T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMALARI

DOKTORA TEZİ

Hazırlayan

Gamze AYDOĞDU

Danışman

Doç. Dr. Yasemin DURAK

KIRIKKALE-2023

KABUL-ONAY

Gamze AYDOĞDU tarafından hazırlanan "Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi Anlaşmaları" adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Doç. Dr. Yasemin DURAK İmza……..
Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale Üniversitesi
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum.

Başkan: Prof. Dr. Elif Sibel ÇAKAR İmza……..
Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale Üniversitesi
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum.

Üye: Doç. Dr. Leyla AKYOL ASLAN İmza……..
Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale Üniversitesi
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum.

Üye: Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ İmza……..
Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum.

Üye: Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN İmza……..
Özel Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum.

Tez Savunma Tarihi: 17/01/2023
Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.

Doç. Dr. Abdussamed YEŞİLDAĞ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Oğlum Ömer'e

ETİK BEYANI

Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Gamze AYDOĞDU

ÖZET

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMALARI

Kırıkkale Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi
Danışman: Doç. Dr. Yasemin DURAK
Ocak 2023, 394 sayfa

Özel hukukun temel ilkelerinden birisi olan irade muhtariyetinin kanunlar ihtilafı hukukundaki görünümü hukuk seçimi anlaşmalarıdır. Taraflar hukuk seçimi anlaşması yaparak aralarındaki yabancı unsurlu hukuki işlem ya da ilişkinin belirli bir hukuk düzenine tabi olmasını kararlaştırabilirler. Bu halde maddi hukuktaki sözleşme özgürlüğünden farklı olarak seçilen hukuk düzenleyici, tamamlayıcı ve emredici hükümleri ile birlikte bir bütün halinde yetkilendirilmiş olmaktadır.

Kanunlar ihtilafı hukukunun gelişim sürecine bakıldığında önceleri uygulanacak hukukun tespitinde taraf iradelerinin dikkate alınmadığı görülmektedir. Zaman içinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi anlaşması yapılabileceği doktrinde ve pozitif hukuk düzenlemelerinde kabul edilmiştir. İlerleyen süreçte de sözleşme dışı ilişkiler bakımından belirli sınırlamalar dahilinde hukuk seçimine imkân tanıyan düzenlemeler öngörülmeye başlamıştır. İrade muhtariyetine atfedilen bu önemin artmasındaki başlıca neden yabancı unsurlu hukuki işlem ve ilişkiler bakımından hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik sağlıyor olmasıdır. Türk hukukunda da 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile sözleşmeden, haksız fiilden ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerinde ve evlilik malları hakkında tarafların hukuk seçimi yapmalarına izin verilmektedir.

Hukuk seçimi serbestisini kabul eden çeşitli milli ve milletlerarası düzenlemelere bakıldığında, bu serbestinin yapılış şekline ve zamanına ya da seçilebilecek hukuk

düzenlerine ilişkin bazı sınırlamalar getirildiği görülmektedir. Bu sınırlamalar hukuktan hukuka ya da hukuki işlem ya da ilişkinin türüne göre farklılık göstermektedir. Biz de çalışmamızın ilk bölümünde hem bu sınırlamaları hem de hukuk seçiminin türlerini, seçilen hukukun kapsamını, hukuk seçiminin geçerliliğini ve atıf müessesesini karşılaştırmalı hukuk verileri ve milletlerarası düzenlemelerdeki hükümler ışında ele alacağız. Ardından Türk hukukunda çeşitli sözleşme ilişkileri ve sözleşme dışı ilişkilerde hukuk seçimi anlaşmalarını, Avrupa Birliği düzenlemeleri ile karşılaştırarak inceleyeceğiz. Son olarak hukuk seçimi anlaşmalarında karşılaşılabilecek sorunları ve taraflarca dikkat edilmesi gereken hususları ortaya koyacağız.

Anahtar Kelimeler: İrade muhtariyeti, sözleşme özgürlüğü, hukuk seçimi anlaşmaları, hukuk seçimi serbestisi, uygulanacak hukuk.

ABSTRACT

CHOICE OF LAW AGREEMENTS IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Kırıkkale University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law, Doctoral Dissertation
Supervisor: Assoc. Prof. Dr. Yasemin DURAK
January 2023, 394 pages

Appearance of party autonomy, which is one of the basic principles of private law, in the conflict of laws is the choice of law agreements. By making a choice of law agreement, parties may decide that the legal transaction or relation with a foreign element be subject to a certain legal order. In this case, unlike the freedom of contract in substantive law, the chosen law is authorized as a whole with its regulatory, complementary and mandatory provisions.

Considering the development process of the conflict of laws, the will of the parties was not taken into account in the determination of the law to be applied at first. In the course of time, it has been accepted in the doctrine and positive legal regulations that a choice of law agreement can be made in contractual obligations. In the ongoing process, regulations that allow the choice of law within certain limitations in terms of non-contractual relations began to be envisaged. The main reason for the increase in this importance attributed to the party autonomy is that it provides legal certainty and predictability in terms of legal transactions and relations with foreign elements.. In Turkish law, with the Law No. 5718 on Private International Law and Procedural Law, the parties are allowed to choose law in contractual obligations, tortious act and unjust enrichment and regarding marriage property.

When the various national and international regulations that accept the freedom of choice of law are examined, it is seen that there are some limitations regarding the way and time of this freedom or legal order that can be chosen. These restrictions differ from law to law or according to the type of legal transaction or relation. In the first part of our study, we will examine both these limitations and the types of choice of law, the scope of the chosen law, the validity of the choice of law and the institution of renvoi in the light of comparative legal data and provisions in international regulations. Then, we will examine the choice of law agreements in various contractual and non-contractual relations in Turkish law by comparing with the European Union regulations. Finally, we will reveal the problems that may be encountered in the choice of law agreements and the issues that should be considered by the parties.

Key Words: Party autonomy, freedom of contract, choice of law agreements, freedom of choice of law, applicable law.

TEŞEKKÜR

Akademik kariyerime başladığımda hukukta doktor unvanı alacağım güne erişmek için büyük bir özveri ve sabır ile çalışmak zorunda olduğumu biliyordum. Nitekim meslek büyüklerim olarak tüm hocalarımın doktora tezinin anlam ve önemine dair tavsiyeleri doğrultusunda tez konusunun belirlenmesinden savunmaya gireceğim âna kadar büyük bir sorumlulukla hareket etmeye çalıştığımı belirterek sözlerime başlamak isterim.

Yaklaşık üç yıllık bir emeğin ürünü olarak bu çalışmanın yazım sürecinde akademik anlamda karşılaştığım zorluklara kıymetli akademisyen arkadaşlarım ve saygıdeğer hocalarım şahit oldular. Bu zorluklar nedeniyle zaman zaman motivasyonumun düştüğünü ve çalışma hızımın yavaşladığını itiraf etmem gerekir. Ancak akademisyen olmanın bir gereği olarak olumsuz faktörlere rağmen titiz bir çalışma ile süreci tamamlamam gerektiğinin her zaman bilincindeydim. Ne mutlu ki değerli jüri üyeleri de bu tezin böyle bir çalışmanın ürünü olduğuna kanaat getirerek büyük bir şerefe nail olmama sebep oldular. Bu gurur ve mutluluğun yaşadığım zorluklara değdiğini ve bundan sonraki süreçte bilime daha fazla katkı sağlamak adına beni ayrıca motive ettiğini hissediyorum. Bu sebeple tüm bu süreçte emekleri olan ve verdikleri destekle süreci benim için kolaylaştıran herkese teşekkür etmek istiyorum.

Öncelikle, resmi olarak danışmanlığımı üstlenen, değerli önerileri ile çalışmaya katkı sağlayan ve bana her aşamada cesaret ve moral veren kıymetli hocam Doç. Dr. Yasemin DURAK'a ve hiçbir resmi zorunluluğu bulunmamasına rağmen fiilen danışmanlığımı yürüten, yaz tatilinde bile çalışmayı incelemek için vakit ayıran, eleştirileri ile çalışmayı zenginleştiren ve olumlu dönüşleri ile beni motive eden sayın hocam Doç. Dr. Alper Çağrı YILMAZ'a teşekkür ederim.

Hem ara rapor sunumlarında hem de tez savunmasında birbirinden değerli önerileri ile bana yol gösteren ve güler yüzlerini esirgemeyen Tez İzleme Komitesi'ndeki kıymetli hocalarım Prof. Dr. Elif Sibel ÇAKAR ve Doç. Dr. Leyla AKYOL ASLAN'a şükranlarımı sunarım. Tez savunma jüri üyelerinden biri olarak kısa zamanda çalışmayı incelemek için yoğun mesai harcayan, eksikleri dile getirmekle birlikte güzel yorumları ile beni mutlu eden ve pozitif enerjisi ile ilham veren saygıdeğer hocam Doç. Dr. Kazım Sedat SİRMEN'e teşekkür ederim. Savunma jürisinde olmamakla beraber, doktora tez konusunu belirleme aşamasında bana yardımcı olan ve tez olarak kaleme aldığım bu konuyu bana öneren sayın hocam Doç. Dr. Banu ŞİT KÖŞGEROĞLU'na da teşekkürü borç bilirim.

Birbirinden kıymetli bu hocalarım dışında, burada isimlerini yazmamakla beraber destek ve katkılarını hayatım boyunca unutmayacağım, değerli fikir ve görüşlerini benden esirgemeyen tüm meslek büyüklerime de teşekkür ederim. Akademik hayatın merdivenlerini birlikte çıktığımız, neşeme, üzüntüme, stresime ortak olan, kahve molalarımın gülen yüzü sevgili oda arkadaşım Arş. Gör. Merve HAYRAN POLAT'a, tezimin bir kısmını okuyarak şekli eksiklikleri tamamlamam konusunda yardımcı olan kıymetli meslektaşım Arş. Gör. Melek ATALIK'a ve bu süreçte destek olan tüm arkadaşlarıma şükranlarımı sunarım.

Ve son olarak aileme teşekkür etmek istiyorum. Akademik hayata başladığımdan beri her zaman kendime güvenmem ve inanmam konusunda beni destekleyen, yaşadığım her zorlukta elimden tutarak daha güçlü bir biçimde yola devam etmemi sağlayan ve bu süreçte pek çok şeyden fedakârlık ederek gerçek bir hayat arkadaşı olduğunu gösteren sevgili eşim ve meslektaşım Yasin AYDOĞDU'ya ve bu aşamaya gelmemde büyük emeği olan, sevgileri ve duaları ile her daim yanımda olduklarını hissettiren canım aileme sonsuz teşekkürler.

Ve teşekkürün en büyüğü bu süreçte zaman zaman ihmal etmek zorunda kaldığım, buna rağmen hiç söylenmeden minicik elleri ve kocaman kalbi ile benim için her gece dua eden, en büyük enerji kaynağım, biricik oğlum ÖMER'e…

İÇİNDEKİLER DİZİNİ

Sayfa

ÖZET ..... **iiv**

ABSTRACT ..... **vi**

TEŞEKKÜR ..... **viii**

İÇİNDEKİLER DİZİNİ ..... **x**

KISALTMALAR DİZİNİ ..... **xviii**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMALARININ GENEL ESASLARI

I. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMALARININ TEMELİNDE YATAN İRADE MUHTARİYETİ İLKESİ 5

A. Özel Hukukun Temel İlkelerinden Birisi Olarak İrade Muhtariyeti 5

B. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Muhtariyeti 8

1. Hukuk Seçimi Anlaşmaları 9

a. Genel Olarak 9

b. Tarihi Gelişimi 10

2. İrade Muhtariyetinin Diğer Görünümleri 18

a. Yetki Anlaşmaları 18

b. Tahkim Anlaşmaları 19

II. HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN MİLLETLERARASI DÜZENLEMELER 21

A. Milletlerarası Sözleşmeler 22

1. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi (1980 Roma Sözleşmesi).....22

a. Genel Olarak 22

b. Uygulama Alanı 23

2. Milletlerarası Mal Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Sözleşme (1986 Lahey Satış Sözleşmesi) 24

a. Genel Olarak 24

b. Uygulama Alanı.....25

B. Avrupa Birliği Tüzükleri 27

1. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 593/2008 Sayılı Tüzük (Roma I Tüzüğü) 27

a. Genel Olarak 27

b. Uygulama Alanı.....28

2. Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 864/2007 Sayılı Tüzük (Roma II Tüzüğü).....29

a. Genel Olarak 29

b. Uygulama Alanı.....30

3.Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Geliştirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin 1259/2010 sayılı Tüzük (Roma III Tüzüğü).....32

a. Genel Olarak 32

b. Uygulama Alanı.....34

C. Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri (2015 Lahey İlkeleri) 35

1. Genel Olarak 35

2. Uygulama Alanı 36

III. HUKUK SEÇİMİNİN FAYDALARI.....38

A. Taraflar Bakımından.....38

B. Hâkim Bakımından.....39

IV. HUKUK SEÇİMİNİN ŞARTLARI 40
A. Seçim Yapılacak İlişkiye İlişkin Şart: Yabancılık Unsuru 41
1. Genel Olarak 41
2. Yabancılık Unsurunun Tespitinde Kullanılan Yöntemler 44
a. Objektif Yöntem (Objektif Açıdan Yabancılık Unsuru Arayan Görüş).....45
b. Subjektif Yöntem (Yabancı Bir Hukuk Düzeninin Seçimini Yeterli Gören Görüş) 49
c. Ekonomik Yöntem (Sözleşmenin Ekonomik Karakterini Belirleyici Olarak Gören Görüş) 53
B. Seçilen Hukuka İlişkin Şartlar 56
1. Seçilen Hukukun Belirli Bir Devletin Hukuku Olması 56
a. Kanunlar ve Milletlerarası Düzenlemeler 59
b. Sözleşme Metnine Dahil Etme (Incorporation by Reference) 65
c. Tanınmamış Bir Devlet Hukukunun Seçilmesi.....67
2. Seçilen Hukuk ile Sözleşme Arasında Bağlantının Varlığı 73
V. HUKUK SEÇİMİNİN YAPILIŞ ŞEKLİ VE ZAMANI 81
A. Açık Hukuk Seçimi 81
B. Örtülü Hukuk Seçimi.....84
1. Tanımı ve Unsurları.....84
a. Tarafların Hukuk Seçimi İradeleri.....85
b. Tarafların Hukuk Seçimi İradelerinin Anlaşılması 86
2. Örtülü Hukuk Seçimine İşaret Eden Kriterler 90
3. Örtülü Hukuk Seçiminin İspatı 96
4. Örtülü Hukuk Seçiminin Gerekliliği 99
C. Farazi Hukuk Seçimi 100
D. Seçimin Yapılış Zamanı 102
VI. HUKUK SEÇİMİNİN TÜRLERİ.....107
A. Kısmi Hukuk Seçimi 107

B. Şartlı (Değişken) Hukuk Seçimi 112
C. Negatif Hukuk Seçimi 114
VII. HUKUK SEÇİMİNİN KAPSAMI.....117
A. Hukuk Seçiminin Kapsamına Giren Hususlar 117
B. Hukuk Seçiminin Kapsamı Dışında Kalan Hususlar.....120
1. Hak ve Fiil Ehliyeti 121
2. Sözleşmenin Şekli Geçerliliği 122
3. Sözleşmenin İfasında Pratik Zorunluluklar (İfanın Gerçekleştirilme Biçimi ve Koruma Tedbirleri) 127
4. Sözleşmenin Kurulmasına İlişkin İrade Beyanının Varlığı 130
5. Kambiyo Senetlerine Bağlanmış Borçlar 134
VIII. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ.....135
A. *Lex Fori*'nin Uygulanması Görüşü 137
B. Seçilen Hukukun Uygulanması Görüşü 139
C. Diğer Görüşler.....143
IX. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMALARINDA ATIF 145
A. Genel Olarak Atıf Müessesesi 145
B. Hukuk Seçimi Yapılan Hallerde Atıf Sorunu 146

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ÇEŞİTLİ SÖZLEŞME TÜRLERİNDE VE SÖZLEŞME DIŞI İLİŞKİLERDE HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMALARI

I. ÇEŞİTLİ SÖZLEŞME TÜRLERİNDE HUKUK SEÇİMİ 153
A. Sosyal İçerikli Sözleşmelerde Hukuk Seçimi 153
1. Tüketici Sözleşmeleri 154
a. MÖHUK'taki Düzenleme 155
i. Kuralın uygulama alanı 156
ii. Mutad Mesken Hukukunun Sağladığı Koruma 160

iii. Tüketici Sözleşmesinin Şekli 163
iv. Hukuk Seçimine İlişkin Genel Kuralın Tüketici Sözleşmeleri Bakımından Uygulanması 164
b. Roma I Tüzüğü'ndeki Düzenleme 165
2. İş Sözleşmeleri 167
a. MÖHUK'taki Düzenleme 168
i. Kuralın Uygulama Alanı 169
ii. Mutad İşyeri Hukukunun Sağladığı Koruma 173
iii. Hukuk Seçimine İlişkin Genel Kuralın İş Sözleşmeleri Bakımından Uygulanması 179
b. Roma I Tüzüğü'ndeki Düzenleme 180
3. Sigorta Sözleşmeleri 182
a. MÖHUK m. 24'te Öngörülen Hukuk Seçimi Kuralının Sigorta Sözleşmeleri Bakımından Uygulanması 185
b. Roma I Tüzüğü'ndeki Düzenleme 188
B. Fikri Mülkiyet Hukuku Alanında Hukuk Seçimi 191
1. Fikri Mülkiyet Hakkının İhlali 193
a. MÖHUK'taki Düzenleme 193
b. Roma II Tüzüğü'ndeki Düzenleme 197
2. Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmeler 199
a. MÖHUK'taki Düzenleme 199
b. Roma I Tüzüğü'ndeki Düzenleme 204
C. Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmeler 204
1. MÖHUK'taki Düzenleme 207
2. Roma I Tüzüğü'ndeki Düzenleme 210
D. Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler 212
1. MÖHUK Uyarınca Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerde Hukuk Seçiminin Mümkün Olmaması 213

2. Roma I Tüzüğü'ndeki Düzenleme 216
II. SÖZLEŞME DIŞI BORÇ İLİŞKİLERİNDE HUKUK SEÇİMİ 218
A. Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri.....218
1. MÖHUK'taki Düzenleme.....220
a. Genel Olarak Haksız Fiillerde Hukuk Seçimi.....220
i. Hukuk Seçiminin Zaman Bakımından Sınırlandırılması 221
ii. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekline İlişkin Sınırlama 223
iii. Hukuk Seçimine İlişkin Diğer Hususlar.....224
b. Özel Haksız Fiil Türlerinde Hukuk Seçiminin Mümkün Olup Olmadığı Meselesi 225
2. Roma II Tüzüğü'ndeki Düzenleme 230
a. Genel Olarak Haksız Fiillerde Hukuk Seçimi.....230
b. Özel Haksız Fiil Türlerinde Hukuk Seçimi.....234
B. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri 236
1. MÖHUK'taki Düzenleme.....237
2. Roma II Tüzüğü'ndeki Düzenleme 240
C. Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Borç İlişkileri.....241
1. MÖHUK Hükümleri Çerçevesinde Vekaletsiz İş Görmede Hukuk Seçimi.244
2. Roma II Tüzüğü'ndeki Düzenleme 245
III. MAL REJİMLERİ (EVLİLİK MALLARI) BAKIMINDAN HUKUK SEÇİMİ 247
A. MÖHUK'taki Düzenleme.....249
1. Hukuk Seçimine Getirilen Sınırlamalar.....250
2. Eşlerin Evlenmeden Sonra Yeni Bir Müşterek Hukuka Sahip Olmaları..255
3. Hukuk Seçimi Halinde Atıf 256
4. İstisna Hükmü 257
5. Seçilen Hukukun Uygulama Alanı.....258
B. 2016/1103 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü'ndeki Düzenleme 259

1. Genel Olarak 259
2. Tüzük Uyarınca Hukuk Seçimi 261
IV. BOŞANMA VE AYRILIKTA HUKUK SEÇİMİ 264
A. Türk Hukukundaki Durum 265
B. Roma III Tüzüğü'ndeki Düzenleme 267
1. Seçilebilecek Hukuklar 268
2. Hukuk Seçiminin Zamanı 270
3. Hukuk Seçiminin Şekli 270
4. Diğer Hususlar 271

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HUKUK SEÇİMİNDE KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR VE ÖNERİLER

I. SEÇİLEN HUKUKUN BİR BÜTÜN OLARAK DİKKATE ALINMAMASI ...274
A. Seçilen Hukukun Parçası Haline Gelen Milletlerarası Anlaşmaların Göz Ardı Edilmesi 274
B. Seçilen Hukukun Emredici Hükümlerinin Göz Ardı Edilmesi.....276
II. HUKUKU SEÇİLEN ÜLKE İLE YER YÖNÜNDEN YETKİLİ MAHKEMENİN BULUNDUĞU ÜLKELERİN FARKLI OLMASI 278
A. Yargılama Süresinin Uzaması ve Yargılama Masraflarının Artması.....278
B. Mahkemenin Hukukunun Hukuk Seçimini Yasaklaması veya Sınırlaması .279
C. Mahkemenin Hukukunun Zamanaşımını Usule İlişkin Bir Mesele Olarak Kabul Etmesi 281
III.TARAFLARI VE KONULARI FARKLI ANCAK BİRBİRİYLE BAĞLANTILI BİRDEN FAZLA SÖZLEŞMENİN FARKLI HUKUKLARA TABİ KILINMASI.....284
IV.SEÇİLEN HUKUKTA SONRADAN DEĞİŞİKLİKLER MEYDANA GELMESİ 286

V. KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ 289
A. Yetkili Mahkemenin Kamu Düzeni Müdahalesi 289
1. Çeşitli Kanunlar ve Milletlerarası Düzenlemelerdeki Hükümler 291
2. MÖHUK'taki Düzenleme 294
B. Yabancı Devletin Kamu Düzeninin Müdahalesi 298
C. Hukuk Seçimi Hallerinde Kamu Düzeni Müdahalesi 299
1. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri Bakımından 300
2. Sözleşme Dışı Hukuki İlişkiler Bakımından 305
VI. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN ETKİSİ 310
A. Yetkili Mahkemenin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Etkisi 313
1. Çeşitli Kanunlar ve Milletlerarası Düzenlemelerdeki Hükümler 314
2. MÖHUK'taki Düzenleme 317
B. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Etkisi 320
1. Çeşitli Kanunlar ve Milletlerarası Düzenlemelerdeki Hükümler 321
2. MÖHUK'taki Düzenleme 323
C. Hukuk Seçimi Hallerinde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi 326
SONUÇ 333
KAYNAKLAR 342
ÖZGEÇMİŞ 374

KISALTMALAR DİZİNİ

ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

art. : article/artikel

AT : Avrupa Topluluğu

ATAD : Avrupa Topluluğu Adalet Divanı

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BAM : Bölge Adliye Mahkemesi

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BGE : *Bundesgericht* (İsviçre Federal Mahkemesi)

BGH : *Bundesgerichtshofs* (Alman Federal Mahkemesi)

bkz. : bakınız

C. : Cilt

CISG : *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması)

CMR : *Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road* (Eşyaların Karayolundan Milletlerarası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi)

dn. : dipnot

E. : Esas

ed. : editör

EGBGB : *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (Alman Medeni Kanunu'na Giriş Kanunu)

ERÜHFD : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

et al. : *et alia* (ve diğerleri)

FIDIC : *Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils* (Milletlerarası Müşavir Mühendisler Federasyonu)

FSEK : Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu

GAFTA : *The Grain and Feed Trade Association* (Hububat ve Yem Ticareti Birliği)

GKRY : Güney Kıbrıs Rum Yönetimi

HCCH : *Hague Conference on Private International Law* (Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı)

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

ICC : *International Chamber of Commerce* (Milletlerarası Ticaret Odası)

ICSID : *International Centre for Settlement of Investment Dispute* (Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi)

INCOTERMS : *International Commercial Terms* (Milletlerarası Ticaret Kuralları)

IPRG : *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht* (İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu)

İÜHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K. : Karar

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

KKTC : Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti

MHB : Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni

MÖH : Milletlerarası Özel Hukuk

MÖHK : Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu

MÖHUK : Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MTK : Milletlerarası Tahkim Kanunu

PECL : *Principles of European Contract Law* (Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri)

RG. : Resmî Gazete

Rn. : *Randnummer* (Kenar numarası)

S. : Sayı

s. : sayfa

sec. : *section* (paragraf)

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBK : Türk Borçlar Kanunu

TKHK : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK : Türk Medeni Kanunu

UCC : *Uniform Commercial Code* (Yeknesak Ticaret Kanunu)

UNCITRAL : *United Nations Commission on International Trade Law* (Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu)

UNIDROIT : *Institut international pour l'unification du droit privé* (Özel Hukukun Birleştirilmesi için Milletlerarası Enstitü)

vb. : ve benzeri

WIPO : *World Intellectual Property Organization* (Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü)

Y. : Yıl

GİRİŞ

Yabancı unsurlu özel hukuk ilişkileri birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olduklarından bu hukuki ilişkilere hangi hukukun uygulanacağının tespit edilmesi gerekir. Hukuk düzenlerinde bazı hukuki ilişkiler bakımından tarafların uygulanacak hukuku kararlaştırmalarına imkân tanınmaktadır. Uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılması halinde bir hukuk seçimi anlaşması meydana gelmiş olur. Hukuk seçiminin yokluğunda ise uygulanacak hukuk hâkimin hukukundaki objektif kanunlar ihtilafı kurallarına (objektif bağlama kuralları) göre tespit edilir.

Hukuk seçimi anlaşmaları, özel hukukun temel ilkeleri arasında yer alan irade muhtariyeti ilkesinin kanunlar ihtilafı hukukundaki görünümü olarak nitelendirilebilir. İç hukukta taraflar irade muhtariyeti ilkesinin bir gereği olarak aralarındaki sözleşmenin konusunu, taraflarını, içeriğini serbestçe belirleyebilirler. Buna "sözleşme özgürlüğü" adı verilir. Ancak maddi hukuktaki sözleşme özgürlüğünün kapsamı ile kanunlar ihtilafı hukukundaki hukuk seçimi serbestisinin kapsamı farklıdır. Sözleşme özgürlüğü ile taraflara yalnızca tamamlayıcı hükümler bakımından düzenleme yetkisi verilirken, hukuk seçiminde taraflara belirli bir hukuk düzenini emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile birlikte yetkilendirme imkânı tanınmaktadır.

Hukuk seçimi imkânı önceleri yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde kabul edilmekteydi. Ancak zamanla yabancı unsurlu hukuki işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk konusunda hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğe duyulan ihtiyacın ve irade muhtariyetine verilen önemin artmasına bağlı olarak çeşitli hukuk düzenlerinde sözleşme dışı hukuki ilişkilerde de hukuk seçimi imkânı tanınmaya başlamıştır. Günümüz milli hukuklarında kanunlar ihtilafı hukukunun yerleşmiş bir esası olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi serbestisi kabul edilmekle birlikte seçimin hüküm ve sonuçları hukuktan hukuka farklılık gösterebilir. Sözleşme dışı hukuki ilişkiler alanında ise hukuk seçimine imkân tanınması noktasında devletlerin farklı esaslar benimsedikleri görülmektedir. Bu farklılıkların en aza indirilmesi amacıyla milletlerarası alanda uzun zamandır hukuk seçimine ilişkin

kuralları yeknesaklaştırma çalışmaları yürütülmekte, çeşitli milletlerarası ve bölgesel nitelikli düzenlemeler kabul edilmektedir. Özellikle Avrupa Birliği tarafından hazırlanan sözleşme ve tüzüklerde çeşitli hukuki ilişkiler bakımından hukuk seçimini düzenleyen önemli hükümlere yer verilmektedir. Bu düzenlemeler Türk hukuku dahil olmak üzere Birlik üyesi olmayan çeşitli devletlerin hukuklarını da etkilemektedir. Çalışmamızda sözü edilen düzenlemeler ışığında milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi anlaşmalarının önemini ve gelişimini ortaya koymayı amaçlıyoruz.

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. "Hukuk Seçimi Anlaşmalarının Genel Esasları" başlıklı birinci bölüm altında öncelikle hukuk seçimi anlaşmalarının temelinde yatan irade muhtariyeti ilkesine ilişkin genel açıklamalar yapılacaktır. Ardından kanunlar ihtilafı hukukunda bu ilkeye dayalı olarak ortaya çıkan hukuk seçimi serbestisinin tarihi gelişimine yer verilecektir. Bu aşamadan sonra konumuz açısından önem arz ettiğini düşündüğümüz sözleşme ilişkileri ve sözleşme dışı hukuki ilişkilerde hukuk seçimine ilişkin milletlerarası düzenlemelerin hazırlık aşamaları ve uygulama alanları hakkında bilgilendirme yapılacaktır. Zira çalışmamız boyunca bu düzenlemelerde yer alan hükümlere atıfta bulunacağımızdan, bu hükümlerin ne amaçlarla getirildiğinin ve hangi durumlarda uygulanacağının bilinmesi önem arz etmektedir. Bu kapsamda Avrupa Birliği tarafından kabul edilen Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi (1980), Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 593/2008 Sayılı Tüzük, Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 864/2007 Sayılı Tüzük, Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Geliştirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin 1259/2010 sayılı Tüzük; Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı tarafından kabul edilen Milletlerarası Mal Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Sözleşme (1986) ve Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri (2015) hakkında bilgi verilecektir.

Birinci bölümün devamında Türk hukukundaki ve karşılaştırmalı hukuktaki mevzuat hükümlerinden, milletlerarası düzenlemeler ve doktrin görüşlerinden faydalanılarak hukuk seçimi anlaşmalarının şartları, faydaları, yapılış şekli, zamanı, türleri, kapsamı, geçerliliği ve hukuk seçimi anlaşmalarında atıf detaylı olarak ele alınacaktır. Ancak milli hukuklardaki mevzuat hükümlerine bakıldığında çoğunlukla sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçiminin hüküm ve sonuçlarının detaylı olarak düzenlendiği, bu hüküm ve sonuçların aksi belirtilmedikçe diğer hukuki işlem

ve ilişkiler hakkında da uygulandığı görülmektedir. Dolayısıyla bu bölüm altında, seçim imkânı tanınan tüm hukuki işlem ya da ilişkileri kapsayacak şekilde, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi bakımından öngörülen genel prensipleri esas alınarak değerlendirmeler yapılacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde Türk Hukukunda çeşitli sözleşme türlerinde ve sözleşme dışı ilişkilerde hukuk seçimi anlaşmaları ele alınacaktır. Bu kapsamda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da özel olarak düzenlenen ve hukuk seçimi imkânı tanınan tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, eşya taşıma sözleşmeleri inceleme konusu yapılacaktır. Kanun'da düzenlenmeyen ancak sosyal içerikli sözleşmeler arasında kabul edilmesi nedeniyle özellik arz ettiğini düşündüğümüz sigorta sözleşmelerinde hukuk seçimi de bu bölüm altında ele alınacaktır. İlaveten MÖHUK uyarınca hukuk seçiminin mümkün olmadığı ancak doktrinde hukuk seçimine imkân tanınması önerilen taşınmazlara ilişkin sözleşmeler de değerlendirilecektir.

MÖHUK'ta sözleşmeden doğan borç ilişkileri dışındaki bazı hukuki işlem ve ilişkilerde de hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır. Bu kapsamda mal rejimlerinde, haksız fiillerde, sebepsiz zenginleşmede hukuk seçiminin hüküm ve sonuçları da değerlendirilecektir. Ayrıca uygulanacak hukuka ilişkin bir kanun boşluğunun bulunduğunun kabul edildiği vekaletsiz iş görmeden doğan uyuşmazlıklarda hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı da tartışılacaktır. Son olarak Türk hukukunda boşanma ve ayrılıkta irade muhtariyeti kabul edilmemekle birlikte bu alanda hukuk seçimine imkân tanıyan Avrupa Birliği düzenlemesinin incelenmesinde fayda görülmektedir. Zira Türkiye, Birlik üyeliğine kabul edildiği takdirde Birlik müktesebatını da kabul etmiş olacağından bu hukuki ilişkilerde hukuk seçimi mümkün hale gelecektir. Aynı zamanda yukarıdaki paragrafta bahsi geçen hukuki işlem ve ilişkilere ilişkin Birlik düzenlemelerine de değinilmesi gerekmektedir. Zira MÖHUK hükümlerinin pek çoğu bu düzenlemelerde yer alan hükümler esas alınarak hazırlanmıştır. Nitekim MÖHUK'un genel gerekçesinde, başta Roma Sözleşmesi olmak üzere Birlik düzenlemeleriyle uyumlu bir kanunun kabulünün ve buna ilişkin uygulamanın geliştirilmesinin önemine vurgu yapılmıştır.

Çalışmamızın ilk iki bölümünde yeri geldikçe kanunlar ihtilafı hukukunda irade muhtariyetinin önemi, taraflara ve hâkime sağladığı avantajlardan bahsedilecek, farklı hukuki ilişki türlerinde de bu hususta ayrıca değerlendirmelerde bulunulacaktır. Ancak tarafların hukuk seçimi anlaşması yaptıkları hukuki ilişkilerde bazı olumsuz durumlarla karşılaşmaları da mümkündür. Taraflar hukuk seçimi yaparken aralarındaki hukuki ilişkiyi tüm yönleriyle değerlendirmemiş olabilirler. Seçilen hukukun uygulanmasının hüküm ve sonuçlarını tam olarak araştırmamalarından dolayı ortaya çıkabilecek sorunları da öngöremezler. Bu hallerde hukuk seçiminden beklenen hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanması mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla hukuk seçiminin taraf menfaatlerine en üst düzeyde hizmet etmesi için belirli hususlara dikkat edilmesinde fayda bulunmaktadır. Çalışmamızın son bölümünde hukuk seçiminde karşılaşılabilecek sorunların ortaya koyulması ve bazı öneriler sunulması amaçlanmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM
HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMALARININ GENEL ESASLARI

I. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMALARININ TEMELİNDE YATAN İRADE MUHTARİYETİ İLKESİ

A. Özel Hukukun Temel İlkelerinden Birisi Olarak İrade Muhtariyeti

Hukuk kavramı için doktrinde pek çok farklı tanım yapılmakla birlikte en basit haliyle hukuk, toplum halinde yaşayan kişilerin davranışlarını, birbirleriyle veya topluluklarla ve toplulukların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen ve devlet tarafından getirilmiş müeyyidelerle desteklenen bağlayıcı, somut, genel ve devamlı kurallar bütünü olarak tanımlanabilir[1]. Bu kurallar Kara Avrupası hukuk sisteminde, temeli Roma hukukuna dayanan kamu hukuku ve özel hukuk şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır[2]. *Common Law*'a bakıldığında ise İngiliz hukukunda bu tarz bir ayrıma yer verilmediği, Amerikan hukukunda ise bu ayrımın önem arz etmediği görülmektedir[3]. Bir devlet ile başka bir devlet ya da bir devlet ile kişi ya da kişiler arasındaki ilişkileri, hak ve yükümlülükleri; devletlerin yönetim ve örgütlenmesini düzenleyen kurallar bütünü kamu hukuku (*public law, droit public, öffentliches recht*) olarak adlandırılmaktadır. Kişiler ile kişiler arasındaki ilişkileri, hak ve

---

1 A. Şeref Gözübüyük, ***Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları***, Turhan, 35. Bası, Ankara, 2013, s. 5; Bilge Öztan, ***Medeni Hukukun Temel Kavramları***, Yetkin, 46. Baskı, Ankara, 2021, s. 12; Jale G. Akipek/ Turgut Akıntürk/Derya Ateş, ***Türk Medeni Hukuku: Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku***, Beta, 15. Baskı, İstanbul, 2019, s. 3. Hukuk kavramının değişik anlamları için bkz. Kemal Gözler, ***Hukuka Giriş***, Ekin, 13. Baskı, Bursa, 2016, s. 57, 58; Rona Serozan, ***Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku***, Vedat, 8. Bası, İstanbul, 2018, s. 1-3.

2 Bu ayrımın tarihi gelişimi için bkz. John Henry Merryman, "The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law", ***Journal of Public Law***, 17(1), 1968, s. 5.

3 Adnan Güriz, ***Hukuk Başlangıcı***, Siyasal, 11. Baskı, Ankara, 2006, s. 109; Gözübüyük, s. 23; Merryman, s. 3, 4.

yükümlülükleri düzenleyen kurallar ise özel hukuku (*private law, droit privé, privatrecht*) oluşturmaktadır[4].

Kara Avrupası hukuk sistemi içinde yer alan Türk hukukunda da özel hukuk-kamu hukuku ayrımı etkilerini göstermektedir. Öyle ki hukuk fakültelerinde anabilim dalları özel hukuk ve kamu hukuku olmak üzere iki bölüm altında oluşturulmaktadır[5]. Doktrinde, bir hukuki ilişkinin özel hukuka mı yoksa kamu hukukuna mı ait olduğuna ilişkin değerlendirme yapılırken birçok ölçüt kullanılmıştır[6]. Bunlardan birisi de "irade muhtariyeti" ölçütüdür. Bu ölçüte göre taraflar, bir hukuki ilişkinin kurulmasından sona ermesine tüm aşamalarda geniş bir serbesti içinde hareket ediyorlarsa özel hukuk ilişkisinden, hukuk kuralı taraflara irade serbestisi tanımıyorsa kamu hukuk ilişkisinden bahsedilir[7]. Bu kapsamda kamu hukuku kurallarının emredici, özel hukuk kurallarının tamamlayıcı mahiyette olduğu savunulmuştur[8]. Ancak özel hukuk ilişkilerini düzenleyen bazı kuralların taraflara seçim hakkı tanımadığı, emredici nitelikte olduğu göz önüne alındığında irade muhtariyeti kıstasının da diğer kıstaslar gibi tek başına ayırt edici olamayacağı anlaşılmıştır[9]. Zaman içinde kamu hukuku-özel hukuk ayrımının kesin ve belirli olmadığı, bu hukukların uygulama alanlarının zamana ve mekâna göre değişiklik gösterebileceği fikri önem kazanmıştır[10].

Her ne kadar özel hukuk karakterli ilişkilerin her aşamasında tarafların istisnasız bir şekilde irade muhtariyetine sahip olduğu söylenemese de emredici kurallar saklı kalmak koşuluyla özel hukuka hâkim olan en temel ilkelerden birisinin

---

4 Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 14; Mustafa Dural/Suat Sarı, ***Türk Özel Hukuku Cilt-I***, Filiz, 6. Baskı, İstanbul, 2011, s. 12.

5 Örneğin anayasa hukuku, idare hukuku, ceza hukuku kamu hukukuna dahil iken medeni hukuk, ticaret hukuku, milletlerarası özel hukuk özel hukuka dahildir. Doktrinde ve uygulamada hukukun farklı disiplinleri için bu şekilde ikili bir sınıflandırma yerleşmiş olsa da iş hukuku, fikir ve sanat eserleri hukuku, hava hukuku gibi bazı disiplinlerin özel hukuka mı yoksa kamu hukukuna mı girdiği yönünde tereddüt bulunmaktadır. Bu disiplinlerin hem kamu hukuku hem özel hukuk nitelikli olmalarından dolayı karma hukuk dalı (multidisipliner) oldukları da kabul edilmektedir. Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 19; Enver Bozkurt, ***Hukukun Temel Kavramları***, Asil, 4. Baskı, Ankara, 2005, s. 87; Gözler, s. 69; M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, ***Medeni Hukuk***, Vedat, 19. Bası, İstanbul, 2013, s. 5

6 Menfaat (çıkar) ölçütü, egemenlik ölçütü, irade serbestliği ölçütü, pragmatik ölçüt, eşitlik ölçütü. Bkz. Akipek, Akıntürk, Ateş, s. 15-17; Bozkurt, s. 84-86; Elisabeth Zoller, ***Introduction to Public Law: A Comparative Study***. Martinus Nijhoff. Leiden, 2008, s. 5; Gözler, s. 64-68; Gözübüyük, s. 24; Güriz, s. 106-108.

7 Bozkurt, s. 85; Güriz, s. 107.

8 Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 15; Bozkurt, s. 86; Gözler, s. 65; Gözübüyük, s. 24.

9 Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 16; Bozkurt, s. 86; Gözler, s. 66; Gözübüyük, s. 24.

10 Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 17; Dural/Sarı, s. 13; Gözübüyük, s. 24; Bozkurt, s. 87.

irade muhtariyeti[11] olduğunu söylemek mümkündür. Bir İngiliz mahkemesi kararında da sözleşmenin taraflarının kendileri için hangi asli yükümlülükleri kabul edeceklerine karar verme özgürlüğünün olmasının sözleşme hukukunun temel ilkesi olduğu ifade edilmiştir[12]. Özellikle borç ilişkilerinde irade muhtariyetinin etkisi sıklıkla görülmektedir. Zira özel hukukun diğer alanlarına göre borçlar hukukunda emredici hukuk kurallarından ziyade tamamlayıcı ve yorumlayıcı kurallar bulunmaktadır[13]. *Eren*'e göre irade muhtariyeti ilkesi kişileri, kurdukları özel hukuk ilişkilerinde başta devlet baskısı olmak üzere tüm dış baskılardan korumayı amaçlar[14]. Devlet müdahalesinin büyük ölçüde bertaraf edilmesi ile liberal hukuk düzeninin temel esaslarından biri gerçekleştirilmiş olur. Bu bakımdan irade muhtariyeti ilkesi, özel hukukun ideolojik esası olarak değerlendirilmektedir[15].

İrade muhtariyeti ilkesinin doğal sonucu olarak borçlar hukukunda "sözleşme özgürlüğü ilkesi" hâkim olmuştur[16]. Türk hukukunda *Kılıçoğlu* sözleşme özgürlüğünü, "*sözleşmenin kurulması ve koşullarının belirlenmesinde kişilerin özgür iradeleriyle karar verme serbestisi*" olarak tanımlamaktadır[17]. Bu serbesti 18.10.1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden birisidir. Anayasa'ya göre "*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*" (m. 48/1). Elbette ki Anayasa'da düzenlenen diğer temel hak ve özgürlükler gibi sözleşme özgürlüğü de sınırsız bir özgürlük olmayıp anayasanın öngördüğü çerçeve içerisinde kanunla sınırlanabilir. Türk Borçlar

---

11 İrade muhtariyeti ilkesi, Türk doktrininde irade özgürlüğü, irade özerkliği ya da irade serbestisi şeklinde de yer almaktadır. Farklı kullanımlar için bkz. Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, ***Milletlerarası Özel Hukuk***, Beta, 17. Bası, İstanbul, 2021, s. 381; Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe, ***Milletlerarası Özel Hukuk***, Beta, 9. Bası, İstanbul, 2021, s. 321; Ergin Nomer, ***Devletler Hususi Hukuku***, Beta, 23. Bası, İstanbul, 2021, s. 321; Gökhan Antalya, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I***, Beta, İstanbul, 2012, s. 261; Gözübüyük, s. 24; Mehmet Ayan, ***Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)***, Seçkin, 11. Baskı, Ankara, 2016, s. 32; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, ***Borçlar Hukuku: Genel Hükümler Cilt-I***, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul, 2015, s. 23; Turhan Esener, "Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi", ***AÜHFD***, C. 11, S. 1, 1954, s. 478. Bu kavram İngilizce'de "*freedom of will*" ya da "*party autonomy*", Fransızca'da "*autonomie de la volonté*", Almanca'da "*willensfreiheit*" şeklinde kullanılmaktadır.

12 *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd [1980] AC 827 (HL), 848*. Bkz. Sarah Worthington, "Common Law Values: The Role of Party Autonomy in Private Law", **The Common Law of Obligations: Divergence and Unity** (Edited by Andrew Robertson, Michael Tilbury), Bloomsbury Publishing, 2016, s. 303.

13 Oğuzman/Öz, s. 23.

14 Fikret Eren, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, Yetkin, 19. Baskı, Ankara, 2015, s. 16.

15 Eren, s. 16; Worthington, s. 301.

16 Antalya, s. 261; Ayan, s. 32; Erol Cansel/Çağlar Özel, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1***, Seçkin, 2. Baskı, Ankara, 2017, s. 129; Eren, s. 16.

17 Ahmet M. Kılıçoğlu, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler***, Turhan, 19. Bası, Ankara, 2015, s. 79.

Kanunu'na[18] göre "*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" (TBK m. 26)[19]. Kanuna göre bir sözleşme, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olamaz. Aksi halde kesin hükümsüzdür (TBK m. 27). Bu genel sınırlama hükmü dışında TBK'nın çeşitli hükümlerinde ve bazı özel kanunlarda da sözleşme özgürlüğüne ilişkin sınırlamalar yer almaktadır[20]. Ancak unutulmamalıdır ki, irade muhtariyeti ilkesi kural, sınırlamalar istisnadır[21].

Doktrinde sözleşme yapma (yapıp yapmama), sözleşmenin tarafını seçme, sözleşmenin konusunu ve koşullarını seçme, sözleşmenin şeklini belirleme, sözleşmenin türünü belirleme ve nihayet sözleşmeyi sona erdirme özgürlükleri sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir[22]. Sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilen tüm bu hususlarda taraflar emredici hükümlere aykırı olmamak üzere serbestçe düzenleme yapabilirler. Yani tarafların sözleşme özgürlüğü maddi hukukun emredici kuralları ile sınırlanmıştır.

B. Milletlerarası Özel Hukukta İrade Muhtariyeti

Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti esas olarak, yabancı unsurlu hukuki olay ya da ilişkilerde taraflara, uygulanacak hukuku belirleme yetkisinin

---

18 11.1.2011 tarih ve 6098 sayılı Kanun (RG. 04.02.2011-27836).

19 TBK'nın sözleşme özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlarına ilişkin 26 ve 27. madde hükümleri, mehaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki 19 ve 20. madde hükümler ile paraleldir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin 2020 tasarısı için bkz. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30. März 1911 (Stand am 1. Januar 2022), (Erişim) https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/index.html, 14.07.2022.

20 Örneğin yenilenen kira dönemlerinde, kira bedelinin bir önceki kira yılında tüketici fiyat endeksindeki oniki aylık ortalamalara göre değişim oranını geçmeyecek şekilde belirlenmesine ilişkin TBK m. 344/1 hükmü, genel işlem şartlarının belirli şartlar halinde yazılmamış sayılmasına ilişkin TBK m. 21 hükmü, yayım sözleşmesinin geçerliliğini yazılı şekilde yapılmasına bağlayan TBK m. 488 hükmü, taşınmaz satışı vaadi, geri alım ve alım sözleşmelerinin geçerliliğini resmî şekilde yapılmalarına bağlayan TBK m. 237/2 hükmü, 7.11.2013 tarih ve 6502 sayılı 22.5.2003 tarih ve 4857 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile öngörülen satıcının tüketici ile sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin m. 6/1 hükmü, engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna ilişkin İş Kanunu m. 30 hükmü, 5.1.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile öngörülen bu kanuna göre düzenlenecek sözleşmelerde, ihale dokümanında yer alan şartlara aykırı hükümlere yer verilemeyeceğine ilişkin m. 4/1 hükmü.

21 Eren, s. 16.

22 Ayan, s. 32; Derya Ateş, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", ***TBB Dergisi***, S. 72, 2007, s. 77-80; Eren, s. 17; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, ***Borçlar Hukuku Genel Bölüm***, Vedat, 4. Bası, İstanbul, 2017, s. 60-63; Hans Huber, ***Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit: Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 12. November 1965***, De Gruyter, 2017, s. 11; Kılıçoğlu, s. 79-84.

verilmesi yani hukuk seçme imkânının tanınması şeklinde kendini gösterir[23]. Ancak milletlerarası özel hukuk alanında tarafların irade muhtariyetine sahip olduğu iki hal daha söz konusudur. Bunlardan birincisi tarafların aralarındaki belirli bir uyuşmazlık bakımından hangi ülke mahkemelerinin yetkili olacağına karar verdikleri ve uygulamada da sıkça karşılaşılan yetki anlaşmalarıdır[24]. İkincisi ise uyuşmazlığın mahkeme yoluyla değil tahkim yoluyla çözülmesine karar verdikleri tahkim anlaşmalarıdır[25]. Bu iki husus çalışmamızın kapsamında yer almamakla birlikte aşağıda kısaca bilgi vereceğiz. Ancak öncesinde çalışmamızın esas konusu olan hukuk seçimi anlaşmalarının milletlerarası özel hukuktaki yeri ve tarihi gelişiminin izahında fayda görüyoruz.

1. Hukuk Seçimi Anlaşmaları

a. Genel Olarak

Hukuk seçimi anlaşmaları, sözleşme özgürlüğünün kanunlar ihtilafı yönü olarak değerlendirilse de[26] hukuk seçimi ile maddi hukuktaki sözleşme özgürlüğü ilkesi eş değer değildir[27]. Zira hukuk seçimi serbestisi ile taraflara bir kanunlar ihtilafı kuralı (bağlama kuralı) tesis etme yetkisi verilmiş olur[28]. Nitekim doktrinde bazı yazarlarca, uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmesi "sübjektif bağlama kuralı" ya da "sübjektif bağlama" olarak adlandırılmaktadır[29]. Maddi hukuktaki sözleşme özgürlüğünden farklı olarak taraflar belirli bir hukuk düzenini emredici hükümleri ile birlikte bir bütün olarak seçebilirler. Bir diğer deyişle maddi hukuktaki sözleşme özgürlüğü tamamlayıcı hükümler ile sınırlıyken milletlerarası özel hukuktaki hukuk seçimi serbestisi emredici hükümleri de kapsamaktadır[30]. Elbette sözleşme

---

23 Dean Symeon C. Symeonides, ***Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis***, Oxford University Press, 2014, s. 110; John David McClean/Kisch Beevers, ***The Conflict of Laws: By the Late J.H.C. Morris***, Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 335.

24 Çelikel/Erdem, s. 376, s. 642; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 501.

25 Çelikel/Erdem, s. 376.

26 McClean/Beevers, s. 335.

27 Vahit Doğan, ***Milletlerarası Özel Hukuk***, Savaş, 8. Baskı, Ankara, 2022, s. 398; Nomer, 321.

28 Doğan, ***MÖH***, s. 399; Nomer, s. 321.

29 Doğan, ***MÖH***, s. 398; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 321.

30 Çelikel/Erdem, s. 380; Doğan, ***MÖH***, s. 398; Jan Kropholler, ***Internationales Privatrecht: einschliesslich der Grundbegriffe des internationalen Zivilverfahrensrechts***, Mohr Siebeck, 6. Auflage, 2006, s. 40; Gülören Tekinalp, ***Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları***, Vedat, 13. Bası, İstanbul, 2020, s. 278. Ancak iş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmeleri gibi hukuk seçiminin sınırlandırıldığı bazı sözleşme tiplerinde, objektif bağlama kuralına göre

özgürlüğüne çeşitli sınırlamalar getirildiği gibi hukuk seçimi serbestisine de sınırlamalar getirilmiştir. Ancak aşağıda da detaylı olarak inceleneceği üzere bu sınırlamaların nedenleri ve amaçları farklıdır [31]. Örneğin sözleşme özgürlüğü kamu düzenini ya da kişilik haklarını korumak amacıyla sınırlandırılırken[32] hukuk seçimi serbestisi zayıf tarafı koruyan emredici kurallardan kaçınmayı engellemek üzere sınırlandırılır[33].

Milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi serbestisinin sıklıkla uygulandığı alan sözleşmeden doğan borç ilişkileridir. Bu alanda uygulanacak hukuk, öncelikli olarak tarafların seçimine göre belirlenir. Haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, aile, miras, eşya hukuku alanlarında hukuk seçimi serbestisi ise daha sınırlı ve yardımcı bir bağlama kuralı olarak uygulanmaktadır. Sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin hükümler genel olarak devletlerin milli hukuklarında benzer şekillerde öngörülürken diğer alanlardaki hukuk seçimi ülkelerin hukuk politikalarına bağlı olarak farklılık göstermektedir[34].

b. Tarihi Gelişimi

Hukuk seçimine ilişkin pozitif hukuk düzenlemelerini değerlendirmeye başlamadan önce milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesinin ortaya çıkışını ve nasıl geliştiğini incelemekte fayda görüyoruz. Milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesinin nasıl ortaya çıktığı ve gelişim gösterdiğini idrak edebilmek için yabancı unsurlu ilişkilerin kurulmasına bağlı olarak kanunlar ihtilafı problemlerinin ne zaman, hangi koşullarda ortaya çıktığı ve bu problemlerin çözümü için geliştirilen doktrinler hakkında da kısaca bilgi sahibi olunması gerektiği kanaatindeyiz. Bu

---

tespit edilen hukukun emredici hükümleri kural olarak geçerli olmaya devam eder (MÖHUK m. 26/1, m. 27/1). Aynı şekilde *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kuralları da saklıdır (Nomer, s. 320). 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da (RG. 22.05.1982-17701) da sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmaktaydı (m. 24/1). Ancak bu kanunun uygulandığı dönemde Yargıtay, yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde tarafların sahip olduğu hukuk seçimi imkânını maddi hukuktaki sözleşme serbestisi gibi değerlendirmekte ve seçilen hukukun ancak tamamlayıcı hükümlerinin uygulanabileceğini kabul etmekteydi (11. HD, 5.4.1979, E. 1979/5125, K. 1979/1798. Bkz. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, https://ea70330bbfe919e2312426c9be35e661274d7d97.vetisonline.com/arama, 29.01.2021. Çalışmamızın devamında yer verilen Türk mahkeme kararlarına aksi belirtilmedikçe bu web sitesi üzerinden ulaşılmıştır). Bkz. Doğan, ***MÖH***, s. 399 (dn. 392). Bu husus ileride daha ayrıntılı incelenecektir.

31 Nomer, s. 321.

32 TBK m. 27

33 MÖHUK m. 26, m. 27 (Tüketici ve iş sözleşmeleri)

34 Nomer, s. 322.

nedenle bu başlık altında hem kanunlar ihtilafının geçirmiş olduğu tarihi sürece hem de bu süreç içinde irade muhtariyeti ilkesinin gelişimine ilişkin açıklamalara yer verilmesinin uygun olacağını değerlendiriyoruz.

Tarihin her döneminde yabancı unsur içeren hukuki ilişkiler var olsa da bir milletlerarası özel hukuk sisteminin oluşması özel hukukun diğer dallarına göre daha geç gerçekleşmiştir. Nitekim Orta Çağın başlangıcına kadar dağınık halde ve çok az sayıda kanunlar ihtilafı kuralına rastlanmaktadır. Kıta Avrupası hukuk sistemine kaynaklık eden Roma hukukunun antik döneminde yani ilk çağda, yabancı hukukun uygulanması kabul edilmemiştir[35]. Şahsîlik ilkesi gereğince kişi doğduğu yerin hukukuna (*lex originis*) tabi olmakla birlikte mülkîlik (ülkesellik-*terriorality*) ilkesi gereğince de Roma devleti içinde bulunan herkes Roma hukukuna tabi olmuştur. Yabancılara kendi hukuklarının uygulanması mümkün olmadığından kanunlar ihtilafı sorunları da ortaya çıkmamıştır. Roma özel hukukunda M.Ö. 6. yüzyıla kadarki süreçte, örf ve âdet kurallarından oluşan "*Ius Civile*", yalnızca Roma vatandaşlarına uygulanmıştır. M.Ö. 3. yüzyılda oluşturulan "*Ius Gentium*" ise hem Roma vatandaşlarına hem de Roma devletinde bulunan yabancılara uygulanmıştır[36].

Bağımsız ve modern anlamda milletlerarası özel hukukun 11. yüzyılın başlarında Kuzey İtalya'nın şehir devletlerinde (Genova-Cenova, Pisa, Milano, Bologna, Venezia-Venedik, Firenze-Floransa gibi) geliştirilen kanunlar ihtilafı kuralları ile oluşturulmaya başlandığı bilinmektedir[37]. Roma İmparatorluğunun zayıflamasıyla birlikte kurulan bağımsız şehir devletlerinin her birinin kendisine ait hukuk kuralları ve şehir hukuklarındaki boşlukları dolduran, hepsinin üzerinde genel bir hukuk olarak Roma hukuku bulunmaktaydı[38]. Her bir şehir devletinin hukukuna "statü (*statüta*)" adı verilmiştir. Şehir devletleri arasında ticaretin gelişmesine bağlı olarak farklı şehirlerden kişiler arasında meydana gelen hukuki ilişkilerin –özellikle ticari ilişkilerin- hangi şehir devleti hukukuna göre çözüleceği sorunu ortaya çıkmıştır. Başlangıçta mahkemelerin her durumda kendi hukukunu (*lex fori*) uygulama

---

35 Doğan, ***MÖH***, s. 190; Ole Lando, "The Conflict of Laws of Contracts: General Principles. ***Hague Academy of International Law***, 1984, s. 240.

36 Kropholler, s. 11; Paul Heinrich Neuhaus, ***Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts***, Mohr Siebeck, 2. Auflage, 1976, s. 91; Seldağ Güneş Ceylan, "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi", ***Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 8, S. 2, 2004, s. 3.

37 Nomer, s. 51.

38 Doğan, ***MÖH***, s. 191; Nomer, s. 51.

yönündeki eğilimi, zaman içinde adil bulunmayarak 13. yüzyılın başında geliştirilen "her şehir devletinin kendi hukukunu ancak kendi halkına uygulayabileceği, kişinin tabi olmadığı bir hukuka göre yargılanamayacağı" kuralı ile değişmeye başlamıştır[39]. İtalyan hukukçularının her olayın özelliğine göre farklı statülerin uygulanması gerektiği ve bu şekilde hakkaniyetin sağlanabileceği düşüncesi, "hangi durumlarda hangi statü uygulanmalı?" sorusunu doğurmuştur[40]. Bu soruya cevap arayışları neticesinde *postglossatorlar (commentator)*[41] tarafından 14. yüzyılda "statüler teorisi" geliştirilmiş ve çeşitli değişikliklere uğrayarak 19. yüzyılın başlarına kadar etkisini sürdürmüştür[42].

Postglossatorlardan ilk olarak öne çıkan hukukçular *Bartolus (Bartolo da Sassoferrato)* (1313-1357) ve öğrencisi *Baldus (Baldo delgi Ubaldi)* (1327-1400) dur[43]. *Bartolus* Roma hukukunun Avrupa hukuku üzerinde etkili olmasında ve milletlerarası özel hukukun gelişiminde önemli bir yere sahiptir[44]. *Bartolus* ve *Baldus* statüleri şahsî ve aynî statüler olmak üzere temelde ikili bir ayrıma tabi tutmuşlardır[45]. Şöyle ki; şahsî statüler (*statuta personalia)*, kişinin medeni hakları kullanma ehliyeti gibi kişiyi ilgilendiren statüler olup nereye giderse gitsin kendisini takip eder[46]. Taşınır eşya da şahsî statüye dahildir. Örneğin bir Cenova'lı Venedik'te bulunuyor olsa da fiil ehliyeti bakımından Cenova hukukuna yani lex *originis*e'e tabi olmalıdır. Aynî statüler *(statuta realia)* ise bir devletin egemenlik alanında bulunan taşınmaz eşya için geçerlidir[47]. Örneğin Floransa'da bulunan bir arazi ile ilgili meseleler Floransa hukukuna tabidir. Üçüncü bir grup olarak ortaya atılan karma statüler *(statuta mixta)* ise şahsî veya aynî statüler kapsamına dahil edilemeyen tüm hususlar hakkında uygulanır[48]. Örneğin sözleşmeler ya da haksız fiiller karma statüye tabidir. Karma statüler hakkında fikir ayrılıkları olsa da hâkim anlayışa göre örneğin Milano'da

---

39 Çelikel/Erdem, s. 49.
40 Doğan, ***MÖH***, s. 191.
41 11. yüzyılın sonlarına doğru Roma hukuku üzerine yeni incelemeler başlatan *Bologna* Hukuk Okulu'nun temcilcilerine, üzerinde inceleme yaptıkları metinlere açıklayıcı notlar (glossalar) eklemeleri nedeniyle "*glassatorlar*"; 15. yüzyıl sonlarına kadar devam eden ikinci inceleme dönemi hukukçularına ise "*postglassatorlar*" adı verildiği aktarılmaktadır. Bkz. Güneş Ceylan, s. 7.
42 Nomer, s. 51.
43 Kropholler, s. 12; Lando, "Conflict of Laws", s. 241; Neuhaus, s. 92.
44 Çelikel/Erdem, s. 50.
45 Lando, "Conflict of Laws", s. 241; Esener, s. 479; Çelikel/Erdem, s. 49.
46 Nomer, s. 52; Doğan, ***MÖH***, s. 192.
47 Nomer, s. 52; Doğan, ***MÖH***, s. 192.
48 Nomer, s. 52; Doğan, ***MÖH***, s. 192.

akdedilen bir satım sözleşmesinin şekline ve içeriğine yapıldığı yer hukuku (*lex loci actus*) yani Milano hukuku uygulanmalıdır[49].

15. yüzyılda İtalyan statücülerinin son temsilcilerinden olan *Rochus Curtius*'un (1470-1515) taraf iradelerinin sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde bir neden teşkil ettiğini gözlemleyen ilk hukukçu olduğu belirtilmektedir. *Curtius*, sözleşmeler hukuku alanında *lex loci actus*'u ("fiilin yapıldığı yer hukuku", sözleşmeler bakımından "sözleşmenin kurulduğu yer hukuku") tarafların zımnen seçtikleri hukuk olarak kabul etmiş ve tarafların bu şekilde uygulanacak hukuku seçme imkânı olduğunu ifade etmiştir[50].

16. yüzyıla gelindiğinde İtalyan statücülerinin yerini Fransız hukukçuları almıştır. Özellikle *Dumoulin* (*Charles Du Moulin*) (1500-1566) ve *d'Argentré* (*Bertrand d'Argentré*) (1519-1590) öne çıkmıştır. *Dumoulin* önemli bir hukukçu olarak kabul edilmekle birlikte kendisinin *postglossatörlar'*dan çok da farklı görüşler sunmadığı ve statüler teorisinin gelişmesine katkıda bulunmadığı belirtilmektedir[51]. Uzun bir süre *Dumoulin*'in, yabancı unsurlu sözleşmelerin tarafların seçtikleri hukuku tabi olması gerektiğini ortaya koyan ilk hukukçu olduğu, diğer bir ifadeyle milletlerarası özel hukukta irade muhtariyeti ilkesinin yaratıcısı (ya da babası) olduğu kabul edilmiştir[52]. Ancak bugün bu görüşün kabul edilirliği önemli ölçüde azalmıştır[53]. *Dumoulin* 1525 yılında, avukat olarak yer aldığı karı koca arasındaki mal rejimine ilişkin bir davada Paris kanunlarının başka yerlerdeki mallara dahi uygulanmasını haklı göstermek amacıyla tarafların bu hususta örtülü olarak anlaştıklarını öne sürmüştür[54]. *Dumoulin*'e kadar eşler mal rejimi sözleşmesi yapmışlarsa sözleşme statüsü eşlerin evlenme anındaki ikametgâhlarına, buna karşılık kanuni rejim malın bulunduğu yer kanununa tabi olmaktaydı. *Dumoulin* dava dolayısıyla sunduğu görüşünü genişleterek taraflar mal rejimi sözleşmesi yapmamışlarsa farklı yerlerde bulunan malların idaresi için tarafların iradesine göre tek bir kanunu yetkili kılmaya

---

49 Doğan, ***MÖH***, s. 192.

50 Esener, s. 480. Ayrıca bkz. Arzu Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması***, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, s. 39.

51 Doğan, ***MÖH***, s. 192; Nomer, s. 52.

52 Çelikel/Erdem, s. 50; Esener, s. 480; Lando, "Conflict of Laws", s. 242.

53 Lando, "Conflict of Laws", s. 242; Nomer, s. 52.

54 Adolf Schnitzer, "Dahili Hususi Hukukta ve Devletler Hususi Hukukunda Akitlerin Muhtariyeti" (Çeviren: Bülend Davran), ***İÜHFM***, C. 6., S. 1, 1940, s. 188; Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 39; Esener, s. 480.

çalışmıştır[55]. Hukukçunun, modern ve gerçek anlamıyla irade muhtariyetini aklından geçirip geçirmediği tartışmalıdır[56]. Maddi hukukun emredici hükümleri söz konusu olduğunda, *Dumoulin*'in sözleşme konusunda hangi hukukun uygulanacağına karar vermek için tarafların iradesini kastetmiş olmasının muhtemel olmadığı belirtilmektedir[57].

D'Argentré'nin ise statüler teorisinin gelişimine oldukça katkı sağladığı ve *Dumoulin*'e muhalif olduğu bilinmektedir. *d'Argentré* de statüleri şahsî, aynî ve karma olarak ayırmıştır. Ona göre[58], kişinin hal ve ehliyeti konuları ile taşınırlar üzerindeki aynî haklara ilişkin konular şahsî statüye dahil olup *lex domicilii* (yerleşim yeri hukuku) uygulanır. Taşınmazlar aynî statüye tabidir ve bunlar hakkında *lex rei sitae* (*LRS*) uygulanır. Hem şahısları hem taşınmazları kapsayan ya da hangi konuyla ilgili olduğu yönünde tereddüt bulunan statüler karma statülerdir ve aynî statüler gibi işlem görmelidirler. Yazar bu şekilde aynî statülerin kapsamını genişletmiştir. Fransız hukukçunun aynî statüler üzerinde yoğunlaşması modern Fransız hukukunda ve hatta Anglo-Sakson hukuk sisteminde de etkilerini göstermiştir[59].

17. yüzyılda *d'Argentré'*nin görüşleri Hollanda hukukunu da etkisi altına almıştır. *Nicolaus Burgundus* (1568-1649), *Ulrich Huber* (1636-1694), *Paul Voet* (1619-1667), *Johennes Voet* (1647-1714) gibi Hollandalı hukukçular, bu *d'Argentré* doktrinine "hâkimiyet" kavramı içinde yeni bir bakış açısı getirmeye çalışmışlardır[60]. Buna göre yöneticiler sadece kendi ülkeleri üzerinde hâkimiyet hakkına yani hükmetme yetkisine sahip olduklarından, bu topraklarda yabancı hukukun uygulanması hukuki bir zorunluluk olmayıp milletlerarası nezaket (*comitas, comity*) esasının gereğidir[61]. Hollanda statücü okulun önemli temsilcilerinden *Huber*, milletlerarası özel hukuka ilişkin üç temel esas ortaya koymuş ve Hollanda statücüleri bu üç esas dışında yabancı hukukun uygulanmasını kabul etmemişlerdir[62]: (i) Bir ülke hukuku kendi hâkimiyet alanı içinde geçerli olup ülke sınırları içinde bulunan tüm kişi

---

55 Esener, s. 480; Nihal Uluocak, ***Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları)***, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971, s. 138, 139.
56 Kropholler, s. 12; Lando, "Conflict of Laws", s. 242.
57 Lando, "Conflict of Laws", s. 242.
58 Çelikel/Erdem, s. 50, 51; Doğan, ***MÖH***, s. 192; Nomer, s. 52, 53.
59 Nomer, s. 53.
60 Çelikel/Erdem, s. 50; Kropholler, s. 12; Nomer, s. 53; Neuhaus, 93; Doğan, ***MÖH***, s. 192.
61 Doğan, ***MÖH***, s. 193; Kropholler, s. 13; Neuhaus, s. 93; Nomer, s. 53.
62 Çelikel/Erdem, s. 50; Doğan, ***MÖH***, s. 193.

ve şeyler üzerinde uygulanır. (ii) Ülke sınırları içinde sürekli ya da geçici olarak bulunan herkes teb'adır. (iii) Bir hukukun uygulanması ile elde edilen haklar *comity* esası gereğince, ilgili ülkenin otoritesine zarar vermemek kaydıyla, diğer ülkelerde de geçerliliğe sahiptir. O dönem milletlerarası özel hukuktaki mülkîlik esasının yoğun etkisi, Hollanda'nın bağımsızlığını yeni kazanmış olmasına bağlanmaktadır[63].

19. yüzyıla kadar yukarıda bahsedilen statü teorileri milletlerarası özel hukukun gelişimine ve yargılamalara hâkim olmuştur[64]. Hatta 18. yüzyıldan itibaren Kara Avrupası hukuklarında, statü teorilerinin etkisindeki ilk kodifikasyon hareketleri görülmüştür. Bunlar 1756 tarihli Bavyera Kodu (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*), 1794 tarihli Prusya Genel Kodu (*Allgemeines Landrecht*) ve 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'dur (*Code civil Français, Code Napoléon*)[65]. Kanunlar ihtilafı kurallarını da içeren Fransız Medeni Kanunu'nun milletlerarası özel hukuk adına getirdiği en önemli yenilik kişinin hal ve ehliyeti ile aile hukukuna ilişkin meselelerde yerleşim yeri hukuku (*lex domicilii*) yerine milli hukukun uygulanmasını öngörmüş olmasıdır[66].

Statü teorileri her ne kadar çeşitli kanunlara etki etmiş olsa da 19. yüzyılda artık miadını doldurmaya başlamıştır. Zira kişilere, şeylere ve fiillere ilişkin statülerinin kapsamlarının kesin çizgilerle belirlenmemiş olması ve oluşturulan az sayıdaki kanunlar ihtilafı kuralı, giderek yoğunlaşan ve karmaşıklaşan yabancı unsurlu ilişkilere uygulanacak hukukun tespitini zorlaştırmıştır[67]. Zaman içinde mahkemeler kendi kurallarını oluşturmaya başlamış ve bu şekilde pek çok yeni ilke ortaya çıkmıştır[68]. Buna bağlı olarak doktrinde, statü teorilerinden bağımsız yeni görüşler ortaya atılmış ve 19. yüzyıl ile birlikte milletlerarası özel hukukun modern çağı başlamıştır. Bu yüzyıldaki gelişmelere damgasını vuranlar Alman hukuk profesörü *Friedrich Carl von Savigny* (1779-1861), Amerikalı yargıç *Joseph Story* (1779-1845) ve İtalyan devlet adamı ve hukukçu *Pasquale Stanislao Mancini* (1817-1888)

63 Bkz. Çelikel/Erdem, s. 51; Doğan**, *MÖH***, s. 193; Nomer, s. 53.
64 Kropholler, s. 11.
65 Çelikel/Erdem, s. 50, 51; Nomer, s. 54, 55.
66 Nomer, s. 55.
67 Nomer, s. 54.
68 Çelikel/Erdem, s. 52.

olmuştur. *Story* hukukun ülkeselliği, *Mancini* hukukun kişiselliği ve *Savigny* kanunlar ihtilafı kurallarının evrenselliği teorilerini geliştirmişlerdir[69].

Savigny'e göre yabancı hukukun uygulanması devletlerin egemenliği ilkesi ile bağdaşmamakla birlikte milletlerin birbirleriyle artan ilişkileri neticesinde hiçbir devletin yabancı hukukun uygulanmasını kesin olarak engellemesi de mümkün değildir. Dolayısıyla bu ilişkilere bağlı olarak kurulan devletler arası hukuki birlik kanunların ülke dışına yayılmasını gerektirir[70]. Bir hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık nerede görülürse görülsün, o hukuki ilişki aynı hukuka tabi olmalıdır[71]. Ünlü hukukçu uygulanacak hukukun, hukuki ilişkinin merkezinden ya da ağırlık noktasından (*sitz*) hareket ederek tespit edilmesi gerektiğini savunmuştur[72]. *Savigny,* sözleşmeler hukuku alanında uygulanacak hukuku tespit etmek için tarafların gerçek veya muhtemel iradelerini ele almıştır. Bu amaçla kural olarak borçluyu esas almak gerektiğini, zira borç ilişkisinin esasını borçluya yüklenen sorumluluğun oluşturduğunu ifade etmiştir[73]. Bu kapsamda sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde ifa yeri hukukunun uygulanması gerektiğini savunmuştur[74]. *Savigny,* açıkça hukuk seçme serbestisinden bahsetmemekle birlikte tarafların ifa yerini belirleyerek aslında o yer hukukunu da kendi iradeleri ile uygulanacak hukuk olarak seçmiş oldukları sonucuna varmıştır[75].

Mancini ise hukuk sistemlerindeki kuralları ikiye ayırarak incelemiştir. İlki kişisel menfaatlere hizmet eden kurallar, ikincisi ise kamu düzenine ilişkin kurallardır[76]. İlk grup kurallar kişiyi takip eden ülke aşıcı özelliğe sahip kurallar iken ikinci grup kurallar ülkeseldir[77]. Hukukçu bu iki kurala ek olarak sözleşmeler hukuku alanında irade muhtariyetini de kabul etmektedir. *Mancini* 1874'te hukuk seçimi sorununu tarafların özgür seçimine sunarak, bugün bildiğimiz şekliyle irade muhtariyeti teorisini kuran hukukçu olarak kabul edilmektedir[78]. *Dumoulin* ve *Savigny*

---

69 Doğan, ***MÖH***, s. 194; Kropholler, s. 13.
70 Doğan, ***MÖH***, s. 194.
71 Lando, "Conflict of Laws", s. 252.
72 Lando, "Conflict of Laws", s. 252.
73 Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 42; Esener, 482.
74 Doğan, ***MÖH***, s. 195.
75 Uğur Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi***, Adalet, Ankara, 2018, s. 12, dn. 34; Esener, s. 482.
76 Çelikel/Erdem, s. 52; Doğan, ***MÖH***, s. 194.
77 Çelikel/Erdem, s. 53; Doğan, ***MÖH***, s. 194.
78 Maria Hook, ***The Choice of Law Contract***, Hart Publishing, 2016, s. 20

gibi hukukçular bu teorinin oluşumuna katkıda bulunmakla birlikte *Mancini'*nin aksine tarafların iradelerini bağımsız bir bağlama noktası olarak ele almamış, hukuki ilişkiye belirli bir hukukun uygulanmasını haklı çıkarmak amacıyla kullanmışlardır[79].

19. yüzyılda liberal temellere dayanan milletlerarası ticari ilişkilerin yoğunlaşması ile sözleşmelerde taraf menfaatleri ve hukuki öngörülebilirlik ihtiyacı ön plana çıkmıştır[80]. Buna bağlı olarak 19. yüzyılın ikinci yarısında milletlerarası sözleşmeler hukuku alanında irade muhtariyetine verilen önem de artmıştır. Bu kapsamda ilk kez 1865 yılında İtalyan hukukunda *Codice Civil* ile hukuk seçimi serbestisi öngörülmüştür. Akabinde İspanya Yüksek Mahkemesi 1877 yılında verdiği bir kararla açıkça uygulanacak hukuk bakımından irade muhtariyeti ilkesini benimsemiştir[81].

Alman hukukunda 1882 yılında Alman Yüksek Mahkemesi tarafından verilen karardan beri hukuk seçimi serbestisi kabul görmektedir[82]. Bu kararda sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde tarafların açık ya da örtülü olarak uygulanacak hukuku belirleyebilecekleri ifade edilmiştir. Mahkemenin başka bir kararında ise hukuk seçiminin seçilen hukukun emredici hükümlerini de kapsadığı, bu seçimin maddi hukuktaki sözleşme özgürlüğünden farklı olduğu belirtilmiştir[83].

İngiliz hukukunda da 1865 yılından bu yana bu ilke benimsenmekle birlikte ilk defa 1939 yılında verilen bir kararla kesin olarak hukuk seçimi serbestisi kabul edilmiştir[84]. Fransız hukukunda ise Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 1910 yılında verdiği bir kararla ilk kez sözleşmeler hukuku alanında hukuk seçimi serbestisi kabul edilmiştir[85].

---

79 Hook, s. 20.

80 Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 13.

81 Karara konu uyuşmazlıkta İtalya bandıralı bir geminin kaptanı ile Prusya tabiiyetindeki bir şirket arasında Peru'da kurulan bir sözleşmeye İtalyan hukukunun uygulanması yönündeki seçim anlaşmasına geçerlilik tanınmıştır (Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 13)

82 Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 14.

83 Esener, s. 496; Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 14.

84 Lando, "Conflict of Laws", s. 244; Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 14. 30.01.1939 tarihli Karar için bkz. Vita Food Products, Inc. v. Unus Shipping Co. (J.,C.), https://www.casemine.com/judgement/uk/5b2897b62c94e06b9e1990f9, 20.10.2022.

85 Esener, s. 497.

Türk hukukunda ise hukuk seçimi serbestisi ilk defa 2675 sayılı mülga Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun ile kabul edilmiştir[86]. Bu kanunda yalnızca sözleşmeden doğan borç ilişkileri (m. 24) ve evlilik malları (m. 14) bakımından hukuk seçimine imkân tanınmıştır. 2007 yılında kabul edilen 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'da[87] ise bu iki hukuki ilişkiye ek olarak haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerinde ve ayrıca özel sözleşme türleri bakımından da hukuk seçimi kabul edilmiştir.

2. İrade Muhtariyetinin Diğer Görünümleri

a. Yetki Anlaşmaları

Yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraflara uygulanacak hukuku seçme serbestisi tüm hukuk sistemlerinde tanınmıştır[88]. Kanunlar ihtilafı alanında tanınan bu serbesti milletlerarası usul hukuku alanında kendisini yetki anlaşması olarak göstermektedir[89]. Nasıl ki taraflar hukuk seçimi yoluyla sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyebiliyorlarsa yetki anlaşması yoluyla da bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların hangi ülke mahkemelerinde görüleceğini kararlaştırabilirler. Hukuk düzenlerinde genel olarak yabancı unsurlu ilişkilerde yetki anlaşması yapma serbestisi borç sözleşmeleri alanında kabul edilmiştir[90]. Türk hukukunda da bu yönde düzenleme getirilmiştir (MÖHUK m. 47). Dolayısıyla örneğin eşler boşanma davası bakımından, mirasçılar tenkis davası bakımından yetki anlaşması yapamazlar.

Türk hukukuna göre taraflar aralarındaki yabancı unsurlu borç ilişkisi bakımından yetkili Türk mahkemesi yerine yabancı bir ülke mahkemesini yetkili kılabilecekleri gibi Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunmadığı bir uyuşmazlık bakımından da Türk mahkemelerini yetkili kılabilirler. Türk mahkemelerinin yetkili kılınması halinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun[91] yetki

---

86 20.05.1982 tarih ve 2675 sayılı Kanun (RG. 22.05.1982-17701). 2675 sayılı MÖHUK'tan önce milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından uygulanan 23 Şubat 1330 (1915) tarihli "Memâlik-i Osmaniye'de Bulunan Ecanibin Hukuk ve Vezaifi Hakkında Kanun-ı Muvakkat'ta" (Türkiye'de Bulunan Yabancıların Hak ve Vazifelerine ait Muvakkat Kanun) hukuk seçimine ilişkin bir düzenleme yer almamıştır.

87 27.11.2007 tarih ve 5718 sayılı Kanun (RG. 12/12/2007-26728).

88 Çelikel/Erdem, s. 642.

89 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 501.

90 Doğan, ***MÖH***, s. 72; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 502.

91 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Kanun (RG. 04.02.2011-27836)

anlaşmasına ilişkin hükümleri (m. 17, 18), yabancı bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi halinde ise MÖHUK m. 47 hükmü uygulama alanı bulur. MÖHUK m. 47 anlamında geçerli bir yetki anlaşmasından bahsedebilmek için uyuşmazlığın bir borç ilişkisinden kaynaklanması, borç ilişkisinin yabancı unsur taşıması, yer itibariyle münhasır yetkili bir mahkemenin bulunmaması gerekir[92]. Ayrıca maddede açıkça yazmamakla birlikte doktrinde uyuşmazlığın belirli ya da belirlenebilir olması ve seçilen mahkemenin belirli olması şartları da ileri sürülmektedir[93].

Hukuk seçimi gibi yetkili mahkeme seçimi de asıl sözleşmeye bir şart ekleyerek ya da bağımsız bir sözleşme akdederek yapılabilir. Tarafların aynı sözleşme bakımından hem hukuk seçimi anlaşması yapması hem de yetki sözleşmesi yapması mümkündür. Hukukunun seçildiği devlet ile mahkemelerinin yetkilendirildiği devletin birbirinden farklı olması milletlerarası özel hukukta istenmeyen bir durumdur. Bu husus çalışmamızın üçüncü bölümünde incelenecektir.

b. Tahkim Anlaşmaları

Tahkim, "*kanunun tahkim yoluyla çözümlenmesine izin verdiği konular kapsamında olmak koşuluyla, taraflar arasında doğmuş ya da doğabilecek uyuşmazlıkların mahkeme yerine hakem adı verilen kişiler aracılığıyla kesin ve bağlayıcı olarak çözümlenmesi konusunda tarafların anlaşmaları*" olarak tanımlanmıştır[94]. Tahkim, milli ve milletlerarası düzenlemelere uygun olarak taraf iradelerine dayanan bir yargılama usulü olarak nitelendirilmektedir[95]. Bu kapsamda taraflar uyuşmazlığa bakacak hakem ya da hakem heyetini, hakemlerin sayısını ve niteliklerini, tahkim yerini, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku, esasa uygulanacak hukuku, yargılamanın dilini, ispat araçlarını ve benzeri hususları serbestçe belirleyebilirler[96]. Dolayısıyla tahkim, oldukça sınırlı sayıda emredici

---

92 MÖHUK m. 47: "(1) *Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür. (2) 44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez."*

93 Çelikel/Erdem, s. 646; Doğan, ***MÖH***, s. 75; Nomer, s. 495; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 513; Ziya Akıncı, ***Milletlerarası Özel Hukuk-Ders Kitabı***, Vedat, İstanbul, 2020, s. 131.

94 Ziya Akıncı, ***Milletlerarası Tahkim***, Vedat, 6. Baskı, İstanbul, 2021, s. 5.

95 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 758.

96 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 758

hükümler saklı kalmak kaydıyla irade muhtariyetinin en üst seviyede tanındığı bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Günümüzde milletlerarası ticari uyuşmazlıklarda taraflarca en çok tercih edilen çözüm yolu tahkimdir[97]. Zira taraflara pek çok açıdan avantaj sağlamaktadır[98]: Öncelikle taraflar genel olarak diğer tarafın milli mahkemelerinde yargılanmak istemeyeceklerinden tahkimin yarattığı tarafsız ortam her iki tarafın da menfaatinedir. Tahkim mahkeme yargılamasına göre daha hızlıdır. Tahkim uyuşmazlığın alanında uzman kişilerce çözümlenmesine imkân tanır. Tahkimin bir diğer avantajı taraflara tahkim yargılamasına ilişkin pek çok hususu belirleme noktasında geniş bir irade serbestisi tanımasıdır. Hakem kararlarının yabancı ülkelerde icra edilebilmesi, mahkeme kararlarına göre çok daha kolaydır. Son olarak yargılamanın gizlilik içinde yürütülmesi ve hakem kararlarının kural olarak yayımlanmaması bu çözüm yolunun tercih sebeplerindendir[99].

Milletlerarası özel hukukun kapsamında yer alan tahkim milletlerarası tahkimdir. Yabancılık unsuru taşıyan olay veya ilişkilerden doğan uyuşmazlıklar milletlerarası tahkimin konusunu oluşturur. Türk hukukunda milletlerarası tahkime ilişkin hükümler Milletlerarası Tahkim Kanunu[100] ile düzenlenmektedir. HMK'daki tahkime ilişkin hükümler ise yabancılık unsuru taşımayan olay ve ilişkilerden kaynaklanan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulur (HMK m. 407 ve devamı).

Tahkim anlaşması, taraflar arasındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesine ilişkin karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulur[101]. Tarafların bu yönde irade açıklamalarının bulunmaması halinde tahkim yoluna gidilemez. Tahkim anlaşması da hukuk seçimi ve yetki anlaşması gibi asıl sözleşmeye konulan bir şart ile ya da ayrı bir sözleşme ile yapılabilir (MTK m. 4/1).

97 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 758.
98 Akıncı, ***Tahkim***, s. 9-12.
99 Akıncı, ***Tahkim***, s. 9-12.
100 21.06.2001 tarih ve 4686 sayılı Kanun (RG. 05.07.2001-24453)
101 Akıncı, ***Tahkim***, s. 145.

II.HUKUK SEÇİMİNE İLİŞKİN MİLLETLERARASI DÜZENLEMELER

Kanunlar ihtilafının yerleşmiş bir esası olarak bütün hukuk sistemlerinde, taraflara aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçme serbestisi tanınmaktadır[102]. Ancak sözleşme dışı borç ilişkilerinde, aile ve miras hukuku ilişkilerinde hukuk seçimi bakımından milli hukuklarda farklı düzenlemelere rastlanmaktadır. Ayrıca hukuk seçiminin sınırları, geçerlilik koşulları, sonuçları gibi çeşitli hususlar da hukuktan hukuka farklılık gösterebilmektedir. Hukukun pek çok alanında devletlerin iç maddi hukuk kurallarının yeknesaklaştırılması ya da ortak milletlerarası kuralların oluşturulması amacıyla çalışmalar yapılmaktadır. Bu kapsamda Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, *UNCITRAL*[103], *UNIDROIT*[104] gibi kuruluşlar tarafından pek çok konuda milletlerarası sözleşmeler, tahkim kuralları, prensipler hazırlanmaktadır. Hukuk seçimi alanında da bu tarz düzenlemeler mevcuttur.

Aşağıda çalışma konumuz bakımından en çok önem arz ettiğini düşündüğümüz sözleşme, tüzük ve ilkeler hakkında genel bilgiler verilecektir. Çalışmamızın devamında ise her konu başlığı altında, bahsi geçen düzenlemelerde yer alan ilgili hükümler incelenecektir.

---

102 Çelikel/Erdem, s. 642.

103 Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu 17 Aralık 1966'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kurulmuştur. Bu komisyon BM'nin milletlerarası ticaret hukuku alanındaki resmi organıdır. Komisyonun görevi milletlerarası ticarete ilişkin kuralların modernizasyonu ve uyumlaştırılmasıdır. Bkz. "About UNCITRAL", https://uncitral.un.org/en/about, 17.07.2022.

104 Özel Hukukun Birleştirilmesi için Milletlerarası Enstitü, merkezi Roma'da bulunan bağımsız bir hükümetlerarası kuruluştur. 1926'da Milletler Cemiyeti'nin yardımcı bir organı olarak kurulan Enstitü, Birliğin dağılmasının ardından 1940'ta çok taraflı bir anlaşma olan *UNIDROIT* Statüsü temelinde yeniden kurulmuştur. Enstitü'nün amacı devletler ve devlet grupları arasındaki özel hukuku ve özellikle ticaret hukukunu modernize etmek, uyumlu hale getirmek ve koordine etmek için ihtiyaçları ve yöntemleri incelemek ve bu hedeflere ulaşmak için tek tip hukuk araçlarını, ilkeleri ve kuralları formüle etmektir. Bkz. "About *UNIDROIT*", https://www.*UNIDROIT*.org/about-*UNIDROIT*/, 07.10.2021.

A. Milletlerarası Sözleşmeler

1. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi (1980 Roma Sözleşmesi)[105]

a. Genel Olarak

Belçika, Hollanda ve Lüksemburg tarafından Avrupa Topluluğuna (AT) üye ülkeler arasında milletlerarası özel hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla, 8 Eylül 1967 tarihinde AT Komisyonu'na bir öneri verilmiş ve bu öneriyle birlikte Roma Sözleşmesi'nin hazırlıkları başlamıştır. Sözleşmenin hazırlanması için oluşturulan Çalışma Grubu'nda üye devletlerden gelen uzmanlar ve Komisyon temsilcileri yer almıştır. 1972 yılında çalışmalarını tamamlayan Çalışma Grubu sözleşmeden doğan borçlara ve sözleşme dışı ilişkilerden doğan borçlara uygulanacak hukuka ilişkin raporunu Temsilciler Komitesi'ne sunmuştur. Ancak 1978 yılında İngiltere, İrlanda ve Danimarka'nın AT'ye üye olması üzerine Komite, çalışma üzerinde hemen inceleme yapamamıştır. 1975 yılında yeni katılan üç üye devletin temsilcileri de Çalışma Grubu'na dahil olmuştur. Ancak bu devletlerin hukuk sistemlerinin, AT'nin kurucu üyeleri olan altı devlete (Almanya, Fransa, İtalya, Belçika, Hollanda, Lüksemburg) göre farklı olması nedeniyle 1978'de Sözleşmenin kapsamında yalnızca sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukukun yer alması hususunda anlaşılmıştır[106].

Sözleşme, 19 Haziran 1980 tarihinde ek protokol[107] ile Roma'da imzaya açılmış[108], 29. madde uyarınca yedinci devletin (İngiltere) onay belgesini tevdi etmesi üzerine 1 Nisan 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir[109]. Sözleşme bu tarihten sonra

---

105 Sözleşmenin İngilizce orijinal metni için bkz. 80/934/EEC: Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A41980A0934, 31.12.2021.

106 Bu paragraftaki bilgiler için bkz. Musa Aygül, "Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 225, 226.

107 Bu protokolde, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı'na (ATAD) sözleşmeyi yorumlama yetkisi verilmemiştir. Ancak Ortak Deklarasyon kısmında, sözleşmenin ortak etkisini zedeleyecek yorum farklılıklarını önlemek amacıyla ATAD'a belirli konularda yetki tanınacak bir anlaşma imzalanabileceği belirtilmiştir. Daha sonra, Aralık 1988'de imzalanan iki protokol ile ATAD'a Roma Sözleşmesi'ni yorumlama yetkisi verilmiştir (Nuray Ekşi, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon, ***MHB***, C. 17, S. 1-2, 1997, s. 181). Protokollerin İngilizce orijinal metinleri için bkz. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41998A0126(02), 31.12.2021.

108 Sözleşme bu tarihte Almanya, Fransa, İrlanda, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg tarafından imzalanmıştır.

109 Aygül, "Roma Sözleşmesi", s. 224; Summary of: Convention 80/934/EEC on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980, https://eur-

topluluğa katılan diğer üye ülkelerce de onaylanmıştır. Ancak 2008 yılında Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzük (Roma I Tüzüğü) kabul edilmiştir. Tüzük'ün, 17 Aralık 2009 tarihinden sonra imzalanan sözleşmeler hakkında uygulanması hükme bağlanmıştır (m. 29)[110]. Dolayısıyla Roma Sözleşmesi, bu tarihten sonra imzalanan sözleşmeler hakkında uygulanma kabiliyetini yitirmiştir.

Roma Sözleşmesi'nin "*Freedom of choice*" başlıklı 3. maddesi sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimine ilişkin esasları, 4. maddesi ise taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukukun tespitini düzenlemektedir.

b. Uygulama Alanı

Roma Sözleşmesinin uygulama alanını konu, yer ve zaman bakımından ayrı ayrı ele almak gerekir. Yer ve zaman bakımından uygulama alanı oldukça basit şekilde ifade edilebilir. Roma Sözleşmesi, yürürlüğe girdiği tarihten[111] sonra imzalanan ve taraf devletlerin mahkemelerinde yargılanan tüm sözleşme yükümlülükleri için geçerlidir[112].

Roma Sözleşmesi'nin konu bakımından uygulama alanı ise, "*farklı ülkelerin hukukları arasında bir seçim yapmayı gerektiren her durumda sözleşmeden doğan borç ilişkileri*"[113] ile sınırlandırılmıştır (m. 1/1). Diğer bir ifade ile sözleşmeden doğan borç ilişkisinin Roma Sözleşmesi hükümlerine tabi olabilmesi için farklı ülke hukukları ile bağlantı içinde olması yani yabancı unsur içermesi gerekir. Ancak sözleşmede, farklı devletlerin hukukları ile bağlantının ne zaman gerçekleşmesi ve hangi kriterlere göre tespit edilmesi gerektiğine ilişkin hüküm yer almamaktadır. Doktrinde bu hususa ilişkin çeşitli görüşler öne sürülmektedir. Özellikle Roma Sözleşmesi'nin, objektif olarak yabancı unsur içermeyen, tamamen iç hukuka ait bir

---

lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/convention-on-the-law-applicable-to-contractual-obligations-rome-convention.html, 26.07.2022.

110 Tüzük'ün yalnızca "Sözleşmeler listesi" başlık 26. maddesi 17 Haziran 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

111 Roma Sözleşmesi m. 29: "*Bu sözleşme 7. onay, kabul veya uygun bulma belgesinin tevdi edilmesini izleyen üçüncü ayın ilk günü yürürlüğe girer. Bu sözleşme sonraki bir tarihte onaylayan, kabul eden veya onaylayan her imzacı Devlet için onay, kabul veya uygun bulma belgesinin tevdi edilmesini izleyen üçüncü ayın birinci günü, yürürlüğe girer*."

112 Gina M. McGuinness, "The Rome Convention: The Contracting Parties' Choice", ***San Diego International Law Journal***, 1, 2000, s. 136.

113 Sözleşmenin üye ülkelerin tamamında aynı şekilde uygulanabilmesi için öncelikle "sözleşmeden doğan borç ilişkisi (akdi borç ilişkisi)" kavramının sınırlarının belirlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Aygül, "Roma Sözleşmesi", s. 227.

sözleşmede tarafların hukuk seçimi yapmalarına cevaz verip vermediği tartışma konusu yapılmıştır[114]. Ancak genel kural olarak Roma Sözleşmesi'nin yabancı unsur içeren ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacağını söylemek mümkündür.

1. maddenin ilk fıkrasında sözleşmenin konu bakımından kapsamı belirlendikten sonra ikinci fıkrada ehliyet ve kişisel statü, aile hukuku, miras hukuku gibi kapsam dışında kalan konular tek tek sayılmıştır[115].

Son olarak "Sözleşmenin Uygulama Alanı" başlıklı 1. kısmı altındaki 2. maddede bu sözleşmedeki kurallara göre tespit edilen hukukun, sözleşmeye taraf olmayan bir devletin hukuku olsa bile uygulanacağı öngörülmüştür. Bu hüküm ile sözleşmenin uygulama alanı oldukça geniş tutularak evrensel hale getirilmiştir.

2. Milletlerarası Mal Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Sözleşme (1986 Lahey Satış Sözleşmesi)

a. Genel Olarak

Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (*HCCH*)[116] tarafından milletlerarası taşınır satış sözleşmelerine uygulanacak kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacıyla ilk olarak 15 Haziran 1955 tarihinde "Milletlerarası Mal Satışlarına Uygulanacak Hukuka İlişkin Sözleşme"[117] kabul edilmiştir. Ancak bu sözleşme dünya çapında kabul görmeyip hedeflenen başarıya ulaşamadığından aynı

---

114 Bu tartışmalara "Yabancı Unsur" başlığı altında değinilecektir.

115 M. 1/2: (a) İşlem güvenliği nedeniyle 11. maddede (Madde başlığı: "Ehliyetsizlik") getirilen istisna hariç gerçek kişilerin ehliyet ve statüsüne ilişkin sorunlar (b) -Vasiyetname ve mirasa - evlilik mallarından kaynaklanan mülkiyet haklarına -Nesebi sahih olmayan çocuğun nafaka borcu daha dahil nesep, evlilik, velayet ve aile hukukundan kaynaklanan hak ve yükümlülüklere ilişkin sözleşmesel borçlar (c) Poliçe, bono, çek ve devredilebilir niteliğinden kaynaklandığı kapsamda diğer kıymetli evraklardan kaynaklanan borçlar (d) Tahkim ve yetki anlaşmaları (e) Tescil veya diğer bir şekilde kuruluşu, ehliyetleri, iç organizasyonları, tasfiyeleri, organ ve üyelerinin tüzel kişi veya ortaklığın borçlarından kişisel sorumlulukları gibi şirketler ve diğer ortaklıklar ile tüzel kişiliği olmayan kuruluşlara ait hukukun uygulandığı konular (f) Temsilcinin, temsil olunanı veya şirketin veya ortaklıkların veya tüzel kişiliği olmayan bir kuruluşun organının üçüncü kişilerle bağlayıcı işlem yapıp yapamayacağına ilişkin sorunlar (g) *Trust*'ın kuruluşu, kurucularla yararlananlar ve *trust* verilen arasındaki ilişkiler (h) 14. Madde (Madde başlığı: "İspat yükü vb.") saklı kalmak kaydıyla delil ve yargılama usulü.
Ayrıca reasürans sözleşmeleri hariç topluluk üyelerinin topraklarında oluşacak riskleri kapsayan sigorta sözleşmeleri hakkında da uygulanmaz. Çeviri için bkz. Ekşi, "Konvansiyon", s. 164, 165.

116 *HCCH* milletlerarası özel hukuk kurallarının kademeli bir şekilde yeknesaklaştırılması için çalışmak amacıyla kurulan hükümetler arası bir kuruluştur. İlk defa 1893'te 13 devletin delegeleri ile toplanan Lahey Konferansı sonraki süreçte de değişik tarihlerde toplanmıştır. 15 Temmuz 1955 tarihinde *HCCH* Statüsü yürürlüğe girmiştir. Bugün itibariyle Türkiye'nin de dahil olduğu 91 üyeden oluşmaktadır. Bkz. "About the *HCCH*", https://www.*HCCH*.net/en/about, 18.07.2022.

117 Fransızca orijinal metni için bkz. https://www.*HCCH*.net/de/instruments/conventions/full-text/?cid=31, 18.07.2022.

amaçla 22 Aralık 1986 tarihinde Lahey'de "Milletlerarası Mal Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Sözleşme"[118] kabul edilmiştir[119]. 1955 tarihli Sözleşmeye taraf olan ve Lahey Satış Sözleşmesi'ne katılmak isteyen tüm devletler bakımından Lahey Satış Sözleşmesi'nin, yürürlük tarihinden itibaren 1955 tarihli Sözleşmenin yerini alacağı öngörülmüştür (m. 28). Ancak sözleşme henüz yürürlüğe girmemiştir[120]. Lahey Satış Sözleşmesi hükümleri Roma Sözleşmesi'nin hükümleri ile büyük oranda benzerlik göstermektedir.

b. Uygulama Alanı

Sözleşmenin uygulama alanını ikiye ayırarak incelemek gerekir. 1. maddede yer bakımından uygulama alanı düzenlenmiştir. Buna göre Sözleşme, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine (m. 1-a) ve farklı devletlerin hukukları arasında seçim yapmayı gerektiren her durumdaki satım

---

118 Çalışmamızın devamında "Lahey Satış Sözleşmesi" olarak anılacaktır. İngilizce orijinal metni için bkz. *Convention on the Law Applicable to Contracts for the International Sale of Goods,* (Erişim) https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflisoz/lahey/lah31_ing.pdf, 30.04.2021.

119 Özellikle gelişmekte olan ülkelerin hazırlık çalışmalarına katılmaması ve bu devletlerin menfaatlerinin dikkate alınmaması nedeniyle hükümleri yetersiz ve kusurlu bulunan 1955 sözleşmesi dünya çapında kabul görmemiştir. Ayrıca bu sözleşmenin yürürlüğe girdiği 1964'ten sonra *UNIDROIT* tarafından kabul edilen "Yeknesak Satım Hukuku Sözleşmeleri" olarak anılan iki sözleşme nedeniyle pek çok ülke 1955 sözleşmesine katılmayı gereksiz görmüştür. İşte 1955 sözleşmesinin başarısızlığı Lahey Satış Sözleşmesi'nin kabul edilmesinin en önemli sebebi olmuştur (Tiryakioğlu Bilgin, "Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli La Haye Sözleşmesi", ***MHB***, 14(1-2), s. 121, 122). Lahey Satış Sözleşmesi kabul edilmeden önce işlenen konunun önemi nedeniyle Konferans çalışmalarına, üye olmayan devletlerin de katılımının gerekli olduğu kararlaştırılmıştır. Lahey Satış Sözleşmesi, yarısı gelişmekte olan ülkelerden 60'tan fazla delegenin katılımı ile gerçekleşen olağanüstü toplantıda sonuçlandırılmıştır. Bu geniş katılım sayesinde sözleşmenin daha geniş çapta kabul göreceği umut edilmiştir (Ole Lando, "The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods", ***Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law,*** 57. Jahrg., H. 1/2, s. 157). Fakat umut edildiği gibi olmamıştır. *Tiryakioğlu*'na göre Lahey Satış Sözleşmesi, farklı ekonomik, siyasî ve hukuki yapıya sahip pek çok devletin temsilcilerinin katılımı ile oluşturulduğundan hükümleri daha ayrıntılı ve karmaşıktır. Zira hükümler üzerinde tüm katılımcıların uzlaşması için çalışılmış ve başarıya ulaşılmıştır. Bu uzlaşma endişesi zaman zaman yeknesaklaşma amacından uzaklaşılmasına neden olsa da satım gibi evrensel bir konuda kanunlar ihtilafı kurallarının birleştirilmesinde başarıya ulaştığını kabul etmek gerekir (Tiryakioğlu, "La Haye Sözleşmesi", s. 123)

120 Lahey Satış Sözleşmesi yalnızca Çek Cumhuriyeti ve Slovakya (1986), Hollanda (1990) tarafından imzalanmış, Arjantin tarafından onaylanmış (1991), Moldova tarafından katılma sağlanmıştır (1997). Bkz. "Status Table", https://www.*HCCH*.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=61, 18.07.2022. Lahey Satış Sözleşmesi'nin kabulünden önce yürürlüğe giren 1980 tarihli Roma Sözleşmesi satım sözleşmelerini de kapsadığından ve iki sözleşme arasında çok önemli farklılıklar bulunmadığından AB üyesi ülkeler bu sözleşmeye katılmaya gerek görmemişlerdir (Lando, "The 1955", s. 157). Türkiye 1955 sözleşmesine ve bu sözleşmeye taraf değildir. Biz yine de sözleşmenin gelişmekte olan ve *HCCH*'ye taraf olmayan devletlerin de katılımıyla oluşturulması ve titiz bir çalışmanın ürünü olması nedeniyle önemli olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle çalışmamızın devamında yeri geldikçe sözleşme hükümlerine yer vereceğiz.

sözleşmelerine -bu seçim yetki anlaşması ya da tahkim anlaşması ile birlikte bulunsa dahi yalnızca hukuk seçiminden kaynaklanmadıkça- uygulanır (m. 1-b). Yani m. 1-b kapsamında bir sözleşmeden bahsetmek için o sözleşmenin bir kanunlar ihtilafı problemi yaratması gerekir. Tarafların yetki sözleşmesi ya da tahkim anlaşması ile desteklense dahi yabancı bir hukuku seçmiş olmaları kanunlar ihtilafı probleminin doğumu için tek başına yeterli görülmemiştir[121]. Diğer bir deyişle sözleşmenin somut koşullarının birden fazla devlet hukuku ile irtibatlı olması (objektif açıdan yabancı unsur taşıması)[122] şartı aranmıştır. Kısacası iç hukuktaki satım sözleşmeleri kapsam dışında bırakılmıştır[123].

Sözleşmenin satım türleri bakımından uygulama alanı da belirlenmiştir. Sözleşme taşınır satımlarına uygulanacak hukuku düzenlediğinden taşınır malın (*goods*) kapsamına giren bazı şeyler özel olarak sayılmıştır. Bunlar; gemi, tekne, bot, *hovercraft*, hava aracı ve elektriktir (m. 3). 4. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında karma nitelikli sözleşmelerin hangi durumlarda satım sözleşmesi olarak değerlendirileceği açıklanmaktadır[124]. 2. maddede sözleşmenin kapsamında yer almayan satımlar öngörülmüştür. Bunlar; icra yoluyla ya da başka hâkim izniyle yapılan satışlar, hisse senetleri, hisse, tahvil, kıymetli evrak veya para satışı ile tüketici satışlarıdır[125].

Lahey Satış Sözleşmesi'nin 7. maddesi satış sözleşmelerinde hukuk seçiminin şartlarını, 8. maddesi ise hukuk seçiminin yokluğu halinde uygulanacak hukukun tespitini düzenlemektedir.

---

121 Tiryakioğlu, "La Haye Sözleşmesi", s. 123.

122 Bir sözleşmenin objektif açıdan yabancı unsur taşımasının ne anlama geldiği aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

123 Tekinalp, ***MÖH***, s. 350; Tiryakioğlu, "La Haye Sözleşmesi", s. 124.

124 Tiryakioğlu, La Haye Sözleşmesi, s. 124. M. 4: *"(1) İmal edilecek veya üretilecek malların tedarikine ilişkin sözleşmeler, malları sipariş eden taraf, söz konusu imalat veya üretim için gerekli malzemelerin önemli bir bölümünü tedarik etmeyi taahhüt etmedikçe, satış sözleşmesi olarak kabul edilecektir. (2) Malları sağlayanın yükümlülüklerinin ağırlıklı kısmını işçilik veya diğer hizmetlerin oluşturduğu sözleşmeler satış sözleşmesi olarak kabul edilmez."*

125 Tiryakioğlu, "La Haye Sözleşmesi", s. 125.

B. Avrupa Birliği Tüzükleri

1. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 593/2008 Sayılı Tüzük (Roma I Tüzüğü)

a. Genel Olarak

Roma Sözleşmesi'nin gözden geçirilmesi ve bir topluluk belgesine dönüştürülmesinden 1998 Viyana Eylem Planı'nda Avrupa Komisyonu'nun "öncelikli eylemi" olarak bahsedilmiştir. Komisyon, 2003'te Sözleşmenin bir Topluluk belgesine dönüştürülmesi ve modernizasyonu hakkında "Yeşil Kitap"ı[126] yayımlamıştır. 2005'te "Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklere Uygulanacak Hukuka İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü Teklifi" sunulmuştur[127]. Tüzük teklifinden üç yıl sonra 17 Haziran 2008 tarihli "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 593/2008 Sayılı Tüzük" kabul edilmiştir[128]. Roma I Tüzüğü, 17 Aralık 2009 tarihinden itibaren[129] Danimarka hariç diğer tüm üye ülkelerde doğrudan uygulanmaya başlamıştır[130].

Tüzük'ün 24. maddesine göre "*Bu tüzük, Roma Sözleşmesi'nin yer itibariyle uygulama alanının içinde bulunan ve Antlaşma'nın*[131] *299. maddesi uyarınca bu tüzüğün uygulanmadığı üye devletlerin ülkesel sınırlarının söz konusu olduğu haller hariç olmak üzere, üye devletlerde Roma Sözleşmesi'nin yerine geçer. Tüzüğün Roma Sözleşmesi'nin yerine geçtiği durumda Sözleşmeye yapılan herhangi bir atıf Tüzüğe*

---

126 "GREEN PAPER on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation", 14.01.2003, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0654&from=en, 19.07.2022.

127 "Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Councıl on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)"-15.12.2005, https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0650:FIN:EN:PDF, 19.07.2022.

128 Paragraftaki bilgiler ve daha detaylı açıklama için bkz. Ole Lando/Peter Arnt Nielsen, "The Rome I Proposal", ***Journal of Private International Law,*** 3(1), 2007, s. 29; Michael Wilderspin, "The Rome I Regulation: Communitarisation and Modernisation of the Rome Convention", ***ERA Forum***, Vol. 9, No. 2, s. 260, 261.

129 26. madde 17 Haziran 2009'dan itibaren uygulanır (m. 29).

130 Roma I Tüzüğü Dibace 46. paragraf: "*Avrupa Birliği Antlaşması'na ve Avrupa Topluluğunu Kuran Antlaşma'ya ek Danimarka'nın Durumuna İlişkin Protokol'ün 1 ve 2. maddeleri uyarınca Danimarka bu Tüzüğün kabul edilmesinde yer almaz ve bu tüzük ile bağlı değildir*."

131 Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma (*Treaty establishing the European Community*). İngilizce metni için bkz. Treaty establishing the European Community (Consolidated version 2002) OJ C 325, 24.12.2002, p. 33–184, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A12002E%2FTXT, 19.07.2022.

yapılmış sayılır"[132]. Tüzük'ün 3. maddesi ile sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçiminin şartları, 4. maddesi ile hukuk seçiminin yokluğunda sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti öngörülmüştür.

Tüzük hükümleri, Avrupa Birliği'ne aday ülke statüsünde bulunan Türkiye için Birlik üyeliğine kabul edildikten sonra sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin milli kanunlar ihtilafı hükümlerinin yerini alacağından önem arz etmektedir. Ayrıca Tüzük hükümleri Birliğe üye olmayan üçüncü devlet vatandaşları ile üye devlet vatandaşları arasındaki sözleşme ilişkilerinde de çoğu kez uygulama alanı bulabilmektedir. Nitekim bu hususlar MÖHUK'un genel gerekçesinde de ifade edilmiştir. Gerekçede, MÖHUK'un kabul edildiği dönemde yürürlükte olan Roma Sözleşmesi hükümleri ile uyumlu bir kanunun kabulünün gerekliliği de ortaya konmuştur[133]. Bu sebeple çalışmamız boyunca öncelikli olarak Roma I Tüzüğü hükümlerine ve değişikliğe uğradığı ölçüde Roma Sözleşmesi hükümlerine yer vermek yerinde olacaktır.

b. Uygulama Alanı

Tüzük'ün 1. maddesinde konu bakımından uygulama alanı detaylı olarak düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre "*Bu Tüzük kanunlar ihtilafı içeren durumlarda medeni ve ticari konulardaki sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanır. Mali, gümrük ve idari konularda uygulanmaz*"[134]. 2. fıkrada ise uygulama

---

132 Çeviri Tüzük'ün İngilizce orijinal metni dikkate alınarak yapılmıştır. Çalışmamızın devamında aksi belirtilmedikçe Tüzük hükümlerine İngilizce metin esas alınarak yer verilecektir. İngilizce orijinal metin için bkz. Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593, 09.06.2021.

133 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Genel Gerekçe, s. 8, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 19.07.2022. MÖHUK'un hazırlık aşamasında Roma I Tüzüğü henüz kabul edilmediğinden, kanun öncelikli olarak Roma Sözleşmesi hükümleri dikkate alınarak hazırlanmıştır. Ancak ileride görüleceği üzere MÖHUK 24 ile sözleşmenin ilgili hükümleri birebir uyuşmamaktadır (Tekinalp, ***MÖH***, s. 345)

134 Roma Sözleşmesi'nin uygulama alanını belirlemek için "*farklı ülkelerin hukukları arasında bir seçim yapmayı gerektiren her durumda"* ifadesi kullanılırken Roma I Tüzüğü'nde "*kanunlar ihtilafı içeren durumlarda*" ifadesi kullanılmıştır (İngilizce metinde). Ancak bu ifade değişikliği önemli görülmeyip İngilizce çevirinin tuhaflığı olarak değerlendirilmektedir (Wilderspin, s. 202). Ancak, Fransızca metinde de "*kanunlar ihtilafı içeren durumlarda*" ifadesi kullanılmaktadır (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN, 20.07.2022). Almanca metinde ise "*farklı ülkelerin hukuklarıyla bağlantısı olan*" ifadesi yer almaktadır (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008R0593&from=EN, 20.07.2022).

alanı dışında kalan haller tek tek sayılmıştır[135]. 3. fıkrada 18. maddeye halel gelmeksizin deliller ve usul işlemlerinin de kapsam dışı olduğu öngörülmüştür.

Tüzük'ün önemli bir özelliği Roma Sözleşmesi gibi evrensel uygulanırlığa sahip olmasıdır. 2. madde uyarınca Tüzük hükümlerine göre tespit edilen hukuk Avrupa Birliği üyesi olmayan bir devlete ait olsa da uygulanır. Bu hüküm ile Tüzük'ün uygulama alanı oldukça genişletilmiştir.

Zaman bakımından uygulama alanı ise 27. maddede öngörülmüştür. Tüzük 17 Aralık 2009 tarihinden sonra akdedilen sözleşmeler bakımından uygulanır. Bu tarihten önce akdedilen sözleşmeler Roma Sözleşmesi kapsamında yer alıyorsa Sözleşme hükümlerine tabi olur.

2. Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 864/2007 Sayılı Tüzük (Roma II Tüzüğü)

a. Genel Olarak

HCCH'nin 1960'ların başında haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilafı alanına girmesinden sonra, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarını birleştirmeye yönelik ilk girişimi 1968 yılına dayanmaktadır. Benelüks üye devletlerinin girişimi üzerine, Avrupa Komisyonu, o zamanki altı üye devletin uluslararası özel hukukunu birleştirme olanaklarını değerlendirmek için bir Çalışma Grubu kurmuştur. Grup, sözleşmeden doğan ve sözleşme dışı yükümlülüklere

---

135 (a) 13. maddeye (işlem güvenliği ilkesi) halel getirmeksizin, gerçek kişilerin statüsü veya hukuki ehliyeti ile ilgili sorular, (b) aile hukuku ilişkileri ve nafaka yükümlülükleri de dahil olmak üzere karşılaştırılabilir nitelikte sonuçlar doğuran ilişkilerden doğan yükümlülükler, (c) evlilik mal rejimlerinden ve evliliğe benzer etkileri olduğu kabul edilen ilişkilerle ilgili mal rejimlerinden kaynaklanan yükümlülükler, vasiyetnameler ve miras, (d) kıymetli evrak niteliğinden kaynaklandığı ölçüde kıymetli evraktan doğan borçlar, (e) tahkim ve yetki anlaşmaları (f) tüzel kişiliği bulunan ve bulunmayan ortaklıklar ile tescil veya başka bir yolla kurulan kuruluşlarla ilgili hukuka tabi sorunlar, ehliyet, iç organizasyon, tasfiye, yöneticilerin ve üyelerin kişisel sorumluluğu, (g) bir temsilcinin temsil olunanla veya bir organın, ortaklıkla ya da tüzel kişiliği bulunan veya bulunmayan kuruluşla üçüncü kişi arasında bağlayıcı ilişki kurup kuramayacağı, (h) *trust*'ın kuruluşu ve kurucular, mütevelliler ve lehtarlar arasındaki ilişkiler, (i) sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan yükümlülükler, (j) amacı bir teşebbüs ya da teşebbüs topluluğuna veya bir şirket ya da şirketler topluluğuna bağlı olarak istihdam edilenlere ya da serbest meslek sahiplerine menfaat sağlamak olan -2002/83/EC sayılı Tüzük'te sayılanlar dışındaki- kuruluşlar tarafından ölüm, iş gücünün kaybı ya da azalması veya iş hastalığı ya da iş kazası durumlarında yürütülen faaliyetlerden doğan sigorta sözleşmeleri. (Roma Sözleşmesi'nde sigorta sözleşmeleri, reasürans sözleşmeleri hariç Sözleşmenin kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak, Tüzük sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin özel bir madde öngörerek (m. 7) bu sözleşmeleri uygulama alanına dahil etmiştir. Yalnızca (j) bendinde sayılan sigorta sözleşmeleri kapsam dışında bırakılmıştır. Tüzük kapsamındaki sigorta sözleşmeleri hakkında bilgi için bkz. ***İkinci Bölüm, I. A. 3. b.***)

uygulanacak hukuka ilişkin sözleşme taslağını Haziran 1972'de tamamlamıştır. Ancak 1978'de Grup, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülükler için geçerli olan hukuka odaklanmaya karar vermiştir. Bu çaba Roma Sözleşmesi ile sonuçlanmıştır. Sözleşme dışı yükümlülüklere uygulanacak hukukun birleştirilmesi 1996 yılında Avrupa Topluluğu'nun gündemine geri dönmüştür. İlk taslak sözleşme 1998 yılının sonlarında hazırlanmıştır. Komisyon 22 Temmuz 2003'te bir Açıklayıcı Rapor ile desteklenen ilk teklifi sunmuştur. Uzun süren görüşmeler ve yapılan değişiklikler neticesinde nihayet 11 Temmuz 2007'de "Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin 864/2007 Sayılı Tüzük" Parlamento ve Konsey tarafından kabul edilmiştir[136].

Tüzük'ün 2. ve 3. bölümlerinde (m. 4-13) tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde sözleşme dışı yükümlülüklere uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kurallar öngörülmüştür. 4. bölümde (m. 14) ise hukuk seçimine ilişkin esaslar belirlenmiştir[137].

b. Uygulama Alanı

Tüzük'ün konu bakımından uygulama alanını belirleyen 1. maddesine göre "*Bu Tüzük, kanunlar ihtilafı içeren durumlarda, medeni ve ticari konulardaki*[138] *sözleşme dışı yükümlülüklere uygulanacaktır. Özellikle mali, gümrük veya idari meselelere veya devletin devlet otoritesinin kullanımındaki fiil ve ihmallerden dolayı sorumluluğuna (acta iure imperii*[139]*) uygulanmaz*" (m. 1/1). Tüzük kapsamında yer

---

136 Martin Illmer, "Introduction", ***Rome II Regulation: Pocket Commentary*** (ed. Peter Huber), Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers, 2011, s. 25-28.

137 Tüzük'ün İngilizce orijinal metni için bkz. Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) OJ L 199, 31.7.2007, p. 40–49, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32007R0864, 20.07.2022.

138 Avrupa Birliği yasama organının, "özel hukuk" ifadesinin yerine bu ifadeyi kullanmalarının nedeni özel hukukun Avrupa Birliği ülkelerinde farklı şekillerde tanımlanmış olmasıdır. "Medeni ve ticari konular" terimi daha tarafsız olduğundan, milli mahkemelerin Tüzük'ü yerleşik yerel anlayışlara göre yorumlama riskini en aza indirmiştir (Ivo Bach, "Scope", ***Rome II Regulation: Pocket Commentary*** (ed. Peter Huber), Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers, 2011, s. 31).

139 Kanun koyucular "medeni ve ticari konular" ifadesini açıklamak yerine medeni ve ticari konu sayılmayan bu uyuşmazlık örneklerini vermeyi tercih etmiştir. Bu örneklerin temel olarak medeni (özel hukuk) ve kamusal (kamu hukuku) uyuşmazlık ayrımı yapmayan ülkeler (İngiltere ve İrlanda) için açıklayıcı bir işlev gördüğü, bunun dışında "medeni ve ticari konular" teriminin yorumlanmasına çok az katkı sağladığı ifade edilmektedir. Bu konuda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) kararları yol göstericidir: Uyuşmazlığın yaratılmasında bir kamu makamı yer alıyorsa ve bu kamu makamı "kamu gücünü/yetkilerini kullanırken" hareket ediyorsa, bu uyuşmazlık "medeni veya ticari" değildir. *Sonntag v. Waidmann* davasında, ABAD, bir öğretmenin okul gezisinde öğrencilerinden birinin ölümüne neden olan ölümcül bir kazadan dolayı kişisel sorumluluğunun kamuya açık bir mesele değil, medeni veya ticari bir mesele teşkil ettiğine karar vermiştir. ABAD, öğretmenlerin, okul gezisinde okul çocuklarının "denetçisi" sıfatıyla hareket ederken, devletin temsilcileri olarak yetkilerini kullanmadığına karar vermiştir. Mahkeme bir memurun Devlet adına hareket etse bile, mutlaka "kamu yetkilerini" kullanmadığı sonucuna

almayan haller 2. fıkrada tek tek sıralanmıştır. Bu çerçevede; genel olarak aile hukuku ilişkilerinden, mal rejimi ilişkilerinden, miras ilişkilerinden, kıymetli evraktan, ortaklıklar ve tüzel kişiliği olmayan kuruluşların hukukundan, *trust*'dan, nükleer hasardan, kişilik haklarının ihlalinden kaynaklanan sözleşme dışı yükümlülükler sayılmıştır. Ayrıca Roma I Tüzüğü'nde olduğu gibi deliller ve usul işlemleri 21 ve 22. maddelere halel gelmeksizin kapsam dışında tutulmuştur (m. 1/3). 4. fıkrada, Tüzük bakımından "üye devlet" ifadesinin Danimarka dışındaki tüm üye devletleri karşıladığı düzenlenmiştir[140].

Tüzük'ün uygulama alanını netleştirmek adına "sözleşme dışı yükümlülükler (*non-contractual obligations*)" ifadesinin kapsamına nelerin girdiği de 2. maddede ayrıca belirtilmiştir. Buna göre haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme (*negotiorum gestio*) ve sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluktan (*culpa in contrahendo*) kaynaklanan her türlü sonuç Tüzük anlamında "zarar" olarak değerlendirilir (m. 2/1). Tüzük ayrıca ortaya çıkması muhtemel sözleşme dışı yükümlülükleri de kapsar (m. 2/3).

Roma I Tüzüğü gibi Roma II Tüzüğü de evrensel uygulanabilirliğe sahiptir. Tüzük hükümlerinin gösterdiği hukuk Avrupa Birliği'ne üye olmayan bir devletin hukuku olsa bile uygulanır (m. 3).

Sözleşmenin zaman bakımından uygulama alanı 31. maddede öngörülmüştür. Buna göre "Bu Tüzük, yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen zarara yol açan olaylara uygulanır".

varmıştır. Bu kapsamda bir memur, resmi sıfatıyla hareket ederken yaralanmaya neden olsa bile, özel bir kişinin aynı koşullar altında aynı davranışı gerçekleştirebilmesi durumunda, ortaya çıkan davanın "medeni veya ticari bir mesele" olduğu varsayılmalıdır. (Bach, s. 32-34).

140 Roma I Tüzüğü'nün dibace kısmındaki Danimarka ile ilgili paragrafın aynısı Roma I Tüzüğü'nde de yer almaktadır. Bkz. 40. paragraf.

3. Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Geliştirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin 1259/2010 sayılı Tüzük (Roma III Tüzüğü)

a. Genel Olarak

2004'te Avrupa Birliği Komisyonu, Konsey'i boşanmayla ilgili kanunlar ihtilafı kuralları hakkında bir Yeşil Kitap[141] hazırlamaya davet etmiştir. Zira Birlik içinde vatandaşların artan hareketliliği, eşlerin farklı milletlerden olduğu veya farklı devletlerde yaşadığı veya vatandaşı olmadıkları bir üye devlette yaşadığı "milletlerarası" evliliklerin artmasına sebep olmuştur. Ancak Birlik hukukunda yabancı unsurlu boşanma davalarına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin yeknesak kurallar bulunmamaktaydı. Bu nedenle üye devletlerde yabancı unsurlu boşanmalara uygulanacak hukuk her bir üye devletin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilmekteydi. Üye devletlerin milli kanunlar ihtilafı kuralları arasında ise önemli farklılıklar[142] bulunmaktaydı[143].

Yukarıda sözü edilen farklılıklar tarafların aralarındaki uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını öngörememelerine sebep olmakta ve hukuki kesinliği

---

141 Commission of the European Communities, Green Paper on Applicable Law and Jurisdiction in Divorce Matters, Brussels, {SEC(2005) 331}, 14.3.2005, s. 2, 3, https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_2_green_papers/com2005_green_paper_on_applicable_law_and_jurisdiction_in_divorce_matters.pdf, 23.07.2022

142 Birçok üye devlet hukukunda (Avusturya, Belçika, Estonya, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İtalya, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, İspanya, Çek Cumhuriyeti, Polonya, Portekiz, Slovakya, Slovenya) boşanmanın en yakın bağlantı içinde olduğu devlet hukukuna tabi olması amaçlanmıştır. Bu hukuk çoğu zaman eşlerin müşterek milli hukuku ya da müşterek mutad mesken hukuku olarak öngörülmüştür. İsveç, Finlandiya, İrlanda gibi bazı hukuklarda ise en yakın bağlantı kriteri göz ardı edilmiş ve boşanma *lex fori*'ye tabi tutulmuştur. Fransız hukuku ise bu iki grupta da yer almayıp Fransız hukukunun hangi hallerde uygulanacağını öngören tek taraflı bağlama kurallarına sahiptir. Almanya, Belçika, Hollanda ve İspanya hukuklarında boşanmada sınırlı hukuk seçimi imkânı tanınırken bazılarında hukuk seçimine izin verilmemiştir.
Maddi hukuklara bakıldığında ise tüm üye devletlerde boşanmaya izin verildiği ancak İrlanda, Polonya gibi bazı hukuklarda sıkı boşanma şartları öngörülürken Finlandiya, İsveç gibi bazı hukuklarda boşanma için herhangi bir sebep gösterilmesini gerektirmeyen daha özgürlükçü bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. Bkz. Commission staff working paper-Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters {COM(2005)82 final, par. 3.4, https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/5a41d2a8-1e6c-4a97-931d-5e3a0985ee34/language-en, 23.07.2022. Ayrıca bkz. Franzina, s. 89; Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması", ***AÜHFD***, C. 61, S. 2, 2012, s. 514-516; Uğur Tütüncübaşı, "Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında 1259/2010 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 18, S. 1, s. 5

143 Paragraftaki bilgiler için bkz. Green Paper, {SEC(2005) 331}, s. 2, 3.

engellemekteydi[144]. Özellikle uyuşmazlığa bakan mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralının eşlerin müşterek milli hukukunu ya da mutad mesken hukukunu göstermesi halinde tarafların müşterek tabiiyete ya da mutad meskene sahip olmaması sorun yaratmaktaydı[145]. Ya da tarafların zayıf bir bağlantı içinde oldukları ve meşru beklentilerini karşılamayan bir hukukun uygulanması söz konusu olabilmekteydi[146]. Ayrıca üye devletlerin kanunlar ihtilafı kuralları arasındaki farklılık, tarafların kendilerinin en lehine olan hukukun uygulanacağı mahkemede dava açabilmek (*forum shopping*) adına bir yarışa girmelerine sebep olmaktaydı[147]. Son olarak bazı hukuklarda taraflara sınırlı da olsa hukuk seçme serbestisi tanınırken bazılarında hukuk seçimine izin verilmediğinden taraflar objektif bağlama kuralının öngördüğü hukuk ne olursa olsun onunla bağlanmak zorundaydılar[148]. Tüm bu sebepler boşanmaya uygulanacak hukuka ilişkin yeknesak kanunlar ihtilafı kurallarının oluşturularak Topluluk düzenlemesi haline getirilmesini gerekli kılmıştır. Bu hususta 2005 yılında Yeşil Kitap'ın yayımlanması ile başlayan çalışmalar 20 Aralık 2010'da "Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin 1259/2010 sayılı Tüzük"ün kabul edilmesiyle sonuçlanmıştır[149].

Roma III Tüzüğü'nün[150] 5. maddesinde boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun taraflarca seçimi, 8. maddesinde ise hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukukun tespiti düzenlenmiştir[151].

---

144 Bayraktaroğlu Özçelik, s. 514; European Commission, Proposal for a Council Regulation (EU) Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation {COM(2010) 104 final}, s. 3, https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0105:FIN:EN:PDF, 25.07.2022.

145 Green Paper, {SEC(2005) 331}, s. 3.

146 Bayraktaroğlu Özçelik, s. 516; Proposal 104, s. 3.

147 Proposal 104, s. 4; Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 5.

148 Green Paper, {SEC(2005) 331}, s. 4.

149 Çalışma süreci hakkında bilgi için bkz Bayraktaroğlu Özçelik, s. 509-512. Tüzük'e ilk aşamada 14 Birlik üyesi devlet katılmıştır. Bunlar: Belçika, Bulgaristan, Almanya, İspanya, Fransa, İtalya, Letonya, Lüksemburg, Macaristan, Malta, Avusturya, Portekiz, Romanya ve Slovenya (Roma III Tüzüğü dibace kısmı 6. paragraf).

150 Resmi olarak Roma III Tüzüğü (Rome III Regulation) kısaltması kullanılmasa da Tüzük doktrinde genel olarak bu şekilde anılmaktadır. Bkz. Pietro Franzina, "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (eu) no. 1259/2010 of 20 december 2010", ***Cuadernos de Derecho Transnacional***, 3(2), 2011, s. 87.

151 Tüzük'ün İngilizce Orijinal metni için bkz. Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal Separation OJ. L 343/10, https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:343:0010:0016:en:PDF, 25.07.2022.

b. Uygulama Alanı

Roma III Tüzüğü'nün konu bakımından uygulama alanı 1. maddede düzenlenmiştir. Birinci fıkrada Tüzük'ün kanunlar ihtilafı içeren durumlarda boşanma ve ayrılığa (*legal separation*)[152] uygulanacağı öngörülmüştür. Yani yabancı unsurlu boşanma ve ayrılık davaları Tüzük kapsamında yer alır[153]. İkinci fıkrada ise boşanma ve ayrılık davalarında ön sorun olarak ortaya çıksalar bile Tüzük'ün kapsamında yer almayan haller tek tek sayılmıştır. Bunlar gerçek kişilerin hukuki ehliyeti, evliliğin varlığı, geçerliliği veya tanınması, evliliğin iptali, eşlerin adı; evliliğin malvarlığına ilişkin sonuçları, ebeveyn sorumluluğu (velayet), bakım yükümlülükleri (nafaka), *trust* veya mirastır.

Tüzük'ün yer bakımından uygulama alanı ise kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılmasına ilişkin diğer Birlik düzenlemelerine göre daha dar kapsamlıdır. Zira diğer Tüzüklere neredeyse tüm üye ülkeler katılırken Roma III Tüzüğü yalnızca yukarıda bahsi geçen 14 katılımcı ülkede[154] ve Tüzük'e sonradan katılan Litvanya ve Yunanistan'da uygulanır. Ancak Tüzük güçlendirilmiş iş birliğine sonradan katılmak isteyen üye ülkelere de açıktır[155]. Roma I ve II Tüzükleri gibi Roma III Tüzüğü de evrensel uygulanırlığa sahiptir. 4. maddeye göre Tüzük uyarınca tespit edilen hukuk katılan üye devletlerden birinin hukuku olmasa dahi uygulanır. Örneğin boşanma ve ayrılığa Tüzük'e katılmayan ancak Birlik üyesi olan Finlandiya hukuku uygulanabileceği gibi Birlik üyesi olmayan İsviçre hukuku da uygulanabilir.

Tüzük'ün zaman bakımından uygulama alanını belirlemek için 18. ve 21. maddeleri birlikte incelemek gerekir. 21. maddeye göre Tüzük 17. madde hariç olmak

---

152 Tüzük'te boşanma ve ayrılık kavramları tanımlanmamıştır. Bu nedenle eşcinsel evliliklerin ve kayıtlı birlikteliklerin (*registered partnership*) Tüzük kapsamında yer alıp almadığı doktrinde tartışılmıştır. Ağırlıklı görüşe göre bazı üye ülkelerde eşcinsel evlilikler "geçerli bir evlilik" olarak kabul edildiğinden Tüzük kapsamında değerlendirilmeleri gerekir. Ancak kayıtlı birliktelikler ister aynı cinsler ister karşı cinsler arasında olsun Tüzük'ün uygulama alanı dışında yer alır (Bayraktaroğlu Özçelik, s. 518, dn. 44; Franzina, s. 101, 102; Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 13)

153 Bayraktaroğlu Özçelik, s. 518; Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 10. Tüzük'te hangi hallerde kanunlar ihtilafının söz konusu olduğu ya da yabancı unsur bulunduğu açıklanmamıştır. Bu nedenle Tüzük kapsamında, tek bir hukuk düzeni ile bağlantılı olan bir boşanma ya da ayrılık uyuşmazlığının sırf tarafların hukuk seçimi yapmaları sebebiyle yabancı unsurlu kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Bu husus aşağıda "yabancı unsur" bahsinde incelenecektir.

154 Bu ülkeler için bkz. ***Birinci Bölüm, II. B. 3. b.*** dn. 149.

155 Juliana Mörsdorf-Schulte, "Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III)", ***Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law***, H. 4, 2013, s. 790; Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 8.

üzere[156] 21 Haziran 2012'den itibaren uygulanır. Geçiş hükümlerini (*transitional provisions*) düzenleyen 18. maddeye göre ise Tüzük 21 Haziran 2012'den itibaren başlatılan yasal işlemlere ve 5. madde uyarınca akdedilen hukuk seçimi anlaşmalarına uygulanır. Bununla birlikte 6. ve 7. maddelere (maddi ve şekli geçerlilik) uygun akdedilmiş olması şartıyla bu tarihten önce yapılmış hukuk seçimi anlaşmalarına da etki tanınır (m. 18/1). Öte yandan Tüzük bu tarihten önce davanın açıldığı katılan üye devlet mahkemesinin hukukuna uygun şekilde akdedilen hukuk seçimi anlaşmalarına halel getirmez (m. 18/2).

C. Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri (2015 Lahey İlkeleri)

1. Genel Olarak

Lahey İlkelerinin hazırlık çalışmaları 2006 yılında, *HCCH* Genel İşler ve Politika Özel Konseyi'nin Daimî Büro'yu milletlerarası sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin bir belgenin oluşturulması konusunda fizibilite çalışmasına davet etmeye karar vermesiyle başlamıştır. 2009 yılında, *HCCH* bünyesinde milletlerarası ticari sözleşmelerde hukuk seçimi üzerine bağlayıcı olmayan bir belge taslağı oluşturmak üzere milletlerarası özel hukuk, milletlerarası ticaret hukuku ve milletlerarası tahkim hukuku alanlarında uzmanlardan oluşan bir çalışma grubu oluşturulmuştur. 2012 yılında taslak maddelerin görüşülmesi için özel bir komisyon toplanmıştır. Bu toplantıda çalışma grubu madde şerhlerinin/yorumlarının (*commentary*) hazırlanması için görevlendirilmiştir. Nihayetinde "Giriş, Dibace, Maddeler ve Şerh"den oluşan bir paket hazırlanmıştır. 19 Mart 2015'te ise *HCCH* üyeleri "Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri"ni resmen onaylamıştır[157]. Lahey İlkeleri, *HCCH*'nin hazırlamış olduğu sözleşmelerden farklı olarak bağlayıcı özelliği bulunmayan (*non-binding*) ilk hukuk aracıdır. Bu yönüyle bir *soft law* (esnek hukuk) örneği olarak gösterilmektedir[158].

---

156 Katılan üye devletler tarafından sağlanacak bilgileri öngören 17. madde, 21 Haziran 2011'den itibaren uygulanır (m. 21).

157 İlkelerin orijinal metni ve şerh için bkz. *HCCH*, "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", https://assets.*HCCH*.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf, 14.09.2021.

158 Paragraftaki bilgiler için bkz. Genevieve Saumier, "The Hague Principles and the Choice of Non-State Rules of Law to Govern an International Commercial Contract", ***Brooklyn Journal of International Law*** 40, No. 1, 2014, s. 4; Justin Monsenepwo, Contribution of the Hague Principles

2. Uygulama Alanı

İlkeler'in uygulama alanı 1. maddede detaylı olarak düzenlenmiştir. Birinci fıkraya göre "*Bu ilkeler tarafların her birinin kendi ticaret veya mesleğini icra ederken hareket ettiği milletlerarası sözleşmelerde hukuk seçimi için geçerlidir (...)*". Bu hüküm ile Lahey İlkeleri'nin uygulama alanı "milletlerarası ticari sözleşmeler" ile sınırlandırılmıştır[159].

İlk olarak bir sözleşmenin Lahey İlkeleri'nin kapsamında yer alması için "milletlerarası" nitelikli olması gerekir. Milletlerarası niteliğin aranması İlkeler'in uygulama alanını milletlerarası özel hukukun uygulanacağı yani yabancı unsurun bulunduğu davalar ile kısıtlamıştır[160]. 1. maddenin ikinci fıkrasında "milletlerarası" kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Aslında bu maddede salt "milli karakterli sözleşme"nin sınırları çizilerek negatif bir belirleme yapılmıştır[161]. Buna göre bir sözleşmenin milletlerarası karakterli kabul edilebilmesi için tarafların işyerlerinin (*establishment*)[162] aynı ülkede olmaması ve seçilen hukuka bakılmaksızın tarafların ilişkileri ve diğer tüm ilgili unsurların tek bir ülke ile bağlantılı olmaması - yani birden fazla ülke ile bağlantılı olması- gerekir (m. 1/2). Bir sözleşmenin Lahey İlkeleri kapsamında yer alabilmesi için bu iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir[163].

İkinci olarak sözleşmenin "ticari" nitelikli olması gerekir. Bu kapsamda tüketici ve iş sözleşmeleri İlkeler'in uygulama alanı dışında tutulmuştur (m. 1/1-ikinci cümle). İlkeler'in başlığında ve dibacesinde "ticari" kavramı kullanılsa da bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Yalnızca "tarafların her birinin kendi ticaret veya mesleğini icra ederken hareket ettiği" sözleşmelere atıfta bulunulmuştur (m. 1/1). Bu yaklaşım,

---

on Choice of Law in International Commercial Contracts to the codification of party autonomy under OHADA Law, ***Journal of Private International Law***, Vol. 15, No. 1, 2019, s. 162; Michael Douglas/Nicholas Loadsman. "The Impact of the Hague principles on Choice of Law in International Commercial Contracts.", ***Melbourne Journal of International Law***, Vol. 19, No. 1, 2018, s. 2; Ralf Michaels, "Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts", ***Varieties of European Economic Law and Regulation***, 2014, s. 43; Symeon C. Symeonides, "The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments", ***American Journal of Comparative Law***, Vol. 61, No. 3, 2013, s. 874, 894. Ayrıca bkz. "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", s. 9-12.

159 Lahey İlkeleri Dibace (*preamble*) 1. paragraf.

160 Douglas/Loadsman, s. 7.

161 Symeonides, "The Hague Principles", s. 879.

162 Çalışma Grubu taslağında kullanılan "iş yeri (place of business)" ifadesinin yerine Özel Komisyon toplantısında "establishment" ifadesi seçilmiştir (Symeonides, "The Hague Principles", s. 879, dn. 26).

163 Lale Ayhan İzmirli, Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensiplerinin Yapısı ve Kapsamı", ***ERÜHFD***, C. 15, S. 2, 2020, s. 350.

"ticari" ifadesinin farklı devletlerde farklı şeyleri çağrıştırması nedeniyle geliştirilmiş olabilir[164].

Maddenin ikinci fıkrasında İlkeler'in uygulama alanı dışında kalan haller tek tek sayılmıştır. Bunlar; gerçek kişilerin ehliyeti, tahkim anlaşmaları ve yetki anlaşmaları, şirketler veya diğer kolektif kuruluşlar ile *trust*'lar (ortaklıklar), iflas, sözleşmelerin mülkiyet üzerindeki etkileri, temsilcinin üçüncü kişi ile işlemlerinin temsil olunanı bağlayıp bağlamayacağıdır[165].

Lahey İlkeleri'nin bağlayıcılığı bulunmadığı için yer ve zaman itibariyle uygulama alanının sınırlandırılması da söz konusu değildir. Ancak giriş kısmında İlkeler'in milli, bölgesel, milletlerarası ve milletler üstü (*supranational*) kuruluşlar tarafından model olarak kullanılabileceği; mahkemeler ve hakem heyetleri tarafından uygulanabileceği; milletlerarası özel hukuk kurallarını yorumlamak, tamamlamak ve geliştirmek için kullanılabilecekleri belirtilmiştir (Dibace 1-4. par.).

164 Douglas/Loadsman, s. 7.
165 Bu haller hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Ayhan İzmirli, s. 354-356.

III. HUKUK SEÇİMİNİN FAYDALARI

A. Taraflar Bakımından

Özellikle yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraflar bu ilişkiye uygulanacak hukuku kendileri belirleme yoluna gitmektedirler. Zira hukuk seçiminin taraflara sağladığı pek çok avantaj vardır. Öncelikle tarafların sözleşmenin tüm unsurlarını ve muhtemel sorunların tamamını göz önünde bulundurarak eksiksiz bir sözleşme kaleme almaları mümkün görülmemektedir[166]. Bu nedenle taraflarca düzenlenmeyen hususların tamamlanabilmesi için sözleşmelerin belirli bir hukuk düzenine tabi olması gerekmektedir. İşte taraflar hukuk seçimi yaparak bu ihtiyacı gidermektedirler. Aynı zamanda seçilen hukuk düzeninin taraf iradelerinin somut görünümü olan sözleşme hükümlerine geçerlilik ve bağlayıcılık kazandırdığı da ifade edilmektedir[167].

Birden fazla ülke hukuku ile irtibatlı halde bulunan sözleşmenin, hangi hukuka tabi olacağının önceden belirlenmiş olması, hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin sağlanmasına da hizmet eder[168]. Zira taraflar seçtikleri hukukun hükümlerine göre aralarındaki sözleşmenin geçerli olup olmadığı, sözleşmeden kaynaklı hak ve yükümlülüklerinin kapsamı, uyuşmazlık halinde nasıl bir çözüm yolu geliştirileceği hakkında bilgi sahibi olurlar. Öngörülebilirliğin doğal sonucu olarak tarafların sözleşmeye aykırı davranma ihtimalleri de azalmaktadır. Zira edimini ifa etmekten vazgeçmeyi ya da sözleşmeye uygun ifa etmemeyi düşünen taraf bu davranışının sonucunda karşılaşacağı yaptırımları öğrenmek için sözleşme hükümlerine ve seçilen hukukun hükümlerine bakar. Yaptırımların ağırlığı karşısında sözleşmeye aykırı davranmaktan vazgeçebilir ve uyuşmazlık çıkması engellenmiş olur[169].

Hukuk seçimin sağladığı en büyük faydalardan bir tanesi de tarafların kendi menfaatlerine ve ekonomik durumlarına en iyi hizmet edecek hukukun uygulanmasını

---

166 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 323.

167 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 323.

168 Akıncı, ***MÖH***, s. 53; Bogdan, s. 74; Christa Roodt, "Party Autonomy in International Law of Succession: A Starting Point for a Global Consensus", ***Journal of South African Law***, No. 2, 2009, s. 242. Doğan, ***MÖH***, s. 398; Gülin Güngör, "Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı", ***AÜHFD***, C.51, S.1, s. 36; Güngör, ***MÖH***, s. 179; McGuinness, s. 142; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 324; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 147; Tiryakioğlu, s. 20.

169 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 324.

sağlayabilmeleridir[170]. Zira bu hukukun tespitini herhangi bir kanun koyucudan ziyade bizzat tarafların tespit edebilecekleri ifade edilmektedir[171]. Taraflar bu kapsamda en iyi bildikleri ve güvendikleri hukuk olarak kendi milli hukuklarını seçebilirler[172]. Eğer ki taraflar ayrı vatandaşlıkta iseler milli hukuklar yerine sözleşmeyle tamamen ilgisiz ama tarafsız bir hukuku da seçmek isteyebilirler. Ya da aralarındaki hukuki ilişki bakımından çok daha gelişmiş hükümler öngören bir hukuk düzenini seçmeyi kendi menfaatlerine uygun görebilirler[173]. Uyuşmazlığı en hızlı ve ucuz şekilde çözüme kavuşturacak bir hukuku seçmeleri de olasıdır[174]. Bir diğer ihtimal de aralarında önceden beri devam eden bir ticarî ilişki bulunan tarafların o ilişkide tercih ettikleri hukuka, yeni kurdukları hukuki ilişkide de başvurmak isteyebilecekleridir[175]. Görüldüğü üzere hukuk seçimi imkânı tarafların farklı amaç ve beklentilerine hizmet etmektedir.

B. Hâkim Bakımından

Taraflarca hukuk seçimi yapılmış olması, uyuşmazlık çıkması halinde hâkime de kolaylık sağlar[176]. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda hâkim bu uyuşmazlığa doğrudan kendi hukukunun maddi hukuk hükümlerini uygulayamaz. Kanunlar ihtilafı hükümlerine göre uygulanacak hukuku tespit etmesi gerekir. Eğer ki taraflar geçerli bir hukuk seçimi yapmış iseler, hâkimin objektif bağlama kurallarına göre sözleşmenin ilişkili olduğu hukuklardan birini tespit etmesi gerekmez. Doğrudan tarafların seçtikleri hukuku uygular. Kural olarak hukuk seçiminde atıf müessesesi söz konusu olmadığından, hâkim seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının yönlendirdiği başka bir hukuk düzeninin tespiti zahmetinden de kurtulmuş olur[177].

---

170 Aslı Bayata Canyaş, "Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 19, S. 3, 2015, s. 9.; Güngör, ***MÖH***, s. 179; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 148.

171 Erik Jayme, "Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies", ***Yearbook of Private International Law***, Vol. 11, 2009, s. 1-2; Necla Öztürk, "Miras Statüsünün Belirlenmesinde İrade Muhtariyetinin Rolü", ***Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 5, S. 1, 2015, s. 188.

172 Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 148.

173 Örneğin deniz sigortası sözleşmelerinde İngiliz hukukunun seçilmesi gibi. Bkz. Bogdan, s. 74.

174 Bayata Canyaş, "Boşanma Davaları", s. 9.

175 Tiryakioğlu, s. 21.

176 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 324; McGuinness, s. 142.

177 Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 148.

Seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerine göre uyuşmazlığı nihai çözüme kavuşturması yeterlidir.

Ayrıca tarafların seçtikleri hukukun hâkimin hukuku olması, hâkim bakımından daha büyük kolaylık sağlar. MÖHUK m. 2/1'e göre hâkimin yetkili yabancı hukukun hükümlerini resen uygulaması gerekir. Bu kapsamda hâkim tarafların seçtikleri hukukun hükümlerini araştırmalı, bu konuda gerekirse tarafların yardımını talep etmelidir. Oysaki tarafların seçtikleri hukuk hâkimin hukuku ise hâkim böyle bir çaba içine girmez ve en iyi bildiği hukuk olan kendi hukukuna göre uyuşmazlığı nihai çözüme kavuşturur[178]. Hukuk seçiminin usul ekonomisine hizmet eden bu yönü, taraflar açısından da bir avantaj yaratır. Zira hâkim uyuşmazlığı kendi hukukuna göre daha hızlı bir şekilde çözüme kavuşturacağından, taraflar da daha kısa sürede sonuç almış olurlar.

IV. HUKUK SEÇİMİNİN ŞARTLARI

"Hukuk Seçimi Anlaşmalarının Genel Esasları" bölüm başlığı altında öncelikle hukuk seçimi anlaşmalarının temelinde yatan irade muhtariyeti ilkesine ilişkin genel açıklamalar yapılmıştır. Ardından sözleşme ilişkileri ve sözleşme dışı hukuki ilişkilerde hukuk seçimine ilişkin milletlerarası düzenlemelerin hazırlık aşamaları ve uygulama alanları hakkında kısa bilgiler verilmiştir. Zira çalışmamız boyunca bu düzenlemelerde yer alan hükümlere de atıfta bulunacağımızdan, bu hükümlerin ne amaçlarla getirildiğinin ve hangi durumlarda uygulanacağının bilinmesi önem arz etmektedir.

Bu başlık ve devam eden başlıklar altında ise Türk hukukundaki ve karşılaştırmalı hukuktaki mevzuat hükümleri, milletlerarası düzenlemeler ve doktrin görüşleri ışığında hukuk seçimi anlaşmalarının şartları, faydaları, yapılış şekli, zamanı, türleri, kapsamı, geçerliliği ve hukuk seçimi anlaşmalarında atıf detaylı olarak incelenecektir. Ancak milli hukuklardaki mevzuat hükümlerine bakıldığında çoğunlukla sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçiminin hüküm ve sonuçlarının detaylı olarak düzenlendiği, bu hüküm ve sonuçların aksi belirtilmedikçe diğer hukuki işlem ve ilişkiler hakkında da uygulandığı görülmektedir. Türk

[178] Cemal Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları***, Beta, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 51; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 148.

hukukunda da MÖHUK m. 24/1-3'te hukuk seçimi konusundaki temel prensipler belirlenmiş olup bu prensipler MÖHUK'un diğer hükümlerinde aksi öngörülmedikçe tüm sözleşme türleri için ve hatta hukuk seçimi imkânının tanındığı haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme ilişkileri için de geçerli olur[179]. Dolayısıyla bu bölüm altında, seçim imkânı tanınan tüm hukuki işlem ya da ilişkileri kapsayacak şekilde, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi bakımından öngörülen genel prensipleri esas alarak değerlendirmelerde bulunacağız. Çeşitli sözleşme türlerinde ve sözleşme dışı hukuki ilişkilerde hukuk seçimine ilişkin özellik arz eden halleri ise ikinci bölümde inceleyeceğiz.

A. Seçim Yapılacak İlişkiye İlişkin Şart: Yabancılık Unsuru

1. Genel Olarak

Taraflar arasındaki hukuki işlem ya da ilişki tek bir hukuk düzeni ile bağlantılı ise bu işlem ya da ilişkiye o hukuk düzenindeki maddi hukuk kuralları (ticaret kanunu, borçlar kanunu, medeni kanun, iş kanunu gibi kanunlarda yer alan maddi kurallar) uygulanır[180]. Örneğin, Adana'da ikamet eden Türk vatandaşı (T), Türk vatandaşı işveren (İ)'ye ait 300 kişinin çalıştığı Adana'daki bir tekstil fabrikasında belirsiz süreli iş sözleşmesi ile 5 yıldır dikiş ustası olarak çalışmaktadır. Ancak (İ), gerekçe göstermeksizin (T)'nin iş sözleşmesini feshetmiştir. (T) Adana mahkemelerinde işe iade davası açmıştır. Bu uyuşmazlığa bakıldığında akla hâkimin hukukundan (Türk hukukundan) başka bir ülke hukukunun uygulanma ihtimali gelmez[181]. Zira uyuşmazlık ne kişi ne konu ne de yer yönünden yabancı bir ülke hukuku ile bağlantı içindedir. Dolayısıyla mahkeme başka bir araştırmaya girmeksizin uyuşmazlığı Türk iş hukuku mevzuatındaki maddi hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturur.

Ancak bazı uyuşmazlıklarda hâkimin hukukundan farklı bir hukukun uygulanması tartışılır[182]. Zira uyuşmazlık konusu hukuki işlem ya da ilişki bir veya birden fazla yabancı hukuk düzeni ile irtibat içindedir. Böyle durumlarda yabancılık

---

179 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 323.

180 Doğan, ***MÖH***, s. 6; Nomer, s. 5.

181 Tarafların objektif açıdan yabancı unsur içermeyen bir hukuki ilişkiye yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmaları ihtimal dâhilindedir. Ancak bu seçimin geçerli olup olmayacağı ve ilişkinin yabancı unsurlu hale gelip gelmeyeceği tartışma konusu olup ileride incelenecektir.

182 Gerhart Husserl, "The Foreign Fact Element in Conflict of Laws", ***Virginia Law Review***, Vol. 26, No. 3, 1940, s. 245.

unsuru/yabancı unsur/milletlerarası unsurun[183] (*foreign element, auslandsberührung, l'élément étranger*) varlığından söz edilir. Yabancılık unsuru kısaca "bir hukuki olay ya da ilişkiyi birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale getiren unsur" olarak tanımlanabilir[184]. Bir hukuki işlem ya da ilişkinin milletlerarası özel hukukun uygulama alanında yer alması için yabancılık unsuru taşıması gerektiği kabul edilmektedir[185]. Diğer bir deyişle yabancılık unsuru milletlerarası özel hukuk kurallarının devreye girebilmesi için aranan bir önkoşuldur[186]. Uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması halinde hâkim doğrudan kendi hukukundaki maddi hukuk kurallarına başvuramaz. Hâkimin bu durumda, kendi ülkesindeki kanunlar ihtilafı kurallarından faydalanarak uyuşmazlığa uygulanacak hukuku tespit etmesi ve nihai çözüme ulaşması gerekir[187]. Bu hukuk hâkimin hukuku (*lex fori*) olabileceği gibi yabancı bir hukuk düzeni de olabilir.

Çeşitli devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarında "yabancılık unsuru" kavramı açıkça kullanılmasa da bu kanunlardaki hükümlerin uygulanabilmesi için hukuki işlem ya da ilişkinin birden fazla hukuk düzeni ile irtibatı aranmaktadır. Dolayısıyla tarafların bu hükümler kapsamında hukuk seçimi yapabilmeleri de aynı koşula tabidir. Türk hukukunda ise açıkça "yabancılık unsuru" kavramı kullanılmıştır (MÖHUK m. 1/1). Ancak bu kanunlarda genel olarak yabancılık unsurunun ya da birden fazla hukuk düzeni ile irtibatın açıklandığı hükümlere yer verilmemektedir[188].

---

183 Bu kullanım için bkz. Doğan, ***MÖH***, s. 6; Nomer, s. 5.

184 Çelikel/Erdem; s. 10; Doğan, ***MÖH***, s. 7; Nomer, s. 5; Laura Magdalena Trocan, "Foreign Element-Distinguishing Factor of Private International Law Rapports to Internal Law Legal Rapports", ***Annals of the Constantin Brancusi University of Targu Jiu Juridical Sciences Series***, 2014(3), s. 70. Ayrıca bkz. Yargıtay 9. HD, 24.11.2020, E. 2020/5619, K. 2020/16557. Bir görüşe göre uluslararası özel ilişkiler ikiye ayrılmaktadır: Yalnızca bir yabancı ülke ile irtibatlı olan ilişkiler nisbi yabancı unsurlu (*relative foreign element*) ilişkiler, birden fazla yabancı ülke hukuku ile irtibatlı ilişkiler ise mutlak yabancı unsurlu (*absolute foreign element*) ilişkilerdir. Bu görüşteki yazarlar yalnızca mutlak yabancı unsurlu ilişkilerin milletlerarası özel hukuk için uygun konu olduğu sonucuna varmaktadırlar. Bkz. Naděžda Rozehnalová, Klára Drličková, **Czech Private International Law**, Masarykova Univerzita, 2015, s. 24. Bize göre yabancı unsurlu ilişkilerin bu şekilde bir ayrıma tabi tutulması gereksizdir. Bir hukuki ilişkinin hâkimin hukuku dışında bir yabancı ülke hukuku ile irtibatlı hale gelmesi o ilişkinin yabancı unsurlu kabul edilerek milletlerarası özel hukukun inceleme alanı içine girmesi için yeterlidir.

