emredici kuralları tanıma derecesi kesin sınırlarla belirlenmelidir. Bu tanıma tarafların makul beklentileri ve *for* devletinin kamu düzeni karşı karşıya getirilerek sağlanmalıdır.

Hukuk seçiminde zayıf tarafın korunması, doğrudan uygulanan kurallar dışındaki birtakım yöntemlerle de sağlanabildiğinden, bu meseleyi ayrı bir başlık altında incelemek kanaatimizce uygun olacaktır.

## F. HUKUK SEÇİMİNDE ZAYIF TARAFIN KORUNMASI

Taraflara, aralarındaki hukukî ilişkiyi özgür iradeleri doğrultusunda düzenleme imkânı veren liberal hukuk anlayışı, taraflar arası sosyal veya ekonomik dengesizlik olması halinde sözleşmeye müdahale gereği duyan sosyal devlet anlayışının benimsenmesiyle birlikte etkisini yitirmeye başlamıştır<sup>448</sup>. Taraflardan

---

<sup>446</sup> Tiryakioğlu, Rekabet Hukuku, sh. 34; Guedj, sh. 675-679.

<sup>447</sup> Guedj, sh. 672.

<sup>448</sup> Doğan, “Tüketici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, (Tüketici Akitleri), SÜHFD, C. 5, S. 1-2 (1996), sh. 153; Yntema, sh. 343; Martinek, sh. 28.

birinin sosyal veya ekonomik yönden zayıf olduğu sözleşmelere, sosyal içerikli sözleşmeler denmektedir. Bu kavram karşılaştırmalı hukukta iş ve tüketici sözleşmeleri için kullanılmaktadır<sup>449</sup>.

İrade muhtariyeti prensibi, daha fazla tanınmaya başladıkça, ekonomik yönden zayıf olan tarafın korunma gereği daha çok önem kazanmaktadır. Burada öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken mesele, zayıf tarafın kim olduğu meselesidir. Öte yandan, koruma hangi dereceye kadar olmalı hususu da incelenmelidir. İrade muhtariyeti ile zayıf tarafın korunması gereğinin çakıştığı bir gerçektir. Her ne kadar, sözleşme serbestisi prensibi, tam bir özgürlükten söz etse de, taraflardan birinin, diğerini ekonomik ve sosyal baskılar sonucu, kendisi için dezavantajlar içeren bir sözleşmeye yöneltme ihtimalini göz önünde bulundurmamıştır. Zaten piyasa ekonomisinde tarafların tamamen eşitliğine dayalı bir zeminde pazarlık etmeleri söz konusu değildir. Piyasanın özünde başkalarının ihtiyaçlarından faydalanıp bunu fiyat ve diğer pazarlık şartlarına yansıtmak vardır<sup>450</sup>.

Ortak hukukta pazarlık gücü konusundaki eşitsizliğin, pazarlığı geçersiz hale getireceği konusunda genel kabul gören bir görüş mevcut değildir. Ancak, klâsik sözleşme serbestisi doktrininden hareketle bile, İngiliz mahkemeleri, taraflardan birinin diğerinin fakirliğinden ve dikkatsizliğinden yararlanmasını eşitsizlik olarak kabul etmiştir. UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşme Prensipleri 1994'e göre, sözleşmenin akdedilmesi sırasında diğer tarafa çok önemli avantajlar sağlanmış olması halinde, kişi sözleşmenin tamamını veya ilgili şartını feshedebilir. Bunun için adı geçen dezavantaj makul ve mantıklı bir insanı hayrete düşürecek düzeyde olmalıdır. Bireysel olarak bu tip suistimaller çok sık görülmemektedir. Aksine,

---

<sup>449</sup> **Doğan**, AB Akti Borç, sh. 472.

<sup>450</sup> **Atiyah**, sh. 403.

ekonomik yönden güçlü olan taraf herkesle gireceği ilişkide standart bir şekil uygulamakta ve özelde bir kimsenin ekonomik yönden zayıf oluşu hedef alınmamaktadır. Şunu belirtmek gerekir ki, eğer güçlü taraf, standart sözleşmeye hukuk seçimi şartı veya yetki anlaşmasını dahil etmişse, koruyucu kurallar içeren millî hukuk kolaylıkla bertaraf edilebilecektir. Haliyle seçilen bu hukuk sistemi, daha az koruyucu kurallar içeren bir hukuk sistemi olacaktır.

Korunması gereken farklı kategorilerdeki taraflardan söz etmek mümkündür. En çok bilinen örnek reşit olmayan kişiler ve gayrimümeyyizlerdir. Hemen hemen tüm işlemlerde bu tip şahıslar için genel bir koruma mevcuttur. Ancak, bu mesele tezimizin inceleme konusu dışındadır. Bu bağlamda esasen ele alınacak husus, hukukî işlem yapma ehliyetine sahip olmakla birlikte, diğer tarafın pazarlık gücü karşısında birtakım dezavantajlara sahip olan kimselerin korunmasıdır.

### **1. Tüketici Sözleşmeleri**

Uzmanlığı veya ticaret amacı dışında bir amaçla sözleşme imzalayan tüketiciler korunma ihtiyacı duyan ilk şahıs grubudur. Tüketicinin hukuk seçiminde özel bir yere sahip olduğunun takdiri oldukça yeni bir düşünce olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu düşüncenin temelinde, irade muhtariyeti ilkesinin sözleşme ilişkisinde güçlüden yana olduğu ve zayıf tarafın sözleşmeyi şekillendirmede fazla etkisi olmadığı inancı yatmaktadır. 1960'lardan beri gündemde olan bu konu, o günden bugüne, bu alanda hukuk reformları gerçekleştirilmesine yol açmıştır. Yapılan düzenlemelerle, tüketici sözleşmeleri alanında sözleşme özgürlüğü ilkesinin oldukça sınırlandırıldığı ileri sürülmektedir<sup>451</sup>. Bu düzenlemelerin ve dolayısıyla

---

<sup>451</sup> **Atamer**, sh. 422.

sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının temelinde, tüketici sözleşmeleri söz konusu olduğunda iki menfaat grubunun iç içe geçmiş olması gerçeği yatmaktadır. Bunlardan birincisi, sözleşmenin zayıf tarafının bireysel menfaati, ikincisi ise devletin sözleşmenin zayıf tarafının korunmasındaki menfaatidir. Ayrıca, bir toplumun tümünün tüketici olduğu, diğer bir ifadeyle, toplumda tüketici olmayan kimsenin olmadığı düşünülecek olursa, konunun önemi daha iyi anlaşılacaktır<sup>452</sup>.

Bu aşamada akla gelen ilk soru, hangi sözleşmelerin tüketici sözleşmesi olarak kabul edileceğidir. Aslında, tüketicilik diye bir statüden söz etmek mümkün değildir. Bir işlemde tüketici olan bir kimse başka bir işlemde satıcı veya hizmet sağlayan kişi durumunda olabilmektedir<sup>453</sup>. Ancak, prensip itibarıyla tüketicinin bir mal veya hizmeti kişisel ve özel amaçlarla tüketen ya da kullanan, bir mal veya hizmeti üreten ya da satan kişinin ise, yaptığı ticaretin veya mesleğinin gereği olarak bu mal ve/veya hizmeti arz eden gerçek veya tüzel kişi olduğu anlaşılmaktadır<sup>454</sup>.

Roma Sözleşmesi, md. 3'ten hareketle, tüketici sözleşmelerinde de hukuk seçimi yapılabileceğini söylemek mümkündür. Ancak, md. 5/2'ye göre yapılan seçim, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun tüketiciyi korumaya yönelik hükümlerinden kaçınma şeklinde olamaz. Şunu belirtmek gerekir ki, tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi birtakım şartların varlığına bağlıdır. Bunun için, ya sözleşme tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet ya da ilân sonucu kurulmuş olacak ve sözleşmenin kurulması için tüketici kendisi tarafından yapılması gereken şeyleri bu ülkede

---

<sup>452</sup> **Güngör**, G.: Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara 2000, sh. 33.

<sup>453</sup> **Joustra**, C. A.: "Jurisdiction in Consumer Disputes under the Brussels Convention", Comparability and Evaluation, Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration, (Eds. Woelki/Grosheide/Hondius/Steenhoff), sh. 234.

<sup>454</sup> **Güngör**, sh. 32; **Gelgel**, G.Ö.: "Topluluk Bünyesinde Hukukların Uyumlaştırılması ve Tüketicinin Korunması", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, (1999), sh. 109.

gerçekleştirmiş olacak; ya diğer taraf veya temsilcisi tüketicinin siparişini bu ülkede almış olacak; ya da sözleşmenin bir satım sözleşmesi olduğu durumlarda, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna için bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka bir ülkeye gidip siparişini orada vermiş olacaktır.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, tüketici sözleşmeleri söz konusu olduğunda, taraflara tanınan hukuk seçimi imkânı sınırlandırılmaktadır. Prensip itibarıyla, bu sınırlandırma, tüketicinin mutad meskeni hukukunun tüketiciyi koruyucu kurallarının uygulanmasına imkân verilmesi şeklinde gerçekleştirilmektedir.

## **2.İş Sözleşmeleri**

Tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi, iş sözleşmelerinde de tarafların bu tip sözleşmelere uygulanacak hukuku seçebilip seçemeyecekleri konusunda birtakım tereddütler mevcuttur. Genel eğilim, taraflara bu imkânın tanınması şeklindedir. Bu bağlamdaki endişe, ekonomik yönden güçlü olan işveren ile işçinin hukuk seçimi yapmalarında, gerçek anlamda hukuk seçimi serbestisinden söz etme imkânı olmadığı görüşünden kaynaklanmaktadır.

İş hukuku, işçinin korunması ihtiyacı ve amacının bir sonucu olarak doğmuş bir hukuk dalıdır<sup>455</sup>. İşte bu sebeple, iş hukuku alanındaki hükümler, genellikle emredici niteliktedirler ve devletin sosyal ve ekonomik politikalarının gereklerine uygun olarak düzenlenir. Bu alandaki kurallar kamu hukuku ve özel hukuk karakterli kurallar olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Birinci grup kurallar, hukuk seçimine imkân vermeyen ülkesel kurallardır. Bu kurallar ülkedeki çalışma düzeni ile ilgili

---

<sup>455</sup> Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, 16. Baskı, İstanbul 2003, sh. 17.

olduklarından ve işin yapıldığı yer kriterine göre belirlendiklerinden, ülke içinde ifa edilen tüm iş sözleşmelerine uygulanırlar. Bunlar dışında kalan kurallar söz konusu olduğunda hukuk seçimi yapılabilir. Sınırlı olan bu serbesti dahilinde taraflar sadece işçinin lehine olan hükümleri belirleme imkânına sahiptirler. Dolayısıyla, taraflar ancak objektif olarak uygulanması gereken hukuka göre, işçinin daha lehine olan hükümleri seçebileceklerdir<sup>456</sup>.

İş sözleşmeleri, Roma Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenmiştir. Burada da asıl olan hukuk seçimi serbestisidir. Eğer hukuk seçimi yoksa, md. 6/2 devreye girmektedir. Böyle bir durumda uygulanacak hukuk, işçinin mutad olarak işini yaptığı yer hukukudur. İşçinin işini bir ülkede mutaden yapmadığı hallerde ise, onun bağlı olduğu iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Ancak, somut olayın şartlarından sözleşmenin başka bir ülke ile daha yakın ilişkili olduğu anlaşılıyorsa, adı geçen daha yakın ilişkili ülke hukuku uygulanacaktır<sup>457</sup>.

Tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi, iş sözleşmeleri söz konusu olduğunda da mutlak bir hukuk seçimi serbestisinden söz etme imkânımız yoktur. Bu çerçevede iş sözleşmelerinin taraflarına sınırlı olarak hukuk seçimi yapma fırsatı verilmektedir. Günümüzde, bu doğrultuda yapılan hukuk seçimlerinin, işçinin mutaden işini yapmakta olduğu yer hukukunun işçiyi koruyucu hükümlerinden daha az koruyucu olmaması gerektiği kabul edilmektedir.

### 3. Sigorta Sözleşmeleri

Bazı sigorta sözleşmeleri, ev, aile veya şahsi olanlar, tüketici işlemleri kapsamında değerlendirilmektedir. Prensip itibarıyla, sigorta sözleşmelerinin tüketici

---

<sup>456</sup> **Aygül**, sh. 249; **Kocasakal**, sh. 107.

<sup>457</sup> **Doğan**, AB Akdi Borç, sh. 484; **Aygül**, sh. 249; **Briggs**, sh. 165; **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 164; **Tekinalp**, Ferdi İş Akdi, sh. 840; **Williams**, sh. 26.

sözleşmeleri karakterinde oldukları ve dolayısıyla tüketici işlemlerine uygulanacak kurallara tâbi tutulabileceklerinin kabul edildiği söylenebilir. Ancak, Roma Sözleşmesi, md. 1/3'ün, AB'nde gerçekleşebilecek riskleri kapsayan sigorta sözleşmelerini kapsamına almadığı görülmektedir. AB dahilinde gerçekleşmesi muhtemel riskler söz konusu olduğunda, sigorta sözleşmelerinde hukuk seçimi şartlarına uygulanacak sınırlandırmalar birtakım direktiflerle düzenlenmiştir. Direktiflerin kapsamadığı poliçelere, bazı devletler yaptıkları yasal düzenlemelerle Roma Sözleşmesi'nin uygulanmasını öngörmüşlerdir<sup>458</sup>. Adı geçen direktifler incelendiğinde, ilk bakışta tüm sigorta türlerini kapsadıkları izlenimi doğmaktadır. Ancak, söz konusu direktiflerin, “toplu riskleri (*mass risks*)” hukuk seçimine getirilen sınırlamalardan hariç tuttukları ve toplu risk kavramını tanımlarken de ticari risklere atıf yaptıkları dikkati çekmektedir<sup>459</sup>. Bunlar dışında kalan, yani zayıf tarafın dahil olduğu sigorta sözleşmelerinde ise hukuk seçimi aşağıdaki şekilde sınırlandırılmıştır:

- Sigortalının mutad meskeni ile gerçekleşme olasılığı olan risk aynı ülkede ise, ilgili ülke hukukunun müsaade ettiği ölçüde hukuk seçimi yapılabilir.
- Sigortalının mutad meskeni başka bir ülkede (birlik içinde veya birlik dışında) ve olası risk başka bir ülkede ise (birlik içinde), herhangi birinin hukuku veya herhangi birinin müsaade ettiği hukuklardan biri seçilebilir.

---

<sup>458</sup> Örneğin Almanya 1908 tarihli Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nu 1990'da bu doğrultuda değiştirmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Briggs**, sh. 157; **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 162.

<sup>459</sup> **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 162.

- Eğer sigorta sözleşmesinin kapsadığı riskler, olası riskin bulunduğu ülke dışındaki üye ülkelerde gerçekleşecek olaylara bağlı ise, taraflar olası riskin bulunduğu ülke hukukunu aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmak üzere seçebileceklerdir<sup>460</sup>.

Şunu belirtmek gerekir ki, bireyler söz konusu olduğunda, sigortalının millî hukukunu seçmesine müsaade edilmektedir. Adı geçen direktifler, hayat sigortaları söz konusu olduğunda hukuk seçimine çok az yer vermişlerdir. Bu tip sigortalarda sigortalının mutad meskeninin bulunduğu yer, aynı zamanda riskin bulunduğu yer olarak kabul edilmektedir. Buna göre hukuk seçimi olmayan hallerde de uygulanacak hukuk, sigortalının mutad meskeni hukukudur. Sigortalı, AB dışında ikamet ediyorsa, bu kez direktifler yerine Roma Sözleşmesi devreye girecektir<sup>461</sup>.

*II. Restatement'e göre, söz konusu sigorta, ister hayat sigortası olsun, isterse genel sigortalar olsun, sigortalıyı normalde uygulanacak hukuka göre daha az koruyan bir ülke hukukuna atıf yapılmışsa, ilgili hukuk seçimi şartına etki tanımamaktadır. ABD Federal Mahkemesi, hayat sigortaları söz konusu olduğunda, sigortalının ikametgâhı hukuku, sigorta şirketinin ikametgâhı veya sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna göre daha iyi koruma sağlıyorsa, bu hukukun uygulanmasına imkân vermektedir<sup>462</sup>. Yine de, ABD'nde sigorta sözleşmeleri söz konusu olduğunda, sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun hâkimiyetini sürdürdüğü ileri sürülmektedir. Bu esnek olmayan yöntemin tüm taraflara güvenlik sağladığı şeklindeki görüş bu tutumu desteklemektedir<sup>463</sup>.*

Sigorta sözleşmelerinde, zayıf tarafın korunması, tüketici ve iş sözleşmelerine oranla daha az üzerinde durulmuş olan bir konudur. Yukarıda da belirtildiği üzere,

<sup>460</sup> **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 163.

<sup>461</sup> **Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele**, sh. 163.

<sup>462</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 274.

<sup>463</sup> **Schuman**, G.: "Conflict of Laws in Group Life, Health & Disability Insurance Contract Cases" *Feeration of Institution & Corporation Counsel Quarterly*, Vol.50, No.1 (1999) sh. 45.

bunun nedenlerinden biri, bazı sigorta sözleşmelerinin tüketici sözleşmeleri kapsamında değerlendiriliyor olmasıdır. Yine de sigortalının, sigorta sözleşmesinin zayıf tarafı olduğu unutulmamalı ve sigorta türüne göre seçilen hukuk, sözleşme ile en sıkı irtibatlı hukukunun sigortalıya ilişkin kurallarından daha az elverişli olmamalıdır.

#### **4. Standart Sözleşmeler (*Contracts of Adhesion*)**

Endüstri devriminin bir sonucu olan sanayi ve ticaret patlaması beraberinde genel işlem şartlarını, bu şartlar da beraberinde standart sözleşmeleri (yığın sözleşme/tip sözleşme) getirmiştir<sup>464</sup>. Başlangıçta, bankalar ve sigorta şirketleri gibi işletmelerce hazırlanıp, müşterinin kabulüne sunulan bu tip sözleşmelerin bugün oldukça yaygın olarak kullanılmaya başlandıkları dikkati çekmektedir. Standart şekilde yapılan ilk sözleşmelerin deniz sigorta poliçeleri ile taşıma sözleşmeleri olduğu ileri sürülmektedir<sup>465</sup>. Bunlara, aynı zamanda, genel şartlar, genel taahhütname ya da umumi şartlar da denmektedir. Sözleşme serbestisi ilkesine dayanan bu sözleşmeler, tamamlayıcı kuralların hukukçular tarafından işletme lehine değiştirilmesiyle ortaya çıkmaktadırlar<sup>466</sup>.

Bu tip sözleşmelerin her iki tarafça birlikte müzakere edilerek şartları belirlenen bireysel sözleşmelerin yerini aldıkları ve bunların taraflardan birinin önceden hazırladığı, diğer tarafın sadece imzası ile katıldığı sözleşmeler oldukları

---

<sup>464</sup> **Gluck**, G.: “Standard Form Contracts: The Contract Theory Reconsidered”, ICLQ, V. 28, (1979), sh. 73.

<sup>465</sup> **Güngör**, sh. 35; **Kessler**, F.: “Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contract”, Col. L. Rev., Vol. 43, (1943), sh. 631.

<sup>466</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 278.

ileri sürülmektedir<sup>467</sup>. Bu çerçevede, özellikle sigorta şirketleri gibi güçlü şirketlerin, tekeli bir yaklaşımla bu pozisyonlarından yararlanarak karşı tarafa al ya da bırak (*take it or leave it*) şeklinde bir seçenek sundukları ve başka bir seçenek olmadığı için karşı tarafın bu tip bir sözleşmeyi bırakmadığı ileri sürülmektedir<sup>468</sup>. Pazarlık gücündeki eşitsizlikler ve standart sözleşmelerin kullanımındaki artışın hukuk seçimi serbestisinin anlamını yitirmesine yol açtığı ileri sürülmektedir<sup>469</sup>.

Amerikan doktrini, bu tip sözleşmeler söz konusu olduğunda tarafların uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilmeleri prensibinin uygulanmaması gerektiğini savunmaktadır. Bir görüşe göre taraf iradesinin standart sözleşmelerden doğan kanunlar ihtilâfında yeri yoktur<sup>470</sup>.

*II. Restatement'e göre, mahkemeler, standart sözleşmeleri çok dikkatle incelemeli ve önemli bir adaletsizliğe yol açması halinde, hukuk seçimi şartını uygulamayı reddetmelidirler. Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre, standart sözleşmelerde yer alan yetki anlaşmalarının "ya al ya da bırak" temeline dayandığı iddiaları doğru değildir. Bu tip şartların meşru ticarî amaçlara hizmet ediyor olabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Ayrıca, bu tip sözleşmelerin eşit pazarlık gücüne sahip taraflar arasında da yapılabileceği unutulmamalıdır. Öte yandan, taraflar, çoğu zaman pazarlık şansları olsun, olmasın bu tip sözleşmeleri okumadan imzalamakta ve dolayısıyla sözleşmede haksız birtakım şartlar yer alsın bile, bu*

---

<sup>467</sup> **Cheatham/Goodrich/Griswold/Reese**, sh. 502; **Sargin**, Yetki Anlaşmaları, sh. 50; **Kocasakal**, sh. 115; **Schmitthoff**, C. M.: "The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions", ICLQ, Vol. 17, (1968), sh. 551; **Kaplan**, İ.: Banka Sözleşmeleri Hukuku Cilt I, (Banka Sözleşmeleri), Ankara 1996, sh. 75; **Bolgar**, V.: "The Contract of Adhesion, A Comparison of Theory and Practice", AJCL, Vol. 20, (1972), sh. 54.

<sup>468</sup> **Gluck**, sh. 76; **Schmitthoff**, sh. 571; **Bolgar**, sh. 53.

<sup>469</sup> **Thomson**, sh. 650.

<sup>470</sup> **Ehrenzweig**, A. A.: "Adhesion Contracts in the Conflict of Laws", Col. LR, Vol. 53, (1953), sh. 1072.

şartların varlıklarından haberdar olmamaktadırlar<sup>471</sup>. Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne göre, bu seçim, ancak hileye dayanıyorsa veya meşru talepleri engelleyici nitelikte ise uygulanmamalıdır. Mahkemenin standart sözleşmelerle ilgili karar verirken, iddia sahibinin sözleşme şartlarıyla ilgili olarak bilgilendirilip bilgilendirilmediğini ya da ilgili sözleşme hükmüyle ilgili olarak bağımsız bir kimseden görüş alıp almadığını dikkate aldığı görülmektedir<sup>472</sup>.

İngiltere'de standart sözleşmelere karşı mahkemeler, 1970'li yıllarda pazarlık gücündeki eşitsizlikten hareketle birtakım sonuçlara ulaşmaya çalışmışlardır<sup>473</sup>. Ancak, doktrinde pazarlık gücü eşit olmadığı için standart sözleşmelerde hukuk seçimi şartının bertaraf edilmesinin söz konusu olmadığı ileri sürmektedir. Bir görüşe göre, her iki tarafın da muvafakati olduğu müddetçe İngiliz mahkemeleri standart sözleşmelere daha farklı bir gözle bakmayacaktır<sup>474</sup>. Ancak, taraflardan birinin gerçek bir muvafakati olmadığı hallerde, eğer güçlü tarafın irade muhtariyeti prensibini suistimal ettiği açıksa, mahkeme bu duruma müdahale etmelidir<sup>475</sup>. Bu bağlamda hukuk seçimi şartına muvafakat etmeyen tarafın mutad meskeni hukukuna dayanabileceği ileri sürülmektedir. Ancak, eğer söz konusu seçilen hukukun uygulanması makul ise, kişi mutad meskeni hukukuna dayanamayacaktır<sup>476</sup>.

Zayıf tarafın korunmasını gerektiren diğer sözleşmelerden farklı olarak standart sözleşmelerle ilgili kesin bir yargıya varma imkânı yoktur. Bunun bir nedeni, standart sözleşmelerde karşı tarafın her zaman zayıf taraf olmayışdır. Kanaatimizce, eğer zayıf tarafın varlığı tespit edilebiliyor ve hukuk seçimi bu kişi

---

<sup>471</sup> **Gluck**, sh. 80.

<sup>472</sup> **Gluck**, sh. 82-83; **Nygh**, *Autonomy*, sh. 153.

<sup>473</sup> **Gluck**, sh. 77.

<sup>474</sup> **Prebble**, J.: "Choice of Law to Determine the Validity and Effect of Contracts: A Comparison of English and American Approaches to the Conflict of Laws", *Cornell LR*, Vol. 58, (1973), sh. 516-517.

<sup>475</sup> **Šarčević**, sh., 117.

<sup>476</sup> **Boggiano**, *Standard Contracts*, sh. 40.

açısından adaletsizliğe yol açıyorsa, mahkeme şartları değerlendirerek, gerekirse hukuk seçimine etki tanımamalıdır.

## **5. Adı Geçen Sözleşmelerde Koruma İhtiyacı Duyulan Tarafların Nasıl Korunacağı Meselesi**

### **a. Hukuk Seçiminin Hariç Tutulması**

Taraflardan birinin zayıf taraf olarak kabul edildiği sözleşmelerde, adı geçen tarafı korumak için ileri sürülen yöntemler hukuk seçimini tamamen engelleyen katı yöntemlerden başlayıp, daha esnek yöntemlere doğru gitmektedir. Tarafların objektif olarak uygulanacak hukuk dışına taşmalarını ve bu yönde bir hukuk seçimi yapmalarını engellemek çok sık rastlanan bir yöntemdir. Bu yöntemin bir örneğini İsviçre MÖHK md. 120/2'de görmek mümkündür. Buna göre, kural olarak tüketici sözleşmelerinde taraflara hukuk seçimi serbestisi tanınmamıştır. Ancak bu düzenleme, tüm tüketici sözleşmelerine değil, kanunda sayılan bazı şartları haiz tüketici sözleşmelerine uygulanmaktadır. İlgili maddenin birinci fıkrasına göre, söz konusu şartların varlığı halinde, tüketici sözleşmeleri tüketicinin mutad meskeni hukukuna tâbi tutulacaktır. Bu şartlar şunlardır: Sipariş tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu devlette alınmış, veya sözleşme tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede akdedilmiş, veya sözleşmenin akdi için gerekli işlemler tüketicinin mutad meskeninde yapılmış, veya sipariş yabancı bir ülkede verilmiş olsa bile, tüketici pazarlayıcı tarafından yabancı ülkeye gitmeye sevk edilmiş olmalıdır. Ancak bu haller dışında hukuk seçimi serbestisinin uygulanma imkânı vardır<sup>477</sup>.

---

<sup>477</sup> **Doğan**, Tüketici Akitleri, sh. 163; **Güngör**, sh. 80; **Doğan**, İş Akitleri, sh. 60; **Turhan**, İsviçre Devletler Özel Hukuku, sh. 139.

Katıldığımız görüşe göre, bu yöntemin zayıf tarafın çıkarlarını koruduğunu söylemek oldukça zordur. Bunun nedeni ise, hukuk seçimi ile tüketicinin daha lehine olan kuralları seçme imkânını bertaraf etmesidir<sup>478</sup>.

### **b. Sınırlı Hukuk Seçimi**

Bu yönteme göre tarafların hukuk seçimi imkânları belli başlı ülke hukukları ile sınırlandırılmalıdır<sup>479</sup>. Bu sınırlama ile, tarafların sözleşme ile objektif bağlantıya sahip olmayan bir ülke hukukunu seçmeleri engellenecektir. Yani, taraflar hukuk seçimi yapsalar dahi, hâkim, adı geçen bağlantının yokluğu halinde, objektif esaslardan hareketle uygulanacak hukuku kendisi belirleyecektir<sup>480</sup>. Bu yönteme örnek olarak İsviçre MÖHK md. 121/3'ü vermek mümkündür. İlgili madde hükmüne göre, iş sözleşmesinin tarafları, işçinin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunu veya işverenin iş yerinin veya ikmetgâhının veya mutad meskenin bulunduğu yer hukukunu seçebilirler. Bu prensipler, işçinin mutad iş yerine karşı sunulan alternatiflerdir. Hukuk seçimi serbestisi sınırlandırılacağından, burada hangi alternatiflerin olduğuna hâkimin hukuku karar verecektir. Bu yöntem de bir önceki yöntemde olduğu gibi, dâvayı açan tarafın suiistimaline açıktır. Ayrıca, sınırlı hukuk seçimi serbestisi bile en koruyucu sistemin seçileceğini garanti etmemektedir<sup>481</sup>.

### **c. Tercihli Hukuk Seçimi**

Bu yöntem tarafların hukuk seçimi serbestisini sınırlandırmamakta, fakat, hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak olan hukukun emredici kurallarının zayıf tarafı

---

<sup>478</sup> Kocasakal, sh. 102.

<sup>479</sup> Doğan, Tüketici Akitleri, sh. 164; Doğan, Zayıf Akit Taraf, sh. 27.

<sup>480</sup> Kocasakal, sh. 98.

<sup>481</sup> Kocasakal, sh. 102; Doğan, İş Akdi, sh. 60.

daha fazla koruyucu kurallar içermesi halinde, hukuk seçimine rağmen bu kuralların uygulanmasını öngörmektedir. Buna göre, seçilen hukuk, normalde uygulanacak hukuka göre daha az koruma sağlıyorsa, hukuk seçimi sadece bu hükümler bakımından geçersiz sayılacak ve diğer hükümler açısından geçerliliğini koruyacaktır<sup>482</sup>.

Bu yöntem “daha iyi hukuk” görüşünün farklı bir uygulamasına yol açmaktadır. Bu yöntemi uygularken bazı güçlükler ortaya çıkmaktadır. Prensibi uygulayacak olan mahkeme, seçilen hukuk ve hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak olan hukuku karşılaştırıp, aralarında bir uyumsuzluğun olup olmadığını saptamalı ve hangisinin daha koruyucu olduğuna karar vermelidir. Ancak, netice her zaman çok açık olmamaktadır. Buna örnek olarak, her iki hukukun da işçiye farklı avantajlar sağladığı bir durum gösterilebilir. Hâl böyle olunca hangisi tercih edilecektir? Örneğin, adı geçen hukuk sistemlerinden biri işten çıkarma halinde işçiye tazminat ödenmesini öngörüyor, fakat işe iadeyi talep hakkını öngörmüyor; diğeri ise, tam tersini öngörüyorsa bir tercih meselesi ile karşı karşıya kalınacaktır. Bu bağlamda ileri sürülen bir görüşe göre, muhakkak bir tercih yapılmalıdır; çünkü, her iki hukuk birden uygulanacak olursa, sadece birine tâbi olan işçiye haksızlık yapılmasına yol açacaktır. O halde, işçiye seçim hakkı tanınmalıdır; çünkü, işçi kendisi için en iyi koruma yolunun ne olduğunu kendisi daha iyi bildiğinden en doğru kararı verecektir. Öte yandan, bu yöntemin kabulü halinde, taraflar hukuk seçimi yapabilmekle birlikte, aralarındaki ilişkiye seçtikleri hukukun uygulanıp uygulanmayacağını kesin olarak bilemeyeceklerinden öngörülebilirlik ilkesi zedelenmiş olacaktır<sup>483</sup>.

---

<sup>482</sup> **Doğan**, Tüketici Akitleri, sh. 165; **Kocasakal**, sh. 99; **Güngör**, sh. 83; **Doğan**, Zayıf Akit Taraf, sh. 28.

<sup>483</sup> **Doğan**, Zayıf Âkit Taraf, sh. 28.

En fazla kabul gören yöntemin bu yöntem olduğunu söylemek mümkündür. Katıldığımız görüşe göre, bu yöntemle hukuk seçimi serbestisi tümünden ortadan kaldırılmamakta ve fakat doğrudan uygulanan kuralların düzenlediği konularda sınırlandırılmaktadır. Bu yöntemin taraf iradesine büyük ölçüde imkân tanıdığını söylemek mümkündür. Öte yandan, irade muhtariyetinin geniş ölçüde yer aldığı sözleşmeler hukuku alanında, suiistimaller de bu kurallar aracılığıyla engellenmiş olmaktadır<sup>484</sup>.

#### **d. Seçimsiz Tercihli Hukuk Seçimi**

Bu yöntemde tercih, sınırlı sayıda olmak üzere belirlenmiş hukuk sistemleri arasından en koruyucu olanına yönelik olarak yapılmalıdır. Seçenekler, korunması gereken tarafla en yakından ilgili olan hukuk, ki çoğu zaman ilgili kişinin mutad meskeni hukukudur; güçlü olan tarafla en yakından ilgili hukuk, ki çoğu zaman bu hukuk ilgili tarafın mutad meskeni ya da iş yeri hukuku olmaktan ibaret tutulmaktadır. Buna göre, uyuşmazlığa uygulanacak olan hukuk, zayıf tarafı en fazla koruyan hukuk olmalıdır. En fazla korumayı hangi hukukun sağladığına mahkeme karar verecektir<sup>485</sup>. Kanaatimizce bu yöntemde, taraflar, hukuk seçimi serbestisini kullanmaktan mahrum bırakılmakta ve zayıf tarafın korunması amacı aşılmaktadır. Aynı zamanda zayıf tarafın kendisi için daha avantajlı olduğuna inandığı hukuku seçmesi imkânı ortadan kaldırılmış ve hâkimin rolü güçlendirilmiş olmaktadır.

Sonuç itibarıyla, sözleşmenin zayıf tarafını korumak amacıyla hukuk seçimi serbestisinin sınırlandırılması gereği bir gerçektir. Bu bağlamda, kesinliği sağlamak adına zayıf tarafların kimler oldukları dar olarak tanımlanmalı ve genel bir kural

---

<sup>484</sup> Kocasakal, sh. 100.

<sup>485</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 159.

ortaya konmamalıdır. Hukuk seçimi serbestisi, korumanın gerektirdiğinden daha fazla sınırlandırılmamalı; ancak, seçilen hukuktan daha iyi koruma sağlayan bir hukuk söz konusuysa, zayıf taraf kendi seçimine bağlı olarak çıkarlarını gözetemredici kurallara dayanabilmelidir. Prensip itibarıyla, zayıf tarafı korumak için uygulanacak hukuk sistemi, hukukî işleme giriş anındaki zayıf tarafın mutad meskeni hukuku olmalıdır. Şunu da unutmamak gerekir ki, sözleşmenin güçlü tarafı olarak kabul edilen taraf da yabancı hukukun beklenmeyecek şekilde uygulanmasına karşı korunmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere, mutad mesken hukukunun koruyucu hükümlerine ancak, güçlü taraf, zayıf tarafı mutad meskeni ülkesinde bulmuş veya gönüllü olarak mal/hizmeti orada sağlamışsa dayanılmalıdır. Eğer tüm ilgili şartlar bir ülkede gerçekleşmişse, sırf zayıf tarafın meskeni yabancı ülkede diye bu ülke hukuku uygulanmamalıdır<sup>486</sup>.

## **G. HUKUK SEÇİMİNİ SINIRLANDIRAN DİĞER HALLER**

### **1. Seçilen Hukukla Sözleşme, For Devleti veya Taraflar Arasında İlişkinin Varlığı**

Milletlerarası unsurlu sözleşme taraflarını hukuk seçimine iten nedenler çok farklı olabilmektedir. Taraflar hukuk seçimi yaparken sözleşmenin yapıldığı yer veya ifa yeri gibi coğrafi bir nedenden hareket edebilecekleri gibi, millî hukukları ya da önceden bildikleri bir hukukta olduğu gibi kişisel bir nedenden de hareket edebilmektedirler. Öte yandan, taraflarca başka bir sözleşmede uygulanan hukukun, benzer nitelikteki ya da ekonomik açıdan ilişkili mevcut sözleşmeye uygulanmak

---

<sup>486</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 165.

üzere seçilmesindeki neden ise, muhtevaya ait bir neden olarak kabul edilmektedir<sup>487</sup>.

“Makul Olmaya Çağrı Teorisi (*Theory of An Appeal to Reasonableness*)”ne göre, bir mesele bir ülke ile ne kadar çok bağlantılı ise, bu ülke hukukunun o meseleyi idare etmesi o kadar makul bir çözümdür. Dolayısıyla, mesele ile ülke arasında zayıf bir bağlantı söz konusuysa, bu ülke hukukunun meseleye uygulanması makul olmayan bir davranış olacaktır. Ortak hukuk doktrinine göre, seçilen hukukla sözleşme arasında herhangi bir bağlantı yoksa, söz konusu hukuk seçimi, keyfi ve makul olmayan hukuk seçimi kategorisine girer. ABD’nde ise, bu durum, ayrıca anayasaya aykırılık olarak da kabul edilmektedir. Bu bağlamda, *II. Restatement*’e göre seçilen hukukla taraflar veya işlem arasında bir bağlantı olmalı, ya da yapılan seçimin makul bir nedeni olmalıdır<sup>488</sup>. Dolayısıyla taraflar, yaptıkları hukuk seçiminin makul bir sebebe dayandığını ortaya koyabilmelidirler<sup>489</sup>. Buna göre, seçilen hukukla sözleşme arasında bir bağ olmasa bile, mutlaka bu seçimin haklı nedenleri olmalıdır. Her özgürlüğün olduğu gibi hukuk seçiminin de sınırları vardır ve bu sınır mantık çerçevesinde yer alan bir sınırdır<sup>490</sup>.

Milletlerarası unsurlu satım sözleşmeleri incelendiğinde ve bu sözleşmelerin taraflarının tacir oldukları göz önünde bulundurulduğunda, bu kimselerin makul kimseler olarak mantıklı tercihler yaptıkları kabul edilmelidir. Dolayısıyla, milletlerarası unsurlu satım sözleşmelerinde hiçbir sınırlama olmaksızın hukuk

---

<sup>487</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 260; **North**, sh. 104.

<sup>488</sup> **Dolinger**, sh. 355; **Šarčević**, sh. 114; **Weinberg**, L.: “Choosing Law and Giving Justice”, Louisiana L. Rev., Vol. 60, N. 4 (2000), sh. 1360.

<sup>489</sup> **Blom**, Part I, sh. 256.

<sup>490</sup> **Mann**, The Proper Law, sh. 447.

seçimi yapılabileceği kabul edilmekte ve bu kimselerin emredici kurallardan kaçması istisnaî haller hariç önlenememektedir<sup>491</sup>.

Bu aşamada akla şöyle bir soru gelmektedir: Acaba seçilen hukukla sözleşme arasında bir bağlantı olmalı mıdır? Tarafların irade muhtariyeti prensibinden hareketle hukuk seçimi yapabilecekleri ilk olarak kabul görmeye başladığı zamanlarda, seçilen hukuk ile sözleşme arasında bazı bağların olması gerektiği konusunda bir fikir birliği mevcuttu<sup>492</sup>. Hatta, bazı hukuk sistemlerinde hukuk seçimi belli hukuk sistemleri ile sınırlandırılmıştı. Ortak hukuk ülkelerinde, özellikle ABD’nde hukuk seçimi denince, ifa yeri ile sözleşmenin yapıldığı yer arasındaki seçim anlaşılmaktaydı. Diğer bazı ülkeler ise, sözleşme taraflarına ikiden fazla seçenek sunmaktaydılar. Örneğin, Polonya’da taraflara (2 Ağustos 1926 tarihli Kanun md. 7)<sup>493</sup> tarafların millî hukuku, mutad meskenleri hukuku, sözleşmenin konusunun bulunduğu yer hukuku, sözleşmenin yapıldığı yer hukuku ve sözleşmenin ifa edildiği yer hukukunu içeren bir listeden seçme hakkı tanınmıştı<sup>494</sup>. 1948 Çekoslovakya Milletlerarası Özel Hukuk Kanununa göre ise, seçilen hukukla taraflar arasındaki ilişki arasında maddî bir bağlantı olmalıdır. Şunu belirtmek gerekir ki, 1963 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda böyle bir bağlantı aranmamıştır<sup>495</sup>.

Bu tip bir tutum izlenmesinin temelinde, tarafların sözleşme ile bağlantısı olan ülke hukuklarının emredici kurallarından kaçmasını engelleme düşüncesi yattığı söylenebilir. Bir görüşe göre, sözleşme ile bağlantısı olmayan bir hukukun seçilmesi

---

<sup>491</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 23.

<sup>492</sup> **Seviğ**, V. R., sh. 105; **Tomson**, sh. 660; **Bauerfeld**, sh. 1661; **Yntema**, sh. 354.

<sup>493</sup> İngilizce metin için bkz. Law Applicable in Private International Relations, Polish Official Journal, 1926, No. 101, sec. 581.

<sup>494</sup> **Lando**, The Conflict, sh. 289; **Nygh**, Autonomy, sh. 56.

<sup>495</sup> **Lunz**, sh. 27-28; **Schönenberger**, sh. 305.

iyi niyete aykırılık teşkil eder<sup>496</sup>. Hâl böyle olunca, bu uygulamanın tarafların özgürlük alanını oldukça daralttığı söylenebilir. Halbuki, bu tip bir sınırlandırma, yapılan hukuk seçimine engel olamayacaktır; çünkü, emredici kurallardan kaçınmak isteyen taraflar bir şekilde sözleşme ile seçtikleri hukuk arasında bir bağ yaratabilmektedirler<sup>497</sup>. Ayrıca taraflar, seçtikleri hukukun hem emredici hem de tamamlayıcı hükümlerine tâbi olacaklarından, tam anlamıyla emredici kurallardan kaçtıkları söylenemez<sup>498</sup>.

Bu çerçevede ortaya atılan bir diğer görüş, tarafların seçtikleri hukukla sözleşme arasında bir bağlantının mevcudiyetini şart koşarken, bu bağlantının ne olması gerektiğini belirlemeye gerek olmadığını ileri sürmektedir. Buna örnek olarak da 12 Aralık 1965 tarihli Polonya MÖHK md. 25/1 gösterilmektedir. 1974 İspanyol Kanunu md. 10/b/5'te de seçilen hukukla sözleşme arasında bir bağlantının varlığı öngörülmektedir. Buna karşın 1978 tarihli Avusturya Kanunu md. 35 ve 1987 tarihli İsviçre MÖHK md. 116 hukuk seçimiyle ilgili tarafları bağlayıcı herhangi bir hüküm içermemekte ve bu husus tamamen tarafların iradelerine bırakılmaktadır. Bunun nedeni, tarafların hiçbir menfaatleri olmayan bir hukuku seçmeyeceklerine kesin gözüyle bakılıyor olmasıdır<sup>499</sup>.

Seçilen hukukla sözleşme arasında bir bağlantının varlığını arayan görüş, sözleşme ile ilgili olmayan hukuk sistemlerinin seçimi halinde bu seçimin mahkemelerce kabul edilmemesi gereğini ileri sürmüştür. ABD'nde ise, hukuk seçiminin bir nedeni olmaması halinde, hukuk seçimine etki tanınmaması bir görüş olarak ortaya atılmıştır. Kıta Avrupası'nda da seçilen hukukla sözleşme arasında

---

<sup>496</sup> Kocayusufpaşaoğlu, sh. 363; Doğan, Akreditif, sh. 147.

<sup>497</sup> Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 22.

<sup>498</sup> Şanlı, sh. 109.

<sup>499</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 260; Erdem, sh. 149.

objektif bir bağ olması konusunda fikirlerin tartışıldığını görmek mümkündür<sup>500</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi, İsviçre MÖHK'nun 1989 yılında yürürlüğe girmesinden önce seçilen hukukla sözleşme arasında bir ilişkinin ve tarafların o hukuku seçmede makul bir çıkarının bulunmasını aradığı dikkati çekmektedir<sup>501</sup>.

Almanya'da, Roma Sözleşmesi yürürlüğe girdikten sonra dahi, doktrinde, seçilen hukukla sözleşme arasında “farkedilebilir bir ilginin (*some recognisable interest*)” varlığından söz edildiği; eğer böyle bir ilgi ya da fiilî bir bağ yoksa, en azından mantıkî bir temelin olması gerektiğinin vurgulandığı dikkati çekmektedir<sup>502</sup>.

Birçok sosyalist ülke yazarı, seçilen hukuk ile sözleşme arasında hiçbir bağlantı olmasa bile hukuk seçimi şartına geçerlilik tanımak gerektiğini ileri sürmektedirler. Ancak, bu yazarlara göre, hukuk seçimi makul bir temeli olmayan hallerde bertaraf edilebilmelidir<sup>503</sup>.

Bugün artık, seçilen hukuk veya mahkeme ile işlem veya taraflar arasında fiilî bir bağ aranması meselesi çok fazla tartışılmamaktadır<sup>504</sup>. Hukuk seçiminin mantıkî bir temele dayanması gerektiğini savunanların ise, seçimin tarafsız olarak yapıldığı hallerde bu itirazlarını ileri sürmekten vazgeçtikleri görülmektedir. Bu bağlamda, taraflar, sözleşmeyle hiç ilgisi olmayan üçüncü bir ülke hukukunu aralarındaki sözleşmenin bağımsız bir ülke hukuku tarafından idare edilmesi amacıyla

---

<sup>500</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 56.

<sup>501</sup> Turhan, *İsviçre Devletler Özel Hukuku*, sh. 123.

<sup>502</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 57.

<sup>503</sup> Lando, *The Conflict*, sh. 291.

<sup>504</sup> Bir görüşe göre, milletlerarası ticaretin çok geniş bir alanda uygulanması ve hızlı bir şekilde gelişmesi, bu ticarete yer alan kişi ve kuruluşların her geçen gün biraz daha mahallî kimliklerini kaybedip, milletlerarası bir karakter kazanmalarına ve standart sözleşme tipleri kullanmalarına yol açmakta ve çoğu kez coğrafi veya şahsi bir bağın mevcudiyeti imkânsız ve lüzumsuz hale gelmektedir. Bu görüş için bkz. Şanlı, sh. 117.

seçebilecekleri ileri sürülmektedir<sup>505</sup>. Şu da bir gerçektir ki, hiç kimse sözleşme ile bağlantı olmasa dahi, İngiltere ve New York gibi milletlerarası ticaretin merkezi olan yerlerin hukuk veya mahkemelerinin seçimine itiraz etmeyecektir<sup>506</sup>.

Roma Sözleşmesi, md. 3/3'e göre, hukuk seçimi yapılırken hukuku seçilen ülkeyle sözleşme arasında bağlantı kuran herhangi bir faktöre gerek yoktur. Buna göre sözleşme ile bağlantılı olmayan ülke hukukları da seçilebilmektedir. 1992 tarihli Romanya MÖHK ile 1991 tarihli Louisiana Kanunu Roma Sözleşmesi hükümlerine paralel kurallar içermektedirler<sup>507</sup>.

1986 La Haye Sözleşmesi'nin hazırlık çalışmaları aşamasında, bazı delegelerin hukuk seçimini taraf devletlerin hukuklarıyla ya da sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri veya tarafların ikametgâhlarının bulunduğu yer hukukuyla sınırlandırmak istedikleri dikkati çekmiştir. Diğer bazı delegeler ise, böyle bir sınırlandırma yerine, seçilen hukukla sözleşme arasında bazı bağlantıların mevcudiyetinin aranması gerektiğini savunmuşlardır<sup>508</sup>.

Acaba sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme hakkı, bu seçimi “gelişigüzel (*unwisely*)” yapma hakkını da içerir mi? Bir görüşe göre, taraflar gelişigüzel hukuk seçimi yapma olasılıklarına karşı korunmalıdırlar. Peki bu koruma ne zaman sağlanmalıdır? Bu görüşe göre, koruma hukuk seçiminin sözleşmeyi geçersiz hale getirdiği zamanlarda sağlanmalıdır. Bunun yansımasını *Basel* Kararlarında görmek mümkündür. Bu kararların 3. maddesine göre, seçilen hukukun sözleşmeyi geçersiz kıldığı hallerde hukuk seçimine etki tanınmamalıdır. Bu kural, hem açık, hem de zımnî hukuk seçimine uygulanabilmektedir. Ayrıca, seçilen hukukun taraflardan biri

---

<sup>505</sup> **Lando**, *The Conflict*, sh. 291.

<sup>506</sup> **Verhagen**, sh. 143.

<sup>507</sup> **Symeonides**, S. C.: “Private International Law Codification in a Mixed Jurisdiction: The Louisiana Experience”, *RabelsZ*, V. 57, (1993), sh. 498.

<sup>508</sup> **Lando**, *The 1955 and 1985*, sh. 161.

için beklenmeyen sonuçlar doğurduğu durumlarda da hukuk seçimi mahkemece geçersiz sayılmalıdır, denmektedir<sup>509</sup>. Bu durumun hukuk seçimi serbestisine ters düştüğü söylenebilir. Eğer taraflar gerçekten hukuk seçimi serbestisine sahipse, yaptıkları seçimin sonuçlarına da katlanmak durumundadırlar. Bugün kabul gören görüşe göre, yapılan seçimin akla uygunluğu tarafların sağduyusuna bırakılmalıdır. Hukuk seçimi, ancak hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına göre yasaklanmışsa veya hukuk seçimi işlemiyor ya da tarafların suistimali söz konusuysa göz ardı edilmelidir<sup>510</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, seçilen hukukun haklı menfaate dayanması, seçilen hukukla sözleşme arasında tabii bir ilişki bulunması ve yapılan seçimin manasız ve aptalca olmaması gerektiği yönünde fikirler ileri sürülmüştür. Ancak, haklı menfaat vb. kriterler sınırları değişken kriterlerdir ve bunların yorumu sözleşmenin tarafları dışındaki kişilerce yapılmaktadır. Dolayısıyla, bu hususta yapılması gereken, bu tip kriterler kullanmak yerine, sözleşmenin yabancı unsur taşıyıp taşımadığını tespit etmek ve yabancı unsurun tespiti halinde, bu unsurları değerlendirmede ve hukuk seçiminde tarafları serbest bırakmaktır<sup>511</sup>.

Kanaatimizce, hukuk seçimi serbestisini, belli bağlantıların listesini yaparak, bu bağlantılar varsa, o ülke hukuku seçilebilir ya da hukuku seçilen ülke ile sözleşme arasında önemli bir bağ aranması gerekir, şeklinde şarta tâbi tutmak, hukuk seçimi üzerinde keyfi sınırlandırmalara yol açacaktır. Bu tür sınırlandırmalar ise, karmaşık bir yapıya sahip olan sözleşme ilişkilerini düzenlemede belki de en uygun çözüm olan hukuk seçimi imkânını ortadan kaldırmış olacaktır. Seçilen hukukla *for* devleti, taraflar veya sözleşme arasında bağlantı aramak, ya da seçilen hukukun makul

<sup>509</sup> \*\*\***Nygh**, *Autonomy*, sh. 59; **Nygh**, *The Reasonable Expectations*, sh. 307.

<sup>510</sup> **Nygh**, *Autonomy*, sh. 60.

<sup>511</sup> **Tekinalp**, *Bağlama Kuralları*, sh. 260.

olması, birtakım menfaatlere dayanmasını aramak, kanuna karşı hile teorisinin hareket noktasıyla benzerlik göstermektedir.

## 2. Kanuna Karşı Hile

Kanunlar ihtilâfî kuralları olaylar ve ilişkiler için irtibat noktaları belirlerler. Bu gösterici nitelikteki kuralların yetkili kıldığı iç maddî hukuk kuralları her zaman için tarafların arzu ettiği sonuçları doğurmaz. Hâl böyle olunca, taraflar normalde kendilerine uygulanacak olan bağlama kuralından kurtulmak isteyebilirler. Bunun için irtibat noktasını değiştirme yoluna gitmeye çalışacaklardır. Dolayısıyla, tarafların kendi arzuları doğrultusunda irtibat noktasını değiştirerek, başka bir hukukun kendilerine uygulanmasını sağlama amaçlarına, milletlerarası özel hukukta kanuna karşı hile denmektedir<sup>512</sup>. Kanuna karşı hileden söz edebilmek için beş unsurun varlığı gereklidir. Bunlar; hükmünden kaçınılan bir hukuk kuralı, kendisinden istifade edilen bir hukuk kuralı, hileli bir fiil, hukuka aykırı olmayan bir vasıta ve hile kastıdır<sup>513</sup>.

Sözleşmeler hukuku alanına bakıldığında ise, tarafların birçok nedenden dolayı sözleşmeyle ilgisi olmayan ya da ilgisiz gibi görünen devlet hukuklarını aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmak üzere seçtikleri görülür. Tarafların sözleşmeyle bağlantısı olmayan bir hukuku seçmeleri elbette ki mümkündür; fakat, bu hukuk normalde uygulanacak hukukun bazı kurallarının uygulanmasını

---

<sup>512</sup> Çelikel, sh. 87.

<sup>513</sup> Nomer, sh. 113; Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 34; Çelikel, sh. 90; Tanrıbilir, F. B.: Kanuni Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı, Ankara 2000, sh. 50; Doğan, Zayıf Âkit Taraf, sh. 37; Uluocak, sh. 227-228.

engellemek amacıyla yapılmışsa, kanuna karşı hile teşkil eder ve artık seçilen hukukun uygulanma imkânı yoktur<sup>514</sup>.

Hukuk seçimi ile kendisinden kaçınılan hukukun ülkesi ve sözleşme arasında bağlantı varsa, bu hukukun sözleşmeye uygulanma olasılığı gündeme gelir. Bunun için, hukuk seçimi ile kendisinden kaçınılan kural doğrudan uygulanan kural olmalıdır. Bu kural, hâkimin hukukunun kuralı ise, zaten seçilen hukukun uygulanmasına engel olacak ve doğrudan doğruya uygulanacaktır. Acaba adı geçen kural üçüncü bir ülke kuralıysa ne olacaktır? Milletlerarası unsurlu sözleşmeler hukukuna bakıldığında, sözleşmeyle bağlantılı ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabileceğinin, hatta alınmasının gerekli olduğunun düzenlenmiş olduğu görülür<sup>515</sup>.

Dolayısıyla denebilir ki, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kural anlayışı “kanuna karşı hile gibi muğlak ve irade muhtariyeti ilkesi ile çelişkili bir teorinin akitler alanında kullanılmasını gereksiz hale getirmektedir”<sup>516</sup>. Bu görüşü destekler nitelikte bir düzenlemeyi Roma Sözleşmesi md. 3/3’de görmek mümkündür. Buna göre, uygulanacak hukukun emredici kurallarından kaçınmak amacıyla yapılan hukuk seçimi söz konusu kurallara ters düştüğü oranda dikkate alınmayacaktır.

Şu da bir gerçektir ki, sözleşmeler alanında kanuna karşı hile, kişisel statü alanına göre daha az ortaya çıkmaktadır. Bunun nedeni, sözleşmeler alanında kanuna karşı hileye başvurmayı gerektirecek emredici kurallara çok sık rastlanmamasıdır. Öte yandan, genel kabul gören hukuk seçimi serbestisi, taraflara aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme imkânı vermektedir. Sözleşmeler hukuku alanında taraf menfaati öne çıktığından, tarafların kendileri için en uygun hukuka

<sup>514</sup> Day/Griffin, sh. 175; Lando, The 1955 and 1985, sh. 164; Dolinger, sh. 243; Thomson, sh. 659.

<sup>515</sup> Çelikel, sh. 95.

<sup>516</sup> Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 93.

tâbi olmalarını sağlayacak yollara başvurmaları makul bir neticedir. Sözleşmenin tarafları, sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici kurallarından kaçmak için hukuk seçimi yapmış olsalar dahi, hukuk seçimi taraflarla tanınmış bir serbesti olduğundan, hile kastından söz etmek oldukça güçtür. Daha önce de belirtildiği üzere, hukuk seçiminin hileli olmasını engellemek için, bu seçimin iyi niyetli olması gerektiği ya da sözleşme ile seçilen hukuk arasında bağlantı olması gerektiği gibi sınırlamalardan söz edilmiştir. Ancak, teklif edilen bu sınırlamalar bugün kabul görmemektedir. Bunun nedeni, bu sınırlamaların bugünün milletlerarası ticari toplumunun ihtiyaçları ile bağdaşmadığı ve hukuk seçimi serbestisi amaçlarına aykırı düştüğü görüşleridir.