185 Doğan, ***MÖH***, s. 6.

186 David Hill, ***Private International Law***, Edinburgh University Press, 2014, s. 1.

187 Doğan, ***MÖH***, s. 5; Nomer, s. 6; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 6.

188 Nadiren de olsa bazı kanunlarda sözleşmesel ilişkilerde hukuk seçimi yapılabilmesi için açıkça "yabancılık unsuru" ya da "milletlerarasılık" şart koşulmuştur. Ayrıca bunların kapsamı da belirlenmiştir. Örneğin Ukrayna kanununda hukuki ilişkinin taraflarından birisinin yabancı gerçek ya da tüzel kişi, vatansız kişi ya da yurtdışında yaşayan bir Ukrayna vatandaşı olması; ilişkinin

Alman Medeni Kanunu'na Giriş Kanunu'nda (*EGBGB*)[189] olayın unsurlarının yabancı bir ülkeyle bağlantılı olduğu hallerde, uygulanacak hukukun milletlerarası özel hukuk bölümündeki hükümler ile belirleneceği öngörülmüştür (m. 3/2). Bu hükümde yabancı unsurun "yabancı bir ülkeyle bağlantılı" olan unsur olduğu anlaşılsa da bu bağlantının hangi hallerde ortaya çıkabileceği açıkça düzenlenmemiştir. Aynı zamanda hüküm, olayın unsurlarının yabancı bir ülkeyle bağlantılı olduğu hallerin yalnızca özel hukuk ilişkilerinde değil milletlerarası kamu hukuku alanında da söz konusu olabileceği gerekçesi ile eleştirilmiştir[190].

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun (*IPRG*) [191] kapsamını düzenleyen 1. maddesinde "yabancı unsur" ifadesi yerine "milletlerarası ilişkiler (*internationalen verhältnis*)" ifadesine yer verilmiştir (m. 1/1). Kanunun "*İsviçre adli ve idari makamlarının yargı yetkisi, uygulanacak hukuk, yabancı kararların tanınması ve tenfizi için gerekli şartlar, iflas ve konkordato anlaşmaları ve tahkim*" olmak üzere milletlerarası ilişkileri düzenlediği öngörülmüştür. Ancak "milletlerarası" kavramı ile kastedilenin ne olduğu açıklanmamıştır.

MÖHUK m. 1/1'e göre: "*Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizi bu Kanunla düzenlenmiştir*". Bu hükümden MÖHUK'taki kanunlar ihtilafı kurallarının -hukuk seçimine ilişkin genel prensipleri öngören m. 24/1-3 dahil- uygulanabilmesi için özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkinin yabancılık unsuru taşıması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak Kanunda yabancılık

---

konusunun yabancı devletin topraklarında bulunması ya da ilişkiyi yaratan, değiştiren veya sona erdiren yasal işlem veya olayın yabancı devletin topraklarında meydana gelmesi hallerinde yabancı unsurun varlığından söz edilir. Uruguay kanununda ise tarafların "milletlerarası" bir sözleşmede hukuk seçimi yapabilecekleri öngörülmüştür. Milletlerarası sözleşme ise tarafların mutad meskenlerinin ya da işyerlerinin farklı devletlerde olduğu ya da birden fazla devletle objektif bağlantıları olan sözleşme olarak tanımlanmıştır (Symeonides**, *Codifying Choice of Law***, s. 116, 117).

189 Alman Medeni Kanunu'na Giriş Kanunu (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche)* 18.08.1896 tarihinde yayımlanmış olup en son değişiklik 24.06.2022 tarihinde yapılmıştır. Orijinal metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/bgbeg/BJNR006049896.html, 14.07.2022. İngilizce çevirisi için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/index.html, 14.07.2022.

190 Gerhard Kegel, ***Internationales Privatrecht***, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 1987, s. 4.

191 *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)* Orjinal metni için bkz. https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/20210101/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-1988-1776_1776_1776-20210101-de-pdf-a.pdf, 06.07.2021. İngilizce metni için bkz. https://www.umbricht.ch/fileadmin/downloads/Swiss_Federal_Code_on_Private_International_Law_CPIL_2017.pdf, 06.07.2021.

unsuru tanımlanmamıştır. Dolayısıyla bu kavramın tanımını ve kapsamını ortaya koymak doktrin ve uygulamaya bırakılmıştır[192].

2. Yabancılık Unsurunun Tespitinde Kullanılan Yöntemler

Aşağıda inceleneceği üzere çeşitli milletlerarası düzenlemelerde de yabancılık unsurunun kapsamının net bir biçimde belirlenemediği ya da bu hususta farklı esasların benimsendiği görülmektedir. Bu nedenle, doktrinde hangi hallerde hukuki işlem ya da ilişkilerin yabancı unsurlu kabul edileceği ve hukuk seçimine imkân tanınacağı konusunda farklı görüşler ortaya konmaktadır. Bu görüşleri temelde üçe ayırarak inceleyebiliriz. "Objektif yöntem" olarak adlandırılan ilk görüşe göre hukuki işlem ya da ilişkinin coğrafi ya da şahsî yönleriyle birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olması halinde yabancılık unsurunun varlığından söz edilir[193]. "Subjektif yöntem" olarak adlandırılan ikinci görüşe göre hukuki işlem ya da ilişki coğrafi ya da şahsî yönleriyle tek bir hukuk düzeni ile bağlantılı olsa dahi taraf iradelerine bağlı

---

192 Bununla birlikte Türk hukukunda ilk defa MTK'da yabancılık unsurunun kapsamı belirlenmiştir. MTK m. 2/1'e göre bir tahkimin milletlerarası olarak nitelendirilebilmesi için uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıması gereklidir. Hangi hallerde yabancılık unsurunun varlığının kabul edileceği ise tek tek sayılmıştır. Bunlar: "*1. Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması. 2. Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin; a) Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden, b) Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden, başka bir devlette bulunması. 3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması. 4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi. 21.1.2000 tarihli ve 4501 sayılı Kanun hükümleri saklıdır."* Bu haller kanunda sınırlı olarak sayılmış olup başka herhangi bir şekilde yabancılık unsurunun gerçekleşmesi mümkün değildir (Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Akıncı, ***Tahkim***, s. 76-86). Ancak MTK'da yabancılık unsurunun tespiti bakımından öngörülen bu haller MÖHUK'un uygulanması bakımından bağlayıcı değildir. Dolayısıyla MÖHUK m. 24/1 anlamında geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasının varlığı için gerekli olan yabancılık unsuru, doğrudan MTK'da sayılan hallerden yola çıkılarak tespit edilemez. Bkz. Berk Demirkol, ***Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk***, Vedat, 2. Baskı, İstanbul, 2014, s. 107 (Yazar MTK'daki yabancılık unsuruna ilişkin hükümlerin MÖHUK bakımından kıyasen uygulanabileceği görüşündedir); Mesut Aygün, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1032. Ancak burada sayılan haller doktrin ve uygulayıcılar için yol gösterici olabilir.

193 Doğan, ***MÖH***, s. 6; Hatice Özdemir Kocasakal, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK M. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", ***MHB***, Yıl 30, S. 1-2, 2010, s. 33; Kropholler, s. 5; Hook, s. 48; Rona Aybay/Esra Dardağan, ***Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı)***, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2008, s. 251; Tekinalp, ***MÖH***, s. 279; Zeynep Derya Tarman, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", ***BATİDER***, 2010, C. XXVI, S. 1, s. 146.

olarak yabancı unsurlu hale gelebilir[194]. "Ekonomik yöntem" olarak adlandırılan ve sözleşmeler alanında geçerli olan üçüncü görüşe göre ise bir sözleşme objektif olarak yabancılık unsuru içermese dahi konusu milletlerarası ticareti ilgilendiriyor veya milletlerarası ticaretin menfaat alanına giriyorsa bu sözleşme milletlerarası sözleşme olarak kabul edilmeli ve hukuk seçimine konu olabilmelidir[195].

a. Objektif Yöntem (Objektif Açıdan Yabancılık Unsuru Arayan Görüş)

Bu görüşe göre bir hukuki işlem ya da ilişkinin yabancı unsurlu kabul edilebilmesi için o hukuki işlem ya da ilişkinin coğrafi ya da şahsî yönleriyle birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı olması gerekir[196]. Diğer bir deyişle hukuki işlem veya ilişkinin objektif açıdan yabancılık unsuru taşıması gerekir. Bu irtibat çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Tarafların tabiiyeti, yerleşim yeri, mutad meskeni, sözleşmenin yapıldığı yer, ifa edileceği yer, malın bulunduğu yer, haksız fiilin işlendiği yer ya da sonuçlarının meydana geldiği yer vb. nedeniyle hukuki ilişki yabancı unsurlu hale gelebilir[197]. Ancak önemle belirtmek gerekir ki hangi hallerde yabancılık unsurunun bulunduğunu önceden ortaya koyan ve bütün hukuki işlem ve ilişkileri kapsayan soyut bir kuralın öngörülmesi mümkün görülmemektedir[198].

---

194 Cüneyt Çilingiroğlu, "Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri", ***MHB***, C. 9, S. 2, 1989, s. 143; Çelikel/Erdem, s. 384; Nomer, s. 324; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 333.

195 Bilgin Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1996, s. 7; Çelikel/Erdem, s. 385; F. Aslı Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi", ***Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 1(1), 2011, s. 111; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 333. Ayrıca bkz. Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 17.

196 Aybay/Dardağan, s. 251; Doğan, ***MÖH***, s. 6; Hook, s. 48; Kropholler, s. 5; Özdemir Kocasakal, "MÖHUK m. 24", s. 33; Tarman, "Hukuk Seçimi" s. 146; Tekinalp, ***MÖH*** s. 279.

197 Akıncı, ***MÖH***, s. 5; Çelikel/Erdem, s. 10; Doğan, ***MÖH***, s. 7; Gülin Güngör, ***Türk Milletlerarası Özel Hukuku***, Yetkin, 2. Bası, Ankara, 2021, s. 31; Nomer, s. 5; Tekinalp, ***MÖH,*** s. 20; Trocan, s. 71. Suriye, İran, Lübnan, Libya, İsrail gibi bazı ülkelerde Müslümanlar, Yahudiler ve Hristiyanlar için ya da farklı mezhepler için farklı özel hukuk düzenlerinin uygulandığı görülürken, Hindistan'da özel hukuk kastlara ve soylara göre ayrılmaktadır (Nomer, s. 28). Bu ülkelerde yürürlükte bulunan farklı hukuk düzenlerinin uygulama alanlarını "şahıslar arası kanunlar ihtilafı kuralları" belirler. Yukarıdaki kriterler bakımından yabancı unsur içeren bir uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan ülke hukukunda bu tarz bir ayrım söz konusu ise hâkimin ayrıca o ülkenin şahıslar arası kanunlar ihtilafı kurallarına göre hangi hukuk düzeninin uygulanacağını tespit etmesi gerekir. Tabiiyet, yerleşim yeri, mutad mesken gibi "din"in de bazı hallerde yabancı unsur oluşturabileceğine ilişkin bkz. Trocan, s. 71.

198 Doğan, ***MÖH***, s. 7; Georges René Delaume, "What is an International Contract an American and Gallic Dilemma", ***International and Comparative Law Quarterly***, 28(2), 1979, s. 262; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 6.

Dolayısıyla hâkimin her somut olayın özelliğine göre yabancılık unsurunun varlığını tespit etmesi gerektiği ifade edilmektedir[199].

Bir hukuki işlem ya da ilişkide yer veya kişi yönünden yabancılık unsuru aşağıdaki şekillerde ortaya çıkabilir[200]:

(i) *Hukuki ilişkinin taraflarından en az birinin yabancı olması*[201]: Örneğin, Türkiye'de İran vatandaşı bir kadın ile Türk vatandaşı bir erkeğin nişanlanması; Hollanda vatandaşı bir yabancının kendisine ait olan Antalya'daki yazlık villayı Rusya vatandaşı bir yabancıya kiralaması; davacının 1 milyon Amerikan Doları değerindeki çekin tahsili için New York'ta bulunan muhatap bankaya dava açması[202], Fransız kanunlarına göre kurulmuş merkezi Fransa'da olan şirket ile Türk şirketi arasındaki tek satıcılık sözleşmesinin Fransız şirketi tarafından feshedilmesi ve Türk şirketinin fesih bildirimin geçersizliği ve tazminat talebiyle dava açması[203].

---

199 Doğan, ***MÖH***, s. 7.

200 Ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, s. 7-10; Doğan, ***MÖH***, s. 7; McGuinness, s. 131, dn. 12; Tekinalp, ***MÖH***, s. 20.

201 Taraflardan birisinin yabancı olduğu ancak diğer tüm yönleriyle ulusal karakterdeki bir ilişkinin yabancı unsur içermediği görüşüne ilişkin karşılaştırmalı hukukta verilen bir örnekte, her ikisi de ABD eyaleti Maryland'de ikamet eden bir Amerikan vatandaşı ile bir yerleşik yabancı otomobil satımı konusunda anlaşırlar. Sözleşmenin imzalanması, malın teslimi ve ödeme işlemleri Maryland'de gerçekleşir. Otomobili satın alan yabancı, satıcı Amerikan vatandaşının yakıt tüketimi ile ilgili yanlış beyanlarda bulunduğu gerekçesiyle dava açar. Bu olayda yabancı unsurun bulunmadığı savunulmaktadır. Zira davacının yabancı olmasının dava sebebi ile bir ilgisi yoktur. Bkz. Husserl, s. 269. Türk doktrininde tabiiyetin tek başına yabancı unsurun varlığı için yeterli kabul edilemeyeceğine ilişkin görüşler için bkz. Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 12; Demirkol, s. 111 ve 113; Hatice Özdemir Kocasakal, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları", ***İstanbul Barosu Dergisi***, C. 73, S. 10-11, s. 938-941. Ayrıca bkz. Gözde Murtaz, ***Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler***, Yetkin, Ankara, 2020, s. 17.

202 Örneğe konu olan davada muhatabı ABD tabiiyetinde bulunan çekin tahsili talep edilmiş, ilk derece mahkemesi Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak yabancı hukuku tespit etmeksizin davayı Türk hukukuna göre karara bağlamış, Yargıtay muhatabı yabancı olan aynı zamanda keşidecisi de Amerikan vatandaşı olan çek nedeniyle çıkan uyuşmazlığın yabancı unsurlu olduğuna, ilk derece mahkemesinin uygulanacak yabancı hukuku re'sen tespit ederek davacının dava hakkının bulunup bulunmadığına karar vermesi gerektiğine hükmederek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Bkz. 11. HD, 18.05.2004, E. 2003/9984, K. 2004/5573.

203 Yargıtay HGK, 10.10.2019, E. 2017/143, K. 2019/1055.

(ii) *Hukuki ilişkinin taraflarından en az birisinin ikametgâhının ya da mutad meskeninin*[204] *yabancı bir ülkede olması*[205]: Örneğin, mutad meskeni Bulgaristan'da

---

[204] Yerleşim yeri (*domicile, résidence, aufhenthaltsort/residenz*) ile mutad mesken *(habitual residence, résidence habituelle, gewöhnliche Aufenthalt*) farklı kavramlardır. Türk hukukuna göre yerleşim yeri kural olarak bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 19-22.11.2001 tarihli Kanun- RG. 08.12.2001-24607). Yerleşim yerinin tespitinde kişinin "sürekli kalma niyeti" diğer bir deyişle "yerleşme niyeti" önem arz eder. Yerleşim yeri hukuki bir kavramdır. Pozitif düzenlemelerde tanımı yapılmamış olan ve "olağan oturma yeri" olarak da anılan mutad mesken ise hukuki bir kavram olmayıp fiili durumu gösterir. Bir vakıadır. Bu nedenle bir takım maddi delillerle ispatlanabilir. Mutad mesken kişinin "*fiilen oturduğu yer*", "*hayat ilişkilerinin merkezi olan yer*", "*yaşamının ağırlık merkezi olan yer*" gibi farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Mutad meskende aranan fiili oturma geçici olmamakla birlikte yerleşim yeri kavramındaki gibi yerleşme niyeti de taşımaz. (Bu bilgiler için ayrıca bkz. Çelikel, Erdem, s. 187, 188; Doğan, ***MÖH***, s. 217-219; Nomer, s. 120; Tekinalp, ***MÖH,*** s. 57; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 40, 41) HMK'nın teminat zorunluluğu getiren 84. maddenin gerekçesinde ise mutad mesken *"tüm hayat ilişkilerinin belirli bir coğrafi alanda yoğunlaşması"* şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), m. 89", (Erişim) https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf, 30.03.2021.

[205] Eski tarihli bir Yargıtay kararına konu olayda İsviçre vatandaşı bir kadın ile evli olan Türk vatandaşı erkek, İsviçre kanunlarına göre karısının soyadını almış ve kullanmaktadır. Davacı, İsviçre Medeni Kanunu hükümlerini gerekçe göstererek Türkiye'deki kayıtlarda "Kırgız" olan soyadının, karısının soyadı olan "*Vollenweider*" olarak değiştirilmesi talebiyle Türk mahkemesinde dava açmıştır. İlk derece mahkemesi uyuşmazlığı yabancı unsurlu olarak nitelendirmiş ve 2675 sayılı MÖHUK uyarınca davacının yerleşim yeri hukuku olan İsviçre hukukunu uygulayarak soyadı değişikliğine karar vermiştir. Yargıtay temyiz incelenmesi neticesinde, Türk vatandaşı davacı ile davalı Nüfus Müdürlüğü arasındaki uyuşmazlığın yabancı unsur taşımadığına, buna ek olarak kocanın kadının soyadını taşımasının Türk Medeni Kanunu'nun emredici hükümlerine ve Türk kamu düzenine aykırı olduğuna, dolayısıyla bu uyuşmazlıkta Devletler Özel Hukuku hükümlerinin uygulanamayacağına, Türk Medeni Kanunu hükümlerine uygun olarak davanın reddedilmesi gerektiğine hükmederek ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Öncelikle yabancı ülke hukukunun olaya uygulanacak hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına engel değildir. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda hâkim öncelikle Türk kanunlar ihtilafı hükümleri gereğince olaya uygulanacak hukuku tespit eder. Ardından yabancı hukuk hükmünün kamu düzenine açıkça aykırı olduğuna kanaat getirirse MÖHUK m. 5 (2675 sayılı MÖHUK m. 5) uyarınca bu hükmü uygulamaz, gerekli görürse Türk hukukunu uygular. (Türk vatandaşı kocanın yabancı karısının soyadını taşımasının kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmediği ayrı bir tartışma konusu olup çalışmamızın inceleme kapsamını aşmaktadır. Bu konuda bkz. Emre Esen, "Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler", ***MHB***, C. 24, S. 1-2, 439-450). Ayrıca Yargıtay'ın "*Yabancılık unsurunun varlığı, uyuşmazlığın niteliğine ve tarafların kimliklerine göre belirlenir. Davada uyuşmazlık konusu olan husus, soyadı değişikliği; ileri sürülen hukuki dayanak da davacının eşi ile birlikte oturduğu İsviçre'de erkeğin, evlendiği eşinin soyadını kullanabileceğine dair uygulamadır. Davacının eski soyadını kullanması konusunda eşi ile ya da ikametgahındaki makam ve kuruluşlarla herhangi bir ihtilafı yoktur*" gerekçesi ile uyuşmazlığın yabancılık unsur taşımadığı şeklindeki tespitine de katılmak mümkün değildir. Zira uyuşmazlığın konusu olan soyadı değişikliği talebi, eşlerden birinin İsviçre vatandaşı olduğu yabancı unsurlu bir evliliğe dayalı olarak yapılmaktadır. Uyuşmazlığın taraflarının yabancı olmaması tek başına uyuşmazlığın yabancı unsurlu olmadığını söylemek için yeterli değildir. Ayrıca Türk vatandaşı olan davacı İsviçre'de ikamet etmektedir. Görüldüğü üzere uyuşmazlık yalnızca Türk hukuku ile değil İsviçre hukuku ile de irtibat halindedir. Dolayısıyla bu uyuşmazlığın yabancı unsur içerdiği açıktır (Esen, s. 442, 443, Zeynep Derya Tarman, "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'daki Boşluk: Ada Uygulanacak Hukuk", ***AÜHFD***, C. 66, S. 2, s. 484). Karar için bkz. 18. HD, 25.02.1997, E. 1997/288, K. 1997/1496.

olan ve geçim sıkıntısı içinde olan Türk vatandaşı kişinin, Türkiye'de ikamet eden Türk vatandaşı oğluna karşı yardım nafakası talebiyle dava açması.

(iii) *Uyuşmazlık konusu hukuki işlemin yabancı bir ülkede yapılması*: Örneğin, Türk vatandaşı murisin Avusturya'da yaptığı yazılı vasiyetnamenin kanuni mirasçıları tarafından şekle aykırılık nedeniyle iptalinin istenmesi.

(iv) *Uyuşmazlık konusu şeyin yabancı ülkede bulunması*: Örneğin, tekstil işiyle uğraşan Türk vatandaşı tacir ile İtalya'daki bir şirketin temsilciliğini yapan Türk vatandaşının, İtalya'da üretilen kadife kumaşların Türkiye'de satımı konusunda anlaşmaları.

(v) *Sözleşmenin ifa yerinin yabancı bir ülke olmas*ı: Örneğin, Türk vatandaşı işçi ile işveren arasında imzalanan iş sözleşmesi gereğince işçinin Cezayir'de kepçe operatörü olarak çalışması.

(vi) *Haksız fiilin yabancı ülkede işlenmiş olması:* Örneğin, tatil yapmak amacıyla gittiği İtalya'da bir jet ski kiralayan Türk vatandaşının, İtalya'nın kara sularında yüzen bir kişiye çarpması ve yaralaması.

Bu görüşe göre objektif açıdan yabancılık unsuru taşımayan hukuki işlem ya da ilişkilerde hukuk seçimi yapılması da mümkün değildir[206]. Dolayısıyla taraflar aralarındaki hukuki işlem ya da ilişkiye yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmak suretiyle o işlem ya da ilişkiyi yabancı unsurlu hale getiremezler[207].

Milletlerarası mal satış sözleşmeleri hakkında uygulanan Lahey Satış Sözleşmesi'nde objektif yöntemin benimsendiği görülmektedir[208]. Sözleşme'nin

---

206 Aybay/Dardağan, s. 251; Doğan, ***MÖH***, s. 6; Kropholler, s. 5; Necip Kocayusufpaşaoğlu, "Devletler Hususî Hukukunda, Tarafların Sükûtu Halinde Akidlere Tatbik Edilecek Kanun", ***İÜHFM***, C. 21, S. 1-4, 1957, s. 388 (dn. 108a); Özdemir Kocasakal, "MÖHUK m. 24", s. 33; Tarman, "Hukuk Seçimi" s. 146; Tekinalp, ***MÖH***, s. 279.

207 Bu görüşün dayanaklarına subjektif yönteme yöneltilen eleştiriler kapsamında değineceğiz. Bkz. ***Birinci Bölüm, IV. A. 2. b.***

208 Türkiye'nin de taraf olduğu 11 Nisan 1980 tarihli, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Satım Sözleşmesi-*CISG*)[208] uygulama alanını düzenleyen 1. maddesinde de "işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satım sözleşmesi" milletlerarası olarak nitelendirilmiştir (m. 1/1). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. 07.04.2010 tarih ve 27545 sayılı Resmî Gazete. Bölgesel bir düzenleme olan 17 Mart 1994 tarihli Milletlerarası Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkında Amerika Kıtası Sözleşmesi'nde ("Meksika Sözleşmesi" olarak anılacak) de bu esas benimsenmiştir: "*Tarafların mutad meskenleri ya da işyerleri farklı taraf devletlerde bulunuyorsa veya sözleşmenin birden fazla taraf devlet ile*

kapsamını düzenleyen 1. maddede sözleşmenin iki durumdan birinin gerçekleşmesi halinde uygulanacağı belirtilmiştir. Birincisi satım sözleşmesinin "işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasında" yapılmış olmasıdır (m. 1-a). Bu hüküm ile satım sözleşmesinde yabancılık unsuru tarafların işyerlerinden hareketle belirlenmiştir. İkinci durum ise satım sözleşmesinin "farklı devlet hukukları arasında bir seçim yapmayı gerektirmesi"dir. Ancak bunun için yetki ya da tahkim anlaşması ile birlikte bulunsa dahi tarafların hukuk seçiminin tek başına yeterli olmayacağı belirtilmiştir (m. 1-b)[209]. Dolayısıyla Lahey Satış Sözleşmesi'ne göre taraflar coğrafi ya da şahsî yönleriyle yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşmeyi hukuk seçimi yaparak yabancı unsurlu hale getiremezler.

b. Subjektif Yöntem (Yabancı Bir Hukuk Düzeninin Seçimini Yeterli Gören Görüş)

Bu görüşe göre hukuki işlem ya da ilişki coğrafi ya da şahsî yönleriyle herhangi bir yabancı hukuk düzeni ile irtibat halinde bulunmuyor olsa dahi taraflar hukuk seçimi yapabilirler[210]. Taraflara hukuk seçimi yoluyla milletlerarası özel hukukta bir bağlama kuralı tesis etme yetkisi verildiğinden salt taraf iradelerinin hukuki işlem ya da ilişkiyi yabancı unsurlu hale getirdiği ifade edilmektedir[211]. Özellikle irade muhtariyetinin en temel esas olduğu borç sözleşmelerinde bu tarz bir yaklaşımın benimsenmesi bu sözleşmelerin mahiyetine ve irade muhtariyetini düzenleyen kanun hükümlerinin ruhuna daha uygun görülmektedir[212]. Bu görüşten hareketle örneğin, Türk vatandaşı tacir (A), Türkiye'de üretmiş olduğu salçaları Rusya'ya ihraç etmektedir. (A) ile Ankara-Ayaş'ta çiftçilik yapan Türk vatandaşı (B), (B)'nin yetiştirmekte olduğu ve bir ay sonra hasadını yapacağı 1 ton domatesin (A)'ya satılması hususunda anlaşırlar. (A) ile (B) arasındaki satım sözleşmesi bakımından herhangi bir yabancılık unsuru bulunmamaktadır. Ancak subjektif yöntemin esas alınması halinde (A) ile (B)'nin

---

objektif bağları varsa bu sözleşme milletlerarasıdır" (m. 1/2). Sözleşme, üye devletlerde uluslararası özel hukukun yeknesaklaştırılması amacıyla hareket eden Amerikan Devletler Örgütü (*Organization of American States*) tarafından Meksika'da kabul edilmiştir. Sözleşme metni için bkz. "Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts", http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-56.html, 26.04.2021.

209 Hükümlerin incelemesi için bkz. Tiryakioğlu, "La Haye Sözleşmesi", s. 123.

210 Cüneyt Çilingiroğlu, Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri, ***MHB***, C. 9, S. 2, 1989, s. 143; Çelikel/Erdem, s.10, s. 384; Nomer, s. 324; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 333.

211 Çelikel/Erdem, s. 384.

212 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 334.

sözleşmeden doğan uyuşmazlıklara Rusya hukukunun ya da başka bir yabancı hukukun uygulanmasını kararlaştırmaları mümkündür. Zira yabancı hukukun seçilmesi ile (A) ile (B) arasındaki ilişki yabancı unsurlu hale gelir ve MÖHUK'un uygulama alanına girer.

Subjektif yöntem, kanunlar ihtilafı alanında irade muhtariyetinin mutlak şekilde geçerli olduğu fikrine dayanmaktadır. *Nomer*, iç hukuktaki sözleşme özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların (TBK m. 19, 20) yalnızca Türk hukukuna tabi olan, yani sözleşme statüsü olarak Türk borçlar hukukunun uygulanmasının söz konusu olduğu sözleşmeler için geçerli olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, taraflara serbestçe hukuk seçimi imkânı tanıyan MÖHUK'un 24. maddesi uygulanacak hukukun seçiminde herhangi bir sınırlama öngörmemekte, yani sınırsız bir serbesti tanımaktadır. Bu kapsamda, hukuk seçimi yapılabilmesi için sözleşmenin objektif olarak yabancı unsur taşıması gerekmez. Zira tarafların hukuk seçimi yönündeki iradeleri bir kanunlar ihtilafı kuralı halini alır ve ilişki yabancı unsurlu hale gelir[213]. Aynı görüşteki *Şanlı, Esen ve Ataman* da Türk hukukunda yabancılık unsurunun mutlaka objektif mahiyet taşımasını öngören yasal bir düzenleme bulunmadığını ifade etmektedirler. Yazarlar yabancılık unsuru içermeyen ilişkilerde taraflara hukuk seçimi imkânı tanınmasının suistimal edilmesini engelleyecek mekanizmalar bulunduğundan, tarafların özgür iradelerinin önüne geçilmemesi gerektiğini savunmaktadırlar[214]. Doktrindeki bu görüşlere paralel olarak Yargıtay'ın da tarafların aralarındaki yabancı unsur taşımayan hukuki ilişkiye yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırabilecekleri yönünde kararları bulunmaktadır[215].

---

213 Nomer, s. 323, 324.

214 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 334 (Bu mekanizmalar sosyal içerikli sözleşmelerde hukuk seçiminin sınırlandırılması ve yabancı hukukun uygulanmasında kamu düzeni müdahalesidir).

215 *"Taraflar arasındaki sözleşmenin düzenlendiği tarihte yürürlükte olan 1086 sayılı HUMK'nın 76. maddesinde uyuşmazlıkta Türk Hukuku'nun uygulanması gerektiği gösterilmiş ise de, aynı maddenin devam eden hükümlerine göre Türk vatandaşları arasında özel hukuk sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yabancı hukukun uygulanmasını yasaklayıcı bir düzenleme bulunmamakta olup, yabancı hukukun uygulanması gerektiğinde bu iddiada bulunan tarafa, o kanun hükmünü ispat yükümlülüğü getirilmektedir(...)5718 sayılı Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'un 24/1. maddesinde ise "Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir. Sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir." hükmü getirilmiştir. Yasanın bu hükmü, özel hukuk sözleşmelerinde tarafların, hâkimin hukukunda (lex fori) kamu düzenine açıkça aykırılık içermeyen hükümlerin serbestçe konulabileceğine ilişkin ilkeye de uygundur. Yabancı hukukun uygulanması ve tarafların bu konuda sözleşmeye hüküm koymaları için sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi koşulu da bulunmamaktadır."* Bkz. 15. HD, 03.11.2016, E. 2016/3365, K. 2016/4525. Aynı yönde bkz. 11. HD, 07.12.2006, E. 2006/8585, K. 2006/12877 (Kararın

Coğrafi ve şahsî yönleriyle yabancı bir hukuk düzeni ile irtibatı bulunmayan, tamamen iç hukuka ait bir hukuki işlem ya da ilişkide tarafların hukuk seçimi yapmaları sıkça karşılaşılabilecek bir durum değildir. Ancak bazen tarafların, ilişkileriyle hiçbir ilgisi bulunmasa da o ilişki bakımından gelişmiş hükümlere sahip bir ülke hukukunu seçmek istemeleri de mümkündür. Örneğin deniz sigorta sözleşmeleri ya da navlun sözleşmeleri bakımından İngiliz hukukunun seçilmesi gibi[216]. Bu tarz durumlar bakımından subjektif yöntemin benimsenmesinin taraf menfaatlerine uygun düşeceği yadsınamaz.

Objektif yöntemi savunan yazarlara göre ise hukuki işlem ya da ilişki objektif açıdan yabancılık unsuru taşımıyorsa taraflar yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştıramazlar[217]. Zira bu ilişki kanunlar ihtilafı hukukunun uygulama alanında yer almaz[218]. Bir başka deyişle yalnızca taraf iradeleri ilişkiyi yabancı unsurlu hale getirmez[219]. Aksinin kabulü halinde hiçbir yabancı hukuk düzeni ile irtibatı olmayan hukuki ilişkiler, sırf hukuk seçimi nedeniyle emredici hükümleri de dahil olmak üzere yabancı bir hukuka tabi olur. Bu durum tarafların en yakın ilişki içinde oldukları hukuku bizzat kendi iradeleri ile bertaraf etmelerine izin verilmiş olacağı gerekçesi ile eleştirilmektedir[220]. Ayrıca tarafların tamamen milli karakterli uyuşmazlıklarda hukuk seçimi yapmalarına imkân tanınması o hukuk düzeninde öngörülmüş olan emredici

---

incelemesi için bkz. Aysel Çelikel/Ergin Nomer/Faruk Kerem Giray/Emre Esen, ***Milletlerarası Özel hukuk Pratik Çalışma Kitabı***, Beta, 15. Baskı, İstanbul, 2020, s. 286). Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, borç ilişkisine uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olmasını yabancı unsurun kabulü için yeterli görmüştür. Bkz. HGK, 06.05.1998, E. 1998/12-287, K. 1998/325.

216 Michael Bogdan, ***Private International Law as Component of the Law of the Forum***, Vol. 13, Martinus Nijhoff Publishers, s. 74; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 152. Böyle bir durum için *Alibaba*'nın vermiş olduğu somut bir örneği aynen aktarıyoruz: "*Scotmotors (Plant Hire) Ltd. v Dundee Petrosea Ltd. davasında, sözleşmenin tarafları olan iki İskoç 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"* (Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 19, 20, dn. 61).

217 Aybay/Dardağan, s. 250; Demirkol, s. 94; Doğan**, *MÖH***, s. 8 (dn. 12), s. 400; Kocayusufpaşaoğlu, s. 388 (dn. 108a); Kropholler s. 5; Özdemir Kocasakal, "MÖHUK m. 24", s 33; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 146.

218 *"Bir uyuşmazlığın kanunlar ihtilafı hukukunun kapsamına girebilmesi için o uyuşmazlığın yabancı unsur içermesi gerekir. Yabancı unsur, hukuki işlemi bir devletin hukuk düzeni dışında, en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hâle getiren unsurdur. Yabancı unsur, şahıs bakımından ve yer bakımından ortaya çıkabilir. Şahıs bakımından yabancı unsur, kişinin tabiiyet durumuna, yer bakımından yabancı unsur hukuki ilişkinin hâkimin bulunduğu devletin dışında gerçekleşmesiyle ortaya çıkar"* Yargıtay HGK, 26.03.2019, E. 2017/367, K. 2019/350.

219 Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 116. Yazar yabancı unsurun varlığını "*internationaliy*" (milletlerarasılık) kavramı ile açıklamaktadır.

220 Murtaz, s. 30; Özdemir Kocasakal, "MÖHUK m. 24", s. 33

kuralların hiçbir anlam taşımaması sonucunu doğuracağından olumsuz karşılanmaktadır[221]. *Doğan*'a göre yabancı unsur taşımayan bir hukuki ilişkide taraflar yabancı hukukun uygulanmasını kararlaştırmışlarsa, taraf iradelerine ancak TBK'nın (TBK m. 26-27) çizmiş olduğu sınırlar içinde geçerlik tanınabilir[222]. Yani kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olmadıkça taraflar kendileri hüküm koyabilecekleri gibi yabancı bir ülke hukukunun hükümlerinin de uygulanmasını kararlaştırabilir. Böyle bir durumda, hâkimin hukukunun emredici hükümleri uygulanmaya devam edeceğinden teknik anlamda bir hukuk seçiminden de bahsedilemeyecektir[223]. Nitekim Roma I Tüzüğü'nde de bu esas benimsenmiştir. Tüzük m. 3/3'e göre sözleşmenin seçim anındaki tüm unsurlarının seçilen hukuktan başka bir ülke hukuku ile ilişkili olması halinde hukuk seçimi, bu ülke hukukunun taraflarca aksi kararlaştırılamayacak hükümlerinin (emredici hükümlerinin)[224] uygulanmasına halel getirmez[225].

Her ne kadar yukarıda bahsi geçen bazı durumlarda subjektif yöntemin tercih edilmesinin taraf menfaatlerine uygun düşeceğini ifade etmiş olsak da MÖHUK hükümleri açısından değerlendirildiğinde biz de objektif yöntemin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Zira MÖHUK'un "Kapsam" başlıklı 1. maddesinde "*yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk*" un bu Kanunla düzenlendiği öngörülmüştür. Bu hükümden anlaşılmaktadır ki,

---

221 Demirkol, s. 95.

222 Doğan, ***MÖH***, s. 400.

223 Doğan, ***MÖH***, s. 400; Özdemir Kocasakal, "MÖHUK m. 24", s. 33. Karşılaştırmalı hukuktaki aynı yönde bir görüşe göre tüm unsurlarıyla İngiliz hukukunu ilgilendiren bir sözleşmede İtalyan hukuku seçilmiş olsa dahi taraflar İngiliz hukukunun emredici hükümleri ile bağlı kalmaya devam ederler. Bkz. Peter Kincaid, "Rationalising Contract Choice Of Law Rules", ***Otoga Law Review***, Vol. 8, No. 1, 1993, s. 99.

224 Tüzük metninde "diğer ülkenin anlaşma ile bertaraf edilemeyecek hükümleri" *(provisions of the law of that other country which cannot be derogated from by agreement*) ifadesi kullanılmıştır. Biz bu ifadeye Çelikel ve Erdem'in çevirisine de uygun olarak "emredici hükümler" olarak yer vermeyi uygun görüyoruz (Çelikel/Erdem, s. 387). Ancak Roma Sözleşmesi m. 3/3'te kullanılan "*mandatory rules* (emredici kurallar)" kavramına Tüzük'te bilinçli olarak yer verilmemiştir (Bkz. Roma I Tüzüğü, Dibace, 37. Paragraf). Öngörülen bu farklılığın sebeplerine burada yer vermeyeceğiz. Bu hususta bir inceleme için bkz. Aslı Bayata Canyaş***, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural,*** Adalet, Ankara, 2012, s. 15, 16.

225 Benzer hükümler Roma Sözleşmesi m. 3/3, Roma II Tüzüğü m. 14/2'de yer almaktadır. Rome III Tüzüğü'nde ise bu tarz bir hüküm yer almamaktadır. Tarafların Roma III Tüzüğü uyarınca tek bir ülke hukuku ile irtibatlı ilişkilerine yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırarak boşanma veya ayrılığı yabancı unsurlu hale getirebilecekleri ifade edilmektedir (Aude Fiorini, "Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation Enhanced Cooperation As the Way Forward", ***International and Comparative Law Quarterly***, 59(4), 2010, s. 1155; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 520; Franzina, s. 104).

MÖHUK'ta öngörülen bütün kanunlar ihtilafı kuralları ancak yabancı unsur taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkiler hakkında uygulanabilir. Yani MÖHUK m. 1, kanundaki tüm kuralları kapsayıcı bir niteliğe sahip olduğundan yabancılık unsurunun hukuk seçiminin bir koşulu olduğu sonucuna varmak için bunun hukuk seçimini öngören m. 24'te ayrıca öngörülmesine gerek yoktur. Nasıl ki kanunda yer alan objektif bağlama kurallarının uygulanabilmesi için yabancı unsur gerekliyse hukuk seçimi yapılabilmesi için de yabancı unsur gereklidir. Bir hukuki olay ya da ilişkinin, tarafların hukuk seçimi ile birden fazla hukuk düzeni ile irtibatlı hale geldiği buna bağlı olarak yabancı unsur şartının gerçekleştiği şeklindeki görüşe katılmak mümkün görünmemektedir. Zira bu yaklaşımla hareket edilirse kanun koyucunun hukuk seçiminin ön şartı olarak öngördüğü yabancı unsurun varlığı hukuk seçiminin sonucu haline gelmektedir[226]. Böyle bir durum ise hukuk mantığı ile örtüşmemektedir. Ayrıca güçlü bir gerekçe olmamakla birlikte coğrafi ya da şahsî yönleriyle tamamen Türk hukuku ile bağlantılı hukuki ilişkilerde tarafların yabancı bir hukuk düzenini seçmeleri Türk hukukuna güvensizlik duyulduğu şeklinde değerlendirilebileceğinden objektif yöntemin benimsenmesi daha uygun görünmektedir.

c. Ekonomik Yöntem (Sözleşmenin Ekonomik Karakterini Belirleyici Olarak Gören Görüş)

Milletlerarası özel hukuk doktrininde, son dönemde ortaya çıkan yaklaşıma göre konusu milletlerarası ticareti ilgilendiren veya milletlerarası ticaretin menfaat alanına giren sözleşmeler milletlerarası kabul edilmelidir. Bu yaklaşıma göre bir sözleşmeye milletlerarası nitelik kazandıran onun ekonomik karakteri olup objektif olarak yabancı unsur içermesine gerek yoktur. Dolayısıyla bu sözleşmeler yabancı unsur içermeseler dahi milletlerarası kabul edildiklerinden hukuk seçimine de konu olabilirler[227].

Sözleşmenin ekonomik yönünü ön plana çıkaran bu yaklaşımın özellikle Fransız hukukunda etkileri görülmektedir. Bu hukuk düzeninde milletlerarası sözleşmeleri tanımlamak için kullanılan kriterlerin temelinin zaman içinde önemli

---

226 Aynı doğrultuda bkz. Özdemir Kocasakal, "MÖHUK m. 24", s. 33.

227 Akıncı, ***Tahkim***, s. 85; Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 17; Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s. 111; Çelikel/Erdem, s. 385; Doğan, ***MÖH***, s. 7; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 333; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 7.

ölçüde değişikliğe uğradığı görülmektedir[228]. Eski Fransız yargı kararlarında bir sözleşmenin sınır ötesi para veya mal şeklindeki ekonomik değerlerin karşılıklı transferini (*flux et reflux*) konu edinmesi ve yalnızca bir tarafının Fransız olması halinde bu sözleşmenin "milletlerarası" nitelikte olduğuna hükmedilmekteydi[229]. Ancak zaman içinde geleneksel görüşün yerini alan yeni yaklaşıma göre bir sözleşme "milletlerarası ticaretin çıkarlarını" etkilediği ölçüde milletlerarası unsurlu olarak kabul edilmeye başlamıştır. Bu kapsamda sözleşmenin ağırlık merkezinin Fransa'da ya da yabancı bir ülkede olması önem arz etmez[230]. Mahkemeler işlemin milletlerarası niteliğini belirlendikten sonra, artık tarafların her ikisinin de Fransız tabiiyetlerini dikkate almamıştır[231]. Fransız Yargıtayı Hollandalı bir şirketin yan kuruluşu olan bir Fransız şirketi ile bir Fransız tacir arasındaki sözleşmeyi milletlerarası ticaretin çıkarlarını ilgilendirdiği gerekçesiyle milletlerarası unsurlu sözleşme olarak kabul etmiştir[232].

Türk yargı kararlarına bakıldığında ise milletlerarası ticari menfaatleri ilgilendiren işlem ve ilişkilerde hukuk seçimi yapılabileceğine ilişkin bir değerlendirmeye henüz rastlanmamaktadır. Ancak bu yöndeki görüş doktrinde giderek yaygınlaşmaktadır. Bu noktada, konuyu somutlaştırmak adına *Doğan*'ın vermiş olduğu örneği aktarmayı uygun görüyoruz[233]: Türkiye'de açılan milletlerarası bir ihalede ihale şartı olarak, katılacak kişilerden Türk bankalarından alınmış bir teminat mektubu temin edilmesi öngörülmüş, ihaleyi kazanan yabancı firma bir Türk bankasından lehine teminat mektubu verilmesini talep etmiş ve banka, Türk vatandaşı muhataba teminat mektubu vermiştir. Bu olayda Türk bankasının Türk muhataba verdiği teminat mektubunda klasik anlayışa göre yabancılık unsurunun bulunmadığı kabul edilmelidir. Ancak *Doğan*'a göre, teminat mektubu ilişkisi klâsik manada yabancı unsur taşımasa bile milletlerarası ticaretin menfaatlerine hizmet ediyorsa milletlerarası niteliğe sahiptir ve yabancı unsurlu borç ilişkisinin varlığından söz

---

228 Delaume, s. 269.

229 Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 17; Delaume, s. 269.

230 Delaume, s. 269.

231 Delaume, s. 266.

232 Benzer şekilde bir İsviçre şirketinin bir Fransız yan kuruluşu aracılığıyla bir Fransız'a baskı makinasını İsviçre frangı üzerinden sattığı sözleşmeyi, bir Fransız bankasının Fransız sermaye piyasasında topladığı fonları yurt dışında kullanmasını "yerel ekonominin sınırlarını" aştığı gerekçesiyle milletlerarası unsurlu olarak değerlendirmiştir (Delaume, s. 265). Ayrıca bkz. Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 17).

233 Vahit Doğan, ***Teminat Mektupları***, Savaş, 6. Baskı, Ankara, 2020, s. 201, 202.

edilebilir[234]. *Sargın*'a göre ise tarafları aynı devlet vatandaşı olan, sözleşmenin o ülke içerisinde akdedilip ifa edildiği, mal veya hizmetlerin o ülkede pazara sürüldüğü, ödemelerin yine aynı ülkede yapıldığı, hammadde, sermaye ve işgücünün aynı ülkeden sağlandığı; bunlara rağmen milletlerarası ticareti etkileyen bir sözleşmenin ortaya çıkması oldukça güç görünmektedir[235]. Ancak uygulamada yabancı yatırımcıların Türkiye'de Türk şirketleri kurarak faaliyet gösterdiği ve bunların kurduğu ticari ilişkilerin yerel ilişkilerden farklı özelliklere sahip olup milletlerarası ticareti ilgilendirdiği ifade edilmektedir. Ayrıca aynı durumun çeşitli projelerin gerçekleştirilmesinde milletlerarası yatırım kurumları veya yabancı bankalardan kredi veya teminat mektupları alınmasında da geçerli olduğu; dolayısıyla bu gibi ilişkilerin "milletlerarası" olarak kabul edilmesinin yabancı yatırımları Türkiye'ye çekmek adına faydalı olacağı haklı olarak savunulmaktadır[236].

Yukarıdaki açıklamalar neticesinde görülmektedir ki Türk hukuku dahil olmak üzere milli ve milletlerarası düzenlemelerde yabancı unsurun hangi kriterlere göre tespit edileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığı gibi doktrinde ve uygulamada görüş birliği de sağlanamamıştır. Öyle görünüyor ki milletlerarası hukuki işlem ya da ilişkilerin her birinin kendilerine özgü ve karmaşık yapısı göz önünde bulundurulduğunda bu hususta genel ve soyut kuralların oluşturulması da güçtür. Dolayısıyla uygulayıcıların her somut olayın özelliklerine göre taraf iradelerini ve

---

234 Doğan, ***Teminat Mektupları***, s. 202. Yazar'a göre Türk firmalarının Türkiye'de açılan milletlerarası ihalelere katılmaları ve ihaleleri almaları halinde hem asıl sözleşme hem de teminat mektubu sözleşmesi yabancılık unsuru taşımamasına rağmen milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendirdiğinden yabancı unsurlu kabul edilmelidir.

235 Fügen Sargın, ***Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk***, Turhan, Ankara, 2002, s. 183. Ayrıca bkz. Bahar Ceyda Süral, ***Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri***, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008, s. 10.

236 Süral, s. 10; Akıncı, ***Tahkim***, s. 83.

milletlerarası özel hukuk adaletini[237] gözeterek hukuki işlem ya da ilişki hakkında tespitte bulunması gerekir[238].

B. Seçilen Hukuka İlişkin Şartlar

1. Seçilen Hukukun Belirli Bir Devletin Hukuku Olması

Özel hukuk kökenli hukuki işlem ve ilişkilerde taraflara tanınan irade muhtariyetinin çeşitli sınırlarının olduğuna yukarıda değinilmişti. İrade muhtariyeti ilkesinin kanunlar ihtilafı alanındaki görünümü olan hukuk seçimi anlaşmalarının sınırlamalara tabi olup olmaması gerektiği tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı görüş olması gerektiği yönündedir[239]. Elbette ki hukuk seçiminin hangi sınırlamalara tabi olduğu hususunda da tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalardan birisi de seçilen hukukun belirli bir devlet hukuku olması gerekip gerekmediğine ilişkindir. Doktrinde ağırlıklı görüş taraflarca seçilen hukukun ancak "belirli bir devletin hukuku" olabileceği yönündedir[240]. Bu görüş kapsamında, taraflar aralarındaki hukuki olay ya da ilişkiye uygulanmak üzere milletlerarası anlaşma hükümleri, genel işlem koşulları, *lex mercatoria*[241] (milletlerarası ticari örf ve âdet hukuku kuralları), çeşitli kod, kural

---

237 Temelini *Savigny*'nin oluşturduğu ve genel kabul gören görüşe göre milletlerarası özel hukuk adaleti birden fazla ülke hukuku ile ilişkili hukuki olay ya da ilişkilerin daha sıkı irtibat halinde bulundukları ülke hukukuna tabi tutulması ile sağlanabilir. Bu adalet anlayışı maddi hukuk adaletinden farklıdır. Maddi hukuk adaletinin sağlanmasına hizmet eden maddi hukuk kuralları, uyuşmazlığın çözümü ile ortaya çıkan somut sonucun hakkaniyetli olmasını amaçlar. Maddi hukuk adaletinde önemli olan uyuşmazlığın esası bakımından taraflar arasında eşitliğin gözetilmiş olmasıdır. Ancak milletlerarası özel hukuk adaleti ortaya çıkan somut netice ile ilgilenmez. Önemli olan maddi içeriğine bakılmaksızın en adil şekilde uygulanacak hukukun tespit edilmiş olmasıdır. Uyuşmazlığa uygulanacak hukukun maddi içerik olarak hakkaniyetli olmayışı milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanmadığı anlamına gelmez. Bkz. Doğan, ***MÖH***, s. 207; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 29; Nomer, s. 14.

238 Doğan, ***MÖH***, s. 7; Murtaz, s. 35; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 6.

239 Çelikel/Erdem, s. 385; Doğan, ***MÖH***, s. 403; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 323; Tekinalp, ***MÖH,*** s. 279.

240 Doğan, ***MÖH***, s. 405; Kropholler, s. 464; Nomer, s. 324; Ole Lando, "Dicey&Morris, The Conflict of Laws: A Review", ***International & Comparative Law Quarterly***, 47(2), 1998, s. 400; Peter Edward Nygh, ***Autonomy in International Contracts***, Oxford University Press, 1999, s. 172; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 329; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 152; Tekinalp, ***MÖH***, s. 282.

241 Milletlerarası ticari ilişkiler milli karakterli ticari ilişkilerden farklı özellikler taşıdığı için devletlerin milli hukuk düzenlemeleri, milletlerarası ticari ilişkiler bakımından yetersiz kalabilmekte ya da uygun düşmemektedir (Lando, "Dicey&Morris", s. 62). Aynı zamanda devletlerin milli hukuk kuralları arasındaki farklılıklar da milletlerarası ticari ilişkiler yönünden sıkıntılar doğurabilmektedir. Bu nedenle milletlerarası ticaret toplumu aralarındaki ilişkilere uygulanacak kuralları kendileri oluşturmaya başlamıştır. Devamlı olarak gerçekleşen uygulamalar sonucunda da milletlerarası ticaretin örf ve âdet hukuku meydana gelmiştir. Örf ve âdet hukuku kuralları milletlerarası ticaret birlikleri ve odaları tarafından yaptırımlarla desteklenmeye başlamıştır. İşte bu şekilde kendiliğinden gelişen, milli karakterli olmayan (ya da belirli bir devlete özgü olmayan), milletlerarası ticari ilişkileri yöneten kurallar bütünü "*lex mercatoria*" olarak

ve tüzükler gibi milli karakterli olmayan kuralları (*non-national/non-state rules*) ya da Roma hukuku gibi yürürlükte olmayan hukuk sistemlerini seçemezler. Seçmiş olsalar dahi bu hukuk seçimi olarak kabul edilemez. Zira bu konudaki klasik anlayışa göre hukuk kurallarına bağlayıcılık ve meşruiyet vasfı veren, bu kuralların temelindeki bağımsız devlet iradesi olup böyle bir iradeye dayanmayan kurallar bağımsız bir hukuk sistemi olarak nitelendirilememektedir[242]. Ayrıca *Şanlı, Esen ve Figanmeşe*'ye göre milli hukuk sistemleri dışında kalan hukuk seçimlerinin çoğunlukla pratik ihtiyaçlara cevap vermeyeceği, sözleşmelerde eksik kalan hususlarda bu hukuk kurallarından çözüm elde edilemeyeceği ve sözleşmesel ilişki bakımından kesinlik ve öngörülebilirlik sağlamayacağı söylenebilir[243].

İngiliz hukukunda genel olarak tarafların uygulanacak hukuk olarak ancak bir devlet hukukunu seçebilecekleri, milletlerarası ticaretin genel ilkelerini, *lex mercatoria*'yı ya da diğer milli olmayan hukuk kurallarını (herhangi bir devlet

---

adlandırılmaktadır (Bu paragraftaki bilgiler için bkz. Clive Maximilian Schmitthoff, "Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions***", Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law*** (Ed. Chia-Jui Cheng), Martinus Nijhoff Publishers, London, 1988, s. 231, 232; Musa Aygül, "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 45). Dicey ve Morris *lex mercatoria*'yı kısaca "milletlerarası ticari sözleşmelere uygulanan milli olmayan bir hukuk" olarak tanımlamaktadırlar (Lando, "Dicey&Morris" s.401).

*Lex mercatoria'*nın içeriği konusunda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bazı yazarlar, *lex mercatoria*'nın kapsamına milletlerarası sözleşmeleri, milletlerarası ticaretin örf ve adetlerini, tip (standart) sözleşmeleri, genel hukuk prensiplerini, milletlerarası hukuk kurallarını, milletlerarası kurum ya da kuruluşların kurallarını, tahkim kararlarını vs. dahil etmektedir. Örneğin *UNIDROIT* ilkeleri, *INCOTERMS* bu kapsamda değerlendirilmektedir (Doğan, ***MÖH***, s. 405; Loredana Ioana Bucur, "Lex Mercatoria, Soft Law and a Closer Aproach of *UNIDROIT* Principles", ***Law Review: Judicial Doctrine & Case-Law***, *8*(2), 2018, s. 296; F. Itır Bingöl, "Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku'ndaki Yeri", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1959; Lando, "Dicey&Morris", s.401; Ole Lando, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", ***International and Comparative Law Quarterly***, 34(4), 1985, s. 749-751). Ancak bir görüşe göre *lex mercatoria*'nın kapsamı daha sınırlıdır. Bu görüşe göre *lex mercatoria* karakter olarak milletlerarası kamu hukukundan çok farklı olup milli hukuk içinde yer almaktadır. Bu kapsamda sadece milletlerarası yasama ürünleri ve milletlerarası ticari örfler *lex mercatoria*'ya dahildir (Schmitthoff, s. 234, 236. Ayrıca bkz. Bingöl, s. 1959).

Tarafların aralarındaki milletlerarası ticari ilişkiye *lex mercatoria*'yı uygulamak istemelerinin çeşitli gerekçeleri bulunmaktadır. Öncelikle milletlerarası ticaret uygulamasında yeknesaklığın sağlanmasına ve buna bağlı olarak tacirler ve yatırımcılar bakımından hukuki güvenliğin sağlanmasına hizmet eder. Ayrıca tarafların aralarındaki milletlerarası ticari ilişkiye uygulanacak milli hukuk konusundaki anlaşmazlıklarını da ortadan kaldırır. Bunun yanı sıra milletlerarası ticari uyuşmazlığın milletlerarası ticaretin kendine özgü yapısına yönelik geliştirilen kurallara göre çözülecek olması tarafların menfaatinedir (Doğan, ***MÖH***, s. 404 (dn. 399); Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 328).

242 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 54; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 340, dn. 451.

243 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 340, dn. 451.

kaynaklı olmayan kuralları[244]) seçemeyecekleri fikri kabul görmektedir. Fransız hukukçular *Paul Lagarde* ve *François Rigaux* ile aynı görüşe sahip olan İngiliz hukukçu *Lawrence Collins*'in bu konudaki fikirleri oldukça nettir[245]. Yine *Dicey ve Morris*'in 1993 yılında, İngiliz hakemlerinin esasa uygulanacak hukuku tespit edebilmek için İngiliz kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamaları gerektiğini ve sabit ve tanınabilir bir sistem dışındaki hiçbir maddi hukuku uygulayamayacaklarını savundukları görülmektedir[246]. Adı geçen yazarlar, *lex mercatoria'*yı ise sabit ve tanınabilir bir hukuk sistemi olarak görmemektedirler. Dolayısıyla bu yazarların, tarafların esasa uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria* gibi bir devlet hukuku dışındaki hukukları seçemeyecekleri görüşünde olduklarını söylemek mümkündür. Birçok devletin tahkim yargılamalarında olduğu gibi İngiliz tahkim yargılamalarında da tarafların uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria* gibi milli olmayan kuralları seçmelerine izin verildiği görülmektedir. Ancak eyalet mahkemesi yargılamalarında durum böyle değildir[247]. *Lando*, sıklıkla milletlerarası ticari davalarla ilgilenen deneyimli eyalet mahkemesi hâkimlerinin *lex mercatoria'*yı uygulamak için çoğu hakemden daha uygun olduğunu, bu nedenle eyalet mahkemelerinde de *lex mercatoria*'nın taraflarca seçilen hukuk olarak uygulanabileceğini savunmaktadır[248].

ABD hukukuna bakıldığında ise ikincil kaynak olarak kullanılmakla birlikte yargılamalarda büyük etkisi olan *Restatement II* [249], birçok hükmünde "yerel hukuk (*local law*)" ya da "hukuk (*law*)" terimlerini bir devlete (*state*) bağlayacak şekilde

---

244 Michael NG, "Choice of Law for Property Issues Regarding Bitcoin Under English Law", Journal of Private International Law, 15(2), 2019, s. 335.

245 Ole Lando, "Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations", ***King's College Law Journal***, 7, 1996-1997, s. 60.

246 Lando, "Dicey&Morris", s. 400 (Ancak 1996 yılında hazırlanan yeni Tahkim Kanunu, İngiliz hukukunu bu noktalarda değiştirmiştir).

247 Milli olmayan kuralları uygulayan az sayıda eyalet mahkemesi kararı bulunmaktadır. Bkz. Lando, "Contractual Obligations", s. 61.

248 Lando, "Contractual Obligations", s. 64.

249 *Restatement'*lar tanınmış profösörler, hâkimler ve avukatlardan oluşan Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute*) tarafından hazırlanan, *Common Law*'u oluşturan belirli bir alandaki yasal kuralları yeniden ifade etmeyi amaçlayan ikincil kaynaklardır. Bunlar ikincil kaynaklar olmalarına rağmen Amerikan yargılama süreci üzerinde büyük etkiye sahiptir. Pek çok mahkeme *Restatement* bölümlerini kendi yetki alanlarının kanunu olarak kelimesi kelimesine uygulamaktadırlar. Amerikan Hukuk Enstitüsü haksız fiiller, sözleşmeler, mülkiyet, kanunlar ihtilafı, dış ilişkiler hukuku ve ürün sorumluluğu dahil olmak üzere 15 farklı alanda *Restatement* lar hazırlamıştır. Bkz. Lecture Notes for Restatements of The Law, http://www.kentlaw.edu/academics/lrw/tutorials/restate.htm, 12.07.2021. *Restatement II*, ABD'de 22 eyalette haksız fiil uyuşmazlıkları bakımından, 24 eyalette ise sözleşme uyuşmazlıkları bakımından uygulanır. Bu eyaletlerin yanısıra birçok federal mahkeme de *Restatement II*'yi takip etmektedir. Eyaletlerin yer aldığı tablo ve detaylı bilgi için bkz. Symeon C. Symeonides, ***The American Choice-of-law Revolution: Past, Present and Future***, Brill, 2006, s. 89, 90.

kullanmaktadır. *Restatement* "*state*" terimini ise "ayrı bir genel hukuk bütününe sahip bölgesel birim" olarak tanımlamaktadır. Ayrıca 187. paragrafta "*law of the state choosen by the parties* (taraflarca seçilen devlet hukuku)*"* ifadesi kullanılmaktadır[250]. Bunlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde *Restatement* hazırlayıcılarının devlet dışı (*nonstate*-milli olmayan) kuralların seçimini hukuk seçimi kapsamında değerlendirmedikleri anlaşılmaktadır. *Restatement*'ın 1960'lı yıllarda kaleme alındığı düşünüldüğünde bu anlaşılabilir bir durum olarak değerlendirilmektedir. Zira o yıllarda milli olmayan kurallar, bugün sahip oldukları netlik, gelişmişlik ve statüye sahip değillerdi[251].

a. Kanunlar ve Milletlerarası Düzenlemeler

MÖHUK'ta tarafların aralarındaki hukuki işlem ya da ilişkiye ancak bir devlet hukukunu seçebilecekleri yönünde açık bir hüküm yer almamaktadır. Ancak doktrinde genel kabul gören ve bizim de katıldığımız görüşe göre "*Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır*" şeklindeki m. 2/4 hükmü ve "*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir*" şeklindeki m. 24/1 hükmünde bahsi geçen "hukuk" ile kastedilen, belirli bir devletin hukuk düzenidir[252]. Yani m. 24/1 kapsamında bir hukuk seçiminden bahsedebilmek için tarafların muhakkak bir devlet hukukunu seçmiş olmaları gerekir. Nitekim kanun koyucu m. 24/1'de tarafların "hukuk kuralları" değil "hukuk" seçebileceklerini öngörmektedir. Hukuk ise milli hukuk düzenleri ile sınırlıdır[253]. *Lex mercatoria*, *UNIDROIT* prensipleri, *CISG* gibi milletlerarası sözleşme hükümleri[254], Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (*PECL*),

---

250 Restatement (Second) of Conflict of Laws section 187 (1969 Main Vol.), http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html, 24.06.2021.

251 Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 142, 143.

252 Demirkol, s. 152; Doğan**,** ***MÖH***, s. 405; Güngör, ***MÖH***, s. 181; Nomer, s. 324, Nuray Ekşi, ***Milletlerarası Ticaret Hukuku***, Beta, İstanbul, 2020, s. 34; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 152. Madde gerekçesinde bu hususa ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, (Erişim) https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 24.06.2021.

253 Demirkol, s. 152; Nomer, s. 324; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 152

254 Taraflarca *CISG*'ın "sözleşmeye uygulanacak hukuk" olarak seçilmesinin mümkün olmadığı, *CISG*'ın ancak bu Sözleşmeye taraf bir devletin iç hukukunun parçası olarak uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bkz. Urs Peter Gruber, "Convention on the International Sale of Goods (CISG) in Arbitration", ***International Business Law Journal***, 2009, no. 1, 2009, s. 26. Ayrıca bkz. Demirkol, s. 153. Türk hukuku bakımından değerlendirildiğinde tarafların aralarındaki milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmeye *CISG*'ın uygulanmasını kararlaştırmaları MÖHUK m. 24 kapsamında "hukuk seçimi" olarak kabul edilemez. Ancak Türkiye *CISG*'a taraf olduğundan tarafların Türk hukukunu seçmeleri ve taraflar arasındaki satım sözleşmesinin *CISG*'ın uygulama

Milletlerarası Ticaret Odası (*ICC)*'nın akreditife ilişkin metinleri hukuk kuralları olarak kabul edildiğinden MÖHUK m. 24/1 anlamında geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasının konusu olamazlar[255].

Nomer'e göre milletlerarası özel hukuk coğrafi olarak birbirinden ayrılmış milli devletleri temel alan bir hukuk sistemidir. Bu gerekçeyle yukarıda bahsi geçen kurallar ya da İslam hukuku gibi uygulama alanı bir ülkeyle sınırlanmamış birden çok ülkeyi kapsayan hukuk kuralları böyle bir sistem içinde yer almayıp MÖHUK m. 24 anlamında "hukuk" kavramı dışında kalır[256]. *Ekşi*'ye göre de belirli bir bölge veya ülkeler birliğince uygulanan Musevi hukuku ya da İslam hukuku gibi hukukların seçimi geçerli olmazken, Suudi Arabistan hukukunun seçimi bu hukuk şer'i nitelikte olmasına rağmen bir devlet hukuku olduğu için geçerlidir (kamu düzeni müdahalesi saklı kalmak üzere)[257]. *Tiryakioğlu* ise taraflara aralarındaki ilişkiyi egemen bir devletin oluşturduğu hukuk düzeni dışında ve hukuk tarafından denetlenmeyen davranış standartlarına göre düzenleme izninin verilmesinin, onlara günümüz toplumunun açıkça reddettiği ayrıcalık ve dokunulmazlıklar tanınması sonucunu ortaya çıkaracağı görüşündedir[258]. Bu nedenle yazar, *lex mercatoria*'nın ya da yürürlükte olmayan Roma hukuku ya da Çarlık Rusyası hukukunun uygulanacak hukuk olarak seçilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir[259]. Bu açıklamalar MÖHUK'ta taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânının tanındığı evlilik malları, özel sözleşme türleri, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler bakımından da geçerlidir.

EGBGB'de de muhakkak bir devlet hukukun seçilmesini öngören bir hüküm yer almamaktadır. Ancak MÖHUK'un aksine hukuk seçimine ilişkin bazı hükümlerde

---

alanına girmesi halinde Sözleşme hükümleri öncelikli olarak uygulanır. Ancak taraflar *CISG* m. 6 uyarınca aralarındaki sözleşmeye, 12. madde saklı kalmak şartıyla, *CISG*'ın uygulanmayacağını ya da bazı hükümlerinin uygulanmayacağını kararlaştırabilirler. *CISG*'ın uygulama alanı hakkında bkz. Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 61, 62; Yusuf Çalışkan, ***Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri***, Beta, İstanbul, 2014, s. 124-147. Detaylı bilgi için bkz. Yasemin Durak, ***Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri***, On İki Levha, 2020, s. 10-33.

255 Demirkol, s. 153; Güngör, ***MÖH***, s. 181; Nomer, s. 324; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 152; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 23, 24.

256 Nomer, s. 324.

257 Ekşi, ***Milletlerarası Ticaret Hukuku***, s. 34.

258 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 23, 24.

259 Aynı yönde bkz. Güngör, ***MÖH***, s. 181 (Yazar seçilen hukukun hem bir devlet hukuku hem de "yaşayan bir hukuk" olması gerektiğini, bu anlamda örneğin Ceneviz hukukunun seçilemeyeceğini ifade etmektedir).

açıkça "devlet hukuku (*das rechts des states*)" ifadesi kullanılmaktadır[260]. Kanunun atfı düzenleyen 4. madde hükmünde "tarafların belirli bir devletin hukukunu seçebildikleri durumlarda, bu seçimin yalnızca o devlet hukukunun maddi hukuk hükümleri ile ilgili olduğu" öngörülmektedir (m. 4/1). Yine Kanun'un 14. maddesinde evliliğin genel hükümleri bakımından eşlerin, vatandaşlık ya da mutad mesken yönünden bağlantılı bulundukları belirli devlet hukuklarını seçebilecekleri öngörülmüştür (m. 14/1). Benzer şekilde tüketicinin korunmasına ilişkin hükümde (m. 46b) tüketici sözleşmesinin hukuk seçimi nedeniyle Avrupa Birliği üyesi ya da Avrupa Ekonomik Alanı Anlaşması'na taraf olmayan bir devlet hukukuna tabi olması hali düzenlenmiştir. Bu hükümlerden *EGBGB*'nin tarafların belirli bir devlet hukuku dışındaki kuralları uygulanacak hukuk olarak seçmelerine izin vermediği sonucunu çıkarmak mümkündür. Her ne kadar Kanun'un bazı maddelerinde yalnızca "hukuk seçimi" (*rechtswahl*) ifadesine yer verilse de[261], bahsi geçen "hukuk" ile kastedilenin MÖHUK'ta olduğu gibi "belirli bir devletin hukuk düzeni" şeklinde anlaşılması Kanunun bütünüyle de uyumludur[262].

Konuyla ilgili milletlerarası düzenlemelerde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Roma I Tüzüğü'nün üçüncü maddesi seçme özgürlüğünü düzenlemektedir. Buna göre bir sözleşme taraflarca seçilen hukuka tabidir (m. 3/1). Üçüncü fıkrada seçim anındaki durumla ilgili diğer tüm unsurların, hukuku seçilmiş olan ülke dışında bir ülkede bulunması halinde, tarafların seçiminin, diğer ülke hukuku hükümlerinin uygulanmasına halel getirmeyeceği, bu durumun anlaşma ile bertaraf edilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hükümde tarafların seçmiş oldukları hukukun bir ülke hukuku olduğu vurgulanmaktadır. Dolayısıyla Tüzük'ün devlet dışı kuralların hukuk seçimine konu olmasına izin vermediği sonucu çıkarılabilir[263]. "Atfın reddi (*exclusion of*

---

260 *IPRG*'de aynı esas benimsenmiştir. Bkz. *Art.* 52/2 (mal rejimlerinde hukuk seçimi), *Art.* 65c (medeni birlikteliklerde hukuk seçimi).

261 *EGBGB Art.* 8, *Art.* 17, *Art.* 42, *Art.* 46e.

262 Roma I, II ve III Tüzükleri'nin uygulama alanına giren hallerde *EGBGB* hükümleri değil tüzük hükümleri uygulanır (Bkz. *EGBGB* m. 3). Burada bahsi geçen açıklamalar tüzükle öngörülmeyen haller için geçerlidir. Bununla birlikte aşağıda inceleneceği üzere kanun hükümleri ile Tüzük hükümleri de uyumludur.

263 Bayata Canyaş, ***Ab ve Türk Hukuku***, s. 26; Özdemir Kocasakal, "MÖHUK m. 24", s. 39; Tekinalp, ***MÖH***, s. 280. Roma II Tüzüğü bakımından da aynı açıklamalar geçerlidir. Bkz. "Seçim Özgürlüğü (*Freedom of choice*)"-m. 14. Roma Sözleşmesi'nin hukuk seçimine ilişkin 3. maddesinde ise açıkça "ülke hukuku"ndan bahsedilmemekteydi. Ancak Sözleşme'nin diğer hükümlerinde yer alan ifadelerden (m. 1, m. 15, m. 16) yalnızca bir "ülke hukuku"nun seçilebileceği çıkarılmaktaydı (Bayata Canyaş, ***AB ve Türk Hukuku***, s. 23).

renvoi)" başlıklı 20. maddeye[264] dayanılarak da sözleşmenin bir devlet hukuku dışındaki hukuk seçimlerine izin vermediği yorumu yapılabilir. Roma III Tüzüğü'nde ise boşanma ve ayrılığa ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların seçebileceği hukuk olarak açıkça dört farklı "devlet hukuku" sayıldığından[265], sayılan devlet hukukları dışında hiçbir hukuk kuralının seçilemeyeceği açıktır.

Lahey Satış Sözleşmesi'nde satım sözleşmesi öncelikli olarak tarafların seçtikleri hukuka tabi kılınmıştır (m. 7). Devam eden maddelerde de sıklıkla "hukuk seçimi" (*choice of law*) ifadesi kullanılmıştır. Sözleşmede "hukuk" kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. 15. maddeye göre hukuk, "bir devlette yürürlükte olan ve hukuk seçimi kuralları[266] dışında kalan hukuk" anlamına gelir. *Tiryakioğlu*'nun da ifade ettiği üzere bu hükümle asıl öngörülmek istenen husus, uygulanacak hukukun yalnızca maddi hukuk hükümlerinin dikkate alınması gerekliliği yani atfın reddedilmesidir[267]. Yoksa tarafların hukuk olarak bir devlet hukukunu seçip seçemeyeceklerini belirlemek için öngörülmüş değildir. Ancak hükümde açıkça "bir devlette yürürlükte olan hukuk" ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla maddenin lafzından yola çıkıldığında tarafların "hukuk" olarak devlet dışı kuralları ya da yürürlükte olmayan kuralları seçemeyecekleri yorumu da yapılabilir[268]. Bu yorum kapsamında *lex mercatoria*'nın taraflarca uygulanacak hukuk olarak kararlaştırılması da mümkün değildir. Ancak sözleşme hükümlerine bakıldığında bu konuda suskun kalındığı, *lex mercatoria*'nın uygulanmasının açık olarak yasaklanmadığı da görülmektedir[269]. *Lando*, bu konudaki suskunluğa rağmen 15. madde hükmünün mahkemeler tarafından,

---

264 Roma I Tüzüğü m. 20: "*Bu Tüzükte belirtilen herhangi bir ülkenin hukukunun uygulanması, bu Tüzükte aksi belirtilmedikçe, o ülkede yürürlükte olan milletlerarası özel hukuk kuralları dışında yürürlükte olan hukuk kurallarının uygulanması anlamına gelir."*

265 Tüzük'te taraflarca seçilebilecek hukuklar; (…) eşlerin mutad meskenlerinin bulunduğu devletin hukuku, (…) eşlerin en son mutat meskenlerinin bulunduğu devletin hukuku, (…) eşlerden birinin vatandaşı olduğu devletin hukuku ya da hâkimin hukuku (*the law of the forum*) olarak sayılmıştır (m. 5/1).

266 Sözleşmenin orijinal metninde "hukuk seçimi kuralları" ifadesi kullanılmaktadır: "*In the Convention "law" means the law in force in a State other than its choice of law rules*". Fakat "*choice of law rules*" ifadesi "kanunlar ihtilafı kuralları" ya da "milletlerarası özel hukuk kuralları" olarak da çevrilmiştir. Bkz. Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 189.

267 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 190.

268 Aynı doğrultuda bkz. Murtaz, s. 103; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 190.

269 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 190. Sözleşme görüşmeleri sırasında, özellikle İsveç Delegasyonunun tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere *lex mercatoria*'yı benimsemelerine izin verilmesi yönündeki taleplerine şiddetle karşı çıkılmış, hatta bir delege *lex mercatoria*'yı "Mickey Mouse hukuku" olarak nitelendirmiştir (Ole Lando, "The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales", ***Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law***, 51(H. 1/2), s. 66).

lex mercatoria'nın taraflarca seçilmesini engelleyici bir hüküm olarak yorumlanma riskinin var olduğunu ve bunun olumsuz bir durum yarattığını ifade etmektedir. Zira *lex mercatoria*'nın uluslararası tahkimde uygulanması olağan hale gelmekte ve bu çeşitli ülke mahkemelerinde de kabul edilmektedir[270]. *Tiryakioğlu* ise *lex mercatoria*'nın seçilmesi hususundaki suskunluğu makul bir tutum olarak nitelendirmektedir. Zira uygulamada pek çok ülke mahkemesi, tarafların devlet dışı bir hukuk seçme imkânını tanıma yetkisine sahip değildir. Bundan dolayı sözleşmede *lex mercatoria*'nın seçimi lehinde bir tavır takınılması, sözleşmeyi birçok devletin onaylaması ihtimalini ortadan kaldırırdı[271].

Lahey İlkeleri'nde ise yukarıda bahsi geçen düzenlemelerdekinin aksine hukuk seçimi imkânının "bir devlet hukuku" ile sınırlı olmadığı açıkça öngörülmüştür. "Seçim özgürlüğü (*freedom of choice*)" başlıklı ikinci maddeye göre "*Bir sözleşme taraflarca seçilen hukuka tabidir*" (m. 2/1). Ardından "Hukuk kuralları (*rules of law*)"[272] başlıklı 3. maddede "*Taraflarca seçilen hukuk -forum hukuku aksini öngörmüyor ise- tarafsız ve dengeli bir kurallar dizisi olarak uluslararası, uluslarüstü ya da bölgesel düzeyde genel olarak kabul görmüş hukuk kuralları olabilir."*[273] şeklinde bir hüküm öngörülmüştür[274]. Bahsi geçen "hukuk kuralları" ifadesi ile

---

270 Lando, "Hague Convention", s. 67.

271 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 190.

272 Maddeye ilişkin başlangıç açıklamasında "*rules of law*" teriminin devlet kaynaklı olmayan kuralları tanımlamak için kullanıldığı belirtilmiştir. Bkz. "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 3.1, s. 40. Symeonides ise "*rules of law*" teriminin kullanılmasını ne doğru ne de tarafsız bulmaktadır. Zira bu kurallar gerçek hukuk kurallarının sahip olduğu kanunla yapılma, hâkim tarafından yaratılma ya da örf adet kuralı niteliklerine sahip değillerdir (Symeonides, "The Hague Principles", s. 892).

273 Lahey İlkeleri'nin şerhinde uluslararası, uluslarüstü ya da bölgesel düzeyde genel olarak kabul gören hukuk kurallarına örnek olarak *CISG, UNDROIT* İlkeleri, *PECL* gösterilmektedir. Bkz. "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 3.5-3.7, s. 40, 41.

274 Çalışma grubunda oluşturulan taslağın ilk halinde, 2. maddede öngörülen "Bir sözleşme taraflarca seçilen hukuka tabidir" hükmünden sonra "Bu ilkelerde (Lahey ilkeleri) hukuka yapılan atıf hukuk kurallarını da kapsar" hükmü yer almaktaydı. Hüküm bu haliyle hukuk ile hukuk kurallarını eşdeğer tutmaktaydı. Bu hüküm, Avrupa Birliği'nin şiddetli itirazları üzerine yapılan müzakereler neticesinde uzlaşma sağlanarak "*rules of law*" başlıklı 3. maddeye şu şekilde aktarılmıştır: "Bu ilkelerde "hukuka" yapılan atıf, tarafsız ve dengeli bir kurallar dizisi olarak uluslararası, uluslarüstü ya da bölgesel düzeyde genel olarak kabul görmüş hukuk kurallarını da –aksi *forum* hukukunca öngörülmemişse- kapsar". Böylelikle taraflarca seçilebilecek hukuk kuralları bakımından kısıtlamalar getirilmiş oldu. Bunlardan ilkine göre taraflar birbirinden bağımsız birden fazla kuralı değil yalnızca (…) genel olarak kabul görmüş (…) kurallar dizisini seçebilirler. İkincisi ise tarafların bu kuralları ancak hâkimin hukuku cevaz veriyorsa seçebilecekleri şeklindedir. Bu yönüyle bahsi geçen hukuk kuralları gerçek hukuk kurallarından (bir devlet hukukuna ait kurallardan) ayrılmaktadır. Bkz. Symeonides, "The Hague Principles", s. 893, 894. 2015 yılında Lahey İlkelerinin kabul edilmesi ile 3. madde son halini almıştır.

taraflara mümkün olduğunca geniş bir seçim imkânı sunulmak istenmiştir[275]. Bu kapsamda taraflar uygulanacak hukuk olarak bir devlet hukukunu seçebilecekleri gibi belirli bir çerçevede herhangi bir devlette pozitif geçerliliği olmayan, devlet dışı hukuk kurallarını da seçebilirler[276].

Bölgesel bir düzenleme olan Meksika Sözleşmesi'nin[277] hukuk seçimine ilişkin 7. maddesinde ise, taraflar arasındaki sözleşmenin seçilen hukuka tabi olacağı öngörülmüştür (m. 7/1). Bu maddede "devlet hukuku" ifadesi kullanılmamıştır. Ancak Sözleşme'nin 9. maddesinde tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları ya da seçimin hükümsüz olması halinde sözleşmenin en yakın bağlantı içinde olduğu devletin hukukuna tabi olacağı; mahkemenin en yakın bağlantıyı tespit etmek için sözleşmenin tüm objektif ve subjektif unsurlarını dikkate alacağı; ayrıca milletlerarası kuruluşlarca tanınan milletlerarası ticaret hukukunun genel prensiplerini de dikkate alacağı öngörülmüştür (m. 9/1, 2). 10. maddede ise yukarıdaki hükümlere ek olarak yönergeler (tüzük ya da standart kurallar), örf adet ve milletlerarası ticaret hukuku ilkelerinin yanı sıra genel olarak kabul edilen ticari teamül ve uygulamaların da özel durumlarda adalet ve eşitliğin gereklerini yerine getirmek için uygulanacağı öngörülmüştür. 9. ve 10. madde hükümlerinin öngörülmesi ile Sözleşme'de, *lex mercatoria* ya daha belirgin bir rol vermek isteyen delegeler ile her durumda bir milli hukukun uygulanmasını isteyen delegeler arasında uzlaşma sağlanmıştır[278]. Bu hükümlere rağmen Meksika Sözleşmesi'nin taraflara milli bir hukukun yerini alacak şekilde *lex mercatoria* gibi milli karakterli olmayan kuralları seçme yetkisi tanıdığı söylenemez[279]. Nitekim 17. madde, Meksika Sözleşmesi'nin amaçları bakımından "hukuk"un kanunlar ihtilafına ilişkin kurallar hariç olmak üzere, bir devlette yürürlükte olan hukuk olarak anlaşılacağını öngörülmektedir. Bu hüküm 7. madde bakımından değerlendirildiğinde, tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere ancak bir devlette yürürlükte olan milli bir hukuku seçebilecekleri sonucunu çıkarmak mümkündür. Elbette yukarıdaki milletlerarası düzenlemelerde olduğu gibi 17. maddenin yalnızca

---

275 Michaels, "Non-State Law", s. 55.

276 Ayhan İzmirli, s. 360; Michaels, "Non-State Law" s. 44. Nitekim bu husus İlkelerin şerhinde de açıkça vurgulanmıştır. Bkz. "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 1. 18, s. 26. İlkelerin hazırlık aşamasında Çalışma Grubu, "hukuk kuralları" bakımından herhangi bir bölgesel ya da milletlerarası tanınma kriterinin aranmasını reddetmiştir (Michaels, "Non-State Law", s. 55).

277 Sözleşme hakkında bilgi için bkz. ***Birinci Bölüm, IV, A. 2. a.*** dn. 180.

278 Lando, "Contractual Obligations", s. 63.

279 Lando, "Contractual Obligations", s. 63.

uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasını temin etmek üzere getirilmiş atfın reddi ile ilgili bir hüküm olduğu sonucuna da varılabilmektedir.

b. Sözleşme Metnine Dahil Etme (*Incorporation by Reference*)

Yukarıda açıklandığı üzere milli ve milletlerarası düzenlemelere bakıldığında genel olarak, tarafların aralarındaki hukuki işlem ya da ilişkiye devlet dışı hukuk kurallarının uygulanmasını kararlaştırmaları hukuk seçimi olarak kabul görmemektedir. Ancak milletlerarası ticari ilişkilerde tarafların belirli bir devletin hukuku yerine milletlerarası kuruluşlar tarafından oluşturulmuş kural ya da kodların, tip (standart) sözleşmelerin, genel işlem koşullarının, hatta nadir de olsa yürürlükte olmayan hukuk sistemlerinin uygulanmasını kararlaştırdıkları görülmektedir[280]. Bu tercihin çeşitli gerekçeleri ve avantajları bulunmaktadır. Öncelikle milletlerarası ticaret mevzuatında ve uygulamasında yeknesaklığı sağlamak amacıyla getirilmiş olan kural, kod, koşul vs., taraflar nezdinde hukuki öngörülebilirlik ve güven oluşturmaktadır[281]. Ayrıca milli karakterli olmayan bu tarz düzenlemelerin uygulanacak olması, tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanacak milli hukuk konusundaki anlaşmazlıklarını da ortadan kaldırır. Bunun yanı sıra milletlerarası ticari bir uyuşmazlığın milletlerarası ticaretin kendine özgü yapısına yönelik geliştirilen kurallara göre çözülecek olması tarafların menfaatinedir[282].

Söz konusu kuralların taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmesi[283] "hukuk seçimi" olarak kabul edilmemekle birlikte bu seçimi tamamen geçersiz kılmak da mümkün değildir. Aksi durumda taraf iradeleri tamamen yok sayılmış olur ki bu da özel hukukun temel ilkelerinden olan sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırılık oluşturur. Nitekim pozitif hukuk düzenlemelerinde taraflarca bu tip kuralların seçimini açık olarak engelleyen hükümlere de verilmemiştir[284]. Doktrinde bu tarz bir seçime sözleşme özgürlüğü ilkesi kapsamında geçerlilik tanınması gerektiği genel olarak

---

280 Örneğin *UNIDROIT* prensipleri, *UNCITRAL* tahkim kuralları, *ICC* tarafından hazırlanan "Tahsiller Hakkında Yeknesak Kurallar" (*URC*), *GAFTA, FIDIC* gibi milletlerarası meslek örgütlerinin genel işlem koşulları ve standart sözleşmeleri, doğrudan üretici firmalar tarafından oluşturulan genel işlem koşulları gibi. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanemeşe, s. 328, dn. 426.

281 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 328.

282 Doğan, ***MÖH***, s. 404, dn. 399.

283 Bu tarz bir seçim "anasyonel hukuk seçimi" olarak adlandırılmıştır. Bkz. Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 152.

284 Doğan, ***MÖH***, s. 405.

kabul görmektedir[285]. Bu kapsamda taraflarca seçilen kural, kod, genel işlem şartları, standart sözleşmeler ya da milletlerarası sözleşmeler, sözleşme metnine dahil edilmiş yahut sözleşmenin bir parçası haline gelmiş olur. Bu müessese doktrinde *incorporation* ya da *incorparation by reference* (sözleşme metnine dahil etme) olarak ifade edilmektedir[286]. *Incorporation*'da sözleşmeye dahil edilen kurallar "sözleşme hükmü" haline geldiklerinden sözleşmeye uygulanacak hukukun (taraflarca seçilen devlet hukukunun, seçim yapılmamışsa objektif bağlama kuralına göre tespit edilen hukukun) emredici hükümlerine uygun oldukları ölçüde uygulanırlar[287]. Roma I Tüzüğü'nün dibace kısmında *incorporation*'a yer verilmiştir. 13. paragrafta tarafların bir devlete ait olmayan bir hukuku (*non-state body of law*) veya milletlerarası bir sözleşmeyi sözleşme metnine dahil etmeleri (*incorporation by reference*) mümkün kılınmıştır. Yukarıda açıklandığı üzere bu tarz bir seçim Tüzük kapsamında hukuk seçimi anlaşması olarak kabul edilmez. Taraflar arasındaki sözleşmenin diğer hükümleri gibi işlev görür[288].

---

285 Doğan, ***MÖH***, s. 406; Kropholler, s. 465; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 329; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 152; Tekinalp, ***MÖH***, s. 282.

286 Özdemir Kocasakal, "MÖHUK m. 24", s. 33; Symeonides, "The Hague Principles", s. 893; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 328. Ayrıca bkz. Roma I Tüzüğü Dibace Par. 13. Lahey İlkeleri'nde ise "*incorporation by reference*" ile İlkeler kapsamında tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak "hukuk kuralları"nı seçmelerine izin verilmesinin farklı olduğu vurgulanmıştır. Bkz. Douglas/Loadsman, s. 10; Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 1. 18, s. 26.

287 Güngör, ***MÖH***, s. 181; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 329; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 152. Bu konuda Yargıtay HGK'nın eski tarihli bir kararı önem arz etmektedir. Kararda taşıyıcı Alman firması ile taşıtan durumundaki alıcı Türk firması arasındaki taşıma sözleşmesinde ifa yerinin (eşyanın teslim yeri) Türkiye olduğu, devletler özel hukuku kuralları gereğince uyuşmazlığa ifa yeri hukuku olarak Türk hukukunun uygulanması gerektiği, esasen bu konuda taraflar arasında bir uyuşmazlık bulunmadığı, uyuşmazlığın taşıma senedine taşıyıcı davalı Alman firmanın koymuş olduğu "Biz münhasıran, Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesi hükümlerine (ADSP) göre çalışmaktayız" şartından doğduğu, bu şartnameye göre taşıyıcının eksik çıkan eşyadan doğan sorumluluğunun sınırlandırıldığı, ancak Türk hukukuna göre taşıyıcının sorumluluğunu hafifleten ya da kaldıran anlaşmaların hükümsüz olduğu (TTK m. 766) ve bu hükmün yorumlayıcı değil amir olduğu (emredici), TTK hükmü karşısında ADSP hükmünün geçersiz olduğu anlaşılarak taşıma sözleşmesinin tamamının değil yalnızca sorumluluğu sınırlandıran hükmünün geçersizliğine hükmedilmiştir. Bkz. HGK, 03.07.1981, E. 1979/1775 K. 1981/563, https://ea70330bbfe919e2312426c9be35e661274d7d97.vetisonline.com/belge/y-hgk-e-1979-1775-k-1981-563-t-03-07-1981-yargitay-hukuk-genel-kurulu-karari/494910/%22alman+ta%c5%9f%c4%b1y%c4%b1c %c4%b1lar%22, 01.08.2022. Uyuşmazlıkta sözleşme metnine dahil edilen ADSP hükümleri sözleşme statüsü olan Türk hukukunun emredici hükümlerinin müdahalesi ile karşılaşmıştır. Ayrıca bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 329, dn. 429.

288 Roma I Tüzüğü'nde devlet dışı kuralların seçiminin hukuk seçimi olarak düzenlenmemesine getirilen bir eleştiri için bkz. Bayata Canyaş, ***AB ve Türk Hukuku***, s. 26'dan naklen N. W. Vernooij, 2009, s. 73.

Önemle belirtmek gerekir ki sözleşme hükmü haline getirilen bahsi geçen kuralların, sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ile uyum içinde olması gerekir. Aksi halde bu kuralların uygulanma kabiliyeti esasa uygulanacak hukukun emredici hükümleri ile sınırlı olduğundan tarafların öngörülemeyen sonuçlarla karşılaşması olasıdır[289].

c. Tanınmamış Bir Devlet Hukukunun Seçilmesi

Bir devletin tanınması, "*fiilen mevcut bulunan bir birimin milletlerarası kişiliğinin diğer devletler tarafından kabul edilmesi*"[290], "*bir devletin, başka bir devletin milletlerarası alanda hukuki etki yaratacak olan bir iddiasının veya yol açtığı bir durumun hukukiliğini ve meşruiyetini açıkça kabul ettiğini belirten tek taraflı bir beyanı*"[291] gibi çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. Bir devletin tanınmaması ise yabancı varlığının, kökeninin, politikalarının reddedilmesi olarak ifade edilmiştir[292]. Tanımanın hukuki niteliği hususunda milletlerarası hukuk doktrininde iki farklı görüş mevcuttur[293]. Azınlıkta olan görüşe[294] göre tanıma tek taraflı, kurucu (inşaî) bir hukuki işlemdir. Buna göre bir devletin kurulmuş ya da doğmuş kabul edilebilmesi için diğer devletlerce tanınmış olması gerekir. Genellikle kabul gören görüşe[295] göre ise tanıma tek taraflı, açıklayıcı (ihzari) bir hukuki işlemdir. Buna göre tanıma işlemi ile halihazırda mevcut bir devletin varlığı, tanıyan devlet ya da devletlerce açıklanmış ve bu devlet ya da devletler bakımından hüküm ve sonuç doğurmuş olur[296].

---

289 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 329.

290 Enver Bozkurt/M. Akif Kütükçü/Yasin Poyraz, ***Devletler Hukuku***, Yetkin, 8. Baskı, Ankara, 2015, s. 101.

291 Aslan Gündüz, Milletlerarası Hukuk- Temel Belgeler Örnek Kararlar, Beta, 5. Bası, İstanbul, 2009, s. 178.

292 F. A. Mann, "The Judicial Recognition of an Unrecognised State", ***The International and Comparative Law Quarterly***, Vol. 36, No. 2, 1987, s. 348.

293 Bozkurt/Kütükçü/Poyraz, s. 101.

294 Fatma Taşdemir, "Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı", ***Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi***, C. 18, S. 3, 2016, s. 653'ten naklen Talmon, 2005: 101-181.

295 Bozkurt/Kütükçü/Poyraz, s. 102; Ioan-Luca Vlad, Private Law Effects of The Non-recognition of States' Existence and Territorial Changes, ***LESIJ-Lex ET Scientia International Journal***, *22*(1), 2015, s. 340.

296 Şu an dünyada hiçbir devlet tarafından tanınmayan, BM üyesi olmayan devletlerce tanınan, BM tarafından tanınmayan ancak BM üyesi bazı ülkelerce tanınan, BM üyesi olan fakat bazı devletlerce tanınmayan çeşitli devletler bulunmaktadır. Örneğin 2008 yılında bağımsızlığını ilan eden Kosova, bazı BM üyesi ülkelerce tanınırken Yunanistan, İspanya, Romanya, Slovakya gibi bazı üye ülkelerce tanınmamaktadır. 1983'te bağımsızlığını ilan eden Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti ise BM üyesi ülkelerden yalnızca Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından tanınmakta olup diğer üye ülkelerce tanınmamaktadır. Kendisi de BM üyesi olan Güney Kıbrıs Rum Yönetimi

Bu görüşler milletlerarası özel hukuk bakımından da önem arz eder. Zira tanımanın hukuki sonuçlarından olan birbirini tanıyan devletlerin vatandaşlarının karşılıklı korunması ve yargı kararlarının karşılıklı tanınması ve tenfizi doğrudan milletlerarası özel hukukun meseleleridir[297]. Ayrıca tanımanın hukuki niteliğine dair yukarıdaki tartışma, çalışmamızın konusu olan hukuk seçimi ile de ilişkilidir. Yukarıda tartışıldığı üzere doktrinde ağırlıklı görüş geçerli bir hukuk seçiminden bahsedebilmek için seçilen hukukun muhakkak bir devlet hukuku olması gerektiği yönündedir. Bu görüşten hareketle, eğer ki tanımanın kurucu bir etkiye sahip olduğu kabul edilirse tanınmamış bir devletin hukuku, "bir devlet hukuku" olarak kabul edilemeyeceğinden geçerli bir hukuk seçimi de bulunmayacaktır. Tanınmamış devletlerin veya hükümetlerin hukuklarına özel hukuk anlamında etki tanınıp tanınmayacağı modern dönemde tartışılan bir mesele olmuştur[298]. 19. yüzyıl milletlerarası özel hukukuna bakıldığında tanınmamış devletlerin hukukunun uygulanması hususunda tanımanın kurucu etkisinden hareket edildiği görülmektedir. Fransız hukukçusu *Bartin, forum* devletinin bir milletlerarası hukuk öznesi olarak görmediği yabancı bir devlet hukukunun hâkim tarafından uygulanamayacağını, zira bunun *forum* devletinin kamu gücüyle çelişeceğini savunmaktaydı. 20. yüzyılın ilk yarısına kadar egemen olan bu tezin akabinde özel hukuk alanında tanınmamış devlet hukuklarının da kanunlar ihtilafına yol açabileceği tezi ileri sürülmüştür. Bu tez, pek çok hukuk düzeninde tanımanın bildirici nitelikte olduğunun kabul edilmesiyle başlamıştır. Bu tezi destekleyen *Henri Batiffol* ve *Paul Lagarde* Fransız hâkimleri ile Fransız hükümetinin görevlerinin aynı düzeyde olmadığını, Fransız hükümetinin bir devleti tanımama gerekçesinin daha farklı, çok daha karmaşık ve siyasi bir yapıya sahip olduğunu belirtmişlerdir. Nihayetinde 20. yüzyılın ikinci yarısında doktrinin

(Resmi adı ile Kıbrıs Cumhuriyeti) ise KKTC ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından tanınmamakta, diğer tüm BM üyesi ülkelerce tanınmamaktadır. 1991 yılında bağımsızlığını ilan eden Somaliland ise hiçbir devlet tarafından tanınmamaktadır. Ayrıntılı bilgi ve diğer tanınmayan devletler listesi için bkz. "Tanınmayan veya Sınırlı Şekilde Tanınan Devletler Listesi", https://tr.wikipedia.org/wiki/Tan%C4%B1nmayan_veya_s%C4%B1n%C4%B1rl%C4%B1_%C5%9Fekilde_tan%C4%B1nan_devletler_listesi , 1.11.2021. KKTC'nin durumu bir İngiliz yazar tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: *"Gerçekte ya da gerçek dünyada var olan ama İngilizler'in gözünde var olmayan KKTC'nin durumu aslında bir hukukçu için alışılmadık bir durum değildir: Bir sözleşme hukuken geçerli ve uygulanabilir olmayabilir, ancak gerçekte akdedilmiş olabilir".* Bkz. Mann, s. 348.

297 Bozkurt/Kütükçü/Poyraz, s. 104.

298 Vlad, s. 339.

önemli bir bölümü, tanınmamış devlet hukukunun da kanunlar ihtilafına yol açabileceğini onaylar hale gelmiştir[299].

Anglo-Amerikan hukukuna bakıldığında alt mahkemelerde ve bazı yüksek mahkemelerde tanınmayan hükümetlerin hukuklarına etki tanınmaması bir ritüeldi[300]. Bu nedenle bir dizi mahkeme birçok önemli davada yıllarca Sovyet hükümetinin tanınmamasına atıfta bulunarak Devrimci Rus kararnamelerini uygulamayı reddetmişlerdir. Sovyet hükümetinin tanınmasından sonra ise mahkemelerce milletlerarası özel hukuk alanında dahi Sovyet kanunlarına farklı muamele yapılmaya başlanmıştır. Ancak doktrinde yabancı bir hükümetin tanınmaması onun hukukuna etki tanınmamasını zorlayıcı bir neden olarak görülmemiştir. Tanınmamış bir hükümetin bir şehir mahkemesindeki statüsü ve bu hükümetin fiili varlığının yarattığı durumlar ile o hükümetin uluslararası hukuktaki statüsü arasında ayrım yapılması gerektiği; şehir mahkemesinin ikinci hale ilişkin bir karar verme görevinin bulunmadığı ifade edilmiştir[301].

Ancak günümüzde de tanınmamış yabancı devlet hukukunun hâkim tarafından uygulanıp uygulanamayacağı ya da böyle bir hukukun taraflarca seçilip seçilemeyeceği hususundaki tartışmalar devam etmektedir. Türk hukukuna bakıldığında bu tartışmanın sözleşmelerde hukuk seçimini düzenleyen MÖHUK m. 24'ün birinci fıkrası üzerinden yürütüldüğü görülmektedir. Bu fıkranın lafzından tanınmamış bir devlet hukukunun seçilip seçilemeyeceği anlaşılamamaktadır. Zira hükümde *"Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir*" denilmektedir. Yukarıda bahsi geçtiği üzere genel olarak kabul edilen görüşe göre burada "hukuk" ile kastedilen belirli bir devlet hukukudur[302]. Seçilen hukukun belirli bir devlete ait hukuk olup olmadığının tespiti ise uyuşmazlığa bakan hâkim tarafından *lex fori*'ye göre yapılır[303]. Bir görüşe göre, *lex fori'*ye göre tanınmamış bir devletin hukuku seçilmiş ise bu seçim hâkim tarafından geçerli bir hukuk seçimi olarak değerlendirilemez[304]. Örneğin, Türk hâkiminin önüne gelen uyuşmazlıkta Güney

299 Vlad, s. 339-340.
300 Evsey S. Rashba, Foreign Exchange Restrictions and Public Policy in the Conflict of Laws: Part II, ***Michigan Law Review***, 41(6), 1943, s. 1112.
301 Rashba, s. 1112, 1113.
302 Bu başlık altındaki tartışma da taraflarca seçilen hukukun bir devlet hukuku olması gerektiği görüşünden hareketle yürütülmektedir.
303 Demirkol, s. 169.
304 Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 189; Demirkol, s. 168.

Kıbrıs Rum Yönetimi[305] hukuku ya da Abhazya Cumhuriyeti[306] hukuku seçilmiş ise bu seçim geçerli kabul edilmeyecektir. Buna gerekçe olarak uyuşmazlığa bakan hâkime göre tarafların seçtiği hukuk düzenini yaratan bir otorite bulunmaması ve bir hukuk düzeninden söz edebilmek için otoritenin varlığının şart olması gösterilmektedir[307]. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından devlet olarak kabul edilmeyen bir varlığın hukukunun seçilmesi halinde Türk mahkemelerinin bu hukuka etki tanımalarının, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin izlediği politikalara ters düşeceği ifade edilmektedir[308].

---

305 Resmi adı ile Kıbrıs Cumhuriyeti, Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından tanınmayıp "Güney Kıbrıs Rum Yönetimi" olarak adlandırıldığından çalışmada bu kullanım uygun görülmüştür.

306 1992'de Gürcistan'dan bağımsız olduğunu ilan eden Abhazya Cumhuriyeti, aralarında Rusya'nın da bulunduğu yedi devlet tarafından tanınmaktadır. Bkz. "Abhazya ve Güney Osetya'nın bağımsızlıklarının uluslararası tanınması", https://tr.wikipedia.org/wiki/Abhazya_ve_G%C3%BCney_Osetya%27n%C4%B1n_ba%C4%9F%C4%B1ms%C4%B1zl%C4%B1klar%C4%B1n%C4%B1n_uluslararas%C4%B1_tan%C4%B1nmas%C4%B1, 2.11.2021.

307 Demirkol, s. 169. Bu görüşe göre taraflarca sözleşmeye uygulanmak üzere *lex fori* tarafından tanınmamış bir devletin hukuku seçilmişse hâkim uyuşmazlığa objektif bağlama kuralına göre tespit edilen hukuku uygulamalıdır. Eğer ki objektif bağlama kuralı da tanınmamış devlete işaret ediyor ise (karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni tanınmamış devlette ise) bu devlet hukuku uygulanamaz. Onun yerine tanınmamış devlet topraklarında bulunan diğer devletin (Örneğin Filistin için İsrail, Kosova için Sırbistan gibi) hukuku uygulanmalıdır. Ancak tanınmamış devletin bulunduğu topraklarda başka bir devletin de varlığı kabul edilmiyorsa (Örneğin Türkiye açısından Güney Kıbrıs'ın durumu) sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk -tanınmamış devlet hukuku hariç olmak üzere- uygulanmalıdır (Demirkol, s. 170). Demirkol daha önce bu yöntemi savunmuş, ancak daha sonra bu görüşünü değiştirerek yöntemin katı ve teknik olduğunu, milletlerarası ticaretin menfaatlerine uygun olmadığını, birbirini tanımayan devletlerin bile uluslararası hukukta yaptıkları iş birliği ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir (Demirkol, s. 170, 171). Yazarın önceki görüşü için bkz. Berk Demirkol, ***Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk***, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2010, s. 104.
Öncelikle biz *lex fori*'nin tanımadığı bir devlet hukukunun seçiminin geçersiz olduğu fikrine katılmamaktayız. Ancak bir an bu seçimin hâkim tarafından geçersiz kabul edilebileceğini düşünelim. Eğer ki objektif bağlama kuralı da aynı tanınmamış devlet hukukuna işaret ediyorsa bu durumda tanınmamış devlet topraklarındaki diğer devlet hukukuna geçerlilik tanımanın taraf menfaatlerine ters düşeceği kanaatindeyiz. Zira taraflar -KKTC örneği üzerinden gidecek olursak- kendi seçtikleri ve geçerli olduğunu düşündükleri KKTC hukuku yerine GKRY hukukunun uygulanacağını öngörmüş olsalardı belki de üçüncü bir devlet hukunu seçmeyi tercih edeceklerdi. Bu nedenle doğrudan GKRY hukukunu uygulamak yerine MÖHUK m. 24 gereğince sözleşme ile en sıkı ilişkili hukukun tespit edilerek uygulanması daha isabetli görünmektedir.

308 Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 189. Kendisi de pek çok devlet tarafından tanınmayan Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı olan yazar daha sonra bu yöndeki görüşünü değiştirmiştir. Gerekçe olarak yabancı bir devlet hukukunun varlığını tanımanın, o hukukun yaratıcısı olan kanun koyucunun bağlı bulunduğu yönetimin egemenliğini tanımak anlamına gelmediği; milletlerarası ticari ilişkilerin tanınmamış devlet hukuklarına etki tanımaya bir nevi zorluyor olmasını göstermektedir. Bkz. Arzu Alibaba, Möhuk M. 24 Bağlamında Hukuk Seçiminin Seçilecek Hukuk Bakımından Sınırlandırılması, ***10. Yılında MÖHUK Sempozyumu*** (Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir, Gülce Gümüşlü Tunçağıl), Adalet, Ankara, 2018, s. 530, 618.

Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise hukuk seçiminin geçerliliği bakımından devletin tanınmış ya da tanınmamış olması fark yaratmamaktadır[309]. Zira bir devletin tanınıp tanınmaması çoğunlukla siyasi karaktere sahip olup yabancı devletin hukuki bir özne olarak kaldığı kanunlar ihtilafı alanında uygulanmaması gerekir[310]. Bu kapsamda bir devletin tanınmaması o devletin siyasi varlığının yok sayılmasını ifade edebilir. Ancak salt özel hukuk niteliğini taşıyan konular, tanınmayan devletin yok sayılmasının istisnasını teşkil etmelidir[311]. Aksi halde özel hukuk kişilerinin sırf tanınmamış bir devlete bağlı olmalarından dolayı hakları azaltılmış ya da yok sayılmış olur ki bu adil olmaz[312]. Bu teorik gerekçelerin ötesinde yadsınamayacak bir gerçek vardır ki devletlerin sürekli ilişki içinde olduğu küreselleşen dünyada birbirini tanımayan devletler de karşılıklı hukuki ve ticari ilişkiler kurabilmektedir[313]. Bu devletler diplomatik olarak herhangi bir etkileşimde bulunmasalar da tabiiyetlerinde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin birbirlerinin ülkelerinde ya da üçüncü ülkelerde medeni ya da ticari ilişkiler kurmaları kaçınılmazdır. Bu gibi durumlarda taraflar aralarındaki hukuki ilişkiye tanınmamış devlet hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilir yahut hâkimin hukukunun kanunlar ihtilafı kuralı tanınmamış devlet hukukunu gösterebilir. Kurulan bu hukuki ilişkileri geçerli kabul ediyorken, taraflardan birinin hukuku sırf tanınmamış bir devlete ait diye bu hukuka geçerlilik tanınmaması hukuk mantığına aykırıdır. Kanaatimizce, tanınmamış devlet hukuklarına etki tanımanın en güçlü ve haklı gerekçesi budur.

Tanınmamış devlet hukukuna etki tanımanın gerekliliği, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi konusunda da dile getirilmektedir. Doktrinde Türkiye'nin tanımadığı bir devlet mahkemesinden -örneğin GKRY ya da Abhazya- verilen kararların da Türk mahkemelerinde tanıma ve tenfize konu edilebileceği fikri hâkimdir[314]. MÖHUK m. 50/1 uyarınca tanıma ve tenfiz için aranan ön şartlardan biri, tanınması veya tenfizi istenen kararın yabancı bir mahkeme tarafından verilmiş

---

309 Alibaba, "Möhuk M. 24", s. 529; Ekşi, ***Milletlerarası Ticaret Hukuku***, s. 34; Güngör, ***MÖH***, s. 181; Şakir Berki, "Devletler Hususî Hukukunda Tabiiyet, Yabancıların Hukuku Kanunlar İhtilafı ve Yargılama Usulünün Tatbiki Prensipleri", ***AÜHFD***, C. 7, S. 1, 1950, s. 242; Vlad, s. 340.

310 Vlad, s. 340.

311 Alibaba, "Möhuk M. 24", s. 530; Mann, ***Unrecognised State***, s. 348.

312 Vlad, s. 340. Hatta tanınmayan devletin hukukunu uygulamanın o devlet vatandaşlarını tabiiyetsiz addetmek olacağı ve kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir (Berki, s. 242).

313 Alibaba, "Möhuk M. 24", s. 529, 530.

314 Bilgin Tiryakioğlu, ***Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi***, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1996, s. 35; Çelikel/Erdem, s. 711; Doğan, ***MÖH***, s. 119; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 637.

olmasıdır. Yabancı mahkeme kararı ile kastedilen yabancı bir devletin yargı organları tarafından verilmiş kararlardır[315]. Bu kararın yabancı bir egemenlik adına, bağımsız yargı organlarınca verilmiş olması yeterli görülmekte, verildiği devletin uluslararası hukuk anlamında tanınmış olup olmaması önem arz etmemektedir[316]. Zira devletlerin tanınması siyasi bir tasarruf olup ve tanıma beyanının açıkça yapılması gerektiği kabul görmektedir[317]. Dolayısıyla örneğin Abhazya Cumhuriyeti mahkemesi tarafından verilmiş bir kararın Türk mahkemesi tarafından tanınması uluslararası hukuk anlamında açık bir tanıma beyanı olarak nitelendirilemeyeceğinden, Türkiye'nin Abhazya Cumhuriyetini tanıdığı sonucuna varılamaz[318].

Uygulamada tanınmamış devlet hukukunun seçiminin geçerli kabul edildiği ya da tanınmayan bir devletin mahkeme kararının Türk mahkemeleri tarafından tanınıp tenfiz edildiği bir örnek görülmese de dolaylı olarak tanınmamış devlet hukukuna etki tanındığı başka uyuşmazlıklar bulunmaktadır. Örneğin bir Güney Kıbrıs şirketi olan *Libananco*'nun, Türkiye aleyhine Milletlerarası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözüm Merkezi'ne (ICSID) başvurduğu davada[319], yargılama neticesinde şirketin talebinin

---

315 Çelikel/Erdem, s. 711.

316 Çelikel/Erdem, s. 711; Doğan, ***MÖH***, s. 119; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 637; Tuğrul Arat, Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi, ***AÜHFD***, C. 21, S. 1, 1964, s. 500'den naklen O. Işık Nazikoğlu, "Yabancı Mahkemelerden Verilen İlâmların Tanınması ve Tenfizi", ***AÜHFD***, 1950, C. VII, S. 3-4, s. 481

317 Doğan, ***MÖH***, s. 119; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 637.

318 Türkiye'nin tanımadığı bir devlet mahkemesince verilmiş bir kararın tanınması veya tenfizine ilişkin somut bir uyuşmazlık ya da yargı kararına ulaşılamamıştır. Ancak uyuşmazlık çıkma ihtimali bulunduğundan doktrinde üzerinde durulan bir husus olmuştur. İngiliz yargısında ise İngiltere tarafından tanınmayan KKTC mahkeme kararının tanınması uyuşmazlık konusu olmuştur. İngiliz hukukunda uzun süredir yerleşik olan görüş yürütme organının bir devlet ya da hükümeti tanımaması halinde bu politikanın İngiliz mahkemeleri tarafından da uygulanması gerektiği yönündeydi. Bu politikanın gerekçesi ise yargının yürütmenin tanımama uygulamasını engellememesi için yargı ve yürütmenin tek ses halinde konuşmasıydı (*one voice policy*). 2000 yılında bir KKTC boşanma kararının tanınmasına ilişkin davada, Yargıç *Compston* prensip olarak tanınmayan ülke hukuklarına etki tanınabileceğini kabul etmekle birlikte boşanmanın bu istisna kapsamına girmeyeceğine karar vermiştir *(B v. B 2000 F.L.R. 707*). Ancak 2002 yılında verilen başka bir kararda (*Emin v. Yeldağ 2002 F.L.R. 956*), KKTC'nin devlet olarak tanınmamasına rağmen KKTC mahkemesi tarafından verilen boşanma kararının tanınabileceğine hükmedilmiştir. Bu karar, bir varlığın devlet statüsünün yürütme tarafından tanınmamasına rağmen, eylemlerinin yargı tarafından tanınacağı diğer durumların önünü açmaktadır (Yaël Ronen, "Recognition of Divorce without Recognition of Statehood", ***The Cambridge Law Journal***, Vol. 63, No. 2, 2004, s. 268, 269, 270. Ayrıca bkz. Berivan Gökçenay, ***Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları***, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009, s. 57, 58). İngiliz hukukundaki *one voice* politikasının uygulanmasına ilişkin bir eleştiri için bkz. Mann, s. 349.

319 2003 yılında Enerji Piyasası Denetleme Kurumu'nun Çukurova ve Kepez elektrik şirketlerine el koyması üzerine Güney Kıbrıs tabiiyetindeki *Libananco Holdings Co. Limited*, kendisinin bu şirketlere ortak olduğu, el koyma kararı nedeniyle mağdur olduğu gerekçesiyle 2006 yılında Türkiye aleyhine ICSID'e başvurmuştur. Yargılama neticesinde Libananco'nun talebi reddedilmiştir. Kararın orijinal metni için bkz. "Libananco Holdings Co. Limited v. Republic of

reddine karar verilmiştir. Türkiye ICSID sözleşmesine taraf olduğundan[320], *Libananco*'nun talebinin reddine ilişkin karar Türkiye açısından da bağlayıcı olup milli kararlar gibi hüküm ve sonuç doğurur[321].

Bu konuda önemle belirtmek gerekir ki MÖHUK kapsamında tanınmamış devlet hukuklarının seçilip seçilmeyeceğine ilişkin tartışmalar MTK kapsamındaki hukuk seçimi bakımından geçerli değildir. MÖHUK m. 24 ve diğer maddelerde kullanılan "tarafların seçtikleri hukuk" ifadesi, bu kanun kapsamındaki hukuk seçimlerinde tarafların bir devlet hukukunu tercih etme zorunluluğunun bulunup bulunmadığı tartışmalarına yol açmaktadır. Buna bağlı olarak da "Bu devlet muhakkak *lex fori* tarafından tanınmış bir devlet mi olmalı?" sorusu gündeme gelmektedir. Ancak MTK kapsamındaki hukuk seçiminde bu yönde bir tereddüt bulunmayıp tarafların tahkim yeri hukuku (*lex loci arbitri*) tarafından tanınmamış bir devlet hukukunu seçebilecekleri kabul edilmektedir[322]. Zira MTK'da "seçtikleri hukuk kuralları" ifadesi kullanılmaktadır[323]. Tanınmamış bir devlete ait hukuk kuralları da MTK kapsamında "hukuk kuralı" olarak kabul edilecektir.

2. Seçilen Hukuk ile Sözleşme Arasında Bağlantının Varlığı

Tarafların irade muhtariyeti ilkesi uyarınca aralarındaki yabancı unsurlu işlem ya da ilişkiye uygulanmak üzere herhangi bir devlet hukukunu seçip seçemeyecekleri doktrinde cevap aranan konulardan olmuştur. Bu konuda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır.

İlk görüşe göre taraflar diledikleri herhangi bir devlet hukukunu seçemezler. Seçilen hukukun taraflarla ya da tarafların arasındaki hukuki işlem ya da ilişki ile bir bağlantısının bulunması gerekir[324]. Bu bağlantının tespitinde de iki farklı kriter belirlenmiştir. Birinci kritere göre, geçerli bir hukuk seçiminden bahsedebilmek için seçilen hukukun uygulanmasında tarafların haklı (tanınmaya değer veya kabul

---

Turkey (ICSID Case No. ARB/06/8) – Annulment Proceeding", http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C77/DC4632_En.pdf, 10.11.2021.

320 27.05.1988 tarih ve 3460 sayılı uygun bulma kanunu (RG. 25.05.1988-19830).

321 Demirkol, s. 170-171; Murtaz, s. 110.

322 Demirkol, s. 169, dn. 520.

323 MTK m. 12/C: "*Hakem veya hakem kurulu, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve onların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere seçtikleri hukuk kurallarına göre karar verir (...)*"

324 Martin Wolff, ***Das Internationale Privatrecht Deutschlands***, Auflage 2, Berlin, 1949, s. 118; Tekinalp, ***MÖH***, s. 280.

edilebilir) menfaatlerinin bulunması gerekir[325]. Ancak bu kriter sınırları değişken olduğundan ve taraflar dışındaki kişilerce yorumlanmaya ihtiyaç duyduğundan eleştirilmektedir[326]. Zira taraflar hukuk seçimi yaparken zaten kendi menfaatlerini en iyi şekilde değerlendireceklerinden, objektif olarak haklı menfaatlerinin bulunup bulunmadığının araştırılmasına ihtiyaç görülmemektedir[327]. Özellikle milletlerarası satım sözleşmelerinde tarafların tacir oldukları düşünüldüğünde tacirlerin muhakkak makul bir sebebe dayanarak hukuk seçimi yaptıkları, sebepsiz ve tuhaf bir seçim yapmayacakları, kendi menfaatlerini en iyi gözetecek kişiler oldukları kabul edilmektedir[328]. Bunun yanı sıra taraflara hem hukuk seçme özgürlüğünün tanınması hem de haklı menfaat koşulu getirilerek bu özgürlüğün sınırlanması tutarsızlık olarak değerlendirilmektedir[329]. İkinci kritere göre taraflarca seçilen hukukun sözleşmeyle tabii bir ilişkisinin bulunması, keyfi seçimlerin yapılmaması gerekir[330]. Sözleşme ile ilişki yersel[331] ya da kişisel olabilir[332]. Bu kapsamda örneğin İspanya hukukunun seçildiği bir sözleşme ilişkisinde seçimin geçerli kabul edilebilmesi için sözleşmenin İspanya'da akdedilmesi, ifa yerinin İspanya'da bulunması ya da malların teslim yerinin İspanya olması gibi yersel bağlantı aranabilir. Ya da mal rejiminden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta Çin hukuku seçilmişse taraflardan en az birisinin Çin Halk Cumhuriyeti tabiiyetinde olması ya da mutad meskenlerinin bu ülkede bulunması gibi kişisel bağlantı da aranabilir.

Aksi yöndeki görüşe göre ise taraflar aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere diledikleri hukuku seçebilirler [333]. Seçilen hukuk ile sözleşme arasında herhangi bir bağlantı aranmayacağı gibi tarafların menfaatlerinin bulunup bulunmadığına da

---

325 Doğan, ***MÖH,*** s. 404; Leo Raape, ***Deutschen Internationalen Privatrecht***, Auflage 5, Frankfurt, 1961, s. 491; Tekinalp, ***MÖH,*** s. 280.

326 Tekinalp, ***MÖH***s. 280, dn. 14'teki yazarlar.

327 Çilingiroğlu, s. 107; Doğan, ***MÖH***, s. 404; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 330.

328 Patrick Ross Williams, "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", ***The International and Comparative Law Quarterly***, Vol. 35, No. 1, 1986, s. 12; Tiryakioğlu, s. 23, dn. 52.

329 Çilingiroğlu, s. 107.

330 Wolff, ***IPR***, s. 118; Tekinalp, ***MÖH***, s. 280.

331 İsviçre Federal Mahkemesi, Paris'te ikamet eden İngiliz uyruklu gerçek kişi ile Lihtenşıtayn'ın başkenti Vaduz'da kurulan ve Lihtenşıtayn kanunlarına tabi tüzel kişi arasındaki sözleşmenin ihlalinden kaynaklı tazminat uyuşmazlığında tarafların uygulanacak hukuk olarak İsviçre hukukunu seçmelerini geçerli kabul etmiş ve seçilen hukuk ile sözleşme arasında mekânsal bir bağlantının varlığını geri planda tutmuştur. Bkz. BGE 91 II 44 S. 44 vd., https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F91-II-44%3Ade&lang=de&zoom=&type=show_document, 30.11.2021.

332 Doğan, ***MÖH***, s. 404; Wolff, ***IPR***, s. 118, 119.

333 Akıncı, ***MÖH***, s. 53; Çelikel/Erdem, s. 385; Doğan, ***MÖH***, s. 404; Güngör, ***MÖH***, s. 181; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 330; Tekinalp, ***MÖH***, s. 280; Nomer, s. 324.

bakılmaz. Dikkat edilmesi gereken hususlar yalnızca sözleşmenin yabancı unsurlu olması[334] ve seçimin dürüstlük kurallarına aykırı olmamasıdır[335]. Bu görüşü savunanlar ayrıca tarafların sözleşmeyle hiçbir ilişkisi olmayan bir hukuku seçmelerinin farklı gerekçeleri olabileceğini de vurgulamaktadırlar. İlk olarak böyle bir hukuk seçimi, tarafların tarafsız bir hukuk seçme gayreti içinde oldukları şeklinde yorumlanmaktadır[336]. Örneğin Cezayir'de yapılacak bir alışveriş merkezi projesi için anlaşan Türk vatandaşı mimar ile Libya şirketi, aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere tarafsız bir hukuk olan İtalyan hukukunu seçebilirler. Ya da taraflar, belirli bir alanda çok daha gelişmiş bir sisteme sahip olan bir hukuku, çıkabilecek uyuşmazlıklara daha kesin çözümler getirebilmek adına tercih edebilirler[337]. Örneğin yabancı unsurlu bir buğday satım sözleşmesinde, sözleşmeyle bağlantısı bulunmayan ancak milletlerarası tahıl ticaretinde *London Corn Trade Association*[338] öncülüğünde geliştirilen ticari örf ve âdet kuralları bulunması nedeniyle İngiliz hukukunu tercih edebilirler[339]. Benzer şekilde konusu Türkiye'den Rusya'ya deniz yoluyla eşya taşınması olan sözleşmeye uygulanmak üzere sözleşme ile ilgisi bulunmayan fakat deniz ticaretinde gelişmiş bir hukuk sistemine sahip olan İngiliz hukukunu seçebilirler[340]. Son olarak bir hukuk düzeninin taraflar arasındaki hukuki işlemi yasaklamaması yani bu işlemi tanıması da o hukukun seçilmesi için bir gerekçe olarak gösterilmektedir[341].

Elbette ki taraflar her zaman sözleşmeyle ilgisi bulunmayan bir hukuku seçme eğiliminde değildirler. Hatta taraflar çoğunlukla belirli bir hukuk düzenini seçmek için geçerli sebeplere sahiptir[342]. Tarafların seçim yaparken; sözleşmenin yapıldığı yer, ifa

---

334 Tekinalp, ***MÖH***, s. 280; Tiryakioğlu, s. 23.

335 Doğan, ***MÖH***, s. 404.

336 Akıncı, ***MÖH***, s. 53; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 330. Demirkol "tarafsız" yerine "bağımsız" kelimesini kullanmaktadır. Bağımsız hukuka karar verilirken tarafların hem kendi hukuklarını hem de seçecekleri hukukun ait olduğu hukuk ailesini de dikkate aldıklarını, örneğin İsviçre hukukunun bir İngiliz ile bir Pakistanlı için bağımsız hukuk olduğunu ancak bir İngiliz ile bir Alman için bağımsız hukuk olmadığını belirtmektedir. Demirkol, s. 165.

337 Demirkol, s. 166; Nomer, s. 325; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 152.

338 1878 yılında kurulan Londra Mısır Ticareti Birliği (LCTA)'nden ayrılan bir grup ticaret adamı şimdiki GAFTA'nın temellerini atmıştır. Bkz. https://www.gafta.com/about, 02.12.2021.

339 Nomer, s. 325.

340 Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 152.

341 Demirkol, s. 166. Böyle bir seçimin kanuna karşı hile teşkil etmesi nedeniyle geçersiz kabul edilmesi yönündeki görüşe bir eleştiri için bkz. Demirkol, 2010, s. 103, dn. 345.

342 Giesela Rühl, "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts Transatlantic Convergence and Economic Efficiency", CLPE Research Paper No. 4/2007, ***Conflict Of Laws In A Globalized World***, (Ed. Eckart Gottschalk/Ralf Michaels/Giesela Rühl/Jan von Hein), Cambridge University Press, s. 161.

yeri, malların bulunduğu yer, haksız fiilin işlendiği yer, vatandaşlık, mutad mesken yahut seçim yapılacak olan hukuki ilişkiyle bağlantılı ya da ona yakın önceki bir ilişki gibi kriterleri göz önünde bulundurmaları mümkündür. Özellikle tüketici sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri gibi özellik arz eden sosyal içerikli sözleşmelerde, sözleşme ile seçilen hukuk arasında bu tarz irtibatların bulunması zorunlu görülmektedir[343]. Ancak doktrinde kural olarak tarafların seçilecek hukuk konusunda serbest olmaları gerektiği fikri hâkimdir.

Çeşitli devletlerin hukuklarına bakıldığında sözleşme ile seçilen hukuk arasındaki irtibat şartına ilişkin farklı düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. ABD hukukunda *Restatement (II)* uyarınca, seçilen hukukun taraflarla veya hukuki ilişki ile esaslı bir ilişkisi (*substantial relationship*) bulunmuyorsa ve taraflar açısından başka makul bir gerekçe (*reasonable basis*) yoksa bu hukuk uygulanmaz (*sec.* 182/2-a)[344]. *Restatement* şerhinde[345] seçilen hukukun taraflardan birinin yerleşim yeri, iş merkezinin bulunduğu yer ya da ifanın gerçekleşeceği yer hukuku olması halinde "esaslı ilişki" şartının yerine getirilmiş olacağı; macera ruhuyla ya da hâkime zihinsel egzersiz yaptırmak için seçilen hukukun uygulanmayacağı belirtilmektedir[346]. Ayrıca sözleşmenin görünürde hiçbir ilişkisinin bulunmadığı bir hukukun seçilmiş olması halinde de tarafların makul bir dayanağa sahip oldukları kabul edilebilir. Örneğin taraflar, kendilerine yabancı olan ve yeterince gelişmemiş hukuklara sahip ülkelerde sözleşme yaparken bu ülke hukuku yerine ilgisiz ama daha iyi bildikleri ve gelişmiş bir hukuku seçmek isteyebilirler. Zira tarafların yalnızca bu şekilde sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinin kapsamını doğru olarak bilebilecekleri belirtilmektedir[347]. Ancak şerhteki bu yönlendirmeye rağmen eski tarihli pek çok

---

343 Çelikel, Erdem, s. 385. Ancak MÖHUK kapsamında böyle bir zorunluluk aranmadığı da belirtilmektedir (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 330).

344 Bkz. Samuel Cohen, "The EEC Convention and U.S. Law Governing Choice of Law For Contracts, with Particular Emphasis on the Restatement Second: Comparative Study". Maryland Journal of International Law and Trade, 13(2), 1989, s. 231; McGuinness, s. 164; Kincaid, s. 105, dn. 70; Symeonides, "The Hague Principles", s. 880; Russell J. Weintraub, "Choice of Law in Contract," ***Iowa Law Review***, 54(3), 1968, s. 412.

345 Bkz. *Restatement II Comment* (f).

346 Özellikle tarafların sözleşmenin yapıldığı yerin hukukunu seçmeleri esaslı ilişkinin kabulü için yeterli görülmektedir (Rühl, s. 161).

347 *Restatement II Comment* (f). Ayrıca bkz. Cohen, s. 234, dn. 59 (Örneğin bir üçüncü dünya ülkesinde ya da ticaret hukukunun nispeten gelişmemiş olduğu bir ülkede akdedilen ya da ifa edilecek olan bir sözleşme elverişlilik ve belirliliğin temini için İngiliz hukukuna ya da New York hukukuna tabi kılınabilir).

kararda[348] sözleşme ile seçilen hukuk arasında önemli bir ilişkinin arandığı görülmektedir[349]. Yine ABD'deki tüm ticari işlemleri yönetmek üzere geliştirilen ve Amerikan ticaretinin belkemiği olarak nitelendirilen *Uniform Commercial Code*'a (*UCC*)[350] göre seçilen eyalet hukukunun işlemle makul bir ilişkisinin bulunması gerekir[351].

Portekiz, İspanya, Polonya hukuku gibi bazı hukuklarda da hukuk seçiminin geçerliliği bakımından seçilen hukuk ile sözleşme arasında bir ilişki ya da haklı/tanınabilir menfaat aranmaktaydı[352]. Ancak bu devletlerin kanunlarında sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerin yerini Roma I Tüzüğü hükümlerinin alması ile (yolcuların taşınmasına ilişkin sözleşmeler ve belirli sigorta sözleşmeleri hariç olmak üzere)[353] artık bu yönde herhangi bir şart aranmamaktadır. Yalnızca sözleşmenin tek bir hukuk ile bağlantılı olduğu durumlarda hukuk seçiminin sınırlandırıldığı görülmektedir[354]. Eğer ki seçim anındaki diğer tüm unsurlar, hukuku seçilmiş olan ülke dışında bir ülkede bulunuyorsa tarafların seçimi bu diğer ülkenin emredici hükümlerinin uygulanmasını engellemez[355]. Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun (Avusturya MÖHK) 35. maddesinin hukuk seçimine ilişkin ilk fıkrasında da Roma I Tüzüğü hükümlerine atıf yapılmıştır[356]. İsviçre hukukunda ise kural olarak seçilen hukuk ile taraflar ya da sözleşme arasında herhangi bir ilişki ya da taraf menfaati aranmamaktadır (*IPRG* m. 116/II-1)[357]. Ancak bazı sözleşme tiplerinde

---

348 *La Beach v. Beatrice Foods Co.-1978, Joy v. Heidrick & Struggles, Inc.-1977, North American Bank Ltd. v. Schulman 1984.* Bkz. McGuinness, s. 164, 165.

349 McGuinness, s. 164.

350 ABD'de uygulanan Yeknesak Ticaret Kanunu.

351 Symeonides, "The Hague Principles", s. 880.

352 Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 162; Çelikel/Erdem, s. 385. İspanya Kanunu'nda "bir takım bağlantı" (m. 10/5), Portekiz Kanunu'nda "ciddi ilgi" (m. 41/2) şartları aranmaktaydı. Bkz. Symeonides, "The Hague Principles", s. 880.

353 Bu sözleşme türlerinde, sözleşme ile seçilen hukuk arasında yersel bağlantı aranmaktadır. Bkz. m. 5/2 (a)-(e), m. 6/2.

354 Tekinalp, ***MÖH,*** s. 280, dn. 16.

355 Bkz. Roma I Tüzüğü m. 3/3. *EGBGB*'nin sözleşme ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin 27-37. maddeleri ile Polonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 28. maddesi yerine doğrudan Roma I Tüzüğü hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. 4 Şubat 2011 tarihli Polonya MÖHK için bkz. "Prawo prywatne międzynarodowe", https://lexlege.pl/prawo-prywatne-miedzynarodowe/, 10.12.2021. Polonya Kanunu'nun genel olarak hukuk seçimini düzenleyen 4. maddesinde de bu konuyla ilgili bir sınırlama öngörülmemiştir.

356 Bkz. 15.06.1978 tarihli Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (Avusturya MÖHK) m. 35/1, https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426, 15.12.2021.

357 Turhan, bu maddede herhangi bir bağlayıcı ifade bulunmadığı gerekçesiyle taraflara hukuk seçimi konusunda mutlak bir serbesti tanındığını, dolayısıyla Federal Mahkemenin kanun yürürlüğe girmeden önce vermiş olduğu bazı kararlarında aradığı "seçilen hukukla sözleşme arasında bir ilişkinin bulunması" ve tarafların o hukuku seçmelerinde "makul bir çıkarının bulunması"

sınırlı hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Örneğin iş sözleşmelerinde taraflar yalnızca işçinin mutad meskeninin bulunduğu veya işverenin işyerinin, yerleşim yerinin veya mutad meskeninin bulunduğu devletin hukukunu seçebilirler[358].

Hukuk seçimine ilişkin milletlerarası düzenlemelere bakıldığında ise sözleşme ile seçilen hukuk arasında bir bağlantının arandığı herhangi bir sınırlayıcı hükme yer verilmediği görülmektedir. Roma I Tüzüğü'nün "seçim özgürlüğü" başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasında bir sözleşmenin tarafların seçtikleri hukuka tabi olacağı öngörülmüş olup "haklı menfaat" ya da "yakın ilişki" şartı getirilmemiştir. Yukarıda bahsi geçtiği üzere yalnızca, seçim anındaki durumla ilgili diğer tüm unsurların, hukuku seçilmiş olan ülke dışında bir ülkede bulunması halinde tarafların seçtikleri hukukun, diğer ülke hukukunun emredici hükümlerinin uygulanmasına halel getirmeyeceği öngörülmüştür[359]. Böylelikle sözleşme ile ilgisiz bir hukukun seçimini tamamen geçersiz kılmak yerine daha yakın irtibat içinde olan hukukun emredici hükümlerinin saklı tutulması tercih edilmiştir. Ancak yolcu taşıma sözleşmelerinde ve tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi serbestisi çeşitli yersel bağlantılar ile sınırlandırılmıştır.

Lahey İlkeleri'nde ise seçilen hukuk ile taraflar ya da onların işlemi arasında herhangi bir bağlantının gerekli olmadığı açık olarak düzenlenmiştir (m. 2/4). Şerh kısmında bu hükmün ticari işlemlerin giderek yerelliğini yitirmesi ile uyumlu olduğu vurgulanmıştır. Devamında tarafların belirli bir hukuku tarafsız olduğu ya da yapmayı planladıkları işlem türü (örneğin deniz taşımacılığı ya da uluslararası bankacılık işlemleri) için gelişmiş hükümlere sahip olduğu gerekçesi ile seçebilecekleri belirtilmiştir. Lahey İlkeleri bu yönüyle de birçok devlet hukukuna göre çok daha kapsamlı bir irade serbesti kavramını benimsemektedir[360].

şartlarının artık aranmayacağını belirtmiştir (Turgut Turhan, "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku", ***AÜHFD***, C. 41, S. 1, 1990, s. 123). Ayrıca *IPRG*'nin 15. maddesi, kanundaki kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenen hukukun uyuşmazlıkla çok sınırlı bir bağlantısının ve başka bir hukuk ile çok daha sıkı bir bağlantısının bulunması halinde o sıkı ilişkili hukukun uygulanacağına ilişkin hükmün hukuk seçimi yapılan hallerde geçerli olmayacağını açıkça öngörmektedir.

358 Bkz. *IPRG* art 121-d. Benzer durum taşınırlar üzerinde hak kazanımı ve kaybında (*Art.* 104-e), evlilik mal rejimlerinde (*Art.* 52/II-1-a) de söz konusudur.

359 Aynı düzenleme Roma II Tüzüğü'nde de mevcuttur (m. 16/2).

360 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 2.14, 2.15, s. 39, 40.

MÖHUK m. 24'te hukuk seçiminin geçerliliği bakımından yakın ilişki ya da haklı menfaat bulunması gibi herhangi kısıtlama getirilmemiştir. Dolayısıyla tarafların aralarındaki sözleşme ile hiçbir bağlantısı bulunmayan bir hukuku seçebileceklerini söylemek mümkündür[361]. Taraflarca seçilmiş bir hukuk varsa hâkim bu hukuku ilgisiz dahi olsa uygulamalı, sözleşmeyle daha sıkı ilişki içinde olan hukukun uygulanmasına karar vermemelidir. Zira "*Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur*" (MÖHUK m. 24/4-son cümle) şeklindeki hüküm tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde uygulanır[362]. Ancak hukuk seçimi yapılmış olması halinde sıkı ilişkili olan hukukun kısmen de olsa uygulanabileceği istisnai bir durum vardır. Eğer ki sözleşmeyle sıkı ilişkili olan üçüncü bir devlet hukuku var ise hâkim bu hukukun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıyabilir (MÖHUK m. 31). Bu halde taraflarca seçilen hukukun hükümleri bertaraf edilmiş olur.

Son olarak tarafların seçtikleri hukuk, taraflar arasındaki esas sözleşmeyi geçersiz kılacak olsa dahi seçilen hukuka itibar edilmesi gerektiği savunulmaktadır[363]. Hukuk seçimi ile ehliyet ve şekle ilişkin meseleler hariç sözleşme bütünüyle seçilen hukuka tabi olur. Buna sözleşmenin geçerliliği de dahildir. Bir kere hukuk seçimi yapıldıktan sonra artık esas sözleşmenin ayakta tutulabilmesi (*favor negotii*) adına MÖHUK m. 24/4'teki objektif bağlama kuralına başvurulamaz[364].

Kanaatimizce hukuk seçimi serbestisinin belirli sınırlamalara tabi tutulması makul görülebilir. Ancak hukuki ilişki ile seçilen hukuk arasında kişisel ya da yersel

---

361 MÖHUK m. 24'teki hukuk seçimine ilişkin hükümler, kanunda hukuk seçimi imkânı tanınan diğer sözleşme türleri ve sözleşme dışı ilişkiler (Tüketici ve iş sözleşmeleri, fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme) bakımından da uygulama alanı bulur. Dolayısıyla bu hukuki olay ya da ilişkilerde de taraflar ilgisiz bir hukuku seçebilirler. Ancak evlilik malları bakımından durum farklıdır. Kanun, evlilik malları hakkında eşlere yalnızca evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini seçme hakkı tanıyarak hukuk seçimi serbestisini sınırlandırmıştır (m. 15/1). Bu husus çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı olarak incelenecektir.

362 MÖHUK m. 24/4 sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak olan objektif bağlama kuralını öngörmektedir: "*Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.*"

363 Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 153'ten naklen B. Hoffmann/K. Thorn, Internaionales Privatrecht, 6. Auflage, Tübingen, 2006, s. 433.

364 Nomer, s. 326.

yönden bağlantının bulunması ya da tarafların bu hukuku seçmede tanınmaya değer menfaatlerinin bulunması gibi gerekçelerle sınırlanması, irade serbestisinin kullanımını engelleyecek boyutlara dahi ulaşabilir. Şöyle ki; yabancı unsurlu bir ilişkinin tarafları, iki tarafla da herhangi bir bağlantısı bulunmayan bir hukukun seçimini tamamen tarafsız olması nedeniyle her iki tarafın menfaatine uygun görebilirler. Ya da hukuk sistemi belirli bir alanda diğer devletlere göre daha gelişmiş olan bir devlet hukukunu seçmek isteyebilirler. Hâkim bu gibi durumlarda taraf menfaatleri bakımından farklı bir değerlendirmede bulunacak olursa hukuk seçimini geçersiz kılabilecektir ki bu, taraf iradelerini tamamen görmezden gelmek olacaktır. Sözleşme ile seçilen hukuk arasında kişisel ya da yersel yönden bağlantının aranması da kanaatimizce gereksizdir. Zira zaten hukuk seçimi yapılmadığı takdirde uygulanacak objektif bağlama kuralları, vatandaşlık, mutad mesken gibi hukuki ilişkiyle bağlantısı bulunan çeşitli bağlama noktalarından hareket etmektedir. Pek çok bağlama kuralının ortak amacı da en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına hizmet etmektir. Taraflar zaten sözleşmeyle ilişkisi bulunan hukukların uygulanmasını isteselerdi hukuk seçimi yapmadan da bu amaca ulaşabilirlerdi. Nitekim MÖHUK m. 24/1'in temel hedefinin sözleşmeye en yakın hukukun tespit edilmesi değil, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişki için kendilerine en uygun olan hukuku tercih etmelerini sağlamak olduğu doktrinde de vurgulanmıştır[365]. Tüm bunların ötesinde, tarafların sırf hukuk seçimini geçerli kılabilmek adına sözleşme ile seçilen hukuk arasında çeşitli yönlerden irtibat yaratabilmeleri mümkündür[366]. Örneğin taraflar Türk hukukunun uygulanmasını temin etmek üzere sözleşmenin ifa yerini İstanbul olarak kararlaştırıp ödemenin yapılacağı para birimini Türk lirası olarak belirleyebilirler. Bu durumda sözleşme ile yakın ilişkinin objektif bir şart olarak aranması anlamsız hale gelmektedir.

365 Demirkol, s. 165.
366 Tiryakioğlu, s. 22.

V. HUKUK SEÇİMİNİN YAPILIŞ ŞEKLİ VE ZAMANI

Hukuk seçimi, tarafların aralarındaki hukuki işlem ya da ilişkiyi hangi devletin hukukunun yöneteceği konusunda karşılıklı olarak anlaşmaları ile gerçekleşir. Tarafların bu yöndeki iradelerini beyan etme biçimleri, diğer bir deyişle bu iradenin dış dünyaya nasıl yansıdığı ve bu yansımanın yarattığı hukuki sonuçlar hukuk seçiminin yapılış şekli ile ilgilidir[367]. Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta genel olarak tarafların hukuk seçimi yönündeki iradelerini açık ya da örtülü olarak beyan edebilecekleri kabul görmektedir. Yani hukuk seçiminin yapılışı kural olarak belirli bir şekle bağlı değildir[368]. Açık hukuk seçimine ilişkin üzerinde durulması gereken fazlaca bir husus bulunmamakla birlikte hangi koşullar altında örtülü hukuk seçiminin varlığından söz edilebileceği sıklıkla tartışılmakta, milli hukuklarda farklı düzenlemelere ve uygulamalara konu olmaktadır. Aşağıda bu hususlar incelendikten sonra doktrinde istisnaen de olsa üçüncü bir hukuk seçimi şekli olarak kabul edilen ancak uygulanabilirliği olmayan farazi hukuk seçimi hakkında bilgi verilecektir.

A. Açık Hukuk Seçimi

Açık hukuk seçiminin varlığından söz edebilmek için tarafların aralarındaki hukuki işlem ya da ilişkiye uygulanmak üzere belirli bir hukuku seçmeye yönelmiş açık bir irade beyanında bulunmaları gerekir. *Eren*'e göre "*Beyanın anlam ve konusu hiçbir yoruma ve karışıklığa meydan vermeyecek şekilde beyan araçlarından, yani kullanılan söz, yazı veya işaretlerden doğrudan doğruya anlaşılıyorsa, bu açık irade beyanıdır*"[369]. Dolayısıyla, açık hukuk seçimi için tarafların belirli bir hukuku seçtiklerinin yoruma ihtiyaç duyulmaksızın anlaşılması gerekir[370]. Başka bir deyişle

---

367 Demirkol'a göre "hukuk seçiminin yapılış şekli" ile kastedilen, hukuk seçiminin yazılı ya da sözlü olarak yapılmasıdır. Seçimin açık ya da örtülü olarak yapılması ise "hukuk seçimi iradesinin ortaya çıkış biçimi, özellikle de irade beyanının içeriği" ile ilgilidir. Bkz. Demirkol, s. 178, dn. 537. Biz doktrindeki hâkim incelemeye uygun olarak irade beyanının açık mı yoksa örtülü şekilde mi ortaya çıktığını, yani açık ya da örtülü hukuk seçimini bu başlık altında incelemeyi uygun görüyoruz. Aynı yönde bkz. Doğan, ***MÖH***, s. 400; Tekinalp, ***MÖH,*** s. 283; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 27.

368 Doğan, ***MÖH***, s. 401; Nomer, s. 326; Tekinalp, ***MÖH***, s. 283.

369 Eren, s. 134. Ayrıca bkz. Antalya, s. 66; Ayan, s. 120; Serozan, s. 81.

370 Doğan, ***MÖH***, s. 401; Nomer, s. 326; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 325.

tarafların hukuk seçimi yönündeki karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri, herhangi bir tereddüde yol açmaksızın (kesin olarak/açıkça)[371] beyan edilmiş olmalıdır[372].

Açık hukuk seçimi asıl sözleşme metnine eklenen bir madde ile (sözleşmesel bir ilişki mevcutsa), ayrı bir hukuk seçimi sözleşmesi ile ya da uyuşmazlık çıktıktan sonra mahkeme huzurunda yapılabilir[373]. Uygulamada çoğunlukla ilk yöntem tercih edilmektedir. Taraflar sözleşmeye, "Bu sözleşmede Fransa kanunlarına göre yönetilecek ve yorumlanacaktır", "Bu sözleşme her bakımdan Almanya kanunlarına tabi olacaktır" gibi özel bir madde ekleyerek hukuk seçimi yaparlar[374]. Açık hukuk seçimi bir devlet hukukunun ismen anılması yerine "sözleşmenin kuruluş yeri", "alıcının yerleşim yeri", "satıcının işyeri" gibi bir takım dış faktörler kullanılarak da yapılabilir[375]. Ancak tarafların "bu sözleşmeye Avrupa hukuku uygulanır" ya da "AB hukuku uygulanır" şeklindeki beyanlarının açık hukuk seçimi olarak kabul edilemeyeceği, hangi Avrupa ülkesinin ya da AB üyesi ülkenin hukukun seçildiğinin belirtilmesi gerektiği kabul edilmektedir[376]. Sözleşmede hukuk seçimine ilişkin bir madde olmasına rağmen içeriği ya da kapsamı yeteri kadar açık biçimde kaleme alınmamış ise maddenin yorumu *lex fori*'ye göre yapılmalıdır[377].

Açık hukuk seçimi neredeyse tüm ülke hukuklarında birbirine yakın şekillerde öngörülmüştür. Çoğunlukla açık hukuk seçimi ile birlikte örtülü seçimin de kabul edildiği görülmektedir[378]. Örneğin *IPRG*'de "*Hukuk seçimi açık olmalı ya da*

---

371 Pozitif hukuk düzenlemelerinde açık hukuk seçimini belirtmek üzere çeşitli ifadeler kullanılmış olup bu düzenlemelere aşağıda yer verilecektir.

372 Doğan, ***MÖH***, s. 401; Nomer, s. 326; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 325.

373 Doğan, ***MÖH***, s. 401; Tiryakioğlu, Taşınır Mallar, s. 27.

374 Örnekler için bkz. Choice of Law Sample Clauses, https://www.lawinsider.com/clause/choice-of-law, Earl Butler, Contracts: A Brief Overview, 2014, https://slideplayer.com/slide/12024447/, Satu Pitkänen, Forum and Law, 2015, https://slideplayer.com/slide/15879063/, 25.01.2022.

375 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 4.4, s. 44.

376 Akıncı, ***MÖH***, s. 55. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi acentelik sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığa ilişkin kararında davalının uygulanacak hukuka ilişkin istinaf talebini reddetmiştir: *"(...) Sözleşme metninde Hollanda Hukuku'nun uygulanacağına dair bir ifade yer almayıp genel manada Avrupa Hukuku uygulanacaktır ifadesi kullanılmıştır. Avrupa Hukuku uygulanacaktır ifadesinden, Hollanda Hukuku'nun uyuşmazlığın çözümüne uygulanacağına dair bir hüküm çıkarılamaz".* İstanbul BAM, 14. HD, 10.05.2018, E. 2017/975, K. 2018/485, https://ea70330bbfe919e2312426c9be35e661274d7d97 .vetisonline.com/belge/istanbul-bam-14-hukuk-dairesi-kararlari-e-2017-975-k-2018-485-t-10-05-2018/3458708/, 02.08.2022. Ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, s. 401, dn. 348.

377 Nomer, s. 326. Bu husus örtülü hukuk seçimi ile karıştırılmamalıdır. Burada taraflarca hukuk seçiminin yapıldığı açıktır. Yalnızca kullanılan ifadelerden dolayı hukuk seçiminin içeriğine ya da kapsamına yahut koşullarına ilişkin bir tereddüt oluşmaktadır. Örneğin kısmi hukuk seçimi mi yoksa tam hukuk seçimi mi yapıldığı anlaşılamıyor olabilir.

378 Ancak nadiren de olsa bazı hukuklarda örtülü hukuk seçimine izin verilmemiştir. Örneğin Çin hukukunda, hukuk seçiminin geçerli olduğuna karar verebilmek için seçimin açıkça yapılması gerekir. Ayrıca tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin niyetlerinin tahmin edilmesi

sözleşmenin hükümlerinden ya da koşullardan kesin bir biçimde anlaşılmalıdır"[379] şeklinde hüküm yer almaktadır (m. 116/2). Burada açık hukuk seçiminin yanı sıra sözleşme hükümlerinden ya da koşullardan anlaşılabilen örtülü hukuk seçimi de öngörülmektedir. Hükümde seçimin asıl sözleşme ile birlikte mi yoksa asıl sözleşmeden ayrı olarak mı yapılması hususunda sessiz kalındığından, Federal Mahkeme kararlarına da uygun olarak seçimin her iki şekilde de yapılabileceği kabul edilmektedir[380]. *EGBGB'*de ise sözleşmelerde hukuk seçimi ile ilgili doğrudan Roma I Tüzüğü hükümlerine atıf yapılmıştır[381]. Tüzük'e göre "*Hukuk seçimi açık olarak yapılmalı veya sözleşmenin hükümlerinden ya da durumun koşullarından açıkça anlaşılmalıdır*" (m. 3/1)[382].

Roma I Tüzüğü gibi Roma II Tüzüğü de hem açık hem örtülü hukuk seçimine izin vermektedir. 14. maddede öncelikle, hukuk seçiminin zararın meydana gelmesinden sonra ya da tüm tarafların ticari bir faaliyet yürüttüğü durumlarda, zarara yol açan olaydan önce yapılan bir sözleşme ile gerçekleştirilebileceği öngörülmektedir (m. 14/1). Bu hüküm ile açık hukuk seçiminin ne zaman ve ne şekilde yapılabileceği düzenlenmiştir. Ardından da seçimin açık olarak yapılması ya da durumun koşullarından makul bir kesinlikle (*reasonable certainty*) anlaşılabilir olması gerektiği öngörülerek örtülü hukuk seçimine cevaz verilmiştir.

1986 Lahey Satış Sözleşmesi'nde "*Tarafların seçim üzerindeki anlaşmaları açık olmalı ya da sözleşmenin şartları ve tarafların davranışları bir bütün olarak*

---

yoluyla hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varılamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Mo Zhang, "Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law**"**, ***Emory International Law Review***, 20(2), s. 524, dn. 90.

379 "*Die Rechtswahl muss ausdrücklich sein oder sich eindeutig aus dem Vertrag oder aus den Umständen ergeben*". Türkçede "açıkça" anlamına da gelen "*eindeutig*" kelimesi Türk hukukunda "kesin bir biçimde" ya da "kesinlikle" olarak çevrilmiştir. Bkz. Çelikel/Erdem, s. 386; Turhan, s. 125.

380 Turhan, s. 124'ten naklen Stojanovic, S., Le droit des obligations dans la'nouvelle loi federale suisse sur le droit international prive, 11 RCDIP. (1988), s. 267.

381 Bkz. *EGBGB* m.27-37. Aynı şekilde Avusturya MÖHK'da, Roma I Tüzüğü'nün kapsamına giren sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından Tüzük hükümlerine atıf yapılmıştır. Tüzük kapsamına girmeyen hallerde tarafların açık olarak (*ausdrücklich*) ya da tereddüde yer vermeyecek şekilde (*schlüssig*) seçtikleri hukukun uygulanacağı öngörülmüştür (m. 35/1). Kanunun orijinal metni için bkz. https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426, 27.01.2022.

382 "*The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case*". Hükümdeki "*clearly*" kelimesi "tereddüde yer vermeyecek şekilde" şeklinde de çevrilmektedir. Bkz. Çelikel/Erdem, s. 387. Roma Sözleşmesi'nde ise açık ve örtülü hukuk seçimi "*Hukuk seçimi açık olmalı veya sözleşmenin hükümleri ya da davanın koşullarından makul bir kesinlikle çıkarılmalıdı*r" şeklinde öngörülmüştür (m. 3/1).

değerlendirildiğinde kesin olarak anlaşılmalıdır" hükmü ile hem açık hem örtülü seçime izin verilmiştir (m. 7/1).

Lahey İlkeleri'nin "Açık ve örtülü seçim (*Express and tacit choice*)" başlıklı 4. maddesine göre hukuk seçimi ya da hukuk seçimindeki herhangi bir değişiklik açıkça yapılmalı veya sözleşmenin hükümlerinden ya da koşullardan açıkça anlaşılmalıdır. Ayrıca hukuk seçimi, asıl sözleşmede bir şart olarak öngörülebileceği gibi ayrı bir hukuk seçimi anlaşması ile de yapılabilir[383].

Restatement II'de "*Eğer ki tarafların sözleşmelerinde yer verdikleri açık bir hüküm ile çözülebilecek belirli bir konu söz konusu ise, bu konuya sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri düzenlemek için seçtikleri devletin hukuku uygulanır*" şeklinde bir düzenleme getirilmiştir (*sec.* 187/1). Bu hükümde seçimin yapılış şekline ilişkin herhangi bir kısıtlama öngörülmediğinden hukuk seçimi açık ya da örtülü olarak yapılabilir; ancak farazi hukuk seçimi kabul edilmemektedir[384].

MÖHUK'ta ise hukuk seçiminin yapılış şekline ilişkin "*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir*" hükmü öngörülmüştür (m. 24/1). Hükümde açık hukuk seçiminin hangi vasıta ile yapılacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla seçim, asıl sözleşmeye eklenecek bir madde ile yahut ayrı bir hukuk seçimi anlaşması ile yazılı olarak yapılabileceği gibi mahkeme huzurunda sözlü olarak da yapılabilir[385].

B. Örtülü Hukuk Seçimi

1. Tanımı ve Unsurları

Tarafların hukuk seçimi yaptıklarının açık olarak tespit edilemediği ancak sözleşme hükümlerinin ya da sözleşme dışı koşulların yorumlanması yoluyla

---

383 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, Introduction, 1. 6, s. 23.

384 Cohen, s. 231; Gülin Güngör, ***Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı***, Yetkin, Ankara, 2007, s. 33; Mesut Aygün, "ABD Kanunlar İhtilâfı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metotlar, II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** C. XX, S. 2, 2016, s. 156.