Katıldığımız görüşe göre, hukuk seçimi serbestisi tanındığı durumlarda, taraflar objektif sözleşme statüsünden kaçınmak için bu imkândan yararlanabilmektedirler; dolayısıyla, bağlama noktalarını değiştirmelerine gerek yoktur. Ancak, hukuk seçimi serbestisinin kabul edilmediği veya sınırlı olarak kabul edildiği hallerde, tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi, bağlama noktası değiştirilerek hileli bağlanma yapılması söz konusu olabilir. Burada da çözüm aynıdır. Eğer normu uygulanacak hukuk, hâkimin hukukunun ya da üçüncü bir ülke hukukunun kamu düzenine aykırılık teşkil etmiyor veya bu ülkelerin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması söz konusu olmuyorsa, seçilen hukuk uygulanacaktır<sup>517</sup>.

---

<sup>517</sup> **Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 94.**

### 3. Seçilen Hukukun Zaman İtibarıyla Sabitleştirilmesi Meselesi

Tarafların seçtikleri hukuku, sözleşme yapıldığı andaki haliyle sabitleştirebilip sabitleştiremeyecekleri tartışma konusu oluşturmaktadır. Bir görüşe göre, tarafların böyle bir imkânı yoktur ve aksi bir tutum, objektif olarak uygulanması gereken hukukun uygulanmasına yol açar. Uluslararası Hukuk Enstitüsü'nün 1992 tarihli *Basel* Kararlarında da “sabitleştirmeye (*freezing*)” karşı çıkmıştır. Taraflar sözleşmeyi, seçmiş oldukları hukuka, akit anındaki haliyle tâbi tutmayı kararlaştırmışlar ve fakat bu hukuk emredici kurallarla değiştirilmiş veya kaldırılmışsa, sözleşmeye uygulanmak üzere bu yeni kurallara etki tanınmalıdır<sup>518</sup>.

Şu da bir gerçektir ki, sözleşmeden doğan yükümlülükleri inanılmaz boyutta değiştiren kanun değişikliklerini uygulama konusunda mahkemeler isteksiz davranmışlardır. Halbuki, hukuk seçimi yapılmamış olan hallerde, objektif olarak belirlenmiş olan hukuk uygulama anındaki şekliyle sözleşmeye uygulanır. Yani, birtakım değişiklikler yapılmışsa, adı geçen sözleşme, hukukun yeni haline tâbi olur. Durum böyle olunca, taraflar hukuk seçimi yaptıklarında, aksini gösteren birtakım emareler yoksa, seçtikleri hukuktaki değişikliklere tâbi olacaklardır. Ancak, beklenmedik ve öngörülemeyen birtakım değişiklikler olması halinde, aynı iddiayı ileri sürmek o kadar da kolay olmayacaktır<sup>519</sup>. Şunu belirtmek gerekir ki, taraflara hukuk seçimi serbestisi tanındıysa, seçilen hukuku zaman itibarıyla sabitleştirme yetkisi haydi haydi tanınmıştır şeklinde bir görüş de mevcuttur<sup>520</sup>.

<sup>518</sup> Basel kararları sh.208 (Nygh, *Autonomy*, sh. 64'den naklen).

<sup>519</sup> Bolşevik ihtilâlinin Çarlık hukuku tarafından idare edilen sözleşmeler üzerindeki etkisi bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Örnek için bkz. Nygh, *The Reasonable Expectations*, sh. 322; Benzer görüş için bkz. Tekinalp, *Bağlama Kuralları*, sh. 262.

<sup>520</sup> Spiro, E.: “The Incidence of Time in the Conflict of Laws”, *ICLQ*, Vol. 9, (1960), sh. 377. Şunu belirtmek gerekir ki bu görüşün aksine, sözleşme statüsünde meydana gelen değişiklikleri dikkate alan İngiliz mahkeme kararları da vardır. Bunun için bkz. Morris, J.H.C.: “The Time Factor in the Conflict of Laws”, (Time), *ICLQ*, Vol. 15, (1966), sh. 430.

Bu konudaki diğer bir görüş, uygulanacak hukuka atıf yapılmasıyla, ilgili hukuk kurallarının sözleşme hükmü olarak sözleşmede yer alması arasında bir ayırım yapmaktadır. Eğer adı geçen kurallar sözleşme hükmü olarak sözleşmeye dahil edilmişlerse, bu kurallarda meydana gelecek değişiklikler taraflarca gözardı edilebilecektir; nk, taraflar sözleşme yapıldığı andaki haliyle o kuralları aralarındaki sözleşmeye dahil etmişlerdir. Halbuki, sözleşmeyi idare eden hukuk olarak yabancı hukukun seçilmiş olması ve bu hukuka atıfta bulunulmuş olması, tarafların bu hukuku yaşıyan bir hukuk olarak kabul ettikleri ve değişiklikleri dikkate alacakları şekilde yorumlanmaktadır<sup>521</sup>. Bir görüşe göre, ilgili hukuk sözleşmeye dahil edilmiş olsa dahi, yine de tarafların söz konusu hukuku sözleşmenin kuruluş anındaki haliyle mi, yoksa uygulanma zamanındaki haliyle mi uygulamak istediklerinin tespiti gerekir<sup>522</sup>.

*Cheshire ve North'a* göre, seçilen hukukun sözleşmeye dahil edilmiş olması durumunda, Roma Sözleşmesi seçilen hukukun sabitleştirilmesine imkân tanımaktadır. Buna göre, seçilen hukukun söz konusu hükümleri bu hukukta meydana gelen değişikliklerden etkilenmeyecek ve seçildiği zamanki şartları muhafaza edecektir<sup>523</sup>. Bunun aksini savunan görüşe göre, Roma Sözleşmesinde bu konuda bir hüküm yer almamakla birlikte, tarafların seçtikleri hukuku zaman itibarıyla sabitleştirme teşebbüsleri hukuken etkili bir seçim olarak kabul edilmeyecek ve bu gibi durumlarda objektif hukuk uygulanacaktır<sup>524</sup>.

Acaba hukuku sabitleştirme hangi amaca hizmet etmektedir? Bir görüşe göre, sabitleştirme ile taraflar, yasamanın suistimallerine engel olabilmekte, tüketicileri ve

---

<sup>521</sup> **Blom**, Part II, sh. 230; **Šarčević**, sh., 115; **Nygh**, Australia, sh. 288; **Thomson**, sh. 656.

<sup>522</sup> **Thomson**, sh. 657.

<sup>523</sup> **Cheshire/North**, sh. 484.

<sup>524</sup> **Nygh**, The Reasonable Expectations, sh. 322.

millî menfaatleri korumak için yapacağı düzenlemelerden kaçabilmektedirler<sup>525</sup>. Sabitleştirme konusundaki tartışmalar arasında yer alabilecek bir diğer görüş ise, daha az itirazın söz konusu olduğu ticarî sözleşmelerle, bu itirazın daha güçlü olduğu tüketici ve iş sözleşmelerinin birbirinden ayrılmasına ilişkin görüştür<sup>526</sup>.

Kanaatimizce, seçilen hukukun sözleşme yapıldığı andaki haliyle sabitleştirilmesi, hukuk seçiminin sınırını oluşturmaktadır. Nasıl ki objektif olarak uygulanacak hukuk, uygulanma anındaki haliyle meseleye uygulanır, seçilen hukuk da, uygulanma anındaki haliyle uygulanmalıdır. Bunun tek istisnası ise, seçilen hukukun önceden öngörülemez derecede hayret verici bir değişikliğe uğramasıdır.

## II. SEÇİLEN HUKUKUN UYGULANMASINI SINIRLANDIRAN HALLER

### A. HUKUK SEÇİMİNİN *FOR* DEVLETİNİN KAMU DÜZENİNE AYKIRI OLMASI

Kamu düzeni, sınırlarının belirsizliği nedeniyle genel kurallarla ortaya konulması güç bir kavramdır. Bu sebeple, milletlerarası özel hukukun hem en açık, hem de tanımlanması ve değerlendirilmesi en zor kavramı olarak nitelendirilmiştir<sup>527</sup>. Kamu düzeni, zamana ve mekâna göre değiştiğinden, kapsamının belirlenmesi ve tam bir tanımının yapılması oldukça güçtür. Öte yandan, kamu düzeninin kapsamına giren hususların tek tek sayılması da mümkün ve doğru değildir<sup>528</sup>.

---

<sup>525</sup> Nygh, *Autonomy*, sh. 66.

<sup>526</sup> Vischer, sh. 140.

<sup>527</sup> Dolinger, sh. 275; Nygh, sh. 249.

<sup>528</sup> Gökyayla, C. D.: *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni*, Ankara 2001, sh. 24; Seviğ, V. R., *Kanunlar İhtilâfı*, sh. 162; Šarčević, sh. 116; Ruhi, A. C., Kaplan, Y.: “Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Y. 22, S. 2 (2002), sh. 644; Altuğ, Y.: “Amme İntizamı ve Tesirleri”, AÜSBFD, C. 27, S. 3 (1972), sh. 371; Dayımlarlı, K.: *Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri*, Ankara, 1994, sh. 6.

Ökçün'e göre "belirli bir ülkede, belirli bir zamanda kamu yararlarını, kamu vicdanı ile genel ahlâkı çok yakından ilgilendiren hususlar, kamu düzeninin içine girer"<sup>529</sup>.

Klâsik milletlerarası özel hukuk, yabancı hukuka *lex fori* ile eşit imkân tanımaktadır. Hâl böyle olunca, yabancı hukukun sahip olduğu geniş imkânın *lex fori* lehine sınırlandırılması gereği doğmuştur. Dolayısıyla, yabancı hukukun sınırlandırılması ve *for* devleti kanunları yönünden zararsız hale getirilmesi kamu düzeni kavramından hareketle gerçekleştirilmiştir<sup>530</sup>. Eğer bir milletlerarası özel hukuk kuralı, belli bir olayda, devletin veya bireyin menfaati ile çok fazla çatışırsa, kamu düzeni bu kurala etki tanınmamasını sağlar<sup>531</sup>. Dolayısıyla, yabancı hukukun uygulanışı, bu hukuku uygulayan mahkemenin mensup olduğu devletin kamu düzenini ihlâl etmemeli, yani bu devletin ahlâki, ekonomik, felsefi ve hukuki temel standartlarını zedelememelidir<sup>532</sup>. Avusturalya hukukunda kamu düzeni gereği korunması gereken dört menfaatten söz edilmektedir. Bunlar, Avusturalyanın iç ve dış menfaatlerinin korunmasıyla, evrensel ahlâki menfaatlerin ve uluslararası hukuk kurallarının korunmasıdır<sup>533</sup>. Amerikan hukukunda ise yabancı hukukun, adaletin temel prensiplerini, ahlâki değerleri ve kökleşmiş gelenekleri ihlâl etmesi halinde kamu düzeni müdahalesi gerekir<sup>534</sup>.

Kamu düzeni kavramının mahiyetiyle ilgili iki görüş ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre, kamu düzeni bağımsız bir bağlama kuralı niteliğindedir. Buna göre

---

<sup>529</sup> Ökçün, A. G.: Devletler Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, 2. Baskı, Ankara 1997, sh. 9.

<sup>530</sup> Göger, sh. 71; Nygh, Australia, sh. 249.

<sup>531</sup> Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele, sh. 138.

<sup>532</sup> Dolinger, sh. 275; Enonchong, N.: "Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England?", ICLQ, Vol. 45, No. 3 (1996), sh. 637.

<sup>533</sup> Nygh, Australia, sh. 249-252.

<sup>534</sup> Burger, D.C.: "Transnational Public Policy as a Factor in Choice of Law Analysis", N.Y.L. Sch. J. Int'l & Comp. L., Vol. 5, (1984), sh. 367.

kamu düzeni, doğrudan doğruya hâkime kendi hukukunu uygulama imkânı veren, bağımsız ve tek taraflı kanunlar ihtilâfi kuralıdır. Dolayısıyla, iç hukukun kamu düzenine ilişkin emredici kurallarının bulunduğu bir alanda kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği yabancı hukuk hiçbir zaman uygulanmayacaktır. İkinci görüşe göre, ki *Savigny*'den kaynaklanmaktadır, kamu düzeninin müdahalesi yetkili yabancı hukuk kuralının uygulanmasının istisnasını teşkil eder. Buna göre, kanunlar ihtilâfi kurallarının gösterdiği yabancı hukuk tespit edilip uygulanır ve fakat bu uygulanma kamu düzenine aykırılık teşkil ederse, kamu düzeninin istisnaî etkisi dolayısıyla yabancı hukuk bertaraf edilir<sup>535</sup>.

Milletlerarası unsurlu sözleşmeler söz konusu olduğunda kamu düzeni bertaraf edilmeye ya da kullanılması zorlaştırılmaya çalışılmıştır. Böylece, kamu düzeni müdahalesiyle sözleşme hükümlerinin kolayca bir tarafa itilmesi önlenmek istenmiştir<sup>536</sup>. Bir görüşe göre, kamu düzenine aykırılıktan söz edebilmek için sözleşme ile hâkimin hukuku arasında bir bağlantının olması gerekmektedir<sup>537</sup>. Ancak şu da bir gerçektir ki, devletler henüz kamu düzeni müdahalesinden vazgeçme niyetinde değillerdir. Son yıllarda, *La Haye* Konferanslarında, kamu düzeni müdahalesini sınırlandırmak amacıyla, kamu düzeni müdahalesi için uygulanması gereken yabancı hukukun *lex fori*'nin kamu düzeni ile açıkça bir uyumsuzluk halinde olması aranmaya başlanmıştır<sup>538</sup>. 1963 Çekoslovakya Milletlerarası Özel Hukuk

---

<sup>535</sup> **Nomer**, sh. 145; **Gökyayla**, sh. 32; **Thomson**, sh. 660; **Dayınlarlı**, sh. 9.

<sup>536</sup> ABD'nde, 1996 yılında hukuk seçimine ilişkin olarak görülen 100'den fazla davanın sadece altısında hukuk seçimi şartına kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle etki tanınmamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Symeonides**, S.C.: "Choice of Law in the American Courts in 1996: Tenth Annual Survey", *AJCL*, V. 45, (1997), sh. 489.

<sup>537</sup> **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 35.

<sup>538</sup> **Nomer**, sh. 158.

Kanunu seçilen hukukun uygulanmasını kamu düzeni müdahalesini gerektiren hallerde sınırlandırmıştır<sup>539</sup>.

Roma Sözleşmesi md. 16'ya göre, milletlerarası unsurlu sözleşme taraflarınca seçilen hukukun uygulanması kamu düzenine aykırılık teşkil ederse, seçilen hukukun uygulanması reddedilir.

Bazı yazarlar, kamu düzeni doktrininin milletlerarası alanda, milletlerarası ticaretin ihtiyaçları göz önünde bulundurularak esnek bir şekilde uygulanması gereğini vurgulamaktadırlar<sup>540</sup>. Katıldığımız görüşe göre, kamu düzeni başka devletlerin menfaatlerini zedelediği, herhangi bir tarafın meşru beklentilerini engellemediği ve adaletin gerektirdiği hallerde devreye girmelidir<sup>541</sup>. Şunu da belirtmek gerekir ki, milletlerarası unsurlu sözleşmeler söz konusu olduğunda taraflarca seçilen hukuku sınırlandıran bir faktör olarak kamu düzeni genel kabul görmektedir.

## **B. SEÇİLEN HUKUKUN SÖZLEŞMEYİ GEÇERSİZ HALE GETİRMESİ**

Bazı durumlarda mahkemelerin sözleşmeyi geçersiz kılan seçilen hukuk yerine, sözleşmeyi geçerli kılan ve sözleşmeyle bağlantılı olan başka bir ülke hukukunu uygulama eğilimi gösterdikleri dikkati çekmektedir<sup>542</sup>. Örneğin, ortak hukukta meseleler bir dengeye geldiğinde, “geçerlilik karinesinden (*presumption of validity*)” hareketle, sözleşmeyi geçerli kılacak hukukun uygulandığı görülmektedir<sup>543</sup>.

---

<sup>539</sup> Lunz, sh. 28.

<sup>540</sup> Dealume, sh. 278; Koppenol/Dokter/Meijer/Smeele, sh. 139.

<sup>541</sup> Collins, L.: “Exemption Clauses, Employment Contracts and the Conflict of Laws”, ICLQ, V. 21, (1967), sh. 332.

<sup>542</sup> Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 52.

<sup>543</sup> Briggs, sh. 164.

1986 La Haye Sözleşmesi, md. 10'a göre, öncelikle, md. 7'den hareketle tarafların hukuk seçimi için gerekli şartları yerine getirip getirmediği tespit edilmelidir. Eğer şartlar yerine getirilmemişse, hâkim md. 8'e dayanarak objektif bağlama kurallarıyla yetkili hukuku belirlemelidir. Eğer md. 7'deki şartlar yerine getirilmişse, hukuk seçiminin varlığı ve geçerliliği seçilen hukuka tâbi tutulacaktır. Yok eğer seçilen hukuk, seçim anlaşmasını geçersiz veya iptal edilebilir bir anlaşma sayarsa, md. 8 uygulanacak dolayısıyla uygulanacak hukuk objektif bağlama ile belirlenecektir.

Geçerliliğe üstünlük tanıma prensibi, hukukî davranışları geçersizlikten korumayı amaçlamaktadır. Bu prensibin zaman zaman koruyuculuk prensibi ile yakınlaştığı dikkati çekmektedir. *Dolinger*, esasa uygulanacak hukuka veya LRA'ya göre, şekli geçerliliğin yeterli sayılmasını buna örnek olarak göstermektedir<sup>544</sup>.

Daha önce de belirtildiği üzere hukuk seçimi serbestisi başka bir prensiple karşı karşıya kaldığında sınırlandırılmaktadır. Geçerliliğe üstünlük tanıma prensibini savunanlara göre bir sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması, yani geçerliliğinin sağlanması (*favor negotii*) tüm ülke hukuklarında kabul gören bir prensiptir. Buna göre, bir mahkeme, sözleşmeyi geçersiz hale getiren ve geçerli kılan iki kuralla karşı karşıya kaldığında ikincisini dikkate alacaktır. Bu prensip, tarafları beklentileri konusunda hayal kırıklığına uğratmama ve dolayısıyla bir sonuca ulaştırma esasına dayanmaktadır. Bu bağlamda Roma Sözleşmesi, md. 9 ve 14/2 örnek olarak gösterilebilir<sup>545</sup>.

*II. Restatement*'den hareketle yapılan yoruma göre, normalde uygulanacak olan hukuka göre sözleşme geçerli ve fakat seçilen hukuka göre sözleşme geçersiz

---

<sup>544</sup> **Dolinger**, sh. 261.

<sup>545</sup> **Dolinger**, sh. 262.

ise, tarafların beklentilerini korumak adına seçilen hukuk dikkate alınmamalıdır<sup>546</sup>. Halbuki, Alman mahkemelerinin tarafların seçtikleri hukukun sözleşmeyi geçersiz kıldığı hallerde bu neticeyi engelleme ihtiyacı duymadıkları dikkati çekmektedir<sup>547</sup>.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, geçerliliğe üstünlük tanıma prensibi taraftarları, milletlerarası unsurlu sözleşme taraflarının esas amaçlarının, hukuken bağlayıcı haklara ve borçlara sahip olacakları hukukî bir ilişkiye girmek olduğunu vurgulamaktadırlar. Buna göre, tarafların gerçek iradesi hangi hukukun uygulanmasına yönelik değil, bağlayıcı bir sözleşmeye yol açan hukukun uygulanmasına yöneliktir. Dolayısıyla hukuk seçimi, sadece tarafların sözleşmelerinin bağlayıcı kılınması doğrultusundaki dileklerinin bir ifadesidir. Ancak, hukuk seçimi şartı içeren bir sözleşmede sözleşme taraflarının, sözleşme ilişkilerini tâbi tutmak istedikleri hukuka ilişkin iradelerini beyan ettikleri ve bu irade beyanlarının dikkate alınmasını istedikleri unutulmamalıdır. Bilindiği üzere, böyle bir irade beyanında bulunan taraflar, seçtikleri hukukun sözleşmelerine uygulanacağı bilincindedirler ve kendileri için en uygun hukuku seçtikleri kabul edilmelidir. Kanaatimizce, geçerliliğe üstünlük tanıma prensibinden hareketle taraf iradesini yansıtan hukuk seçimi bertaraf edilirse, hukuk seçimi serbestisi büyük ölçüde önemini yitirecektir.

---

<sup>546</sup> **Blom**, Part II, sh. 233.

<sup>547</sup> **Blom**, Part I, sh. 262.

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### TÜRK MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA SÜBJEKTİF YÖNTEMİN (HUKUK SEÇİMİNİN) SINIRLARI

#### I. EHVK'DA MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERE UYGULANACAK HUKUK VE HUKUK SEÇİMİ SERBESTİSİ

Osmanlı Devletinin 1914 yılında kapitülasyonları tek taraflı olarak kaldırması sonucu ortaya çıkan boşluğu doldurmak amacıyla, Memaliki Osmaniyede Bulunan Tabaayi Ecnebiyenin Hukuk ve Vezaiî Hakkında Kanunu Muvakkat (EHVK) <sup>548</sup> 1915 yılında çıkarılmıştır. Bu kanun, Fransız Medeni Kanununun milletlerarası özel hukuka ilişkin birtakım maddeleri tercüme edilerek ortaya konmuştur. Adından da anlaşılacağı üzere, EHVK, ülkede ikamet eden yabancılar ve bunların hak ve görevleri ile ilgili düzenlemeler getirmektedir. Bu kanunun 4. ve 2. maddeleri kanunlar ihtilâfına ilişkindir. Denilebilir ki, bu kanun kısmen yabancılar hukukuna, kısmen de kanunlar ihtilâfına ilişkin kurallar içermektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki, kanunlar ihtilâfı kuralları yabancıların hak ve görevleri dolayısıyla bu kanuna dahil edilmişlerdir<sup>549</sup>.

MÖHUK'tan önce hukuk seçimi serbestisinin varlığını iddia eden görüş, bu iddiasını, TBK 19. ve 20. maddeleri ile Muvakkat Kanunun 4. maddesine dayandırmaktadır. Anlaşılacağı üzere, bu görüş, iç hukuktaki sözleşme serbestisinden hareket etmektedir. Bu görüş, emredici kurallar söz konusu olduğunda irade muhtariyetinin işlemeyeceği ve bu kuralların irade muhtariyetinin sınırını

<sup>548</sup> Kanun metni için bkz. Düstur, 2'nci Tertip, C. 7, sh. 458-459.

<sup>549</sup> Seviğ, M. R.: Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilâfı Kaidelerinin Sentezi, (Sentez), İstanbul 1941, sh. 19.

oluşturduğunu ileri sürmüştür<sup>550</sup>. *Nomer*'e göre de, MÖHUK'tan önce sözleşmenin tarafları hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın serbestçe aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilmekteydiler. Türk borçlar hukuku sözleşme serbestisi prensibini kabul etmiştir. İç hukukta tanınan bu serbesti, elbette ki milletlerarası özel hukuk alanına çıkarılabilecektir<sup>551</sup>.

Bu dönemde hukuk seçimi serbestisinin milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanması gerektiğini savunan bazı yazarlar ise, bu görüşlerini HUMK md. 22 ve 23'e dayandırmışlardır. HUMK md. 22'ye göre taraflar yabancı ülke mahkemelerini yetkili kılabilirler. Hâl böyle olunca, madem ki sözleşmeye yabancı ülke mahkemelerinin yetkili olabileceğine dair bir şart konuyor, sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin bir şart da konulabileceği, dolayısıyla hukuk seçimi serbestisinin uygulanabileceği kabul edilmelidir<sup>552</sup>.

Bu husustaki diğer bir görüş, hukuk seçimi serbestisini kazanılmış hakka dayandırmaktadır<sup>553</sup>. Bunu savunabilmek için öncelikle EHVK md. 4'ün milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanmasını bertaraf etmek gerekmektedir. Bu bağlamda "mahallîleştirme (*localisation*)" teorisinden hareket etmek mümkündür. Buna göre, Türkiye'deki iki yabancı aralarındaki sözleşmeyi Fransız kanununa tâbi kılarlarsa, bu sözleşme bir Fransız sözleşmesi olacağından geçerlilik şartları Fransız kanununa tâbi olmalıdır. Eğer Fransız kanununa göre, bu sözleşme geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme ise, bu durum taraflar için kazanılmış hak teşkil eder ve artık

---

<sup>550</sup> **Berki**, sh. 302-303; **Esener**, sh. 509; **Uluocak**, sh. 152-153; **Seviğ**, V.R. sh. 320; Bu doğrultudaki Yargıtay kararı için bkz. 11.H.D., 5.4.1979 T ve 1979/1512-1979/1798, YKD. C. 7, (1981), sh. 57-60.

<sup>551</sup> **Nomer**, sh. 264.

<sup>552</sup> **Akıncı**, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, sh. 35; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 391.

<sup>553</sup> **Esener**, sh. 512; **Seviğ**, V. R., Akitler, sh. 320.

EHVK md. 4'e tâbi olmaz. Bu sözleşmenin geçerli olması için, Fransız Kanununun emredici kurallarına uyulmuş olması gerekir<sup>554</sup>.

Bir görüşe göre, Türk mevzuatında milletlerarası özel hukuk alanında hukuk seçimi serbestisini düzenleyen ya da engelleyen bir hüküm yoktur. Dolayısıyla, hâkim EHVK md. 4'ten hareketle, Türk hukukunu uygulayarak hukuk seçimi meselesine çözüm getiremez. Şunu da belirtmek gerekir ki, yabancı unsurlu bir sözleşmenin tarafları hukuk seçimi yapmışlarsa, hâkimin bunu dikkate almasına engel bir durum yoktur. Öte yandan, BK md. 19 ve 20 iç hukuk sözleşmeleri bakımından sözleşme serbestisini düzenledikleri için, milletlerarası özel hukuk alanında hukuk seçimi serbestisinin dayanağı olamaz. Dolayısıyla, hâkim EHVK'daki bu boşluğu MK md. 1'e dayanarak dolduracak ve hukuk seçimi serbestisini boşluk doldururken değerlendirecektir<sup>555</sup>.

EHVK md. 4'e göre, Türkiye'de bulunan yabancıların hukuk dâvaları, Türk mahkemelerinde Türk kanunlarına göre rüyet olunacaktır. Yukarıda da belirtildiği üzere, amacı hukuk seçimi serbestisini sınırlandırmak olmayan bu madde, sözleşmeden doğan borçlara uygulanabilecek bir kural olarak kabul edilmektedir. Bu madde, Türkiye'de bulunan yabancıların yabancı unsur içeren sözleşmelerini idare etmektir. Hâl böyle olunca, EHVK md. 4 Türkiye'de bulunmayan iki yabancıların Türkiye'de icra olunacak sözleşmelerine, bir Türk ile bir yabancıların Türkiye'de icra olunacak sözleşmelerine, bir Türk ile bir yabancıların yabancı bir ülkede icra olunacak sözleşmelerine ve iki Türkün yabancı bir ülkede icra olunacak sözleşmelerine

---

<sup>554</sup> **Esener**, sh. 512.

<sup>555</sup> **Uluocak**, sh. 154-156; **Akıncı**, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, sh. 34.

uygulanmayacaktır<sup>556</sup>. Dolayısıyla bu kanun, kapsamı itibarıyla da hukuk seçimini sınırlandırmaktadır.