385 Alper Çağrı Yılmaz, "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, Y. 6, S. 11, 2018, s. 503; Özdemir Kocasakal, "MÖHUK m. 24", s. 29.

anlaşılabildiği hallerde örtülü (zımni) hukuk seçimi ya da örtülü irade beyanıyla[386] hukuk seçiminin varlığından söz edilir[387]. Örtülü hukuk seçiminden bahsedebilmek için temelde iki unsurun mevcut olması gerekir. İlki tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin bulunması, ikincisi ise tarafların hukuk seçimine yönelik iradelerinin anlaşılmasıdır[388].

a. Tarafların Hukuk Seçimi İradeleri

Örtülü hukuk seçiminde tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere belirli bir hukuk düzenini seçme iradeleri mevcuttur. Fakat bu iradeyi sözlü ya da yazılı olarak açıkça beyan etmemişlerdir[389]. Buradaki irade tarafların karşılıklı ve birbirine uygun gerçek iradeleri olup farazi iradelerinden hareket edilmesi mümkün değildir[390]. Yani hâkim tarafların hukuk seçimi yapacak olsalardı hangi hukuku seçeceklerini ya da onların menfaatine olan hukukun hangisi olduğunu tahmin etmek suretiyle örtülü hukuk seçiminin varlığına hükmedemez. Zira bu halde tarafların değil, hâkimin iradesi belirleyici hale gelmiştir[391].

Örtülü hukuk seçiminde, açık hukuk seçiminde olduğu gibi tarafların bir araya gelerek hukuk seçimine ilişkin müzakere etmeleri ve bunun sonucunda belirli bir hukuku seçtiklerine dair açık bir irade beyanında bulunmaları söz konusu değildir. Bu nedenle *Doğan*'a göre taraflar aralarındaki borç ilişkisine uygulanacak hukuk konusunda görüşmüşler fakat bir anlaşmaya varamamışlarsa, artık örtülü hukuk seçimine ilişkin iradelerinin araştırılmasına gerek yoktur. Bu durumda tarafların hukuk seçimi yapmadıkları kabul edilmeli ve objektif bağlama kurallarından hareketle

---

386 Eren, örtülü irade beyanını şu şekilde açıklamaktadır: "*Örtülü irade beyanında irade açık bir şekilde beyan edilmemiştir. Dolayısıyla, irade beyanının anlamının, yani işlem iradesinin doğrudan doğruya söz ve işaretlerden çıkmaması, anlaşılmaması halinde, örtülü irade beyanı söz konusu olur. Bu nedenle, bu tür irade beyanlarında işlem iradesi, mevcut diğer durum ve şartlar göz önünde tutularak anlaşılır, tespit edilebilir*" (Eren, s. 135). Ayrıca bkz. Ayan, s. 121; Cansel/Özel, s. 56; Serozan, s. 324; s. 56.

387 Doğan, ***MÖH***, s. 401. Türk hukukunda taraflara hukuk seçimi imkânı tanınan sözleşme dışı ilişkilerde örtülü hukuk seçimi yapılmasına izin verilmemektedir (MÖHUK m. 15/1, m. 34/5, m. 39/2). Bkz. ***İkinci Bölüm, II. A. 1. a. ii***, ***B. 1.*** ve ***III. A. 1.*** Burada yapılan açıklamalar sözleşmeler hakkında geçerlidir.

388 İlyas Arslan, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi", ***MHB***, S. 33, C. 2, 2013, s. 17; Doğan, ***MÖH***, s. 402 (Doğan tarafların örtülü iradeleri ile yetkili hukuku seçtiklerinin yeterli güvenlikte anlaşılmasını objektif şart, tarafların bu hukukun uygulanması yönünde iradelerinin bulunmasını sübjektif şart olarak nitelendirmektedir).

389 Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s. 112; Nomer, s. 326; Tekinalp, ***MÖH,*** s. 284.

390 Güngör, ***MÖH***, s. 180; Nomer, s. 327; Tekinalp, ***MÖH,*** s. 284.

391 Arslan, s. 18; Nomer, s. 327; Tekinalp, ***MÖH,*** s. 284.

uygulanacak hukuk tespit edilmelidir[392]. Kanaatimizce de taraflar uygulanacak hukuk konusunda müzakere ediyorlarsa açık hukuk seçimi yapmaya niyetlenmişlerdir. Eğer ki müzakere sonucunda anlaşamamışlarsa artık bir hukuk seçimi iradesinden söz edilemez.

Bu konuda değinilmesi gereken diğer bir husus ise örtülü hukuk seçimine izin veren pek çok ülke hukukunda, "sözleşmeyi geçerli kılacak hukuk lehine" örtülü hukuk seçimi yapıldığına dair yorum yapılması gerektiğinin kabul edilmesidir[393]. Bu anlayış, örtülü hukuk seçiminde tarafların tek bir hukuku seçme yönünde iradelerinin bulunması, olası birden fazla hukuk söz konusu ise bu durumda tarafların seçime yönelik iradeleri bulunmadığından örtülü hukuk seçiminden değil, objektif bağlama yoluyla en sıkı ilişkili hukukun tespitinden bahsedilebileceği gerekçesi ile çelişkili bulunmaktadır[394]. Kanaatimizce de bu görüş isabetli olup örtülü hukuk seçiminde gerçek taraf iradelerinin dikkate alınması, sözleşmenin ayakta tutulma çabasından önde gelmelidir. Aksi halde "taraflar hukuk seçimi yapacak olsalardı sözleşmeyi geçerli kılacak hukuku seçerlerdi" şeklinde bir varsayımdan hareket edilmiş olur ki bu durum günümüz hukuk düzenlerinde kabul edilmeyen farazi hukuk seçiminin kabul edilmesi sonucunu doğurur.

b. Tarafların Hukuk Seçimi İradelerinin Anlaşılması

Örtülü hukuk seçiminde tarafların hukuk seçimine ilişkin bir irade beyanları bulunmadığından bu iradelerin yorum yoluyla çıkarılabilmesi gerekir. Türk hukuku dahil pek çok ülke hukukunda ve milletlerarası düzenlemelerde tarafların hukuk seçimi iradelerinin anlaşılması yönünden iki önemli koşul öngörülmüştür. Bu iki koşul birbirine yakın ya da eş değer kavramlarla ifade edilmiştir. Birincisi iradenin "*sözleşme hükümlerinden ya da halin şartlarından / durumun koşullarından / davanın koşullarından*" anlaşılmasıdır. İkincisi ise iradenin "*tereddüde yer vermeyecek biçimde*", "*makul kesinlikle*", "*açıkça*" ya da "*yeterli güvenlikte*"[395] anlaşılmasıdır.

Alman hukukunda geçerli olan Roma I Tüzüğü'ne göre seçimin "sözleşmenin hükümlerinden ya da durumun koşullarından açıkça anlaşılır şekilde yapılması"

---

392 Doğan, ***MÖH,*** s. 402. Aynı yönde bkz. Cemile Demir Gökyayla, ***Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri)***, Vedat, 2. Bası, İstanbul, 2013, s. 324.

393 Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 78; Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s. 114; Jonathan Hill/ Máire Ní Shúilleabháin, ***Clarkson & Hill's Conflict of Laws***, Oxford University Press, 5th Edition, 2016, s. 224.

394 Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s.114.

395 Bu kullanım için bkz. Doğan s. 402.

gerekir (m. 3/1)[396]. "Sözleşmenin hükümleri" kapsamında yetkili mahkeme belirlenmesi, belirli bir dilin kullanılması, ödemenin yapılacağı para biriminin kararlaştırılması, standart belge ve formların kullanılması, belirli bir hukukun hükümlerine atıfta bulunulması gibi hususlar yer alırken "durumun koşulları" kapsamında tarafların tabiiyetleri, dava konusunun yeri ve niteliği, hukuk seçimi yapılmış önceki bir işlem ile bağlantı gibi hususlar yer alır[397]. Roma I Tüzüğü dahil olmak üzere aşağıda incelenecek olan düzenlemelerin neredeyse tamamında "sözleşme hükümleri" ile "durumun koşulları" ifadeleri arasında "ya da" bağlacı kullanılmış olsa da doktrindeki genel görüşe göre, hâkim hem sözleşme koşullarını hem de halin şartlarını bir bütün olarak değerlendirerek hukuk seçimi yapıldığına karar vermelidir[398]. Yalnızca sözleşme hükümlerinden ya da yalnızca sözleşme dışı koşullardan hareket ederek örtülü hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varmamalıdır. Ayrıca seçim, bu koşulların tamamından yola çıkarak "açıkça (*clearly*)" anlaşılmalıdır (Roma I Tüzüğü m. 3/1). Roma Sözleşmesinde "açıkça" ifadesinin yerine "makul kesinlikle (*reasonable certainty*)" ifadesine yer verilmişti (m. 3/1)[399]. Tüzük ile getirilen bu değişikliğin hangi gerekçe ile yapıldığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre Sözleşmeye oranla daha üst derecede bir kesinlik şartı öngörmek ve hâkimin takdir hakkını daha çok sınırlamak amaçlanmıştır[400]. Karşıt görüşe göre ise esasa ilişkin bir değişiklik amaçlanmamış, yalnızca Sözleşme'nin İngilizce ve Fransızca metinleri arasındaki ifade farklılığını[401] yinelememek amacıyla "makul kesinlik"

---

396 Farklı bir çeviri, "*sözleşmenin hükümlerinden veya somut olayın şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılır biçimde yapılmalıdır*" şeklindedir. Bkz. Çelikel/Erdem, s. 387.

397 McGuinness, s. 154.

398 Arslan, s. 21; Jonathan Hill, "Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts", ***International and Comparative Law Quarterly***, 53(2), 2004, s. 327, 328. Örneğin *Marubeni Hong Kong v. South China Ltd-Mongolian Government* davasında, hukuk seçiminin makul bir kesinlikle gösterilip gösterilmediğini değerlendirirken, doğru yaklaşımın hem sözleşme şartlarını hem de çevreleyen koşulları birlikte dikkate almak olduğu kabul edilmiştir. Diğer bazı davalarda da İngiliz mahkemeleri, Roma Sözleşmesi m.3/1'in tam metnine atıfta bulunmaksızın aynı yönde karar vermişlerdir (Hill, s. 328).

399 "*(...)The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the terms of the contract or the circumstances of the case (...)*". Roma II Tüzüğü'nde de hukuk seçiminin durumun koşullarından makul kesinlikle anlaşılır olması aranmıştır.

400 Bayata Canyaş, Roma I Tüzüğü, s. 114; James Fawcett/Janeen Carruthers/Peter North, ***Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*** Oxford University Press, 14th edition, 2008, s. 706.

401 Sözleşmenin Fransızca metninde "*reasonable certainty*" ifadesini karşılamak üzere "*de façon certain* (kesinlikle/kesin olarak)" ifadesi kullanılmıştır. Ancak bu iki ifade aynı anlama gelmemektedir. "*Reasonable certainty*" daha esnek bir koşul ortaya koymaktadır. Tüzük'te kullanılan "*clearly*" ifadesinin ise, Tüzük'ün Fransızca metinde de korunan "*de facon certain*" ile aynı anlamı taşıdığını söylemek mümkündür.

ifadesinden vazgeçilmiştir[402]. İsviçre hukukunda ise seçimin sözleşmenin hükümlerinden ya da koşullardan "kesin bir biçimde" çıkarılabiliyor olması aranmıştır (*IPRG* m. 116/2). Bu hükümlere bakıldığında, hâkimin taraflarca hukuk seçimi yapılıp yapılmadığına dair ufak bir şüpheye düşmesi halinde bile örtülü hukuk seçimi yapıldığının kabul edilemeyeceği anlaşılmaktadır.

1986 Lahey Satış Sözleşmesi'nde örtülü hukuk seçimi "*Tarafların seçim üzerindeki anlaşmaları (...) sözleşmenin şartları ve tarafların davranışları bir bütün olarak değerlendirildiğinde kesin olarak anlaşılmalıdır*" şeklinde öngörülmüştür (m. 7/1). Tarafların hukuk seçimi yaptıklarına karar verebilmek için yalnızca sözleşme koşullarının ya da yalnızca tarafların davranışlarının dikkate alınması yeterli görülmemiştir. Tüm koşulların bir bütün halinde ele alınması açıkça düzenlendiğinden, yukarıdaki düzenlemelerde "veya" bağlacının yaratmış olduğu tereddüt bu sözleşme bakımından söz konusu değildir.

Lahey İlkeleri'nin "açık ve örtülü seçim" başlıklı 4. maddesinde örtülü hukuk seçimi, "*hukuk seçimi ya da hukuk seçimindeki herhangi bir değişiklik (...) sözleşmenin hükümlerinden ya da koşullardan açıkça*[403] *anlaşılmalıdır*" şeklinde öngörülmektedir. Tarafların davranışları ya da iş ilişkileri bahsi geçen "koşullar"a örnektir[404]. Sözleşmenin belirli bir hukuk sistemine özgü standart bir biçimde yapılması, sözleşmenin belirli bir hukuk sisteminin terminoloji özelliğini içermesi veya tarafların sözleşmelerini belirli bir hukuka tabi kılmak niyetinde olduklarını açıkça ortaya koyan milli hükümlere atıfta bulunması hallerinde de örtülü seçimden bahsedilir[405].

Restatement II'de, "*Eğer ki tarafların sözleşmelerinde yer verdikleri açık bir hüküm ile çözülebilecek belirli bir konu söz konusu ise, bu konuya sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri düzenlemek için seçtikleri devletin hukuku uygulanır*" şeklinde bir düzenleme getirilmiştir (*sec.* 187/1). Hükümde seçimin yapılış şekline ilişkin

---

402 Wilderspin, s. 263. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s. 114, 115.

403 Hükümdeki "açıkça (*clearly*)" kelimesi "tereddüde yer vermeyecek biçimde" olarak da çevrilmektedir. Bkz. Murtaz, s. 67.

404 Symeonides, "The Hague Principles", s. 891

405 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 4.9, 4.10, s. 44, 45. Lahey İlkeleri uyarınca örtülü hukuk seçimi hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Gamze Aydoğdu, "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri Uyarınca Örtülü Hukuk Seçimi", ***Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 10, S. 2, 2022, s. 603-626.

herhangi bir kısıtlama yer almadığından örtülü hukuk seçimi de yapılabilir. Nitekim 187. paragrafın şerhinde tarafların hukuk seçimi iradelerine etki tanınmasının en iyi yolunun, seçtikleri hukuka sözleşmede açıkça atıfta bulunmaları olduğu; ancak bulunmamışlarsa bile sözleşmenin hükümlerinden tarafların belirli bir ülkenin hukukunun uygulanmasını istedikleri sonucuna varılabileceği belirtilmiştir. Bu anlamda sözleşmenin belirli bir devletin milli hukukuna özgü ifadeler içermesi, o hukuk doktrinine atıfta bulunulması tarafların o devlet hukukunu seçtiklerine dair ikna edici kanıtlardandır[406].

MÖHUK'ta ise "*Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir*" şeklinde bir hükme yer verilmiştir (m. 24/1-2. cümle). Madde gerekçesinde[407], birinci fıkraya eklenen ikinci cümle ile açık hukuk seçimi ile birlikte örtülü hukuk seçiminin de kabul edildiği belirtilmiştir[408]. Ardından da örtülü hukuk seçiminde de tarafların seçim yönünde gerçek bir iradelerinin olduğu, ancak bu iradenin açık olmadığı ifade edilmiştir. MÖHUK'un örtülü hukuk seçimine izin veren bu hükmü, milletlerarası düzenlemeler ve diğer ülke kanunlarıyla uyumlu, taraf iradelerine öncelik tanıyan önemli bir yenilik olmuştur. Ancak "tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi"nin örtülü hukuk seçimini karşılayacak biçimde kullanılmış olması doktrinde eleştirilmiştir. *Nomer*'e göre bu ifade, tekrardan açık bir hukuk seçimi anlaşmasını gerekli kılan bir anlam taşımaktadır. Kanun koyucunun bu düzenleme ile örtülü bir hukuk seçiminin kabulü için gerekli koşulları olabildiğince ağırlaştırmak istemiş olabileceğini düşünmektedir. Öyle ki açık bir hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde hâkim kolaylıkla objektif bağlama kuralına giderek uygulanacak hukuku tespit edebilir[409]. *Şanlı, Esen ve Ataman*'a göre ise bir yandan açık hukuk seçimi teşkil etmezken, diğer yandan sözleşme hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen bir hukuk seçimine örnek vermek kolay

406 *Restatement II*, Comments (a), http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html, 28.1.2022. Ayrıca bkz. Cohen, s. 231.

407 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, (Erişim) https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 24.02.2022.

408 2675 sayılı MÖHUK'ta taraflara yalnızca açık hukuk seçimi imkânı tanınmıştı. Örtülü hukuk seçimi 5718 sayılı MÖHUK ile getirilen bir yeniliktir.

409 Nomer, s. 327. Aynı yönde bkz. Akıncı, ***MÖH***, s. 55; Güngör, ***MÖH***, s. 180. Kanun koyucunun böyle bir koşul getirme amacının, hâkimin tarafların farazi iradelerinden yola çıkarak uygulanacak hukuku tespit etmesinin önüne geçmek olabileceği de düşünülmektedir. Bkz. Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s. 117.

değildir[410]. Nitekim böyle bir hukuk seçimine mahkeme kararlarında da rastlanmamıştır[411]. Farklı bir görüşe göre ise "tereddüde yer vermeyecek biçimde" gibi yüksek bir kesinlik koşulu aramak yerine yalnızca 2675 sayılı MÖHUK'taki (m. 24/1)[412] "açık olarak" ifadesinin çıkarılması veya "açık ya da örtülü olarak yapılabilir" ifadesinin kullanılması yeterli olabilirdi[413]. Ancak iki seçenek de kanaatimizce sakıncalıdır. Zira yalnızca "açık olarak" ifadesinin madde metninden çıkarılması hukuk seçiminin her türlüsüne imkân veren dolayısıyla da hâkimin tarafların farazi iradelerinden yola çıkarak uygulanacak hukuku tespit edebilmesinin önünü açan bir düzenleme olurdu[414]. "Örtülü olarak" gibi muğlak bir ifadenin kullanılması halinde ise hangi şartlar altında tarafların açık olmayan hukuk seçimi yaptıklarının kabul edilebileceği belirsiz olurdu.

2. Örtülü Hukuk Seçimine İşaret Eden Kriterler

Milli ve milletlerarası düzenlemelerde örtülü hukuk seçiminin kabul edilebilmesi için taraf iradelerinin sözleşmenin hükümlerinden ya da durumun koşullarından tereddüde yer vermeyecek biçimde (vb. ifadeler ile) anlaşılması şart koşulmuştur. Ancak "sözleşme hükümleri ya da durumun koşulları" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirlenmemiş, diğer bir deyişle örtülü seçim yapıldığına kanaat getirebilmek için gerekli olan somut göstergelere yer verilmemiştir. Doktrinde ve uygulamada bu düzenlemelerde kullanılan ifadelerin yarattığı belirsizliği ortadan kaldırmak adına, tarafların örtülü hukuk seçimi yaptıklarına işaret eden bazı kriterler ortaya konmuştur.

Taraflarca yetki anlaşması yapılmış olması, sözleşmede belirli bir ülke hukukunun hükümlerinin kullanılması[415] ya da o ülke hukukunda kullanılan usullere

---

410 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 325 (Ancak davada taraflarca sunulan dilekçelerdeki iddia ve savunmaların münferit bir ülke hukukuna dayanılarak beyan edilmiş olması halinde halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen bir hukuk seçiminden söz etmenin mümkün olduğu da belirtilmiştir).

411 Yargıtay yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde yer alan "*Taraflardan her biri, iş bu akdin süresinden önce feshini ancak M.K.'nun 672. maddesinde yer alan önemli hususların vukuunda isteyebilirler ve ancak bu durumda akit süresinden önce feshedilir*" şeklindeki hüküm ile tarafların yalnızca sözleşmenin feshi bakımından Yunan Medeni Kanunu'nun uygulanmasını amaçlamış olduklarına, aralarında uygulanacak hukuku tereddüde yer vermeyecek şekilde kararlaştırmış olduklarından söz edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. 22. HD, 18.09.2019, E. 2016/9339, K. 2019/16564.

412 "*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tabidir.*"

413 Arslan, s. 27, 28.

414 Nitekim yazar da bu ihtimalin bulunduğunu belirtmiştir (Arslan, s. 28).

415 Örneğin *Giuliano* ve *Lagarde*'ın hazırladığı Roma Sözleşmesi'ne ilişkin açıklayıcı raporda, bir sözleşmede Fransız Medeni Kanunu'nun belirli maddelerine yapılan atıfların açıkça belirtilmiş bir

göndermede bulunulması[416], belirli bir ülke hukukuna dayanılarak gerçekleştirilmiş standart sözleşme şartlarının kabulü[417], taraflar arasında daha önceden açık hukuk seçimi yapılmış başka bir sözleşmeye gönderme yapılması[418], tarafların iddia ve savunmalarını belirli bir ülke hukukuna göre beyan etmeleri, tarafların sözleşmenin belirli bir ülke hukuku uyarınca kurulmasını öngören hükümlere (*contraction clauses*) yer vermesi[419], tarafların tabiiyeti, sözleşmenin dili, belirli bir ülke parasıyla ödemenin kararlaştırılması, tarafların yerleşim yerleri ya da mutad meskenleri gibi noktalardan yola çıkılarak örtülü hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varılabilir[420]. Ancak genel olarak bu kriterlerin tek başına hukuk seçimine işaret etmedikleri, birden fazla kriterin aynı hukuku göstermesi halinde örtülü hukuk seçiminin varlığından söz edilebileceği kabul edilmektedir[421]. *Nomer*'e göre aynı hukuku gösteren ne kadar çok belirti bir arada bulunursa, taraflarca o hukukun örtülü olarak seçilmiş olduğu o derece kesinlik kazanır. Bunun aksine farklı hukuklara işaret eden belirtiler ise karşılıklı olarak birbirlerini yok ederler. Bu durumda ise örtülü hukuk seçiminden bahsedilemez[422].

Doktrinde diğer kriterlere göre üzerinde daha fazla durulan iki kriteri ayrıca incelemekte fayda görüyoruz.

---

hukuk seçimi olmamasına rağmen mahkemede tarafların bilinçli olarak Fransız Hukukunu seçtikleri kanaatini uyandırabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Mario Giuliano/Paul Lagarde, "Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", Official Journal of the European Communities, C 282, 1980, http://aei.pitt.edu/1891/1/Obligations_report__Giuliano_OJ_C_282.pdf , 07.03.2022.

416 Aybay/Dardağan, s. 254.

417 Örneğin deniz sigortalarında, bu alanda gelişmiş bir sisteme sahip olan İngiliz hukukuna göre hazırlanan standart sözleşmeler sıklıkla kullanılmaktadır. Bu halde tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere İngiliz hukukunu örtülü olarak seçtikleri kabul edilmektedir. Roma Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden önce, Tarafları Dubai'de ticaret yapan Liberyalı bir donatan (davacı) ile bir Kuveytli sigorta şirketi (davalı) olan, düzenleme yeri ve ödeme yerinin Kuveyt olarak kararlaştırıldığı *Lloyd*'un standart deniz sigortası biçimine dayanan bir poliçeden kaynaklanan uyuşmazlıkta poliçe dilinin İngilizce olması ve 1906 Deniz Sigortası Kanunu'nda (*Marine Insurance Act)* tanımlanan İngilizce yasal terimlerin kullanılması İngiliz hukukunun seçildiğinin kabulü için yeterli görülmüştür. Bkz. *Amin Rasheed Shipping Corporation. v. Kuwait Insurance Company (1984) AC 50*. https://app.justis.com/case/amin-rasheed-shipping-corporation-v-kuwait-insurance-company/overview/c4yJmYuZmZWca, 02.03.2022; Hook, s. 153. Ayrıca bkz. Arslan, s. 13; Hill/Shúilleabháin, s. 221.

418 Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s. 113; Hill/Shúilleabháin, s. 222.

419 Sözleşmede, "*construction clause*" a yer verilmesi halinde bu hükmün yalnızca sözleşmenin kuruluşunu mu kapsadığı yoksa sözleşmenin tamamı bakımından hukuk seçimi yapıldığı şeklinde mi anlaşılacağı seçilen hukuka göre belirlenir. Eğer ki yalnızca kuruluşu kapsıyorsa "*construction clause*" tarafların örtülü hukuk seçimi yaptığına işaret eden kriterlerden biri olarak dikkate alınabilir. Bkz. Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s. 117. Ayrıca bkz. Demir Gökyayla, ***Tek Satıcılık***, s. 335-336.

420 Collier, s. 194, 195; Doğan, ***MÖH***, s. 402; Güngör, ***MÖH***, s. 180.

421 Doğan, ***MÖH***, s. 402; Nomer, s. 329; Tekinalp**, *MÖH,*** s. 284.

422 Nomer, s. 329.

- **Yetkili mahkemenin belirlenmesi**: Taraflar aralarındaki belirli bir sözleşme bakımından yetki anlaşması yapmış ya da aralarındaki tüm uyuşmazlıklar bakımından münhasıran bir ülke mahkemelerini yetkili kılmış olabilirler. Bu durum tarafların aynı zamanda o ülke hukukunu da seçtiklerine işaret edebilecek önemli bir kriterdir. Roma I Tüzüğü'nün dibace kısmının 12. paragrafında da taraflar arasındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar bakımından üye devletlerden herhangi birinin mahkemelerine münhasıran yetki verilmesinin, bu devlet hukukunun seçilmiş olduğuna karine teşkil eden önemli faktörlerden biri olduğu belirtilmiştir. Peki bu kriter tek başına böyle bir çıkarım yapmaya elverişli midir? Bir görüşe göre, taraflarca belirli bir ülke mahkemesinin seçiminden o ülke hukukunun da seçilmiş olduğu makul bir şekilde çıkarılabilir[423]. Bu yaklaşımın önemli göstergeleri vardır. Şöyle ki; iş insanları genellikle yetkili mahkeme ile yetkili hukuku bir tutarlar. Mahkemeler genel olarak kendi hukuklarını uygulama eğilimindedirler. Taraflar (ya da vekilleri) da hâkimin hukuku yerine yabancı bir hukuku uygulamanın külfetli ve maliyetli olduğunu bilirler. Bu nedenle eğer ki taraflar yetkili kıldıkları mahkemenin hukukunun uygulanmasını istemiyorlarsa bunu açıkça beyan etmelidirler[424]. Böyle bir beyanda bulunmamışlarsa hâkim, yetki anlaşmasından hareketle mahkemenin hukukunun örtülü olarak seçildiğini kabul eder ve bu hukuku uygular. Bu görüş hâkimlerin en iyi bildikleri hukuk olan kendi hukuklarını uygulama eğilimini desteklediğinden, yani *lex fori* yanlısı bir uygulama yarattığından eleştirilmektedir[425].

Ağırlıklı görüşe göre ise yetki sözleşmesi örtülü hukuk seçimin kabulü için önemli bir gösterge olmakla birlikte tek başına yeterli değildir[426]. Zira tarafların yabancı bir mahkemeyi yetkili kılmış olmaları her durumda o mahkemenin hukukunun da uygulanmasını istedikleri anlamına gelmez. Buna örnek olarak, tarafların yetkili mahkemeyi uyuşmazlık çıktıktan sonra belirlediği ya da sözleşmenin davacıya birden fazla ülke mahkemesinden birini seçme olanağı tanıdığı haller gösterilmiştir. Her iki durumda da sözleşmenin kuruluş anında yetkili mahkeme öngörülemediğinden tarafların mahkemenin hukukunu seçme iradelerinin olduğundan da bahsedilemez[427]. Yabancı bir ülke mahkemesinin yetkilendirilmesi ile aynı zamanda o ülke hukukunun

---

423 Lando, "Contractual Obligations", s. 66.
424 Lando, "Contractual Obligations", s. 66.
425 Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü" s. 113.
426 Doğan, ***MÖH***, s. 402; Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s. 113; Giuliano/Lagarde, No C 282/17; Hill/ Shúilleabháin, s. 219; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 325; Tekinalp, ***MÖH***, s. 284.
427 Lando, "Contractual Obligations", s. 66.

da yetkilendirildiğinin kabul edilebilmesi için muhakkak o hukuka işaret eden başka kriterlerin de bulunması gerekir[428]. MÖHUK dahil olmak üzere devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarında da yetki anlaşmasının tek başına taraflarca örtülü hukuk seçimi yapıldığının kabulü için yeterli olduğuna dair bir hükme yer verilmemiştir. Hatta Lahey İlkeleri'nde sözleşmeden doğan uyuşmazlıkları çözmek üzere bir mahkemeye ya da tahkim heyetine yetki veren anlaşmanın tek başına hukuk seçimine eşdeğer sayılmayacağı açıkça öngörülmektedir (m. 4)[429]. İsviçre Federal Mahkemesi de çok eski tarihli kararlarında tarafların belirli bir devlet mahkemesi lehine yapmış oldukları yetki sözleşmesini, o devlet hukukunun uygulanmasına yönelik örtülü bir irade olarak kabul etmiş olsa da sonradan bu görüşünden ayrılmıştır[430].

Kanaatimizce de tek başına yetki anlaşması örtülü olarak hukuk seçimi yapıldığının kabulü için yeterli değildir. Zira taraflar yargılamanın belirli bir ülkenin usul hukuku kurallarına göre yürütülmesini istedikleri için o ülke mahkemelerini yetkili kılmış ancak uyuşmazlığın esasına farklı bir ülkenin hukukunun uygulanmasını istiyor olabilirler. Ya da taraflarca yetkilendirilen mahkeme yalnızca coğrafi olarak her iki tarafa da yakın olduğundan tercih edilmiş olabilir. Bu gibi durumlarda tarafların aynı zamanda hukuk seçimi iradelerinin olduğunu söylemek oldukça zordur.

- **Tarafların yargılama sırasındaki davranışları**: Tarafların davada belirli bir ülkenin maddi hukuk hükümlerine dayanmaları diğer bir deyişle sundukları dilekçelerde karşılıklı iddia ve savunmalarını belirli bir ülke hukukuna dayanarak beyan etmeleri, o ülke hukukuna ait kavram ve ifadelerden faydalanmaları önemli bir kriter olarak görülmektedir[431]. Alman mahkeme kararlarında zaman zaman, tarafların

---

428 Giuliano/Lagarde, No C 282/17.

429 Aynı yönde bkz. Meksika Sözleşmesi m. 7/2. Lahey İlkeleri bakımından, yetki anlaşmasının örtülü hukuk seçimi ile ilişkisi hakkında bir değerlendirme için bkz. Aydoğdu, s. 617, 618.

430 Turhan, s. 125.

431 Akıncı, ***MÖH***, s. 55; Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s. 113; C.M.V Clarkson/Jonathan Hill, ***The Conflict of Laws***, Oxford University Press, 3th Edition, 2006, s. 181; Demir Gökyayla, ***Tek Satıcılık***, s. 329; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 325. *Bayata Canyaş*, bu durumda kabul edilen örtülü hukuk seçimi ile *incorporation*'ın (sözleşmeye dahil etme) karıştırılmaması gerektiğini belirtmiştir. İlk durumda tarafların belirli bir ülke hukukunu seçme niyetleri vardır ancak açıkça beyan etmemişlerdir. *Incorporation*'da ise tarafların hukuk seçimi iradesi bulunmayıp sadece yabancı bir hukukun belirli hükümlerine sözleşmelerinde yer vermek istemişlerdir. Bu halde hâkimin örtülü hukuk seçimi yapıldığını kabul ederek o yabancı hukuku tümüyle uygulaması taraf iradelerine aykırıdır (Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s. 113). Ayrıca bu iki durum yarattığı sonuçlar bakımından da farklıdır. Tarafların örtülü olarak yabancı bir hukuku seçmeleri halinde o hukuk emredici hükümleri ile birlikte tümüyle uygulanırken *incorporation* halinde yabancı hukukun yalnızca sözleşmeye dahil edilen hükümleri uygulanır.

iddia ve savunmalarını Alman Medeni Kanunu'na ya da Ticaret Kanunu'na dayanarak yapmaları halinde, Alman hukukunun örtülü olarak seçildiği kabul edilmektedir[432].

Şanlı, Esen ve Ataman'a göre açık bir hukuk seçimi olup olmadığına bakılmaksızın, tarafların iddia ve savunmalarını belirli bir ülke hukukuna göre beyan etmeleri durumunda halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçiminden söz etmek mümkündür[433]. Yazarlar, tarafların dava dilekçelerinde Türk hukukuna dayandıkları sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Türk hukukunun örtülü olarak seçildiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmakta ve Yargıtay'ın aksi yöndeki kararını eleştirmektedirler[434]. Bir görüşe göre ise karşılıklı iddia ve savunmaların belirli bir ülke hukukuna dayandırılmasının örtülü hukuk seçimi olarak kabul edilebilmesi için tarafların ortada bir kanunlar ihtilafı problemi olduğunun diğer bir deyişle sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağına ilişkin bir sorun olduğunun bilincinde olmaları gerekir[435]. Aksi halde tarafların uygulanacak hukuku seçme yönünde bir iradelerinin olduğundan bahsedilemez. *Nomer*'e göre ise davada Türk hukukunun maddi hukuk hükümlerine dayanılması, örtülü hukuk seçiminin varlığı için tek başına yeterli değildir. Eğer ki taraflar objektif bağlama kuralına göre belirlenen hukuku bilmediklerini ve öğrenemeyeceklerini beyan ederek hâkimden Türk hukukunun uygulanmasını talep ederlerse, örtülü hukuk seçiminde

---

432 Örneğin Almanya Federal Mahkemesi, Hollandalı müteahhit ile Alman tabiiyetindeki şirket arasında Almanya'daki bir otelin yenilenmesi için yapılan inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta Alman hukuku açıkça seçilmemesine rağmen, tarafların Alman Medeni Kanun'unda yer alan hükümleri kullanmaları ve kamu ihaleleriyle ilgili hükümlerin uygulanmasını kararlaştırmaları nedeniyle Alman hukukunu örtülü olarak seçtikleri sonucuna varmış ve Alman hukukunu uygulamıştır. Bkz. Arslan, s. 12; Demir Gökyayla, ***Tek Satıcılık***, s. 331; Nuray Ekşi, ***Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu***, Beta, İstanbul, 2004, s. 101, dn. 224.

433 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 325.

434 Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemesinin "*kefalet sözleşmesi Alman hukukuna tabi olarak düzenlenmiş ise de taraflarca uyuşmazlık halinde uygulanacak hukukun belirlenmediği, davacının davasını açarken hukuki sebep olarak Türk kanun maddelerine dayandığı, davalının ise davaya karşı verdiği cevap dilekçesinde 818 sayılı TBK'nın olaya uygulanmasını talep ve kabul ettiği göz önüne alındığında davanın her iki tarafının TBK'nın dolayısıyla Türk Hukuku'nun uygulanmasında mutabık oldukları*" gerekçesiyle Türk hukukunu uygulayarak verdiği kararı şu gerekçelerle bozmuştur: "*Dava konusu olayda, davacı şirketin Almanya'da kurulmuş olduğu, davalının da yurtdışında ikamet ettiği, sözleşmenin Köln/Almanya'da akdedildiği, taraflarca sözleşmede açık bir hukuk seçimi yapılmadığı anlaşılmış olup, bu nedenle yabancılık unsuru bulunan sözleşmeye Alman Hukuku'nun uygulanıp uygulanamayacağının 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında tartışılmadan Türk Hukuku'nun uygulanması suretiyle sonuca varılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir*" (11. HD, 07.10.2020, E. 2019/83, K. 2020/3914).

435 Arslan, s. 12; Çilingiroğlu, s. 110; Demirkol, s. 204; Demir Gökyayla, ***Tek Satıcılık***, s. 331; Gülören Tekinalp, "Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zımni Hukuk Seçimi", ***MHB***, C.5, S. 1, 1985, s. 29.

olduğu gibi hâkimin talebi yerine getirmesi gerekir[436]. Bu durumda zaten mahkeme huzurunda sözlü olarak yapılmış bir açık hukuk seçimi söz konusu olur.

Doktrinde bir görüşe göre sonradan hukuk seçimi yapılmasına izin verildiğinden taraflar yargılamadaki davranışları ile ilk defa hukuk seçimi yapabilecekleri gibi, daha önce seçilen hukuku da değiştirebilirler[437]. Başka bir anlatımla tarafların örtülü olarak seçilen hukuku değiştirebilecekleri savunulmaktadır. Kanaatimizce önceden seçilmiş bir hukuk varken yalnızca yargılama sırasındaki davranışlardan yola çıkılarak seçilen hukukun örtülü olarak değiştirildiğinin kabul edilmemesi gerekir. Zira burada hem seçilmiş bir hukukun hem de seçildiği düşünülen başka bir hukukun varlığı örtülü hukuk seçimi için aranan "tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılma" koşulunun sağlanmasını engellemektedir.

Bu açıklamalardan sonra örtülü hukuk seçimine işaret eden yukarıdaki kriterlerle ilgili önemli bir hususa değinmek gerekir. Bu kriterler aynı zamanda, tarafların hukuk seçimi yapmaması halinde objektif bağlama kuralının gösterdiği "en sıkı ilişkili hukuk" un tespitinde de dikkate alınmaktadır. Ancak iki husus birbirinden farklıdır. Örtülü hukuk seçiminde tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleri vardır ve bu iradenin sözleşmenin hükümlerinden ya da durumun koşullarından açıkça anlaşılıyor olması gerekir[438]. Yukarıdaki kriterler bu iradenin ortaya çıkarılmasına hizmet eder. Diğer durumda ise tarafların bu yönde bir iradeleri bulunmamaktadır. Hâkim hukuk seçimi yapılmadığından objektif bağlama kurallarına başvurur ve sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuku tespit etmek için bahsi geçen kriterlerden faydalanır[439]. Ayrıca kanun koyucular bazı hallerde, tek bir kriterden yola çıkarak sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukukun tespit edilmesini mümkün kılmıştır. Örneğin MÖHUK m. 24/4'e göre "*Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye o sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanır. Bu hukuk karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kurulduğu sıradaki mutad meskeni hukuku (...) olarak kabul edilir*". Burada en sıkı ilişkili hukukun tespitinde mutad mesken kriteri yeterli görülmüştür. Ancak genel olarak kabul edildiği

---

436 Nomer, s. 329.

437 Demir Gökyayla, ***Tek Satıcılık***, s. 332; Dieter Martiny, ***Münchener Kommentar***, Bürgerliches Gesetzbuch, Einführungsgesetz Internationales Privatrecht, Auflage 3, 1998, § 27 N. 48. MÖHUK m. 24/3 uyarınca taraflar uygulanacak hukuku her zaman seçebilir ya da değiştirebilir. Bu konuda aşağıda bkz. ***Birinci Bölüm, V. D.***

438 Doğan, ***MÖH***, s. 402.

439 Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s. 118.

üzere örtülü hukuk seçiminin yapıldığına karar verebilmek için tek bir kriter yeterli değildir.

3. Örtülü Hukuk Seçiminin İspatı

Tarafların örtülü hukuk seçimi yaptıklarının kabul edilebilmesi için hukuk seçimi yönündeki iradelerinin hâkim tarafından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılması gerekir. Peki hâkimin bu iradenin varlığını re'sen (*ex officio*) araştırma yükümlülüğü var mıdır? Diğer bir deyişle hâkim, örtülü irade ile seçim yapılıp yapılmadığını taraflarca ileri sürülmese bile dikkate almak zorunda mıdır? Bu sorunun cevaplandırılabilmesi için öncelikle, yabancı unsurlu bir olay ya da ilişkide yabancı hukukun uygulanması bakımından tarafların talebinin gerekli olup olmadığı ve hâkimin takdir yetkisi mevzuuna değinmek gerekir.

Anglo-Amerikan hukukunda yabancı hukuk, "maddi bir vakıa (*question of fact*/*material fact*)" olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle yabancı hukukun uygulanmasını isteyen tarafın bunu talep ve ispat etmesi gerekir[440]. Ancak Türk hukuku da dahil Kıta Avrupası hukuk sistemini benimseyen pek çok ülke hukukunda yabancı hukukun hukuki niteliği "hukuk" olarak kabul edilmektedir[441]. Dolayısıyla hâkimin uyuşmazlığa uygulanması gereken yabancı hukuku, kanunlar ihtilafı kurallarına göre re'sen tespit etme ve uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır[442]. Yani takdir yetkisi bulunmamaktadır. Elbette tespit ettiği yabancı hukukun muhtevasını

---

440 Elizabeth B. Crawford/Janeen M. Carruthers, "United Kingdom", ***Application of Foreign Law*** (Ed. Carlos Esplugues Mota/José Luis Iglesias Buhigues/Guillermo Palao Moreno), 2011, s. 391; Aybay/Dardağan, s. 113; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 72. Örneğin Birleşik Krallık'ta yabancı hukuk ile *lex fori*'nin aynı olduğuna dair bir varsayım vardır ve aksini iddia eden (yabancı hukukun farklı bir hüküm içerdiğini) tarafın yabancı hukukun içeriğini ispatlaması gerekir (Crawford/Carruthers, s. 391).Yabancı hukuk, mahkemenin kabul ettiği (hukukçu ya da tecrübeli iş adamı, yabancı sigorta şirketi sorumlusu gibi uzman kişiler) bilirkişiler tarafından da ispatlanabilir. Bkz. A. V. Dicey/J. H. C. Morris/Lawrence Collins, ***Dicey and Morris on the Conflict of Laws***, 12th Edition, Sweet&Maxwell, London, 1993, s. 231; Peter North/James Fawcett, ***Cheshire and North's Private International Law***, Oxford University Press, 13th edition, London, 1999, s. 101 vd. Ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, s. 171.

441 Almanya, Avusturya, Danimarka, Hollanda, Norveç, İsveç, Finlandiya, İsviçre, Japonya gibi ülkelerde yabancı hukuk vakıa olarak değil hukuk olarak kabul edilir. Yabancı hukukun "vakıa" olarak kabul edilmesi halinde bir davada ispat edilen hukuk başka davalarda emsal teşkil edemez. Ayrıca vakıaların değerlendirmesi ilk derece mahkemesinin görevi olduğundan mahkemenin bulguları üst mahkemede denetime tabi tutulamaz. Yabancı hukukun "hukuk" olarak kabul edilmesi halinde ise tersi durum geçerli olur (Çelikel/Erdem, s. 173; Ivo Bach/Urs Peter Gruber, "Austria and Germany", ***Application of Foreign Law*** (Ed. Carlos Esplugues Mota/José Luis Iglesias Buhigues/Guillermo Palao Moreno), 2011, s. 101)

442 Aybay/Dardağan, s. 114; Çelikel/Erdem, s. 173; Doğan, ***MÖH***, s. 246; Nomer, s. 190; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 71, 72; Tekinalp, ***MÖH***, s. 48.

bilmek zorunda olmadığından[443] bu hususta tarafların yardımına başvurabilir. Tarafların yardımı teknik anlamda bir ispat niteliği taşımaz[444]. Örneğin MÖHUK m. 2/1'e göre "*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular. Hâkim, yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilir*"[445]. Kanunun açık hükmünün yanı sıra hâkimin yabancı hukuku re'sen araştırıp uygulaması gerektiği Yargıtay kararları ile de sabittir[446]. Fakat uyuşmazlığa yabancı hukukun uygulanmasını sağlayan vatandaşlık, yerleşim yeri, mutad mesken, mutad işyeri, ifa yeri, zarar yeri, malın bulunduğu yer, karakteristik edim borçlusunun işyeri gibi bağlama noktaları birer vakıa olarak kabul edilmektedir. Buna bağlı olarak belirli bir bağlama noktasına dayanarak yabancı hukukun uygulanmasını isteyen tarafça ilgili bağlama noktası ispat edilmediği sürece hâkim tarafından re'sen dikkate alınmasının gerekmediği savunulmaktadır[447]. Zira

---

443 "Hâkimin hukuku bildiği faraziyesi"ni ya da "hâkimin hukuku bilme yükümlülüğü"nü ifade eden "*jura novit curia*" kuralı, hâkimin kendi hukuku bakımından geçerlidir. Zira hâkimin milli hukukunun yanı sıra tüm ülke hukukları hakkında bilgi sahibi olması beklenemez (Aybay/Dardağan, s. 115; Doğan, ***MÖH***, s. 248; Nomer, s. 191; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 75).

444 Aybay/Dardağan, s. 114.

445 Benzer hüküm HMK'da "*Hâkim, Türk hukukunu resen uygular*" şeklinde yer almaktadır (m. 33). Avusturya MÖHK'de yabancı hukukun uygulanacağı durumlarda bu hukukun içeriğinin ve uygulanma şeklinin re'sen belirlenmesi gerektiği öngörülmüş; bunun için ilgili tarafların iş birliğine, Federal Adalet Bakanlığından alınan bilgilere ve bilirkişi raporlarına yardımcı araç olarak izin verilmiştir (m. 2, m. 3/1). Alman Medeni Usul Kanunu (*Zivilprozessordnung-ZPO*) ise "yabancı bir ülkede yürürlükte olan kanunun, ancak mahkeme tarafından bilinmediği sürece kanıtlanması gerektiği; mahkemenin yabancı hukukun içeriğini belirlerken tarafların sundukları delillerle sınırlı olmadığını, bu konuda herhangi bir araca başvurabileceğini, gerekli emirleri verebileceğini" öngörmektedir (m. 293). Alman doktrininde ve mahkeme kararlarında bu hükmün yabancı hukuku "hukuk" olarak değerlendirdiği ve içeriğini belirleme yükünü taraflara değil hâkime yüklediği üzerinde uzlaşılmış olsa da aksi yönde görüş de mevcuttur. Bkz. Bach/Gruber, s. 101, dn. 2, s. 102. ZPO Almanca metni için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/BJNR005330950.html, 18.03.2022.

446 "*Dava konusu olayda, davacı şirketin Almanya'da kurulmuş olduğu, davalının da yurtdışında ikamet ettiği, sözleşmenin Köln/Almanya'da akdedildiği, taraflarca sözleşmede açık bir hukuk seçimi yapılmadığı anlaşılmış olup, bu nedenle yabancılık unsuru bulunan sözleşmeye Alman Hukuku'nun uygulanıp uygulanamayacağının 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında tartışılmadan Türk Hukuku'nun uygulanması suretiyle sonuca varılması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir."* Yargıtay 11. HD, 07.10.2020, E. 2019/83, K. 2020/3914. "*Somut olayda; çekin yabancı ülkede yine yabancı olan muhatap bankaya keşide edilmesi karşısında takipte yabancılık unsuru bulunmaktadır. Yabancılık unsuru bulunan bu tür takiplerde uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında hâkim TTK'nun ve MÖHUK'nun yukarıda belirtilen hükümlerine göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen saptayacak ve gerektiğinde yetkili yabancı hukukun muhtevasının tespitinde tarafların yardımını isteyebilecektir. O halde mahkemece; MÖHUK'un 1, 2 ve 8. maddeleri ile TTK'nın 730 ve 681. maddeleri hükümleri çerçevesinde takibe konu çeklerin tabi olduğu yabancı hukuktaki zamanaşımı süresi saptanarak hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle hüküm tesisi isabetsizdir*." Yargıtay 12. HD, 22.10.2013, E. 2013/23202, K. 2013/33020. Benzer kararlar: Yargıtay HGK, 26.03.2019, E. 2017/367, K. 2019/350; Yargıtay 2. HD, 22.03.2012, E. 2011/13681, K. 2012/6879; Yargıtay 11. HD, 24.03.2008, E. 2007/2089, K. 2008/3738.

447 Doğan, ***MÖH,*** s. 247; Nomer, s. 193; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 73.

Türk medeni usul hukukundaki "taraflarca getirilme ilkesi" milletlerarası usul hukukunda da geçerli olup bu ilke gereğince kural olarak hâkim vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz (HMK m. 25)[448]. Örneğin Edirne'de sınıra yakın bir yerde kurulu fabrikanın zararlı hava atıklarının, Bulgaristan sınırları içinde yer alan bahçedeki bitkilere zarar vermesi halinde MÖHUK m. 34/2'ye dayanarak Bulgaristan hukukunun uygulanmasını isteyen taraf, zarar yerinin Bulgaristan olduğunu ispatlamalıdır.

Taraflarca getirilme ilkesi *Şanlı, Esen ve Ataman*'a göre, özellikle taraflara hukuk seçimi imkânının tanındığı hallerde geçerlidir. Örneğin yabancı unsurlu bir alım-satım sözleşmesinde taraflar yabancı bir hukuku seçmişlerse hâkimin bu hukuku uygulayabilmesi için ilgili taraf veya taraflarca hukuk seçimi ispatlanmalı ve buna bağlı olarak seçilen yabancı hukuk mahkemeye sunulmalıdır[449]. Bu görüşten yola çıkarak tarafların örtülü hukuk seçimi yapmış olmaları halinde de seçime yönelik iradelerinin bulunduğunu ve buna işaret eden kriterleri ispat etmeleri gerektiği aksi halde hiç hukuk seçimi yapmamış gibi kabul edilecekleri söylenebilir. Aynı yöndeki bir görüşe göre tarafların örtülü hukuk seçimi yapmış olmaları maddi bir vakıa olduğundan bu hususun hâkim tarafından re'sen araştırma gerekliliğinden söz edilemez[450].

Aksi yöndeki görüşe göre ise "*Hâkim Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular*" şeklindeki MÖHUK m. 2/1 gereğince hâkimin tarafların örtülü hukuk seçimi yapıp yapmadıklarını araştırmada takdir hakkı bulunmayıp sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku re'sen tespit etmesi gerekir[451]. Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. Zira hukuk seçimini öngören kanun hükümleri de (m. 24/1 gibi) birer kanunlar ihtilafı kuralı olup hâkim tarafından re'sen uygulanır. Nasıl ki hâkim seçim yapılmadığı takdirde objektif

---

448 Ancak kamu yararı düşüncesinin ağır bastığı derneklerin feshine ilişkin davalar, soy bağına ilişkin davalar, evlenmenin butlanı, sosyal güvenlik hakkına ilişkin davalar gibi tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemedikleri davalarda re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu kabul edilir. Hâkim bu davalarda, tarafların ileri sürdüğü vakıa ve delillerle bağlı olmayıp kendisi de vakıa araştırıp delil inceleyebilir (Hakan Pekcanıtez/ Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, ***Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı***, On İki Levha, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 185; Ejder Yılmaz/ Ramazan Arslan/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, ***Medeni Usul Hukuku***, Yetkin, 5. Baskı, Ankara, 2019, s. 155, 156) Dolayısıyla yabancı unsurlu bu tarz davalarda da hâkimin bağlama noktalarını re'sen araştırması ve tespit ettiği hukuku uygulaması gerektiği savunulmaktadır (Nomer, s, 193; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 74).

449 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 72, dn. 119. Aynı yönde bkz. Nomer, s. 192.

450 Arslan, s. 16.

451 Bayata Canyaş, s. 112; Demirkol, s. 205.

bağlama kurallarına göre uygulanacak hukuku kendiliğinden tespit ediyorsa örtülü olarak seçilen hukuku da kendiliğinden tespit etmelidir. Ayrıca sözleşmede açık hukuk seçimi yapılmış ise taraflarca seçilen hukukun uygulanması ileri sürülmese bile hâkim bu hukuku uygulamakla yükümlüdür. MÖHUK m. 24/1'de açık ve örtülü hukuk seçimi arasında herhangi bir fark öngörülmediğinden örtülü seçim halinde de hâkimin aynı doğrultuda hareket etmesi gerekir.

4. Örtülü Hukuk Seçiminin Gerekliliği

Pek çok ülke hukukunda ve milletlerarası düzenlemelerde örtülü hukuk seçiminin kabul edildiği görülmektedir. Ancak zaman zaman tarafların örtülü iradelerine sonuç bağlamanın gerçekten gerekli olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Buna ilişkin Türk hukukundaki tartışmalar özellikle, örtülü hukuk seçimine izin vermeyen 2675 sayılı MÖHUK'un hazırlık çalışmaları sırasında ve yürürlükte olduğu dönemde yapılmaktaydı. Kanunun hazırlık aşamasında, tarafların hukuk seçimini her aşamada yapabilmeleri ve değiştirebilmeleri imkânı varken örtülü seçimin çok da gerekli olmadığı düşüncesiyle ve bu seçim türünde taraf iradelerini tespit etmenin zorluğu nedeniyle örtülü hukuk seçimi 24. maddeye dahil edilmemiştir[452]. Ayrıca yabancı unsurlu bir sözleşmede kendi menfaatlerini değerlendirebilecek konumda olan tarafların seçime yönelik iradelerini açık bir şekilde beyan etmelerinin doğal ve yerinde olacağı düşünülmüştür[453]. Ancak bu yaklaşım, çeşitli gerekçelerle eleştirilmiştir. Örtülü iradenin de gerçek bir taraf iradesi ve irade muhtariyetinin bir türü olduğu; pek çok milletlerarası özel hukuk kanunu ve milletlerarası sözleşmede örtülü seçime izin verildiği; aksi yaklaşımın milletlerarası ticari ve ekonomik hayatın ihtiyaçlarına ters düşeceği haklı olarak savunulmuştur[454]. Zira nasıl ki özel hukukta örtülü irade beyanı ile kurulan sözleşmelere sonuç bağlanıyorsa; hukuk seçiminin de bir tür sözleşme olduğu dikkate alındığında örtülü olarak yapılan seçime etki tanınması doğaldır. Ayrıca örtülü hukuk seçiminin kabulünün, hukuk seçimi konusunda örtülü olarak anlaştıklarına güvenerek edimini ifa eden iyiniyetli tarafın korunmasını sağladığı da ifade edilmektedir[455]. Şöyle ki; taraflardan biri başlangıçta örtülü olarak seçtikleri hukukun sonradan kendi menfaatine uygun olmadığını fark edip

---

452 Çelikel/Erdem, s. 394; Gülören Tekinalp, "Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu", ***MHB***, C. 8, S. 1, 1988, s. 67, 68.

453 Tekinalp, "Akdi Borç Statüsü", s. 67.

454 Çelikel/Erdem, s. 393; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 213.

455 Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s.118, 119.

mahkemeden böyle bir seçim iradesinin bulunmadığını, uygulanacak hukukunun objektif bağlama kuralına göre belirlenmesini isteyebilir. Eğer ki kanunda örtülü hukuk seçimine izin veren bir hüküm yer almıyorsa, iyiniyetli tarafın karşı tarafın kötü niyetli olduğu iddiası ve seçilen hukukun uygulanması talebi hâkim tarafından dinlenemez[456].

Belirli bir ülke hukukunun uygulanması yönünde iradeleri uyuşan taraflar çeşitli sebeplerle açık hukuk seçimi yapmamış olabilirler. Örneğin sözleşmeye hukuk seçimi kaydı koymayı ya da ayrı bir hukuk seçimi sözleşmesi yapmayı ihmal etmiş olabilirler[457]. Ya da sözleşme hükümlerini belirli bir ülke hukukuna göre kaleme aldıkları, edimlerin ifa yeri olarak o ülkeyi kararlaştırdıkları, sözleşmede o ülke dilini kullandıkları, o ülke mahkemelerini yetkili kıldıkları için (vb. sebeplerle) o ülke hukukunun uygulanması yönündeki iradelerinin de çok açık olduğunu düşünmüş, bu nedenle ayrıca hukuk seçimi şartı öngörmeye gerek duymamış olabilirler. Bu bakımdan örtülü hukuk seçimi düzenlemesinin, irade muhtariyetine en üst seviyede etki tanınması adına gerekli olduğu kanaatindeyiz.

C. Farazi Hukuk Seçimi

Hukuk seçimine yönelik açık ya da örtülü bir irade beyanının bulunmaması halinde, uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan fakat sonradan terkedilmiş yöntemlerden birisi tarafların farazi iradelerinin tespit edilmesidir. Farazi irade kavramı, 19. yüzyılda irade muhtariyetinin sözleşmeler alanında uygulanması üzerine ortaya atılmış, mahkemeler genellikle bu kavramdan yola çıkarak kendi hukuklarını uygulama eğilimi göstermişlerdir[458]. Bu yöntemde tarafların farazi iradeleri uyuşmazlığa bakan hâkim tarafından ortaya çıkarılır. Hâkim bunu yaparken "taraflar sözleşmenin kurulduğu esnada hukuk seçimi yapmayı düşünselerdi ya da hukuk seçimi iradelerini açıklasalardı dürüst ve akıllı kişiler olarak hangi hukuku seçerlerdi?"

456 Bayata Canyaş, "Roma I Tüzüğü", s. 119.
457 Arslan, s. 34.
458 Hook, s. 146; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 31'den naklen J.H. Beale, ***A Treatise on the Conflict of Laws***, Vol.3, New York, 1935, s.1102 ve C.H.C. Morris, ***Cases on Private International Law***, Ed.4, Oxford, 1968 s.253-255.

sorusuna cevap arar[459]. Tespit edilen hukuk, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda hukuk seçimi yapmış oldukları varsayılarak uyuşmazlığın esasına uygulanır[460].

Alman hukukunda yeni *EGBGB*'nin yürürlüğe girmesinden önce, mahkemeler açık ya da örtülü bir seçimin yokluğu halinde tarafların farazi iradelerinden yola çıkmaktaydılar[461]. Farazi iradelerin belirlenmesinde tarafların genel menfaatleri göz önünde bulundurulur, bu şekilde bir tespit yapılabiliyorsa buna göre tespit edilen hukuk uygulanır; tespit edilemiyorsa borcun ifa yeri hukuku uygulanırdı[462]. Ancak *EGBGB*'de yalnızca açık ve örtülü hukuk seçimi kabul edilmiş, farazi iradenin araştırılması yöntemi reddedilmiştir. Bunun yerine objektif bağlama kuralının uygulanması öngörülmüştür[463]. Danimarka hariç olmak üzere tüm Avrupa Birliği üyesi ülkelerde uygulama alanı bulan Roma I Tüzüğü'nün (m. 3/1) yürürlüğe girmesi ile birlikte de farazi iradenin uygulanacak hukukun tespitinde esas alınamayacağı kesinleşmiştir[464].

İsviçre hukukunda ise Federal Mahkeme'nin önceleri "taraflar, sözleşmeyi yaptıkları zaman iradelerini açıklasalardı ya da bu hususu düşünselerdi akla uygun olarak hangi hukuku seçerlerdi?" sorusundan hareket ederek tarafların farazi iradelerini tespit ettiği görülmektedir[465]. Tarafların farazi iradesi "sözleşmenin ifa yeri hukuku" olarak esas alınmıştır. Ancak bu uygulama yoğun eleştiriler almış, Federal Mahkeme de tarafların farazi iradelerinden bahsetmenin, onların iradeleri yerine hâkimin iradesini esas almak anlamına geldiğini kabul ederek bu uygulamadan vazgeçmiş; bunun yerine "en yakın yersel bağlantı (*die engste räumliche verknüpfung*)" olarak adlandırılabilecek bir kriterden yola çıkarak sözleşmeye uygulanacak hukuku tespit etmeye başlamıştır[466]. Zaman içinde "karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri" kriteri öne çıkmıştır. Nihayetinde, *IPRG*'de en sıkı ilişki

---

459 Doğan, ***MÖH***, s. 402, 403; Tekinalp, ***MÖH***, s. 284.

460 Neuhaus, s. 264.

461 Franz Gamillscheg, "Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht", ***Archiv Für Die Civilistische Praxis***, 157(3), 1958, s. 323; Tekinalp, ***MÖH***, s. 285.

462 Giuliano/Lagarde, No C 282/19.

463 Tekinalp, ***MÖH***, s. 285.

464 Tekinalp, ***MÖH***, s. 285. Roma Sözleşmesi'nin m. 3/1 hükmü de farazi hukuk seçimine imkân vermemekteydi (Giuliano/Lagarde, No C 282/18).

465 Tekinalp, ***MÖH***, s. 285; Turhan, s. 126.

466 Gamillscheg, s. 318 vd., s. 323; Tekinalp, ***MÖH***, s. 284; Wilhelm Schönenberger/Peter Jäggi, ***Kommentar zum Schweizericschen Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht-Band V 1a***, 3. Auflage, Zürich, 1973, s. 212.

bağlantısından hareketle "karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri" yerine "mutad meskeni hukuku" sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak kanunlaşmıştır[467].

Türk hukukuna bakıldığında da farazi hukuk seçiminin kabul edilmediği görülmektedir. 2675 sayılı MÖHUK'un hazırlık çalışmalarında farazi seçim tarafların gerçek iradesini taşımadığı için hiç düşünülmemiştir[468]. Kanunda tarafların yalnızca açık hukuku seçimi yapabilecekleri öngörülmüştür (m. 24/1). MÖHUK'ta ise hem açık hem örtülü hukuk seçimine imkân verilmiş, fakat tarafların farazi iradelerinden yola çıkarak uygulanacak hukukun tespit edilmesi kabul edilmemiştir. Tarafların hukuk seçimi yapmaması halinde yetkili hukukun tespiti için objektif bağlama kuralı öngörülmüştür. MÖHUK m. 24/4'e göre "*Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır (...)*". Uygulamaya bakıldığında da tarafların farazi iradelerinden yola çıkarak yetkili hukukun tespit edildiği herhangi bir mahkeme kararına rastlanmamaktadır.

Farazi hukuk seçiminin kabulü halinde tarafların iradelerinin bir göstergesi olmayan tamamen kurgusal bir anlaşmadan hareket edilmiş olur[469]. Bu da hukuk seçimi anlaşmalarının temelinde yatan irade muhtariyeti ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle günümüz milli hukuklarında ve milletlerarası düzenlemelerde taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde farazi iradeden yola çıkarak uygulanacak hukukun tespiti yöntemi tamamen terkedilmiştir. Bunun yerine kanun koyucular tarafından "en sıkı ilişki" kriterini esas alan objektif bağlama kuralları öngörülerek hem hukuki güven tesis edilmiş hem de taraf menfaatlerine uygun bir hukuk uygulanmış olmaktadır[470].

D. Seçimin Yapılış Zamanı

Hem pozitif hukuk düzenlemelerinde hem de doktrinde tarafların hukuk seçimini sözleşmenin kuruluş anında, kuruluşundan sonra ve hatta yargılama sırasında yapabilecekleri kabul edilmektedir[471]. Ayrıca taraflar daha önceden seçtikleri hukuku

---

467 Tekinalp, ***MÖH***, s. 285.
468 Çelikel/Erdem, s. 393, dn. 329.
469 Hook, s. 147.
470 Doğan, ***MÖH***, s. 403; Tekinalp, ***MÖH***, s. 285.
471 Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçiminin her zaman yapılabileceği esası neredeyse tüm hukuk düzenlerinde kabul edilmektedir. Buna karşın hukuk düzenlerinde haksız fiil, sebepsiz zenginleşme gibi bazı sözleşme dışı ilişkilerde hukuk seçiminin yapılış zamanına ilişkin farklı esaslar kabul edilmektedir. Türk hukukunda hukuk seçiminin haksız fiillerde yalnızca haksız fiilin meydana gelmesinden sonra (MÖHUK m. 34/5), sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin

karşılıklı anlaşarak değiştirebilirler. Zira irade muhtariyetinin kapsamında her zaman seçim yapabilme ve değiştirebilme özgürlüğü yer alır[472]. Tarafların seçtikleri hukuk, seçim anında yürürlükte olan hukuktur. Tarafların yürürlükte olmayan bir hukuku seçmeleri mümkün değildir[473].

Pek çok devlet kanununda sonradan yapılan hukuk seçiminin ya da hukuk seçimi değişikliğinin geçmişe etkili olacağı yani sözleşmenin kuruluş anından itibaren hüküm doğuracağı öngörülmektedir. Nitekim doktrinde de üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla seçimin sözleşmenin kurulduğu andan itibaren (*ex tunc*) geriye etkili olması gerektiği kabul edilmektedir[474]. Seçimin yapıldığı andan itibaren (*ex nunc*) hüküm doğurması yani ileriye dönük etkili olması halinde sözleşme seçim anına kadar başka, seçim anından sonra başka bir hukuka tabi olur. Bunda da genellikle tarafların menfaatinin bulunmadığı düşünülmektedir[475].

IPRG'de "*Hukuk seçimi herhangi bir zamanda yapılabilir veya değiştirilebilir. Eğer seçim, sözleşmenin kurulmasından sonra yapılmış ya da değiştirilmişse sözleşmenin kuruluş anına kadar geriye dönük olarak uygulanır. Üçüncü kişilerin hakları saklıdır*" hükmü yer alır (m. 116/3)[476].

Roma I Tüzüğü'ne göre: "*Taraflar sözleşmeyi her zaman, bu madde uyarınca seçtikleri ya da Tüzüğün diğer hükümleri uyarınca tabi olduğu hukuktan başka bir hukuka tabi kılmayı kararlaştırabilirler. Sözleşmenin kurulmasından sonra uygulanacak hukuka ilişkin herhangi bir değişiklik 11. madde uyarınca sözleşmenin şekli geçerliliğine halel getirmez veya üçüncü kişilerin haklarını olumsuz etkilemez*" (m. 3/2)[477]. Hükümde taraflara sonradan hukuk seçimi yapma veya seçilen hukuku

---

meydana gelmesinden sonra yapılabileceği kabul edilmektedir (m. 39/2). Bkz. ***İkinci Bölüm, II. A. ve B.***

472 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 2. 10, s. 38.

473 Tekinalp, ***MÖH***, s. 283.

474 Nomer, s. 330; Schönenberger/Jäggi, s. 206, 207; Tekinalp**,** ***MÖH***, s. 283; Tiryakioğlu, s. 24.

475 Nomer, s. 330.

476 18 Aralık 1987 tarihli *IPRG*'nin yürürlüğe girmesinden önce Federal Mahkeme, sonradan yapılan ya da değiştirilen hukuk seçimini önceleri reddederken, daha sonra bu seçimin genellikle *lex fori* lehine olması ve buna bağlı olarak hâkimin işinin kolaylaşması sebebiyle kabul etmeye başlamıştır (Schönenberger/Jäggi, s. 207, 208; Tekinalp**,** ***MÖH***, s. 283).

477 Roma Sözleşmesi m. 3/2'den neredeyse aynen aktarılmıştır. Aynı yönde hükümler için bkz. Lahey İlkeleri m. 2/3, 1986 Lahey Satış Sözleşmesi m. 7/2, Meksika Sözleşmesi m. 8, Milletlerarası Hukuk Enstitüsü (*Institut de Droit International*) tarafından yayınlanan "Özel Kişi veya Kuruluşlar Arasındaki Milletlerarası Sözleşmelerde Tarafların Özerkliği" isimli Karar m. 6 (Kısaca "Basel Kararı") için bkz. The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities, https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_02_en.pdf, 30.03.2022. Roma I Tüzüğü kapsamındaki sözleşme yükümlülüklerine ilişkin hususlarda Tüzük'e

değiştirme imkânı tanınmıştır. Ancak sözleşmenin kurulmasından sonra yapılan seçim, sözleşmenin şekli geçerliliğini etkilemez ve üçüncü kişilerin haklarını azaltamaz ya da ortadan kaldıramaz. Bu kapsamda önceki yetkili hukuka göre şeklen geçerli olan bir sözleşme, sonradan seçilen hukukun şekil kurallarına uygun olmadığı gerekçesiyle geçersiz kabul edilemez. Maddede açıkça öngörülmese de uygulanacak hukuka ilişkin değişikliğin tarafların iradesine uygunsa geçmişe etkili olacağını söylemek mümkündür[478].

MÖHUK'un *IPRG* ile aynı yöndeki hükmüne göre; "*Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir*" (m. 24/3)[479]. Hükümde sonradan yapılan hukuk seçimin sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçerli olacağı öngörülmüştür[480]. Ancak üçüncü kişilerin kazanılmış hakları, seçimin geriye etkisinden istisna tutulmuştur[481]. Yani taraflar arasındaki sözleşmenin üçüncü şahıs lehine doğurduğu haklar sonradan seçilen hukukun hükümleri nedeniyle sonlandırılamaz ya da kötüleştirilemez, ancak iyileştirilebilir[482]. Önemle belirtmek gerekir ki seçilen hukuk önceki yetkili hukuka nazaran üçüncü kişinin durumunu kötüleştiriyorsa seçim tamamen geçersiz olmaz, yalnızca taraflar arasındaki ilişki bakımından hüküm doğurur. Tarafların üçüncü kişi ile ilişkileri bakımından önceki yetkili hukuk uygulanmaya devam eder[483]. Örneğin üçüncü kişinin alıcı lehine kefil

---

atıf yapan (m. 28) Polonya MÖHK'un "Yürürlükteki Kanunların Seçimi" başlıklı maddesinde de benzer bir hüküm yer almaktadır (m. 4/3).

478 Bayata Canyaş, ***AB ve Türk Hukuku***, s. 38.

479 Tarafların üçüncü kişilerin haklarına halel gelmemek üzere diledikleri zaman seçim yapabilecekleri başka pek çok ülke kanununda da düzenlenmiştir. Bunlardan bazıları: Arnavutluk, Arjantin, Ermenistan, Gürcistan, Güney Kore, Kırgızistan, Rusya, Sırbistan, Moldova. *Restatement II*'de ise bu konuya ilişkin bir hükme yer verilmemiştir (Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 123, dn. 79).

480 *Güngör*'e göre Türk hukukunda hukuk seçimi anlaşmasının herhangi bir zamanda yapılabileceğine ilişkin kuralın HUMK'un (Şu an HMK'nın) ilgili kuralları ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bir hukuk seçimi anlaşması ya da seçimde yapılan bir değişiklik ancak davanın esasına girilmeden yapılması halinde dikkate alınabilir (Gülin Güngör, "The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure", ***AÜHFD***, C. 5, S. 1, 2008, s. 7; *Güngör*, ***MÖH***, s. 182). Yani hukuk seçimi anlaşması davanın her aşamasında değil, en geç ön inceleme duruşması sona erinceye kadar yapılmalıdır (HMK m. 140).

481 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 06.04.2022.

482 Doğan, ***MÖH***, s. 407; Nomer, s. 331; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 24.

483 Madde gerekçesinde "*Ancak tarafların borç sözleşmesinin kurulmasından sonra yaptıkları hukuk seçimi veya hukuk seçimi değişiklikleri, üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmemek şartıyla kabul edilmiştir*" şeklinde bir cümle yer almaktadır (05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 19.07.2022). Kanaatimizce bu cümlenin mefhum-u muhalifinden "üçüncü kişilerin

olduğu bir satım sözleşmesinde, alıcı ile satıcının sonradan seçtikleri hukuka göre kefilin sorumluluğunun kapsamı genişliyorsa, tarafların kefil ile olan ilişkilerinde önceki sözleşme statüsü uygulanmaya devam eder[484]. Doktrinde üçüncü kişinin rızası olması halinde, "sonradan seçilen hukukun üçüncü kişinin kazanılmış hakkını kötüleştiremeyeceği" kuralının uygulanmaması gerektiği görüşü savunulmaktadır[485]. Zira üçüncü kişinin rızası varsa, artık hakkının korunmasına da ihtiyaç yoktur[486]. Yani bu görüş istisnanın da istisnası bulunduğunu savunmaktadır. Aksi yöndeki görüşe göre madde metninde üçüncü kişinin rızasına açıkça yer verilmediğinden, MÖHUK m. 24/3'te öngörülen kuralın uygulanıp uygulanmamasına herhangi bir etkisi olmamalıdır[487]. Diğer bir deyişle üçüncü kişinin rızası bulunsa dahi hukuk seçiminin onun durumunu kötüleştirecek şekilde geçmişe etkili olması mümkün değildir. Kanaatimizce hem maddenin yorumlanması neticesinde hem de olması gereken hukuk bakımından değerlendirildiğinde ilk görüş daha isabetli görünmektedir. MÖHUK m. 24/3'te kullanılan "üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla" ifadesinin üçüncü kişinin bu yönde bir isteği olup olmadığına bakılmaksızın kazanılmış hakkının her durumda korunacağı şeklinde yorumlanamayacağı kanaatindeyiz. Yukarıdaki kefalet örneğinde, asıl sözleşmenin devam etmesi kefaletin kapsamının genişletilmesine bağlı kılınmışsa ve üçüncü kişi konumundaki kefilin de sorumluluğun genişletilmesinde rızası varsa buna engel olunması için haklı bir neden bulunmamaktadır. Dolayısıyla sonradan seçilen ve kefaletin kapsamının genişletilmesini mümkün kılan hukukun kefil bakımından da uygulanması gerekmektedir.

Roma Sözleşmesi (ve Roma I Tüzüğü) m. 3/2'nin aksine MÖHUK m. 24/3'te şekli geçerliliğe ilişkin istisnaya yer verilmemiş olması üzerinde durulması gereken bir meseledir. MÖHUK m. 24'ün hukuk seçimine ilişkin ilk üç fıkrası Roma Sözleşmesi m. 3'ün birinci ve ikinci fıkraları ile neredeyse aynıdır. Zaten MÖHUK'un gerekçesinde de Sözleşme hükümleri ile uyumlu bir kanunun kabul edilmesinin öneminden bahsedilmiştir[488]. Dolayısıyla kanun koyucunun neden bu hususta

---

hakları zarar görüyorsa sonradan yapılan seçim ya da değişiklik kabul edilemez" şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Halbuki madde metni ve doktrin görüşleri açıktır ki üçüncü kişilerin hakları zarar görüyorsa seçim geçersiz olmaz, yalnızca üçüncü kişiler bakımından uygulanmaz. Bkz. Demirkol, s. 239; Nomer, s. 331; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 151, 166.

484 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 24.

485 Doğan, ***MÖH***, s. 407; Murtaz, s. 98; Nomer, s. 331; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 167.

486 Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 167.

487 Bayata Canyaş, ***AB ve Türk Hukuku***, s. 79.

488 "*Özellikle borç sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin Roma Sözleşmesi (Roma I) diye de anılan Sözleşmenin hükümleri, üçüncü devlet vatandaşlarının Avrupa Birliği üyesi olan devlet*

Sözleşme'den ayrıldığı sorusu gündeme gelmektedir. Kanaatimizce burada kanun koyucunun bilinçli bir tercihi söz konusu değildir. Katıldığımız görüşe göre MÖHUK m. 24/3'te sözleşmenin geçerliğine ilişkin istisnaya yer verilmemesi bir eksiklik ya da hata olup; kanun koyucu Roma Sözleşmesi m. 3/2 (Aynı zamanda Roma I Tüzüğü m. 3/2) hükmünden ayrılma iradesi taşımamakta, aksine hükümde yer alan istisnanın MÖHUK'ta düzenlenmesine ihtiyaç duyulmaksızın uygulanabileceği düşüncesindedir[489]. Nitekim doktrinde de MÖHUK m. 24/3'te öngörülmemiş olsa da sözleşmenin şekli geçerliliğinin eski sözleşme statüsüne tabi olması gerektiği kabul edilmektedir[490]. Ancak kanun koyucunun iradesine ve doktrin görüşlerine rağmen, şekli geçerliliğe ilişkin istisna hükmüne madde metninde açıkça yer verilmediğinden ve hukukumuzda istisnalar dar yorumlandığından bu hükmün uygulanması mümkün görünmemektedir.[491] Yani MÖHUK'un uygulama alanı bulduğu uyuşmazlıklarda sözleşmenin şekli geçerliliğinin sonradan seçilen hukuktan etkileneceğini söylemek mümkündür. Hal böyle olunca en başta sözleşme statüsünün şekil kurallarına uygun olarak kurulmuş geçerli bir sözleşme sonradan seçilen hukuk nedeniyle geçersiz hale gelebilir. Bu durum sözleşmenin geçerli olarak ayakta tutulması esasını (*favor negotii*) benimseyen kanun koyucunun iradesi[492] ile çelişir[493]. Dolayısıyla sözleşmenin şekli geçerliliğine ilişkin istisnanın madde metnine eklenmesine ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. Böyle bir istisna hükmü milletlerarası düzenlemelerle de uyumlu olacaktır.

---

vatandaşları ile ilişkilerinde de çoğu kez uygulanma alanı bulabilmektedir. Türkiye Avrupa Birliğine girdiği takdirde, o zamana kadar tüzük hâline getirilecek olan sözleşme zaten müktesebata dahil olacaktır. Bu itibarla anılan hükümlerle uyumlu bir kanunun kabulü ile ona ilişkin tatbikatın gelişmesinin, bazı zorlukları aşmada yardımcı olacağı muhakkaktır". Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Genel Gerekçe, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 06.04.2022.

489 Demirkol, s. 236 (Yazarın bu konudaki daha detaylı tartışması ve bu tartışmanın pratik açıdan dar kapsamlı olduğu görüşü için bkz. Demirkol, s. 236-237); Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 167.

490 Nomer, s. 331; Tekinalp, ***MÖH***, s. 283; Tiryakioğlu, s. 24.

491 Demirkol, s. 237.

492 MÖHUK'un "*Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir*." şeklindeki 7. maddesi *favor negotii* ilkesine uygun olarak düzenlenmiştir (Çelikel/Erdem, s. 191; Doğan, ***MÖH***, s. 306; Nomer, s. 210).

493 Demirkol, s. 235.

VI. HUKUK SEÇİMİNİN TÜRLERİ

Çeşitli hukuk düzenlerinde tarafların sözleşmenin farklı kısımlarını farklı hukuklara tabi kılabilecekleri (kısmi hukuk seçimi), belirli hukukların sözleşmeye uygulanmayacağını kararlaştırabilecekleri (negatif hukuk seçimi) ya da hukuk seçimi anlaşmasını dava açılması şartıyla geçerli kılabilecekleri (dalgalı/değişken şartlı hukuk seçimi) kabul edilmektedir. Biz hukuk seçiminin bu farklı görünümlerini "Hukuk Seçiminin Türleri" başlığı altında incelemeyi uygun görüyoruz.

A. Kısmi Hukuk Seçimi

Kısmi hukuk seçimi, tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçları parçalayarak farklı hukuklara tabi kılmalarını ifade eder[494]. Bu kapsamda taraflar sözleşmenin farklı kısımları için birden fazla hukuk seçimi yapabilecekleri gibi sözleşmenin yalnızca bir kısmı için de hukuk seçimi yapabilirler. Taraflar sözleşmenin bir bölümü için hukuk seçimi yapmış kalanı için seçim yapmamışsa, seçim yapılmayan bölümün objektif bağlama kuralına göre tespit edilen hukuka tabi olacağı kabul edilmektedir[495].

Doktrinde kısmi hukuk seçimine ilişkin çeşitli görüşler öne sürülmektedir. Bir görüş tarafların sözleşme özgürlüğü kapsamında hukuk seçimi yapabildikleri gibi kısmi hukuk seçimi de yapabilecekleri yönündedir[496]. Ancak bunun için sözleşmenin hukuki ve iktisadi bakımdan bölünebilir olmasının gerekliliği üzerinde durulmaktadır[497]. Birbirinden içerik itibariyle ayrılamayacak hususların ise farklı hukuklara tabi tutulamayacağı kabul edilmektedir[498]. Örneğin bir eser sözleşmesinde yüklenicinin hak ve borçları, edimi ifa edeceği yer hukukuna; iş sahibinin hak ve

---

494 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 326. Sözleşmenin parçalanarak farklı hukuklara tabi kılınması Fransızca bir sözcük olan "*dépeçage*" ile ifade edilmektedir. Bkz. Douglas/Loadsman, s. 8; Giuliano/Lagarde, No C 282/17; Monsenepwo, s. 173; Symeonides, "The Hague Principles", s. 895.

495 Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 122. Bununla birlikte kısmi hukuk seçimi yapılmasına rağmen tarafların sözleşmenin tamamının bu hukuka tabi kılınması hususunda örtülü bir iradelerinin bulunduğu anlaşılabiliyorsa, sözleşmenin tamamının bu hukuka tabi tutulabileceği düşünülmektedir. Bkz. Demir Gökyayla, ***Tek Satıcılık***, s. 304; Kropholler, s. 462; Martiny, *EGBGB, Art. 27, Rn. 59.*

496 Demirkol, s. 231; Doğan, ***MÖH***, s. 406; Giuliano/Lagarde, No C 282/17; Wolff, ***IPR***, s. 120 (Yazar sözleşmenin her bir tarafının yükümlülüklerini, yerine getireceği yerin hukukuna tabi kılmak isteyebileceğini ifade etmektedir).

497 Doğan, ***MÖH***, s. 406; Giuliano/Lagarde, No C 282/17; Kropholler, s. 462.

498 Martiny, *EGBGB, Art. 27, Rn. 56, 57*; Raape, s. 471; Tekinalp***, MÖH***, s. 281.

borçları ise ödemeyi yapacağı yer hukukuna tabi kılınabilir. Ya da milletlerarası nitelikli ödünç sözleşmelerinde, ifa yerlerinin birden fazla olması halinde her bir ifa için farklı bir hukuk sisteminin uygulanması kararlaştırılabilir[499]. Ya da bir satım sözleşmesinde zapta karşı tekeffül hükümlerinin veya temerrüt hükümlerinin farklı bir hukuka tabi kılınması mümkündür.

Tekinalp, sözleşmenin her bir parçasına farklı hukukları uygulamanın, hak ve borçların adil ve uyumlu bir şekilde aynı hukuka tabi olmasını önlediğini düşünmektedir. Buna rağmen hukuk seçimi bir kere kabul edilince, konulacak sınırlamalar tarafların iradelerine verilen anlamı değiştireceğinden, yazar tarafların seçimde serbest bırakılması gerektiğini eklemektedir[500]. Taraflar için sözleşmeyi parçalayarak farklı hukuklara tabi kılmak faydalı olabilir. Zira ayrılabilen her kısım için, o kısımla ilişkili en avantajlı hükümleri içeren hukukun uygulanması imkânı doğar. Ancak *Şanlı, Esen ve Ataman* zorunlu olmadıkça[501] kısmi hukuk seçiminin tercih edilmemesi, sözleşmenin tüm yönleriyle tek bir hukuka tabi kılınması gerektiğini belirtmektedirler. Zira kısmi hukuk seçimi halinde, seçilen hukuk sistemleri arasında tek bir sözleşmesel ilişkiden doğan sorunların çözümü konusunda ahenk yaratmak zordur ve bu durum çeşitli uyuşmazlıklara neden olabilir[502]. Örneğin sözleşmeden doğan borçların ifasının (X) hukukuna, ifanın yerine getirilmemesi halinde karşı tarafın haklarının (Y) hukukuna tabi kılınması halinde böyle bir sorun ortaya çıkabilir. Zira (X) hukukunda yerine getirilmediği takdirde borca aykırılık oluşturacak bir şart, (Y) hukukunda uygun bir yaptırıma bağlanmamış olabilir[503]. *Tiryakioğlu* da ekonomik ve hukuki açıdan bir bütün oluşturan sözleşmelerin akdin birliği ilkesi gereğince tek bir hukuka tabi tutulması gerektiğini savunmaktadır. Yazar ayrıca kısmi hukuk seçimine izin verilmesi halinde birden çok hukukun uygulanması ile verilen bir kararın ilgili hukuk düzeninde tenfizinin güç olacağını ve gerçek bir kararın verilmesindeki düzen menfaatinin de ihlal edilmiş olacağını belirtmektedir[504].

---

499 Tekinalp, ***MÖH***, s. 281.

500 Tekinalp, MÖH, s. 281; Wolff, ***IPR***, s. 120.

501 Bazı istisnai durumlarda kısmi seçimin gerekli olduğunu ifade etmektedirler. Örneğin, farklı ülkelerde ifalar içeren sözleşmelerde veya ifası uzun bir zaman dilimine yayılan milletlerarası inşaat sözleşmeleri gibi ev sahibi ülke ile sıkı sıkıya ilişkili olan sözleşmelerde durum böyledir (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 327).

502 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 58; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 327. Aynı yönde bkz. Akıncı, ***MÖH***, s. 54; Hill/Shúilleabháin, s. 225.

503 Demirkol, s. 229.

504 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 17.

Doktrinde kısmi hukuk seçimine ilişkin olumsuz görüşler bulunmakla birlikte çeşitli milli[505] ve milletlerarası düzenlemelerde tarafların kısmi seçim yapmalarına açıkça izin verildiği görülmektedir. Roma I Tüzüğü'ne göre "*Taraflar sözleşmenin tamamına ya da yalnızca bir kısmına uygulanacak hukuku seçebilirler*" (Roma I Tüzüğü m. 3/1)[506]. Dolayısıyla Tüzük'ün uygulama alanı bulduğu tüm ülke hukuklarında kısmi hukuk seçimine izin verilmektedir[507].

Lahey İlkeleri'ne göre "*Taraflar sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına uygulanacak hukuku ya da sözleşmenin farklı kısımları için farklı hukukları seçebilirler*" (m. 2/2). Bu hüküm ile tarafların hukuk seçimi bakımından tek bir ülke hukuku ile mi kısıtlı olduklarına ilişkin tereddüt bertaraf edilmektedir. İlkeler'in şerhinde, kısmi bir hukuk seçiminin varlığı halinde sözleşmenin kalanına uygulanacak hukukun, hukuk seçiminin yokluğunda geçerli olan kurallara göre mahkeme ya da hakemlerce tespit edileceği belirtilmiştir[508]. Kısmi hukuk seçimine ilişkin bu düzenleme sözleşme özgürlüğü ilkesinin Lahey İlkeleri'nin merkezinde olduğunun göstergesidir[509]. İlkeler ile benzer şekilde 1986 Lahey Satış Sözleşmesi'nde (m. 7/1), Meksika Sözleşmesi'nde (m. 7) ve Basel Kararı (m. 7)'nda da kısmi hukuk seçimine izin verilmiştir.

IPRG'de ise kısmi hukuk seçimine ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Ancak İsviçre kanunlar ihtilafı doktrininde kanundaki bu suskunluğun kısmi seçimin reddi olarak yorumlanmamasının yerinde olacağı savunulmaktadır[510]. Zira *IPRG*'nin, şekil, ehliyet, temsil gibi çeşitli dava konusu hukuki sorunları sözleşme

---

505 Örneğin, Güney Kore Kanunlar İhtilafı Kanunu (2001) m. 25/2, Quebec Medeni Kanunu (1994) 3. bölüm m. 3111, Rus Medeni Kanunu (2001) 3. Bölüm 6. kısım m. 1210/4 (Ayhan İzmirli, s. 372, dn. 171; Jan L. Neels, "The Nature, Objective and Purposes of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", ***Journal of South African Law***, No. 4, 2015, s. 778).

506 Hüküm Roma Sözleşmesi m. 3/1'den aynen aktarılmıştır.

507 Açıklayıcı rapora göre kısmi seçim, farklı hukuklara tabi kılınması halinde çelişkilere yol açmayacak sözleşme unsurlarıyla ilgisi olmalı ve seçilen hukuklar mantıksal olarak uzlaştırılamıyorsa "hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak hukuku" düzenleyen 4. maddeye başvurulmalıdır (Giuliano/Lagarde, No C 282/17)

508 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 2.7, s. 37.

509 Douglas/Loadsman, s. 8, 9 (Avustralya hukukunda, "*dépeçage*" kanunlaşmamıştır. Eski tarihli ancak hala etkisini sürdüren bir mahkeme kararında, milletlerarası özel hukukun kökeninde yatan tüm teorinin sözleşmeyi yönetecek hukukun yalnızca tek bir devletin hukuku olabileceğine hükmedilmiştir. Ancak yazarlar, "*dépeçage"*ı geçersiz kılmak için güçlü bir nedenin bulunmadığını ve Lahey İlkeleri m. 2/2 hükmünün memnuniyet verici olduğunu ifade etmektedirler).

510 Turhan, s. 129.

statüsü dışındaki farklı hukuklara tâbi kılmak suretiyle sözleşmeye uygulanacak hukuku kendisi parçalayarak kısmı seçimi kabul ettiği düşünülmektedir[511].

Türk hukukunda da kısmi seçim mümkündür. MÖHUK m. 24/2'ye göre "*Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler*"[512]. Hükümden, tarafların yalnızca tek bir hukuku seçerek o hukukun sözleşmenin belirli bir kısmına uygulanmasını kararlaştırabilecekleri anlamı çıkarılmamalıdır. Bu hüküm taraflara birden fazla hukuku, sözleşmenin farklı kısımlarına uygulanmak üzere seçme, diğer bir deyişle birden fazla kısmi seçim yapabilme imkânı tanımaktadır. Nitekim madde gerekçesinde bu husus açıkça ifade edilmiştir[513]. *Doğan*'a göre m. 24/2'nin kısmi hukuk seçimi bakımından getirdiği tek sınır, tarafların karşılıklı hak ve mükellefiyetlerinde karışıklık yaratacak bir durumun ortaya çıkmamasıdır. Dolayısıyla kısmi hukuk seçimi ancak, sözleşmenin iktisadi ve hukuki bakımdan birbirinden ayrılabilen kısımlarının farklı ülke hukuklarına tabi kılınması ile geçerli olur[514]. *Güngör* de m. 24/2 kapsamında kısmi hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için seçilen hukukun objektif sözleşme statüsüyle birlikte uygulanabilir olması gerektiğini savunmaktadır[515].

Kısmi hukuk seçimi ile ilgili akla gelen önemli bir soru, yorum yoluyla tarafların kısmi hukuk seçimi yaptıkları sonucuna varılıp varılamayacağıdır. Diğer bir deyişle örtülü olarak kısmi hukuk seçimi yapılabilir mi? Bir görüş bu soruya olumlu

---

511 Turhan, s. 128, 129.

512 Kısmi hukuk seçimi MÖHUK'un getirdiği yeniliklerden birisidir. Mülga 2675 sayılı MÖHUK'ta kısmi hukuk seçimi öngörülmemişti. Kanunun bu konudaki suskunluğu nedeniyle doktrinde bazı yazarlar, tarafların kısmi hukuk seçimi yapabilecekleri görüşündeydi. MÖHUK'un yürürlüğe girmesi ile birlikte bu görüşler yasal bir temele kavuşmuştur (Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 151). Bu görüşler için bkz. Gülören Tekinalp, ***Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları***, Beta, 6. Bası, İstanbul, 1999, s. 260, 261 (Tekinalp gerekçe olarak, kanunda zaten şekil ve ehliyete ait sözleşme şartları farklı hukuklara tabi iken sözleşmenin meydana gelişi ve hükümlerinin ve hatta çeşitli hükümlerinin kendi aralarında, birbirinden ayrılabildiğini göstermektedir); Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 214; Ergin Nomer/Cemal Şanlı, ***Devletler Hususi Hukuku***, Beta, 13. Bası, İstanbul, 2005, s. 298.

513 "*Maddenin ikinci fıkrasında, tarafların sözleşmeden doğan ilişkilerine uygulanacak hukuku parçalayabilecekleri, yani sözleşmenin muayyen kısımlarına uygulanmak üzere farklı hukukları seçebilecekleri kabul edilmiştir*". Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 14.04.2022.

514 Doğan, ***MÖH***, s. 406.

515 Güngör, ***MÖH***, s. 182. Benzer şekilde birbiriyle çelişen hükümler içeren hukukların seçilmesi halinde tarafların iradelerine etki tanınmaması gerektiği savunulmaktadır. Taraflar MÖHUK m. 24/3 uyarınca hukuk seçiminin her zaman yapılabilmesi ya da değiştirilebilmesi imkânından da yararlanmazlarsa uygulanacak hukukun objektif bağlama kuralına göre tespit edileceği ifade edilmektedir. Bkz. Bayata Canyaş, ***Ab ve Türk hukuku***, s. 69.

cevap vermektedir[516]. Kısmi hukuk seçimi yapılması halinde eğer ki sözleşmenin kalan kısmı için de tarafların ilgili hukuku seçtiklerine ilişkin tatmin edici ölçütler varsa bu hukukun kalan kısım için de uygulanabileceği ifade edilmektedir. Her ne kadar MÖHUK örtülü olarak kısmi hukuk seçimi yapılmasını engelleyen bir hüküm içermese de *Nomer*, Türk hukuku bakımından bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Ona göre taraflarca açık bir şekilde kararlaştırılmadıkça bir hukuk seçiminin yorumu yoluyla kısmi hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varmak mümkün değildir. Her hukuk seçimi taraflarca farklı şekilde kararlaştırılmadıkça, yaptıkları sözleşmeyi (ehliyet ve şekil hariç) bütünüyle seçilen hukuka tabi tuttukları anlamına gelir[517]. Kanaatimizce de taraflar sözleşmenin belirli bir kısmını belirli bir hukuka tabi kıldıklarını açıkça beyan etmedikçe, kısmi hukuk seçiminin varlığından söz edilemez. Zira MÖHUK kapsamında örtülü kısmi hukuk seçiminden bahsedebilmek için tarafların yalnızca belirli bir kısım için seçim yaptıklarının sözleşmenin hükümlerinden ya da halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılması gerekir. Yani öyle bir durum olmalıdır ki sözleşme içi ve dışı tüm unsurların yorumlanması neticesinde, tarafların belirli bir hukukun belirli bir kısım için uygulanmasını, kalanı için ise uygulanmamasını amaçladıklarında şüphe duyulmaması gerekir. Bunun tespitinin ise neredeyse imkânsız olduğunu düşünmekteyiz[518].

Son olarak belirtmek gerekir ki her ne kadar milli ve milletlerarası düzenlemeler kısmi hukuk seçimine izin veriyor olsa da uygulamada tarafların nadiren kısmi hukuk seçimi yaptıkları görülmektedir[519]. Zira birbiriyle çelişen hükümlerin uygulanma ihtimali söz konusu olduğundan sözleşmelerini hukuken bölmek istemezler[520]. Nitekim, Yargıtay kararlarında da kısmi hukuk seçimi yapılan bir uyuşmazlığa rastlanılmamıştır.

---

516 Bayata Canyaş, ***AB ve Türk Hukuku***, s. 69; Demir Gökyayla, ***Tek Satıcılık***, s. 304; Demirkol, s. 228 (Demirkol örtülü kısmi hukuk seçimine Türk hukuku bakımından teknik açıdan bir engel olmadığını ancak böyle bir seçimin varlığının ispatlanamayacağını savunmaktadır); Kropholler, s. 462, 463; Martiny, *EGBGB, Art. 27, Rn. 53.*

517 Nomer, s. 330. Ancak Nomer "*Türk hukuku, hukuk seçiminin açık olmasını aradığından*", yorum yoluyla kısmi hukuk seçimi yapıldığı sonucuna varılamayacağını belirtmiştir. Halbuki 2675 sayılı mülga MÖHUK seçimin açık olarak yapılmasını şart koşmaktaydı. MÖHUK m. 24/1 örtülü hukuk seçimine de izin vermektedir. Dolayısıyla yazarın bu gerekçesinin şu an için bir temeli bulunmadığını belirtmek durumundayız.

518 Aynı yönde bkz. Demirkol, s. 228; Demir Gökyayla, ***Tek Satıcılık***, s. 304.

519 Ayhan İzmirli, s. 371, 372; Kropholler, s. 462; Turhan, s. 128.

520 Ayhan İzmirli, s. 371, 372; Kropholler, s. 462.

B. Şartlı (Değişken) Hukuk Seçimi

Taraflar aralarındaki hukuk seçimi anlaşmasının belirli bir şartın gerçekleşmesine bağlı olarak geçerli olacağını kararlaştırabilirler. Benzer şekilde, hukuk seçimi anlaşmasının belirli bir şartın gerçekleşmesi halinde geçersiz olacağına ilişkin bozucu şarta bağlı bir hukuk seçiminin de yapılabileceği kabul edilmektedir[521]. Bu tarz hukuk seçimleri "şartlı (dalgalı) hukuk seçimi" (*floating choice of law, schwebende-bedingte rechtswahl*) olarak adlandırılmaktadır[522]. Doktrinde daha çok yetkili mahkeme ya da tahkim şartına bağlanmış olarak yapılan şartlı hukuk seçimi üzerinde durulmaktadır[523]. Örneğin taraflar aralarında çıkabilecek uyuşmazlıklar bakımından her birinin yerleşim yeri ya da mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer mahkemelerinin yetkili olacağı şeklinde seçenekli bir yetki anlaşması yapabilir ve davanın açıldığı mahkeme hukukunun uygulanacağını kararlaştırabilirler[524]. Aslında bu durum, tarafların en başta hukuk seçimi yapmayıp uyuşmazlık çıktıktan sonra mahkemenin hukukunu seçmelerinden farksızdır[525]. Ancak şartlı hukuk seçiminde, taraflar arasında uyuşmazlık çıkmaması halinde hukuk seçimi kaydı sözleşmenin uygulanmamış bir hükmü olarak kalır[526].

Milletlerarası sözleşmelerde ve kanunlarda şartlı hukuk seçimi öngörülmemekle birlikte yasaklayıcı hükümlere de yer verilmemiştir. Bu nedenle doktrinde olumsuz görüşler bulunduğu gibi geçerli kabul edilmesi yönünde görüşler de bulunmaktadır[527]. Amerikan hukukunda değişken yetki şartı içeren sözleşmeler genellikle değişken hukuk seçimi şartı da içermektedir. Değişken hukuk seçimi ile sözleşmenin devralanın/temlik olunanın *(assignee*) bulunduğu yer hukukuna tabi

---

521 Demir Gökyayla, ***Tek Satıcılık***, s. 298, dn. 53'teki yazarlar; Martiny, *EGBGB, Art. 27, Rn. 15*; Murtaz, s. 133.

522 Hook, s. 171; Kropholler, s. 463; Nomer, s. 331; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 153; Tekinalp**,** ***MÖH***, s. 281 (İngilizcede "*floating*" kelimesi "dalgalı", "değişen" anlamlarına geldiğinden bazı kaynaklarda "şartlı hukuk seçimi" yerine "dalgalı hukuk seçimi" ifadesi kullanılmıştır. *Tekinalp*, Almanca "*schwebende*" kelimesi "askıda" anlamına geldiğinden "askıda hukuk seçimi" ifadesine de yer vermiştir).

523 Nomer, s. 326, 331; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 153; Tekinalp**,** ***MÖH***, s. 282; Ulrich Magnus et al., ***European Commentaries on Private International Law-Rome I Regulation – Commentary***, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2016, s. 220. Biz de bu yüzden bu başlık altındaki açıklamalarımızı "dava ikamesi" şartına bağlı hukuk seçimi üzerinden yapacağız.

524 Nomer, s. 326, 331; Magnus et al., s. 220.

525 Nomer, s. 331; Tekinalp**,** ***MÖH***, s. 282.

526 Tekinalp**,** ***MÖH***, s. 282.

527 Olumlu görüşler için bkz. Demir Gökyayla, ***Tek Satıcılık***, s. 282; Demirkol, s. 189; Tekinalp**,** ***MÖH***, s. 282'den naklen Frank Vischer, Internationales Vertragsrecht, Bern, 1962, s. 144; Kropholler, s. 463; Nomer, s. 331. Olumsuz görüşler için bkz. North/Fawcett, s. 560. Ayrıca bkz. Demirkol, s. 189; Tekinalp, ***MÖH***, s. 281.

olması sağlanmaktadır[528]. Bu kapsamda bir görüşe göre yetki anlaşmasında olduğu gibi sözleşmelerde hukuk seçimi hükümlerinin amacı hangi hukukun uygulanacağı hususunda kesinlik sağlamaktır. Oysaki değişken hukuk seçimi belirsizlik yaratmaktadır[529]. Bir kira sözleşmesinde değişken hukuk seçimi hükmüne yer verilmesi halinde kiralayan her değiştiğinde farklı bir hukukun uygulanması söz konusu olacağından belirsizliğin zorunlu kılınması gibi mantıksız bir sonuç doğacaktır[530]. Türk hukukunda *Tekinalp*'e göre en başta seçilen hukukun sonradan değiştirilebilmesi veya hiç seçim yapılmamış olsa bile mahkeme önünde yapılabilmesi, şartlı hukuk seçimine de imkân verilmesini olanaklı hale getirmektedir[531]. Kanaatimizce de şartlı hukuk seçimine ilişkin yasaklayıcı bir hüküm öngörülmediğinden sözleşme özgürlüğü kapsamında bu seçime geçerlilik tanınması gerekir.

Şartlı hukuk seçiminin geçerli olduğu kabul edilmekle birlikte olumsuz bir yönünün olduğu da vurgulanmaktadır. Bu seçim türünde uygulanacak hukuk, taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkıp dava açılıncaya kadar belirsizdir[532]. Birden fazla ülke mahkemesinin (örneğin davalı ve davacının yerleşim yeri mahkemelerinin) yetkili kılındığı bir ilişkide, uyuşmazlık çıkması halinde mahkemenin hukukunun uygulanacağı kararlaştırılırsa tarafların en az iki ihtimali hesaplaması gerekir[533]. Uygulanma ihtimali olan ülke hukukları hakkında bilgi sahibi olmaya çalışmak taraflar bakımından daha fazla zaman, çaba ve maliyet kaybı yaratabilir[534]. Ayrıca sahip oldukları nihai hak ve yükümlülüklerden emin olamazlar[535].

---

528 Paul Hartman Cross/Hubert IV Oxford, "Floating Forum Selection and Choice of Law Clauses", ***South Texas Law Review***, 48(1), 2006, s. 148.

529 Cross/ Oxford, s. 156.

530 Cross/Oxford, s. 156. Bir New York eyalet mahkemesi, *Sterling National Bank v. Kings Manor Estates, LLC* davasında ekipman kiralamasında böyle bir maddenin uygulanamaz olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, "hiçbir gerekçenin, orijinal sözleşme taraflarını ve devirden önceki işlemlerini yöneten hukukun geriye dönük olarak değiştirileceğini göstermediğine" hükmetmiştir. Bkz. Cross/Oxford, s. 151. Anglo-Sakson yargılamasında ise önceleri değişken hukuk seçimi hükümlerine "her sözleşmenin kurulduğu anda bir geçerli hukuka sahip olması gerektiği ve bu hukukun sonradan değiştirilemeyeceği" gerekçesiyle itiraz edilmekteydi. Örneğin Armar Shipping Co Ltd v Caisse Algérienne d'Assurance et de Réassurance (1981]) 1 WLR 207(CA) 215. Bkz. Hook, s. 172.

531 Tekinalp***, MÖH***, s. 282. Aynı yönde bkz. Nomer, s. 317.

532 Nomer, s. 331; Magnus et al., s. 221. Hukuk seçiminin "dava ikamesi" dışında bir şarta bağlanması halinde, dava açıldıktan sonra hala şart gerçekleşmemişse hâkim uygulanacak hukuku objektif bağlama kuralına göre belirlemelidir. Bkz. Demirkol, s. 190.

533 Magnus, et al., s. 221.

534 Magnus, et al., s. 221.

535 Hook, s. 172; Magnus, et al., s. 221.

Dava açıldıktan sonra uygulanması belirli hale gelen hukukun, hangi andan itibaren uygulanacağı sorusunu *Nomer*, bu hususun yorum meselesi olduğunu belirtmekle beraber sözleşmenin kurulduğu andan itibaren uygulanması gerektiği şeklinde cevaplamaktadır. Yazar sözleşmenin şekli geçerliliğinin[536] ve üçüncü kişilerin haklarının saklı olduğunu da eklemektedir[537]. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Nasıl ki sonradan yapılan hukuk seçimi geriye etkili olarak sonuç doğuruyorsa şartlı hukuk seçimi de aynı etkiyi göstermelidir. Zira her ne kadar şartlı hukuk seçiminde taraflar hukuk seçimi anlaşmasını en başta yapıyor olsa da uygulanacak hukuk sonradan yani dava açıldığı anda belirli hale gelmektedir. Son olarak belirtmek gerekir ki şartlı hukuk seçimine kanunlar ihtilafı hukuku bakımından geçerlilik tanınıp tanınmayacağına hâkimin hukukuna göre karar verilir[538].

C. Negatif Hukuk Seçimi

Tarafların, aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisinin belirli bir milli hukuk sistemine ya da hiçbir milli hukuk sistemine tabi olmayacağını kararlaştırmaları "negatif hukuk seçimi" olarak adlandırılmaktadır[539]. Negatif hukuk seçiminin geçerli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır[540]. Pozitif hukuk düzenlemelerinde ise bu hususa ilişkin bir hükme rastlanmamaktadır.

---

536 Yazarın bu görüşüne göre sözleşmenin şekli geçerliliği, tıpkı sonradan hukuk seçimi yapılmasında olduğu gibi önceki sözleşme statüsüne yani hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak olan objektif bağlama statüsüne tabi olmalıdır. Şekli geçerliliğin, seçilen hukukun geriye etkili olarak sonuç doğurmasına istisna teşkil edip etmediğine ilişkin tartışmaya daha önce değinildiğinden burada tekrar yer vermiyoruz. Bkz. ***Birinci Bölüm, V. D.***

537 Nomer, s. 331.

538 Nomer, s. 326.

539 Demirkol, s. 175; Fabrizio Marrella, "Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the *UNIDROIT* Principles of International Commercial Contracts", ***Vanderbilt Journal of Transnational Law***, 36(4), 2003, s. 1157; Frank Fischer, "The Relevance of the *UNIDROIT* Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising Out of International Contracts", ***European Journal of Law Reform***, 1(3), 1999, s. 206; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 335; Tekinalp***, MÖH***, s. 281.

540 Buradaki tartışma mahkeme önünde çözülecek uyuşmazlıklara ilişkindir. Negatif hukuk seçimine özellikle tahkim sözleşmelerinde, tarafların diğerinin hukukunun uygulanmasını istemedikleri hallerde başvurdukları görülmektedir. Tahkim sözleşmelerinde tarafların negatif hukuk seçimi yapmaları halinde, hakemlerin bu seçimi geçerli kabul etmeleri gerekir (Marrella, s. 1157).
Bir görüşe göre tahkim uyuşmazlıklarında tarafların bir hukuk sisteminin uygulanması konusunda anlaşamadıkları ve sözleşme öncesi müzakerelerden doğrudan sözleşmeyle bağlantılı olan hukuk sistemleri üzerinde anlaşmanın imkânsız olduğu anlaşıldığında, tarafların örtülü olarak negatif hukuk seçimi yaptıklarının ve tahkim mahkemesinin devlet dışı hukuku uygulayabileceğinin kabul edilmesi gerekir. Böyle bir durumda mahkemenin tarafların onayı olmaksızın '*lex mercatoria*'yı uygulayabileceği yönünde eski bir karar için bkz. *Primary Coal Inc. (USA) v. Compania Velenciana de Cementos Portland, of 1 September 1988*. Aksi yöndeki görüşe göre ise tarafların uygulanacak hukuk üzerinde anlaşamamış olmalarından milli bir hukuk sisteminin uygulanmasını

Sözleşmenin hiçbir milli hukuk sistemine tabi olmayacağının kararlaştırılması halinde taraflar, yalnızca sözleşmede yer alan hükümlerin uygulanmasını amaçlarlar. Bu şekilde hiçbir hukuka dayanmayan sözleşmelere "kendi kendini yöneten sözleşmeler" (*self-regulatory agreements*) adı verilmektedir[541]. Ancak bu tarz hukuk seçimlerinin geçerliliği şüphelidir. *Şanlı, Esen ve Ataman* negatif hukuk seçimini de "milli hukuk sistemleri dışında kalan hukuk seçimleri"[542] kapsamında değerlendirmektedirler. Bu tarz hukuk seçimlerinin, çoğunlukla pratik ihtiyaçlara cevap vermeyeceği; kesinlik, belirlilik ve öngörülebilirliği sağlamayacağı için tercih edilmemesi gerektiğini; onun yerine tarafların ileride çıkabilecek uyuşmazlıkları sözleşme safhasında önleyebilmesi ve sorunlar çıktığında kolay çözüme ulaşabilmeleri için hukuk olarak belirli bir devlet hukukunu seçmelerinin amaca uygun düşeceğini belirtmektedirler. Ancak yazarlar istisnai bazı sözleşmeler bakımından, özellikle taraflardan birinin devlet veya devlet kuruluşu olduğu sözleşmelerde devletin ileride sözleşme statüsünü değiştirmeye yönelik tasarruflarını sınırlayabilmek için, devletler üstü normların uygulanmasını kararlaştırabileceklerini düşünmektedirler[543]. Yani yazarların bu çerçevede istisnai bazı hallerde negatif hukuk seçiminin de geçerli kabul edileceği görüşünde oldukları söylenebilir.

Tekinalp ise, objektif bağlamaya esas olacak hukuk düzenlerini bertaraf etmemek şartı ile negatif hukuk seçiminin mümkün olduğunu savunmaktadır. Zira tüm objektif bağlamaya imkân verecek hukuk düzenlerinin bertarafı, hâkimin sorunu çözmesini imkânsızlaştırır. Bu seçim türünün sağladığı avantaj ise hâkime uygulanacak hukuku araştırırken sözleşmenin ağırlık noktasını belirlemede kolaylık sağlamasıdır[544]. Kanaatimizce, objektif düzenlemeye esas olacak hukuk düzenlerinin bertaraf edilmediği bir negatif hukuk seçiminden bahsetmek oldukça güçtür. Zira bir sözleşme ilişkisinde objektif bağlama kurallarının işaret etmediği ancak sözleşmenin ilişkili olduğu ve tarafların sözleşmenin tabi olmasını istemedikleri bir hukuka nadiren rastlanır. Tarafların dışlamak istedikleri hukuk sistemleri çoğunlukla objektif bağlama

---

reddettikleri sonucuna varılamaz. Böyle bir durumda uygulanacak hukuku tespit etmek hakemin görevidir (Fischer, s. 206, 207)

541 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 339, dn. 450 (Daha çok devletler ya da devletler ile milletlerarası kurumlar arasındaki ilişkilerde tercih edilen bu tür sözleşmelerin hiçbir milli hukuka tabi tutulmamasının sebebinin, milli kanun koyucuların iradesine bağlı olarak sonradan yapılan değişikliklerin sözleşmenin hukuki rejimini olumsuz yönde etkilemesini engellemek olduğu düşünülmektedir).

542 Bu türden hukuk seçimleri için yukarıda bkz. Bkz. ***Birinci Bölüm, III. B. 1.***

543 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 339, dn 451.

544 Tekinalp, ***MÖH***, s. 281.

kurallarının işaret ettiği hukuk sistemleri ile aynıdır. Sözleşmeyle hiçbir ilişkisi olmayan, uygulanma ihtimali olmayan bir hukuku da negatif hukuk seçimine konu etmeye zaten gerek duyulmaz.

MÖHUK düzenlemesine bakıldığında şartlı hukuk seçiminde olduğu gibi, yasaklayıcı bir hükme yer verilmediğinden negatif hukuk seçiminin yapılabileceğini söylemek kanaatimizce yanlıştır. Zira m. 24/1'de "*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir*" denilmektedir. Yani uygulanacak hukukun tespitinde objektif bağlama kurallarının uygulanmaması için tarafların "bir hukuk seçmiş" olmaları gerekir. Şartlı hukuk seçiminde taraflarca şarta bağlı olsa da seçilmiş bir hukuk söz konusudur. Oysaki negatif hukuk seçiminde seçilmiş bir hukuk yoktur. Dolayısıyla biz ne tüm milli hukuk sistemlerinin ne de tek bir milli hukuk sisteminin bertaraf edildiği bir negatif hukuk seçiminin MÖHUK m. 24 kapsamında mümkün olduğunu düşünmekteyiz[545].

[545] Aynı yönde bkz. Demirkol, s. 176. Yazarın negatif hukuk seçiminin MÖHUK m. 24/1 anlamında bir hukuk seçimi olarak etki göstermeyeceği ancak istisnaen zımni hukuk seçiminin tespit edilmesinde etki gösterebileceği yönündeki görüşü için bkz. Demirkol, s. 177, s. 216-218.

VII. HUKUK SEÇİMİNİN KAPSAMI

Sözleşmeye uygulanacak hukuk ister taraf iradeleriyle belirlenmiş olsun isterse objektif bağlama kurallarına göre hâkim tarafından belirlenmiş olsun bu hukukun (sözleşme statüsü) kural olarak sözleşmenin tamamına uygulanacağı kabul edilmektedir[546]. Sözleşme statüsünün kapsamında yer almayan istisnai hususlar ise MÖHUK dahil olmak üzere çeşitli milli ve milletlerarası düzenlemelerde öngörülmektedir. Tarafların sözleşme statüsünün kapsamı dışında kalan bu hususları kendi iradeleriyle sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi kılmaları mümkün değildir.

A. Hukuk Seçiminin Kapsamına Giren Hususlar

Milli ve milletlerarası düzenlemelere bakıldığında genel olarak sözleşmeye uygulanacak hukukun (buna bağlı olarak taraflarca seçilen hukukun) kapsamına giren en önemli hususların sayıldığı, sözleşme statüsünün kapsamı dışında kalan hallerin de farklı hükümler ile düzenlendiği görülmektedir. Bu düzenlemelerde ve doktrinde; sözleşmenin geçerliliği, sözleşmenin kuruluşu ve yorumlanması, sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin niteliği ve kapsamı, ifa etmemenin sonuçları da dahil olmak üzere uygulanacak hukukun kapsamına giren birçok konunun sözleşme statüsüne dahil olduğu konusunda uzlaşı bulunmaktadır[547].

Roma I Tüzüğü'nün "Uygulanacak hukukun kapsamı (*Scope of the law applicable*)" başlıklı 12. maddesinde[548] sözleşmeye uygulanacak hukukun özellikle uygulanacağı bazı hususlar sayılmıştır. Bunlar; "*Yorum, ifa, usul hukukunun mahkemeye verdiği yetki çerçevesinde, zararların değerlendirilmesi de dahil olmak üzere, yükümlülüklerin kısmen veya tamamen ihlalinin sonuçları, yükümlülüklerin (borcun) sona erme sebepleri, zamanaşımı ve dava zamanaşımı, sözleşmenin*

---

546 *Şanlı, Esen ve Ataman* sözleşme statüsünün kural olarak sözleşmeye "*beşikten mezara*" hâkim olduğunu ifade etmektedirler (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 367).

547 Mark Kantor, "The Scope of Choice of Law Clauses", ***Banking Law Journal***, 119(8), 2002, s. 734. Bir görüşe göre hukuk seçimi sözleşmesinin bağımsızlığı, seçilen hukukun sözleşme öncesi yükümlülüklere, temel sözleşmenin varlığına ve geçerliliğine ve temel sözleşmenin geçersizliğinin her türlü sonucuna uygulanabilmesini sağlar (Hook, s. 93).

548 Roma Sözleşmesi'nin aynı başlığı taşıyan 10. maddesi ile neredeyse aynı hükmü öngörmektedir. Sözleşmeye ilişkin açıklayıcı rapor'da m. 10/1'in kapsamında nelerin yer aldığı detaylandırılmıştır. Bunlar: "*Yükümlülüklerin yerine getirilmesinde gerekli özen, ifa zamanı ve yerine ilişkin koşullar, taraflar dışındaki bir kişinin yükümlülükleri ne ölçüde ifa edebileceği, müşterek ve müteselsil yükümlülükler, alternatif yükümlülükler, bölünebilir ve bölünemez yükümlülükler, ifanın bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olduğu hallerde borçlunun ifasına ilişkin şartlar, makbuz vb.*". Bkz. Giuliano/Lagarde, No C 282/32.

hükümsüzlüğünün sonuçları" dır (m. 12/1)[549]. Bu hususlar örnek kabilinden sayıldığından burada sayılmayan sözleşmeye ilişkin diğer hususlar da (Tüzük'te düzenlenen istisnai haller dışında[550]) sözleşme statüsü kapsamında yer alır. Ayrıca m. 10/1 hükmü ile sözleşmenin veya sözleşmedeki herhangi bir hükmün varlığı ve geçerliliği de, sözleşmenin geçerli olması halinde bu Tüzük uyarınca sözleşmeyi yönetecek hukuka tabi tutulmuştur.

1986 Lahey Satış Sözleşmesi'nin 12. maddesinde, sözleşmeye uygulanacak hukukun kapsamı bakımından Roma I Tüzüğü m. 12'de (Roma Sözleşmesi m. 10) sayılan hususlara ek olarak satış sözleşmesine özgü unsurlara da yer verilmiştir[551]. Uygulanacak hukukun kapsamına giren haller sayılanlar ile sınırlı değildir[552]. Elbette Lahey Satış Sözleşmesi'nin özel olarak sözleşme statüsünün kapsamı dışında tuttuğu haller saklıdır[553].

Lahey İlkeleri'nin 9. maddesinde de seçilen hukukun taraflar arasındaki sözleşmeyi tüm yönleriyle yöneteceği öngörülmüş ve seçilen hukukun kapsamına giren yedi husus örnek kabilinden sayılmıştır (m. 9/1)[554]. Bu düzenleme ile sözleşmenin en önemli yönlerine vurgu yapılmış, örneğin zamanaşımı, hak düşürücü süreler, ispat yükü, kanuni karineler, sözleşme öncesi sorumluluk gibi hususların hâkimin hukuku ya da zararın meydana geldiği yer hukuku gibi başka hukuklardan ziyade seçilen hukuka tabi olacağı açıklığa kavuşturulmak istenmiştir[555]. Böylece hukuki kesinliğin ve uygulamada birliğin temin edilmesi amaçlanmıştır[556].

---

549 Benzer bir hüküm Meksika Sözleşmesi'nin 14. maddesinde öngörülmüştür.

550 Roma I Tüzüğü m. 10/2, m. 11, m. 12/2. Bu istisnai haller aşağıda incelenecektir.

551 Kantor, s. 732. Bunlar: "*a) sözleşmenin yorumlanması; b) tarafların hak ve yükümlülükleri ile sözleşmenin ifası; c) alıcının ürünlere, meyvelere ve mallardan elde edilen gelire hak kazandığı an* (yararın geçişi); *d) alıcının mallarla ilgili riski üstlendiği an* (hasarın geçişi); *e) Mülkiyet muhafaza kayıtlarının geçerliliği ve taraflar arasındaki hükümleri; f) hâkimin usul hukuku kurallarına halel gelmeksizin, sözleşmenin yerine getirilmemesinin sonuçları; g) borçların sona erme nedenleri, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler; h) sözleşmenin hükümsüzlüğü veya geçersizliğinin sonuçları"*
https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflisoz/lahey/lah31_ing.pdf, 28.04.2022; Tiryakioğlu, "La Haye Sözleşmesi", s. 132.

552 Tiryakioğlu, "La Haye Sözleşmesi", s. 132.

553 Bkz. ***Birinci Bölüm, VII. B.***

554 *"(a) yorum (b) sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler; (c) ifa ve ifa etmemenin sonuçları, hasar değerlendirmesi; (d) borçların sona erme nedenleri, zamanaşımı ve hak düşürücü süreler; (e) sözleşmenin geçerliliği ve geçersizliğinin sonuçları; (f) ispat yükü ve kanuni karineler; (g) sözleşme öncesi yükümlülük"*

555 Ancak bu düzenlemenin elbette tarafların sözleşmenin farklı kısımlarını farklı hukuklara tabi kılmalarını ya da sözleşmenin tek bir kısmı için, örneğin sözleşmenin yorumu, hukuk seçimi yapmalarını engellemeyeceği de belirtilmiştir.

556 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 9. 4, s. 64.

Amerika Birleşik Devletleri, yukarıdaki sözleşmelerden hiçbirine taraf olmadığından seçilen hukukun kapsamı konusunda *Restatement II* hükümleri dikkate alınmaktadır. *Restatement II*'nin 198-207. paragrafları, seçilen hukukun sözleşme yapma ehliyetini, sözleşmenin geçerliliği ve bunun için gerekli işlemleri, yanılma, aldatma/yanıltıcı beyan, cebir ve korkutmanın sözleşme üzerindeki etkisini, hukuka aykırılığın etkisini, fahiş faiz (*usury*) iddialarının etkisini, sözleşmede kullanılan sözcüklerin yorumunu, sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin niteliği ve kapsamı ile, sözleşmeye aykırılık nedeniyle ödenecek tazminatın miktarını yöneteceğini öngörmektedir. Ancak seçilen hukukun uygulanma şekli konudan konuya farklılık gösterebilir. Örneğin *Restatement II* sözleşme yapma ehliyetinin seçilen hukuka tabi olduğunu belirtilmekle birlikte, aynı zamanda yerleşim yeri hukukuna göre sözleşme yapma ehliyeti bulunan tarafı sözleşme yapmaya ehil kabul etmektedir. Benzer şekilde, 202. paragrafa göre hukuka aykırılığın sözleşme üzerindeki etkisi seçilen hukuk tarafından belirlenirken hukuka aykırı bir sözleşmenin icrası yerine getirileceği yer hukuku tarafından yönetilir [557].

MÖHUK'ta ise doğrudan hukuk seçiminin ya da sözleşmeye uygulanacak hukukun kapsamına giren hallerin sayıldığı tek bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca sözleşme statüsünün sözleşmenin tamamına uygulanacağına ilişkin bir ifadeye de rastlanmamaktadır. Ancak 32. maddede, "*Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir*" hükmü öngörülerek, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin unsurlar sözleşme statüsüne tabi tutulmuştur. *Nomer*'e göre bu kuralın temelinde yatan fikir, mümkün olduğu ölçüde sözleşme ilişkisini, *culpa in contrahendo*'dan ifaya (veya sözleşmenin feshine) kadar, bütünüyle tek bir hukuk nizamına tabi tutarak maddi hukuk ahengini temin etmektir[558]. Bu görüşe paralel olarak Türk doktrininde kural olarak seçilen hukukun sözleşme ile ilgili tüm hususlara yani sözleşmenin bütününe uygulanacağı kabul edilmektedir[559]. Nitekim MÖHUK'ta sözleşme statüsünün kapsamına girmeyen hallere çeşitli maddelerde yer verilerek, bunun dışında kalan tüm hususlara sözleşme statüsünün uygulanacağına işaret

---

557 Kantor, s. 728.

558 Nomer, s. 341.

559 Aybay/Dardağan, s. 269; Çelikel/Erdem, s. 404; Doğan, ***MÖH***, s. 412; Nomer, s. 341; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 367; Tekinalp, ***MÖH***, s. 293.

edilmiştir[560]. Dolayısıyla sözleşmenin kuruluşu, (maddi) geçerliliği, yorumu, hüküm ve sonuçları, ifası ve sona ermesi sözleşme statüsüne tabidir. Bu kapsamda sözleşmenin kurulabilmesi için gerekli olan şartlar, sözleşmenin kuruluşundaki irade sakatlıkları, sözleşmenin içeriği, sözleşme hükümlerinin yorumlanması, sözleşmenin süresi, sözleşmenin konusu (hukuka ve ahlaka aykırı olup olmadığı, imkânsız olup olmadığı), yabancı para kayıtları, sözleşmede kararlaştırılan paranın değerindeki farklılıkların etkisi, sözleşmeden doğan sorumluluk, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluk (*culpa in contrahendo*)[561], cezai şart, hasar ve intikali[562], ifa engelleri, ayıplı ifa, borçlunun ve alacaklının temerrüdü, alacağın temliki, müteselsil borçluluk, halefiyet, taleplerin yarışması, zamanaşımı, sözleşmenin sona erme sebepleri gibi hususlar tarafların seçtikleri hukuka tabi olur[563].

B. Hukuk Seçiminin Kapsamı Dışında Kalan Hususlar

Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta çeşitli gerekçelerle sözleşmelere ilişkin belirli hususlar sözleşme statüsünün kapsamı dışında tutulmuş ya da bu hususlarda sözleşme statüsünden farklı bazı hukukların dikkate alınabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla bu hususlarda seçilen hukuk uygulanamadığından, tarafların irade serbestileri sınırlanmış olur.

---

560 *IPRG*'de de aynı sistem benimsenmiştir. Bkz. ***Birinci Bölüm, VII. B.***

561 Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğun tabi olduğu hukuk aslında Roma I Tüzüğü'nün değil Roma II Tüzüğü'nün kapsamında yer almıştır (m. 2/1). Ancak *culpa in contrahendo* her ne kadar sözleşme dışı bir sorumluluk hali olarak nitelendirilse de 12. maddede sözleşmeye uygulanan hukuka tabi olacağı öngörülmüştür (m. 12/1).

562 Hasarın intikali konusunda hukuk sistemlerinde farklı hükümler öngörülmektedir. Örneğin Türk hukukuna göre taşınır satışlarında hasar zilyetliğin devri anına kadar satıcıya aittir (TBK m. 208/1). Hasarın intikaline ilişkin yeknesak bir uygulama geliştirebilmek adına *ICC* tarafından hazırlanan *INCOTERMS*'te bu hususa ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Tarafların aralarındaki milletlerarası taşınır satım sözleşmesinde atıfta bulunmaları halinde hasarın (ve yararın) intikali *INCOTERMS*'e tabi olur (Doğan, ***MÖH***, s. 416). *INCOTERMS* en son 2019'da güncellenmiş olup 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/, 18.12.2022.

563 Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 87; Aybay/Dardağan, s. 269; Çelikel/Erdem, s. 404; Doğan, ***MÖH***, s. 413-419; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 367; Tekinalp, ***MÖH***, s. 293. Yabancı unsurlu bir sözleşmeden doğan alacak iflas yoluyla takibe konmuşsa, iflas davası genel hükümlere göre yürütülen bir maddi hukuk davası olduğundan bu davada varsa tarafların seçtikleri hukukun yoksa objektif bağlama kuralına göre tespit edilen hukukun uygulanması gerekir (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 367, dn. 512). 2675 sayılı MÖHUK'a tabi bir uyuşmazlığa ilişkin verilen Yargıtay kararı için bkz. 19. HD, 29.12.2003, E. 2003/6027, K. 2003/13401.
Bu noktada sözleşme statüsünün kapsamına giren hususları tek tek incelemeyeceğiz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 87-93; Doğan, ***MÖH***, s. 413-419. Yalnızca sözleşme kapsamına girmeyen istisnai halleri alt başlıklar halinde incelemekte fayda görüyoruz.

1. Hak ve Fiil Ehliyeti

Milli ve milletlerarası düzenlemelerde genellikle hak ve fiil ehliyetini ilgilinin milli hukukuna tabi kılan özel hükümlere yer verilmektedir[564]. Bu nedenle tarafların sözleşme yapma ehliyetlerinin bulunup bulunmadığı tarafların seçtikleri hukuka değil bu özel hükümlerde öngörülen hukuka göre belirlenir.

Gerçek kişilerin statüleri ve ehliyetleri Roma I Tüzüğü'nün kapsamı dışında tutulmuştur (m. 1/2-a). Ayrıca "Ehliyetsizlik (*Incapacity*)" başlıklı 13. maddede, "*aynı ülkede bulunan kişiler arasında akdedilen bir sözleşmede o ülke hukukuna göre ehliyet sahibi olan gerçek kişinin, başka bir ülke hukukundan kaynaklanan ehliyetsizliğini, ancak diğer tarafın bu ehliyetsizliğin sözleşmenin kurulduğu sırada farkında olması veya ihmali sonucunda farkında olmaması halinde ileri sürebileceği*" öngörülmüştür[565].

Lahey Satış Sözleşmesi'nde tarafların ehliyeti ve bir tarafın ehliyetsizliği nedeniyle sözleşmenin geçersiz olmasının sonuçlarına uygulanacak hukukun bu sözleşme tarafından belirlenmediği öngörülmüştür (m. 5/1-a)[566]. Âkit devletler, tarafların ehliyetini kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleyeceklerdir[567].

Lahey İlkeleri'nde de gerçek kişilerin ehliyeti (*the capacity of natural persons*)[568] bu ilkelerin kapsamı dışında kalan haller arasında düzenlenmiştir (m. 1/3-a). Yani ehliyet, Lahey İlkeleri uyarınca seçilen hukuka tabi tutulmamıştır. Zira yaş küçüklüğü ya da zihinsel durumundan dolayı kişiyi koruma ihtiyacı nedeniyle ehliyetsizliğin irade muhtariyetinin sınırlandırılmasını gerektirdiği belirtilmiştir[569]. Diğer bir deyişle şahsî statüye göre sözleşme yapma ehliyeti bulunmayan bir tarafın

---

564 Özellikle Kara Avrupası hukuk sistemlerinde bu esas benimsenmiştir. Örneğin Fransız, Alman, İtalyan, Avusturya, İsveç, Finlandiya, Yunan, İspanyol, Türk hukukları (Tekinalp, ***MÖH***, s. 56). *Common Law*'da ise tarafların ehliyetini daha çok sözleşme statüsüne ya da *lex causae*'ye tabi tutma eğilimi vardır. Tarafların ehliyetinin sözleşme statüsüne tabi tutulabilmesi için ise sözleşme statüsünün objektif bağlama kuralına göre belirlenmiş olması gerektiği ileri sürülmektedir. Dolayısıyla hukuk seçimi yapılması halinde tarafların ehliyeti sözleşme statüsüne tabi tutulamayacaktır (Geoffrey Chevalier Cheshire/Peter Machin North, ***Cheshire's Private International Law***, 9th edition, London, 1974, s. 227; Tiryakioğlu, "Taşınır Mallar", s. 66, 67).

565 13. madde hükmü Roma Sözleşmesi m. 11'den aynen aktarılmıştır. Bu hükümde karşı tarafın, ehliyetsizliği bildiği ya da ihmali sonucunda bilmediğini ispat yükü ehliyetsiz olduğunu iddia eden tarafa aittir (Giuliano/Lagarde, No C 282/34).

566 Benzer bir hüküm Meksika Sözleşmesi m. 5/1-a'da öngörülmüştür.

567 Tiryakioğlu, "La Haye Sözleşmesi", s. 130.

568 Ehliyet, "*gerçek kişilerin bağımsız olarak hareket etme ve sözleşme akdetme kabiliyeti*" olarak tanımlanmıştır. Bkz. "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 1. 25, s. 33.

569 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 1. 25, s. 34.

akdettiği sözleşmenin, kendisini ehliyetli kabul edilen başka bir hukukun seçilmesi yoluyla geçerli hale getirilmesi engellenmiştir.

Restatement II'de ise yukarıdaki düzenlemelerden farklı olarak sözleşme yapma ehliyetinin (*capacity to contract*) 187-188. paragraflardaki hükümlerin[570] göstermiş olduğu sözleşme statüsüne göre belirleneceği öngörülmüştür (*sec.* 198/1). Dolayısıyla tarafların sözleşme yapma ehliyetlerinin bulunup bulunmadığı taraflarca seçilen hukuka göre tespit edilir. Ancak kişinin yerleşim yeri hukukuna göre sözleşme ehliyetine sahip olması halinde de sözleşme yapmaya ehil olduğu kabul edilmektedir (*sec.* 198/2)[571].

Türk hukukunda ise atıf, vasıflandırma, kamu düzeni gibi kanunlar ihtilafının genel problemlerinin yanı sıra sözleşmenin şekli ve tarafların ehliyeti sözleşme statüsünün kapsamı dışında tutulmaktadır[572]. MÖHUK m. 9'da hak ve fiil ehliyetini ilgilinin milli hukukuna tabi kılan genel bir ehliyet kuralı öngörülmüştür (m. 9/1)[573]. Özel ehliyet halleri saklı kalmak kaydıyla kanunda öngörülen tüm hukuki işlem ve ilişkiler bakımından MÖHUK m. 9 hükümleri uygulanır[574]. Dolayısıyla sözleşmeye uygulanmak üzere bir hukuk seçilmiş olsa dahi tarafların ehliyetleri, seçilen hukuka göre değil m. 9'un göstermiş olduğu hukuka göre tespit edilir.

2. Sözleşmenin Şekli Geçerliliği

Hukuk düzenlerinde, hak ve fiil ehliyetinde olduğu gibi hukuki işlemlerin şekline[575] uygulanacak hukuk da özel hükümlerle düzenlenmiştir. Bu hükümlerde

---

570 Paragraf 187 "taraflarca seçilen devlet hukuku"nu, paragraf 188 "tarafların geçerli bir seçimi olmaması halinde uygulanacak hukuk"u düzenler.

571 Excerpts from the 2nd Restatement, https://msgre2.people.wm.edu/2ndRestatement.html, 31.05.2022.

572 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri (m. 32), https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 31.05.2022. Ayrıca bkz. Doğan, ***MÖH***, s. 419; Tekinalp, ***MÖH***, s. 298; Turhan, s. 128.

573 Benzer bir hüküm için bkz. *EGBGB* m. 7, Avusturya MÖHK m. 12 (Ayrıca bkz. m. 9 ve 10). İsviçre hukukunda ise bu hukuklardan farklı olarak hak ehliyeti İsviçre hukukuna (*IPRG* m. 34/1), fiil ehliyeti yerleşim yeri hukukuna (*IPRG* m. 35) tabi tutulmuştur.

574 Evlenme ehliyeti, mirasçı olma ehliyeti gibi genel ehliyet kuralının kapsamı dışında kalan haller *lex causae*'ya tabidir (Tekinalp, ***MÖH***, s. 62, 64).

575 Hukuki işlemlerin şekli ile kastedilen, hukuktan hukuka farklılık gösterebilir. Türk hukukuna göre şekil, sözleşmenin kurucu unsuru olan icap ve kabul iradelerinin dışa açıklanma tarzı yani sözle, yazıyla ya da başka bir davranışla yapılması anlamına gelir. Bir irade beyanının sonuç doğurması belirli bir şekilde yapılmasına bağlı ise şekle bağlı bir hukuki işlemden bahsedilir (Antalya, s. 324, s. 326; Cansel/Özel, s. 197; Kılıçoğlu, s. 109; Oğuzman/Öz, s. 138). TBK'ya göre "*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir*" (12/1). Şekil serbestisinin istisnaları TBK'da ya da özel kanunlarda öngörülebilir. Örneğin TMK'da evlenmenin şekli geçerliliği özel olarak düzenlenmiştir (m. 141, 142). Bazı ülke hukuklarında evlenme merasiminin

genel olarak hukuki işlemlerin şekli bakımından işlemin yapıldığı yer hukuku (*locus regit actum-LRA/lex loci actus*) ve işlemin esasına uygulanacak hukuk (*lex causae*) yetkilendirilmiştir. *LRA*'nın tercih edilmesine gerekçe olarak tespit kolaylığı ve pratik ihtiyaçlar gösterilmektedir[576]. Ayrıca bir ülkede yapılan bir hukuki işlemin diğer ülkelerde de tanınmasındaki menfaat de önem arz etmektedir[577]. *Lex causae*'nin yetkilendirilmesinin temelinde ise işlemden güven duyulabilmesi adına hukuki işlemin muhtevasına uygulanacak hukukun şekle de hâkim olması gerektiği düşüncesi yatmaktadır[578]. Bir hukuki işlemin şekli geçerliliği bakımından tek başına *LRA*'nın yetkilendirilmesi halinde işlemin yapıldığı yer hukukunun o hukuki işlemi (örneğin bağışlama vaadi sözleşmesi) hiç düzenlememesi, buna bağlı olarak şekle ait kurallar da öngörmemesi ihtimali ile karşılaşılabilir. Tersi durumda yani tek başına *lex causae*'ye yetki verilmesi halinde de aynı risk söz konusudur. Bu riskleri bertaraf etmek adına pozitif hukuk düzenlemelerinde, bir hukuki işlemin *lex causae* ve *LRA*'dan herhangi birinin şekil kurallarına uygun olarak yapılması yeterli görülmüştür. Bu alternatif bağlama kuralı sayesinde hem tespit kolaylığı hem de hukuki güven sağlanarak işlem menfaati gerçekleştirilmiş olmaktadır[579]. Nadiren de olsa bazı hukuk düzenlerinde yalnızca *LRA*'ya veya *LRA* ve *lex causae*'nin yanında tarafların milli hukuklarına yetki verildiği de görülmektedir[580]. Sözleşmeler de birer hukuki işlem olduklarından şekli geçerlilikleri doğrudan sözleşme statüsüne göre değil bahsi geçen kuralların gösterdiği hukuklara göre tespit edilir.

Milletlerarası özel hukuk kanunlarına bakıldığında genel olarak birbirine yakın hükümlere yer verildiği görülmektedir. *EGBGB*'de hukuki işlemin şeklen geçerli olabilmesi için ya *LRA* ya da *lex causae*'nin öngördüğü şekil kurallarına uygun yapılmış olması aranmaktadır (m. 11/1). Ancak farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında kurulan sözleşmeler bakımından *lex causae* ile birlikte tarafların bulunduğu

---

kilisede yapılması şekle ilişkin bir husus olarak kabul edilirken, Yunan, İsrail, Lübnan hukuku gibi bazı hukuklarda esasa ilişkindir. Bir hususun şekle ilişkin olup olmadığı vasıflandırma problemi olup hâkimin hukuka göre tespit edilir (Çelikel/Erdem, s. 192; Nomer, s. 208; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 117).

576 Çelikel/Erdem, s. 190; Martin Wolff, ***Private International Law***, Oxford, 1945, s. 454; Nomer, s. 17, 209; Tekinalp***, MÖH***, s. 92.

577 Çelikel/Erdem, s. 190.

578 Nomer, s. 17, 209.

579 Nomer, s. 17; Tekinalp***, MÖH***, s. 95.

580 Danimarka hukukunda yalnızca *LRA* yetkilendirilmiştir. İtalyan ve Yunan hukukunda ise tarafların milli hukuklarına da yetki verilmiştir. Bkz. Nomer, s. 209.

ülke hukukları da yetkili kılınmıştır (m. 11/2)[581]. *IPRG*'nin 124. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları da aynı yönde hükümler öngörmektedir. Ancak *EGBGB*'den farklı olarak 124. maddenin son fıkrasında, sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflardan birini korumak amacıyla belirli bir şekle uyulmasını emretmesi halinde, başka bir hukukun uygulanmasına izin verilmedikçe sözleşmenin şeklinin münhasıran bu hukuka tabi olacağı öngörülmüştür (m. 124/3)[582]. Avusturya MÖHK'e göre hukuki işlemlerin şekli *lex causae*'ye tabi olmakla birlikte *LRA*'nın şekil kurallarına uygun yapılması da yeterlidir (Avusturya MÖHK m. 8). Bu Kanun'da farklı ülkelerde bulunan kişiler arasında yapılan sözleşmeler bakımından özel bir hükme yer verilmemiştir. İngiliz hukukunda ise hukuki işlemlerin şekli bakımından *LRA*'nın yetkisinin emredici mi yoksa ihtiyari bir karaktere mi sahip olduğu netlik kazanmamıştır. Ancak taşınmazlar alanında *LRA* kuralının geçerli olmadığını, sözleşmeler alanında ise *LRA* kuralının ihtiyarîliğinin kabul edildiğini söylemek mümkündür[583].

Roma I Tüzüğü'nün "şekli geçerlilik"i (*formal validity*) düzenleyen 11. maddesinde aynı ülkede bulunan kişiler (veya temsilcileri) arasındaki sözleşmelerin, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun ya da yapıldığı ülke hukukunun öngördüğü şekil kurallarına uygun olması halinde şeklen geçerli olduğu öngörülmüştür (m. 11/1)[584]. Farklı ülkelerde bulunan kişiler (veya temsilcileri) arasındaki sözleşmelerin şekli geçerliliği bakımından ise sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun yanı sıra sözleşmenin kuruluşu sırasında taraflardan (veya temsilcilerinin) her birinin

---

581 Temsilci vasıtası ile yapılan sözleşmeler, taşınmaz mallar üzerindeki haklara ilişkin sözleşmeler ve aynî hakkın kurulması ve devrine ilişkin işlemlerin şekli geçerliliği hakkındaki istisnai hükümler için bkz. *EGBGB* m. 11/3-5.

582 İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, taraflar bir taşınmazın satımına ilişkin sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak İsviçre hukukunu seçmelerine karşın sözleşmenin şekli İsviçre hukukunun şekil kurallarına uygun değildi. Ancak tarafların, sözleşmenin geçersiz olacağını bilselerdi İsviçre hukukunu seçmeyecekleri açıktı. Federal Mahkeme tarafların sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olmasını istemeyecekleri için İsviçre hukukunun sözleşmenin resmi geçerliliği etkilemesini de istemeyecekleri sonucuna varmıştır. Nihayetinde, güven ilkesine dayalı olarak tarafların şekli geçerliliği hukuk seçiminin kapsamından çıkarma konusunda anlaştıklarına hükmetmiştir. Bkz. Hook, s. 158.

583 Wolff, ***PIL***, s. 454, 455; Nomer, s. 209.

584 Aynı yönde hükümler için bkz. Roma Sözleşmesi m. 9/1, Lahey Satış Sözleşmesi m. 11/1. Roma Sözleşmesi m. 9'da "şekli geçerlilik (formal validity)" ile ne anlatılmak istendiği açıklanmamıştır. Giuliano ve Lagarde m. 9'da "şekil (form)" kavramı "*Hukuken bağlı olma iradesini ifade eden kişi tarafından yerine getirilmesi gereken ve yokluğunda böyle bir irade beyanının tam olarak geçerli sayılmayacağı her türlü dış tezahür (görünüm)*" olarak tanımlanmıştır (Giuliano /Lagarde, No C 282/29).

bulunduğu ülke hukuku ya da mutad mesken hukuku da yetkili kılınmıştır (m. 11/2)[585]. Roma Sözleşmesi'nde öngörülmeyen "taraflardan her birinin sözleşmenin kurulduğu sıradaki mutad mesken hukuku" Tüzük ile getirilen bir yeniliktir[586]. Bu alternatif bağlama kuralları ile Tüzük'ün, sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulmasını amaçladığı söylenebilir[587].

Lahey İlkeleri, sözleşmenin şekli geçerliliği bakımından esnek bir hüküm öngörmektedir[588]. Şöyle ki; 9/I-e bendinde sözleşmenin geçerliliğinin taraflarca seçilen hukukun kapsamında yer aldığı öngörülmüştür. Ardından bu bendin, sözleşmeyi şeklen geçerli kabul eden başka bir hukukun uygulanmasını engellemeyeceği eklenmiştir (m. 9/2). Yani sözleşme seçilen hukuka göre şeklen geçersiz olsa bile, forum devleti ya da hakem heyeti tarafından uygulanan milletlerarası özel hukuk kurallarının gösterdiği hukukun şekil kurallarına uygun olarak kurulmuşsa geçerlidir. Bu yönüyle m. 9/2 çoğu milletlerarası özel hukuk düzenlemeleri ve sözleşmelerinde yaygın olan *favor negotii* ilkesini benimsemektedir[589].

Restatement II'de ise geçerli bir sözleşme yapmak için gereken şekli koşulların (*formalities*) 187-188. paragraflardaki hükümlerin uygulanması ile belirlenen hukuk (taraflarca seçilen hukuk ya da seçimin yokluğunda uygulanacak hukuk) tarafından tespit edileceği öngörülmüştür. Ancak sözleşmenin yapıldığı yerin gerekliliklerini karşılayan şekil kuralları da kabul edilebilir görülmüştür (*sec.* 199).

MÖHUK düzenlemesi ise Avusturya MÖHK ile aynı yöndedir. 7. maddeye göre "*Hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir*". Hükme mülga MÖHUK'ta yer almayan "maddi hukuk hükümlerinin" ibaresi eklenerek hukuki işlemlerin şekli geçerliliği bakımından atfın

---

585 11. maddenin 1, 2 ve 3. fıkraları tüketici sözleşmeleri hakkında uygulanmaz. Tüketici sözleşmelerinin şekli tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabidir (m. 11/4).

586 Lahey Satış Sözleşmesi'nde de farklı ülkelerde bulunan kişiler arasındaki sözleşmelerin şekli geçerliliği bakımından yalnızca esasa uygulanacak hukuk ve taraflardan her birinin bulunduğu ülke hukuku yetkili kılınmıştır (m. 11/2).

587 Bayata Canyaş, ***AB ve Türk Hukuku***, s. 44; Zeynep Derya Tarman, "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü", ***BATİDER***, C. 25, S. 2, 2009, s. 328.

588 Ayhan İzmirli, s. 380.

589 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 9.13, s. 66.

uygulanmayacağı açıkça öngörülmüştür[590]. Sözleşmeler de birer hukuki işlem olduklarından bir sözleşmenin şeklen geçerli olabilmesi için kural olarak[591] yapıldığı yer hukukunun[592] ya da sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun öngördüğü şekil kurallarına uygun olarak yapılması gerekir. Bu kapsamda taraflar, sözleşmeyi belirli bir hukuk düzenine tabi tutmuşlarsa, bu hukuk düzeni "*lex causae*" olarak sözleşmenin şekline uygulanır[593]. Örneğin, Japonya'da akdedilen yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinde taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak işçinin yerleşim yeri hukukunu (Türkiye) seçmiş olsunlar. Bu durumda iş sözleşmesi, *lex causae*'nin yani Türk hukukunun öngördüğü şekil kurallarına uygun yapılmışsa geçerlidir. Ancak tarafların böyle bir seçim yapmış olmaları aksi kararlaştırılmadıkça, *LRA*'nın (Japon hukuku) şekil kurallarının geçerliliğini engellemez[594]. Yani sözleşme Türk hukukuna göre şeklen geçersiz olsa bile Japon hukukunun şekil kurallarına uygunsa geçerli kabul edilir.

Yukarıdaki düzenlemelere bakıldığında sözleşmenin şekli geçerliliğinin her durumda seçilen hukukun kapsamı dışında kaldığını söylemek mümkün değildir. Zira bu düzenlemelerde sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun öngördüğü şekil kurallarına uygun olarak yapılan sözleşmeler de geçerli kabul edilmiştir. Eğer ki taraflar hukuk seçimi yapmışlarsa esasa uygulanacak hukuk tarafların seçtiği hukuk olacağından, seçilen hukuk sözleşmenin şekli geçerliliği bakımından da yetkili olur. Ancak seçilen hukuk sözleşmeyi şeklen geçersiz kabul ediyorsa, işte bu halde sözleşmenin şekli geçerliliği seçilen hukukun kapsamı dışında tutularak yukarıda bahsi

590 Madde gerekçesinde atfın işlem menfaatini sağlamak amacıyla bertaraf edildiği belirtilmiştir. Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 2, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 01.08.2022.

591 Taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin sözleşmelere (Taşınmaz satış sözleşmesi, satış vaadi sözleşmesi, taşınmaz bağışlama sözleşmesi gibi), şekil yönünden yalnızca taşınmazın bulunduğu yer hukuku *(lex rei sitae)* uygulanır (MÖHUK m. 21/4).

592 Hazır olmayanlar arasında kurulan hukuki işlemlerde "işlemin yapıldığı yer hukukunun" nasıl tespit edileceği tartışma konusu olmuştur. Bu konuda son işlemin yapıldığı yer hukukunun uygulanması, her iki tarafın iradelerini açıkladıkları yer hukuklarının birlikte uygulanması, iki yerden herhangi birinin şekil kurallarına uyulması, taraflardan her birinin kendi irade beyanının bu irade beyanında bulunduğu yer hukukuna tabi olması şeklinde dört görüş öne sürülmüştür. Doktrinde ağırlıklı olarak dördüncü görüş kabul görmektedir. Yukarıda bahsi geçtiği üzere Roma I Tüzüğü (m. 11/2), *EGBGB* (m. 11/2) ve *IPRG*'deki (m. 124/2) hükümler de dördüncü görüş doğrultusundadır. Bu konudaki görüşler ve detaylı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 192; Doğan, ***MÖH***, s. 307, 308; Nomer, s. 211; Tekinalp, ***MÖH***, s. 96, dn. 18'deki yazarlar.

593 Nomer, s. 210.

594 Nomer, s. 210.

geçen diğer bağlama kurallarının gösterdiği hukuklara (sözleşmenin yapıldığı yer hukuku, tarafların bulunduğu yer hukuku gibi) göre ayakta tutulabilir.

3. Sözleşmenin İfasında Pratik Zorunluluklar (İfanın Gerçekleştirilme Biçimi ve Koruma Tedbirleri)

İfanın ne zaman gerçekleştirileceği[595], ifa anında ödenecek paranın ne şekilde hazır edileceği[596], ifa sırasında gerçekleştirilen sayma, ölçme, tartma, muayene gibi tüm fiil ve işlemler[597] ifanın gerçekleştirilme biçimi ile ilgili meselelerdir. Koruma tedbirleri ise ifa konusu edimin muhafaza edilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan hallerde alınması zorunlu olan tedbirlerdir[598]. Örneğin TBK m. 226/3'e göre: "*Satılanın kısa zamanda bozulma tehlikesi varsa, alıcı onu bulunduğu yerdeki mahkeme aracılığıyla sattırmaya yetkili, hatta satıcının yararı gerektiriyorsa sattırmakla yükümlüdür (…)*".

Sözleşmenin ifasına ilişkin hususların sözleşme statüsüne tabi olduğu yukarıda ifade edilmişti. Ancak ifa sırasında ortaya çıkan bazı pratik zorunluluklar nedeniyle, ifanın gerçekleştirilme biçimi ve malların korunmasına ilişkin tedbirlerin sözleşmeye uygulanacak hukuka göre çözülmeye çalışılması her zaman hakkaniyetli sonuçlar vermeyebilir. Zira sözleşmeye uygulanacak hukuk ile ifanın gerçekleştirildiği ülkenin hukuku arasındaki farklılıklar çelişkilere neden olabilir[599]. Örneğin sözleşmede öngörülen ifa zamanı, ifanın gerçekleştirildiği ülkede tatil gününe rastladığından ifanın belirtilen zamanda gerçekleştirilmesi mümkün olmayabilir[600]. Ya da ayıplı malın alıcı tarafından korunması ve bozulma ihtimali varsa satılması gibi çabucak yapılması gereken işlemlerin ifa yeri hukuku yerine sözleşmeye uygulanacak hukuktaki tedbirlerin araştırılarak bunlara göre yapılmaya çalışılması zaman kaybı yaratacağından amaca uygun düşmeyebilir[601]. Bu gerekçelerle ifanın yapılış şekli ve koruma tedbirleri hakkında, bunların çok sıkı ilişki içinde oldukları "ifanın

---

595 Doğan, ***MÖH***, s. 423.
596 Tekinalp***, MÖH***, s. 302.
597 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 372.
598 Doğan, ***MÖH***, s. 423; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, ***Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri***, Yetkin, 11. Baskı, Ankara, 2015, s. 135.
599 Çelikel/Erdem, s. 465.
600 Doğan, ***MÖH***, s. 423.
601 Tekinalp***, MÖH***, s. 302.

gerçekleştirildiği ülke hukuku (ifa yeri hukuku)"nun ya da "tedbirin alındığı yer hukuku"nun da dikkate alınması gerekli hale gelmiştir[602].

IPRG'nin 125. maddesine göre "*İfa ve muayene usulleri fiilen gerçekleştirildikleri devletin hukukuna tabidir*". Bu kapsamda teslim ya da ödemenin yapılacağı günler, saatler, süreler, malın teslim olunmaması halinde yapılacak işlemlerin neler olduğu, malın muayenesi, tartılması gibi hususlara ifa yeri hukuku uygulanır[603]. Bu hususlarda sözleşme statüsünün yetkisi bertaraf edilmiştir.

Roma I Tüzüğü'nde ifanın şekli ve ayıplı ifa halinde alınacak tedbirler ile ilgili olarak ifanın gerçekleştiği ülke hukukunun dikkate alınacağı öngörülmüştür (m. 12/2)[604]. Hâkim, ifa yeri hukukunu uygulamak zorunda değildir. Aksine ifa yeri hukukunun sözleşmenin ifa edilme şekliyle herhangi bir ilgisi olup olmadığını değerlendirir ve taraflar arasında adaleti sağlamak amacıyla bu hukuku kısmen ya da tamamen uygulayıp uygulamama konusunda takdir yetkisine sahiptir[605]. Hükümde kullanılan "*manner of performance* (ifa şekli)" kavramı ile neyin kastedildiği açıklanmamıştır. Kanunlarda ve doktrinde de bu kavrama tek ve kesin bir anlam yüklenmediği görülmektedir. Dolayısıyla "ifanın şekli" ile neyin kastedildiği hâkim tarafından *lex fori'*ye göre belirlenmelidir[606]. Ancak her halükârda resmî tatillere ilişkin kuralların, malların nasıl muayene edileceğinin, malların reddedilmesi halinde alınacak tedbirlerin ifanın şekli kapsamına girdiği kabul edilmektedir[607].

Lahey Satış Sözleşmesi'ne göre aksine açık bir hüküm bulunmadığı takdirde, malların muayenesinin usulü ve tarzı muayenenin yapıldığı devlet hukukuna tabidir (m. 13). *Tiryakioğlu*'na göre eğer ki taraflar açıkça malların muayenesinin belirli bir hukuka tabi olacağını öngörmüşlerse, artık muayene yeri hukuku değil seçilen hukuk

602 Çelikel/Erdem, s. 465.

603 Turhan, s. 141.

604 Roma Sözleşmesi m. 10/2'den aynen aktarılmıştır. "İfanın şekli", maddenin ilk fıkrasında öngörülen hallerin (Yukarıda bkz. ***Birinci Bölüm, VII. A.***) aksine esasa ilişkin hususlar arasında yer almadığından sözleşmeye uygulanacak hukukun kapsamı dışında bırakılmıştır (Collier, s. 212).

605 Collier, s. 211; Giuliano /Lagarde, No C 282/33.

606 Giuliano /Lagarde, No C 282/33. *Common Law*'dan verilebilecek bir örnek, *Privy Council*'in (Birleşik Krallık Özel Konseyi) önüne gelen *Mount Albert* Davası'dır. Bu davada, ödenmesi gereken bedelin para birimi bakımından "ifa yeri hukuku"na başvurulmuştur (Collier, s. 211).

607 Giuliano/Lagarde, No C 282/33.

yetkili hale gelir. Ancak hukuk seçimine dair genel bir beyan, muayene yeri hukukunun uygulanmasını engellemez[608].

Lahey İlkeleri'nde ise genel yaklaşımın aksine ifanın gerçekleştirilme biçimi ve tedbirler bakımından istisnai bir hüküm öngörülmemiştir. Seçilen hukukun kapsamını düzenleyen 9. maddede "hasar değerlendirilmesi de dahil olmak üzere ifa ve ifa etmemenin sonuçları" seçilen hukuka tabi tutulmuştur (m. 9/1-c). Dolayısıyla ifanın gerçekleştirilme biçimi ve tedbirler hakkında da seçilen hukuk hükümleri uygulanır[609].

Restatement II'de sözleşmenin ifasının detaylarına ilişkin hususların ifanın gerçekleştiği yerin hukuku tarafından yönetileceği düzenlenmiştir (*sec.* 206). Ancak ifanın detaylarından ne anlaşılması gerektiği açıklanmadığından "ifa yeri kuralı"nın kapsamı belirsizdir. Hal böyle olunca ifa ve ifa etmemeye ilişkin her hususu "ifa yeri hukukuna" tabi tutmanın önü açılmış olmaktadır. Bu nedenle 206. paragraf hükmü taraflara ve hâkime, sözleşmeye uygulanacak hukuku manipüle etme seçeneği sunduğu için eleştirilmiştir[610].

MÖHUK'ta, Roma I Tüzüğü'ndekine benzer bir düzenleme öngörülmüştür. MÖHUK'un getirdiği yeniliklerden olan 33. maddeye göre "*İfa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır*". Hükümde "dikkate alınır" ifadesi kullanıldığından, ifa yeri hukuku sözleşme statüsünün yetkisini bertaraf etmemektedir. Yani ifanın gerçekleştirilme biçimi ve tedbirler sözleşmeye uygulanacak hukukun kapsamında yer alır. Yalnızca ortaya çıkması muhtemel çelişkilerin giderilmesi adına, hâkime sözleşmeye uygulanacak hukukun yanında "ifanın gerçekleştirildiği ve koruma tedbirlerinin alındığı ülke hukukunu" da dikkate alma konusunda takdir hakkı tanınmıştır[611]. Hâkim somut

---

608 Tiryakioğlu, "La Haye Sözleşmesi", s. 133.

609 Meksika Sözleşmesi'nde de aynı yaklaşım benimsenmiştir. İfanın gerçekleştirme biçimi ve tedbirler hakkında istisnai bir hüküm öngörülmediğinden m. 14/1-c uyarınca bu hususlar da sözleşme statüsüne tabidir.

610 Cohen, s. 243.

611 Madde gerekçesi: "*(...) İfanın, gerçekleştirildiği ülke hukuku ile çok sıkı irtibat içinde bulunan yönleri olduğu göz önünde tutularak, Kanuna 32. madde eklenmiştir. İfa sırasında ortaya çıkan pratik zaruretler nedeniyle, ifanın yapılış biçimi, malların denetim ve gözetimi ve malların korunmasına ilişkin tedbirler hakkındaki ihtilafların sadece sözleşmeye uygulanacak hukuk uyarınca giderilmeye çalışılması hâlinde, bu hukukun yürürlükte olduğu ülke ile ifanın fiilen gerçekleştiği ülke arasındaki çeşitli farklılıklardan kaynaklanan çelişkilerin ortaya çıkması mümkündür (...)"* 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun

olayın özelliklerini değerlendirdikten sonra ifanın şekli ve tedbirler konusunda sözleşme statüsünün uygulanmasının hakkaniyetli olmayacağına kanaat getirirse ifa yeri hukukuna göre karar verebilir[612]. Örneğin alıcının bedeli elden ödediği, satıcının da faturasıyla birlikte malı teslim ettiği bir sözleşmede, hâkim sözleşme statüsünün "Alıcı, satış bedelini satıcının banka hesabına yatırır" şeklindeki hükmü yerine, ödeme yeri hukukunun elden ödemeye izin veren hükmünü uygulayabilir. Ancak böyle bir durum söz konusu değilse hâkim taraflarca seçilen hukuka, seçim yapılmamışsa sözleşme statüsüne göre kararını verir. Örneğin tarafların İtalyan hukukunu yetkilendirdikleri bir sözleşmede, hâkim İtalyan hukukundaki malın korunmasına ilişkin tedbirler hakkında bilgi sahibi ise ya da İtalyan hukukundaki tedbirleri araştırırken alınacak tedbirler etkisiz hale gelmeyecekse, doğrudan İtalyan hukukuna göre tedbir kararı verebilir[613]. Hâkim tedbirin alındığı ülke hukukunu dikkate almak zorunda değildir.

4. Sözleşmenin Kurulmasına İlişkin İrade Beyanının Varlığı

Yukarıda değinildiği üzere hukuk düzenlerinde sözleşmeden doğan ilişkinin varlığı ve maddi geçerliliği kural olarak sözleşme statüsüne tabi tutulmuştur[614]. Bu kapsamda sözleşmenin kuruluşuna ilişkin tüm unsurlar hakkında sözleşmeye uygulanacak hukuk yetkili olur[615]. Ancak bu kurala bir istisna getirilmiştir. Buna göre taraflardan birinin sözleşmenin kuruluşu sırasındaki davranışına hukuki bir sonuç bağlanıp bağlanmayacağı diğer bir deyişle bu davranışın hukuken bir irade beyanı olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesi sözleşme statüsü kapsamında yer almakla birlikte belirli şartlar dahilinde ilgili tarafın mutad mesken hukukuna tabi tutulabilir. Bu istisna kuralı özellikle sözleşme statüsüne göre, susmanın icap karşısında kabul beyanı olarak benimsendiği uyuşmazlıklarda önemlidir[616].

Tasarısı-Madde Gerekçeleri, (Erişim) https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 24.05.20221. Ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, s. 465; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 372.

612 Doğan, ***MÖH***, s. 423.

613 Doğan, ***MÖH***, s. 424.

614 Lahey Satış Sözleşmesi m. 10/2, Roma I Tüzüğü m. 10/1, açık hüküm olmamakla birlikte *IPRG* m. 116 ve 123, MÖHUK m. 32/1, *Restatement II sec.* 198-207.

615 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 44.

616 Nomer, s. 341. İcap karşısında susmanın hükmü hukuk düzenlerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir. Türk hukukunda kural olarak susma kabul anlamına gelmez (Antalya, s. 192; Ayan, s. 171; Cansel/Özel, s. 56, dn. 59; Eren, s. 256; Hatemi/Gökyayla, s. 138; Kılıçoğlu, s. 71). Ancak Kanunlarda bazı istisnalar öngörülmüştür. Örneğin vekalet sözleşmeleri bakımından TBK m. 503, vasiyeti yerine getirme görevlisinin görevlendirilmesi ile ilgili TMK m. 551, teyit mektubu bakımından TTK m. 21/3. Fransız Medeni Kanunu'na göre (*Code Civil*) "*Kanun, gelenekler, iş ilişkileri veya özel koşullar aksini gerektirmedikçe, susma kabul anlamına gelmez*" (m. 1120). Bkz.

IPRG'de öngörülen istisna hükmü yalnızca susmanın hukuki sonucuna uygulanacak hukuka ilişkindir. 123. maddeye göre "*Bir sözleşme yapma icabına cevap vermeyen taraf, susmasının hukuki sonuçlarının mutad meskeninin bulunduğu devlet hukukuna tabi olmasını talep edebilir*". Mutad mesken hukukunun uygulanması için susan tarafın bunu talep etmesi şart koşulmuştur. Ancak susmanın hukuki sonuçlarının sözleşme statüsüne tabi olmasının "makul olmaması" ya da "hakkaniyete uygun olmaması" gibi açık bir şart aranmamıştır.

Roma I Tüzüğü m. 10/2'de "*Bununla birlikte, davranışının etkisinin bir önceki fıkrada*[617] *gösterilen hukuka göre belirlenmesinin makul olmayacağı koşullardan anlaşılıyorsa, taraflardan biri rızasının olmadığı hususunda mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukuna dayanabilir*"[618]. Hükümde kullanılan "davranış" (*conduct*) kelimesinin, ilgili tarafın hem eylemini hem de eylemsizliğini kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği, yalnızca susma ile ilgili olmadığı belirtilmiştir[619]. Ancak pratikte karşılaşılabilecek en yaygın sorun da susmanın kabul anlamına gelip gelmeyeceği ile ilgilidir. Örneğin, sözleşme statüsüne göre icap karşısındaki suskunluğu kabul olarak değerlendirilen taraf, sözleşmenin kurulmasında rızası olmadığını iddia ediyorsa mutad mesken hukukunun uygulanmasını talep edebilir. Ancak bunun için somut olayın koşullarından ilgili tarafın susmasına sonuç bağlanmasının makul olmayacağının anlaşılması gerekir. Bahsi geçen "koşullar" dan kasıt yalnızca sözleşmeye rızası olmadığını iddia eden tarafın içinde bulunduğu koşullar değil davanın tüm koşulları olup mahkeme tarafından değerlendirilmelidir[620]. Mahkeme ilgili tarafın talebi ile harekete geçer. Değerlendirmeyi yaparken tarafların

---

Code Civil, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc /LEGITEXT000006070721 /LEGISCTA000032007103/#LEGISCTA000032007103, 31.05.2022. İsviçre Borçlar Kanunu'na (*Obligationenrecht*) göre "*İşlemin özel niteliği veya içinde bulunulan şartlar nedeniyle açık bir kabul beklenmiyorsa, başvuru makul bir süre içinde reddedilmezse sözleşme kurulmuş sayılır*" (m. 6). Bkz. Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/27/317_321_377/20210101/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-27-317_321_377-20210101-de-pdf-a.pdf, 31.05.2022. Alman Ticaret Kanunu'nda (*Handelsgesetzbuch*) tacirin iş ilişkisi içinde olduğu birinden iş yapma teklifi alması halinde derhal cevap vermesi gerektiği aksi halde susmasının kabul anlamına geleceği öngörülmüştür (m. 362/1). Bkz. Handelsgesetzbuch, https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BJNR002190897.html, 31.05.2022.

617 Roma I Tüzüğü m. 10/2: "*Sözleşmenin veya sözleşmedeki herhangi bir hükmün varlığı ve geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması halinde bu Tüzük uyarınca sözleşmeyi yönetecek hukuka tabidir*".

618 Roma Sözleşmesi m. 8/2 hükmü ile aynı doğrultudadır.

619 Giuliano/Lagarde, No C 282/28.

620 Giuliano/Lagarde, No C 282/28

kendi aralarında yaptıkları uygulamaları ve daha önceki iş ilişkilerini özellikle dikkate almalıdır[621]. Önemle belirtmek gerekir ki m. 10/2 hükmü yukarıdaki örneğin tersi anlama gelecek şekilde yorumlanamaz. Yani bu hükümden yola çıkarak, tabi olduğu hukuka göre var olmayan (geçerli olarak kurulmayan) bir sözleşmenin, mutad mesken hukukuna göre geçerli olarak kurulduğu iddia edilemez[622].

Lahey Satış Sözleşmesi ise bir tarafın, sözleşmeye veya onun bir hükmüne ya da bizatihi hukuk seçimin rıza göstermediğini ortaya koymak amacıyla, bu hususta Sözleşmenin gösterdiği hukukun uygulanmasının makul olmadığının anlaşılması halinde, iş yerinin bulunduğu devlet hukukuna dayanabileceği hükmünü getirmiştir (m. 10/3)[623]. Genel hükümlerde, bir tarafın iş yeri hukuku yoksa mutad meskeni hukukunun dikkate alınacağı öngörülmüştür (m. 14/2). Lahey Satış Sözleşmesi de mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için "sözleşme statüsünün uygulanmasının makul olmamasını" ve "rıza göstermeyen tarafın talebini" şart koşmaktadır. Makul olmama şartının gerçekleşip gerçekleşmediği hâkim tarafından değerlendirilir[624].

MÖHUK'un getirdiği yeniliklerden biri olan m. 32/1'e göre "*Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tabidir*". Bu kapsamda sözleşmenin kuruluş aşamasındaki taraf davranışlarının nasıl bir hüküm doğuracağı da kural olarak sözleşmenin geçerli olması halinde uygulanacak olan hukuka (seçilen hukuk, seçim yapılmamışsa objektif olarak belirlenen hukuk) tabidir. Ancak m. 32/2'de sözleşmenin geçersizliğini iddia eden tarafı korumak amacıyla[625] "*Taraflardan birinin davranışına hüküm tanımanın, uygulanacak hukuka tabi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı halin şartlarından anlaşılırsa, irade*

---

621 Giuliano/Lagarde, No C 282/28.

622 Giuliano/Lagarde, No C 282/28.

623 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 188. Benzer bir hüküm Meksika Sözleşmesi'nde yer alır (m. 12/2). Hükümde hâkimin mutad mesken hukukunu ya da esas işyeri (*principal place of business*) hukukunu dikkate alarak karar vereceği öngörülmüştür. Basel Kararı'nda ise uygulanacak hukuk seçimine ilişkin anlaşmanın varlığı ve geçerliliğinin bu hukuk tarafından belirleneceği; bununla birlikte bir sözleşme kurmaya yönelik icaba cevap vermeyen tarafın, susmanın etkileri hususunda mutad mesken hukukundan yararlanabileceği belirtilmiştir (m. 4). Bkz. The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities, https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1991_bal_02_en.pdf, 26.05.2022. Lahey İlkeleri'nde de bir tarafın hukuk seçimine rıza gösterip göstermediğinin hangi hukuka göre tespit edileceğine ilişkin bir hüküm öngörülmüştür (m. 6/2). Bu hüküm hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği bahsinde incelenecektir.

624 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 188.

625 Aybay/Dardağan, s. 270.

beyanının varlığına, rızası olmadığını iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır" şeklinde bir istisna hükmü öngörülmüştür[626]. Bu hüküm *IPRG*'de olduğu gibi yalnızca "icap karşısında susma"nın hukuki sonuçlarına değil, Roma I Tüzüğü'nde olduğu gibi taraflardan birinin davranışının hukuki sonuçlarına uygulanacak hukuku düzenler[627]. Ancak MÖHUK m. 32/2 hükmü doktrinde genellikle susmanın kabul anlamına gelip gelmediği meselesi üzerinden açıklanmaktadır[628]. Biz de açıklamalarımızı bu yönde yapmaya devam edeceğiz. Hükmün uygulanabilmesi için iki önemli şartın gerçekleşmesi gerekir. Birincisi icap karşısında susan taraf, sözleşmenin kurulmasında rızası olmadığı yönünde bir itirazda bulunmalıdır. İkincisi susmanın hukuki sonuçlarının sözleşme statüsüne tabi tutulmasının hakkaniyete uygun olmayacağının durumun koşullarından anlaşılması gerekir. Ancak hakkaniyete aykırılığın tespiti bakımından herhangi bir kriter öngörülmemiştir. Bu konudaki ispat yükümlülüğünün sözleşmenin kurulmasına rıza göstermediğini iddia eden tarafa ait olduğu kabul edilmektir[629]. Ancak kanaatimizce hâkim ilgili tarafın sundukları ile bağlı değildir. *Doğan*'a göre de "*Mutad mesken hukukunun uygulanması, hukuki ilişkinin ve taraf menfaatlerinin değerlendirilmesi ile uyum içinde ise adil kabul edilmektedir. Bunun için somut olayın şartları, özellikle tarafların hukuki münasebetleri ve şimdiye kadar ki alışkanlıkları nazara alınmaktadır*"[630]. Hâkim, susan tarafın sunduklarını ve somut olayın koşullarını da değerlendirdikten sonra sözleşme statüsünün uygulanmasının hakkaniyete aykırı olmadığına kanaat getirirse, mutad mesken hukukunu uygulamak zorunda değildir. Sözleşme statüsüne göre sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğuna karar verebilir.

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki m. 32/2 yalnızca sözleşmenin meydana gelişindeki taraf davranışlarıyla, diğer bir deyişle icap ve kabul beyanları ile ilgilidir[631]. Hükümde bahsi geçen "rıza" da sadece sözleşmenin kurulması için verilmiş bir mutabakat açıklamasını ifade eder[632]. Dolayısıyla sözleşmenin geçerliliğini etkileyen irade sakatlıkları, sözleşmenin hükümleri, sözleşmenin feshi veya

---

626 MÖHUK m. 33 hükümleri, kanunda düzenlenen özel sözleşme tipleri hakkında da uygulanır.
627 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri (m. 32), https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 31.05.2022.
628 Nomer, s. 342; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 371; Tekinalp, ***MÖH***, s. 305.
629 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 372.
630 Doğan, MÖH, s. 415. Aynı yönde bkz. Nomer, s. 342.
631 Tekinalp, ***MÖH***, s. 295.
632 Nomer, s. 341; Tekinalp, ***MÖH***, s. 295.

sözleşmeden dönme gibi sözleşmenin bağlayıcılığı ile ilgili unsurlar hükmün kapsamında yer almaz[633].

5. Kambiyo Senetlerine Bağlanmış Borçlar

Kambiyo senetlerinden herhangi birine bağlanmış sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinde, kambiyo senedine uygulanacak hukuk sözleşmeye uygulanacak hukuktan farklılaşır. Kambiyo ilişkisinin altında yatan esas borç ilişkisi tarafların seçtikleri hukuka, seçim yapılmamışsa objektif bağlama kurallarına göre belirlenen hukuka tabidir[634]. Ancak bizatihi kambiyo senedine uygulanacak hukukun tespiti için hukuk düzenlerinde ayrı bağlama kuralları kabul edilmiştir. Bu hususta Cenevre'de 1930'da "Poliçe ve Bonolara İlişkin Bazı Kanunlar İhtilafının Çözümüne Dair Sözleşme" ve 1931'de "Çeklere İlişkin Bazı Kanun İhtilaflarının Çözümüne Dair Sözleşme" (Cenevre Sözleşmeleri) kabul edilmiş ve pek çok devlet tarafından onaylanmıştır[635]. Türkiye bu sözleşmelere taraf olmamakla birlikte sözleşmelerdeki sistemi benimseyerek iç hukuk mevzuatına yansıtmıştır[636]. Türk hukukunda kambiyo senetlerine uygulanacak hukuk 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'ndaki (TTK) kanunlar ihtilafı hükümlerine göre belirlenir[637].

---

633 Tekinalp, ***MÖH***, s. 295.

634 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 369, dn. 519. Yargıtay bu hususta "(6762 sayılı Mülga) *TTK'nın 731 ve müteakip maddelerinde yer alan kanunlar ihtilafı normları, sadece çek hukukuna ilişkin hususlara uygulanır. Kambiyo ilişkisinin altında yatan asıl borç ilişkisine uygulanmaları ise söz konusu olmadığından bu ilişkiden doğan ihtilaflar da MÖHUK hükümleri esas alınarak çözümlenir (MÖHUK 24)*" şeklinde bir hüküm kurmuştur Bkz. 12. HD, 28.06.2012, E. 2012/16550, K. 2012/23020. Aynı yönde daha eski bir karar için bkz. 12. HD, 07.10.2003, E. 2003/15420, K. 2003/19351.

635 Sözleşmeye taraf olan ülkeler Brezilya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Japonya, Monako, Hollanda, Curaçao, Surinam, Nikaragua, Norveç, Polonya, Portekiz, İsveç, İsviçre. Türkiye sözleşmeyi imzalamış ancak onaylamamıştır. Bkz. Convention for the Settlement of Certain Conflicts of Laws in connection with Cheques, https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=554&chapter=30&clang=_en, 01.06.2022. Sözleşme metinleri için bkz. https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/laws-cheques.xml, 01.06.2022; https://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-03/exchange-notes.xml, 01.06.2022. Birleşik Krallık ve ABD, Kara Avrupası devletlerinin hukuk sistemlerindeki temel farklılıklardan dolayı bu sözleşmelere taraf olmamıştır (Mustafa Erkan, "Kambiyo Senetlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk: Tamamlayıcı Kuralda Vatandaşlık Faktörü", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C. 18, S. 2, 2012, s. 754'ten naklen DEVRES, N.M., (Çeviren), Ticari Senetlerde Kanunlar İhtilafı, Adliye Ceridesi, 193, S.13, s. 785).

636 Erkan, s. 754; Mesut Aygün, "Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti", ***AÜHFD***, C. 61, S. 3, 2012, s. 925.

637 Bu kapsamda poliçe ve bono ile borçlanma ehliyeti, borçlanmanın şekli, hakların kullanılması ve korunmasına ilişkin işlemler, başvurma hakkı, borçlanmanın hükümleri, kısmi kabul ve ödeme, ödeme, sebepsiz zenginleşmeden doğan haklar, karşılığın hamile geçmesi, poliçenin kaybolması veya çalınması halinde iptal kararına uygulanacak hukuk TTK'nın "Kanunlar İhtilafı" başlıklı sekizinci ayrımında yer alan hükümlere göre belirlenir (m. 766-775). Çeke uygulanacak hukuk ise

Roma I Tüzüğü'nün uygulama alanını belirleyen 1. maddesinde kambiyo senetlerinden (*bills of exchange*) kaynaklanan borçlar Tüzük'ün kapsamı dışında bırakılmıştır (m. 1/2-c)[638]. Roma Sözleşmesi'ne ilişkin açıklayıcı raporda bu düzenlemeye birden fazla haklı gerekçe sunulmuştur[639]. Öncelikle Raporda kambiyo senetlerine ilişkin oldukça karmaşık özel kurallara yer verilmesi gerektiği ve Sözleşme hükümlerinin buna müsait olmadığı ifade edilmiştir. Ayrıca üye devletlerden birçoğunun taraf olduğu Cenevre Sözleşmeleri'nin bu alana ilişkin düzenlemeler getirdiği belirtilerek tekrardan kaçınılmıştır. Ardından bazı üye devletlerin bu tarz yükümlülükleri sözleşme dışı yükümlülükler olarak değerlendirdiği eklenmiştir. Sonuç olarak, Roma I Tüzüğü kapsamındaki sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinde ödemenin bir kambiyo senedi ile yapılacağı kararlaştırılmışsa kambiyo senedine ilişkin hususlar Tüzük hükümlerine tabi olmaz. Ancak asıl sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuk Tüzük hükümlerine göre belirlenir.

VIII. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMASININ GEÇERLİLİĞİ

Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırmaları halinde asıl sözleşmeden bağımsız bir hukuk seçimi anlaşması meydana geldiği kabul edilmektedir[640]. Hukuk seçimi anlaşmaları da diğer tüm sözleşmeler gibi belirli geçerlilik koşullarına uygun olarak akdedilmelidir[641]. Ancak bir hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği ile geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasına sonuç tanınması tamamen farklı konulardır[642]. Taraflar arasında yapılan hukuk seçimi anlaşmasının hukuki bir sonuç doğurabilmesi için *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kurallarının hukuk seçimine müsaade ediyor olması gerekir. Aynı zamanda seçim, *lex fori*'nin öngördüğü

819-823. maddelere göre belirlenir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Aygün, "Çek", s. 925-972; Sibel Özel, Hatice Selin Pürselim Arning (Ed.), ***Milletlerarası Özel Hukukta Kambiyo Senetleri ile İlgili Güncel Gelişmeler – Ulusal Konferans Bildiri Kitabı***, On İki Levha, 2021.

638 Bu hüküm Roma Sözleşmesi m. 1/2-c'den aynen aktarılmıştır.

639 Giuliano/Lagarde, No C 282/11.

640 Ayhan İzmirli, s. 378; Doğan, ***Teminat Mektupları***, s. 210; Hook, s. 92; Nomer, s. 325; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 25. Bu yaklaşım Lahey İlkeleri'nde de benimsenmiştir. Bkz. "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 7. 1, s. 58. Aksi görüşte olan Çilingiroğlu ise tarafların hukuk seçimi konusunda anlaşmalarının "*henüz belirli bir hukuk düzeni dahilinde mütalaa edilemeyeceğinden sözleşme mertebesine ulaşamamış alalade bir uyuşma*" olarak kaldığını savunmaktadır (Çilingiroğlu, s. 105).

641 Hook, s. 161.

642 Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 86; Demirkol, s. 78

sınırlar dahilinde yapılmış olmalıdır. Yukarıda bahsi geçtiği üzere hukuk seçimi anlaşmasının açık ya da örtülü olarak yapılması, kısmi hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı, hukuk seçiminin zamanı gibi hususlar *lex fori* tarafından yönetilir. Örneğin Türk hâkimi, tarafların hukuk seçimi yaptıkları yabancı unsurlu bir kefalet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta seçilen hukuku sözleşmeye uygulayabilmek için öncelikle Türk hukukunun kefalet sözleşmesinde hukuk seçimine cevaz verip vermediğini tespit etmesi gerekir. Kefalet sözleşmesi, sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi olduğundan genel kural olan MÖHUK m. 24/1 uyarınca hukuk seçimi mümkündür. Ancak hukuk seçimi anlaşmasının kefalet sözleşmesinden doğan uyuşmazlık bakımından sonuç doğurabilmesi için m. 24/1-3'teki şartları da sağlıyor olması gerekir.

Ancak hukuk seçimi anlaşması bağımsız bir sözleşme olarak nitelendirildiğinden, genel olarak sözleşmelerin geçerlilik şartlarını sağlayıp sağlamadığı yukarıdakilerden ayrı bir mesele olup hukuk seçimine uygulanacak hukuka göre çözülmelidir[643]. Diğer bir deyişle hukuk seçimine ilişkin bir anlaşmanın mevcut olup olmadığı, tarafların hukuk seçimi hususunda geçerli olarak anlaşıp anlaşmadıkları hukuk seçimine uygulanacak hukuk tarafından yönetilir[644]. Yukarıdaki kefalet sözleşmesi örneğinde, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda anlaşmaları sırasında taraflardan birisinin iradesi sakatlanmış olabilir. Ya da hukuk seçimi anlaşması ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık teşkil ediyor olabilir. Böyle bir durumda *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kuralı hukuk seçimine cevaz veriyor olsa bile hukuk seçimine uygulanacak hukuk, seçim anlaşmasını "sözleşmelerin geçerlilik koşullarını sağlamadığı" gerekçesi ile geçersiz kılabilir. Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği hakkında *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı kuralına göre karar verilemez. Zira kanunlar ihtilafı kuralları seçimin geçerliliğini değil, seçimin doğuracağı sonucu düzenler[645].

Doktrinde hâkim görüş, asıl sözleşmenin geçersizliğinin hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyeceği yönündedir[646]. Aynı şekilde hukuk seçimi

643 Demirkol, s. 78

644 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 25.

645 Demirkol, s. 78.

646 Demir Gökyayla, ***Tek Satıcılık***, s. 294, dn. 41'deki yazarlar; Doğan, ***Teminat Mektupları***, s. 200; Hook, s. 91, 93; Martiny, *EGBGB, Art. 27, Rn. 13*; Murtaz, s. 90; Nomer, s. 325; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 331; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 150. Aksi yönde görüş için bkz. A. Thomson, "A Different Approach To Choice Of Law In Contract", ***The Modern Law***

anlaşmasının geçersizliği (ya da geçerliliği) de asıl sözleşmenin geçerliliğini (ya da geçersizliğini) etkilememektedir[647]. Fakat asıl sözleşmeden bağımsız olarak seçim anlaşmasının geçerli olup olmadığına hangi hukukun karar vereceği konusunda doktrinde ve pozitif düzenlemelerde tam bir birlik bulunmamaktadır. Bu konudaki farklı görüşleri ve düzenlemeleri üç başlık altında incelemeyi uygun görüyoruz.

A. *Lex Fori*'nin Uygulanması Görüşü

Hukuk seçiminin geçerliliğine uygulanması önerilen hukuklardan biri hâkimin hukuku olmuştur[648]. Bir görüşe göre hukuk seçimi anlaşmasının var olup olmadığını araştırmak, seçilen hukukun uygulanmasından önce çözülmesi gereken bir sorun olduğundan seçim anlaşmasının geçerliliğine hâkimin hukukunun uygulanması daha uygundur. Hâkimler genel olarak kendi hukuklarını uygulama eğiliminde olduklarından bu görüş onlar açısından oldukça elverişlidir[649]. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de eski kararlarında, hukuk seçimi anlaşmasını esas sözleşmeden ayrı bir "ön akit" olarak nitelendirmekte ve geçerliliğini *lex fori*'ye tabi tutmaktaydı[650]. Ancak daha sonra bu görüşünden kısmen de olsa ayrılmış olup *IPRG*'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği seçilen hukuka tabi tutularak mesele kesin çözüme kavuşturulmuştur (m. 116/2)[651]. Amerikan hukukunda ise bu hususta *lex fori*'nin hâkimiyeti devam etmektedir. *Restatement II* şerhinde taraflardan birinin

---

Review, 43, 1980, s. 651; Çilingiroğlu, s. 105. Lahey İlkeleri'nde ağırlıklı görüşe uygun bir yaklaşım benimsenmiştir. 7. maddeye göre "*Bir hukuk seçimine, yalnızca asıl sözleşmenin geçerli olmadığı gerekçesiyle itiraz edilemez*". Asıl sözleşmenin geçersiz olması halinde hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin pratik açıdan bir anlam ifade etmeyeceği düşünülebilir. Ancak asıl sözleşmenin geçersizliğinin sonuçlarını idare edecek hukukun belirlenmesi açısından seçim anlaşmasının geçerliliği önem arz etmektedir. Bu duruma ilişkin Lahey İlkeleri'nde verilen örnek, konuyu daha iyi somutlaştırmaktadır: "*Taraflar A ve B X devleti hukukunu seçtikleri bir sözleşme akdederler. A sözleşmeyi ifa etmiştir. Ancak sözleşme X devleti hukukuna göre rıza yokluğu nedeniyle geçersizdir. Bu koşullar altında rıza eksikliğinin hukuk seçimini etkileyeceği söylenemez. Sonuç olarak X devleti hukuku, sözleşmenin geçersizliğinin sonuçlarına, özellikle sözleşmenin (A tarafından) tamamen veya kısmen ifa edilmesi durumunda iade hakkının belirlenmesine, uygulanır*". Bkz. "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, Illustration 7-2, s. 58. Ancak asıl sözleşmenin geçerliliğini etkileyen hata gibi bir irade sakatlığı hali hukuk seçimi anlaşmasını da etkiliyorsa bu durumda hukuk seçimi anlaşması da geçersiz kabul edilmelidir. Bkz. "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, Illustration 7-1, s. 58.

647 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 26.

648 Doğan, ***Teminat Mektupları***, s. 210; Nihal Uluocak, ***Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri***, Filiz, İstanbul, 1989, s. 123 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 331; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 26; Turhan, s. 123.

649 Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 80; Thomson, s. 651.

650 Turhan, s. 124, dn. 16; Uluocak, ***MÖH***, s. 186.

651 Turhan, s. 124.

hukuk seçimine ilişkin irade beyanının hata, hile, cebir, tehdit gibi uygun olmayan yollarla alınması halinde seçimin geçerli olmayacağı, bu hususun tespitini ise hâkimin kendi hukukuna göre yapacağı belirtilmiştir[652]. Türk hukukunda da, Türk mahkemelerinde görülen davalarda hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olup olmadığının Türk hukukuna göre karara bağlanması gerektiği, zira Türk hukuku imkan tanıdığı için tarafların hukuk seçimi yapabildikleri ve bu seçime etki tanınabildiği ifade edilmektedir[653].

Hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğinin *lex fori*'ye tabi tutulmasının çeşitli sakıncaları bulunduğundan bu görüş eleştirilmektedir. *Lex fori*'nin uygulanmasının en önemli sakıncası hukuki güvenlik ve öngörülebilirliğin sağlanamamasıdır[654]. Zira hukuk seçimi anlaşmasının yapıldığı sırada, yetki anlaşması yapılmamışsa, hâkimin hukuku belirsiz olduğundan hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine hangi hukukun uygulanacağı de bilinemez[655]. Bu şekilde taraflar geçerli bir hukuk seçimi anlaşması yapıp yapmadıklarından emin olamayacakları için uyuşmazlık çıktığında seçtikleri hukukun uygulanmaması ihtimali ile karşılaşırlar. Seçimin geçerliliğine *lex fori*'nin uygulanmasındaki diğer bir sakınca, uyuşmazlık çıktığında mahkemeye başvurma hususunda önce hareket eden tarafın, davayı kendi lehine sonuç almasına elverişli olan mahkemede açma imkânının (*forum shopping)*[656] bulunmasıdır[657]. Yani ilgili taraf, en başta seçtikleri hukukun uygulanmasını istemiyorsa anlaşmayı geçersiz kabul eden bir

---

652 Şerhte şöyle bir örneğe yer verilmiştir: "*A, B'ye, önceki anlaşmalarının şartlarını içeren ancak aynı zamanda tarafların sözleşme kapsamındaki haklarının X devletinin hukukuna tabi olacağını da öngören bir sözleşmeyi imza için sunar. A, B'nin hukuk seçimi hükmünden haberdar olmasını istemez ve bu nedenle B'nin sözleşmeyi okumasına gerek olmadığını çünkü daha önceki sözleşmeyle aynı şartları taşıdığını söyler. B, A'nın sözüne güvenerek sözleşmeyi okumadan imzalar. Bu durumda mahkeme, hukuk seçimine ilişkin hükmü yürürlüğe koymayacaktır*" (*sec.* 187, *comment* b.) Bkz. *Restatement II*, http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html, 17.06.2022. Ayrıca bkz. Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 133.

653 Ayşe Güvercin Şahan, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini", ***MHB***, C. 38, S. 2, 2018, s. 459; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 331.

654 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 26.

655 Nomer, s. 329; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 26.

656 "*Milletlerarası karakterli uyuşmazlıkların çözümünde, tarafların menfaatlerine en uygun ülke mahkemesini seçmeleri, Anglo-Amerikan Hukukunda 'forum shopping' olarak adlandırılmaktadır*". *Forum shopping* milletlerarası özel hukukta genel olarak istenmeyen bir durumdur. Tarafların oldukça zayıf irtibat noktalarına dayanarak kendileri lehine olan ülke mahkemelerinde dava açmaları yargı yoluna başvuru hakkının istismarı olarak değerlendirilmektedir (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 455). Ancak *forum shopping* her ne kadar hem mahkemeler hem de doktrin tarafından suistimal terimi olarak kullanılsa da bir davacının kendisine en uygun mahkemeyi seçmesine izin veren kuralların her zaman adalete zarar vermeyeceği, diğer tüm şartlar eşitse tek bir mahkemeden hızlı ve ucuz bir nihai karara sahip olmanın her iki tarafın da avantajına olacağı savunulmaktadır (Collier, s. 85).

657 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 26.

devlet hukukunu tespit ederek o devlet mahkemesinde dava açabilir. Böylece hukuk seçimi anlaşmasını geçersiz kılabilir. Ayrıca taraflar arasında farklı devlet mahkemelerinde birden fazla dava açılması halinde, aynı hukuk seçimi anlaşmasına *lex fori* olarak farklı hukukların uygulanması ihtimalinin de bulunduğu belirtilmektedir[658]. Bu halde seçim anlaşması, bir devlet mahkemesinde hile, tehdit, yanılma gibi bir sebeple geçersiz kabul edilirken diğerinde geçerli kabul edilebilir.

B. Seçilen Hukukun Uygulanması Görüşü

Son zamanlarda kabul edilen ve pozitif hukuk düzenlemelerinde de benimsenen görüşe göre hukuk seçiminin geçerliliği seçilen hukuka tabidir[659]. Taraflar hukuk seçimini, ister asıl sözleşmeye bir hüküm koyarak isterlerse bağımsız bir sözleşme akdederek yapsınlar, hukuk seçimi anlaşmasının geçerli olup olmadığı seçilen hukuka göre tespit edilmelidir[660].

IPRG'de hukuk seçiminin açık ya da örtülü (sözleşme hükümlerinden ya da koşullardan açıkça anlaşılır şekilde) olarak yapılması öngörülmüş, ardından bu seçimin diğer tüm açılardan seçilen hukuka tabi olduğu eklenmiştir (m. 116/2). Yani geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasının var olup olmadığı tarafların seçtikleri hukuka göre tespit edilir.

Roma I Tüzüğü'nde uygulanacak hukukun seçimine ilişkin tarafların rızasının varlığı ve geçerliliğinin 10. (rıza ve maddi geçerlilik), 11. (şekli geçerlilik) ve 13. madde (ehliyetsizlik) hükümlerine göre belirleneceği öngörülmüştür (m. 3/5)[661]. Böylece hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği, hukuk seçimine konu olan asıl sözleşmenin geçerliliği ile aynı hükümlere tabi tutulmuştur. Ayrıca hukuk seçimi anlaşmasına farklı hususlarda farklı ülke hukuklarının uygulanması sonucu doğmuştur. Bu kapsamda örneğin hukuk seçimi anlaşmasının kurulmasına yönelik irade beyanlarının geçerliliği hususunda sözleşme statüsü (dolayısıyla seçilen hukuk) yetkili olurken (m. 10/1), şeklen geçerli olarak yapılıp yapılmadığı (aynı ülkede

---

658 Demirkol, s. 84.

659 Doğan, ***Teminat Mektupları***, s. 210; Egon Lorenz, Die "Auslegung schlüssiger und ausdrücklicher Rechtswahlerklärungen im internationalen Schuldvertragsrecht", ***Recht der internationalen Wirtschaft***, 38, 1992, s. 698; Gamillscheg, s. 307; Güngör, ***MÖH***, s. 182; Nomer, s. 329; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 150; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 26, 44.

660 Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 331; Tekinalp***, MÖH***, s. 278; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 27.

661 Roma Sözleşmesi m. 3/4'ten aktarılmıştır.

bulunan kişiler arasında yapılmışsa) sözleşme statüsü ya da yapıldığı yer hukuku tarafından tespit edilir (m. 11/1).

Lahey Satış Sözleşmesi'nde ise hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukuk hususunda, seçilen hukuk öncelikli olmak üzere karma bir sistem benimsenmiştir. Hukuk seçimine ilişkin tarafların rızasının varlığı ve maddi geçerliliği ile ilgili hususların seçimin 7. maddede öngörülen koşullara uygun olması halinde seçilen hukuka; eğer ki seçilen hukuk seçimi geçersiz kılıyorsa 8. maddede öngörülen hukuka (seçim yapılmaması halinde uygulanacak hukuka) göre belirleneceği öngörülmüştür (m. 10/1).

Lahey İlkeleri'nin "Hukuk seçimi anlaşması ve genel işlem şartlarının çatışması (*Agreement on the choice of law and battle of forms*)" başlıklı 6. maddesinde "*Tarafların hukuk seçimi konusunda anlaşıp anlaşmadıkları hususu, üzerinde anlaşıldığı varsayılan hukuk tarafından belirlenir*" şeklinde genel bir kural öngörülmüştür (m. 6/1-a). Ardından tarafların uygulanacak hukuka ilişkin farklı hukukları yetkili kılan genel işlem şartlarını kullanmaları halinde "üzerinde anlaşıldığı varsayılan hukuk"un nasıl tespit edileceğini gösteren özel bir kural öngörülmüştür[662]. Buna göre; "*Taraflar iki farklı hukuku yetkili kılan genel işlem şartları kullanmışlarsa ve bu hukukların her ikisinde de aynı genel işlem şartlarına üstünlük tanınmışsa, üstünlük tanınan genel işlem şartlarında gösterilen hukuk uygulanır; bu hukuklarda farklı genel işlem şartlarına üstünlük tanınmış veya bu hukuklardan biri veya her ikisinde hiçbir genel işlem şartına üstünlük tanınmamışsa bir hukuk seçimi bulunmadığı kabul edilir*" (m. 6/1-b). Bu kural ile genellikle kanun koyucuların düzenlemediği ve mahkemelerin de tutarlı ve öngörülebilir şekilde çözemediği bir soruna kesin bir çözüm getirilerek hukuki belirliliğe katkı sağlanmış; ayrıca irade muhtariyetini en üst seviyeye çıkarmak amaçlanmıştır[663]. Maddenin ikinci fıkrasında ise "*Bir tarafın hukuk seçimine rıza gösterip göstermediğinin, somut olayın koşulları altında 1. fıkrada belirtilen hukuka göre tespit edilmesi makul olmayacaksa, bu husus ilgili tarafın işyerinin bulunduğu devletin hukukunca belirlenir*" şeklindeki istisna hükmü öngörülmüştür. İşyeri hukuku yalnızca hukuk seçiminde rızanın bulunup bulunmadığı konusunda uygulanacak, hukuk seçimi anlaşmasına ilişkin diğer

662 Yılmaz, s. 495.

663 Yılmaz, s. 496; "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 6. 3, s. 51. Lahey İlkeleri'nin 6. maddesinin detaylı incelemesi için bkz. Yılmaz, s. 481-511.

hususlarda birinci fıkrada belirtilen hukuk uygulanacaktır. Bu hüküm özellikle hukuk seçimi bakımından susmanın kabul anlamına gelip gelmeyeceğinin tespiti bakımından önemlidir[664].

MÖHUK'ta ise hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğinden doktrin görüşleri önem arz etmektedir[665]. Doktrinde seçim anlaşmasına seçilen hukukun uygulanmasının hem teorik hem de pratik açıdan doğru olduğu savunulmaktadır[666]. *Tekinalp*'e göre taraflar seçtikleri hukuku, ilişkileri için uygun görmüşlerdir ve uygulanacak hukuku da bildikleri için hukuki güven içindedirler[667]. *Demir Gökyayla* ise sözleşme ile hukuk seçiminin tek ve aynı hukuka tabi olması gerektiğini aktarmaktadır[668]. *Doğan* ise daha farklı bir görüş benimsemiştir. Yazar hukuk seçimi anlaşmasının seçilen hukuka göre geçersiz olması halinde tarafların milli hukuk, yerleşim yeri hukuku gibi müşterek bir hukukları varsa bu hukukun da dikkate alınması gerektiğini, eğer ki müşterek hukuka göre seçim anlaşması geçerli ise, bu anlaşmayı geçerli kabul etmenin taraf menfaatlerine de uygun olduğunu ifade etmektedir[669]. Güngör de haklı beklentilerin korunması ilkesi gereğince hukuk seçiminin seçilen hukuka tabi olması gerektiğini belirtmektedir. "*Bu ilkeye, kişinin davranışlarını bir devletin hukukuna uygun olarak ayarlamasının haklı olduğu hallerde başka bir devletin hukukuna göre sorumlu tutulmasının adil ve uygun olmadığı düşüncesi hâkimdir"*[670].

Hukuk seçimine seçilen hukukun uygulanması görüşü, seçilen hukukun yalnızca seçimin geçerli olması halinde seçim anlaşmasının geçerliliğini idare edeceği gibi garip bir sonuç doğurduğu ileri sürülerek eleştirilmiştir[671]. Fakat *Tiryakioğlu*'na göre taraflar seçtikleri hukuku sözleşme müzakereleri sırasında bildiklerinden bu hukukun böyle bir seçimi kabul edip etmediğini de bilecekleri için bu eleştiri yerinde

---

664 Ayhan İzmirli, s. 375.

665 Symeonides, Güney Kore ve Sırbistan ile birlikte Türk kanunlar ihtilafı kurallarının da hukuk seçimi anlaşmasının varlığı konusunda Lahey İlkeleri m. 6 ile benzer bir çözüm getirdiğini belirtmektedir (Symeonides, ***Codifiying Choice of Law***, s. 134). Ancak ifade edildiği üzere MÖHUK'ta bu konuya ilişkin bir hüküm öngörülmemiştir.

666 Schönenberger/Jäggi, s. 198; Tekinalp***, MÖH***, s. 279.

667 Tekinalp***, MÖH***, s. 279. Aynı yönde bkz. Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 26.

668 Demir Gökyayla, ***Tek Satıcılık***, s. 295'ten naklen Sandrock/Steinschulte, Handbuch der Internationalen Vertragsgestaltung, C. I A N. 134.

669 Doğan, ***Teminat Mektupları***, s. 211.

670 Güngör, ***MÖH***, s. 182.

671 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 26. Aynı yönde bir görüşe göre de seçim anlaşmasının varlığına ilişkin bir soru, zorunlu olarak seçimin etkililiğini de gündeme getirir. Geçerli bir anlaşmanın olup olmadığına karar verirken, seçilen hukuka atıfta bulunmak mantıksal olarak anlamsızdır (Thomson, s. 651).

değildir[672]. Ancak kanaatimizce taraflar çoğu zaman hukuk seçimi anlaşmasından ziyade asıl sözleşmenin geçerliliğine odaklanırlar[673]. Hatta yaptıkları hukuk seçimi anlaşmasının geçersiz olma ihtimalini dahi düşünmezler. Dolayısıyla seçilen hukukun seçim anlaşmasının geçerliliğine uygulanması bu açıdan sakınca yaratabilir.

Bu görüşü eleştiren diğer bir yazar *Demirkol* ise hukuk seçimi anlaşmasına seçilen hukuk uygulanırsa kısır bir döngü oluşacağını, zira ilk aşamada sorunu çözmesi gereken hukukun ancak bu sorun çözüldükten sonra saptanacağını savunmaktadır[674]. Ayrıca taraflardan birisinin iradesinin ikrah (zorlama) ile sakatlandığı varsayımında seçilen hukukun irade sakatlıklarına herhangi bir yaptırım öngörmemesi halinde hukuk seçimi anlaşmasının ikrah halinde yapılmış olsa bile geçerli kabul edileceğini ve hüküm doğuracağını belirtmektedir[675]. Ancak kanaatimizce bu risk hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine hangi hukuk uygulanırsa uygulansın mevcut olduğundan, geçerli bir gerekçe değildir. Örneğin, seçim anlaşmasının geçerliliğine *lex fori*'nin uygulanmasının kabul edildiği bir halde *lex fori* irade sakatlıklarına herhangi bir hukuki sonuç tanımıyor ya da "yanılma/hata" halini irade sakatlığı olarak değerlendirmiyor olabilir. Böyle bir durumda taraflardan biri hukuk seçimi anlaşmasının kurulduğu sırada esaslı bir hataya düşmüş olsa bile *lex fori*'nin uygulanması nedeniyle seçim anlaşması geçerli kabul edilir. Yazar, bu görüşün uygulanmasının yarattığı başka bir sorun olarak tarafların birbirlerine kendi genel işlem şartlarını göndermeleri ve bu şartlarda ikisinin de farklı hukukları seçmeleri halinde hukuk seçimi anlaşmasına hangi hukukun uygulanacağının belirsiz olmasını göstermektedir[676]. *Tiryakioğlu* ise seçim anlaşmasına öncelikle seçilen hukukun uygulanmasını önermekle birlikte birden fazla hukukun seçilmiş olması halinde seçim

---

672 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 26 (Tiryakioğlu eleştiriyi yerinde bulmamakla birlikte, seçim anlaşmasına seçilen hukukun uygulanmasının genel işlem şartları ile yapılan sözleşmeler ve bir tarafın zayıf konumda olduğu sözleşmeler için adil sonuçlar doğurmayabileceğini ifade etmekte ve bu tarz sözleşmelerde zayıf tarafın ya da kendisine genel işlem şartları dayatılan tarafın kişisel (milli) hukukunun uygulanmasının daha elverişli olduğunun kabul edildiğini eklemektedir).

673 Aynı yönde bkz. Demirkol, s. 85.

674 Demirkol, s. 84, 85. Aynı yönde görüş bildiren Symeonides'e göre "seçilen hukuk" tarafların onu seçmiş oldukları tespit edilene kadar seçilmiş olmaz (Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 133, 134).

675 Demirkol, s. 83.

676 Demirkol, s. 83. Yazar seçim anlaşmasına "*sınır aşan bir işlem veya eyleme uygulanacak lex mercatoria ve anational hukuk da dahil olmak üzere her tür hukuk normunu barındıran bir düzen*" olarak tanımladığı *transnational* hukukun uygulanmasını teknik açıdan daha doğru bulmaktadır. Ancak bu görüşün Türk yargı organlarında kabul görmeyeceği ve *transnational* hukukun kurallarının somutlaştırılmasının güç olduğu gerekçesiyle seçim anlaşmasına uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmesini önermektedir. Bu görüşün detayları için bkz. Demirkol, s. 86, 87.

anlaşmasının geçerliliğini objektif bağlama kuralına göre tespit etmek gerektiğini savunmaktadır.

Hukuk seçimi anlaşmasına seçilen hukukun uygulanmasında yukarıda bahsi geçen risklerin bulunduğunu kabul etmekle beraber, yine de en doğru yöntemin bu olduğu kanaatindeyiz. Zira tarafların en iyi bildikleri yahut kendi menfaatlerine en uygun buldukları hukukun uygulanmasını sağlamak amacıyla hukuk seçimi anlaşması yaptıkları düşünüldüğünde, bu anlaşmanın kendisinin tarafların öngöremeyeceği ya da bilgi sahibi olmadıkları başka bir hukuka tabi kılınması makul görünmemektedir. Oysaki seçilen hukukun uygulanması halinde, tarafların kendileri için en uygun olduklarını düşündükleri hukuk, seçim anlaşmasının geçerliliğini de idare edeceğinden taraf iradelerine en üst seviyede etki tanınmış ve hukuki öngörülebilirlik sağlanmış olmaktadır.

C. Diğer Görüşler

Bazı yazarlar hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukukun, bağımsız bir mesele olarak ele alınıp kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşün temelinde seçim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme olduğu fikri bulunmaktadır. *Demirkol*'a göre hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukuk taraflarca kararlaştırılmamışsa[677], bu hukuki ilişkide karakteristik edim de bulunmadığından seçim anlaşmasına en sıkı ilişkide bulunduğu hukuk uygulanır[678]. Yani hukuk seçimi anlaşması tıpkı sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi gibi değerlendirilmiş ve MÖHUK m. 24'e göre uygulanacak hukuk tespit edilmiştir. Kanaatimizce hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukuku tespit etmek için m. 24'e başvurulması mantıklı değildir. Zira m. 24, hukuk seçimi anlaşmasının kendisine uygulanmak üzere değil tarafların hukuk seçimi yapma imkânlarının bulunduğu sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanmak üzere getirilmiştir. Nitekim hükümde seçim yapılmaması halinde sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanması öngörülmüş, bu hukukun ise karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku (veya işyeri ya da yerleşim yeri hukuku) olduğu kabul edilmiştir. Madde gerekçesinde

677 Tarafların hukuk seçimi anlaşmasına uygulanacak hukuku da kararlaştırmaları karşılaşılması çok nadir bir durum olsa da seçim anlaşmasının geçerliliği bakımından bir çözüm önerisi olarak sunulmaktadır. Bkz. Hook, s, 130.

678 Demirkol, s. 87, 88.

ise çeşitli sözleşme tipleri bakımından hangi tarafın ediminin karakteristik edim olduğu örnek kabilinden sayılmıştır. Hukuk seçimi anlaşmalarında ise *Demirkol*'un belirttiği üzere karakteristik bir edim bulunmamaktadır. Dolayısıyla hukuk seçimi anlaşmalarını m. 24 kapsamında değerlendirmek mümkün görünmemektedir.

Tiryakioğlu ise yalnız iki durumda hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine seçilen hukuk yerine objektif olarak tespit edilen hukukun uygulanması gerektiği görüşündedir. Birincisi yukarıda belirtildiği üzere birden fazla hukukun seçilmiş olması hali, ikincisi ise sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu hukukun emredici kurallarından kaçmak amacıyla hukuk seçimi yapılmış olması halidir[679]. Ancak kanaatimizce ikinci halin tespiti zor olduğundan sırf bu gerekçeyle hukuk seçimi anlaşmasına objektif olarak tespit edilen hukukun uygulanması mümkün görünmemektedir.

Doğan'a göre ise hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuku maddi ve şekli geçerlilik olmak üzere ikiye ayırarak incelemek gerekir[680]. Yazara göre seçim anlaşmasının maddi geçerliliği yukarıda belirtildiği üzere, seçim anlaşmasını geçerli kılıyorsa seçilen hukuka, geçersiz kılıyorsa tarafların müşterek hukukuna tabi olmalıdır[681]. Ancak seçim anlaşmasının şekli geçerliliği, bu anlaşmanın kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilmesinin sonucu olarak hukuki işlemlerin şekli bakımından öngörülen genel kural çerçevesinde *LRA* ya da *lex causae*'ye tabi olmalıdır. Yani asıl sözleşme ile seçim anlaşmasının şekli geçerlilikleri birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. Bu kapsamda asıl sözleşme için öngörülen bir geçerlilik şekli şartı hukuk seçimi anlaşması bakımından sonuç doğurmaz[682]. Bu görüşü bir örnekle somutlaştırmakta fayda görüyoruz. Örneğin Yunanistan'da bulunan taraflar, Türkiye'de bulunan bir taşınmaza ilişkin taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdetmiş ve bu sözleşmeye İtalyan hukukunun uygulanmasını kararlaştırmış olsunlar. Türk hâkimi seçim anlaşmasının şeklen geçerli olup olmadığını MÖHUK m. 7'den hareketle tespit etmelidir[683]. Eğer ki Yunanistan hukukunun (*LRA*) ya da İtalyan hukukunun (*lex causae*) maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun yapılmışsa geçerli kabul edilmelidir. Asıl sözleşme ise Türkiye'de bulunan bir taşınmaza ilişkin olduğundan

679 Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 27.
680 Doğan, ***Teminat Mektupları***, s. 210.
681 Doğan, ***Teminat Mektupları***, s. 210.
682 Doğan, ***Teminat Mektupları***, s. 210. Aynı yönde bkz. Nomer, s. 329.
683 Bu yöndeki görüşler için bkz. Doğan, ***Teminat Mektupları***, s. 210, dn. 33'teki yazarlar; Bayata Canyaş, ***AB ve Türk Hukuku***, s. 87; Murtaz, s. 91; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 150.

Türk hukukunun öngördüğü resmi şekil şartına[684] uygun değilse geçersiz kabul edilir. Ancak asıl sözleşmenin geçersizliği, Yunanistan'da yapılan hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliğini etkilemeyecektir[685].

IX. HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMALARINDA ATIF

A. Genel Olarak Atıf Müessesesi

Kanunlar ihtilafı kurallarının işlevi yabancı unsurlu olay ya da ilişkilere uygulanacak hukuku göstermektir. Bu hukuk, ilgili olay ya da ilişki bakımından uyuşmazlığa bakan hâkimin hukuku olabileceği gibi yabancı bir hukuk da olabilir. Eğer ki uygulanacak hukuk yabancı bir hukuksa bu hukukun maddi hukuk hükümlerinin mi yoksa kanunlar ihtilafı hükümlerinin mi dikkate alınacağı hususu, kanunlar ihtilafı hukukunda "atıf sorunu" olarak adlandırılmaktadır[686]. Yani hâkim uyuşmazlığı, yetkili yabancı hukukun doğrudan "Medeni Kanun" "Borçlar Kanunu" "Ticaret Kanunu" gibi kanun hükümlerinden hareketle mi çözüme kavuşturacaktır? Yoksa o yabancı hukukun milletlerarası özel hukuk kanunundaki kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuka göre mi hareket edecektir?[687]

Genel olarak "atıf" (*renvoi*) ise hâkimin kanunlar ihtilafı kuralının uyuşmazlık bakımından yetkili gördüğü yabancı hukukun (X) kanunlar ihtilafı kurallarının aynı uyuşmazlık bakımından başka bir yabancı hukuku yetkili kılması olarak tanımlanabilir[688]. (X) hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının hâkimin hukukunu yetkili görmesi yani uyuşmazlığı hâkimin hukukuna geri göndermesi halinde "iade atıf" (*remission/rückverweisung*[689]), üçüncü bir devlet hukukunu yetkili görmesi

---

684 18.01.1972 tarih ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu (RG. 05.02.1972-1409) m. 60/3 ve m. 89.

685 MÖHUK m. 25 uyarınca taşınmaz satış vaadi sözleşmesinde hukuk seçimi yapılması mümkün değildir. Ancak yukarıda belirttiğimiz üzere *lex fori*'nin hukuk seçimine izin vermesi ile hukuk seçiminin geçerliliği farklı meselelerdir. *Lex fori* hukuk seçimi anlaşmasına hukuki sonuç tanımıyor olsa bile, onu geçersiz kılma yetkisi yoktur. Başka ülke mahkemelerinde bu seçime sonuç tanınabilir.

686 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 60.

687 Çelikel/Erdem, s. 106.

688 Çelikel/Erdem, s. 109; Doğan, ***MÖH***, s. 228; Douglas/Loadsman, s. 14; "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 8. 1, s. 61. Atıf müessesi bakımından doktrinde "maddi norm atfı- külli atıf", "maddi hukuk atfı-kanunlar ihtilafı atfı" gibi ayrımlar yapılmaktadır. Ancak bu konu çalışmamızın kapsamını aştığından burada yalnızca genel bilgiler vermekle yetiniyoruz. Detaylı bilgi için bkz. Doğan, ***MÖH***, s. 230; Nomer, s. 145.

689 Bkz. Kropholler, s. 163.

halinde ise "devam eden atıf (*transmisson/weiterverweisung*[690])" söz konusu olur[691]. Hâkimin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca uygulanacak yabancı hukuk, kanunlar ihtilafı kuralları ve maddi hukuk kuralları ile bir bütün olarak dikkate alınıyorsa atıf kabul edilmiş olur. Ancak uygulanacak yabancı hukukun yalnızca maddi hukuk kurallarına bakılması öngörülüyorsa atfın reddedilmesi söz konusudur. Örneğin MÖHUK m. 12 "*Nişanlanma ehliyeti ve şartları taraflardan her birinin nişanlanma anındaki millî hukukuna tâbidir*." şeklindeki kanunlar ihtilafı kuralı, tarafların nişanlanmaya ehil olup olmadığına karar vermek için onların milli hukuklarını yetkili kılmaktadır. MÖHUK m. 2/3 uyarınca aile hukuku ilişkileri bakımından atıf kabul edilmektedir. Bu noktada biri X biri Y devleti vatandaşı olan iki yabancının Türkiye'de nişanlandıklarını varsayalım. Bu nişanlanmadan kaynaklanan uyuşmazlıkta hâkimin nişanlanma ehliyetleri hakkında karar vermek için (X) ve (Y) devletlerinin kanunlar ihtilafı hükümlerine bakması gerekir. Eğer ki (X) Devleti kanunlar ihtilafı kuralı "nişanlanma ehliyeti" ne yapıldığı yer hukukunun (Türk hukuku) uygulanmasını öngörüyorsa "iade atıf" söz konusu olur. Eğer ki Y Devleti "nişanlanma ehliyeti"ne mutad mesken hukuku gibi farklı bir devlet hukukunun uygulanmasını öngörüyorsa "devam eden atıf" vardır.

B. Hukuk Seçimi Yapılan Hallerde Atıf Sorunu

Atıf müessesesi hakkında genel bilgiler verildikten sonra burada tartışılacak olan asıl mesele tarafların hukuk seçimi yapmaları halinde seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin mi yoksa kanunlar ihtilafı hükümlerinin mi dikkate alınacağı yani atfın uygulanıp uygulanmayacağıdır.

Doktrinde sözleşmeler hukuku alanında tarafların hukuk seçimi yapmaları halinde atfın uygulanmaması gerektiği haklı olarak kabul edilmektedir[692]. Zira

690 Bkz. Kropholler, s. 163.

691 Kropholler, s. 163; Nomer, s. 145; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 61. Atıf teorisinin başlangıç noktası olarak gösterilen Fransız Temyiz Mahkemesi'nin (*Cour de Cassation*) vermiş olduğu ünlü "*Forgo*" kararında ilk defa iade atıf ve devam eden atıf sorunu keşfedilmiştir. Miras hukukuna ilişkin bu uyuşmazlıkta Temyiz Mahkemesi muris Bay Forgo'nun tabiiyetinde bulunduğu Baviyera hukukunun Forgo'nun yerleşim yeri hukuku olan Fransız hukukuna yaptığı iade atfı kabul edilmiştir (1882). Karar neticesinde hem Fransız mahkemelerinde hem de diğer ülke mahkemelerinde atıf lehine kararlar verilmeye başlamıştır. Bkz. Cass.Civ. 24 JUIN 1878 et Req. 22 FÉVR. 1882, Forgo, http://interjurisnet.eu/html/dip/Req_22_02_82.pdf, 30.06.2022.

692 Çelikel/Erdem, s. 119; Doğan, ***MÖH***, s. 235; Monsenepwo, s. 182; Neuhaus, s. 261; Nomer, s. 152; North/Fawcett, s. 6465; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 65; Tekinalp**,** ***MÖH***, s. 282; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 87; Uluocak, s. 209.

tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere belirli bir hukuk düzenini yetkilendirmeleri, çıkabilecek uyuşmazlıkları nihai olarak bu hukukun maddi hükümlerine göre çözmek istediklerinin ve atfı reddettiklerinin kanıtı olarak gösterilmektedir[693]. Atfın kabul edilmesi halinde seçilen hukukun kanunlar ihtilafı hükümlerinin farklı bir devlet hukukunu yetkilendirme ihtimali mevcuttur. Bu halde tarafların seçmediği ya da seçmeyi düşünmediği bir hukuk uygulanmış olur ki bu durum hukuk seçiminin amacıyla bağdaşmamakta ve hukuki öngörülebilirliği zedelemektedir[694].

Birçok devletin kanuni düzenlemelerinde atfı tamamen engelleyen ya da bazı hukuki ilişkilerle (örneğin kişiler hukuku) sınırlı olmak üzere kabul eden hükümler yer almaktadır. Bu düzenlemelerden bazıları ise sözleşme ilişkilerinde atfı özel olarak yasaklamaktadır[695]. Milletlerarası düzenlemelerde de benzer yönde hükümler yer almaktadır.

EGBGB m. 4/2'ye göre "*(...) Tarafların uygulanacak hukuku seçebildikleri durumlarda, bu seçim yalnızca maddi hükümler ile ilgilidir*". Kural emredici olup taraflara yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını yetkili kılma imkânı verilmemiştir. Aynı şekilde Avusturya MÖHK'de şüphe durumunda taraflarca yapılan hukuk seçiminin seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını (referans normlarını) kapsamayacağı öngörülmüştür (m 11)[696]. *IPRG*'de ise hukuk seçimi halinde atfın uygulanmayacağını öngören açık bir hükme yer verilmemiştir. Ancak 14. maddeye göre "*Uygulanacak hukukun İsviçre hukukuna ya da başka bir hukuka atıf yapması halinde bu atıf yalnızca Kanunda öngörülen hallerde dikkate alınır*" (m. 14/1)[697]. Yani

---

693 Çelikel/Erdem, s. 119.

694 Monsenepwo, s. 182; Özdemir Kocasakal, "MÖHUK m. 24", s. 30; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 65; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 87. Ancak istisnaen tarafların seçilen hukukun kanunlar ihtilafı hükümlerini yetkilendirmeleri menfaatlerine uygun düşebilir. Örneğin çok birimli bir devletin (multi-unit state) söz konusu olduğu durumlarda taraflar belirsizliği önlemek için o devletin dahili kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını kararlaştırabilirler (Monsenepwo, s. 182).

695 Bu ülkelerde; Arnavutluk, Arjantin, Bulgaristan, Estonya, Almanya, İtalya, Güney Kore, Litvanya, Romanya, Slovakya ve Uruguay'dır. Bkz. Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 139.

696 Avusturya MÖHK'un genel atıf hükümleri 5. maddede öngörülmektedir. Bu maddeye göre kural olarak atıf mümkündür. Atfın Avusturya hukukuna geri gönderme halinde kabul edileceği, üçüncü devlet hukukuna atıf yapılması halinde ise ilk defa yetkilendirilen hukuka geri göndermemek şartıyla kabul edilmektedir (Çelikel/Erdem, s. 122).

697 Maddenin ikinci fıkrasında ise "*kişiler ve aile hukukuna ilişkin konularda İsviçre hukukuna yapılan atıfların dikkate alınması*" öngörülmüştür (m. 14/2). Yani kişiler ve aile hukukuna ilişkin meselelerde iade atıf kabul edilmektedir. Dolayısıyla aile hukukuna ilişkin bir mesele olan evlilik mal rejimleri hakkında eşler hukuk seçimi yapmış iseler (m. 52 uyarınca) öncelikle seçilen

kural olarak uygulanacak yabancı hukukun yalnızca maddi hukuk hükümleri dikkate alınır. Kanunlar ihtilafı hükümlerinin dikkate alınabilmesi için ise ilgili işlem veya ilişkiye ilişkin maddede bu hususun özel olarak düzenlenmiş olması gerekir. Sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin 116. maddede ise böyle özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden taraflarca seçilen hukukun doğrudan maddi hukuk hükümleri dikkate alınmalıdır[698].

Roma I Tüzüğü'nün "Atfın reddi (*exclusion of renvoi*)" başlıklı 20. maddesine göre ise "*Bu Tüzük'te belirtilen herhangi bir ülkenin hukukunun uygulanması, bu Tüzükte aksi belirtilmedikçe[699], o ülkede yürürlükte olan milletlerarası özel hukuk kuralları dışındaki hukuk kurallarının uygulanması anlamına gelir*"[700]. Hukuk seçimine dair genel hüküm olan 3. maddede ve özel sözleşme türlerini düzenleyen maddelerde aksi yönde bir hükme yer verilmediğinden tarafların sözleşmeye uygulanmak üzere seçtikleri hukukun yalnızca maddi hukuk kuralları uygulanır. 20. maddede tarafların aksini kararlaştırabilecekleri de öngörülmediğinden Tüzük hukuk seçimi halinde atfı reddetmektedir[701].

Lahey İlkeleri'nin "Atfın reddi" (*exclusion of renvoi*) başlıklı 8. maddesine göre "*Hukuk seçimi, taraflar aksini açıkça belirlemedikçe, seçilen hukukun milletlerarası özel hukuk kurallarına atıfta bulunmaz*". Burada kullanılan "milletlerarası özel hukuk kuralları" ifadesi uygulanacak hukuku belirleyen kurallarla sınırlı olup yargılama ve usule ilişkin olanları ya da yabancı mahkeme kararlarının tanınması ile ilgili olanları kapsamaz[702]. 8. madde hükmü, tarafların beklentilerinden farklı bir hukukun uygulanmasını engelleyerek muhtemel iradelerinin yerine

---

hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına bakılır. Eğer ki o kurallar İsviçre hukukuna işaret ediyorsa bu durumda atıf kabul edilir ve İsviçre hukuku uygulanır.

698 Turhan, s. 132. Benzer şekilde *IPRG*'de hukuk seçimine izin verilen diğer hallerde de (taşınırlar üzerindeki aynî hakkın kazanılması ve kaybı (m. 104), fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (m. 122), haksız fiiller (m. 132), alacağın sözleşme yoluyla devri (m. 145), şirket birleşme sözleşmesi (m. 163c), tahkim (m. 187) atfa ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinden seçilen hukukun maddi hukuk kuralları dikkate alınır.

699 Uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmaması kuralının aksi "küçük riskli sigorta sözleşmeleri" bakımından öngörülmüştür (m. 7/3-e, 2. par). Bkz. Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 139.

700 Roma Sözleşmesi m. 15 hükmü "Aksi belirtilmedikçe" ifadesi eklenerek Tüzük'e aktarılmıştır. Aynı doğrultuda hükümler için bkz. Meksika Sözleşmesi m. 17, Lahey Satış Sözleşmesi m. 15.

701 Güngör, ***MÖH***, s. 95.

702 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 8. 1, s. 61.

getirilmesine hizmet eder. Böylelikle uygulanacak hukuk konusundaki belirsizlik ve öngörülemezlik önlenmiş olur[703].

Restatement II'de ise aksi yönde bir irade belirtisinin bulunmadığı hallerde göndermenin seçilen hukukun mahalli hukukuna yapılmış sayılacağı öngörülmüştür (*sec.* 187/3)[704]. Bu hükmün şerhinde tarafların sözleşmelerinin geçerliliğini yürütecek hukuku seçerken o devletin hukukundan ziyade mahalli hukukunu kastettikleri vurgulanmıştır. "Mahalli hukuk" yerine "devlet hukuku"nun uygulanmasının, hukuk seçiminin temel hedefleri olan kesinlik ve öngörülebilirliği ortadan kaldırarak yargılamalarda belirsizlik yaratacağı belirtilmiştir[705]. Bu hüküm ile hukuk seçimi halinde kural olarak atıf reddedilirken taraflara aksini kararlaştırma imkânı da sunulmuştur.

MÖHUK'ta da hukuk seçimi hallerinde tarafların bu yönde bir iradelerinin olması şartıyla atfın uygulanması mümkün kılınmıştır (m. 2/4). Ancak bu hükümden önce aynı maddenin üçüncü fıkrasını incelemek gerekir. Üçüncü fıkraya göre "*Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilaflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır*"[706] . Bu hüküm emredici nitelikte olup hâkime kişiler ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına bakma görevi yüklemektedir[707]. Öte yandan diğer tüm uyuşmazlıklar bakımından atfın reddedildiğini ortaya koymaktadır. Örneğin bir taşınır üzerindeki mülkiyet hakkına ilişkin uyuşmazlıkta hâkim işlem anında malın bulunduğu yer hukukunun doğrudan maddi hukuk kurallarına göre karar vermelidir. Ya da tarafların hukuk seçimi yapmadıkları bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlığı hâkim, işçinin işini güncel olarak yaptığı iş yeri hukukunun maddi hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturmalıdır. Mutad işyeri hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarını

---

703 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 8. 1, s. 62.

704 Madde şerhinde de belirtildiği üzere buradaki "mahalli hukuk (*local law*)", bir devletin hukuk seçimi kuralları da dahil olmak üzere hukukunun tamamı anlamına gelen "hukuk" tan farklı olup yalnızca maddi hukuk kurallarını kapsar (*sec.187/3, comment h.*).

705 *Sec. 187/3, comment h.* Ayrıca bkz. Cohen, s. 243.

706 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta her türlü hukuki uyuşmazlık bakımından atıf kabul edilmişti (m. 2/3). Ancak uygulamada "*mahkemelerin yabancı hukuku uygulamasındaki güçlükler ve özellikle yabancı hukukun kanunlar ihtilafı hükümlerinden hareketle diğer bir yabancı hukuku araştırıp bulmasındaki zorluklar dikkate alınarak*" MÖHUK'ta atıf, kişiler ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ile sınırlandırılmıştır. Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 1, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 02.07.2022

707 Doğan, ***MÖH***, s. 234; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 61.

dikkate alamaz. Üçüncü fıkra hükmünde bahsi geçen "uygulanacak yabancı hukuk" kanaatimizce objektif bağlama kurallarına göre tespit edilen hukuk şeklinde anlaşılmalıdır[708]. Zira uygulanacak hukukun tarafların iradesine göre belirlendiği hallerde atfın uygulanıp uygulanmayacağı dördüncü fıkrada öngörülmüştür. Buna göre "*Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hallerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır*" (m. 2/4)[709]. Bu hüküm uyarınca, hukuk seçiminin en yaygın olduğu sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde kural olarak seçilen hukukun kanunlar ihtilafı hükümleri dikkate alınmaz. Ancak taraflar aksini kararlaştırabilirler[710]. Örneğin taraflar aralarındaki iş sözleşmesine uygulanmak üzere İtalyan hukukunu seçmişler fakat bu hukukun maddi hukuk kurallarını mı kanunlar ihtilafı kurallarını mı kastettiklerini belirtmemişlerse hâkim doğrudan İtalyan hukukunun maddi hukuk kurallarına göre karar vermelidir. Ancak taraflar açıkça İtalyan kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını kararlaştırmışlarsa hâkim atfı uygulamalı ve İtalyan kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili hukuku tespit etmelidir. Dördüncü fıkradaki "aksi açıkça kararlaştırılmadıkça" ifadesi ile taraf iradelerinin rolü güçlendirilmiştir. Zira hukuk seçimi imkânı tanınan bir ilişkide taraflara aynı zamanda seçtikleri hukukun kapsamını belirleme yetkisi de verilmektedir. Ayrıca bu yetkinin "açıkça" kullanılması şart koşularak taraf iradelerinde herhangi bir şüpheye düşülmesinin de önüne geçilmektedir[711]. Ancak m. 2/4'te açık bırakılan bir husus vardır. Eğer ki taraflar seçilen hukukun (X) kanunlar ihtilafı kurallarını yetkilendirmiş, bu kurallar da ilgili hukuki ilişki bakımından başka bir yabancı hukuka (Y) atıfta bulunmuşsa atıf hangi noktada kırılacaktır? Bu soruya

---

708 Aynı yönde bkz. Güngör, ***MÖH***, s. 93, dn. 155.

709 Benzer bir hüküm MTK'da da yer almaktadır: "*(…) Belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilâfı kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan doğruya maddî hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir*" (m. 12/C).

710 Doktrinde bu hüküm genellikle, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi yapılması halinde atfın uygulanıp uygulanmayacağını düzenleyen bir hüküm olarak nitelendirilmektedir (Çelikel/Erdem, s. 126; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 327). Ancak pek tabii hukuk seçiminin mümkün olduğu evlilik malları, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin diğer uyuşmazlıklar hakkında da geçerlidir (Nomer, s. 155). Nitekim madde gerekçesinde de dördüncü fıkra ile "*uygulanacak hukukun taraflarca seçimine imkân verilen bütün haller için genel bir kural getirildiği ve seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının dikkate alınmayacağı ilkesinin benimsendiği*" belirtilmiştir. Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 1, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 02.07.2022.
Şanlı, Esen ve Ataman'a göre aslında bir önceki fıkra sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde atfın nazara alınmayacağını zaten ortaya koymaktadır. Bu nedenle dördüncü fıkranın getirilmesindeki tek sebebin taraflara diledikleri takdirde yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını da yetkili kılabilme imkânı tanınması olduğu fikrindedirler (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 328).

711 Çelikel/Erdem, s. 126..

iki farklı cevap verilebilir. Birincisi Türk hukukundaki genel atıf kuralına uyularak atıf ikinci derecede kırılmalıdır (m. 2/3). Yani artık (Y) hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmamalı, doğrudan maddi hukuk kuralları uygulanmalıdır. İkincisi ise *Güngör*'ün ifade ettiği üzere taraflar (X) hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına yetki tanıdığından ve (X) hukukunun (eğer varsa) atfı düzenleyen hükmü de bir kanunlar ihtilafı kuralı olduğundan (X) hukukunun atıf anlayışının benimsenmesidir[712]. Bu ikinci cevap kanaatimizce daha yerindedir.

[712] Güngör, ***MÖH***, s. 95.

İKİNCİ BÖLÜM
TÜRK HUKUKUNDA ÇEŞİTLİ SÖZLEŞME TÜRLERİNDE VE SÖZLEŞME DIŞI İLİŞKİLERDE HUKUK SEÇİMİ ANLAŞMALARI

Çalışmamızın birinci bölümünde hukuk seçimi anlaşmalarına ilişkin genel esaslar, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimine ilişkin milli ve milletlerarası düzenlemelerdeki hükümlerden hareket edilerek ortaya koyulmuştur. Çalışmamızın bu bölümünde ise MÖHUK'ta özel olarak düzenlenen ve hukuk seçimi imkânı tanınan tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler, eşya taşıma sözleşmeleri inceleme konusu yapılacaktır. Kanun'da düzenlenmeyen ancak sosyal içerikli sözleşmeler arasında kabul edilmesi nedeniyle özellik arz ettiğini düşündüğümüz sigorta sözleşmelerinde hukuk seçimi de bu bölüm altında ele alınacaktır. İlaveten MÖHUK uyarınca hukuk seçiminin mümkün olmadığı ancak doktrinde hukuk seçimine imkân tanınması önerilen taşınmazlara ilişkin sözleşmeler de değerlendirilecektir.

MÖHUK'ta sözleşmeden doğan borç ilişkileri dışındaki bazı hukuki işlem ve ilişkilerde de hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır. Bu kapsamda mal rejimlerinde, haksız fiillerde, sebepsiz zenginleşmede hukuk seçiminin hüküm ve sonuçları da değerlendirilecektir. Ayrıca uygulanacak hukuka ilişkin bir kanun boşluğunun bulunduğunun kabul edildiği vekaletsiz iş görmeden doğan uyuşmazlıklarda hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı da tartışılacaktır. Son olarak Türk hukukunda boşanma ve ayrılıkta irade muhtariyeti kabul edilmemekle birlikte bu alanda hukuk seçimine imkân tanıyan Avrupa Birliği düzenlemesinin incelenmesinde fayda görülmektedir. Zira Türkiye, Birlik üyeliğine kabul edildiği takdirde Birlik müktesebatını da kabul etmiş olacağından bu hukuki ilişkilerde hukuk seçimi mümkün hale gelecektir. Dolayısıyla ikinci bölüm altında bu hususlara da yer vermenin uygun

olacağını değerlendirmekteyiz. Aynı zamanda yukarıdaki paragrafta bahsi geçen hukuki işlem ve ilişkilere ilişkin Birlik düzenlemelerine de değinilmesi gerekmektedir. Zira MÖHUK hükümlerinin pek çoğu bu düzenlemelerde yer alan hükümler esas alınarak -kelime kelime tercüme edilmemekle birlikte- hazırlanmıştır. Nitekim MÖHUK'un genel gerekçesinde, başta Roma Sözleşmesi olmak üzere Birlik düzenlemeleriyle uyumlu bir kanunun kabulünün ve buna ilişkin uygulamanın geliştirilmesinin önemine vurgu yapılmıştır[713].

I. ÇEŞİTLİ SÖZLEŞME TÜRLERİNDE HUKUK SEÇİMİ

A. Sosyal İçerikli Sözleşmelerde Hukuk Seçimi

"*Sözleşmenin taraflarından birisinin ekonomik, sosyal veya kültürel olarak zayıf olduğu, tüketici, iş, kira, hayat sigortaları ve küçük kredi sözleşmeleri*" sosyal içerikli sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir[714]. Tüketici sözleşmelerinde tüketicinin, iş sözleşmelerinde işçinin, kira sözleşmelerinde kiracının, hayat sigortalarında sigorta ettirenin (ya da lehtar veya sigortalı), kredi sözleşmelerinde ise kredi alanın sözleşmenin zayıf tarafını oluşturduğu kabul edilmektedir[715]. Sosyal içerikli sözleşmelerde genellikle karşı tarafın (satıcı ya da sağlayıcı, işveren, kiralayan, sigortacı, kredi veren) sahip olduğu ekonomik üstünlük nedeniyle tarafların pazarlık gücü eşit değildir[716]. Çoğu zaman zayıf taraf karşı tarafın sunduğu koşulları kabul eder ve sözleşmenin koşullarını belirleme konusunda çok az etkisi vardır[717]. Bu nedenle uzun zamandan bu yana iç maddi hukuklarda zayıf tarafın korunması düşüncesiyle emredici hükümler öngörülmektedir[718].

---

713 Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Genel Gerekçe, s. 2, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 07.06.2022.

714 Doğan, ***MÖH***, s. 425.

715 Akıncı, ***MÖH***, s. 59, 61, 138; Çelikel/Erdem, s. 421, 427, 639; Doğan, ***MÖH***, s. 471; Nomer, s. 348, 354; Rühl, s. 167; Sema Çörtoğlu Koca, ***Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri)***, Yetkin, Ankara, 2016, s. 29; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 350, 354, 500; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 79.

716 Akıncı, ***MÖH***, s. 59; Çörtoğlu Koca, ***Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmeler***, s. 29.

717 Ole Lando, "Consumers Contracts and Party Autonomy in the Conflict of Laws", ***Nordisk Tidsskrift for International Ret***, Vol. 42, No. Issue, 1972, s. 209.

718 Çörtoğlu Koca, ***Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmeler***, s. 29; Doğan, ***MÖH***, s. 425; Lando, "Consumers Contracts", s. 209.

Bu düşüncenin uzantısı olarak yabancı unsurlu sosyal içerikli sözleşmeler bakımından da çeşitli devlet kanunlarında ve milletlerarası düzenlemelerde zayıf tarafı koruyucu hükümlere yer verilmiştir[719]. Türk hukukunda da MÖHUK ile tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme özgürlüğünün iş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmeleri bakımından zayıf tarafı koruma amacıyla sınırlandırıldığı görülmektedir (m. 26, m. 27). Kanun'da sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmediği için MÖHUK m. 24'teki genel kurala tabi olduğu kabul edilmektedir[720].

1. Tüketici Sözleşmeleri

Tüketici sözleşmelerinde tüketicilerin karşı tarafa göre daha tecrübesiz, genellikle ilgisiz ve bilgisiz, pazarlık gücü bakımından ve ekonomik olarak daha güçsüz oldukları kabul edilmektedir[721]. Zira karşı taraf tüketiciye göre çok daha fazla sayıda sözleşme akdetmekte ve ekonomik pazardaki gelişmeleri yakinen takip etmektedir. Ancak tüketiciler giriştikleri hukuki işlemin mahiyetini tam olarak kavrayamadıkları için[722] onlardan, ekseriyetle satıcı ya da sağlayıcı tarafından kaleme alınan sözleşme hükümlerini kendisine teklif edildiği haliyle kabul etmeleri beklenir[723]. Tüketiciler sözleşme hükümlerini çoğu zaman okumadan kabul etmeyi tercih ederler. Bazı durumlarda ise okumalarına rağmen kendileri için epey karmaşık olan bu hükümleri anlayamazlar. Böyle durumlarda tüketicilerin, karşı tarafın sözleşmenin ihlalinden doğan sorumluluğunu ortadan kaldıran hükümleri bile kabul etmiş olmaları ihtimal dahilindedir[724]. Hal böyle olunca bir tarafın tüketici olduğu hukuki ilişkiler bakımından taraflar arasındaki ekonomik ve sosyal dengenin sağlanması kanun koyucuların üzerinde hassasiyetle durduğu bir mesele olmuştur.

---

719 Rühl, s. 167.

720 MÖHUK'ta yetki anlaşmaları bakımından da zayıf tarayıcı koruyucu hükümlere yer verilmiştir. İş sözleşmeleri, tüketici sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri bakımından tarafların yetki anlaşması yaparak kanunen yetkili mahkemelerin yetkisini bertaraf edemeyecekleri düzenlenmiştir (m. 47/2). Zira kanunen yetkili mahkemeler, zayıf taraf olan işçi, tüketici ve sigorta ettireni (ayrıca lehtar ve sigortalı) gözeterek belirlenmiştir (m. 44, 45, 46). Bu hususta detaylı bir çalışma için bkz. Çörtoğlu Koca, ***Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmeler***, s. 97 vd.

721 Gülin Güngör, Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku "Düşünsel Temeller", ***AÜHFD***, C. 57, S. 2, 2008, s. 116. Hugh Beale, "Inequality of Bargaining Power", ***Oxford Journal of Legal Studies***, Vol. 6, No. 1, 1986, s. 128, 130; Hatice Selin Pürselim, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", ***Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*** (Ed. Sibel Özel/Mustafa Erkan), On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 74.

722 Güngör, "Tüketicinin Mutad Meskeni", s. 116.

723 Lando, "Consumers Contracts", s. 209.

724 Lando, "Consumers Contracts", s. 209.

Zira tüketicinin bireysel menfaatinin ötesinde toplumun büyük çoğunluğunun tüketici olması nedeniyle kamu yararına dönüşmüş bir devlet menfaati söz konusudur[725]. Bu kapsamda iç hukukta tüketicinin korunması ve koruma hükümlerinin dolanılmasını önlemek, toplum menfaatini gözetme işlevini üstlenen sosyal devletin görevleri arasında değerlendirilmektedir[726].

Türk hukukunda tüketicilerin korunması Anayasal güvence altındadır (Anayasa m. 172)[727]. Anayasa hükmüne dayalı olarak tüketiciler, maddi hukuk anlamında "Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun" (TKHK) hükümleri ile korunmaktadır[728]. Bu kanunda tüketici sözleşmelerinin anlaşılır bir dilde, açık, sade ve okunabilir şekilde kaleme alınması, sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değişiklik yapılamayacağı, bileşik faiz yasağı, haksız şartların hükümsüzlüğü, malın ayıplı çıkması halinde tüketicinin seçimlik hakları, tüketici kredi sözleşmelerinde kuruluş anında belirlenen faiz oranının değiştirilemeyeceği vb. şeklinde tüketiciyi koruyucu hükümler yer almaktadır (m. 4 vd). Kanun'da tüketici "*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmaktadır (m. 3/1-k).

a. MÖHUK'taki Düzenleme

Milletlerarası özel hukukta tüketicinin menfaati milletlerarası toplumun genel menfaati olarak algılandığından[729] maddi hukuktaki tüketicinin korunmasına ilişkin yaklaşım kanunlar ihtilafı kurallarında da kendisini göstermiştir. Bu kapsamda MÖHUK ile getirilen yeniliklerden birisi olan tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin 26. maddede, tarafların yabancı unsurlu tüketici sözleşmeleri bakımından sahip oldukları hukuk seçimi imkânı sınırlandırılmıştır[730]. Maddenin

---

725 Güngör, "Tüketicinin Mutad Meskeni", s. 117. Benzer yönde bkz. Çörtoğlu Koca, ***Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmeler***, s. 57.

726 Tekinalp, ***MÖH***, s. 336; Yeşim M. Atamer, "Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması", ***Journal of Istanbul University Law Faculty***, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 442 vd.

727 "*Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder*".

728 07.11.2013 tarih ve 6502 sayılı Kanun (RG. 28.11.2013-28835).

729 Güngör, "Tüketicinin Mutad Meskeni", s. 116.

730 Mülga MÖHUK'ta tüketici sözleşmelerinde uygulanacak hukuka ilişkin özel bir maddeye yer verilmemiştir. Nitekim bu kanunda yalnızca sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin genel bir kural öngörülmüş (m. 24), özel sözleşme türlerinin hepsi bu genel kurala tabi tutulmuştur . Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde m. 24'ün "*Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tabidir*" hükmü uyarınca tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılabileceği uygulamada kabul edilmiştir. Bkz. Yargıtay 13. HD, 27.06.2007, E. 2007/4309, K. 2007/9209 (Doğan, ***MÖH***, s. 426, dn. 428). Ancak doktrinde seçilen hukukun tüketiciyi,

birinci fıkrasına göre: "*Mesleki veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir*". Bu düzenlemenin temelinde yatan zayıf tarafı koruma düşüncesi, irade serbestine verilen önemin bir adım ötesine geçmektedir. Aynı düşünce ile 26. maddenin ikinci fıkrasında taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde tüketicinin "mutad meskeni hukuku"nun uygulanması öngörülmüştür[731]. Zira bu hukuk tüketicinin en iyi bildiği, bu sebeple de tüketiciyi en iyi koruduğu kabul edilen hukuktur[732].

i. Kuralın uygulama alanı

MÖHUK m. 26/1 uyarınca sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi ve bu fıkra uyarınca hukuk seçimine konu olabilmesi için "mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlıyor" olması gerekir[733]. Bu niteliğe sahip olmayan tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi genel kurala (m. 24) tabidir[734]. M. 26/1'de kullanılan "mal" ile kastedilen taşınır mallardır. Zira

---

tüketicinin mutad mesken hukukundan daha fazla koruyor olması şartına dikkat edilmesi gerektiği savunulmuştur. Bkz. Atamer, s. 446; Çelikel/Erdem, s. 423.

731 Taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için sözleşmenin m. 26/2'de öngörülen hallerden birisinin kapsamına giriyor olması gerekir. Bu haller için bkz. ***İkinci Bölüm, I. A. 1. a. i.***, dn. 769.

732 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde gerekçeleri, s. 9, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 30.10.2022.

733 Nomer bu sözleşmeleri, "tüketicinin kendisi veya ailesi için yapmış olduğu mutat tüketimleri konu alan sözleşmeler" şeklinde ifade etmektedir (Nomer, s. 355). Tüketici sözleşmesinin tanımlandığı *IPRG*'de de benzer bir ifade kullanılmaktadır (m. 120/1). Roma I Tüzüğü m. 6'da (Roma Sözleşmesi (m. 5) de tüketici sözleşmeleri tanımlanmaktadır.

734 MÖHUK'ta bu hususa ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte doktrinde, karşı tarafın sözleşmeyi tüketicinin kişisel amaçlarla değil mesleki veya ticari amaçlarla yaptığını düşünerek akdetmesi halinde onun iyi niyetinin korunması gerektiği ve sözleşmenin tüketici sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği (Atamer, s. 427; Pürselim, "Tüketici Sözleşmeleri", s. 79; Zeynep Çalışkan, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26. Maddesine göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", ***MHB***, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 33); aksini ispat külfetinin genel ispat kurallarına göre m. 26 hükmünün uygulanmasını isteyen tüketiciye düştüğü savunulmaktadır (Nomer, s. 355). Roma Sözleşmesi'ne ilişkin Açıklayıcı Rapor'da da karşı taraf tüketicinin mesleki veya ticari amaçla hareket etmediğini bilmiyorsa ve tüm koşullar değerlendirildiğinde bunu bilmemesi makul görülüyorsa o sözleşmeye tüketici sözleşmelerine ilişkin hükmün (m. 5) uygulanmaması gerekir (Giuliano/Lagarde, No. C. 282/23). Biz bu konuda sözleşmenin karşı tarafının genel olarak bir tacir ya da esnaf olduğu düşünüldüğünde tüketiciye göre alım-satım ilişkilerinde çok daha tecrübeli ve basiretli davranabileceğini, yapılan sözleşmenin ticari ya da mesleki amaçla yapılıp yapılmadığını kolaylıkla anlayabileceğini ve bu hususta iyiniyetli olma ihtimalinin çok düşük olduğunu düşünmekteyiz. Ancak yine de böyle bir durumun objektif koşullar dikkate alınarak tespit edilmesi halinde dürüstlük kuralı uyarınca yukarıdaki yaklaşıma göre hareket edilmesi taraftarıyız.

taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler m. 25 uyarınca taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabidir.

26. maddenin ilk fıkrasında bir nevi tüketici sözleşmesinin tanımı yapılmaktadır. Böyle bir tanımlama yoluna gidilmesi doktrinde farklı görüşlerin oluşmasına neden olmuştur. *Çelikel ve Erdem*'e göre böyle bir tanıma yer verilmesinin sebebi hangi sözleşmelerin madde kapsamına alındığının ve buna bağlı olarak kimin tüketici olduğunun tereddüde yer vermeyecek şekilde ortaya konulmasının gerekliliğidir[735]. Benzer şekilde *Güngör* de tüketici sözleşmesinin tanımının verilmesiyle tüketici sözleşmeleri noktasında vasıflandırmanın sorun olmaktan çıkarıldığını ifade etmektedir[736]. Aksi yönde görüş bildiren *Şanlı, Esen ve Ataman* ise Türk mahkemelerinde görülen uyuşmazlıklarda vasıflandırmanın zaten Türk hukukuna göre yapılacağını, Türk hukukundaki ilgili düzenleme olan TKHK'dan tüketici sözleşmesinin tanımının çıkarılabildiğini, bu tanımın tekrarı niteliğinde olan bir tanıma MÖHUK'ta yer verilmesinin gereksiz olduğunu savunmaktadırlar. Ayrıca MÖHUK'ta hiçbir sözleşme türünün tanımı yapılmazken sadece tüketici sözleşmelerinin tanımlanmasını da anlamsız bulmaktadırlar[737]. Kanaatimizce de TKHK'da doğrudan tüketici sözleşmesi tanımlanmasa da tüketici ve tüketici işlemi[738] kavramlarının tanımlarından hareketle tüketici sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiği açıktır. Bu kanundan çıkarılabilen tanım daha detaylı olmakla birlikte MÖHUK'ta öngörülen tanım ile büyük ölçüde örtüşmektedir[739]. Dolayısıyla kanaatimizce MÖHUK'taki tanım hem gereksiz tekrara yol açmakta hem de sanki

---

735 Çelikel/Erdem, s. 424. Ayrıca bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde gerekçeleri, s. 9, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 07.04.2022.
Yazarlar Kanun'da tüketici kavramının tanımlanmadığını, kimin tüketici olup olmadığının hâkimin yapacağı vasıflandırmaya göre belirleneceğini ifade etmektedirler. Kanaatimizce tüketici kavramı bakımından vasıflandırma yoluna gidilecekse tüketici sözleşmesi bakımından da bu yolun tercih edilmesi mantıklı olurdu. Zira iki kavramın kapsamı da TKHK'dan yola çıkılarak belirlenecektir.

736 Güngör, ***MÖH***, s. 194. Aynı yönde görüş bildiren Pürselim, tüketici sözleşmelerinin tanımlanmasının aynı zamanda mukayeseli hukukla da uyumlu olması nedeniyle yerinde bir düzenleme olduğunu savunmaktadır (Pürselim, "Tüketici Sözleşmeleri", s. 79).

737 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 351, dn. 481. Aynı yönde bkz. Zeynep Derya Tarman, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", ***Public and Private International Law Bulletin***, 2019, 39(1), s. 330.

738 TKHK m. 3/1-l: "*Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi (...) ifade eder.*"

739 Tarman, "Tüketicinin Korunması", s. 330.

farklı bir tüketici sözleşmesi tanımı öngörülmüş kanısı uyandırarak karışıklığa neden olmaktadır.

Tüketici sözleşmesinin tanımına yer verilmiş olmasına farklı bir yönden yaklaşan *Sirmen*, MÖHUK m. 26'nın uygulanabilmesi için taraflardan birisinin tüketici sıfatına sahip olması gerektiğinden[740] bu maddede "tüketici" yerine "tüketici sözleşmesi" nin tanımının yapılmış olmasını eleştirmektedir[741]. Nitekim TKHK'da da tüketici sözleşmesi değil "tüketici" ve "tüketici işlemi" kavramları tanımlanmaktadır (m. 3/1-k, l)[742]. Biz de kanun koyucunun bu tercihini anlayamamakla birlikte yukarıda ifade ettiğimiz gerekçe ile hem "tüketici" hem de "tüketici sözleşmesi"ne ilişkin bir tanıma yer verilmemesini daha uygun görüyoruz. *Sirmen*'e göre maddenin diğer bir sıkıntısı tüketici sözleşmelerinde tüketici tarafın bir tüzel kişi olabileceğinin hiç dikkate alınmamasıdır. Şöyle ki[743]; TKHK'ya göre tüzel kişiler de tüketici olabilir (m. 3/1-k). Ancak MÖHUK m.26'da "tüketicinin mutad mesken hukuku" ifadesi kullanılmaktadır[744]. Mutad mesken[745] ise gerçek kişilere özgü bir kavramdır. Dolayısıyla maddenin tüzel kişi tüketiciler hakkında uygulanması mümkün görünmemektedir[746].

26. maddenin dördüncü fıkrasına göre paket turlar hariç, taşıma sözleşmeleri ile tüketiciye hizmetin onun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmeler[747] maddenin kapsamında yer almamaktadır. Dolayısıyla bu iki sözleşme türü bakımından yapılan hukuk seçimi anlaşmaları birinci fıkrada öngörülen sınırlamaya tabi olmayıp genel kurala tabidirler. Hizmetin

---

740 Aynı yönde bkz. Çalışkan, s. 32.

741 Kazım Sedat Sirmen, ***Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini***, Yetkin, Ankara, 2016, s. 163.

742 Tüketici tanımına yer verilmemiş olmasını kanunun sistematiğiyle uyumlu bulan karşı görüş için bkz. Pürselim, "Tüketici Sözleşmeleri", s. 77.

743 Sirmen, ***Culpa in Contrahendo***, s. 163.

744 Roma Sözleşmesi'nde tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimini öngören hükümde tüketici için "bir kişi" (*a person*) ifadesi kullanılırken (m. 5/1) Roma I Tüzüğü'nde bunun yerine "bir gerçek kişi" (*a natural person*) ifadesi tercih edilmiştir (m. 6/1). Böylece tüzel kişilerin Tüzük kapsamında tüketici olarak kabul edilmediği ortaya konmuştur.

745 Mutad mesken kavramı hakkında açıklama için bkz. ***Birinci Bölüm, IV. A. 2. a.***

746 Aynı yönde bkz. Pürselim, "Tüketici Sözleşmeleri", s. 78.

747 Örneğin, 2021 yılında "lezzet ödülü" alan ve dünyanın en iyi pizzasını yaptığı söylenen Napoli'deki bir İtalyan pizza restoranının başlatmış olduğu pizza yapım kursuna hobi amaçlı olarak katılan ve İstanbul'da yaşayan Türk vatandaşı (A), aslen Trabzonlu olan dedesinin ölmeden önceki isteği üzerine Trabzon'daki bir hocadan Lazca dersleri almak için Türkiye'ye gelen ve Köln'de yaşayan Alman vatandaşı (H)'nin aldıkları bu hizmetler mutad meskenlerinin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede sağlanması zorunlu olan hizmetlerdir. Benzer örnekler için bkz. Pürselim, "Tüketici Sözleşmeleri", s. 82; Tarman, "Tüketicinin Korunması, s. 332.

bütünüyle yabancı bir ülkede sağlandığı sözleşmelerin madde kapsamı dışında bırakılmasının nedeni bu sözleşmeler bakımından milletlerarası özel hukukun tüketiciyi kendi mutad meskeni hukukuna göre koruma amacının bulunmamasıdır[748]. Konaklama ve ulaşım gibi hizmetlerin bir arada sağlanmasını konu edinen paket tur sözleşmeleri[749] ise maddenin uygulama alanı içindedir. Eğer ki bir turizm işletmesi tüketiciye paket tur sağlarsa m. 26'nın, yalnızca konaklama hizmeti ya da yalnızca seyahat hizmeti sağlarsa genel kuralın (m. 24) uygulama alanına girer[750]. Doktrinde paket tur sözleşmelerinin m. 26'nın kapsamına dahil olması için ikinci fıkranın a, b ve c bentlerinde öngörülen şartları taşıması gerekmediği kabul edilmektedir[751]. Paket tur sözleşmeleri m. 26 kapsamında yer aldığından bu sözleşmelerde hukuk seçimi imkânı da birinci fıkradaki sınırlamaya tabidir[752].

MÖHUK m. 26'nın uygulama alanı ile ilgili tartışmalı olan diğer bir husus hukuk seçimini öngören birinci fıkranın uygulanabilmesi için tüketici sözleşmesinin ikinci fıkrada sayılan niteliklerden birine sahip olmasının gerekip gerekmediğidir. Bir görüşe[753] göre ikinci fıkrada objektif sözleşme statüsünün (tüketicinin mutad mesken hukukunun) uygulanabilmesi için öngörülen haller (a, b ve c bentleri)[754], birinci fıkrada öngörülen hukuk seçimi imkânı bakımından da bağlayıcıdır. Diğer bir deyişle bir tüketici sözleşmesinde hukuk seçimi yapılması halinde birinci fıkrada öngörülen

---

748 Taşıma sözleşmelerinden eşyanın taşınmasına ilişkin olanlar hakkında koşulları sağladığı ölçüde özel hüküm olan MÖHUK m. 29, bu maddenin kapsamına girmeyen eşya taşıma sözleşmeleri ve yolcu taşıma sözleşmeleri hakkında ise genel kural olan m. 24 hükümleri uygulanır (Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır). Aynı şekilde hizmetin tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede sağlanması zorunlu olan sözleşmeler de m. 24'teki genel kurala tabidir.

749 Sözleşmenin paket tur sözleşmesi olup olmadığı da vasıflandırma problemi olup Türk hukukuna göre çözülmelidir. Paket tur sözleşmesi, TKHK m. 51/1'de tanımlanmıştır.

750 Tekinalp, ***MÖH,*** s. 337.

751 Doğan, ***MÖH***, s. 432; Pürselim, "Tüketici Sözleşmeleri", s. 82; Tarman, "Tüketicinin Korunması", s. 335. Aksi yönde görüş için bkz. Ayfer Uyanık, "Turizmde Yabancı Tüketicilerin Hukuki Sorunları", ***Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016*** (ed. Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık), Bilge, 2016, s. 284; Güngör, ***MÖH***, s. 196.

752 26. maddenin dördüncü fıkrasında öngörülen istisna hükmü hakkında açıklamalar için bkz. Akıncı, ***MÖH***, s. 61; Çelikel/Erdem, s. 425; Güngör, ***MÖH***, s. 196; Güngör, "The Principle of Proximity", s. 17; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 353.

753 Pürselim, "Tüketici Sözleşmeleri", s. 81; Tarman, "Tüketicinin Korunması", s. 333.

754 MÖHUK m. 26/2: "*Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde, tüketicinin mutad meskeni hukuku uygulanır. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için; a) Sözleşme, tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede, ona gönderilen özel bir davet üzerine veya ilân sonucunda kurulmuş ve sözleşmenin kurulması için tüketici tarafından yapılması gerekli hukukî fiiller bu ülkede yapılmış veya b) Diğer taraf veya onun temsilcisi, tüketicinin siparişini bu ülkede almış veya c) İlişkinin bir satım sözleşmesi olması hâlinde, satıcı tüketiciyi satın almaya ikna etmek amacıyla bir gezi düzenlemiş ve tüketici de bu gezi ile bulunduğu ülkeden başka ülkeye gidip siparişini orada vermiş, olmalıdır.*"

korumanın geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin mesleki veya ticari amaçla akdedilmemiş olması şartına ek olarak ikinci fıkrada aranan niteliklerden birine sahip olması gerekir. Zira 26. maddenin amacının her tüketici sözleşmesini madde kapsamına almak değil yalnızca özellik arz eden bazı sözleşmeleri özel olarak düzenlemek olduğu ifade edilmektedir[755]. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre mesleki veya ticari olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanan bir tüketici sözleşmesi ikinci fıkradaki hallerden birinin kapsamına girsin ya da girmesin, birinci fıkrada hukuk seçimi bakımından öngörülen korumadan faydalanır[756]. Bu yaklaşım Kanun'un sistematiği bakımından daha uygun görünmektedir. Zira kanaatimizce kanun koyucunun amacı ikinci fıkradaki şartları hukuk seçimi bakımından da öngörmek olsaydı, ilk fıkrada tüketici sözleşmesinin tanımını yaparken bu şartları da tanıma dahil ederdi. Ayrıca hukuk seçimi bakımından ikinci fıkradaki şartlardan birinin aranması halinde tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hükümlerinin sağladığı asgari korumadan faydalanma şartları ağırlaştırılmış olur ki bu zayıf tarafın korunması ilkesiyle de bağdaşmaz.

ii. Mutad Mesken Hukukunun Sağladığı Koruma

Tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtikleri hukuka tabidir (MÖHUK m. 26/1)[757]. Tüketicinin mutad meskeni hukuku, hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak olan objektif bağlama statüsüdür. Bu sözleşmelerde Kanun'daki genel yaklaşımın aksine sözleşmeyle en yakın ilişki hukuk değil sözleşmenin tarafı olan tüketici ile en yakın ilişkili hukuk dikkate alınmıştır[758].

MÖHUK m. 26/1'de sınırlı bir hukuk seçimi imkânının getirilmesinin nedeni daha zayıf ve tecrübesiz konumda bulunan tüketicinin aleyhinde olan hükümlerin

---

755 Tarman, s. 333. İkinci fıkrada sayılan hallerin milletlerarası özel hukukun tüketiciyi kendi mutad meskeni hukukuna göre koruma amacı bulunan haller olduğu ifade edilmektedir (Güngör, ***MÖH***, s. 195).

756 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 351.

757 Benzer bir düzenleme için bkz. Roma I Tüzüğü m. 6/1 (Roma Sözleşmesi m. 5/1). *IPRG*'de ise tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimine izin verilmemiştir (m. 120/2). ABD hukukuna bakıldığında ne *Restatement* II'de ne de *UCC'*de bu hususla ilgili herhangi bir hüküm bulunmaktadır. Ancak Amerikan mahkemeleri *Restatement II* §187/2-b'deki temel kamu politika doktrini uyarınca tüketicileri hukuk seçimine karşı korumaktadır. Buna göre; bir hukuk seçimi anlaşması, somut meselenin karara bağlanmasında seçilen devletten daha fazla maddi çıkara sahip olan ve hukuk seçimi yapılmaması halinde §188'e göre hukuku uygulanacak olan eyalet ya da devletin temel kamu politikasına aykırı olduğu ölçüde etkili olmaz (Rühl, s. 168).

758 Güngör, "The Principle of Proximity", s. 17.

hukuk seçimi yoluyla uygulanmasını engellemektir[759]. Tüketicinin mutad meskeni hukukunun tercih edilmesinin nedeni ise bu hukukun tüketicinin en iyi bildiği ve onu en iyi şekilde koruduğu kabul edilen hukuk olmasıdır[760]. Nitekim tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu yer onun fiilen yaşadığı, ekonomik ve sosyal ilişkilerini yoğunlaştırdığı yer olarak kabul edilmektedir[761].

Tüketicinin mutad meskeni hukukunun sağladığı koruma, asgari koruma düzeyini teşkil etmektedir[762]. Eğer ki seçilen hukuk tüketiciyi mutad meskeni hukukuna oranla daha iyi koruyor ise elbette seçilen hukuk herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın uygulanır. Bu durumda mutad mesken hukukunun emredici hükümleri[763] uygulama alanı bulmaz. Ancak seçilen hukukun sağladığı koruma mutad mesken hukukun emredici hükümlerinin sağladığı korumadan daha düşük ise, bu emredici hükümler seçilen hukukun daha az lehte olan hükümlerinin yerini alır[764]. Bu noktada milletlerarası özel hukuk adaleti değil, maddi hukuk adaleti devreye girmektedir[765].

Seçilen hukukun tüketicinin mutad meskeni hukukundan daha iyi koruma sağladığının ne şekilde tespit edileceği de önem arz etmektedir. Bu tespitin yapılabilmesi için seçilen hukukunun hükümlerinin, tüketicinin mutad meskeni hukukundaki tüketiciyi koruyucu nitelikli emredici hükümleri ile kıyaslanması gerekir. Doktrinde bu yöntem yararlılık karşılaştırması olarak adlandırılmaktadır[766]. Yararlılık karşılaştırması neticesinde seçilen hukukunun hükümlerinin daha lehte olduğu anlaşılırsa "yararlılık prensibi" gereğince hukuk seçimi geçerli kabul edilir[767].

---

759 Akıncı, ***MÖH***, s. 59; Pürselim, "Tüketici Sözleşmeleri", s. 76; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 351.

760 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde gerekçeleri, s. 9, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 07.04.2022.

761 Akıncı, ***MÖH***, s. 60.

762 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde gerekçeleri, s. 9, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 07.04.2022.

763 Burada bahsi geçen emredici kuralların kapsamına hem iç hukuk anlamında hem de milletlerarası nitelikte emredici kuralların, hem özel hukuk hem kamu hukuku karakterli emredici kuralların, hem de karma nitelikli emredici hukuk kurallarının dahil olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Güngör, "Tüketicinin Mutad Meskeni", s. 127; Güngör, ***MÖH***, s. 194.

764 Çelikel/Erdem, s. 424; Güngör, ***MÖH***, s. 194; Nomer, s. 356; Tekinalp, ***MÖH***, s. 336.

765 Güngör, ***MÖH***, s. 194.

766 Doğan, ***MÖH***, s. 427; Vahit Doğan, "Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması", ***Milletlerarası Hukuk Bülteni***, C.1, S. 2, s. 28. Yararlılık karşılaştırması yalnızca tüketici sözleşmeleri bakımından değil, hukuk seçiminin zayıf tarafı koruyucu biçimde sınırlandırıldığı iş sözleşmelerinde de geçerlidir.

767 Yararlılık karşılaştırması yapılırken izlenecek üç farklı yöntem bulunmaktadır. Bunlardan ilki seçilen hukuktaki hükümler ile tüketicinin mutad meskeni hukukunun (objektif bağlama kuralının gösterdiği hukuk) emredici hükümlerinin tek tek karşılaştırılması yoluyla tüketicinin (zayıf taraf)

Tersi durumda ise hukuk seçiminin tüketicinin mutad meskeni hukukunun daha fazla koruyucu hükümleri bakımından geçersiz olacağı, diğer hususlarda geçerliliğini koruyacağı ifade edilmektedir[768]. *Güngör* bu durumu "parçalanma" olarak nitelendirmektedir[769]. Yazar, parçalanma halinde hukuk seçiminin kısmi hukuk seçimine dönüştüğünü, her iki hukuka ait kuralların anlamlı bir bütünlük içinde birlikte uygulanabilmesinin gerekli olduğunu, eğer birlikte uygulanamıyorlarsa hukuk seçimi anlaşmasına hukuki sonuç bağlanamayacağını savunmaktadır. Kanaatimizce de tüketicinin mutad mesken hukukunun tüketiciyi koruyucu hükümlerinin daha lehte olması halinde, hukuk seçiminin tamamı geçersiz kabul edilmemeli yalnızca daha az koruyucu hükümler uygulanmamalıdır. Nitekim m. 26/1'de "*(...) asgari koruma saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtikleri hukuka tabidir*" ifadesi kullanılmaktadır. Bu ifadeden hukuk seçiminin tamamen geçersiz olacağına ilişkin bir anlam çıkarmak mümkün görünmemektedir. *Güngör*'ün ifade ettiği üzere burada kısmi bir hukuk seçiminin meydana geldiği söylenebilir. Ancak birinci bölümde açıkladığımız üzere kısmi hukuk seçiminin geçerli olabilmesi için sözleşmenin hukuki ve iktisadi açıdan bölünebilir nitelikte olması gerektiği genel olarak kabul görmektedir.

Tüketici bakımından daha elverişli hukukun tespitinde tüketicinin subjektif bakış açısının dikkate alınmaması gerektiği, hâkimin aynı sözleşme koşulları altında akıllı ve makul bir kişi nasıl bir tercihte bulunurdu ise, bunu dikkate alarak objektif bir bakış açısı ile karar vermesi gerektiği savunulmaktadır[770].

---

lehine olan hükümlerin tespit edilmesi ve uygulanmasıdır. Bu yöntem diğer iki yönteme göre tüketici için çok daha elverişlidir. İkinci yöntem olan toplu karşılaştırma yöntemine göre her iki hukuk düzeninde yer alan tüketici hukukuna ilişkin tüm hükümler bir bütün olarak dikkate alınır. Bu yöntem tüketici hukukuna ilişkin tüm hükümlerin dikkate alınmasının karşılaştırmanın amacını aşacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Grup olarak karşılaştırma yöntemine göre ise birbirleriyle bağlantılı hükümler birlikte dikkate alınır ve elverişli hukuk tespit edilir. Doktrinde birinci yöntemin uygulanması yönünde görüş bulunmaktadır (Nomer, s. 356). Ancak *Doğan*'a göre bu yöntem karşılaştırma yapılan her iki hukuk düzeninde zayıf taraf lehine hükümlerin birleştirilmesi ve tamamen yeni ve zayıf taraf lehine bir hukukun yaratılması anlamına geleceğinden uygulanmamalıdır[767]. Bunun yerine grup olarak karşılaştırma yöntemi tercih edilmelidir (Bkz. Doğan, "Zayıf Akit Taraflar", s. 29; Doğan, "Zayıf Akit Taraflar", s. 29'dan naklen Franz Gamillscheg, ***Ein Gesetz über das Internationale Arbeitsrecht***, ZfA, 1983, s. 335; Doğa Elçin, ***Milletlerarası Unsurlu ve Bireysel Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk***, Adalet, Ankara, 2012, s. 101-104).

768 Doğan, "Zayıf Akit Taraflar", s. 28.

769 Güngör, ***MÖH***, s. 195.

770 Detlev W. Belling, ***Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht*** (Vol. 1), Duncker & Humblot, 1984, s. 176; Doğan, ***MÖH***, s. 428; Doğan, "Zayıf Akit Taraf", s. 29, Tarman, "Tüketicinin Korunması", s. 339.

iii. Tüketici Sözleşmesinin Şekli

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin genel kural olan MÖHUK m. 24 sözleşmelerin şekli bakımından uygulanmaz. Sözleşmelerin şekline uygulanacak hukuk, hukuki işlemlerin şekli bakımından öngörülen MÖHUK m. 7'ye göre tespit edilir. Buna göre sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun ya da sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekil kurallarına uygun olarak yapılan sözleşmeler şeklen geçerlidir. Çeşitli sözleşme türlerinde -tüketici sözleşmeleri hariç- uygulanacak hukuku öngören özel hükümlerde de şekle ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla örneğin, iş sözleşmelerinin şekli geçerliliği MÖHUK m. 7'nin öngördüğü hukuka tabidir. Bu esas hukuk seçimi halinde de geçerlidir. Yani taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırmış olsalar da sözleşmenin şekli geçerliliği hakkında doğrudan seçilen hukuk değil MÖHUK m. 7 uygulanır.

Ancak tüketici sözleşmelerine ilişkin 26. maddede diğer sözleşme türlerinden farklı olarak sözleşmenin şekline tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür (m. 26/3). Fakat bu şekil kuralı tüm tüketici sözleşmeleri bakımından geçerli olmayıp yalnızca m. 26/2'de öngörülen şartlar altında yapılan tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanır. Yani tüketici sözleşmesi ikinci fıkradaki a, b ve c bentlerinden herhangi birinin kapsamına girmiyorsa bu sözleşmenin şekli MÖHUK m. 7'ye tabidir.

Tüketici sözleşmelerinin şekline hukuk seçimi yapılmış olsun veya olmasın tüketicinin mutad meskeni hukukunun uygulanacağı ifade edilmektedir[771]. Yukarıda açıkladığımız üzere biz m. 26/1'de tanımlanan tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılabilmesi için MÖHUK m. 26/2'de sayılan hallerin gerçekleşmesinin gerekmediğini düşünmekteyiz. Bu yaklaşımla hareket edildiğinde hukuk seçimi yapılan tüketici sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk konusunda iki ihtimal ortaya çıkar. Birinci ihtimalde, eğer ki hukuk seçimi yapılan tüketici sözleşmesi ikinci fıkrada sayılan hallerden birinin kapsamına giriyorsa bu sözleşmenin şekline m. 26/3'teki kural uygulanır. Ancak hukuk seçimine konu olan tüketici sözleşmesi ikinci

[771] Tarman, "Tüketicinin Korunması", s. 340. Yazar hukuk seçimi yapılan tüketici sözleşmelerinin m. 26 kapsamına girebilmesi için m. 26/2'de öngörülen hallerden birinin kapsamına giriyor olması gerektiğini savunmaktadır. Bu yaklaşımdan hareket edildiğinde tüm hukuk seçimi yapılan sözleşmeler m. 26/2'deki hallerin kapsamına girdiğinden şekli geçerlilikleri de tüketicinin mutad meskeni hukukuna tabidir.

fıkrada sayılan hallerin kapsamına girmiyorsa sözleşmenin şekline m. 26/3'ün uygulanması mümkün olmadığından genel kural m. 7 uygulanmalıdır.

Tüketici sözleşmeleri bakımından özel bir şekil kuralının öngörülmüş olmasının nedeni alternatif bir uygulama metodu getiren genel şekil kuralının, tüketici sözleşmelerinin niteliği ile bağdaşmamasıdır[772]. Zira genel kuralın uygulanması halinde, daha zayıf konumda bulunan tüketicinin aşina olmadığı bir hukuka tabi olarak sözleşme akdetmesi gerekeceğinden istismar edilmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir[773]. Ayrıca, tüketici sözleşmelerinde esasa ve şekle uygulanan hukukta birlik sağlanmasının tüketici için yararlı olduğu genel olarak kabul edilmektedir[774]. Bu şekilde tüketici hem sözleşmenin maddi hem de şekli geçerliliği bakımından kendi mutad meskeni hukukunun standartlarıyla korunmaktadır[775].

iv. Hukuk Seçimine İlişkin Genel Kuralın Tüketici Sözleşmeleri Bakımından Uygulanması

Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin 26. maddede hukuk seçiminin açık ya da örtülü olarak yapılması, kısmi seçim yapılıp yapılamayacağı, seçimin yapılış zamanı gibi hususlarda hüküm öngörülmemiştir. Hukuk seçimine ilişkin öngörülmeyen tüm hususlar niteliğine uygun düştüğü ölçüde sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel kurala (m. 24/1-3) tabidir[776]. Örneğin, taraflar tüketici sözleşmesinin bir kısmına uygulanmak üzere kısmi hukuk seçimi yapabilirler. Ya da hukuk seçimini asıl sözleşmeye ekledikleri bir şart ile yahut ayrı bir hukuk seçimi sözleşmesi ile yapabilecekleri gibi uyuşmazlık çıktıktan sonra da yapabilirler.

Bu kapsamda doktrinde tüketici sözleşmelerinde örtülü hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı üzerinde ayrıca durulmuştur. Hâkim görüşe göre m. 26/1'de bu hususa ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediğinden taraflar tüketici

---

772 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 20, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf,, 10.04.2022.

773 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 353.

774 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 20, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf,, 10.04.2022.

775 Güngör, ***MÖH***, s. 195.

776 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 323; Tarman, "Tüketicinin Korunması", s. 339. Birinci bölümde m. 24'te öngörülen hukuk seçimine ilişkin esaslar detaylı olarak ele alındığından burada tekrar açıklama yapılmayacaktır.

sözleşmesine uygulanacak hukuku açık ya da örtülü olarak kararlaştırabilirler[777]. Eğer ki örtülü olarak seçilen hukuk tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümlerinden her durum ve şart altında daha iyi bir koruma sağlıyorsa bu hukukun sözleşmeye uygulanabileceği savunulmaktadır[778]. Aksi yöndeki görüşe göre her ne kadar genel kural uyarınca tüketici sözleşmeleri bakımından açık ya da örtülü hukuk seçimi mümkün olsa da bu sözleşmelerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda örtülü hukuk seçimi zayıf tarafın korunması ilkesi ile bağdaşmayacağından sadece açık hukuk seçimi kabul edilmelidir[779]. Zira tüketicinin ticari veya mesleki faaliyet yürüten karşı tarafça örtülü hukuk seçimi yoluyla kolayca yanıltılabileceği ifade edilmektedir. Kanaatimizce tüketici sözleşmeleri bakımından örtülü hukuk seçiminin kabul edilmesi halinde zayıf taraf olan tüketicinin korunmamış olacağı endişesi gereksizdir. Zira tüketicinin karşı tarafça yanıltılma riski açık hukuk seçimi halinde de söz konusudur. 26. maddede taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınması zaten bu gibi durumlar düşünülerek getirilmiş bir düzenlemedir. Taraflar ister açık ister örtülü olarak tüketiciyi daha az koruyan bir hukuku seçmiş olsunlar, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümlerinin sağladığı asgari koruma etkili olacaktır.

b. Roma I Tüzüğü'ndeki Düzenleme

"*MÖHUK m. 26'nın akademik raporunda bu hükmün kaleme alınmasında 1980 tarihli Roma Sözleşmesi'nden yararlanıldığı bildirilmektedir*"[780]. Sözleşmedeki tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin hükümler (m. 5) bazı değişiklikler ile şu an yürürlükte olan Roma I Tüzüğü'nde de yerini almıştır[781]. Dolayısıyla Sözleşme hükümleri yerine Tüzük'ün ilgili hükümlerini MÖHUK'taki hükümlerden farklılık gösterdiği ölçüde ve genel hatlarıyla incelemeyi uygun görüyoruz.

Tüzük'ün 6. maddesinde tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuk düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasında tüketici sözleşmesi "*mesleki veya ticari*

---

777 Güngör, ***MÖH***, s. 194; Hacı Can/Ekin Tuna, ***Milletlerarası Özel Hukuk***, Adalet, 5. Baskı, 2021, s. 468; Nomer, s. 355; Pürselim, "Tüketici Sözleşmeleri"; s. 84, Tarman, "Tüketicinin Korunması", s. 340.

778 Pürselim, "Tüketici Sözleşmeleri", s. 84.

779 Çalışkan, s. 41.

780 Güngör, ***MÖH***, s. 193'ten naklen Gelgel/Erdem, Akademik Rapor, s. 87 (Kaynak künyesine ulaşılamamıştır).

781 Roma Sözleşmesi m. 5'in başlığı "Belirli tüketici sözleşmeleri" (*Certain consumer contracts*) iken Tüzük'te bu sınırlamadan vazgeçilerek "Tüketici sözleşmeleri" (*Consumer contracts*) başlığı kullanılmıştır (m. 6). Roma Sözleşmesi m. 5 hakkında incelemeler için bkz. Atamer, s. 427 vd.; Lando, "Contractual Obligations", s. 72 vd; Lando/Nielsen, s. 38 vd.

olmayan bir amaç için hareket eden gerçek kişi (tüketici-consumer) ile mesleki veya ticari amaçla hareket eden diğer bir kişi (professional[782]) arasında yapılan sözleşme" olarak tanımlanmaktadır. MÖHUK'tan farklı olarak sözleşmenin her iki tarafının tanımından yola çıkarak bir tüketici sözleşmesi tanımı ortaya konulmaktadır. Ayrıca tüketicinin yalnızca "gerçek kişi" olabileceği öngörülmektedir. Bir diğer farklılık ise MÖHUK m. 26/1'de tüketici sözleşmesinin konusu bakımından getirilen "mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik" olma sınırlamasına burada yer verilmemektedir[783]. Yani tüketici sözleşmesinin kapsamı genişletilmektedir. Bu kapsamda her türlü tüketici kredisi sözleşmeleri ve elektronik ortamda maddi olmayan malların satışına ilişkin sözleşmelerin bu madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir[784]. Bu yaklaşım zayıf taraf olan tüketiciye Birlik içinde daha geniş kapsamda koruma sağlayacağından önemli bir yenilik olarak değerlendirilmektedir[785].

Tüzük'te yukarıdaki niteliklere sahip tüketici sözleşmelerine objektif bağlama statüsü olarak "tüketicinin mutad meskeni hukukunun" uygulanacağı öngörülmektedir (m. 6/1). Ancak bunun için sözleşmenin karşı tarafının *(professional*) (a) ve (b) bentlerindeki[786] niteliklerden birini taşıması ve sözleşmenin de bu tür faaliyetler kapsamında yapılmış olması gerekir (m. 6/1)[787].

---

782 Bu kavram Türkçe'ye "profesyonel" olarak geçmişse de burada kullanıldığı anlamıyla "mesleğini icra eden kişi" olarak tanımlanabilir.

783 Roma Sözleşmesi m. 5/1 hükmü MÖHUK ile paraleldir. Roma Sözleşmesi bakımından devredilebilir menkul kıymetler "mal" kavramı kapsamında kabul edilmemiştir. Dolayısıyla m. 5, hisse senetlerinin ve diğer finansal araçların satışına ilişkin sözleşmelere uygulanmamıştır (Francisco J. Garcimartin Alferez, "The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments," ***Journal of Private International Law***, 5(1), 2009, s. 88).

784 Alferez, s. 97; Tarman, "Roma I Tüzüğü", s. 319'dan naklen Stephen Leible/Matthias Lehmann, Die Verordnung Ober das auf vertragliche SchuldverhAiltnisse anzuwendende Recht, RIW, 2008, s. 537.

785 Çalışkan, s. 48.

786 "*Sözleşmenin karşı tarafı; (a) Tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülkede ticari veya mesleki faaliyetlerini sürdürüyorsa veya (b) herhangi bir şekilde bu faaliyetleri o ülkeye veya o ülke dahil birkaç ülkeye yönlendiriyorsa*". İkinci bendi bir örnekle somutlaştırmak gerekirse: Mutad meskeni İtalya'da bulunan ve Hollanda vatandaşı olan bir tüketici, Hollanda'da faaliyet gösteren bir teknoloji firmasının web sitesi üzerinden notebook satın alır ve teslimat adresi olarak İtalya'daki adresini bildirir. Tüketicinin kabul ettiği mesafeli satış sözleşmesinde uygulanacak hukuk Hollanda hukuku olarak kararlaştırılmıştır. Bu durumda tüketici sözleşmesine Hollanda hukuku uygulanır. Ancak İtalya hukukunun tüketici koruyucu emredici hükümleri saklıdır. Benzer bir örnek için bkz. Tarman, "Roma I Tüzüğü", s. 321.

787 Roma Sözleşmesi'nde objektif bağlama statüsünün uygulanması için öngörülen bu haller üç bent halinde öngörülmüştür. Sözleşmede düzenlenen haller tüketici ile tacir arasında doğrudan bir bağlantı aradığından hükmün kapsamı daralmıştır. Bkz. Tarman, "Roma I Tüzüğü", s. 321.

Maddenin ikinci fıkrasında ise tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi düzenlenmektedir. Bu fıkra uyarınca tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılabilmesi için birincisi, sözleşmenin tüketici için mesleki veya ticari amaçlı faaliyetler dışında kalması, karşı taraf için ise ticari veya mesleki bir amaç için yapılmış olması gerekir. İkincisi, sözleşmenin (a) ve (b) bentlerindeki şartlardan birisini sağlıyor olması gerekir. MÖHUK'tan farklı olarak burada objektif bağlama statüsünün uygulanması için aranan (a) ve (b) bentlerindeki şartlar açıkça hukuk seçimi bakımından da aranmaktadır[788]. Diğer bir farklılık m. 6/2'deki seçimin, sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel kurala (m. 3) göre yapılacağının açıkça öngörülmüş olmasıdır. MÖHUK m. 26/2'de böyle bir hükme yer verilmese de yorum yoluyla bu sonuca ulaşılabilmektedir[789].

Maddenin dördüncü fıkrasında ise hangi hallerde tüketici sözleşmelerinin bir ve ikinci fıkraların kapsamına girmeyeceği tek tek sayılmaktadır. Tüzük, Roma Sözleşmesi ve MÖHUK'taki istisna hükümlerine oranla bu halleri çok daha geniş ve detaylı biçimde öngörmektedir (m. 6/4-a, b, c, d, e)[790]. Bunun dışındaki hususlarda Tüzük hükümleri ile MÖHUK hükümlerinin aynı doğrultuda olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin her iki düzenlemeye göre seçilen hukuk tüketicinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun emredici hükümlerinden daha fazla koruma sağladığı ölçüde uygulanır[791].

2. İş Sözleşmeleri

İş sözleşmelerine uygulanacak hukuk milletlerarası özel hukukta üzerinde hassasiyetle durulan konulardan birisidir. Zira sözleşmenin tarafları olan işçi ve işveren arasında ekonomik ve sosyal açıdan bir eşitlik bulunmamaktadır[792]. Sözleşmenin kurulması aşamasında işçinin işveren ile eşit pazarlık gücüne sahip olmaması ve sözleşmenin kurulmasından sonra işçinin işverene bağlı olarak ve onun talimatları altında çalışması işçiyi zayıf taraf konumuna getirmektedir[793]. Dolayısıyla

---

788 MÖHUK m. 26/2'de objektif bağlama statüsünün uygulanabilmesi için öngörülen hallerin, hukuk seçimine ilişkin birinci fıkra bakımından uygulanmayacağı yönündeki görüşümüzü ve aksi yöndeki görüşü yukarıda ifade etmiştik.

789 Bkz. ***İkinci Bölüm, I. A. 1. a. iv.***

790 Çalışkan, s. 48; Alferez, s. 88.

791 Hükümde "emredici kurallar" için "anlaşma yolu ile istisna edilemeyen hükümler" kavramı kullanılmaktadır.

792 Çörtoğlu Koca, ***Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmeler***, s. 44; Sarper Süzek, ***İş Hukuku***, Beta, 7. Baskı, İstanbul, 2011, s. 3.

793 Akıncı, ***MÖH***, s. 61; Kropholler, s. 487; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 354.

maddi hukukta olduğu gibi milletlerarası özel hukuk bakımından da zayıf taraf olan işçiyi koruyucu düzenlemelerin yapılması gerekli görülmektedir[794]. Bu kapsamda milli ve milletlerarası düzenlemelerin iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin hükümlerinde hem tarafların irade serbestisi işçiyi koruma düşüncesi ile sınırlandırılmakta hem de objektif bağlama kuralı işçinin lehine olacak şekilde öngörülmektedir.

a. MÖHUK'taki Düzenleme

Türk kanunlar ihtilafı hukukunda da iş sözleşmelerinin kendine özgü yapısı ve sahip olduğu önem dikkate alınmış ve bu sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından MÖHUK'ta özel hüküm öngörülmüştür. Yabancı unsurlu[795] iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin 27. madde, MÖHUK ile getirilen yeniliklerden birisidir. 2675 sayılı MÖHUK'ta iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk hakkında özel bir hükme yer verilmemiştir. İş sözleşmelerine uygulanacak hukukun, sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin genel kural olan 24. maddeye göre tespit edileceği kabul edilmiştir[796]. Bu maddede ise sözleşmelerin zayıf tarafını koruyucu nitelikte herhangi bir hükme yer verilmemiştir. İşçinin korunması bakımından yalnızca kamu düzeni müdahalesi etkili olmuştur[797]. Dolayısıyla iş sözleşmelerinde, kamu düzeni müdahalesi saklı kalmak üzere, objektif sözleşme statüsüne nazaran işçiyi daha

---

794 Kropholler, s. 486.

795 Yargıtay iş sözleşmeleri bakımından yabancılık unsurunu şu şekilde açıklamaktadır; "*İşçinin veya işverenin yabancı olması, işverenin işletme merkezinin yabancı bir ülkede bulunması, işçinin kendi işini mutad olarak yabancı bir ülkede yapması veya iş ilişkisinin yabancı bir ülke ile sıkı irtibatlı olduğunun durumun genelinden anlaşılması gibi hâllerde iş sözleşmesinde yabancılık unsurunun bulunduğundan söz edilir*". Bkz. 9. HD, 28.09.2021, E. 2021/6922, K. 2021/13157. Aynı yönde bkz. 9. HD, 20.10.2021, E. 2021/10366, K. 2021/14521; 9. HD, 13.04.2021, E. 2021/2498, K. 2021/8086.

796 Çelikel/Erdem, s. 431. "*Bu olayda, iş akdinin işveren tarafı Suudi vatandaşı Abdülaziz ve iş Suudi Arabistan'da okul inşası olup, işin yapıldığı yer-işyeri Suudi Arabistan topraklarında bulunduğundan ötürü, kişi ve toprak bakımından yabancı unsur oluşmuştur. Bu nedenle, olaya Milletlerarası Özel Hukukun uygulanması gerekmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 1. maddesinde yazılı olduğu şekli de öncelikle uygulanmak üzere Suudi Arabistan Krallığı ile Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti arasında bu konuda yapılmış milletlerarası sözleşme bulunmadığından dolayı, uyuşmazlığın, anılan Kanunun 24. maddesi çevresinde çözümlenmesi zorunludur. Söz konusu Kanunda, iş sözleşmeleri için ayrık bir düzenleme mevcut olmadığından, "sözleşmeden doğan borç ilişkilerine" ilişkin ihtilafları düzenleyen 24. maddenin, iş akitlerine de uygulanacağı tabiidir*" Yargıtay HGK, 07.06.1989, E. 1989/10-316, K. 1989/411.

797 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 355. Yargıtay 2675 sayılı MÖHUK döneminde 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesindeki kıdem tazminatına ilişkin hükmü kamu düzeninden kabul ederek (Mülga) MÖHUK m. 5 uyarınca doğrudan uygulanması gerektiğine hükmetmiştir (9. HD 6.7.1992 tarihli kararı). *Nomer* bu yaklaşımı, davada uygulanacak yabancı hukukun Türk hukukunda öngörülen kıdem tazminatına göre işçi için daha uygun olması ihtimalinde şüpheli bulmaktadır Bkz. Nomer, s. 167.

az koruyucu hükümler içeren bir hukuk seçiminin de geçerli kabul edilmesi mümkündü. Doktrinde ise kanunda açık hüküm öngörülmemekle birlikte iş sözleşmeleri bakımından genel kurala dayalı olarak hukuk seçimi yapılabileceği, ancak bu seçimin iş sözleşmelerinin niteliği gereği sınırlı olması gerektiği savunulmuştur[798]. Mülga MÖHUK'un yürürlükte olduğu dönemde İsviçre ve Alman Kanunları gibi çeşitli devlet kanunlarında ve Roma Sözleşmesi'nde iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin işçiyi koruyucu nitelikte özel hükümler bulunmaktaydı[799]. Mülga MÖHUK'un iş sözleşmeleri dahil olmak üzere borç ilişkilerinin kendine has özelliklerini dikkate almayan ve karşılaştırmalı hukuk ile uyumlu olmayan bu yaklaşımı eleştirilmiştir[800].

Eleştiriler dikkate alınarak MÖHUK'ta bu yaklaşımdan vazgeçilmiş ve iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku öngören özel bir madde getirilmiştir. 27. maddede taraflara, zayıf taraf olan işçiye aleyhine sonuçlar doğurabilecek bir hukuk seçiminin dayatılma ihtimali bulunduğundan sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır[801]. Maddenin birinci fıkrasına göre: "*İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir*". Mutad işyeri hukuku (*lex loci laboris*), m. 27/2 uyarınca taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak olan hukuktur.

i. Kuralın Uygulama Alanı

MÖHUK m. 27'nin başlığı "İş sözleşmeleri" olarak düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında da yalnızca iş sözleşmelerinin tarafların seçtikleri hukuka tabi olduğu öngörülmekte ve iş sözleşmesinin tanımı yapılmamaktadır[802]. Türk

---

798 Çelikel/Erdem, s. 432; Ergin Nomer, ***Devletler Hususî Hukuku***, Beta, 10. Bası, İstanbul, 2010, s. 306 vd.; Tekinalp, ***MÖH***, s. 331; Aksi yönde Doğan, "Zayıf Akit Taraf", s. 31 vd.

799 Avusturya MÖHK mülga m. 44/3 (Bkz. https://rdb.manz.at/document/ris.n.NOR12031330, 05.06.2022; *EGBGB* mülga m. 30/1 (Bkz. https://www.buzer.de/gesetz/5257/al22686-0.htm, 05.06.2022), *IPRG* m. 121/3; Roma Sözleşmesi m. 6/1.

800 Çelikel/Erdem, s. 434; Doğan, "Zayıf Akit Taraf", s. 35.

801 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 358; Tekinalp**,** ***MÖH***, s. 331. Kanun'da her ne kadar iş sözleşmelerinde hukuk seçimi imkânı açıkça düzenlenmişse de taraflar arasındaki hukuk seçimi anlaşmasına rağmen uyuşmazlığa Türk hukukunun uygulandığı kararlara rastlanmaktadır. Yargıtay bu yönde bir bölge adliye mahkemesi kararını bozmuştur: "*(...) Tüm bu hususlar dikkate alındığında, MÖHUK'un 27/1. hükmü kapsamında taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşması olduğu ve davacının da buna göre alacak talebinde bulunduğu dikkate alındığında uyuşmazlık hakkında Rusya Hukuku'nun uygulanması gerekmektedir*" (9. HD, 23.11.2021, E. 2021/11545, K. 2021/15731).

802 Roma Sözleşmesi ve Roma I Tüzüğü'nde de iş sözleşmesi, işçi ya da işveren kavramlarının tanımlarına yer verilmemektedir. *IPRG* m. 115'te de bu kavramlara ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir.

hukukunda iş sözleşmesi 4857 sayılı İş Kanunu'nda[803] tanımlanmaktadır. Bu kanuna göre "*İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir*" (m. 8/1)[804]. Aynı kanunda işçi "*bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi*" olarak tanımlanırken, işveren "*işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar*" olarak tanımlanmaktadır (m. 2/1). Yabancı unsurlu bir iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta Türk hâkimi iş sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiği, kimin işçi kimin işveren olduğuna ilişkin vasıflandırmayı Türk hukukuna (*lex fori*) göre yapacaktır[805].

27. maddenin başlığında ve hüküm kısmında "iş sözleşmeleri" ifadesi kullanıldığından uygulama alanının yalnızca bireysel iş sözleşmeleri ile mi kısıtlı olduğu yoksa toplu iş sözleşmelerinin de madde kapsamında olup olmadığı açık değildir. Madde gerekçesinde ise hem sınırlı hukuk seçimi imkânının hem de objektif bağlama statüsü olan "mutad işyeri hukukunun" bireysel iş sözleşmeleri bakımından öngörüldüğü açıkça ifade edilmiştir[806]. Yani MÖHUK'taki madde başlığı ve lafzı ile gerekçedeki açıklamalar uyumlu değildir. Bu nedenle doktrinde toplu iş sözleşmeleri bakımından m. 27 kapsamında hukuk seçimi yapılıp yapılamayacağı ve objektif sözleşme statüsünün uygulanıp uygulanmayacağı meselesi üzerinde önemle durulmuştur.

Bir görüşe göre 27. maddenin uygulama alanı bireysel iş sözleşmeleri ile sınırlıdır[807]. Dolayısıyla toplu iş sözleşmeleri yoluyla m. 27/1 kapsamında işçi lehine

---

803 22.05.2003 tarihli Kanun (RG. 10.06.2003-25134).

804 Alman hukukunda da iş sözleşmesi, bir kişinin başka bir kişiye onun talimatı altında belirli bir süre hizmet verdiği ve karşılığında ücret aldığı sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Kropholler, s. 487.

805 Nomer, s. 354; Tekinalp**, *MÖH***, s. 330.

806 "*İş hukukunun, kamu hukuku karakterli yönlerinin de bulunması ve işçinin edimini orada yerine getirmesi, "işyerinin bulunduğu ülke" hukukunun bu ilişkide objektif bağlama kuralı olarak uygulanmasını zorunlu kılmıştır. Bu gerekçelerle maddede, bireysel iş sözleşmelerinde, en sıkı ilişkili hukuk olarak "mutad işyeri hukuku"nun uygulanacağı kabul edilmiştir. Borç sözleşmeleri alanındaki genel yaklaşıma uygun olarak, bireysel iş sözleşmeleri konusuda da hukuk seçimi imkânı kabul edilmiş ve bağlama kuralı düzenlenirken ilk sırayı almıştır*". Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 20, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 05.06.2022. Gerekçede objektif bağlama kuralının bireysel iş sözleşmeleri bakımından benimsendiğinin açık şekilde yer almadığı görüşü için bkz. Doğa Elçin, ***Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk***, Adalet, Ankara, 2012, s. 247.

807 A. İpek Sarıöz Büyükalp, "Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK m. 27/f. 3'ün Uygulanması Sorunu", **Hacettepe HFD**, C.8, S. 2, 2018, s. 199; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 335. Bu noktada çalışmamızın kapsamını aşacağından toplu iş sözleşmelerinde objektif bağlama statüsünün ne şekilde tespit edileceğine ilişkin tartışmalara yer vermemeyi uygun görüyoruz. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Elçin, s. 240 vd.

ve sınırlı hukuk seçimi yapılması mümkün değildir. Bu noktada akla, iş sözleşmelerinde MÖHUK m. 24'teki genel kural uyarınca hukuk seçimi yapılıp yapılamayacağı sorusu gelmektedir. Karşılaştırmalı hukukta, toplu iş sözleşmelerinde işçi bireysel olarak işverenle karşı karşıya bulunmadığından korunma ihtiyacı da olmayacağı için hukuk seçimi şartının genel kurala tabi olması, yani bireysel iş sözleşmelerinde hukuk seçimine ilişkin zayıf tarafı koruyucu nitelikteki sınırlamaların toplu iş sözleşmelerinde uygulanmayacağı kabul edilmektedir[808]. Bu görüşten hareketle Türk hukukunda da toplu iş sözleşmeleri yoluyla hukuk seçiminin doğrudan m. 24'e tabi olması ve m. 27/1'deki mutad işyeri hukukunun koruyucu etkisinin uygulanmaması kabul edilebilir. Ancak *Ekşi*'ye göre bir hukuk seçimi anlaşmasının kanunlar ihtilafı anlamında sonuç doğurabilmesi için belirli bir iş sözleşmesi hakkında yapılması gerektiğinden toplu iş sözleşmelerinde hukuk seçimine izin verilmemelidir[809]. Yazarın bu görüşünden toplu iş sözleşmelerinde yalnızca m. 27/1 kapsamında değil genel kural olan m. 24/1 kapsamında da hukuk seçimi yapılamayacağı sonucuna varılmaktadır[810].

Aksi yöndeki görüşe göre ise toplu iş sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılmasına izin verilmelidir[811]. Nitekim MÖHUK'ta bunu engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır[812]. Ancak tarafların toplu iş sözleşmeleri yoluyla m. 27/1'de öngörülen asgari koruma sınırlamasına tabi olmak koşuluyla hukuk seçimi yapabilecekleri savunulmaktadır[813]. Toplu iş sözleşmelerinde hukuk seçiminin, aynı işyerinde çalışan işçiler bakımından uygulanacak hukuk açısından birlik sağlayacağı

---

808 Elçin, s. 241; Aukje Van Hoek/Frank Hendrickx, ***International Private Law Aspects of Dispute Settlement Related to Transnational Company Agreements: Final Report***, European Commission, 2009, s. 24, https://pure.uva.nl/ws/files/1508066/93322_tca_final_report_nov_ah_fh_final_1_.pdf, 28.07.2022.

809 Nuray Ekşi, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", ***Kenan Tunçomağ'a Armağan***, İstanbul, 1997, s. 123, 124. Ayrıca bkz. Pınar Öztürk, "Milletlerarası Özel Hukukta İş Kazası", ***MHB***, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 811.

810 Pozitif hukuk açısından toplu iş sözleşmeleri yoluyla hukuk seçimi yapılmasının mümkün olmadığı hakkında ayrıca bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 359.

811 Çelikel/Erdem, s. 436; Elçin, s. 256; Öztürk, s. 811; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 160.

812 Elçin, s. 256. Yazar, 27. maddenin düzenlenmesindeki hukuk politikası incelendiğinde zayıf olarak kabul edilen tarafın işveren karşısında bireysel iş sözleşmesi akdeden tek bir işçi olduğunun açıkça görüldüğünü ifade etmekle birlikte MÖHUK'ta toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk konusunda örtülü bir boşluk olduğunu ve 27. maddenin kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır (Elçin, s. 247, 248).

813 Elçin, s. 255, 256.

ve işçiyi işverenin uygulanmasını istediği hukuku bireysel iş sözleşmesi yoluyla dayatmasına karşı koruyacağı ifade edilmektedir[814].

Kanaatimizce 27. maddenin, buna bağlı olarak birinci fıkradaki hukuk seçimi kuralının, toplu iş sözleşmeleri hakkında uygulanması mümkün görünmemektedir. Zira her ne kadar Kanun metninde açıkça "bireysel iş sözleşmesi" ifadesi kullanılmasa da gerekçeden hükmün bireysel iş sözleşmeleri bakımından öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Ayrıca MÖHUK'un hazırlık çalışmalarında dikkate alınan Roma Sözleşmesi'nin iş sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen 6. maddesinin başlığı "Bireysel iş sözleşmeleri"dir (*individual employement contracts*)[815]. Sözleşmeye ilişkin açıklayıcı raporda da maddenin toplu sözleşmelere (*collective agrements*) uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir[816]. Bunların yanı sıra 27. maddenin sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen işçiyi koruma amacı düşünüldüğünde toplu iş sözleşmeleri bakımından uygulanması makul görünmemektedir. Zira toplu iş sözleşmelerinin bir tarafında işveren ya da işveren sendikası bulunurken diğer tarafında çok sayıda işçiyi temsil eden işçi sendikaları bulunur. İşçi sendikaları tarafından temsil edilen işçilerin hukuki, ekonomik ve sosyal açıdan avantajlara sahip olduğu ifade edilmektedir[817]. Bu durum karşısında bireysel iş sözleşmelerinde söz konusu olan pazarlık güçleri arasındaki eşitsizliğin toplu iş sözleşmelerinde de bulunduğu söylemek güçtür. İşçiler bireysel iş sözleşmelerinde olduğu gibi tek başına ve zayıf konumda değil topluluk halinde ve daha güçlü konumdadırlar. Dolayısıyla toplu iş sözleşmelerinde hukuk seçimi imkânının zayıf tarafın korunması amacıyla sınırlandırılmasına ihtiyaç bulunmadığını söylemek mümkündür[818]. Ancak MÖHUK m. 24'teki genel kuraldan hareketle toplu iş sözleşmeleri yoluyla hukuk seçimi yapılabileceği kanaatindeyiz.

27. maddede öngörülen hukuk seçimi kuralının uygulama alanı ile ilgili değinilmesi gereken son husus ise işçinin meydana getirdiği fikrî ürünlere ilişkin

---

814 Çelikel/Erdem, s. 436; Elçin, s. 255; Öztürk, s. 811; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 359; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 160.

815 Aynı yönde bkz. Roma I Tüzüğü m. 8/1.

816 Giuliano/Lagarde, No C 282/25.

817 Elçin, s. 247.

818 Ancak bazı ülkelerde işverenlerin desteği ile kurulan ve onların denetiminde olan işçi sendikalarının (sarı sendika-*yellow union* ya da gözde sendika-*sweat heart union*) bulunduğu ve bir tarafın böyle bir sendika olduğu toplu iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından asgari bir korumanın gerekli olduğu ifade edilmektedir (Elçin, s. 247, 248). Türk hukukunda ise bu tarz sendikaların kurulması mümkün değildir.

sözleşmelerdir. İşçinin meydana getirdiği fikrî ürün (işçi buluşları ve tasarımlar) işçinin işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana gelmişse bu ürün üzerindeki fikrî mülkiyet haklarına ilişkin işçi ve işveren arasındaki sözleşmeler de iş sözleşmesine uygulanacak hukuka tabidir (m. 28/3)[819]. Zira söz konusu sözleşmeler iş sözleşmesinin bir parçası olarak kabul edilmektedir[820]. İşçinin iş ilişkisi sırasında yaptığı buluşlar üzerinde hak sahibi olup olamayacağı, işverenin hakları ve bildirim yükümlülükleri gibi hususlar iş sözleşmesi statüsüne tabi olur[821]. Taraflarca iş sözleşmesine uygulanacak hukuk kararlaştırılmışsa fikrî mülkiyet hakkına ilişkin sözleşme de bu hukuka tabi olur. *Nomer*'e göre taraflar iş sözleşmesine uygulanacak hukuku belirlerken, hukuk seçiminin yalnızca aralarındaki iş sözleşmesi için geçerli olduğunu kararlaştırmışlarsa bu hukuk fikrî mülkiyet hakkına ilişkin alanda uygulanmaz[822]. Ancak işçi ve işverenin fikrî mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmede ayrıca hukuk seçimi yapmış olmaları da mümkündür. Kanaatimizce bu durumda tarafların fikrî mülkiyet hakkına ilişkin sözleşme bakımından ortaya koymuş oldukları hukuk seçimi iradesine öncelik verilmelidir. Fakat taraflardan biri işçi olduğundan ve fikrî ürün işin ifası sırasında meydana getirildiğinden zayıf tarafın korunması ilkesi gereğince seçilen hukuk m. 27/1'deki sınırlamaya tabi olmak kaydıyla uygulanmalıdır.

ii. Mutad İşyeri Hukukunun Sağladığı Koruma

İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla tarafların seçtikleri hukuka tabidir (MÖHUK m. 27/1)[823]. İşçinin mutad işyeri hukuku, hukuk seçimi yapılmaması

819 Aynı yönde bkz. *IPRG* m. 122/3.

820 Nomer, s. 359; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 364.

821 Akıncı, ***MÖH***, s. 63.

822 Nomer, s. 359.

823 Roma I Tüzüğü m. 8/1'de (Roma Sözleşmesi m. 6/1) de iş sözleşmelerinde sınırlı hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır. Ancak işçi bakımından koruyucu hukuklar farklı öngörülmektedir. Aşağıda bkz. ***İkinci Bölüm, I. A. 2. b.*** İsviçre hukukunda ise iş sözleşmelerinde hukuk seçimi imkânı belirli hukuk düzenleriyle sınırlanmaktadır. Bunlar; işçinin mutad meskeni hukuku, işverenin işletmesinin bulunduğu yer hukuku ya da işverenin yerleşim yeri veya mutad meskeni hukukudur (*IPRG* m. 121/3). *Restatement II*'de ve *UCC*'de iş sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin özel bir kural öngörülmediğinden işçileri hukuk seçimine karşı koruyan bir hüküm de mevcut değildir. Ancak ABD hukukunda iş sözleşmelerinde hukuk seçimi bakımından tarafların tamamen özgür oldukları söylenemez. Zira mahkemeler temel kamu politikası gereğince iş yeri hukuku dışında bir hukukun uygulanmasını gerektiren hukuk seçimi anlaşmalarını geçersiz kılma eğilimindedirler (Rühl, s. 172). Ayrıca *Restatement II*'nin hukuk seçimine ilişkin genel kuralı olan 187. paragraf, taraflara sözleşmenin görünürde bir ilgisinin bulunmadığı bir devlet hukukunu makul bir dayanağa sahip olmaları halinde seçebileceklerini öngörürken bazı mahkemeler bu rehber hükme uygun kararlar vermemektedirler. Örneğin, davacısı *New Jersey*'de davalısı *Illinois*'te ikamet eden iş sözleşmesinden kaynaklanan bir tazminat davasında, sözleşmede *Illinois* kanunları seçilmiştir. Davalının *New York*'ta ve *Illinois*'te ofisleri bulunmakta ve davalının ofis adresi de *Illinois*'tedir.

halinde uygulanacak olan objektif bağlama statüsüdür (MÖHUK m. 27/2). Mutad işyeri[824], "*işçinin iş sözleşmesi süresince düzenli olarak fiilen çalıştığı yer*"[825], "*işveren için yapılacak işin ağırlık merkezinin bulunduğu yer*"[826] olarak tanımlanmaktadır[827]. Mutad işyerinin tespitinde işçinin işini nicelik, nitelik ve süre olarak hangi ülkede ağırlıklı olarak ve bir bütün halinde yerine getirdiğinin dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır[828].

İş sözleşmesinin devamı sırasında işyerinin değişmesi halinde, objektif bağlama statüsü olan mutad işyeri hukuku da değişmiş olur[829]. Buna bağlı olarak uygulanacak hukuk taraflarca belirlenmiş ise seçimin sınırını artık yeni mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyucu emredici hükümleri oluşturur[830]. Fakat iş ilişkisinin hemen sona ermesinden önce işveren tarafından işçinin yerinin -gerçek anlamda fiilen etkisi olmayacak şekilde- değiştirilmesinin mutad işyerinin değişikliğine sebep olmayacağı savunulmaktadır[831]. İşçinin aynı işveren tarafından, işini bir bütün halinde fiilen yürüttüğü ülke dışındaki başka bir ülkeye ya da ülkelere iş seyahati, montaj faaliyeti yürütmek üzere ya da fuar ve sergilerde görev almak üzere[832] geçici olarak bir ya da birden fazla kez gönderilmesi mümkündür. Örneğin Türkiye'deki bir inşaat şirketinin şantiyelerinde kaynak ustası olarak çalışan işçinin, ara ara farklı sürelerde Cezayir,

---

Sözleşme *New York*'ta imzalanmış ve davacının yerleşim yeri *New Jersey*'dir. Mahkeme, hukuk seçimine rağmen *New York*'un sözleşmeyle en sıkı bağlantılara sahip olduğuna ve bu nedenle *New York* kanunlarının geçerli olduğuna karar vermiştir. Bkz. McGuinness, s. 165, dn. 247.

824 Nomer'e göre işyerinin belirlenmesinde ticaret siciline kayıtlı bir firmanın söz konusu olup olmaması ya da bütün veya kısmi bir işletmenin bulunup bulunmaması dikkate alınmaz (Nomer, s. 351).