EHVK’da hukuk seçimi serbestisini sınırlandıran hallerden biri olarak emniyet ve asayiş kuralları karşımıza çıkmaktadır. Bu kurallar, EHVK’nın 2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, memleketin emniyet ve asayişine ilişkin bütün kanun ve nizamlar Türkiye’de bulunan yabancılar için de geçerlidir. 1915’ten önce Osmanlı ülkesinde kapütilyasyonlar yürürlükte idi. Bu dönemde yabancıların tâbi oldukları yargı organları ve onlara uygulanacak hukuk bakımından hukukun kişiselliği kabul edilmişti. EHVK ile, emniyet ve asayiş konusunda, yabancıların Osmanlı kanunlarına tâbi olacakları düzenlenmiştir. Hatta, ülkesellik prensibini uygulamak adına şahsın halleri dışında kalan hukuk, ticaret ve ceza dâvaları ile taşınmaz mallarla ilgili davalarda Osmanlı kanunlarının uygulanacağı öngörülmüştür<sup>557</sup>.

EHVK’daki bu hüküm, Fransız Medeni Kanunundan esinlenilerek getirilmiştir. Fransız hukukunda, emniyet ve asayiş kanunları reel statüye bağlanarak ülkedeki herkese uygulanmaları amaçlanan kurallar olarak karşımıza çıkmaktaydı. Bu kanunların “emniyet kanunları (*lois de police*)” ve “asayiş kanunları (*lois de surete*)” olmak üzere ikiye ayrılabilirdiği ileri sürülmüştür. Buna göre, devletin özel hukuk alanına müdahalesini yansıtan hükümler, emniyete ilişkin hükümleri teşkil etmekteydi. Öte yandan, asayiş kanunlarına ise, ceza hukuku ve idare hukuku alanındaki kanunlar dahil edilmekteydi. Şunu belirtmek gerekir ki, bugün emniyet ve asayiş kanunları kavramından doğrudan uygulanan kurallar kavramına gelinmiştir.

---

<sup>556</sup> Esener, sh. 511; Akıncı, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, sh. 34.

<sup>557</sup> Ökçün, sh. 35; Kocasakal, sh. 1.

Bunun sonucu olarak, asayiş kanunları olarak adlandırılan ikinci grup kanunlar doğrudan uygulanan kanunlar kapsamına alınmamışlardır<sup>558</sup>.

Bu aşamada, akla hangi kanunların emniyet ve asayiş kanunları olarak kabul edildikleri meselesi gelmektedir. Buna göre, ceza kanunları, devletin teşkilat ve yapısı ile ilgili siyasî kanunlar ve kamu hukuku başlığı altında toplanabilecek kanunlar, emniyet ve asayiş kanunları kapsamındadır. Öte yandan, bu kavramın özel hukuka giren ve ülkedeki meşru hakların korunmasını sağlayan haksız fiil ve benzeri hükümleri de kapsadığı kabul edilmektedir<sup>559</sup>. *Seviğ*'e göre, nüfus siciline ilişkin hükümler, ana babanın çocuklar ve vasilerin küçükler üzerindeki yetkileri, bazı kimseler için nafaka yükümü öngören kurallar ve çok eşlilik ile yakın akrabalar arası evliliği yasaklayan hükümler emniyet ve asayışe ilişkin kurallardır<sup>560</sup>.

Emniyet ve asayiş kanunları söz konusu olduğunda, hâkim herhangi bir hukuka bakmadan, kendi hukukunu yabancı unsur taşıyan ilişkileri çözümlmek üzere asli kaynak olarak uygulamaktadır. Hâl böyle olunca, emniyet ve asayiş kanunları ülkede bulunan herkese ve ülkede gerçekleşen her olaya uygulanır. Kanunda, ülkede bulunan tabiri kullanıldığından, adı geçen kanunların yabancılara uygulanabilmesi için Türkiye'de ikamet etmelerinin gerekmediği anlaşılmaktadır<sup>561</sup>. Emniyet ve asayiş kanunlarının bir çoğu, aynı zamanda kamu düzenini korumak amacıyla konmuş kurallardır. Ancak, bu durum emniyet ve asayiş kanunları ile kamu düzenini birbirleriyle özdeş kavramlar yapmaz<sup>562</sup>. EHVK md. 2, kanunun mülkîlik esasını kabul ettiğini göstermektedir. Buna göre, normal olarak kanunlar ihtilâfi

---

<sup>558</sup> **Kocasakal**, sh. 2.

<sup>559</sup> **Ökçün**, sh. 36; **Göger**, sh. 169; **Kocasakal**, sh. 2; **Seviğ**, V. R., Kanunlar ihtilafı, sh. 41; **Berki**, O. F., **Ergüney**, H.: Yabancılar Hukuku ve Kanunlar İhtilafı ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahsil ve İzahları, Ankara 1963, sh. 37; **Seviğ**, M. R., Sentez, sh. 30; **Seviğ**, M. R.: "Emniyet ve Asayiş Kanunları Hangileridir", (Emniyet ve Asayiş), İÜHFM, C. 5, (1939), sh. 109.

<sup>560</sup> **Seviğ**, M. R., Sentez, sh. 31; **Seviğ**, M. R., Emniyet ve Asayiş, sh. 110.

<sup>561</sup> **Seviğ**, M. R., Sentez, sh. 31.

<sup>562</sup> **Seviğ**, V. R., Kanunlar ihtilafı, sh. 42.

durumunda Türk kanunları uygulanır. Halbuki, md. 4'te öngörülen şahıs hallerine ilişkin yetkili yabancı devlet kanununun kamu düzeni dolayısıyla uygulanmaması ve Türk kanunlarının uygulanması bir istisnadır. Yani, 2. maddede prensip, Türk kanunlarının uygulanması; 4. maddede ise, prensip, yabancı kanunların uygulanmasıdır<sup>563</sup>.

Emniyet ve asayiş kanunlarının uygulanabilmesi için, ülkede oturma veya ülkede vukuubulma şartlarından birinin varlığı gerekirken, kamu düzeninin uygulanabilmesi için davanın o ülke mahkemeleri önünde görülmesi yeterlidir. Öte yandan, irtibat noktası yabancı hukuk sisteminde gerçekleşmişse, yabancı emniyet ve asayiş kuralları da uygulanır; ancak, kamu düzeni, kanunlar ihtilâfi kurallarıyla bulunan yabancı hukukun uygulanmasını engeller. Buradan hareketle, kamu düzeninin yetkili yabancı hukukun emniyet ve asayiş kurallarının uygulanmasını engellediği söylenebilir. Bazı emniyet ve asayiş kanunlarının, örneğin haksız fiillere ilişkin olanların, kamu düzenini ilgilendirmediği de dikkati çekmektedir. Ayrıca, kamu düzeni kuralları ülke dışında uygulanmadıklarından, yabancı kamu düzenini göz önünde bulundurma imkânı yoktur<sup>564</sup>.

*Seviğ*'e göre, EHVK md. 2'deki emniyet ve asayiş kanunları, kamu düzeninin olumlu etkisini ortaya koymaktadır. Ancak, bu görüşe yukarıda belirtilen farklılıklar dolayısıyla karşı çıkmaktadır. Emniyet ve asayiş kuralları uygulanırken, hangi yabancı hukukun uygulanacağı araştırılmaz. Halbuki, kamu düzeninin önce olumsuz sonra olumlu etkisinin ortaya çıkabilmesi için, önce yabancı hukukun bulunması ve bu hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırılığının tespit edilmesi gerekir<sup>565</sup>.

---

<sup>563</sup> **Berki/Ergüney**, sh. 37; **Seviğ**, M. R., Sentez, sh. 32.

<sup>564</sup> **Ökçün**, sh. 37.

<sup>565</sup> **Ökçün**, sh. 39.

Hâkimin, emniyet ve asayiş kanununu uygulayabilmesi için iki şartın varlığı gerekmektedir. Bunlardan birincisi, kanunlar ihtilâfi kuralının aradığı irtibat noktasının (ülkede bulunma veya vukuubulma) varlığıdır. İkinci şart ise, söz konusu kanunun toplumun emniyet ve asayişini koruması gereğidir.

EHVK’da kamu düzenine ilişkin hüküm ise, md. 4’te yer almaktadır. Buna göre “bu surette intizam-ı amme-yi devlete mugayir olmamak şartı ile alakadarının hükümet-i metbuaları kavaninine tevfikan muamele olunur”. Bu düzenlemeye göre, kamu düzenine aykırı olmamak kaydıyla şahsın hukuku, aile hukuku ve taşınır mirasa millî hukuk uygulanır<sup>566</sup>. Öte yandan, gayrimenkullere ilişkin tüm dâvalara ve şahsın halleri dışında kalan diğer hukuk ve ticaret davalarına ise Türk hukuku uygulanır. Burada kanunların şahsîliğinin kabul edildiği görülmektedir. Şahsî kanunun ise, ilgilinin millî kanunu olduğu kabul edilmiştir<sup>567</sup>. Dolayısıyla, MÖHUK’tan önce de, yabancı hukukun kamu düzenini ihlâl edemeyeceği ve kamu düzeninin istisnâî niteliğinin kabul edildiği görülmektedir. Ayrıca, EHVK md. 4 kamu düzenine ilişkin hususları sınırlandırmayıp hâkimin takdirine bırakmıştır. Kamu düzeninin ihlâli halinde, ya milli kanun uygulanmaz, ya da bu kanun uygulanmamakla birlikte mahalli kanunla ikame edilir<sup>568</sup>.

Yukarıda belirtildiği üzere, EHVK döneminde hukuk seçimine müsaade edildiği kabul edilmekle birlikte, hukuk seçimi olmayan hallerde sözleşmeyi idare edecek hukukun hangisi olduğu bilinmiyordu<sup>569</sup>. Bu dönemde, hukuk seçimi olmayan hallerde objektif sözleşme statüsü uygulansın görüşü kabul görmekteydi. Yazarların çoğuna göre, objektif sözleşme statüsü karakteristik edim borçlusunun

---

<sup>566</sup> Ökçün, sh. 48.

<sup>567</sup> Berki/Ergüney, sh. 38.

<sup>568</sup> Berki, sh. 87.

<sup>569</sup> Ansay, T./Schneider, E.: “The New Private International Law of Turkey”, NILR, Vol. 37, (1990), sh. 146.

edimini ifa ettiği yer hukukuydu. Karakteristik edim borçlusunun ikametgâhı veya mutad meskeni hukukunun uygulanmasını savunanlar da vardı. Yargıtay ise, hukuk seçimi olmayan hallerde, sözleşmenin kuruluşu ve ifa yeri hukukunu birlikte uygulamaktaydı. Bu genel eğilimin bir de istisnası söz konusuydu; buna göre, hukuk seçimi olmayan hallerde, önce, tarafların varsayılan iradesi araştırılmalı bu irade tespit edilemezse, son çare olarak ifa yeri hukuku uygulanmalıydı<sup>570</sup>.

*Seviğ*'e göre, EHVK md. 4'ten milletlerarası unsurlu sözleşmelerin Türk hukukuna tâbi olacakları anlamı çıkarılmamalıdır. Buna göre, sözleşmenin inikat yeri ve karşılıklı edimlerin ifa yeri Türkiye ise bu sözleşmeler Türk kanununa tâbi olacaktır. Eğer sözleşme, yabancı bir ülkede inikat etmiş ve ifası yine o ülkede gerçekleşecekse, adı geçen sözleşme o ülke hukukunun emredici kurallarına tâbi olur. Sonuç itibarıyla, ister Türk sözleşmesi, isterse milletlerarası unsurlu sözleşme olsun, emredici hükümler hariç, hukuk seçimi serbestisi geçerlidir. Eğer sözleşme başka ülkede kurulmuş ve fakat ifa Türkiye'de gerçekleşecekse, ifa daha önemli bir unsur olduğundan sözleşme Türk sözleşmesi sayılacaktır. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, iki taraf edimini farklı ülkelerde ifa edecekse, EHVK, bu hususta sessiz kaldığından TMK md. 1'den hareketle hâkimin kanun koyucu gibi davranıp kurallar tesis edebileceğini kabul etmek gerekir<sup>571</sup>.

*Esener*'e göre, taraflar sözleşmelerini istedikleri kanuna tâbi tutabilmelidirler. İrade açık değilse, tarafların zımnî iradesine bakılmalıdır. Bu dahi tespit edilemiyorsa, bazı karinelere hareketle uygulanacak kanun belirlenmelidir. Buna göre, taraflar aynı vatandaşlığa sahip, fakat ayrı yerde oturuyorsa müşterek millî hukuk, taraflar ayrı vatandaşlığa sahipse ve sözleşme hazırlararası akdedilmişse

<sup>570</sup> Bu görüş için bkz. **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 210.

<sup>571</sup> **Seviğ**, V. R., sh. 109; **Seviğ**, M. R., Sentez, sh. 20.

sözleşmenin yapıldığı yer hukuku uygulanır. Yok eğer sözleşme gaippler arasında yapılmışsa, sözleşmenin mahiyetine en uygun hukuk uygulanmalıdır<sup>572</sup>.

Sonuç itibarıyla, EHVK döneminde hukuk seçimi serbestisinin varlığı kabul edilmektedir. Bu dönemde hukuk seçimi serbestisini sınırlandıran iki husustan söz etmek mümkündür. Buna göre, seçilen hukuk emniyet ve asayiş kanunlarına aykırı olamayacağı gibi, gerekli hallerde kamu düzeni müdahalesiyle de karşı karşıya kalacaktır. Kanunun kapsamından hareketle, genel anlamda hukuk seçimi serbestisini sınırlandırdığını da söylemek mümkündür.

## II. MÖHUK'DA SÜBJEKTİF BAĞLAMA

MÖHUK md. 24'e göre, taraflar aralarında yapmış oldukları sözleşmeye uygulanacak hukuku bizzat seçebilmektedirler. Buna göre, seçilen hukuk Türk hukuku olabileceği gibi, yabancı bir hukuk da olabilmektedir. MÖHUK md. 24'ün hukuk seçimi serbestisini hiçbir sınırlamaya tâbi tutmadan kabul ettiği ileri sürülmektedir<sup>573</sup>.

Türk hukukunda hukuk seçimi anlaşmasının esas sözleşmeden bağımsız olduğu genel olarak kabul gören bir görüştür. Hâl böyle olunca, hukuk seçimi anlaşmasının şekli MÖHUK md. 6'ya tâbi olacaktır. Bu anlaşmanın geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağına ilişkin olarak, bir görüş, *lex fori*'nin uygulanmasını savunurken, diğer bir görüş, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun hukuk seçimi anlaşmasını da idare edeceğini kabul etmektedir<sup>574</sup>. Türk hukukunda çoğunluğun görüşüne göre, hukuk seçimi anlaşması, *lex fori*'ye değil, esas sözleşmeye

---

<sup>572</sup> Esener, sh. 512-513.

<sup>573</sup> Atamer, sh. 444.

<sup>574</sup> Nomer, E./Şanlı, C.: Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2003, sh. 293; Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, sh. 214.

uygulanacak hukuka tâbi olmalıdır. Hukuk seçimi anlaşması yapıldığı anda hangi hukukun *lex fori* olduğu bilinmediğinden, hukuk seçimi anlaşmasının esas sözleşmeye uygulanacak hukuka tâbi olması gereği vurgulanmaktadır<sup>575</sup>.

Yetkili mahkeme kaydına veya tahkim şartına bağlanmış olarak şartlı hukuk seçimi yapılabileceği de ileri sürülmektedir. Örneğin, taraflar, ikametgâhlarının bulunduğu her iki devlet mahkemesinin de yetkili olduğunu ve davanın açıldığı mahkemenin maddî hukukunun uygulanacağını kararlaştırabilmektedirler. Hâl böyle olunca, adı geçen hukukun hangi andan itibaren sözleşmeye hâkim olacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Bunun bir yorum meselesi olduğu ve tereddüt halinde sözleşmenin yapılması anından itibaren sözleşmeye hâkim olduğu kabul edilmektedir. Ancak, sözleşmenin şekli geçerliliği ve üçüncü kişilerin hakları bu durumdan etkilenmeyecektir<sup>576</sup>.

Seçilen hukuk, ehliyet ve şekil gibi hususlar hariç sözleşmenin meydana gelişini, muhtevasını ve ifasını idare edecektir. Prensip olarak, seçilen hukukun maddî hukuk kurallarının seçilmiş olduğu kabul edilmektedir. Buna göre taraflar aksini belirtmemişlerse, yabancı hukuk kuralı maddî hukuk kuralı ise uygulanacak, kanunlar ihtilâfi kuralı ise uygulanmayacaktır. Esas itibarıyla hukuk seçimi serbestisinin amacı budur. Dolayısıyla md. 24’de yer alan “...tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbidir” ibaresi, yanlış sonunda ortaya çıkabilecek “atıf”a ikişkin bazı tereddüt veya tartışmaları önleyici açıklığı taşımaktadır<sup>577</sup>.

---

<sup>575</sup> Nomer, sh. 265; Doğan, İş Akitleri, sh. 28.

<sup>576</sup> Nomer, sh. 267.

<sup>577</sup> Nomer, sh. 266; Tekinalp, Akdî İlişki, sh. 30; Çelikel, sh. 257.

### III. MÖHUK'DA HUKUK SEÇİMİNİN SINIRLARI

#### A.HUKUK SEÇİMİNİN SEÇİLEN HUKUK BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI

##### 1.Seçilen Hukukun Bir Devletin Hukuku Olması

Tezimizin üçüncü bölümünde incelendiği üzere, hukuk seçimi serbestisini sınırlandıran hallerden biri olarak tarafların ancak bir devletin hukukunu seçebilecekleri ileri sürülmektedir. Bu bağlamda, tanınmamış devletlerin hukukunun, millî olmayan hukuk sistemlerinin ve yürürlükte olmayan kuralların seçilemeyeceği konuları gündeme gelmektedir. Bu konuda karşılaştırmalı hukukta yer alan görüş, düzenleme ve içtihatlar incelendiğinden, tekrardan üzerinde durulmayacaktır; ancak, bu konularda Türk milletlerarası özel hukuku mevzuat ve doktrini incelenecektir.

##### a. Tanınmamış Devletlerin Hukuku

Tanınmamış devletlerin hukukunun seçilmesinin mümkün olup olmadığı konusu, devletlerin bu konuya olan siyasi yaklaşımları dolayısıyla birtakım sıkıntılara yol açmaktadır. Kanaatimizce, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından devlet olarak kabul edilmeyen bir varlığın hukukunun seçilmesi halinde, Türk mahkemelerinin seçilen bu hukuka etki tanımalarına imkân yoktur. Aksi bir tutum, Türk mahkemelerinin devletin izlediği politikalara ters düşmesine yol açar.

##### b. *Lex Mercatoria*

Acaba taraflar millî hukuk sistemi olmayan bir hukuku aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere seçebilirler mi? Bu konuyla ilgili olarak günümüzde en tartışmalı mesele *lex mercatoria*'nın uygulanacak hukuk olarak sözleşmeyi idare

edip edemeyeceği, taraflarca seçilip seçilemeyeceği meselesidir. Bilindiği üzere, *lex mercatoria* bir hukuk sistemi olmadığı, ya da henüz tamamlanmamış bir hukuk sistemi olduğu, belirsiz bir kavram olduğu ve kaynaklarının neler olduğunun tespitindeki güçlükler dolayısıyla eleştirilmektedir.

MÖHUK md. 24/1'den hareketle lâfzi yorum yapılacak olursa, bu maddede sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların seçtikleri “kanuna” tâbidir dendiğinden, tarafların ancak bir millî hukuk sistemine atıfta bulunabilecekleri anlamı çıkmaktadır. Ancak, Türk hukukunda özellikle milletlerarası tahkim alanında meydana gelen gelişmeler dikkat çekicidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu'na göre taraflar hakem/hakem heyetince uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçebilecekleri gibi, bu hukuk *lex mercatoria* da olabilmektedir.

*Sargın*'a göre, MÖHUK md. 24 kapsamında hukuk seçiminden anlaşılması gereken, belli bir ülke hukukuna, belli bir ülke hukukunun maddî hukuk kurallarına atıf yapılabilmesi veya belli bir ülkeye ait maddî hukuk kurallarına sözleşmede sözleşme hükmü olarak tek tek yer verilmesidir. Yazara göre, *lex mercatoria*'yı ancak sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşme hükmü haline getirerek uygulanması sağlanabilir<sup>578</sup>. Dolayısıyla, *lex mercatoria* ile ilgili tek sorun, Türk mahkemelerinin devlet otoritesine dayanmayan bu kuralları tanıyıp tanımayacağı sorunudur<sup>579</sup>.

*Seviğ*'e göre, MÖHUK md. 24/1'den hareketle taraflar, sözleşmeyle hiçbir ilgisi olmayan bir kanunu seçebileceklerdir. Dolayısıyla, söz konusu sözleşme bir milletlerarası satım sözleşmesi ise, kanun seçimiyle, ihracatçı ülkenin ve ithalâtçı ülkenin emredici kuralları yerine, üçüncü bir ülkenin emredici kuralları ikame

---

<sup>578</sup> **Sargın**, Patent, sh. 192.

<sup>579</sup> **Sargın**, Patent, sh. 194.

edilmiş olabilecektir. Bu kurallar izin verdiği oranda, yorumlayıcı kurallar ve bu arada *lex mercatoria* hükümleri seçilebilecektir<sup>580</sup>.

*Doğan*'a göre, Türk hukukunun sözleşme statüsü olarak seçilmesi halinde, sözleşme tarafları TBK. md. 19-20 çerçevesinde sözleşme serbestisine sahip olacaklarından ve bu serbesti milletlerarası unsurlu sözleşmeler bakımından da uygulanma kabiliyetine sahip olduğundan, taraflar millî olmayan hukuk kural ve prensiplerinin uygulanmasını kararlaştırabileceklerdir. Böyle bir durumda, Türk mahkemeleri önünde görülmekte olan bir dâvada, bu kurallar uygulanabilecektir<sup>581</sup>.

Kanaatimizce, tahkim alanında dahi tam anlamıyla kabul gördüğünü ileri süremeyeceğimiz *lex mercatoria*'ya sözleşme taraflarınca atıf yapılabileceğini ileri sürmek iyimserlikten başka birşey değildir. *Lex mercatoria*'ya karşı ileri sürülen eleştiriler çok ciddi eleştirilerdir. *Lex mercatoria*'nın bir hukuk sistemi olarak oluşumunu tamaladığını ileri sürmek henüz mümkün görünmemektedir. Unutulmamalıdır ki, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde birtakım kuralları sözleşme hükmü haline getirmek başka birşey, sözleşmeyi idare etmek üzere belli bir hukuk sistemine atıfta bulunmak başka birşeydir. Dolayısıyla, *lex mercatoria* adı altında yer alan birtakım kurallar belki sözleşme hükmü olarak sözleşmeye dahil edilebilirler; ancak, yakın zamanda millî mahkemeler önünde *lex mercatoria*'ya yapılacak atfa etki tanınması mümkün görünmemektedir.

### **c. Hak ve Nısfet**

Hak ve nısfet, *lex mercatoria*'ya oranla belirsizlik eleştirilerine daha fazla maruz kalmaktadır. Madem ki taraflara tanınan hukuk seçimi serbestisinin en önemli

---

<sup>580</sup> **Seviğ**, V. R., Akitler, sh. 326.

<sup>581</sup> **Doğan**, Akreditif, sh. 156.

avantajlarından biri kesinlik, öngörülebilirlik ve hukukî güvenlik gibi hususlara hizmet etmesidir, tarafların hak ve nısfete atıf yapmaları hukuk seçimi serbestisinin hizmet ettiği menfaatlere ters düşecektir. Kanaatimizce, halihazırda millî mahkemelerin hak ve nısfete yapılan atfa etki tanımalarına imkân yoktur.

## **2. Seçilen Hukukun Yürürlükte Olan Bir Hukuk Olması**

MÖHUK md. 24/1'den hareketle sözleşme tarafları, yürürlükte bulunan hukuk kurallarını aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmak üzere seçebileceklerdir. Katıldığımız görüşe göre, yürürlükte olmayan hukuk kurallarının ise, artık hukuk kuralı niteliği taşımadıklarından, gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaati gereği, ancak, sözleşme hükmü olarak sözleşmeye dahil edilebilecekleri ileri sürülmektedir<sup>582</sup>.

## **B. HUKUK SEÇİMİNİN SÖZLEŞMENİN NİTELİĞİ BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI**

Bir ülkede, o ülke vatandaşları arasında yapılan ve sonuçları orada gerçekleşecek olan hukukî bir ilişkiden kaynaklanan ihtilâflara o ülkenin maddi hukukunun uygulanacağı açıktır. Ancak, adı geçen ilişki yabancılik unsuru içeriyorsa, mahkeme, doğrudan kendi maddi hukukunu uygulayamayacak ve belirli bir bağlama noktasından hareketle uygulanacak hukuku tespit edecektir. Böyle bir durumda, bir sözleşme ilişkisine uygulanacak hukukun bağlama kuralına göre belirlenebilmesi için, sözleşme ilişkisinin yabancılik unsuru taşıması gerekir.

Önceki bölümde belirtildiği üzere, hukuk seçimi serbestisini sınırlandıran nedenlerden biri, taraflar arasındaki sözleşmenin milletlerarası unsurlu olması

---

<sup>582</sup> Sargin, Patent, sh. 188.

gereğidir. Bu bağlamda, hangi yöntemlerden hareketle bir sözleşmenin milletlerarası unsurlu olup olmadığının tespit edildiği meselesi tezimizin birinci bölümünde detaylı olarak incelenmişti.

Acaba, Türk milletlerarası özel hukukunda hukuk seçimi yapabilmek için milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin varlığı gerekli midir?

*Tekinalp*'e göre, böyle bir sınırlandırma vardır ve hattâ MÖHUK md. 24'le ilgili olarak ileri sürülebilecek tek sınır bir iç hukuk sözleşmesinin varlığıdır. Dolayısıyla burada adı geçen serbesti, ancak milletlerarası unsurlu bir sözleşme varsa kullanılabilir<sup>583</sup>. *Doğan* ve *Güngör* de *Tekinalp*'in bu görüşünü paylaşmaktadır<sup>584</sup>. Ayrıca, *Doğan*'a göre, aksi bir düzenleme halinde, hukuk seçimi şartı tamamen geçersiz olmamakla birlikte, iç hukuktaki irade muhtariyeti prensibi çerçevesinde geçerli olmaya devam etmektedir<sup>585</sup>.

Türk doktrininde, milletlerarası unsurlu bir sözleşmenin gerekliliği hususuna, daha farklı bir bakış açısıyla yaklaşan yazarlar da vardır. Bu görüş taraftarları, sözleşmenin milletlerarası unsurlu olması gerektiğini vurgularken, bunu MÖHUK md. 1/1 hükmüne dayandırmaktadırlar<sup>586</sup>. Katıldığımız bu görüşe göre, MÖHUK md. 1/1, kanunun kapsamını düzenlediğinden ve dolayısıyla, ne tür hukukî ilişkilere uygulanacağı hususu burada belirtildiğinden, sözleşme ilişkilerine de uygulanabilmesi için bu ilişkilerin yabancılik unsuru taşıması gerekecektir. Kanun bir bütün olarak ele alındığında, MÖHUK md. 24'te yabancılik unsuru aranmamış olması, sözleşme ilişkileri söz konusu olduğunda MÖHUK'un uygulanabilmesi için bu şartın göz ardı edilmesine yol açamaz.

<sup>583</sup> *Tekinalp*, Bağlama Kuralları, sh. 269; *Tekinalp*, Akdi İlişki, sh. 29.

<sup>584</sup> *Doğan*, Tüketici Akitleri, sh. 168; *Doğan*, AB Akti Borç, sh. 465; *Güngör*, sh. 188.

<sup>585</sup> *Doğan*, İş Akitleri, sh. 34; *Doğan*, Zayıf Akit Taraf, sh. 32.