825 Güngör, ***MÖH***, s. 198.

826 Nomer, s. 351. Ayrıca bkz. Kropholler, s. 488.

827 Mutad işyeri kavramı hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Sarıöz Büyükalp, "Mutad İşyeri", s. 201 vd. Yargıtay mutad işyerini şu şekilde açıklamaktadır: "*Mutad işyeri, işin zaman ve içerik olarak ağırlıklı ifa edildiği işyeridir. Başka bir anlatımla, mutad işyeri, işçinin işini fiilen yaptığı yerdir. İşçinin ücretinin ne şekilde ve hangi para biriminden ödendiği mutad işyerinin belirlenmesi açısından belirleyici değildir. İşçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması, örneğin, montaj için yurt dışında görevlendirilmesi durumunda, bu işyeri mutad işyeri sayılmayacaktır. Geçici çalışmanın ne kadar olacağı her olayın özelliğine göre hâkim tarafından belirlenmelidir. İşçi sadece yabancı ülkede çalışmak için işe alınmışsa ya da işveren çalışmak üzere yabancı ülkeye gönderdiği işçisini geri alma niyetinden veya işçi geri dönme niyetinden vazgeçerse, yabancı ülkeye gönderilen işçinin fiilen çalıştığı yer, mutad işyeri hâline gelir*". Bkz. 9. HD, 28.09.2021, E. 2021/6922, K. 2021/13157. Aynı yönde bkz. 9. HD, 30.06.2021, E. 2021/6256, K. 2021/11171; 22. HD, 18.09.2019, E. 2016/9339 K. 2019/16564)

828 Nomer, s. 351; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 359.

829 Bu halde iş sözleşmesinin tamamlanmış kısımları önceki sözleşme statüsüne, devam etmekte olan iş ilişkisi ise yeni iş sözleşmesi statüsüne tabi olur (Nomer, s. 351, 354; Doğan, ***MÖH***, s. 429).

830 Nomer, s. 349

831 Nomer, s. 351.

832 Yalnızca fuar ve sergi gibi belirli bir yerde görev alan geçici nitelikteki işçilerin mutad işyeri ise fuar ya da sergi yeri olarak kabul edilmektedir (Nomer, s. 352).

Fas, Suudi Arabistan gibi ülkelerdeki şantiyelere çalışmak üzere gönderilmesi halinde işçinin mutad işyerinin her seferinde değiştiğinin kabulü mümkün değildir. Bu gibi haller işin ağırlık merkezi değişmeyeceğinden mutad işyerinin değişmesi olarak değil "işçinin gönderilmesi" ve "mutad işyerinin yayılması" olarak kabul edilmektedir[833]. Nitekim m. 27/2'de işçinin işini geçici olarak başka bir ülkede yapması halinde, bu işyerinin mutad işyeri sayılmayacağı açıkça öngörülmektedir[834]. İşçinin başka bir ülkeye uzun süreliğine gönderilmiş olması onun kalıcı olarak gönderilmiş olduğu ve mutad işyerinin değiştiği şeklinde yorumlanamayacağı ifade edilmektedir. Ancak bunun için mevcut bir mutad işyerinin varlığı ve tarafların bu mutad işyerinin korunması hususunda iradelerinin varlığı aranmaktadır[835].

Ancak işçinin işini belirli bir ülkede mutad olarak yapmayıp işini ifa ettiği yerin devamlı olarak değiştiği ve işin ağırlık merkezinin bulunduğu yerin tespit edilemediği hallerde mutad işyerinden bahsedilemez[836]. Örneğin, milletlerarası olarak faaliyet gösteren gezici dans, müzik, sirk gibi gösteri topluluklarında çalışan kişilerin, görevi milletlerarası bir şirketin değişik ülkelerdeki şubelerini denetlemek olan bir kişinin, sürekli olarak farklı ülkelerde haber yapan gazeteci ya da belgesel yapımcısının mutad işyerlerinin tespit edilmesi mümkün değildir[837]. Aynı şekilde sınır ötesi çalışan uzun yol şoförlerinin, milletlerarası hava, deniz ve demiryolu taşımacılığında çalışan personelin, bir şirketin ilaç mümessili olarak çeşitli ülkelerde sürekli olarak seyahat halinde bulunan kişilerin de mutad işyerleri bulunmamaktadır[838]. Kanun'da tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları ve mutad işyeri hukukunun tespit edilememesi halinde objektif bağlama statüsü olarak "işverenin esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku" öngörülmektedir (m. 27/3)[839]. Ancak 27. maddede mutad işyerinin bulunmadığı bir iş sözleşmesi bakımından tarafların hukuk seçimi yapması halinde koruyucu hukukun nasıl tespit edileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemektedir. Bu

---

833 Çelikel/Erdem, s. 433; Nomer, s. 352; Tekinalp**, *MÖH***, s. 333.

834 Aynı yönde bkz. Roma I Tüzüğü m. 8/2; Roma Sözleşmesi m. 6/2-a.

835 Nomer, s. 352.

836 Güngör, ***MÖH***, s. 198; Nomer, s. 352.

837 Akıncı, ***MÖH***, s. 62; Nomer, s. 353.

838 Akıncı, ***MÖH***, s. 62; Kropholler, s. 488; Nomer, s. 353.

839 İsviçre hukukunda ise bu halde iş sözleşmesinin işverenin işletmesinin (ya da işletme merkezinin) bulunduğu ülke hukukuna, böyle bir yer bulunmuyorsa işverenin yerleşim yeri veya mutad meskeni hukukuna tabi olacağı kabul edilmektedir (*IPRG* m. 121/2). Türk hukukunda da "esas işyeri" ile kastedilenin "idare merkezi" olduğu kabul edilmektedir (Doğan, ***MÖH***, s. 430; Tekinalp**, *MÖH***, s. 334). "*Esas işyeri ile kastedilen, işverenin işyeri merkezinin bulunduğu ülkedir. Örneğin, açık denizlerde görev alan gemi adamları bakımından esas işyerinin bulunduğu ülke hukuku önem taşır*" (Yargıtay 9. HD, 18.05.2021, E. 2021/4810, K. 2021/9191).

hususta doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. *Şanlı, Esen ve Ataman*'a göre bu halde m. 27/3 hükmünden hareket edilerek koruyucu hukuk tespit edilmelidir[840]. Yazarlar mutad işyerinin bulunmaması halinde hukuk seçimi bakımından "işverenin esas işyeri hukukunda"[841] yer alan hükümlerin asgari koruma standardı olarak kabulünü uygun görmektedirler.[842] *Güngör*'e göre ise işçinin işini mutaden yaptığı bir işyeri yoksa bu halde koruyucu hukuk da yoktur[843]. Yani bu görüşe göre seçilen hukukun uygulanmasını işçi lehine sınırlayan bir asgari koruma standardı bulunmadığından seçilen hukukun işçiyi koruyucu hükümlerinin doğrudan uygulanması gerekir. Kanaatimizce bu görüş daha isabetlidir. Zira işçinin işini devamlı olarak ve bir bütün halinde yerine getirdiği yerin hukukunu daha iyi bileceği varsayımıyla koruyucu hukuk olarak mutad işyeri hukuku tercih edilmiştir. Mutad işyerinin tespit edilememesi halinde bu varsayım da temelsiz kalacaktır.

27. maddede objektif bağlama statüsü ve koruyucu hukuk olarak "mutad işyeri hukukunun" tercih edilmesinin nedeni madde gerekçesinde "*iş hukukunun kamu hukuku karakterli yönlerinin de bulunması ve işçinin edimini orada yerine getirmesi*" olarak ifade edilmektedir. Ayrıca gerekçede bireysel iş sözleşmelerinde mutad işyeri hukukunun "en sıkı ilişkili hukuk" olarak uygulanacağı da belirtilmektedir[844]. Nitekim doktrinde de mutad işyeri hukukunun, iş sözleşmesi ile en sıkı ilişkili hukukun tespitinde en güçlü ölçüt olduğu kabul edilmektedir. Zira işçi işini sürekli olarak belirli bir yerde ifa ediyor olacağından işçi o işyerine uyum sağlamış olacaktır[845].

MÖHUK m. 27/1 ile iş sözleşmelerinin özel niteliği gereğince taraflara işçi lehine olmak üzere sınırlı hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır[846]. Seçilen hukuk işçi

---

840 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 355, dn. 491.

841 *Doğan*'a göre "işyeri" kavramı daha ziyade iş hukukunda değil ticaret hukukunda kullanılan bir kavramdır (Vahit Doğan, "5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*** C. XI, S.1-2, 2007, s. 161).

842 Yazarların bu görüşünden hareket edilirse işverenin esas işyerinin de bulunmadığı istisnai hallerde (örneğin, sabit herhangi bir işyeri bulunmaksızın çeşitli ülkelerde gezici olarak gösteri yapan sirk toplulukları) koruyucu hukukun nasıl tespit edileceği sorunu da ortaya çıkmaktadır. İşverenin esas işyerinin bulunmaması halinde objektif bağlama statüsü olarak m. 27/4 uyarınca iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişki halinde bulunan hukukun uygulanması önerilmektedir (Nomer, s. 353). Bu durumda hukuk seçimi bakımından koruyucu hukukun da "daha sıkı ilişkili hukuk" olduğunun kabulü gerekir.

843 Güngör, ***MÖH***, s. 198.

844 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 20, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 05.06.2022.

845 Doğan, ***MÖH***, s. 429.

846 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 20, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 05.06.2022. Roma Sözleşmesi (m. 6/1) ve Roma I Tüzüğü'nde (m. 8/1) de benzer bir sınırlama yer almaktadır. Ancak bu

bakımından, mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyucu emredici hükümlerinden daha elverişsiz hükümler içeriyorsa seçilen hukuktaki hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Burada mutad işyeri hukukunun işçiyi koruyucu "asgari koruma standardı" olarak kabul edilmekte ve hukuk seçimi yoluyla bu standardın altına inilmesi engellenmektedir[847]. Aksi halde işçinin hakkında hiçbir bilgi sahibi olmadığı ve onun için daha az koruma sağladığını bilmeksizin kabul ettiği bir seçime hukuki sonuç bağlanmış olur[848]. Bu da zayıf tarafın korunması ilkesi ile bağdaşmaz. MÖHUK m. 27/1 bu yönüyle "maddi hukuk adaletinin" sağlanmasına hizmet etmektedir[849].

Taraflarca seçilen hukuk ile işçinin mutad işyeri hukukundan hangisinin işçi bakımından daha elverişli olduğu tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi yararlılık karşılaştırması yapılarak tespit edilmelidir. Bu tespit yapılırken yalnızca somut uyuşmazlık bakımından uygulanması söz konusu hükümler tek tek karşılaştırılabileceği gibi bu hükümler ve bağlantılı oldukları diğer hükümler grup olarak dikkate alınmak suretiyle de karşılaştırma yapılabilir[850]. İlk yöntemin işçi için elbette ki daha elverişli olacağı ifade edilmekle birlikte işçiyi korumak adına bu derece dar bir karşılaştırma yapılması halinde işverenin cezalandırılması şeklinde sakıncalı bir sonucun doğabileceği de belirtilmektedir[851]. İlk yöntem yerine grup şeklinde karşılaştırma yönteminin tercih edilmesi önerilmektedir[852]. Örneğin, işçinin yıllık ücretli izin süresi ile ilgili bir uyuşmazlık çıktığında seçilen hukukun ve mutad işyeri hukukunun yalnızca izin süresine ilişkin hükümleri değil yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için tamamlanması gereken çalışma süresi, izin kullanma dönemi, iznin uygulanması, izin ücretinin hesaplanması gibi yıllık ücretli izne ilişkin hükümler grup halinde karşılaştırılmalıdır[853]. Bu şekilde hem işçinin lehine hareket edilmiş olacağı hem de işverenin menfaatinin tamamen yok sayılmamış olacağı savunulmaktadır[854].

---

düzenlemelerde yalnızca "mutad işyeri hukuku" değil mutad işyerinin bulunmaması halinde uygulanacak olan objektif bağlama statüleri de koruyucu hukuk olarak öngörülmekte olup aşağıda incelenecektir. Bkz. ***İkinci Bölüm, I. 2. b.***

847 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 20, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 05.06.2022.

848 Akıncı, ***MÖH***, s. 62.

849 Güngör, ***MÖH***, s. 198.

850 Diğer bir yöntem ise iş sözleşmelerine ilişkin tüm hükümlerin bir bütün olarak karşılaştırılmasıdır. Ancak bu yöntem önerilmemektedir (Nomer, s. 350). Yararlılık karşılaştırmasına ilişkin tüketici sözleşmeleri bahsinde yaptığımız açıklamalar için bkz. ***İkinci Bölüm, I. A. 1. ii.***

851 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 358.

852 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 358.

853 Doğan, "İş Akdi", s. 156'dan naklen A. Nikisch, Arbeitsrecht, band. II., Koalitionsrecht, Arbeitskampf und Tarifvertragsrecht, Tübingen 1959, s. 434.

854 Doğan, "İş Akdi", s. 157; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 359.

Karşılaştırma neticesinde eğer ki mutad işyeri hukukunun emredici hükümlerinin işçiyi daha fazla koruduğu tespit edilirse seçilen hukukun ilgili hükümleri yerine bu hükümler uygulama alanı bulur. Ancak seçilen hukuk tamamen geçersiz olmayıp iş sözleşmesine ilişkin diğer hususlarda uygulanmaya devam eder[855].

Değinilmesi gereken son husus ise 27. maddede öngörülen istisna kuralıdır. Dördüncü fıkraya göre "*Ancak halin bütün şartlarına göre iş sözleşmesiyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri yerine bu hukuk uygulanabilir*". Bu kural iş sözleşmesine uygulanacak hukukun objektif bağlama kurallarına (m. 24/2 ve 3) göre tespit edildiği hallerde uygulama alanı bulur[856]. Yani taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa işçinin mutad işyeri hukukuna ya da mutad işyeri bulunmuyorsa işverenin esas işyeri hukukuna nazaran sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde hâkim bu hukuku uygulamak konusunda takdir yetkisine sahiptir[857]. Eğer ki taraflar hukuk seçimi yapmışlarsa hâkimin sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukuk araştırması yapması gerekmez. Böyle bir hukuku tespit etse ve bu hukuk seçilen hukuka göre işçi bakımından daha elverişli hükümler içeriyor olsa dahi uygulayamaz.

---

855 Doğan, "İş Akdi", s. 157; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 162. Uygulanacak hukuk konusunda böyle bir parçalanmanın yaşanmaması için tarafların mutad işyeri hukukunu seçmeleri önerilmektedir (Güngör, ***MÖH***, s. 197, dn. 424).Örnek bir Yargıtay karar özeti: "*(...) Diğer yandan, davacı söz konusu iş sözleşmesi kapsamında tüm hizmet süresi boyunca sadece davalıların Umman'da bulunan işyerinde çalışmış olup, bu durumda mutad işyerinin de işiçinin işini fiilen yaptığı yer olan Umman olduğu sabittir. Taraflar arasında hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan uyuşmazlığa Umman hukukunun uygulanması gerekmektedir. Umman hukuku, dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşıldığı üzere aynı zamanda mutad işyeri hukukudur. Hal böyle olunca gerekirse Umman hukukunda uzman bir bilirkişiden de rapor alınmak suretiyle dava konusu uyuşmazlık bakımından değerlendirme yapılması gerekli iken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"* (9. HD, 24.11.2020 E. 2020/5618, K. 2020/16557). Aynı yönde bir karar Yargıtay 9. HD, 18.05.2021, E. 2021/4811, K. 2021/9192.

856 Aynı yönde bkz. Roma I Tüzüğü m. 8/4.

857 Sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkında Kanun'da öngörülen diğer tüm istisna kurallarının aksine, iş sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili olduğu tespit edilen hukukun uygulanması zorunlu tutulmamıştır. Hâkime bu hususta takdir yetkisi tanınmış olup somut olayın özelliklerine göre ve maddenin konuluş amacı olan "zayıf tarafın korunması ilkesi" çerçevesinde karar vermesi gerektiği kabul edilmektedir (Çelikel/Erdem, s. 438; Doğan, ***MÖH***, s. 431; Nomer, s. 353). Sıkı ilişkili hukukun tespitinde genel olarak tarafların vatandaslığı, yerleşim yeri, mutad meskeni, sözleşme dili, ücretin ödendiği para, sözleşmenin yapıldığı yer gibi unsurlar dikkate alınmaktadır (Doğan, "İş Akdi", s. 162). Ayrıca bkz. Ankara BAM 6. HD, 26.02.2019, E. 2017/3967, K. 2019/346; Yargıtay 22. HD, 18.09.2019, E. 2016/9339, K. 2019/16564. İş sözleşmesi ile daha sıkı ilişkili hukukun tespiti hakkında detaylı bilgi için bkz. Elçin, s. 153, 154.

iii. Hukuk Seçimine İlişkin Genel Kuralın İş Sözleşmeleri Bakımından Uygulanması

MÖHUK m. 24'ün hukuk seçimine ilişkin öngördüğü hükümlerin tüketici sözleşmeleri bakımından uygulanması hakkında daha önce yaptığımız genel açıklamalar iş sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Yani MÖHUK m. 27'de hukuk seçimine dair öngörülmeyen hususlar bakımından, örneğin irade beyanları, MÖHUK m. 24/1-3 hükümleri uygulanır[858].

Doktrinde tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi iş sözleşmelerinde de tarafların örtülü hukuk seçimi yapmalarının mümkün olup olmadığı üzerinde ayrıca durulmaktadır. Hâkim görüşe göre taraflar hukuk seçimini açık olarak yapabilecekleri gibi örtülü olarak da yapabilirler[859]. Zira iş sözleşmelerine ilişkin 27. maddede bunu engelleyen bir hükme verilmemekte ve genel kural olan 24. maddede örtülü seçim kabul edilmektedir. Ancak *Nomer,* zayıf taraf olan işçinin korunması düşüncesi gereğince taraflara yalnızca açık hukuk seçimi imkânının tanınmasının daha uygun olacağını savunmaktadır[860]. Buna karşın Avrupa Birliği hukukunda[861] ve İsviçre hukukunda (*IPRG* m. 121) iş sözleşmeleri bakımından böyle istisnai bir düzenlemeye gerek görülmediği, Türk hukukunda da örtülü hukuk seçiminin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir[862]. Kanaatimizce de MÖHUK m. 27/1 hükmü zaten işçi lehine sınırlı bir hukuk seçimi imkân getirmiş olduğundan, zayıf tarafı koruma düşüncesiyle iş sözleşmeleri bakımından örtülü hukuk seçimi yapılmasını yasaklayan bir düzenlemeye gerek bulunmamaktadır[863].

---

858 Nomer, s. 349; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 159. Yargıtay "Kesin Süreli İş Akdi" başlıklı orijinali yabancı dilde olan ve Yunanistan'da düzenlenmiş olan sözleşmenin "*Taraflardan her biri, iş bu akdin süresinden önce feshini ancak MK.'nun 672. maddesinde yer alan önemli hususların vukuunda isteyebilirler ve ancak bu durumda akit süresinden önce feshedilir*" şeklindeki maddesini MÖHUK m. 24'ü dikkate alarak değerlendirmiştir. Neticesinde tarafların yalnızca sözleşmenin feshi bakımından Yunan Medeni Kanunu'nun uygulanmasını amaçladıkları, uygulanacak hukuku tereddüde yer vermeyecek şekilde kararlaştırmış olduklarından söz edilemeyeceği; nitekim davalı vekilinin temyiz itirazlarında da iş sözleşmesinde uygulanacak hukuk seçimi yapılmadığının ifade edildiği göz önünde bulundurularak hukuk seçiminin bulunmadığına ve MÖHUK m. 27/2 gereğince mutad işyeri hukukunun uygulanması gerektiğine hükmetmiştir (22. HD, 18.09.2019, E. 2016/9339, K. 2019/16564).

859 Akıncı, ***MÖH***, s. 62, dn. 92; Çelikel/Erdem, s. 436; Doğan, "İş Akdi", s. 154; Güngör, ***MÖH***, s. 197; Nomer, s. 349.

860 Nomer, s. 349.

861 Roma I Tüzüğü m. 8 (Roma Sözleşmesi, m. 6).

862 Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 159.

863 Aynı yönde bkz. Çelikel/Erdem, s. 436. Bu konuda tüketici sözleşmeleri bahsinde yaptığımız açıklamalar için ***İkinci Bölüm, I. A. 1. a. iv.***

b. Roma I Tüzüğü'ndeki Düzenleme

Roma I Tüzüğü'nün "Bireysel İş Sözleşmeleri" başlıklı 8. maddesi, Roma Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile birebir uyuşmamakla birlikte aynı yönde hükümler öngörmekte ve aynı şekilde yorumlanmaktadır[864]. İki düzenlemenin amacı da bireysel bir iş sözleşmesinde zayıf taraf olan işçinin korunması ve bu özel hukuki ilişkiyle en yakın bağlantılı hukukun belirlenmesidir[865]. Tüzük m. 8/1'e göre "*Bireysel iş sözleşmeleri, taraflarca 3. madde uyarınca seçilen hukuka tabidir. Bununla birlikte böyle bir hukuk seçimi işçiyi, hukuk seçimi yapılmamış olsaydı 2, 3 ve 4. fıkralara*[866] *göre belirlenecek olan hukukun anlaşma ile bertaraf edilemeyen hükümleri*[867] *tarafından sağlanan korumadan mahrum bırakma sonucunu doğurmaz*".

MÖHUK'un aksine madde başlığında ve metin kısmında "bireysel iş sözleşmeleri" kavramı kullanılmaktadır. Ancak bu kavram Tüzük maddeleri arasında ya da dibace kısmında tanımlanmamıştır. Bireysel iş sözleşmeleri farklı üye devletlerde benzer bir niteliğe sahip olsa da bazı önemli farklılıklar olduğu sürece bu

---

864 Hill, s. 66; Ugljesa Grusic, ***The European Private International Law of Employment***, Cambridge University Press. 2015, s. 140.

865 Ulrich Magnus/Peter Mankowski/Andrea Bonomi et al., ***Rome I Regulation – Commentary***, Verlag Dr. Otto Schmidt; 2016, s. 581.

866 "*(2) Bireysel iş sözleşmesine uygulanacak hukuk taraflarca seçilmediği takdirde, sözleşme işçinin işini mutad olarak ifa ettiği yerin bulunduğu ülkenin hukukuna tabidir. İşçi geçici olarak başka bir ülkede çalıştırılmışsa, işin mutad olarak yapıldığı ülke hukuku değişmiş olmaz.*
(3) Uygulanacak hukukun 2. fıkraya göre belirlenemediği durumlarda sözleşme işçinin işe alındığı işyerinin bulunduğu ülkenin hukukuna tabidir.
(4) Somut olayın tüm koşullarından sözleşmenin 2 veya 3. fıkralarda belirtilenden başka bir ülkeyle daha yakından bağlantılı olduğu anlaşılırsa o diğer ülkenin hukuku uygulanacaktır."

867 Roma Sözleşmesi'nin 6. maddesi dahil olmak üzere çeşitli hükümlerinde kullanılmış olan "emredici kurallar" (*mandatory rules*) ifadesinden Tüzük'te vazgeçilerek onun yerine "anlaşmayla bertaraf edilemeyen hükümler" ifadesi tercih edilmiştir. Tüzük'te doğrudan uygulanan kuralları karşılamak üzere "*overriding mandatory rules*" ifadesi kullanıldığından karışıklık yaratmamak adına "*mandatory rules*" ifadesinden vazgeçildiğini söylemek mümkündür. Bu değişikliğin sebepleri hakkında bir değerlendirme için bkz. Bayata Canyaş, ***AB ve Türk Hukuku***, s. 15, 16.
Roma Sözleşmesi'nin uygulandığı dönemde Sözleşmede kullanılan "*mandatory rules*" ifadesinin kapsamı net değildi. Özellikle o dönemde Birlik üyesi olan İngiltere'nin hukuku bakımından tanıdık olmayan bu kavram emredici hükümlerin yanı sıra doğrudan uygulanan kuralları karşılayacak şekilde de açıklanmıştır. Örneğin, devletlerin sosyo-ekonomik politikalarıyla ilgili olan rekabet veya "*anti-trust*" hukuku; ulusal ekonomiyi veya para birimini korumak için tasarlanmış döviz kontrolüne ilişkin kurallar, çevreyi korumak için tasarlanmış kurallar; havacılık gibi milletlerarası bir endüstrinin yeknesak olarak düzenlenmesine ilişkin kurallar "*mandatory rules*"un kapsamında kabul edilmiştir. Ayrıca iş sağlığı ve güvenliği, haksız işten çıkarmaya karşı güvencelere ilişkin kurallar, mal ve hizmet sağlayıcılarıyla anlaşmazlıklarda tüketicilere yardımcı olmak için tasarlanmış kurallar gibi ekonomik yönden zayıf tarafı korumaya yönelik kurallar da bu kapsamda değerlendirilmiştir (McClean/Beevers, s. 344). Asgari ihbar süresi hakkı, işçinin haksız fesih iddiası, analık ödeneği, hamilelikten sonra işe geri dönme ve işten çıkarma ödemelerine ilişkin hükümler de emredici koruyucu kurallar olarak kabul edilmiştir (Raymond Smith/Valerie Cromack, "International Employment Contracts - The Applicable Law", ***Industrial Law Journal***, 22(1), 1993, s. 3).

kavramın Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından özerk ve bağımsız bir şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir[868]. Ayrıca bu hususta Roma Sözleşmesi'ne ilişkin Açıklayıcı Rapordan da faydalanılabilir[869]. Bu kapsamda hükmün ne toplu sözleşmeleri ne de sosyal güvenlik ilişkilerini kapsadığını söylemek mümkündür[870].

Tüzük'te MÖHUK'tan farklı olarak hukuk seçiminin sınırını oluşturan koruyucu hukuk yalnızca "işçinin işini mutad olarak yaptığı yerin bulunduğu ülke hukuku"[871] olarak öngörülmemektedir. Tarafların hukuk seçimi yaptıkları bir iş sözleşmesinde işçinin mutad işyeri bulunmuyorsa, "işçiyi işe alan işyerinin bulunduğu ülke hukuku"nun emredici hükümleri[872] de işçiye asgari koruma sağlamaktadır. Aynı şekilde somut olayın tüm şartlarına göre mutad işyeri hukuku ya da işçiyi işe alan işyeri hukukuna göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunuyorsa, bu hukukun emredici hükümleri de asgari koruma standardını oluşturacaktır. 8. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarındaki tüm objektif sözleşme statüleri aynı zamanda koruyucu hukuk olarak öngörülerek işçinin her zaman güvenebileceği bir hukukun bulunması sağlanmıştır[873]. Böylelikle MÖHUK m. 27 bakımından söz konusu olan, işçinin mutad işyerinin bulunmaması ya da tespit edilememesi halinde hukuk seçimini işçi lehine sınırlayan bir hukukun bulunup bulunmadığına ilişkin tartışma da önlenmiş olmaktadır.

Tüzüğe göre işçinin geçici olarak başka bir ülkede çalıştırılması mutad işyerinin değişikliğine neden olmaz (m. 8/2). Dibace kısmında buna ilişkin açıklama yapılmaktadır: "*Bireysel iş sözleşmeleri ile ilgili olarak, çalışanın yurtdışındaki görevlerini yerine getirdikten sonra menşe ülkede çalışmaya devam etmesi*

868 Magnus/Mankowski/Bonomi, s. 581; Smith/Cromack, s. 1.

869 Giuliano/Lagarde, No C 282/25.

870 Ayrıca aile ilişkileri içinde yapılan sözleşmeler de hükmün kapsamında değerlendirilmemektedir. Bkz. Magnus/Mankowski/Bonomi, s. 582

871 MÖHUK ile Roma I Tüzüğü arasında bu hususta terimsel bir farklılık olduğu, MÖHUK'ta "işçinin işini mutad olarak yaptığı işyeri hukuku"nun Tüzük'te ise "işçinin işini mutad olarak yaptığı ülke hukuku"nun tercih edildiği, bu durumun doktrinde "fiili işyeri" kavramı ile "mutad işyeri" kavramının ayrışıp ayrışmadığı tartışmasını yarattığı şeklindeki görüş ve bu tartışma için bkz. Sarıöz Büyükalp, "Mutad İşyeri", s. 204.

872 Bahsi geçen emredici hükümler objektif sözleşme statüsünün tüm emredici hükümleri değil yalnızca işçiyi koruyucu emredici hükümleri olarak kabul edilmektedir. Aksinin kabulünün Tüzüğün planına ve amaçlarına aykırı olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Grusic, s. 145.

873 Rühl, s. 172; Sarıöz Büyükalp, "Mutad İşyeri", s. 212, dn. 62. Bu düzenlemenin özellikle çok uluslu bir şirketler grubu bünyesinde verilen hizmetler bakımından değerlendirildiğinde yalnızca işçiyi korumakla kalmadığı aynı zamanda personeli ile yasal ilişkilerin standardize edilmesini sağladığı için işverenin çıkarlarını da koruduğu ifade edilmektedir (Magnus/Mankowski/Bonomi, s. 583).

bekleniyorsa, başka bir ülkede yürütülen işler geçici olarak kabul edilmelidir. Asıl işverenle veya asıl işverenle aynı şirketler grubuna mensup bir işverenle yeni bir iş sözleşmesi akdedilmesi, işçinin geçici olarak başka bir ülkede işini yapıyor olarak görülmesine engel olmamalıdır" (Par. 36)[874].

Tüzük m. 8/1'de hukuk seçimine ilişkin düzenlenmeyen hususlarda sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel kural olan 3. madde uygulama alanı bulur. Bu kapsamda seçimin açık ya da örtülü olarak yapılması, kısmi hukuk seçimi, sözleşmenin tüm unsurlarının seçilen hukuktan başka bir hukuk ile bağlantılı olması gibi hususlar 3. madde hükümlerine tabi olmaktadır[875].

3. Sigorta Sözleşmeleri

Sigorta ilişkisi en basit haliyle *"Sigortacının bir ücret (prim) karşılığında, rizikonun gerçekleşmesi halinde, sigorta menfaatini karşılayacağını sigortalıya bir akitle taahhüt etmesidir"* şeklinde tanımlanmaktadır[876]. Sigorta sözleşmesi ise TTK'da "*sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarara uğratan tehlikenin, rizikonun, meydana gelmesi hâlinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşme*" olarak tanımlanmaktadır (m. 1401/1). Çok yönlü menfaatlerin söz konusu olduğu sigorta sözleşmelerinde, sigorta şirketleri karşı tarafa göre ekonomik olarak daha üstün ve sigorta hukuku hakkında daha fazla bilgi ve tecrübe sahibi olduklarından güçlü konumdadırlar[877]. Dolayısıyla hem bu konumlarından hem de sözleşme serbestisinden faydalanarak özellikle genel işlem

---

874 Alman ihale hukukunun, Polonyalı bir teklif sahibinin Polonya tabiiyetindeki işçilerine ücretlerini Alman hukukuna göre taahhüt etmesini gerektirip gerektirmeyeceği sorusunun gündeme geldiği *Riiffert* Davası üzerinden bir örnek verilmiştir. Tüzük m. 8/2 uyarınca işçilerin Almanya'da yalnızca geçici olarak çalıştırılmaları halinde iş sözleşmesinin Polonya hukukuna tabi olacağı ifade edilmiştir. Bkz. Ralf Michaels, "The New European Choice-of-Law Revolution", ***Tulane Law Review***, 82(5), 2008, s. 1641 (Karar Roma Sözleşmesi'nin yürürlükte olduğu dönemde verilmekle birlikte ilgili Sözleşme ve Tüzük hükümleri paralel olduğu için yazar tarafından m. 8/2 üzerinden örneklendirme yapılmıştır).

875 Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. Grusic, s. 141 vd.

876 K. Sedat Sirmen, "Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk", ***BATİDER***, 26(3), 2010, s. 42.

877 Çelikel/Erdem, s. 639. Bu noktada reasürans sözleşmelerini ayrı tutmak gerekir. Zira bu sözleşmelerde iki taraf da sigorta şirketi olduğundan bir tarafın zayıflığından bahsedilemez. İki taraf da güçlü konumdadır. Dolayısıyla bu sözleşmelerde sigorta ettireni koruma amacı bulunmamaktadır (Demirkol, Tez, s. 284, dn. 922; Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 75)

koşulları yoluyla sözleşmenin karşı tarafının sahip olduğu hukuki imkânları kullanmasını zorlaştırmakta ya da engellemektedirler[878].

Sigortacıya karşı daha zayıf konumda olduğu kabul edilen sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın korunması amacıyla iç hukukta hem maddi hukuk hem de usul hukuku alanında özel hükümler[879] getirilmiştir[880]. Bu yaklaşımın bir uzantısı olarak milletlerarası usul hukukunda da yabancı unsurlu[881] sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi iş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi özel olarak düzenlenmiştir (MÖHUK m. 46)[882]. Ancak MÖHUK'ta iş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren özel kanunlar ihtilafı kuralları öngörülmesine rağmen sigorta sözleşmeleri bakımından böyle bir kural öngörülmemiştir[883]. Dolayısıyla sigorta sözleşmelerinde hukuk seçimini sınırlayan özel bir hüküm de bulunmamaktadır[884]. İlk bakışta bu husus Kanun'daki bir eksik olarak değerlendirilip eleştirilebilir. Zira diğer sosyal içerikli sözleşmelerde olduğu gibi sigortacının karşı tarafın zayıf konumundan faydalanarak kendi lehine olan hukukun uygulanmasını hukuk seçimi yoluyla sağlaması mümkündür. Bu nedenle tarafların sahip oldukları hukuk seçimi imkânının diğer sosyal içerikli sözleşmelerde olduğu gibi zayıf taraf lehine kısıtlanması gerektiği

878 Çelikel/Erdem, s. 639.

879 Örneğin, HMK m. 15/2 (Sigorta sözleşmelerinden doğan davalarda yetki), TTK m. 1423 (Aydınlatma yükümlülüğü), TTK m. 1452 (Koruyucu hükümler).

880 Doğan, ***MÖH***, s. 70.

881 Sigorta ettiren ya da sigortacının yabancı olması, yabancı bir ülkede bulunan risklerin sigortalanması, ifa yerinin yabancı bir ülkede bulunması gibi hallerde sigorta sözleşmesinin yabancı unsurlu olduğu kabul edilir (Sirmen, "Sigorta Akitleri", s. 45). Bu konudaki mahkeme kararları ve örnekler için bkz. Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 13.

882 Ancak iç hukuktakinin aksine can sigortaları ve mal sigortaları arasında bir ayrım yapılmamıştır. MÖHUK m. 46: "*Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda, sigortacının esas işyeri veya sigorta sözleşmesini yapan şubesinin ya da acentasının Türkiye'de bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Ancak sigorta ettirene, sigortalıya veya lehdara karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme, onların Türkiye'deki yerleşim yeri veya mutad meskeni mahkemesidir*."

883 *IPRG*'de ve Roma Sözleşmesi'nde de sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen özel bir kurala yer verilmezken Roma I Tüzüğü'nde 7. madde sigorta sözleşmelerine ayrılmıştır. MÖHUK'ta sigorta sözleşmeleri ile ilişkili tek kanunlar ihtilafı kuralı haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen 34. maddede yer almaktadır. Buna göre "*Haksız fiile veya sigorta sözleşmesine uygulanan hukuk imkân veriyorsa, zarar gören, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilir".* Aynı yönde bir hüküm için bkz. *IPRG* m. 141.

884 *Restatement II*'de ve *UCC*'de de sigorta sözleşmelerinde hukuk seçimini öngören bir hüküm yer almamaktadır. Ancak 193. paragrafın şerh kısmında yangın, kefalet veya kaza sigortası sözleşmesinde sigortalıya, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre daha az koruma sağlayan bir devlet hukukunun seçilmesine sıklıkla etki tanınmayacağı belirtilerek hukuk seçimi mümkün kılınmaktadır. Amerikan mahkemeleri ise bireyler ile sigorta şirketleri arasındaki sigorta sözleşmelerinde hukuk seçimi maddesinin poliçe sahibini korumasız bırakacağı hallerde seçime geçerlilik tanımamaktadırlar (Rühl, s. 175)

düşünülebilir[885]. Ancak Kanun'un hazırlık çalışmalarına bakıldığında bu tercihin makul bir gerekçesinin olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; hazırlık çalışmalarının ilk aşamasında sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun özel bir kural ile düzenlenmesi düşünülmüştür[886]. Fakat sigorta sözleşmelerinin karmaşık bir yapıya sahip olması, çok farklı dallarda sigorta sözleşmelerinin yapılması[887] nedeniyle sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun tek bir kanunlar ihtilafı kuralına sığdırılması doğru bulunmadığından bu düşünceden vazgeçilmiştir ve MÖHUK m. 24'teki genel kural ile yetinilmesine karar verilmiştir[888]. Ayrıca sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin bir kural öngörülmeden önce gelişmekte olan Türk sigorta hukukundaki uygulamanın gözlemlenmesi ve AB hukukundaki karmaşık düzenlemelerin[889] revizyonu çalışmalarının beklenilmesi ihtiyacı bu kararın alınmasında etkili olmuştur[890].

Yukarıda bahsi geçen gerekçelerle sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmediğinden bu konuda sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin genel kural olan m. 24'ün uygulanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir[891]. Bu yaklaşıma göre sigorta sözleşmelerinde hukuk seçimine ilişkin esasların da m. 24/1-3'e tabi olması gerekmektedir. Bununla birlikte sigorta ettirenin sigorta sözleşmesini tüketici sıfatıyla yaptığı hallerde sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun tüketici sözleşmelerine ilişkin 26. maddeye göre tespit edilmesi

885 Tekinalp, ***MÖH***, s. 319; Martiny, *EGBGB, Art.* 37, *Rn. 166, 184.*

886 Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 20; Tekinalp, ***MÖH***, s. 319.

887 TTK'da çeşitli sigorta türleri iki grup halinde düzenlenmektedir. 1. Zarar sigortaları: Mal sigortaları (m. 1453 vd.), sorumluluk sigortaları (m. 1473 vd.). 2. Can sigortaları: Hayat sigortası (m. 1487 vd.), kaza sigortası (m. 1507 vd.), hastalık ve sağlık sigortasıdır (m. 1511 vd.).

888 Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 20; Tekinalp, ***MÖH***, s. 319.

889 AB hukukundaki düzenlemeler için bkz. ***İkinci Bölüm, I. A. 3. b.***

890 Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 20; Gülören Tekinalp, "The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law and International Civil Procedure", ***Yearbook of Private International Law*** Vol. IX, 2007, s. 321-322; Tekinalp, ***MÖH***, s. 319.

891 Aslı Kök, ***Roma I Tüzüğü Işığında Milletlerarası Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı***, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 137; Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 22; Murtaz, s. 171; Sirmen, "Sigorta Akitleri", s. 46; Tarman, "Roma I Tüzüğü", s. 323; Tekinalp, ***MÖH***, s. 319. Tarafların sigorta sözleşmesinde hukuk seçimi yapmamaları halinde MÖHUK m. 24/4 uyarınca sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanması gerekir. Sigorta sözleşmesi ile en sıkı ilişkili olan hukuk karakteristik edimden yola çıkılarak tespit edilir. Bu sözleşmelerde karakteristik edim, sigortacının edimi olduğundan uygulanacak hukukun da sigortacının işyeri hukuku olduğu kabul edilmektedir (Tekinalp, ***MÖH***, s. 319; Sirmen, "Sigorta Akitleri", s. 51). Yargıtay yabancı plakalı bir aracın kazaya uğraması sonucu açılan kaza sigortası teminatının talebine ilişkin davada uygulanacak hukuk olarak davalı sigorta şirketinin bulunduğu ülke olan Almanya hukukunu tespit etmiştir. Bkz. 11. HD, 10.07.2007, E. 2006/7645, K. 2007/10526.

gerektiği de savunulmaktadır[892]. 2013 yılında kabul edilen TKHK'da sigorta sözleşmeleri de tüketici işlemi kapsamında kabul edilmektedir (m. 3/1-l)[893]. Ayrıca Kanun'da taraflardan birinin tüketici olduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olmasının bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını engellemeyeceği öngörülmektedir (m. 83/2). Dolayısıyla sigorta sözleşmelerinin TTK'da düzenleniyor olması, bu sözleşmelerin tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmemesi için bir gerekçe oluşturmamalıdır[894]. Örneğin, hususi otomobilini hırsızlığa karşı sigortalayan, evini yangın riskine karşı sigorta ettiren veya özel sağlık sigortası sözleşmesi yapan bir kişinin işlemleri TKHK kapsamına girmektedir[895]. Dolayısıyla kanaatimizce sigorta ettirenin mesleki veya ticari olmayan amaçla sigorta hizmeti almak üzere yapmış olduğu sözleşme MÖHUK m. 26/1 kapsamında tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda sigorta ettirenin tüketici sıfatına sahip olduğu sigorta sözleşmelerinde taraflar sigorta ettirenin (tüketicinin) mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgari koruma saklı kalmak kaydıyla hukuk seçimi yapabilirler (MÖHUK m. 26/1). Ancak henüz bu yönde verilmiş herhangi bir Yargıtay kararına rastlanmamaktadır.

a. MÖHUK m. 24'te Öngörülen Hukuk Seçimi Kuralının Sigorta Sözleşmeleri Bakımından Uygulanması

MÖHUK m. 24/1 uyarınca sigorta sözleşmelerinde hukuk seçimi açık olarak yapılabileceği gibi sözleşmenin hükümlerinden ya da halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir. Türk yargı kararlarında örtülü hukuk seçiminin yapıldığı bir sigorta sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığa rastlanmamaktadır. Ancak sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralları[896] MÖHUK m. 24 ile benzerlik gösteren İngiliz

---

892 Demirkol, s. 362; Nomer, s. 337; Sirmen, "Sigorta Akitleri", s. 61, dn. 54. Çörtoğlu Koca da sigortalı ya da sigorta ettirenin TKHK anlamında tüketici sayılabildiği durumlarda bu kişilerin tüketicilere sağlanan korumadan yararlanabileceğini ifade etmektedir (Çörtoğlu Koca, ***Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmeler***, s. 74).

893 Dursun Saat, "Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmeleri ve Bu Kapsamda Sigorta Tahkim Komisyonunun Rolü", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 22, S. 3, 2016, s. 2453-2471.

894 Çörtoğlu Koca, ***Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmeler***, s. 76.

895 Saat, s. 2457 (Bu kişi aynı zamanda sigorta sözleşmesinin sigorta ettiren tarafı olduğundan TTK hükümlerine tabidir).

896 İngiliz ve İskoç hukukunun *common law* kuralları, sigorta sözleşmeleri alanında hukuk seçimini kısıtlamamaktadır. Bu konudaki genel kurallara göre: 1) Açık hukuk seçimi sözleşmeye uygulanacak hukuku belirler. 2) Açık hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde halin genel koşullarından ve sözleşmenin hükümlerinden ve niteliğinden tarafların seçim konusundaki

mahkemelerinin verdiği kararların, örtülü hukuk seçiminin tespiti hususunda Türk uygulamasına ışık tutacağı ifade edilmektedir[897]. Örneğin, tarafları Türk sigorta şirketi Ege Sigorta AŞ. ile İtalyan sigorta şirketi *Assicurazioni Generali SpA.* olan reasürans[898] sözleşmesinden kaynaklanan davada İngiliz mahkemesi, Londra piyasasındaki sigorta şartlarını içeren, Londra'da bulunan brokerlar aracılığıyla yapılan ve reasürörü Londra'da bulunan, dili İngilizce olan reasürans sözleşmesine uygulanmak üzere tarafların örtülü olarak İngiliz hukukunu seçtiklerine hükmetmiştir[899]. Bu konuda klasik örneklerden birisi olan *Amin Rasheed Shipping Corporation v. Kuwait Insurance Co.* Kararında ise tarafları Liberyalı bir donatan ve Kuveytli bir sigorta şirketi olan, düzenleme ve ödeme yeri Kuveyt olan bir sigorta poliçesinde İngiliz sigorta piyasası *Lloyd's*'un standart poliçe biçiminin kullanılması, poliçenin dilinin İngilizce olması ve İngiliz hukukundaki yasal terimlerin kullanılması nedeniyle İngiliz hukukunun örtülü olarak seçildiğine hükmedilmiştir[900].

MÖHUK m. 24/2 uyarınca taraflar sigorta sözleşmesinde kısmi hukuk seçimi yapabilirler. Seçilen hukukun sözleşmenin bir kısmına uygulanmasını kararlaştırabilecekleri gibi sözleşmenin farklı kısımlarını farklı hukuklara da tabi tutabilirler[901]. Taraflar hukuk seçiminin zamanı konusunda da serbesttiler. MÖHUK m. 24/3 uyarınca hukuk seçimi sigorta sözleşmesinin kurulduğu sırada ya da kurulmasından sonra yapılabileceği gibi, başlangıçta seçilen hukuk sonradan değiştirilebilir[902]. Sonradan yapılan hukuk seçimi üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkili olarak geçerlidir (m. 24/3).

---

niyetleri anlaşılmalıdır. 3) Açık veya örtülü bir seçim bulunmuyorsa sözleşme en yakın ve gerçek bağlantısının bulunduğu hukuka tabi olur. Bu hukuk sigorta sözleşmelerinde sigortacının faaliyet gösterdiği ülke hukuku, birden fazla ülkede faaliyet gösteriyorsa sigorta şirketinin işletme merkezinin (*head office*) bulunduğu ülke hukukudur (MacNeil, "The Legal Framework in the United Kingdom for Insurance Policies Sold by EC Insurers under Freedom of Services", ***International and Comparative Law Quarterly***, 44(1), 1995, s. 28, 29).

897 Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 25.

898 "*Reasürans sigorta şirketinin bir sigorta sözleşmesi aracılığı ile üstlendiği risklerin bir kısmının sigortalı ile doğrudan sözleşme ilişkisi bulunmayan ikinci bir sigortacıya, reasüröre, devredilmesidir*". Bkz. "Reasürans", https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/102162/mod_resource/content/0/Ders%20Notu%206.pdf, 18.07.2022. Ayrıca reasürans TTK'da "Sigortacı, sigorta ettiği menfaati, dilediği şartlarla, tekrar sigorta ettirebilir" şeklinde açıklanmaktadır (m. 1403/1).

899 Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 25.

900 Bkz. ***Birinci Bölüm, V. B. 2.*** dn. 381. Ayrıca bkz. Sirmen, "Sigorta Akitleri", s. 47.

901 Bkz. ***Birinci Bölüm, VI. A.*** Ayrıca bkz. Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 22; Sirmen, "Sigorta Akitleri", s. 47.

902 Bkz. ***Birinci Bölüm, V. D.*** Ayrıca bkz. Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 22; Sirmen, "Sigorta Akitleri", s. 47.

Önemle belirtmek gerekir ki özellikle deniz sigorta sözleşmelerinde sıkça rastlanan *incorporation* ile MÖHUK m. 24 kapsamındaki hukuk seçiminin karıştırılmaması gerekir. Pek çok ülke gibi Türkiye'deki deniz sigorta poliçelerinde de sıklıkla, Londra Sigortacılar Enstitüsü (*Institute of London Underwriters*) tarafından hazırlanan klozlar özel şart olarak yer almaktadır[903]. Poliçelere eklenen bu klozların sözleşme hükmü haline gelmelerine rağmen hukuk seçimi gibi hüküm ve sonuç doğurmayacağı kabul edilmektedir[904]. Nitekim davacısı Türk sigorta şirketi davalısı Alman taşıma şirketi olan eski tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu uyuşmazlıkta, mallarını davacı sigorta şirketine sigorta ettiren Türk şirketi ile Alman taşıma şirketi arasındaki taşıma senedinde yer alan "*Biz münhasıran, Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesi hükümlerine (ADSP) göre çalışmaktayız*." şartı sözleşmenin bir hükmü olarak kabul edilmiş ve hukuk seçimi olarak değerlendirilmemiştir. Dolayısıyla davada uygulanacak hukuk olarak tespit edilen ve ifa yeri hukuku olan Türk hukukunun emredici hükümleri uyuşmazlığa uygulanmıştır[905].

MÖHUK'un kabul edildiği dönemin şartları göz önünde bulundurulduğunda sigorta sözleşmelerine özgü bir kanunlar ihtilafı kuralının öngörülmemiş olması yerinde bir tercih olarak değerlendirilmiştir. Bu hususta yukarıda değinildiği üzere Türk hukuk uygulamasındaki ve AB hukukundaki gelişmelerin gözlemlenmesi amaçlanmıştır. Bu süreçte Roma Sözleşmesi'nin yerini alan Roma I Tüzüğü ile AB hukuku bakımından köklü bir yeniliğe gidilerek sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin özel bir madde öngörülmüştür (m. 7). Fakat bu madde hükümleri de yoğun eleştirilere maruz kalmıştır[906]. Zira önceki dönemde AB hukukunda sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin yeknesak olmayan düzenlemeleri toparlama çabası daha çok karışıklık yaratmıştır. Dolayısıyla MÖHUK'a Roma I Tüzüğü hükümlerinin dikkate alınarak sigorta sözleşmelerine özgü yeni bir kuralın eklenmesi şu anki şartlarda mantıklı görünmemektedir. Ancak Tüzük hükümlerinden bağımsız olarak, en azından bazı sigorta sözleşmesi türleri[907] bakımından, taraflarca hukuk seçimi yapılması halinde sigorta ettiren lehine asgari koruma standardını oluşturacak bir hukukun öngörülmesinin MÖHUK'ta benimsenen zayıf tarafın korunması ilkesine

---

903 Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 26.
904 Bkz. ***Birinci Bölüm, IV, B. 1.***
905 Bkz. ***Birinci Bölüm, IV, B. 1.***
906 Bkz. ***İkinci Bölüm, I. A. 3. b***
907 Özellikle can sigortalarında sigorta ettirenin ya da sigortalının bir gerçek kişi olduğu ve sigorta hukukuna ilişkin bilgisizliği göz önünde bulundurulduğunda korunma ihtiyacı daha fazladır.

hizmet edeceği kanaatindeyiz[908]. Aynı zamanda sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin ayrı bir kural öngörülmesi, 2675 sayılı mülga MÖHUK'un aksine çeşitli sözleşme türlerinin kendine has özelliklerini dikkate alarak özel kanunlar ihtilafı kuralları getiren MÖHUK'un sistematiğine ve ruhuna da daha uygun olacaktır[909].

b. Roma I Tüzüğü'ndeki Düzenleme

Roma I Tüzüğü yürürlüğe girmeden önce AB hukukunda sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk bakımından Roma Sözleşmesi hükümleri, çeşitli yönergelerdeki hükümler[910] ve üye devletlerin milli hukuklarındaki kanunlar ihtilafı hükümleri bir arada uygulanmakta ve yeknesak bir düzenleme bulunmamaktaydı[911]. Roma Sözleşmesi'nde sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku öngören özel bir maddeye yer verilmediği gibi m. 1/3'te Sözleşmedeki kuralların Birlik topraklarında bulunan riskleri kapsayan sigorta sözleşmelerine uygulanmayacağı da öngörülmüştür. Diğer bir deyişle Roma Sözleşmesi yalnızca üye devletlerin toprakları dışında oluşabilecek riskleri kapsayan sigorta sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmuştur. Reasürans sözleşmeleri ise bu istisnanın dışında tutularak riskin oluşabileceği yerin üye devlet toprağı olup olmadığına bakılmaksızın Sözleşme kapsamına dahil edilmiştir (m. 1/4). Bu koşullar nedeniyle sigorta sözleşmelerine

---

908 Aynı yönde bkz. Murtaz, s. 172. Sigorta sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılmaması halinde riskin boyutu dikkate alınarak öngörülebilecek objektif bağlama statüleri ve koruyucu hukuk önerileri hakkında bkz. Kök, s. 152-155.

909 Aynı yönde bkz. Kök, s. 151.

910 1988 Hayat Dışı Sigorta Yönergesi ("Second Council Directive 88/357/EEC of 22 June 1988 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to direct insurance other than life assurance and laying down provisions to facilitate the effective exercise of freedom to provide services and amending Directive 73/239/EEC", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31988L0357, 21.07.2022), 2002 Hayat Sigortası Yönergesi ("Directive 2002/83/EC of the European Parliament and of the Council of 5 November 2002 concerning life assurance", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0083, 21.07.2022). Bu yönergelerdeki hukuk seçimine dair esaslar hakkında bkz. Rühl, s. 174.

911 Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 78. AB hukukunda bu dönemde sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukukun tespitinde üçlü bir ayrım yapılmıştır. Buna göre;
i- Riskin Birlik sınırları dışında gerçekleşmesi halinde sigortacının Birlik topraklarında yerleşik olup olmadığına bakılmaksızın uygulanacak hukuk Roma Sözleşmesi m. 4'teki genel kurala göre belirlenmiştir. Bu kapsamda taraflarca hukuk seçiminin olmadığı durumlarda, sözleşmenin sigortacının yerleşik olduğu ülke ile en yakın bağlantılı olduğu kabul edilir ve bu ülke hukuku uygulanır.
ii- Riskin Birlik sınırları içinde gerçekleşmesi ve sigortacının Birlik topraklarında yerleşik olması halinde uygulanacak hukuk m. 4'ten oldukça farklı düzenlemeler öngören Birlik yönergelerine göre belirlenir. Örneğin, hayat sigortalarına ilişkin 90/619 sayılı Yönerge.
iii- Riskin Birlik sınırları içinde gerçekleşmesi ancak sigortacının Birlik topraklarında yerleşik olmaması halinde uygulanacak hukuk her üye devletin milli kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenir. Bkz. MacNeil, s. 22, 23; Green Paper, s. 21.

uygulanacak hukuka ilişkin özel bir kuralın düzenlenmesi için başlatılan zorlu müzakereler ve özel istişareler neticesinde Roma I Tüzüğü m. 7 kaleme alınmıştır[912]. 7. madde ile sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin dağınık halde bulunan AB düzenlemeleri tek bir düzenlemede toplanmış ve yukarıda bahsi geçen yönergelerdeki sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları geçerliliğini yitirmiştir[913].

Tüzük m. 7 reasürans sözleşmeleri hariç olmak üzere, riskin bir üye devlet toprağında bulunup bulunmadığına bakılmaksızın 73/239/EEC sayılı Birinci Konsey Direktifi m. 5(d)'de [914] tanımlanan büyük riskleri (*large risk*) kapsayan sigorta sözleşmeleri ile üye devletlerin topraklarında bulunan riskleri kapsayan diğer tüm sigorta sözleşmelerine uygulanır (m. 7/1). Reasürans sözleşmeleri ise sözleşmelere ilişkin genel kural olan m. 3 ve m. 4'e tabidir[915]. Sonuç olarak tüm sigorta sözleşmesi türlerine uygulanacak hukuk Roma I Tüzüğü hükümlerine göre tespit edilmektedir[916].

Tüzük m. 7 hukuk seçimi bakımından sözleşmeleri iki gruba ayırmaktadır. Birinci grupta riskin üye ülke topraklarında olup olmadığına bakılmaksızın 73/239/EEC sayılı Direktifte tanımlanan büyük riski kapsayan sigorta sözleşmeleri yer almaktadır[917]. Bu sigorta sözleşmelerinde hukuk seçimi Tüzük m. 3'te öngörülen esaslara tabidir (m. 7/2)[918]. İkinci grupta ise m. 7/2 kapsamında yer almayan ve üye

---

912 Xandra Kramer, "The New European Conflict of of Law Rules on Insurance Contracts in Rome I: A Complex Compromise", ***The Icfai University Journal of Insurance Law***, 2008, s. 16.

913 Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 79; Helmut Heiss, "Insurance Contracts in Rome I: Another Recent Failure of The European Legislature", ***European Journal of Commercial Contract Law***, 1(2), 2009, s. 61.

914 Bahsi geçen Birinci Konsey Direktifi'nin geçerliliği 31.12.2015 tarihinde sona ermiştir. Direktif için bkz. "First Council Directive 73/239/EEC of 24 July 1973 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX% 3A31973L0239&qid=1663767505382, 21.07.2022. Birinci Konsey Direktifi'ni yürürlükten kaldıran "Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin Sigorta ve Reasürans Faaliyetinin Başlatılması ve Yürütülmesine İlişkin 25 Kasım 2009 tarihli 2009/138/EC sayılı Direktif" m. 13/27'de büyük riskler tanımlanmaktadır. Bu fıkrada Direktif EK 1-A'ya atıfta bulunulmaktadır. EK 1-A'ya göre uçaklar, gemiler, transit halindeki mallar, uçak kullanımından kaynaklanan sorumluluk, gemi kullanımından kaynaklanan sorumluluk büyük risklerdendir. 2009/138/EC sayılı Direktif için bkz. "Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (recast) (Text with EEA relevance)", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0138, 21.07.2022.

915 Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 79.

916 Heiss, s. 61.

917 Tarman, "Roma I Tüzüğü", s. 322.

918 Taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde sözleşme ile daha sıkı ilişki bir hukuk bulunmuyorsa sigortacının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır (Roma I Tüzüğü m. 7/2). Türk hukukunda "sigortacının mutad meskeni" ifadesi yerine "sigortacının işyeri hukuku" ya da

ülke topraklarındaki riskleri kapsayan diğer tüm sigorta sözleşmesi türleri yer almaktadır (m. 7/3)[919]. Bu sigorta sözleşmelerinde tarafların seçebilecekleri hukuklar sınırlandırılmıştır. Taraflar m. 3 uyarınca yalnızca; sözleşmenin kurulması sırasında riskin bulunduğu üye devletin hukuku (a) , poliçe sahibinin mutat meskeninin bulunduğu ülke hukuku (b), hayat sigortalarında poliçe sahibinin vatandaşı olduğu üye devletin hukuku (c), riskin bulunduğu üye devlet dışındaki bir üye devlette meydana gelen olaylarla sınırlı riskleri kapsayan sigorta sözleşmeleri için o üye devletin hukuku (d), bu paragraf kapsamına giren bir sözleşmenin poliçe sahibinin, ticari veya sınaî bir faaliyet veya bağımsız bir mesleki faaliyette bulunduğu ve sigorta sözleşmesinin bu faaliyetlerle ilgili olan ve farklı Üye Devletlerde bulunan iki veya daha fazla riski kapsadığı durumlarda, ilgili Üye Devletlerden herhangi birinin hukuku veya poliçe sahibinin mutat meskeninin bulunduğu ülke hukukundan(e) birisini seçebilirler[920]. (a), (b) veya (e) bentlerinde belirtilen durumlarda, Üye Devletlerin sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun daha fazla seçim özgürlüğünü tanıdığı durumlarda, taraflar bu özgürlükten yararlanabilirler."[921]

Yukarıdaki hükümlerden de anlaşılacağı üzere Roma I Tüzüğü'nün getirmiş olduğu sistem de önceki dönemdeki gibi oldukça karmaşık bir yapıya sahiptir.

"sigorta şirketinin merkezi" ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Nomer, s. 336; Sirmen, "Sigorta Akitleri", s. 51.

919 Tarman, "Roma I Tüzüğü", s. 323.

920 Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 80, 81; "Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I)", https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593, 21.09.2022.

921 *Heiss*, tüm bentleri tek tek değerlendirmektedir. Yazar, (a) bendi ile getirilen seçeneği büyük ölçüde anlamsız bulmaktadır. Zira ona göre riskin bulunduğu yer taraflarca seçim yapılmamış olsa bile uygulanacak hukuku belirlemektedir. Bu seçenek yalnızca riskin birden fazla ülkede bulunduğu durumlarda, riskin bulunduğu ülkelerden herhangi birinin hukuku lehine seçim özgürlüğü sağlanıyorsa önemli hale gelir. Yazar, (b) bendi ile getirilen "poliçe sahibinin mutad meskeni hukuku" seçeneğini ise hukuk politikası bakımından memnuniyetle karşılamaktadır. Zira sigortalının mutad meskeni hukuku seçilirse zayıf taraf olan sigortalının korunmasına ilişkin hususlar bu tarz bir seçimin meşruiyetiyle çelişmeyecektir. Bir hayat sigortası poliçe sahibinin vatandaşlığının bulunduğu üye devletin hukukunu seçmesine izin veren (c) bendinde ise gerçek bir seçim özgürlüğü seçeneği sunulmaktadır. Ancak üye devletlerde yaşayan birçok Birlik yabancısının vatandaşlığının menşe ülkeleri ile artık sadece resmi bir bağ haline geldiği, bu yabancı poliçe sahiplerinin de üye devlet vatandaşları ile aynı korumaya ihtiyaç duyduğu göz önüne alındığında (c) bendi m. 7/3 tarafından amaçlanan sigortalının korunmasını bir dereceye kadar engellemektedir. (d) bendi ise yalnızca tek bir üye devlet için yurt dışı teminatını garanti eden sigorta sözleşmeleri bakımından mevcut olduğundan yasal politika gerekçeleriyle haklı görülebilse de sınırlı bir pratik öneme sahiptir. Son olarak (e) bendi özellikle ticari veya endüstriyel faaliyette bulunan veya serbest meslek sahibi olan poliçe sahipleri için bir seçenek oluşturmaktadır. Bu bent uyarınca iki veya daha fazla riskin sigortalandığı ve birden fazla yerde bulunduğu durumlarda, taraflar sözleşmeyi risklerin bir kısmının bulunduğu üye devletlerden birinin hukukuna yeknesak bir şekilde tabi tutabilirler. Böylece sözleşmenin bölünmesi engellenmiş olur (Heiss, s. 65).

Tüzüğün kabulünden önce doktrinde sigorta sözleşmelerine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının her zaman AB milletlerarası özel hukukunun darboğazlarından biri olduğu ifade edilmiştir[922]. Bu hususstaki kanunlar ihtilafı kuralları çeşitli kaynaklardan kaynaklandığından ve herhangi bir uyumdan veya iyi düşünülmüş bir sistemden yoksun olduğundan sigorta sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti bir labirentte yol bulma çabasına benzetilmiştir[923]. Roma Sözleşmesi'nin Roma I Tüzüğü'ne dönüştürülmesi, bu labirentten kurtulmak ve sigorta sözleşmeleri için yeknesak kanunlar ihtilafı kuralları oluşturmak için mükemmel bir fırsat olarak değerlendirilmiştir[924]. Her ne kadar Tüzük, AB hukukundaki sigorta sözleşmesine uygulanacak hukuka ilişkin mevzuatı yasal olarak tek bir belge altında toplamış ve sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuku ayrıntılı bir biçimde düzenlemiş olsa da içerik açısından herhangi bir iyileştirme getirmediği gerekçesi ile eleştirilmiş ve AB yasama organının başarısızlığı olarak değerlendirilmiştir[925]. Sigorta sözleşmelerine ilişkin kuralın hazırlık aşamasında pek çok öneri ileri sürülmüş ve istişareler yapılmış olsa da sonuç karmaşık bir uzlaşma olmaktan öteye geçememiştir[926]. Yazarların eleştirileri çoğunlukla maddenin kapsamı üzerinde yoğunlaşmaktadır[927]. Tüzüğün 7. maddesinin oldukça karmaşık bir yapıya sahip olduğu ve dikkatlice gözden geçirilerek yeniden hazırlanması gerektiği ifade edilmektedir[928].

B. Fikri Mülkiyet Hukuku Alanında Hukuk Seçimi

Fikrî mülkiyet hakları için (*intellectual property rights/ recht des geistigen eigentums/droits de propriété intellectuelle*) doktrinde birbirine benzer tanımlar yapıldığı görülmektedir. Bu tanımlardan yola çıkarak fikrî mülkiyet hakları[929], insan zekasının, düşüncesinin, yaratıcılığının ve hatta ruhunun ürünleri olan gayri maddi

922 Kramer, s. 16.
923 Kramer, s. 16.
924 Kramer, s. 16.
925 Heiss, s. 61.
926 Kramer, s. 16.
927 Maddenin mevcut hali eleştirilerek reasürans sözleşmelerinin de 7. maddeye dahil edilmesi, reasürans ve büyük risk sigortalarının aynı hukuka tabi kılınması, bu iki sözleşmenin 3 ve 4. maddelere tabi kılınması gibi çeşitli görüşler öne sürülmektedir. Bu hususlara çalışmamızın kapsamını aşacağından dolayı yer verilmeyecektir. Detaylı bilgi için bkz. Ekşi, ***Sigorta Sözleşmeleri***, s. 85-88.
928 Heiss, s. 71; Kramer, s. 17.
929 Fikrî mülkiyet hakları doktrinde "fikrî ve sınaî mülkiyet hakları" ya da kısaca "fikrî haklar" olarak da anılmaktadır. Bkz. Çelikel/Erdem, s. 371; Dural/Sarı, s. 157; Oğuzman/Barlas, s. 154, 155.

mallar üzerindeki haklar olarak tanımlanabilir[930]. Fikrî mülkiyet hakları farklı bir açıdan "*hükümetler tarafından yenilikçiliği ve yaratıcı ürünleri teşvik etmek için verilen haklar*" olarak da tanımlanmaktadır[931].

Fikrî mülkiyet haklarının konusunu oluşturan gayri maddi mallar çok çeşitlidir. Bunlardan bilim, edebiyat, güzel sanatlar gibi alanlarda üretilen, sahibinin özelliklerini taşıyanlar "fikir ve sanat eserleri" olarak adlandırılır[932]. Kitap, tablo, heykel, bilgisayar programları gibi ürünler fikir ve sanat eseri olarak kabul edilir ve telif hakları ile korunurlar[933]. Patentler, faydalı modeller, tasarımlar, yeni bitki çeşitleri gibi sahibinin özelliklerinden ziyade doğada var olduğu kabul edilen bir kısım özellikleri taşıyan ya da insanın doğa üzerindeki hâkimiyetini artırmayı sağlayan gayri maddi mallar ise sınaî mülkiyetin konusunu oluştururlar[934]. Örneğin, yeni bir aşının geliştirilmesi ya da merdiven çıkabilen robot süpürgenin üretilmesi gibi. Aynı zamanda ticari işletmeleri veya bu işletmelerin ürettikleri veya satışa sundukları malları birbirinden ayırt etmeyi sağlayan ticaret unvanı, marka gibi isim ve işaretler de sınaî mülkiyet kapsamındadır[935]. Türk maddi hukukunda fikrî mülkiyet hakları Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)[936], Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun[937], Entegre Devre Topoğrafyalarının Korunması Hakkında Kanun[938] ve Sınaî Mülkiyet Kanunu[939] ile güvence altına alınmaktadır.

Yukarıda bahsi geçtiği üzere fikrî mülkiyet hakları insan zihninin ürünü olan gayri maddi mallar üzerinde kurulabildiklerinden bu hakların en belirgin özelliği sınırsız olarak her yerde aynı anda bulunabilmeleridir[940]. Diğer bir deyişle bu haklar sınır ötesine yayılma yeteneğine sahip olduklarından milletlerarası alanda ihlale

---

930 Akıncı, ***MÖH***, s. 76; Çelikel/Erdem, s. 371; Oğuzman/Barlas, s. 154.

931 Shayerah Ilias/Ian F. Fergusson, "Intellectual Property Rıghts and International Trade", ***Intellectual Property Rights: Protections and Enforcement***, Nova Science Publishers, 2016, s. 3.

932 Doğan, ***MÖH***, s. 391; Dural/Sarı, s. 158; Oğuzman/Barlas, s. 154;

933 Ali Gümrah Toker, "5718 Sayılı Möhuk Çerçevesinde Telif Hakkına İlişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk", ***Ticaret ve Fikrî Mülkiyet Hukuku Dergisi***, 8 (1), 2022, s. 53 51-74; Cahit Suluk/Rauf Karasu/Temel Nal, ***Fikrî Mülkiyet Hukuku***, Seçkin, 5. Baskı, Ankara, 2021, s. 1; Çelikel/Erdem, s. 371, dn. 270'teki yazarlar; Dural/Sarı, s. 158; Serozan, s. 213.

934 Doğan, ***MÖH***, s. 391; Oğuzman/Barlas, s. 154; Serozan, s. 213; Suluk/Karasu/Nal, s. 355.

935 Oğuzman/Barlas, s. 154, 155; Nomer, s. 316

936 05.12.1951 tarih ve 5846 sayılı Kanun (RG. 13.12.1951-7981). Bu kanunda eser "*sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musiki, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri*" olarak tanımlanmaktadır (m. 1/B-a).

937 08.01.2004 tarih ve 5042 sayılı Kanun (RG. 15.01.2004-25347).

938 22.04.2004 tarih ve 5147 sayılı Kanun (RG. 30.04.2004-25448).

939 22.12.2016 tarih ve 6769 sayılı Kanun (RG. 10.01.2017-29944).

940 Çelikel/Erdem, s. 372; Suluk/Karasu/Nal, s. 37.

uğrama tehlikelerinin de yüksek olduğu ifade edilmektedir[941]. Dolayısıyla bu hakların yalnızca milli hukuklarda değil milletlerarası alanda da özel olarak korunmaları gerekmektedir. Bu gerekliliğe binaen bu alanda Türkiye'nin de taraf olduğu birçok milletlerarası anlaşma kabul edilmiştir[942].

Yukarıda zikredilen özellikleri nedeniyle fikrî mülkiyet haklarının milletlerarası özel hukuk alanında da korunması amacıyla karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda özel hükümler öngörülmektedir. Bu kapsamda 5718 sayılı MÖHUK'ta, mülga MÖHUK'ta yer verilmeyen fikrî mülkiyet haklarına ilişkin iki ayrı madde düzenlenmiştir. Bunlardan birincisi fikrî mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuku düzenleyen 23. madde diğeri ise fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku düzenleyen 28. maddedir. Her ne kadar MÖHUK m. 23/2'deki fikrî mülkiyet hakkının ihlali halinde hukuk seçimine ilişkin kural sözleşmeler hukuku alanına dahil olmasa da konu bütünlüğünü bozmamak adına bu başlık altında yer vermeyi uygun görüyoruz. Önemle belirtmek gerekir ki m. 23/2'deki hukuk seçimi kuralı aynî haklar alanında hukuk seçiminin öngörüldüğü ilk ve tek kuraldır[943].

1. Fikri Mülkiyet Hakkının İhlali

a. MÖHUK'taki Düzenleme

2675 sayılı MÖHUK'ta fikrî mülkiyet haklarına uygulanacak hukuka ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak bu dönemde fikrî mülkiyet haklarına ilişkin maddi hukuk boyutunda AB hukuku ve milletlerarası sözleşmelerle uyum sağlamak için önemli adımlar atılmıştır[944]. Bu kapsamda patent haklarının, endüstriyel tasarımların, coğrafi işaretlerin ve markaların korunmasına ilişkin çeşitli kanun

---

941 Doğan, ***MÖH***, s. 391; Şebnem Akipek/Esra Dardağan, "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlâllerine Uygulanacak Hukuk", ***AÜHFD***, C. 50, S. 3, 2001, s. 115.

942 20.03.1883 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi, 1886 tarihli Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi, 1961 tarihli İcracı Sanatçılar Fonogram Yapımcıları Ve Yayın Kuruluşlarının Korunmasına Dair Roma Sözleşmesi, 14.07.1967 tarihli Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütünü (*WIPO*) Kuran Sözleşme, 1970 tarihli Patent İşbirliği Antlaşması, 1973 tarihli Avrupa Patent Sözleşmesi, 1925 tarihli Endüstriyel Tasarımların Uluslararası Tesciline İlişkin Lahey Anlaşması 1994 tarihli Marka Kanunu Antlaşması, 1995 tarihli Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması'na ek Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları (*TRIPS*) Anlaşması, 1992 tarihli Sinematografik Ortak Yapım Üzerine Avrupa Sözleşmesi, 1996 tarihli WIPO İcralar ve Programlar Anlaşması ve WIPO Telif Hakları Anlaşması, 12.11.1998 tarihli Sınai Mülkiyetin Korunması Alanında Patent Kuruluşları Arasında İşbirliği ile İlgili Niyet Protokolü, Türkiye ile Kırgız Cumhuriyeti arasında imzalanan 13.11.1998 tarihli Fikrî Mülkiyetin Korunmasında İşbirliği Anlaşması (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 306, dn. 394).

943 Tekinalp***, MÖH***, s. 269.

944 Suluk/Karasu/Nal, s. 29.

hükmünde kararnameler çıkarılmış, FSEK'te önemli değişiklikler yapılmış, bazı yeni kanunlar kabul edilmiş ve Paris Sözleşmesi ile Bern Sözleşmesi'ne taraf olunmuştur[945]. Maddi hukuktaki bu durum karşısında mülga MÖHUK'ta fikrî mülkiyet haklarına uygulanacak hukuka ilişkin bir kanunlar ihtilafı kuralı öngörülmemiş olması doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir[946]. Nihayet bu eleştiriler dikkate alınmış ve 5718 sayılı MÖHUK'ta 23. madde öngörülmüştür. Bu maddeye göre: *"(1) Fikrî mülkiyete ilişkin haklar, hangi ülkenin hukukuna göre koruma talep ediliyorsa o hukuka tâbidir. (2) Taraflar, fikrî mülkiyet hakkının ihlâlinden doğan talepler hakkında, ihlâlden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler*."

Milletlerarası düzenlemelerde, karşılaştırmalı hukukta[947] ve Türk maddi hukukunda[948] fikrî mülkiyet haklarının korunması bakımından benimsenen "ülkesellik ilkesi" (*principle of territoriality/prinzip der territorialität*) MÖHUK'ta da benimsenmiştir[949]. Ülkesellik ilkesine göre bir fikrî mülkiyet hakkının geçerliliği ve kapsamı ancak sahibinin başkalarını bu hakkın kullanımından menedebileceği ülkenin

---

945 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK, 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK, 555 Sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında KHK ve 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK. Bu KHK'lar 10.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren Sınai Mülkiyet Kanunu ile ilga edilmiştir.
Bu süreçte yeni bitki çeşitleri ve entegre devre topografyalarına ilişkin iki kanun yürürlüğe girmiştir. Bkz. ***İkinci Bölüm, I. B.***
Türkiye'nin 08.08.1975 tarih ve 7/10464 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmış olduğu "Sınai Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Paris Sözleşmesi"nin Türkçe metni için bkz. RG. 20.11.1975-15418. Türkiye "Edebiyat ve Sanat Eserlerinin Korunmasına İlişkin Bern Sözleşmesi"ne ise 21.08.1951 tarih ve 13589 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile katılmıştır. Bu sözleşmede değişiklik yapan ve 1979'da tadil edilen Paris Metni'nin Onaylanmasının Uygun Bulunmasına İlişkin Kanun (07.07.1995 tarih ve 4117 sayılı) ile de Bern Sözleşmesi'nin en son haline taraf olmuştur (RG. 12.07.1995-22341).

946 Bahadır Erdem, Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, Beta, 2. bası, İstanbul, s. 127; Çelikel/Erdem, s. 374; Fügen Sargın, ***İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk***, Yetkin, Ankara, 2005, s. 345 vd. 2675 sayılı MÖHUK'un yürürlükte olduğu dönemde İsviçre ve Avusturya hukuklarında fikrî mülkiyet haklarına ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralları yer almaktaydı (*IPRG* m. 110; Avusturya MÖHK m. 34). Alman hukukunda ise bu hususta özel bir kural bulunmamaktaydı.

947 Alman hukuku bakımından "ülkesellik ilkesi" hakkında detaylı bilgi için bkz. Kropholler, s. 151 vd.

948 Maddi hukuk bakımından ülkesellik prensibi şu şekilde açıklanmaktadır: "*Ülkesellik ilkesi gereği her ülke maddi ve şekli (tescil ve yenileme gibi) koşulları yerine getirmek kaydıyla fikrî mülkiyet haklarını kendi ülkesinin sınırları içinde korur. Yani tescilin etkili olacağı coğrafi alan ilgili ülke sınırlarıdır*" (Suluk/Karasu/Nal, s. 5). Bir başka deyişle "*fikrî hak ancak varlığını tanıyan ülke sınırları içinde ve yine bu ülkenin hukuk kuralları ile korunur*" (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 306). Daha detaylı bilgi için bkz. Yusuf Kaplan, ***İnternet Ortamında Fikrî Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk***, Seçkin, Ankara, 2004, s. 171 vd.

949 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 7, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 29.07.2022.

hukuku tarafından belirlenebilir[950]. Bu ilke uyarınca MÖHUK'ta fikrî mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk olarak "koruma devleti hukuku" (*lex loci protectionis*) yetkilendirilmiştir. Yani fikrî mülkiyet hakkının korunmasını isteyen kişi, sahip olduğunu iddia ettiği hakkın hangi devlet hukukuna göre korunmasını talep ediyorsa o devletin hukukuna göre karar verilir (MÖHUK m. 23/1)[951].

MÖHUK m. 23/2'de fikrî mülkiyet haklarından doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk bakımından taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır[952]. Hukuk seçimi imkânı hem konu bakımından hem zaman bakımından hem de seçilebilecek hukuk bakımından sınırlandırılmaktadır[953]. Öncelikle taraflar yalnızca fikrî mülkiyet hakkının ihlalinden doğan talepler için uygulanacak hukuku kararlaştırabilirler. Bu taleplere tecavüzün ref'i (durdurulması) ya da tazminat davaları örnek gösterilebilir. Fikrî mülkiyet hakkının var olup olmadığı, gerçek sahibinin kim olduğu, içeriği, sona ermesi, ihlal edilip edilmediğinin tespiti gibi hususlar hukuk seçiminin kapsamında yer almayıp m. 23/1'e tabidirler[954]. Dolayısıyla öncelikli olarak

---

950 Örneğin, *Hotel Maritime* davasında Almanya'daki oteller zinciri için "*MARITIM*" markasını kullanan davacı, Kopenhag'da bir oda-kahvaltı tesisini "*HOTEL MARITIME*" olarak tescil ettiren, bu ad altında tesis hakkında Almanca bilgiler de içeren bir websitesi kuran Danimarkalı davalının ihlalden menedilmesini talep etmiştir. Davacının Almanya'daki ticari markasının ihlal edildiği iddiası nedeniyle davada Alman ticari marka hukukunun uygulanması gerekmiştir (Eckart Gottschalk, "The Law Applicable to Intellectual Property Rights: Is the Lex Loci Protectionis a Pertinent Choice-of-Law Approach?", ***Conflict Of Laws In A Globalized World***, (Ed. Eckart Gottschalk/Ralf Michaels/Giesela Rühl/Jan von Hein), Cambridge University Press, 2007, s. 185-187).

951 Aynı yönde hükümler için bkz. *IPRG* m. 110/1, Roma II Tüzüğü m. 8/2. Fikrî mülkiyet haklarına uygulanacak hukuka ilişkin objektif bağlama kuralı ve "koruma devleti hukuku" kavramları çalışmamızın kapsamında yer almadığından yalnızca Kanun hükmüne değinmekle yetiniyoruz. Bu konuda bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 377-379; Doğan, ***MÖH***, s. 395-397; Güngör, ***MÖH***, s. 177, 178; Nomer, s. 316, 317; Sargın, "Fikrî Mülkiyet", s. 178 vd.

952 MÖHUK m. 23'ün esinlenme kaynağı olarak gösterilen (Tekinalp***, MÖH***, s. 269) *IPRG* m. 110'un ikinci fıkrasında fikrî mülkiyet hakkının ihlalinden kaynaklanan talepler bakımından taraflara hukuk seçimi imkânı verilmesi, aynı uyuşmazlıkta birden fazla koruma devlet hukukunun ihlal edilmesi ihtimalinde tek bir hukukun uygulanmasını sağlayarak hâkime kolaylık tanıyacağından yerinde bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir (Erdem, s. 123; Ekin Ömeroğlu, "Fikrî Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta "Soft Law" Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi", ***Public and Private International Law Bulletin,*** Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, C. 40, S. 1, s. 64).

953 *IPRG* m. 110/2'deki aynı sınırlamalar için bkz. Rita Matulionytė, "Calling for Party Autonomy in Intellectua Property Infringement Cases", ***Journal of Private International Law***, 9:1, 2013, s. 78.

954 Akıncı, ***MÖH***, s. 76; Çelikel/Erdem, s. 378; Erdem, s. 38, 39; Güngör, ***MÖH***, s. 178; Nomer, s. 317; Ömeroğlu, "Fikri Mülkiyet", s. 60; Şanlı/Esen/Figanmeşe, s. 305; Tekinalp***, MÖH***, s. 269; (karşılaştırmalı hukukta) Theodorus Martinus De Boer, "Party Autonomy and Its Limitations in The Rome II Regulation" ***Yearbook of Private International Law***, 9, 2007, s. 6. Fikrî hakların doğumunun menşe ülke hukukuna, korunmasının ise koruma yeri hukukuna tabi olması ve fikrî haklara ilişkin tüm hususların koruma yeri hukukuna tabi olması gerektiği yönünde iki farklı görüş için bkz. Doğan, ***MÖH***, s. 396. Ayrıca bkz. Hatice Selin Pürselim, "Milletlerarası Özel Hukukta

hakkın ihlal edilmiş olduğunun koruma devleti hukukuna göre tespit edilmiş olması gerekir[955]. Bu hususta İsviçre hukukunda, *IPRG* m. 110'un uygulama alanına ilişkin bir tartışma bulunmaktadır. Bir görüş seçilen hukukun ihlalin olup olmadığı meselesi bakımından da yetkili olduğunu savunurken diğer görüş seçilen hukukun yalnızca ihlalden kaynaklanan taleplere uygulanacağı görüşündedir[956]. Türk doktrininde birinci görüşe katılan Tekinalp'e göre ihlal ile ihlalden doğan talepleri farklı hukuklara tabi tutmanın hukuk mantığına aykırı olduğu söylenebilir[957]. Yazar, aksi halde ihlalden sonra yapılmasına imkân verilen hukuk seçiminin *lex fori* lehine olmasının hiçbir anlamı kalmayacağını savunmaktadır. Ayrıca ihlal ile ihlalden kaynaklanan taleplerin seçilen hukuka tabi tutulmasının uygulanacak hukukun bölünmesini engelleyeceğini ifade etmektedir. Her ne kadar bu görüş Türk hukuku bakımından da mantıklı görünse de MÖHUK m. 23/2'nin "*Taraflar, fikrî mülkiyet hakkının ihlâlinden doğan talepler hakkında, ihlâlden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırabilirler*" şeklindeki açık lafzı karşısında uygulanabilirliğinin olmadığını söylemek mümkündür.

MÖHUK m. 23/2'de hukuk seçimi bakımından öngörülen diğer sınırlamaya göre taraflar yalnızca hakkın ihlal edilmesinden sonra hukuk seçimi anlaşması yapabilirler. Tarafların "(X) ticari markasının ihlal edilmesi halinde bu ihlalden doğan talepler Rusya hukukuna göre yapılacaktır" şeklinde ihlalden önce yapılmış bir hukuk seçimi anlaşması geçerli değildir. Fikrî mülkiyet hakkının ihlali de bir haksız fiil olarak değerlendirildiğinden[958] hukuk seçiminin yalnızca ihlalden sonra yapılabileceğine ilişkin düzenleme, MÖHUK m. 34/5'te[959] öngörülen haksız fiillerde hukuk seçimi

---

Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Telif Hakları: Sanatçı Salvador Dali ile İlgili Tokyo Yüksek Mahkemesi'nin ve Fransız Mahkemesi'nin Kararları", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** 30. Yıl Armağanı, C. 21, S. 1, 2013, s. 249. MÖHUK m. 23'ün uygulanması bakımından doktrinde ağırlıklı görüş fikrî mülkiyet hakkının varlığı (ya da doğumu) ile bu hakkın ihlalinin (hukuk seçimi yapılmamışsa) koruma devleti hukukuna tabi olduğu yönündedir. Ancak Mülga MÖHUK döneminde fikrî mülkiyet haklarına ilişkin özel bir hüküm bulunmadığından fikrî mülkiyet haklarının doğumunun hangi hukuka göre tespit edileceği ön sorunu ile daha sonra hangi hukukun fikrî mülkiyet hakkının ihlaline uygulanacağı meselelerinin birbirinden ayırt edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Kaplan, s. 167-168.

955 Doğan, ***MÖH***, s. 396; Nomer, s. 317.

956 Erdem, s. 110; Marta Pertegás Sender, ***Cross-Border Enforcement of Patent Rights: An Analysis of the Interface Between Intellectual Property and Private İnternational Law***. Oxford University Press on Demand, 2002, s. 247; Ömeroğlu, "Fikri Mülkiyet", s. 64; Tekinalp***, MÖH***, s. 269, dn. 57, 58'deki yazarlar.

957 Tekinalp***, MÖH***, s. 269.

958 Çelikel/Erdem, s. 376, 379; Doğan, ***MÖH***, s. 395; Gottschalk, s. 196; Ömeroğlu, "Fikri Mülkiyet", s. 63; Symeonides***, Codifying Choice of Law***, s. 98. Sözleşme dışı yükümlülüklere uygulanacak hukuku düzenleyen Roma II Tüzüğü'nde de fikrî mülkiyet haklarının ihlali sözleşme dışı bir yükümlülük olarak kabul edilmiş ve özel bir madde ile düzenlenmiştir (m. 8).

959 MÖHUK m. 34/5: "*Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler."*

kuralı ile paralellik arz eder[960]. Bu düzenlemenin kaynağı olan *IPRG* m. 110/2'deki seçimin yalnızca ihlalden sonra yapılacağına ilişkin hükmün taraflar bakımından güvenliği temin etmek amacıyla öngörüldüğü ifade edilmektedir[961]. Hukuk seçimi anlaşmasına ilişkin son sınırlama ise tarafların yalnızca davaya bakan mahkemenin hukukunu seçebilmeleridir. Yani Türk mahkemelerinde görülmekte olan fikrî mülkiyet hakkının ihlalinden doğan bir davada taraflar, ihlalden kaynaklı taleplerin tabi olacağı hukuk olarak yalnızca Türk hukukunu seçebilirler[962]. Fikrî mülkiyet hakkı ile daha yakın ilişki içinde olan bir hukuk bulunsa dahi bu hukuku seçemezler.

Yukarıda bahsi geçen bu sınırlamalar dışında hukuk seçiminin şekli, geçerliliği gibi hususlar sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel esaslara tabidir[963].

b. Roma II Tüzüğü'ndeki Düzenleme

Avrupa Birliği hukukunun fikri mülkiyet haklarına uygulanacak hukuka ilişkin yaklaşımı ise MÖHUK'takinden oldukça farklıdır. Fikrî mülkiyet haklarının ihlali halinde uygulanacak hukuk Roma II Tüzüğü'nde düzenlenmektedir. Tüzük'ün dibacesinde "fikrî mülkiyet hakları" teriminin telif hakları ile komşu hakları, *sui generis* niteliklı veri tabanlarının korunmasına ilişkin hakkı ve sınaî mülkiyet haklarını kapsadığı belirtilmektedir (par. 26). Tüzük m. 8'de fikrî mülkiyet hakkının ihlalinden kaynaklanan sözleşme dışı yükümlülüğün koruma devleti hukukuna tabi olacağı öngörülmektedir[964]. MÖHUK m. 23/1'in aksine koruma devleti hukuku fikrî mülkiyet hakkına ilişkin tüm meseleler için değil yalnızca hakkın ihlali bakımından yetkili kılınmaktadır. İkinci fıkrada ise ihlal fiilinin işlendiği yer hukukunun yetkisi düzenlemektedir. Çalışma konumuz bakımından esas önemli olan husus ise Tüzük'ün fikrî mülkiyet hakkının ihlali halinde hukuk seçimine izin vermemesidir[965]. Tüzük'e

---

960 Doğan, ***MÖH***, s. 395. 23. maddenin ilk fıkrasının fikrî mülkiyet hakkının varlığı ve ihlali dahil olmak üzere fikrî mülkiyet hakkına ilişkin tüm meselelere uygulanacağı göz önünde bulundurulduğunda bu maddeye aynî haklara ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları içinde yer verilmiş olması kanun sistematiği bakımından tartışmaya açıktır. Zira fikrî hakkın hangi koşullar altında varlığının kabul edileceği aynî haklarla ilişkili bir mesele iken bu hakkın ihlali özel bir haksız fiil türü olarak kabul edilmektedir (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 304, dn. 391).

961 Erdem, s. 121; Ömeroğlu, "Fikri Mülkiyet", s. 64.

962 Çelikel/Erdem, s. 379.

963 Doğan, ***MÖH***, s. 395.

964 Dibacede fikrî mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin evrensel olarak kabul edilen *lex loci protectionis* ilkesinin kabul edilmesinin gerekliliği vurgulanmıştır (par. 26). Ayrıca bkz. Gottschalk, s. 186.

965 Gottschalk, s. 195; Ömeroğlu, "Fikri Mülkiyet", s. 61; Sargın, ***İnternet***, s. 265; Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 102, dn. 320; De Boer, s. 6; Zeynep Derya Tarman, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)", ***AÜHFD***, 2008, s. 211.

göre m. 8 uyarınca fikrî mülkiyet hakkının ihlalinden doğan yükümlülüğe uygulanacak hukukun m. 14'e[966] göre yapılacak bir hukuk seçimi anlaşması ile bertaraf edilmesi mümkün değildir (m. 8/3).

Tüzük'ün hazırlık çalışmalarından birinde Avrupa Komisyonu fikrî mülkiyet haklarının ihlaliyle ilgili davalarda taraflara seçim özgürlüğü tanınmasının uygun olmayacağını belirtmiştir[967]. Gerekçe olarak bu hakların kamu düzeni ile yakından ilişkili olması ve ekonomik politikalar açısından önem taşıması gösterilmektedir[968]. Bu düzenleme doktrinde farklı görüşlere yol açmıştır. Akademisyenlerin büyük çoğunluğuna göre hukuk seçimine izin verilmesi halinde bir devletin fikrî mülkiyet hakları bakımından sağladığı korumanın içeriği ve uygulama alanına ilişkin almış olduğu egemen kararların uygulanması engellenmiş olur[969]. Fikrî mülkiyet haklarının ihlali halinde hukuk seçimine izin verilmemesi bu hakların herhangi bir yabancı hukukun uygulanmasını desteklemeyen ülkesel doğasına dayanmaktadır[970]. Diğer bir deyişle fikrî mülkiyet haklarının ihlali bakımından tarafların uygulanacak hukuku kararlaştırmaları koruma devleti hukukuna ve ülkesellik ilkesine aykırılık oluşturacağından Tüzük m. 8/3 yerinde bir düzenleme olarak görülmüştür[971]. Azınlıkta kalan saygın bir akademisyen grubu ise fikrî mülkiyet hakkının ihlalinden sonra taraflara uygulanacak hukuku seçme izni verilmesi gerektiği görüşündedirler[972]. Zira bir fikrî mülkiyet hakkının birden fazla Birlik ülkesinde ihlal edilmesi halinde birden fazla ülke hukukunun uygulanması gündeme geleceğinden uygulanacak hukukun taraflarca seçilmiş olması hâkimin işini kolaylaştıracağı gibi tarafların da

---

966 Roma II Tüzüğü m. 14 haksız rekabet, rekabet kısıtlamaları (m. 6/4) ve fikrî mülkiyet haklarının ihlalinden kaynaklananlar (m. 8/3) dışındaki tüm sözleşme dışı yükümlülükler bakımından hukuk seçimini mümkün kılar. Tüzük m. 14/1-a'ya göre taraflar meydana gelen zarara yol açan olaydan sonra yapılan bir anlaşma ile uygulanacak hukuku kararlaştırılabilir. Bu hususta detaylı bilgi aşağıda verilecektir. Bkz. ***İkinci Bölüm, II. A. 2., B. 2.*** ve ***C. 2.***

967 Toshiyuki Kono/Paulius Jurcys, "General Report", ***Intellectual Property and Private International Law : Comparative Perspectives*** (ed. Toshiyuki Kono***)***, Hart Publishing, 2012, s. 152; Dick Van Engelen, "The Netherlands", ***Intellectual Property and Private International Law : Comparative Perspectives*** (ed. Toshiyuki Kono***)***, Hart Publishing, 2012, s. 866.

968 Kono/Jurcys, s. 152; Matulionytė, s. 77, 83; Ömeroğlu, "Fikri Mülkiyet", s. 61.

969 Gottschalk, s. 195, 196.

970 De Boer, s. 6; Mo Zhang, "Party Autonomy in Non-Contractual Obligations: Rome II and Its Impacts on Choice of Law", ***Seton Hall Law Review***, 39, no. 3, 2009, s. 902.

971 Dick van Engelen, "The Netherlands", ***Intellectual Property and Private International Law*** (Ed. Toshiyuki Kono), Hart Publishing, 2012, s. 866; Ömeroğlu, "Fikri Mülkiyet", s. 61; Tarman, "Roma II", s. 211; Gerhard Wagner, "Die neue Rom II-Verordnung", ***IPRax,*** 2008, Heft 1, s. 9; Kaplan, s. 227, 228.

972 Ömeroğlu, "Fikri Mülkiyet", s. 61; Gottschalk, s. 196 (Bu görüşteki akademisyenlerden bazıları hukuk seçiminin özellikle zararın hesaplanması ve dağıtılması meseleleriyle sınırlandırılmasını önermektedirler).

kendi sorunlarını çözmek için pratik ve verimli bir yol üzerinde anlaşmalarını mümkün kılar[973].

2. Fikri Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmeler

a. MÖHUK'taki Düzenleme

2675 sayılı MÖHUK'ta fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku öngören özel bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla bu sözleşmelere uygulanacak hukuk genel kural olan m. 24'e göre tespit edilmiştir. Taraflar hukuk seçimi yapmamışsa uygulanacak hukuka karar verilebilmesi için fikrî mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmedeki karakteristik edimin (Mülga MÖHUK lafzıyla "borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin") tespit edilmesi gerekmiştir (Mülga MÖHUK m. 24/2). Bu da fikrî mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmeler bakımından oldukça zor bir mesele olmuştur. Zira bu sözleşmeler çok çeşitli türlerde yapılabildiklerinden tarafların yükümlülükleri de her sözleşme türüne göre farklılaşmakta, bazı sözleşme türlerinde karşılıklı edimlerin ağırlık dereceleri çoğunlukla birbirine eşit olabilmektedir[974]. Ayrıca hükümde objektif bağlama statüsü olarak karakteristik edim borçlusunun "mutad mesken hukuku" yerine karakteristik edim borçlusunun "ifa yeri" hukukunun öngörülmüş olması da eleştirilmiştir[975].

Yukarıda anılan gerekçelerle fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin kendine has yapısı dikkate alınarak MÖHUK m. 28'de bu sözleşmelere uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmiştir[976]. İlk fıkrada fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerin seçilen hukuka tabi olacağı öngörülürken ikinci fıkrada seçim yapılmaması halinde uygulanacak hukuk düzenlenmektedir. Madde metninde fikir ve sanat eserleri ile sınaî mülkiyet ayrımına yer verilmeksizin bunların ikisini de kapsayacak biçimde "fikrî mülkiyet hakları" kavramı tercih edilmiştir. Bunun nedeni, Türkiye'nin de katılıp onayladığı Dünya Fikrî Mülkiyet Örgütü[977] ile Dünya Ticaret

---

973 Engelen, s. 866; Ömeroğlu, "Fikri Mülkiyet", s. 61; Zhang, s. 903.
974 Çelikel/Erdem, s. 445, 449.
975 Çelikel/Erdem, 450.
976 İsviçre hukukunda da fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk özel olarak düzenlenmektedir. Bkz. *IPRG* m. 122.
977 *The World Intellectual Property Organization (WIPO)* hakkında bilgi için bkz. https://www.telifhaklari.gov.tr/Dunya-Fikrî-Mulkiyet-Orgutu-WIPOOMPI, 28.07.2022. Ayrıca bkz. Suluk/Karasu/Nal, s. 27. Türkiye'nin katılması 7/10540 sayılı 14.08.1975 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile kararlaştırılmıştır (RG. 19.11.1975-15417)

Örgütü'nün[978] kuruluş anlaşmasına ekli olan Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Anlaşması'nın[979] bu yaklaşımı benimsemiş olması ve söz konusu yaklaşımın Türk doktrininde olduğu gibi Türk mevzuatında da kabul görmesidir[980].

Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku öngören 28. madde kapsamında iki tür sözleşme yer alır. Bunlar m. 28/2'den anlaşılacağı üzere fikrî mülkiyet hakkının tümüyle devrini konu alan sözleşmeler ile bu hakkın kullanım hakkının devrini konu alan sözleşmelerdir[981]. İkinci tür sözleşmeler "lisans sözleşmeleri" olarak adlandırılmaktadır[982].

Fikrî mülkiyet hakkının devredildiği sözleşmelerde hak, devredenin malvarlığından çıkıp devralanın malvarlığına girerken lisans sözleşmelerinde hak, sahibinin malvarlığından çıkmaz; yalnızca kullanım hakkı devredilmiş olur[983]. Bu iki sözleşmenin maddi hukuk bakımından hüküm ve sonuçları farklı olsa da kanunlar ihtilafı hukuku alanında uygulanacak hukukun tespiti bakımından birbirinden farkı bulunmadığı ifade edilmektedir[984]. Her iki sözleşmeye uygulanacak hukuk m. 28'e göre tespit edilir. 28. maddenin uygulama alanının tespiti bakımından fikrî mülkiyet hakkına ilişkin işlemin borç doğuran bir sözleşme (taahhüt işlemi) mi olduğu yoksa

---

978 *Worl Trade Organization (WTO)* hakkında bilgi için bkz. https://ticaret.gov.tr/dis-iliskiler/cok-tarafli-ve-bolgesel-iliskiler/cok-tarafli-iliskiler/dunya-ticaret-orgutu-dto, 28.07.2022. Ayrıca bkz. Suluk/Karasu/Nal, s. 27, 28. Türkiye'nin katılması 95/6525 sayılı 03.02.1995 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile kararlaştırılmıştır (RG. 25.02.1995-22213).

979 *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)* hakkında bilgi için bkz. https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/trips_e.htm, 28.07.2022.

980 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 10, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 03.08.2022. Türk hukukunda ve Türkçe'de fikrî haklar-sınaî haklar ayrımı olduğundan, fikrî hak kavramı daha dar kapsamlı olarak yalnızca "telif hakları" ya da fikir ve sanat eserleri üzerindeki hakları karşılamak üzere kullanıldığından madde metninde "fikrî mülkiyet hakları" kavramının kullanılmış olması eleştirilmektedir (Fügen Sargın, "Fikrî Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmeler: 5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikrî ve Sınaî Haklar ile İlgili Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", ***Avrupa Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri***, Legal, İstanbul, 2010, s. 173).

981 MÖHUK m. 28/2: "*Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, fikrî mülkiyet hakkını veya onun kullanımını devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde, mutad meskeni hukuku uygulanır. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tâbi olur."*

982 Çelikel/Erdem, s. 444; Nomer, s. 358; Suluk/Karasu/Nal, s. 113; Toker, s. 53. FSEK m. 48/2'de lisans sözleşmelerine "*Mali hakları sadece kullanma salahiyeti de diğer bir kimseye bırakılabilir.*" şeklinde yer verilmektedir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda da çeşitli lisans sözleşmesi türleri düzenlenmektedir. Örneğin, marka lisansı sözleşmeleri ve patent lisansı sözleşmeleri lisanstan doğan hakkın içeriğine göre inhisarı ve inhisarı olmayan (basit) şeklinde ikiye ayrılır (m. 24, m. 125).

983 Toker, s. 53.

984 Çelikel/Erdem, s. 444; Doğan, ***MÖH***, s. 433.

tasarrufi bir işlem mi olduğu önem arz etmektedir. 28. maddede öngörülen sözleşme statüsü yalnızca fikrî mülkiyet haklarına ilişkin borç doğuran sözleşmelere (taahhüt işlemleri) uygulanır[985]. Bu kapsamda sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği, içeriği, yorumlanması, sözleşmeye aykırılığın sonuçları gibi hususlar fikrî haklara ilişkin sözleşme statüsüne tabidir[986]. Bunun dışında fikrî mülkiyet hakkına ilişkin tasarrufi işlemler, hakkın devredilip devredilemeyeceği, kısmi devrin mümkün olup olmadığı gibi hususların m. 23/1'de öngörülen koruma ülkesi hukukuna tabi olduğu belirtilmektedir[987].

MÖHUK m. 28'de sözleşmelere ilişkin genel kurala uygun olarak taraflara aralarındaki fikrî mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmaktadır (m. 28/1)[988]. Tarafların aralarındaki fikri mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmeler bakımından hukuk seçimi anlaşması yapabilmeleri bu sözleşmelerin kendine özgü yapılarından dolayı önem arz etmektedir. Zira fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler oldukça karmaşık bir yapıya sahip olup kimi

985 Nomer, s. 358. Tokyo Yüksek Mahkemesi'nin nihai kararı verdiği (28.05.2003) uyuşmazlıkta ünlü İspanyol ressam Salvador Dali ile davacı arasında Dali'nin telif haklarının davacıya devrine ilişkin bir sözleşme yapılmıştır. Dali'nin 1989 yılında ölümünden sonra davalı, Dali'nin eserlerinin bulunduğu bir sergi açmış ve Dali'nin eserlerinin de bulunduğu katalogların satışını yapmıştır. Davacı bunun üzerine davalıya telif hakkının devrine ilişkin sözleşmeye dayanarak müdahalenin men'i ve tazminat davası açmıştır. Japon kanunlar ihtilafı kurallarına göre, davaya konu olan vakıanın borçlandırıcı bir sözleşme olduğu kabul edilirse sözleşmeye tarafların seçtiği hukukun uygulanması gerekmektedir. Ancak vakıa aynî hakka dair bir işlem olarak kabul edilirse uygulanacak hukuk *lex rei sitae* uyarınca dava konusu şeyin bulunduğu yere göre tespit edilir. Mahkeme devir sözleşmesini sözleşmeden doğan borç ilişkisi olarak kabul etmiş ve Japon kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tarafların seçtiği İspanyol hukukunun uygulanmasına karar vermiştir. İspanyol hukukuna göre ise bu tür bir sözleşme Dali'nin ölümü ile sona ermiş olup davacının talep hakkı bulunmamaktadır (Karar Pürselim, "Telif Hakları", s. 250, 251'den özetlenerek aktarılmıştır).

986 Nomer, s. 358; Toker, s. 61.

987 Nomer, s. 358. Bu yaklaşım karşılaştırmalı hukukta da benimsenmektedir. Bkz. Paul L. C. Torremans, "Licences and Assignments of Intellectual Property Rights under the Rome I Regulation", ***Journal of Private International Law***, 4, no. 3, 2008, s. 398. Fikrî mülkiyet haklarının ya da kullanım haklarının bazılarının devri mümkün değilken bazılarının kısmi devri mümkündür. Bir fikrî mülkiyet hakkının devredilebilir olması ile devrin etkili olabilmesi için taraflarca devir şartlarının yerine getirilip getirilmediği ise farklı hususlardır. Amerikan Hukuk Enstitüsü (*American Law Institute-ALI*) tarafından yayımlanan fikrî mülkiyete ilişkin ilkelere göre devredilebilirlik koruma devleti hukukuna tabi iken devrin etkililiği sözleşme statüsüne tabi olmalıdır(Rochelle Dreyfuss, "The ALI Principles on Transnational Intellectual Property Disputes: Why Invite Conflicts", ***Brooklyn Journal of International Law***, 2005, 30(3), s. 846).

988 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 11, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 03.08.2022. *IPRG*'de de tarafların hukuk seçimi yapmalarına izin verilmekte, herhangi bir sınırlama öngörülmemektedir (m. 122/2).

zaman devreden tarafta birden fazla eser sahibi olabilir[989]. FSEK m. 8/3'e göre "*Yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler*". Benzer şekilde dört farklı yazar tarafından meydana getirilmiş bir Milletlerarası Özel Hukuk ders kitabında, iki söz yazarının bir araya gelerek oluşturdukları bir şarkıda birlikte eser sahipliği söz konusu olabilir. MÖHUK m. 28/2'deki objektif bağlama kuralı uyarınca bu sözleşmelere devreden tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasındaki işyeri, bulunmadığı takdirde mutad meskeni hukuku uygulanır[990]. Birden fazla eser sahibinin bulunması durumunda bunların işyerlerinin ya da mutad meskenlerinin tespit edilmesi, tespit edilse bile ortak bir işyeri veya mutad meskenlerinin bulunmaması halinde hangisinin dikkate alınacağı meseleleri hâkim bakımından zorluk yaratabilir[991]. Ayrıca taraflar açısından da uygulanacak hukukun öngörülebilirliği azalmaktadır. Tarafların geçerli bir hukuk seçimi anlaşmaları yapmaları halinde bu sakıncalar bertaraf edilmiş olacağından MÖHUK m. 28/1'in yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

Bu hukuk seçimi imkânı bakımından herhangi özel bir sınırlama öngörülmemektedir. Kanun koyucu fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler bakımından zayıf tarafı koruma ihtiyacı duymadığından hukuk seçimi anlaşmasına sınırlama getirme gereği de görmemiştir[992]. Dolayısıyla taraflar hukuk seçimine ilişkin genel hükümlere uygun olmak koşuluyla diledikleri devlet hukukunu serbestçe seçebilirler. Örneğin bu hukuk lisans veren ya da hak sahibinin ya da lisans alan veya devralanın mutad mesken hukuku, hakkın korunduğu ülke hukuku ya da taraflarla ya da sözleşme ile ilgisi bulunmayan üçüncü bir ülke hukuku da olabilir[993].Taraflar geçerli bir hukuk seçimi anlaşması yapmışlar ise hâkim sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunduğunu tespit etse dahi o hukuku uygulayamaz. Zira m. 28/2'de öngörülen daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması zorunluluğu yalnızca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde söz konusudur. Fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler

---

989 Ayşenur Öztürk, "Dijital Platformlar ile Yapılan Telif Hakkı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk: Netflix Örneği", ***Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk*** (Ed. Sibel Özel/Hatice Selin Pürselim Arning), On İki Levha, 2020, s. 52.

990 Fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelerde kanun koyucu karakteristik edim borçlusunu "devreden taraf" olarak öngörmektedir. Ancak lisans sözleşmelerinde devralan tarafın edimi yalnızca bir miktar paranın ödenmesi değilse, devralanın aynı zamanda münhasıran yararlanma yetkisi ile birlikte eseri koruma yükümlülüğü bulunuyorsa karakteristik edimin devralanın edimi olabileceği, m. 28/2 hükmünün her durumda hakkaniyetli sonuçlar doğurmayacağı ifade edilmektedir (Toker, s. 68).

991 Öztürk, s. 52.

992 Toker, s. 60.

993 Sargın, "Fikrî Mülkiyet", s. 177.

bakımından hukuk seçimi imkânının sınırlandırılmamış olması *Sargın*'a göre; hukuk seçimi yapılmaması halinde hukuku uygulanacak olan devletin menfaatlerini ikinci plana atmaktadır[994]. Ancak MÖHUK'un doğrudan uygulanan kuralların uygulanmasını sağlayan m. 6 ve m. 31 hükümleri ile kamu düzeni müdahalesini mümkün kılan m. 5 hükmünün söz konusu devletin menfaatleri bakımından güvence sağlayabileceğini de eklemektedir. Yazar ayrıca fikrî mülkiyet hakkının ve kullanılabilirliğinin devri imkânının seçilen hukuka tabi olmayacağına dair bir hükme madde metninde yer verilebileceği görüşündedir[995]. Kanaatimizce de fikrî mülkiyet hakkının ya da kullanımının devredilip devredilemeyeceği meselesinin sözleşme statüsüne değil "koruma devleti" hukukuna tabi olduğu yönündeki doktrin görüşünün[996] bu hususta oluşabilecek tereddütleri gidermek adına madde metnine yansıtılması yerinde olurdu.

Fikrî mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmeler bakımından bir ön sorun teşkil edebilecek fikrî mülkiyet hakkının varlığı, geçerliliği, devamı ve sona ermesi gibi hususlar hukuk seçiminin kapsamında yer almayıp m. 23'e tabidirler[997]. Hukuk seçimi anlaşmasının yapılış şekli (açık ya da örtülü), kısmi seçimin geçerli olup olmadığı, seçimin zamanı ve sonradan yapılan seçimin etkisi gibi meseleler çalışmamızın birinci bölümünde ayrıntılı olarak ele aldığımız üzere hukuk seçimine ilişkin genel hükümlere yer veren m. 24'e göre değerlendirilir[998].

Bu başlık altında tekrar hatırlatmak gerekir ki "*işçinin, işi kapsamında ve işinin ifası sırasında meydana getirdiği fikrî ürünler üzerindeki fikrî mülkiyet haklarıyla ilgili işçi ve işveren arasındaki sözleşmelere iş sözleşmesinin tabi olduğu hukuk uygulanır*" (MÖHUK m. 28/3)[999]. Söz konusu sözleşmeler fikrî mülkiyet hakkına ilişkin sözleşme statüsüne tabi değildir.

---

994 Sargın, "Fikrî Mülkiyet", s. 178.
995 Sargın, "Fikrî Mülkiyet", s. 179.
996 (Karşılaştırmalı hukukta) Dreyfuss, s. 486 ve Torremans, s. 398; Nomer, s. 358.
997 Sargın, "Fikrî Mülkiyet", s. 175.
998 Telif haklarına ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimi bakımından MÖHUK m. 24'ün uygulanması hakkında bkz. Toker, s. 61-65.
999 Hükme ilişkin daha önce yapmış olduğumuz açıklamalar için bkz. ***İkinci Bölüm, I. A. 2. a. i.*** Bu hüküm kanun koyucunun yukarıda bahsi geçtiği üzere zayıf tarafı koruma ihtiyacı duymadığından hukuk seçimine de sınırlama getirmemesinin istisnası olarak değerlendirilmektedir (Toker, s. 60, 61).

b. Roma I Tüzüğü'ndeki Düzenleme

Roma I Tüzüğü'nde fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuku öngören özel bir hükme yer verilmemiştir. Ancak Tüzüğün kapsamında yer almayan hususlar arasında fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler yer almamaktadır[1000]. Bu nedenle Tüzük'te öngörülen sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel hükümler (m. 3) söz konusu sözleşmeler bakımından da uygulama alanı bulmaktadır[1001]. Fikrî mülkiyet hakkına ilişkin sözleşmenin yorumlanması, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi, yerine getirilmemesinin sonuçları, yükümlülüklerin ortadan kaldırılmasının çeşitli yolları, zamanaşımı gibi meseleler seçilen hukuka tabi olmaktadır[1002]. Çalışmamızın birinci bölümünde yapmış olduğumuz Tüzük'teki hukuk seçimi hükümlerine ilişkin açıklamalar fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler bakımından da geçerlidir[1003].

C. Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmeler

Eşya taşıma sözleşmeleri milletlerarası ticaret alanında en fazla karşılaşılan sözleşmelerdendir. Sahip olduğu önem nedeniyle bu sözleşmeler hem milli hukuklarda hem de milletlerarası anlaşmalarda detaylı olarak düzenlenmektedir[1004]. Türkiye, devletlerin milli düzenlemelerindeki farklılıkların en aza indirilmesi ve yeknesak kuralların uygulanabilmesi amacıyla[1005] kabul edilen karayolu, demiryolu, havayolu ve denizyolu taşımacılığına ilişkin maddi hukuk niteliğinde çeşitli milletlerarası anlaşmalara taraftır[1006]. Söz konusu milletlerarası anlaşmalardan bazıları yalnızca eşya

---

1000 ***Birinci Bölüm, II. B. 1. b.***

1001 Axel Metzger, "Germany", ***Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*** (Ed. Toshiyuki Kono), Hart Publishing, 2012, s. 600; Erdem, s. 182; Torremans, s. 399.

1002 Torremans, s. 399.

1003 Ayrıca bir inceleme için bkz. Torremans, s. 399-401.

1004 Türk hukukunda eşya ve yolcu taşıma sözleşmelerine ilişkin hükümlere TTK'nın "Taşıma İşleri" başlıklı dördüncü kitabında yer verilmektedir (m. 850 vd.). Aynı kitapta deniz yoluyla eşya taşıma (navlun) sözleşmelerine ilişkin özel hükümler öngörülmektedir (m. 1247 vd.).

1005 M. C. Nita, "Regulation (EC) No. 593/2008 (Rome I) Special Rules to Determine Applicable Law to International Carriage Contracts", ***Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale***, 2015, s. 261.

1006 Örneğin, 19 Mayıs 1956 tarihli "Eşyaların Karayolundan Milletlerarası Nakliyatı için Mukavele Sözleşmesi (CMR)" (RG. 04.01.1995-22161) ve bu sözleşmeye ait Protokol (RG. 14.12.1993-21788), 12 Ekim 1929 tarihli "Milletlerarası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşme (Varşova Sözleşmesi)" (RG. 03.12.1977-16128) ile bu sözleşmeyi değiştiren "Guatemala Protokolü" (RG. 21.05.1991-20877) ve 25 Eylül 1975 tarihli 3 ve 4 sayılı Montreal Protokolleri (RG. 21.05.1991-20877), Varşova Sözleşmesi'nin yerini alan 28 Mayıs 1999 tarihli "Hava Yoluyla Milletlerarası Taşımacılığa İlişkin Belirli Kuralların Birleştirilmesine Dair Montreal Sözleşmesi" (RG. 01.10.2010-27716), 9 Mayıs 1980 tarihli

taşımalarına ilişkin hükümler içerirken bazıları hem eşya hem yolcu taşımalarını düzenlemektedir. Bu anlaşmaların bazılarında, anlaşmada maddi hukuk kuralı ile düzenlenmeyen hususlarda uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı hükümlerine de yer verilmektedir. Milletlerarası eşya taşımalarında standart sözleşmelerin ve genel işlem koşullarının da sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. Bu gerekçelerle yabancı unsurlu eşya taşıma sözleşmeleri[1007] bakımından milli hukuklarda öngörülen kanunlar ihtilafı kurallarının uygulama alanı oldukça daralmıştır[1008].

Türk hâkimi önüne gelen yabancı unsurlu bir eşya taşıma sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığı doğrudan TTK'daki ilgili maddi hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturamaz[1009]. Zira MÖHUK m. 1 ve 2 uyarınca hâkimin yabancı unsurlu sözleşmeye uygulanacak hukuku Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit etmesi gerekir. Ancak m. 1/2 uyarınca konuya ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası bir anlaşma varsa hâkimin bu sözleşme hükümlerini dikkate alması gerekir. Nitekim Anayasa m. 90/4'e göre "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*".

Yukarıda bahsi geçen milletlerarası anlaşmaların uygulama alanına giren eşya taşıma sözleşmeleri hakkında öncelikle ilgili anlaşmadaki maddi hukuk hükümleri uygulanır. Anlaşmada maddi hukuk kuralı ile düzenlenmeyen hususlarda, aynı anlaşmada konu ile ilgili kanunlar ihtilafı hükmü bulunup bulunmadığına bakılır.

"Milletlerarası Demiryolu Taşımalarına İlişkin Sözleşme (*COTIF*)" ve bu sözleşmeye ait Protokoller (RG. 14.12.1993-21788) ile *COTIF*'e ek "Demiryolu ile Uluslararası Yolcu ve Bagaj Taşıma Sözleşmesiyle İlgili Birleşik Hükümler (CIV)" ve "Demiryolu ile Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesiyle İlgili Birleşik Hükümler (*CIM*)" (RG. 01.06.1985-18771), 25 Ağustos 1924 tarihli "Konişmentoya Mütaallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme" (RG. 22.02.1955-8937) (Türkiye bu sözleşmede değişiklik yapan Visby Protokolü ve 1978 Hamburg Kuralları'na taraf değildir). Bu sözleşmeler hakkında bilgi için bkz. Deniz Defne Kırlı Aydemir, "Milletlerarası Nitelikli Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Olan Hukuk (MÖHUK Kapsamında)", ***II. International Caucasus-Central Asia Foreign Trade and Logistics Congress Proceeding Book*** (Ed. Abdullah Takım/Fehim Bakırcı), s. 628 vd.; Rumeysa Partalcı, "Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkındaki MÖHUK Madde 29'un Değerlendirilmesi", ***MHB***, C. 37, S. 2, s. 781 vd.

1007 Bir taşıma sözleşmesi yerleşim yerleri veya idare merkezleri farklı devletlerde bulunan gerçek ya da tüzel kişiler arasında yapıldığında milletlerarası nitelik kazanır (Nita, s. 261).

1008 Nomer, s. 360; Wilderspin, s. 268.

1009 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 364; (Karşılaştırmalı hukukta) Franco Ferrari, "Contracts of Carriage and International Conventions", ***Oslo Law Review***, 6(1), 2019, s. 19. Mülga MÖHUK'un yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay bazı davalarda, yabancı unsurlu taşıma sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların hangi hukuka tabi olacaklarına ilişkin herhangi bir araştırma yapılmaksızın bu uyuşmazlıkları doğrudan Ticaret Kanunu'ndaki taşıma hükümlerine göre çözüme kavuşturmuştur. Bkz. HGK, 31.01.1996, E. 1995/11-980, K. 1996/18; 11. HD, 11.09.1995, E. 1995/4930, K. 1995/6150; 11. HD, 23.10.1995, E. 1995/6860, K. 1995/7885. (Partalcı, s. 764).

Bulunuyorsa uygulanacak hukuk bu kanunlar ihtilafı kuralına göre tespit edilir. Kanunlar ihtilafı kuralı da bulunmuyorsa ya da eşya taşıma sözleşmesi hiçbir milletlerarası anlaşmanın uygulama alanına girmiyorsa ancak bu durumda MÖHUK'un "Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler" başlıklı 29. maddesine göre yetkili hukuk tespit edilir[1010]. Görüldüğü üzere m. 29'un uygulanma kabiliyeti oldukça düşüktür.

Örneğin, Türkiye'nin tarafı olduğu Eşyaların Karayolundan Milletlerarası Nakliyatı İçin Mukavele Sözleşmesi (*CMR*) yükleme yeri ile teslim yerinin iki ayrı ülkede bulunduğu ve bu ülkelerden en az birisinin Sözleşme'nin tarafı olduğu, ücret karşılığında yüklerin taşıt ile karadan taşınmasına ait her türlü sözleşmeye uygulanır (m. 1/1). *CMR*'nin uygulanmasında tarafların tabiiyetleri ya da yerleşim yerleri önem taşımamaktadır (m. 1/1). *CMR* hükümleri m. 40 hükmü hariç olmak üzere, uygulama alanında bulunan tüm taşıma sözleşmeleri bakımından emredicidir (m. 41/1). Görüldüğü üzere sözleşmenin uygulama alanı oldukça geniştir. Dolayısıyla Türk hukukunda karayolu ile milletlerarası taşımacılığa ilişkin uyuşmazlıklarda çoğunlukla hangi ülke hukukunun uygulanacağı sorunuyla karşılaşılmaksızın, Sözleşme hükümlerine göre çözüme varılabilmektedir[1011]. Ancak *CMR* eşya taşıma sözleşmelerini tüm yönleri ile düzenlememektedir. Bazı hususlarda maddi hukuk kuralı öngörmek yerine yalnızca uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralına yer vermektedir[1012]. Örneğin, m. 16/3'te taşımacının çabuk bozulan cinsten malı satma hakkı kabul edilmekte fakat m. 16/5'te taşımacının malı satma usulünün malların satıldığı yer hukukuna tabi olacağı öngörülmektedir[1013]. *CMR*'de bazı hususlarda ise ne maddi hukuk kuralı ne de kanunlar ihtilafı kuralı öngörülmektedir. Örneğin, m. 17'de taşımacının yükü teslim aldığı andan teslim edinceye kadar geçen süreçteki sorumluluğu düzenlenmekte, fakat yükün zamanında teslim alınmamasından ya da hiç teslim alınmamasından kaynaklanan sorumluluğuna ilişkin bir hükme yer

---

1010 Kırlı Aydemir, s. 628; Nuray Ekşi, "Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (5718 sayılı MÖHUK m. 29)", ***Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri***, Legal, İstanbul, 2010, s. 136; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 365; Tekinalp, ***MÖH***, s. 340.

1011 Akıncı, ***MÖH***, s. 64.

1012 *CMR*'nin eşya taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren genel bir kanunlar ihtilafı kuralı yerine belirli konulara ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralları öngörmesi *Şanlı* tarafından eleştirilmektedir. Yazar, genel bir kanunlar ihtilafı öngörülmüş olsaydı Sözleşme'de düzenlenmeyen hususlarda uygulanacak hukukun tespiti konusunda akit ülke hukuklarında yeknesaklığın sağlanmış olacağını ifade etmektedir (Şanlı, "Taşıma Sözleşmeleri", s. 51).

1013 *CMR*'deki diğer kanunlar ihtilafı hükümleri; m. 5/1, m. 20/4, m. 29/1, m. 32/3.

verilmemektedir[1014]. Sözleşmenin kapsamı dışında kalan bu gibi hususlar için taraflar MÖHUK m. 29 uyarınca hukuk seçimi yapabilirler[1015]. Seçim yapmamaları halinde aynı maddede öngörülen objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak hukuk tespit edilir.

1. MÖHUK'taki Düzenleme

MÖHUK yürürlüğe girmeden önce eşya taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı bulunmamaktaydı[1016]. Bu sözleşmelere uygulanacak hukuk, mülga MÖHUK'un sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen 24. maddesine göre tespit edilmiştir[1017]. Eşya taşıma sözleşmeleri milletlerarası ticarette en fazla rastlanılan sözleşme türü olduğundan onun özelliklerini dikkate alan bir düzenleme yapılmasına duyulan ihtiyaç nedeniyle 5718 sayılı MÖHUK'ta bu sözleşmeler özel bir madde ile düzenlenmiştir [1018]. Her ne kadar taşıma hukuku alanında yukarıda bahsi geçen milletlerarası anlaşmalarda ayrıntılı hükümler bulunsa da bu anlaşmaların uygulama alanına girmeyen eşya taşıma sözleşmelerinin de yapılması ihtimaline karşı m. 29'un öngörülmüş olması önemli bir yeniliktir[1019].

MÖHUK m. 29'un uygulama alanı eşya taşıma sözleşmeleri ile sınırlıdır. Taşımanın karayolu, demiryolu, havayolu ya da denizyolu ile yapılmış olmasının

---

1014 Elif Dağ, ***Cmr'ye Göre Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu***, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 20.

1015 Tekinalp, ***MÖH***, s. 352.

1016 *IPRG*'de de taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukuku öngören bir hükme yer verilmemektedir.

1017 2675 sayılı mülga MÖHUK zamanındaki uygulama ve bu uygulama hakkındaki eleştiriler için bkz. Cemal Şanlı, "Uluslararası Kara ve Demiryolu Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", ***MHB***, C. 9, S. 1, 1989, s. 52, 53; Muharrem Gençtürk, "Taşıma Sözleşmelerinin Uluslararası Niteliği ve Möhuk'a Göre Yabancılık Unsuru İçeren Taşıma Sözleşmelerine Uygulanması Gereken Hukuk", ***MÜHFD-HAD Özel Sayısı,*** Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, C. 12, 2006, s. 644 vd.

1018 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 11, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 19.08.2022.

1019 Çelikel/Erdem, s. 457. Eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk, Roma I Tüzüğü'nün "taşıma sözleşmeleri" (*contracts of carriage*) başlıklı 5. maddesi altında öngörülmektedir. 5. madde altında aynı zamanda yolcu taşıma sözleşmeleri de düzenlenmektedir. MÖHUK'un kabul edildiği dönemde henüz Roma I Tüzüğü yürürlükte değildi. Roma Sözleşmesi'nde ise yolcu taşıma sözleşmelerine ilişkin özel bir hüküm yer almamıştır. MÖHUK'un pek çok hükmünün benzerlik taşıdığı *IPRG*'de de yolcu taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukuk düzenlenmemektedir. Bu nedenlerle Türk kanun koyucusu yolcu taşıma sözleşmelerini özel olarak düzenlemeye ihtiyaç duymamış olabilir.

önemi olmayıp taşınanın eşya[1020] olması yeterlidir[1021]. Yolcu taşıma sözleşmeleri ise m. 29'un kapsamında yer almamaktadır. Bu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar bakımından öncelikle ilgili milletlerarası anlaşma hükümleri, anlaşmalarda düzenleme olmadığı hallerde MÖHUK m. 24'teki sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin genel kural uygulanır[1022]. Ancak paket tur kapsamındaki yolcu taşıma sözleşmeleri m. 24'e değil, tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen m. 26'ya tabidirler.

MÖHUK m. 29'un uygulama alanına AB hukuku ile uyumlu olarak tek seferlik çarter sözleşmeleri ve esas konusu eşya taşıma olan diğer sözleşmeler de dahil edilmiştir[1023] (MÖHUK m. 29/2). Çarter sözleşmeleri birçok şekilde akdedilebilmekte[1024] ve çoğunluğu salt eşya taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilememektedir. Bu sözleşmelerde hizmet veya kira unsurunun öne çıkması halinde MÖHUK m. 29'un uygulanmayacağı ifade edilmektedir[1025].

Kanun koyucu sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m. 24'teki genel kural ile uyumlu olarak eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerde de taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı tanımaktadır (m. 29/1). Ancak bu sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin özel herhangi bir sınırlama öngörülmemektedir. Bu nedenle taraflar sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel kurallar çerçevesinde uygulanacak

---

1020 "Ceset"in eşya olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalı bir husus olduğunu hatırlatmakla birlikte (Bkz. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, ***Eşya Hukuku***, Filiz, 16. Bası, İstanbul, 2013, s. 6) *Ekşi*'ye göre, menkul eşya olarak kabul edilen cesetin Türkiye'den yabancı bir ülkeye ya da yabancı bir ülkeden Türkiye'ye taşınmasından kaynaklanan hukuki uyuşmazlıkların MÖHUK m. 29 kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir. Pek tabii bu taşımanın cenazelerin milletlerarası nakliyesini düzenleyen milletlerarası anlaşmaların kapsamına girmiyor olması ya da ilgili anlaşmada konuya ilişkin hüküm öngörülmemiş olması gerekir (Ekşi, "Eşya Taşıma Sözleşmeleri", s. 164-167.

1021 Ekşi, "Eşya Taşıma Sözleşmeleri", s. 140; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 365; Tekinalp, ***MÖH***, s. 341. Farklı taşıma yollarının bir arada bulunduğu multimodel ya da karma taşımalara ilişkin sözleşmelerin de MÖHUK m. 29 kapsamında yer aldığı kabul edilmektedir. Ancak *Ekşi* tarafların aralarındaki multimodel taşıma sözleşmelerini tüm detayları ile düzenlediklerinden ve Türkiye'nin henüz onaylamadığı 1980 tarihli Multimodel Taşımalara İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi hükümlerini *incorporation* yoluyla sözleşmelerinin hükmü haline getirebildiklerinden bu sözleşmeler bakımından kanunlar ihtilafı kurallarına başvurma zorunluluğun nadiren ortaya çıkacağını ifade etmektedir (Ekşi, "Eşya Taşıma Sözleşmeleri", s. 153; Partalcı, s. 764).

1022 Tekinalp, ***MÖH***, s. 341.

1023 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 11, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 22.08.2022.

1024 Ekşi, "Eşya Taşıma Sözleşmeleri", s. 146; Partalcı, s. 769 vd.

1025 Tekinalp, ***MÖH***, s. 341. Örneğin, *bare-boat charter* (çıplak gemi kirası) ve *time charter* (zaman çarteri) sözleşmelerinin konusu esasen nakliye aracının kiralanması olduğundan, bu sözleşmeler hakkında MÖHUK m. 29'un uygulanmayacağı ifade edilmektedir (Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 366, dn. 509'dan naklen Martiny-Münchener Kommentar, Band. 10, 5. Auflage, *Art.28, Rn. 64*).

hukuku diledikleri gibi kararlaştırabilirler[1026]. *Ekşi*, m. 29'da hukuk seçiminin şekli konusunda bir açıklık olmadığını diğer bir deyişle hem açık hem örtülü şekilde yapılıp yapılamayacağına ilişkin bir hüküm öngörülmediğini belirtmekte ve bunu maddeye ilişkin bir sorun olarak nitelendirmektedir. Biz bu durumu bir sorun ya da eksiklik olarak değerlendirmemekteyiz. MÖHUK m. 29/1'de hukuk seçiminin şekline ilişkin açık bir hüküm öngörülmese de örtülü seçimi mümkün kılan m. 24/1'in kıyasen uygulanması ile tarafların eşya taşıma sözleşmelerinde de örtülü hukuk seçimi yapabilecekleri kolaylıkla söylenebilir. Zira sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku öngören 24. madde hukuk seçimine ilişkin genel esasları da ortaya koymaktadır. Nitekim doktrinde de hukuk seçiminin mümkün kılındığı fakat seçimin şekli, zamanı, kısmi seçimin mümkün olup olmadığına ilişkin hükümlerin öngörülmediği özel sözleşme türlerinde hukuk seçimi anlaşmasının hüküm ve koşullarının genel hükme tabi olduğu kabul edilmektedir[1027].

Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki bir sözleşmenin eşya taşıma sözleşmesi ya da yolcu taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilmesi yalnızca objektif bağlama kurallarının uygulanması[1028] bakımından önem arz etmekte, hukuk seçimi bakımından bu iki sözleşme türü arasında fark bulunmamaktadır. Zira hukuk seçiminin yokluğunda, yolcu taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukuk m. 24/4'e göre belirlenirken eşya taşıma sözleşmelerinde uygulanacak hukuk m. 29/2 ve 3'e göre belirlenir. Ancak her iki sözleşme türünde de hukuk seçiminin hüküm ve koşulları m. 24/1-3'e tabidir[1029].

Sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m. 24'te ve iş sözleşmeleri ile fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeleri düzenleyen m. 27 ve m. 28'deki istisna kuralına m. 29'da da yer verilmektedir. Buna göre "*Hâlin bütün şartlarına göre eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir*

1026 Akıncı, ***MÖH***, s. 64, 65.Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 366.

1027 Akıncı, ***MÖH***, s. 64, 65; Nomer, s. 349, 359; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 363, 366; Tarman, "Tüketicinin Korunması", s. 339;

1028 Eşya taşıma sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukukun tespiti çalışmamızın kapsamında yer almadığından bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 455 vd.; Ekşi, "Eşya Taşıma Sözleşmeleri", s. 127 vd.; Partalcı, s. 775 vd. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 366 vd.; Tekinalp, ***MÖH***, s. 340 vd.

1029 Roma I Tüzüğü'nde yolcu ve eşya taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukuk aynı madde altında düzenlenmekle ve her iki sözleşme türünde de genel kural olan m. 3 uyarınca hukuk seçimi yapılabileceği öngörülmektedir (m. 5/1, 2). Ancak yolcu taşıma sözleşmelerinde hukuk seçimi seçilebilecek hukuk bakımından sınırlandırılmaktadır (m. 5/2). Aşağıda bkz. ***İkinci Bölüm, I. C. 2.***

hukukun bulunması hâlinde sözleşmeye bu hukuk uygulanır" (m. 29/3). Bu hüküm ile somut olay adaletinin sağlanması amaçlanmaktadır[1030]. Ancak m. 27 ve m. 28'in aksine m. 29/3'te, istisna kuralının yalnızca taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde uygulanacağını gösteren açık bir ifadeye yer verilmemektedir[1031]. Dolayısıyla maddenin sistematiği ve lafzı "seçilen hukuka göre ya da objektif sözleşme statüsüne göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilirse (ki bu kuvvetle muhtemeldir) bu hukukun uygulanması gerektiği" şeklinde yorumlanmaya müsaittir. Doktrinde henüz bu yönde bir yorum bulunmasa da[1032] istisna hükmünün muhtemel yanlış anlaşılmalara mahal vermeyecek şekilde kaleme alınması gerektiği kanaatindeyiz. Böyle bir düzenleme Roma I Tüzüğü m. 5/3 ile de uyumlu olacaktır[1033].

2. Roma I Tüzüğü'ndeki Düzenleme

Roma I Tüzüğü m. 5'te[1034] taşımanın hangi araçla yapıldığına bakılmaksızın hem eşya hem yolcu taşıma sözleşmelerine uygulanacak hukuk düzenlenmektedir. Multimodel (i*nter-modal*) ve kombine sözleşmeler, çoklu sözleşmeler (*multi-voyage charters*), ardışık sözleşmeler (*consecutive voyage charters*) ve zaman çarteri sözleşmeleri de hükmün kapsamında yer alır[1035]. Her ne kadar eşya ve yolcu taşımacılığı alanında çok sayıda milletlerarası anlaşmanın potansiyel olarak uygulanabilirliği bulunsa da bu anlaşmalar uyuşmazlığa konu olabilecek her türlü sorunu düzenlemediklerinden milli hukuk sistemlerinin uygulanması için bir alan bırakırlar. Bu gerekçeyle Tüzük kapsamında eşya ve yolcu taşıma sözleşmeleri hakkında düzenleme getirilmesi doğru bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir[1036].

MÖHUK'un ve Roma Sözleşmesi'nin aksine Tüzük'te yolcu taşıma sözleşmeleri hakkında özel hüküm öngörülmesinin nedeni bu sözleşmelerin kendine

---

1030 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 11, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 22.10.2022.

1031 Oysa MÖHUK m. 24'te ve fikri mülkiyet hakkı sözleşmelerine ilişkin m. 28'de istisna hükmü ile objektif bağlama kuralları aynı fıkrada öngörülmekte, iş sözleşmelerine ilişkin m. 27'de istisna hükmünün (objektif bağlama kurallarının öngörüldüğü) 2. ve 3. fıkra hükümleri yerine uygulanacağı düzenlenmektedir. Dolayısıyla söz konusu hükümlerden, istisna hükmünün hukuk seçimi yapılması halinde uygulanmayacağı açıkça anlaşılabilmektedir.

1032 Akıncı, ***MÖH***, s. 65; Çelikel, Erdem, s. 456; Kırlı Aydemir, s. 632; Nomer, s. 360; Güngör, ***MÖH***, 201; Şanlı/Esen/Ataman-Figanemeşe, s. 367; Tekinalp, ***MÖH***, s. 341.

1033 Bkz. ***İkinci Bölüm, I. C. 2.***

1034 Tüzük'ün dibacesinde tek seferlik çarter partilerin ve asıl amacı eşyanın taşınması olan diğer sözleşmelerin de eşya taşıma sözleşmeleri olarak kabul edileceği belirtilmektedir (Par. 22).

1035 Nita, s. 262.

1036 Wilderspin, s. 268.

özgü yapısının göz önünde bulundurulması ve yolcuların yeterli düzeyde ve özel olarak korunmasına ihtiyaç duyulmasıdır[1037].

Tüzük m. 5/1'e göre taraflar eşya taşıma sözleşmelerinde hukuk seçimine ilişkin genel kural olan m. 3 uyarınca hukuk seçimi yapabilirler. Hükümde eşya taşıma sözleşmelerinde hukuk seçimine özgü herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden taraflar m. 3'teki koşul ve sınırlamalar çerçevesinde diledikleri hukuku seçebilirler. Ancak yolcu taşıma sözleşmelerinde hukuk seçimi imkânı seçilebilecek hukuk bakımından özel olarak sınırlandırılmaktadır (m. 5/2). Elbette bu özel sınırlama dışında yolcu taşıma sözleşmelerinde hukuk seçimi imkânı da m. 3'teki koşul ve sınırlamalara tabidir. Yolcu taşıma sözleşmeleri, Tüzük'teki hukuku seçilen devlet ile sözleşme arasında coğrafi bağlantının arandığı iki sözleşme türünden birisidir[1038]. Tüzük'e göre taraflar 3. madde uyarınca yolcu taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak yalnızca; yolcunun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku (a), taşıyıcının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku (b), taşıyıcının esas idare merkezinin bulunduğu ülke hukuku (c), kalkış yerinin bulunduğu ülke hukuku (d), varış yerinin bulunduğu ülke hukukundan (e) birisini seçebilirler (m. 5/2). Bu şartları taşımayan bir hukuk seçimi anlaşması geçersiz kabul edileceğinden, yolcu taşıma sözleşmesine uygulanacak hukuk m. 5/2 ilk paragrafta yer alan objektif bağlama kuralına göre tespit edilmelidir[1039]. Yolcu taşıma sözleşmelerinde hukuk seçiminin sınırlandırılmasının nedeninin daha zayıf taraf olarak görülen yolcuların korunmasını sağlamak olduğu ifade edilmektedir[1040].

Tüzük m. 5/3'te de MÖHUK'taki gibi bir istisna hükmüne yer verilmektedir. Hükümde hukuk seçiminin yokluğunda somut olayın tüm koşullarına göre sözleşmenin 1 veya 2. fıkralarında belirtilenden farklı bir ülke ile açıkça daha yakın bağlantılı olması halinde sözleşmeye bu ülke hukukunun uygulanacağı

1037 Dibace, par. 32. Eşya taşıma sözleşmeleri bakımından Roma Sözleşmesi'nde (m. 4/4) öngörülen hüküm bazı değişiklikler dışında Tüzük'te de korunmuştur. Ancak yolcu taşıma sözleşmeleri hakkında Tüzük'te başlı başına farklı bir rejim önögülmektedir. Zira Roma Sözleşmesi'nde bu sözleşmeler özel bir hüküm ile düzenlenmemiş, m. 4/2 kapsamında değerlendirilmiştir (Wilderspin, s. 267).

1038 Nita, s. 267; Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 119. Diğeri ise küçük riskleri kapsayan belirli sigorta sözleşmeleridir (Roma I Tüzüğü m. 7/3). Ayrıca bkz. ***İkinci Bölüm, I. A. 3. b.***

1039 Hill, s. 63.

1040 Nita, s. 267. Nitekim Tüzük'ün dibacesinde daha zayıf olduğu düşünülen taraflarla yapılan sözleşmelerde, zayıf tarafın genel kurallara göre kendi çıkarlarına daha uygun olan kanunlar ihtilafı kuralları ile korunmasının gerekliliği vurgulanmıştır (par. 23).

öngörülmektedir. MÖHUK'taki düzenlemeden farklı olarak istisna kuralının yalnızca hukuk seçimi yapılmamışsa uygulama alanı bulabileceği açıkça öngörülmektedir.

D. Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler

Taşınmazlar (gayrimenkuller) ülke ekonomileri açısından büyük bir öneme sahiptir. Zira mesken olarak kullanılmaları dışında tarım, sanayi, turizm gibi çeşitli alanlarda yapıcı rol oynamaktadırlar[1041]. Hal böyle olunca devletler, taşınmazlar hakkındaki hukuki rejimin oluşturulması ve korunmasına ayrıca önem vermekte ve egemenlik haklarına dayanarak bu alanda çeşitli sınırlamalar öngörmektedirler. Örneğin yabancılar hukuku alanına bakıldığında pek çok devlet yabancı gerçek ve tüzel kişilerin ülkesinde taşınmaz edinmelerini vatandaşlardan farklı sınırlamalara tabi tutmaktadır[1042]. Aynı anlayışın uzantısı olarak kanunlar ihtilafı hukukunda da devletlerin kendi ülkesinde bulunan taşınmazlar hakkında başka devlet hukuklarının yetkisini kabul etmedikleri görülmektedir. Bu nedenle taşınmazlar üzerindeki aynî hakların ve taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin taşınmazın bulunduğu yer hukukuna (*lex rei sitae*) tabi olması neredeyse tüm devlet hukuklarında kabul edilen evrensel bir ilke haline gelmiştir[1043]. Bazı hukuklarda "*lex rei sitae*" kuralının aile hukuku ve miras hukuku alanlarında da etkileri görülmektedir[1044]. Örneğin, evlilik birliğindeki mallara uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 15'in ikinci fıkrasında (evlilik) malların tasfiyesinde taşınmazlar için bulundukları ülke hukukunun uygulanması öngörülmektedir. Benzer şekilde m. 20/1'de mirasın ölenin milli hukukuna tabi olduğu, Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında ise Türk hukukunun uygulanacağı öngörülmektedir.

Türk hukuku gibi çeşitli devlet hukuklarında taşınmazlara ilişkin sözleşmeler bakımından irade muhtariyetine yer verilmemektedir[1045]. Bu hukuk düzenlerinde taşınmazlara ilişkin sözleşmeler bakımından yalnızca "*lex rei sitae*" nin yetkisi kabul edilmektedir. İsviçre hukuku ve AB hukuku gibi bazı hukuk düzenlerinde ise bu sözleşmeler bakımından hukuk seçimine müsaade edilmektedir (Örneğin *IPRG* m.

1041 Nomer, s. 306.

1042 Türkiye'de de benzer bir düzenleme uygulanmaktadır. Bkz. 22.12.1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Kanunu (RG. 29.12.1934-2892) m. 35.

1043 Doğan, ***MÖH***, s. 424; Çelikel/Erdem, s. 418; Can/Tuna, s. 462. Örneğin, *IPRG*, m. 119/1; Roma I Tüzüğü, m. 4/1-c.

1044 Nomer, s. 306.

1045 Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 125.

119/2, Roma I Tüzüğü m. 4/1-c[1046]). Aşağıda taşınmazlara ilişkin sözleşmeleri öngören MÖHUK m. 25 hakkında kısa bir açıklama yapılacak, ardından bu sözleşmeler bakımından hukuk seçimine izin verilmemesine ilişkin eleştirilere ve Roma Tüzüğü'ndeki düzenlemeye yer verilecektir.

1. MÖHUK Uyarınca Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerde Hukuk Seçiminin Mümkün Olmaması

MÖHUK m. 25'e göre taşınmazlara veya onların kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tâbidir. Bu madde mülga MÖHUK'ta yer verilmeyen yeni bir maddedir. Taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin "*lex rei sitae*"ye tabi olmasının evrensel bir ilke haline gelmesi m. 25 hükmünün öngörülmesinde etkili olmuştur[1047]. Ayrıca doktrinde, Türk hukukunda taşınmaz mülkiyetinin devrinin sebebe bağlı (illi) bir işlem olması ve taşınmazın satışına ilişkin sözleşmenin yalnızca Türk tapu memuru önünde yapılabilmesinin, taşınmaza ilişkin sözleşmelerin *lex rei sitae*'ye tabi tutulmasını zorunlu kıldığı ifade edilmektedir[1048].

MÖHUK m. 25'in başlığında kullanılan "taşınmazlara ilişkin sözleşmeler" ifadesinin Türk maddi hukukunda kavramsal bir karşılığı bulunmadığından[1049] doktrinde bu ifadenin tam olarak hangi sözleşmeleri kapsadığı üzerinde durulmaktadır. Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler ile kastedilenin taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin borçlandırıcı işlemler ile taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler olduğu ifade edilmektedir[1050]. *Güngör* bu sözleşmeleri daha kısa bir anlatımla, "*taşınmazlara ilişkin her türlü taahhüdü içeren sözleşmeler*" olarak nitelendirmektedir[1051]. Taşınmazların aynına ilişkin sözleşmeler taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının devri borcunu doğurabileceği gibi taşınmaz üzerinde bir sınırlı aynî hak tesisini de konu

---

1046 Roma I Tüzüğü'nde taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimine cevaz veren açık bir hüküm yer almamakla birlikte m. 3 ve m. 4/1-c'nin yorumundan bu sözleşmelerde hukuk seçimi yapılabileceği sonucuna varılmaktadır. Aşağıda bkz. ***İkinci Bölüm, I. D. 2.***

1047 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 19, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 26.08.2022.

1048 Doğan, ***MÖH***, s. 424, Tekinalp, s. 305; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 349.

1049 Kazım Çınar, Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 58; Sibel Özel/Kazım Çınar, "Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK M.25'in Kapsamı", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C. 23, S. 1, 2017, s. 326.

1050 Aybay/Dardağan, s. 258; Özel/Çınar, s. 329; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 349. Roma I Tüzüğü'nde "taşınmazlara ilişkin sözleşme" ifadesi yerine "taşınmaz mal üzerindeki aynî hakka (*right in rem*) veya taşınmaz malın kullanımına ilişkin bir sözleşme" ifadesi kullanılmaktadır (m. 4/1-c). Kanaatimizce MÖHUK m. 25'te de "taşınmazlara ilişkin sözleşmeler" şeklinde sınırları belirsiz bir ifade yerine Tüzük'teki gibi bir düzenleme tercih edilebilirdi.

1051 Güngör, ***MÖH***, s. 192.

alabilir. Taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmelerde ise mülkiyetin devri ya da sınırlı bir aynî hak tesisi söz konusu olmayıp yalnızca taşınmazdan yararlanılması ve/veya kullanılması konu edilir[1052]. Bu değerlendirmeler neticesinde satış, satış vaadi, bağışlama, trampa, alım, ön alım, geri alım, miras taksim sözleşmeleri ile ölünceye kadar bakma sözleşmesine konu olan sözleşmeler, kat ya da arsa karşılığı inşaat sözleşmeleri[1053], kredi karşılığı ipotek/rehin tesisi taahhüdü içeren sözleşmeler, MÖHUK m. 26 kapsamında tüketici sözleşmesi olarak kabul edilmeyen konut finansmanı sözleşmeleri, ön ödemeli konut satış sözleşmeleri, devre tatil ve uzun süreli tatil hizmet sözleşmelerinin m. 25 kapsamında yer aldığı ve taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabi olacağı kabul edilmektedir[1054]. Aynı şekilde kira[1055] ya da hasılat kirası ve kullanım ödüncü (ariyet) sözleşmeleri de m. 25 kapsamında yer almaktadır[1056]. Görüldüğü üzere MÖHUK m. 25'in uygulama alanı oldukça geniştir.

Kanun koyucu MÖHUK m. 25'te taşınmazlara ilişkin sözleşmeler bakımından tek yetkili hukuk olarak "taşınmazın bulunduğu yer hukuku" nu belirlemiş olup bu sözleşmelerde hukuk seçimi yapılmasına imkân tanımamıştır. Bu düzenleme doktrinde eleştirilere neden olmaktadır. Aybay ve Dardağan MÖHUK'ta özel düzenlemeye konu olan diğer sözleşme türlerinde hukuk seçimi imkânı tanındığı, aynı zamanda İsviçre

---

1052 Çınar, s. 62; Güngör, ***MÖH***, s. 192.

1053 Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri "*arsa sahibinin arsanın belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerine inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında müteahhide devretmeyi taahhüt ettiği*" sözleşmelerdir (Hasan Erman, ***Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi***, Der, 2. Basım, İstanbul, 2007, s. 1). Ancak inşaat sözleşmeleri taşınmazların aynına ya da kullanımına ilişkin bir sözleşme değil bir eser sözleşmesi olarak nitelendirildiğinden bu sözleşmeler MÖHUK m. 25 kapsamında kabul edilmemektedir (Akıncı, ***MÖH***, s. 59; Can/Tuna, s. 463; Çelikel/Erdem, s. 419; Nomer, s. 340; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 349; Ziya Akıncı, "Milletlerarası İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Talep Prosedürü", ***Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*** (Ed. Sibel Özel /Mustafa Erkan), On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 270). Bu bakımdan inşaat sözleşmeleri sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin genel kural olan m. 24 hükümlerine tabi olup m. 24/1 uyarınca bu sözleşmelerde hukuk seçimi yapılabilir. *Akıncı*, prensip olarak örtülü seçimin mümkün olduğunu ancak milletlerarası inşaat sözleşmesi gibi önemli sözleşmelerde hukuk seçiminin açık olarak yapılmasının herkes açısından öngörülebilirlik ve güven sağlayacağını belirtmektedir (Akıncı, "İnşaat", 271).

1054 Akıncı, ***MÖH***, s. 59; Can/Tuna, s. 462; Çelikel/Erdem, s. 418; Güngör, ***MÖH***, s. 192; Güngör, ***MÖH***, s. 192'den naklen Bernard Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, Revue critique de droit international privé, 94(3), s. 562.s. 370, 371; Nomer, s. 340; Özel/Çınar, s. 332; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 349; Tekinalp, MÖH, s. 305;

1055 Doğan, taşınmazların kullanımını konu alan kira sözleşmelerinin, doğrudan uygulanan norm niteliğinde olan TBK m. 299 vd. hükümlerine tabi olacağını ifade etmektedir (Doğan, ***MÖH***, s. 425).

1056 Akıncı, ***MÖH***, s. 59; Çelikel/Erdem, s. 418; Çınar, s. 68; Güngör, ***MÖH***, s. 192; Özel/Çınar, s. 337; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 349; Tekinalp, ***MÖH***, 305, dn. 124, 125'teki yazarlar.

hukukunda da (*IPRG* m. 119)[1057] taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimine imkân verildiğini belirterek MÖHUK m. 25 hükmünü eleştirmektedirler[1058]. Yukarıda açıklandığı üzere MÖHUK m. 25 kapsamında hem taşınmazlar üzerinde aynî bir hak kurulmasını talep hakkı veren hem de taşınmazların kullanımına ilişkin sözleşmeler yer almaktadır. *Şanlı, Esen ve Ataman* taşınmazlara ilişkin bu sözleşmelerin tamamı bakımından irade muhtariyetinin reddedilmesini isabetli bulmamaktadırlar[1059]. Aynı yönde bir görüş taşınmazlara ilişkin sözleşmeler bakımından ikili bir ayrım ortaya koymaktadır. Buna göre taşınmazlar devlet egemenliğinin bir göstergesi olduğu için taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerin mutlak olarak Türk hukukuna tabi tutulması yerinde iken kişisel hak tesis eden kullanım sözleşmeleri bakımından irade muhtariyetine imkân tanınması gerekmektedir[1060]. Zira örneğin, taşınmaz dışındaki diğer unsurları itibariyle başka bir ülke ile yakın ilişki içinde olan kısa süreli taşınmaz kira sözleşmelerinde sözleşmenin ağırlık merkezinin taşınmazın bulunduğu yer olduğunu söylemenin zor olduğu ifade edilmektedir[1061]. Kısa süreli bir sergi düzenlemek amacıyla kullanılacak bir taşınmazın ariyet sözleşmesine konu olması halinde de aynı tespiti yapmak mümkündür. Oysaki taşınmazlar bakımından "*lex rei sitae*" kuralının uygulanmasının gerekçelerinden biri taşınmazın bulunduğu yerin sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk olduğu varsayımıdır[1062]. Bu varsayımın geçerli olmadığı taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmeler bakımından hukuk seçimine cevaz verilmemesinin ve mutlak olarak taşınmazın bulunduğu yer hukukunun yetkilendirilmesinin milletlerarası özel hukuk adaleti ile bağdaşmadığını da söylemek mümkündür[1063].

1057 *IPRG* m. 119/1'de taşınmaz mülkiyetine ya da kullanımına ilişkin sözleşmelerin taşınmazın bulunduğu devletin hukukuna tabi olacağı, m. 119/2'de ise tarafların hukuk seçimi yapabilecekleri öngörülmektedir. 3. fıkrada ise sözleşmenin şekli geçerliliği düzenlenmektedir. Hükümde taşınmazın İsviçre'de bulunup bulunmadığına ya da sözleşmenin taşınmazın aynına mı yoksa kullanımına mı ilişkin olduğuna bakılmaksızın tüm sözleşmeler bakımından hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır.

1058 Aybay/Dardağan, s. 258. Aynı yönde bkz. Ekin Ömeroğlu, "Taşınmazların Kiralanmasına İlişkin Sözleşmelerin Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki ve Milletlerarası Tahkim Bakımından Türk Hukukundaki Yeri", ***TBB Dergisi***, S. 127, 2016, s. 378; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 349

1059 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, 336.

1060 Çınar, s. 81.

1061 Çınar, s. 81, 82. Örneğin, X devleti vatandaşı kiracı ile X devletinde faaliyet gösteren bir acente arasında Y devletinde bulunan bir taşınmazın kısa süreli kiralanmasını konu alan bir sözleşme imzalanmış olsun. Bu sözleşmenin ağırlık merkezini taşınmazın bulunduğu yer olan Y devleti değil, taraflarla daha yakın ilişki halinde olan X devletinin oluşturduğu söylenebilir (Güngör, ***Yakınlık Yaklaşımı***, s. 105; Ömeroğlu, "Taşınmaz", s. 380).

1062 Çınar, s. 72. Bu varsayım Roma Sözleşmesi m. 4/1'de açıkça düzenlenmiştir.

1063 Çınar, s. 81, 82.

Taşınmazların doğrudan devletlerin egemenlik yetkilerini ve kamu menfaatini ilgilendirdiği, devlet ekonomileri bakımından önemli bir unsur oldukları göz önünde bulundurulduğunda, devletlerin kendi ülkelerinde bulunan taşınmazlar üzerinde taraflarca seçilmiş yabancı bir ülke hukukunun etkili olmasını istememeleri makul görülebilir. Ancak bu noktada kanunlar ihtilafı hukukunda öngörülen, seçilen hukukun uygulanmasını sınırlandıran ya da engelleyen mekanizmaların göz ardı edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir[1064]. Milli hukuklarda ne kadar sınırlayıcı ve özel şartlar öngören hükümler varsa, taraflarca seçilen hukukun etkisinin de o derece azalacağı ifade edilmektedir[1065]. Şöyle ki; taraflara, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler bakımından hukuk seçimi imkânı tanınsa ve taraflar hukuk seçimi yapmış olsalar bile Türk hukukunun taşınmazlara ilişkin doğrudan uygulanan kuralları öncelikle uygulama alanı bulacaktır (MÖHUK m. 6). Aynı şekilde seçilen hukukun sözleşmeye uygulanan bir hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz ve gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır (MÖHUK m. 5). Dolayısıyla devlet egemenliğine müdahale edilmiş olacağı ya da Türk kamu menfaatlerinin zedeleneceği endişesi ile özellikle taşınmazlar üzerindeki aynî hakta herhangi bir değişikliğe neden olmayan taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimine cevaz verilmemesi kanaatimizce de pek doğru bir tercih değildir.

2. Roma I Tüzüğü'ndeki Düzenleme

Türk hukuku gibi bazı ülke hukuklarında taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerde ya da taşınmazlara ilişkin tüm sözleşmelerde tarafların hukuk seçimi yapmalarına izin verilmemektedir[1066]. Hukuk seçimine izin vermeyen düzenlemeler yalnızca *forum* devletinde bulunan taşınmazlarla sınırlı tek taraflı bir kural olarak ya da daha yaygın olarak hem yerli hem de yabancı taşınmazlara uygulanan ikili bir kural olarak görünebilmektedir[1067]. Ancak yukarıda bahsi geçtiği üzere İsviçre hukukunda taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimi yapılabileceği açık bir hükümle öngörülmüştür (*IPRG* m. 119/2). AB hukukunda da bu sözleşmeler bakımından hukuk seçimine cevaz verilmektedir.

1064 Çınar, s. 80.

1065 Çınar, s. 81; Louis d'Avout, "Property Law in Europe", ***Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*** (Ed. Jürgen Basedow, Knut Benjamin Pißler), 2014, s.146.

1066 Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 125.

1067 Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 125.

Roma I Tüzüğü'nde taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimi yapılabileceğine ilişkin açık bir hükme yer verilmemekle birlikte ilgili hükümlerin yorumu ile hukuk seçiminin mümkün kılındığı anlaşılmaktadır. Şöyle ki; Tüzük'te taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk ayrı bir madde altında düzenlenmemektedir. Ancak hukuk seçiminin yokluğunda uygulanacak hukuku öngören 4. maddede taşınır satım sözleşmesi, *franchise* sözleşmesi, dağıtım sözleşmesi, açık artırma yoluyla satım sözleşmesi gibi sözleşmelerle birlikte taşınmaz mal üzerindeki aynî hakka (*right in rem*) ya da kullanım hakkına ilişkin sözleşmeler (m. 4/1-c)[1068] ve kısa süreli taşınmaz kira sözleşmelerine (m. 4/1-d)[1069] uygulanacak hukuk da öngörülmektedir. 4. maddenin ilk fıkrasında tüm bu sözleşmeler bakımından objektif sözleşme statülerine yer verilmeden önce "*Sözleşmeye uygulanacak hukukun 3. madde uyarınca seçilmediği hallerde (…) sözleşmenin tabi olduğu hukuk aşağıdaki şekilde belirlenir*" ifadelerine yer verilmektedir[1070]. Bu hüküm hukuk seçimini düzenleyen 3. madde ile birlikte değerlendirildiğinde taşınmazların aynına ve kullanımına ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimi yapılabileceği sonucuna varılmaktadır[1071]. Nitekim karşılaştırmalı hukukta m. 4/1'de öngörülen objektif bağlama kurallarına, taraflarca geçerli bir hukuk seçimi yapılmaması halinde başvurulacağı açıkça ifade edilerek taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde de hukuk seçimi yapılabileceği ortaya koyulmuş olmaktadır[1072].

1068 Tüzük m. 4/1-c: *"Taşınmazın aynına ya da kullanımına ilişkin sözleşmeler taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir".* Benzer şekilde Roma Sözleşmesi m. 4/1'de hukuk seçimi yapılmayan hallerde sözleşmeyle en yakın bağlantılı hukukun uygulanacağı, m. 4/3'te taşınmazlara ilişkin sözleşmelerin "taşınmazın bulunduğu yer" ile en yakın bağlantılı olduğunun varsayılacağı öngörülmüştür. Açıklayıcı raporda taşınmaz malların inşası ya da onarımına ilişkin sözleşmelerin m. 4/3 kapsamında yer almadığı, zira bu sözleşmelerin esas konusunun taşınmaz olmadığı, yapım veya onarım olduğu belirtilmiştir (Giuliano/Lagarde, No C 282/21).

1069 Kısa süreli kira sözleşmeleri taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmeler kapsamında yer almakla birlikte Tüzük'te bu sözleşmeler için kullanım sözleşmelerinden bağımsız bir sözleşme statüsü öngörülmektedir (m. 4/1-d).

1070 Aynı yönde bir düzenlemeye Roma Sözleşmesi'nde de yer verilmiştir (m. 4/1).

1071 Çınar, s. 80; Ömeroğlu, "Taşınmaz", s. 379.

1072 Hill, s. 62, 144; Magnus/Mankowski/Bonomi, s. 268.

II. SÖZLEŞME DIŞI BORÇ İLİŞKİLERİNDE HUKUK SEÇİMİ

A. Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri

Borç ilişkisinin kaynaklarından birisi haksız fiildir. Haksız fiil kavramındaki "haksız" kelimesi hukuka aykırılığı ifade ettiğinden haksız fiilden doğan borçlar yerine "hukuka aykırı fiillerden doğan borçlar" demenin de mümkün olduğu ifade edilmektedir[1073]. Türk hukukunda haksız fiilden doğan borç ilişkilerine uygulanacak maddi hukuk hükümleri ağırlıklı olarak TBK'da düzenlenmektedir. TBK m. 49. uyarınca kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren ya da hukuka aykırı olmamakla birlikte ahlaka aykırı bir fiille kasten başkasına zarar veren bir kimse bu zararı gidermekle yükümlüdür. Bu maddede düzenlenen haksız fiil sorumluluğu kusura dayanan sorumluluk hali olup gerek TBK'da gerekse TMK ya da diğer özel kanunlarda kusurun aranmadığı sorumluluk halleri (kusursuz sorumluluk/objektif sorumluluk) düzenlenmektedir[1074]. Kusursuz sorumluluk halleri de haksız fiil sorumluluğu kapsamında kabul edilmektedir[1075].

Haksız fiiller çok farklı şekillerde ortaya çıkabildiğinden ve pratikte en fazla karşılaşılan sözleşme dışı borç ilişkisi olduğundan kanunlar ihtilafı hukukunda da üzerinde önemle durulan konulardan olmuştur[1076]. Bir haksız fiil kişi ya da yer yönünden yabancı unsur ihtiva ederek kanunlar ihtilafının konusunu oluşturabilir. Örneğin, Fransa vatandaşı (F) ile turistik gezi amacıyla Marsilya'da bulunan Türk vatandaşı (T) arasında çıkan tartışma esnasında (F) (T)'ye hakaret etmiş ve (T)'nin yüzüne tokat atmıştır. (T) ikamet ettiği Ankara mahkemesinde (F)'ye karşı manevi tazminat davası açmıştır. Ya da Türkiye'deki bir fabrikanın kimyasal atıkları yüzünden Ermenistan'daki bir çiftçinin ürünleri zarar görmüştür. Çiftçi zararın tazmini için Türk

---

1073 Kılıçoğlu, s. 284. Karşılaştırmalı hukukta haksız fiil sorumluluğunun "davalının yanlış bir davranışına (*wrongdoing*)" dayanan tüm iddiaları kapsadığı ifade edilmektedir. Bkz. Ivo Bach, "General Rule", ***Rome II Regulation: Pocket Commentary*** (ed. Peter Huber), Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers, 2011, s. 65.

1074 Antalya, s. 406 vd.; Ayan, s. 287 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 151 vd.; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, ***Borçlar Hukuku: Genel Hükümler Cilt-II***, Vedat, İstanbul, 2014, s. 6.

1075 Bu husus tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı görüş kusursuz sorumluluk hallerinin de haksız fiil sorumluluğu kapsamında yer aldığı yönündedir. Bkz. Antalya, s. 406; Ayan, s. 249; Eren, s. 489; Kılıçoğlu, s. 325; Oğuzman/Öz, ***Cilt-II***, s. 1.

1076 Nomer, s. 363.

mahkemelerine başvurmuştur. Türk hâkimi önüne gelen bu yabancı unsurlu haksız fiil uyuşmazlıklarını doğrudan Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre karara bağlayamaz. Hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarından faydalanarak yabancı unsurlu uyuşmazlığa hangi ülke hukukunun uygulanacağını tespit etmeli ve bu hukuka göre karar vermelidir.

Karşılaştırmalı hukukta, yabancı unsurlu haksız fiilden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde çeşitli bağlama kuralları önerilmiştir. Bunlardan en yaygın olarak kabul edilen ve gelenekselleşen bağlama kuralı "haksız fiilin ika yeri hukuku" (*lex loci delicti comissi*) yani haksız fiilin işlendiği yer hukukudur[1077]. İka yeri hukukunun tercih edilmesinin temelinde haksız fiilin, işlendiği ülkenin toplumsal düzenini ihlal etmiş olması ve bu nedenle ihlale uygulanacak yaptırımın da söz konusu ülkenin hukukuna göre tespit edilmesi gerektiği düşüncesi yatmaktadır[1078]. Haksız fiile uygulanacak hukukun tespiti için önerilen diğer bağlama kuralları ise hâkimin hukuku, tarafların müşterek milli hukuku ya da müşterek yerleşim yeri hukuku, haksız fiilin sıkı ilişkili olduğu yer hukuku ve nihayet tarafların seçtikleri hukuktur[1079].

Türk hukukunda haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından öngörülen genel kural "haksız fiilin işlendiği yer hukuku", ika yeri ile zarar yeri farklı ise "zararın meydana geldiği yer hukuku"[1080], haksız fiil başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili ise bu ülke hukukunun uygulanmasıdır (MÖHUK m. 34/1)[1081]. Milletlerarası özel hukuk

---

1077 Can/Tuna, s. 498; Collier, s. 220; Çelikel/Erdem, s. 466; Doğan, ***MÖH***, s. 437; Güngör, ***MÖH***, s. 210; Nomer, s. 363; Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 42; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 383.

1078 Aybay/Dardağan, s. 274; Can/Tuna, s. 498; Collier, s. 220, 221; Çelikel/Erdem, s. 467; Doğan, ***MÖH***, s. 437; Sibel Özel, "Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun "Daha Sıkı İlişkili Hukuk" Temelinde Belirlenmesi", ***Public and Private International Law Bulletin***, C. 41, S. 2, 2021, s. 487.

1079 Doğan, ***MÖH***, s. 437; Özel, "Haksız Fiil", s. 486, 487; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 383; Tekinalp, ***MÖH***, s. 353. Milletlerarası sözleşmeler hukuku dışında tarafların seçtikleri hukukun uygulanması fikri ilk defa milletlerarası haksız fiil hukukunda ortaya çıkmıştır. Fikri ilk kez 1954'te *Leo Raape* ele almıştır. 1960'ların sonunda *Kropholler* ve 1980'lerin başında *Lorenz* yeni yaklaşımlarla katkıda bulunmuştur. Bkz. Jan von Hein, "Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht", ***Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht***, 64(3), 2000, s. 597; Laszlo Burian, "Party Autonomy in International Private Law of Non-Contractual Obligations under the Rome II Regulation", ***Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eotvos Nominatae: Sectio Iuridica***, 52, 2011, s. 92, 93.

1080 Örneğin, Batum'daki bir köprü inşaatında meydana gelen patlamanın, Artvin'deki bir meyve bahçesini hasara uğratması halinde haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer farklıdır.

1081 Haksız fiilden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukukun objektif bağlama kurallarına göre tespit edilmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. Can/Tuna, s. 502-506; Çelikel/Erdem, s. 468-472; Doğan, ***MÖH***, s. 437 vd.; Güngör, ***MÖH***, s. 210-213; Nomer, s. 363 vd.; Tekinalp, ***MÖH***, 359-361.

alanındaki güncel gelişmelere uygun olarak haksız fiile uygulanacak hukukun tespitinde irade muhtariyetine de yer verilmiştir (m. 34/5).

1. MÖHUK'taki Düzenleme

a. Genel Olarak Haksız Fiillerde Hukuk Seçimi

2675 sayılı MÖHUK'un haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen 25. maddesinde[1082] taraflara hukuk seçimi yapma imkânı tanınmamıştır. Güncel ihtiyaçlar göz önünde bulundurularak bu maddede bazı değişikliklere gidilmiş ve maddenin yeni hali 5718 sayılı MÖHUK'ta yerini almıştır. Bu değişiklikler kapsamında Türk hukukunda haksız fiiller alanında ilk defa sınırlı da olsa irade muhtariyeti kabul edilmiştir. MÖHUK m. 34/5'e göre taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler. Bu hükmün özellikle uzayda, açık denizde ve serbest hava sahasında işlenen haksız fiiller bakımından işlevsel olduğu ifade edilmektedir[1083]. Zira uzayda işlenen haksız fiillerde ika yeri bulunmamakta, açık denizde ve serbest hava sahasında işlenen haksız fiillerde ise ika yerinin tespiti güçlük yaratmaktadır[1084]. Taraflar bu tür haksız fiillerde hukuk seçimi yaparak uygulanacak hukuk problemini ortadan kaldırabilirler.

Geçerli bir hukuk seçimi yapılması halinde seçilen hukuk haksız fiil sorumluluğunun şartlarını ve sonuçlarını idare eder. Bu kapsamda haksız fiil ehliyeti, hukuka aykırılık, illiyet bağı, tarafların kusur oranları, kusursuz sorumluluğun şartları, haksız fiilden dolayı meydana gelen zarar, zararın tazmin türü ve miktarı yer almaktadır[1085].

MÖHUK m. 34/5'te öngörülen hukuk seçimi imkânı zaman ve şekil bakımından sınırlandırılmaktadır. Buna göre seçim ancak haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılabilir[1086]. Ayrıca hukuk seçiminin "açık olarak" yapılması

1082 2675 sayılı MÖHUK m. 25: "*Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır. Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde bu ülke hukuku uygulanabilir*."

1083 Güngör, ***MÖH***, s. 209.

1084 Güngör, ***MÖH***, s. 209

1085 Doğan, ***MÖH***, s. 440; Nomer, s. 367.

1086 Sözleşme dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen Roma II Tüzüğü m. 14/1 uyarınca tüm tarafların ticari bir faaliyet yürüttüğü durumlarda taraflar haksız fiilin vukuundan önce de hukuk seçimi yapma imkânına sahiplerdir. Aşağıda bkz. ***İkinci Bölüm, II. A. 2. a.*** Alman hukuku ve İsviçre hukukunda ise seçimin zaman yönünden kısıtlandığı görülmektedir. *EGBGB* m. 42 uyarınca taraflar üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak koşuluyla sözleşme dışı bir yükümlülüğe

öngörülmektedir[1087]. Ancak bu sınırlamaların hangi amaçla getirildiği madde gerekçesinde açıklanmamaktadır. Doktrinde söz konusu sınırlamalara ilişkin farklı görüşler ve eleştiriler ortaya koyulmaktadır.

i. Hukuk Seçiminin Zaman Bakımından Sınırlandırılması

Hukuk seçiminin yalnızca haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılabileceğine ilişkin hüküm ilk bakışta mantıklı görünmektedir. Zira haksız fiiller nitelikleri itibariyle bir anda meydana geldiklerinden ve kural olarak öngörülebilir olmadıklarından tarafların sözleşme ilişkilerinden farklı olarak haksız fiilden kaynaklanan borç ilişkisini önceden düzenlemeleri çoğunlukla mümkün değildir[1088]. Ayrıca haksız fiil meydana geldikten sonra tarafların hukuk seçiminin sonuçlarını daha iyi değerlendirebilecekleri ve seçimin somut olayda zarara yol açan fiil dikkate alınarak yapılabileceği düşünülmektedir[1089]. Ancak *Şanlı, Esen ve Ataman* hukuk seçiminin haksız fiilin vukuundan sonra yapılması şartının aslında m. 34/5'ü uygulanma kabiliyetinden yoksun hale getirdiğini savunmaktadırlar[1090]. Zira yazarların haklı olarak belirttiği üzere haksız fiilin vukuundan sonra bu haksız fiile uygulanacak hukuk konusunda anlaşma potansiyeline sahip olan tarafların haksız fiilin maddi hukuka ilişkin sonuçları üzerinde de anlaşarak uyuşmazlığı nihai olarak çözüme

---

yol açan olay meydana geldikten sonra uygulanacak hukuku seçebilirler. Bu düzenlemenin gerekçesi sözleşme dışı yükümlülüklerin koruyucu niteliği ve pratik nedenlerdir (von Hein, "Rechtswahlfreiheit", s. 600). *IPRG* m. 132 uyarınca taraflar zarara neden olan olayın meydana gelmesinden sonra hâkimin hukukunun uygulanacağını kararlaştırabilirler (m. 132). Görüldüğü üzere *IPRG*'de hukuk seçimi imkânı seçilebilecek hukuk bakımından da (hâkimin hukuku) sınırlandırılmaktadır.

Restatement II'de ise sözleşme dışı yükümlülüklerde irade muhtariyeti sorunu ele alınmamaktadır. Ancak çeşitli davalarda ABD mahkemeleri sorunu bir sözleşmesel niyet meselesi olarak ele alarak tarafların haksız fiil iddialarını hukuk seçimi anlaşmalarına dahil etme niyetinde olduklarına karar vermiştir. *Restatement II*'nin sözleşme ve haksız fiil için benzer çıkarları kapsadığı ölçüde, hukuk seçiminin sözleşmeler ve haksız fiiller için eşit derecede uygun olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Hook, s. 71. Ayrıca bkz. *Restatement II sec.*145.

[1087] Roma II Tüzüğü m. 14/1 uyarınca taraflar haksız fiile uygulanacak hukuku örtülü olarak seçebilirler. Aşağıda bkz. ***İkinci Bölüm, II. A. 2. a.*** *EGBGB*'de seçimin şekline ilişkin bir hükme yer verilmediğinden tarafların haksız fiiller alanında örtülü hukuk seçimi yapabilecekleri kabul edilmektedir. Ancak tarafların bu yönde gerçek bir iradelerinin olduğunun anlaşılması gerekir (Kropholler, s. 519). *IPRG*'de seçimin şekline ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Bu hususta sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin kural (*IPRG* m. 116/2) dikkate alınmakta ve haksız fiile uygulanacak hukukun açık ya da örtülü olarak seçilebileceği kabul edilmektedir (Anton Heini, Kommentar zu Vor *Art.* 132-142, 132, 133 IPRG in: Daniel Girsberg/Anton Heini/Max Keller/ Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken/KostkiewiczJolanta Kren, ***IPRG Kommentar***, 2. Auflage, Zurich, 2004, *Art.* 132, *Rn.* 4, https://beck-online.beck.de, 30.10.2022; Tarman, ***Haksız Rekabet***, s. 125).

[1088] Akıncı, ***MÖH***, s. 67; Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 157.

[1089] Zeynep Derya Tarman, ***Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk***, Beta, İstanbul, 2011, s. 124.

[1090] Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 383, dn. 542.

kavuşturma potansiyelleri mevcuttur. Diğer bir deyişle tarafların hukuk seçimi yapmak yerine doğrudan aralarındaki uyuşmazlığı sonlandırmaları muhtemeldir. Yazarlar, m. 34/5'te hukuk seçiminin haksız fiilin vukuundan sonra yapılmış olma şartı aranmasaydı bu hükmün uygulanma kabiliyetinin daha fazla olacağını ifade etmektedirler[1091]. Zira her an bir haksız fiilin gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu, tarafların bu ihtimali öngörebildikleri bazı durumlar söz konusu olabilir. Örneğin otomobil, motor veya tekne yarışı gibi spor müsabakalarında kaza yaşanma riski fazla olduğundan müsabakaya katılan takımlarca haksız fiillere uygulanacak hukukun önceden belirlenmesinin tarafların menfaatine olabileceği ifade edilmektedir[1092]. Benzer durum doğalgaz, yol, köprü çalışmaları gibi alt yapı projeleri ve büyük inşaat projelerinde farklı işleri üstlenmiş ve aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan firmalar bakımından da söz konusudur[1093].

Nomer, bu hallerde sorumluluk riskinin değerlendirilmesi ve uygulanacak hukukun önceden bilinmesinin hukuken kabul edilebilen bir ihtiyaç olduğunu ve kural olarak hukuk seçimine haksız fiil meydana gelmeden önce de imkân tanınması gerektiğini savunmaktadır[1094]. Yazar, m. 34/5'te hukuk seçimine zaman bakımından getirilen bu sınırlamanın tatmin edici bir gerekçesi bulunmadığını, muhtemelen sözleşme dışı borç ilişkilerinde zarar göreni koruma endişesinin bu düzenlemenin sebebi olabileceğini belirtmektedir[1095]. Kanaatimizce kanun koyucu, zarar göreni koruma endişesi ile hareket ettiyse haksız fiilin vukuundan önce hukuk seçimini tamamen yasaklamak yerine iş sözleşmeleri ve tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi zayıf taraf lehine asgari bir koruma standardı (örneğin "zarar görenin mutad mesken hukukun emredici hükümlerinin sağladığı asgari koruma") öngörmek suretiyle hukuk seçimini sınırlandırabilirdi[1096]. Ayrıca böyle bir sınırlama öngörülmese bile MÖHUK'ta seçilen hukukun uygulanmasını sınırlandırıcı mekanizmalar (kamu

---

1091 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 384, dn. 542.

1092 Nomer, s. 371; Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 157; (Karşılaştırmalı hukukta) von Hein, "Rechtswahlfreiheit", s. 602.

1093 Nomer, s. 371; Türüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 157; (Karşılaştırmalı hukukta) von Hein, "Rechtswahlfreiheit", s. 602.

1094 Nomer, s. 371.

1095 Tarman da taraflara haksız fiilin meydana gelmesinden önce hukuk seçimi imkânı tanımanın haksız fiil ilişkisinde zayıf tarafın mağdur olmasına neden olabileceğini düşünmektedir. Bkz. Tarman, ***Haksız Rekabet***, s. 124.

1096 Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri,*** s. 158.

düzeni müdahalesi ve doğrudan uygulanan kurallar) da zayıf tarafın korunmasına hizmet edebilirdi.

ii. Hukuk Seçiminin Yapılış Şekline İlişkin Sınırlama

Doktrinde ağırlık görüşe göre MÖHUK m. 34/5'te tarafların uygulanacak hukuku "açık olarak" seçebilecekleri öngörüldüğünden haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından örtülü hukuk seçimi kabul edilmemektedir[1097]. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira MÖHUK'un hukuk seçimine imkân tanınan diğer maddelerinde seçimin yalnızca açık olarak yapılmasını öngören bir ifadeye yer verilmemektedir. Halbuki m. 34/5'te kesin bir ifade ile seçimin "açık olarak" yapılması öngörülmektedir. Bu düzenlemenin kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olduğundan şüphe duymamak gerekir. Nitekim madde gerekçesinde "*taraflara, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra ve açık şekilde yapılabilecek kısıtlı bir hukuk seçimi imkân da sağlanmıştır*" açıklamasına yer verilmektedir[1098].

Aksi yönde görüş bildiren *Doğan*'a göre haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda kural olarak taraflar örtülü bir biçimde hâkimin hukuku lehine hukuk seçimi yaptıklarından, Türk mahkemelerinde görülen haksız fiil davalarında tarafların tereddüde yer vermeyecek şekilde haksız fiil statüsü olarak Türk hukukunu seçtikleri tespit edilebiliyorsa (örneğin, davacının Türk hukukuna uygun talepte bulunması ve davacının da Türk hukukuna uygun cevap vermesi halinde) taraf iradelerine geçerlilik tanımak isabetli olacaktır[1099]. Yazar ayrıca m. 34/5 kapsamında örtülü hukuk seçimi yapılabilmesine gerekçe olarak haksız fiile ilişkin diğer düzenlemelerde hukuk

---

1097 Aybay/Dardağan, s. 278; Bilgin Tiryakioğlu, "Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk", ***Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri***, Legal, İstanbul, 2010, s. 213; Can/Tuna, s. 502; Cemil Güner, "Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, C. 8, S. 15, 2020, s. 248; Çelikel/Erdem, s. 471; Güngör, ***MÖH***, s. 209; Tarman, ***Haksız Rekabet***, s. 125; Tekinalp, ***MÖH***, s. 361; Zeynep Derya Tarman, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", ***Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi***, C. 26, S. 2, 2010, s. 10.

1098 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde gerekçeleri, s. 13, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 07.09.2022.

1099 Doğan, ***MÖH***, s. 439. *Tütüncübaşı* da m. 34/5'te kullanılan "açık" ifadesinin 2675 sayılı MÖHUK döneminde sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçiminde kabul edilen "açık" kavramına verilen anlam gibi anlamak gerektiğini yani tarafların tereddüde yer vermeyecek şekilde hâkimin hukukunu (Türk hukukunu) seçtikleri anlaşılabiliyorsa Türk hukuku lehine yapılan seçime geçerlilik tanımanın isabetli olacağını savunmaktadır (Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 161***).***

seçiminin şekli hususunda kısıtlayıcı bir hükme yer verilmemesini[1100] ve fikri mülkiyet haklarının ihlalini düzenleyen m. 23/2'de "ihlalden sonra mahkemenin hukukunun" seçiminde açık irade beyanının aranmamasını göstermektedir. Yazarın sunmuş olduğu bu gerekçelerin "Neden haksız fiiller alanında da örtülü hukuk seçimine cevaz verilmelidir?" sorusuna cevap oluşturabilecek haklı gerekçeler olduğunu söylemek mümkündür. Ancak Kanun'un açık lafzı karşısında Türk mahkemelerinin, tarafların örtülü olarak hukuk seçimi yaptıklarına kanaat getirmesi ve bu hukuku uyuşmazlığa uygulamasının hukuka uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

Son olarak belirtmek gerekir ki kanun koyucu haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde sistematik olarak, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine göre farklı bir yol izlemiştir. Hukuk seçimine objektif bağlama kurallarından önce yer vermek yerine m. 34'ün son fıkrasında yer vermektedir. Ancak maddenin kaleme alınış şekli haksız fiiller bakımından birincil bağlama kuralının tarafların seçtikleri hukuk olduğu gerçeğini değiştirmemektedir[1101]. Eğer ki taraflar geçerli bir hukuk seçimi yapmışlarsa m. 34/1-4'teki objektif bağlama kurallarına bakılmaksızın tarafların seçtikleri hukuk uygulanır.

iii. Hukuk Seçimine İlişkin Diğer Hususlar

Haksız fiilden doğan borç ilişkileri bakımından kısmi hukuk seçimi yapılıp yapılamayacağına ilişkin bir hükme m. 34'te yer verilmemektedir. Bu hususta MÖHUK m. 24'te öngörülen genel kuraldan hareket edilebilir[1102]. Zira m. 24'te hukuk seçimine ilişkin öngörülen genel esasların Kanun'un diğer maddelerinde aksi belirtilmedikçe her türlü sözleşme için ve hatta haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşme ilişkilerinde de geçerli olacağı kabul edilmektedir[1103]. MÖHUK m. 24/2 uyarınca taraflar haksız fiilin bütünlüğünü bozmayacak şekilde[1104], haksız fiilden doğan uyuşmazlığın belirli bir kısmına uygulanmak üzere belirli bir hukuk düzenini seçebilecekleri gibi uyuşmazlığın farklı kısımlarını farklı hukuklara da tabi kılabilirler.

1100 Örneğin, Roma II Tüzüğü m. 14/1, *EGBGB* m. 42, *IPRG* m. 132.

1101 Aynı yönde bkz. Tarman, ***Haksız Rekabet***, s. 123; Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 155 (*Tütüncübaşı*, kanun koyucunun haksız fiiller alanında hukuk seçiminin uygulanma sıklığının daha az olacağını ve genelde objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukukun tespit edileceğini düşünerek böyle bir düzenleme getirmiş olabileceğini düşünmektedir).

1102 Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 163.

1103 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 323.

1104 Tarman, "Akit Dışı Borç İlişkileri", s. 15.

Örneğin, taraflar haksız fiil sorumluluğunun şartlarını Çin hukukuna, haksız fiil sorumluluğundan kaynaklanan talep haklarını Türk hukukuna tabi kılabilirler[1105].

Çalışmamızın birinci bölümünde sözleşmelerde hukuk seçimi halinde atfın uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin yapılan açıklamalar, haksız fiillerde hukuk seçimi hakkında da geçerlidir. Zira atfa ilişkin MÖHUK m. 2/4 hükmü, kanunda hukuk seçimine imkân tanınan tüm halleri kapsamaktadır. Dolayısıyla m. 2/4 gereğince haksız fiilin meydana gelmesinden sonra hukuk seçimi yapılması halinde taraflar aksini kararlaştırmadıkça seçilen hukukun kanunlar ihtilafı hükümleri dikkate alınmaz. Doğrudan maddi hukuk hükümleri uygulanır.

b. Özel Haksız Fiil Türlerinde Hukuk Seçiminin Mümkün Olup Olmadığı Meselesi

Mülga MÖHUK'ta haksız fiillere ilişkin tek bağlama kuralı 25. maddeydi. Bu madde hükümleri tüm haksız fiil türleri bakımından uygulanmıştır. Genel haksız fiil kuralının özel haksız fiil türleri bakımından yetersiz kaldığı düşüncesiyle MÖHUK'ta bu sistemden vazgeçilmiştir. Genel olarak haksız fiilden doğan borçlara uygulanacak hukuku düzenleyen 34. maddenin yanı sıra özellik arz eden bazı haksız fiillere uygulanacak hukuku gösteren yeni bağlama kuralları öngörülmüştür. Bunlar kişilik haklarının ihlâlinde sorumluluk (m. 35), imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu (m. 36), haksız rekabet (m. 37) ve rekabetin engellenmesidir (m. 38). Ayrıca aynî haklara ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları arasında yer alan 23. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen fikri mülkiyet haklarının ihlali de haksız fiilin özel bir türü olarak değerlendirilmektedir[1106]. Sayılanlar dışındaki haksız fiil türleri, örneğin trafik kazalarından ya da taşınmazlara tecavüzden kaynaklanan sorumluluk halleri söz konusu olduğunda genel kural olan 34. madde hükümleri uygulama alanı bulmaktadır[1107].

Kişilik haklarının kitle iletişim araçları vasıtasıyla işlenmesi halinde belirsiz sayıda alıcı karşısında çok yaygın bilgilendirme yoluyla işlenen bir haksız fiil söz konusu olduğundan genel haksız fiil kuralının bu hususta yetersiz kalacağı

1105 Benzer bir örnek için bkz. Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 163.
1106 Bkz. ***İkinci Bölüm, I. B. 1.***
1107 Tiryakioğlu, "Haksız Fiiller", s. 212.

düşünülmüş ve MÖHUK m. 35 öngörülmüştür[1108]. 35. maddede "*kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet*[1109] *veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlâlinden doğan taleplere zarar görenin seçimine göre;*

a) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku,

b) Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya

c) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku" nun uygulanacağı öngörülmektedir (m. 35/1). Gerekçede kişilik hakkı ihlal edilen tarafa maddede yer alan alternatiflerden birini tercih esasına dayalı, sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanındığı belirtilmektedir[1110].

Benzer şekilde imal edilen şeyden sorumluluk konusunda genel haksız fiil kuralının, zarar gören ile zarar verenin gözetilmesi gereken menfaatleri açısından yeterli bir koruma sağlayamayacağı düşünüldüğünden imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna[1111] uygulanacak hukuk MÖHUK m. 36'da[1112] özel olarak düzenlenmiştir[1113]. Bu maddeye göre "*İmal edilen şeylerin sebep olduğu zarardan*

[1108] 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde gerekçeleri, s. 13, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 11.09.2022. MÖHUK m. 35'in esin kaynağının *IPRG* m. 139 olduğu belirtilmektedir. Bkz. Sibel Özel, "İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk", ***Avrupa Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri***, Legal, İstanbul, 2010, s. 225; Tekinalp, ***MÖH***, s. 366.

[1109] MÖHUK m. 35'te öngörülmemekle birlikte doktrinde bu madde hükümlerinin uygulanabilmesi için ihlalin kamuya açık bir ortamda gerçekleşmiş olması aranmaktadır. Bu görüşe göre örneğin, bir kişinin, iş arkadaşının kişisel e-posta adresine hakaret içerikli bir e-posta göndermesi m. 35'in değil m. 34'ün kapsamına girmektedir. Bkz. Can/Tuna, s. 510; Güngör, ***MÖH***, s. 217; Nomer, s. 373; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 390, 391.

[1110] 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde gerekçeleri, s. 13, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 11.09.2022.

[1111] İmalatçının sözleşme dışı sorumluluğu "*imal edilen bir üründeki ayıp nedeniyle üreticiye veya gerektiğinde üretici sayılan çeşitli kategorideki aracılara karşı ölüm, bedensel zarar veya ürün dışındaki bir eşyaya verilen zarar için ileri sürülen akit dışı bir sorumluluk*" olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Özel, "İmalatçının Sorumluluğu", s. 219.

[1112] Bu madde, *IPRG* m. 135/1'in aynısıdır. Ancak *IPRG* m. 135/2'deki yabancı hukuk uyarınca, İsviçre hukukuna göre öngörülen tazminattan daha fazla bir tazminata hükmedilemeyeceği şeklindeki hükme MÖHUK'ta yer verilmemektedir (Sibel Özel, "MÖHUK m. 36 İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Hukuk Işığında Değerlendirilmesi", ***10. Yılında MÖHUK Sempozyumu*** (Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl), Adalet, Ankara, 2017, s. 415, 416)

[1113] 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde gerekçeleri, s. 14, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 11.09.2022. 36. maddenin uygulanabilmesi için zarar gören ile zarar veren arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamalı ve zararın imalat konusu bir üründen kaynaklanması gerekmektedir. Tarım ürünleri imalat konusu ürün değildir (Güngör, ***MÖH***, s. 219). Örneğin, Edirne'deki bir pazardan satın aldığı ıspanakları, Hasköy'deki

doğan sorumluluğa, zarar görenin seçimine göre, zarar verenin mutad meskeni veya işyeri hukuku ya da imal edilen şeyin iktisap edildiği ülke hukuku uygulanır. İktisap yeri hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin, mamulün o ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispat edememiş olması gerekir". Gerekçede zarar görenin menfaatinin korunması amacıyla kendisine sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanındığı belirtilmektedir[1114].

Yukarıdaki hükümlerde haksız fiil ilişkisinin zayıf tarafı olarak kabul edilen zarar görene haksız fiile uygulanacak hukuku belirli hukuklar arasından seçme hakkı tanınmaktadır[1115]. Gerekçede bu durum her ne kadar "sınırlı hukuk seçimi imkânı" olarak nitelendirilse de doktrindeki ağırlıklı görüşe göre burada teknik anlamda bir hukuk seçimi değil zarar görene tanınmış bir seçimlik hak söz konusudur[1116]. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Zira geçerli bir hukuk seçiminden ya da hukuk seçimi anlaşmasından bahsedebilmek için tarafların (zarar veren ve zarar gören) belirli bir hukukun uygulanmasına yönelik iradelerinin uyuşmuş olması ve bu iradelerin açık ya da örtülü biçimde ortaya koyulmuş olması gerekmektedir. Oysa MÖHUK m. 35/1 ve m. 36 uyarınca uygulanacak hukuk zarar görenin tek taraflı iradesi ile belirlenmektedir.

Haksız fiilin özel birer türü olan haksız rekabet ve rekabetin engellenmesinden doğan talepleri düzenleyen MÖHUK m. 37 ve m. 38'de[1117] ise zarar görene tek taraflı

---

restoranında pişirerek servis eden ve bu ıspanaktan müşterilerinin zehirlendiği iddia eden Bulgaristanlı restoran sahibi, satıcı yerine ıspanağı yetiştiren çiftçi aleyhine haksız fiil sorumluluğu kapsamında Türk mahkemelerine başvurursa bu uyuşmazlık MÖHUK m. 36'ya değil genel haksız fiil kuralı olan m. 34'e tabi olur.

1114 Ayrıca zarar verenin menfaati de ürünün iktisap edildiği ülkeye rızası dışında sokulduğunu ispatlaması halinde iktisap yeri hukukunun uygulanmasını engelleme imkânı tanınarak korunmaya çalışılmıştır. Zira, zarar verenin iktisap yeri ile hiçbir ilişkisi olmaması ve bu ülkenin hukukunu bilmeme ihtimali mevcuttur. Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde gerekçeleri, s. 14, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 11.09.2022.

1115 Tekinalp, ***MÖH***, s. 366, 368.

1116 Can/Tuna, s. 509; Çelikel/Erdem, s. 478, 483; Güngör, ***MÖH***, s. 217, 220; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 392, 394; Tarman, ***Haksız Rekabet***, s. 123; Tarman, "Akit Dışı Borç İlişkileri", s. 9; Tiryakioğlu, "Haksız Fiiller", s. 213; Tekinalp, ***MÖH***, s. 366. Bazı yazarlar ise burada teknik anlamda bir hukuk seçimi olup olmadığı değerlendirmesinde bulunmaksızın mağdura "sınırlı bir hukuk seçme imkânı" tanındığını belirtmektedirler. Bkz. Akıncı, ***MÖH***, s. 70; Nomer, s. 372, 373.

1117 MÖHUK m. 37: "*(1) Haksız rekabetten doğan talepler, haksız rekabet sebebiyle piyasası doğrudan etkilenen ülke hukukuna tâbidir. (2) Haksız rekabet sonucunda zarar görenin münhasıran işletmesine ilişkin menfaatleri ihlâl edilmişse, söz konusu işletmenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır*". Bu maddenin esin kaynağı *IPRG*'dir. Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde gerekçeleri, s. 14, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 11.09.2022.
MÖHUK m. 38: "*(1) Rekabetin engellenmesinden doğan talepler, bu engellemeden doğrudan etkilenen piyasanın bulunduğu ülkenin hukukuna tâbidir. (2) Türkiye'de rekabetin engellenmesine*

seçim hakkı tanıyan bir hükme yer verilmemektedir. Ayrıca bu maddelerde tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku seçebilecekleri de öngörülmemektedir. Bu noktada genel haksız fiillere ilişkin 34. maddede öngörülen hukuk seçimi hükmünün, özel haksız fiil türleri bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı sorusu akla gelmektedir. Diğer bir deyişle taraflar MÖHUK'ta düzenlenen özel haksız fiil türleri bakımından haksız fiilin meydana gelmesinden sonra hukuk seçimi yapabilirler mi? Bu hususta doktrinde farklı görüşler savunulmaktadır.

Özel, MÖHUK m. 34'te kabul edilen hukuk seçiminin genel haksız fiiller için geçerli olduğunu, özel tip haksız fiillerde uygulama imkânı bulunmadığını savunmaktadır[1118]. Bu görüşünü kanun koyucunun sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin getirdiği sistemi örnek göstererek desteklemektedir. Yazar, Kanun'da sözleşmesel alanda kabul edilen hukuk seçiminin bazı özel tip sözleşmeler için tekrar edildiğini (m. 28, m. 29), bazı sözleşmeler için sınırlı seçim imkânı getirildiğini (m. 26, m. 27), bazıları içinse hukuk seçiminin kabul edilmediğini; haksız fiiller alanında da m. 34/5'te öngörülen hukuk seçiminin özel tip haksız fiillere ilişkin hükümlerde yer almadığını ve dolayısıyla kanun koyucunun tercihinin bu tür haksız fiillerde tarafların hukuk seçemeyeceği yönünde olduğunu belirtmektedir[1119].

Tiryakioğlu da MÖHUK'ta sözleşmeler alanında bazı özel sözleşme türleri bakımından sınırlı da olsa hukuk seçimi kabul edilmişken, haksız fiilin özel türleri ile ilgili getirilen düzenlemelerde hukuk seçiminin kabul edilmediğini, ancak bazı durumlarda zarar verene tek taraflı olarak kullanabileceği bir seçim imkânı tanındığını ifade etmektedir[1120].

Nomer ise haksız rekabette hukuk seçimi bakımından yukarıdaki görüşlerin aksini savunmaktadır. Yazar, haksız rekabet haksız fiilin özel bir türü olduğundan haksız rekabeti düzenleyen hukuk kuralında aksine bir hüküm bulunmadıkça genel hükmün (m. 34/5) tanımış olduğu hukuk seçimi imkânından yararlanılmasının

---

yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez."

1118 Özel, "İmalatçının Sorumluluğu", s. 417.

1119 Özel, "İmalatçının Sorumluluğu", s. 417.

1120 Tiryakioğlu, "Haksız Fiiller", s. 213.

hukuken mümkün olduğunu, tarafların haksız rekabetin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku seçmelerine hukuki bir engel olmadığını belirtmektedir[1121].

Tarman ise imalatçının sözleşme dışı sorumluluğundan ve kişilik haklarının ihlalinden doğan uyuşmazlıklar bakımından MÖHUK m. 34/5 uyarınca hukuk seçimi yapılabileceğini, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde m. 36 ve m. 37'ye göre uygulanacak hukukun tespit edileceğini kabul etmektedir[1122]. Yazar bu görüş kapsamında İsviçre hukukunu örnek göstermektedir. İsviçre hukukunda haksız fiilin meydana gelmesinden sonra taraflara mahkemenin hukukunu seçme imkânı tanıyan *IPRG* m. 132 hükmünün, kişilik haklarının ihlali (m. 139) ve ürün sorumluluğu (m. 135) bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir[1123]. *Tarman*, haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi hallerinde hukuk seçimi bakımından ise daha farklı bir değerlendirmede bulunmaktadır. Yazara göre rekabetin engellenmesi halleri kamu hukukuna daha yakın bir alan olduğundan MÖHUK m. 38 kapsamında hukuk seçimine izin verilmemesi ve yalnızca piyasa yeri hukukunun uygulanması yerindedir. Ancak haksız rekabet alanında bütünüyle hukuk seçimini yasaklamanın isabetli olmadığını, MÖHUK m. 37/2 çerçevesinde münhasıran belirli bir işletmenin ticari menfaatlerini zedeleyen, tüm piyasayı etkilemeyen haksız rekabet fiilleri açısından hukuk seçimi imkânının kabul edilmesinde sakınca olmadığını belirtmektedir[1124].

Tütüncübaşı ise olması gereken hukuk bakımından haksız fiile ilişkin genel bağlama kuralında yer alan hukuk seçme serbestisinin özel haksız fiiller alanında da düzenlenmesinin uygun olabileceğini düşünmektedir[1125]. Ancak *Özel*'in de belirtmiş olduğu üzere kanun koyucu özel sözleşme türlerinde olduğu gibi her bir özel haksız fiil türüne ilişkin bağlama kuralına hukuk seçimine ilişkin bir hüküm eklemeyi tercih etmediğinden özel haksız fiillerde hukuk seçiminin mümkün olmadığını savunmaktadır. Biz de aynı gerekçeyle kanun koyucunun özel haksız fiil türlerinde

---

1121 Nomer, s. 376.

1122 Tarman, "Akit Dışı Borç İlişkileri", s. 19, 21.

1123 ***Basler Kommentar***, Internationales Privatrecht, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti, 2. Auflage, Basel, 2007, *Art. 139, Rn. 15, Art. 135, Rn. 13,* https://beck-online.beck.de, 30.10.2022.

1124 Tarman, ***Haksız Rekabet***, s. 130, 131. Bununla birlikte yazar, yalnızca belirli bir rakibin menfaatlerini etkileyen eylemler ile piyasayı etkileyen eylemlerin her zaman birbirinden kesin çizgilerle ayrılmasının zor olduğunu, bu nedenle m. 37/1 ve 2 kapsamında tüm haksız rekabet halleri için hukuk seçimi imkânı getirilebileceğini, ancak bu durumda da hukuk seçiminin tüketiciler lehine sınırlandırılabileceğini, rakipler söz konusu olduğunda ise sınırsız bir hukuk seçimi imkânı tanınabileceğini düşünmektedir. Yazar ayrıca İsviçre hukukunda olduğu gibi "*lex fori*" ile sınırlı bir hukuk seçimi öngörülebileceğini de eklemektedir.

1125 Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 172.

hukuk seçimi imkânı tanımadığını düşünmekteyiz. Ayrıca kanun koyucu özel bir haksız fiil türü olan ancak Kanun'da "fikri mülkiyete ilişkin haklara uygulanacak hukuk" başlıklı 23. madde kapsamında düzenlenen fikri mülkiyet hakkının ihlalinden doğan talepler hakkında taraflara ihlalden sonra mahkemenin hukukunu seçme imkânı tanımaktadır (MÖHUK m. 23/2). Eğer ki kanun koyucu yukarıda bahsi geçen diğer özel haksız fiil türlerinde de hukuk seçme imkânı tanımak isteseydi her bir maddeye m. 23/2'deki gibi hukuk seçimine ilişkin bir hüküm eklerdi. Ya da kanun koyucunun m. 34/5'teki hukuk seçimi imkânının özel haksız fiil türleri bakımından da uygulanmasını amaçladığı kabul edilirse, bu halde m. 23/2'deki özel hukuk seçimi hükmünü öngörmemesi beklenirdi.

Sonuç olarak yukarıda bahsi geçen gerekçeler nedeniyle özel haksız fiil türlerinde hukuk seçimi yapılamayacağı kabul edildiğinden ve dolayısıyla bu haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda taraflarca yapılan bir hukuk seçimi anlaşmasından bahsedilemeyeceğinden hukuk seçiminin örtülü olarak yapılıp yapılamayacağı, kısmi seçimin mümkün olup olmadığı, seçimin zamanı gibi hususların tartışılması da mümkün değildir[1126].

2. Roma II Tüzüğü'ndeki Düzenleme

a. Genel Olarak Haksız Fiillerde Hukuk Seçimi

Roma II Tüzüğü'nün "Haksız Fiiller" (*Torts/Delicts*) başlıklı ikinci bölümünde haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde kullanılacak objektif bağlama kuralları öngörülmektedir. Tüzük m. 4 ile haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin genel kural düzenlenmektedir. Devam eden maddelerde ise özel haksız fiil türlerine uygulanacak hukuka ilişkin objektif bağlama kurallarına yer verilmektedir. Bunlar ürün sorumluluğu (ya da imalatçının sorumluluğu) (m. 5), haksız rekabet ve serbest rekabeti sınırlandırıcı fiiller (m. 6), çevresel zarar (m. 7), fikri mülkiyet haklarının ihlali (m. 8),

[1126] MÖHUK'ta düzenlenen özel haksız fiillere uygulanacak hukuku gösteren objektif bağlama kuralları çalışmamız kapsamında yer almamaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Doğan, MÖH, s. 442-447; Akıncı, ***MÖH***, s. 67-71; Güngör, ***MÖH***, s. 213-222; Özel, "İmalatçının Sorumluluğu", s. 219 vd.; Tarman, ***Haksız Rekabet***, s. 84 vd.; Tiryakioğlu, "Haksız Fiiller", s. 214 vd.

endüstriyel eylemdir (m. 9)[1127]. Sayılanlar dışındaki tüm haksız fiiller bakımından 4. madde hükümleri uygulanmaktadır[1128].

Tüzük'ün en yenilikçi kısmı olarak nitelendirilen[1129] "Seçim Özgürlüğü" (*Freedom of Choice*) başlıklı dördüncü bölümü ise taraflara hukuk seçimi imkânı tanıyan ve tek bir maddeden oluşmaktadır. 14. madde Tüzük'teki hukuk seçiminin açıkça yasaklanmadığı tüm sözleşme dışı yükümlülükler[1130] bakımından uygulama alanı bulmaktadır[1131]. Hukuk seçimi imkânının tanınması dibacede irade muhtariyeti ilkesine uyulması ve hukuki belirliliğin artırılması amacı ile açıklanmaktadır (par. 31). 14. madde Tüzük'te düzenlenen tüm sözleşme dışı yükümlülükleri kapsadığından haksız fiiller alanında da uygulanmaktadır.

Haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde tarafların seçtikleri hukuk asli bağlama kuralını oluşturmaktadır[1132]. Yani bir haksız fiil uyuşmazlığında öncelikli olarak m. 14 kapsamında hukuk seçimi yapılıp yapılmadığına bakılır. Geçerli bir hukuk seçimi mevcutsa seçilen hukuk emredici ve tamamlayıcı hükümleri ile birlikte uyuşmazlığa uygulanır. Ancak seçilen hukuk *lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını engellemez (m. 16). Eğer ki geçerli bir hukuk seçimi yapılmamışsa Tüzük'te öngörülen objektif bağlama kuralına (m. 4)[1133] göre haksız fiile uygulanacak hukuk tespit edilir. Nitekim haksız fiillere ilişkin objektif bağlama kurallarını düzenleyen 4. maddenin başında "*bu tüzükte aksi belirtilmedikçe*" ifadesi

---

1127 "Endüstriyel eylem" (*industrial action*) kavramının Tüzük'te tanımı yapılmamaktadır. Bu kavramın tanımı ve kapsamı (örneğin, grev ve lokavt eylemleri) her üye devletin milli düzenlemelerine göre farklılık göstermektedir (Hill, s. 79).

1128 MÖHUK'ta özel olarak düzenlenen kişilik haklarının ihlaline uygulanacak hukuk, Roma II Tüzüğü'nde özel olarak düzenlenmemektedir. Dolayısıyla kişilik haklarının ihlaline uygulanacak hukuk da Tüzük m. 4'e göre belirlenmektedir.

1129 Zhang, s. 864.

1130 Tüzük'ün uygulama alanı hakkında bkz. ***Birinci Bölüm, II. B. 2. b.***

1131 Ivo Bach, "Freedom of Choice", ***Rome II Regulation: Pocket Commentary*** (ed. Peter Huber), Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers, 2011, s. 325; Zhang, s. 891.

1132 Çelikel/Erdem, s. 473; Tarman, "Roma II", s. 202, 203; Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 96; Zhang, s. 894.

1133 Tüzük ile MÖHUK'un öngördüğü haksız fiillere ilişkin objektif bağlama kuralları birbirinden oldukça farklıdır. Tüzük m. 4'e göre haksız fiil statüsü haksız fiilin işlendiği ya da dolaylı zararın meydana geldiği yerler dikkate alınmaksızın zarar yeri hukukudur (m. 4/1). Ancak haksız fiilin taraflarının zararın meydana geldiği sırada ortak bir mutad meskenleri mevcutsa bu hukuk uygulanır (m. 4/2). Somut olayın koşullarından haksız fiilin belirtilen hukuklardan başka bir hukukla daha yakın bağlantılı olduğu açıkça anlaşılıyorsa bu hukuk uygulanır (m. 4/3).

kullanılarak bu madde hükümlerinin 14. madde kapsamında hukuk seçimi yapılması halinde uygulanmayacağı anlaşılmaktadır[1134].

Tüzük m. 14/1'e göre "*Taraflar sözleşme dışı borç ilişkilerini,*

a) Zarara yol açan olay meydana geldikten sonra bir anlaşma ile ya da,

b) Tüm tarafların ticari bir faaliyet yürüttüğü durumlarda zarara yol açan olayın meydana gelmesinden önce serbestçe müzakere edilen bir anlaşma ile kendi seçtikleri hukuka tabi kılabilirler.

Seçim açık olmalı ya da durumun koşullarından makul kesinlikle anlaşılmalıdır ve üçüncü kişilerin haklarına halel getirmemelidir".

Tüzüğün sözleşme dışı borç ilişkilerinde hukuk seçimine ilişkin getirdiği esaslar MÖHUK'ta getirilen esaslardan çeşitli noktalarda ayrılmaktadır. İlk olarak Tüzük, taraflara yalnızca haksız fiilin meydana gelmesinden sonra (*ex post* seçim) değil, aynı zamanda tarafların haksız fiilin meydana gelmesinden önce birbirleriyle ilişki içinde olma ihtimallerini (örneğin karmaşık inşaat projeleri bağlamında taşeron firmalar arasındaki ilişkiler) dikkate alarak haksız fiilin meydana gelmesinden önce (*ex ante* seçim) de hukuk seçimi imkânı tanımaktadır[1135]. Ancak bunun için her iki tarafın da ticari bir faaliyet yürütüyor olması gerekmektedir. Bir tüketici haksız fiile uygulanacak hukuk konusunda ne bir profesyonelle ne de başka bir tüketici ile hukuk seçimi anlaşması yapabilir[1136]. Bu sınırlamanın öngörülmesinin nedeni, dibacede belirtildiği üzere Tüzük'ün zayıf tarafın korunması amacıyla hukuk seçimini belirli koşullara tabi tutmayı amaçlamasıdır (par. 31)[1137]. Her iki tarafın ticari faaliyet yürüttüğü haksız fiil ilişkilerinde taraflar daha bilgili, seçimin sonuçlarının farkında ve eşit pazarlık gücüne sahip olduklarından, bu ilişkilerde zayıf tarafın varlığından söz edilemez[1138]. Dolayısıyla haksız fiilin meydana gelmesinden önceki hukuk seçimi

---

1134 Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 96, dn. 106. Tüzükte sistematik olarak haksız fiillerde hukuk seçimine ilişkin kurallara objektif bağlama kurallarından sonra yer verilmesi haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz. Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 96; Martin Gebauer, ***Nomos Kommentar BGB/Rom-Verordnung*** (Ed. Reiner Hüßtege/Heinz Peter Mansel), Band 6, 2. Auflage, Baden, 2015, Rom II *Art.* 14, *Rn.* 3, https://beck-online.beck.de, 30.10.2022.

1135 Thomas Kadner Graziano, "Das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung", ***Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht***, 2009, 73(1), s. 7, 8.

1136 Bu kapsamda bir tüketicinin bir şekilde iki profesyonel arasındaki davaya müdahil olması, profesyonel olan tarafların hukuk seçimini engellemez (Bach, "Freedom of Choice", s. 335).

1137 Ayrıca bkz. Graziano, s. 7; Hill, s. 74.

1138 Hill, s. 75; Zhang, s. 899.

imkânı yalnızca bu kişilere tanınmaktadır. *Ex ante* hukuk seçimi için ayrıca "serbestçe müzakere edilen" anlaşma ile yapılmış olma şartı öngörülmektedir. Doktrinde genel işlem şartları içinde yer alan hukuk seçiminin bu şartı gerçekleştirip gerçekleştirmediği tartışmalıdır. Ağırlıklı görüş taraflardan birinin tek başına hazırlayıp karşı tarafın yalnızca onayına sunduğu genel işlem şartlarında yer verilen hukuk seçimi hükümlerinin serbestçe müzakere edilmiş anlaşma niteliğinde olmadığı yönündedir[1139]. Böyle bir durumda tarafların bir araya gelerek haksız fiile uygulanacak hukuk konusunda görüşüp ortak bir irade ortaya koymaları söz konusu olmadığından biz de bu görüşe katılmaktayız. Ancak genel işlem şartlarından bağımsız olarak, önceden dikkatli bir şekilde hazırlanan ve pratikte nadiren müzakere edilen hukuk seçimi anlaşmalarının karşı tarafça imzalanmasının, serbestçe müzakere edilmiş anlaşma gerekliliğini karşıladığı kabul edilmektedir. Aksi halde yasama organının amacının aksine, *ex ante* hukuk seçiminin uygulanabilirliğinin azalacağı ifade edilmektedir[1140].

MÖHUK'tan farklı olan ikinci husus tarafların haksız fiile uygulanacak hukuku örtülü olarak seçmelerine imkân tanınmasıdır. Örtülü hukuk seçiminin kabulü için seçimin durumun koşullarından makul kesinlikle çıkarılabilmesi gerekmektedir. Üçüncü olarak hukuk seçiminin haksız fiilden etkilenen üçüncü kişilerin haklarını etkilemeyeceği öngörülmektedir. Örneğin, seçilen hukukun haksız fiilden doğan borç ilişkisinde sigortacının sahip olduğu hak ve borçları onun aleyhine olacak şekilde etkilemesi kabul edilmemektedir[1141].

Tüzük m. 14/2'te öngörülen sınırlama da MÖHUK'ta öngörülmemektedir. Buna göre "*Zarara yol açan olayın meydana geldiği tarihteki durumla ilgili bütün unsurların, hukukunun seçildiği ülkeden başka bir ülkede bulunması halinde tarafların seçimi o diğer ülkenin kanunlarının anlaşma ile istisna edilemeyecek hükümlerinin uygulanmasına halel getirmeyecektir*". Yani tek bir devlet hukuku ile bağlantılı haksız fiillerde taraflarca seçilen hukukun hükümleri, haksız fiilin objektif olarak bağlantılı olduğu devlet hukukunun emredici hükümlerine aykırılık oluşturmadığı ölçüde uygulanmaktadır. Ayrıca m. 14/3'te zarara yol açan olayın meydana geldiği andaki

---

1139 Bach, "Freedom of Choice", s. 336; Burian, s. 99; Gebauer, Rom II *Art. 14, Rn. 36*; Graziano, s. 8; Tütüncübaşı, Akit Dışı Borç İlişkileri, s. 116. Aksi yönde bkz. Junker, ***Münchener Kommentar zum BGB***, 7. Auflage, 2018, Rom II-Verordnung *Art.* 14, *Rn.* 34.

1140 Graziano, s. 8.

1141 Bach, "Freedom of Choice", s. 338; Graziano, s. 11; Tarman, ***Haksız Rekabet***, s. 74; Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 122.

durumla ilgili tüm unsurların yalnızca bir veya daha fazla üye devlet ile bağlantılı olduğu durumlarda, tarafların üye olmayan üçüncü bir devlet hukukunu seçmelerine Birlik hukukuna aykırı olmaması şartıyla etki tanınmaktadır. Bu hükümler ile Birlik hukuku standartlarının uyuşmazlıkla hiçbir ilgisi olmayan hukukların keyfi olarak seçilmesine karşı korunmasının amaçlandığı ifade edilmektedir[1142].

Tüzük ile MÖHUK düzenlemelerinin ortak noktası ise seçilebilecek hukuka ilişkin herhangi bir kısıtlama öngörülmemesidir. Tüzük m. 14/1 uyarınca taraflar haksız fiille bağlantısı olup olmadığına bakılmaksızın dünyanın herhangi bir ülkesinde uygulanan hukuku serbestçe seçebilirler[1143]. Ancak m. 14/1'de "hukuk kuralları" ya da "kurallar" yerine "hukuk" kavramının tercih edilmesi nedeniyle taraflar yalnızca bir devlet hukukunu seçebilirler. Bu kapsamda herhangi bir milletlerarası sözleşmeyi uygulanacak hukuk olarak seçememekle birlikte bir milletlerarası sözleşmeye taraf olan bir devletin hukukunu seçmekte özgürdürler. Böylece milletlerarası sözleşme hükümlerini dolaylı olarak seçerek uygulanabilir hale getirirler[1144].

Son olarak belirtmek gerekir ki Roma II Tüzüğü'nden (2007) sonra kabul edilen Roma I Tüzüğü'nün (2008) dibacesinde Roma I Tüzüğü'nün kapsamı ve hükümlerinin Roma II Tüzüğü ile tutarlı olması gerektiği belirtilmektedir (par. 7). Bu kapsamda Roma II Tüzüğü'nün hukuk seçimine ilişkin 14. maddesindeki boşlukların (özellikle kısmi hukuk seçimi, seçilen hukukun değiştirilmesi ve hukuk seçimine ilişkin tarafların rızasının varlığı ve geçerliliği) Roma I Tüzüğü'nün hukuk seçimine ilişkin daha detaylı hükümler öngören 3. madde hükümleri ile doldurulabileceği ifade edilmektedir[1145].

b. Özel Haksız Fiil Türlerinde Hukuk Seçimi

Yukarıda sözü edilen özel haksız fiil türlerine ilişkin maddelerin hiçbirinde tarafların uygulanacak hukuku seçebileceklerine ilişkin bir hükme yer verilmemektedir. Ayrıca MÖHUK hükümlerinin aksine, zarar görene uygulanacak hukukun tespiti bakımından tek taraflı bir seçim hakkı da tanınmamaktadır[1146]. Ancak

---

1142 Gebauer, Rom II *Art.* 14, *Rn.* 44 vd.; Junker *Art.* 14, *Rn.* 42-43; Rom II Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 122.

1143 Bach, "Freedom of Choice", s. 329.

1144 Bach, "Freedom of Choice", s. 329.

1145 Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 100; Junker, Rom II *Art.* 14, *Rn.* 8.

1146 Yalnızca 7. maddede çevreye verilen bir zarardan veya bu tür bir zarar sonucu kişilerin veya eşyanın uğradığı zarardan doğan sözleşme dışı yükümlülüklerde mağdura zararın meydana geldiği

haksız rekabet ve rekabeti sınırlandırıcı fiiller ve fikri mülkiyet haklarının ihlali[1147] bakımından 14. madde çerçevesinde hukuk seçimi yapılması açıkça yasaklanmaktadır (m. 6/4 ve m. 8/3)[1148]. Haksız rekabet ve rekabeti sınırlandırıcı fiiller bakımından hukuk seçimine izin verilmemesi bu alandaki kanunlar ihtilafı kurallarının rakipleri, tüketicileri ve kamuoyunu koruma ve piyasa ekonomisinin düzgün işlemesini sağlama amacına dayanmaktadır[1149]. Bununla birlikte bazı yazarlar bu düzenlemeyi gerekçesiz ve anlaşılmaz olarak değerlendirmektedirler[1150]. Bu yazarlara göre haksız rekabet alanında hukuk seçiminin tamamen yasaklanması yerine üçüncü kişilerin ve/veya kamu menfaatlerinin çıkarlarını zedelemediği ölçüde bir hukuk seçimine imkân tanınabilirdi.

Tüzük m. 6/4 ve m. 8/3 hükümleri dikkate alındığında hukuk seçiminin yasaklanmadığı diğer haksız fiil türlerinde, genel hukuk seçimi kuralına (m. 14) uygun olarak hukuk seçimi yapılabileceği kabul edilmektedir[1151]. Örneğin, imalatçının sözleşme dışı sorumluluğundan kaynaklanan bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda öncelikle tarafların m. 14 çerçevesinde hukuk seçimi yapıp yapmadıklarına bakılmalıdır[1152]. Geçerli bir hukuk seçimi yapılmamışsa uygulanacak hukuk m. 5'te öngörülen objektif bağlama kurallarına göre tespit edilir. Haksız rekabet ve rekabeti sınırlandırıcı fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda ise uygulanacak hukuk doğrudan m. 6'da öngörülen objektif bağlama kurallarına göre belirlenir.

ülke hukukuna göre zararın tazmin edilmesini talep hakkı verilmektedir. Bu düzenlemenin amacı çevresel korumanın artırılmasıdır (Hill, s. 79; Hook, s. 55).

1147 Roma II Tüzüğü'nde fikri mülkiyet haklarının ihlalinde hukuk seçiminin kabul edilmemesi hakkında bkz. ***İkinci Bölüm, I. B. 1. b.***

1148 Jan von Hein, "Something Old and Something Borrowed, but Nothing New- Rome II and the European Choice-of-Law Evolution", ***Tulane Law Review***, 82(5), 2008, s. 1964.

1149 von Hein, "Rome II", s. 1964; Zhang, s. 903. Ayrıca bkz. Roma II Tüzüğü, Dibace, par. 21.

1150 Bach, "Freedom of Choice", s. 326.

1151 Bach, "Freedom of Choice", s. 326; Burian, s. 99; Hill, s. 75; Martin Illmer, "Product Liability", ***Rome II Regulation: Pocket Commentary*** (ed. Peter Huber), Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers, 2011, s. 127; Özel, "MÖHUK m. 36", s. 411; Tarman, "Roma II", s. 205.

1152 Hill, s. 77.

B. Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri

Sebepsiz zenginleşme için "*haklı bir sebep olmaksızın başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşme*" [1153], "*bir malvarlığında hukuken kabul edilen bir sebep olmaksızın çoğalma (zenginleşme, varsıllaşma) meydana gelirken, başka bir mal malvarlığında da yoksullaşmanın gözlemlenmesi*"[1154] gibi tanımlar yapılmaktadır[1155]. Sebepsiz zenginleşme, haksız fiil gibi sözleşme dışı bir borç kaynağıdır. Sebepsiz zenginleşme halinde zenginleşen kişinin bu zenginleşmeyi aleyhine zenginleştiği kişiye geri verme borcu doğmaktadır[1156]. Türk hukukunda sebepsiz zenginleşmeye ilişkin maddi hukuk hükümleri TBK'da düzenlenmektedir (m. 77-82). Bu hükümler aksine bir düzenleme bulunmadıkça aile ve eşya hukuku gibi özel hukuk alanlarında da uygulanmaktadır[1157].

Yabancı unsurlu sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuk hususunda karşılaştırmalı hukukta hâkimin hukuku, tarafların hukuku, zenginleşme yeri hukuku, fakirleşme yeri hukuku, zenginleşenin yerleşim yeri hukuku, müşterek milli hukuk, sebepsiz zenginleşmenin sebebine uygulanan hukuk ve nihayet tarafların seçtikleri hukuk gibi çeşitli bağlama kuralları önerilmektedir[1158]. Pozitif düzenlemelerde ise sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraflar arasında bir hukuki ilişki bulunup bulunmadığına göre ikili bir ayrıma gidilmektedir[1159]. Sebepsiz zenginleşme taraflar arasındaki bir hukuki ilişkiden kaynaklanıyorsa bu hukuki ilişkinin esasına uygulanacak hukukun sebepsiz zenginleşmeyi de yöneteceği kabul edilmektedir. Eğer ki taraflar arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmuyorsa, yani karışma, birleşme, işleme gibi bir maddi fiil söz konusuysa zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukunun (*lex loci condictionis*) yetkilendirildiği görülmektedir.

1153 Eren, s. 840; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 398. TBK m. 77/1: "*Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.*"

1154 Hatemi/Gökyayla, s. 212.

1155 Ayrıca bkz. Antalya, s. 793; Ayan, s. 343; Çelikel/Erdem, s. 490; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 398.

1156 Eren, s. 840. Ayrıca bkz. Ayan, s. 349; Antalya, s. 793; Hatemi/Gökyayla, s. 222.

1157 Örneğin, nişanın bozulmasında hediyelerin iadesi (TMK m. 122), işleme, karışma ve birleşme halleri (TMK m. 775, 776). Bkz. Antalya, s. 794; Eren, s. 841.

1158 Doğan, ***MÖH***, s. 448; Sibel Özel, "Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi", ***MHB***, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, C. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 750 vd.; Tekinalp, ***MÖH***, s. 377.

1159 Can/Tuna, s. 519; Doğan, ***MÖH***, s. 449.

1. MÖHUK'taki Düzenleme

Türk hukukunda da yukarıdaki ikili ayrım benimsenmektedir. MÖHUK m. 39/1'e göre taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişki varsa ya da bir hukuki ilişkinin mevcut olduğu iddia ediliyorsa bu ilişkiye uygulanacak hukuk sebepsiz zenginleşmeden doğan taleplere de uygulanacaktır[1160]. Taraflar arasında bir hukuki ilişkinin bulunmadığı hallerde ise zenginleşmenin gerçekleştiği ülke hukuku uygulanır (m. 39/1, 2. cümle)[1161]. Örneğin, İtalya'da ikamet eden (A) ile Türkiye'de ikamet eden (B) ünlü bir ressama ait tablonun satımı konusunda Türkiye'de anlaşmışlardır. Satım sözleşmesinde tablo bedelinin yarısının teslimden önce kalan yarısının ise teslimden sonra ödeneceği kararlaştırılmıştır. (A) bedelin yarısını (B)'nin Türkiye'deki banka hesabına yatırmış ancak (B) tabloyu çok sevdiği bir arkadaşına hediye ettiği için (A)'ya teslim edememiş, bunun yerine onun İtalya'daki yerleşim yeri adresine başka bir tablo göndermiştir. (B) ise bu tabloyu kabul etmemiştir. (B) ödediği miktarı (A)'dan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilir. Bu olayda sebepsiz zenginleşme taraflar arasındaki hukuki ilişkiden (satım sözleşmesinden) kaynaklandığından uyuşmazlık satım sözleşmesine uygulanacak hukuka tabi olur. Ancak örneğin (A), alacaklı (B) yerine yanlışlıkla tanımadığı (C)'nin banka hesabına havale yaptığında (A) ile (C) arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmadığından sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukuna tabi olacaktır[1162]. Ya da yabancı (Y) firması tarafından kumaş yapılması için

---

[1160] Aynı yönde hüküm için bkz. *IPRG* m. 128/1. *EGBGB*'de ise benzer şekilde "hizmetin ilgili olduğu hukuki ilişkinin tabi olduğu hukuk" yetkilendirilmektedir (m. 38/1). Ancak MÖHUK ve *IPRG*'den farklı olarak korunan bir menfaatin ihlalinden kaynaklanan sebepsiz zenginleşme iddiaları, ihlalin meydana geldiği devletin hukukuna tabi kılınmaktadır (*EGBGB* m. 38/2). Mülga MÖHUK m. 26'ya göre "*Sebepsiz iktisap hukuki bir ilişkiye dayanıyorsa bu ilişkinin tabi olduğu hukuk, diğer hallerde sebepsiz iktisabın gerçekleştiği yer hukuku uygulanır*." Mülga MÖHUK düzenlemesi hakkında bilgi için bkz. Özel, "Sebepsiz Zenginleşme", s. 764 vd.

[1161] Aynı yönde hüküm için bkz. *IPRG* m. 128/2, *EGBGB* m. 38/3. Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin objektif bağlama kuralı (MÖHUK m. 39/1) hakkında bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 491, 492; Doğan, ***MÖH***, s. 449; Güngör, ***MÖH***, s. 222; Şanlı/Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 399; Tekinalp, MÖH, s. 376.
"Davacı davalıların Hollanda genel geçim kanununa göre gerçeğe aykırı beyanda bulunarak mal varlıklarını ve gelirlerini bildirilmeyerek hakları olmadığı halde aldıkları geçim yardımına karşılık ödenen 101.094.66 Euro'nun tahsili istemi ile yapılan icra takibine vaki itirazın iptalini talep etmiştir. Davalılar istenilen formlarda Türkiye'de mal varlıkları olup olmadığı yönünde soru bulunmadığı, taşınmazların getirisinin yardım bağlanma sınırının altında olduğunu, davacının 7 yıllık süre değil ancak 2 yıllık süre için talepte bulunabileceğini, ilgili makamların kendilerini yeterince bilgilendirmediğini bildirerek davanın reddini istemişlerdir. Taraflar arasındaki ihtilaf sebepsiz zenginleşmeye dayanmakta ve 5718 sayılı MÖHUK'un 39. maddesine göre ihtilafın sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği yer olan Hollanda kanunlarına göre çözümü gerekir" (Yargıtay 13. HD, 30.03.2011, E. 2010/9466, K. 2011/4872). Bkz. Muktedir Lale, ***Yargıtay Uygulamasında Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku***, Seçkin, Ankara, 2014, s. 160.

[1162] Akıncı, ***MÖH***, s. 72.

Türk firması (T)'ye gönderilen pamukların, (T) tarafından iplik haline getirilerek yanlışlıkla başka bir müşteri olan (M)'ye teslim edilmesi halinde (Y) ile (M) arasındaki sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık da zenginleşmenin gerçekleştiği yer hukukuna tabidir[1163].

MÖHUK güncel gelişmelere uygun olarak 39. maddenin ikinci fıkrasında sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar bakımından taraflara sınırlı da olsa hukuk seçimi imkânı tanımaktadır. Bu düzenleme MÖHUK'un getirdiği yeniliklerden birisidir[1164]. Buna göre "*taraflar, sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra, uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler*" (m. 39/2). Kanun koyucu haksız fiillere uygulanacak hukuku düzenleyen m. 34'teki sistematiği m. 39'da da tercih etmiştir. Hukuk seçimine ilişkin hükme ikinci fıkrada yani objektif bağlama kuralından sonra yer verilmektedir. Ancak maddenin kaleme alınış şekli sebepsiz zenginleşme bakımından birincil bağlama kuralının tarafların seçtikleri hukuk olduğu gerçeğini değiştirmemektedir[1165]. Eğer ki taraflar geçerli bir hukuk seçimi yapmışlarsa m. 39/1'deki objektif bağlama kuralına bakılmaksızın tarafların seçtikleri hukukun uygulanması gerekmektedir.

MÖHUK m. 39/2'de, haksız fiillerde olduğu gibi hukuk seçiminin hem zamanı hem de yapılış şekli bakımından sınırlama öngörülmektedir[1166]. Seçimin "açık olarak" yapılması arandığından tarafların muhakkak hukuk seçimi yönünde açık bir irade beyanında bulunmuş olmaları gerekmekte ve örtülü hukuk seçimine izin verilmemektedir[1167]. *Doğan*, sözleşmelerde hukuk seçimi bakımından şekle ilişkin kısıtlayıcı bir hükme yer verilmezken MÖHUK m. 39/2'de açık irade beyanının aranmasının çelişkili olduğunu savunmaktadır[1168]. Yazar, tarafların kural olarak hukuk seçimini zenginleşme meydana geldikten sonra örtülü olarak mahkemenin hukuku

---

1163 Benzer bir örnek için bkz. Güngör, ***MÖH***, s. 223.

1164 Mülga MÖHUK'un sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuku düzenleyen 26. maddesinde hukuk seçimine yer verilmemiştir.

1165 Aynı yönde bkz. Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 175 (*Tütüncübaşı*, kanun koyucunun sebepsiz zenginleşme alanında hukuk seçiminin uygulanma sıklığının daha az olacağını ve genelde objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukukun tespit edileceğini düşünerek hukuk seçimine son fıkrada yer vermiş olabileceğini düşünmektedir).

1166 *IPRG* m. 128/2'de yalnızca seçilebilecek hukuka ilişkin bir sınırlama öngörülmektedir. Buna göre taraflar yalnızca hâkimin hukukunu seçebilirler. *EGBGB*'de sözleşme dışı yükümlülüklerde hukuk seçimine ilişkin ortak kural olan m. 42'ye göre taraflar sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra üçüncü kişilerin haklarına halel getirmeksizin uygulanacak hukuku seçebilirler.

1167 Can/Tuna, s. 520; Akıncı, ***MÖH***, s. 72; Çelikel/Erdem, s. 492. *Güngör* hukuk seçimi iradesinin "açıklanmış" olmasını aramaktadır (Güngör, ***MÖH***, s. 222).

1168 Doğan, ***MÖH***, s. 450.

lehine yaptıklarını, ancak m. 39/2'de açık irade beyanı arandığı için Türk mahkemelerinde görülen davalarda örtülü olarak Türk hukukunu seçmelerine sonuç bağlanmamasının mantığının anlaşılamadığını belirtmektedir. En azından Türk mahkemelerinde görülen davalarda Türk hukuku lehine örtülü seçimin dikkate alınmasının isabetli olacağını savunmaktadır.

MÖHUK m. 39/2'de hukuk seçiminin yalnızca zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra yapılabileceği öngörüldüğünden tarafların ileride gerçekleşme ihtimali bulunan bir sebepsiz zenginleşmeye uygulanacak hukuku kararlaştırmaları mümkün değildir. Örneğin, tarım arazileri ve çiftlikleri yan yana bulunan (A) ve (B)'nin ileride ürünlerin birleşmesi ya da karışmasından kaynaklanabilecek sebepsiz zenginleşmelere uygulanmak üzere (X) hukukunu seçmeleri halinde m. 39/2 kapsamında geçerli bir hukuk seçiminden söz edilemez. Kanun koyucunun yalnızca sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra hukuk seçimine izin vermesi zayıf tarafın (fakirleşen) korunması düşüncesinden kaynaklanmış olabilir. Bu hususta *EGBGB*'nin aynı yöndeki hükmüne (m. 42) getirilen eleştiriye[1169] MÖHUK bakımından da yer vermeyi uygun görüyoruz. Şöyle ki; sebepsiz zenginleşmede yalnızca *ex post* hukuk seçimine izin verilmesi, seçim imkânının zayıf taraf aleyhine kötüye kullanılmayacağının garantisi değildir. Ekonomik açıdan zayıf taraf, güçlü taraf ile aynı kalitede hukuki danışmanlığa ulaşamayacağından zenginleşmeden önce de sonra da hukuk seçimine dair daha az bilgi sahibi olacaktır. Güçlü tarafın kendi iradesini zayıf tarafa zenginleşme meydana geldikten sonra da dayatmaması için hiçbir neden yoktur. Dolayısıyla sebepsiz zenginleşmede hukuk seçiminin zaman bakımından sınırlandırılması çok da mantıklı görünmemektedir. MÖHUK'ta zaten seçilen hukukun uygulanmasını sınırlandıran mekanizmalar (kamu düzeni müdahalesi-m. 5 ve doğrudan uygulanan kurallar-m. 6) mevcuttur. Zayıf tarafın korunması bakımından bu hükümlerin de etkili olacağı kanaatindeyiz.

Şanlı, Esen ve Ataman taraflara sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan borç ilişkisine uygulanacak hukuku zenginleşmeden sonra seçme imkânı tanınmasını enteresan ve uygulanma kabiliyetinden yoksun bir düzenleme olarak değerlendirmektedirler[1170]. Zira yazarlar haklı olarak sebepsiz zenginleşme meydana

---

[1169] Adeline Chong, "Choice of Law for Unjust Enrichment/Restitution and The Rome II Regulation", ***International & Comparative Law Quarterly***, 57(4), s. 875.

[1170] Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 399. *Nomer* de bu düzenlemenin gerekli olmadığı görüşündedir (Nomer, s. 377).

geldikten sonra bu zenginleşmeye uygulanacak hukuk konusunda iradi mutabakata varma potansiyeline sahip olan tarafların sebepsiz zenginleşmenin maddi hukuka ait sonuçları üzerinde anlaşarak uyuşmazlığı sona erdirmelerinin daha yüksek bir olasılık olduğunu düşünmektedirler. Kanaatimizce kanun koyucu bu derece düşük bir ihtimal üzerinden düzenleme yapmak yerine sebepsiz zenginleşmeden önce de hukuk seçimine imkân tanıyarak m. 39/2'nin uygulanabilirliğini artırabilirdi. Zira yukarıdaki çiftçi örneğinde olduğu gibi bazı hallerde taraflar arasında zaman zaman sebepsiz zenginleşme meydana gelebileceği öngörülebilir. Bu gibi haller için uygulanacak hukukun önceden belirlenmesi tarafların menfaatinedir.

Son olarak MÖHUK m. 39/2'de düzenlenmeyen hususlarda, m. 24'te öngörülen sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel kuralların sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukuk seçimi bakımından da uygulanacağını belirtmek gerekmektedir[1171].

2. Roma II Tüzüğü'ndeki Düzenleme

Sözleşme dışı bir borç ilişkisi olarak sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukuk Roma II Tüzüğü'nde düzenlenmektedir[1172]. Tüzük m. 10'da hukuk seçimi yapılmaması halinde sebepsiz zenginleşmeye[1173] uygulanacak hukuku gösteren objektif bağlama kuralları yer almaktadır[1174]. Tüzük haksız rekabet ve rekabetin engellenmesi (m. 6/4) ile fikri mülkiyet haklarının ihlali (m. 8/3) dışında tüm sözleşme

---

1171 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 323; Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 175.

1172 Sebepsiz zenginleşmenin Roma II Tüzüğü kapsamına alınmasına, Tüzük'ün hazırlık çalışmalarının başlangıcında özellikle Birleşik Krallık ve Lordlar Kamarası'nın AB Seçilmiş Komitesi tarafından direnilmiştir. Ayrıca sebepsiz zenginleşme alanında hukuk seçiminin uygun olmadığı, zira sebepsiz zenginleşmenin henüz embriyonik durumda olan bir hukuk alanı olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Chong, s. 873.

1173 Tüzük'te Türk hukukundaki "sebepsiz zenginleşme" kavramı için "*unjust enrichment*" (haksız zenginleşme) (Fransızca metinde "*enrichissement sans cause*", Almanca metinde "*ungerechtfertigte bereicherung*") kavramı kullanılmaktadır.

1174 Tüzük m. 10'da kademeli bağlama kuralları öngörülmektedir. Birinci fıkraya göre sebepsiz zenginleşmeden doğan ve haksız yere alınan miktarların ödenmesi de dahil olmak üzere sözleşme dışı bir yükümlülük, mevcut bir hukuki ilişki ile ilgiliyse (örneğin, haksız fiil ya da sözleşme) bu hukuki ilişkiye uygulanan hukuk sebepsiz zenginleşmeye de uygulanır. Uygulanacak hukukun birinci fıkraya göre belirlenememesi halinde tarafların sebepsiz zenginleşmeye neden olan fiilin gerçekleştiği zamandaki müşterek mutad mesken hukuku uygulanır (m. 10/2). Uygulanacak hukuk bir ve ikinci fıkralara göre belirlenemiyorsa sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiği ülkenin hukuku uygulanır (m. 10/3). Sebepsiz zenginleşmenin bir, iki ve üçüncü fıkralarda belirtilenden farklı bir ülkeyle açıkça daha yakından bağlantılı olduğu davanın tüm koşullarından açıkça anlaşılıyorsa o ülkenin hukuku uygulanır (m. 10/4). Bu kurallar hakkında bilgi için bkz. Chang, s. 876 vd.; Graziano, s. 66, 67; Peter Huber/Ivo Bach, "Unjust Enrichment, Negotiorum Gestio and Culpa in Contrahendo", ***Rome II Regulation: Pocket Commentary*** (ed. Peter Huber), Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers, 2011, s. 292 vd.

dışı yükümlülükler bakımından hukuk seçimini kabul ettiğinden[1175] sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkilerinde de m.14 kapsamında hukuk seçimi yapılabilir[1176]. Taraflar m. 14 uyarınca geçerli bir hukuk seçimi yapmışlarsa sebepsiz zenginleşmeden doğan uyuşmazlık bu ülke hukukuna tabi olur. Geçerli bir hukuk seçimi anlaşması mevcut değilse m. 10'da yer alan objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak hukuk tespit edilir[1177].

Tüzük m. 14'e göre hukuk seçimi sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden sonra[1178] yapılabilir (m. 14/1-a). Ayrıca tüm tarafların ticari bir faaliyette bulundukları durumlarda sebepsiz zenginleşmenin meydana gelmesinden önce serbestçe müzakere edilen bir anlaşma ile de hukuk seçimi yapılabilir (m. 14/1-b). Zayıf tarafın korunması amacıyla *ex ante* hukuk seçimi yalnızca ticari bir faaliyet yürüten taraflar bakımından mümkün kılınmıştır. Hukuk seçiminin açık ya da örtülü (durumun koşullarından makul bir kesinlikle çıkarılabilir şekilde) olarak yapılması mümkündür (m. 14/1-son cümle).

C. Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Borç İlişkileri

Bir kimsenin iş görme yükümlülüğü olmamasına rağmen yani vekaleti bulunmamasına rağmen bir başkasının yararına iş yapması halinde vekaletsiz iş görmeden (*negotiorum gestio*) söz edilmektedir[1179]. Vekaletsiz iş görme Türk hukukunda TBK m. 526-531. maddeleri arasında düzenlenmektedir. İş sahibinin (işi görülenin) menfaatine uygun bir işin görülmesi, onun geçerli bir yasaklamasına aykırı düşmüyorsa iş sahibi ile iş gören arasındaki ilişki "gerçek vekaletsiz iş görme" olarak

---

1175 Yukarıda bkz. ***İkinci Bölüm, II. A. 2. a***

1176 Bach, "Freedom of Choice", s. 1; Chong, s. 875; Tarman, "Roma II", s. 212; Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 176.

1177 Hill, s. 81; Zhang, s. 892.

1178 Tüzük m. 14/1-a ve b'de "zarara yol açan olaydan sonra/önce" ifadeleri kullanılmaktadır. Tüzük m. 2/1'de ise "Bu Tüzük'ün amaçları doğrultusunda, zarar, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, *negotiorum gestio* veya *culpa in contrahendo*'dan kaynaklanan her türlü sonucu kapsayacaktır" hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla m. 14/1'de kullanılan "zarara yol açan olaydan sonra/önce" ifadesi sebepsiz zenginleşmeden sonra/önce şeklinde anlaşılmalıdır.

1179 Çelikel/Erdem, s. 492; Kılıçoğlu, s. 523. Karşılaştırmalı hukukta vekaletsiz iş görme için "*bir kişinin (gestor) herhangi bir yetkisi olmadan geçici veya kalıcı olarak kendi işlerini yönetemeyecek durumda olan bir başkasının (dominus) işlerine müdahale etmesi*" şeklinde bir tanım yapılmıştır (Hill, s. 81). Vekaletsiz iş görmenin hukuki niteliği ve türleri hakkında bir çalışma için bkz. Ali Önal, "Türk Hukuku ve AB Düzenlemeleri Çerçevesinde Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, 22(3), 2016, s. 2154-2159.

adlandırılmakta ve TBK m. 526-529'a tabi olmaktadır[1180]. Bir kimsenin evinin çatısı göçmek üzere olan yurtdışındaki komşusunun çatısını tamir ettirmesi veya bahçesini saran böcekler için ilaçlama yaptırması yahut bilinci kapalı olan bir hastayı hekimin ameliyat etmesi olayları bu duruma örnek olarak gösterilebilir[1181]. İş görenin başkasının (iş sahibinin) menfaatine değil kendi menfaatine hareket ettiği ve iş sahibinin rızasının bulunmadığı vekaletsiz iş görme ise doktrinde "gerçek olmayan (kendi yararına) vekaletsiz iş görme" olarak adlandırılmakta ve TBK m. 530'da düzenlenmektedir[1182]. Örneğin, başkasına ait boş bir arsanın paralı otopark şeklinde kullandırılarak bundan kazanç elde edilmesi halinde gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden bahsedilir[1183]. Vekaletsiz iş görmeye ilişkin bazı özel kanunlarda da düzenlemeler bulunmaktadır[1184].

Vekaletsiz iş görme ilişkileri iş gören ya da iş sahibinin yabancı olması, işin yabancı bir ülkede görülmesi ya da işin görülmesi nedeniyle gerçekleşen ihlalin yabancı bir ülkede meydana gelmesi gibi nedenlerle yabancı unsurlu hale gelebilir[1185]. Yabancılık unsuru taşıyan vekaletsiz iş görme ilişkileri farklı şekillerde ortaya çıkabildiği ve karmaşık bir yapıları bulunduğu için kanunlar ihtilafı hukukunda da önem arz eden hususlardandır. Ancak vekaletsiz iş görmeye uygulanacak hukuka ilişkin bir hükme MÖHUK'ta yer verilmemektedir. Bu hususta bir kanun boşluğu olduğu kabul edilmektedir[1186]. *Çelikel ve Erdem*'e göre bu bilinçli bir kanun boşluğudur[1187]. Zira vekaletsiz iş görmede taraflar arasındaki ilişki bazen sebepsiz zenginleşme, bazen sözleşme, bazen de haksız fiil niteliği taşıyabildiğinden bu çetrefil özelliği nedeniyle MÖHUK'ta vekaletsiz iş görmeye ilişkin bir kural öngörülmemiştir.

1180 Antalya, s. 142; Kılıçoğlu, s. 524; Oğuzman/Öz, ***Cilt II***, s. 341.

1181 Ayan, s. 270; Eren, s. 606; Kılıçoğlu, s. 523.

1182 Antalya, s. 142; Kılıçoğlu, s. 524; Oğuzman/Öz, ***Cilt II***, s. 341. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme TBK m. 530'da "*İşsahibi, kendi menfaatine yapılmamış olsa bile, işgörmeden doğan faydaları edinme hakkına sahiptir; ancak zenginleştiği ölçüde, işgörenin masraflarını ödemek ve giriştiği borçlardan onu kurtarmakla yükümlüdür*." şeklinde düzenlenmektedir.

1183 Ece Baş Süzel/Candan Yasan, "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C. 22, S. 2, 2016, s. 375.

1184 Örneğin, kişilik hakkı saldırıya uğrayan davacının, maddi ve manevi tazminat talepleri ile birlikte hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın kendisine verilmesini isteme hakkı (TMK m. 25/3), manevi hakları tecavüze uğrayan kişinin tazminattan başka temin edilen karın kendisine verilmesini isteme hakkı (FSEK m. 70/3).

1185 Baş Süzel/Yasan, s. 365.

1186 Çelikel/Erdem, s. 492; Nomer, s. 87; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 402; Tekinalp, ***MÖH***, s. 312. Vekaletsiz iş görme hususunda, MÖHUK'ta karşıt anlamdan dahi sonuç çıkartılabilecek bir düzenleme bulunmadığından burada hüküm içi boşluk değil, kanun boşluğu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Baş Süzel/Yasan, s. 378.

1187 Çelikel/Erdem, s. 492. Aynı yönde bkz. Tekinalp, ***MÖH***, s. 312.

Bu hususta kanun boşluğu bulunduğundan hâkimin kendisi kanun koyucu olsaydı vekaletsiz iş görmeye uygulanacak hukuka ilişkin nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vermesi gerekmektedir (TMK m. 1)[1188]. Hukuk düzenlerinde vekaletsiz iş görmeye genellikle "vekaletsiz iş görmenin (hizmetin) yerine getirildiği yer hukuku"nun uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[1189]. Bu bağlama kuralının tercih edilmesinin nedeni hizmetin yürütüldüğü yerin tarafsız olması ve kolaylıkla tespit edilebilmesidir[1190].

Türk hukukunda vekaletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk konusunda çeşitli öneriler sunulmaktadır. Temelde iş sahibinin icazetinin bulunup bulunmamasına göre bir ayrıma gidilmektedir. İş sahibi işin yapılmasına icazet vermişse taraflar arasındaki ilişki sözleşme ilişkisine dönüştüğünden vekalet sözleşmesine uygulanacak hukukun (MÖHUK m. 24) yetkili olması gerektiği savunulmaktadır[1191]. İş sahibi icazet vermez ise "işin (hizmetin) görüldüğü ülke hukukunun" uygulanması önerilmektedir[1192]. Çünkü işin görüldüğü yerin vekaletsiz iş görme ilişkisi ile en sıkı ilişkili olduğu kabul edilmektedir. Bizim de katıldığımız bir görüşe göre de iş sahibinin rızası yoksa ve bir zarar meydana gelmişse haksız fiil statüsü, zarar meydana gelmemiş ancak sebepsiz zenginleşme oluşmuşsa sebepsiz zenginleşme statüsü uygulanmalıdır[1193]. Bu iki halde de gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden söz edilir. Örneğin, yukarıda verilen otopark örneğinde boş arsanın bir yabancıya ait olduğunu varsayalım. Bu olayda mülkiyet hakkının ihlali söz konusu olduğundan haksız fiil statüsü uygulanabilir. Türkiye'de bulunan bir yayınevinin Fransız bir şairin şiirlerini telif ücreti ödemeden

---

1188 Nomer, s. 87; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 402.

1189 Ayrıca *EGBGB* m. 39/1, 31.5.1995 tarihli ve 218 sayılı İtalyan Devletler Özel Hukuk Kanunu m. 61, İspanyol Medeni Kanunu m.10/4'te bu bağlama kuralı kabul edilmiştir. İspanyol Medeni Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. Spain Es122 Civil Code (Approved By Royal Decree of July 24, 1889), https://wipolex.wipo.int/en/text/221320, 20.10.2022. Ayrıca bkz. Baş Süzel/Yasan, s. 372; Nomer, s. 378; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 402.
Denizde meydana gelen kazalarda kurtarma ve yardım faaliyetleri vekaletsiz iş görmenin tipik örneği olarak gösterilmektedir. Karasularında ya da ülke içi su yollarında kurtaran ile kurtarılan arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut değilse hizmetin yerine getirildiği yer hukuku uygulanır. Ancak açık denizlerde gerçekleşen kurtarmalarda bu kural uygulanamayacağından kurtaran ya da kurtarılan gemilerin milli hukuku ya da bağlama limanı hukukunun uygulanması önerilmektedir. Denizde Kurtarma ve Yardım Hakkında Brüksel Sözleşmesi'ne (1910) taraf ülkeler arasında ise bu sözleşme hükümleri uygulanır (Nomer, s. 378; Tekinalp, ***MÖH***, s. 312, 313, dn. 153, 154).

1190 Nomer, s. 378.

1191 Çelikel/Erdem, s. 493; Güngör, ***MÖH***, s. 223, dn. 468; Schönenberger/Jäggi, s. 302; Tekinalp, ***MÖH***, s. 312.

1192 Gerhard Kegel/Klaus Schurig, ***Internationales Privatrecht***, 9. Auflage, München, 2004, s. 708; Hans Thedor Soergel/Alexander Lüderitz, ***Bürgerliches Gesetzbuch***, 11. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1984, *Art.* 38, *Rn.* 1, 3; Tekinalp, ***MÖH***, s. 312.

1193 Güngör, ***MÖH***, s. 223.

Türkiye'de kitap olarak bastırması ve bundan kazanç elde etmesi halinde ise sebepsiz zenginleşme statüsü uygulanabilir[1194]. İş sahibinin icazetinin bulunmadığı hallerde işin görüldüğü yer geçici nitelikte ise ve tarafların aynı vatandaşlığa sahip olmaları halinde müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması da önerilmektedir[1195].

Diğer bir görüşe göre ise vekaletsiz iş görme ilişkisi bir haksız fiil ile ilişkili ise o haksız fiile uygulanacak hukuka, bir sözleşme ile ilişkili ise o sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olmalıdır[1196]. Ancak bu görüş vekaletsiz iş görme ilişkisinin bir haksız fiil ya da sözleşme ilişkisine dayanmadığı haller bakımından eksik kalmaktadır. Bir kimsenin komşusunun çatısını onarması ya da bahçesini ilaçlaması örneğinde komşunun görülen işe icazet vermemesi halinde durum böyledir.

1. MÖHUK Hükümleri Çerçevesinde Vekaletsiz İş Görmede Hukuk Seçimi

Çalışma konumuz bakımından asıl önemli olan husus vekaletsiz iş görmede hukuk seçiminin mümkün olup olmadığıdır. Yukarıdaki görüşler çerçevesinde işin görülmesine iş sahibinin icazet vermesi ile taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulduğunun kabulü halinde vekaletsiz iş görme sözleşme statüsüne tabi olacağından, taraflar MÖHUK m. 24 uyarınca uygulanacak hukuku seçebilirler. Bu halde sözleşme iş sahibinin icazet vermesinden sonra kurulacağından hukuk seçiminin de icazet verildikten sonra yapılabileceği ifade edilmektedir[1197]. Taraflar arasındaki hukuk seçimi anlaşması sözleşmelerde hukuk seçimine ilişkin genel kurallara tabi olur.

İş sahibinin icazetinin bulunmadığı hallerde aynı zamanda bir zarar meydana gelmişse haksız fiil statüsü[1198], bir sebepsiz zenginleşme meydana gelmişse sebepsiz zenginleşme statüsünün uygulanacağının kabul halinde ise işin görülmesinden sonra (yani haksız fiilin ya da sebepsiz zenginleşmenin gerçekleşmesinden sonra) taraflar m. 34/5 ve 39/2 uyarınca uygulanacak hukuku seçebilirler[1199]. MÖHUK'ta düzenlenen özel haksız fiil türleri de (fikri mülkiyete ilişkin haklar- m. 23, kişilik haklarının ihlali-

---

1194 Özel, "Sebepsiz Zenginleşme", s. 750.
1195 Kegel/Schurig, s. 709; Soergel/Lüderitz, *Art.* 39, *Rn.* 2; Tekinalp, ***MÖH***, s. 312.
1196 Akıncı, ***MÖH***, s. 66 (Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin onay almadan iş sahibinin menfaatine olacak şekilde proje kapsamı dışında fazladan inşaat yapması durumunda, bu vekaletsiz iş görme ilişkisi inşaat sözleşmesine uygulanacak hukuka tabi olur).
1197 Önal, s. 2163.
1198 Baş Süzel/Yasan, s. 382.
1199 Önal, s. 2170, 2173, 2177.

m. 35, haksız rekabet- m. 37) vekaletsiz iş görmenin görünümlerini oluşturabilir[1200]. Bu hallerde haksız fiil statüsü olarak m. 34 değil, MÖHUK'taki ilgili maddeler uygulanır. Dolayısıyla haksız fiilin özel türlerinde hukuk seçimi hakkında yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir[1201].

Kanaatimizce vekaletsiz iş görmenin karmaşık yapısı, bu müessesenin Kanun'da bilinçli olarak düzenlenmemesini değil aksine özel olarak düzenlenmesini gerektirmektedir. Zira bu hususta doktrinde her ne kadar birbirine yakın görüşler bulunsa da tam bir uzlaşı sağlanamamakta ve vekaletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk belirsizliğini korumaktadır. Ayrıca Kanun'da haksız fiil gibi çok farklı şekillerde ortaya çıkabilen ve kompleks bir yapıya sahip olan bir sözleşme dışı sorumluluk hali detaylı olarak düzenlenmektedir. Vekaletsiz iş görmeye uygulanacak hukukun da aynı şekilde düzenlenmesi mümkündür. Çalışmamızın kapsamında yer almadığından vekaletsiz iş görmeye uygulanabilecek objektif bağlama kuralı önerilerinde bulunmuyor ve yalnızca yukarıdaki önerileri aktarmayı yeterli görüyoruz.

2. Roma II Tüzüğü'ndeki Düzenleme

Bir sözleşme dışı borç ilişkisi olarak vekaletsiz iş görmeye uygulanacak hukuk Roma II Tüzüğü'nde özel olarak düzenlenmektedir. Tüzük'ün vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümleri sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümleri ile paralellik arz etmektedir[1202]. Tüzük m. 11/1'e göre vekaletsiz iş görme (*negotiorum gestio)* taraflar arasındaki bir sözleşme ya da haksız fiil gibi bir hukuki ilişki ile yakından bağlantılı ise bu ilişkiye uygulanacak hukuk vekaletsiz iş görmeye de uygulanır. Uygulanacak hukukun birinci fıkraya göre belirlenemediği hallerde vekaletsiz iş görmenin gerçekleştiği tarihte tarafların mutad meskenlerinin aynı ülkede bulunması halinde o ülke hukuku, bu da yoksa fiilin işlendiği ülke hukuku uygulanır (m. 11/2, 3). Maddede bir istisna kuralına da yer verilmektedir. Buna göre vekaletsiz iş görmenin bir, iki ve üçüncü fıkralarda belirtilen hukuklardan farklı bir ülke hukuku ile daha yakın bağlantılı olması halinde o ülke hukuku uygulanır (m. 11/4)[1203].

1200 Baş Süzel/Yasan, s. 383. Örneğin, bir kimsenin, okulda şarkı söyleyen arkadaşının haberi olmaksızın sesini kaydederek sosyal medya platformuna yüklemesi ve izlendikçe bundan kazanç elde etmesi halinde kişilik hakkının ihlali yoluyla gerçek olmayan vekaletsiz iş görme meydana gelir. Benzer bir örnek için bkz. Baş Süzel/Yasan, s. 384.

1201 Bkz. ***İkinci Bölüm, I. B. 1. a*** ve ***II. A. 1. b.***

1202 Tarman, "Roma II", s. 213.

1203 Bu maddede düzenlenen objektif bağlama kuralları hakkında detaylı bilgi için bkz. Baş Süzel/Yasan, s. 374-377.

Taraflarca m. 14 uyarınca hukuk seçimi yapılmışsa vekaletsiz iş görme ilişkisi hakkında yukarıda belirtilen objektif bağlama kuralları uygulanmaz, seçilen hukuk uygulanır[1204]. Bu kapsamda taraflar uygulanacak hukuku işin görülmesinden sonra seçebilecekleri gibi her ikisinin de ticari bir faaliyet yürüttüğü durumlarda işin görülmesinden önce de serbestçe müzakere edilen bir anlaşma ile seçebilirler (m. 14/1-a ve b). Seçim açık ya da örtülü olarak yapılabilir (m. 14/1-son cümle). Ayrıca vekaletsiz iş görmenin yalnızca üçüncü bir ülke hukuku ile bağlantılı olması ya da bir ya da birden fazla üye ülke ile bağlantılı olması hallerinde m. 14/2 ve 3 hükümleri uygulama alanı bulur.

[1204] Bach, "Freedom of Choice", s. 325; Hill, s. 81. Tüzük m. 14'ün aksi kararlaştırılmayan tüm sözleşme dışı yükümlülükler bakımından uygulanması hakkında bkz. ***İkinci Bölüm, II, A. 2. A.***

III. MAL REJİMLERİ (EVLİLİK MALLARI) BAKIMINDAN HUKUK SEÇİMİ

Mal rejimleri eşler arasındaki mali ilişkileri, özellikle eşlere ait malların idare usullerini ve eşler arasındaki malvarlığı ilişkisinin üçüncü kişilerin hakları ve borçlarına olan etkilerini düzenleyen kurallar olarak tanımlanmaktadır[1205]. Evlilik mal rejimlerinin hukuki nitelikleri ile hüküm ve sonuçları çeşitli milli hukuklarda farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Alman hukuku, İsviçre hukuku, Fransız hukuku, İngiliz hukuku, Türk hukuku gibi pek çok hukuk düzeninde eşlerin evlenmeden önce veya sonra evlilik malları hakkında sözleşme (evlilik sözleşmesi) yapmalarına ve sözleşme ile belirlemiş oldukları mal rejimini değiştirmelerine izin verilmektedir[1206]. Bazı hukuk düzenlerinde sadece evlenmeden önce sözleşme yapılmasına izin verilirken bazılarında ise sözleşme yapılmasına imkân tanınmamaktadır[1207]. Mal rejimi sözleşmeleri, eski Fransız milletlerarası özel hukukunda borçlar hukukuna ait bir sözleşme olarak kabul edilirken İngiliz hukukunda malları idare eden hukuka tabi tutulmuştur[1208]. Ancak günümüzde mal rejimleri pek çok ülke hukukunda aile hukuku müessesesi olarak değerlendirilmektedir.

Türk hukukunda da mal rejimleri bir aile hukuku müessesesi olarak değerlendirilmekte ve borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul edilmemektedir[1209]. Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması esastır (TMK m. 202/1). Yani kanuni mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimidir. Ancak taraflar

---

1205 Ahmet M. Kılıçoğlu, ***Aile Hukuku***, Turhan, 4. Bası, Ankara, 2019, s. 223; Güngör, ***MÖH***, s. 149; Nomer, s. 266; Ziya Akıncı/Cemile Demir Gökyayla, ***Milletlerarası Aile Hukuku***, Vedat, İstanbul, 2010, s. 72. Detaylı bilgi için bkz. Hüseyin Hatemi, ***Aile Hukuku***, On İki Levha, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 99 vd.

1206 Anne Sanders, "Private Autonomy and Marital Property Agreements", ***ICLQ***, Vol. 59, 2010, s. 575; Collier, s. 277. Alman Medeni Kanunu (*Bürgerlichen Gesetzbuches-BGB*) m. 1408 (Kanunun İngilizce çevirisi için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/, 20.09.2022), İsviçre Medeni Kanunu (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*) m. 182 (Kanun'un orjinal metni için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de#book_2/part_1/tit_6/chap_1/lvl_B/lvl_I, 20.09.2022) Yukarıda sayılan hukuklardaki mal rejimine ilişkin kabul edilen esaslar hakkında bkz. Gizem Ersen Perçin, ***Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri***, On İki Levha, 2014, s. 11-30.

1207 Tekinalp, ***MÖH***, s. 162.

1208 Çelikel/Erdem, s. 265; Ersen Perçin, s. 72; Nomer, s. 266.

1209 *Nomer*, İslam hukukundaki "mehir"in (mehr ya da mihir) mal rejimleri kapsamında değerlendirilmesi ve mal rejimlerine uygulanacak hukuka tabi olması gerektiğini savunmaktadır (Nomer, s. 267). Bu konuda aşağıda bkz. ***Üçüncü Bölüm, V. C. 2.***

isterlerse m. 202/2 uyarınca Kanun'da düzenlenen mal ayrılığı (m. 242, 243), paylaşmalı mal ayrılığı (m. 244-255) ve mal ortaklığı (m. 256-281) rejimlerinden birini sözleşmesel mal rejimi olarak seçebilirler. Diğer Kıta Avrupası ülkelerinde olduğu gibi Türk hukukunda da mal rejimi türleri bakımından sınırlı sayı ve tipe bağlılık esası benimsenmektedir[1210].

Mal rejimlerinin hukuk düzenlerinde farklı şekillerde ele alınması bu konunun kanunlar ihtilafı hukuku bakımından da önemini artırmaktadır. Bu nedenle mal rejimlerine uygulanacak hukuk pek çok ülke hukukunda özel hükümler ile düzenlenmektedir. Bu ülkelerin maddi hukuklarında mal rejimi sözleşmelerinin hukuki nitelendirmesine göre bu konudaki kanunlar ihtilafı kuralları da şekillenmektedir. Örneğin, Türk hukukunda evlilik mallarına ilişkin hükümlerin aile hukuku karakterli oldukları kabul edilerek taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınırken, Avusturya hukukunda evlilik mallarına ilişkin hükümler aile hukuku bölümünde düzenlenmelerine rağmen borçlar hukuku karakterli oldukları kabul edilmekte ve hukuk seçimi bakımından taraflara daha fazla özgürlük tanınmaktadır[1211]. Ancak hukuk düzenlerinin büyük çoğunluğunun ortak noktası yabancı unsurlu mal rejimi ilişkileri bakımından irade muhtariyetini kabul etmeleridir[1212].

Türk mahkemelerinin önüne gelen yabancı unsurlu mal rejimi ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda vasıflandırma Türk hukukuna göre yapılmalıdır. Örneğin, tarafların müşterek milli hukuklarında mal rejimi sözleşmesi bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul ediliyor olsa da Türk hâkimi mal rejimi sözleşmesine sözleşmelere uygulanacak hukuku öngören MÖHUK m. 24 hükümlerini değil evlilik mallarına uygulanacak hukuku gösteren m. 15 hükümlerini uygulamalıdır[1213].

1210 Ersen Perçin, s. 24.

1211 Çelikel/Erdem, s. 265; Tekinalp, ***MÖH***, s. 163. Avusturya MÖHK m. 19'a göre evlilik malları tarafların açıkça belirledikleri hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa evlilik anında evliliğin şahsî hukuki sonuçlarını düzenleyen hukuka göre değerlendirilecektir.

1212 Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 237. Örneğin, *IPRG* m. 52, Polonya MÖHK m. 52; *Restatement II sec*. 258 (Mal rejimi sözleşmeleri bakımından irade muhtariyeti kabul edilmektedir. Bkz. Hook, s. 6); 2016/1103 sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü m. 22. Tüzük'ün İngilizce orijinal metni için bkz. Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016R1103, 27.10.2022. Tüzük hakkında aşağıda bkz. ***İkinci Bölüm, III. B.***

1213 Akıncı/Demir Gökyayla, s. 72.

A. MÖHUK'taki Düzenleme

Evlilik mallarına uygulanacak hukuku düzenleyen ve bu alanda hukuk seçimine imkân tanıyan MÖHUK m. 15 hükümleri 2675 sayılı MÖHUK m. 14'ü kısmen karşılamaktadır. Mülga MÖHUK'ta da taraflara mal rejimleri[1214] bakımından hukuk seçimi imkânı tanınmıştır. Ancak m. 14 hükümleri yeterince açık olmadığından bu maddenin yeniden düzenlenmesine ihtiyaç duyulmuştur. Bu kapsamda hukuk seçimine ilişkin bazı değişiklikler de MÖHUK m. 15'e yansıtılmıştır. Mal rejimi ilişkilerine dair hukuk seçimi kuralının düzenlenmesinde, Türk hukukunda mal rejimi sözleşmelerinin bir aile hukuku müessesesi olarak kabul edilmesinden yola çıkılmış ve borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi geniş kapsamlı bir hukuk seçimi yerine sınırlı bir hukuk seçimi imkânı getirilmiştir[1215].

MÖHUK m. 15/1'e göre: "*Evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini açık olarak seçebilirler; böyle bir seçimin yapılmamış olması hâlinde evlilik malları hakkında eşlerin evlenme anındaki müşterek millî hukuku, bulunmaması hâlinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması hâlinde Türk hukuku uygulanır*". Taraflar bir mal rejimi sözleşmesi yapmış ve MÖHUK m. 15/1 uyarınca mal rejimi sözleşmesine uygulanacak hukuku da seçmiş olabilirler. Bu durum hukuki öngörülebilirlik açısından tavsiye edilmektedir. Zira taraflar mal rejimi sözleşmesini seçtikleri hukuka uygun olarak hazırlarlar. Böylelikle ileride bir uyuşmazlık çıkması halinde sözleşmenin, objektif bağlama kuralının gösterdiği hukukun emredici kurallarına aykırılık nedeniyle geçersiz sayılma ihtimali bertaraf edilmiş olmaktadır[1216].

Tarafların mal rejimini düzenleyen bir maddi hukuk sözleşmesi yapmadıkları halde MÖHUK m. 15/1 uyarınca mal rejimine uygulanacak hukuku seçme imkânları da bulunmaktadır. Bu halde eşler arasında hangi mal rejiminin uygulanacağının tespiti için öncelikle tarafların iradesine göre hareket edilmesi gerektiği ifade

---

1214 MÖHUK m. 15'te kullanılan "evlilik malları" ifadesi bu maddenin uygulama alanını karşılamayan dar kapsamlı bir ifadedir. Bunun yerine eşlerin kişisel-evlilik malı ayrımı olmaksızın tüm mallarını kapsayan aynı zamanda bu malların tabi olduğu rejimi karşılayan "mal rejimleri" ifadesinin kullanılması önerilmektedir (Ersen Perçin, s. 157). Nitekim pek çok kaynakta m. 15 hükümleri "mal rejimlerine uygulanacak hukuk" adı altında incelenmektedir. Biz de genel eğilime uygun olarak "mal rejimleri" ifadesini kullanmayı uygun görmekteyiz.

1215 Aybay/Dardağan, s. 209; Tekinalp, ***MÖH***, s. 163.

1216 Akıncı/Demir Gökyayla, s. 73.

edilmektedir[1217]. Eğer ki seçilen hukukta Türk hukukunda olduğu gibi kanuni-sözleşmesel mal rejimi ayrımı varsa ve taraflar hukuk seçimi anlaşmasında seçilen hukuktaki sözleşmesel mal rejimlerinden birisinin uygulanmasını istediklerini belirtmişlerse seçilen hukuktaki bu mal rejimine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Aksi durumda ise seçilen hukuktaki kanuni mal rejimine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir[1218]. Aslında bu yaklaşım maddi hukuktaki uygulamanın bir uzantısıdır. Zira yabancılık unsuru taşımayan evliliklerde taraflar TMK'da öngörülen sözleşmesel mal rejimlerinden birisini tercih etmemişlerse kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi tutulmaktadırlar (TMK m. 202). Eşlerin ortada mal rejimine ilişkin herhangi bir uyuşmazlık yokken salt hukuk seçimi anlaşması yapmaları düşük bir ihtimaldir. Nitekim taraflarca mal rejimine uygulanacak hukukun seçildiği uyuşmazlıklara ilişkin yargı kararlarına da rastlanılmamaktadır[1219].

1. Hukuk Seçimine Getirilen Sınırlamalar

Hukuk seçimine getirilen sınırlamalardan birisi seçilebilecek hukuklara ilişkindir. Taraflar diledikleri devlet hukukunu değil yalnızca evlenme anındaki mutad mesken ya da milli hukuklarından birisini seçebilirler[1220]. Mülga MÖHUK'ta da bu yönde bir sınırlama mevcuttu. Ancak "mutad mesken" yerine "yerleşim yeri (ikametgâh)" hukukunun seçilebileceği öngörülmüştü (m. 14/1). Yerleşim yeri, hukuk düzenlerinde farklı anlamlara gelebilen hukuki bir kavram iken mutad mesken çeşitli milletlerarası düzenlemelerde ve milli hukuklarda kabul gören ve üzerinde daha çok uzlaşılan fiili bir kavram, bir olgudur[1221]. Bu nedenle MÖHUK m. 15'te bağlama

---

1217 Doğan, ***MÖH***, s. 342; Ersen Perçin, s. 182.

1218 Ebru Şensöz, "27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Möhuk Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk", ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, Yıl 8, S. 16, 2009, s. 187; Doğan, ***MÖH***, s. 342.

1219 Akıncı/Demir Gökyayla, s. 73, 75.

1220 İsviçre hukukunda tarafların evlilik mal rejimlerine uygulanmak üzere her ikisinin de ikamet ettikleri ya da evlendikten sonra ikamet edecekleri devlet hukukunu (müşterek yerleşim yeri hukuku) ya da eşlerden birinin vatandaşı olduğu devlet hukukunu seçebilecekleri kabul edilmektedir (*IPRG* m. 52/1).

1221 Bu kavramlar hakkında bkz. ***Birinci Bölüm, IV, A. 2.*** Nitekim "mutad mesken" kavramına verilen önem, bağlama noktası olarak mutad mesken hukukunun tercih edildiği diğer bir madde olan m. 13'ün gerekçesinde şöyle ifade edilmektedir: "*Değiştirilen metinde, tarafların müşterek millî hukuku bulunmuyorsa, hayat ilişkilerinin merkezi niteliğinde olan ve gerçek ve fiilî duruma uygun bulunan ve fiilî ikametgâh diye de isimlendirilen "müşterek mutad mesken" kriteri ikinci basamak olarak belirlenmiştir. Milletlerarası özel hukukta özellikle kişinin hukuku ve aile hukuku ilişkilerinde doktrin ve uygulamada, tüm yeni milletlerarası özel hukuk kanunlarında ve milletlerarası özel hukuk sözleşmelerinde öne çıkan ve bu konuda "en sıkı ilişki"yi teşkil eden "mutad mesken" kavramı bu nitelikleri ile orantılı bir konuma getirilmiştir*". Bkz. 05.06.2006

noktası olarak tarafların yerleşim yeri hukukundan vazgeçilerek mutad mesken hukukunun öngörülmesi doğru bir tercihtir[1222].

MÖHUK m. 15/1'de bahsi geçen hukuklar müşterek hukuk değil taraflardan her birisinin mutad mesken ya da milli hukukudur. Mal rejimlerinin aile hukuku karakteri göz önünde bulundurulduğunda hukuk seçimi imkânının, eşler arasındaki hukuki ilişki ile en yakın irtibatlı olan hukuklarla sınırlandırılması yerinde bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir[1223].

Mal rejimleri bakımından taraflara en az dört farklı hukuku seçme imkânı tanınmaktadır[1224]. Örneğin, evlenme anında mutad meskeni Azerbaycan'da bulunan İran vatandaşı (İ) ile mutad meskeni Türkiye'de bulunan Sırbistan vatandaşı (S) aralarındaki mal rejimi sözleşmesine uygulanmak üzere Azerbaycan, İran, Türk ve Sırbistan hukuklarından birisini seçebilirler. Bu noktada tarafların birden fazla vatandaşlıklarının bulunması hali önem arz etmektedir. Acaba MÖHUK m. 4/1-b ve c'de[1225] öngörülen çok vatandaşlık halinde uygulanacak hukukun tespitine ilişkin hükümler mal rejimleri bakımından da dikkate alınmalı mı? Örneğin, evlenme anında hem Türk hem İtalya vatandaşı olan bir kadın ile hem Fransa hem İspanya vatandaşı olan bir erkek hukuk seçimi anlaşması yapmak istesinler. Seçilebilecek hukuklar kapsamında her birinin milli hukuku belirlenirken m. 4/1-b uyarınca kadının yalnızca Türk vatandaşlığı, m. 4/1-c uyarınca erkeğin yalnızca daha sıkı ilişkili halinde olduğu devlet (İspanya ya da Fransa) vatandaşlığı mı dikkate alınmalı? Bu halde m. 4/1-b ve c hükümlerinin uygulanmayacağı yani tarafların evlilik mallarına uygulanmak üzere vatandaşlığını taşıdıkları devletlerin hukuklarından herhangi birisini seçebilecekleri yönünde görüş birliği mevcuttur[1226].

---

tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 3, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 24.09.2022.

1222 Aynı yönde bkz. Ersen Perçin, s. 171.

1223 Çelikel/Erdem, s. 265.

1224 Güngör, ***MÖH***, s. 150.

1225 MÖHUK m. 4: "*(1) Bu Kanun hükümleri uyarınca yetkili olan hukukun vatandaşlık esasına göre tayin edildiği hâllerde, bu Kanunda aksi öngörülmedikçe; a) Vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri, bulunmadığı hâllerde mutad mesken, o da yok ise dava tarihinde bulunduğu ülke hukuku,*

b) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olanlar hakkında, bunların aynı zamanda Türk vatandaşı olmaları hâlinde Türk hukuku,

c) Birden fazla devlet vatandaşlığına sahip olup, aynı zamanda Türk vatandaşı olmayanlar hakkında, daha sıkı ilişki hâlinde bulundukları devlet hukuku uygulanır."

1226 Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, "Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve Möhuk M. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** C. 19, S. 1, 2015, s. 141; Güngör, MÖH, s. 150; İnci Ataman-Figanmeşe, "Çifte

Güngör, evlilik malları hakkında irade muhtariyeti söz konusu olduğu ve kanun koyucu da cevaz verdiği için m. 4/1-b ve c hükümlerinin sınırlayıcı bir etkisinin bulunmadığını değerlendirmektedir[1227]. Yazar buna karşılık eşlerden biri ya da her ikisi de mülteci ya da vatansız statüsünde ise m. 4/1-a kapsamında ikame hukukların devreye gireceğini ifade etmektedir.

MÖHUK m. 4/1'de vatandaşlık esasına göre yetkili hukukun tayini için belirlenen esasların (m. 4/1-a, b, c) "bu Kanunda aksi öngörülmedikçe" uygulanacağı düzenlenmiştir. *Şanlı, Esen ve Ataman*'ın da haklı olarak belirttiği üzere bu ifade m. 4'ün gösterdiği hukukların mutlak surette uygulanmayacağının göstergesidir[1228]. Yazarlar bu nedenle tarafların sahip oldukları birden fazla milli hukuktan herhangi birisinin seçilebileceği görüşündedirler.

Kanaatimizce de bu yaklaşımla hareket etmek m. 15/1'de evlilik malları bakımından kabul edilen irade muhtariyeti ilkesine daha uygun düşmektedir[1229]. Ayrıca m. 15/1'de kullanılan "mutad mesken veya millî hukukları" şeklindeki ifade, tarafların birden fazla milli hukuka sahip olmaları halinde bunlardan herhangi birisini seçebilecekleri anlamını çıkarmaya müsaittir. *İnci-Ataman*'ın belirttiği üzere kanun koyucu eşlerin birden fazla milli hukuka sahip olması halinde esas alınacak hukukun 4. madde uyarınca tespit edilmesini amaçlasaydı m. 14/1'i daha farklı biçimde, örneğin "eşlerden birinin milli hukuku seçilebilir" şeklinde kaleme alırdı[1230]. Tüm bu görüşler doğrultusunda yukarıdaki örnek değerlendirilecek olursa; taraflar Türk, İtalyan, Fransız ve İspanyol hukuklarından herhangi birisini seçebilirler. Aynı zamanda mutad meskenleri bu ülkeler dışında bir ülkede yer alıyorsa o ülke hukuklarını da seçebilirler. Doktrinde bu yönde görüş birliği bulunsa da İsviçre hukukunda olduğu gibi (*IPRG* m. 52/2), MÖHUK m. 15/1 çerçevesinde tarafların seçebilecekleri hukuklar belirlenirken m. 4/1-b ve c hükümlerinin dikkate alınmayacağının madde metninde açıkça düzenlenmesi yerinde bir tercih olurdu.

Vatandaşlık Halinde Möhuk'un 4. maddesinin b ve c bentlerinin Uygulama Alanı", ***MHB***, C. 19, S. 1-2, 2001, s. 100, dn. 10; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 159.

1227 Güngör, ***MÖH***, s. 150.

1228 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 159. Aynı yönde bkz. Bayraktaroğlu Özçelik, s. 141; Şensöz, s. 197.

1229 Aynı yönde bkz. Bayraktaroğlu Özçelik, s. 141; Ersen Perçin, s. 172.

1230 Ataman-Figanmeşe bu yorumu 2675 sayılı MÖHUK'un aynı yöndeki hükümleri bakımından savunmuştur. Bkz. Ataman-Figanmeşe, s. 100, dn. 10. Ayrıca bkz. Ersen Perçin, s. 172.

Hukuk seçimine getirilen ikinci sınırlama tarafların yalnızca "evlenme anındaki" milli hukuklarını ya da mutad mesken hukuklarını seçebilecek olmalarıdır (sabit statü/sabit bağlama kuralı). Taraflar evlendikten sonra yeni birer milli hukuka ya da mutad mesken hukukuna sahip olsalar da bu hukukları seçemezler[1231]. Örneğin, evlenme anında Brezilya vatandaşı olan, evlendikten sonra ayrıca Hollanda vatandaşlığını kazanan kadın ile Kanada vatandaşı olan erkek evlendikten sonra mal rejimi sözleşmesi yapmak ve bu mal rejimi sözleşmesinde de uygulanacak hukuku belirlemek istesinler. Taraflar MÖHUK m. 14/1 uyarınca Brezilya ve Kanada hukuklarını ve mutad mesken hukuklarını seçebilirler. Ancak Hollanda hukukunu seçemezler. Bu hüküm Kıta Avrupası hukuk sisteminde evlilik mallarına uygulanacak hukuk bakımından benimsenen "malların birliği ilkesi" gereğince mevcut evlilik malları ile ileride edinilecek evlilik mallarına aynı hukukun uygulanmasına hizmet etmektedir[1232].

Hukuk seçimine getirilen son sınırlama ise seçimin yapılış şekline ilişkindir. MÖHUK m. 15/1'de eşlerin evlilik malları hakkında evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebilecekleri öngörülmektedir[1233]. Dolayısıyla mal rejimleri hakkında örtülü hukuk seçimine izin verilmemektedir[1234]. Mal rejimi ilişkisinin niteliği gereğince yani klasik bir borçlar hukuku sözleşmesi değil bir aile hukuku ilişkisi olarak kabul edilmesi nedeniyle böyle bir sınırlamanın öngörüldüğü ifade edilmektedir[1235]. Hukuk seçimi açık olmak koşuluyla yazılı ya da sözlü olarak yapılabilir. Ancak sözlü olarak yapılan seçimde ispat sorunları ortaya çıkabileceğinden hukuk seçimi anlaşmasının en azından adi yazılı şekilde yapılması önerilmektedir[1236].

1231 Burada bahsi geçen durum tarafların tek başına yeni bir vatandaşlığa ya da istisnaen de olsa mutad meskene sahip olmaları halidir. Tarafların yeni bir müşterek milli hukuk ya da mutad mesken hukukuna sahip olmaları halinde ise bu yeni hukukun seçilmesine imkân tanınmaktadır (MÖHUK m. 15/3). Aşağıda bkz. ***İkinci Bölüm, III, A. 3.***

1232 Ersen Perçin, s. 175; Şensöz, s. 199. Ayrıca bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 4, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 22.10.2022.

1233 *IPRG*'de ise örtülü seçime izin verilmektedir. Buna göre hukuk seçimi yazılı olarak yapılmalı ya da evlilik sözleşmesinden (mal rejimi sözleşmesi) açıkça anlaşılmalıdır (m. 53/1). Bkz. Hook, s. 178.

1234 Nitekim hukuk seçimi imkânının ancak açık seçimle kullanılabileceği MÖHUK m. 15 gerekçesinde vurgulanmıştır. Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde Gerekçeleri, s. 4, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 22.10.2022. Mülga MÖHUK'ta böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

1235 Çelikel/Erdem, s. 266; Ersen Perçin, s. 181.

1236 Akıncı/Demir Gökyayla, s. 75.

Mal rejimleri bakımından kısmi hukuk seçimi yapılıp yapılamayacağına ilişkin bir hükme 15. maddede yer verilmemektedir. Kısmi hukuk seçimi yapılabilmesi için ilişkinin hukuki ve iktisadi açıdan bölünebilir nitelikli olması aranmaktadır. Kanaatimizce mal rejimi ilişkilerinin bölünebilir nitelikli olduğu kabul edilebilirse de malların birliği ilkesi kısmi seçimin kabulünü engellemektedir[1237]. Kısmi hukuk seçiminin yapılması halinde örneğin belirli bir tarihten önce edinilen malların (X) hukukuna, bu tarihten sonra edinilen malların (Y) hukukuna tabi kılınması mümkün olmaktadır ki bu malların birliği ilkesi uyarınca kabul edilemez.

MÖHUK m. 15/1'de hukuk seçiminin yapılış zamanına ilişkin de herhangi bir sınırlama öngörülmemektedir. Dolayısıyla taraflar mal rejimi sözleşmesi ile birlikte hukuk seçimi anlaşması yapabilecekleri gibi mal rejimi sözleşmesini akdettikten sonraki bir aşamada da hukuk seçimi anlaşması yapabilirler. *Akıncı ve Demir,* TMK m. 203 uyarınca mal rejimi sözleşmesinin evlenmeden önce veya sonra yapılabilmesinden yola çıkarak hukuk seçimi anlaşmasının da evlenmeden önce ya da sonra yapılabileceği görüşündedirler. Ancak yazarlar evlenmeden sonra yapılabilecek hukuk seçiminin m. 15/3 uyarınca yalnızca evlenmeden sonra edinilen müşterek hukuklar (milli hukuk ya da mutad mesken hukuku) ile sınırlı olduğunu savunmaktadırlar[1238]. Yani bu görüşe göre taraflar evlendikten sonra evlenme anındaki milli hukuklarından ya da mutad mesken hukuklarından birisini seçemezler. Ancak kanaatimizce m. 15/3'teki hükmün amacı tarafların evlendikten sonra birinci fıkrada öngörülen hukuklardan herhangi birini seçmelerini engellemek değildir. Bu hükmün asıl amacı birinci fıkrada öngörülen "evlenme anı"na ilişkin kurala tarafların yeni bir müşterek hukuka sahip olmaları halinde istisna getirmektir. Özetle taraflar evlenme anındaki milli hukuklarından ya da mutad mesken hukuklarından birisini de evlendikten sonra seçebilmelilerdir.

Tarafların mahkeme önünde de uygulanacak hukuku seçmeleri mümkündür. Ancak mal rejimleri bakımından yalnızca açık seçim kabul edildiğinden hâkim tarafların yargılama sırasındaki davranışlarından (örneğin tarafların iddia ve savunmalarını aynı ülke hukukuna göre yapıyor olmaları) yola çıkarak tarafların örtülü hukuk seçimi yaptıklarına karar veremez. Tarafların muhakkak belirli bir devlet

[1237] Aynı yönde bkz. Ersen Perçin, s. 182.

[1238] Eşlerin evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olmaları halini düzenleyen m. 15/3 hakkında bir sonraki başlık altında açıklama yapılacaktır.

hukukunu seçtiklerini mahkeme huzurunda açıkça beyan etmeleri gerekir. Yapılan seçimin hangi ana kadar ileri sürülebileceği usule ilişkin bir konu olduğundan *lex fori'*ye tabidir. Türk hukukuna göre seçim anlaşmasının davanın esasına girilinceye kadar diğer bir deyişle tahkikat aşamasına kadar yapılabileceği ifade edilmektedir[1239]. Bu kapsamda tarafların en geç ön inceleme duruşması sona erinceye kadar (HMK m. 140) hukuk seçimi yapabileceklerini söylemek mümkündür. Davanın esasına girilinceye kadar yalnızca hâkimin hukukunun usul kuralları uygulanacağından ve bu aşamada herhangi bir ülkenin maddi hukuk kuralları uygulanmayacağından tahkikata geçilinceye kadar uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenmesinde bir beis yoktur.

2. Eşlerin Evlenmeden Sonra Yeni Bir Müşterek Hukuka Sahip Olmaları

MÖHUK m. 15/3'te taraflara ek bir hukuk seçimi imkânı getirilmektedir. Buna göre eşler evlendikten sonra yeni bir müşterek hukuk edinirlerse, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu hukuka tabi olabilirler. Tarafların sahip olduğu yeni müşterek hukukun hukuki ilişki ile en yakın bağlantılı hukuk olacağı göz önünde bulundurulduğunda taraflara böyle bir imkânın tanınması yerindedir.

Yeni müşterek hukukun uygulanabilmesi için tarafların her ikisinin de bu yönde talebi gerekmektedir[1240]. Hâkim kendiliğinden söz konusu hukuku uygulayamaz. Bahsi geçen "müşterek hukuk" ile kastedilenin birinci fıkrada yer verilen müşterek milli hukuk ya da müşterek mutad mesken hukuku olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla tarafların yeni bir müşterek yerleşim yeri hukuku edinmelerinin m. 15/3'ün uygulanması bakımından bir etkisi bulunmamaktadır[1241]. Tarafların hem yeni bir müşterek milli hukuka hem de yeni bir mutad mesken hukukuna sahip olmaları halinde birinci fıkradaki tercih hakkından hareketle bunlardan herhangi birisini seçebileceklerini söylemek mümkündür.

1239 Güngör, ***MÖH***, s. 150.

1240 1988 yılında evlenen, 1999 yılında her ikisi de Türk vatandaşlığından çıkarılan, 2004 yılında *Meidling* Yerel Mahkemesi'nde boşanan ve hala Avusturya'da işçi olarak çalışan taraflar arasındaki dava, davacının evlilik birliği içinde alınan arsa ve yapılan binaya ilişkin kendisinin de katkı sağlamasından ötürü alacak istemine ilişkindir. Yargıtay bu uyuşmazlığa, tarafların MÖHUK m. 15/3 uyarınca sonradan edindikleri müşterek hukukun (Avusturya hukuku) uygulanması yönünde talepleri bulunmadığı için evlenme anındaki milli hukukları olan Türk hukukunun uygulanmasına hükmetmiştir (8. HD, 28.09.2012, E. 2012/5539, K. 2012/8250). Bkz. Lale, s. 76-78.

1241 Güngör, ***MÖH***, s. 151.

Taraflar evlilik malları hakkında daha önce hukuk seçimi yapmış olsalar da hiç hukuk seçimi yapmamış olsalar da m. 15/3 uyarınca yeni müşterek hukuku seçebilirler[1242]. Bu seçim, üçüncü kişilerin evlilik malları üzerinde sahip oldukları haklara (örneğin istihkak iddiası, rehin ya da ipotek, irtifak hakkı, taşınmaz yükü vb.) etki etmemektedir. Bu haklar tarafların kendi hukuklarına tabi olmaya devam edecektir[1243].

Ancak m. 14/3'te tarafların yeni müşterek hukuku seçmeleri halinde bu hukukun hangi andan itibaren uygulanacağına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Yeni müşterek hukukun ortaya çıktığı andan itibaren ya da taraflarca seçildiği andan itibaren uygulanması düşünülebilir. Bu ihtimallerde taraflar arasındaki mal rejimi ilişkisine uygulanacak hukuk parçalanmış olmaktadır. Yeni müşterek hukukun evlenme anından itibaren uygulanması halinde ise taraflar arasındaki ilişkiyi tek bir hukuk yönetmiş olacağından evlenme anının tercih edilmesinin mal rejimi ilişkisinin niteliğine daha uygun düştüğü kanaatindeyiz[1244].

3. Hukuk Seçimi Halinde Atıf

MÖHUK m. 15'te aile hukukuna ilişkin hükümler öngörüldüğünden kural olarak bu maddenin uygulanmasında atıf dikkate alınır (m. 2/3). Yani m. 15 uyarınca evlilik malları bakımından yetkili olan hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına bakılmalıdır. Örneğin, taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa ve eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukukları Norveç hukuku ise evlilik mallarına uygulanacak hukuk Norveç hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilir. Öte yandan tarafların hukuk seçimi yapmaları halinde m. 2/4 uyarınca seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerinin uygulanması esastır. Yani bu durumda atıf dikkate alınmaz. Ancak tarafların aksini kararlaştırmaları mümkündür (m. 2/4). Örneğin, taraflar evlilik mallarına uygulanmak üzere kadının milli hukuku olan İsveç hukukunu seçmişlerse hâkim bu hukukun maddi hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı çözüme kavuşturmalıdır. Ancak taraflar İsveç hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının

---

1242 Güngör, ***MÖH***, s. 151.

1243 Güngör, ***MÖH***, s. 151.

1244 Aynı yönde bkz. Aybay/Dardağan, s. 211; Ersen Perçin, s. 176; Şensöz, s. 181; Tekinalp, ***MÖH***, s. 162, 165. Sırbistan milli hukukuna göre taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa sonradan yapılan seçim ileriye dönük etki doğurmaktadır. Belçika milli hukukunda da seçilen hukuk ancak ileriye etkili olacak şekilde değiştirilebilir (Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 238).

uygulanmasını açıkça kararlaştırmışlarsa hâkim atfı dikkate almalı ve İsveç kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukukun maddi hukuk kurallarını uygulamalıdır[1245].

Mal rejimlerine uygulanacak hukukun tespitinde kural olarak atıf dikkate alındığından objektif bağlama kurallarının uygulanması halinde tarafların aralarındaki ilişkiye uygulanmasını istemedikleri bir üçüncü ülke hukukunun bu ilişkiyi yönetme ihtimali her zaman mevcuttur. Kanun'da getirilen hukuk seçimi imkânı bu ihtimalin bertaraf edilmesine de hizmet etmektedir[1246]. Örneğin, müşterek milli hukukları X hukuku olan taraflar eğer ki aralarındaki mal rejimi sözleşmesine zaten X hukukunun maddi hukuk hükümlerinin uygulanmasını istiyorlarsa hukuk seçimi yaparak bunu mümkün kılabilirler. Aksi halde X hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları *lex fori'*nin ya da üçüncü bir ülke hukukunun maddi hukuk kurallarının uygulanmasını emredebilir.

4. İstisna Hükmü

MÖHUK m. 15/1'deki hukuk seçimi kuralı ve objektif bağlama kuralının uygulanması bakımından taşınır taşınmaz ayrımına yer verilmemektedir[1247]. Ancak ikinci fıkrada bir istisna hükmüne yer verilmektedir. Bu kurala göre taşınmazların tasfiyesi taşınmazın bulunduğu ülke hukukuna tabidir (m. 15/2). Her ne kadar madde gerekçesinde bu hükmün uygulamada açıklık getirmek amacıyla öngörüldüğü belirtilse de m. 15/2'nin bu amaca hizmet etmediği kanaatindeyiz. Zira hükümde herhangi bir ayrım yapılmadığından taşınmazların hem aynî hem nakdî tasfiyesi[1248] bakımından öngörülmüş olduğunu düşündürmektedir. Oysaki mal rejiminin nakdi tasfiyeye tabi tutulduğu hallerde, evlilik mallarından olan bir taşınmaz üzerinde aynî hak devri söz konusu olmayacağından taşınmazın bulunduğu yerdeki resmi makamın

---

1245 Aynı yönde bkz. Ersen Perçin, s. 173.

1246 Güngör, ***MÖH***, s. 150.

1247 Anglo-Saklon hukukunun uygulandığı ülkelerde genellikle mal rejimleri hakkında hukuk seçimi yapılmaması halinde taşınır-taşınmaz ayrımı yapılmaktadır. Taşınırların tasfiyesi için yerleşim yeri hukuku, taşınmazların tasfiyesi için ağırlıklı olarak taşınmazın bulunduğu yer hukuku uygulanır (Nomer, s. 268; Ersen Perçin, s. 83-86).

1248 TMK m. 202'ye uyarınca yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlere alacak hakkı (katılma alacağı) tanınmakta ve bu rejime göre paylaşım yapıldığından nakdi tasfiyeden bahsedilmektedir. İstisnaen edinilmiş mallara katılma rejiminde aile konutunun eşlerden birine özgülenmesi halinde aynî paylaşım söz konusudur (TMK m. 240). Paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerinde ise eşler arasında mallar üzerindeki mülkiyet hakları paylaştırılmakta yani aynî tasfiye uygulanmaktadır (Şensöz, s. 202, 203; Tekinalp, ***MÖH***, s. 164). "*Gerek katkı payı ve gerekse edinilmiş mallara katılma rejimine dayalı olarak açılan davalarda 07.03.1953 tarih ve 1953/8 Esas 1953/7 Karar sayılı Yargıtay içtihadı Birleştirme Kararı gereğince ayın (mülkiyet) istenemez. Bu tür davalarda davacının isteyebileceği hak şahsî hak niteliğinde bulunan bir alacak hakkıdır".* Bkz. Yargıtay 8. HD, 10.07.2013, E. 2013/219, K. 2013/10820.

bu taşınmaz üzerinde doğrudan bir yetki kullanmasının söz konusu olmadığı ifade edilmektedir[1249]. Dolayısıyla m. 15/2 hükmü yalnızca taşınmaz üzerinde aynî hak devrinin söz konusu olacağı hallerde uygulama alanı bulmalıdır. Nakdi tasfiyenin uygulandığı uyuşmazlıklar bakımından ise m. 15/1 uyarınca mal rejimi bakımından yetkili olan hukuka göre hareket edilmelidir[1250]. Uygulamada mal rejimi davalarında daha çok nakdi tasfiye uygulandığından hükmün uygulama alanının oldukça kısıtlı olduğu da belirtilmektedir[1251]. Kaldı ki m. 15/2 hükmü öngörülmemiş olsaydı da taşınmazın aynî tasfiyesi zaten MÖHUK m. 21/1 uyarınca taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tabi olmaktadır[1252]. Bu nedenle hükmün ne amaçla getirildiğini anlamak güçtür.

5. Seçilen Hukukun Uygulama Alanı

Seçilen hukuk eşler arasındaki kanuni mal rejiminin tespiti, sözleşmesel mal rejimlerinin seçilip seçilemeyeceği, mal rejimlerinin hükümleri, sözleşmesel mal rejiminden kanuni rejime geçişin mümkün olup olmadığı, mal rejiminin değiştirilmesinin sonuçları, kişisel mal-evlilik birliği içerisinde edinilen mal ayrımı gibi hususları yönetmektedir. Doktrinde eşlerin evlilik malları üzerindeki yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarının mal rejimi statüsüne tabi olacağı kabul edilmekle birlikte Yargıtay'ın bu hususta farklı kararları mevcuttur[1253]. Bazı kararlarında söz konusu hakları mal rejimi statüsü kapsamında değerlendirirken[1254] bazılarında evliliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirmektedir[1255].

1249 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 161, dn. 83.

1250 Tekinalp, ***MÖH***, s. 164.

1251 Ersen Perçin, s. 191.

1252 Nomer, s. 269 (Yazar ayrıca "tasfiye" kavramının malların paylaşımını da içine alan daha kapsamlı bir düzenlemeyi ifade ettiğinden yanıltıcı olduğu görüşündedir).

1253 Çelikel/Erdem, s. 250; Güngör, ***MÖH***, s. 151; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 160. 2016/1103 Sayılı AB Tüzüğü'nde de eşlerin mallar üzerindeki yetkileri, hakları ve yükümlülükleri mal rejimine uygulanacak hukuk kapsamında yer almaktadır (m. 27-d).

1254 Her iki eşin de Alman vatandaşı olduğu, "*eşlerin evlilik süresi içerisinde satın aldıkları ve davalı-davacı adına tapuda kayıtlı bulunan edinilmiş mala yapılan katkı payı alacağı ile davacı-davalı tarafından eve yapılan müdahalenin önlenmesi ve ecrimisilin tahsili isteğine ilişkin dava*"yı Silifke 2. Asliye Hukuk Mahkemesi doğrudan Türk hukukuna göre karara bağlamış ancak Yargıtay tarafların Alman vatandaşı olmalarından dolayı MÖHUK hükümlerine bakılması ve MÖHUK m. 15 uyarınca eşlerin müşterek milli hukukları olan Alman hukukuna göre karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir (8. HD, 26.05.2011, E. 2010/5330, K. 2011/3103).

1255 Her iki eşin de Alman vatandaşı olduğu ve davalı eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması talebiyle açılan davada Yargıtay; "*Dava, Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesi gereğince davalının tasarruf yetkisinin sınırlandırılması istemine ilişkindir. Taraflar Almanya vatandaşıdır. 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 13/3. maddesi gereğince, evliliğin genel hükümlerinin, eşlerin müşterek milli hukukuna tabi olduğu belirtilmiştir. Mahkemece tarafların müşterek milli hukuku göz önüne alınarak; bu yönde inceleme yapılması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, taşınmazın Türkiye'de bulunduğu gerekçesi ile yazılı*

Mal rejimi sözleşmelerinin şekli geçerliliği ve tarafların ehliyeti ise seçilen hukuka değil bu hususlardaki genel kurallara tabidir. Mal rejimi sözleşmelerinin şekline uygulanacak hukuk MÖHUK m. 7'ye göre tespit edilirken, tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk m. 9'a göre tespit edilmektedir.

Son olarak belirtmek gerekir ki mal rejiminin tasfiyesine ilişkin uyuşmazlıklarda evliliğin ölüm ya da boşanma ile sonuçlanması MÖHUK m. 15 hükümlerinin uygulanması bakımından fark yaratmamaktadır. Zira evlilik ölüm neticesinde sona ermiş olsa da öncelikle mal rejimine uygulanacak hukuka göre evlilik mallarının tasfiyesi gerçekleştirilmekte, ardından tereke mirasa uygulanacak hukuka göre paylaştırılmaktadır[1256].

B. 2016/1103 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü'ndeki Düzenleme

1. Genel Olarak

Avrupa Birliği kişilerin serbest dolaşımının sağlandığı bir özgürlük, güvenlik ve adalet alanı oluşturma sürecinde sınır ötesi etkileri olan medeni hukuk konularında adli iş birliğine ilişkin tedbirler almayı amaçlamaktadır[1257]. Bu tedbirler arasında Üye Devletlerde geçerli kanunlar ihtilafı kurallarının yetkinliğini ve uyumluluğunu sağlamak da yer almaktadır. Üye devletlerin hukuk sistemlerinde aile hukuku ilişkilerine ayrılan maddi hukuk hükümlerinin çeşitliliği ve yabancı unsurlu aile hukuku ilişkilerinin sürekli artması göz önüne alındığında mal rejimlerine uygulanacak hukukun belirlenmesi bugün Avrupa'da özel bir önem taşımaktadır[1258]. Bu öneme binaen Avrupa Birliği Konseyi tarafından 24 Haziran 2016'da 2016/1103 sayılı "Evlilik Mal Rejimlerine İlişkin Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk ve

şekilde Türk Hukuku uygulanarak hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır" şeklinde hüküm kurmuştur (2. HD, 08.03.2011, E. 2010/2561, K. 2011/4027). Benzer yönde bkz. 2. HD, 17.10.2006, E. 2006/6239, K. 2006/14136.

1256 Akıncı, ***MÖH***, s. 83; Aybay/Dardağan, s. 211; Çelikel/Erdem, s. 269; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 161.

1257 Maria Carolina Nita, "The Law Applicable to Matrimonial Property Regimes from the Perspective of Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016", Conferinta Internationala de Drept, ***Studii Europene si Relatii Internationale***, 2018, s. 24, 25.

1258 Elena Alina Oprea, "Party Autonomy and the Law Applicable to the Matrimonial Property Regimes in Europe", ***Cuadernos de Derecho Transnacional***, 10(2), 2018, s. 580. 579-596

Kararların Tanınması ve Tenfizi Hakkında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanması Hakkında Tüzük" kabul edilmiştir[1259].

Tüzük'ün tanımlar başlıklı 3. maddesinde hem "mal rejimi" (*matrimonial property regime*) hem de "mal rejimi sözleşmesi" (*matrimonal property agreement*) kavramları tanımlanmaktadır. Tüzük m. 3/1-a'ya göre mal rejimi "*evliliğin veya evliliğin sona ermesinin sonucu olarak eşler arasındaki mülkiyet ilişkilerine ve onların üçüncü kişilerle olan ilişkilerine ilişkin kurallar dizisi*" anlamına gelmektedir. Mal rejimi sözleşmesi ise m. 3/1-b'ye göre "*eşler veya müstakbel eşler arasında evlilik mal rejimlerini düzenlemek için yapılan sözleşme"*dir.

Tüzük'ün kapsamı 1. maddede düzenlenmektedir. Buna göre Tüzük mali, gümrük ve idari konularda geçerli olmayıp mal rejimlerine uygulanır (m. 1/1). Tüzük kapsamına girmeyen haller ise şunlardır; eşlerin ehliyeti, bir evliliğin varlığı, geçerliliği veya tanınması, nafaka yükümlülükleri, ölen eşin terekesine mirasçı olma, sosyal güvenlik, boşanma, ayrılık veya evliliğin iptali durumunda evlilik sırasında tahakkuk eden ve evlilik sırasında gelir sağlamayan emeklilik veya malullük aylığı haklarının eşler arasında devredilmesi veya intibakı, bir mal üzerindeki aynî hakkın niteliği, taşınmaz veya taşınır mallardaki hakların bir sicile kaydedilmesi, taşınır veya taşınmazlar üzerindeki hakların bir sicile kaydedilmesidir (kayıt için aranan yasal gereklilikler ile bu hakların sicile kaydedilmesinin veya kaydedilmemesinin etkileri de dahil olmak üzere) (m. 1/2).

[1259] Evlilik mal rejimlerine ilişkin yeknesak tedbirlere dair bir projenin başlatılmasına 2004 yılında Konsey tarafından Brüksel toplantısında karar verilmiştir. 17 Temmuz 2006'da AB Komisyonu adli yargı yetkisi ve karşılıklı tanıma da dahil olmak üzere evlilikle ilgili çatışma konularına dair Yeşil Kitap'ı kabul etmiştir. 2011 yılında birincisi "evlilik mallarına ilişkin meselelerde yargı yetkisi, uygulanacak hukuk ve mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi ile ilgili", ikincisi ise "kayıtlı birlikteliklerin malvarlığına ilişkin hususlarda yargı yetkisi, uygulanacak hukuk, tanınması ve tenfizi ile ilgili" iki Konsey tüzüğü teklifi kabul edilmiştir. Uzun süren tartışmalar neticesinde 2014'te iki uzlaşma metni yayınlanmıştır. Birleşik Krallık gibi bazı üye devletler düzenlemelerin kabulüne karşı olduklarını belirtmişlerdir. Aralık 2015 ile Şubat 2016 arasında Almanya, İspanya, Fransa, Hollanda gibi devletlerin dahil olduğu bir dizi devlet güçlendirilmiş iş birliği kurma isteklerini bildirmişlerdir. Nihayet 24 Haziran 2016'da 2016/1103 sayılı Konsey Tüzüğü kabul edilmiştir (Nita, s. 25, 26; Oprea, s. 581).
Aynı tarihte Konsey tarafından 2016/1104 sayılı "Kayıtlı Birlikteliklerin Malvarlığına İlişkin Hususlarda Yetki, Uygulanacak Hukuk ve Tanıma ve Tenfiz Hakkında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına Dair Tüzük" de kabul edilmiştir. Bu Tüzük hakkında bir inceleme için bkz. Necla Öztürk/Güven Yarar/Şule Arslan, "Avrupa Birliği Konseyi 2016/1104 Sayılı Tüzük Hükümleri Çerçevesinde Kayıtlı Birliktelik Kurmuş Çiftlerin Malvarlığına Uygulanacak Hukuk, Yetkili Mahkeme ve Tanıma-Tenfiz Meseleleri", ***İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 8, S. 2, 2017, s. 1-20.

Tüzük evrensel uygulanırlığa sahiptir. Tüzük hükümleri uyarınca yetkili olan hukuk, bir üye devlet hukuku olsun ya da olmasın uygulanacaktır (m. 20). Yetkili hukuk Tüzük ile bağlı bir üye devlete, güçlendirilmiş iş birliğine katılmayan bir üye devlete ya da AB üyesi olmayan bir devlete ait olabilir[1260].

2. Tüzük Uyarınca Hukuk Seçimi

Tüzük'ün üçüncü bölümünde mal rejimlerine uygulanacak hukuku düzenleyen hükümler yer almaktadır. Bu kapsamda 22. maddede kanunlar ihtilaflarının çözümünde daha fazla esnekliğe izin vermek, taraflar açısından hukuki öngörülebilirliği artırmak ve mal rejimi ilişkilerini daha iyi yönetebilmelerini sağlamak adına taraflara uygulanacak hukuku seçme imkânı tanınmaktadır[1261]. Hukuk seçiminin tarafları eşler (*spouses*) ya da müstakbel eşler (*future spouses*)[1262] olabilir (m. 22/1). Ancak hukuk seçimine seçilebilecek hukuklar bakımından sınırlama getirilmektedir. Eşler, sözleşmenin kurulduğu sırada eşlerin veya bunlardan birisinin mutad meskeninin[1263] bulunduğu devlet hukukunu (a) ya da sözleşmenin kurulduğu sırada eşlerden herhangi birisinin milli hukukunu (b) seçebilirler.

Tüzük bir yandan mal rejimlerine uygulanacak hukukun tespiti bakımından irade muhtariyeti ilkesine yer vermekte diğer yandan seçilebilecek hukukları taraflarla en yakın bağlantılı hukuklar ile sınırlama gereği görmektedir[1264]. Bu hüküm yalnızca eşlerin ortak mutad mesken hukuku lehine bir seçimin kabul edildiği boşanma alanına göre daha liberal bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir[1265]. Ayrıca kişilerin vatandaşlıklarını değiştirmeleri en azından ilk bakışta mutat meskenin bulunduğu yeri değiştirmelerine göre daha zor ve daha nadir olduğundan bu alternatifin seçilen hukuk ile sık sık seyahat eden eşler arasında gerçek ve yeterli bir bağlantı sağladığı ifade edilmektedir[1266].

Tüzük ile MÖHUK arasında seçilebilecek hukuklar bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Eğer ki tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada mutad meskenleri ve vatandaşlıkları birbirinden farklı ise tarafların seçebilecekleri dört farklı

1260 Oprea, s. 582.
1261 Oprea, s. 583.
1262 Tüzük'te geçen "eşler veya müstakbel eşler" ifadesi yerine buradan itibaren, kullanım kolaylığı sağlamak adına yalnızca "eşler" kelimesi kullanılacaktır.
1263 Tüzük'te mutad mesken kavramı tanımlanmamaktadır.
1264 Nita, s. 30; Oprea, s. 583.
1265 Oprea, s. 584.
1266 Oprea, s. 584.

hukuk (çok vatandaşlık halinin bulunmaması durumunda) olacaktır. Ancak MÖHUK'tan farklı olarak Tüzük, tarafların her birinin "evlenme anındaki" değil "sözleşmenin kurulduğu sıradaki" mutad mesken hukukunu ya da milli hukukunu yetkili kılmaktadır.

Tarafların birden fazla vatandaşlığa sahip olmaları halinde vatandaşlığını taşıdığı devletlerden herhangi birisinin seçilip seçilemeyeceğine dair bir hükme m. 22 kapsamında yer verilmemektedir. Dibacede Tüzük'ün vatandaşlıktan bağlayıcı bir faktör olarak söz ettiği durumlarda, birden fazla vatandaşlığa sahip bir kişinin nasıl dikkate alınacağı sorusunun Birliğin genel ilkelerine tam olarak uyulması halinde milli hukuklara bırakılması gereken bir ön sorun olduğu ve bu hususun Tüzük'e uygun olarak yapılan bir hukuk seçiminin geçerliliği üzerinde hiçbir etkisi olmayacağı belirtilmektedir (par. 50). Bu gerekçe eşlerin sahip olduğu birden fazla milli hukuktan herhangi birisini seçmelerine imkân tanındığı şeklinde yorumlanmaktadır[1267]. Bu yönde bir çözüm Avrupa Birliği'nin genel yaklaşımı ile de tutarlıdır. Örneğin, 650/2012 sayılı Tüzük m. 22/1 açıkça birden fazla vatandaşlığa sahip bir kişinin seçim anında ya da ölüm anında vatandaşlığını taşıdığı ülke hukuklarından herhangi birisini seçebileceği öngörülmektedir[1268].