<sup>586</sup> Bu görüş için bkz. *Turhan*, Yabancı Para Kayıtları, sh. 192; *Tiryakioğlu*, Taşınır Mallar, sh. 211; *Akıncı*, İnşaat Sözleşmeleri, sh. 69; *Seviğ*, V.R., Akitler, sh. 327.

Şunu da belirtmek gerekir ki, MÖHUK yabancılik unsurunu tanımlamamıştır. Yabancılik unsuru, hukukî uyuşmazlığı, aynı anda birden fazla hukuk düzeni ile bağlantılı hale getirdiğinden, kesin olarak tanımı yapılamamaktadır. Bu sebeple, yabancılik unsurunu saptamak için kullanılacak kriter her somut olayda farklılık gösterdiğinden, somut dâva konusunun şartları dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>587</sup>. Şunu belirtmek gerekir ki, yabancılik unsuru uyuşmazlığa bakacak mahkeme açısından gerçekleşir. Örneğin içerdiği irtibat noktaları itibarıyla tek bir ülke hukukuyla bağlantılı olan bir sözleşmeden doğan uyuşmazlık, yargısal yetki kurallarının müsaade etmesi dolayısıyla farklı bir ülkede dava konusu yapılırsa, davanın açıldığı mahkeme bu sözleşmeyi yabancı unsurlu sözleşme olarak nitelendirecektir. Hâlbuki, söz konusu uyuşmazlık, sözleşmenin bağlantılı olduğu ülkenin mahkemelerinden birinde çözümlenecek olsaydı, bir iç hukuk sözleşmesi olarak kabul edilecekti. Dolayısıyla, bir iç hukuk sözleşmesinden doğan uyuşmazlık, yabancı ülke mahkemesinde görülürse, söz konusu sözleşme, *for* açısından yabancılik unsuru taşıyan sözleşme haline gelir. Bu sebeple, yabancılik unsuru, uyuşmazlığa bakan mahkeme açısından gerçekleşeceğinden, göreceli bir kavram olduğu ileri sürülmektedir<sup>588</sup>.

Özdemir'e göre, MÖHUK md. 24/2'de yer alan ifa yeri kriteri, sözleşmeye milletlerarası nitelik verirken de kullanılmalıdır. Buna göre, eğer bir sözleşmenin edimleri farklı ülkelerde ifa edilecekse, bu sözleşme milletlerarası unsurlu sözleşme olarak kabul edilmelidir<sup>589</sup>.

---

<sup>587</sup> Sargın, Yetki Anlaşmaları, sh. 149.

<sup>588</sup> Ekşi, sh. 3; Özdemir, sh. 928.

<sup>589</sup> Özdemir, sh. 940.

Öte yandan, *Çelikel* MÖHUK md. 24'ten hareketle sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi gerektiğini ileri sürmenin imkânı olmadığını vurgulamaktadır<sup>590</sup>. *Nomer*'e göre ise, tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçebilmeleri için sözleşmenin yabancılık unsuru taşıması gerekmemektedir. Buna göre, tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere yabancı bir hukuku seçmiş olmaları ilişkiyi yabancı unsur taşır hale getirmektedir<sup>591</sup>. *Tiryakioğlu*'na göre ise, sadece yabancı bir hukukun seçilmiş olması, ancak ilgili sözleşme milletlerarası ticari menfaatleri ilgilendiriyorsa, o sözleşmeye milletlerarası unsurlu sözleşme niteliğini kazandırır<sup>592</sup>.

Yargıtay 1986 tarihli bir kararında, dâvalının yabancı bir devlet vatandaşı olmasından hareketle sözleşmenin yabancılık unsuru içerdiği sonucuna varmıştır<sup>593</sup>. Bilindiği üzere bir görüş, yabancı bir hukukun sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmiş olmasının sözleşmeyi milletlerarası unsurlu sözleşme haline getirdiğini savunmaktadır<sup>594</sup>.

MÖHUK kapsamı itibarıyla yabancı unsurlu hukukî ilişkileri düzenlediğinden dolayı, bir sözleşmenin MÖHUK'a tâbi olabilmesi için, milletlerarası unsurlu olması gerekir. Gerek tezimizin ilk bölümünde, gerekse üçüncü bölümünde bir sözleşmeye milletlerarası unsurlu sözleşme niteliğini veren kriterler incelenmeye çalışılmış, çeşitli iç hukuk ve milletlerarası düzenlemeler irdelenmiş ve üzerinde fikir birliği oluşmuş tek bir kriterin mevcudiyetinden söz etme imkânı olmadığı ortaya konmuştur. Kanaatimizce, ister sübjektif, ister objektif, isterse ekonomik kriterden hareket edilsin, eğer bir sözleşmeyle ilgili olarak birden fazla hukukun uygulanması

---

<sup>590</sup> *Çelikel*, sh. 256.

<sup>591</sup> *Nomer*, sh. 265.

<sup>592</sup> *Tiryakioğlu*, Taşınır Mallar, sh. 212; Benzer görüş için bkz. *Şanlı*, sh. 31-32.

<sup>593</sup> Bak. Y. 11. HD, 18.4.1986, YKD 1981, sh. 992-995.

<sup>594</sup> *Nomer/Şanlı*, sh. 292; *Çilingiroğlu*, sh. 113.

söz konusu oluyorsa, bu sözleşme milletlerarası unsurlu sözleşme olarak kabul edilmelidir.

### C. HUKUK SEÇİMİNİN ZAMAN BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI

MÖHUK, md. 24'te herhangi bir düzenleme ve sınırlama bulunmamakla birlikte, doktrinde hukuk seçiminin sözleşmenin kuruluşu anında veya sonradan, hatta muhakeme safhasında dahi yapılabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca, tarafların yapmış oldukları seçimi sonradan değiştirebilecekleri de ileri sürülmektedir<sup>595</sup>. Türk hukukunda, sonradan yapılan hukuk seçiminin, genellikle yargılama anında yapıldığı ve *lex fori* lehine olduğu dikkati çekmektedir<sup>596</sup>.

Bu değişiklik tarafların isteğine bağlı olarak geriye veya ileriye etkili olabilmektedir. Ancak, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe, bu değişikliğin, sözleşme kurulduğu andan itibaren etkili olacağı kabul edilmektedir. Taraflarca böyle bir değişiklik yapılmış olması halinde, bu değişiklik sözleşmenin şekli geçerliliğini ve üçüncü şahısların haklarını etkilemeyecektir. Dolayısıyla, kazanılmış haklar etkilenmeyecek veya bir kötüleşme ortaya çıkmayacaktır. Bu bağlamda hakkının zedelenmesi ihtimali olan üçüncü şahısların, sonradan yapılan hukuk seçimi anlaşmasına muvafakat etmeleri gerektiği ileri sürülmektedir. Böyle bir muvafakat yoksa, hukuk seçimi bu kişilerin kazanılmış haklarını ihlâl ettiği oranda geçersiz olacaktır. Ayrıca, bu değişiklikle, şeklen geçersiz olan bir sözleşme geçerli hale

---

<sup>595</sup> Doğan, V.: İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilâfi Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, (İş Akitleri), Ankara 1996, sh. 42.

<sup>596</sup> Doğan, İş Akitleri, sh. 42-43.

gelemeyeceği gibi, şeklen geçerli olan bir sözleşme de geçersiz hale gelemeyecektir<sup>597</sup>.

Kanaatimizce, MÖHUK'a dayanarak hukuk seçiminin ne zaman yapılacağına ilişkin herhangi bir sınırlandırmanın varlığından söz edilemez. Ancak, genel kabul gören bir husus olarak seçilen hukukta değişiklik yapılması halinde, şekli geçerliliğin etkilenmemesine ve üçüncü şahısların haklarının zedelenmemesine dikkat edilmelidir.

#### **D. HUKUK SEÇİMİNİN SÖZLEŞMENİN KAPSAMI BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI**

MÖHUK md. 24, kısmî hukuk seçimi ya da birden fazla hukuk seçimi yapılabilip yapılamayacağına dair herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Ancak, doktrinde Türk hukukunda kısmî hukuk seçimini engelleyici bir sebep olmadığı ileri sürülmektedir<sup>598</sup>. Dolayısıyla, taraflar sözleşmenin sadece bir kısmını seçtikleri hukuka tâbi tutabileceklerdir. Ancak, kısmî hukuk seçiminin de açık olması gerekmektedir. Şunu da belirtmek gerekir ki, böyle bir düzenlemenin olmayışı kısmî hukuk seçiminin ne şekilde yapılırsa yapılsın geçerli olacağı anlamına da gelmemektedir<sup>599</sup>.

Aynı şekilde, sözleşmenin taraflarının, aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere, birden çok hukuku seçebilecekleri de kabul edilmektedir. Ancak, bu imkânın sözleşmenin parçalanmasına yol açacağı bir gerçektir. Dolayısıyla, birbirinden ayrılmasına imkân olmayan karşılıklı edimler söz konusuysa, kısmî ya da birden çok hukuk seçiminin kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Aksi halde, geçerli

<sup>597</sup> Nomer, sh. 266; Doğan, İş Akitleri, sh. 42-43; Doğan, Akreditif, sh. 165.

<sup>598</sup> Güngör, sh. 188; Doğan, İş Akitleri, sh. 40.

<sup>599</sup> Nomer, sh. 266; Çelikel, sh. 257; Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 269.

olmayan bir hukuk seçimi söz konusu olacak ve objektif bağlama yoluna gidilecektir<sup>600</sup>. Öte yandan, diğer bir görüş, kısmî hukuk seçiminin emredici kurallar elverdiği ölçüde yapılabileceğini vurgulamaktadır<sup>601</sup>.

Kanaatimizce, MÖHUK bağlamında kısmî hukuk seçimi veya birden fazla hukuk seçiminin sınırlandırıldığı ileri sürülemez. Ancak, söz konusu serbesti sözleşmenin birbirinden ayrılabilir kısımları için kullanılabilirdir. Hukuk seçimi birtakım hukukî veya mantıkî uyumsuzluklara imkân verecek şekilde yapılmamalıdır.

## **E.HUKUK SEÇİMİNİN YAPILIŞ ŞEKLİ BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASI (HUKUK SEÇİMİNİN AÇIK OLMASI)**

Bilindiği üzere, milletlerarası unsurlu sözleşmelerde hukuk seçimi açıkça veya zımnen yapılabilmektedir. Hatta farazî olarak yapılabileceği de ileri sürülmektedir. MÖHUK'tan önce, hem açık, hem de zımnî hukuk seçimi yapılabileceği kabul görmekte ve fakat farazî irade araştırması genellikle benimsenmemekteydi. Örneğin, 1979 tarihli Yargıtay kararında, hukuk seçiminin zımnî veya açık olabileceği belirtilmişti<sup>602</sup>. Ancak, MÖHUK hazırlanırken zımnî ve farazî hukuk seçimi bilinçli olarak dahil edilmemiştir. Farazî iradenin araştırılması, farazî irade gerçek taraf iradesi olmadığından dolayı kabul edilmemiştir. Çünkü, farazî irade tespitinde hâkim, ya sözleşmenin objektif noktalarını değerlendirir, ya da tarafların iradelerini tahmin eder. Zımnî iradenin tespitinde ise, kullanılan deyimlerden hareketle tarafların ortak bir dil mi bulmaya çalıştıkları, yoksa hukuk

<sup>600</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 214; **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 269; **Dardağan**, sh. 234; **Doğan**, İş Akitleri, sh. 40; **Doğan**, Akreditif, sh. 163.

<sup>601</sup> **Doğan**, İş Akitleri, sh. 40.

<sup>602</sup> Y. 11. HD., 5.4.1979, 1512/1978, YKD., 1981, sh. 59 vd.

seçimi mi yaptıkları anlaşılmayacağından reddedilmiştir. Öte yandan, yetki anlaşmasının varlığı ve benzeri bazı hususlar, birtakım görüşler tarafından, tarafların ilgili devlet hukukuna tâbi olmak istedikleri şeklinde yorumlanmaktadır. Ancak, bu ve bunun gibi çıkarımlar tartışma konusu teşkil etmektedir. Dolayısıyla bu tip sakıncalar, zımnî hukuk seçiminin MÖHUK'a dahil edilmesine engel olmuştur<sup>603</sup>. Tarafların hukuk seçimini sonradan yapabilmeleri ve değiştirebilmeleri imkânı da zımnî hukuk seçimine ihtiyaç olmadığı şeklindeki görüşü güçlendirmiştir.

Bugün için bu tip bir yaklaşımın milletlerarası ihtiyaçlara ters düştüğü ileri sürülmektedir. Öte yandan, daha önce de belirtildiği üzere, md. 24/II'ye göre açık olarak hukuk seçimi yapılmamış hallerde, sözleşmeye borcun ifa yeri hukuku uygulanmaktadır. BK 73'e bakıldığında ise, ifa yerinin tarafların açık ya da zımnî iradelerine göre belirlenebileceğinin düzenlendiği görülür. Tüm bu açıklamalardan hareketle denebilir ki, taraflar zımnî iradeleri ile bocun ifa yerini, ki MÖHUK md. 24/II'ye göre ifa yeri hukuku uygulanacak hukuktur ve dolayısıyla uygulanacak hukuku belirleyebilmektedirler. Hâl böyle olunca, md. 24/II için kabul edilen zımnî irade hususu, md. 24/I için de kabul edilmelidir<sup>604</sup>. Ayrıca, bir sözleşmenin kurulması için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını şart kılan TBK md. 1'in ikinci fıkrasına göre, adı geçen irade beyanı zımnî olarak da yapılabilmektedir. Dolayısıyla, bu hüküm zımnî irade beyanının Türk hukukuna yabancı bir kavram olmadığını göstermektedir. Öte yandan, hukuk seçimi halinde, seçilen hukukun maddî hükümlerinin uygulanması genel kabul gören bir husustur. Ancak, aynı şeyi objektif

---

<sup>603</sup> **Tekinalp**, Akdi İlişki, sh. 30; **Çelikel**, sh. 256; **Akıncı**, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, sh. 13; **Erdem**, sh. 155; **Doğan**, İş Akitleri, sh. 19-20; **Turhan**, İsviçre Devletler Özel Hukuku, sh. 144; **Tekinalp**, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunları, sh. 67; **Tekinalp**, G.: "Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı", (Tasarı), İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 44, (1980), sh. 114; **Seviğ**, V.R., Akitler, sh. 326; **Sargın**, Patent, sh. 195.

<sup>604</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 213.

sözleşme statüsü (MÖHUK md. 24/2) için söylemeye imkân yoktur. Çünkü, MÖHUK md. 2'ye göre, yabancı hukukun yetkilendirilmesi durumunda, bu hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları dahil tüm hükümleri uygulanır. Buna göre, eğer yetkili yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları, zımnî hukuk seçimine müsaade ediyorsa, Türk hâkimi de dolaylı olarak zımnî hukuk seçimini dikkate almak zorunda kalacaktır<sup>605</sup>.

MÖHUK md. 24/I'den hareketle acaba hukuk seçiminin açık olması ne anlama gelmektedir? *Nomer*'e göre, açık olma, “ tarafların belirli bir hukuku seçme konusunda iradelerinin mevcut bulunduğu tereddüde yer vermeyecek şekilde belirlenebilmesidir”<sup>606</sup>. Diğer bir ifadeyle, açık hukuk seçimi yoruma ihtiyaç hissettirmeyen hukuk seçimidir<sup>607</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere, açık hukuk seçimi olmayan hallerde, kanun, tarafların zımnî veya farazî iradelerine dayanarak hukuk seçimi yaptıkları sonucuna varılmasına imkân vermemektedir. Ancak, bir görüşe göre taraflar, hukuk seçimi konusundaki iradelerini açık olarak beyan etmemekle birlikte, bu konuda bir iradelerinin olduğu tereddüde yer vermeyecek şekilde, sözleşme hükümlerinin ve şartlarının yorumlanmasıyla belirlenebiliyorsa, hukuk seçiminin yapıldığı kabul edilmelidir<sup>608</sup>. Buna örnek olarak tarafların belli bir kanunun hükümlerinin uygulanmasından hareket etmiş olmaları gösterilebilir<sup>609</sup>.

Kannatimizce, Türk hukukunda taraflar açık hukuk seçimi yapmamışlarsa, hâkim, zımnî hukuk seçimi olup olmadığına bakmaksızın, karakteristik edimin ifa yeri hukukunu uygulayacaktır. Dolayısıyla hukuk seçiminin açık olarak yapılması gereği Türk hukukunda hukuk seçimi serbestisinin sınırını teşkil etmektedir. Ancak

<sup>605</sup> **Tekinalp**, Milletlerarası Özel Hukuk Kanunları, sh. 68.

<sup>606</sup> **Nomer**, sh. 265.

<sup>607</sup> **Doğan**, İş Akitleri, sh. 18.

<sup>608</sup> **Dardağan**, sh. 228.

<sup>609</sup> **Nomer**, sh. 265; **Doğan**, AB Akti Borç, sh. 492.

şunu da belirtmek gerekir ki, MÖHUK'da hukuk seçiminin sadece açık irade beyanı yoluyla yapılmasına yer vermiş olması, günümüzde kabul gören prensiplere ters düşmektedir.

## **F.HUKUK SEÇİMİNİN EMREDİCİ KURALLARA (DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARA) AYKIRI OLMASI**

Bilindiği gibi, devletin taşıdığı sosyal ve ekonomik kaygılar doğrudan uygulanan kuralların doğumuna, bu da, irade muhtariyeti prensibinin sınırlandırılmasına yol açmaktadır. Türk hukukuna bakıldığında, Anayasa md. 13'ün temel hak ve hürriyetlerin, ki sözleşme özgürlüğünü de içermektedir, kamu düzeni, kamu sağlığı, genel ahlâk ve genel sağlığın korunması amacıyla sınırlanabileceği şeklinde bir düzenleme getirdiği görülür<sup>610</sup>.

Türk hukukunda, doğrudan uygulanan kurallara ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla, hangi kuralların doğrudan uygulanan kurallar oldukları ve sözleşme statüsünden bağımsız olarak emredicilik vasfına sahip oldukları meselesi ortaya çıkmaktadır. Prensip itibarıyla, bu kurallar kendilerini iki alanda gösterirler. Bunlardan birincisi, devletin ekonomik ve sosyal menfaatinin bulunduğu alanlar, ikincisi ise zayıf tarafın korunması gereken sözleşmelerdir.

Türk hukuku açısından, kanunlar ihtilâfi kurallarına göre uygulanması gereken yabancı hukukun maddî hukuk kuralları arasında, bu hukuk tarafından doğrudan uygulanan kural olarak belirlenmiş kuralların varlığı, adı geçen hukukun uygulanması bakımından herhangi bir engel teşkil etmemektedir. Dolayısıyla, ilgili

---

<sup>610</sup> Kocasakal, sh. 98.

yabancı hukukun diğerk maddî hukuk kurallarıyla doğrudan uygulanan kuralları arasında herhangi bir fark gözetilmemektedir<sup>611</sup>.

Türk hukukunda, dış ticaret hukuku, kartel hukuku, tüketici hukuku, iş hukuku ve kira hukuku alanlarında doğrudan uygulanan kuralların varlığı kabul edilmektedir. Örneğın, kiracıyı korumaya yönelik 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, Anayasa md. 57'deki konut ihtiyacını karşılayıcı tedbirler alma şeklindeki devlet politikasının bir neticesidir<sup>612</sup>.

Bu bağlamda, rekabet hukuku da, üzerinde durulması gereken bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilindiğı üzere, rekabet hukukunun konusunu “piyasalarda faaliyette bulunan teşebbüslerin, serbest rekabeti sınırlayan veya rekabet düzeni açısından tehdit oluşturan her türlü davranış ve işlemler oluşturmaktadır”<sup>613</sup>. Rekabet hukuku kuralları, gösterdikleri özellikler bakımından kamu hukukuna yönelirken, sùjeler ve hukukî ilişkiler bakımından ise özel hukuka yakınlık göstermektedirler. Şunu da belirtmek gerekir ki, Anayasa md. 167'ye göre Türkiye Cumhuriyeti Devleti serbest rekabet ortamının sağlanmasında, fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemekle yükümlüdür<sup>614</sup>.

Ülkesellik ilkesi gereğı, Türk kanunları prensip itibarıyla Türkiye sınırları içinde uygulanmaktadırlar. Buradan hareketle, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) hükümlerinin de Türkiye içindeki rekabet hukuku ihlallerine uygulandığı söylenebilir. Ancak, rekabet hukuku ihlallerinin nerede gerçekleştiğini tespit etmek her zaman kolay olmamaktadır. Günümüz ekonomik ilişkilerinin karmaşıklığı ve özellikle ticaretin ulusal sınırlarının büyük ölçüde kalkmış olması

---

<sup>611</sup> Nomer, sh. 271.

<sup>612</sup> Nomer, sh. 272; Kocasakal, sh. 104.

<sup>613</sup> Sanlı, sh. 7.

<sup>614</sup> Kocasakal, sh. 125.

durumu daha da güçleştirmektedir. Öte yandan, ihlâlin gerçekleştiği yerin tespiti her zaman yeterli olmamaktadır. Çünkü, ihlâlin gerçekleştiği yer ile etki farklı yerlerde olabileceği gibi, bu etki birden fazla ülkede de kendini gösterebilmektedir. Bu durumda, RKHK'un sadece ülke sınırları içinde uygulanacağını söylemek gerçekçi olmayacaktır. Bunun yerine, nerede gerçekleşirse gerçekleşsin, etkisini Türk piyasalarında gösteren her türlü sınırlayıcı davranış bu kanun kapsamına girer, şeklinde yorum yapılmalıdır; çünkü, ulusal piyasada rekabeti korumak ancak rekabet hukukunu ülke dışındaki eylem ve işlemlere, yani yabancı teşebbüslere uygulamakla mümkün olacaktır. RKHK md. 2'den hareketle, ihlâlin Türkiye'de gerçekleşmiş olması, ya da bu ihlâli gerçekleştiren teşebbüsün Türkiye'de faaliyet gösteriyor olması, ya da ikametgâhının Türkiye'de bulunması rekabet kurallarının uygulanması açısından fark yaratmamaktadır. Önemli olan, adı geçen ihlâlin olumsuz etkilerini Türkiye'deki piyasalarda göstermesidir. Dolayısıyla, dış piyasada faaliyet gösteren teşebbüsler de bu kanun kapsamında yer almaktadır<sup>615</sup>. Sonuç itibarıyla, RKHK kapsamına giren milletlerarası unsurlu bir sözleşme söz konusu olduğunda, seçilen hukuk dikkate alınmayacak ve doğrudan doğruya bu Kanun hükümleri uygulanacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti'nin ekonomik menfaatleri doğrultusunda, Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında Kanun (TPKKK) ve buna bağlı kararname ve tebliğler doğrudan uygulanan kuralların bir diğer örneğini teşkil etmektedir. Dolayısıyla, bu kurallar *lex causae* Türk hukuku olsa da olmasa da, diğer bir ifadeyle sözleşmeye uygulanacak hukuk araştırılmaksızın, hâkim tarafından doğrudan doğruya uygulanan kurallardır<sup>616</sup>.

<sup>615</sup> Sanlı, sh. 39; Kocasakal, sh. 125.

<sup>616</sup> Turhan, Yabancı Para Kayıtları, sh. 203.

Doğrudan uygulanan kuralların sözleşmeler alanında müdahale şekilleri farklı olabilmektedir. Bu bağlamda, birtakım hükümler sözleşme yapma zorunluluğu öngörmektedirler. Sözleşme serbestisi gereği, sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü iç hukukta bazı sınırlandırmalara tâbi olmaktadır. Buna göre, bazı kişiler belli şartların varlığı halinde sözleşme yapmaktan kaçınamazlar. Bu sınırlamalar toplumun önemli ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik sözleşmeler açısından geçerlidir. Bu ihtiyacı karşılayacak olan taraf, keyfi olarak sözleşme yapmaktan kaçınamaz. İç hukukta geçerli olan bu sınırlamalar yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda da uygulama alanı bulmaktadırlar. Örneğin, İş Kanunu md. 30/1'e göre, işveren belli kişilerle sözleşme yapma yükümlülüğü altındadır. Buna göre, 50 veya daha fazla işçi çalıştıran işveren %2 oranında sakat kişileri, meslek, beden ve ruhî durumlarına uygun bir işte çalıştırmakla yükümlüdür. Dolayısıyla, sözleşmenin esasına başka bir kanun uygulansa bile, Türkiye'deki işyerlerinde işverenler, bu hükümlere uygun davranmak durumundadırlar. Yani işveren, sözleşmenin yabancı hukuka tâbi olduğu gerekçesiyle bu yükümlülükten kurtulamaz<sup>617</sup>.

Birtakım hükümler ise sözleşme yapma yasağı getirmektedir. Ekonomik ve toplumsal bazı çıkarlar gerektiriyorsa, belli mal ve hizmetlere ilişkin hukukî işlemlerin yapılması yasaklanabilmekte ya da kısıtlanabilmektedir. Örneğin, Patent Haklarının Korunması Hakkında 551 sayılı KHK md. 117'ye göre, zorunlu lisanslar, ancak işletmenin tamamı veya lisansın değerlendirilmekte olduğu işletme kısmı ile birlikte devredilebilir. Zorunlu lisansın, bağlı patent sebebiyle verilmesi halinde ise, lisans ancak bağlı patentle birlikte devredilebilir<sup>618</sup>.

---

<sup>617</sup> Kocasakal, sh. 138; Çelik, sh. 87-88.

<sup>618</sup> Kocasakal, sh. 140.

Zayıf tarafın korunması ya da devletin ekonomik ya da sosyal etkinliğinin sağlanması gibi amaçlar, şekle ilişkin doğrudan uygulanan kuralları da gündeme getirmiştir. Devletlerin ülkelerinde faaliyet göstermek isteyen ticaret şirketlerini kontrol edebilmek adına kuruluş ve faaliyet aşamalarında sıkı şekil şartlarına bağlanmalarında olduğu gibi, bu şekil kurallarının bir kısmı, ekonomik veya idarî yapılanmanın gereğidir. Türk Ticaret Kanunu'ndaki (TTK) ticarî şirketlerin kuruluş sözleşmeleri için öngörülen şekil şartlarına, Türkiye'de Türk hukuka tâbi olarak kurulan tüm şirketler uymak zorundadır<sup>619</sup>.

MÖHUK, md. 23/4'e göre, taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin hukukî işlemler şekil ve esas yönünden malın bulunduğu yer hukukuna tâbidir. Bu kural olmasaydı dahi Türk hukukunun taşınmaz üzerindeki aynî haklara ilişkin şekil bakımından öngördüğü kurallar, Türkiye'de bulunan bir taşınmazla ilgili işleme zorunlu olarak uygulanacaktı. Şekil serbestisini sınırlandıran hükümlerin bir diğer örneğini TKHK oluşturmaktadır. Buna göre, taksitli ve kampanyalı satışlarda satıcı, tüketici kredilerinde ise, banka veya finans kuruluşu, sözleşmenin bazı unsurlarını içeren yazılı bir belgeyi düzenleyerek alıcıya veya tüketiciye vermelidir. Bu hükmün amacı, alıcı veya tüketicinin sözleşmeden doğan taahhütlerinin kapsamı ve ifasına ilişkin yeterli bilgiye sahip olmalarını sağlamaktır<sup>620</sup>.

Bir kuralın yabancı unsurlu ilişkiye doğrudan uygulanıp uygulanamayacağını tespit ederken, öncelikle adı geçen kuralın yabancı unsurlu sözleşmeye de doğrudan doğruya uygulanmayı amaçlayıp amaçlamadığı tetkik edilmeli, daha sonra ise

---

<sup>619</sup> Kocasakal, sh. 153.

<sup>620</sup> Kocasakal, sh. 155-160.

kuralın düzenlediği konu bakımından korumayı amaçladığı devlet menfaatinin ne olduğu tespit edilmelidir<sup>621</sup>.

MÖHUK, md. 1 ve md. 2'den hareketle, Türk hukukunda sözleşme statüsünde yer alan doğrudan uygulanan kuralların uygulanacağı sonucuna varma imkânımız mevcuttur. Buna göre, yabancı unsurlu bir özel hukuk ilişkisine, Türk kanunlar ihtilâfi hukukuna göre belirlenen yetkili yabancı hukuk Türk mahkemelerince uygulanacaktır<sup>622</sup>.

Acaba Türk hukukunda üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarını uygulama imkânı var mıdır? Üçüncü ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması meselesi tartışmalı bir meseledir. Bir görüşe göre, bu soruya açık bir şekilde olumlu cevap verme imkânı yoktur. Bunun nedeni, yabancı devletin kamu hukuku karakterli kurallarının uygulanmasının söz konusu olmamasıdır. Özellikle, Kıta Avrupası ülkeleri yabancı sözleşme statüsünün bu tip kurallarını uygulamayı reddetmiştir. Öte yandan, ortak hukuk mahkemeleri altın kayıtlarını yasaklayan, dövize ilişkin özel düzenlemeler getiren ya da sözleşmeyle bağlantılı üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımışlardır<sup>623</sup>. Ancak, günümüzde bu görüşün katı bir şekilde uygulanmadığı da dikkati çekmektedir. Türk doktrinde, sözleşme statüsünün ve mahkemenin doğrudan uygulanan kuralları yanında, uygulanma zorunluluğu var ise, üçüncü bir devletin bu tip kurallarının da uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>624</sup>. Meseleyi, döviz kontrol kuralları bağlamında ele alan *Turhan*, üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının hâkim tarafından uygulanmasının güç gözüktüğünü ve fakat

---

<sup>621</sup> **Doğan**, İş Akitleri, sh. 101; **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 268.

<sup>622</sup> **Doğan**, İş Akitleri, sh. 109.

<sup>623</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 269.

<sup>624</sup> Karşıt görüş için bkz. **Akın**, sh. 102.

üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının hukuk kuralı olarak değil de “vakıa” olarak dikkate alınabileceğini savunmaktadır. *Tiryakioğlu* da, üçüncü ülke doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmayabileceği, ancak, en azından bir olgu olarak gözönüne alınmaları gerektiği şeklindeki bu görüşe katılmaktadır<sup>625</sup>.

Kanaatimizce, MÖHUK’da doğrudan uygulanan kurallara ilişkin hüküm bulunmaması büyük bir eksikliklerdir. Hukuk seçimi serbestisi ile bir tarafta tarafların beklentileri ön plânda tutulmaya çalışılırken, diğer taraftan bu serbestinin başka bir prensiple çakışması halinde sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı ya da nasıl sınırlandırılması gerektiği meseleleri tartışılmaktadır. Bu bağlamda, doğrudan uygulanan kural meselesinin netleştirilmesi, diğer bir ifadeyle, kesin sınırlarının belirlenmesi büyük bir önem arz etmektedir.

## **G. HUKUK SEÇİMİNDE ZAYIF TARAFIN KORUNMASI**

### **1. Tüketici Sözleşmeleri**

Tüketici sözleşmeleri “tüketicinin mesleki veya ticari bir faaliyetine ait olmayıp özel yaşamına ait bir amaçla bir malın teslimi veya bir işin görülmesine ilişkin sözleşmeler olarak nitelendirilen sözleşmelerdir”<sup>626</sup>. Bu tür sözleşmelerde bir yanda ekonomik yönden güçlü taraf, diğer yanda ise sözleşmenin zayıf tarafı olan tüketici yer alır. Bu durumda, güçlü taraf kendi lehine sonuç doğuracak bir hukuku tüketiciye dayatabilecektir. O zaman da tam anlamıyla hukuk seçimi serbestisinden söz etme imkânı ortadan kalkmaktadır.

Türk hukukunda tüketici sözleşmeleri için herhangi özel bir düzenleme mevcut değildir. Dolayısıyla, bu sözleşme tipi de tıpkı diğer sözleşmelerde olduğu

<sup>625</sup> **Turhan**, *Yabancı Para Kayıtları*, sh. 207-208; **Tiryakioğlu**, *Taşınır Mallar*, sh. 270.

<sup>626</sup> **Çelikel**, sh. 259.

gibi MÖHUK md. 24'e tâbidir ve hukuk seçimi serbestisi bu sözleşmelerde de sınırsız uygulama alanı bulmaktadır. Ancak, tüketici sözleşmelerinin özelliği göz önünde bulundurulacak olursa, adı geçen maddenin, bu sözleşmeler açısından sınırlı ölçüde uygulanması gerektiğini kabul etmek lâzımdır. Sözleşmelerde ekonomik veya sosyal yönden zayıf olan tarafın korunması gereği, Anayasa md. 2'deki sosyal hukuk devleti ilkesine dayanmaktadır. Öte yandan, Anayasa md. 172'ye göre tüketicinin korunması devletin yükümlülükleri arasında yer almaktadır<sup>627</sup>.

Türk hukukunda tüketicinin korunması meselesinin, 1926 yılında yürürlüğe giren Borçlar Kanunu ile birlikte ekonomik yönden zayıf tarafın korunması şeklinde ortaya çıktığı ileri sürülmektedir. TBK, irade muhtariyeti ilkesini esas almakla birlikte, bazı hükümlerle kiracı gibi zayıf olan tarafları da korumaya çalışmıştır. Esas itibarıyla, 1983 sonrası serbest piyasa ekonomisine geçişle birlikte, korunmaya ihtiyaç duyan bir başka kategori olarak tüketiciler ortaya çıkmıştır<sup>628</sup>.

Tüketici sözleşmelerine, kamu düzeni ve ekonomik düzenle olan yakın ilişkileri dolayısıyla, tüketicinin mutad olarak bulunduğu yerdeki tüketiciyi korumaya yönelik hükümler uygulanır<sup>629</sup>. Bu bağlamda, tüketiciyi korumaya yönelik emredici kurallar hukuk seçimi yoluyla bertaraf edilemeyecektir. Türk hukukunda bu tip kurallar 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (TKHK)<sup>630</sup> yer almaktadır. Hâl böyle olunca bu kanunda yer alan hükümlerin tüketicinin korunması açısından asgari sınırı teşkil ettikleri kabul edilmektedir<sup>631</sup>.

---

<sup>627</sup> Kocasakal, sh. 101; Güngör, sh. 173.

<sup>628</sup> Aydoğdu, M.: 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar, İzmir 1998, sh. 5.

<sup>629</sup> Bu uygulamayla, işlem menfaati yerine taraf menfaatinin ön planda tutulduğu ortaya konmuştur. Bkz. Gelgel, G. Ö.: Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar, İstanbul 2000, sh. 54.

<sup>630</sup> 4077 sayılı TKHK için bkz. RG 23.2.1995-22221, sh. 1-10.

<sup>631</sup> Nomer, sh. 275; Güngör, sh. 189.

Alıcının tüketici, satıcının meslekten satıcı sıfatıyla davranması yanında, yapılan sözleşmenin ivazlı olduğu tüketici sözleşmeleri TKHK'un kapsamına girmektedir. Bu bağlamda, tüketici sözleşmelerinin kapsamına taşınır mal satım sözleşmesi ve bu sözleşmelerin çeşitleri ile konusu hizmet olan sözleşmeler girmektedir<sup>632</sup>. TKHK, tamamen doğrudan uygulanan kurallardan oluşmamaktadır<sup>633</sup>. Dolayısıyla, bu kurallardan hareketle, her olayda tüketiciyi koruma imkânı yoktur. Ayrıca, Türk hukuku tüketiciye henüz sınırlı bir koruma sağladığından ve doğrudan uygulanan kurallar esasa uygulanacak hukukun daha elverişli olup olmadığı kontrol edilmeden uygulandığından, bu kurallar *lex causae*'nin daha elverişli hükümlerinin uygulanmasını engelleyebilmektedir<sup>634</sup>. Bir görüşe göre, bunun nedeni doğrudan uygulanan kuralların konulmasındaki amacın, sözleşmenin zayıf tarafını oluşturan tüketicinin korunmasına hizmet etmek değil, ekonomik ve sosyal düşüncelerden hareketle kamusal organizasyonun menfaatine hizmet etmektir. Bu görüşe göre, Türk hukukunda tüketiciyi koruyabilmek için kamu düzenine başvurmak gerekecektir. *Doğan*'a göre, kamu düzeni kuralı istisnâ niteliği dolayısıyla tüketiciyi korumak adına her zaman yeterli olmayacaktır. Ayrıca, kamu düzeni müdahalesi için olayın ülke ile sıkı bir ilişkisinin olması gereği bu yola başvurulmasını sınırlandırmaktadır<sup>635</sup>. *Atamer* de aynı görüşü paylaşmakla birlikte, bu sonuca TKHK'nun Türk kamu düzeninin bir parçası olarak nitelendirilemeyecek kadar yeni olduğu gerekçesinden hareketle varmaktadır<sup>636</sup>. Ayrıca kamu düzeni

---

<sup>632</sup> **Aydoğdu**, sh. 10.

<sup>633</sup> Ancak, birtakım doğrudan uygulanan kurallar vardır. Örneğin, bazı kurum ve kuruluşların işleyişine ilişkin esaslar, Tüketici örgütleri, bu konudaki devlet ve kamu örgütleri TKHK 17. maddede yer alan reklam kurulu, tüketici konseyi. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gelgel**, sh. 86-87.

<sup>634</sup> **Atamer**, sh. 444.

<sup>635</sup> **Doğan**, Tüketici Akitleri, sh. 173; **Doğan**, Zayıf Akit Taraf, sh. 35.

<sup>636</sup> **Atamer**, sh. 444.

müdahalesi, seçilen hukukun daha lehe hükümler içermemesi durumunda mümkün olmalıdır<sup>637</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere, MÖHUK'da tüketici sözleşmelerine ilişkin herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bunun nedeni hukuk seçiminin bilinçli olarak yapılacağı varsayımı ve bu hükmün ticari sözleşmeler düşünülerek getirilmiş olmasıdır<sup>638</sup>. MÖHUK md. 24, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tümünü içine alacak şekilde düzenleme getirdiğinden, kanun boşluğundan söz edilemez. Ancak, Türk kanun koyucusu sentetik yöntemin sakıncalarını gidermek için istisnalar kabul etmediğinden, ortaya gerçek olmayan bir kanun boşluğu çıkmaktadır. Dolayısıyla, bu düzenleme günün şartlarına, dürüstlük kurallarına aykırıdır ve ihtiyaçlara uygun olmadığından tatmin edici değildir<sup>639</sup>. MÖHUK md. 24'deki düzenlemenin sözleşmenin zayıf taraf aleyhine sonuç doğurması olasıdır<sup>640</sup>.

Yapılan hukuk seçimi hakkın kötüye kullanımı niteliğinde ise, yani objektif sözleşme statüsünün tüketiciyi koruyucu hükümlerden kaçma amacını taşıyorsa, hür iradeyle yapılmamışsa veya bilinçli değilse hukuk seçimi dikkate alınmayacaktır. Eğer tüketici hukuk seçimini hür iradeyle ve bilinçli olarak yapmışsa seçilen hukuk korunmalıdır<sup>641</sup>. Bir diğer görüşe göre, tüketicinin korunması gereken hallerde seçilen hukuk bertaraf edilmeli ve fakat tüketicinin milletlerarası özel hukukun korumasına ihtiyaç duymadığı hallerde seçilen hukuk uygulanmalıdır. Çünkü, seçilen hukukun uygulama alanı sınırlandırılarak tüketicinin en lehine olan hukuk

---

<sup>637</sup> Gelgel, sh. 72.

<sup>638</sup> GÜNGÖR, sh. 188; Her sözleşme tipi için ayrı ayrı düzenleme yapılmamış olmasının nedeni olarak, Türk milletlerarası özel hukukunda beklenen gelişmenin katı kurallarla kısıtlanmasının önlenmesi amacı gösterilmektedir. Bu görüş için bkz. **TEKİNALP**, G.: "Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı", (Tasarı), İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 44, (1980), sh. 113.

<sup>639</sup> Doğan, Zayıf Akit Taraf, sh. 39.

<sup>640</sup> Doğan, Tüketici Akitleri, sh. 174; Doğan, Zayıf Akit Taraf, sh. 39.

<sup>641</sup> GÜNGÖR, sh. 191.

uygulanması düşüncesi, milletlerarası özel hukuk adaletinin değil, maddî özel hukuk adaletinin sağlanmasına yöneliktir. Halbuki, MÖHUK milletlerarası özel hukuk adaletini gerçekleştirmeyi amaçlayan kurallardan oluşmaktadır<sup>642</sup>.

Kanaatimizce, Türk hukuku açısından yapılması gereken, MÖHUK'da bir değişiklik yapıp, hukuk seçimi serbestisini prensip olarak korumakla birlikte, mutad mesken hukukunun tüketiciyi daha fazla koruyucu kurallarının bertaraf edilemeyeceği şeklinde bir düzenleme getirmektir.

## 2. İş Sözleşmeleri

İş sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiği bir vasıflandırma meselesi olarak kabul edilmekte ve Türk hukukuna göre tespit edilmektedir. İş sözleşmesini şu şekilde tanımlamak mümkündür: İş sözleşmesi “özel hukuk karakterli, şahsi bağımlılık doğuran, karşılıklı hak ve mükellefiyetleri ihtiva eden ve işçinin işverenin hizmetinde iş edimi ve işverenin de ücret ödeme ile mükellef olduğu”<sup>643</sup> bir sözleşmedir. Tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi, iş sözleşmeleriyle ilgili olarak da Türk hukukunda özel bir düzenleme olmadığından, bu sözleşmeler de MÖHUK md. 24'e tâbidirler. Buna göre, iş sözleşmelerine tarafların seçmiş oldukları hukuk uygulanır. Hukuk seçiminin açık olarak yapılması gereği bu sözleşme tipi için de geçerlidir. Ancak, kamu menfaati gereği bu alanda kamu hukukunun etkisi de görülmektedir. Bu çerçevede, tarafların uygulanacak hukuku seçmiş oldukları hallerde dahi, işçinin çalıştığı yer hukukunun, ücret politikasına, çalışma düzenine, sağlık şartlarına ve hizmet ilişkisinin sona ermesine müdahale ettiği görülür<sup>644</sup>.

---

<sup>642</sup> **Güngör**, sh. 189-190.

<sup>643</sup> **Doğan**, İş Akitleri, sh. 6.

<sup>644</sup> **Nomer**, sh. 273.

İşçinin iş yeri Türkiye’de olduğu durumlarda, seçilen hukuk yabancı hukuk olsa dahi, Türk iş hukukunun işçiyi korumaya yönelik emredici kuralları uygulanacaktır. Örneğin, asgari ücrete ilişkin kurallar, Türkiye’de yapılan işler açısından asgarî sınırı oluşturan doğrudan uygulanan kurallardır. Dolayısıyla, Türk hukuku işçiyi korumaya yönelik tedbirlerin alt sınırını oluşturmaktadır. Buna göre işçiyi, Türk hukukundaki düzenlemelere oranla daha iyi koruyan yabancı hukuk kuralları Türkiye’de geçerli olacak, işçinin aleyhine olan yabancı hukuk kuralları ise, Türk hukukunun emredici kurallarına uymadığı ölçüde geçersiz olacaktır. Örneğin, işçinin daha lehine bir ihbar süresi içeren hukuk taraflarca seçilebilecek, fakat bunun aksi mümkün olmayacaktır. Bir diğer örnek, İş Kanunu md. 63/1’de yer almaktadır. Buna göre, Türkiye’de yapılan işler açısından haftalık çalışma süresi en fazla 45 saattir. Dolayısıyla, Türkiye’de yapılan işler açısından bu konuları başka ülke mevzuatına tâbi tutmak mümkün olmayacaktır.

İşyerinin yabancı ülkede olduğu hallerde, seçilen hukuk Türk hukuku olsa dahi, işçinin lehine olduğu müddetçe iş yerinin emredici kuralları dikkate alınacaktır. Ancak, Türk hukuku ne objektif sözleşme statüsü, ne de seçilen hukuk ise ve fakat dâva Türk mahkemelerinde açılmış ise, sözleşme statüsünün işçiyi koruyucu hükümleri ile Türk hukukunun işçiyi koruyucu hükümleri arasında bir karşılaştırma yaparak, işçi lehine hükümler içeren hukuku uygulama imkânı yoktur. Çünkü, böyle bir durumda Türk hukuku ile sözleşme arasında ne objektif ne de sübjektif bir bağlantı bulunmamaktadır. Bu durumda, ancak, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallar veya kamu düzeni müdahalesi vasıtasıyla uygulanması gündeme gelecektir<sup>645</sup>.

---

<sup>645</sup> Nomer, sh. 274; Çelikel, sh. 261; Kocasakal, sh. 108; Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 286-287; Doğan, İş Akitleri, sh. 76-77.

Türk doktrinde iş sözleşmeleri söz konusu olduğunda hukuk seçiminin sınırlı olarak uygulanması gerektiği şeklindeki görüş karşısında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1989 tarihli kararı<sup>646</sup> dikkati çekmektedir. Bu karara göre, iş sözleşmelerinde tıpkı diğer sözleşmelerde olduğu gibi, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânları vardır; çünkü, bu sözleşme tipini diğerlerinden ayıran özel bir hüküm mevcut değildir.

### **3. Sigorta Sözleşmeleri**

Tüketici ve iş sözleşmelerinde olduğu gibi, sigorta sözleşmelerinde de korunması gereken ekonomik yönden zayıf bir tarafın var olduğu kabul edilmektedir. Ancak Türk hukukunda, diğer iki sözleşme tipinde olduğu gibi sigorta sözleşmeleri için de MÖHUK'nda özel bir düzenleme yer almamıştır.

Buna rağmen, sigorta sözleşmeleriyle ilgili olarak HUMK md. 19 dikkati çekmektedir. Bu hüküm deniz sigorta sözleşmeleri hariç tutulmak kaydıyla, milletlerarası unsurlu sigorta sözleşmelerinden doğabilecek uyuşmazlıklar bakımından yetki anlaşması yapılmasını sınırlandırmıştır. HUMK md. 19'un niteliğiyle ilgili değişik görüşler ileri sürülmekle birlikte, tüm görüşler bir noktada birleşmektedir. Buna göre maddenin amacı, ekonomik açıdan zayıf durumda olan sigortalıyı korumaktır. Bu madde milletlerarası unsurlu sigorta sözleşmeleri söz konusu olduğunda kamu düzeni karakterini korumaktadır. *Sargın*'a göre, bu maddeden hareketle yetki anlaşması ile Türk mahkemelerinin yetkisi bertaraf

---

<sup>646</sup> YHGK 7.6.1989 10-316/411, YKD 16 (1990), sh 179.

edilemez; fakat, koruma ihtiyacı olmayan hallerde yetki anlaşması geçerliliğini koruyacaktır<sup>647</sup>.

Sigorta sözleşmelerinde, hukuk seçimi olmayan hallerde, sözleşme statüsü karakteristik edim sigortacının edimi olduğundan, sigortacının iş yeridir. Sigortacı bir tüzel kişidir; dolayısıyla, sigorta sözleşmesinin statüsü merkezin veya şubenin yaptığı sözleşme açısından merkezin ya da şubenin bulunduğu yerdir. Sigorta şirketleri denetime tâbidir. Bu bağlamda murakabe statüsü, merkezin veya şubenin faaliyette bulunduğu ülke hukukudur. Taraflar bu statünün aksini sözleşme ile kararlaştıramazlar<sup>648</sup>.

Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, MÖHUK'da sigorta sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme yer almamış olmakla birlikte, sigorta sözleşmelerinin niteliği kanun koyucunun gözünden kaçmamıştır. Bilindiği üzere, yetki anlaşması irade muhtariyetinin milletlerarası usul hukukundaki yansımasıdır. Dolayısıyla HUMK'nda böyle bir düzenlemeye yer verilmiş olması, sigorta sözleşmelerinin tıpkı iş ve tüketici sözleşmeleri gibi korudukları menfaatler dolayısıyla özel bir yere sahip olduklarını ortaya koymaktadır.

#### **4. Standart Sözleşmeler (Genel İşlem Şartları)**

Bilindiği üzere genel işlem şartları, tamamlayıcı kuralların hukukçular tarafından işletme lehine değiştirilmesiyle ortaya çıkmaktadır. Önceleri banka, sigorta şirketi gibi işletmelerce hazırlanıp müşterinin kabulüne sunulan bu tip sözleşmeler, bugün oldukça yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır. Dolayısıyla, bir

---

<sup>647</sup> Sargın, F.: Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, (Yetki Anlaşmaları), Ankara 1996, sh. 157.

<sup>648</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 294.

taraf sözleşme serbestisi esasını önceden ve tek yanlı olarak kullanmaktadır<sup>649</sup>. Hâl böyle olunca, işletmeler ağır kusur ve kast dışındaki tüm sorumluluklardan kurtulmakta ve müşteriye pazarlık gücü tanımamaktadır<sup>650</sup>.

Genel işlem şartlarından kaynaklanan olumsuzluklar bazı ülkelerde bu konuyla ilgili kanunlar çıkarılmasına, bazı ülkelerde ise yüksek mahkemelerin bu hususa eğilmelerine yol açmıştır. Bu ikinci grup ülkelere Türkiye'yi örnek olarak vermek mümkündür<sup>651</sup>. Alman kanunları ve Alman ve İsviçre yüksek mahkemelerinin muhteva denetimini öngördüğü dikkati çekmektedir. Bu bağlamda açık olmayan söz ve hükümler bu şartları hazırlayan aleyhine yorumlanırken, alışılmış olmayan sıradışı hükümler de geçersiz sayılmaktadır. Eğer bir ülkedeki genel işlem şartlarına ilişkin denetimler, o ülkeyle ilgili ve denetleme kapsamına giren bir sözleşme söz konusuysa, sözleşme statüsü, ki bu seçilen hukuk dahi olsa, bertaraf edilerek dikkate alınır<sup>652</sup>.

Standart sözleşmeler ve genel işlem şartları Türk hukukunda düzenlenmemiş olduğundan<sup>653</sup>, bunların bağlayıcılığı ve geçerliliği gibi hususlar mahkeme içtihatlarında tespit edilmiş genel kontrol ilkeleriyle, somut olayın özelliğine göre belirlenecek kurallara tâbidir<sup>654</sup>. Genel işlem şartlarının denetlenmesi TBK'nun genel sözleşme sınırları çerçevesinde yapılmaktadır<sup>655</sup>.

---

<sup>649</sup> Çilingiroğlu, sh. 119.

<sup>650</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 278.

<sup>651</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 278.

<sup>652</sup> Tekinalp, Bağlama Kuralları, sh. 279.

<sup>653</sup> Genel işlem şartlarına ilişkin birtakım istisnai düzenlemeler mevcuttur. Örneğin TTK md. 766'ya göre, taşıma sözleşmelerinde kanunun taşıyana yüklediği sorumluluğu önceden kaldırma veya sınırlandırma sonucu doğuran bütün kayıtlar, özellikle bunların "umumi şartnamelere" konulmuş olması halinde, hükümsüz sayılır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, Y.M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, (Sözleşme Özgürlüğü), İstanbul 2001, sh. 48.

<sup>654</sup> Kaplan, Banka Sözleşmeleri, sh. 75.

<sup>655</sup> Bkz. Y. 3HD. 2.6.1998, 4263/6098, YKD 1998, 1140 – 1141.

## H. HUKUK SEÇİMİNİ SINIRLANDIRAN DİĞER HALLER

### 1. Seçilen Hukukla Sözleşme, *For* Devleti veya Taraflar Arasında Bağlantının Varlığı

Bilindiği gibi, seçilen hukukla taraflar veya sözleşme arasında bir bağlantının varlığını gerekli kabul eden bir görüş mevcuttur. Acaba MÖHUK, md. 24, bağlamında böyle bir sınırlamadan söz etmek imkânı var mıdır? MÖHUK, md. 24/1, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin, tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbi olduğunu düzenlemiştir. Dolayısıyla, bu madde hükmünden hareketle, ilgili düzenlemenin, seçilen hukukla sözleşme arasında bir bağlantının varlığını gerekli kıldığı şeklinde bir sonuca varma imkânımız yoktur<sup>656</sup>.

Öte yandan, MÖHUK md. 24 seçilebilecek hukuk düzenleri bakımından bir sınırlandırma getirmediği gibi, seçilen hukukta tarafların korunmaya değer bir menfaatinin varlığını da aramamaktadır. Kabul gören görüşe göre, bunun nedeni tarafların menfaatlerinin olmadığı bir hukuku seçmeyecekleri düşüncesidir<sup>657</sup>. Bu durumda, taraflar, sözleşmeyle ilgili olmasa bile, iyi bildikleri, ya da uygulanmasında yarar gördükleri bir hukuku seçebileceklerdir. Şunu belirtmek gerekir ki, doktrinde, hukuk seçiminin bazı mantıksal sınırlarının bulunduğunu savunan bir görüş de mevcuttur<sup>658</sup>.

Kanaatimizce, MÖHUK, md. 24'de seçilen hukukla taraflar veya sözleşme arasında herhangi bir bağlantının aranmamış olması, yerindedir. Eğer, taraflara hukuk seçimi serbestisi tanımadaki amaç, kendi menfaatlerini en iyi kendilerinin koruyabileceği düşüncesi ise, bu tip bir bağlantının varlığını aramak, hukuk seçimi serbestisini sınırlandıracak ve bu serbestinin temelinde yer alan düşünceye ters

<sup>656</sup> Akıncı, Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, sh. 12; Güngör, sh. 188; Doğan, İş Akitleri, sh. 35.

<sup>657</sup> Doğan, Tüketici Akitleri, sh. 168; Dardağan, sh. 233; Doğan, Zayıf Akit Taraf, sh. 34.

<sup>658</sup> Bkz. Dardağan, sh. 233.

düŖecektir. Nasıl ki, yapılan hukuk seçiminin temelinde hile kastı aramak anlamlı bir davranış değilse, taraflara bir kez böyle bir serbesti tanıdıktan sonra, seçilen hukukla taraflar veya sözleşme arasında bağlantı aramak da, hukuk seçimi serbestisinin anlamını yitirmesine yol açacaktır. Üçüncü bölümde belirtildiği üzere, hukuk seçimini sınırlandırmak üzere birtakım bağlantı ve menfaatler aranmasıyla kanuna karşı hile arasında bir ilişki mevcuttur. Bu bağlamda, kanuna karşı hilenin incelenmesi yerinde olacaktır.

## **2. Kanuna Karşı Hile**

Kanuna karşı hile, milletlerarası özel hukuk alanında da karşı karşıya kalımlabilecek bir kavram olmakla birlikte, çoğu zaman kanunlarda düzenlenmemiştir. Türk hukukuna bakıldığında da, böyle bir düzenlemenin yer almadığı görülür. Dolayısıyla, MÖHUK md. 24, hukuk seçiminin hileli olmaması şeklinde bir sınırlandırmadan söz etmemektedir. Ancak, kanuna karşı hile kavramının Türk milletlerarası özel hukuk doktrinde kabul gördüğünü söylemek mümkündür. Bir görüşe göre, her alanda kanuna karşı hileye yer vermek gerekirken, diğer bir görüşe göre, hile sadece Türk hukukunun hileyle bertaraf edildiği durumlarda dikkate alınmalıdır<sup>659</sup>.

Şunu belirtmek gerekir ki, milletlerarası unsurlu olmayan bir sözleşmenin, tarafların yabancı hukuku seçmeleri dolayısıyla milletlerarası hâle gelmesini kabul eden görüşten hareket edilecek olursa, Türk hukukunda sözleşmeler alanında kanuna karşı hilenin ortaya çıkma imkânı kalmamaktadır<sup>660</sup>.