Seçimin zamanı hususunda herhangi bir sınırlamaya yer verilmemektedir. Eşler mal rejimlerine uygulanacak hukuku evlenmeden önce, evlenme anında ya da evlilik süresince seçebilirler (m. 22/1)[1269]. Sonradan yapılan hukuk seçimi ya da hukuk seçimi değişikliği eşler aksini kararlaştırmadıkça ileriye dönük etkili olmaktadır (m. 22/2). Böyle bir değişiklik yapılması halinde mal rejimi ilişkisi değişiklik anına kadar önceki seçilen hukuka (seçim yapılmamışsa m. 26'daki objektif bağlama kurallarına göre tespit edilen hukuka), değişiklikten sonra yeni seçilen hukuka tabi olmaktadır. Taraflar yeni seçilen hukukun geçmişe dönük etki doğurmasını isterlerse bu seçim üçüncü kişilerin haklarını olumsuz yönde etkilememektedir (m. 22/3). Sonradan yapılan hukuk seçimi kapsamında m. 22/1 (a) ve (b) bentlerinde öngörülen hukuklar seçilebilir (m. 22/1).

1267 Oprea, s. 585.

1268 Bkz. Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32012R0650, 28.10.2022.

1269 Dibace, par. 45. Ayrıca bkz. Nita, s. 30; Oprea, s. 583, dn. 26.

Hukuk seçimi anlaşmasının şekli geçerliliği Tüzük m. 23'te ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Anlaşma yazılı olmalı, tarih atılmalı ve her iki eş tarafından imzalanmalıdır. Sözleşmenin kalıcı olarak kaydolmasını sağlayan her türlü elektronik iletişim yöntemi de yazıya eş değer kabul edilmektedir (m. 23/1).

Tüzükte mal rejimine uygulanacak hukuk bakımından taşınır-taşınmaz mal ayrımı yapılmamaktadır. Hukuki belirlilik ve evlilik rejiminin parçalanmasını önlemek amacıyla eşler tarafından belirlenen hukuk, evlilik rejiminin tamamına yani niteliklerine ve bir üye devlette veya üçüncü bir ülkede olup olmadıkları bakılmaksızın bu rejimin kapsadığı tüm mallara uygulanmaktadır[1270].

Tüzük'te atıf reddedilmektedir. Tüzük ile belirtilen herhangi bir devlet hukukunun uygulanması o devlette yürürlükte olan milletlerarası özel hukuk kuralları dışındaki hukuk kurallarının uygulanması anlamına gelmektedir (m. 32). MÖHUK'ta mal rejimine uygulanacak hukuk objektif bağlama kurallarına göre tespit edilmişse atıf dikkate alınmakta, ancak taraflarca hukuk seçimi yapılmışsa ve aksi öngörülmemişse atıf dikkate alınmamaktadır. Tüzük'te ise böyle bir ayrıma yer verilmediğinden mal rejimine uygulanacak hukuk ister taraflarca seçilmiş olsun ister objektif bağlama kurallarına göre belirlenmiş olsun, yetkili hukukun yalnızca maddi hukuk kuralları dikkate alınmaktadır.

[1270] Nita, s. 30; Oprea, s. 588.

IV. BOŞANMA VE AYRILIKTA HUKUK SEÇİMİ

Günümüzde küreselleşmenin bir sonucu olarak artık kişiler çok daha kolay sınır ötesi seyahatler gerçekleştirmekte ve seyahat ettikleri ülkelerde ekonomik ve sosyal ilişkiler kurmaktadırlar. Buna bağlı olarak farklı ülke vatandaşları arasında gerçekleşen evliliklerin sayısı da artış göstermektedir. Özellikle Avrupa ülkelerinde bu artış daha hızlı ilerlemektedir[1271]. Yabancı unsurlu evliliklerin artmasının doğal sonucu olarak boşanma ya da ayrılık uyuşmazlıkları ile sıklıkla karşılaşılmakta ve bu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk problemi yaşanmaktadır[1272].

Milli hukuklarda boşanmaya uygulanacak hukukun tespitinde kabul edilen esasların yer yer farklılaştığı görülmektedir. Bu farklılık temelde Kıta Avrupası ile *Common Law* hukuk sistemlerinde kabul edilen iki ayrı yaklaşıma dayanmaktadır[1273]. Boşanmaya *Common Law* ülkelerinde yargılamayı hızlandırmak ve müteakip kararlar bakımından yeknesaklığı sağlamak amacıyla mahkemenin en iyi bildiği hukuk olan *lex fori*'nin uygulanması şeklinde pragmatist bir görüş hâkimken Kıta Avrupası ülkelerinde ise genellikle boşanmayla en sıkı ilişkili hukuk olarak görüldüğü için "milli hukuk"un tercih edildiği görülmektedir[1274]. Ancak zaman içinde boşanmaya ilişkin maddi hukuk alanında daha özgürlükçü bir yaklaşımın[1275] benimsenmesi ile kanunlar ihtilafı hukukunda da boşanmaya uygulanacak hukuk bakımından irade muhtariyetine yer verilmesi üzerinde durulmaya başlanmıştır[1276]. Hatta Avrupa Birliği hukukunda bu konuda somut bir adım atılarak boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuk bakımından hukuk seçimi imkânı getirilmiştir (Roma III Tüzüğü m. 5). Çin hukukunda da tarafların anlaşarak evlilik kayıt makamı önünde boşanmak istemeleri halinde

---

1271 Aude Fiorini, "Rome III - Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far", ***International Journal of Law***, Policy and the Family, 22(2), 2008, s. 178. Örneğin, Fransa'da Ekim 2021 itibariyle her yedi evlilikten en az birisinde eşlerden birinin Fransız vatandaşı olmadığı (*mixed marriage*) bildirilmektedir. 2019 yılında yapılan 212.415 evlilikten 32.430'u *mixed marriage*'dır. Bkz. How many mixed marriages are there in France?, https://www.ined.fr/en/everything_about_population/demographic-facts-sheets/faq/mixed-marriages-france/, 28.10.2022.

1272 Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 3.

1273 Bayata Canyaş, "Boşanma Davaları", s. 4; Veronika Gaertner, "European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments", ***Journal of Private International Law***, 2(1), 2006, s. 104.

1274 Bayata Canyaş, "Boşanma Davaları", s. 4, 13; Franzina, s. 94; Gaertner, s. 104.

1275 Maddi hukuklarda boşanma konusunda kabul edilen esnek yaklaşım "*favor divortii*", evliliği olabildiğince ayakta tutma çabası gösteren yaklaşım "*favor matrimonii*" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Bayata Canyaş, "Boşanma Davaları", s. 4; Bayraktaroğlu Özçelik, s. 514.

1276 Bayata Canyaş, "Boşanma Davaları", s. 7; Jayme, s. 3.

sınırlı bir hukuk seçimi imkânı kabul edilmektedir[1277]. Buna karşın Kıta Avrupası hukuk sisteminde yer alan İsviçre hukuku ve Türk hukukunda taraflara boşanma ve ayrılık bakımından hukuk seçimi imkânı tanınmamaktadır[1278]. İngiliz hukukunda da bu alanda irade muhtariyeti kesin olarak reddedilmektedir[1279].

A. Türk Hukukundaki Durum

Türk hukukunda ailenin toplumun temeli olduğu ve devletçe korunması gerektiği ilkesinin benimsenmesi[1280] ve aile hukuku ilişkilerinin kamu menfaatini ilgilendirdiğinin kabul edilmesine bağlı olarak bu alanda yalnızca mal rejimleri bakımından irade muhtariyetine yer verilmektedir. MÖHUK m. 14/1'e göre boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tabi olup tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları halinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır. Bu madde uyarınca boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılması mümkün değildir[1281]. Bununla birlikte kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda atfın uygulanmasını öngören m. 2/3 hükmü dolaylı olarak boşanma ve ayrılıkta hukuk seçimini mümkün kılmaktadır. Şöyle ki; bu hükme göre m. 14'ün boşanmaya uygulanmak üzere gösterdiği yabancı hukukun (müşterek milli hukuk, bulunmuyorsa müşterek mutad mesken hukuku) kanunlar ihtilafı kurallarına bakılır. Eğer ki bu hukukun kanunlar ihtilafı kuralı boşanmada hukuk seçimini mümkün kılıyorsa, hâkim tarafların hukuk seçimini dikkate almalıdır[1282]. Bu noktada MÖHUK m. 14 uyarınca yetkili olan yabancı hukukun boşanmada hukuk seçimine imkân tanıyan hükmünün, kamu düzenine açıkça aykırılık (m. 5) gerekçesi ile uygulanmamasının mümkün olup olmayacağı sorusu

---

1277 Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 270.

1278 *IPRG* m. 61'e göre boşanma ve ayrılığa İsviçre hukuku uygulanır. Ancak eşlerden her ikisinin de aynı yabancı vatandaşlığa sahip olması ve eşlerden yalnızca birinin İsviçre'de ikamet etmesi halinde müşterek milli hukukları uygulanır.

1279 Bayata Canyaş, "Boşanma Davaları", s. 13.

1280 Hatemi, s. 2, 6; Kılıçoğlu, ***Aile Hukuku***, s. 2. Anayasa m. 41/1: "*Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır*".

1281 2675 sayılı MÖHUK'ta hukuk seçimi kabul edilmemiştir (m. 13). Mülga MÖHUK döneminde verilen bir Yargıtay kararında tarafların müşterek milli hukukları bulunmasına rağmen Türk hukukunun uygulanması yönündeki talepleri yerinde görülmemiştir (2. HD, 26.09.1995, E. 1995/6392, K. 1995/7628; 12.07.1995, E. 1995/7581, K. 1995/8106). Bkz. Tekinalp, ***MÖH***, s. 169, dn. 3. 5718 sayılı MÖHUK döneminde ise Yargıtay tarafları İngiliz vatandaşı olan boşanma davasında tarafların talebi üzerine Türk hukukunu uygulayarak uyuşmazlığı çözen yerel mahkeme kararını bozmuş ve İngiliz hukukunun uygulanmasına hükmetmiştir. Bkz. 2. HD, 16.10.2019, E. 2019/4761, K. 2019/10295.

1282 Aynı yönde bkz. Bayata Canyaş, "Boşanma Davaları", s. 17.

gündeme gelmektedir. *Bayata Canyaş*, haklı olarak seçilen hukukun bu gerekçeyle uygulanmamasının kamu düzeninin istisnai niteliği[1283] ile bağdaşmayacağını, yetkili yabancı hukukun hukuk seçimine imkân tanıyor olmasının başlı başına Türk kamu düzenine aykırılık oluşturmadığını savunmaktadır[1284]. Yabancı hukukun Türk hukukundan farklı bir hüküm öngörmesi tek başına, bu hükmün kamu düzenine aykırı olduğunu göstermemektedir[1285]. Kamu düzenine açıkça aykırılıktan bahsedebilmek için kısaca Türk hukukunun ve Türk toplumunun temel değerleri ile kati surette bağdaşmayan bir durumun bulunması gerekir[1286]. MÖHUK m. 14'e göre yetkili olan hukukun hukuk seçimine imkân tanıyan hükmünün uygulanması halinde ise böyle bir durum söz konusu değildir. Ne zamanki seçilen hukuk her iki eş için boşanma yasağı gibi ya da yalnızca erkeğe boşanma hakkı tanınması gibi bir hüküm içerir o zaman Türk kamu düzenine açıkça aykırılıktan bahsedilebilir[1287].

Kanaatimizce Türk hukukunda boşanma ve ayrılığa ilişkin davalarda sınırlı da olsa hukuk seçimi imkânı tanınması tarafların menfaatine uygun düşebilir. Zira m. 14/1'te öngörülen "müşterek milli hukuk" her zaman eşlerin en yakın ilişki içinde oldukları hukuk olmayabilir. Örneğin, uzun yıllardır Türkiye'de ikamet izni ya da çalışma izni ile bulunan, hayat ilişkilerini burada yoğunlaştıran Hindistan'lı evli bir çiftin müşterek milli hukukları olan Hindistan hukukuna göre Türk hukuku ile daha yakın ilişki içinde oldukları söylenebilir. Böyle bir durumda taraflar hukuk seçimi yoluyla boşanma ilişkisine Türk hukukunun uygulanmasını sağlayabilirler.

Boşanma ve ayrılık bakımından hukuk seçimi imkânı getirilmesi hâkimin de lehine olacaktır. Şöyle ki; MÖHUK m. 2/3 uyarınca boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun tespitinde atıf dikkate alınmaktadır. Yani hâkim önce m. 14'e göre uygulanacak hukuku tespit etmek, ardından bu hukuktaki kanunlar ihtilafı kurallarına bakmak, eğer ki söz konusu kanunlar ihtilafı kuralları başka bir yabancı hukuku yetkili

---

1283 Bu konuda bkz. ***Üçüncü Bölüm, V. A. 1. 2.***

1284 Bayata Canyaş, "Boşanma Davaları", s. 19.

1285 Nomer, s. 164.

1286 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesini "*Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasî ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık*" şeklinde belirlemiştir. Bkz. 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, RG. 20.09.2012-28417.

1287 Bayata Canyaş, "Boşanma Davaları", 20.

kılıyorsa o hukukun maddi hukuk hükümlerine göre uyuşmazlığı nihai çözüme kavuşturmakla yükümlüdür. Ancak tarafların geçerli bir hukuk seçimi yapmış olmaları halinde hâkimin bu yükümlülüğü ortadan kalkacağından ve hâkim doğrudan seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerine göre karar vereceğinden (taraflar aksini kararlaştırmamışsa) zaman ve emek tasarrufu sağlanacaktır. Tarafların hukuk seçimi yaparak Türk hukukunu seçmeleri halinde ise hâkimin işi daha da kolaylaşacaktır. Artan yabancı unsurlu boşanma davaları ve bu davaların çetrefil yapıları göz önünde bulundurulduğunda hukuk seçiminin önemi daha iyi anlaşılmaktadır.

Boşanma davalarında hukuk seçiminin sağladığı avantajlar ile bu davaların kamu menfaatlerini ilgilendiren yönü birlikte değerlendirildiğinde menfaatler dengesini sağlamak adına tüm boşanma uyuşmazlıklarında değil, en azından Çin hukukuna benzer şekilde anlaşmalı boşanma davalarında hukuk seçimine imkân tanınmasının makul bir düzenleme olacağı kanaatindeyiz.

B. Roma III Tüzüğü'ndeki Düzenleme

Avrupa ülkelerinde gerçekleşen evliliklerin sayısı ile doğru orantılı olarak boşanmaların ve ayrılıkların da artış göstermesi, Avrupa Birliği hukukunda bu alana ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılmasını zorunlu kılmıştır. 2006 yılında bu amaçla sunulan tüzük teklifinde üye devletlerde uygulanan kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılmasının, bir üye devlet bakımından diğer üye devletlerde verilen boşanma ve ayrılık kararlarına karşı duyulan güveni artıracağı ve bu kararların karşılıklı olarak tanınmasını kolaylaştıracağı ifade edilmiştir[1288]. Birlik 20 Aralık 2010 tarihinde "Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin 1259/2010 sayılı Tüzük"ü kabul etmiştir[1289].

Tüzük m. 5- m. 16 arasında boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmektedir. Pek çok milli hukukta kural olarak mal rejimleri dışındaki aile hukukuna ilişkin konularda irade muhtariyetine yer verilmediği göz önünde bulundurulduğunda Tüzük'ün hukuk seçimine izin veren 5. maddesi önemli bir yenilik olarak değerlendirilebilir[1290]. Zira hukuk seçiminin en büyük faydalarından birisi olan hukuki güvenliğin sağlanması boşanma ve ayrılık davaları

[1288] Fiorini, s. 179.
[1289] Tüzük'ün kabul süreci ve uygulama alanı hakkında bkz. ***Birinci Bölüm, II. B. 3.***
[1290] Bayraktaroğlu Özçelik, s. 523.

bakımından da önem arz etmektedir. Hukuki güvenliğin sağlanması hem tarafların beklentilerini karşılamaya hem de adaletin sağlıklı bir biçimde işlemesine yardımcı olmaktadır[1291]. Hukuk seçiminin kabulü ile günümüz mobil yaşam biçimlerinde her zaman kolay olmayan ve Tüzükte düzenlenen asli bağlama kuralı olan (m. 8/1) eşlerin müşterek mutad meskeninin belirlenmesi açısından oluşabilecek sakıncaların da önüne geçildiği ifade edilmektedir[1292]. Ayrıca m. 8'de öngörülen objektif bağlama statüleri her durumda eşlerin en yakın bağlantı içinde olduğu hukuklar olmayabilir. Bu açıdan eşlere daha iyi bildikleri ya da uygulanmasının daha adil sonuçlar doğuracağını düşündükleri hukuku seçme imkânının tanınması yerindedir.

1. Seçilebilecek Hukuklar

Tüzükte eşlere sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır (m. 5/1). Eşler, hukuk seçimi anlaşmasının akdedildiği sırada (müşterek) mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukukunu (a), anlaşmanın akdedildiği sırada eşlerden birinin mutad meskeninin hala orada olması kaydıyla, eşlerin son (müşterek) mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukukunu (b), anlaşmanın akdedildiği sırada eşlerden birinin vatandaşlığını taşıdığı ülke hukukunu (c) ya da mahkemenin hukukunu (d) seçebilirler.

Dibacede, sayılan hukukların tercih edilmesinin nedeninin eşlerin özel bağlantı içinde olduğu hukukları seçmelerini sağlamak olduğu belirtilmektedir (par. 16) [1293]. Ayrıca m. 5/1 ile boşanma ve ayrılığa milli hukukun uygulanmasını savunanlar ile mutad mesken hukukunun uygulanmasını savunanlar arasında bir anlamda arabuluculuk yapılmıştır[1294]. Seçilebilecek hukuklar arasında "mahkemenin hukuku"na yer verilmesinin temelinde yatan argüman ise bu hukukun uygulanmasının basitliği ve ucuzluğu karşısında yabancı hukukların muhtevasının tespit edilmesi ve uygulanmasının uzun ve meşakkatli bir yol olmasıdır[1295]. Yukarıda sözü edilen hukukların Tüzük'e katılmayan bir üye devlete ya da Birlik üyesi olmayan bir devlete

---

1291 Fiorini, s. 188; Franzina, s. 109.

1292 Bayata Canyaş, "Boşanma Davaları", s. 11; Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 16, dn. 48; Ilaria Viarengo, "The Role of Party Autonomy In Cross-Border Divorces", ***Netherlands Internationaal Privaatrecht***, 4, 201, s. 556.

1293 "Mutad mesken" kavramının tercih edilmesi bu kavramın yorumlanmasının zor olması nedeniyle eleştirilmektedir. Bkz. Fiorini, s. 197.

1294 Franzina, s. 109.

1295 Mahkemelerin yabancı bir hukuku düzgün bir şekilde uygulayamayacağı fikrine dayanan bu pragmatist yaklaşım eleştirilmektedir. Bir mahkeme tarafından yabancı hukukun yanlış uygulandığı sayısız dava olmasına rağmen yine de bu yanlış uygulama örneklerinin hiçbir zaman tüm davalarda yabancı hukukun uygulanmasına son verilmesi ve hâkimin hukukun uygulanması gerektiğini fikrini desteklemek için kullanılmadığı belirtilmektedir (Fiorini, s. 189).

ait olması da mümkündür (m. 4)[1296]. Örneğin, taraflar Tüzük'e katılmayan Birlik üyesi Finlandiya hukukunu ya da Birlik üyesi olmayan Türk hukukunu seçebilirler.

Eşler birden fazla vatandaşlığa sahipse nasıl bir yol izleneceği hususunda Tüzük'te herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Kanaatimizce seçim anında sahip olunan vatandaşlıklardan herhangi birisinin seçilmesi mümkündür. Zira Tüzük'te eşlerin sahip olduğu vatandaşlıklardan yalnızca mahkemenin bulunduğu devletin vatandaşlığının dikkate alınması ya da en sıkı ilişki içinde olduğu devlet vatandaşlığının dikkate alınması gibi sınırlayıcı bir hükme yer verilmemektedir. Yalnızca dibace kısmında "Tüzük'ün vatandaşlığı uygulanacak hukukun tespiti bakımından bağlayıcı faktör olarak düzenlediği durumlarda, çok vatandaşlık vakalarının nasıl ele alınacağı sorusunun Avrupa Birliği'nin genel ilkeleri tam olarak gözetilerek milli hukuklara göre cevaplanacağı" belirtilmektedir (par. 22). Bu ifadelerin uygulanacak hukukun hukuk seçimi yoluyla değil m. 8-c'deki[1297] objektif bağlama kuralına göre tespit edildiği durum için geçerli olduğu savunulmaktadır[1298]. Ayrıca eşlerden birinin ya da her ikisinin taşıdığı vatandaşlıklardan birisinin mahkemenin bulunduğu devletin vatandaşlığı olması halinde yalnızca bu devlet hukukunun uygulanacağının kabulünün, 22. paragrafta bahsi geçen "Avrupa Birliği'nin genel ilkeleri"ne, özellikle "ayrımcılık yasağına" aykırılık oluşturacağından mümkün olmadığı eklenmektedir[1299].

Eşlerin m. 5/1 uyarınca seçebilecekleri hukuklar "hukuk seçimi anlaşmasının akdedildiği an" ile sabitlenmiştir. Dolayısıyla taraflar anlaşma yapılmadan önce sahip oldukları ancak sonradan değiştirdikleri mutad mesken ya da milli hukuklarını seçemezler. Bu hüküm ile sözü edilen bağlama noktalarında meydana gelen değişikliklerin uygulanacak hukukun tespitini etkilemesinin engellenmesinin ve

---

1296 Ayrıca bkz. Viarengo, s. 557. Tüzüğe taraf olan devletler için bkz. ***Birinci Bölüm, II. B. 3.***

1297 Tüzük m. 8: "*5. maddeye göre hukuk seçimi yapılmadığı takdirde, boşanma ve ayrılık aşağıdaki devlet hukukuna tâbi olacaktır:*
(a) davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku, bulunmuyorsa,
(b) dava açıldığı tarihten geriye dönük olarak bir yıldan daha uzun bir süre önce sona ermemiş ve davanın açıldığı anda eşlerden birinin mutad meskenin hala orada olması koşuluyla eşlerin son müşterek mutad mesken hukuku, bulunmuyorsa,
(c) davanın açıldığı tarihte eşlerin müşterek milli hukuku, bulunmuyorsa
(d) davanın açıldığı mahkemenin hukuku."

1298 Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 18.

1299 Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 18.

hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmektedir[1300].

2. Hukuk Seçiminin Zamanı

Hukuk seçimi anlaşması taraflarca mahkemede dava açılıncaya kadar herhangi bir zamanda yapılabilir ya da değiştirilebilir (m. 5/2). Bu hükmün istisnası üçüncü fıkrada öngörülmektedir. Eğer ki hâkimin hukuku izin veriyorsa eşler yargılama sırasında mahkeme önünde de uygulanacak hukuku belirleyebilirler. Böyle bir durumda seçim mahkemede hâkimin hukukuna göre kayıt altına alınacaktır.

3. Hukuk Seçiminin Şekli

Tüzük m. 7'de, m. 5/1 ve 2 uyarınca dava açılıncaya kadar yapılan hukuk seçimi anlaşmaları bakımından şekil şartı öngörülmektedir. 7. maddeye göre anlaşmanın yazılı olması, tarih atılması ve her iki eş tarafından imzalanması gerekmektedir. Sözleşmenin kalıcı olarak kaydedilmesini sağlayan her türlü iletişim yolu da yazılılık şartını sağlamış olmaktadır (m. 7/1). Böyle bir şekil şartının öngörülmesinin nedeni eşlerin hukuk seçiminin sonuçlarını daha iyi düşünme fırsatı bularak, bilinçli bir seçim yapmalarını kolaylaştırmak ve iradelerine saygı duyulmasını sağlamaktır[1301].

Tüzük'te öngörülen şekli şartları uyarınca dava açılıncaya kadar yapılacak hukuk seçimi anlaşmasının örtülü olarak yapılamayacağı kabul edilmelidir[1302]. 7. maddede bazı ek şekli gerekliliklerin aranabileceği düzenlenmektedir. Buna göre anlaşmanın akdedildiği sırada eşlerin müşterek mutad meskeninin bulunduğu üye devlet hukukunun (m. 7/2), eşlerin mutad meskenlerinin farklı üye devletlerde bulunması halinde bu devlet hukuklarından birisinin (m. 7/3), eşlerden yalnızca birinin mutad meskeninin üye devlette bulunması halinde bu devlet hukukunun (m. 7/4) aradığı ek şekli gerekliliklere de uyulması gerekmektedir. Bu kapsamda hukuk seçimi anlaşması, Tüzük'e taraf devletlerin dışında bir devlette yapılmış ve bu Tüzük'e taraf bir devlet mahkemesinde uygulanacaksa, anlaşmanın yalnızca m. 7/1 uyarınca yazılı, tarihli ve imzalı olması aranmaktadır[1303]. Doktrinde, Tüzük m. 7/2-4 hükümleri

---

1300 Bayraktaroğlu Özçelik, s. 525.
1301 Dibace par. 19.
1302 Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 20.
1303 Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 21.

nedeniyle hukuk seçimi anlaşmalarının şekline ilişkin ortaya çıkan rejimin üye devletten üye devlete değişebilen, yeknesak kurallarla milli kuralların bir kombinasyonu olacağı, bu nedenle Tüzük'ün kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması amacının ciddi şekilde etkileneceği eleştirisi yöneltilmektedir[1304].

Yukarıda sözü edilen şekil şartları m. 5/3 uyarınca mahkeme huzurunda yapılan hukuk seçimi anlaşmalarına uygulanmamaktadır. Dolayısıyla bu türden hukuk seçimi anlaşmalarının mahkemenin hukukunun aradığı şekil kurallarına uygun olması gerektiği savunulmaktadır[1305]. Bu kapsamda mahkemenin hukuku izin veriyorsa örtülü hukuk seçiminin de mümkün olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, eşlerin her ikisinin de iddia ve savunmalarını aynı devlet hukukuna göre beyan etmeleri, o ülke hukukuna ait kavram ya da terimleri kullanmaları gibi durumlardan tarafların boşanmaya ya da ayrılığa uygulanmak üzere söz konusu devlet hukukunu seçtikleri sonucu çıkarılabilir.

4. Diğer Hususlar

Taraflar boşanma ya da ayrılığa uygulanacak hukuku seçmemişse ya da yukarıdaki hükümler uyarınca geçerli bir hukuk seçimi anlaşması mevcut değilse uygulanacak hukuk 8. maddede öngörülen objektif bağlama kurallarına göre tespit edilmektedir[1306].

Tüzük'te MÖHUK'un aksine boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun tespitinde atıf reddedilmektedir. 12. madde uyarınca uygulanacak hukuk ister hukuk seçimi yoluyla ister objektif bağlama kurallarına göre belirlenmiş olsun bu hukukun milletlerarası hukuk kuralları dışındaki kuralları dikkate alınır. Tarafların seçilen hukukun kanunlar ihtilafı hükümleri ile birlikte uygulanmasını kararlaştırma yetkileri yoktur. Boşanma ve ayrılığa uygulanacak hukukun tespiti bakımından atfı kabul eden MÖHUK'tan (m. 2/3) ayrılmaktadır.

Son olarak değinilmesi gereken önemli bir düzenleme "Mahkemenin Hukukunun Uygulanması" (*Application of the law of the forum*) başlıklı 10. maddede yer almaktadır. Buna göre m. 5 veya m. 8 uyarınca uygulanacak hukukun boşanmaya

---

1304 Franzina, s. 115.

1305 Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 21; Tobias Helms, "Reform des intemationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung", ***Fam RZ***, Heft 22/2011, s. 1769; Urs Peter Gruber, "Scheidung auf Europaisch- die Rom III – Verordnung", ***IPRax***, Heft 5/2012, s. 387.

1306 Bu konu hakkında bilgi için bkz. Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 446 vd.

ilişkin herhangi bir hüküm içermemesi veya eşlerden birinin cinsiyeti nedeniyle boşanma veya ayrılığa eşit şekilde erişmesine izin vermemesi halinde bu hukuk yerine mahkemenin hukuku uygulanır. Böylece her iki eşin de boşanma hakkına sahip olması sağlanmakta ve ayrımcılığın önüne geçilmektedir[1307].

[1307] Bayata Canyaş, "Boşanma Davaları", s. 11.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
HUKUK SEÇİMİNDE KARŞILAŞILABİLECEK SORUNLAR VE ÖNERİLER

Çalışmamızın birinci bölümünde hukuk seçimine ilişkin milletlerarası düzenlemeler ile karşılaştırmalı hukuk verileri ve Türk hukukundaki düzenlemeler ışığında hukuk seçimi anlaşmalarının hüküm ve sonuçları geniş bir bakış açısıyla değerlendirilmeye çalışılmıştır. İkinci bölümde ise Türk hukukunda kanun koyucunun hukuk seçimine imkân tanıdığı çeşitli sözleşme türleri ve sözleşme dışı ilişkilere ilişkin hükümler incelenmiş, bu alandaki Avrupa Birliği düzenlemelerine de genel hatlarıyla yer verilmiştir. Aynı zamanda boşanmaya ve ayrılığa uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesine imkân tanıyan Roma III Tüzüğü hükümleri ile birlikte Türk hukukunda irade muhtariyetine yer verilmeyen bu alanda hukuk seçiminin mümkün olup olmayacağı değerlendirilmiştir.

Yukarıda sözü edilen bölümler kapsamında yeri geldikçe kanunlar ihtilafı hukukunda irade muhtariyetinin önemi, taraflara ve hâkime sağladığı avantajlardan bahsedilmiş, farklı hukuki ilişki türlerinde de bu hususta ayrıca değerlendirmelerde bulunulmuştur. Ancak tarafların hukuk seçimi anlaşması yaptıkları hukuki ilişkilerde bazı olumsuz durumlarla karşılaşmaları da mümkündür. Taraflar hukuk seçimi yaparken aralarındaki hukuki ilişkiyi tüm yönleriyle değerlendirmemiş olabilirler. Seçilen hukukun uygulanmasının hüküm ve sonuçlarını tam olarak araştırmamalarından dolayı ortaya çıkabilecek sorunları da öngöremezler. Bu hallerde hukuk seçiminden beklenen hukuki belirlilik ve öngörülebilirliğin sağlanması mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla hukuk seçiminin taraf menfaatlerine en üst düzeyde hizmet edebilmesi için belirli hususlara dikkat edilmesinde fayda olduğunu düşünüyoruz. Çalışmamızın son bölümünde hukuk seçiminde karşılaşılabilecek sorunları ortaya koymayı ve bazı önerilerde bulunmayı amaçlıyoruz.

I. SEÇİLEN HUKUKUN BİR BÜTÜN OLARAK DİKKATE ALINMAMASI

A. Seçilen Hukukun Parçası Haline Gelen Milletlerarası Anlaşmaların Göz Ardı Edilmesi

Tarafların genellikle seçtikleri hukukun maddi hukuk siteminde yer alan kanun hükümlerini ve ikincil düzenlemeleri dikkate aldıkları, seçilen hukukun maddi hukuk sistemine dahil olan ikili ya da çok taraflı milletlerarası anlaşmaları ise gözden kaçırdıkları görülmektedir[1308]. Halbuki bu anlaşmalar, hukuku seçilmiş olan devlet tarafından onaylanarak o devletin iç hukukunun bir parçası haline gelmekte[1309] ve kanunlarla eşit ya da daha üst düzeyde uygulanırlığa sahip olmaktadırlar. Milletlerarası anlaşmalar kural olarak düzenledikleri konularda ilgili kanunlardan önce uygulanma kabiliyeti taşımaktadırlar[1310].

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*." (m. 90/5)[1311]. MÖHUK'un "*Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır*"[1312] şeklindeki m. 1/2 hükmüyle de kural olarak milletlerarası anlaşmaların MÖHUK'a göre öncelikle uygulanacağı ortaya koyulmaktadır[1313]. Bu kapsamda, taraflar

---

1308 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 59.

1309 Bir milletlerarası anlaşmanın imzalanmış olması onun yürürlüğe girmesi için yeterli değildir. Anayasa hükümleri uyarınca onaylanmaları ve onay belgelerinin anlaşmada gösterilen tevdi yeri ülkesine gönderilmesi ve genellikle söz konusu milletlerarası anlaşmanın son hükümlerinde yer alan yürürlük için belirlenen sürenin geçmesi gerekmektedir (Tekinalp, ***MÖH***, s. 32, 33).

1310 Doğan, ***MÖH***, s. 14.

1311 Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca milletlerarası anlaşmaların Türk hukukundaki etkileri hakkında bir çalışma için bkz. Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", ***TBB Dergisi***, S. 70, 2007, s. 187-213.

1312 Aynı yönde bir hüküm için bkz. *IPRG* m. 1/2.

1313 Ekşi, ***Milletlerarası Ticaret Hukuku***, s. 42. Türkiye'nin taraf olduğu kanunlar ihtilafı hukukuna ilişkin hükümler öngören bazı milletlerarası anlaşmalar şunlardır: Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme (RG. 24.12.1971-14052), Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Sözleşme (26.08.1975-15338), Evlenme ile Nesebin Düzeltilmesine Dair Sözleşme (RG. 22.09.1975-15364), Vasiyet Tasarruflarının Şekline İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Konusunda Sözleşme (RG. 17.01.1983-17931), Küçüklerin Korunması

aralarındaki sözleşmeden doğan bir borç ilişkisine ya da sözleşme dışı bir hukuki ilişkiye uygulanmak üzere Türk hukukunu yetkilendirmeleri halinde Türkiye'nin bu konuda taraf olduğu anlaşma hükümlerinin uygulanmasını da kabul etmiş olurlar. Örneğin tarafların aralarındaki kara yolu ile eşya taşıma sözleşmesine uygulanmak üzere Türk hukukunu seçmeleri halinde, sözleşme *CMR*'nin uygulama alanına[1314] dahilse *CMR* hükümleri öncelikli olarak uygulanır. Ancak bazı milletlerarası anlaşmalarda taraflara anlaşma hükümlerinin tamamen ya da kısmen uygulanmayacağını kararlaştırma imkânı tanınmaktadır[1315]. *CISG* böyle bir milletlerarası anlaşmadır. Tarafların *CISG*'ın uygulama alanına giren bir taşınır satım sözleşmesine Türk hukukunun uygulanmasını kararlaştırmaları halinde kural olarak sözleşme *CISG* hükümlerine tabi olmaktadır. Ancak taraflar *CISG* m. 6 uyarınca aralarındaki sözleşmeye, 12. madde saklı kalmak kaydıyla, *CISG*'ın tümüyle ya da bazı hükümlerinin uygulanmayacağını kararlaştırabilirler.

Bu gerekçelerle tarafların hukuk seçimi yaparken hukuku seçilecek olan devletin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaları da dikkate almaları önerilmektedir[1316]. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin söz konusu milletlerarası anlaşmalardan herhangi birisinin uygulama alanına girip girmediği kontrol edilmeli, eğer ki böyle bir anlaşma mevcut ise anlaşma hükümleri tek tek gözden geçirilmelidir. Taraflar arasındaki hukuki ilişki bir sözleşme ilişkisi ise sözleşmeyi ilgili anlaşma hükümleri doğrultusunda kaleme almaları en sağlıklı çözüm yolu olacaktır. Aksi halde anlaşma hükümleri taraflar arasındaki sözleşmenin belirli hükümlerini geçersiz kılabilir ve taraflar istemedikleri bir sonuçla karşılaşabilir.

Alanında Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Hukuka Dair Sözleşme (RG. 21.02.1983-17966), Nafaka Yükümlülüğüne Uygulanacak Hukuk Hakkında Sözleşme (RG. 06.02.1983-17951), Uluslararası Çocuk Kaçırmaların Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme (RG. 15.02.2000-23965).

1314 *CMR*'nin uygulama alanı hakkında bkz. ***İkinci Bölüm, I. C.***

1315 Ekşi, ***Milletlerarası Ticaret Hukuku***, s. 42; Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 59.

1316 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 337.

B. Seçilen Hukukun Emredici Hükümlerinin Göz Ardı Edilmesi

Emredici hukuk kuralları, bir hukuki ilişkinin taraflarının aksini kararlaştıramayacakları ve uygulanmasını bertaraf edemeyecekleri hukuk kurallarıdır[1317]. Türk hukukunda emredici hukuk kurallarına aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlüktür (mutlak butlan) (TBK m. 27/1)[1318]. Bir hükmün emredici nitelikli olup olmadığı kimi zaman hükmün lafzından açıkça anlaşılabilir[1319]. Örneğin TBK'daki "*Satıcının sözleşmenin kurulduğu sırada belirlenen toplam satış bedeline ek bir bedel isteme hakkını saklı tutan bütün kayıtlar geçersizdir*" şeklindeki m. 268/1 hükmü, "*Temerrüt faizine, ayrıca temerrüt faizi yürütülemez*" şeklindeki m. 121/3 hükmü. Bazı hallerde ise hükmün lafzından emredici olup olmadığına ilişkin bir sonuç çıkarılması mümkün olmaz. Hatta bazen hükmün lafzı bu hususta yanıltıcı olabilir[1320]. Örneğin, "*Borç, alışılmış iş saatlerinde ifa ve kabul edilir*" şeklindeki TBK m. 94 hükmü ilk bakışta emredici gibi görünse de taraflarca bu hükmün aksinin kararlaştırılmasına bir engel bulunmamaktadır[1321]. Dolayısıyla bir hukuk kuralının emredici nitelikte olup olmadığına karar verilebilmesi için hükmün amacının da araştırılması gerekir[1322]. Kamu düzenini ve genel ahlakı korumaya ilişkin hükümler, hukuki ilişkinin zayıf tarafının korunmasına ya da kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler amaçları gereği emredici hüküm olarak kabul edilmektedir[1323]. Hukuka ve ahlaka aykırı bir sonucun gerçekleşmesi amacıyla verilen şeyin geri istenemeyeceğini öngören TBK m. 81, kişiliğin vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı korunmasına ilişkin TMK m. 23 hükümleri böyledir.

Tarafların aralarındaki yabancı unsurlu hukuki işlem ya da ilişkiye belirli bir devlet hukukunun uygulanmasını kararlaştırmaları halinde bu hukuk yedek,

---

1317 Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 109; Dural/Sarı, s. 129; Eren, s. 318; Oğuzman/Barlas, s. 84, 85, 86; Öztan, s. 20.

1318 Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 109; Ayan, s. 127, 187; Eren, s. 317, 318; Oğuzman/Barlas, s. 85. TBK'nın "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*" şeklindeki m. 27/1 hükmünde yer alan "kanun" sözcüğünün yalnızca kanun dediğimiz yazılı kaynakları değil kanun dışındaki diğer yazılı kaynakları (kanun hükmünde kararname, içtihadı birleştirme karar vb.) da içine alacak şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 99.

1319 Dural/Sarı, s. 129; Eren, s. 319; Oğuzman/Barlas, s. 85; Öztan, s. 20.

1320 Oğuzman/Barlas, s. 86.

1321 Oğuzman/Barlas, s. 86.

1322 Dural/Sarı, s. 129; Eren, s. 319; Oğuzman/Barlas, s. 86; Öztan, s. 20.

1323 Akipek/Akıntürk/Ateş, s.109; Dural/Sarı, s. 129; Eren, s. 319; Oğuzman/Barlas, s. 86.

tamamlayıcı ve emredici hükümleri ile birlikte bir bütün halinde seçilmiş olur[1324]. Ancak tarafların çoğu zaman bu hususu göz önünde bulundurmaksızın hareket ettikleri görülmektedir. Bu durum özellikle sözleşmeler hukuku alanında sorun yaratmaktadır. Pratikte taraflar çoğunlukla herhangi bir hukuk düzenine dayalı olmaksızın tamamen içinde bulundukları koşullara ve karşılıklı beklentilerine göre sözleşme akdetmektedirler[1325]. Sözleşme akdedildikten sonra ise ya sözleşmeye bir madde ekleyerek ya da nadiren ayrı bir hukuk seçimi anlaşması yaparak uygulanacak hukuku belirlemektedirler. Hal böyle olunca sözleşme hükümlerinin seçilen hukukun emredici hükümleri ile çelişme ihtimalini gözden kaçırmaktadırlar. Halbuki seçilen hukukun emredici hükümlerinin sözleşme hükümlerinin bazılarını geçersiz hale getirmesi ve bu sözleşmeyi fiilen yeniden oluşturması mümkündür[1326]. Bu durum özellikle tarafların sözleşmeye sorumsuzluk şartı ya da sorumluluğu hafifletme (kısıtlama) şartı koydukları milletlerarası ticari sözleşmeler bakımından gündeme gelmektedir[1327]. Seçilen hukukun emredici bir hükmü nedeniyle sözleşmeye eklenen sorumsuzluk şartı ya da sorumluluğu hafifletme şartı geçersiz hale gelebilir. Sorumsuzluk şartını sözleşmeye ekleyen ve akabinde bu şartı geçersiz kılacak bir hukuk seçimini onaylayan tarafın tabiri caizse "kendi ayağına kurşun sıkmış" olacağı ifade edilmektedir[1328]. Örneğin taraflarca Türk hukukunun seçildiği ve taşıma hukukuna ilişkin milletlerarası anlaşmaların kapsamına girmeyen yabancı unsurlu bir taşıma sözleşmesinde yer alan sorumsuzluk şartının TTK'da ve Karayolları Trafik Kanunu'nda yer alan emredici hükümler nedeniyle sonuç doğurmaması mümkündür[1329].

1324 Bu konuda bkz. ***Birinci Bölüm, I. B. 1. a.***

1325 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 50.

1326 John Gornall, "Negotiating and Drafting the International Sales Contract and Related Agreements", ***Georgia Journal of International and Comparative Law***, 14(3), 1984, s. 500.

1327 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 51. Sorumsuzluk anlaşması sözleşmenin ihlalinden doğan zararın gerçekleşmesinden önce alacaklı ve borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ilerde alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin doğmasına tamamen veya kısmen engel olan bağımsız ya da asıl sözleşmeye ek olarak yapılan anlaşma olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Eren, s. 1086; Kılıçoğlu, s. 672; Oğuzman/Öz, s. 345.

1328 Gornall, s. 500.

1329 TTK m. 854: "*Kanunun, taşıyıcıya, taşıma işleri komisyoncusuna ve faaliyetleri Devlet iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların, önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu hükümlerin, işletme tüzüklerinde, genel işlem şartlarında, biletlerde, tarifelerde veya benzer diğer belgelerde öngörülmüş olmaları hâlinde de hüküm aynıdır*". 13.10.1983 tarih ve 2918 sayılı Kanun (RG. 18.10.1983-1819) m. 111/1: "*Bu Kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir*". Bu madde uyarınca yolcu biletlerine sorumluluğu sınırlandıran ya da kaldıran hükümler konulduğunda bunlar zarar görenler açısından geçersiz kabul edilir (Kılıçoğlu, s. 678).

Yukarıda bahsi geçen sorunla karşılaşmak istemeyen tarafların seçilen hukuk ile sözleşme hükümleri arasında uyum sağlamaları tavsiye edilmektedir[1330]. Bunun için de tarafların sözleşmeyi muhakkak belirli bir devlet hukukunu dikkate alarak kaleme almaları, ardından bu hukuku sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmeleri gerekmektedir.

II. HUKUKU SEÇİLEN ÜLKE İLE YER YÖNÜNDEN YETKİLİ MAHKEMENİN BULUNDUĞU ÜLKELERİN FARKLI OLMASI

Tarafların aralarındaki hukuki işlem ya da ilişki bakımından belirli bir devlet hukukunun uygulanmasını kararlaştırmaları; ancak bu işlem ya da ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlığın çözümü bakımından farklı bir devlet mahkemelerini yetkili kılmaları ya da kanunen yetkili olan farklı bir devlet mahkemesine başvurmaları halinde bazı sorunlarla karşılaşılabilir.

A. Yargılama Süresinin Uzaması ve Yargılama Masraflarının Artması

Uyuşmazlığın hukuku seçilen devletten farklı bir devlet mahkemesinde görülmesi halinde hâkimin seçilen yabancı hukukun içeriği hakkında bilgi sahibi olmak için araştırma yapması, gerekirse tercüme desteği alması ya da taraflardan yardım istemesi icap eder[1331]. Ayrıca hâkim yabancı hukukun maddi hukuk hükümlerini olaya uygulamakta da güçlük çekebilir. Hal böyle olunca yargılama masraflarının artması ve yargılama süresinin uzaması kaçınılmaz olur. Bu olumsuzlukların yaşanmaması için seçilen hukuk ile başvurulacak yargı mercii arasında uyum sağlanması önerilmektedir[1332]. Taraflar mümkünse hukukunu seçtikleri devlet mahkemelerini yetkilendirmelidirler. Zira seçilen hukuk ile yetkili mahkeme uyumunun sağlanması taraflar ve hâkim bakımından avantaj yaratmaktadır.

1330 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 337.

1331 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 51'den naklen Delaume G. R.; Transnational Contracts-Applicable Law and Settlement of Disputes, Appendix IV-Booklet D. 2(1988), p. 6.

1332 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 51; Gornall, s. 581 (Yazar, örneğin Fransız mahkemelerinde açılan bir davada Gürcistan hukukunun uygulanmasının talep edilmesinin karışıklığa yol açacağını belirtmektedir).

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de ifade edildiği üzere[1333] hâkimin en iyi bildiği hukuk kendi hukuku olduğundan bu hukuku uyuşmazlığa uygulaması çok daha kolaydır[1334]. Hâkim uyuşmazlığa uygulayacağı maddi hukuk hükümlerinin tespitinde ve yorumlanmasında zorlanmayacağından yargılamayı da daha kısa sürede sonuçlandırabilir. Uyuşmazlığın kısa sürede nihai çözüme kavuşturulması tarafların da menfaatinedir.

B. Mahkemenin Hukukunun Hukuk Seçimini Yasaklaması veya Sınırlaması

Yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa bakan hâkim bu uyuşmazlığa uygulanacak hukuku kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirler. Uyuşmazlığın tarafları aralarındaki hukuki ilişki hakkında geçerli bir hukuk seçimi anlaşması yapmışlarsa ve hâkimin hukukundaki kanunlar ihtilafı kuralları bu ilişki bakımından hukuk seçimini mümkün kılıyorsa seçilen hukuk uygulama alanı bulur. Ancak mahkemenin kanunlar ihtilafı kuralları bu hukuki ilişki bakımından hukuk seçimine izin vermiyor ise taraflar seçilen hukuka göre geçerli bir hukuk seçimi anlaşması yapmış olsalar da bu anlaşma hüküm ifade etmez[1335]. Örneğin, İsviçre hukukunda tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimine izin verilmemektedir (*IPRG* m. 120/2). Taraflar geçerli bir hukuk seçimi anlaşması yaparak aralarındaki yabancı unsurlu tüketici sözleşmesine Türk hukukunun uygulanmasını kararlaştırmış olabilirler. Ancak bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlık İsviçre mahkemelerinde görülmekte ise hâkim *IPRG* m. 120/2 hükmü nedeniyle tarafların hukuk seçimine itibar edemez. Aynı maddenin birinci fıkrasında öngörülen objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak hukuku tespit etmek zorundadır. Halbuki ilgili tüketici sözleşmesi bakımından Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi bulunuyor ise davanın Türk mahkemelerinde görülmesi halinde tarafların yaptıkları hukuk seçimi MÖHUK m. 26/1 uyarınca hüküm doğurur.

Benzer şekilde Türk vatandaşı kadın ile Bulgaristan vatandaşı erkek Bulgaristan'da evlenmiş, burada üç yıl yaşamış, ancak anlaşamadıkları için kadın evden ayrılarak Türkiye'ye dönmüş ve burada ikamet etmeye başlamış olsun.

1333 ***Birinci Bölüm, III. B.***

1334 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 51; Tarman, "Hukuk Seçimi", s. 148.

1335 Bir hukuk seçimi anlaşmasının geçerliliği ile geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasına hukuki sonuç tanınmasının tamamen farklı meseleler olduğu hakkında bkz. ***Birinci Bölüm, VIII.***

Boşanmaya karar veren eşler dava açılmadan önce boşanmaya uygulanacak hukuk olarak Bulgaristan hukukunu seçmiş, ancak kadın davayı Türk mahkemesinde açmış olsun. Mahkemenin hukuku olan Türk hukukunda boşanmada hukuk seçimine izin verilmediğinden (MÖHUK m. 14), bu uyuşmazlığa Bulgaristan hukukunun uygulanması mümkün olmayacaktır. Eğer ki taraflar muhakkak Bulgaristan hukukunun uygulanmasını istiyorlarsa bu davanın, Roma III Tüzüğü'nün uygulandığı ve uyuşmazlık bakımından milletlerarası yetkisi bulunan[1336] Bulgaristan mahkemesinde açılması uygun olacaktır. Zira Tüzük boşanmada taraflara sınırlı da olsa bir hukuk seçimi imkânı tanımaktadır (m. 5/1). Tüzük'e göre anlaşmanın yapıldığı sırada "eşlerden birinin milli hukuku" seçilebilecek hukuklar arasında yer aldığından Bulgaristan hukukunun seçimine etki tanınması mümkün hale gelecektir.

Mahkemenin hukuku belirli bir hukuki ilişki bakımından hukuk seçimini yasaklamamış ancak bazı sınırlamalara tabi tutmuş olabilir. Taraflar arasındaki hukuk seçimi anlaşmasının mahkemenin hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarınca öngörülen hukuk seçimine ilişkin şartları taşımaması halinde de seçim anlaşması hukuki sonuç doğurmaz. Örneğin İsviçre hukukunda iş sözleşmelerinde hukuk seçimi imkânı seçilebilecek hukuklar bakımından sınırlandırılmaktadır. *IPRG* m. 121/3'e göre taraflar iş sözleşmesine uygulanmak üzere işçinin mutad meskeni hukuku, işverenin işletmesinin bulunduğu yer hukuku ya da işverenin yerleşim yeri veya mutad meskeni hukukunu seçebilirler. Eğer ki taraflar aralarındaki yabancı unsurlu iş sözleşmesinden doğan uyuşmazlık bakımından İsviçre mahkemelerini seçmek durumunda iseler mutlaka *IPRG* m. 121/3'te sayılan hukuklardan herhangi birisini seçmelidirler[1337]. Aksi durumda, mahkeme hukuk seçimi anlaşmasına hüküm tanımayacağından

---

[1336] Bulgaristan'ın taraf olduğu 2003 tarihli Yeni Brüksel II Tüzüğü (*Brussels II bis*) m. 3/1-a uyarınca boşanma davalarında eşlerden birinin hala orada oturuyor olması şartıyla eşlerin son müşterek mutad meskeni veya eşlerin müşterek dava açması halinde eşlerden herhangi birinin mutad meskeni mahkemesi de yetkilidir. "Evliliğe ve Ebeveyn Sorumluluğuna İlişkin Konularda Milletlerarası Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2201/2003 sayılı AB Konsey Tüzüğü" nün (*Brussels II bis*) İngilizce orijinal metni için bkz. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003R2201, 29.10.2022. Tüzük'ün boşanma davalarında yetkiye ilişkin hükümleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, "Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 11, 2009, s. 1145 vd.; Sema Çörtoğlu Koca, "Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velâyete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. XX, S. 2, 2016, s. 209-268.

[1337] Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 53.

uygulanacak hukuku m. 121'de öngörülen objektif bağlama kurallarına göre tespit edecektir.

Özetle hâkimin hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları nedeniyle hukuk seçimi anlaşmasının geçersiz sayılma ihtimalini ortadan kaldırmak isteyen taraflar, yetki anlaşması yapılabilecek hukuki ilişkilerde hukuk seçimine imkân tanıyan bir ülkenin mahkemelerini yetkili kılmalıdırlar. Eğer ki yetki anlaşması yapılmasının mümkün olmadığı bir hukuki ilişki söz konusu ise taraflar milletlerarası yetkiye sahip birden fazla ülke mahkemesi varsa bunlar arasında tercih yaparken hukuk seçimine ilişkin düzenlemelerini göz önünde bulundurmalıdırlar. Son olarak taraflar arasındaki uyuşmazlığın hukuk seçimine sınırlama getiren belirli bir ülke mahkemesinde görülmesi zorunluysa ve taraflar mahkeme önünde hukuk seçimi yapacaklarsa bu ülke hukukunun izin verdiği sınırlar dahilinde bir hukuk seçimi yapılmasına dikkat etmelidirler. Aksi halde hukuk seçimi sonuç doğurmayacaktır.

C. Mahkemenin Hukukunun Zamanaşımını Usule İlişkin Bir Mesele Olarak Kabul Etmesi

Bir alacağın alacaklı tarafından uzun süre talep edilmemesi halinde bu alacağın unutulması ve alacağa ilişkin delillerin zarar görmesi ya da kaybolması mümkündür[1338]. Borçludan sürekli olarak borç ilişkisine ilişkin delilleri koruması beklenemeyeceği gibi böyle bir alacağın talep edilmesi halinde yargı ve icra organlarının bu delilleri toplamasının da güçlük yaratacağı ifade edilmektedir[1339]. Ayrıca borç muaccel olduğu halde uzun yıllar alacağına ilgisiz kalan alacaklının, alacağını takip ve tahsil etmek için yetkili mercilerden yararlanamaması gerektiği düşünülmektedir[1340]. Alacaklı ve borçluyu uzun süre bir borç ilişkisi nedeniyle karşı karşıya getirmenin toplum huzurunu, hukuk barışını ve güvenliğini zedeleyeceği kabul edilmektedir[1341]. Bu gerekçelerle hukuk düzenlerinde zamanaşımı (*verjährung, statute of limitation/prescription*) müessesesi öngörülmektedir[1342]. Alacaklının alacağını elde etmek için belirli bir süre içinde harekete geçip dava açmaması halinde alacak

[1338] Eren, s. 1282; Kılıçoğlu, s. 884; Oğuzman/Öz, s. 582; Serozan, s. 343; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s, 119.
[1339] Kılıçoğlu, s. 884; Serozan, s. 345.
[1340] Doğan, ***MÖH***, s. 311; Eren, s. 1281; Kılıçoğlu, s. 884.
[1341] Akıncı, ***MÖH***, s. 27; Antalya, s. 751; Kılıçoğlu, s. 884; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 119.
[1342] Özel hukukta kazandırıcı ve düşürücü zamanaşımı olmak üzere iki ayrı zamanaşımı vardır (Ayan, s. 426; Eren, s. 1282) Burada ele alınacak olan zamanaşımı düşürücü zamanaşımıdır.

zamanaşımına uğramış olur. Bir alacağın zamanaşımına uğraması halinde alacak hakkı sona ermemekle birlikte alacağı dava ve takip hakkı ortadan kalkmaktadır[1343]. Hukuk düzenlerinde alacak zamanaşımı için farklı süreler öngörülebilir. Örneğin Türk hukukunda genel zamanaşımı süresi 10 yıl (TBK m. 146), Alman hukukunda 3 yıl (*BGB* m. 195)[1344], Fransız hukukunda 5 yıldır (*Code Civil* m. 2224)[1345].

Hukuk düzenlerinde zamanaşımının usul hukukuna ait bir mesele olarak ya da maddi hukuka ait bir mesele olarak ele alınması milletlerarası özel hukuk bakımından önem arz etmektedir. Zamanaşımının bir usul hukuku müessesesi olarak kabul edildiği Anglo-Sakson hukuk sisteminin benimsendiği ülkelerde zamanaşımı *lex fori*'ye tabi tutulmaktadır[1346]. Kıta Avrupası ülkelerinde ise zamanaşımı maddi hukuka ait bir müessese olarak kabul edildiğinden *lex causae*'ya tabi tutulmaktadır[1347]. Dolayısıyla taraflar hukuk seçimi yapmışlarsa zamanaşımı seçilen hukuka tabi olur. Türk hukukunda da zamanaşımı maddi hukuka ilişkin bir müessese olarak kabul edilmekte ve hukuki işlem ve ilişkinin esasına uygulanacak hukuka tabi olmaktadır (MÖHUK m. 8)[1348].

Milli hukukların zamanaşımı konusundaki farklı yaklaşımları hukuk seçimi yapılan hukuki işlem veya ilişki bakımından sorun yaratabilir. Taraflar zamanaşımını maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak kabul eden bir ülke hukukunu seçmiş olmakla

---

1343 Eren, s. 1282; Kılıçoğlu, s. 883.

1344 1 Ocak 2002 tarihinde yapılan değişiklikten önce *BGB*'de genel zamanaşımı süresi "30 yıl" olarak öngörülmüştür (*Art.* 195). *BGB*'nin değişiklikten önceki hali için bkz. Bürgerliches Gesetzbuch-Alte Fassung, https://dejure.org/gesetze/0BGB010102/195.html, 29.10.2022.

1345 17 Haziran 2008 tarihinde yapılan değişiklikten önce Code Civil'de genel zamanaşımı süresi "30 yıl" olarak öngörülmüştür (*Art. 2262*). Bu madde için bkz. Code Civil Version en vigueur du 25 mars 1804 au 19 juin 2008, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006447778/1804-03-25, 29.10.2022.

1346 Fawcett/Carruthers/North, s. 757, s. 848; Kropholler, s. 309; Mesut Aygün/Ali Önal, "Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı", ***Legal Hukuk Dergisi***, C. 14, S. 165, 2016, s. 4912; Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 138; Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 57; Tekinalp, ***MÖH***, s. 115.
Ayrıca Amerikan hukukunda bkz. *Restatement II*'nin *"Statute of Limitations"* başlıklı 142. paragrafı. Ancak ABD'de altı eyalette zamanaşımı maddi hukuka tabidir: Arkansas, Colorado, North Dakota, Oregon ve Washington (Aygün/Önal, s. 4912, dn. 13). İngiliz hukukunda önceleri usul hukuku içinde değerlendirilen zamanaşımı, 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Zamanaşımı Kanunu (*Foreign Limitation Periods Act*) ile esasa uygulanacak hukuka tabi tutulmuştur. Böylece İngiliz hukuku ile Kara Avrupası hukuku arasındaki farklılık sona ermiştir (Aygün/Önal, s. 4912; Doğan, ***MÖH***, s. 312, Nomer, s. 214). Kanun'un İngilizce orijinal metni için bkz. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/16, 01.11.2022.

1347 Akıncı, ***MÖH***, s. 28; Kropholler, s. 309; Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 57.

1348 Aynı yönde bkz. *IPRG* m. 148/1. Roma I Tüzüğü uyarınca zamanaşımı sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında yer alır (m. 12/1-d). Roma II Tüzüğü uyarınca zamanaşımı sözleşme dışı borç ilişkisine uygulanacak hukuka tabidir (m. 15-h).

birlikte uyuşmazlığın çözümü için zamanaşımını usule ilişkin bir mesele olarak kabul eden bir ülke mahkemesine başvurmuş olabilirler. Mahkemenin hukukuna göre zamanaşımı usule ilişkin bir mesele olarak nitelendirileceğinden alacağın zamanaşımına uğrayıp uğramadığı bu hukuka göre tespit edilecektir. Böyle bir durumda, seçilen hukuktaki zamanaşımı süresini dikkate alarak hareket eden alacaklının *lex fori*'nin öngörmüş olduğu daha kısa bir süre nedeniyle alacağına kavuşamaması mümkündür. Zamanaşımı hususunda seçilen hukukun uygulanacağını düşünen borçlu da beklenmedik bir sonuçla karşılaşabilir. Bu gerekçelerle tarafların sözleşmenin yapıldığı sırada, seçilen devlet hukukunun zamanaşımı konusundaki yaklaşımını teyit etmeleri uygun olacaktır. Eğer ki bu hukukta zamanaşımı usule ilişkin bir mesele olarak ele alınıyorsa ileride zamanaşımı konusunda seçtikleri hukukun değil hâkimin hukukunun uygulanacağının bilinciyle hareket etmeleri kendi menfaatlerine olacaktır[1349].

Yukarıdaki durumun aksine, uyuşmazlığın görüldüğü mahkemenin hukukuna göre zamanaşımı maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak görülürken tarafların seçtikleri hukuka göre zamanaşımı usule ilişkin bir mesele olarak kabul ediliyor olabilir. Örneğin, taraflar İngiliz hukukunu seçmiş ve uyuşmazlık Türk mahkemelerinde görülüyor olabilir. *Şanlı*, böyle bir durumda da zamanaşımı konusunda seçilen yabancı hukukun değil davanın görüldüğü ülke hukukunun uygulanacağını ve tarafların bu durumun bilincinde olmaları gerektiğini ifade etmektedir[1350]. Bu düşünce hâkimin yabancı hukuktaki usule ilişkin bir kuralı uygulayamayacağı, ancak kendi usul hukuku kuralını uygulayabileceği ilkesine dayanmaktadır[1351]. Ancak doktrinde Türk mahkemelerinde görülen yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta seçilen hukukun (ya da objektif statünün) zamanaşımını usul hukuku kurumu olarak düzenlemiş olmasının bir önemi bulunmadığı, MÖHUK m. 8 uyarınca zamanaşımının seçilen hukuka tabi olacağı kabul edilmektedir[1352]. Alman hukukunda da mahkemenin hukukuna göre teknik olarak usule ilişkin olmayan ve maddi hukuktan sayılan hususlarda (zamanaşımı gibi) yetkili yabancı hukuktaki kuralların, usule ilişkin olsalar bile sanki maddi hukuk kuralıymış gibi tatbik edildiği belirtilmektedir[1353].

1349 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 57, 58.
1350 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 57.
1351 Tekinalp, ***MÖH***, s. 118.
1352 Aybay/Dardağan, s. 181; Doğan, ***MÖH***, s. 312; Nomer, s. 216.
1353 Raape, s. 500; Wolff, ***IPR***, s. 56; Tekinalp, ***MÖH***, s. 119.

Örneğin Alman mahkemelerinde görülen davada amaca uygun yorum yapılarak zamanaşımını usule ilişkin bir mesele olarak ele alan Amerikan hukukundaki daha uzun olan zamanaşımı süresi uygulanmıştır[1354].

III. TARAFLARI VE KONULARI FARKLI ANCAK BİRBİRİYLE BAĞLANTILI BİRDEN FAZLA SÖZLEŞMENİN FARKLI HUKUKLARA TABİ KILINMASI

Bazı milletlerarası nitelikli sözleşmeler, tarafları ve konuları farklı ancak birbiriyle bağlantılı birden fazla tali sözleşmeyi kapsamaktadır. *Şanlı* bu sözleşmeleri "şemsiye akit/sözleşme" olarak nitelendirmektedir[1355]. Şemsiye sözleşmeler genellikle milletlerarası inşaat sözleşmeleri şeklinde ortaya çıkar[1356]. Bu sözleşmelerin bünyesindeki tali sözleşmelerin hepsi temelde aynı işi ilgilendirmektedir. Örneğin[1357], metro yapımına ilişkin sözleşmede iş parçalara ayrılmış; tünellerin yapımı, rayların üretimi ve inşası, vagonların üretimi ve montajı, elektrifikasyon ve sinyalizasyon işleri farklı farklı firmalara ihale edilerek bu firmaların her biri ile farklı sözleşmeler yapılmış olabilir. Bu yüklenici firmalar da işin bir kısmını ya da tamamını alt müteahhitlik sözleşmesi ile taşeron firmalara verebilir. Metro yapımına ilişkin sözleşmenin işveren tarafı, işin finansmanı için çeşitli bankalarla kredi sözleşmeleri yapmış olabilir[1358]. Bu tarz sözleşme ilişkilerinde tali sözleşmelerin her biri için farklı hukukların seçilmiş olması uyuşmazlıkların çözümünü zorlaştıracaktır.

Edimlerin koordine edilebilmesi ve her sözleşme bakımından ortaya çıkabilecek farklı ve çelişkili sonuçlara engel olabilmek için tüm sözleşmelerin

---

1354 Tekinalp, ***MÖH***, s. 118.

1355 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 66. Karşılaştırmalı hukukta da "şemsiye anlaşma/sözleşme" (*umbrella agreements/contracts*) kavramına yer verilmektedir. Ancak karşılaştırmalı hukuktaki şemsiye sözleşme kavramı buradakinden farklı olarak; "taraflar arasında gelecekteki sözleşmelere ilişkin hükümleri düzenleyen bir çerçeve anlaşma" ya da "taraflar arasında bir dizi özel taahhüdü kapsayan kapsamlı ve sürekli bir anlaşma"yı karşılayacak şekilde kullanılmaktadır. Stefanos Mouzas/Michael Furmston, "Shorter Artıcles From Contract To Umbrella Agreement", ***Cambridge Law Journal***, 67(1), 2008, s. 39; James Lee Wai Chau, "Revisiting 'Continuous Employment' and 'Umbrella Contracts': Plugging the Gap in the Employment Ordinance", ***Hong Kong Journal of Legal Studies***, 14, 2020, s. 61.

1356 Tunay Köksal, "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci", ***TBB Dergisi***, C. 109, S. 1, 2013, s. 438.

1357 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 59.

1358 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 59.

mümkün olduğunca en baştan itibaren aynı hukuka tabi kılınması önerilmektedir[1359]. Ayrıca sözleşmelerin tamamının seçilecek hukuk dikkate alınarak kaleme alınması da faydalı olacaktır. Bu sayede sözleşmeler arasında hukuki uyum sağlanmış olacağından uyuşmazlık çıkma olasılığı en aza indirilmiş olur. Uyuşmazlık çıkması halinde ise tek bir hukuk yetkili olacağından uyuşmazlıkların çözümü daha kolay ve hızlı olacaktır[1360].

Yukarıda bahsi geçen yetkili devlet hukuku ile yetkili devlet mahkemesi uyumunun şemsiye sözleşmelerde de sağlanması gerekmektedir[1361]. Aksi halde her sözleşme bakımından farklı bir devlet mahkemesi yetkili olabileceğinden bu sözleşmeler bakımından farklı devletlerin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması söz konusu olacaktır. Tüm sözleşmeler bakımından aynı hukuk seçilmiş olsa da yetkili mahkemelerden birisi hukuk seçimini geçersiz kabul ederken diğeri hukuk seçimine geçerlilik tanıyabilir. Bu durumda da sözleşmelerin tek bir hukuka tabi kılınması amacı gerçekleşmemiş olur. Ayrıca farklı devlet mahkemelerinin yetkili olması demek, her sözleşme bakımından farklı devletlerin kamu düzeni müdahalesinin ve doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının söz konusu olması demektir ki bu da istenmeyen bir durumdur.

1359 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 59.
1360 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 59.
1361 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 59.

IV. SEÇİLEN HUKUKTA SONRADAN DEĞİŞİKLİKLER MEYDANA GELMESİ

Taraflar hukuk seçimi yaptıktan sonra seçilen hukukta değişiklikler meydana gelmesi hukuki öngörülebilirliğin sağlanmasını engelleyebilecek durumlardan birisidir. Seçilen hukukta sonradan meydana gelen değişikliklerin taraflar açısından bağlayıcı olup olmayacağı, tarafların sözleşmeyi zaman bakımından sabitleştiren hükümler öngörüp öngöremeyeceklerine ilişkin doktrin görüşleri önem arz etmektedir. Zira kanun koyucular bu hususta açık bir hüküm öngörmemektedir[1362].

"Yaşayan hukuk" görüşüne göre taraflarca seçilen hukuk yaşayan, mevzuat ve içtihat yoluyla gelişen bir düzen olduğundan bu hukuk sisteminde sonradan meydana gelen herhangi bir değişikliği yok saymak mümkün değildir[1363]. Aksi halde sonradan emredici özelliğini yitiren kurallar, taraflar bakımından hala emredici olmaya devam eder ya da sonradan getirilen emredici hükümlerden kurtulma imkânı doğar ki bu kabul edilemez[1364]. Milletlerarası Hukuk Enstitüsü, Basel Kararı'nda bu hususa ilişkin şu ilkeleri benimsediğini bildirmiştir: "*Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte olduğu şekliyle uygulanacağına karar verirlerse, o hukukun hükümleri sözleşmeye dahil edilmiş maddi hükümler olarak uygulanır; bununla birlikte seçilen hukuk, mevcut sözleşmeleri yönetmeyi amaçlayan emredici kurallarla değiştirilmiş veya yürürlükten kaldırılmışsa, bu (emredici) kurallar geçerli olacaktır*" (m. 8). Seçilen hukukun sonradan yapılan değişikliklerle birlikte uygulanması gerektiği yönündeki bir diğer görüşe göre; nasıl ki objektif olarak uygulanacak hukuk, uygulanma anındaki haliyle meseleye uygulanmaktaysa, önceden öngörülemeyecek hayret verici değişiklikler hariç olmak üzere seçilen hukuk bakımından da aynı şey

---

1362 Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 123.

1363 Ekşi, ***Milletlerarası Ticaret Hukuku***, s. 37; Joost Blom, "Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract", ***Canadian Yearbook of International Law***, 17, 1979, s. 230; Neuhaus, s. 261; Nomer, s. 331; Tekinalp***, MÖH***, s. 283; Thomson, s. 656.

1364 Nomer, s. 331. Yargıtay'a göre: "*Öğretide Merki tarafından işlenmiş normlar hiyerarşisi kuramına göre, kanun, sözleşme arasında bir boşluk varsa bu boşluk şahısların serbest iradesi ile doldurulabilir. Ne var ki emredici kanun hükümlerine karşı bu boşluk, şahıs iradesi tarafından doldurulamaz. Yukarıda açıklandığı gibi TTK.nun 1404-1406. maddeleri emredici hukuk kuralı olmaktan çıkarılmıştır. Taraflar yedek hukuk kuralı haline gelmiş kanuna uygun olarak sözleşmeye özel kural koyabilirler"* (11. HD, 14.04.1995, E. 1995/1993, K. 1995/3369).

yapılmalıdır[1365]. "Sabit hukuki statü" görüşü ise seçilen hukuku seçim yapıldığı andaki içeriğiyle uygulamayı önermektedir[1366].

Şanlı, Esen ve Ataman'a[1367] göre seçilen hukukta sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen değişiklikler, bu hukukun intikal (geçiş) hükümlerine göre geçmişe etkili değilse sözleşme kurulduğu tarihte yürürlükte olan hukuka tabi olur. Aksi durumda ise tarafların hak ve borçları değişikliklerden etkilenir. Bu sebeple yazarlar, tarafların sözleşmeyi münhasıran kurulduğu andaki hukuka tabi kılmak istemeleri halinde bunu açıkça belirtmeleri gerektiğini ifade etmektedirler. Ancak sonradan meydana gelen değişikliklerin kamu düzenine ilişkin olmaları halinde, bunların tarafların anlaşmalarının aksine geçmişe etkili olacağını vurgulamaktadırlar[1368].

Tekinalp'e[1369] göre bu konuda tarafların anlaşması en doğru çözüm gibi görünmektedir. Yazar, eğer ki taraflar anlaşamazlarsa sabit statü görüşünün uygulanmasının hukuk güvenliği bakımından yerinde olacağını, ancak seçilen hukuk sisteminin devrimci bir şekilde yeniden düzenlenmesi halinde aynı şeyin söylenemeyeceğini ifade etmektedir[1370]. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Kanunda hüküm öngörülmemişse taraf iradelerine öncelik tanınmalıdır[1371]. Eğer ki taraf iradeleri bu konuda uyuşmuyorsa ya da taraflar seçilen hukukta değişiklik meydana gelme ihtimalini göz ardı ettikleri için bu konuda hiç müzakerede bulunmamışlarsa sabit statü kabul edilmelidir. Zira seçilen hukukta sonradan meydana gelen değişiklikler, tarafların öngöremeyeceği olumsuz durumlar yaratıp sözleşmenin kurulduğu andaki dengenin bozulmasına neden olabilir. Hatta bu değişiklikler,

---

1365 Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 171, 173. Ancak burada iki durumun farklı olduğu göz ardı edilmemelidir. Objektif olarak yetkili hukukun belirlenmesinde doğrudan kanun koyucunun iradesi etkiliyken hukuk seçiminde belirleyici unsur taraf iradeleridir. Seçilen hukukta yapılan değişikliklerin en baştaki taraf iradelerine uygun olmama ihtimali her zaman vardır. Dolayısıyla bu görüşü mantıksız bulmamakla birlikte katılmadığımızı belirtiyoruz.

1366 Bu görüş ve çeşitli tereddütler için bkz. Kropholler, s. 463, 464; Tekinalp***, MÖH***, s. 283.

1367 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 332.

1368 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 332.

1369 Tekinalp***, MÖH***, s. 283.

1370 Neuhaus, s. 261; Tekinalp***, MÖH***, s. 283. *Kropholler* ise seçilen hukukta önceden öngörülemeyecek devrimci (*revolutionär*) nitelikteki değişikliklerin iyi niyet (*bona fides*) ilkesi gereğince göz ardı edilebileceğini ifade etmektedir (Kropholler, s. 464).

1371 Nitekim taraflara, uygulanacak hukuku seçme özgürlüğü tanınıyorsa bu seçimi zaman bakımından kısıtlama yetkisinin de evleviyetle (*a fortiori*) tanınması gerektiği yönünde bir görüş de mevcuttur. Bkz. Erwin Spiro, "The Incidence of Time in the Conflict of Laws", ***The International and Comparative Law Quarterly***, Vol. 9, No. 3, 1960, s. 377.

tarafların en başta bilselerdi o hukuku seçmemelerine neden olabilecek hükümler öngörüyor olabilir.

Uygulamada bazı sözleşmelerde, sözleşmenin kurulduğu sırada tarafların edimleri arasındaki ekonomik dengenin ve sözleşmenin hukuki rejiminin ifanın sonuna kadar korunabilmesi adına "istikrar hükümleri (*stabilization clauses*)"ne yer verilmektedir[1372]. Bu hükümler sözleşmenin, kurulduğu tarihte yürürlükte bulunan hukuka tabi olacağını öngörmektedir. Özellikle devlet ile özel kişiler arasındaki sözleşmelerde kişinin, devletin tek taraflı olarak uygulanacak hukukta değişiklik yapması karşısında korunması adına istikrar hükümleri tercih edilebilir[1373]. Özel kişiler arasındaki sözleşmelerde (özellikle tüketici ve iş sözleşmeleri gibi sosyal içerikli sözleşmeler) de taraflar sözleşmenin kurulmasıyla tanınan hak ve yükümlülüklerin sözleşme süresi boyunca değişmeyeceğinden emin olmak adına istikrar hükümlerine ihtiyaç duyabilirler[1374].

Eğer ki taraflar bir hukukun belirli hükümlerinin değişmez bir şekilde uygulanmasını istiyorlarsa hukuk seçimi yapmak yerine *incorporation* yoluna da başvurabilirler[1375]. Böylece ilgili hükümleri sözleşmenin kurulduğu andaki haliyle dahil etmiş olduklarından, bu hükümlerde sonradan meydana gelen değişikliklerin hüküm doğuracağı endişesi ortadan kalkmış olur [1376]. Ayrıca sözleşmeye uygulanacak hukukun gelecekteki emredici hükümlerinden kaçınma ihtimali de ortadan kalkmış olur[1377].

Sonuç olarak, seçilen hukukta sonradan meydana gelen değişikliklerin hüküm doğurup doğurmayacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler öne sürülmüş ancak tek bir

---

1372 Ancak uyuşmazlıkların çoğunda sözleşmelerin bu konuda hüküm içermediği görülmektedir (Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 123; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 332., dn. 436).

1373 Kropholler, s. 463; Nomer, s. 331; Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 123, dn. 80.

1374 Kropholler, s. 463, 464; Nomer, s. 332. Ancak doktrinde, istikrar hükümlerine yer verilmesi halinde MÖHUK m. 24 ve Roma I Tüzüğü m. 3 kapsamında bir hukuk seçiminden bahsedilemeyeceği, bu durumda sözleşmenin kurulduğu andaki haliyle uygulanması istenen hukukun kurallarının sözleşmeye dahil edilmiş olacağı (*incorporation*) savunulmaktadır (Demirkol, s. 160; Nuray Ekşi, "Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"", ***MHB***, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 271). Biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira *incorporation* halinde taraflar belirli bir hukukun bazı hükümlerini sözleşmeye dahil ederek o hukukun emredici hükümlerini dışlarlar. İstikrar hükümlerine yer verilmesi halinde ise belirli bir hukuk bütünüyle seçilir. Yalnızca sözleşmenin kurulduğu andaki haliyle sınırlanır. Dolayısıyla sözleşmenin kurulduğu andaki emredici hükümleri de uygulanmaya devam edeceğinden bir hukuk seçiminden bahsedilir.

1375 Kropholler, s. 464.

1376 Alibaba, ***Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler***, s. 172; Blom, s. 230; Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 123; Thomson, s. 656.

1377 Kropholler, s. 464.

görüş üzerinde uzlaşılamamıştır. Devletlerin kanuni düzenlemeleri ve milletlerarası düzenlemeleri, değişen ve gelişen koşullar karşısında sıklıkla değişikliğe uğramaktadır. Bu nedenle milli ve milletlerarası düzenlemelerde, seçilen hukukta değişiklikler meydana gelmesi halinde tarafların ve hâkimin nasıl bir yol izleyeceğine ilişkin açık hükümler öngörülmesinin elzem olduğu kanaatindeyiz.

V. KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ

A. Yetkili Mahkemenin Kamu Düzeni Müdahalesi

Tarafların aralarındaki hukuki işlem ya da ilişki bakımından geçerli bir hukuk seçimi anlaşması yapmaları halinde kural bu işlem ya da ilişkiye seçilen hukukun bir bütün olarak uygulanmasıdır. Ancak hukuk düzenlerinde, seçilen hukukun (seçim yapılmamışsa objektif statünün) uygulanmasına engel oluşturan müesseseler mevcuttur. Bunlardan birisi hâkimin hukukunun kamu düzeni müdahalesidir. Buna göre yetkili yabancı hukukun tatbiki ile mahkemenin bulunduğu ülkenin kamu düzeni (*public policy, öffentliche ordnung, ordre public*) bozulacak ise yabancı hukukun kamu düzenini ihlal eden hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmektedir[1378]. Bu durumda kamu düzeninin müdahalesinden söz edilir[1379]. Hâkimin hukukunun kamu düzeni müdahalesi, uyuşmazlığın hukuku seçilen devlet mahkemelerinden başka bir devlet mahkemesinde görülmesinin yaratabileceği sorunlardan birisi olarak gösterilmektedir[1380]. Zira hâkimin hukukunun kamu düzeni müdahalesi nedeniyle

---

1378 Aybay/Dardağan, s. 124; Çelikel/Erdem, s. 140.

1379 Nomer, s. 160.

1380 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 51. Bu hususta Yargıtay'ın eski tarihli bir kararı örnek gösterilebilir. Karara konu uyuşmazlıkta her ikisi de tacir olan taraflar arasında 1200 adet kadın deri mantosunun alım-satımına ilişkin sözleşme imzalanmıştır. Satıcı Türk şirketinin gönderdiği örneklerin kararlaştırılan model ve renkte olmadığının anlaşılması üzerine taraflar malların alıcı tarafından satıcı adına satılmasına karar vermişler, ancak satıcı örneklerin satımından sonra kalan bakiye bedeli alıcı şirkete ödememiştir. Alıcı şirket bedelin tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Uyuşmazlıkta tarafların Alman hukukunu seçtikleri anlaşılmış olup, alıcı şirketin malları teslim aldığı tarihten iki sene sonra Alman hukukundaki zamanaşımı süresine uygun şekilde dava açtığı anlaşılmıştır. İlk derece mahkemesi, mahkemenin hukukunun belirlediği zamanaşımı süresinin amir hüküm olduğunu ve (Mülga) TTK m. 25/4'teki zamanaşımı süresi olan 6 ayın dolduğunu gerekçe göstererek alıcının talebini reddetmiştir. Yargıtay da davacının temyiz talebini "*Davanın görüldüğü mahkemenin bulunduğu memleketin kamu düzenine ve amir hükümlerine aykırı yabancı hukukun uygulanamayacağı genellikle kabul edilmektedir. Diğer bir deyimle Devletler Hususi Hukukundaki irade muhtariyeti ancak yorumlayıcı hükümlere uygulanabilir. Emredici hukümlere ise mahkemenin bulunduğu yer kanunu uygulanır. Kural olarak zamanaşımının kendisine, "lex causae" yani taraflar arasındaki ilişkiyi idare eden hukuk (yabancı) uygulanır. Ancak zamanaşımının kendisi kamu düzenini ilgilendirmemekle beraber (zamanaşımı definde bulunmak) davalı tarafın ihtiyarında olan bir hususdur. Mahkemenin*

seçilen hukukun uygulanmaması halinde hukuk seçiminden beklenen güven ve istikrar sağlanamayacaktır. Konunun önemine binaen, bu başlık altında öncelikle kamu düzeni kavramının açıklanmasının; ardından çeşitli kanunlarda, milletlerarası düzenlemelerde ve MÖHUK'ta kamu düzeni müdahalesinin ne şekilde öngörüldüğünün ortaya koyulmasının faydalı olacağını düşünüyoruz. Akabinde kamu düzeni müdahalesinin hukuk seçimi yapılan hallerdeki görünümü ele alınacaktır.

Kamu düzeni, her toplumun ahlak ve adalet anlayışına göre çeşitli hukuk düzenlerinde farklı şekillerde yorumlanabildiği gibi aynı hukuk düzeninde zaman içinde evrilen ahlak ve adalet anlayışına göre de değişkenlik göstermektedir[1381]. Bu nedenle kamu düzeni kavramı için ne doktrinde ne milli ve milletlerarası düzenlemelerde ne de yargı kararlarında sınırları belirli ve yeknesak bir tanım yapılamamaktadır[1382]. Ancak kamu düzeninin en geniş anlamıyla "*bir ülkede kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişi ve bireyler arasındaki ilişkilerde huzuru ve ahlak kurallarına uygunluğu sağlamaya yarayan müessese ve kuralların hepsi*" ni ifade ettiği söylenebilir[1383].

Milletlerarası özel hukukta kamu düzeni kavramının tanımlanmasındaki zorluk nedeniyle daha çok, yabancı hukukun uygulanmasının hangi hallerde kamu düzenine aykırılık oluşturacağının ortaya koyulması amaçlanmaktadır[1384]. Bu amaçla çeşitli hukuki düzenlemelerde "temel ilkeler", "temel değerler", "ahlak ve adap", "anayasa tarafından belirlenen toplumsal örgütlenmenin temel ilkeleri", "sosyal ve hükümet sisteminin temel ilkeleri" gibi kavramlara atıfta bulunarak kamu düzenine aykırılığın çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır[1385]. Hâkim bu kavramlardan, doktrin görüşlerinden ve emsal kararlardan yola çıkarak her somut olayın özelliğine göre yabancı hukukun uygulanması bakımından kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olup olmayacağına karar verecektir[1386]. Ancak kanunlar ihtilafı hukukunda kamu düzeninin iç

---

bulunduğu yer kanunun (lex fori) tayin ettiği azami zamanaşımı süresi amir bir hükümdür. Ve bu nedenle lex forinin gösterdiği zamanaşımı süresinden daha fazla bir süre tesbit eden yabancı kanununun uygulanması istenemez." şeklindeki gerekçe ile reddetmiştir (11. HD, 05.04.1979, E. 1979/1512, K. 1979/1798).

1381 Aybay/Dardağan, s. 125; Çelikel/Erdem, s. 149; Doğan, ***MÖH***, s. 258.

1382 Neuhaus, s. 369.

1383 Aybay/Dardağan, s. 125, dn. 14'ten naklen Türk Hukuk Lugatı, "Amme İntizamı" maddesi, Türk Hukuk Kurumu Yayını, Ankara, 1956, s. 16. Sadeleştirilmiş tanımdır.

1384 Doğan, ***MÖH***, s. 258.

1385 Daniel Girsberger/Neil B. Cohen, "Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", ***Uniform Law Review***, 22, no. 2, 2017, s. 332.

1386 Doğan, ***MÖH***, s. 259.

hukuktakinden daha dar kapsamlı olduğu kabul edildiğinden[1387] hâkimin iç hukuktaki her kamu düzenine aykırılık halini yabancı hukukun uygulanmamasına bir gerekçe olarak görmemesi gerekir.

1. Çeşitli Kanunlar ve Milletlerarası Düzenlemelerdeki Hükümler

Hukuk düzenlerinde kamu düzeninin müdahalesi hususunda genel olarak aynı esaslar benimsenmektedir. Hâkim yetkili yabancı hukukun bir hükmünün uyuşmazlığa uygulanması halinde ortaya çıkacak sonucun, kendi ülkesindeki kamu düzenine ciddi/tahammül edilemez şekilde aykırılık oluşturacağına kanaat getirirse bu hükmün uygulanmasından vazgeçer. Buna kamu düzeninin "olumsuz fonksiyonu" (olumsuz etkisi) denilmektedir[1388]. Dikkat edilmelidir ki; kamu düzeninin olumsuz fonksiyonunun işletilebilmesi için yabancı hukuk hükmünün soyut olarak hâkimin hukukunun kamu düzenine aykırılık oluşturması yeterli görülmemektedir[1389]. Bu hükmün somut olaya uygulanması ile ortaya çıkacak sonucun kamu düzenine aykırılık oluşturması aranmaktadır. Böyle bir durumda hâkim, yabancı hukukun uygulanmasından bütünüyle vazgeçmeyip yalnızca kamu düzenine aykırılık oluşturan hükmün uygulanmasından vazgeçmektedir[1390].

Hukuk düzenlerinde kamu düzenine aykırılık oluşturan hükmün uygulanmaması neticesinde bir boşluk oluşursa bu boşluğun hâkimin hukukuna göre doldurulması kabul edilmektedir[1391]. Gerektiğinde hâkimin hukukunun uygulanması kamu düzeninin "olumlu fonksiyonu" olarak nitelendirilmektedir[1392]. Bazı kanunlarda kamu düzeninin yalnızca olumsuz fonksiyonuna yer verilirken bazılarında olumlu fonksiyonu da açıkça düzenlenmektedir.

1387 Collier, s. 235.

1388 Doğan, ***MÖH***, s. 259; Kropholler, s. 244; Nomer, s. 167.

1389 Doğan, ***MÖH***, s. 260; Güngör, ***MÖH***, s. 107.

1390 Doğan, ***MÖH***, s. 258.

1391 Doğan, ***MÖH***, s. 261. Bir alt başlıkta karşılaştırmalı hukuktaki ve Türk hukukundaki düzenlemelere yer verilecektir.

1392 Aybay/Dardağan, s. 129; Doğan, ***MÖH***, s. 261; Nomer, s. 167; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 101. Önceleri kamu düzeninin olumlu fonksiyonu, yabancı hukukun hükümleri dikkate alınmaksızın hâkimin hukukundaki münferit hükümlerin kamu düzeninden kabul edilerek öncelikli olarak uygulanması şeklinde kendini göstermekteydi. Bu hükümler genellikle kamu hukuku niteliğine sahip olan veya sosyal ya da ekonomik politika hedefleri güden hükümlerdir. Ancak günümüz hukuk düzenlerinde kamu düzeninin olumlu fonksiyonu yalnızca yabancı hukukun hükümlerinin kamu düzenine aykırılık nedeniyle uygulanamaması halinde işlerlik kazanmaktadır (Kropholler, s. 244, 245).

EGBGB'nin 6. maddesine göre "*Başka bir devlet hukukunun bir hükmü, uygulanmasının Alman hukukunun temel ilkeleriyle açıkça bağdaşmayan bir sonuca yol açacağı durumlarda uygulanmaz. Bu hükmün tatbik edilmesi temel haklara aykırı ise özellikle uygulanmaz*". Görüldüğü üzere kamu düzenine aykırılığın tespitinde "Alman hukukunun temel ilkeleri" ve "temel haklar" ölçüt olarak kullanılmaktadır[1393]. Ayrıca aykırılığın "açıkça" (*offensichtlich*) olması aranmaktadır. Hükümde kamu düzeninin olumlu fonksiyonuna yer verilmemekle birlikte tatbikatta ve doktrinde yabancı hukuk hükmünün uygulanmaması halinde gerekirse Alman hukukunun uygulanacağı kabul edilmektedir[1394].

Avusturya MÖHK m. 6'ya göre yabancı hukuk hükmünün uygulanması Avusturya hukuk sisteminin temel değerleriyle bağdaşmayan bir sonuca yol açacaksa bu hüküm uygulanmaz. Ayrıca Kanun'da gerekirse yabancı hukuk hükmü yerine Avusturya hukukunun ilgili hükmünün uygulanacağı öngörülerek (m. 6) kamu düzeninin olumlu fonksiyonuna açıkça yer verilmektedir.

IPRG'de ise kamu düzenine aykırılığa işaret eden herhangi bir ölçüte yer verilmeksizin yalnızca yabancı hukukun hükümlerinin uygulanmasının İsviçre kamu düzenine aykırı bir sonuç doğurması halinde bu hükümlerin uygulanmayacağı öngörülmektedir (m. 17).

Roma I Tüzüğü'ne göre Tüzük'ün yetkili kıldığı herhangi bir ülke hukukunun bir hükmü ancak, bu hükmün uygulanmasının *forum*'un kamu düzenine açıkça aykırı (*manifestly incompatible*) olması halinde tatbik edilemez (m. 21)[1395]. Hükümde kamu düzeninin olumsuz fonksiyonuna yer verilmektedir. Yabancı hukuk hükmünün kamu düzeni müdahalesine uğraması halinde hangi hukukun uygulanacağı öngörülmemekle birlikte *lex fori*'nin yetkili olacağı kabul edilmektedir[1396]. Tüzük ile aynı yönde hüküm

---

1393 Burada korunan kamu düzeni uluslararası kamu düzeni değil doğrudan Alman kamu düzenidir (Von Hein, ***Münchener Kommentar zum BGB***, 8. Aufl. 2020, *EGBGB Art.* 6 *Rn.* 7-10, https://beck-online.beck.de, 20.11.2022).

1394 Kropholler, s. 245.

1395 Aynı hüküm Roma II Tüzüğü'nde (m. 26) ve Roma III Tüzüğü'nde (m. 12) de yer almaktadır. Lahey Satış Sözleşmesi'nde de yetkili hukukun uygulanmasının yalnızca böyle bir uygulamanın kamu düzenine "açıkça" aykırı olacağı durumlarda reddedilebileceği öngörülmektedir (m. 18). Ancak hükümde yetkili "hukukun bir hükmünün" uygulanmasından değil "hukukun" uygulanmasından bahsedilmesi bir eksiklik olarak yorumlanabilir. Zira bu haliyle hükümden kamu düzenine aykırılık halinde yetkili hukukunun tamamen uygulanmayacağı anlamı çıkarılmaktadır. Aynı yönde hüküm için bkz. Meksika Sözleşmesi m. 18.

1396 Tütüncübaşı, "Boşanma", s. 26. Aynı durum Roma II ve Roma III Tüzükleri bakımından da geçerlidir.

öngören Roma Sözleşmesi'ne (m. 16)[1397] ilişkin açıklayıcı rapora göre uygulanacak hukuk soyut olarak ve bir bütün halinde ele alındığında bu hukukun *forum*'un kamu düzenine aykırı olması dikkate alınmaz[1398]. Uygulanacak hukukun belirli bir hükmünün somut olaya uygulanması halinde *forum*'un kamu düzenine açıkça aykırılık oluşması gerekmektedir. Aynı raporda, "açıkça" aykırılıktan bahsedebilmek için mahkemenin yetkili yabancı hukuku uygulamamak noktasında tatminkâr gerekçelere dayanmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir[1399]. *Lex fori* ile uygulanacak hukukun hükümlerinin birbirinden farklı olması, Tüzük m. 21 uyarınca kamu düzeni müdahalesinin uygulanması için yeterli bir sebep olarak görülmemektedir[1400].

Lahey İlkeleri'nde mahkemenin hukukunun kamu düzeni gerekçesiyle seçilen hukuka müdahale edebilmesi şartları somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. İlkeler m. 11/3'e göre bir mahkeme taraflarca seçilen hukukun bir hükmünün uygulanmasını, yalnızca bu hükmün uygulanmasının sonucunun mahkemenin kamu düzeninin temel esaslarıyla açıkça bağdaşmadığı ölçüde bertaraf edebilir. İlkeler'in yorumunda m. 11/3'ün uygulanabilmesi için üç şartın gerçekleşmesi gerektiği belirtilmektedir[1401]. Birincisi mahkemenin bulunduğu devletin bu hükmün uygulanmasını haklı gösterecek derecede önemli bir politikaya sahip olması gerekir. "Kamu düzeninin temel esasları" (*fundamental notions of public policy*) ile kastedilen de budur. İkincisi seçilen hukuk bu politikaya "açıkça aykırı" olmalıdır (açıkça bağdaşmamalıdır). Üçüncüsü açıkça aykırılık seçilen hukukun uyuşmazlığa uygulanması nedeniyle ortaya çıkmalıdır[1402]. Bu şartlar ile taraflara tanınan irade serbestisini mümkün olduğunca korumak ve

---

1397 Sözleşme ile Tüzük'teki kamu düzenine ilişkin maddeler arasındaki tek fark başlıklarıdır. Sözleşme'de yalnızca "kamu düzeni" (*ordre public*), Tüzük'te "forum'un kamu düzeni" (*public policy of the forum*) kullanılmaktadır.

1398 Giuliano/Lagarde, No C 282/38. Ayrıca bkz. Hill, s. 83.

1399 Giuliano/Lagarde, No C 282/38. Ayrıca bkz. Collier, s. 216.

1400 Bayata Canyaş, ***AB ve Türk Hukuku***, s. 223.

1401 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 11. 23, s. 77.

1402 İlkeler m. 11/3'ün uygulanmasına ilişkin verilen örneği aynen aktarıyoruz: "*X Devletinde ikamet eden profesyonel bir kumarbaz olan A, B'nin Y Devletindeki kumarhanesini ziyaret eder. Ziyaret sırasında taraflar, Y Devletinin kanunlarına tabi bir bahis sözleşmesi akdeder. A ödeme yapmaz ve B, X Devletinde A'ya dava açar. Bahis sözleşmelerinin X Devletinin kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilir. Ancak Y Devletinin kanunları uyarınca yasal, bağlayıcı ve icra edilebilirdir. X Devletindeki mahkemenin, taraflarca seçilen hukuk uyarınca sözleşmenin uygulanabilirliğini destekleyen kuralları uygulayıp uygulamayacağı, (i) X Devletinin burada yerleşik olmayan bir tarafla (B Tarafı) Devlet dışında akdedilenler de dahil olmak üzere tüm bahis sözleşmelerini kapsayan kamu politikasının o Devletin temel politikası olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ve (ii) Sözleşmenin B Tarafının lehine uygulanmasının bu politikayla açıkça bağdaşıp bağdaşmayacağına göre belirlenir.*" Bkz. "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 11. 23, s. 78. Türk hukukunda *Nomer*'e göre, yabancı bir hukukta kumar ve bahis borcunun dava edilebilir olarak kabul edilmesi Türk hâkimi tarafından tahammül edilemez bir düzenleme olarak değerlendirilmemelidir (Nomer, s. 163).

seçilen hukukun uygulanmasını engelleyen kamu düzeni argümanlarının kullanımını kontrol altında tutmak amaçlanmaktadır[1403].

Yukarıdaki hükümlerden anlaşılacağı üzere kamu düzeni müdahalesi istisnai nitelik taşımaktadır[1404]. Bu hükümlere göre mahkemenin hukukunun kamu düzenine ilişkin kuralları yabancı unsurlu hukuki işlem veya ilişki hakkında doğrudan uygulanmaz; yetkili yabancı hukukun bir istisnası olarak uygulama alanı bulur. Anılan düzenlemelerde mahkemenin hukukunun, yetkili yabancı hukukun bir hükmünün uygulanmasını bertaraf etmesi için kamu düzenine açık, tahammül edilemez bir aykırılık aranmaktadır. Böylelikle mahkemelerin her durumda kamu düzeni gerekçesine dayanarak yabancı hukukun *lex fori* ile çelişen hükümlerinin uygulanmayacağına karar vermelerinin önüne geçilmektedir. Aksi halde milletlerarası nitelikli hukuki işlem ve ilişkilerde yabancı hukukların uygulama alanı oldukça daralmış olur ki bu durum milletlerarası karar ahenginin ve milletlerarası özel hukuk adaletinin teminini engeller[1405]. Ünlü hukukçu *Werner Goldschmidt*'in ifade ettiği üzere milletlerarası özel hukuk, diğer maddi hukukların aksine bir tolerans hukuku olduğundan[1406] kamu düzeni müdahalesinin de uygulayıcılar tarafından bu çerçevede değerlendirilmesi gerekmektedir.

2. MÖHUK'taki Düzenleme

Zamana ve mekâna göre değişkenlik göstermesi nedeniyle kamu düzeni kavramının tanımlanmasındaki güçlük Türk doktrinine ve yargı kararlarına da yansımaktadır. Bu kavrama ilişkin net bir tanım ortaya koyulamadığı için daha çok hangi hallerde kamu düzenine aykırılıktan bahsedilebileceği üzerinde durulmaktadır. 2012'de verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda kamu düzenine ilişkin önemli değerlendirmelerde bulunulmuştur[1407]. Buna göre;

> *"Türk kamu düzeninin ihlalini gerektirecek haller çoğunlukla emredici bir hükmün açıkça ihlali halinde düşünülecektir. Fakat her emredici hükmün ihlali halinde veya her emredici hükmü ihlal eden bir yabancı kararın Türk kamu*

1403 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 11. 23, s. 77.
1404 Aybay/Dardağan, s. 126; Nomer, s. 161; Çelikel/Erdem, s. 142, 143.
1405 Aybay/Dardağan, s. 126; Neuhaus, s. 375; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 88.
1406 "Kazım Sedat Sirmen, "Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi", ***AÜHFD***, C. 58, S. 4, 2009, s. 872'den naklen Goldschmidt, W.: Derecho International Privado-Derecho de la Tolerancia, Ed.6, Depalma 1988, s. 52 vd.
1407 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 10.02.2012, E. 2010/1, K. 2012/1, RG. 20.09.2012-28417.

düzenine aykırı bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. O halde, iç hukuktaki kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyi niyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir. İç hukukta kamu düzeninin, tarafların uymak zorunda oldukları, kamu hukukundan ve özel hukuktan doğan ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri kurallar olarak anlaşılması gerekir."

Bu karardan yola çıkılarak; insan hak ve özgürlüklerine, Anayasa'daki temel hak ve özgürlüklere, Türk hukukunun temel prensiplerine, Türk örf ve âdet ile ahlak anlayışına aykırılık hallerinde kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olacağı ifade edilmektedir[1408].

Türk milletlerarası özel hukukunda da karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi kamu düzeninin müdahalesinin istisnai olduğu kabul edilmektedir[1409]. Kanun koyucu kamu düzenine aykırılık nedeniyle yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesini belirli şartlara tabi tutmaktadır. MÖHUK m. 5'e göre "*Yetkili yabancı hukukun belirli*

[1408] Akıncı, ***MÖH***, s. 20; Çelikel/Erdem, s. 153; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 84. Yeni tarihli bir Yargıtay kararında da yukarıdaki içtihadı birleştirme kararına dayalı olarak yabancı hukukun hangi hallerde kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşacağı ortaya konmuştur: "*Bir yabancı hukuk kuralı Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına ve hukuk siyasetine, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklere milletlerarası alanda geçerli ortak ve kabul görmüş hukuk prensiplerine, ikili anlaşmalara, gelişmiş toplumların ortak benimsedikleri ahlak ve adalet anlayışına, medeniyet seviyesine siyasî ve ekonomik rejimine aykırı olması halinde kamu düzenimize aykırılığı söz konusu olabilir. Örneğin yabancı hukukun, küçük çocukların çalışmasına ya da ücret ve diğer haklarda ırka dayalı ayrımcılık yapılmasına izin vermesi kamu düzenimize aykırıdır*" (9. HD, 23.11.2021, E. 2021/11545, K. 2021/15731. Aynı yönde 9. HD, 28.09.2021, E. 2021/6923, 2021/13158).

[1409] Can/Tuna, s. 301; Güngör, ***MÖH***, s. 108; Kazım Sedat Sirmen, "Eş Cinsel Birliktelikler", s. 869; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 87. *Nomer*, kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliğinden ötürü, bunun uygulanmasında ihtiyat ve çekimserlik gösterilmesi gerektiğini, yabancı ülkenin kendine özgü, belki de tuhaf görünen hukuk anlayışını mümkün olduğunca müsamaha ile karşılamak gerektiğini ifade etmektedir (Nomer, s. 162). Aynı yönde bkz. Neuhaus, s. 371.

bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır"[1410].

Öncelikle m. 5'in uygulanabilmesi için Türk kamu düzenine "açıkça" aykırılığın bulunması gerekir. Yabancı hukuk kuralının uygulanması ile Türk toplumunun sosyal, siyasal, ahlaki değerleri bakımından tahammül edilemez (çekilmez) sonuçların ortaya çıkması halinde açıkça aykırılığın meydana geleceği kabul edilmektedir[1411]. Dolayısıyla Türk hukukundakinden farklı bir hüküm öngören ya da Türk hukukundaki emredici hükümler ile çelişen her yabancı hukuk kuralının uygulanmasının kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturduğu söylenemez[1412]. Örneğin sağ kalan eşe miras hakkı tanımayan ancak eşi mal rejimleri vasıtasıyla koruyan bir yabancı hukukun uygulanması durumunda kamu düzeni müdahalesinden bahsedilemez[1413]. Benzer şekilde küçüğün evlat edinilmesi için Türk hukukunda aranan şartları aramayan bir yabancı hukuka göre gerçekleştirilen evlat edinme her durumda kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle geçersiz sayılamaz[1414]. Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda kamu düzenine açıkça aykırılık bulunup bulunmadığı her somut olayın özelliğine göre hâkim tarafından takdir edilmelidir.

Madde metninde "*yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün kamu düzenine açıkça aykırı olması*" ifadesi kullanılmaktadır. Buna göre hâkim kamu düzeni müdahalesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verirken yabancı hukuk kuralını uygulandığı olaydan ve meydana getirdiği sonuçtan bağımsız

---

1410 Hüküm 2675 sayılı MÖHUK'tan aynen aktarılmıştır.

1411 Aybay/Dardağan, s. 129; Can/Tuna, s. 302; Çelikel/Erdem, s. 147; 149.

1412 Akıncı, ***MÖH***, s. 20, 21; Aybay/Dardağan, s. 129; Doğan, ***MÖH***, s. 264. Ayrıca İngiliz hukukunda bkz. Collier, s. 235. Yargıtay evlat edinme için nesebi sahih füruu (altsoyunun) bulunmaması şartını arayan, dolayısıyla bir kimsenin torununu evlat edinmesine müsaade etmeyen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (m. 253) döneminde, torunun evlat edinilmesine izin veren yabancı hukuk hükmünün kamu düzenine aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir (2. HD; 23.06.1983, E. 1983/5550, K. 1983/5697)

1413 Yargıtay 2. HD, 10.10.1968, E. 1963/244, K. 1968/106. Çelikel/Erdem, s. 150; Doğan, ***MÖH***, s. 265.

1414 Yargıtay Etiyopya hukukuna göre evlat edinilen küçüğün TMK m. 305/1 uyarınca bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olmamasının küçüğün yüksek yararları da dikkate alınarak Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir (18. HD, 24.10.2013, E. 9858/2013, K. 2013/13957). Bkz. Lale, s. 34. Ancak Yargıtay daha eski tarihli bir tenfiz davasında "*Dosyada mevcut nüfus kayıt örneklerinden, davalılardan H. I.'ın 01.01.1963, H. I'ın 01.07.1963 doğumlu oldukları, 03.09.1980 doğumlu olan evlat edinilen davacı S. A. ile aralarındaki yaş farkının on sekiz yıldan az olduğu, ayrıca evlat edinenlerin Ö. O., Ör. ve G. adlı çocuklarının bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, tenfizi istenilen yabancı mahkeme kararının Türk Medeni Kanunu'nun 308. ve 313. maddesindeki şartları taşımadığından Türk kamu düzenine aykırı olduğu hususu dikkate alınarak davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır*" şeklinde hüküm kurmuştur (2. HD, 20.09.2004, E. 9169, K. 2004/10282) (https://www.lexpera.com.tr, 14.11.2022).

olarak değerlendirmemelidir. Diğer bir deyişle bu kuralın soyut bir biçimde Türk kamu düzenine aykırı olduğu sonucuna varmamalıdır[1415]. Eğer ki yabancı hukuk kuralının somut olaya uygulanması ile ortaya çıkan sonuç Türk toplumunun değerleri ile tahammül edilemez şekilde bağdaşmıyorsa ancak o halde hâkim o kuralın uygulanmasından vazgeçmelidir[1416].

Doktrinde Türk kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabilmesi için somut olayın Türkiye ile bu müdahaleyi haklı kılacak derecede ilgisinin bulunması da aranmaktadır[1417]. Tarafların her ikisinin de yabancı bir ülke vatandaşı olduğu ya da bütünüyle yabancı bir ülkede kurulup yabancı bir ülkede etkilerini gösteren hukuki ilişkilerde bu ilginin var olduğunu söylemek güçtür. Örneğin, Hollanda'da gerçekleştirilen, taraflardan birinin Türk vatandaşı olduğu iki erkek arasındaki evliliğin geçerliliği Türk mahkemeleri önünde uyuşmazlık konusu olduğunda Türk kamu düzenine açıkça ayrılık nedeniyle bu evlilik geçersiz sayılabilir[1418]. Zira bir Türk vatandaşının eş cinsel evliliğine Türkiye'de geçerlilik tanınmasının yaratacağı sonuçlar Türkiye ile yakından ilgilidir. Ancak, milli hukuku cevaz verdiği için kendi ülkesinde birden fazla kadınla evlenen erkeğe karşı eşi ya da eşleri tarafından Türk mahkemelerinde nafaka talebiyle açılan davada aynı derecede yakın ilgiden söz edilemez. Bu davadaki nafaka talebinin kamu düzeni gerekçesiyle reddedilmemesi gerekir. Benzer durum eşlerin mirasçılık haklarının tanınması bakımından da geçerlidir[1419].

Kanun koyucu "gerekli görülen hallerde" Türk hukukunun uygulanacağını öngörerek kamu düzeninin olumlu fonksiyonuna işaret etmektedir. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa bakan Türk hâkiminin görevi uygulanacak hukuku tespit ettikten sonra bu hukuka göre uyuşmazlığı nihai çözüme kavuşturmaktır (MÖHUK m. 2/1). Dolayısıyla kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle yabancı hukuk hükmünün uygulanmaması neticesinde uyuşmazlığın karara bağlanması mümkün olmayacaksa hâkim Türk hukukundaki ilgili maddi hukuk kuralını uygulamakla yükümlüdür[1420].

1415 Akıncı, ***MÖH***, s. 21; Aybay/Dardağan, s. 130.
1416 Nomer, s. 162.
1417 Güngör, ***MÖH***, s. 108; 112. Aynı yönde bkz. Akıncı, ***MÖH***, s. 21; Bayata Canyaş, ***AB ve Türk Hukuku***, s. 261; Doğan, ***MÖH***, s. 265, 266; Nomer, s. 178; Sirmen, "Eş Cinsel Birliktelikler", s. 870. Aynı esas Alman doktrininde de kabul edilmektedir. Bkz. Neuhaus, s. 366.
1418 Güngör, ***MÖH***, s. 109.
1419 Akıncı, ***MÖH***, s. 21, 22; Çelikel/Erdem, s. 152; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 89.
1420 Aybay/Dardağan, s. 129.

Örneğin altsoyun üstsoya nafaka yükümlülüğünü tanımayan bir yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzeninin olumsuz müdahalesi ile karşılaşır. Yabancı hukuk yerine, altsoyun üstsoya nafaka yükümlülüğünü kabul eden TMK m. 364/1 hükmü uygulanacağından kamu düzeninin olumsuz fonksiyonundan sonra olumlu fonksiyonu devreye girer[1421]. Kız çocuğuna miras hakkı tanımayan bir yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık nedeniyle uygulanmaması, bunun yerine TMK m. 495 hükmünün uygulanmasında da aynı durum söz konusudur. Halihazırda evli olan bir yabancının Türkiye'de başka biri ile evlenmek istemesi halinde milli hukuku cevaz verse dahi bu evliliğe izin verilmemesi ise kamu düzeninin yalnızca olumsuz müdahalesine örnek teşkil eder.

B. Yabancı Devletin Kamu Düzeninin Müdahalesi

Kamu düzenine aykırılık mahkemenin hukuku bakımından ortaya çıkabileceği gibi yabancı bir devlet hukuku bakımından da ortaya çıkabilir. Ancak pozitif hukuk düzenlemelerinde yabancı devletin kamu düzeninin dikkate alınmasını öngören açık bir hükme yer verilmemektedir[1422]. MÖHUK'ta da yabancı devletin kamu düzeni müdahalesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle kural olarak yabancı devletin kamu düzeninin Türk hâkimi tarafından dikkate alınması mümkün değildir[1423]. Ancak doktrinde iki halde yabancı devletin kamu düzeni müdahalesinin gündeme geleceği kabul edilmektedir. İlki devam eden atfın uygulanması halidir[1424]. Atfın dikkate alındığı hallerde Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan yabancı hukukun kanunlar ihtilafı kuralları da başka bir yabancı hukuku yetkili kılıyorsa, bu hukukun uygulanmasında Türk kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği yabancı hukukun kamu düzeninin dikkate alınması gerekir. Örneğin MÖHUK m. 14/1'e göre boşanma sebepleri ve hükümleri, eşlerin müşterek milli hukukuna tabidir. Eşlerin müşterek milli hukuku ise boşanma sebepleri hakkında örneğin müşterek

---

1421 Çelikel/Erdem, s. 148.

1422 Örneğin *EGBGB*'de yalnızca Alman hukukunun (m. 6), *IPRG*'de yalnızca İsviçre hukukunun (m. 17), Avusturya MÖHK'te Avusturya hukukunun (m. 6), Roma I Tüzüğü'nde *forum*'un kamu düzeni müdahalesi (m. 21) düzenlenmektedir.

1423 Doğan, ***MÖH***, s. 268; Nomer, s. 183. Karşılaştırmalı hukukta bir görüşe göre tarafların geçerli yasayı seçme özgürlüklerine forumun doğrudan uygulanan hükümleri ve kamu düzenine göre sınırlamalar getirilmelidir. Ancak yabancı devletin kamu düzeni, tarafların seçim özgürlüğünü sınırlandırmamalıdır. Zira bu halde yabancı devletlerin çıkarlarının tarafların çıkarlarının önüne geçmesine izin verilmiş olmaktadır (Kincaid, s. 95).

1424 Doğan, ***MÖH***, s. 268; Nomer, s. 183'ten naklen Dölle, Internationales Privatrecht. Eine Einführung in seine Grundlagen, 1972, s. 114.

mutad mesken hukukunu yetkili kılıyor olabilir. Bu durumda boşanma, müşterek mutad mesken hukukuna tabi olmakla birlikte eşlerin müşterek milli hukukunun kamu düzeninin de dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Tabi ki böyle bir uyuşmazlıkta tarafların müşterek mutad mesken hukuku zaten mahkemenin hukuku ise yabancı ülkenin kamu düzeninin uygulandığı söylenemez.

Türk hukukunda atıf yalnızca kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda dikkate alınır (MÖHUK m. 2/3). Uygulanacak hukukun taraflarca seçilmesi halinde ise kural olarak seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır (m. 2/4). Hukuk seçimi yapılan hallerde atfın dikkate alınması yalnızca tarafların seçilen hukukun kanunlar ihtilafı dahil olmak üzere uygulanmasını kararlaştırmaları halinde mümkündür (m. 2/4). Dolayısıyla hukuk seçimi halinde kural olarak seçilen hukuk dışında yetkilendirilen başka bir yabancı hukuk bulunmadığından yabancı ülkenin kamu düzeni müdahalesinden de bahsedilemez.

Yabancı ülkenin kamu düzeninin dikkate alınması gerektiği kabul edilen ikinci hal ise yetkili yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanması sonucunda verilen kararın, yabancı ülkenin kamu düzeni ile birlikte Türk toplumunun genel ahlak ve dürüstlük anlayışına da aykırılık oluşturmasıdır[1425]. Ancak bu halde de yabancı ülkenin kamu düzeninden ziyade, Türk kamu düzeninin (mahkemenin kamu düzeninin) etkisini gösterdiği ifade edilmektedir[1426].

C. Hukuk Seçimi Hallerinde Kamu Düzeni Müdahalesi

Kamu düzeni müdahalesi daha çok, emredici hükümlerin hâkimiyeti altında olan ve taraflara irade muhtariyetinin sınırlı olarak tanındığı kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte zaman zaman sözleşmeden doğan borç ilişkileri ve hatta sözleşme dışı borç ilişkilerinde de

---

[1425] Doğan, ***MÖH***, s. 269; Nomer, s. 184. *Nomer*'in aktardığı örnekte; Londra'da oturan Fransız, Fransız olan çocuklarını miras haklarından mahrum etmek amacıyla İngiltere vatandaşlığına geçerek, çocuklarına mirastan pay vermediği bir vasiyetname hazırlar. Menkul tereke hakkında karar verecek olan Türk hâkiminin kural olarak MÖHUK m. 20 uyarınca ölenin milli hukuku olan İngiliz hukukunu uygulaması gerekir. Ancak bu hukuku Fransız Medeni Kanunu'nun (*Code Civil*) çocuklar için tanıdığı miras hakkından mahrum ettiği ölçüde uygulamamalıdır. Bu halde ölenin hileli davranışından önceki vatandaşlığı olan Fransız hukuku uygulanmış olmaktadır. Çocuklara miras hakkı tanınmaması, Fransız kamu düzenine aykırı olduğu gibi Türk toplumunun ahlak anlayışı ile de uyuşmaz. Her ne kadar uyuşmazlığa Fransız hukuku uygulanmış olsa da aslında Türk kamu düzeninin müdahalesi etki göstermiştir (Nomer, s. 184'ten naklen Dölle, IPR, s. 114).

[1426] Doğan, ***MÖH***, s. 269; Nomer, s. 184.

kamu düzeni müdahalesinin uygulandığı görülmektedir. Taraflar aralarındaki hukuki işlem ya da ilişkiye uygulanacak hukuku seçmişlerse, seçilen hukukun bir hükmünün ya da hükümlerinin mahkemenin kamu düzenine aykırılık oluşturması nedeniyle uygulanmama ihtimali her zaman mevcuttur. Aşağıda hukuk seçimi yapılabilecek hukuki işlem ve ilişkilerde kamu düzeni müdahalesinin söz konusu olabileceği bazı hallerin incelenmesinde fayda görüyoruz.

1. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri Bakımından

Sözleşmeler hukuku alanında özellikle iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda zayıf tarafı koruma amacına bağlı olarak kamu düzeni müdahalesi gündeme gelmektedir. Örneğin seçilen yabancı hukukta ihbar sürelerinin mahkemenin hukukundan farklı düzenlenmiş olması tek başına kamu düzeni müdahalesi için yeterli görülmezken ihbar süresine hiç yer verilmemiş olması ya da çok kısa bir süre öngörülmüş olması halinde seçilen hukukun kamu düzenine aykırılık nedeniyle uygulanmaması mümkündür[1427]. Tarafların iş sözleşmesine, sözleşmenin sona ermesi halinde rekabet etmeme klozu koymalarına izin veren bir yabancı hukuk da mahkemenin hukukunun kamu düzeni müdahalesine uğrayabilir[1428].

Türk hukukunda özellikle yurtdışında çalıştırılan Türk işçilerinin kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, hafta tatili, yıllık izin, fazla mesai ücreti gibi işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda kamu düzeni müdahalesinin uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde durulmaktadır[1429]. Uygulamada Türk işçilerinin, Türk gerçek veya tüzel kişiler tarafından yabancı ülke mevzuatına göre yurtdışında kurulan işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürüldükleri ve işi bütünüyle o ülkelerde ifa ettikleri

---

1427 Elçin, s. 197; Willy van Eeckhoutte, "The Rome Convention on the Law applicable to Contractual Obligations and Labour Law (1980)", ***Freedom of services in the European Union: labour and social security law: the Bolkestein initiative***, Vol. 58, Kluwer Law International, 2006, s. 178. 167-178.

1428 İngiliz mahkemeleri rekabet etmeme klozlarını, taraflar ve kamu menfaati için makul değilse kamu düzenine açıkça aykırı bulmaktadır (Elçin, s. 197).
İş sözleşmelerinde tarafların ehliyeti konusunda da kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilir. Örneğin, evli kadının iş sözleşmesi akdetmesini kocasının iznine tabi tutan yabancı hukuk kuralı eşitlik ilkesine ve çalışma hakkına aykırılık oluşturacağı gerekçesi ile kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşabilir. Türk hukukunda Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi uyarınca kadının kocanın açık ya da örtülü rızası ile bir iş veya sanatla uğraşabileceği, kocanın rızasının bulunmaması halinde birliğin ya da bütün ailenin menfaatine olacağının ispat edilmesi koşuluyla iznin hâkim tarafından da verilebileceği kabul edilmekteydi (m. 159). Bu hüküm 29 Kasım 1990 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir (AYM, 29.11.1990, E. 1990/30, K. 1990/3, RG. 02.07.1992-21272).

1429 Çelikel/Erdem, s. 441-443; Elçin, s. 202-205; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 356-358; Tarman, "İş Sözleşmeleri", s. 545.

bilinmektedir[1430]. Yani bu uyuşmazlıklarda işçinin mutad işyeri yurtdışındadır[1431]. İşçilerin işveren aleyhine kıdem tazminatı başta olmak üzere işçi alacağı talebiyle Türk mahkemelerinde açtıkları yabancı unsurlu davalarda, mahkemelerin çoğu kez MÖHUK m. 27 uyarınca seçilen hukuku ya da mutad işyeri hukukunu dikkate almaksızın Türk hukukuna göre karar verdikleri görülmektedir[1432].

Yargıtay da yakın zamana kadar söz konusu yabancı unsurlu iş uyuşmazlıkları bakımından iş hukukunun emredicilik yönü, işçinin korunması ilkesi ve kamu düzenini gerekçe göstererek yurtdışındaki yabancı şirketle, işçiyi gönderen Türkiye'deki kişi ya da şirket arasında organik bağ bulunduğuna ve işçilik alacaklarına ilişkin taleplere Türk hukukunun uygulanmasına hükmetmiştir[1433]. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları haklı olarak eleştirilmektedir[1434]. Zira yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda öncelikle MÖHUK m. 27 uyarınca uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerekir. Eğer ki taraflarca seçilen hukukun ya da seçimin yokluğunda objektif sözleşme statüsünün kıdem tazminatına ilişkin hükmünün uygulanması ile kamu düzenine açıkça aykırılık meydana gelecekse ancak bu halde yabancı hukuk yerine Türk hukukunun uygulanması mümkündür (m. 5). Buna rağmen Yargıtay'ın, kararlarında "kamu düzeninin" dikkate alındığından bahsetmesine rağmen, yetkili yabancı hukuk hükümlerini değerlendirmeksizin Türk hukukundaki işçi alacağına ilişkin hükümleri sanki "doğrudan uygulanan kural" gibi yanlış bir biçimde tatbik ettiği değerlendirilmektedir[1435]. Bu kararlardaki yaklaşımla hareket edildiğinde hem MÖHUK hükümleri yanlış uygulanmış olmakta hem de işçinin daha

---

1430 Çelikel/Erdem, s. 441; Musa Aygül, "Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", ***10. Yılında MÖHUK Sempozyumu*** (Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl), Adalet, Ankara, 2018, s. 497; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 357.

1431 Bu kararlarda işçi işini münhasıran başka bir ülkede yapmaktadır. İşçinin Türkiye'de çalışırken geçici bir süreyle yurtdışında çalışmak üzere gönderilmesi halinde MÖHUK m. 27/2 uyarınca mutad işyerinin Türkiye olarak kabul edileceği, işçi uzun süreli olarak gönderilmiş olsa dahi somut olayın koşullarına göre bu durumun geçici gönderme kapsamında kabul edilebileceği unutulmamalıdır (Aygül, "İş Hukuku İhtilafları", s. 506).

1432 Çelikel/Erdem, s. 439; Elçin, s. 202; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 356, 357. Örneğin, İstanbul BAM 30. HD, 20.02.2017, E. 2016/242, K. 2017/227; Ankara BAM 7. HD, 07.02.2018, E. 2017/2286, K. 2018/187.

1433 Yargıtay 9.HD, 06.11.2012, E. 2012/23286, K. 2012/36425; 9.HD, 06.11.2012, E. 2012/13872, K. 2012/36420; 9. HD, 06.11.2012, E. 2012/15508, K. 2012/364201 (https://www.lexpera.com.tr, 13.11.2022). 9. HD, 06.11.2012, E. 2012/8226, K. 2012/36419; 9. HD, 04.06.2012, E. 2012/11520, K. 2012/19335; 9. HD; 07.05.2012, E. 2011/15312, K. 2012/15830; 9. HD, 07.05.2012, E. 2011/15326, K. 2012/15844 (Lale, s. 139-156).

1434 Aygül, "İş Hukuku İhtilafları", s. 504; Çelikel/Erdem, s. 442, 443; Şanlı/Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 357.

1435 Çelikel/Erdem, s. 443. Aynı yönde bkz. Aybay/Dardağan, s. 145, 146.

az lehine bir sonuçla karşılaşma riski ortaya çıkmaktadır. Zira yabancı hukuktaki hüküm ya da hükümler Türk hukukuna göre işçiyi daha fazla koruyor olabilir. Ancak burada yetkili yabancı hukuk hiç dikkate alınmaksızın doğrudan Türk hukuku uygulandığından yabancı hukukun söz konusu hükümleri uygulanmamış olacaktır. Bu durum, *Aygül*'ün ifade ettiği üzere "İşçiyi yalnızca Türk hukuku korur" şeklindeki yanlış düşüncenin bir özetidir[1436].

Yargıtay eski tarihli bir kararında da açıkça "*Kıdem tazminatı Türk kamu düzeni ile ilgilidir. Bu itibarla, taraflar arasındaki uyuşmazlığın Türk hukukuna göre çözümlenmesi gerekir*" ifadelerini kullanarak Türk hukukundakinden daha düşük bir tazminat öngören Libya hukukunu uygulamamıştır[1437]. Ancak doktrinde yabancı hukukta kıdem tazminatı miktarının Türk hukukundakinden farklı öngörülmüş olmasının kamu düzeni müdahalesini gerektirecek kadar açık bir aykırılık olmadığı savunulmaktadır[1438]. Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. Zira kanunlar ihtilafı hukukundaki kamu düzeni kavramının iç hukuktakinden daha dar kapsamlı olduğu ve kamu düzeni müdahalesinin istisnai niteliği düşünüldüğünde Türk iş hukukundaki işçiyi koruyucu emredici hükümlerden farklılaşan her yabancı hukuk kuralının soyut olarak kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Aksi durumda Türk iş hukukundaki pek çok hükmün zayıf tarafı koruma amacıyla öngörülen emredici hükümler olduğu dikkate alınırsa MÖHUK m. 27/1 ile taraflara tanınan hukuk seçimi imkânının pratikte önemi oldukça azalacaktır. Bununla birlikte zayıf tarafı koruma düşüncesinin kamu düzenine aykırılığın tespitinde hiç kullanılamayacak bir ölçüt olduğunu da söylemek zordur. Dolayısıyla kıdem tazminatı miktarının çok düşük öngörüldüğü ya da kıdem tazminatının hiç öngörülmediği bir yabancı hukukun uygulanması halinde işçi tamamen korumasız kalacağından bu halde

---

1436 Yazar'ın bu görüşü ve ilgili Yargıtay kararları hakkındaki eleştirileri için bkz. Aygül, "İş Hukuku İhtilafları", s. 504 vd.

1437 Yargıtay 9. HD, 06.07.1992, E. 1992/1621 K. 1992/7890.

1438 Çelikel vd., s. 295; Elçin, s. 204; Hatice Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", ***10. Yılında MÖHUK Sempozyumu*** (Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl), Adalet, Ankara, 2018, s. 67; Tarman, "İş sözleşmeleri", s. 545. Aksi yöndeki görüşe göre kıdem tazminatı asgari norm olması açısından işçiler için vazgeçilmezdir. Bu nedenle kıdem tazminatına ilişkin hükümler kamu düzenindendir. Kıdem tazminatı bakımından daha az bir koruma getiren hukuk Türk hukukunun temel ilkelerinden olan işçinin korunması ilkesiyle bağdaşmadığından kamu düzenine aykırı kabul edilmelidir (Ekşi, "İş Sözleşmeleri", s. 136; Tankut Centel, "Türk İşverenin Yabancı Ülkedeki İş Yerinde Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkında Uygulanacak Hukuk-Kamu Düzeni", İş Hukuku Dergisi, Yıl: 1992, S. 1, s. 605-607)

kamu düzeni müdahalesinin kabul edilmesi uygun olacaktır[1439]. Yapılması gereken tarafların aralarındaki yabancı unsurlu iş sözleşmesine uygulanacak hukuku kararlaştırmaları halinde, seçilen hukukun ya da objektif sözleşme statüsünün kıdem tazminatı gibi işçilik alacaklarına ilişkin hükümlerinin kamu düzeni müdahalesini gerektirip gerektirmediğinin her somut olayın özelliğine göre ayrıca değerlendirilmesidir.

Yargıtay yeni tarihli kararlarında[1440] işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlıkların doğrudan Türk hukukuna tabi tutulması yerine MÖHUK m. 27/1 uyarınca seçilen hukuka ya da seçimin yokluğunda mutad işyeri hukukuna göre karara bağlanması yönünde hüküm kurmaktadır. Yargıtay'ın 2020 yılında verdiği bir kararda kullandığı şu ifadeler konu bakımından oldukça önemlidir: "*İhbar ve kıdem tazminatı*

1439 Aynı yönde bkz. Elçin, s. 203; Tarman, "İş Sözleşmeleri", s. 545, 546. *Aygül*'ün ifadelerinden ise yabancı hukukta kıdem tazminatı miktarının Türk hukukundakinden daha düşük öngörülmesinin her durumda kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmeyeceği, bu halde kamu düzenine aykırılığın tartışılabileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır (Aygül, "İş Hukuku İhtilafları", s. 503). *Özdemir Kocasakal*'a göre, işin devamı sırasında işçiye sağlanan telafi edici destekler dikkate alındığında, kıdem tazminatının hiç öngörülmemiş olması bile somut olayda kamu düzenine aykırılık istisnasının kullanılmasına yol açmayabilir. Bkz. Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 67. Kanaatimizce kıdem tazminatının hiç öngörülmemiş olması halinde Türk kamu düzenine açıkça aykırılığın meydana geldiği kabul edilmelidir.

1440 "*Sözleşmenin belirli süreli olarak yapılıp yapılamayacağı, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle işçinin hak kazanacağı tazminatlar, fazla çalışma, yıllık izin, işverence yapılan uygulama ve ödemelerin niteliği, zamanaşımı gibi hususlar Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un m. 27 uyarınca tayin edilen hukuka göre değerlendirilmelidir (...).Davacı işçi ile davalı işveren arasında imzalanan 15/05/2009 tarihli yurt dışı iş sözleşmesinin tarafların iş ilişkisindeki hak ve yükümlüklerine ilişkin çalışma süresi, fazla mesai, hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarına ilişkin maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağının belirtildiği, yine sözleşmenin 16. maddesinde de anlaşmazlık durumlarında sözleşme maddelerinde çalışılan ülke mevzuatının geçerli olduğunun belirtildiği hususlardaki ihtilafların çözümünde öncelikle çalışılan ülke mevzuatının uygulanacağının ifade edildiği ve bu suretle tarafların bir hukuk seçimi anlaşması yaptıkları görülmektedir. Davacı, talep konusu yapılan alacakların ilişkin olduğu çalışma döneminde, iş sözleşmesi kapsamında Rusya'da bulunan davalıya ait işyerinde çalışmış olup, bu durumda mutad işyerinin de işçinin işini fiilen yaptığı yer olan Rusya olduğu sabittir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 27/1. hükmü kapsamında taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan uyuşmazlık hakkında Rusya Hukuku'nun uygulanması gerekmektedir*" (9. HD, 22.12.2021, E. 2021/12547, K. 2021/16788). Aynı yönde bkz. 9. HD, 09.11.2021, E. 2021/9875, K. 2021/15524; 13.04.2021, E. 2021/2497, K. 2021/8085, 13.04.2021. Başka bir kararda; "*Bölge Adliye Mahkemesince, davalı şirketler arasında organik bağ bulunduğu ve davacıyı birlikte istihdam ettikleri belirtilerek uyuşmazlığın Türk Hukuk mevzuatına göre çözümlenmesinde bir isabetsizlik görülmemiş ise de davacı ile davalı işveren arasında imzalanan yurt dışı iş sözleşmesinde tarafların iş ilişkisindeki hak ve yükümlüklerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı, sözleşmenin 14. maddesinde sözleşme şartlarının Gürcistan Yasalarına tabi olacağının ifade edildiği ve bu suretle tarafların bir hukuk seçimi anlaşması yaptıkları görülmektedir. Davacı, talep konusu yapılan alacakların ilişkin olduğu çalışma döneminde, iş sözleşmesi kapsamında sadece davalının Gürcistan'da bulunan işyerinde çalışmış olup, bu durumda mutad işyerinin de işçinin işini fiilen yaptığı yer olan Gürcistan olduğu sabittir. Tüm bu hususlar dikkate alındığında, MÖHUK'un 27/1. hükmü kapsamında taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşması bulunduğundan uyuşmazlık hakkında Gürcistan Hukuku'nun uygulanması gerekmektedir*" şekline hüküm kurmuştur (9. HD, 28.09.2021, E. 2021/6918, K. 2021/13147).

ile yıllık izin, fazla mesai, hafta ve genel tatil alacaklarına ilişkin hükümler iç hukukumuz bakımından emredici nitelikte olmakla birlikte, bunlara dair yabancı hukukun farklı düzenlenmeleri, sırf farklılıkları nedeniyle somut uyuşmazlıkta ortaya çıkan durum değerlendirilmeden MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzeni müdahalesine neden olmaz. Keza uygulanması gereken yabancı hukukun işçiye Türk hukukundan daha az koruma getirmesi de tek başına kamu düzeni müdahalesi için yeterli bir sebep değildir. Kanunlar ihtilâfı hukukundaki kamu düzeni anlayışı, iç hukukun kamu düzeni anlayışından farklı ve daha dar kapsamlıdır"[1441]. Yargıtay'ın önceki yerinde olmayan uygulamasının bu karar ile doğru yolda bir değişim içine girdiği ifade edilmektedir[1442].

Türk hukukunda, TTK'nın 122/4 hükmü nedeniyle yabancı unsurlu acentelik, tek satıcılık ve dağıtım sözleşmelerinden doğan denkleştirme talepli[1443] davalarda da kamu düzeni müdahalesinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir[1444]. Uygulamada, yabancı sağlayıcıların Türkiye'deki dağıtıcılar aracılığıyla Türk pazarına yerleştiği ve belirli bir pazar payına ulaştıktan sonra da sözleşmeyi feshederek dağıtıcının uzun süren çabalarıyla oluşturduğu müşteri çevresinden yararlanmaya devam ettikleri bilinmektedir[1445]. Bu nedenle kanun koyucu acenteyi/tek satıcıyı/dağıtıcıyı koruma amacıyla denkleştirme talebini açıkça düzenlemiş[1446] ve talep hakkından önceden vazgeçilmesini yasaklamıştır. TTK m. 122/4'e göre "*Denkleştirme isteminden önceden vazgeçilemez. Denkleştirme istem hakkının sözleşme ilişkisinin sona ermesinden itibaren bir yıl içinde ileri sürülmesi gerekir*". Bu hüküm emredici olup yabancı unsurlu sözleşmeye Türk hukukunun uygulanması

1441 Yargıtay 9. HD, 24.11.2020, E. 2020/5617 K. 2020/16556.

1442 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 356, 357.

1443 Acentelik sözleşmesinin sona ermesi halinde denkleştirme istemini düzenleyen 122. madde hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanır (TTK m. 122/5). Maddenin birinci fıkrasına göre; "*Sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra; a) Müvekkil, acentenin bulduğu yeni müşteriler sayesinde, sözleşme ilişkisinin sona ermesinden sonra da önemli menfaatler elde ediyorsa, b) Acente, sözleşme ilişkisinin sona ermesinin sonucu olarak, onun tarafından işletmeye kazandırılmış müşterilerle yapılmış veya kısa bir süre içinde yapılacak olan işler dolayısıyla sözleşme ilişkisi devam etmiş olsaydı elde edeceği ücret isteme hakkını kaybediyorsa ve c) Somut olayın özellik ve şartları değerlendirildiğinde, ödenmesi hakkaniyete uygun düşüyorsa, acente müvekkilden uygun bir tazminat isteyebilir*". Denkleştirme kavramı ve denkleştirme talebine uygulanacak hukuk hakkında bkz. A. İpek Sarıöz Büyükalp, "Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 21, S. 2, 2019, s. 526 vd.; Cemile Demir Gökyayla, Milletlerarası Özel Hukukta Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, ***Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*** (Ed. Sibel Özel/Mustafa Erkan), On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 59 vd.

1444 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 102.

1445 Demir Gökyayla, "Dağıtım Sözleşmeleri", s. 68.

1446 Çelikel vd., s. 303; Demir Gökyayla, "Dağıtım Sözleşmeleri", s. 68.

halinde acentenin denkleştirme talebi isteyemeyeceğine ya da bu talebinden feragat ettiğine dair sözleşme hükümlerinin geçersiz olacağı açıktır[1447]. Türk hukukundaki emredici hükümlere aykırı olan her yabancı hukuk hükmünün kamu düzeni müdahalesine uğramayacağını yukarıda ifade etmiştik. Ancak denkleştirme talebini düzenleyen TTK m. 122'nin temelinde, görece zayıf taraf olarak kabul edilen acentenin/dağıtıcının ekonomik açıdan korunması ve hakkaniyetin zayıf tarafa denkleştirme talebinin tanınmasını gerektirmesi fikrinin yattığı ifade edilmektedir[1448]. Bu gerekçeyle doktrinde haklı olarak tarafların denkleştirme talebinden feragat edilmesine izin veren bir ülke hukukunu seçmeleri halinde feragati geçerli kabul eden yabancı hukuk hükmünün somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi neticesinde kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle uygulanmayacağı görüşü savunulmaktadır[1449]. Aynı görüş acentenin/tek satıcının/dağıtıcının denkleştirme talebini hiç düzenlemeyen[1450] bir hukukun uygulanması ya da denkleştirme tazminatını aşırı fahiş bir bedel olarak belirleyen ve hakkaniyet ölçüsünü aşan bir hukukun uygulanması halinde de geçerlidir[1451]. Elbette seçilen hukukun denkleştirme tazminatının bedelini Türk hukukundakinden nispeten farklı öngörmüş olması tek başına kamu düzenine aykırılığın varlığı için yeterli görülmemelidir.

2. Sözleşme Dışı Hukuki İlişkiler Bakımından

Sözleşme dışı borç ilişkileri alanında özellikle haksız fiil nedeniyle ödenecek tazminat miktarının belirlenmesinde kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir. Türk

---

1447 Demir Gökyayla, "Dağıtım Sözleşmeleri", s. 59.

1448 Sarıöz Büyükalp, "Denkleştirme Talebi", s. 574.

1449 Sarıöz Büyükalp, "Denkleştirme Talebi", s. 574; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 102. *Demir Gökyayla* ise, TTK m. 122'nin doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olduğunu, bu nedenle MÖHUK m. 6 uyarınca dağıtım bölgesinin kısmen ya da tamamen Türkiye'de olduğu yabancı unsurlu acente ve tek satıcılık sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulanması gerektiği görüşündedir (Demir Gökyayla, "Dağıtım Sözleşmeleri", s. 67. Aynı yönde bkz. Çelikel vd., s. 304). Ancak yazarın bildirisini sunduğu oturumun başkanlığını yapan *Özdemir Kocasakal*, TTK'daki düzenlemede somut olayın özelliğine göre denkleştirme tazminatı bakımından hâkime takdir yetkisi veren ifadeler yer aldığı ve doktrinde de hâkimin dilerse denkleştirme tazminatına hükmetmeyebileceği görüşünün bulunduğu gerekçesiyle m. 122'nin doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olmadığı görüşündedir. Bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, I. Oturum Soru-Cevap, ***Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler*** (Ed. Sibel Özel/Mustafa Erkan), On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 100, 101. Aynı yönde bkz. Sarıöz Büyükalp, "Denkleştirme Talebi", s. 564-571.

1450 Finlandiya hukukunda acente dışındaki dağıtıcılar lehine denkleştirme talep hakkı öngörülmemektedir. İrlanda ve İtalya hukuklarında da dağıtıcının denkleştirme talebi hakkında düzenleme bulunmamaktadır (Demir Gökyayla, "Dağıtım Sözleşmeleri", s. 59, 60, dn. 11, 12'deki yazarlar).

1451 Cemil Güner, ***Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk***, Adalet, Ankara, 2014; Çelikel vd., s. 303; Sarıöz Büyükalp, "Denkleştirme Talebi", s. 574.

hukuku[1452], İsviçre hukuku[1453], Alman hukuku[1454] gibi hukuk düzenlerinde haksız fiilden kaynaklanan tazminat miktarının hesaplanmasında kural olarak "zararı tazmin" amacı belirleyici olmaktadır. Yani tazminat miktarı uğranılan zararı giderecek oranda belirlenir. Ancak Amerikan hukukunda mevcut zararı fazlasıyla aşan, zarar vereni cezalandırıcı nitelikli bir tazminat sistemi (*punitive damages/treble damages*) uygulanmaktadır[1455]. Bu sistemde zararı giderecek miktarın üç katına kadar tazminata hükmedilebilmektedir.

Zarar görenin uğradığı zarar miktarının çok fazlasının ödenmesine yol açan yabancı hukuk kuralının, cezalandırıcı tazminat sistemini reddeden ülke mahkemelerinde kamu düzenine aykırılık nedeniyle uygulanmaması mümkündür[1456]. Bu konuyla ilgili Roma II Tüzüğü'nün dibacesinde bir açıklamaya yer verilmektedir. Dibacenin 32. paragrafında yetkili hukukun cezai veya caydırıcı nitelikteki bir tazminata hükmedilmesine imkân veren hükmünün, davanın koşullarına ve üye devletlerin kendi hukuklarına göre kamu düzenine aykırı olduğuna karar verilebileceği belirtilmektedir. Üye devletler kamu düzeni müdahalesini uygulayıp uygulamama konusunda serbesttir. Aslında Roma II Tüzüğü'nün 2003 taslağında cezai nitelikteki tazminatların topluluk kamu düzenine aykırı kabul edileceğine ilişkin bir hükme yer verilmiştir[1457]. Ancak bu tür tazminatların ödenmesine izin veren İngiltere'nin direnişi

---

1452 MÖHUK m. 38/2: "*Türkiye'de rekabetin engellenmesine yabancı hukuk uygulanan hâllerde, Türk hukuku uygulansaydı verilecek tazminattan daha fazla tazminata hükmedilemez.*" Türk hukukunda istisnaen rekabet hukuku alanında cezai tazminat kabul edilmiştir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun (RKHK) m. 58/2: "*Ortaya çıkan zarar, tarafların anlaşması ya da kararı veya ağır ihmalinin olduğu hallerden kaynaklanmaktaysa, hâkim, zarar görenlerin talebi üzerine, uğranılan maddi zararın ya da zarara neden olanların elde ettiği veya elde etmesi muhtemel olan karların üç katı oranında tazminata hükmedebilir*". Türk rekabet hukukunda üç katına kadar tazminat öngören bir maddi hukuk kuralı varken, MÖHUK'ta fahiş tazminatı önlemek üzere getirilen bir hükme yer verilmesi ilk bakışta çelişkili gibi görünmekle birlikte iki gerekçe ile haklı görülmektedir. Birincisi gelecekte devletlerin üç katı da aşan tazminat miktarları öngörme ihtimallerinin bulunması, ikincisi ise gelecekte Türk kanun koyucusunun RKHK'da öngördüğü üç kat tazminat oranını düşürme ihtimalinin mevcut olmasıdır. Bkz. Tarman, ***Haksız Rekabet***, s. 145; Tiryakioğlu, "Haksız Fiiller", s. 218.

1453 İsviçre hukukuna göre imalatçının sorumluluğundan ve rekabetin engellenmesinden doğan talepler bakımından yabancı hukuk uyarınca İsviçre hukukuna göre hükmedilecek tazminattan ya da menfaatten daha fazlasına hükmedilemez (*IPRG* m. 135/2, m. 137/2).

1454 Alman hukukunda ise haksız fiillere ilişkin genel kuralda cezalandırıcı tazminat öngören yabancı bir hukukun uygulanmayacağı açıkça öngörülmektedir. *EGBGB* m. 40/2: "*Yabancı devletin hukukuna göre; zarar gören tarafa yeterli bir tazminat ödenmesi için gerekli olanın önemli ölçüde ötesine geçen, bariz bir şekilde zarar gören tarafa yeterli bir tazminat ödemekten başka amaçlara hizmet eden ya da Federal Almanya Cumhuriyeti'nde yürürlükte olan bir sözleşme kapsamındaki sorumluluk kurallarıyla çelişen talepler ileri sürülemez.*"

1455 Güner, "Yapay Zekâ", s. 261; Tarman, "Roma II", s. 425; Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 167.

1456 Nomer, s. 367.

1457 Graziano, s. 73.

ve Fransız Borçlar Hukuku Reform Tasarısı m. 1371'de yer alan cezai tazminat hükmü nedeniyle bu düzenlemeden vazgeçilerek yalnızca dibacedeki açıklama ile yetinilmiştir[1458].

Doktrinde cezalandırıcı tazminatı mümkün kılan hukuk kuralının Türk hukukunun temel ilkelerine ve kamu düzenine aykırı olduğunun kabul edilebileceği ifade edilmektedir[1459]. Bu kapsamda, Türk mahkemelerinde görülen bir haksız fiil uyuşmazlığında taraflar uygulanacak hukuk olarak cezalandırıcı tazminat sistemini kabul eden bir ülke hukukunu seçmişlerse, yabancı hukuktaki ilgili tazminat hükmünün MÖHUK m. 5 uyarınca uygulanmaması gündeme gelebilir. Ancak m. 5 uyarınca kamu düzeni müdahalesinin uygulanabilmesi için cezalandırıcı tazminat öngören hükmün soyut olarak Türk kamu düzenine aykırı olup olmadığının değerlendirilmemesi, bu hükmün somut olaya uygulanması ile doğacak sonuçların dikkate alınması gerekmektedir.

Mal rejimi ilişkilerinde de mahkemenin kamu düzeninin seçilen hukuka müdahalesi tartışılabilir. Daha önce ifade edildiği üzere Anglo-Amerikan hukukunda evlilik mallarına uygulanacak hukuk bakımından taşınır-taşınmaz ayrımı yapılmaktadır[1460]. Türk hukukunun da dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sisteminde ise mal rejimlerine uygulanacak hukuk bakımından "malların birliği" ilkesi benimsenmiştir. Tarafların Anglo-Amerikan sistemine dahil bir ülke hukukunu seçmeleri halinde hâkim bu ilkeye aykırılığı kamu düzeni müdahalesi için gerekçe gösterebilir mi? Yani seçilen hukukun taşınır ve taşınmaz mallar bakımından farklı bağlama kuralları öngörmüş olması kamu düzenine aykırılık olarak değerlendirilebilir

---

1458 Graziano, s. 73.

1459 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 389; Pelin Güven, "Rekabetin Engellenmesinden Doğan Taleplere Uygulanacak Hukuk, MÖHUK m. 38", ***10. Yılında MÖHUK Sempozyumu*** (Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl), Adalet, Ankara, 2018, s. 328; Tarman, "Akit Dışı Borç İlişkileri", s. 26. Tütüncübaşı, ***Akit Dışı Borç İlişkileri***, s. 167. *Güner*'e göre; Türk hukukunda istisnai de olsa cezalandırıcı tazminata hükmetmeye elverişli hükümler (RKHK m. 58/2) varken bir tazminatın sırf "cezalandırıcı" ya da muadili bir isme sahip olması yabancı hukukun kamu düzeni müdahalesine uğraması için yeterli olmamalıdır. Yazar, cezalandırıcı özellik gösteren tazminat hükmünün sadece tazminat miktarının zararı aştığı gerekçesiyle kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşmasının doğru olmayacağını savunmaktadır. Akabinde cezalandırıcı tazminatın zarar vereni ekonomik açıdan ciddî anlamda zorlayan, fahiş ve orantısız bir bedeli ödettirmeyi öngören niteliğinin, hukukun temel ilkeleri bağlamında kamu düzeni açısından ihlal doğuracağında ise şüphe olmadığını eklemektedir (Güner, "Yapay Zekâ", s. 262).

1460 Bkz. ***İkinci Bölüm, III. A. 4.***

mi?[1461] Katıldığımız görüşe göre seçilen hukuk nedeniyle eşler arasındaki malların farklı hukuklara tabi olması tek başına Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturmaz[1462]. Kamu düzenine açıkça aykırılıktan bahsedebilmek için bu hukukların uygulanması halinde kadın ile erkek arasında aşırı orantısız bir mal paylaşımı sonucunun doğması gerekmektedir[1463].

Tarafların mal rejimine uygulanmak üzere seçtikleri hukukta "mehir" (*mehr/mihr*) gibi dini temellere dayalı mal paylaşımını öngören bir müessese kabul edilmiş olabilir[1464]. Doktrinde bu tarz bir hukukun Anayasal bir ilke olan laiklik ilkesine aykırılık gerekçesiyle kamu düzenine açıkça aykırı kabul edilip edilmeyeceği üzerinde durulmuştur[1465]. Bu konuda bir tespitte bulunmadan önce mehir sözleşmesinin vasıflandırılmasına ilişkin görüşlere değinmekte fayda görüyoruz. *Nomer*, İslam hukukundaki nikah akdi esnasında erkeğin kadına verdiği ya da vermeyi taahhüt ettiği para veya malı ifade eden mehrin (mehr ya da mihir) mal rejimleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır[1466]. Gerekçe olarak mehrin nikah anında yapılan mal veya paraya ilişkin bir sözleşme olması, ayrıca asıl amacın kadını kocanın mal varlığında pay sahibi yapmak olması ve mehrin mal paylaşımı karakterinin daha ağır basmasını göstermektedir. Bu bakımdan mehri kanunlar ihtilafı hukukunda mal rejimine uygulanacak hukuka tabi kılmanın doğru bir yaklaşım

---

1461 Bu soru tarafların mal rejimine uygulanacak hukuku kanunlar ihtilafı kuralları da dahil olmak üzere seçmeleri halinde önem arz eder. Zira MÖHUK m. 2/4 uyarınca kural olarak tarafların hukuk seçimi yapmaları halinde seçilen hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır.

1462 Ersen Perçin, 195.

1463 Ersen Perçin, s. 196.

1464 "*Mehir"* İslam hukukunda dini nikah esnasında erkeğin kadına verdiği ya da vermeyi taahhüt ettiği para veya mal, "*drahoma*" Hristiyanlık'ta evlenirken kadının erkeğe verdiği para veya mal, "*ketubba*" Musevi hukukunda kocanın boşanma veya ölümü halinde kadına ödemeyi ya da ödenmesini yazılı olarak taahhüt ettiği paradır (Coşkun Üçok/Ahmet Mumcu/Gülnihal Bozkurt, ***Türk Hukuk Tarihi***, Turhan, 13. Bası, Ankara, 2009, s. 114; Halil Cin/Gül Akyılmaz, ***Türk Hukuk Tarihi***, Sayram, 5. Baskı, Konya, 2014, s. 411; Mehmet Selim Aslan, ***İslam Hukuku II*** (Ed. Bülent Akot), Gazi, Ankara, 2020, s. 123; Mustafa Avcı, ***Türk Hukuk Tarihi***, Adalet, 11. Bası, Ankara, 2022, s. 439; Hatice Selin Pürselim-Arning, "Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması", ***MHB***, C. 33, S. 2, 2013, s. 138; Nomer, s. 266, 267, Sabri Şakir Ansay, ***Hukuk Tarihinde İslam Hukuku***, Turhan, 4. Bası, Ankara, 2002, s. 219). Karşılaştırmalı hukukta *mehir*, "*maher*" adıyla "geleneksel İslami çeyiz" (*traditional Islamic dowry*) olarak tanımlanmaktadır (Sanders, s. 579).

1465 Ersen Perçin, s. 196.

1466 Nomer, s. 267. Almanya, ABD ve İngiliz mahkemelerinde de mehir sözleşmeleri mal rejimleri kapsamında kabul edilerek bu sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar karara bağlanmaktadır (Sanders, s. 579). Örneğin, *the case of A and T (Ancillary relief: Cultural Factors) [2004] EWHC 471 (FAM), [2004]1FLR977, the case of Uddin and Choudhury [2009] EWCA CIV1205, the case of case of Brett and Brett [1969] 1AER1007*. Bkz. "Dowry claims and English Law", https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3ff1d265-cda5-4426-bd99-c047fccff2e7, 14.10.2022. Ayrıca bkz. Pürselim-Arning, s. 141, 142.

olduğunu belirtmektedir. Biz de aynı gerekçelerle *Nomer*'in bu görüşüne katılmaktayız[1467]. *Pürselim-Arning* ise mehrin aile hukuku bağlantısı ve evlilik akdinin bir sonucu olduğu dikkate alınarak evliliğin genel hükümlerine tabi olduğunu savunmaktadır[1468]. Yazara göre mehir bağışlama olarak kabul edilirse MÖHUK'un sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukukla ilgili 24. maddesinin uygulanması gerekecektir[1469]. Görüldüğü üzere yazarlar milletlerarası özel hukukta mehir müessesesinin kamu düzenine aykırılığından ziyade hukuki niteliğini tartışmaktadırlar.

Türk yargı kararlarında şu ana kadar yabancı unsurlu mehre ilişkin bir uyuşmazlığa rastlanamamıştır. Ancak yabancılık unsuru içermeyen uyuşmazlıklarda Yargıtay mehir sözleşmelerinin geçerli olduğunu kabul etmektedir [1470]. Türk mahkemeleri kadına mehir ödenmesini içeren kararlarda 2.12.1959 tarihli ve 14/30 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na atıf yapmaktadır. Bu kararda "*Türkiye Cumhuriyeti'nin Medeni Kanunu'nun nikâh sırasında kadın ve kocadan birinin diğerine mal/para vermesini veya taahhüt etmesini yasaklamadığından hareketle, mehir, ifası tecil ve tehir edilmiş bir alacak ve borç ilişkisi şeklinde nitelendirilmiştir. Kararda, mehrin, talakla boşanma tazminatı veya boşanmayı önleyici tedbir olmadığı, kamu düzenine aykırılık oluşmayacağı belirtilmiştir*"[1471].

Dolayısıyla Türk mahkemelerinde görülen yabancı unsurlu mal rejimi uyuşmazlıklarında mehir müessesesini öngören yabancı hukukun uygulanmasının tek başına kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğini söylemek mümkün değildir. Ancak

---

1467 Bu nedenle aşağıda mehrin mal rejimine uygulanacak hukuka tabi olduğu görüşüne dayanarak bir değerlendirmede bulunacağız.

1468 Pürselim-Arning, s. 149.

1469 Yargıtay aşağıda belirtilen milli karakterli uyuşmazlıklara ilişkin kararlarda ileriye dönük mehir sözleşmesini (mehri müeccel) "bağışlama vaadi" olarak nitelendirmektedir.

1470 "*Medeni Kanun, evlenme sözleşmesi sırasında karı kocadan birinin diğerine bir mal veya para vermesini ya da vermeyi vaat edip bir süre ertelemesini yasaklamamıştır. Bu nedenle, eski hükümlere göre kurulmuş mehr, Medeni Kanun tarafından yasaklanmış bir hukuki ilişki olarak kabul edilemez (2.12.1959 tarihli, 14/30 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesi). Hukukumuzdaki sözleşme serbestisi ilkesi gereğince de kocanın yüklenmiş olduğu edimini yahut bağışlama yönündeki vaadini koca dışında bir üçüncü kişinin de üstlenmesine engel bulunmamaktadır. Ancak mehri müeccel, ileriye yönelik bağışlama vaadi niteliğinde olduğundan, koca dışında üçüncü kişinin durumu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 128. maddesinde (818 sayılı Borçlar Kanunu'nun BK 110. maddesi) yazılı üçüncü kişi yararına borç altına girme olmayıp, TBK'nın 288. (BK'nın 238.) maddesinde düzenlenmiş bağışlama vaadidir*" (HGK, 26.03.2019, E. 2017/451, K. 2019/355. Aynı yönde 1. HD, 03.04.2014, E. 2014/4841, K. 2014/7106; 1. HD, 27.05.2009, E. 2009/4577, K. 2009/6090). Türk mahkemelerinin mehir taleplerine yönelik kararları hakkında bir inceleme için bkz. Pürselim-Arning, s. 144 vd.