---

<sup>659</sup> Ökçün, sh. 115.

<sup>660</sup> Doğan, Zayıf Akit Taraf, sh. 38.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 1937 tarihli bir kararında kanuna karşı hileyi dikkate aldığı görülmektedir. Buna göre, “hukuk-u hususiye-yi düvel icabınca butlan sebeplerini bertaraf etmek maksadıyla olmayarak ecnebi memleketlerde mer’i hükümlere tevfikân akdedilen evlenmeler muteberdir”<sup>661</sup>.

Bir görüşe göre, kanuna karşı hilenin sonucu tahammül edilemez ise, kamu düzeni aracılığıyla bu duruma engel olma imkânı vardır. MK, md. 2/2, Türk hukukunda kanuna karşı hilenin varlığı halinde hileli sonucun tanınmamasına imkân vermektedir. Söz konusu madde, Türk hukuku uygulanacak hukuk, ya da hâkimin hukukuysa, hileli neticeyi tanımama müeyyidesine gerekçe teşkil etmektedir. Dolayısıyla, Türk hukukunda, kanuna karşı hile yoluyla bertaraf edilen Türk maddî hukuk hükmü, kamu düzeni gereği korunmalı ise, kanuna karşı hilenin sonucu kabul edilmemelidir<sup>662</sup>.

Anlaşılaacağı üzere, yukarıdaki açıklama, Alman hukukunda kabul gören kanuna karşı hilenin kamu düzeni çerçevesinde ele alınması görüşüne dayanmaktadır. Fransız doktrininde, kanuna karşı hilenin yaptırımını, hileli şekilde tesis edilmiş bağlamanın hükümsüzlüğü ve bu bağlamaya dayanılarak elde edilmiş hukuksal durumun başkasına karşı ileri sürülememesi şeklinde öngörülmüştür<sup>663</sup>.

Kanaatimizce, milletlerarası unsurlu sözleşmeler alanında, kanuna karşı hilenin çok önemli bir yere sahip olduğunu söyleme imkânı mevcut değildir. Sözleşme taraflarına, aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmasını istedikleri hukuku seçme serbestisi verildiğinden, yapılan hukuk seçiminin altında hile kastı aramak, anlamlı bir davranış olmayacaktır. Eğer tarafların, hukuk seçimi olmasaydı uygulanacak olan hukukun, emredici kurallarından kaçmak amacıyla hukuk seçimi

<sup>661</sup> Y. 2. HD 7. 5. 1937 E. 1015 K. 1466 Karar için bkz. **Berki/Ergüney**, sh. 55.

<sup>662</sup> **Nomer**, sh. 115; **Tekinalp**, Bağlama Kuralları, sh. 34; **Çelikel**, sh. 99; **Dardağan**, sh. 236.

<sup>663</sup> **Dardağan**, sh. 235.

yaptıkları düşünülüyorsa, unutulmamalıdır ki, doğrudan uygulanan kurallar aracılığıyla hukuk seçimi serbestisinin sınırlandırılabilmesi gibi, kamu düzeni müdahalesi sonucunda da, söz konusu suiistimaller önlenilecektir.

### **3. Hukuk Seçiminin Zaman İtibarıyla Sabitleştirilmesi**

Önceki bölümde de belirtildiği üzere, sözleşmenin tarafları seçilen hukukta zaman içerisinde meydana gelebilecek değişikliklerin sözleşmelerine uygulanmasını istemeyebilirler. MÖHUK’ da hukuk seçiminin zaman itibarıyla sabitleştirilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Ancak Türk doktrininde genel kabul gören ve bizim de katıldığımız görüşe göre, nasıl ki hukuk seçimi yapılmamış olsaydı, objektif bağlama ile tespit edilen hukuk dâva anındaki haliyle sözleşme ilişkisine uygulanacaktı, seçilen hukuk da, aynı şekilde dâva anındaki haliyle sözleşme ilişkisine uygulanmalıdır. Aksi halde, taraflar seçilen hukuka sonradan dahil edilen emredici hükümlerden kaçmış, öte yandan, hukukta emredicilik niteliğini kaybeden hükümlerden de kurtulamamış olacaklardır. Ancak, önceden tahmin edilemeyen değişikliklerin dikkate alınmaması gereğinin, iyi niyet prensibine dayanılarak ileri sürülebileceği de unutulmamalıdır<sup>664</sup>.

Bir görüşe göre, belli bir ülke hukukunun kanun hükümleri sözleşme hükmü olarak milletlerarası unsurlu sözleşmeye dahil edilmişse, sözleşme tarafları bu kanun hükümlerinde meydana gelecek değişikliklerle bağlı olmayacaklardır<sup>665</sup>. Unutulmamalıdır ki, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde birtakım kuralların sözleşme hükmü haline getirilmesi başka birşey, sözleşmeyi idare etmesi için bir hukuka atıfta bulunulması başka birşeydir.

---

<sup>664</sup> Nomer, sh. 267.

<sup>665</sup> Sargin, Patent, sh. 189.

#### IV. SEÇİLEN HUKUKUN UYGULANMASINI SINIRLANDIRAN HALLER

##### A. HUKUK SEÇİMİNİN *FOR* DEVLETİNİN KAMU DÜZENİNE AYKIRI OLMASI

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda, kanunlar ihtilâfi kurallarından hareketle hâkimin hukuku yetkili olabileceği gibi, yabancı bir ülke hukuku da yetkili olabilmektedir. Yabancı hukukun yetkili olduğu hallerde, bu hukukun uygulanması mutlak değildir. Eğer yabancı hukuk *for* devletinin kamu düzenine aykırı ise uygulanmayacaktır. Maddî özel hukuk adaleti, milletlerarası özel hukuk adaletine tercih edilmiş olmaktadır.

Anayasa mahkemesinin bir kararında, kamu düzeninin “toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, başka bir deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır”<sup>666</sup>. Diğer bir ifadeyle, “kanun koyucunun tarafların çıkarlarını değil de, umumun ve üçüncü şahısların çıkarlarını veya genel ahlâkı korumak için kabul ettiği hükümler kamu düzenindedir”<sup>667</sup>.

İç hukukta kamu düzeni tarafların uymaları gereken özel hukuk ve kamu hukuku kurallarından oluşmaktadır. Örneğin, BK md. 19/2 ve 20/1, sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran hükümler içermektedir. Yine tarafların irade muhtariyetinden hareketle kendilerinin belirleyemeyeceği meseleler emredici kurallarla düzenlenmiştir<sup>668</sup>.

MÖHUK md. 5'e göre, belirli bir olaya uygulanan yetkili yabancı hukuk hükmü, Türk kamu düzenine açıkça aykırı ise, söz konusu yabancı hukuk hükmü

---

<sup>666</sup> AYM. 28.1.1964, E. 63-128/K. 64-8-RG. 17.4.1964-11685.

<sup>667</sup> **Özbakan**, I.: Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987, sh. 175.

<sup>668</sup> **Çelikel**, sh. 131.

uygulanmaz. Yetkili yabancı hukuk, hukuk seçimi serbestisinden hareketle tarafların seçmiş olduğu hukuk olsa dahi, sonuç değişmeyecek ve seçilen hukuk uygulanmayacaktır. Daha önce belirtildiği üzere, kamu düzenin niteliğiyle ilgili olarak iki görüş ileri sürülmektedir. Birinci görüşe göre, kamu düzeni bağımsız bir bağlama kuralı niteliğindedir; ikinci görüşe göre, kamu düzeni yetkili yabancı hukukun uygulanmasının istisnasını teşkil eder. Türk hukukunda her iki görüşü de savunanlar olmuştur.

Birinci görüşü savunanların EHVK md. 2'ye dayandıkları ve hata yaptıkları ileri sürülmektedir. Bunun nedeni, adı geçen maddenin kamu düzeni müdahalesiyle ilgisi olmayan, kanunlar ihtilâfi kurallarından bağımsız olarak ülkede bulunan herkese uygulanan emniyet ve asayişe ilişkin kurallardan söz ediyor olmasıdır<sup>669</sup>. Halbuki, Türk hukukunda kamu düzeni ikinci görüşe paralel olarak yabancı hukukun uygulanmasına engel olan istisnaî bir göreve sahiptir. *Nomer*'e göre, kamu düzeni belirli bir anlamda müstakil olmayan bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak nitelendirilebilir. Çünkü, bu kural diğer kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulama alanını sınırlar ve her kanunlar ihtilâfi kuralı ile birlikte dikkate alınmalıdır<sup>670</sup>.

Türk hukukunda kamu düzeninin istisnaî niteliği genel olarak kabul görmeye birlikte, Yargıtayın bazı kararlarında kamu düzenini bir bağlama kuralı olarak kabul edip, kamu düzeni kurallarının doğrudan doğruya uygulanmasını ileri sürdüğü dikkati çekmektedir<sup>671</sup>.

---

<sup>669</sup> *Nomer*, 145.

<sup>670</sup> *Nomer*, sh. 145.

<sup>671</sup> Y. 2. HD., 25.12.1952, Y. 2. HD., 10.11.1960, E5390 K5390 Yargıtayın kamu düzenini prensip olarak kabul ettiği kararlar için bkz. **Berki/Ergüney**, sh. 68; Y. 11. HD. 31.1.1995 E 6650, K6795 Karar için bkz. **Çelikel/Nomer**, sh. 486-487; Y. 9. HD., E1992/1621, K.1992/7890, T.6.7.1992, Karar için bkz. **Sakmar A., Ekşi, N., Yılmaz, İ.**, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları, 2. Baskı, İstanbul 1999, sh. 18.

Yargıtay 2. HD., 1944 tarihli kararında, faizin Türk kamu düzenini ilgilendirdiğini kabul etmiştir. Bu karara göre, Yunanistan’da yapılan bir sözleşmede Yunan hukukunun uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak, tarafların sözleşmede öngördükleri faiz oranı, Yunan hukukuna göre geçerli olmasına karşın, Yargıtay kararında kamu düzeniyle ilgili olduğu gerekçesinden hareketle Türk hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir<sup>672</sup>. Yargıtayın bu kararında kamu düzeni ile doğrudan uygulanan kural kavramlarını karıştırdığı ve bu kararın kamu düzeninin istisnâî niteliği ile bağdaşmadığı ileri sürülmektedir. Buna göre, Yargıtay yabancı hukukun faize ilişkin kurallarının uygulanmasının Türk kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmediği sonucuna varmadan, böyle bir hükme varmış ve kamu düzenini kural haline getirmiştir<sup>673</sup>. Bu karara göre, yabancı sözleşmeye sözleşmenin yapıldığı yer hukuku uygulanır; fakat, bu uygulama, ancak, umumi intizam, ahlâk ve adabı ihlâl etmemek kaydıyla mümkündür. Dolayısıyla, adı geçen karar, kamu düzeninin genel çerçevesini, genel ahlâk ve adap, Türk kanunlarının esas kuralları ve Türk kanunlarının dayandığı genel siyaset şeklinde çizmektedir<sup>674</sup>. Yargıtay 9. H.D. 6.7.1992 tarih ve E.1992/1621 K. 1992/7890 sayılı ilâmında, MÖHUK md. 24’ten hareketle, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinin tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbi olduğunu, buna göre sözleşmeden doğan borç ilişkilerine Libya kanunlarının uygulanacağını, ancak aynı kanunun 5. maddesinde yetkili yabancı hukukun bu olaya uygulanmasının Türk kamu düzenine aykırı olması halinde, Türk hukukunun uygulanacağını açıklamıştır<sup>675</sup>.

---

<sup>672</sup> Ökçün, sh. 108; Y. 2. HD. 31. 3. 1944 E. 40 K. 1014 Karar için bkz. **Berki/Ergüney**, sh. 142-146.

<sup>673</sup> **Tiryakioğlu**, Taşınır Mallar, sh. 265.

<sup>674</sup> 2. H.D. 31.3.1944 E. 40. K. 1014 Karar için bkz. **Berki/Ergüney**, sh. 142-146.

<sup>675</sup> YKD. C. 19, S. 3, 1993, sh. 209.

MÖHUK md. 5'ten hareketle, yabancı hukukun, Türk hukukundan farklı olduğu her durumda kamu düzeni müdahalesi gerekir anlamı çıkmamaktadır<sup>676</sup>. Kamu düzeni müdahalesinin amacı, yabancı hukukun uygulanması halinde ortaya çıkacak sonucun, Türk kamu düzeniyle uyuşmaması durumunda, bu uygulamaya engel olmaktır. Öte yandan, söz konusu madde, Türk kamu düzeninden söz etmekle birlikte, milletlerarası alanda hâkim olan insan hakları gibi birtakım prensiplerin de, bu bağlamda dikkate alınabileceği açıktır. Maddede geçen “açıkça aykırılık” ibaresi ile kamu düzeninin sıklıkla harekete geçirilmesi önlenmeye çalışılmıştır<sup>677</sup>. Açıkça aykırılıktan söz edebilmek için, yabancı hukukun uygulanmasının, “kamu düzeni ve vicdanında tahammül edilemez sonuçlar doğurması”<sup>678</sup> gerekir. Dolayısıyla, MÖHUK çağdaş milletlerarası özel hukuk görüşüne paralel bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, kamu düzeni müdahalesinden tamamen vazgeçme imkânı olmadığı kabul edilmekle birlikte, aşırı şekilde kullanılması halinde, yabancı kanunların uygulanmasını büyük ölçüde engelleyebilecek nitelikte olan bu kavramın kapsamının sınırlandırılması gerekmektedir<sup>679</sup>.

Kamu düzeni müdahalesi, yabancı hukuk kuralının uygulanmasını engellemek şeklinde ortaya çıkar. Bu bağlamda, yabancı hukuk kuralının uygulanmaması halinde, onun yerine hangi hukuk kuralının uygulanacağı bir sorun teşkil eder. *Nomer*'e göre, kamu düzeni müdahalesiyle ortaya çıkan boşluğun prensip itibarıyla yabancı hukuk tarafından doldurulacağı kabul edilmelidir. Bunun istisnasını ise, yabancı hukukun tüm hükümlerinin Türk kamu düzeni müdahalesine uğraması oluşturmaktadır. Böyle bir durumda ise, Türk hukuku veya zaruret halinde

<sup>676</sup> **Tiryakioğlu**, B., *Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi*, (Yabancı Boşanma Kararları), Ankara 1996, sh. 46; **Dayınlarlı**, sh. 57.

<sup>677</sup> **Nomer**, sh. 148; **Çelikel**, sh. 139; **Ruhi/Kaplan**, sh. 645.

<sup>678</sup> **Dayınlarlı**, sh. 58.

<sup>679</sup> **Sakmar**, A.: *Yabancı İlamların Türkiye’deki Sonuçları*, İstanbul 1982, sh. 118.

hukukun genel prensiplerine başvurulmalıdır<sup>680</sup>. MÖHUK md. 5 hükmünde yer alan “gerekli görüldüğü hallerde Türk hukuku uygulanır” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği hususunda *Çelikel*'e göre, kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşan ilişkinin düzenlenmesi açısından bir hukukun uygulanması gerekliliğini anlamak gerekmektedir. Hükme göre, böyle bir gerekliliğin varlığı halinde Türk hukuku uygulanacaktır<sup>681</sup>.

Prensip olarak, yabancı kamu düzeni müdahalesinin Türk hâkimini hiçbir şekilde ilgilendirmediği kabul edilmektedir. Ancak, aynı zamanda bu prensibin iki istisnası olduğu da ileri sürülmektedir. İlk olarak devam eden atıf sonucu yabancı hukukun uygulanmasının gerekli olduğu hallerde, Türk kanunlar ihtilâfi kuralı tarafından yetkilendirilen bu hukukun kamu düzeninin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. İkinci olarak ise, yabancı hukukun kamu düzenine aykırılığın aynı zamanda Türk ahlâk ve dürüstlük anlayışını ihlâl ettiği durumlarda, yabancı kamu düzeni müdahalesinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir. Dikkat edilecek olursa bu ikinci halde zaten Türk kamu düzeninin etkisi söz konusu olmaktadır<sup>682</sup>.

Kanaatimice, seçilen hukukun uygulanmasının sınırlandırılmasına ilişkin olarak en çok kabul gören sınırlamalardan biri olarak kamu düzeni müdahalesi, MÖHUK md. 5'te bu konudaki çağdaş görüş ve düzenlemelere uygun olarak hükme bağlanmıştır.

---

<sup>680</sup> Nomer, sh. 160.

<sup>681</sup> Çelikel, sh. 139.

<sup>682</sup> Nomer, sh. 162.

## **B. SEÇİLEN HUKUKUN SÖZLEŞMEYİ GEÇERSİZ HALE GETİRMESİ**

Seçilen hukukun sözleşmeyi geçersiz hale getirmesi durumunda bu hukuka etki tanınmaması gerektiğine ilişkin Türk hukukunda herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak daha önce incelendiği üzere, geçerliliğe üstünlük tanıma prensibi milletlerarası toplum tarafından genel kabul gören bir prensiptir ve doktrinde de bu prensibi destekleyenler vardır. Buna göre, sözleşme taraflarının sözleşme ilişkisine girmelerindeki esas amaç hukuken bağlayıcı haklara ve borçlara sahip olmaktır. Dolayısıyla, seçilen hukuk sözleşmeyi geçersiz kılıyorsa, bu hukuka etki tanınmamalıdır.

Kanaatimizce, hukuk seçimi serbestisinden hareketle hukuk seçen taraflar bu konuda bilinçlidirler ve kendileri için en uygun hukukun uygulanmasını sağlamak amacıyla böyle bir davranışta bulunmuşlardır. Dolayısıyla, yaptıkları hukuk seçiminin sonucuna katlanmalıdırlar, aksinin kabulü, hukuk seçimi serbestisinin önemini büyük ölçüde yitirmesine yol açar.

## SONUÇ

Sözleşmeler çok farklı ve karşıt birçok işlemi bünyelerinde barındırdıklarından, milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukuku belirlemek zor bir iştir. Taraf menfaatine üstünlük tanınan bu alanda, hukuk seçimi serbestisi dolayısıyla taraflara aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku belirleme yetkisi verilmesi en ideal çözüm olarak görünmektedir. Ancak, milletlerarası özel hukukta taraf menfaatinin yanı sıra birtakım başka menfaatler ve prensipler de söz konusudur. Örneğin, devlet menfaati, geçerliliğe üstünlük tanıma prensibi, sözleşmenin birliği ilkesi vb. Bu ve bunlar gibi menfaat ve prensipler zaman zaman hukuk seçimi serbestisi ile karşı karşıya gelmekte ve hukuk seçimi serbestisinin sınırlandırılmasına yol açmaktadırlar. Dolayısıyla, hukuk seçimi serbestisinin mutlak bir serbesti olduğunu, tarafların hukuk seçimi hususunda tam bir serbestiye sahip olduklarını iddia etme imkânı kalmamaktadır. Bunun uzantısı olarak irade muhtariyeti prensibinin millî hukukların üstünde, bağımsız ve kaynağını kendinde bulan bir prensip olduğunu telâffuz etmeye imkân yoktur.

Bu tezde, tarafların uygulanacak hukuku seçmekte ne kadar özgür oldukları, seçtikleri hukuku mahkemenin ne kadar uygulayacağı ve hangi noktaya kadar dikkate alacağı meselelerine çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Bu soruların yanıtları üzerinde bir uzlaşma olmadığı gibi, hukuk seçimini sınırlandıran hallerle, seçilen hukukun uygulanmasını sınırlandıran halleri net bir çizgiyle birbirinden ayırmanın oldukça güç bir iş olduğu sonucuna varılmıştır. Bu çerçevede tez'in başından sonuna kadar, üzerinde durulan sınırlandırmalar ve bunlarla ilgili olarak varılan neticeler üzerinde durmak yerinde olacaktır.

Hukuk seçiminin sınırlandırılmasına ilişkin ilk mesele, tarafların seçecekleri hukukun, bir devletin hukuku olmasının gerekli olup olmadığıdır. Bu bağlamda *lex mercatoria*'nın taraflarca seçilip seçilemeyeceği tartışmalara yol açmaktadır. *Lex mercatoria*'ya karşı ileri sürülen eleştiriler, özellikle belirsiz bir kavram olduğu ve dolayısıyla içeriğinin tespitindeki güçlükler, oldukça ciddi eleştirilerdir. Tahkim alanında daha çok uygulanma imkânı bulan *lex mercatoria*, yakın tarihte milletlerarası unsurlu sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin olarak genel bir kabul göreceğe benzemektedir. Bunun nedenleri tezimizde detaylı olarak incelenmiştir. Bu konuyla ilgili ayrıca, tanınmamış devletlerin hukukunun sözleşmeyi idare etmek üzere seçilemeyeceği ve gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaati gereği seçilen hukukun yürürlükte olması gerektiği sonuçlarına varılmıştır.

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi yapılabilmesi için, taraflar arasındaki sözleşmenin milletlerarası unsurlu sözleşme olması gereği, irade muhtariyetini sınırlandırmaya yönelik en fazla taraftar toplayan husustur. Ancak, tarafların yabancı hukuku seçmeleri halinde, diğer türlü iç hukuk sözleşmesi olan bir sözleşmenin milletlerarası unsurlu sözleşme niteliğini kazanacağına ilişkin subjektif görüş tartışmalara yol açmaktadır. Subjektif görüşü yansıtan Roma Sözleşmesine karşı ileri sürülen, tarafların bu serbestiyi suiistimal edebilecekleri şeklindeki düşünce, Sözleşmede yer alan ve normalde uygulanacak hukukun emredici kurallarının bertaraf edilemeyeceğini içeren düzenlemeyle çürütülmüştür.

Hukuk seçiminin zaman bakımından sınırlandırılması, prensip itibarıyla kabul edilmemektedir. Taraflara böyle bir yetki tanındıktan sonra, bu yetkiyi sözleşmenin kuruluşu anında ya da daha sonra kullanabilecekleri kabul edilmektedir. Bunun nedeni, tarafların sözleşmeyi yaptıkları anda böyle bir yetkileri olduğunun farkında

olmamaları, ya da her iki tarafı da tatmin edecek, aralarındaki ilişki için en avantajlı hukukun hangisi olduğuna karar verememiş olmaları olasılığının göz önünde bulundurulması gereğidir. Bu durumda öngörülebilirlik ve kesinlik ilkelerine aykırı olmakla birlikte, hukuk seçimi serbestisinden beklenen faydanın daha ağır bastığı kanaatindeyiz. Hâl böyle olunca, kazanılmış haklar, üçüncü şahısların hakları ve şekli geçerlilik saklı kalmak kaydıyla, hukuk seçiminin değiştirilmesine ilişkin olarak da herhangi bir sınırlandırma söz konusu değildir.

Kısmî hukuk seçimi ve birden fazla hukuk seçimi hallerinde, sözleşme bölüneceğinden, bu çerçevede hukuk seçimi yetkisinin sınırlandırılması gereği ileri sürülmüştür. Ancak, bu sınırlandırma da çok fazla tartışmaya yol açmamaktadır. Bu bağlamdaki tek sınırlama bölünmenin anlamlı bir şekilde yapılması ve sadece birbirinden ayrılabilir kısımların farklı hukuklara tâbi tutulabilmesidir.

Seçilen hukukla sözleşme arasında bağlantının varlığını, hukuk seçimini sınırlandıran bir husus olarak kabul eden görüş, bugün çok fazla taraftar bulamamaktadır. Sözleşme taraflarının, emredici kurallardan kaçmasını engellemek amacıyla ortaya atılan bu görüşe karşı, tarafların kendileri için en iyi olan hukuku kendilerinin bildiği, aksi bir düşüncenin hukuk seçimi serbestisinin hizmet ettiği amaca ters düşeceği görüşü baskın çıkmaktadır. Seçilen hukukun sözleşme, taraflar veya *for* devleti arasında bağlantı arayan görüşle, kanuna karşı hile teorisi benzer noktalardan hareket etmektedirler.

Tarafların hukuk seçimi yaparken kötü niyetli davranabilecekleri endişesi kanuna karşı hile teorisinin bu alanda da ortaya atılmasına yol açmıştır. Kanaatimizce kanuna karşı hilenin en önemli unsuru olan hile kastının ispatı oldukça güç olduğundan, bu teoriye başvurmak yerine, doğrudan uygulanan kurallar veya

kamu düzeni müdahalesiyle istenen neticeye ulaşmak daha uygun olacaktır. Ayrıca, tarafların kendileri için en elverişli hukuku seçmeleri kötü niyet olarak adlandırılmamalıdır.

Tarafların hukuk seçimi yaparken seçtikleri hukuku zaman itibarıyla sabitleştiremeyeceklerine ilişkin sınırlandırma oldukça fazla kabul görmektedir. Nasıl ki, hukuk seçimi yapılmamış olsaydı, objektif olarak belirlenen hukuk uygulanma anındaki haliyle uygulanacaktı, hukuk seçimi halinde de taraflar seçilen hukuktaki değişikliklere tâbi olmalıdırlar. Bunun tek istisnasını, seçilen hukukta meydana gelebilecek olan beklenmedik ve öngörülmeven değişiklikler oluşturmaktadır.

Buradan hareketle doğrudan uygulanan kuralların varlıkları hukuk seçimini sınırlandıran bir diğer neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kuralların hizmet ettiği menfaatler onlara kanunlar ihtilâfı kurallarından bağımsız olarak uygulanma imkânı tanımaktadır. Devletin sosyal, ekonomik ve siyasî politikalarının bir ürünü olan bu kuralların hukuk seçimini sınırlandırdığı genel kabul görmektedir. Zayıf tarafın korunması meselesi de hukuk seçimini sınırlandıran bir neden olarak incelenmiştir. Bu meselenin ayrı bir başlık altında incelenmiş olmasının nedeni, sözleşmenin zayıf tarafının doğrudan uygulanan kurallar dışındaki yöntemlerle de korunabileceğidir.

Seçilen hukukun uygulanmasına engel olan bir husus olarak kamu düzeni müdahalesi karşımıza çıkmaktadır. Zaman içinde, mahkemelerin kamu düzeni bahanesiyle kendi hukukunu uygulamaya çalışmaları, bu kavrama endişe ile yaklaşılmasına yol açmıştır. Günümüzde, milletlerarası ticarî ihtiyaçlar dolayısıyla kamu düzenine çok fazla başvurulması arzu edilen bir durum değildir. Ayrıca, kamu

düzeni müdahalesinin, başka devletlerin menfaatlerini zedelememesi gerektiği, tarafların meşru beklentilerine karşı işletilmemesi ve ancak adaletin gerektirdiği hallerde devreye girmesi gerektiği savunulmaktadır.

Seçilen hukukun sözleşmeyi geçersiz hale getiren bir hukuk olmaması gerektiği de, seçilen hukukun uygulanmasına ilişkin sınırlamalardan biri olarak ileri sürülmektedir. Eğer taraflar, hukuk seçimi yetkisinin bilincinde olarak böyle bir seçim yapıp kenileri için en uygun hukuku belirlemişlerse, kanaatimizce, taraflara tanınan hukuk seçimi yetkisini kullanmalarının uzantısı olarak sonuçlarına katlanmaları gerekmektedir.

Türk hukukunda, hukuk seçiminin sınırlandırılması meselesi incelendiğinde ise, MÖHUK'ndaki düzenlemelerden hareketle iki tip sınırlandırma ile karşı karşıya kalınmaktadır. Buna göre, hukuk seçimi yapılabilmesi için taraflar arasındaki sözleşmenin yabancı unsur taşıması ve hukuk seçiminin açık olarak yapılması gerekmektedir. Seçilen hukukun uygulanmasını engelleyen hâl olarak da, kamu düzenine ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Bu çerçevede, hukuk seçiminin sınırlandırılmasına ilişkin diğer hususlarla ilgili herhangi bir hüküm. MÖHUK'nda mevcut değildir. Bu sebeple, Türk doktrininde bir kısım yazarların, MÖHUK'nun taraflara sınırsız bir serbesti tanıdığını kabul ettikleri dikkati çekmektedir. Öte yandan diğer bir kısım yazarlar ise, bu tip düzenlemelere yer verilmemiş olmasının, bu sınırlandırmaların kabul edilmediği anlamına gelmediği görüşünü savunarak, yukarıda sözü edilen ortak prensiplerin Türk hukukunda da geçerli olduğunu ileri sürmektedirler. MÖHUK md. 24 milletlerarası unsurlu sözleşmeler alanındaki çağdaş görüşleri yansıtmamaktadır. Bu bağlamda, revize edilmesi gereği bir çok yazar tarafından vurgulanmaktadır. Özellikle, doğrudan uygulanan kurallara ilişkin

herhangi bir hüküm içermiyor olması ve zayıf tarafın korunmasını gerektiren sözleşmelere ilişkin özel düzenlemelere yer vermemiş olması bu Kanununun eksikliklerini oluşturmaktadır.

## KAYNAKÇA

### KİTAPLAR

Akıncı, Z., **Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri**, (İnşaat Sözleşmeleri), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996.

Akıncı, Z., **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, (Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk), İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992.

Akipek, Ş., Küçükgüngör, E., **Sözleşmeler Rehberi**, Ankara, Yetkin, 2000.

Arat, T., **Evlât Edinmeye İlişkin Bağlama Kuralları** (Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), (Çoğaltılmış Metin), Ankara, 1982.

Atamer, Y. M., **Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi**, (Sözleşme Özgürlüğü), 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2001.

Atiyah, P. S., **The Rise and Fall of Freedom of Contract**, Oxford, Clarendon Press, 1979.

Aydoğdu, M., **4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Göre Kapıdan Satışlar**, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998.

Berki, O. F., Ergüney, H., **Yabancılar Hukuku ve Kanun İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Tahlil ve İzahları**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1963.

Berki, O. F., **Devletler Hususi Hukuku Cilt II Kanun İhtilafları**, (Devletler Hususi Hukuku), 6. Baskı, Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1966.

Briggs, A., **The Conflict of Laws**, First Edition, New York, Oxford University Press, 2002.

Cheatham, E. E., Goodrich, H. F., Griswold, E. N., Reese, W. L. M., **Conflict of Laws, Cases and Materials**, 4th Edition, Brooklyn, The Foundation Press, 1957.

Çelik, N., **İş Hukuku Dersleri**, 16. Baskı, İstanbul, Beta, 2003.

Çelikel, A., **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Baskı, İstanbul, Beta, 2000.

Cheshire, G.C., North, P.M., **Cheshire and North's Private International Law**, (Eds. North P. M., Fawcett, J. J.), Twelfth Edition, London, Butterworths & Co Ltd., 1992.

Chukwumerije, O., **Choice of Law in International Commercial Arbitration**, Westport, Quorum Books, 1994.

Dardağan, E., **Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklardan Doğan Kanunlar İhtilâfı**, 1. Baskı, Ankara, Betik Yayıncılık, 2000.

Day, D. M., Griffin, B., **The Law of International Trade**, London, Butterworths, 1993.

Dayınlarlı, K., **Milli ve Milletlerarası Kamu Düzeni ve Tahkime Etkileri**, Ankara, Dayınlarlı, 2004.

Dicey, A. V., Morris, J. H. C., **The Conflict of Laws Volume II (Volume II)**, (ed. Collins, L.), London, Sweet and Maxwell, 2000.

Doğan, V., **İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti**, (İş Akdi), Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

Doğan, V., **Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif**, (Akreditif), Ankara, Seçkin, 2005.

Doğangün, T., **Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukuki İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk**, Ankara, 1996.

Eren, F., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I**, 5. Baskı, İstanbul, Beta, 1994.

Erdem, B., **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000.

Gelgel, G. Ö., **Türk Devletler Özel Hukukunda Tüketici Akitlerine İlişkin Sorunlar**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000.

Göğer, E., **Devletler Hususi Hukukundaki Çağdaş Akımlar**, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1970.

Gökyayla, C. D., **Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kamu Düzeni**, Ankara, Seçkin, 2001.

Gutteridge, H. C., Megrah, M., **The Law of Banker's Commercial Credits**, London, Europa Publications Ltd., 1984.

Güngör, G., **Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2000.

Kaplan İ., **Banka Sözleşmeleri Hukuku Cilt I**, (Banka Sözleşmeleri), Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1996.

Kaplan, İ., **Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi**, (Müdahale), Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, 1987.

Kocasakal, H. Ö., **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001.

Koppenol, M., Dokter, D., Meijer, G. J., Smeele, F. G. M., **International Contracts, Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law**, First Edition, London, Sweet & Maxwell, 1996.

Morris, J. H. C., **The Conflict of Laws**, Sixth Edition, (Ed. McClean, D., Beevers, K.), London, Sweet&Maxwell, 2005.

Nomer, E., Ekşi, N., Gelgel, G., **Milletlerarası Tahkim**, 1. Baskı, İstanbul, Beta, 2000.

Nomer, E., **Devletler Hususi Hukuku**, 9. Baskı, İstanbul, Beta, 1998.

Nomer, E., Şanlı, C., **Devletler Hususi Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul, Beta, 2003.

North, P.M., **Private International Law Problems in Common Law Jurisdictions**, (Common Law), Dordrecht / Boston / London, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Nygh, P., **Autonomy in International Contracts**, (Autonomy), First Edition, Oxford, Clarendon Press, 1999.

Nygh, P., **Conflict of Laws in Australia**, (Australia), 5<sup>th</sup> Edition, Sydney, Butterworths, 1991.

Oğuzman, K., Öz, T., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000.

Ökçün, G., **Devletler Hususi Hukuku'nun Kaynakları ve Kamu Düzeni**, 2. Baskı, Ankara, Sermaye Piyasası Kurulu, 1997.

Özbakan, I., **Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1987.

Öztan, B., **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, 14. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2004.

Reisoğlu, S., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, İstanbul, Beta, 2002.

Sakmar, A., Ekşi, N., Yılmaz, İ., **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Mahkeme Kararları**, 2. baskı, İstanbul, Beta, 1999.

Sakmar, A., **Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982.

Sanlı, K. C., **Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümlere Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği**, 1. Baskı, Ankara, Rekabet Kurumu Lisansüstü Tez Serisi, 2000.

Sargın, F., **Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, (Patent), Ankara, Turhan Kitabevi, 2002.

Sargın, F., **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları**, (Yetki Anlaşmaları) Ankara, Yetkin Yayınları, 1996.

Seviğ, M. R., **Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi**, (Sentez), İstanbul, Kenan Basımevi ve Klişe Fabrikası, 1941.

Seviğ, V. R., **Kanunlar İhtilafı, Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, (Kanunlar İhtilâfı), 2. Baskı, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., 1974.

Şanlı, C., **Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.

Şanlı, C., Ekşi, N., **Uluslararası Ticaret Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2004.

Tanrıbilir, F. B., **Kanuni Mirasçılıktan Doğan Kanunlar İhtilafı**, Ankara, Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Basımevi, 2000.

Tekinalp, G., **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, (Bağlama Kuralları), 6. Baskı, İstanbul, Beta, 1999.

Tiryakioğlu, B., **Rekabet Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilafı**, (Rekabet Hukuku), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997.

Tiryakioğlu, B., **Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk**, (Taşınır Mallar), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996.

Tiryakioğlu, B., **Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi**, (Boşanma Kararları), Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996.

Turhan, T., **Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları**, (Yabancı Para Kayıtları), Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1997.

Uluocak, N., **Kanunlar İhtilâfı (Yasama Yetkisi Kuralları)**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971.

Yavuz, C., **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt**, 3. Baskı, İstanbul, Beta, 2004.

Zevkliler, A., **Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, 3. Baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1992.

## MAKALELER

Akıl, A., “Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan**, 2003, C. 7, S. 3-4, sh. 385-423.

Akın, Ş., “Üçüncü Devletin Emredici Kurallarının Sözleşmesel İlişki Üzerindeki Etkisi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1989, Y. 9, S. 2, sh. 99-102.

Altuğ, Y., “Amme İntizamı ve Tesirleri”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, 1972, C. 27, S. 3, sh. 371-385.

Anderson, W., “Party Autonomy and Overriding Statutes in Private International Law: The High Court of Australia Takes the Lead”, **Caribbean Law Review**, 1999, Vol. 9, No. 1, sh. 16-25.

Ansay, T., Schneider, E., “The New Private International Law of Turkey”, **Netherlands International Law Review**, 1990, Vol. XXXVII, sh. 145-151.

Atamer, Y. M., “Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması”, (Tüketicinin Korunması), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1995-1996, C. 55, S. 1-2, sh. 421-446.

Aygül, M., “Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2001, C. 9, S. 3-4, sh. 229-270.

Başığit, Ö., “Sözleşme Serbestisi ve Sınırlanması”, 17 sh., Online Internet, 05.06.2002.

[http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sözleşme\\_serbestisi\\_ve\\_siniri.htm](http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/sözleşme_serbestisi_ve_siniri.htm).

Bauerfeld, R. J., “Effectiveness of Choice of Law Clauses in Contract Conflicts of Law: Party Autonomy of Objective Determination?”, **Columbia Law Review**, 1982, Vol. 82, sh. 1659-1691.

Blom, J., “Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract Part I”, **The Canadian Yearbook of International Law**, 1978, Vol. 16, sh. 230-275.

Blom, J., “Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract Part II”, **The Canadian Yearbook of International Law**, 1979, Vol. 17, sh. 206-246.

Blom, J., "Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract Part III", **The Canadian Yearbook of International Law**, 1980, Vol. 18, sh. 161-200.

Boer, Th. M. De, "Facultative Choice of Law, The Procedural Status of Choice of Law Rules and Foreign Law", **Recueil des Cours**, 1996, Vol. 257, sh. 235-422.

Boggiano, A.: "International Contracts in Argentina", (Argentina), **RebelsZ**, 1983, Vol. 47, sh. 431-

Boggiano, A., "International Standard Contracts, A Comparative Study", (Standard Contracts), **Recueil des Cours**, 1981, Vol. 170, sh. 9-114.

Bolgar, V., "The Contracts of Adhesion, A Comparison of Theory and Practice", **American Journal of Comparative Law**, 1972, Vol. 20, sh. 53-78.

Bonell, M. J., "The UNIDROIT Principles and Transnational Law", 17 s., Online Internet, 01.04.2002,  
<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2.htm>.

Brilmayer, L., "The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules", **Recueil des Cours**, 1995, Vol. 252, sh. 9-111.

Burger, D. C., "Transnational Public Policy as a Factor in Choice of Law Analysis", **New York Law School Journal of International and Comparative Law**, 1984, Vol. 5, sh. 367-390.

Carter, P. B., "Contracts in English Private International Law", **British Yearbook of International Law**, 1986, Vol. 57, sh.1-32.

Chesterman, M. R., "Choice of Law Aspects of Liens and Similar Claims in International Sale of Goods", **International and Comparative Law Quarterly**, 1973, Vol. 22, sh. 213-253.

Collins, L., "Exemption Clauses, Employment Contracts and the Conflict of Laws", (Exemption Clauses), **International and Comparative Law Quarterly**, 1972, Vol. 21, sh. 320-334.

Çilingiroğlu, C., "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1989, C. 2, sh. 103-120.

Delaume, G. R., "What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma", **International and Comparative Law Quarterly**, 1979, Vol. 28, sh. 258-279.

Diamond, A. L., "Harmonization of Private International Law Relating to Contractual Obligations", **Rec. des Cours**, 1986, T. 199, sh. 233-312.

Dođan, V., “Avrupa Birliđi Būnyesinde Akti Borç İliřkilerine Uygulanacak Hukuka Dair Roma Sözleřmesi ve Türk Hukuku”, (AB Akdi Borç), **Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Őniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armađanı**, 1995, sh. 463-494.

Doğan, V., “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Koruması”, (Zayıf Akit Taraf), **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1995, Y. 15, S. 1-2, sh. 21-42.

Doğan, V., “Tüketicici Akitlerine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, (Tüketicici Akitleri), **Selçuk Őniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1996, C. 5, S. 1-2, sh. 153-179.

Dolinger, J., “Evolution of Principles For Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts”, **Recueil des Cours**, 2000, Vol. 283, sh. 199-512.

Ehrenzweig, A. A., “Adhesion Contracts in the Conflict of Laws”, **Col. L. Rev.**, 1953, Vol. 53, sh. 1072.

Ekşi, N., “Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonuna Göre Anlamı”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1992, C. 1-2, sh. 1-5.

Enonchong, N., “Public Policy in the Conflict of Laws: A Chinese Wall Around Little England?”, **International and Comparative Law Quarterly**, 1996, Vol. 45, P. 3, sh. 633-661.

Esener, T., “İradenin Muhtariyeti Prensibi”, **Ankara Őniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1954, C. 11, sh. 478-513.

Gelgel, G. Ő., “Topluluk Būnyesinde Hukukların Uyumlaştırılması ve Tüketicinin Korunması”, **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağanı**, 1999, sh. 101-112.

Gluck, G., “Standard Form Contracts: The Contract Theory Reconsidered”, **International and Comparative Law Quarterly**, 1979, Vol. 28, sh. 72-90.

Grosheide, F. W., “Legal Borrowing and Drafting International Commercial Contracts, Some Methodological Reflections”, *Comparability and Evaluation, Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration* (eds. Woelki, K. B., Grosheide, F.W., Hondius, E. H., Steenhoff, G. J. W.), Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, sh. 69-83.

Guedj, T. G., “The Theory of the Louis de Police, A functional Trend in Continental Private International Law-A Comparative Analysis with Modern American Theories”, **Americal Journal of Comparative Law**, 1991, Vol. 39, sh. 661-697.

Guzman, A. T., “Choice of Law: New Foundations”, **Georgetown Law Journal**, 2002, Vol. 90, S. 4, sh. 883-940.

Hartkamp, A.S., “The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods”, *Comparability and Evaluation, Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration* (eds. Woelki, K. B., Grosheide, F.W., Hondius, E. H., Steenhoff), G. J. W., Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, sh. 85-98.

Hartley, T. C., “Mandatory Rules in International Contracts: The Common Law Approach”, **Recueil des Cours**, 1997, Vol. 266, sh. 345-426.

Hill, A., “The Judicial Function in Choice of Law”, **Columbia Law Review**, 1985, Vol. 85, sh. 1585-1647.

Hill, J., “Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts”, (Rome Convention), **International and Comparative Law Quarterly**, 2004, Vol. 53, sh. 325-350.

Hill, J., “Some Private International Law Aspects of the Arbitration Act 1996”, (Arbitration), **International and Comparative Law Quarterly**, 1997, Vol. 46, sh. 274-308.

Jaffey, A. J. E., “The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention”, **International and Comparative Law Quarterly**, 1984, Vol. 33, sh. 531-557.

Joustra, C. A., “Jurisdiction in Consumer Disputes Under the Brussels Convention”, *Comparability and Evaluation, Essays on Comparative Law, Private International Law and International Commercial Arbitration* (ed. Woelki, K. B., Grosheide, F.W., Hondius, E. H., Steenhoff, G. J. W.), Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, sh. 233-249.

Juenger, F. K., “The Lex Mercatoria and Private International Law”, **Louisiana Law Review**, 2000, Vol. 60, S. 4, sh. 1133-1150.

Kaplan, Y., “1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, 2002, Y. 22, S. 2, sh. 325-356.

Kegel, G., “The Crisis of Conflict of Laws”, **Rec des Cours**, 1964, T. 112, sh. 90-268.

Kelly, D. ST. L., “International Contracts and Party Autonomy”, **International and Comparative Law Quarterly**, 1970, Vol. 19, sh. 701-705.

Kessler, F., “Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract”, **Columbia Law Review**, 1943, Vol. 43, sh. 629-642.

Kocayusufpaşaoğlu, N., “Devletler Hususi Hukukunda, Tarafların Sükutu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1957, C. 21, sh. 356-393.

Lando, O., “Dicey & Morris, The Conflict of Laws: A review”, (Dicey and Morris), **International and Comparative Law Quarterly**, 1998, Vol. 47, sh. 395-408.

Lando, O., “The 1955 and 1985 Hague Conventions On the Law Applicable to the International Sale of Goods”, (The 1955 and 1985), **Rebels Zeitschrift Fuer Auslaendisches Und Internationales Privatrecht**, 1993, Vol. 57, sh. 155-174.

Lando, O., “The Conflict of Laws of Contracts, General Principles”, (The Conflict), **Recueil des Cours**, 1984, Vol. 189, sh. 235-447.

Lando, O., “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, (The EEC Convention), **Common Market Law Review**, 1987, Vol. 24, sh. 159-214.

Lando, O., “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, **International and Comparative Law Quarterly**, (The Lex Mercatoria), 1985, Vol. 34, sh. 747-768.

Lewis, P. S. C.: “The Formation of Contract (Based on *Albeko Schuhmaschinen A. G. v. The Kamborion Shoe Machine Co. Ltd.*)”, **ICLQ**, Vol. 10, sh. 908-910.

Libling, D. F., “Formation of International Contracts”, **The Modern Law Review**, 1979, Vol. 42, sh. 169-181.

Lunz, L. A., “Conflict of Laws in International Sale: Theory and Practice of Socialist Countries”, **Recueil des Cours**, 1965, Vol. 114, sh. 5-55.

Mann, F. A., “The Judicial Recognition of an Unrecognized State”, (The Judicial Recognition), **International and Comparative Law Quarterly**, 1987, Vol. 36, sh. 348-350.

Mann, F. A., “The Proper Law in the Conflict of Laws”, (The Proper Law) **International and Comparative Law Quarterly**, 1987, Vol. 36, sh. 437-453.

Martinek, M., “The Seven Pillars of Wisdom in Private International Law-The German and the Swiss Experience with the Codification of Conflicts Law Rules”, **Chinese Yearbook of Private International and Comparative Law**, (2001), sh. 15-54.

McConnaughay, P. J., “The Scope of Autonomy in International Contracts and Its Relation to Economic Regulation and Development”, **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 39, S. 3, sh. 595-656.

McClearn, J. D., "Perspectives on Private International Law At the Turn of the Century, General Course on Private International Law", **Recueil des Cours**, 2000, T. 282, sh. 51-227.

McLachlan, C., "The New Hague Sales Convention and the Limits of the Choice of Law Process", **Law Quarterly Review**, 1986, Vol.102, sh. 591-627.

Morris, J., "The Time Factor in the Conflict of Laws", (Time), **International and Comparative Law Quarterly**, 1966, Vol. 15, sh. 422-435.

Mostermans, E., "Party Autonomy: Why and When?", Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe, Symposium in Celebration of the 40th anniversary of the Centre of Foreign Law and Private International Law, University of Amsterdam, on 27 October 1989, Deventer 1990, sh. 123-141.

Naon, H. A. G., "Choice of Law Problems", **Recueil des Cours**, 2001, Vol. 289, sh. 23-300.

Niboyet, J. P., "La Théorie de L'Autonomie de la Volonté", (La Théorie), **Recueil des Cours**, 1927, Vol. 16, sh. 5-112.

Nygh, P., "The Reasonable Expectations of the Parties As a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort", (The Reasonable Expectations), **Recueil des Cours**, 1995, Vol. 251, sh. 279-400.

Oğuz, A., "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2001, C. 50, S. 3, sh. 11-53.

Owsia, P., "Silence: Efficacy in Contract Formation, A Comparative Review of French and English Law", **International and Comparative Law Quarterly**, 1991, Vol. 40, sh. 784-806.

Özdemir, H., "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında 'Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme' ve 'Uluslararası Sözleşme' Kavramları", **İstanbul Barosu Dergisi**, 1999, C. 73, S. 10-11-12, sh. 926-941.

Pierce, D. G., "Post-Formation Choice of Law in Contract", 1987, **Modern Law Review**, Vol. 50, sh. 176-201.

Prebble, J., "Choice of Law to Determine the Validity and Effect of Contracts: A Comparison of English and American Approaches to the Conflict of Laws", **Cornell LR**, 1973, Vol. 58, sh. 433-455.

Pivavatnapanich, P., "Choice of Law in Contract and Thai Private International Law: A Comparative Study", Online, Internet, 08.07.2005.

<http://www.thailawforum.com/articles/choiceoflaw5.html>

Ruhi, A. C., Kaplan, Y., "Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Tenfizi Açısından Kamu Düzeni (Ordre Public)", **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan**, 2002, Y. 22, S. 2, sh. 643-663.

Schmitthoff, C. M., "The Unification or Harmonisation of Law By Means of Standard Contracts and General Conditions", **International and Comparative Law Quarterly**, 1968, Vol. 17, sh. 551-570.

Schönenberger, W., "Devletler Hususi Hukukunda Akit Taraflarca Yetkili Hukukun Seçilmesi", Çeviren: Göger, E., **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 40. Yıl Armağanı**, 1966, sh. 299-315.

Schuman, G., "Conflict of Laws in Group Life, Health & Disability Insurance Contract Cases", **Federation of Insurance & Corporate Counsel Quarterly**, 1999, Vol. 50, S. 1, sh. 29-46.

Sedler, R. A., "Continuity, Precedent and Choice of Law: A Reflective Response to Prof. Hill", **Wayne Law Review**, 1992, Vol. 38, sh. 1419-1460.

Seviğ, M. R., "Emniyet ve Asayiş Kuralları Hangileridir?", (Emniyet ve Asayiş), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1939, C. 5, sh. 107-125.

Seviğ, V. R., "Akitlere Uygulanacak Olan Kanun Sorunu", (Akitler), **Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan**, 1999, sh. 319-330.

Šarčević, P., "Choice of Law Issues Related to International Financial Transactions with Special Emphasis on Party Autonomy and its Restrictions", **International Contracts and Payment**, eds. Šarčević, Volken, 1991, Great Britain, Graham&Trotman, sh. 109-123.

Spiro, E., "The Incidence of Time in the Conflict of Laws", **International and Comparative Law Quarterly**, 1969, Vol. 9, sh. 357-382.

Symeonides, S. C., "Choice of Law in the American Courts in 1996", (American Courts), **American Journal of Comparative Law**, 1997, Vol. 45, sh. 447-503.

Symeonides, S. C.: "Private International Law Codification in a Mixed Jurisdiction: The Louisiana Experience", (Louisiana Experience), 1993, *RabelsZ*, Vol. 57, sh 460-495.

Tekinalp, G., "Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk – MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi", (Akdi İlişki), **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1985, C. 5, S. 1, sh. 28-31.

Tekinalp, G., “Avrupa Topluluğunda Ferdi İş Aktine Uygulanan Hukuk Hakkında Kural, 96/71 Sayılı Gönderilen İşçiler Yönergesi ve MÖHUK”, (Ferdi İş Akdi), **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, 2002, Y. 22, S. 2, sh. 839-855.

Tekinalp, G., “Türk ‘Milletlerarası Özel Hukuk ve Milletlerarası Usul Hukuku Tasarısı’”, (Tasarı), **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1980, C. 44, sh. 91-121.

Tekinalp, G., “Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu”, (Alman ve İsviçre), **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 1988, C. 8, S. 1, sh 59-70.

Thal, S. N., “The Inequality of Bargaining Power Doctrine: The Problem of Defining Contractual Unfairness”, **Oxford Journal of Legal Studies**, 1988, Vol. 8, sh. 17-33.

Thomson, A., “A Different Approach to Choice of Law in Contract”, **Modern Law Review**, 1980, Vol. 43, sh. 650-669.

Tiryakioğlu, B., “11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi”, (Milletlerarası Mal Satımı), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1991, sh. 191-205.

Turhan, T., “Fransız Hukukunda Milletlerarası Tahkim”, (Fransız Hukuku), Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir Mi? Sempozyumu (11 Nisan 1997), Banka ve Ticaret Enstitüsü, sh. 69-103.

Turhan, T., “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku”, (İsviçre Devletler Özel Hukuku), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1989-1990, C. 41, S. 1-4, sh. 119-151.

Turhan, T., “İtalyan Hukukunda Kanunlar İhtilafı Hukukunun Genel Problemleri”, (İtalyan Hukuku), **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü**, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, 1998, sh. 761-765.

Verhagen, H. L. E., “The Tension Between Party Autonomy and European Union Law: Some Observations on Ingmar GB Ltd. V. Eaton Leonard Technologies Inc.”, **International and Comparative Law Quarterly**, 2002, Vol. 51, P. 1, sh. 135-154.

Vischer, F.: “General Course on Private International Law”, **Rec. des Cours**, 1992, T. 232, sh. 32-34.

Weinberg, L., “Choosing Law and Giving Justice”, **Louisiana Law Review**, 2000, Vol. 60, S. 4, sh. 1360-1363.

Williams, P. R., "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", **International and Comparative Law Quarterly**, 1986, Vol. 35, sh. 1-31.

Yntema, H. E., "Autonomy in Choice of Law", **American Journal of Comparative Law**, 1952, Vol. 1, sh. 341-358.

### **Diger Metinler**

Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods, The Hague, 1986, Online, Internet, 08.07.2005.

<http://www.lexmercatoria.org>

Convention on the Law Applicable to International Sale of Goods, The Hague, 1955, Online, Internet, 08.07.2005.

<http://www.lexmercatoria.org>

EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, Rome, 1980, Online, Internet, 02.04.2002.

<http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html>

Giuliano, M./Lagarde, P.: Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, O.J. C.282, 31.10.80.

Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, Mexico, 1994, Online, Internet, 08.07.2005.

<http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-56.html>

Principles of International Commercial Contracts, Official Texts of the Black Letter Rules in English, French, German, Italian and Spanish, Rome, UNIDROIT, 1994.

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980), Online, Internet, 04.05.2000.

<http://www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.htm>

## ÖZET

Milletlerarası unsurlu sözleşmeler alanında taraflara aralarındaki sözleşme ilişkisini idare edecek hukuku seçme imkânı veren hukuk seçimi serbestisi hemen hemen tüm hukuk sistemleri tarafından kabul gören bir prensiptir. Ancak, bu serbestinin mutlak bir serbesti olup olmadığı ve eğer birtakım sınırlandırmalara tâbi ise, bu sınırlandırmaların neler olduğu şeklindeki meseleler tartışma konusu oluşturmaktadır.

Bu doktora tezinin amacı söz konusu meseleleri ortaya koyup irdelemektir. Bu çerçevede, öncelikle, hukuk seçimi serbestisinin milletlerarası unsurlu sözleşmeler hukukundaki yeri ve bu hukuk disiplini içerisindeki tarihi gelişim süreci incelenmiştir. Daha sonra, hukuk seçimi serbestisinin ne tip sınırlandırmalara tâbi olduğu üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda birtakım hususların hukuk seçimini sınırlandığı, diğer bazılarının ise seçilen hukukun uygulanmasını sınırlandırarak, hukuk seçimi serbestisinin dolaylı bir şekilde sınırlarını teşkil ettikleri ortaya konmaya çalışılmıştır. Tezin son bölümünde ise önceki bölümlerden elde edilen veriler Türk Hukukuna uygulanmıştır.

Sonuç itibarıyla, bu tezde, milletlerarası unsurlu sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde önemli bir role sahip olan hukuk seçimi serbestisinin mutlak bir prensip olmadığı ve birtakım sınırlandırmalara tâbi olduğu ortaya konmaya çalışılmıştır.

## **SUMMARY**

Autonomy in international contracts is a widely known principle which gives the parties to an international contract the opportunity to choose the applicable law. The debated issue about this principle is whether it is an absolute principle or a principle that is subject to certain limitations.

The aim of this PhD thesis is to study the issues stated above. Within this framework, firstly the role of the autonomy in international contracts and its historical background within this law discipline is studied. Then the limitations which the autonomy is subject to has been analysed. These limitations are divided into two as the one which limits the use of the autonomy and the one which limits the application of the chosen law. Finally, the last chapter of the thesis deals with the application of the results of previous chapters to Turkish Law.

As a result in this thesis it has been tried to show that autonomy which plays a very important role in international contracts is not an absolute principle and it is subject to certain limitations.