1471 Bu karar ve karşı oy yazısı hakkında bkz. Pürselim-Arning, s. 143 vd.

somut olayda söz konusu hukukun uygulanması ile eşler arasında eşitlik ilkesine aykırı bir biçimde aşırı orantısız bir mal paylaşımı gerçekleşecekse kamu düzeni müdahalesinin uygulanması gündeme gelebilir[1472].

VI. DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN ETKİSİ

Yabancı unsurlu bir hukuki işlem ya da ilişki bakımından seçilen hukukun uygulanmasını engelleyen müesseselerden diğeri ise doğrudan uygulanan kurallardır. Uyuşmazlığa ilişkin bir konunun mahkemenin doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına girmesi halinde seçilen hukuk dikkate alınmaksızın bu kural uygulanır. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları da bazı şartların gerçekleşmesi ve hâkimin takdirine bağlı olarak uygulama alanı bulur. Hâkimin doğrudan uygulanan kurallarının etkisi tıpkı kamu düzeni müdahalesinde olduğu gibi uyuşmazlığın, hukuku seçilen devlet mahkemelerinden başka bir devlet mahkemesinde görülmesinin yaratabileceği sorunlardan birisi olarak değerlendirilmektedir[1473]. Bu başlık altında öncelikle doğrudan uygulanan kurallar kavramının açıklanmasının; ardından çeşitli kanunlarda, milletlerarası düzenlemelerde ve MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kuralların uygulanacak hukuk üzerindeki etkisinin ne şekilde öngörüldüğünün ortaya koyulmasının faydalı olacağını düşünüyoruz. Akabinde doğrudan uygulanan kuralların hukuk seçimi yapılan hallerdeki görünümü ele alınacaktır.

Doğrudan uygulanan kurallar (*overriding mandatory rules/eingriffsnormen/lois d'application immédiate*) kavramını[1474] ilk kez sistemli bir

---

1472 Ersen Perçin, s. 196.

1473 Şanlı, ***Uluslararası Ticari Akitler***, s. 51.

1474 Karşılaştırmalı hukukta doğrudan uygulanan kurallar için "üstün emredici hükümler/kurallar" (*overriding mandatory provision/rules)*, "müdahaleci normlar" (*eingriffsnormen*), "doğrudan (derhal) uygulanan kurallar" (*lois d'application immédiate*) ifadeleri kullanılmaktadır. Bkz. Belkıs Vural Çelenk, "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması", ***Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi***, S. 1, 2017, s. 281; Burian, s. 98; Franzina, s. 21; Graziano, s. 71 vd.; Hill, s. 69; Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 158. Ayrıca bkz. Roma I Tüzüğü m. 9, Roma II Tüzüğü, m. 16. Türk hukukunda *Francescakis*'in "*lois d'application immédiate*" nitelendirmesinin etkisi ile "doğrudan uygulanan kurallar" ifadesi benimsenmiştir. MÖHUK'ta da bu ifade tercih edilmiştir (m. 6). Ancak Türk doktrininde yer yer bu kurallar için "müdahaleci kurallar", "emredici hukuk ilkeleri" ifadelerine yer verilmektedir. Bkz. Nomer, s. 185; Sema Çörtoğlu Koca, "Milletlerarası Özel Hukukta Araştırma- Geliştirme (Ar-Ge) Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk***", Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR)***, Yıl 3, 2009, s. 104; Tarman, "İş Sözleşmeleri", s. 540; Tekinalp, ***MÖH***, s. 49.

şekilde ortaya koyarak milletlerarası özel hukuk doktrinine kazandıran Fransız hukukçu *Philippe Francescakis*'e göre "*Ülkenin siyasi, sosyal ve ekonomik düzeninin korunması için uyulması gerekli olan kurallar*"[1475] doğrudan uygulanan kurallardır[1476]. Bu kavram için Türk doktrininde çeşitli tanımlar yapılmaktadır. *Tekinalp* doğrudan uygulanan kuralları, kanunlar ihtilafı alanındaki işlevine vurgu yapacak şekilde "*bir kanunlar ihtilafi kuralına ihtiyaç olmadan yabancı unsurlu olay veya ilişkide uygulanabilen kurallar*" şeklinde tanımlamaktadır[1477]. Yazar ayrıca doğrudan uygulanan kuralların "*devletin organizasyonu ile ilgili bulunduğu ve toplum için anlam ve amacının diğer kurallardan farklı olduğu*"[1478] şeklindeki tanımın da bu kuralların özelliğini anlattığını belirtmektedir. *Güngör* ise daha kapsamlı bir biçimde doğrudan uygulanan kuralları "*bir devletin siyasi, ekonomik, hukuki organizasyonu, kamu düzeni, kamu sağlığı gibi yüksek menfaatleri koruma düşüncesiyle müdahaleci bir yaklaşımla sevk edilmiş, kamusal menfaatleri (kamu yararını), özel (bireysel) menfaatleri ya da her iki grup menfaati birlikte koruyan iç hukuk kuralları*"[1479] şeklinde tanımlamaktadır. Doktrinde yapılan farklı tanımlardan hareketle doğrudan uygulanan kurallar en yalın haliyle "bir devletin siyasi, ekonomik ve sosyal politikalarını gerçekleştirmek üzere yürürlüğe koyduğu, uygulama alanına giren tüm hukuki olay veya ilişkilere yabancı unsurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın uygulanan kurallar" olarak tanımlanabilir[1480]. Bununla birlikte her türlü doğrudan

---

1475 "*Lois dont l'observations est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays*". Bkz. Marrella, s. 1183, dn. 98'den naklen Philippe Francescakis, "Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois", 55 REV. CRIT. DR. INT'L PRIV. 1 (1966).

1476 Tanıma getirilen eleştiriler için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, ***Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri***, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 8-9. Ancak 1840'larda ünlü Alman hukukçu *Friedrich Carl von Savigny*'nin bazı kuralların mutlak emredici nitelikleri nedeniyle yabancı hukuk uygulanırken özel olarak değerlendirilmelerinin zorunlu olduğu şeklindeki tespiti özellikle Kıta Avrupası'nda doğrudan uygulanan kuralların çıkış noktası olarak kabul edilmektedir (Friedrich Carl von Savigny, ***System des Heutigen Römischesrecht***, Cilt: VII, Berlin, 1849, s. 33; Vural Çelenk, s. 280)

1477 Yazar "doğrudan uygulanan kurallar" için "müdahaleci kurallar" veya "emredici hukuk ilkeleri" ifadelerine de yer vermektedir (Tekinalp, ***MÖH***, s. 49).

1478 Tekinalp, ***MÖH***, s. 49'den naklen Ivo Schwander, Lois d'applicaton immédiate, Sonderanknüpfung, IPR-Sachnormen und andere Ausnahmen von der gewöhnlichen Anknüpfung im internationalen Privatrecht, Freiburg 1974, s. 186.

1479 Güngör, ***MÖH***, s. 61.

1480 Çelikel/Erdem, s. 155; Çörtoğlu Koca, "Ar-Ge", s. 114; Doğan, ***MÖH***, s. 278; Ekşi, ***Milletlerarası Ticaret Hukuku***, s. 44; Güngör, ***MÖH***, s. 62; McClean/Beevers, s. 344; Nomer, s. 185; Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 71; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 8; Tarman, "İş Sözleşmeleri", s. 540; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 79.

uygulanan kuralı kapsayan ve tüm hukuk düzenlerinde genel kabul gören bir tanım yapmanın mümkün olmadığını belirtmek gerekmektedir[1481].

Pozitif hukuk düzenlemelerinde, o düzenlemede yer alan doğrudan uygulanan kuralların sayıldığı bağımsız bir madde öngörülmediği gibi doğrudan uygulanan kuralların öngörüldüğü maddelerde de o kuralın doğrudan uygulanan kural olduğuna ilişkin bir ifadeye rastlanmaz. Bu nedenle bir hukuk kuralının doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olup olmadığının ne şekilde tespit edileceği hususu önemlidir. Bir hükmün yabancı unsurlu olup olmadığına bakılmaksızın uygulama alanına giren tüm hukuki işlem ya da ilişkilere uygulanmasının zorunlu olup olmadığı bizzat o kuralın getiriliş amacından hareket ederek belirlenir[1482]. *Nomer*'e göre ölçü, hükmün yalnızca tarafların menfaatine hizmet eden bir nitelikte olmaması, ağırlıklı olarak ya da en azından kamu menfaatine hizmet etme amacının bulunmasıdır[1483]. Yazar doğrudan uygulanan kuralların taraflar arasında hakkaniyetin gerçekleştirilmesine değil devletin menfaatine hizmet eden, o devlette mutlaka uygulanması gereken sosyal ve ekonomik politikaya ilişkin hükümler olduğunu ifade etmektedir[1484]. Örneğin bir malın ithalat ve ihracatını yasaklayan kurallar ya da bu hususta kısıtlama getiren gümrük kuralları, Türk parasının kıymetinin korunması amacıyla milletlerarası satım sözleşmelerinde bedelin ülkeye hangi yollar ve süreler ile getirilebileceğine dair kurallar, yurtdışına döviz transferini düzenleyen kambiyo kuralları, kredi faiz limitlerini düzenleyen kurallar, avukatlık, eczacılık, diş hekimliği gibi bazı mesleklerin yalnızca Türk vatandaşlarına hasredilmesine ilişkin kurallar, yabancıların Türkiye'de taşınmaz edinmelerine ilişkin kısıtlamalar getiren kurallar, çalışma hayatını düzenleyen iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler devletin temel ekonomik politikasını ve sosyal örgütlenmesini ilgilendirmekte ve doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmektedir[1485]. Devletin ekonomik ve sosyal

---

1481 Ekşi, ***Milletlerarası Ticaret Hukuku***, s. 45; Tekinalp, ***MÖH***, s. 49.

1482 Akıncı, ***MÖH***, s. 23; Çelikel/Erdem, s. 156; Ekşi, ***Milletlerarası Ticaret Hukuku***, s. 48; Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 51; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 11.

1483 Nomer, s. 186.

1484 Aynı yönde bkz. Akıncı, ***MÖH***, s. 23.

1485 Akıncı, ***MÖH***, s. 23; Aybay/Dardağan, s. 143; Özdemir Kocasakal, ***Doğrudan Uygulanan Kurallar***, s. 118-129; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 9, 10; Tiryakioğlu, ***Taşınır Mallar***, s. 79. Türk hukukunda doğrudan uygulanan kuralların öngörüldüğü kanun ve ikincil düzenlemelerden bazıları şunlardır: TKHK, RKHK, 20.02.1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu (RG. 25.02.1930-1433), 21.07.1983 tarih ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (RG. 23.07.1983-18113), 07.08.1989 tarih ve 891/14391 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar (RG. 11.08.1989, 19.19.2005 tarih ve 5144

politikalarının yanında temel sağlık politikasını ilgilendiren hükümlerin de doğrudan uygulanan kural niteliğini taşıdığı düşünülmektedir[1486]. Örneğin evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça akıl hastalarının evlenmesine izin verilmeyeceğine ilişkin kural (TMK m. 113) bu niteliğe sahiptir[1487]. Bu örnekten anlaşılacağı üzere doğrudan uygulanan kurallar kamu hukuku karakterli olabileceği gibi özel hukuk karakterli de olabilir[1488]. Benzer şekilde düzenlenmesine kanun veya yetkili makamlarca izin verilmiş olmadıkça piyango ve diğer şans oyunlarından doğan alacaklar hakkında dava açılamayacağı ve takip yapılamayacağına ilişkin TBK m. 606/1 hükmü, hâkimin aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indireceğine dair TBK m. 182/3 hükmü de özel hukuk karakterli doğrudan uygulanan kural örneğidirler[1489].

Her devletin pozitif hukuk düzenlemelerinde doğrudan uygulanan kurallara yer vererek özel hukukun farklı alanlarına müdahale ettiği görülmektedir. Devletler mali, siyasi, ekonomik ve sosyal alanlarda ne derece liberalleşirse, özel hukuka yönelik müdahaleleri ve sınırlamalarının da o derece azalacağı ifade edilmektedir[1490]. Bu nedenle her devletin doğrudan uygulanan kurallar vasıtasıyla özel hukuka müdahale ölçüsü farklıdır.

A. Yetkili Mahkemenin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Etkisi

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda *lex fori*'nin, *lex causae*'nın (seçilen hukukun ya da objektif bağlama kuralına göre tespit edilen hukukun) ve üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması gündeme gelebilir. *Lex fori*'nin uyuşmazlıkla ilişkili bir konuda düzenlediği doğrudan uygulanan kuralın yetkili

sayılı Bankacılık Kanunu, 03.06.2007 tarih ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu; 28.07.2016 tarih ve 6735 sayılı Uluslararası İşgücü Kanunu (RG. 13.08.3016-29800).

1486 Aybay/Dardağan, s. 143; Çelikel/Erdem, s. 156; Tekinalp, ***MÖH***, s. 50.

1487 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde m. 89'da akıl hastalığına sahip kişilerin asla evlenemeyecekleri öngörülmüştür. *Aybay ve Dardağan*, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun bulaşıcı hastalığı olan kişilerin evlenmesini yasaklayan hükmünün de doğrudan uygulanan kural olduğunu düşünmektedirler (Aybay/Dardağan, s. 143). Kanun'un 123. maddesine göre: "*Frengi, belsoğukluğu ve yumuşak şankr ve cüzzama ve bir marazı akliye müptela olanların evlenmesi memnudur. Bu hastalıklar usulü dairesinde tedavi edilip sirayet tehlikesi geçtiğine veya şifa bulduğuna dair tabip raporu ibraz olunmadıkça musapların nikahları aktolunmaz*".

1488 Güngör, ***MÖH***, s. 61; Hook, s. 68; von Hein, *EGBGB Art.* 6 *Rn.* 92, 93; Tekinalp, ***MÖH***, s. 50, s. 300.

1489 Çelikel/Erdem, s. 156; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 11.

1490 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 11.

yabancı hukuktan bağımsız olarak bu uyuşmazlığa uygulanması neredeyse tüm hukuk düzenlerinde kabul edilmektedir[1491]. *Lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanabilmesi için bu hususta hâkime yetki veren ayrı bir hüküm öngörülmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Zira bir devletin doğrudan uygulanan kuralları uygulanırlığını bizzat kendisinden alan, yani uygulanması gerektiğine ilişkin bir kanun hükmüne ihtiyaç duyulmayan ve uyuşmazlığın yabancı unsurlu olup olmadığına bakılmaksızın uygulanan maddi hukuk kurallarıdır[1492].

Kanunlar ihtilafı kurallarının niteliği gereğince *lex causae*'nin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması için de kanunlarda herhangi bir hüküm öngörülmüş olması gerekli görülmemektedir[1493]. Hâkimin, tarafların seçtikleri ya da objektif bağlama kuralına göre tespit edilen yabancı hukuku uyuşmazlığa bütünüyle uygulaması esastır. *Lex causae*'nın doğrudan uygulanan kuralları da bu hukukta öngörülen emredici, düzenleyici ve tamamlayıcı hükümler gibi birer hukuk kuralı olduklarından yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanmaları gerekmektedir. Bu kuralın tek istisnası *lex causae*'nın doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının mahkemenin kamu düzenine aykırılık teşkil etmesidir. Böyle bir halde hâkim kendi devletinin menfaatlerini üstün tutarak *lex causae*'nın doğrudan uygulanan kurallarını uygulamayacaktır[1494].

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması hususunda ise pozitif hukuk düzenlemelerinde açık hükümlere yer verildiği görülmektedir. Bu hususu aşağıda ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun görüyoruz[1495].

1. Çeşitli Kanunlar ve Milletlerarası Düzenlemelerdeki Hükümler

Yukarıda bahsi geçtiği üzere bir ülkede geçerli doğrudan uygulanan kuralların hâkim tarafından uygulanabilmesi için kanunlarda bu kuralların uygulanmasının zorunlu olduğuna ilişkin bir hükme yer verilmesi gerekmemektedir. Ancak bazı devletlerin milletlerarası özel hukuk kanunlarında ve milletlerarası düzenlemelerde

---

1491 Aşağıda bkz. ***Üçüncü Bölüm, VI. A. 1.*** ve ***B. 1***

1492 Çelikel/Erdem, s. 157; Güngör, ***MÖH***, s. 64; von Hein, *EGBGB Art.* 6 *Rn.* 92, 93; Nomer, s. 185, 186; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s, 12.

1493 Çelikel/Erdem, s. 157; Doğan, ***MÖH***, s. 283; Elçin, s. 162; Güngör, ***MÖH***, s. 65; Nomer, s. 343.

1494 Doğan, ***MÖH***, s. 283; Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 71; Tekinalp, ***MÖH***, s. 302.

1495 Aşağıda bkz. ***Üçüncü Bölüm, VI. B.***

mahkemenin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin genel bir kurala yer verildiği görülmektedir.

EGBGB'nin Roma I Tüzüğü'nün kabulü ile yürürlükten kaldırılan 34. maddesinde Kanun'da yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının, sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın, Alman hukukunun, konuyu emredici biçimde düzenleyen hükümlerinin uygulanmasını bertaraf edemeyeceği öngörülmüştür[1496].

IPRG m. 18'e göre "*İsviçre hukukunda yer alan ve güttükleri özel amaç gereği emredici karaktere sahip olan kurallar, bu kanuna göre uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanırlar*"[1497].

Roma I Tüzüğü'nde ise doğrudan uygulanan kurallar tanımlanarak kanunlar ihtilafı bakımından önemli bir yenilik getirilmiştir. Tüzük m. 9/1'e göre doğrudan uygulanan kurallar[1498] "*bir ülkenin siyasi, sosyal veya ekonomik örgütlenmesi gibi kamusal çıkarlarının korunması için uyulması hayati önem taşıyan ve bu Tüzük uyarınca sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın kapsamına giren her durumda uygulanan kurallardır*"[1499]. Maddenin ikinci fıkrasında ise Tüzük'te yer alan hiçbir hükmün mahkemenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını sınırlamayacağı öngörülmektedir[1500]. Tüzük'te doğrudan uygulanan

---

1496 Mülga 34. maddenin orijinal metni için bkz. Artikel 34 a.F. (alte Fassung) in der vor dem 17.12.2009 geltenden Fassung, https://www.buzer.de/gesetz/5257/al22690-0.html, 17.10.2022.

1497 Çeviri için bkz. Turhan, s. 141, 142. Farklı bir çeviri: "*Özel amacı nedeniyle, İsviçre hukukunun doğrudan uygulanan kuralları bu Kanun uyarınca belirlenen hukuk ne olursa olsun uygulanırlar*". Bkz. Sema Çörtoğlu Koca, ***Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Kaynaklanan Kanunlar İhtilafı***, Yetkin, Ankara, 2013, s. 280.

1498 Roma I Tüzüğü'nde bu kavram için "*overriding mandatory provisions*" ifadesi kullanılmaktadır. "*Overriding"*, "üstün/otoriter/baskı yapan/hükmeden" gibi kelimelere karşılık gelmektedir. Dolayısıyla Türkçe'ye "üstün emredici hükümler" şeklinde çevrilebilir. Ancak hukukumuzda böyle bir ifade kullanılmadığından burada "doğrudan uygulanan kural" ifadesini kullanmayı uygun görüyoruz. "*Overriding mandatory rules*" ifadesinin Tüzük hükümleri nedeniyle Avrupa ülkelerinde iyi anlaşılan bir terim olduğu ancak Avrupa dışındaki bazı ülkelerde bilinmediği ve kolayca anlaşılamadığı görüşü hakkında bkz. Symeonides, "The Hague Principles", s. 886.

1499 Burada yapılan tanım hakkında bir değerlendirme için bkz. Vural Çelenk, s. 282, 283. Tanım ABAD'ın *Arblade* Davası'nda vermiş olduğu karardan esinlenilerek yapılmıştır (Çörtoğlu Koca, ***Teknoloji Transfer Sözleşmeleri***, s. 279, dn. 374; Vural Çelenk, s. 283). Kararda "kamu düzeni mevzuatı" (*public-order legislation*) olarak adlandırılan hükümler "*ilgili Üye Devlette siyasî, sosyal veya ekonomik düzenin korunması için milli topraklarda bulunan herkesin bunlara uymasını gerektirecek kadar önemli olduğu düşünülen milli hükümler*" olarak tanımlanmaktadır. Kararın İngilizce orijinal metni için bkz. Judgment of the Court of 23 November 1999, Jean-Claude Arblade and Arblade & Fils SARL (C-369/96) and Bernard Leloup, Serge Leloup and Sofrage SARL (C-376/96), https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61996CJ0369, 05.11.2022.

1500 Aynı yönde hüküm için bkz. Roma II Tüzüğü m. 16, Roma Sözleşmesi m. 7/2. Ancak Roma Sözleşmesi'nde Roma I (ve II) Tüzüğü'nden farklı olarak doğrudan uygulanan kurallar için "*overriding mandatory rules*" ifadesi kullanılmamıştır. Bunun yerine söz konusu kurallar

kuralların "anlaşma yoluyla istisna edilemeyecek kurallar" dan yani emredici kurallardan[1501] ayırt edilmesi ve daha kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir[1502].

Lahey Satış Sözleşmesi'nin 17. maddesine göre de bu Sözleşme, taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk dikkate alınmaksızın uygulanması gereken *forum* hukuku kurallarının tatbikini engellemez[1503].

Lahey İlkeleri'nde ise doğrudan uygulanan kuralların[1504] etkisi, kamu düzeni müdahalesi ile aynı madde (m. 11) altında düzenlenmektedir. Ancak İlkeler'in yorumlarıyla birlikte detaylı bir biçimde kaleme alınması karşısında, Roma I Tüzüğü gibi modern bir belgenin aksine doğrudan uygulanan kurallar kavramının tanımlanmaması dikkat çekicidir[1505]. 11. maddenin ilk fıkrasında bu İlkeler'in bir mahkemenin, *forum* hukukunun taraflarca seçilen hukuka bakılmaksızın uygulanan, doğrudan uygulanan kurallarını tatbik etmesini engellemeyeceği öngörülmektedir (m. 11/1)[1506]. İlkeler'in yorum kısmında *forum* hukukundaki doğrudan uygulanan kural nedeniyle hukuk seçiminin tamamen geçersiz olmayacağı, seçilen hukukun bu kural ile uyumlu olacak şekilde, mümkün olan en geniş ölçüde uygulanması gerektiği belirtilmektedir[1507]. Aynı kısımda doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzenine

---

"*mandatory rules*" başlığı altında düzenlenmiştir (m. 7). Bu farklılık hakkında bir inceleme için bkz. Bayata Canyaş, ***AB ve Türk Hukuku***, s. 15, 16.

1501 Tüzük'te bahsi geçen anlaşma yoluyla istisna edilemeyecek kurallar, "basit emredici kurallar" olarak nitelendirilmektedir. Bkz. Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 158.

1502 Dibace, par. 37.

1503 Aynı yönde bir hüküm için bkz. Meksika Sözleşmesi m. 11/1.

1504 Lahey İlkeleri'nde de "*overriding mandatory rules*" ifadesi kullanılmaktadır. 11. maddede kullanılan bu ifadenin basit emredici kurallar anlamına gelemeyeceği, bu ifade ile İlkeler'in benimsediği liberal irade serbestisi rejimi ile uyumlu olarak hukuk seçiminin sınırlanması bakımından daha yüksek bir eşik öngörüldüğü ifade edilmektedir. Bkz. Girsberger/Cohen, s. 331, 332.

1505 Girsberger/Cohen, s. 331.

1506 Örneğin, taraflar A ve B, X devletinde A'nın B'nin ticari temsilcisi olarak atandığı ve uygulanacak hukuk olarak Y devleti hukukunun belirlendiği bir sözleşme akdederler. Sözleşmenin feshi üzerine A, B'ye karşı X devleti mahkemesinde X devleti hukukuna göre tazminat talepli dava açar. X devletinin ticari acentelik düzenlemelerini öngören bir tüzüğü, acentelik sözleşmesinin feshi üzerine bir tazminat öngörmekte ve ayrıca "taraflar, acentelik sözleşmesinin süresi dolmadan önce ticari acentenin zararına olacak şekilde tazminat hükümlerinden sapamazlar" şeklinde bir hüküm içermektedir. Mahkeme bu hükmü, tüzük tarafından sağlanan tazminat hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olduğu, seçilen hukukun (Y devletinin) tazminata ilişkin diğer ilgili kurallarının yerine geçtiği sonucunu haklı çıkaracak şekilde yorumlayabilir (veya yorumlayamayabilir). Bu sonuca varmak için mahkemenin yalnızca, hükmün tarafların serbestçe bertaraf edebilecekleri bir hüküm olmadığı konusunda değil, aynı zamanda bu hükmün taraflar Y devleti hukukunu seçmiş olsalar bile uygulanması gerektiği konusunda tatmin olması şarttır. Bkz. "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 11. 17, s. 75.

1507 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 11. 18, s. 75.

ilişkin kuralların yakından bağlantılı olduğu, aynı doktrinsel temeli paylaştıkları ve aslında madalyonun iki yüzü oldukları ifade edilmektedir[1508]. Bununla birlikte bunlar için ayrı hükümler öngörülmesi hem mevcut milletlerarası belgelerin çoğunluğu ile uyum sağlanması hem de bu kuralların uygulanmasındaki farklılığın ortaya koyulması açısından faydalı bulunmaktadır.

Restatement II par. 187/2-b'de "doğrudan uygulanan kurallar" ya da benzeri bir ifade kullanılmamakla birlikte bu hüküm, doğrudan uygulanan kuralların uygulanacak hukuku (burada seçilen hukuku) sınırlandırdığı düzenlemeler arasında gösterilmektedir[1509]. Anılan hükme göre seçilen devletin hukukunun uygulanması, hukuku seçilen devlete göre ilgili hususta daha fazla menfaati bulunan ve 188. paragrafa göre etkili bir hukuk seçiminin yokluğunda hukuku uygulanacak olan devletin temel politikasına aykırı ise engellenir. Ancak bu hükümde mahkemenin doğrudan uygulanan kurallarının etkisi değil; objektif bağlama kuralına göre tespit edilen hukukun, *lex causae*'nın, doğrudan uygulanan kurallarının etkisi düzenlenmektedir[1510].

2. MÖHUK'taki Düzenleme

2675 sayılı MÖHUK'ta doğrudan uygulanan kurallara ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak Kanun'da açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının nitelikleri itibariyle yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulanması gerektiği kabul edilmekteydi[1511].

5718 sayılı MÖHUK'ta ise Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ve sözleşmeden doğan borç ilişkileri ile sınırlı olmak üzere üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması (m. 31) ayrı birer madde ile düzenlenmiştir. MÖHUK m. 6'ya göre: "*Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır*".

1508 "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 11. 11, s. 73.

1509 Aygün, "ABD Kanunlar İhtilafı", s. 157; Çörtoğlu Koca, Ar-Ge, s. 105; Çörtoğlu Koca, ***Teknoloji Transfer Sözleşmeleri***, s. 280; Demirkol, 2010, s. 72, dn. 217. Ancak bu düzenlemenin kamu düzenine ilişkin olduğu da ifade edilmektedir (Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 153).

1510 Symeonides, ***Codifying Choice of Law***, s. 153.

1511 Aybay/Dardağan, s. 145; Özdemir Kocasakal, ***Doğrudan Uygulanan Kurallar***, s. 35, 36; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 13. Örneğin Yargıtay HGK, 18.04.1984, E. 1984/139, K. 1984/426; Yargıtay HGK, 16.2.1983, E. 1981/440, 1983/133 (https://www.lexpera.com.tr, 14.11.2022).

Mahkemenin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kanunlar ihtilafı kurallarından önce hâkim tarafından uyuşmazlığa uygulanma zorunluluğu milletlerarası özel hukukun açık ve tereddütsüz bir esası olduğu gerekçesiyle MÖHUK m. 6 ilk etapta Kanun Tasarısında yer almamıştır. Tasarının ilk halinde yalnızca üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını düzenleyen 31. madde öngörülmüştür. Ancak Tasarı, 23. Yasama Dönemi Alt Komisyonu'nda görüşülürken Kanun metnine son anda m. 6 hükmü de eklenmiştir[1512]. Genel Kurulun değişiklik gerekçesinde doğrudan uygulanan kurallardan "*Türk hukukunda yer alan ve devletin ekonomik ve sosyal nedenlerle özel hukuk ilişkisine müdahale etmek üzere getirdiği, yabancılık unsuru taşısın veya taşımasın Türkiye'de gerçekleşen tüm olaylarda uygulanmasını amaçladığı kurallar*" şeklinde bahsedilmiş ve bu kuralların hâkim tarafından tereddütsüz uygulanmasını sağlamak amacıyla değişiklik önergesinin verildiği belirtilmiştir[1513].

Doktrinde MÖHUK m. 6'nın gerekliliği hususunda farklı görüşler savunulmaktadır. *Çelikel ve Erdem*, bu madde Kanun'da yer almasaydı da Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının hâkim tarafından uygulanmasının zorunlu olduğu gerekçesiyle düzenlemenin gerekli olmadığını savunmaktadırlar[1514]. *Güngör* ise bu kuralların uygulanması için açık hükme ihtiyaç olmadığını belirtmekle birlikte MÖHUK m. 6 için farklı bir bakış açısı getirmektedir[1515]. Yazar'a göre m. 6'nın asıl önemi yabancı hukuka ait bir doğrudan uygulanan kural ile Türk hukukuna ait bir doğrudan uygulanan kuralın karşı karşıya gelmesi halinde Türk hukukuna ait kuralın üstünlüğü bulunduğu düşüncesini içinde barındırmasıdır. *Özdemir Kocasakal*, ise Kanun'un genel hükümleri arasında ve özellikle kamu düzenine ilişkin 5. maddeden hemen sonra böyle bir düzenlemenin yapılmasını, doğrudan uygulanan kurallarla kamu düzeninin farklı kavramlar olduğu konusunda dikkatleri çekmek açısından yerinde olduğunu savunmaktadır[1516]. Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. Uygulamada doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzenine ilişkin kuralların sıklıkla karıştırıldığı[1517] ve bu kuralların tatbikinin birbirinden farklı hukuki sonuçlar

---

1512 Kanunun hazırlık çalışmaları hakkındaki bu bilgiler için bkz. Çelikel/Erdem, s. 158, 159.
1513 Değişiklik gerekçesi için bkz. https://legalbank.net.
1514 Çelikel/Erdem, s. 158. *Nomer* bu hükmün gereksiz olduğunu açıkça ifade etmemekle birlikte oldukça zor anlaşıldığını ifade etmektedir (Nomer, s. 185).
1515 Güngör, ***MÖH***, s. 64.
1516 Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 49.
1517 Bu konuda bkz. ***Üçüncü Bölüm V. C. 1.*** ve ***VI. C.***

doğurduğu göz önüne alındığında Kanun'da bu iki müessesenin ayrı birer madde altında düzenlenmesinin önemi ortaya çıkmaktadır. Ayrıca MÖHUK m. 6 hükmü yukarıda bahsi geçen milli ve milletlerarası düzenlemelerle de uyumludur. Dolayısıyla, doğrudan uygulanan kurallar uygulama alanlarını bizzat kendileri tayin etmekte ve uygulanabilmeleri için açık bir hükme ihtiyaç bulunmamakta ise de MÖHUK m. 6'nın sırf bu gerekçe ile tamamen gereksiz olduğunu söylemek güçtür.

MÖHUK m. 6'ya göre yabancı unsurlu hukuki işlem ya da ilişkiye uygulanacak hukuk ne olursa olsun, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hususlarda yabancı hukuk uygulanmaz; Türk hukukundaki ilgili doğrudan uygulanan kurallar tatbik olunur. Hâkimin söz konusu kuralları uygulayıp uygulamama hususunda takdir yetkisi bulunmamaktadır. Hâkim bu kuralları tarafların talebi olmaksızın re'sen uygular[1518]. Dikkat edilmelidir ki m. 6 uyarınca Türk hukukunun, yabancı hukukun uygulanmasını bertaraf etmesi yalnızca ilgili kuralın uygulama alanına giren konu ile sınırlıdır[1519]. Yoksa yabancı hukukun tümüyle uygulanmaması söz konusu değildir. Hüküm bu yönüyle kamu düzeni müdahalesine ilişkin m. 5 ile benzerlik taşımaktadır. Ancak bu noktada doğrudan uygulanan kurallar ile kamu düzeninin farklı kavramlar olduğunu, MÖHUK m. 5 ve m. 6'nın aynı şekilde uygulanmadığını ve aynı hukuki sonuçları yaratmadığını hatırlatmakta fayda görüyoruz.

Doğrudan uygulanan kurallar da aslında kamu düzenini sağlama amacına hizmet etmektedirler. Hem doğrudan uygulanan kurallar hem de kamu düzenine ilişkin kuralların ait oldukları hukuk düzeninin belirli değerlerinin daima dikkate alınması gereğinden hareket ettikleri ifade edilmektedir[1520]. Ancak bu kuralların içerik olarak birbirlerine benziyor olmaları uygulanma yöntemlerinin aynı olduğu anlamına gelmez[1521]. MÖHUK m. 5 uyarınca kamu düzenine ilişkin kuralların yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanabilmesi için öncelikle bu uyuşmazlığa uygulanacak yabancı hukukun tespit edilmesi gerekmektedir. Yetkili yabancı hukukun bir hükmünün somut olaya uygulanması neticesinde Türk kamu düzenine açıkça aykırılık meydana geliyorsa ancak bu halde kamu düzeni müdahalesi nedeniyle yabancı hukukun

---

1518 Akıncı, ***MÖH***, s. 23.

1519 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 12.

1520 Nomer, s. 187. Kamu düzeninin olumlu işlevi ile doğrudan uygulanan kuralların etkisi arasında yakın tarihsel bir ilişkinin bulunduğu belirtilmektedir. von Hein, *EGBGB Art.* 6 *Rn.* 92, 93.

1521 Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 65.

uygulanmasından vazgeçilir. Buna karşılık, MÖHUK m. 6 uyarınca doğrudan uygulanan bir kuralın yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygulanması için kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili yabancı hukukun tespit edilmesi gerekmez. Doğrudan uygulanan kural kapsamına giren konuda, uyuşmazlığın yabancı unsurlu olduğu dikkate alınmaksızın derhal uygulanır[1522].

Doğrudan uygulanan kurallar kanunda tanımlanmadığından ve maddi hukukta da bu kuralların çerçevesi belirli olmadığından MÖHUK m. 5'in amacını aşmayacak şekilde yorumlanması ve Türk hukukunda yer alan her kamu düzenine ilişkin kuralı ya da emredici kuralı doğrudan uygulanan kural gibi değerlendirmemeye dikkat edilmesi önem arz etmektedir[1523].

B. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Etkisi

Hâkimin yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda kendi hukuku ile *lex causae*'nın doğrudan uygulanan kurallarını uygulayacağı konusunda hukuk düzenlerinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak özellikle sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde mahkemenin hukuku ve sözleşme statüsü dışında üçüncü bir devlet hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ile karşılaşıldığında nasıl bir yol izleneceği milletlerarası özel hukukta tartışılan konulardan birisi olmuştur[1524]. Hâkim üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını yok saymalı mıdır? Yoksa uyuşmazlıkla sıkı ilişki içinde olduğunu düşündüğü üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarını derhal uygulamalı mıdır?

Devletler kendi ülkeleri üzerinde yabancı devletlerin hâkimiyet alanlarını genişletmeleri fikrine karşı çıktıkları için bu yabancı devletlerin kamu hukuku karakterli kurallarını dikkate almamışlardır[1525]. Ancak zaman içinde yabancı unsurlu sözleşmelerde sözleşme ile ilişkili üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına

---

1522 Akıncı, ***MÖH***, s. 24; Çelikel/Erdem, s. 161; Nomer, s. 187; Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 66. *Özdemir Kocasakal*, MÖHUK m. 6'da yer alan "*yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda*" ifadesinin kamu düzeniyle doğrudan uygulanan kurallar arasındaki farkı kaldıracak şekilde yorumlanmaya elverişli olduğunu, bu ifadeden doğrudan uygulanan kuralların tatbiki için önce yabancı hukukun tespit edilmesi ve uygulanması gerektiği gibi bir sonuç çıktığını savunmaktadır. Yazar madde metninden bu ifadenin çıkarılmasının yerinde olacağı kanaatindedir. *Doğan* da aynı görüşte olup madde metnindeki bu ifadenin "yabancı hukukun uygulanması gereken durumlarda" şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Doğan, ***MÖH***, s. 280.

1523 Çelikel/Erdem, s. 159.

1524 Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 71.

1525 Nomer, s. 343.

etki tanınmasının bir zorunluluk haline gelmesiyle bu prensip esnemeye başlamıştır[1526]. Bu kapsamda çeşitli kanunlar ve milletlerarası düzenlemelerde üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin hükümler yer verilmesi yönünde bir sürece girilmiştir[1527]. *Lex fori*'nin ve *lex causae*'nın doğrudan uygulanan kurallarının aksine üçüncü devletin bu nitelikteki kurallarının uygulanabilmesi için hâkime bu hususta yetki veren açık bir hükme ihtiyaç duyulmaktadır[1528]. Zira üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının tatbiki istisnai bir durum olup hâkim kuralın amacına, niteliğine, somut olaya uygulanması ya da uygulanmaması halinde doğacak sonuçlara göre bir karar vermelidir[1529].

1. Çeşitli Kanunlar ve Milletlerarası Düzenlemelerdeki Hükümler

IPRG'nin "Yabancı hukukun emredici hükümlerinin dikkate alınması" başlıklı 19. maddesinde açıkça "doğrudan uygulanan kurallar" veya benzeri bir ifadeye yer verilmemekle birlikte İsviçre mahkemelerinin, yabancı devletin doğrudan uygulanan kurallarını bu hükme dayanarak uygulayacakları kabul edilmektedir[1530]. "*Bu kanunla belirlenen hukuk yerine yabancı bir hukuk, hukuki ilişki ile irtibatlı olması ve İsviçre hukuk anlayışına göre bir tarafın korunmaya değer ve açıkça ağır basan menfaatlerinin gerektirmesi halinde dikkate alınabilir. Böyle bir hükmün dikkate alınması gerekip gerekmediğine karar verilirken, hükmün amacının yanı sıra uygulanmasının İsviçre hukuk anlayışına göre hakkaniyetli bir kararla sonuçlanıp sonuçlanmayacağı da dikkate alınmalıdır*". Hükümde yer verilen "hukuki ilişki ile irtibatlı olma" ifadesi, hukuki ilişkinin doğrudan uygulanan kuralın ait olduğu devlet ile irtibatlı olması şeklinde anlaşılmalıdır[1531]. Bu çerçevede örneğin borcun ifasının üçüncü devletin döviz rejimi ya da ithalat ve ihracat mevzuatından kaynaklanan nedenlerle sınırlandırılması halinde bu kuralların İsviçre hâkimi tarafından dikkate alınabileceği belirtilmektedir[1532].

1526 Nomer, s. 343.

1527 *Lex fori*'nin kamu düzenine ilişkin ve doğrudan uygulanan kurallarının yetkili hukukun tatbikini sınırlandıracağını kabul eden pek çok devlet kanunu, uyuşmazlıkla yakın bağlantısı olan üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının da uygulanabileceği ya da dikkate alınabileceğini öngörmektedir. Bu ülkeler Arjantin, Azerbaycan, Belarus, Gürcistan, Kazakistan, Kırgızistan, Quebec, Rusya, Sırbistan, Tacikistan, Tunus, Ukrayna, Uruguay, Özbekistan'dır. Ayrıca aşağıda bkz. İsviçre, Türkiye, Roma I Tüzüğü m. 9.

1528 Çelikel/Erdem, s. 158.

1529 Çelikel/Erdem, s. 158.

1530 Turhan, s. 142.

1531 Turhan, s. 192.

1532 Turhan, s. 192.

Roma I Tüzüğü'ne göre: "*Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmiş olduğu ya da yerine getirilmesi gereken ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına, sözleşmenin ifasını hukuka aykırı hale getirdiği ölçüde etki tanınabilir. Bu kurallara etki tanınıp tanınmayacağı değerlendirilirken, söz konusu kuralların niteliği ve amacı ile uygulanmaları ya da uygulanmamaları halinde doğacak sonuçlar dikkate alınmalıdır*" (m. 9/3). Bu hüküm ile getirilen önemli bir yenilik üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının o ülkenin ifa yeri hukuku olması şartına bağlanmasıdır[1533]. Örneğin, Fransa hukukuna tabi olan ve tarihi el yazması bir eserin satımını konu alan bir sözleşmenin Hollanda'da ifa edilecek olması halinde Hollanda'nın kültür ve tabiat varlıklarını koruma mevzuatında söz konusu sözleşmenin ifasını engelleyen bir hüküm varsa bu hükme etki tanınması mümkündür[1534].

Lahey İlkeleri'ne göre: "*Mahkemenin hukuku, bir mahkemenin başka bir hukukun doğrudan uygulanan kurallarını ne zaman uygulayabileceğini veya uygulaması gerektiğini ya da dikkate alabileceğini veya dikkate alması gerektiğini belirler*" (m. 11/2)[1535]. İlkeler üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanıp uygulanmaması hususunda milli hukukları serbest bırakmaktadır. Üçüncü devlet hukukundaki bir hükmün doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığının ise bu üçüncü devlet hukukuna göre tespit edileceği kabul edilmektedir[1536].

1533 Roma Sözleşmesi'nde üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları m. 7/1'de düzenlenmiştir. Ancak bu hükümde üçüncü devlet ülkesinin "ifa yeri" olması şart koşulmamış yalnızca "sözleşme ile yakın bağlantılı olması" aranmıştır.

1534 Benzer bir örnek için bkz. Tarman, "Roma I Tüzüğü", s. 325.

1535 Benzer bir hüküm için bkz. Meksika Sözleşmesi m. 11/2.

1536 Örneğin taraflar A ve B, tarihi eserleri Y devletinden X devletine kaçırmak için kullanılacağını bilerek B'nin bir ticari eşya aracı kiralaması için bir sözleşme yaparlar. Uygulanacak hukuk olarak Z devleti hukukunu seçerler. Y devletinin kültürel varlıklar kanunu uyarınca, tarihi eserlerin ruhsatsız ihracatı suçtur ve amacı kaçakçılığı kolaylaştırmak olan tüm sözleşmeler yasa dışıdır ve uygulanamaz. A aracı sağlayamaz ve B, X devletinde A'ya dava açar. Sözleşmenin taraflarca seçilen hukuka (Z hukuku) göre geçerli ve uygulanabilir olduğu varsayıldığında, X devletinin uluslararası özel hukuku Y devletinin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanıp uygulanmayacağını veya uygulanacaksa ne ölçüde dikkate alınacağını belirleyecektir. X devletinin hukuku uyarınca, Y devletinin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması veya dikkate alınması gerekiyorsa, Y devletinin kültürel varlıklar kanununda yer alan hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olup olmadığı ise Y devleti hukukuna göre tespit edilecektir. Bkz. "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Commentary, 11. 19, s. 76.

2. MÖHUK'taki Düzenleme

Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin hükme MÖHUK'ta sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen hükümler arasında yer verilmektedir. "Doğrudan Uygulanan Kurallar"[1537] başlıklı 31. maddeye göre: "*Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır*"[1538]. Üçüncü devlet hukuku ile kastedilen mahkemenin hukuku (Türk hukuku) ve sözleşme statüsü dışındaki herhangi bir devlet hukukudur. Bu devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi anılan hukukun sözleşme ile sıkı ilişkili olmasına bağlıdır. "Sıkı ilişki" tabirinden ne anlaşılması gerektiği belirsiz olup bu konuda hâkime takdir yetkisi tanındığı kabul edilmektedir[1539]. Somut olayın koşullarına göre m. 31'de bahsi geçen üçüncü ülke sözleşmenin ifa edileceği ülke, sözleşme konusu malların bulunduğu ülke, borçlunun yerleşim yerinin veya mallarının bulunduğu ülke olabilir[1540]. Sıkı ilişki şartının öngörülmüş olması ile sözleşme ile hiç

1537 5718 sayılı MÖHUK'a ilişkin tasarının ilk halinde madde başlığı olarak "doğrudan uygulanan kurallar" yerine "müdahaleci kurallar" tercih edilmiştir. Bu kurallar için "*ilişkide mevcut yabancılık unsuru dikkate alınmaksızın uygulanan "genel kamu menfaatine ilişkin" oldukları kabul edilen kurallar olup, politik, sosyal, toplumsal ve ekonomik alanlardaki devlet politikasını aksettirirler*" ifadeleri kullanılmıştır. Bkz. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde gerekçeleri, s. 22, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 20.11.2022.

1538 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta bu yönde bir hüküm yer almamıştır. Ancak bu dönemde de borçlunun üçüncü bir devlette yerleşik olması veya mallarının bulunması halinde bu devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasının gerekli olabileceği savunulmuştur (Aybay/Dardağan, s. 273). 5718 sayılı MÖHUK'ta 31. maddenin öngörülmesinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması esasının artık Roma Sözleşmesi dahil olmak üzere milletlerarası sözleşmelerde ve milletlerarası özel hukuk mevzuatında kabul edilmiş olması etkili olmuştur. MÖHUK m. 31 üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasını zorunlu kılmamakla birlikte uygulanmamaları halinde ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önlenebilmesi için bu kurallara etki tanınmasını sağlamaktadır. 05.06.2006 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuk Hakkında Kanun Tasarısı-Madde gerekçeleri, s. 22, 23, https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf, 20.11.2022. Maddenin esin kaynağının Roma Sözleşmesi m. 7 olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 71.

1539 Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 73; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 375.

1540 Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 376. Örneğin, "*bir Ortadoğu ülkesindeki metro inşaatında Türk ana yüklenici, metronun sinyalizasyon işleri için Alman firma ile yaptığı eser sözleşmesine, İsviçre hukukunun uygulanmasını kararlaştırmışlardır. Ancak işin yapıldığı ülkede Ramazan ayı dolayısıyla çalışma saatlerinin kısıtlanması veya belirli ülkeden yapılan ithalatlara yasak getirilmesi gibi ifa yeri ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması söz konusu olabilir*" (Akıncı, ***MÖH***, s. 52).

bağlantısı olmayan ya da çok zayıf bağlantısı olan yabancı ülke hukuklarının uygulanması engellenmektedir.

Üçüncü devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için "sıkı ilişki" şartının gerçekleşmiş olması yeterli olmayıp aynı zamanda söz konusu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçlarının da dikkate alınması gerekmektedir (m. 31/2. cümle). Hâkimin bu değerlendirmeyi yaparken söz konusu kural ile bir tarafın üstün bir menfaatinin korunup korunmadığına dikkat etmesi gerektiği kabul edilmektedir[1541]. Hâkim bu değerlendirmeler neticesinde anılan kurallara etki tanıyıp tanımamak ya da uygulayıp uygulamamak konusunda da takdir yetkisine sahiptir[1542].

MÖHUK m. 31'in ilk cümlesinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları hakkında yalnızca "etki tanınabilir" ifadesi kullanılırken ikinci cümlede ayrıca bu kuralları "uygulayıp uygulamamak" tan bahsedilmektedir[1543]. Düzenleme bu yönüyle dikkat çekici ve aynı zamanda kafa karıştırıcıdır. Madde gerekçesinde bu iki farklı ifadenin neden tercih edildiğine ilişkin bir açıklama getirilmemiştir. Kanun metnindeki bu karışıklık ve belirsizlik doktrinde de etkilerini göstermiş olup "etki tanıma" (dikkate alma) ve "uygulama" kavramlarının birlikte ve birbiri yerine kullanıldığı görülmektedir[1544]. Ancak *Özdemir Kocasakal*, bu kavramların farklı anlamlara geldiği ve birbiri yerine kullanılamayacağı görüşündedir[1545]. Yazar özetle, üçüncü devlete ait doğrudan uygulanan kuralın "uygulanmasının" onu bütün hukuki

---

1541 Doğan, ***MÖH***, s. 421; Nomer, s. 345.

1542 *Tekinalp*'e göre madde hükmü her ne kadar hâkime doğrudan uygulanan kurallara etki tanıma konusunda takdir yetkisi veriyor gibi görünse de bu maddede düzenlenen şartlar gereğince yapılması gerekli incelemenin hâkime yüklediği sorumluluk, dikkate almama şıkkını kolayca bertaraf etmektedir (Tekinalp, ***MÖH***, s. 302).

1543 Roma I Tüzüğü'nde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına yalnızca etki tanınabileceği öngörülmüştür (m. 9/3). Ancak hükmün esinlenme kaynağı olan Roma Sözleşmesi'ne ilişkin açıklayıcı raporda etki tanıma ve uygulama ifadelerine bir arada yer verildiği görülmektedir. Bkz. Giuliano/Lagarde, No C 282/27.

1544 Çelikel/Erdem, s. 462; Doğan, ***MÖH***, s.420; Tekinalp, ***MÖH***, s. 302.

1545 Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 79, 80. Ayrıca yazarın daha detaylı açıklamaları için bkz. Özdemir Kocasakal, ***Doğrudan Uygulanan Kurallar***, s. 74, 75. *Şanlı, Esen ve Ataman* önceleri yabancı hukuk kuralına etki tanınması ile bu kuralın uygulanmasının aynı olduğunu, zira her ikisinin de ilgili kuralın emrettiği hukuki sonucun kabulü anlamına geldiğini, hukuk kuralına etki tanımakla hukuk kuralını uygulamak arasında pratik açıdan değer arz eden bir farklılık bulunmadığını savunmuşlardır (Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Figanmeşe, ***Milletlerarası Özel Hukuk***, Vedat, 3. bası, İstanbul, 2014, s. 261). Ancak daha sonra bu görüş yerine *Özdemir Kocasakal*'ın görüşünü referans göstererek MÖHUK m. 31 hükmünün üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına hem etki tanınmasına hem de uygulanacak hukuktan bağımsız olarak bütün hukuki sonuçları ve yaptırımları ile birlikte tatbikine de izin verdiğini belirtmişlerdir. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 375.

sonuçları/yaptırımları ile birlikte uyuşmazlığın çözümünde kullanmak anlamına geldiğini; ancak kurala "etki tanınması" halinde bu kuralın yalnızca sözleşme statüsündeki bir kuralın uygulanmasında fiili bir unsur olarak dikkate alındığını belirtmektedir. Diğer bir deyişle kuralın uygulanması halinde yaptırımlar da kuralın ait olduğu devlet hukukuna göre belirlenirken, kurala etki tanınması halinde yaptırımlar sözleşme statüsüne tabi olur[1546]. *Nomer* ise üçüncü ülkeye ait hukuk kurallarının niteliği ne olursa olsun kısmen dahi *lex causae* yerine uygulanamayacağını, kaldı ki yabancı bir devletin kamu hukukuna ait hükümlerinin uygulanamayacağının temel bir hukuk prensibi olduğunu, bu bakımdan da yabancı devletin kamu hukukuna ait kurallarının doğrudan uygulanan kurallar adı altında uygulanmasının hukuken mümkün olmadığını, burada söz konusu olanın özel hukuka ilişkin taleplerin karara bağlanmasında üçüncü devlete ait doğrudan uygulanan kuralların yansıma etkisinin hâkim tarafından dikkate alınması olduğunu savunmakta ve MÖHUK m. 6'nın ifade şeklini yanıltıcı olarak değerlendirmektedir[1547]. Kanaatimizce de madde metninde kullanılan "etki tanımak" ve "uygulayıp uygulamamak" ifadeleri farklı anlamlara gelmektedir. Kanun koyucunun bu ifade farklılığını bilinçli bir şekilde yaratıp yaratmadığı belirsiz olmakla birlikte hükmün bu haliyle üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının hem uygulanmasına hem de bu kurala etki tanınmasına imkân tanıdığını söylemek mümkündür. MÖHUK m. 6'da, hükmün esin kaynağı olan Roma Sözleşmesi'nin yerini alan Roma I Tüzüğü'ndeki düzenlemeye uygun olarak yalnızca "etki tanıma" ifadesine yer verilmesinin daha uygun olacağını değerlendiriyoruz[1548].

Önemle belirtmek gerekir ki üçüncü devletin usul hukukuna ilişkin kuralları doğrudan uygulanan kural niteliğine sahip olsa da dikkate alınmaz[1549]. Yani yabancı

1546 Örneğin uygulanacak hukuk olarak B ülkesi hukukunun seçildiği yabancı unsurlu bir sözleşmede ifa yerinin bulunduğu C ülkesi hukuku sözleşme konusu malın ihracatını yasaklamış olsun. İhracat yasağına ilişkin kuralın mahkeme tarafından uygulanması halinde ihracat yasağının bir mücbir sebep oluşturup oluşturmadığı ve mücbir sebebin etkileri konusunda da C ülkesi hukuku yetkili olur. Ancak kurala etki tanınması halinde ihracat yasağının mücbir sebep oluşturup oluşturmadığı, oluşturmuyorsa hangi hukuki sonucun doğacağı sözleşme statüsü olan B ülkesi hukukuna göre tespit edilmelidir (Benzer örnekler için bkz. Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 79, 80; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 375, dn. 527).

1547 Nomer, s. 344, 345. Yazar, 31. maddenin kaleme alınışı ile ilgili eleştirilerini belirtmenin yanı sıra bu maddenin Türk mahkemelerinde uygulaması olmayan ya da nadiren uygulanabilen bir madde olarak kalmaya mahkûm gözüktüğünü ifade etmektedir (Nomer, s. 345, 347).

1548 Aynı yönde bkz. Özdemir Kocasakal, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", s. 81.

1549 Nomer, s. 344.

unsurlu uyuşmazlıklarda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının, Türk usul hukuku kurallarının uygulanmasını bertaraf etmesi mümkün değildir.

Yabancı bir uyuşmazlıkta aynı konuya ilişkin hem üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralı hem de Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralının bulunması halinde MÖHUK m. 6 hükmü de göz önünde bulundurularak Türk hukukundaki kuralın uygulanacağı kabul edilmelidir[1550].

C. Hukuk Seçimi Hallerinde Doğrudan Uygulanan Kuralların Etkisi

Hukuk seçimi hallerinde doğrudan uygulanan kuralların etkisi genellikle sözleşmeden doğan borç ilişkileri bakımından gündeme gelmektedir. Bazı yabancı unsurlu sözleşme ilişkilerinde hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasının gerekliliği tartışmasızdır. Örneğin, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca "*Osmanlı Padişahlarından Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V. Mehmet Reşat ve Vahdettin ve aynı çağdaki sikkeler, bu Kanuna göre tescile tabi olmaksızın yurt içinde alınıp satılabilirler*" (m. 23/1-a). Ancak bu kültür varlıklarının yurtdışına çıkarılması yasaktır (m. 32). Taraflar arasındaki yabancı unsurlu sözleşme bu türden bir kültür varlığının satılması ve Türkiye dışına çıkarılmasını konu alıyorsa, hâkimin MÖHUK m. 6 uyarınca seçilen hukuku dikkate almaksızın Türk hukukundaki ilgili kuralı uygulaması gerekecektir.

Bazı sözleşme ilişkilerinde ise hâkimin doğrudan uygulanan kurallarının etkisinin söz konusu olup olmayacağı ya da uygulanan kuralın gerçekten doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığı tartışmaya açıktır. İş sözleşmeleri bunun en iyi örneğidir. Türk hukuk uygulamasında doğrudan uygulanan kuralların özellikle iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda etki gösterdiği görülmektedir. Zira iş hukuku hem özel hukuka hem kamu hukukuna ilişkin kurallar ihtiva eden karma bir yapıya sahiptir[1551]. İş sözleşmelerinde tarafların ekonomik, sosyal konumları ve pazarlık güçleri eşit değildir. İş hukukunun kendine has bu yapısı nedeniyle pek çok husus emredici hükümler ve doğrudan uygulanan kurallar ile düzenlenmektedir[1552].

1550 Güngör, ***MÖH***, s. 66.
1551 Tekinalp**,** ***MÖH***, s. 334.
1552 Akıncı**,** ***MÖH***, s. 62; Süzek, s. 3; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 362.

İş sözleşmelerinde seçilen hukukun uygulanması bakımından iş hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların, işçiyi koruyucu emredici hükümlerden ayırt edilmesi gerekir[1553]. Zira doğrudan uygulanan kurallar ile emredici hükümlerin seçilen hukuk üzerindeki etkileri farklıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere mahkemenin (Türk hukukunun) doğrudan uygulanan kuralları, seçilen hukuk dikkate alınmaksızın yabancı unsurlu iş sözleşmesine mutlaka uygulanmak zorundadır. Bu durum söz konusu kuralların yalnızca taraf menfaatine değil aynı zamanda kamu menfaatine de hizmet etmelerinden kaynaklanmaktadır[1554]. MÖHUK m. 27/1 uyarınca işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri ise hâkim tarafından yapılan yararlılık karşılaştırması[1555] neticesinde işçiyi daha fazla koruduğunun tespit edilmesi halinde uygulanırlar. Burada sözü edilen emredici hükümler *"sözleşmeyle aksi kararlaştırılamayan ve sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin hukuki durumunu işveren karşısında korumak amacıyla kabul edilen*" kurallardır[1556]. Bu kuralların kamu menfaatini ilgilendirmeyip ancak işçiye bireysel talep hakkı verdikleri ifade edilmektedir[1557]. Örneğin, kıdem tazminatını, analık iznini, çalışma sürelerini, yıllık ücretli izin hakkını düzenleyen hükümler emredicidir[1558]. Bazı emredici hükümlerin ise işçinin menfaati yanında kamu menfaatine de hizmet ettiklerinden, aynı zamanda doğrudan uygulanan kural niteliğinde oldukları kabul edilmektedir[1559]. Örneğin, kamu hukuku nitelikli iş güvenliği hükümleri, özel işçi gruplarını koruyucu hükümler, yasal greve ilişkin hükümler, asgari ücrete ilişkin hükümler bu niteliğe sahiptir[1560]. Ancak

---

1553 Tarman, "İş Sözleşmeleri", s. 541; Vural Çelenk, s. 285.

1554 Reithmann Christoph/Martiny Dieter, ***Internationales Vertragsrecht***, 6. Auflage, O. Schmidt, Köln, 2004, s. 1882; Tarman, "İş Sözleşmeleri", s. 541.

1555 Bu hususta bkz. İkinci Bölüm, ***I. A. 2. a. ii.***

1556 Yargıtay 21. HD, 08.12.2011, E. 2010/10129, K. 2011/12849 (Doğan, ***MÖH***, s. 429, dn. 433); Yargıtay 10. HD, 17.05.2021, E. 2020/8062, K. 2021/6271 (Karşı oy yazısı); 10. HD, 13.10.2021, E. 2020/10640, K. 2021/12112 (Karşı oy yazısı). Ayrıca bkz. Çelikel/Erdem, s. 438; Tarman, "İş Sözleşmeleri", s. 541.

1557 Tarman, "İş Sözleşmeleri", s. 541.

1558 Tarman, "İş sözleşmeleri", s. 541 (Tarman, hafta tatilini, ulusal bayram ve genel tatili de emredici hükümler arasında zikretmektedir. Yargıtay ise hafta tatili, dini ve milli bayram günleri ve ücretleri düzenleyen hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğini taşıdığını; ancak uygulama alanına giren iş ilişkilerine *uygulandıklarını; örneğin tamamen yurt dışında ifa edilen bir iş ilişkisinde, dinî ve millî bayram günlerinin Türk hukukuna göre belirlenemeyeceğini kabule etmektedir* (Yargıtay 9. HD, 18.05.2021, E. 2021/4810, K. 2021/9191; 9. HD, 29.09.2021, E. 2021/8870, K. 2021/13302; 9. HD, 01.12.2021, E. 2021/8417, K. 2021/15995). Yargıtay'ın görüşü doğrultusunda ayrıca bkz. Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, ***İş Hukukunun Esasları***, Beta, 5.bası, İstanbul, 2008, s. 146 vd.

1559 Elçin, s. 167; Reithmann/Martiny, s. 1905; Tarman, "İş Sözleşmeleri", s. 542; Vural Çelenk, s. 286.

1560 Nomer, s. 348; Tarman, "İş Sözleşmeleri", s. 542 (Tarman, asgari ücrete ilişkin hükümleri doğrudan uygulanan kurallar arasında değil emredici hükümler arasında zikretmektedir). Ayrıca bkz. Yargıtay 9. HD, 1.12.2021, E. 2021/11653, K. 2021/15998.

bir kuralın emredici hüküm mü doğrudan uygulanan kural mı olduğunun tespiti oldukça zor olup bu görev mahkemelere bırakılmaktadır[1561].

Türk milletlerarası özel hukuk doktrininde bir grup yazar iş hukukuna ilişkin işçiyi koruyucu pek çok hükmün (iş güvenliği hükümleri, sosyal güvenlik hükümleri, grev ve lokavta, azami çalışma sürelerine, hafta tatili, resmi ve dini tatillerde çalışma yasağına, belirli süreli iş sözleşmelerinin zincirleme yapılamayacağına ilişkin hükümler gibi) doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunu savunmaktadır[1562]. Ancak *Çelikel ve Erdem*, Türk hukukundaki tüm işçiyi koruyucu emredici hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesini MÖHUK m. 27/1'de taraflara tanınan sınırlı hukuk seçimi imkânını anlamsız bırakacağı gerekçesiyle doğru bulmamaktadırlar[1563]. Zira bu halde taraflar belirli bir hukuk düzenini iş sözleşmesine uygulanmak üzere seçmiş olsalar da Türk hukukunun işçiyi koruyucu hükümleri doğrudan uygulanan kural olarak kabul edildiğinden seçilen hukuktaki işçiyi koruyucu hükümler yerine bu hükümler uygulanacaktır. Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. İş hukukuna ilişkin bir hükmün zayıf tarafı koruyucu özelliği ve aksinin kararlaştırılamayacak şekilde öngörülmüş olması o hükmü doğrudan uygulanan kural olarak kabul etmek için yeterli değildir[1564]. O hükmün getiriliş amacına bakılmalıdır.

1561 Elçin, s. 165. Yargıtay'ın iş hukukunun işçiyi koruyucu hükümlerinin hukuki nitelendirmesi ve uygulanması bakımından verdiği çelişkili kararları mevcuttur. 2011 yılında verdiği kararda sosyal güvenlik hakkı ve iş güvenliğine ilişkin emredici hükümleri doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirmiştir. Ancak buna rağmen, ilgili kuralları uygulanacak yabancı hukuka bakmaksızın doğrudan uygulamak yerine mutad işyeri hukukunun iş ve sosyal güvenlik mevzuatındaki hükümlerin de göz önünde bulundurularak bir karara varılması gerektiğine hükmetmiştir (21. HD, 08.12.2011, E. 2010/10129; K. 2011/12849). Kararın özeti ve eleştirisi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 439. Başka bir uyuşmazlıkta bu karara zıt bir şekilde, işçilik alacaklarını "kamu düzeni"nden kabul etmesine rağmen yabancı unsurlu iş sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit etmeksizin ve uygulanacak yabancı hukukun hükümlerini dikkate almaksızın Türk iş hukuku hükümlerini "doğrudan uygulanan kural" gibi uygulamıştır (9. HD, 06.11.2012, E. 2012/23286, K. 2012/36425). Kararın eleştirisi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 441. Bu konuda ayrıca bkz. ***Üçüncü Bölüm, V. C. 1.***

1562 Akıncı, ***MÖH***, s. 62; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 362; Tekinalp***, MÖH***, s. 331, 334.

1563 Çelikel/Erdem, s. 440. Aynı yönde bkz. Vural Çelenk, s. 290.

1564 Aynı yönde bkz. Elçin, s. 176; Vural Çelenk, s. 290. Yargıtay doğrudan uygulanan kuralları şu şekilde açıklamaktadır: "*İş hukukunda işçiyi koruyan her emredici kural, doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmez; ayrıca devlet organizasyonunun sosyal, ekonomik ve politik menfaatlerini de koruması gerekir. Bununla birlikte, emredici hükümler ile doğrudan uygulanan kuralların ayırt edilmesi her zaman kolay değildir ve tartışmalıdır. Doğrudan uygulanan kurallara, kamu hukuku nitelikli iş güvenliği hükümleri, özel işçi gruplarını koruyucu hükümler ve yasal greve ilişkin hükümler ve asgarî ücrete ilişkin düzenlemeler örnek olarak gösterilebilir (ELÇİN, Doğa, Milletlerarası Unsurlu Bireysel ve Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, ... 2012, s. 189-195). Devlet organizasyonun korunması, çoğu olayda ülke ile belirli bir şekilde irtibatlı ya da ülkede gerçekleştirilen iş sözleşmelerinde söz konusu olur. Örneğin, tamamen yurt dışından ifa edilen bir iş ilişkisinde Türk hukukundaki asgarî ücrete ilişkin kuralın uygulama alanına giren bir olay ya da ihtilâf söz konusu olmaz"* (9. HD, 15.02.2022, E. 2021/13330, K. 2022/1792).

Eğer ki hüküm devletin ekonomik ve sosyal politikalarını korumak amacıyla yahut ülke ile bağlantılı bütün olay ve ilişkilere uygulanmak amacıyla öngörülmüşse o zaman doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmelidir. Aksinin kabulü halinde iş sözleşmelerinde hukuk seçimi serbestisi dolaylı olarak engellenmiş olur ki bu durum kanunlar ihtilafı alanındaki irade muhtariyeti ilkesine aykırılık oluşturacağı gibi milletlerarası özel hukuk adaletinin yerine getirilmesine de mâni olur[1565]. Bu açıklamalar neticesinde tarafların hukuk seçimi yaptıkları iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda taraf iradelerine verilen önemin bir gereği olarak Türk iş hukukundaki kuralların doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesinde son derece titiz davranılması ve doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilen hükümlerin uygulama alanı ve amaçları bakımından somut olayda tatbik edilmesinin zorunlu olup olmadığına dikkat edilmesi gerektiğini değerlendiriyoruz.

Türk mahkemelerinin önüne gelen yabancı unsurlu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralları da kuralın uygulama alanına giren konu ile sınırlı olmak üzere seçilen hukukun tatbikini engelleyebilir. Bu hususta verilen bir örnek[1566] konunun somutlaştırılması açısından faydalıdır. Bir Türk şirketi ile Japon şirketi, Türk şirketinin ABD'den alınacak boraksın bir Uzak Doğu ülkesine gönderilmek üzere Türkiye'ye getirilmesini taahhüt ettiği ve uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu seçtikleri bir sözleşme akdetmişlerdir. Gerekli ihracat lisansının alınması için taraflar yetkili ABD makamlarına başvurmuşlar; ancak ABD'de silahlanma tekniğinde önemli bir madde olarak kullanılan boraksın ilgili Uzak Doğu ülkesine ihraç edilmesi yasaklandığından başvuru reddedilmiş ve Türk şirketi taahhüdünü yerine getirememiştir. Bu türden yasaklayıcı bir hükmün Dünya barışının ve Batı'nın özgür düzeninin korunmasına hizmet ettiği; bu yönüyle yalnızca ABD'nin menfaatlerini değil aynı zamanda Türkiye'nin içinde bulunduğu Batı dünyasının menfaatlerini de ilgilendirdiği ifade edilmektedir[1567]. Dolayısıyla Türk hâkimi, üçüncü devlet konumunda olan ABD'nin doğrudan uygulanan kuralına MÖHUK m. 31 uyarınca etki tanıyarak sözleşmenin geçersizliğine hükmedebilecektir.

Türk hukukundaki mal rejimlerine ilişkin bazı maddi hukuk hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve buna bağlı

1565 Elçin, s. 276.
1566 Örnek için bkz. Nomer, s. 346.
1567 Nomer, s. 346.

olarak yabancı unsurlu mal rejimi ilişkilerinde seçilen hukukun uygulanmasının bu kurallar nedeniyle sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı hususunu da ele almakta fayda görüyoruz. Boşanma halinde eşlerden birinin, ölüm halinde sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyası üzerindeki haklarını düzenleyen TMK m. 240, m. 254, m. 255 ve m. 279 hükümleri doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilip yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda seçilen hukuktan bağımsız olarak tatbik edilebilir mi? Doktrinde bu hükümlerin koruduğu menfaatin evlilik birliği sona ermiş olsa bile eşlerden biri ile varsa bu evlilikten olma çocukların söz konusu konut ve eşyalar üzerinde aile hayatına devam edebilmeleri olduğu ifade edilmektedir[1568]. Bu görüşe göre aile ve aileye ilişkin bütün menfaatler, Anayasa'nın "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" başlıklı 41. maddesi uyarınca devlet tarafından korunması gereken menfaatler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla devlet yapılanması tarafından üstlenilmeyi gerektirecek kadar önemli, ortak çıkar olarak nitelendirilebilecek ailenin menfaatine hizmet eden bu kurallar doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmeli ve Türkiye'de bulunan aile konutu ve ev eşyası hakkında[1569] yabancı unsur içersin ya da içermesin mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bütün uyuşmazlıklarda doğrudan uygulanmalıdır[1570].

TMK'nın ilgili maddelerine bakıldığında "*Sağ kalan eş (...) konut üzerinde kendisine katılma alacağına mahsup edilmek, yetmez ise bedel eklenmek suretiyle intifa veya oturma hakkı tanınmasını isteyebilir*" (m. 240/1), "*Konutta kalmaya ve ev*

1568 Ersen Perçin, s. 200.

1569 Bahsi geçen TMK hükümlerinin doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilmesinin kabulü halinde bu hükümlerin yalnızca aile konutunun Türkiye'de bulunduğu yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulabileceğini unutmamak gerekir. Zira Türk hukukundaki doğrudan uygulanan kuralların, uygulama alanına girmeyen yurtdışındaki aile konutu hakkında tatbiki mümkün değildir.

1570 Yazar, bu görüşü desteklemek üzere doktrinde aile konutu üzerinde eşlerin tasarruflarını kısıtlayan TMK m. 194/1 hükmünün de doğrudan uygulanan kural niteliğinde kabul edildiğini aktarmaktadır (Ersen Perçin, s. 200). TMK m. 194/1'in doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Faruk Kerem Giray, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", ***MHB***, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, C. 23, S. 1-2, 2003, s. 437-438. Belirtilmelidir ki *Giray* burada, diğer eşin rızası olmaksızın aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshedilemeyeceğine ilişkin kuralın (m. 194/1) doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi şeklindeki görüşünü Türk hukukunda kira sözleşmesine ilişkin kuralların doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesine dayandırmaktadır. Yoksa Anayasa m. 41 hükmünü gerekçe olarak göstermemektedir. Söz konusu TMK m. 194/1 hükmü MÖHUK uyarınca hukuk seçiminin kabul edilmediği evliliğin genel hükümleri arasında yer aldığından (MÖHUK m. 13) bu konuda ayrıca bir değerlendirmede bulunmayı gerekli görmüyoruz.
Yazar ayrıca bazı devlet hukuklarında ve milletlerarası düzenlemelerde aile konutu ve ev eşyasının bulunduğu devletteki konuya ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanan kural teşkil edeceğinin öngörüldüğünü belirtmektedir (Ersen Perçin, s. 200, 201). Örneğin, *EGBGB* m. 17a, 2016/1103 sayılı Konsey Tüzüğü m. 30 ve Dibace par. 53.

eşyasını kullanmaya hangisinin devam edeceği konusunda eşler anlaşabilirler" (m. 254/1), "*Konut veya ev eşyası ortaklık mallarına dahil ise, sağ kalan eş, payına mahsuben bunların mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilir*" (m. 279) şeklinde taraf iradelerine öncelik veren, emredici değil düzenleyici nitelikte hükümlere yer verildiği görülmektedir. Yalnızca 254. maddede eşlerin aile konutu konusunda anlaşamamaları halinde hâkimin "*olayın özelliklerini, eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarını ve varsa çocukların menfaatlerini göz önünde bulundurarak bu hakka hangisinin sahip olacağına iptal veya boşanma kararıyla birlikte re'sen karar vereceği*" öngörülmektedir (m. 254/2). Burada da hâkime somut olayın koşulları doğrultusunda takdir yetkisi tanınmaktadır[1571]. Dolayısıyla ilgili maddelerin kaleme alınış biçimi ve mahiyetleri dikkate alındığında bunların yabancı unsurlu olup olmadığına bakılmaksızın kapsamına giren tüm uyuşmazlıklarda tatbik edilmesi zorunlu olan kurallar arasında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Kaldı ki Anayasa ile korunan hak ve menfaatlere ilişkin düzenleme getiren her kanun hükmünün doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Aksinin kabulü halinde Türk hukukundaki pek çok hükmün doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmesi gerekir. Bununla birlikte yabancı unsurlu mal rejiminden doğan uyuşmazlıklarda seçilen hukukun aile konutu ve ev eşyasına ilişkin hükümlerinin uygulanması halinde ortaya çıkan sonucun Anayasa m. 41 ile güvence altına alınan ailenin korunması ve çocuğun yüksek yararı ilkeleri ile bağdaşmaması mümkündür. Bu halde Türk kamu düzenine açıkça aykırılığın oluştuğunu ve MÖHUK m. 5 uyarınca yabancı hukuk yerine Türk hukukundaki ilgili hükmün uygulanması gerektiğini söylemek mümkündür.

Yukarıda devletlerin liberalleşme durumlarına göre doğrudan uygulanan kurallarının sayısının ve bu kurallar aracılığıyla özel hukuk alanına müdahale etme yoğunluğunun da değiştiğini ifade etmiştik. Bir devletin mevzuatında yer alan doğrudan uygulanan kuralların miktarı ne derece artarsa yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda yetkili yabancı hukukun uygulama alanı da o derece azalır. *Nomer*'e göre "*kanunlar ihtilafı kuralları devamlı olarak, milli maddi hukuk hükümleri karşısında alan kaybetmek tehlikesiyle karşı karşıyadır*"[1572]. Bilhassa hukuk seçimi

[1571] Elbette maddi hukuk bakımından değerlendirildiğinde hâkimin bu takdir yetkisini kullanırken Anayasa m. 41 uyarınca ailenin huzur ve refahını, ananın ve çocukların korunmasını sağlayacak bir karar vermesi gerekmektedir.

[1572] Nomer, s. 188.

yapılan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda hâkimin kendi doğrudan uygulanan kurallarını uygulamak mecburiyetinde olması, tarafların irade muhtariyetinin bir hayli sınırlanmasına neden olur. Bu durumda da hukuk seçiminin sağladığı hukuki öngörülebilirlik zedelenir. Bu nedenle bir maddi hukuk kuralına doğrudan uygulanan kural niteliği tanıyıp bu kuralı yabancı unsurlu uyuşmazlığa uygularken ihtiyatlı ve titiz davranılması faydalı olacaktır[1573].

[1573] Nomer, s. 188.

SONUÇ

Çalışmamızda milletlerarası özel hukukta hukuk seçimi anlaşmaları ele alınmıştır. Bu kapsamda Türk hukuku da dahil olmak üzere çeşitli milli hukuklardaki ve milletlerarası düzenlemelerdeki hükümlerden, yargı kararlarından ve doktrin görüşlerinden faydalanılarak hukuk seçimi anlaşmalarının genel esasları, Türk hukukunda çeşitli sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde ve sözleşme dışı hukuki ilişkilerde hukuk seçimi ve son olarak hukuk seçimi anlaşmalarında karşılaşılabilecek sorunlar detaylı olarak incelenmiştir. Tüm bu incelemeler neticesinde doktrinde tartışma konusu olan ve hukuk seçimi anlaşmaları bakımından daha fazla önem arz ettiğini düşündüğümüz ya da hukuk düzenlerinde farklı uygulamaların benimsendiği hususlara ilişkin değerlendirmelerimize yer vermeyi uygun görüyoruz.

Kanunlar ihtilafı hukukunda hukuk seçimi yapılabilecek hukuki ilişkinin objektif açıdan yabancılık unsuru taşımasının zorunlu olup olmadığı üzerinde önemle durulan konulardan birisidir. Bu hususta iki karşıt görüşten bahsedilmiştir. Bunlar yalnızca coğrafi ya da şahsî yönleriyle birden fazla ülke hukuku ile irtibatlı olan hukuki ilişkilerde hukuk seçimi yapılabileceğini savunan objektif görüş; böyle bir irtibatın bulunmadığı tamamen milli karakterli hukuki ilişkilerde de hukuk seçimi yapılabileceğini ileri süren subjektif görüştür. Özellikle Fransız hukukunda etkilerini gösteren ekonomik yöntemde ise konusu milletlerarası ticareti ilgilendiren veya milletlerarası ticaretin menfaat alanına giren sözleşmelerin milletlerarası kabul edilmesi ve bu sözleşmelerde hukuk seçimine izin verilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu görüş hem objektif hem subjektif görüşü savunan bazı yazarlarca da desteklenmektedir. Kanaatimizce MÖHUK m. 1 hükmü göz önünde bulundurulduğunda Türk hukukunda subjektif görüşe göre hareket edilmesi mümkün görünmemektedir. Zira bu hükümden hukuk seçiminin yalnızca yabancılık unsuru taşıyan hukuki işlem ve ilişkilerde yapılabileceği sonucuna varılmaktadır. Hukuki ilişkinin taraf iradeleri ile yabancı unsurlu hale geleceğinin kabul edilmesi durumunda kanun koyucunun hukuk seçiminin ön şartı olarak öngördüğü yabancılık unsurunun

varlığı hukuk seçiminin sonucu haline gelmektedir. Bu durumun hukuk mantığı ile uyuşmayacağını söylemek mümkündür.

Tarafların özellikle milletlerarası ticari sözleşmelerde milletlerarası kuruluşlar tarafından oluşturulmuş kurallar ya da kodlar, tip (standart) sözleşmeler ya da milletlerarası sözleşme hükümleri gibi milli karakterli olmayan kuralların (*non-state rules*) uygulanmasını kararlaştırdıkları görülmektedir. Anılan kuralların milletlerarası ticaret mevzuatında ve uygulamasında yeknesaklığı sağlamak üzere yetkin kuruluşlarca getirildiği düşünüldüğünde tarafların bu tercihinin mantıklı olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu hallerde teknik anlamda bir hukuk seçimi anlaşmasının bulunmadığı, bahsi geçen kuralların yalnızca sözleşme metnine dahil edildiği (*incorporation*), bu kuralların seçimine sözleşme statüsünün emredici hükümlerine uygun olduğu ölçüde geçerlilik tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Doktrinde hâkim görüşe göre taraflar arasında bir hukuk seçimi anlaşmasının varlığının kabul edilebilmesi için muhakkak belirli bir devlet hukukun seçilmiş olması gerekir. Kanunlarda ve çeşitli milletlerarası düzenlemelerde (Lahey İlkeleri hariç olmak üzere) taraflarca milli karakterli olmayan kuralların seçilemeyeceğine ilişkin açık bir hükme yer verilmemekle birlikte bu düzenlemelerde kullanılan ifadelerden yalnızca belirli bir "devlet hukukunun" seçilebileceğinin öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bağımsız bir devlet iradesine dayanmayan ve belirli bir devlet hukuku tarafından denetlenmeyen kuralların seçimine sözleşme statüsünün emredici kurallarını bertaraf edecek şekilde etki tanınmasını engelleyen bu düzenlemelerin yerinde olduğunu değerlendiriyoruz.

Milli ve milletlerarası düzenlemelerde kural olarak hukuk seçiminin örtülü olarak yapılmasına da imkân tanınmaktadır. Bu düzenlemelerde örtülü seçimin sözleşmenin hükümlerinden ya da durumun koşullarından anlaşıldığının kabulü için "açıkça", "kesin olarak", "makul kesinlikle" gibi ölçüler belirlenmiştir. Ancak hangi hallerde örtülü hukuk seçiminin varlığının kabul edileceğini somutlaştıracak herhangi bir hükme yer verilmemektedir. MÖHUK'ta da taraflara örtülü hukuk seçimi imkânı tanınmaktadır (m. 24). 2675 sayılı mülga MÖHUK'ta kabul edilmeyen örtülü seçime bu Kanun'da yer verilmesini karşılaştırmalı hukuka uyum sağlanması ve taraf iradelerine öncelik tanınması açısından önemli bir yenilik olarak değerlendiriyoruz. 24. maddede örtülü hukuk seçimi, sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından "tereddüde yer vermeyecek biçimde" anlaşılabilen hukuk seçimi olarak

öngörülmektedir. Kanun koyucunun hukuk seçiminin varlığının kabul edilebilmesi için yüksek bir kesinlik derecesi öngörerek tarafların farazi iradelerinden yola çıkılmasını engelleme amacının olduğu düşünülmektedir. Bu amaç makul kabul edilmekle birlikte "tereddüde yer vermeyecek biçimde" ifadesinin daha çok açık hukuk seçimini çağrıştırdığını belirtmekte fayda görüyoruz.

2675 sayılı Kanun'da özel sözleşme türlerine uygulanacak hukuka ilişkin maddelere yer verilmemekte, tüm sözleşme türleri bakımından genel kural olan 24. madde uygulanmaktaydı. Bu madde çeşitli sözleşme türlerinin her birisinin kendine has özellikleri karşısında yetersiz kalmaktaydı. MÖHUK'ta özellik arz eden bazı sözleşme türleri bakımından ayrı maddeler öngörülerek Türk hukuku adına önemli bir adım atılmıştır. Bu kapsamda sosyal içerikli sözleşmeler olarak kabul edilen tüketici ve iş sözleşmelerine uygulanacak hukuk da birer madde ile düzenlenmiştir (m. 26 ve m. 27). Bu maddelerde sözleşmenin zayıf tarafı olarak kabul edilen tüketici ve işçiye kendileri için avantajlı olmayan bir hukukun sözleşmenin karşı tarafınca dayatılmasının yaratacağı olumsuz sonuçları bertaraf etmek üzere koruyucu hükümler öngörülmektedir. Bu hükümlerde iş sözleşmeleri bakımından "işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri", kanunda tanımlanan tüketici sözleşmeleri bakımından "tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hükümleri" asgari koruma standardı olarak kabul edilmektedir. Koruyucu hukuk olarak mutad işyeri hukuku ve mutad mesken hukukunun tercih edilmiş olması, anılan hukukların sözleşme ile sıkı ilişkili oldukları düşünüldüğünde makuldür. Ancak seçilen hukuk ile işçinin mutad işyeri hukukunun ya da tüketicinin mutad mesken hukukunun emredici hükümlerinden hangisinin işçinin ya da tüketicinin daha lehine olduğuna karar verilirken izlenecek yöntem önem arz eder. Somut uyuşmazlık bakımından uygulanması söz konusu hükümlerin tek tek karşılaştırılması yerine, bu hükümlerin bağlantılı oldukları diğer hükümler ile birlikte grup halinde karşılaştırılmaları bu sözleşmelerdeki menfaat dengelerini korumak adına daha uygun olacaktır. Aksi halde zayıf tarafın korunması adına sözleşmenin karşı tarafının cezalandırılması sonucunun ortaya çıkabileceği düşünülmektedir.

MÖHUK'ta taşınmazlara ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından tek yetkili hukuk olarak taşınmazın bulunduğu ülke hukuku belirlenmiştir (m. 25). Dolayısıyla hem taşınmazların aynına ilişkin sözleşmelerde hem de kullanımına ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimi mümkün değildir. Taşınmazlar bir devletin egemenlik

göstergeleri arasında önemli bir yer tuttuğu için taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkının devri ya da sınırlı aynî hak tesisini konu alan sözleşmelerde hukuk seçimine izin verilmemesini makul bir düzenleme olarak değerlendiriyoruz. Ancak doktrindeki görüşler ile de uyumlu olarak taşınmazın aynı üzerinde hak değişikliği yaratmayan kullanım sözleşmeleri bakımından aynı kanaati taşımamaktayız. Bu sözleşmelerde devletin korunması gereken üstün menfaatlerinden söz etmek güçtür. Ayrıca taşınmazlara ilişkin sözleşmelerde taşınmazın bulunduğu yer hukukunun sözleşme ile en sıkı ilişkili olduğu varsayımının taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmeler bakımından her zaman geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Zira bu sözleşmeler taşınmaz dışındaki diğer unsurları itibariyle farklı ülke hukukları ile irtibat halinde olabilir. Bu gerekçelerle MÖHUK'ta en azından taşınmazın kullanımına ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimine izin verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böyle bir düzenleme İsviçre hukuku ve Avrupa Birliği hukuku ile de uyumlu olacaktır.

Kanunlar ihtilafı hukukunda önceleri yalnızca sözleşmeler hukuku alanında hukuk seçimi serbestisi kabul edilirken zamanla sözleşme dışı hukuki ilişkilerde de bu serbestisi tanınmaya başlamıştır. Türk hukukunda da 2675 sayılı Kanun'da haksız fiillerde ve sebepsiz zenginleşmede hukuk seçimi anlaşması yapılmasına imkân tanınmazken MÖHUK ile bu alanlarda sınırlı da olsa hukuk seçimi serbestisi kabul edilmiştir (m. 34 ve m. 39). Haksız fiile ilişkin düzenlemenin özellikle haksız fiilin işlendiği yerin tespit edilemediği durumlarda uygulanacak hukukun tespiti bakımından kolaylık sağlayacağı düşünülmektedir. Türk hukukunda da İsviçre hukukunda olduğu gibi hukuk seçiminin yalnızca haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılabileceği kabul edilmektedir. Ancak bu düzenleme uygulanma kabiliyetinin olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Zira haksız fiilin meydana gelmesinden sonra bir araya gelerek uygulanacak hukuk konusunda anlaşabilecek durumdaki tarafların uyuşmazlığın nihai çözümü konusunda anlaşmalarının daha mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra işin doğası gereği her an bir haksız fiilin meydana gelme riski yüksek olan bazı hukuki ilişkiler bakımından haksız fiilin meydana gelmesinden önce de hukuk seçimine ihtiyaç duyulabilir. Bu nedenle MÖHUK m. 34 metninde, Avrupa Birliği hukukunda olduğu gibi haksız fiilin meydana gelmesinden önce de hukuk seçimini mümkün kılan bir değişikliğin yapılması düşünülebilir.

Haksız fiilden doğan borç ilişkileri hakkında hatırlatılması gereken diğer bir husus, MÖHUK'ta öngörülen özel haksız fiil türleri bakımından zarar görene tanınan

haksız fiile uygulanacak hukuku belirli hukuklar arasından seçme hakkı ile hukuk seçimi anlaşmasının karıştırılmaması gerektiğidir. Kişilik haklarının ihlâlinde sorumluluğa ve imalatçının sözleşme dışı sorumluluğuna uygulanacak hukuku düzenleyen 35. ve 36. maddelerde taraflara tanınan seçimlik hakkın teknik anlamda bir hukuk seçimi anlaşması olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira hukuk seçimi anlaşmasından bahsedebilmek için tarafların belirli bir hukukun uygulanması hususunda karşılıklı ve birbirine uygun iradelerinin varlığı şarttır. 35. ve 36. maddeler ile haksız rekabet ve rekabetin engellenmesine ilişkin 37. ve 38. maddelerde tarafların hukuk seçimi yapmalarına imkân tanıyan bir hükme yer verilmemektedir. Doktrinde aksi yönde görüş bulunmakla birlikte biz genel haksız fiil kuralında öngörülen hukuk seçimi imkânının yukarıda anılan özel haksız fiil türleri bakımından uygulanamayacağı yönündeki ağırlıklı görüşü benimsiyoruz. Zira kanun koyucu bu haksız fiil türlerinde hukuk seçimi imkânı getirmek isteseydi sözleşmelerde benimsemiş olduğu yönteme uygun olarak her bir özel kuralda hukuk seçimi yapılabileceğini ayrıca belirtirdi. Nitekim özel bir haksız fiil türü olarak değerlendirilen ancak aynî haklara ilişkin hükümler arasında öngörülen fikri mülkiyet haklarının ihlalinde kanun koyucu, bu ihlalden doğan taleplere ihlalden sonra mahkemenin hukukunun uygulanmasının kararlaştırılabileceğini öngörmektedir (m. 23/2). Eğer ki kanun koyucu haksız fiillerde hukuk seçimine ilişkin genel kuralın özel haksız fiil türleri bakımından da uygulanması niyetinde olsaydı o zaman m. 23/2'deki hukuk seçimi kuralını da öngörmemesi beklenirdi.

Türk hukukunda aile hukuku ilişkilerinin kamu menfaati ilgili olduğu kabul edildiğinden bu alanda yalnızca mal rejimleri bakımından hukuk seçimi kabul edilmektedir. MÖHUK m. 15/1'e göre eşler evlilik malları hakkında evlenme anındaki mutad mesken veya millî hukuklarından birini açık olarak seçebilirler. Mal rejimlerinin aile hukuku karakteri göz önünde bulundurulduğunda hukuk seçimi imkânının, eşler arasındaki hukuki ilişki ile en yakın irtibatlı olan hukuklarla sınırlandırılması yerinde bir düzenleme olarak değerlendirilmelidir. Bu hüküm ile ilgili hatırlatılması gereken husus eşlerin birden fazla milli hukuklarının bulunması halinde seçilebilecek hukukların tespit edilmesi bakımından MÖHUK m. 4/1-b ve c hükümlerinin dikkate alınıp alınmayacağıdır. Hâkim görüş doğrultusunda biz de "vatandaşlık esasına göre yetkili hukuk"u düzenleyen 4. maddenin (b) ve (c) bentlerinin dikkate alınmayacağını, yani tarafların evlilik mallarına uygulanmak üzere

vatandaşlığını taşıdıkları devlet hukuklarından herhangi birisini seçebileceklerini düşünüyoruz. Doktrinde bu hususta görüş birliği bulunsa da İsviçre hukukunda olduğu gibi, MÖHUK m. 15/1 çerçevesinde tarafların seçebilecekleri hukuklar belirlenirken m. 4/1-b ve c hükümlerinin dikkate alınmayacağının madde metninde açıkça düzenlenmesinin yerinde bir tercih olacağını değerlendiriyoruz.

Türk hukukunda boşanma ve ayrılık sebepleri ve hükümleri eşlerin müşterek milli hukukuna tabi olup bu alanda irade muhtariyeti kabul edilmemektedir (MÖHUK m. 14/1). Kıta Avrupası ülkelerinde de genel olarak bu esas benimsenmiştir. Ancak çeşitli hukuk düzenlerinde boşanmaya ilişkin maddi hukuk alanında daha özgürlükçü bir yaklaşımın benimsenmesi ile kanunlar ihtilafı hukukunda da boşanmaya uygulanacak hukuk bakımından irade muhtariyetine yer verilmesi üzerinde durulmaya başlanmıştır. Bu çerçevede Avrupa Birliği hukukunda boşanma ve ayrılıkta hukuk seçimi imkânı pozitif düzenlemeye konu olmuştur (Roma III Tüzüğü m. 5). Çin hukukunda da tarafların anlaşarak evlilik kayıt makamı önünde boşanmak istemeleri halinde sınırlı bir hukuk seçimi imkânı kabul edilmektedir. Kanaatimizce Türk hukukunda da boşanma ve ayrılığa ilişkin davalarda sınırlı da olsa hukuk seçimi imkânı tanınması tarafların menfaatine uygun düşebilir. Zira m. 14/1'te öngörülen "müşterek milli hukuk" her zaman eşlerin en yakın ilişki içinde oldukları hukuk olmayabilir. Ayrıca boşanma ve ayrılık uyuşmazlıklarında tarafların geçerli bir hukuk seçimi yapmış olmaları halinde hâkim MÖHUK m. 2/3 uyarınca atfı uygulamak durumunda olmadığından ve doğrudan seçilen hukukun maddi hukuk hükümlerine göre karar vereceğinden (taraflar m. 2/4 uyarınca aksini kararlaştırmamışsa) zaman ve emek tasarrufu sağlanacaktır. Küreselleşen dünyada gün geçtikçe yabancı unsurlu evlenmelerin ve buna bağlı olarak da yabancı unsurlu boşanmaların sayısında artış yaşanmaktadır. Artan boşanma davaları ve bu davaların karmaşık yapıları göz önünde bulundurulduğunda hukuk seçiminin önemi daha iyi anlaşılacaktır. Dolayısıyla boşanma davalarında hukuk seçiminin sağladığı avantajlar ile bu davaların kamu menfaatlerini ilgilendiren yönü birlikte değerlendirildiğinde menfaatler dengesini sağlamak adına tüm boşanma uyuşmazlıklarında değil, en azından Çin hukukuna benzer şekilde anlaşmalı boşanma davalarında hukuk seçimine imkân tanınmasının makul bir düzenleme olacağı kanaatindeyiz.

Yukarıda bahsi geçen ve çalışmamızda ele aldığımız diğer konuların incelenmesinden sonra son bölümde hukuk seçimi anlaşmalarında ortaya çıkabilecek

sorunlar ve seçilen hukukun uygulanmasını engelleyen durumlar değerlendirilmiştir. Sonuç bölümünde hukuk seçiminden beklenen hukuki belirlilik ve öngörülebilirliği ortadan kaldıran bu sorun ve durumları kısaca hatırlatmakta fayda görüyoruz.

Tarafların hukuk seçimi yaparken, seçtikleri hukukun iç hukukuna dahil olan ikili ve çok taraflı anlaşma hükümlerini ve bu hukukun diğer emredici hükümlerini göz ardı etmemeleri gerekmektedir. Aksi halde seçilen hukukun taraflar arasındaki sözleşme hükümlerini geçersiz kılması durumu ile karşılaşılabilir. Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus mahkemenin hukuk seçimine ilişkin kanunlar ihtilafı hükümleridir. Tarafların aralarındaki hukuki ilişki bakımından yapmış oldukları geçerli bir hukuk seçimi anlaşmasının hukuki sonuç doğurabilmesi için *lex fori*'nin kanunlar ihtilafı hükümlerinin bu ilişki bakımından hukuk seçimine izin vermesi gerekir. Ayrıca hukuk seçiminin *lex fori*'nin öngördüğü sınırlamalara uygun şekilde yapılması da şarttır. Aksi halde hâkim bu hukuk seçimi anlaşmasını dikkate almaz ve objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak hukuku belirler. Bunun yanı sıra tarafların uyuşmazlığın görüleceği mahkemenin zamanaşımını ne şekilde nitelendirdiğine de dikkat etmeleri gerekmektedir. Zamanaşımını maddi hukuka ilişkin bir mesele olarak kabul eden bir ülke hukukunu seçmiş olmakla birlikte bu konuyu usule ilişkin bir mesele olarak kabul eden bir ülke mahkemesine başvurmuşlarsa, zamanaşımı konusunda seçilen hukukun uygulanmayacağını göz ardı etmemelidirler. Aksi halde hak kayıplarının yaşanması mümkündür. Bu gerekçelerle mümkünse seçilen hukuk ile yetkili mahkeme uyumunun sağlanması faydalı olacaktır.

Hukuk düzenlerinde yetkili yabancı hukukun uygulanmasını engelleyen müesseseler mevcuttur. Bunlar doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni müdahalesidir. MÖHUK'ta Türk hukukunun kamu düzenine açıkça aykırılık halinde ve doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde yabancı hukukun uygulanmayacağı kabul edilmektedir (m. 5 ve m. 6). Ayrıca yalnızca sözleşmelerle kısıtlı olmak üzere belirli durumlarda hâkimin üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıması ya da bu kuralları uygulaması mümkündür (m. 31). Ancak mahkeme tatbikatında m. 5 ve m. 6 hükümlerinin birbirine karışacak şekilde uygulandığı ya da amaçlarını aşacak şekilde tatbik edildiği görülmektedir. Özellikle yabancı unsurlu iş sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda, kamu düzeni gerekçesiyle yabancı hukuk uygulanmamakta, bunun yerine Türk iş hukukunda emredici nitelikli olarak kabul edilmesi gereken (kıdem ve ihbar tazminatı gibi)

hükümler uygulanmaktadır. Hatta bu uyuşmazlıklarda kamu düzeninden ve m. 5'in uygulanmasından bahsedilmesine rağmen ilgili hükümlerin uyuşmazlığa doğrudan uygulandığı, yetkili yabancı hukukun hiç dikkate alınmadığı değerlendirilmektedir. Bu yöndeki kararlar doktrinde yoğun olarak eleştirilmiştir. Biz de bu eleştirilere katıldığımızı belirterek işçiyi koruyucu her emredici hükmün kamu düzenine aykırılık teşkil etmeyeceğini, yabancı hukukun ilgili hükmünün somut olaya uygulanması ile ortaya çıkan sonucun değerlendirilmesi gerektiğini, sonuç Türk kamu düzeni bakımından tahammül edilemez nitelikte ise ancak bu halde yabancı hukukun uygulanmaması gerektiğini ifade ettik.

Yeni mahkeme tatbikatında Türk iş hukukundakinden farklı hükümler öngören yabancı hukukun yalnızca bu gerekçeyle kamu düzenine aykırılık oluşturmayacağı yönünde kararlar verilmekte, işçilik alacaklarına ilişkin davalarda seçilen hukukun uygulanması gerektiğine hükmedilmektedir. Bu gelişmeler Türk iş hukuku bakımından olduğu gibi Türk milletlerarası özel hukuku bakımından da önemlidir. Zira kanun koyucu tarafından öngörülmüş bir hüküm varsa bu hükmün doğru tatbik edilmesi hukuki güvenliğin temini için şarttır. Ayrıca doğrudan uygulanan kurallar ve kamu düzeni gerekçesiyle yabancı hukukların uygulama alanının giderek daraltılması yönündeki uygulamadan vazgeçilmesi milletlerarası özel hukuk adaletine ve kanunlar ihtilafı hukukunun ruhuna da uygundur.

Çalışmamızın konusu olan hukuk seçimi anlaşmaları taraflar açısından hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik sağladığı gibi taraflara aralarındaki hukuki ilişkiyi kendi menfaatlerine en uygun olan hukuka tabi tutma imkânı da tanır. Uygulanacak hukukun taraflarca belirlenmiş olması mahkemelere de kolaylık sağlayacağından yargılamaların daha hızlı bir şekilde sonuçlanması mümkündür. Ülkeler arası siyasi, ekonomik ve sosyal ilişkilerin yoğunlaşması, sınır ötesi ulaşım ve haberleşme imkânlarının her geçen gün artmasına bağlı olarak yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinde yaşanan artış göz önünde bulundurulduğunda hukuk seçimi anlaşmalarının olumlu etkisi daha iyi anlaşılmaktadır. Biz de çalışmamızda kanunlar ihtilafı hukukunda irade muhtariyetinin önemini ortaya koymak adına hukuk seçimi anlaşmalarını geniş bir bakış açısıyla ele almaya çalıştık. Bu hususta incelemelerimiz ve değerlendirmelerimizin doktrine katkı sağlamasını umuyoruz.

KAYNAKLAR

Akıncı Ziya, "Milletlerarası İnşaat Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklar ve Talep Prosedürü", Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler (Ed. Sibel Özel /Mustafa Erkan), On İki Levha, İstanbul, 2018. ("İnşaat")

Akıncı Ziya, Milletlerarası Özel Hukuk-Ders Kitabı, Vedat, İstanbul, 2020. (MÖH)

Akıncı Ziya, Milletlerarası Tahkim, Vedat, 6. Baskı, İstanbul, 2021. (Tahkim)

Akıncı Ziya/Demir Gökyayla Cemile, Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat, İstanbul, 2010.

Akipek Şebnem/Dardağan Esra, "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlâllerine Uygulanacak Hukuk", AÜHFD, C. 50, S. 3, 2001, s. 115-139.

Akipek, Jale G./Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku: Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta, 15. Baskı, İstanbul, 2019.

Alferez Francisco J. Garcimartin, "The Rome I Regulation: Exceptions To The Rule On Consumer Contracts And Financial Instruments," Journal Of Private International Law, 5(1), 2009, s. 85-104.

Alibaba Arzu, Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005. (Milletlerarası Unsurlu Sözleşmeler)

Alibaba Arzu, Möhuk M. 24 Bağlamında Hukuk Seçiminin Seçilecek Hukuk Bakımından Sınırlandırılması, 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir, Gülce Gümüşlü Tunçağıl), Adalet, Ankara, 2018, s. 516-540. ("Möhuk M. 24")

Ansay Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Turhan, 4. Bası, Ankara, 2002.

Antalya Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-I, Beta, İstanbul, 2012.

Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin, 11. Baskı, Ankara, 2015.

Arat Tuğrul, Yabancı İlâmların Tanınması ve Tenfizi, AÜHFD, C. 21, S. 1, 1964, s. 421-527.

Arslan İlyas, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi", MHB, S. 33, C. 2, 2013, s. 1-41.

Aslan Mehmet Selim, İslam Hukuku II (Ed. Bülent Akot), Gazi, Ankara, 2020.

Ataman-Figanmeşe İnci, "Çifte Vatandaşlık Halinde Möhuk'un 4. Maddesinin B ve C Bentlerinin Uygulama Alanı", MHB, C. 19, S. 1-2, 2001, s. 95-114.

Atamer Yeşim M., "Devletler Özel Hukukunda Tüketicinin Korunması", Journal Of Istanbul University Law Faculty, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 421-450.

Ateş Derya, "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", TBB Dergisi, S. 72, 2007, s. 75-93.

Aude Fiorini, "Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation Enhanced Cooperation As the Way Forward", International and Comparative Law Quarterly, 59(4), 2010, s. 1143-1158.

Avcı Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, Adalet, 11. Bası, Ankara, 2022.

Ayan Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Seçkin, 11. Baskı, Ankara, 2016.

Aybay Rona, "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", TBB Dergisi, S. 70, 2007, s. 187-213.

Aybay Rona/Dardağan Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul, 2008.

Aydoğdu Gamze, "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey İlkeleri Uyarınca Örtülü Hukuk Seçimi", ***Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C. 10, S. 2, 2022, s. 603-626.

Aygül Musa, "Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, 2004, s. 45-86. ("Lex Mercatoria")

Aygül Musa, "Yabancı Unsurlu İş Hukuku İhtilafları ile İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl), Adalet, Ankara, 2018, s. 497-514. ("İş Hukuku İhtilafları")

Aygül Musa, Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 223-264. ("Roma Sözleşmesi")

Aygün Mesut, "ABD Kanunlar İhtilâfı Hukukuna Kuramsal ve Metodolojik Bir Bakış: Çeşitli Teori ve Metotlar, II. Restatement ve Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 2, 2016, s. 129-170. ("ABD Kanunlar İhtilafı")

Aygün Mesut, "Güncel Gelişmelerin Işığında Çekten Doğan Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklara Uygulanacak Hukukun Tespiti", AÜHFD, C. 61, S. 3, 2012, s. 925-972. ("Çek")

Aygün Mesut, "Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1025-1066. ("Yabancılık Unsuru")

Aygün Mesut/Önal Ali, "Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukukta Zamanaşımı", Legal Hukuk Dergisi, C. 14, S. 165, 2016, s. 4907-4947.

Ayhan İzmirli Lale, "Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Hukuk Seçimine Dair Lahey Prensiplerinin Yapısı ve Kapsamı", ERÜHFD, C. 15, S. 2, 2020, s. 341-392.

Bach Ivo, “Freedom Of Choice”, Rome II Regulation: Pocket Commentary (Ed. Peter Huber), Otto Schmidt/De Gruyter European Law Publishers, 2011, s. 324-342. (“Freedom Of Choice”)

Bach Ivo, “General Rule”, Rome II Regulation: Pocket Commentary (Ed. Peter Huber), Otto Schmidt/De Gruyter European Law Publishers, 2011, s. 64-112.

Bach Ivo/Gruber Urs Peter, “Austria and Germany”, Application of Foreign Law (Ed. Carlos Esplugues Mota/José Luis Iglesias Buhigues/Guillermo Palao Moreno), 2011.

Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V. Berti, 2. Auflage, Basel, 2007, https://beck-online.beck.de, 30.10.2022.

Baş Süzel Ece/Yasan Candan, "Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 2, 2016, s. 365-396.

Bayata Canyaş Aslı, “Yabancı Unsurlu Boşanma Davalarında Hukuk Seçimi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 3, 2015, s. 3-24. (“Boşanma Davaları”)

Bayata Canyaş, Aslı, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kurallar, Adalet, Ankara, 2012. (AB ve Türk Hukuku)

Bayata Canyaş, Aslı, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1), 2011, s. 110-121. (“Roma I Tüzüğü”)

Bayraktaroğlu Özçelik Gülüm, “Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Olumlu Vatandaşlık İhtilâflarının Çözümü ve Möhuk M. 4(1)(b) ve (c) Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2015, s. 111-150.

Bayraktaroğlu Özçelik Gülüm, “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, AÜHFD, C. 61, S. 2, 2012, s. 509-539.

Beale Hugh, "Inequality Of Bargaining Power", Oxford Journal Of Legal Studies, Vol. 6, No. 1, 1986, s. 123-136.

Belling Detlev W., Das Günstigkeitsprinzip İm Arbeitsrecht (Vol. 1), Duncker & Humblot, 1984.

Bingöl F. Itır, "Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku'ndaki Yeri", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 1953-1969.

Blom Joost, "Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract", Canadian Yearbook of International Law, 17, 1979, s. 206-246.

Bogdan Michael, Private International Law as Component of the Law of the Forum, Vol. 13, Martinus Nijhoff Publishers.

Bozkurt Enver, Hukukun Temel Kavramları, Asil, 4. Baskı, Ankara, 2005.

Bozkurt Enver/Kütükçü M. Akif/Poyraz Yasin, Devletler Hukuku, Yetkin, 8. Baskı, Ankara, 2015.

Briggs Adrian, Agreements on Jurisdiction and Choice of Law, Oxford Univesity Press, 2008.

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), vom 30. März 1911 (Stand am 1. Januar 2021), Artikel 19, 20, (Erişim) https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19110009/index.html, 20.1.2021.

Burian Laszlo, "Party Autonomy in International Private Law of Non-Contractual Obligations under The Rome II Regulation", Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis De Rolando Eotvos Nominatae: Sectio Iuridica, 52, 2011, s. 91-100.

Can Hacı/Tuna Ekin, Milletlerarası Özel Hukuk, Adalet, 5. Baskı, 2021.

Cansel Erol/Özel Çağlar, ***Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1***, Seçkin, 2. Baskı, Ankara, 2017.

Cavers D. F. (1933). “A Critique of the Choice-of-Law Problem”, Harvard Law Review, Vol. 47, No. 2, s. 173-201.

Centel Tankut, “Türk İşverenin Yabancı Ülkedeki İş Yerinde Çalışan İşçinin Kıdem Tazminatı Hakkında Uygulanacak Hukuk-Kamu Düzeni”, İş Hukuku Dergisi, Yıl: 1992, S. 1, s. 605-607.

Cheshire Geoffrey Chevalier/North Peter Machin, Cheshire's Private International Law, 9th edition, London, 1974.

Chong Adeline, “Choice Of Law For Unjust Enrichment/Restitution And The Rome II Regulation”, International & Comparative Law Quarterly, 57(4), s. 863-898.

Cin Halil/Akyılmaz Gül, Türk Hukuk Tarihi, Sayram, 5. Baskı, Konya, 2014.

Clarkson C.M.V/Hill Jonathan, The Conflict of Laws, Oxford University Press, 3th Edition, 2006.

Cohen Samuel, “The EEC Convention and U.S. Law Governing Choice of Law For Contracts, with Particular Emphasis on the Restatement Second: Comparative Study”, Maryland Journal of International Law and Trade, 13(2), 1989, s. 223-246.

Collier John G., Conflict of Laws, Cambridge University Press, Third Edition, 2001.

Commission of the European Communities, Green Paper on Applicable Law and Jurisdiction in Divorce Matters, Brussels, {SEC(2005) 331}, 14.3.2005, https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_6_raporlar/1_2_green_papers/com2005_green_paper_on_applicable_law_and_jurisdiction_in_divorce_matters.pdf, 23.07.2022. (Green Paper, {SEC(2005) 331})

Crawford Elizabeth B./Carruthers Janeen M., “United Kingdom”, Application of Foreign Law (Ed. Carlos Esplugues Mota/José Luis Iglesias Buhigues/Guillermo Palao Moreno), 2011.

Çalışkan Yusuf, Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Beta, İstanbul, 2014.

Çalışkan Zeynep, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 26 Maddesine Göre Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, MHB, C. 28, S. 1-2, 2008, s. 27-50.

Çelikel Aysel/Erdem Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta, 17. Bası, İstanbul, 2021.

Çelikel Aysel/Nomer Ergin/Faruk Kerem Giray/Emre Esen, Milletlerarası Özel Hukuk Pratik Çalışma Kitabı, Beta, 15. Baskı, İstanbul, 2020.

Çınar Kazım, Milletlerarası Özel Hukukta Taşınmazlara İlişkin Sözleşmeler, On İki Levha, İstanbul, 2016.

Çilingiroğlu Cüneyt, “Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri”, MHB, C. 9, S. 2, 1989, s. 103-120.

Çörtoğlu Koca Sema, “Boşanma, Ayrılık ve Evliliğin Butlanı Davaları ile Velâyete İlişkin Davalarda Milletlerarası Yetki Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 2, 2016, s. 209-268.

Çörtoğlu Koca Sema, “Milletlerarası Özel Hukukta Araştırma-Geliştirme (Ar-Ge) Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi (FMR), Yıl 3, 2009, s. 97-114. (“Ar-Ge”)

Çörtoğlu Koca Sema, Teknoloji Transfer Sözleşmelerinden Kaynaklanan Kanunlar İhtilafı, Yetkin, Ankara, 2013. (Teknoloji Transfer Sözleşmeleri)

Çörtoğlu Koca Sema, Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmelerde Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi (İş, Tüketici ve Sigorta Sözleşmeleri), Yetkin, Ankara, 2016. (Zayıf Tarafın Korunduğu Sözleşmeler)

d’Avout Louis, “Property Law in Europe”, Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe (Ed. Jürgen Basedow, Knut Benjamin Pißler), 2014.

Dağ Elif, Cmr’ye Göre Taşıyıcının Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.

De Boer Theodorus Martinus, “Party Autonomy and Its Limitations in The Rome II Regulation” Yearbook Of Private International Law, 9,2007, s. 19-29.

Delaume Georges René, “What is an International Contract an American and Gallic Dilemma”, International and Comparative Law Quarterly, 28(2), 1979, s. 258-279.

Demir Gökyayla Cemile, Milletlerarası Özel Hukukta Dağıtım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler (Ed. Sibel Özel/Mustafa Erkan), On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 51-72. (“Dağıtım Sözleşmeleri”)

Demir Gökyayla Cemile, Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri (Münhasır Bayilik Sözleşmeleri), Vedat, 2. Bası, İstanbul, 2013.

Demirkol Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Vedat, 2. Baskı, İstanbul, 2014.

Demirkol Berk, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 2010. (2010)

Dicey A. V./Morris J. H. C./Collins Lawrence, Dicey and Morris on the Conflict of Laws, 12th Edition, Sweet&Maxwell, London, 1993.

Dieter Martiny, Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Einführungsgesetz Internationales Privatrecht, Auflage 3, 1998.

Doğan Vahit, “5718 Sayılı Kanununa Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, S.1-2, 2007, s. 147-163. (“İş Akdi”)

Doğan Vahit, “Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Akit Tarafın Korunması”, Milletlerarası Hukuk Bülteni, C.1, S. 2, s. 21-42. (“Zayıf Akit Taraf”)

Doğan Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş, 8. Baskı, Ankara, 2022. (MÖH)

Douglas Michael/Loadsman Nicholas. "The impact of the Hague principles on choice of law in international commercial'contracts.", Melbourne Journal of International Law, Vol. 19, No. 1, 2018, s. 1-23.

Dreyfuss Rochelle, "The ALI Principles On Transnational Intellectual Property Disputes: Why Invite Conflicts", Brooklyn Journal Of International Law, c. 40, S. 3, 2005, s. 819-848.

Durak Yasemin, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri, On İki Levha, 2020.

Dural Mustafa/Sarı Suat, Türk Özel Hukuku Cilt-I, Filiz, 6. Baskı, İstanbul, 2011.

Ejder Yılmaz/Arslan Ramazan/Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medeni Usul Hukuku, Yetkin, 5. Baskı, Ankara, 2019.

Ekşi Nuray, "Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, 2009, s. 1139-1168.

Ekşi Nuray, "Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"", MHB, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 263-291.

Ekşi Nuray, "Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Konvansiyon", MHB, C. 17, S. 1-2, 1997, s. 163-181. ("Konvansiyon")

Ekşi Nuray, "Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk (5718 Sayılı MÖHUK M. 29)", Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal, İstanbul, 2010. ("Eşya Taşıma Sözleşmeleri")

Ekşi Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler ve Bu Akitlerin AT Roma Konvansiyonu'na Göre Anlamı", MHB, Yıl: 12, S. 1-2, 1992, s. 1-10. ("Yabancılık Unsuru Taşıyan Akitler")

Ekşi Nuray, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul, 1997, s. 116-148. ("İş Sözleşmeleri")

Ekşi Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Beta, İstanbul, 2020. (Milletlerarası Ticaret Hukuku)

Ekşi Nuray, Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, Beta, İstanbul, 2004. (Roma Konvansiyonu)

Ekşi Nuray, Türk ve Avrupa Birliği Hukukunda Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Beta, İstanbul, 2012. (Sigorta Sözleşmeleri)

Elçin Doğa, Milletlerarası Unsurlu ve Bireysel Toplu İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Adalet, Ankara, 2012.

Engelen Dick Van, "The Netherlands", Intellectual Property And Private International Law: Comparative Perspectives (Ed. Toshiyuki Kono), Hart Publishing, 2012, s. 851-875.

Erdem Bahadır, Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, Beta, 2. Bası, İstanbul, 2002.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, 19. Baskı, Ankara, 2015.

Erkan Mustafa, "Kambiyo Senetlerinin Şekil Bakımından Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk: Tamamlayıcı Kuralda Vatandaşlık Faktörü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 2, 2012, s. 751-768.

Erman Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der, 2. Basım, İstanbul, 2007.

Ersen Perçin Gizem, Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri, On İki Levha, 2014.

Esen Emre, "Türk Vatandaşı Erkeğin Yabancı Eşinin Soyadını Alamayacağına İlişkin Bir Yargıtay Kararı Üzerine Düşünceler", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 24, S. 1-2, 439-450.

Esener Turhan, "Devletler Hususi Hukukunda İradenin Muhtariyeti Prensibi", AÜHFD, C. 11, S. 1, 1954, s. 478-513.

European Commission, Proposal for a Council Regulation (EU) Implementing Enhanced Cooperation in the Area of the Law Applicable to Divorce and Legal

Separation {COM(2010) 104 final}, https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0105:FIN:EN:PDF, 25.07.2022. (Proposal 104)

Excerpts from the 2nd Restatement, https://msgre2.people.wm.edu/2ndRestatement.html, 31.05.2022.

Fawcett James/Carruthers Janeen/North Peter, Cheshire, North & Fawcett: Private International Law, Oxford University Press, 14th edition, 2008.

Fiorini Aude, "Rome III- Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far", International Journal of Law, Policy and the Family, 22(2), 2008, s. 178-205.

Fischer Frank, "The Relevance of the Unidroit Principles for Judges and Arbitrators in Disputes Arising Out of International Contracts", European Journal of Law Reform, 1(3), 1999, s. 203-216.

Franco Ferrari, "Contracts Of Carriage And International Conventions", Oslo Law Review, 6(1), 2019, s. 19-22.

Franzina Pietro, "The law applicable to divorce and legal separation under regulation (eu) no. 1259/2010 of 20 december 2010", Cuadernos de Derecho Transnacional, 3(2), 2011, s. 85-129.

Fügen Sargın, İnternet Aracılığıyla Gerçekleşen Marka İhlalleri Hakkında Milletlerarası Yetkiyi Haiz Mahkemeler ve Uygulanacak Hukuk, Yetkin, Ankara, 2005. (İnternet)

Gaertner Veronika, "European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments", Journal of Private International Law, 2(1), 2006, s. 99-136.

Gamillscheg Franz, "Rechtswahl, Schwerpunkt und mutmaßlicher Parteiwille im internationalen Vertragsrecht", Archiv Für Die Civilistische Praxis, 157(3), 1958, s. 303-341.

Gebauer Martin, Nomos Kommentar BGB/Rom-Verordnung (Ed. Reiner Hüßtege/Heinz Peter Mansel), Band 6, 2. Auflage, Baden, 2015, https://beck-online.beck.de, 30.10.2022.

Gençtürk Muharrem, "Taşıma Sözleşmelerinin Uluslararası Niteliği ve Möhuk'a Göre Yabancılık Unsuru İçeren Taşıma Sözleşmelerine Uygulanması Gereken Hukuk", MÜHFD-HAD Özel Sayısı, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, C. 12, 2006, s. 637-651.

Giray Faruk Kerem, "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Aile Konutu Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", MHB, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, C. 23, S. 1-2, 2003, s. 423-448.

Girsberger Daniel/Cohen Neil B., "Key Features of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Uniform Law Review, 22, no. 2, 2017, s. 316-335.

Giuliano Mario/Lagarde Paul, "Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", Official Journal of the European Communities, C 282, 1980, http://aei.pitt.edu/1891/1/Obligations_report__Guiliano_OJ_C_282.pdf, 07.03.2022.

Gornall John, "Negotiating and Drafting the International Sales Contract and Related Agreements", Georgia Journal of International and Comparative Law, 14(3), 1984, s. 491-504.

Gottschalk Eckart, "The Law Applicable To Intellectual Property Rights: Is The Lex Loci Protectionis A Pertinent Choice-Of-Law Approach?", Conflict Of Laws In A Globalized World, (Ed. Eckart Gottschalk/Ralf Michaels/Giesela Rühl/Jan Von Hein), Cambridge University Press, 2007, s. 184-219.

Gökçenay Berivan, Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi Mümkün Mahkeme Kararları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2009.

Gözler Kemal, Hukuka Giriş, Ekin, 13. Baskı, Bursa, 2016.

Gözübüyük A. Şeref, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Turhan, 35. Bası, Ankara, 2013.

Graziano Thomas Kadner, "Das Auf Außervertragliche Schuldverhältnisse Anzuwendende Recht Nach Inkrafttreten Der Rom II-Verordnung", Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und İnternationales Privatrecht, c. 73, S. 1, 2009, s. 1-77.

GREEN PAPER on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernisation, 14.01.2003, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0654&from=en, 19.07.2022. (Green Paper)

Gruber Urs Peter, "Convention on the International Sale of Goods (CISG) in Arbitration", International Business Law Journal, 2009, no. 1, 2009, s. 15-34.

Gruber Urs Peter, "Scheidung auf Europaisch - die Rom III – Verordnung", IPRax, Heft 5/2012, s. 381-392.

Grusic Ugljesa, The European Private International Law Of Employment, Cambridge University Press, 2015.

Gülören Tekinalp, "Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zımni Hukuk Seçimi", MHB, C.5, S. 1, 1985. (Zımni Hukuk Seçimi)

Gündüz Aslan, Milletlerarası Hukuk- Temel Belgeler Örnek Kararlar, Beta, 5. Bası, İstanbul, 2009.

Güner Cemil, "Yapay Zekânın Verdiği Zarardan Doğan Sözleşme Dışı Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, C. 8, S. 15, 2020, s. 229-272. ("Yapay Zekâ")

Güner Cemil, Milletlerarası Unsurlu Acente İlişkisine Uygulanacak Hukuk, Adalet, Ankara, 2014.

Güneş Ceylan, Seldağ, "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi", Ankara Hacı Bayram Veli (Gazi) Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2004, s. 75-93.

Güngör Gülin, “The Principle of Proximity in Contractual Obligations: The New Turkish Law on Private International Law and International Civil Procedure”, AÜHFD, C. 5, S. 1, s. 1-21. (“The Principle of Proximity”)

Güngör Gülin, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Yetkin, Ankara, 2007. (Yakınlık Yaklaşımı)

Güngör Gülin, Tüketicinin Mutad Meskeni Hukuku “Düşünsel Temeller”, AÜHFD, C. 57, S. 2, 2008, s. 115-133.

Güngör Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin, 2. Bası, Ankara, 2021. (MÖH)

Güngör Gülin, Yeni Düzenleme Çalışmalarında Elektronik Akitlerin Kuruluşu ve Click-wrap Yazılım Lisansı Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi Kaydı, AÜHFD, C.51, S.1, s. 19-42. (“Click Wrap”)

Güriz Adnan, Hukuk Başlangıcı, Siyasal, 11. Baskı, Ankara, 2006.

Güven Pelin, “Rekabetin Engellenmesinden Doğan Taleplere Uygulanacak Hukuk, MÖHUK m. 38”, 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl), Ankara, 2018, s. 310-336.

Güvercin Şahan Ayşe, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Çerçevesinde Franchise Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Tayini”, MHB, C. 38, S. 2, 2018, s. 441-479.

Hartman Cross Paul/Oxford Hubert IV, “Floating Forum Selection and Choice of Law Clauses”, South Texas Law Review, 48(1), 2006, s. 125-156.

Hatemi Hüseyin, Aile Hukuku, On İki Levha, 7. Bası, İstanbul, 2019.

Hatemi Hüseyin/Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat, 4. Bası, İstanbul, 2017.

Hatice Özdemir Kocasakal, I. Oturum Soru-Cevap, Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler (Ed. Sibel Özel/Mustafa Erkan), On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 99-105.

HCCH, "Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", https://assets.hcch.net/docs/5da3ed47-f54d-4c43-aaef-5eafc7c1f2a1.pdf, 14.09.2021

Heini Anton, Kommentar zu Vor Art. 132-142, 132, 133 IPRG in: Daniel Girsberg/Anton Heini/Max Keller/ Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken/KostkiewiczJolanta Kren, IPRG Kommentar, 2. Auflage, Zurich, 2004, https://beck-online.beck.de, 30.10.2022.

Heiss Helmut, "Insurance Contracts İn Rome I: Another Recent Failure Of The European Legislature", European Journal Of Commercial Contract Law, 1(2), 2009, s. 61-71.

Helms Tobias, "Reform des intemationalen Scheidungsrechts durch die Rom III-Verordnung", Fam RZ, Heft 22/2011, s. 1765-1772.

Hill David, Private International Law, Edinburgh University Press, 2014.

Hill Jonathan/Shúilleabháin Máire Ní, Clarkson & Hill's Conflict of Laws, Oxford University Press, 5th Edition, 2016.

Hook Maria, The Choice of Law Contract, Hart Publishing, 2016.

Huber Hans, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit : Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 12. November 1965, De Gruyter, 2017.

Husserl Gerhart, "The Foreign Fact Element in Conflict of Laws", Virginia Law Review , Vol. 26, No. 3, 1940, s. 243-274.

Ilaria Viarengo, "The Role of Party Autonomy In Cross-Border Divorces", Netherlands Internationaal Privaatrecht, 4, 2012, s. 555-561.

Ilias Shayerah/Fergusson Ian F., "Intellectual Property Rıghts And International Trade", Intellectual Property Rights: Protections And Enforcement, Nova Science Publishers, 2016.

Illmer Martin, "Introduction", Rome II Regulation: Pocket Commentary (ed. Peter Huber), Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers, 2011, s. 24-28.

Illmer Martin, "Product Liability", Rome II Regulation: Pocket Commentary (Ed. Peter Huber), Otto Schmidt/De Gruyter European Law Publishers, 2011, s. 113-141.

Ivo Bach, "Scope", Rome II Regulation : Pocket Commentary (ed. Peter Huber), Otto Schmidt/De Gruyter european law publishers, 2011, s. 28-64.

Jayme Erik, "Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies", Yearbook of Private International Law, C. 11, 2009, s. 1-10.

Junker, Münchener Kommentar zum BGB, 7. Auflage, 2018, https://beck-online.beck.de, 20.11.2022.

Kantor Mark, "The Scope of Choice of Law Clauses", Banking Law Journal, 119(8), 2002, s. 724-735.

Kaplan Yusuf, İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Seçkin, Ankara, 2004.

Kegel Gerhard, Internationales Privatrecht, 6. Auflage, C.H. Beck, München, 1987.

Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Turhan, 4. Bası, Ankara, 2019. (Aile Hukuku)

Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan, 19. Bası, Ankara, 2015.

Kırlı Aydemir Deniz Defne, "Milletlerarası Nitelikli Eşya Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Olan Hukuk (MÖHUK Kapsamında)", II. International Caucasus-Central Asia Foreign Trade And Logistics Congress Proceeding Book (Ed. Abdullah Takım/Fehim Bakırcı), s. 627-634.

Kincaid Peter, Rationalising Contract Choice Of Law Rules, Otoga Law Review, Vol. 8, No. 1, 1993, s. 983-104.

Kono Toshiyuki, Intellectual Property And Private International Law: Comparative Perspectives, Hart Publishing, 2012.

Kono Toshiyuki/Jurcys Paulius, "General Report", Intellectual Property And Private International Law : Comparative Perspectives (Ed. Toshiyuki Kono), Hart Publishing, 2012, s. 1-216.

Kök Aslı, Roma I Tüzüğü Işığında Milletlerarası Unsurlu Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Kanunlar İhtilâfı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

Köksal Tunay, "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinin Hazırlanması ve Uygulanması Süreci", TBB Dergisi, C. 109, S. 1, 2013, s. 410-449.

Kramer Xandra, "The New European Conflict Of Of Law Rules On Insurance Contracts İn Rome I: A Complex Compromise", The Icfai University Journal Of Insurance Law, 2008, s. 23-42.

Kropholler Jan, Internationales Privatrecht: einschliesslich der Grundbegriffe des internationalen Zivilverfahrensrechts, Mohr Siebeck, 6. Auflage, 2006.

Lale Muktedir, Yargıtay Uygulamasında Milletler Arası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, Seçkin, Ankara, 2014.

Lando Ole, "Consumers Contracts And Party Autonomy İn The Conflict Of Laws", Nordisk Tidsskrift For International Ret, Vol. 42, No. Issue, 1972, s. 208-219.

Lando Ole, "Dicey&Morris, The Conflict of Laws: A Review", International & Comparative Law Quarterly, 47(2), 1998, s. 394-408. ("Dicey&Morris")

Lando Ole, "Some Issues Relating to the Law Applicable to Contractual Obligations", King's College Law Journal, 7, 1996-1997, s. 55-74. ("Contractual Obligations")

Lando Ole, "The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods", Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales

Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, 57 (H. 1/2), s. 155-174). ("The 1955")

Lando Ole, "The 1985 Hague Convention on the Law Applicable to Sales", Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, 51(H. 1/2), s. 60-85. ("The 1985")

Lando Ole, "The Conflict of Laws of Contracts: General Principles" Hague Academy of International Law, 1984, s. 235-447. ("Conflict of Laws")

Lando Ole, "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", International and Comparative Law Quarterly, 34(4), 1985, 747-768.

Lando Ole/Nielsen Peter Arnt, "The Rome I Proposal", Journal of Private International Law, April 2007, s. 29-52.

Loredana Ioana Bucur, "Lex Mercatoria, Soft Law and a Closer Aproach of Unidroit Principles", Law Review: Judicial Doctrine & Case-Law, 8(2), 2018, s. 292-312.

Lorenz Egon, Die "Auslegung schlüssiger und ausdrücklicher Rechtswahlerklärungen im internationalen Schuldvertragsrecht", ***Recht der internationalen Wirtschaft***, 38, 1992, s. 697-706.

Macneil Iain, "The Legal Framework İn The United Kingdom For Insurance Policies Sold By EC Insurers Under Freedom Of Services", International And Comparative Law Quarterly, 44(1), 1995, s. 19-40.

Magnus Ulrich/Mankowski Peter/Bonomi Andrea Et Al., Rome I Regulation Commentary, Verlag Dr. Otto Schmidt; 2016.

Mann F. A., "The Judicial Recognition of an Unrecognised State", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 36, No. 2, 1987.

Marrella Fabrizio, "Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Vanderbilt Journal of Transnational Law, 36(4), 2003, s. 1137-1188.

Matulionytė Rita, “Calling For Party Autonomy İn Intellectua Property Infringement Cases”, Journal Of Private International Law, 9:1, 2013, s. 77-99.

McClean John David/Beevers Kisch, The Conflict of Laws: By the Late JHC Morris, Sweet & Maxwell, London, 2005.

McGuinness Gina M., “The Rome Convention: The Contracting Parties' Choice”, San Diego International Law Journal, 1, 2000, s. 127-174.

Merryman John Henry, “The Public Law-Private Law Distinction in European and American Law”, Journal of Public Law, 17(1), 1968, s. 3-19.

Metzger Axel, “Germany”, Intellectual Property and Private International Law : Comparative Perspectives (Ed. Toshiyuki Kono), Hart Publishing, 2012, s. 581-619.

Michaels Ralf, “Non-State Law in the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, Varieties of European Economic Law and Regulation, 2014, s. 43-69. (“Non-State Law”)

Michaels Ralf, “The New European Choice-Of-Law Revolution”, Tulane Law Review, 82(5), 2008, s. 1607-1644. (“Revolution”)

Monsenepwo Justin, “Contribution of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts to the codification of party autonomy under OHADA Law”, Journal of Private International Law, Vol. 15, No. 1, 2019, s. 162-185.

Mouzas Stefanos/Furmston Michael, “Shorter Artıcles From Contract To Umbrella Agreement”, Cambridge Law Journal, 67(1), 2008, s. 37–50.

Mörsdorf-Schulte Juliana, “Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III)”, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht/The Rabel Journal of Comparative and International Private Law, H. 4, 2013, s. 786-827.

Murtaz Gözde, Yabancı Unsurlu Akitlerde Hukuk Seçimine Dair Meseleler, Yetkin, Ankara, 2020.

Neels Jan L., "The Nature, Objective and Purposes of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts", Journal of South African Law, No. 4, 2015, s. 774-783.

Neuhaus Paul Heinrich, Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, Mohr Siebeck, 2. Auflage, 1976, s. 261.

NG Michael, "Choice of Law for Property Issues Regarding Bitcoin Under English Law", Journal of Private International Law, 15(2), 2019, s. 315-338.

Nita M. C., "Regulation (EC) No. 593/2008 (Rome I) Special Rules To Determine Applicable Law To International Carriage Contracts", Conferinta Internationala De Drept, Studii Europene Si Relatii Internationale, 2015, s. 261-272.

Nita Maria Carolina, "The Law Applicable to Matrimonial Property Regimes from the Perspective of Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016", Conferinta Internationala de Drept, Studii Europene si Relatii Internationale, 2018, s. 24-36.

Nomer Ergin, Devletler Hususî Hukuku, Beta, 10. Bası, İstanbul, 2010. (2010)

Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Beta, 23. Bası, İstanbul, 2021.

Nomer Ergin/Şanlı Cemal, Devletler Hususi Hukuku, Beta, 13. Bası, İstanbul, 2005.

North Peter/Fawcett James, Cheshire and North's Private International Law, Oxford University Press, 13th edition, London, 1999.

Nygh Peter Edward, Autonomy in International Contracts, Oxford University Press, 1999.

Oğuzman Kemal/Öz Turgut, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler Cilt-II, Vedat, İstanbul, 2014. (Cilt-II)

Oğuzman M. Kemal / Barlas Nami, Medeni Hukuk, Vedat, 19. Bası, İstanbul, 2013.

Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler Cilt-I, Vedat Kitapçılık, 13. Bası, İstanbul, 2015.

Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, Filiz, 16. Bası, İstanbul, 2013.

Oprea Elena Alina, "Party Autonomy and the Law Applicable to the Matrimonial Property Regimes in Europe", Cuadernos de Derecho Transnacional, 10(2), 2018, s. 579-596.

Ömeroğlu Ekin, "Fikrî Mülkiyet Haklarının İhlaline Uygulanacak Hukukta "Soft Law" Tarafından Hukuk Seçimine Yer Verilmesi", Public And Private International Law Bulletin, Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan, C. 40, S. 1, s. 55-77. ("Fikri Mülkiyet")

Ömeroğlu Ekin, "Taşınmazların Kiralanmasına İlişkin Sözleşmelerin Uygulanacak Hukuk, Milletlerarası Yetki ve Milletlerarası Tahkim Bakımından Türk Hukukundaki Yeri", TBB Dergisi, S. 127, 2016, s. 375-396. ("Taşınmaz")

Önal Ali, "Türk Hukuku ve Ab Düzenlemeleri Çerçevesinde Vekâletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, S. 2151-2180.

Özdemir Kocasakal Hatice, "Doğrudan Uygulanan Kurallar", 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu, (Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl), Adalet, Ankara, 2018, s. 48-84. ("Doğrudan Uygulanan Kurallar")

Özdemir Kocasakal Hatice, "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları", İstanbul Barosu Dergisi, C. 73, S. 10-11-12, s. 926-941. ("Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme")

Özdemir Kocasakal Hatice, "Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Möhuk M. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları", MHB, Yıl 30, S. 1-2, 2010, s. 27-88. ("MÖHUK m. 24")

Özdemir Kocasakal Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001. (Doğrudan Uygulanan Kurallar)

Özel Sibel, "Haksız Fiillere Uygulanacak Hukukun "Daha Sıkı İlişkili Hukuk" Temelinde Belirlenmesi", Public And Private International Law Bulletin, C. 41, S. 2, 2021, s. 483-515. ("Haksız Fiil")

Özel Sibel, "İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk", Avrupa Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal, İstanbul, 2010, s. 219-229. ("İmalatçının Sorumluluğu")

Özel Sibel, "MÖHUK M. 36 İmalatçının Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Hukuk Işığında Değerlendirilmesi", 10. Yılında MÖHUK Sempozyumu (Ed. Feriha Bilge Tanrıbilir/Gülce Gümüşlü Tunçağıl), Adalet, Ankara, 2018, s. 394-420. ("MÖHUK M. 36")

Özel Sibel, "Sözleşmesel İlişkide Möhuk M. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", MHB, C. 22, S. 2, 2002, s. 576-617.

Özel Sibel/Çınar Kazım, "Taşınmazlara İlişkin Sözleşmelerin Esasına Uygulanacak Hukuka Dair MÖHUK M.25'in Kapsamı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 23, S. 1, 2017, s. 325-344.

Özel Sibel/Pürselim Arning Hatice Selin (Ed.), Milletlerarası Özel Hukukta Kambiyo Senetleri ile İlgili Güncel Gelişmeler – Ulusal Konferans Bildiri Kitabı, On İki Levha, 2021.

Öztan Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Yetkin, 46. Baskı, Ankara, 2021.

Öztürk Ayşenur, "Dijital Platformlar ile Yapılan Telif Hakkı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk: Netflix Örneği", Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk (Ed. Sibel Özel/Hatice Selin Pürselim Arning), On İki Levha, 2020, s. 33-68.

Öztürk Necla, "Miras Statüsünün Belirlenmesinde İrade Muhtariyetinin Rolü", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2015, s. 177-208.

Öztürk Necla/Yarar Güven/Arslan Şule, "Avrupa Birliği Konseyi 2016/1104 Sayılı Tüzük Hükümleri Çerçevesinde Kayıtlı Birliktelik Kurmuş Çiftlerin Malvarlığına Uygulanacak Hukuk, Yetkili Mahkeme ve Tanıma-Tenfiz Meseleleri", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 2, 2017, s. 1-20.

Öztürk Pınar, "Milletlerarası Özel Hukukta İş Kazası", MHB, C. 19, S. 1-2, 1999, s. 793-836.

Partalcı Rumeysa, Eşyanın Taşınmasına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Hakkındaki MÖHUK Madde 29'un Değerlendirilmesi, MHB, C. 37, S. 2, 2018, s. 761–797.

Pekcanıtez Hakan/Atalay Oğuz, Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin, 3. Bası, Ankara, 2015.

Pekcanıtez Hakan/Oğuz Atalay/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, On İki Levha, 7. Bası, İstanbul, 2019.

Peter Huber/Ivo Bach, "Unjust Enrichment, Negotiorum Gestio And Culpa İn Contrahendo", Rome II Regulation: Pocket Commentary (Ed. Peter Huber), Otto Schmidt/De Gruyter European Law Publishers, 2011, s. 286-299.

Pürselim Hatice Selin, "Milletlerarası Özel Hukukta Eser Sahibinin Ölümünden Sonra Telif Hakları: Sanatçı Salvador Dali ile İlgili Tokyo Yüksek Mahkemesi'nin Ve Fransız Mahkemesi'nin Kararları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 30. Yıl Armağanı, C. 21, S. 1, 2013, S. 243-264. ("Telif Hakları")

Pürselim Hatice Selin, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketici Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler (Ed. Sibel Özel/Mustafa Erkan), On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 73-97. ("Tüketici Sözleşmeleri")

Pürselim-Arning Hatice Selin, "Türk ve Alman Milletlerarası Özel Hukuklarında Mehir Kavramının Vasıflandırılması", MHB, C. 33, S. 2, 2013, s. 137-151.

Raape Leo, Deutschen Internationalen Privatrecht, Auflage 5, Frankfurt, 1961.

Rashba Evsey S., Foreign Exchange Restrictions and Public Policy in the Conflict of Laws: Part II, Michigan Law Review, 41(6), 1943, s. 1089-1118.

Reithmann Christoph/Martiny Dieter, Internationales Vertragsrecht, 6. Auflage, O. Schmidt, Köln, 2004.

Restatement (Second) of Conflict of Laws section 187 (1969 Main Vol.), http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html, 24.06.2021.

Ronen Yaël, "Recognition of Divorce without Recognition of Statehood", The Cambridge Law Journal, Vol. 63, No. 2, 2004, s. 268-271.

Roodt Christa, "Party Autonomy in International Law of Succession: A Starting Point for a Global Consensus", Journal of South African Law, No. 2, 2009, s. 241-263.

Rühl Giesela, "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts Transatlantic Convergence and Economic Efficiency", CLPE Research Paper No. 4/2007, Conflict Of Laws In A Globalized World, (Ed. Eckart Gottschalk/Ralf Michaels/Giesela Rühl/Jan von Hein), Cambridge University Press, s. 153-183.

Saat Dursun, "Tüketici İşlemi Niteliğindeki Sigorta Sözleşmeleri ve Bu Kapsamda Sigorta Tahkim Komisyonunun Rolü", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 3, 2016, s. 2453-2471.

Sanders Anne, "Private Autonomy and Marital Property Agreements", ICLQ, Vol. 59, 2010, s. 571–603.

Sargın Fügen, "Fikrî Mülkiyet Haklarına İlişkin Sözleşmeler: 5718 Sayılı MÖHUK Çerçevesinde Fikrî Ve Sınaî Haklar İle İlgili Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk", Avrupa Devletler Özel Hukuku Ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal, İstanbul, 2010, s. 171-195. ("Fikri Mülkiyet")

Sargın Fügen, Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Turhan, Ankara, 2002. (Patent)

Sarıöz Büyükalp A. İpek, "Denkleştirme Talebinin Hukuki Niteliği ve Kanunlar İhtilafı Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 2019, s. 523-581. ("Denkleştirme Talebi")

Sarıöz Büyükalp A. İpek, “Mutad İşyeri Kavramı ve MÖHUK M. 27/F. 3’ün Uygulanması Sorunu”, Hacettepe HFD, C.8, S. 2, 2018, s. 195-248. (“Mutad İşyeri”)

Saumier Genevieve, "The Hague Principles and the Choice of Non-State Rules of Law to Govern an International Commercial Contract", Brooklyn Journal of International Law, 40, no. 1, 2014, s. 1-30.

Schmitthoff Clive Maximilian, “Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions”, Clive M. Schmitthoff's Select Essays on International Trade Law (Ed. Chia-Jui Cheng), Martinus Nijhoff Publishers, London, 1988, s. 231-242.

Schnitzer Adolf, “Dahili Hususi Hukukta ve Devletler Hususi Hukukunda Akitlerin Muhtariyeti” (Çeviren: Bülend Davran), İÜHFM, C. 6., S. 1, 1940, s. 211-224.

Schönenberger Wilhelm/Jäggi Peter, Kommentar zum Schweizericschen Zivilgesetzbuch: Das Obligationenrecht-Band V 1a, 3. Auflage, Zürich, 1973.

Sender Marta Pertegás, Cross-Border Enforcement Of Patent Rights: An Analysis Of The Interface Between Intellectual Property And Private İnternational Law. Oxford University Press On Demand, 2002.

Serozan Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat, 8. Bası, İstanbul, 2018.

Sibel Özel, “Sebepsiz Zenginleşme Davalarında Kanunlar İhtilafı Meselesi”, MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, C. 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 733-768. (“Sebepsiz Zenginleşme”)

Sirmen K. Sedat, “Türk Kanunlar İhtilafı Hukukunda Zarar Sigortaları Kapsamına Giren Milletlerarası Unsurlu Sigorta Akitlerine Uygulanacak Hukuk”, BATİDER, 26(3), 2010, s. 41-68. (“Sigorta Akitleri”)

Sirmen Kazım Sedat, “Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfı Hukukunda Düzenlenişi”, AÜHFD, C. 58, S. 4, 2009, s. 826-879. (“Eş Cinsel Birliktelikler”)

Sirmen Kazım Sedat, Milletlerarası Özel Hukukta Culpa İn Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini, Yetkin, Ankara, 2016. (Culpa İn Contrahendo)

Smith Raymond/Cromack Valerie, "International Employment Contracts - The Applicable Law", Industrial Law Journal, vol. 22, No. 1, 1993, s. 1-13.

Soergel Hans Thedor/Lüderitz Alexander, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1984.

Spiro Erwin, "The Incidence of Time in the Conflict of Laws", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 9, No. 3, 1960, s. 357-382.

Suluk Cahit/Karasu Rauf/Nal Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Seçkin, 5. Baskı, Ankara, 2021.

Süral Bahar Ceyda, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.

Süral Ceyda, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri, Güncel Hukuk, 2008.

Süzek Sarper, İş Hukuku, Beta, 7. Baskı, İstanbul, 2011.

Symeonides Dean Symeon C., Codifying Choice of Law Around the World: An International Comparative Analysis, Oxford University Press, 2014 (Codifying Choice of Law)

Symeonides Symeon C., "The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments", American Journal of Comparative Law, Vol. 61, No. 3, 2013, s. 873-899. ("The Hague Principles")

Symeonides Symeon C., The American Choice-of-law Revolution: Past, Present and Future, Brill, 2006. (The American Choice-of-law)

Şanlı Cemal, "Uluslararası Kara ve Demiryolu Taşıma Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", MHB, C. 9, S. 1, 1989, s. 47-53. ("Taşıma Sözleşmeleri")

Şanlı Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, Beta, 7. Bası, İstanbul, 2019. (Uluslararası Ticari Akitler)

Şanlı Cemal/Esen Emre/Ataman-Figanmeşe İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat, 3. bası, İstanbul, 2014. (2014)

Şanlı Cemal/Esen Emre/Ataman-Figanmeşe İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Basım Yayın, 9. Bası, İstanbul, 2021.

Şensöz Ebru, "27.11.2007 Tarih ve 5718 Sayılı Möhuk Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Evlilik Mallarına İlişkin İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 8, S. 16, 2009, s. 173-211.

Tarman Zeynep Derya, "5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 26, S. 2, 2010, s.4-33. ("Akit Dışı Borç İlişkileri")

Tarman Zeynep Derya, "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 2, 2009, s. 299-334. ("Roma I Tüzüğü")

Tarman Zeynep Derya, "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)", AÜHFD, 2008, s. 193-222. ("Roma II")

Tarman Zeynep Derya, "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'daki Boşluk: Ada Uygulanacak Hukuk", AÜHFD, C. 66, S. 2, 2017, s. 461-490. ("Ada Uygulanacak Hukuk")

Tarman Zeynep Derya, "Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması", Public And Private International Law Bulletin, 2019, 39(1), s. 325-356. "Tüketicinin Korunması"

Tarman Zeynep Derya, "Yabancılık Unsuru Taşıyan İş Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk", AÜHFD, C. 59, S. 3, 2010, s. 521-550. ("İş Sözleşmeleri")

Tarman Zeynep Derya, Haksız Rekabetten ve Aldatıcı Reklamlardan Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk, Beta, İstanbul, 2011. (Haksız Rekabet)

Taşdemir Fatma, “Uluslararası Hukukta Toprak Bütünlüğü İlkesi, Tanıma Doktrini ve Bir Norm Olarak Ayrılma Hakkı”, Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3, 2016, s. 644-668.

Tekinalp Gülören, “The 2007 Turkish Code Concerning Private International Law And International Civil Procedure”, Yearbook Of Private International Law Vol. IX, 2007, s. 313-342. (“Turkish Code”)

Tekinalp Gülören, “Yeni Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunlarında Akdi Borç Statüsü ve Türk Kanunu”, MHB, C. 8, S. 1, s. 59-70. (“Akdi Borç Statüsü”)

Tekinalp Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Beta, 6. Bası, İstanbul, 1999.

Tekinalp Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk: Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, Vedat, 13. Bası, İstanbul, 2020. (MÖH)

The European Choice-Of-Law Evolution”, Tulane Law Review, 82(5), 2008, s. 1663-1708. (“Rome II”)

Tiryakioğlu Bilgin, “Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete Ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk”, Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler Ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri, Legal, İstanbul, 2010. (“Haksız Fiiller”)

Tiryakioğlu Bilgin, Menkul Malların Milletlerarası Satışına Uygulanacak Hukuk Hakkında 22 Aralık 1986 Tarihli La Haye Sözleşmesi, MHB, 14(1-2), s. 121-136. (“La Haye Sözleşmesi”)

Tiryakioğlu Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1996. (Taşınır Mallar)

Tiryakioğlu Bilgin, Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1996.

Toker Ali Gümrah, "5718 Sayılı Möhuk Çerçevesinde Telif Hakkına İlişkin Sözleşmenin Esasına Uygulanacak Hukuk", Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, 8 (1), 2022, s. 51-74.

Torremans Paul L. C., "Licences And Assignments Of Intellectual Property Rights Under The Rome I Regulation", Journal Of Private International Law, 4, No. 3, 2008, s. 397-420.

Trocan Laura Magdalena, "Foreign Element- Distinguishing Factor of Private International Law Rapports to Internal Law Legal Rapports", Annals of the Constantin Brancusi University of Targu Jiu Juridical Sciences Series, 2014(3), s. 69-76.

Tunçomağ Kenan/Centel Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta, 5.bası, İstanbul, 2008.

Turhan Turgut, "İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku", AÜHFD, C. 41, S. 1, 1990, s. 119-149.

Tütüncübaşı Uğur, "Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında 1259/2010 Sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 1, 2016, s. 1-32. ("Boşanma")

Tütüncübaşı Uğur, Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçme Serbestisi, Adalet, Ankara, 2018. (Akit Dışı Borç İlişkileri)

Tütüncübaşı Uğur, Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma III Tüzüğü (AB 1259/2010), Avrupa Birliği Devletler Özel Hukuku (Ed. Işıl Özkan/Ceyda Süral/Uğur Tütüncübaşı), Adalet, Ankara, 2016, s. 428-454.

Uluocak Nihal, Kanunlar İhtilafı (Yasama Yetkisi Kuralları), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1971. (Kanunlar İhtilafı)

Uluocak Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Filiz, İstanbul, 1989. (MÖH)

Uyanık Ayfer, "Turizmde Yabancı Tüketicilerin Hukuki Sorunları", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları 2015-2016 (Ed. Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık), Bilge, 2016.

Üçok Coşkun/Mumcu Ahmet/Bozkurt Gülnihal, Türk Hukuk Tarihi, Turhan, 13. Bası, Ankara, 2009.

Vahit Doğan, Teminat Mektupları, Savaş, 6. Baskı, Ankara, 2020. (Teminat)

Van Eeckhoutte Willy, "The Rome Convention on the Law applicable to Contractual Obligations and Labour Law (1980)", Freedom of services in the European Union: labour and social security law: the Bolkestein initiative, Vol. 58, Kluwer Law International, 2006, s. 167-178.

Van Hoek Aukje/Hendrickx Frank, International Private Law Aspects of Dispute Settlement Related to Transnational Company Agreements: Final Report, European Commission, 2009, https://pure.uva.nl/ws/files/1508066/93322_tca_final_report nov _ah_fh_final_1_.pdf, 28.07.2022.

Vlad Ioan-Luca, Private Law Effects of The Non-recognition of States' Existence and Territorial Changes, LESIJ-Lex ET Scientia International Journal, 22(1), 2015, s. 335-341.

Von Hein Jan, "Rechtswahlfreiheit im Internationalen Deliktsrecht", Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und İnternationales Privatrecht, 64(3), 2000, s. 595-613. ("Rechtswahlfreiheit")

Von Hein Jan, "Something Old and Something Borrowed, but Nothing New- Rome II and the European Choice-of-Law Evolution", Tulane Law Review, 82(5), 2008, s. 1663-1708. ("Rome II")

Von Hein, Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, 2020, https://beck-online.beck.de, 20.11.2022.

Von Savigny Friedrich Carl, System des Heutigen Römischesrecht, Cilt: VII, Berlin, 1849.

Vural Çelenk Belkıs, "Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması", Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 1, 2017, s. 277-296.

Wagner Gerhard, "Die Neue Rom II-Verordnung", Iprax, 2008, Heft 1, s. 1-17.

Wai Chau James Lee, “Revisiting 'Continuous Employment' and 'Umbrella Contracts’: Plugging the Gap in the Employment Ordinance”, Hong Kong Journal of Legal Studies, 14, 2020, s. 53-80.

Weintraub Russell J., "Choice of Law in Contract," Iowa Law Review, 54(3), 1968, s. 399-433.

Wilderspin Michael, “The Rome I Regulation: Communitarisation and Modernisation of the Rome Convention”, ERA Forum, Vol. 9, No. 2, s. 259-274.

Williams Patrick Ross, “The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 35, No. 1, 1986, s. 1-31.

Wolff Martin, Das Internationale Privatrecht Deutschlands, Auflage 2, Berlin, 1949. (IPR)

Wolff Martin, Private International Law, Oxford, 1945. (PIL)

Yılmaz Alper Çağrı, “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Hukuk Seçimine İlişkin Genel İşlem Şartlarının Çatışması ve Lahey İlkeleri”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y. 6, S. 11, 2018, s. 481-511.

Zhang Mo, “Party Autonomy and Beyond: An International Perspective of Contractual Choice of Law”, Emory International Law Review, 20(2), s. 524, dn. 90.

Zhang Mo, “Party Autonomy İn Non-Contractual Obligations: Rome II And Its Impacts On Choice Of Law”, Seton Hall Law Review, 39, No. 3, 2009, s. 861-918.

Zoller Elisabeth, Introduction to Public Law: A Comparative Study. Martinus Nijhoff, Leiden, 2008.

Faydalanılan İnternet Siteleri

- http://icsidfiles.worldbank.org
- http://www.kentlaw.edu
- http://www.oas.org

- https://acikders.ankara.edu.tr
- https://assets.hcch.net
- https://dejure.org
- https://ea70330bbfe919e2312426c9be35e661274d7d97.vetisonline.com
- https://eur-lex.europa.eu
- https://fedlex.data.admin.ch
- https://iccwbo.org
- https://op.europa.eu
- https://rdb.manz.at
- https://treaties.un.org
- https://uncitral.un.org
- https://www.bger.ch
- https://www.britannica.com
- https://www.buzer.de
- https://www.casemine.com
- https://www.gafta.com
- https://www.gesetze-im-internet.de
- https://www.gesetze-im-internet.de
- https://www.idi-iil.org
- https://www.ined.fr
- https://legalbank.net
- https://www.legifrance.gouv.fr
- https://www.legislation.gov.uk
- https://www.lexology.com
- https://www.lexpera.com.tr
- https://www.ris.bka.gv.at
- https://www.tbmm.gov.tr
- https://www.telifhaklari.gov.tr
- https://www.wto.org

ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı **:** Gamze AYDOĞDU

Eğitim Bilgileri

DERECE	ÜNİVERSİTE-FAKÜLTE/ENSTİTÜ-ANABİLİM DALI	YIL
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2012
Yüksek Lisans	Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Özel Hukuk	2017
Doktora	Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü-Özel Hukuk	2023

Çalıştığı Kurum **:** Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Araştırma Alanı **:** Milletlerarası Özel Hukuk

Yayınlar

Aydoğdu Gamze**, "**Sosyal Güvenlik Hakkı Bağlamında Türkiye'de Yabancıların Sigortalılığı", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 58, 2018, s. 493-528.

Aydoğdu Gamze, Geçici Koruma Statüsünün Kapsamı ve Geçici Korumadan Yararlananların Hakları, Adalet, Ankara, 2020.

Aydoğdu Gamze, "Milletlerarası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuka Dair Lahey İlkeleri Uyarınca Örtülü Hukuk Seçimi", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, 2022, s. 603-626.